

İSRAİL-GAZZE KRİZİ HAKKINDA HUKUKİ BİR ANALİZ: DEVLET EGEMENLİĞİNİN SINIRLAN(MA)MASI VE DEVLETLERİN SORUMLULUĞU

*A Legal Analysis of the Israel-Gaza Crisis:
(Non)Limitation of State Sovereignty and Responsibility of States*

*"Bir yerdeki adaletsizlik, her yerdeki
adalete tehdittir." M. L. King*

Dr. Öğr. Üyesi Hande Seher DEMİR*

Öz: II. Dünya Savaşı sonrasında, kamu gücü kullanan kişi ve organlara hâkim olan anlayışın, ulusal hukuk düzeni içinde polis devletinden hukuk devletine, uluslararası hukuk düzeni içinde modern devletten post modern devlete evriminin ortak bir amacı vardır: Devlet egemenliğini sınırlamak. Devlet egemenliğini sınırlayarak uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak amacıyla, devletlerin egemenlik tasarruflarına karşı insani müdahale mahiyetinde şiddet tekelıyla donatılan BM Güvenlik Konseyi'nin takdir alanı ise denetimsiz ve öngörülemezdir. BM organizasyonunda "uluslararası hukuki güvenliği" sağlamaya yönelik hukuk devleti mekanizmaları kurulmamış, BM Antlaşması normlarını uygulamayan yahut öngörülemez ölçüde esnek yorumlayan Güvenlik Konseyi üyelerinin sorumluluğunu tetikleyen kanun devleti mekanizmaları düzenlenmemiştir, BM organizasyona polis devletinin denetimsiz keyfiliği hâkim olmuştur. II. Dünya Savaşı'nda yapılan soykırımlarda, ulusal hukuk düzeninde kamu gücü kullananların kamu yararına yönelik karar ve uygulamalarının keyfiliği denetimsiz iken; günümüzde yapılan soykırımlarda uluslararası hukuk düzeninde uluslararası kamu gücü kullananların karar ve uygulamalarının keyfiliği etkili ve tutarlı bir denetimden yoksundur. *Jus cogens* niteliğe ve *erga omnes* etkiye sahip soykırım yasağı hakkında uluslararası hukukta güçlü ve etkili bir uzlaşma sağlanamamıştır. Bu bağlamda İsrail-Gazze krizi, uluslararası kamu hukuku için bir sınav, devlet egemenliğinin sınırlandırılması idealinin uluslararası hukuktaki izdüşümleri hakkında realist teorinin ileri sürdüğü "ütopya" eleştirisini zayıflatmak için bir fırsattır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Egemenliği, Egemenliğin Sınırlanması, İsrail-Gazze Krizi, *Jus Cogens*, Soykırım

Abstract: After World War II, the principles governing those using public force changed. The transformation from police state to rule of law within the domestic legal order, and from modern state to post-modern state within the international legal order, has a common purpose: Restricting state sovereignty. The uncontrolled and unpredictable nature of the discretion exercised by the UN Security Council, which is equipped with a monopoly on violence for humanitarian interventions that limit the sovereign exercise of states to ensure international peace and security, engender legitimacy debates. During the genocides committed in World War II, the arbitrariness of decisions and practices for the public good in the minds of people using public power in the national legal order was uncontrolled; in today's genocides, the arbitrariness of the decisions and practices of those who use international public power in the international legal order lacks effective and consistent control. In this context, the Israel-Gaza crisis is a test for public international law; it is an opportunity to weaken the "utopia" criticism put forward by realist theory about the projections of the ideal of limiting state sovereignty in international law.

Keywords: State Sovereignty, Restriction of Sovereignty, Israel-Gaza Crisis, *Jus Cogens*, Genocide

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF SBKY Bölümü, Anayasa Hukuku Bilim Dalı, hande.demir@hbv.edu.tr

ORCID 0000-0001-7957-0521

Makale Geliş Tarihi: 18.09.2024, Makale Kabul Tarihi: 25.02.2025

GİRİŞ

Devlet egemenliğinin sınırlanması meselesi II. Dünya Savaşı sonrasında ulusal ve uluslararası hukukta kendine önemli bir yer bulmuştur. Egemenlik yetkisi kullanan kişi ve organlara hâkim anlayışın, ulusal hukuk düzeni içinde polis devletten hukuk devletine ve uluslararası hukuk düzeni içinde modern devletten post modern devlete evriminin¹ ortak bir amacı olduğu söylenebilir: Devlet egemenliğini sınırlamak.

Ulusal hukuk düzeni ve hukuk devleti muhayyilesi içinde, devletin iç egemenliğini sınırlamak, güçlü olan devlet karşısında zayıf olan kişileri koruyan denge ve denetim sistemleri geliştirmek, “kamu yararı” ile “keyfilik” arasındaki ayrımı belirginleştirerek denetlemek, negatif statü haklarına müdahaleyi önlemek ve pozitif statü hakları tanıyarak kişileri “özgürleştiren” sosyal politikalar üretmek, kamu gücünden vaki hak ihlallerinin ulusal ve uluslararası düzeyde yargısal denetimini etkinleştirmek, kişileri uluslararası hukukun süjesi statüsüne kavuşturmak yönünde adımlar atılmıştır. Bu makalede, çoğulcu demokrasiyi ve çoğunluğun “sınırlı” egemenliğini sağlamak üzere özgürlükleri güçlendiren ve *iç egemenliği* sınırlayan uygulamalar bir yana bırakılarak; devletin *dış egemenliğini* sınırlayan düşünce ve uygulamaların ulaştığı nokta, “İsrail-Gazze Krizi” örneği üzerinden ele alınacaktır.

Uluslararası hukuk düzeninde modern devletin post modern devlete evrimi sürecinde, devletlerin dış egemenliğini sınırlandıran uluslararası insancıl hukuk kurallarının *de jure* normatif, organik, fonksiyonel yönleriyle geliştiği; devletlerin çeşitli uluslararası ve uluslararası örgütler kurarak egemenliklerini sınırladığı görülmektedir². Keza uluslararası örgütler -kural olarak egemen devletlerin rıza çemberi içinde de olsa- devletleri koordine etme, denetleme, izleme, yargılama, hukuki sorumluluğa ve adil tazmine karar verme fonksiyonları icra etmektedir.³ Devletler arasındaki ikili ilişkiler döneminin, uluslararası ilişkilere dönüşmesinin ilk somut adımı olan⁴ Milletler Cemiyeti’nin ve onun ardılı Birleşmiş Milletler⁵’in (BM) uluslararası hukukta klasik egemenliğe getirdiği kısıtlamaların “İsrail-Gazze Krizi” üzerindeki mevcut ve muhtemel görünüşleri makalenin ana konusudur.

İsrail ile Filistin arasında 07.10.2023 tarihi itibarıyla yaşanagelen bunalım, BM tarafından “İsrail-Gazze Krizi (*Israel-Gaza Crisis*)”⁶ olarak ifade edilmiştir. Makalede, BM’nin *kriz* nitelemesi takip edilmiş; “soykırım”, “saldırı”, “savaş suçu”,

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Cooper, *The Postmodern State and The World Order*, Demos and the Foreign Policy Centre, London, 2000. Robert Cooper, *The Breaking of Nations: Order and Chaos in the Twenty-First Century*, Atlantic Books, London, 2003.

² M. Aydoğan Özman, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, C. 21, S. 1, 1964, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 76.

³ Ramazan Gözen, *Uluslararası İlişkiler Teorileri*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 107-109.

⁴ Erdem Denk, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi*, 2. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2019, s. 22.

⁵ BM, uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla galip devletler tarafından 1945’te kurulmuştur.

⁶ BM, İsrail-Filistin bunalımını “kriz” terimiyle tanımlamıştı: United Nations, *Israel-Gaza Crisis*, (<https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel> s.e.t. 28.12.2023).

“insanlığa karşı suç” nitelmesi yapmaktan kaçınılmıştır. Zira anılan suçlara dair tespitler “yargısal” niteliktedir. Haksız fiilin hukuki nitelmesi yetkili bir mahkeme tarafından, eylemlerin maddi ve manevi unsurlarına yönelik kovuşturma neticesinde yapılır. Makalenin amacı “yargılama” yapmak değil, devletlerin dış egemenliğini sınırlamaya dönük uluslararası hukukun organik ve fonksiyonel yönleriyle ulaştığı son noktanın, başlangıç noktasındaki *ideali* sağlayıp sağlayamadığını İsrail-Gazze krizi üzerinden analiz etmektir. Bir başka ifadeyle post-modern devlet ve uluslararası insancıl hukuku doğuran idealist felsefenin klasik egemenlik anlayışını kısıtlayan somut görünümünü, derinleşen İsrail-Gazze krizi örneği üzerinden, emsal kararlardan/uygulamalardan hareketle değerlendirmektir.

Makalede önce uluslararası insancıl hukuk ve insancıl hukuka aykırılıktan devletlerin sorumluluğunu düzenleyen normatif düzenlemeler ortaya konacak, konuyla temaslı emsal nitelikte uluslararası yargısal içtihatlar incelenecektir. Son olarak, işaret edilen *normlar* ve *icthatların*, İsrail-Gazze krizi *olgusundaki* muhtemel görünümü değerlendirilecektir. Bu kapsamda cevabı aranan sorular şunlardır:

- İsrail-Gazze krizinde, uluslararası insancıl hukuka aykırı haksız fiillerden doğan devletin hukuki ve kişilerin cezai sorumluluğuna karar verme yetkisi hangi uluslararası mahkemelerdedir ve bu mahkemelerin emsal kararları ne yöndedir? Anılan incelemede BM’nin siyasi organları olan Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi’nin *siyasi* yaklaşımı değil BM’nin yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (UCM) *hukuki* yaklaşımı esas alınacaktır.

- Uluslararası mahkemelerin yanı sıra ulusal mahkemelerin, bir başka devletin haksız fiilleri hakkında yargılama yapma yetkisi var mıdır? İsrail-Gazze krizinde, ilgili devletlerin eylemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin yargılama, sorumluluğa, yaptırıma ve adil tazmine hükmetme yetkisi ve sonuçları, devletlerin yargı bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde tartışılacaktır.

Son tahlilde normatif düzenlemeler, emsal karar ve uygulamalardan hareketle, İsrail-Gazze krizinin, adil tazmin sağlayacak bir çözüme kavuşup kavuşmayacağı değerlendirilecektir.

Makalede, hukuk biliminin temel araştırma yöntemi kullanılacak; normlardan hareketle olgulara dair hukuki sonuçlara ulaşan tümdengelim metodu esas alınacaktır. Normlar, aynı nitelikte her olguya uygulanır, ulaşılan sonuçlar “tutarlı” olmalıdır⁷. İsrail-Gazze krizi olgusuna uygulanacak normların hukukî sonuçları ve dahası bu sonuçların emsalleriyle olan tutarlılığı, normları uygula(ma)yan kişi ve organların hukuki yahut keyfilığının turnusol kağıdıdır.

I. DEVLETLERİN DIŞ EGEMENLİĞİNİN SINIRLANMASI: ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN GELİŞİM SÜRECİ

Devletlerin dış egemenliğini sınırlandırmaya yönelik uluslararası insancıl hukuk kuralları, 19. yy’da silahlı çatışma hukuku alanındaki düzenlemelere dayanır⁸. Savaş hukukuna dair tarihî teamüllere⁹ rastlanmakla birlikte, ilk

⁷ Hukuku “bilim” yapan şey, bu “tutarlılığın” kendisidir.

⁸ Semin Töner Şen, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 10.

normatif düzenlemeler La Haye Sözleşmelerinde karşımıza çıkar¹⁰. 1899 II. La Haye Sözleşmesi'nde yer alan¹¹ "Martens Kaydı"¹², savaş hukuku düzenlemelerinin yetersiz kalması hâlinde uluslararası hukuk *teamüllerinin* uygulanacağını belirtmiştir¹³. La Haye Sözleşmelerinde işgal edilen bölgelerde yaşayan siviller korunmuş; insanlığa karşı suç, savaş ve soykırım suçu ise II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası pozitif hukuka girmiştir. II. Dünya Savaşı'nın galip devletleri tarafından kurulan komisyon, savaş ve insanlık yasalarının/teamüllerinin ihlali kapsamında yargılama yapılmasını tavsiye etmiş; bu doğrultuda uluslararası ceza hukukunun başlangıç noktası sayılan¹⁴ Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi¹⁵, ardından 19.01.1946 tarihli Kararname ile Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemesi¹⁶ kurulmuştur. Statülerinde düzenlendiği üzere insanlığa karşı suç, savaş suçu ve barışa karşı suç işleyen gerçek kişileri yargılamak amacıyla kurulan¹⁷ *ad hoc* nitelikteki bu mahkemelerin, esasen objektif adaleti değil kazananın adaletini sağladığı vurgulanmalıdır¹⁸. Devletlerin dış egemenlik faaliyetlerini denetleyecek ve objektif adaleti sağlayacak daimî bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını düzenleyen Roma Statüsü, 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe girerek UCM'nin kuruluşu tamamlanmış¹⁹,

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karma Nabulsi, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, Oxford University Press, New York, 2007.

¹⁰ La Haye Sözleşmeleri, Hollanda'nın Lahey kentinde 1889 ve 1907 yıllarında yapılan uluslararası konferanslarda kabul edilen, kara ve deniz savaşları hakkında bir dizi uluslararası antlaşmaya verilen ortak isimdir. Töner Şen, s. 10. 1907 La Haye Sözleşmeleri için bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 532.

¹¹ Mete Erdem, "İnsancıl Hukukta Martens Kaydı", C. 6, S. 2, 2015, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 276.

¹² Pazarcı, s. 535.

¹³ Töner Şen, s. 11.

Doğal hukuka içkin bu belirsiz ifadelerin, uluslararası hukukun rızaya dayanan karakteriyle örtüşmesi zordur. Erdem, s. 214.

¹⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 400.

¹⁵ Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. United Nations General Assembly International Law Commission, *The Charter and Judgment of The Nurnberg Tribunal History and Analysis (Memorandum Submitted by the Secretary-General)*, New York, 1949, (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf s.e.t. 20.01.2024).

¹⁶ Tokyo Mahkemesi Statüsü için bkz. United Nations, *International Military Tribunal for the Far East*, (http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf s.e.t. 20.01.2024).

¹⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Baskı, Oxford University Press, New York, 2003, s. 259-560.

¹⁸ Bahadır Bumin Özarslan, "Uluslararası Hukuk Açısından Sevk ve İskân Kanunu Uygulaması", 2015, II. Uluslararası Türk-Ermeni İlişkileri ve Büyük Güçler Sempozyumu, Cilt II, s. 1268.

¹⁹ Hakan Karakehya, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", C. 57, S. 2, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 135.

Mahkeme savaş suçu²⁰, insanlığa karşı suç²¹, soykırım suçu hakkında yargılama yapma yetkisiyle donatılmıştır.

Bu makale, İsrail-Gazze krizi kapsamında soykırım (*genocide*)²² suçuna odaklanmıştır. Uluslararası hukukta bir ırkı yok etmek amacıyla icra edilen eylemlerin “soykırım suçu” ismiyle tanınarak, kişilerin ve devletin cezai/hukuki sorumluluğuna yol açması, BM Genel Kurulu tarafından 09.12.1948’de kabul edilen ve 12.01.1951’de yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi²³ (Soykırım Sözleşmesi) ile olmuştur²⁴. Soykırım Sözleşmesi, soykırım suçunun unsurlarını ve soykırımdan sorumluluğu düzenlemiştir; taraf devletlere soykırımı önleme yükümlülüğü getirmiştir.

Soykırım Sözleşmesi’nin “Önleme ve Cezalandırma” başlıklı 1. maddesine göre “*Sözleşmeci Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder.*”. Soykırım Sözleşmesi’nin “Cezalandırılacak eylemler” başlıklı

²⁰ Savaş suçu, uluslararası pozitif hukukta Nürnberg Mahkemesi Statüsü m. 6/b’de düzenlemiştir (Özarslan, s. 1270); buna göre işgal altındaki bölgedeki sivil nüfusun zorla yer değiştirilmesi, öldürülmesi, zorla çalıştırılması, kamusal veya özel mülklerin yağmalanması suretiyle savaş kural ve teamüllerinin ihlal edilmesi, savaş esirlerinin ve rehinelere öldürülmesi, kötü muameleye uğramasına yönelik eylemler savaş suçu sayılmıştır (*Charter of the International Military Tribunal, Article 6/b - War crimes*); nihayet UCM’yi kuran Roma Statüsü’nün “Savaş Suçları” başlıklı 8. maddesiyle son şeklini almıştır. Anılan madde “hacmi” sebebiyle dipnotta aktarılamamıştır, Bkz: The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of The International Criminal Court, 2021, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> s.e.t. 28.12.2023).

²¹ Devletin “kendi vatandaşlarına” karşı haksız fiilleri savaş ve saldırı suçu kapsamına girmediğinden, Nazi eylemlerini kapsayacak mahiyette insanlığa karşı suç tipi düzenlenmiştir (Özarslan, s. 1268). 1945’ten önce ne uluslararası konvansiyonel hukukta ne de teamül hukukunda, bir devletin kendi ülke sınırları içinde kendi halkına karşı eylemlerinin uluslararası hukuk kapsamında suç oluşturması kabul edilmiştir (Mireille Delmas-Marty / Isabelle Fouchard / Emanuela Fronza / Laurent Neyret, İnsanlığa Karşı Suç, Çev. Berna Ekal, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 18-19.). İnsanlığa karşı suçun ilk hukuki tanımı Nürnberg Mahkemesi Statüsü m. 6/c)’de (*Charter of the International Military Tribunal, Article 6/c - Crimes against humanity*) yapılmıştır (Delmas-Marty / Fouchard / Fronza/ Neyret, s. 16.); ardından insanlığa karşı suçlarla ilgili kriterler Yugoslavya, Ruanda, Sierra-Leone Uluslararası Ceza Mahkemesi’ndeki yargılamalarda belirgin hâle gelmiştir (Cengiz Başak, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 117) ve nihayet UCM’yi kuran Roma Statüsü’nün “İnsanlığa karşı suç” başlıklı 7. maddesinde son şeklini almıştır (Şeref Ünal, Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2011, s. 353.). Anılan madde “hacmi” sebebiyle dipnotta aktarılamamıştır, Bkz: The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2021, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> s.e.t. 28.12.2023).

²² Soykırım (*genocide*) ifadesi, Polonyalı hukukçu Raphael Lempkin’in 1944’te yayınladığı çalışmada ilk kez kullanılmıştır. Timuçin Köprülü, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 1.

²³ Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; bkz. TC Adalet Bakanlığı Resmî İnternet Sitesi, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf s.e.t. 20.01.2024).

²⁴ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Rifat Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 511.

3. maddesine göre, “a) Soykırımda bulunmak; b) Soykırımda bulunulması için iş birliği yapmak; c) Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak; d) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek; e) Soykırıma iştirak etmek cezalandırılacaktır.”

Soykırım Sözleşmesi'nin “Soykırım oluşturan eylemler” başlıklı 2. maddesi, soykırım suçunun unsurlarını düzenler. Keza UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün “Soykırım” başlıklı 6. maddesi²⁵ ile Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesi²⁶ birebir aynıdır²⁷. Buna göre, soykırım suçunun maddi unsuru (*actus reus*) Sözleşme m. 2'de düzenlenen eylemler; manevi unsuru (*mens rea*) ise bu eylemlerin hedef alınan ulusal, etnik, ırksal veya dini grubun maddi varlığını kısmen veya tamamen yok etmek özel kastıyla icra edilmesidir²⁸. Eylemin sebep, konu ve maksat unsurları arasında sıkı bir bağ, nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Suçun maddi sonucu ile failin zihinsel durumu arasında bağ kurularak suç vasıflandırılmaktadır²⁹. Soykırım suçu, taksirle dikkatsizlik ve tedbirsizlikle işlenemez³⁰; eylemler dinî, etnik, ırkçı nefretle değil başka saiklerle işlenmişse soykırım suçu oluşmaz³¹. Eylemlerin yöneldiği kişiler, anılan dört grubun mensubu oldukları için seçilmeli ve nihai amaç bu grubu tamamen veya kısmen yok etmek olmalıdır³². İsrail-Gazze krizi hakkında UAD'nin yapacağı yargılamanın kritik noktası suçun manevi unsurunun ispatıdır.

Devletlerin dış egemenliğini sınırlandıran anılan uluslararası insancıl hukuk kurallarının İsrail-Gazze krizi örneği üzerindeki etkisine ve bu bağlamda devletlerin hukuki ve kişilerin cezai sorumluluğunu doğuran sonuçlarına

²⁵ Article 6 Genocide Bkz. The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2021, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> s.e.t. 28.12.2023).

²⁶ Article II Genocide Bkz: United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.I_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf s.e.t. 28.12.2023).

²⁷ “Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur: a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek.”

²⁸ Töner Şen, s. 107,142-159.

²⁹ “Special intent is a well-known criminal law concept in the Roman-continental legal systems. It is required as a constituent element of certain offences and demands that the perpetrator have the clear intent to cause the offence charged. According to this meaning, special intent is the key element of an intentional offence, which offence is characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator.”

United Nations, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor / Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 09.09.1998, (<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> s.e.t. 01.08.2023).

³⁰ Başak, s. 274.

³¹ Töner Şen, s. 148.

³² UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 187-189: Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 01.01.2024).

ulaşabilmek için İsrail-Gazze krizinin ampirik çıktılarına bakmak gerekir. Bu muhakemeden önce anılan sorumluluk hakkında hangi organların karar vermeye yetkili olduğunu ve bu organların emsal kararlarını ortaya koymak önemlidir.

II. ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK İHLALLERİ KAPSAMINDA SOYKIRIM SUÇU HAKKINDA YARGISAL KARAR VERMEYE YETKİLİ KURULUŞLAR: UCM VE UAD

Bu başlıkta şu sorunun cevabı aranacaktır: İsrail-Gazze krizinde, uluslararası insancıl hukuka aykırı haksız fiillerden doğan devletin hukuki ve kişilerin cezai sorumluluğuna karar verme yetkisi hangi uluslararası mahkemelerdedir ve bu mahkemelerin emsal nitelikte kararları ne yöndedir? Uluslararası insancıl hukuk kuralları kapsamında “soykırım yasağı” kuralına odaklanmak gerekir zira anılan yasak -aşağıda daha ayrıntılı incelenecektir- *jus cogens* niteliğe ve *erga omnes* etkiye sahiptir ve doğrudan İsrail-Gazze krizi kapsamında UAD nezdinde incelenmektedir.

Soykırım hakkında karar vermeye yetkili kuruluşlar Soykırım Sözleşmesi’nde belirtilmiş; 6. madde, soykırım suçundan bireysel sorumluluk hakkında ceza yargılaması yapmaya yetkili makamları; 9. madde, soykırım suçundan devletin sorumluluğu hakkında hukuk yargılaması yapmaya yetkili makamları düzenlemiştir.

Sözleşme’ye göre *devletlerin hukuki sorumluluğu* hakkında UAD; *gerçek kişilerin cezai sorumluluğu* hakkında ise anılan suçları işleyen kişilerin vatandaş olduğu devletin ulusal mahkemesi, sözleşmecî devletlerin yargı yetkisini kabul ettiği uluslararası bir ceza mahkemesi -UCM, karma statülü veya *ad hoc* bir mahkeme³³- yargılama yapabilir. Keza Roma Statüsü m. 5/1’te soykırım suçu, savaş suçu, insanlığa karşı suç, saldırı suçu hakkında yargılama yapmak üzere kurulan UCM’nin yetkileri düzenlenmiştir.

Öyleyse ilgili suçlar kapsamındaki uluslararası yargısal kararlar, gerçek kişilerin bireysel cezai sorumluluğu hakkında UCM tarafından; devletlerin hukuki sorumluluğu hakkında UAD tarafından verilebilecektir.

A. BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK: UCM

Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü’ne göre, hakkında anılan suçlardan suç isnadı bulunan kimseler, kural olarak ilgili devletin ulusal mahkemeleri tarafından yargılanır. Keza sözleşmecî devletlerin yargı yetkisini kabul ettiği karma statülü veya *ad hoc* nitelikte bir mahkeme yahut UCM yargılama yapabilir.

Filistin, 02.01.2015 tarihinde Roma Statüsü’ne katılarak UCM’nin yargı yetkisini³⁴; 02.04.2014 tarihinde ise Soykırım Sözleşmesi’ni kabul etmiştir³⁵. İsrail

³³ *Ad hoc* ve karma statülü mahkemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Nimet Güller / Hamide Zafer, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Gustav-Stresemann-Institut European Academy, Bonn, 2006, s. 10, 15-17.

³⁴ The International Criminal Court, State of Palestine Situation in the State of Palestine ICC-01/18, (<https://www.icc-cpi.int/palestine> s.e.t. 29.12.2023).

³⁵ The ICRH’s (International Committee of the Red Cross), Treaties and States Parties - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December

09.03.1950 tarihinde Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir³⁶; fakat Roma Statüsü'nün tarafı değildir dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini tanımamaktadır.

Uluslararası sözleşmeler, kural olarak sadece sözleşmenin taraflarını bağlar ve sözleşmenin ilgili taraf için yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için bağlayıcıdır. Zaman bakımından yetki, yargılamanın her safhasında resen dikkate alınan bir meseledir³⁷. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları uyarınca, mahkemelerin zaman bakımından yetkisinin başladığı tarih, ilgili taraf bakımından Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihtir³⁸; bu tarihten önceki eylemlerden taraf devletlerin sorumluluğu doğmaz³⁹.

UCM'nın, kişi (*ratione personae*)⁴⁰, konu (*ratione materiae*)⁴¹, yer (*ratione loci*)⁴² ve zaman bakımından (*ratione temporis*)⁴³ yetkisi Roma Statüsü'nde

1948, The ICRC's International Humanitarian Law Databases, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/genocide-conv-1948/state-parties?activeTab=undefined> s.e.t. 05.01.2024).

³⁶ The ICRH's (International Committee of the Red Cross), "Treaties and States Parties - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948", The ICRC's International Humanitarian Law Databases.

³⁷ AİHM [BD], Blečić / Hırvatistan, B. No. 59532/00, T. 08.03.2006, § 67.

³⁸ AİHM [BD], Šilih / Slovenya, B. No. 71463/01, T. 09.04.2009, § 164.

³⁹ "In particular, the Court reiterates that the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to their ratification of the Convention" AİHM [BD], Kopecký / Slovakya, B. No. 44912/98, T. 28.09.2004, § 38.

Sözleşme'nin yürürlüğünden önce meydana gelen hak ihlallerinin etkisinin yürürlükten sonraya uzandığı kanaatine varılması hâlinde zaman bakımından yetki doğacaktır: AİHM [BD], Broniowski / Polonya, B. No: 31443/96, T. 19.12.2002, § 74.

⁴⁰ Roma Statüsü m. 25, kişi bakımından yetkiyi düzenler; UCM sadece gerçek kişileri yargılayabilir.

⁴¹ Roma Statüsü m. 5, konu bakımından yetkiyi, UCM'nin yetki alanına giren suçları düzenler: Soykırım suçu, saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları. Sayılan suçlar için zamanaşımı işlemez.

Roma Statüsü m. 5- 1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren çok ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu tüzüğe uygun olarak, aşağıdaki suçlarla ilgili yargı yetkisine sahiptir: (a) Soykırım suçu; (b) İnsanlığa karşı suçlar; (c) Savaş suçları; (d) Saldırı suçu.

2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargılama yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkemenin hangi durumlarda, bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra yerine getirir. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.

Roma Statüsü m. 29- Mahkemenin yargı yetkisi içine giren suçlar, herhangi bir yasa sınırlamasına tabi değildir. Uluslararası hukuku ve insan haklarını ağır biçimde ihlal eden ve bu yönüyle uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarına zamanaşımı işlememesi olağandır. Tezcan, Erdem, Önok, s. 467.

⁴² Roma Statüsü'nde yer bakımında yetkiye ilişkin bir düzenleme yoktur. Buna göre Mahkeme'nin yer bakımından yetkisi tüm dünyada işlenen ilgili suçları kapsamaktadır.

⁴³ Roma Statüsü m. 11, zaman bakımından yetkiyi düzenler, buna göre Mahkeme, Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar hakkında yargılama yapabilir. Bunun yanında bir devletin Statü'ye, Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonraki bir

düzenlenmiştir. Bir eylemin uluslararası hukuk açısından suç sayılması, -kural olarak- egemen devletlerin bu suçu kendi iç süreçlerinden geçirerek yürürlüğe koyması ile mümkündür. *Jus cogens* nitelikte uluslararası hukukta kabul gören istisnalar saklıdır.

Jus cogens'in tanımı ilk kez 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 53⁴⁴'te yapılmış⁴⁵ ve bunun dışında uluslararası hukukta kabul görmüş başka bir resmî tanım bulunmamaktadır⁴⁶. II. Dünya Savaşı sonrasında, uluslararası kamu düzenini sağlamak amacıyla⁴⁷, uluslararası hukukun emredici kurallarından⁴⁸ söz edilmeye başlanmış⁴⁹, diğer hukuk normlarından üstün ve aksi kararlaştırılamayan emredici normlar *jus cogens* olarak tasnif edilmiştir⁵⁰. Uluslararası bir hukuk normu, *jus cogens* niteliği kazanmak için iki temel şartı karşılamalıdır: “Birincisi, böyle bir normun bir bütün olarak devletler toplumu tarafından kabul edilmiş olmasıdır. İkincisi ise, bir bütün olarak devletler toplumunun bu normu tanırken ondan hiçbir suretle sapılamayacağı kaydıyla onu kabul etmesi ve tanıması şartıdır.”⁵¹. Sözleşmede *jus cogens* normlar belirtilmemiş ve hâlen *jus cogens* normlar üzerinde mutabakat sağlanmamış⁵² olsa da günümüzde soykırım yasağı, deniz haydutluğu, kölelik yasağı, uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanma yasağı *jus cogens* normlara örnek gösterilebilir⁵³. UAD, 2006 tarihli

tarihte taraf olması hâlinde, Mahkeme'nin yargı yetkisi, Statü'nün o devlet için yürürlüğe girdiği tarihten sonraki eylemleri kapsar.

Roma Statüsü m. 11- 1. Mahkeme, bu tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisini haizdir. 2. Şayet bir devlet, tüzük yürürlüğe girdikten sonra bu tüzüğe taraf olursa; 2. maddenin 3. paragrafına göre devlet tarafından bir bildirimde bulunulmadıkça, Mahkeme o devlet için yargı yetkisini sadece tüzüğe taraf olduktan sonra işlenen suçlar için kullanabilir.

44 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 53- Bir antlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.

45 Berat Lale Akkutay, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, S. 113, 2014, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 102.

46 Arslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 29.

47 Deniz Kızılsümer Özer, “Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya-İtalya: Yunanistan Müdahil Davasında Verdiği Karar ve Düşündürdükleri”, C. 5, S. 2, 2015, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

48 Hukuk kuralları, muhatapları üzerindeki etkisi bakımından ikiye ayrılır: Emredici ve yedek hukuk kuralları. Emredici hukuk kurallarının aksi kararlaştırılmazken, yedek hukuk kuralları esnek bir tabiata sahiptir. Emredici hukuk kurallarının uluslararası hukuktaki izdüşümü *jus cogens* kurallardır. Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 28-29.

49 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29.

50 Akkutay, s. 102.

51 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29.

52 Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29. Akkutay, s. 103.

53 Kızılsümer Özer, s. 29.

kararında⁵⁴ ilk defa *jus cogens* normların varlığını kabul etmiş, soykırım yasağının *jus cogens* niteliğini belirtmiştir⁵⁵.

Jus cogens bir normun ihlali, UCM'ye başvurma yetkisini genişletmektedir. UCM Roma Statüsü'ne göre üç durumda **UCM'nin yargılama yetkisi doğar**. Roma Statüsü'nde düzenlenen suçlarla ilgili uluslararası sorumluluğu tespit etmek talebiyle UCM savcısına (1) Roma Statüsü'nün tarafı devletler başvurabilir⁵⁶, (2) BM Güvenlik Konseyi başvurabilir⁵⁷, (3) UCM savcısı ihbar olmaksızın, kendiliğinden soruşturma başlatabilir. *Jus cogens* bir normun ihlal edilmesi hâlinde ise her devlet UCM'ye başvurabilir⁵⁸. *Jus cogens* bir norm olan soykırım yasağı kapsamında sadece zarar gören yahut Roma Statüsü'nün tarafı devletler değil uluslararası toplumun üyesi "her devlet" UCM'ye başvuruda bulunabilecektir⁵⁹.

UCM'nin yargılama yapabilmesi için ilgili devletin Mahkeme'nin yargı yetkisi kabul etmesi gerekir. Statü m. 12/3'e göre Statü'ye taraf olmayan bir devlet UCM'nin yetkisini tanıyabilir, kendi ülkesi üzerinde veya kendi vatandaşları tarafından işlenilen suçlar için Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul edebilir. Fakat hiçbir devlet, rızası dışında Mahkeme'nin yargı gücüne tabi olamaz.

İsrail, Roma Statüsü'nün tarafı değildir, UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiştir. İsrail, Roma Statüsü'nün tarafı olsaydı dahi, Roma Statüsü m. 1⁶⁰ uyarınca UCM'nin yargı yetkisinin tamamlayıcı/ikincil olduğunun⁶¹ altı çizilmelidir. Bir başka ifadeyle ilgili suçlar hakkında yargı yetkisi birincil olarak İsrail Devleti'nin ulusal mahkemelerindedir; soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi öncelikle akit devletlerdedir.

⁵⁴ Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo / Rwanda), General List No. 126, 03.02.2006, (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 01.01.2024).

⁵⁵ Akkutay, s. 103.

⁵⁶ UCM Roma Statü m. 12/2'ye göre, Statü'ye taraf devletin ülkesinde veya Statü'ye taraf devletin vatandaşı tarafından işlenen Statü'de düzenlenen suçlar hakkında UCM yargılama yapabilir. Bu durumda suç, taraf devletin ülkesinde yahut taraf ülkenin vatandaşı tarafından işlenmiş olmalıdır. Keza Statü m. 14/1'e göre Statü'ye taraf devletler, kendilerini doğrudan ilgilendirmeyen fakat mahkemenin yargı yetkisine giren suçları Savcılığa ihbar edebilir.

⁵⁷ Güvenlik Konseyi, barışı tehlikeye düşüren bir suç iddiasını UCM savcısına iletir. Statü m. 13/b'ye göre, Statü'de düzenlenen suçların BM Güvenlik Konseyi tarafından tespit edilmesi ve durumun UCM'ye havale edilmesi hâlinde (*referral*), BM üyesi devletlerin vatandaşları tarafından yahut üye devletlerin ülkesi üzerinde işlenen suçlar için UCM'nin yargı yetkisi doğacaktır. Bu karar Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletleri de bağlar, devletler ilgili kişi ülkelerinde ise yakalayarak UCM'ye teslim etmekle yükümlüdür.

⁵⁸ Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 302-303.

⁵⁹ Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 302-303.

⁶⁰ Roma Statüsü Madde 1 – Uluslararası Ceza Mahkemesi (Mahkeme) bu tüzükle kurulmuştur. Mahkeme, daimî bir kurumdur ve bu tüzükte sözü edilen, uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde, yargı yetkisine sahiptir ve devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcıdır. Mahkemenin yargı yetkisi ve işlevleri bu tüzük hükümleri çerçevesinde belirlenir.

⁶¹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 365.

Diğer yandan, Filistin hükümetinin 22.05.2018'de UCM'ye yaptığı başvurudan üç yıl kadar sonra, 05.02.2021 tarihinde UCM Ön Yargılama Dairesi, Roma Statüsü'ne taraf devlet olması nedeniyle Filistin topraklarında işlenen suçlarla ilgili UCM'nin yargılama yetkisinin olduğuna karar vermiştir. UCM'nin yargı yetkisinin bölgesel kapsamının Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Gazze ve Batı Şeria'yı kapsadığı yönündeki anılan kararın ardından, UCM Savcısı 03.03.2021'de Filistin Devleti'ndeki duruma ilişkin soruşturmanın açıldığını duyurmuştur. 17.11.2023'te Güney Afrika, Bangladeş, Bolivya, Komor Adaları ve Cibuti tarafından, Filistin Devleti'ndeki durum hakkında yapılan başvuru üzerine UCM Savcısı, Filistin Devleti topraklarında 07.10.2023 itibarıyla artan şiddet hakkında bir soruşturma yürüttüğünü açıklamış ve 20.05.2024'te Ön Yargılama Dairesi'ne tutuklama emri başvurusunda bulunmuştur⁶². UCM tarafından verilecek emir ve kararların, üye olmayan devletler üzerinde bir bağlayıcılığı yoktur; UCM, üye olmayan devletlere iş birliği çağrısında bulunsa de talebin üye olmayan devletler için zorlayıcı etkisi bulunmamaktadır.

İsrail-Gazze krizi kapsamındaki eylemlerin, ilgili suçların maddi ve manevi unsurlarını taşıyıp taşımadığı yönündeki kararlar yargısal bir soruşturma kovuşturma neticesinde verilecektir. Eylemlerin sebep ve amacıyla alakalı olarak, hükümet edenlerin, idare edenlerin ve halkın eylemlerinin doğurduğu hukuki sonuçlar farklı olacaktır. Halkın eylemleri bireysel hukuki ve cezai sorumluluk doğururken, idare edenlerin ve hükümet edenlerin eylemleri bireysel hukuki, cezai, idari ve siyasi sorumluluğun yanında *devletin* soykırım, savaş, insanlığa karşı suçtan hukuki sorumluluğunu doğurur.

B. DEVLETİN HUKUKİ SORUMLULUĞU: UAD

Ceza mahkemelerinin temel işlevi, suçların kovuşturması ve cezai sorumluluğun saptanması iken; hukuk mahkemelerinin temel işlevi, haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğun saptanmasıdır. UAD, bir hukuk mahkemesi olarak, şartların oluşması hâlinde devletlerin, cezai değil hukuki sorumluluğu hakkında karar vermektedir.

İlgili suçlarla bağlantılı olarak bir devletin sorumluluğunu tespit etmekle görevli tek tabii mahkeme UAD⁶³'dir. BM Antlaşması m. 92'ye göre UAD, BM'nin *yargı organı*dır; bu yönüyle BM'nin siyasi organları olan Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'dan ayrılmaktadır. UAD'nin iki temel işlevi vardır: (1) UAD Statüsü m. 38⁶⁴ uyarınca *devletler arasındaki davalara bakmak*⁶⁵, bir başka ifadeyle devletler

⁶² Yahya Sinwar, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri (Deif) ve Ismail Haniyeh ile ilgili olarak, 7 Ekim 2023 tarihinden itibaren İsrail topraklarında ve Filistin Devleti'nde (Gazze Şeridi'nde) işlendiği iddia edilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar; Benjamin Netanyahu ve Yoav Gallant'ın, Filistin Devleti topraklarında (Gazze Şeridi'nde) 8 Ekim 2023 tarihinden itibaren işlendiği iddia edilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla ilgili, tutuklama emirlerinin çıkarılması için gerekli standardın karşılanıp karşılanmadığına karar vermek artık Ön Yargılama Dairesi yargıçlarının yetkisindedir.

The International Criminal Court, State of Palestine Situation in the State of Palestine ICC-01/18, (<https://www.icc-cpi.int/palestine> s.e.t. 09.07.2024).

⁶³ UAD, Soykırım Sözleşmesi kapsamında iki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur: Bosna Hersek-Sırbistan Karadağ ile Hırvatistan – Sırbistan kararları.

⁶⁴ UAD Statüsü m. 38- 1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan: a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları; b.

tarafından kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun barışçıl yolla çözmek; (2) uluslararası örgütlerin ve kurumların talepleri doğrultusunda *danışma görüşü sunmak*⁶⁶.

Kişilerin devlete bağlanabilen⁶⁷ haksız fiilleri, devletin cezai değil⁶⁸, hukukî sorumluluğunu doğurmaktadır⁶⁹. Uluslararası antlaşmalar ve teamüllerden hareketle, uluslararası suçlar, bireysel cezai sorumluluk doğuracak mahiyette düzenlenmiştir⁷⁰. Nürnberg Mahkemesi'nin, altı tüzel kişiyi yargılaması ve üç tüzel kişiyi "suçlu" bulması⁷¹, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu hakkında tartışmalar başlatmış; keza uluslararası mahkemeler⁷², haksız fiil veya ihmal sebebiyle devletin cezai değil hukukî sorumluluğu hakkında karar vermiştir⁷³.

Devletin cezai sorumluluğu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletlerin sorumluluğu konusundaki kodifikasyon çalışmaları esnasında tartışılmış⁷⁴; Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar" taslak maddeleri⁷⁵, bir tüzel kişi olarak devletlerin suç faili olamayacağı anlayışıyla oluşturulmuştur⁷⁶.

Devletlerin cezai sorumluluğu meselesi, UAD'nin Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ kararında tekrar gündeme gelmiştir. Kararda, uluslararası

hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını; c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini; d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular. 2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitce karar verme yetkisini zedelemesiz.

⁶⁵ UAD'nin devletler arasındaki davalara bakmak işlevi, hukuki sorumluluğa karar vermekle sınırlıdır. Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 128-129.

⁶⁶ Yusuf Aksar, *Evrensel Yargı Kuruluşları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 39.

⁶⁷ Uluslararası hukukun yerleşik isnat kuralına göre, yasama yürütme yargı organlarının yanı sıra, devlet örgütlenmesi içinde merkezi ya da yerel idare kapsamındaki bütün devlet organlarında görev alan kişilerin eylem ve işlemleri devletin bir fiili olarak kabul edilir. Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 264.

⁶⁸ Tezcan, Erdem, Önok, s. 446-450.

⁶⁹ Uzun, s. 128-129.

⁷⁰ Rifat Murat Önok, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçlar", S. 5, 2005, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, s. 177.

⁷¹ SS, Gestapo ve Nazi Partisi'nin yönetim kurulları.

⁷² Tokyo'da (1946), Eski Yugoslavya'da (1993) ve Ruanda'da (1994) kurulan uluslararası ceza mahkemeleri statüleri, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kapsamı dışında bırakmış. Ozan Değer, "Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek / Sırbistan-Karadağ Kararı", C. 6, S. 22, 2009, *Uluslararası İlişkiler*, s. 66.

⁷³ Kızılsümer Özer.

⁷⁴ Değer, s. 67.

⁷⁵ "Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumluluğu" taslak maddelerinin yazımı sürecinde, önce devlet tarafından işlenen "haksız fiiller" (*delicts*) ve "suçlar" (*crimes*) ayırımına gidilmiş, ardından "suçlar" ifadesi metinden çıkarılmıştır. Alain Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", C. 10, S. 2, 1999, *European Journal of International Law*, s. 432-433. Değer, s. 67.

⁷⁶ Pellet, s. 432-433. Değer, s. 67.

suçlar bakımından devletin cezai sorumluluğunun bulunmadığı; hukuki sorumluluğunun doğması için ise eylemlerin (1) devlet adına kamu gücü kullananlar, (2) *de jure* yetkili kılınanlar veya (3) *de facto* devlet tarafından kontrol edilen unsurlar tarafından işlenebileceği belirtilmiş; aksi hâlde sorumluluğun bireysel cezai sorumlulukla sınırlı kalacağı ifade edilmiştir⁷⁷.

UAD'nin devletlerarası uyuşmazlıkları çözme işlevi kapsamında, UAD Statüsü m. 34/1'e göre uyuşmazlığın tarafları "devlet" olmalıdır⁷⁸. Günümüzde teorik olarak, dünyadaki devletlerin tamamının UAD'ye başvurma veya davaya taraf olma ehliyeti vardır: (1) BM Antlaşması'na taraf devletler⁷⁹; (2) BM üyesi olmayan fakat UAD Statüsü'ne taraf devletler⁸⁰; (3) BM Antlaşması ve UAD Statüsü'ne taraf olmayan devletler -Divan'ın yargı yetkisinden yararlanmanın şartlarının Güvenlik Konseyi tarafından düzenlenmesi kaydıyla- Divan'ın yargı yetkisinden yararlanabilir⁸¹.

İsrail, BM üyesidir. Filistin ise BM'ye üye olmayan gözlemci devlet statüsündedir, UAD'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. UAD Statüsü m. 35/2 uyarınca Divan, Statü'ye taraf olmayan diğer devletlere de açıktır. Bu tür durumlarda geçerli olan koşullar, Güvenlik Konseyi'nin 15.10.1946 tarihinde kabul ettiği ve Divan'a erişim hakkının sağlanmasını düzenleyen 9 (1946) sayılı Karar'da belirtilmektedir. Statü'ye taraf olmayan bir devlet, BM Antlaşması uyarınca, Statü ve Divan Kurallarının koşullarına tabi olarak, Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğine dair bir beyanı Divan Sicil Defterine sunmuş olmalıdır; Divan'ın kararlarına iyi niyetle uymayı ve BM Antlaşması m. 94 kapsamındaki tüm yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt etmelidir. 04.07.2018'de Filistin Devleti, UAD Kalem'i'ne UAD'nin yargı yetkisini kabul ettiğine dair deklarasyonu tevdi ederek gerekli şartları yerine getirmiştir⁸².

UAD Statüsü m. 36 uyarınca bir uyuşmazlık UAD önüne üç şekilde gelebilir: (1) Taraflar, uyuşmazlıklarının çözümü için aralarında özel bir anlaşma (*compromis*) yaparak UAD'ye başvurabilir. (2) Devletlerden birinin Divan'a tek taraflı başvurusu üzerine uyuşmazlığın diğer tarafı devlet, Divan'ın davetine icabet edip duruşmaya katılarak davaya örtülü rıza (*forum prorogatum*) gösterebilir. (3) Soykırım Sözleşmesi m. 9, Divan'a yetki (*jurisdictional clause*) verdiğinden, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf devletler Sözleşme'ye dair uyuşmazlıkları tek taraflı olarak Divan önüne getirebilir.

Soykırım Sözleşmesi m. 1'de soykırımı önleme yükümlülüğü düzenlenmiş; m. 3'te soykırım yapmak, soykırımı teşebbüs etmek, soykırım için kışkırtmak, soykırım için iş birliği yapmak, soykırımı iştirak etmek yasaklanmıştır. Anılan emir ve yasaklara aykırı eylemlerde bulunduğu iddiasıyla

⁷⁷ Değer, s. 67.

⁷⁸ Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 51.

⁷⁹ BM Antlaşması'nın ayrılmaz bir parçası olan UAD Statüsü'ne de kendiliğinden tarafur; dolayısıyla BM üyesi devletler Divan'ın yargı yetkisinden yararlanabilir, UAD önündeki bir davanın tarafı olabilir

⁸⁰ Divan'ın yargı yetkisinden yararlanma şartlarının tespitine ilişkin BM Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi ve Genel Kurul'un kararıyla Divan'ın yargı yetkisinden yararlanabilir.

⁸¹ Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 52.

⁸² The International Court of Justice, States not parties to the Statute to which the Court may be open, (<https://www.icj-cij.org/states-not-parties> s.e.t. 05.01.2023).

devletin hukuki sorumluluğuna karar verilmesi için m. 9 uyarınca UAD'ye başvurulabilir. Zira Soykırım Sözleşmesi m. 9'a göre Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme'nin uygulanması, yorumlanması ve yerine getirilmesi hakkındaki bir uyuşmazlığı karara bağlaması için UAD'ye başvurabilir.

Soykırım yasağının *jus cogens* niteliğinin sonuçlarından biri, *jus cogens* hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* etkiye sahip olmasıdır. Bir başka ifadeyle bütün devletler *jus cogens* normlara uyma yükümlülüğü altındadır⁸³. Bu kuralların ihlal edilmesi hâlinde, teorik olarak, yalnızca zarar gören yahut Sözleşme'ye taraf devletler değil, devletler topluluğunun her üyesinin harekete geçme yetkisi doğar⁸⁴. Bütün devletler, uluslararası haksız fiile son verilmesini ve zarar gören devletin lehine telafi/onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini isteyebilir⁸⁵. Keza Güney Afrika Cumhuriyeti bu kapsamda UAD'ye başvurmuştur.

Diğer yandan UAD, bir uyuşmazlıkta *erga omnes* etkili hak ve yükümlülüklerin bulunmasının UAD'ye doğrudan esas hakkında yargılama yapma yetkisi vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. UAD'ye göre bir normun "*jus cogens* niteliği, *erga omnes* etkisi" ile "yargılama için rıza şartı" birbirine karıştırılmamalıdır⁸⁶. Uyuşmazlığın *jus cogens* karakterde bir norm olan soykırım yasağından kaynaklanması, doğrudan Divan'a yargı yetkisini vermez. Zira Divan Statüsü uyarınca esas hakkındaki yargılama, tarafların rızasına bağlıdır. Devletlerin egemenliği ve eşitliği prensiplerinin doğal sonucu olarak, uluslararası mahkemelerin yargı yetkisini, tarafların rızası belirler. İç hukuk düzenlerinin aksine uluslararası hukukta "zorunlu yargı mercii" yoktur, bir başka ifadeyle bir devlet, bir başka devleti uluslararası yargı mercii önünde yargılanmaya zorlayamaz⁸⁷.

Öyleyse, *jus cogens* nitelikte ve *erga omnes* etkiye sahip kurallar, uluslararası toplumun tümüne karşı sorumluluk doğurduğundan, herhangi bir devlet⁸⁸, Soykırım Sözleşmesi m. 1 ve m. 3'te belirtilen emir ve yasaklara aykırı eylemlerde bulunduğu iddiasıyla ilgili devletin hukuki sorumluluğunu tespit etmesi için UAD'ye başvurabilir. Filistin Devleti, âkit devlet sıfatıyla, Soykırım Sözleşmesi m. 9'a dayanarak, İsrail'in soykırımdan sorumluluğu iddiasıyla UAD'ye dava açabilecektir; tam tersi de mümkündür. Soykırım yasağının *jus cogens* niteliği ve *erga omnes* etkisi dolayısıyla Filistin Devleti dışındaki devletler de UAD'ye başvurabilir⁸⁹. Bu hâlde Divan'ın başvuru hakkında esas hakkında

⁸³ Akkutay, s. 102.

⁸⁴ Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 29

⁸⁵ Ceren Zeynep Pirim, "Rusya'nın Ukrayna Müdahalesi Işığında Uluslararası Haksız Fiil Kaynaklı Devlet Sorumluluğu ve Karşı Önlemler", Ed. Rifat Murat Önok, Uluslararası Hukuk Kuralları Işığında Rusya-Ukrayna Krizi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi & KÜREMER (Koç Üniversitesi Küresel Kamu Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2022, s. 29-30.

⁸⁶ "the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things" Case Concerning East Timor (Portugal / Australia), General List No. 84, 30.06.1995, (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 01.01.2024).

⁸⁷ Pirim, s. 23, 26. Aksar, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 52-53. Brownlie, s. 287. Tezcan, Erdem, Önok, s. 515.

⁸⁸ Uzun, s. 133. Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 302.

⁸⁹ Güney Afrika Cumhuriyeti'nin UAD'ye başvurusu bu nevidendir.

yargılama yapabilmesi için İsrail Devleti'nin, Divan tarafından yapılacak yargılamaya açık veya örtülü olarak rıza göstermesi gerekir.

Yargılamaya rıza gösterilmesi hâlinde UAD soykırımdan hukuki sorumluluğu saptamaya yönelik esasa ilişkin bir yargılama yapacaktır. Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında UAD, soykırıma hükmedebilmek için özel kastın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte ispatlanması gerektiğini vurgulamıştır⁹⁰. UAD'ye göre Bosnalı Müslümanlar, toplama kamplarında sistematik şekilde kötü muameleye, tecavüze ve işkenceye maruz kalmış, ağır bedensel ve ruhsal zarara uğramıştır. Anılan eylemler savaş suçu veya insanlığa karşı suç oluşturmaktadır; fakat UAD'ye göre bu vahşetin, soykırım için aranan özel kasıtlı (*dolus specialis*) -korunan grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi- işlendiği ispatlanmamıştır; sadece VRS örgüt üyelerinin eylemleri Soykırım Sözleşmesi m. 2/a-b uyarınca soykırım niteliğindedir⁹¹.

AİHM'ye göre soykırımın önemi, mahkûmiyet kararı için aranan sıkı şartlarda kendini gösterir; bu sıkı şartlar -korunan grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı- soykırımdan kolayca mahkûm edilme riskine karşı koruma sağlamaktadır⁹². Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında UAD, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan "Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumluluğu" taslak maddeleri⁹³ m. 4⁹⁴e işaret etmiş; soykırım suçundan devletin sorumluluğuna hükmedebilmek için suçun, devlet organizasyonu ile bağlantılı kişiler tarafından işlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁵. Soykırım Sözleşmesi m. 3'te sayılan eylemlerin devletle bağlantılı kişiler, organlar veya gruplar tarafından işlenmesi hâlinde, Soykırım Sözleşmesi m. 9

⁹⁰ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 01.01.2024), § 293:

"293. ... Mahkûmiyet cezası verilmeden önce uyulması/yerine getirilmesi gereken sıkı şartlar, soykırımın önemi yansıtır. Bu şartlar – grubun bütününe ya da önemli bir kısmını yok etmenin hedeflendiğini gösteren özel kasta yönelik delil – bu suçtan kolayca mahkûmiyet cezalarının verilmesi tehlikesine karşı koruyucu niteliktedir. Bununla beraber bu şartların karşılanması hâlinde, işlenen suçun kendine özgü adının konmasından çekinilmemelidir."

⁹¹ UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 319.

⁹² AİHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, B. No. 35343/05, T. 20.10.2015, § 185.

Keza AİHM Büyük Daire, Gürcistan / Rusya kararında, Güney Osetya'daki ve "tampon bölge"deki Gürcü köylerindeki sivillerin, etnik bir grup olarak hedef alındığını, sivillerin öldürüldüğünü, yakıldığını, evlerin yağmalandığını, yaşanan ıstırap ve sıkıntı nedeniyle "insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele" olarak sınıflandırılabilir ciddi ihlallerin yaşandığını ifade etmiştir. Sözleşme'nin 2, 3 ve 8. maddeleri ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir ve bu ihlalden Rusya Federasyonu sorumludur. AİHM [BD], Gürcistan / Rusya, B. No. 38263/08, T. 21.01.2021, § 218-222.

⁹³ United Nations, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001, 2008, (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf s.e.t. 25.12.2023).

⁹⁴ Madde 4 - "1. Milletlerarası hukuka göre, yasama, yürütme veya yargı işlevlerinden hangisini yerine getirdiğine yahut Devlet örgütlenmesi içindeki konumuna yahut merkezi veya yerel idare örgütlenmesi içinde olmasına bakılmaksızın, bütün Devlet organlarının eylemleri Devletin eylemi olarak kabul edilir. 2. Devlet organı, iç hukuka göre bir statüye sahip her kişi veya birimi kapsar"

⁹⁵ UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 385.

kapsamında devletin sorumluluğunun doğacağını belirten⁹⁶ UAD, Srebrenitsa'da 13.06.1995 itibarıyla Bosnalı Müslüman grubu kısmen yok etmeyi amaçlayan (*dolus specialis/specific intent*) VRS örgütünün eylemlerinin soykırım niteliğinde olduğuna; ancak VRS örgütü üyelerinin eylemlerinin hukuken veya fiilen devlete bağlanamayacağına, dolayısıyla devletin soykırımdan sorumluluğunun doğmayacağına karar vermiştir⁹⁷. Anılan emsal kararlardan hareketle, İsrail-Gazze krizi örneği özelinde UAD'nin yapacağı yargılamanın kritik noktası *dolus specialis/specific intent* olacaktır.

III. DEVLETLERİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Bu başlıkta şu sorunun cevabı aranacaktır: Uluslararası mahkemelerin yanı sıra ulusal mahkemelerin, bir başka devletin haksız fiilleri hakkında yargılama yapma yetkisi var mıdır? İsrail-Gazze krizinde, ilgili devletlerin eylemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin yargılama, sorumluluğa ve yaptırıma hükmetme yetkisi ve sonuçları, devletlerin yargı bağışıklığı ilkesi çerçevesinde tartışılmalıdır.

Devletlerin yargı bağışıklığı kuralına göre bir devlet, bir başka devleti yargılayamaz⁹⁸. Bir devletin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin ulusal mahkemelerinin karar verme yetkisi -sorumluluğa ve yaptırıma hükmetme yetkisi- yoktur⁹⁹. Bu kural, devletlerin egemen eşitliği¹⁰⁰, bağımsızlığı ve devlet olma onurunun bir sonucudur¹⁰¹.

Devletlerin egemenliği ve eşitliği, Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 2'de düzenlenmiş¹⁰², devletlerin karşılıklı ilişkilerinde eşit ve bağımsızlığını belirten *par in parem non habet jurisdictionem* (eşitin eşit üzerinde egemenliği olmaz)¹⁰³ ifadesiyle anılan temel bir prensiptir¹⁰⁴.

⁹⁶ "the Court has already held that it has jurisdiction under Article IX to find a State responsible if genocide or other acts enumerated in Article III are committed by its organs, or persons or groups whose acts are attributable to it." UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 181: Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 01.01.2024).

Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzun, s. 131.

⁹⁷ UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 390, 395.

⁹⁸ William R., Fundamental Perspectives on International Law, 5. Baskı, Thomson Wadsworth, California, 2007, s. 92. Gündüz, Milletlerarası Hukuk, s. 565.

⁹⁹ Brownlie, s. 290-291. Gündüz, Arslan, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 25-26.

¹⁰⁰ BM Antlaşması m. 2/1'ye göre devletlerin egemen eşitliği, uluslararası hukukta bütün devletlerin aynı hukuki statüye ve yetkilere sahip, aynı yükümlülöklere tabi olmasını gerektirir. Pazarıcı, s. 150.

¹⁰¹ Slomanson, s. 92. Brownlie, s. 290.

¹⁰² Slomanson, s. 92.

¹⁰³ Anılan ilke "*par in parem imperium non habet (an equal has no authority over an equal)*" olarak da anılır. Devletlerin yargı bağışıklığı ilkesi, kaynağını, iki bin yıl süresince kabul gören devlet başkanlarının yargı bağışıklığı kuralında (*iron-clad rule*) bulur. Slomanson, s. 93-95.

Devlet bağıışıklığı hakkında iki uluslararası antlaşma yapılmıştır: (1) Avrupa Konseyi tarafından yapılan 1972 Devletin Bağıışıklığı Avrupa Sözleşmesi¹⁰⁵ 1976'da yürürlüğe girmiştir, (2) BM tarafından yapılan 2004 Devletlerin ve Malların Yargısal Bağıışıklığı Sözleşmesi¹⁰⁶ ise henüz yürürlüğe girmemiştir¹⁰⁷.

2004 Devletlerin ve Malların Yargısal Bağıışıklığı Sözleşmesi m. 15'te devletin yargı bağıışıklığına üç istisna getirilmiştir: (1) En temel istisna devletin rızasıdır. (2) İkinci istisna, devletin ticari işlemleridir. Devletin işlemleri *acta iure imperii* ve *acta iure gestionis* olmak üzere ikiye ayrılmış; devletin egemenlik tasarrufları -*acta iure imperii*- için yargısal bağıışıklık öngörülmüştür, özel hukuk/ticari işlemleri ise -*acta iure gestionis*- yargısal bağıışıklığa istisna tutulmuştur. (3) Son istisna ülkesel haksız fiillerdir; ancak uluslararası düzenlemeler ve devlet uygulamalarına göre silahlı kuvvetlerin *acta iure imperii* nitelikteki faaliyetleri yargı bağıışıklığı korumasındadır. Bu bağıışıklık, uluslararası hukuktan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmayacak; yargılama ulusal değil uluslararası mahkemeler tarafından yapılacaktır¹⁰⁸.

Devletin, *acta iure imperii* nitelikteki eylem ve işlemleriyle *jus cogens* normları ihlal etmesi hâlinde, yargı bağıışıklığı korumasından yararlanıp yararlanmayacağı hususunda tartışmalar yaşanmıştır. *Jus cogens* normların korunması ve yargı bağıışıklığı antinomisinde insan hakları merkezli yaklaşım, *jus cogens* normların ihlal edilmesi hâlinde yargı bağıışıklığının dikkate alınmayacağını; devlet merkezli yaklaşım *jus cogens* normlar ihlal edilse de devletlerin yargı bağıışıklığının korunacağını ileri sürmüştür.

Uluslararası hukuk öğretisinde bazı yazarlar, uluslararası barış ve adaletin temini, uluslararası kamu düzeninin korunması amacıyla, *jus cogens* normları ihlal eden devletlere yargı bağıışıklığı tanınmamasını, zımnî feragat teorisi¹⁰⁹, normlar

Devlet başkanlarının yargı bağıışıklığının varlık nedeni ise feodal düzenin “par in parem non habet jurisdictionem” (eşitin eşit üzerinde egemenliği olmaz) ilkesidir. Başlangıçta devlet başkanlarının şahsı için kabul edilmiş bu ilke, ardından devletlerin hükmi şahsını da kapsamış, 18. yy sonları itibarıyla devletlerin bağıımsızlığı ve eşitliği ilkelerine dayanmıştır. Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 372-373.

¹⁰⁴ Brownlie, s. 287.

¹⁰⁵ Council Of Europe, European Convention on State Immunity, European Treaty Series- No. 74, Basle, 16.05.1972, (<https://rm.coe.int/16800730b1> s.e.t. 21.01.2024).

¹⁰⁶ United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf s.e.t. 21.01.2024).

Sözleşme'yi, 01.02.2012 itibarıyla yirmi sekiz devlet imzalamış ve on üç devlet onaylamıştır: Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), General List No. 143, 03.02.2012. (http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2012.02.03_Germany_v_Italy.pdf s.e.t. 21.01.2024), § 54.

¹⁰⁷ Kızılsümer Özer.

¹⁰⁸ Slomanson, s. 98-99.

¹⁰⁹ Bir devletin *jus cogens* normları ihlal etmesi, yargı bağıışıklığını ortadan kaldırır; bkz. Akkutay, s. 104-106.

hiyerarşisi teorisi¹¹⁰, ülkesellik ilkesi¹¹¹ ve menfaat dengesi¹¹² doktrinleriyle gerekçelendirmiştir¹¹³. Bunun aksine bazı yazarlar *jus cogens* normları ihlal eden devletlere yargı bağımsızlığı tanınmasını, maddi hukuk-usul hukuku ayırımına¹¹⁴ yahut ulusal hukuk-uluslararası hukuk¹¹⁵ ayırımına dayanarak gerekçelendirmiştir.

Jus cogens normları ihlal eden devletlerin yargı bağımsızlığı hakkında doktrinde uzun tartışmalar yaşansa da¹¹⁶, uygulamada gerek devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin gerek uluslararası mahkeme kararlarının yargı bağımsızlığı tarafında yer aldığı konusunda bir tereddüt yoktur. UAD'nin ve AIHM'nin konuyla ilgili tavsiye ve kararları, anılan mahkemelerin konuya yaklaşımını ortaya koymaktadır.

A. UAD'NİN İÇTİHADİ YAKLAŞIMI

UAD, tavsiye görüşlerinde¹¹⁷ medeni uluslar tarafından kabul edilen 1948 Sözleşmesi'nin temel ilkelerinin, *akdi bir yükümlülük olmasa dahi* tüm devletleri bağladığını ifade etmiş, devlet egemenliği ile insan hakları çatışmasında, ilkesel olarak insan hakları safında yer almıştır. Tavsiye görüşleri bu yönde olan UAD'nin, yargı kararları aksi yöndedir. UAD, devletlerin egemenlik tasarruflarının (*acta iure imperii*), yabancı devlet yargılamalarından bağımsız olduğu yönünde kararlar vermiştir.

UAD'nin 03.02.2012 tarihli Almanya-İtalya kararı, *jus cogens* normların ihlali ile yargı bağımsızlığı arasındaki ilişki hakkındadır¹¹⁸.

Davaya konu olayda bir grup İtalyan vatandaşı, II. Dünya Savaşı'nda Alman ordusu tarafından işlenen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları hakkında, Almanya aleyhine İtalya mahkemelerinde dava açmış ve tazminata hak kazanmıştır¹¹⁹.

¹¹⁰ *Jus cogens* normla, yargı bağımsızlığı ilkesi çatıştığında, üst norm olan *jus cogens* norm uygulanır; bkz. Akkutay, s. 106-108.

¹¹¹ Bir devletin ülke sınırları içindeki ölüm, yaralanma, mal varlığı zararlarına yönelik haksız fiiller hakkındaki uyuşmazlıklarda o devletin yargı organı yetkilidir; bkz. Akkutay, s. 108-111.

¹¹² Devlet egemenliği ile insan hakları arasında denge sağlanmalı; çatışma halinde insan hakları korunarak yargı bağımsızlığı ilkesi ihmal edilmelidir; bkz: Akkutay, s. 112-114.

¹¹³ Akkutay, s. 102, 104.

¹¹⁴ *Jus cogens* normlar maddi hukuka, yargı bağımsızlığı usul hukukuna ait prensiplerdir; bkz: Akkutay, s. 116-117.

¹¹⁵ *Jus cogens* normlar, ulusal değil uluslararası hukukun üstün normları olarak kabul edilir; bkz. Akkutay, s. 117-119.

¹¹⁶ Kızılsümer Özer.

¹¹⁷ 1951 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmeye Çekince Konması Hakkında Tavsiye Görüşü, UAD Raporları 1951, s. 23

¹¹⁸ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), General List No. 143, 03.02.2012, (http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2012.02.03_Germany_v_Italy.pdf s.e.t. 21.01.2024).

¹¹⁹ Davacıardan Luigi Ferrini, Ağustos 1944'te tutuklanarak Almanya'ya sürülmüş; II. Dünya Savaşı'nın bitimine kadar burada zorla çalıştırılmıştır. Ferrini, mezkûr

Davanın diğer ayağı, Yunanistan vatandaşlarının açtığı davalarla ilgilidir. 10.06.1944'te Yunanistan'ın Distomo Köyü'nde Nazi ordusu katliamlarında ölenlerin mirasçıları, Almanya aleyhine Yunanistan mahkemelerinde dava açmış ve tazminata hak kazanmış; ancak Yunanistan Dışişleri Bakanlığının kararıyla ilam icra edilememiştir¹²⁰. Bunun üzerine mirasçılar, AİHS m. 6/1 ve P1-1'i ihlali iddiasıyla AİHM'ye başvurmuş; AİHM¹²¹ yargı bağışıklığı ilkesinden hareketle başvuruyu reddetmiştir¹²². Ardından başvuranlar, Yunanistan mahkemeleri tarafından verilen kararın icrası için Alman mahkemelerinde dava açmış, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Almanya'nın yargı bağışıklığını işaret ederek davayı reddetmiştir¹²³. Son olarak davacılar, Yunanistan mahkeme kararının tanıma ve tenfizi için İtalyan mahkemelerine başvurmuş, İtalyan mahkemeleri tarafından verilen tanıma ve tenfiz kararının icrası için İtalya'da bulunan Alman mülkü Villa Vigoni'ye icrai takibat başlatmıştır. Almanya'nın UAD'ye başvurusu üzerine takip askıya alınmıştır¹²⁴.

Almanya'ya göre Villa Vigoni üzerine icra takibatı yapılması, Almanya'nın icra bağışıklığını ihlal etmektedir¹²⁵. UAD, Alman ordusu eylemlerinin ilgili dönemdeki savaş hukuku normlarına aykırı olduğunu, keza Almanya'nın bunu açıkça kabul ettiğini belirtmiştir¹²⁶. UAD'nin çözüme kavuşturacağı mesele, Alman ordusu eylemlerin hukuka uygunluğu değil; bu eylemler hakkında yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlarının Almanya'nın yargı-icra bağışıklığını ihlal edip etmediğidir¹²⁷.

Divan, yargılamaya konu tasarrufların *acta iure imperii* yahut *acta iure gestionis* nitelikte olmasına göre yargısal bağışıklık yaklaşımının değiştiğini belirtmiştir¹²⁸. 1972 Devletin Bağışıklığı Avrupa Sözleşmesi m. 31'e göre, yabancı silahlı kuvvetlerce işlenen haksız fiillerden dolayı devletin yargı bağışıklığı tamdır; ulusal mahkeme içtihatları da bu yöndedir¹²⁹. Yargı bağışıklığı, BM Şartı m. 2/1'de düzenlenen devletlerin egemen eşitliği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Divan'a göre yargı bağışıklığı, bir nezaket (*comity*) kuralının ötesinde, uluslararası bir hukuk prensibidir¹³⁰. UAD'ye göre İtalya, Almanya'nın yargı bağışıklığını

eylemlerin haksızlığından hareketle 23.09.1998 tarihinde Federal Alman Cumhuriyeti aleyhine İtalya Mahkemesi'nde dava açmış; İtalya Mahkemesi, Almanya'nın yargısal bağışıklığını işaret ederek davayı reddetmiştir. Uluslararası suç niteliğindeki dava konusu olaylar hakkında yargısal bağışıklığın ileri sürülemeyeceği yönündeki İtalya Yargıtayı'nın kararı doğrultusunda İtalya mahkemeleri karar vermiştir. Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 27-29.

¹²⁰ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 30

¹²¹ AİHM, Kalogeropoulou ve Diğerleri / Yunanistan ve Almanya, B. No. 59021/00, T. 12.12.2002.

¹²² Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 31.

¹²³ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 32.

¹²⁴ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 33-35.

¹²⁵ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 37.

¹²⁶ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 52.

¹²⁷ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 53.

¹²⁸ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 59.

¹²⁹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 62-79.

¹³⁰ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 53.

dikkate almadan yargılama yapmış¹³¹ ve Almanya'nın icra bağıışıklığını dikkate alınmadan ticari olmayan amaçlara özgülediği "Villa Vigoni" üzerine tedbir uygulamıştır¹³².

Davanın en önemli noktası, soykırım gibi *jus cogens* nitelikte emredici hukuk kurallarına aykırı suçlar söz konusu olduğunda, yargı bağıışıklığının ileri sürülemeyeceği yönündeki İtalya ve müdahil sıfatıyla Yunanistan'ın iddialarının, UAD nezdinde kabul görmemesidir¹³³. Divan böylece, *jus cogens* normların ihlalinin, devletin yargı bağıışıklığını etkilemeyeceği yönünde 14.02.2002 tarihinde verdiği Arrest Warrant¹³⁴ kararını tekrarlamıştır. Uluslararası toplumun, 2004 Devletlerin ve Malların Yargısal Bağıışıklığı BM Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesini sağlayacak ölçüde dahi iradesini ortaya koymamış olmasının, UAD'nin kararında etkili olduğu söylenebilir.

Anılan karardan hareketle İsrail-Gazze krizi bağlamında yabancı devlet mahkemelerinde yapılacak olası bir yargılamanın, devletlerin yargı bağıışıklığı engeline takılacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

B. AİHM'NİN İÇTİHADİ YAKLAŞIMI

Kalogeropoulou kararında¹³⁵ AİHM, *jus cogens* bir normun ihlali hâlinde de devletlerin yargı bağıışıklığına sahip olduğuna karar vermiştir. Başvuranlar, Almanya Devleti aleyhine, Yunanistan mahkemelerinde açtıkları tazminat davasını kazanmış, ancak Yunanistan Devleti, kararın icrasına izin vermemiştir. AİHM'ye göre kararın icra edilememesi, mahkemeye erişim hakkına müdahaledir, müdahalenin hukuka uygunluğu onun yasal meşru ve ölçülü olmasına¹³⁶ bağlıdır.

AİHM'ye göre, uluslararası hukukta *par in parem non habet imperium* kuralına dayanan devletlerin yargı bağıışıklığı, uluslararası hukukun meşru amacı olan devletler arası iyi ilişkileri ve nezaketi korumaktadır. Ardından ölçülülük denetimi yapan AİHM, devletin yargı bağıışıklığını koruyan tedbirlerin, m. 6/1'e

¹³¹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 107.

¹³² Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 120.

¹³³ Jurisdictional Immunities of the State (Germany / Italy: Greece Intervening), § 92-97.

¹³⁴ Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo / Belgium), General List No. 121, 14.02.2002. (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 21.01.2024), § 58, 78.

¹³⁵ AİHM, Kalogeropoulou ve Diğerleri / Yunanistan ve Almanya, B. No: 59021/00, T. 12.12.2002.

¹³⁶ Aynı yönde bir başka AİHM kararı için bkz. AİHM [BD], Waite and Kennedy / Almanya, B. No: 26083/94, T. 18.02.1999, § 59: "The Court recalls that the right of access to the courts secured by Article 6 § 1 of the Convention is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved"

orantısız bir müdahale getirmediği sonucuna varmıştır¹³⁷. Başvuranlara göre, *jus cogens* kurallar, devletlerin yargı bağımsızlığı prensibi de dâhil olmak üzere diğer tüm uluslararası hukuk kurallarından üstündür. AİHM ise *jus cogens* kuralların ihlali iddiasıyla, bir başka devlet mahkemesinde açılacak davaların, yargı bağımsızlığına istisna tutulduğunu ortaya koyan yerleşik bir uluslararası hukuk kuralının bulunmadığını ifade etmiştir¹³⁸.

Bunun yanında AİHM, bu tespitin, uluslararası teamül hukukunda *gelecekte yaşanacak gelişmelerin bundan farklı bir noktaya evrilebilmesini engellemeyeceğini* de belirterek, başvuruyu AİHS m. 35/3-4 uyarınca açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve reddetmiştir¹³⁹. AİHM'nin, insan hakları ve devlet egemenliği çatışmasında devlet egemenliği yanında yer aldığı fakat bulunduğu yerden memnun olmadığını örtülü bir ifadeyle belirttiği görülmektedir.

Anılan kararlardan hareketle İsrail-Gazze krizi bağlamında yabancı devlet mahkemelerinde yapılan yargılama sonucunda mağdur olduğu iddiası ve adil tazmin talebiyle AİHM'ye yapılacak olası bir başvurunun devletlerin yargı bağımsızlığı engeline takılacağı görülmektedir.

IV. İSRAİL-GAZZE KRİZİNİN TELAFİSİ

Uluslararası statülerinden doğan yükümlülükler altında olan devletler¹⁴⁰, eylemleri veya ihmalleri sonucunda ortaya çıkan uluslararası haksız fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumludur¹⁴¹; aksi hâlde uluslararası hukuk alanında devletlerin egemen eşitliğinden bahsedilemez¹⁴². İsrail-Gazze krizinden doğan zararların nasıl telafi edileceği, konuya ilişkin kurallar ve emsal kararlardan hareketle incelenmelidir. Bu kapsamda önce İsrail-Gazze krizi hakkındaki ampirik veriler ortaya konacak, anılan verilerden hareketle devletlerin haksız fiillerinden doğan sorumluluğu değerlendirilecektir.

A. BM GÖZÜNDEN İSRAİL-GAZZE KRİZİ

BM tarafından yayınlanan “Israel-Gaza Crisis” başlığı ve “Background” alt başlığında İsrail-Gazze krizinde yaşanan şu olgulara işaret etmiştir:

“7 Ekim 2023'te Gazze'deki Filistinli silahlı gruplar İsrail'e doğru binlerce roket fırlattı ve Gazze'yi çevreleyen bariyerleri birden fazla yerden geçerek İsrail kasabalarına girdi ve İsrail güçlerini ve sivileri öldürüp esir aldı. İsrail ordusu “savaş durumu alarmı” ilan etti ve Gazze Şeridi'ndeki konut binaları ve sağlık tesisleri de dahil olmak üzere

¹³⁷ Aynı yönde bir başka AİHM kararı için bkz. AİHM [BD], Al-Adsani / Birleşik Krallık, B. No: 35763/97, T. 21.11.2001.

¹³⁸ “The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity.”

¹³⁹ Kalogeropoulou ve Diğerleri / Yunanistan ve Almanya.

¹⁴⁰ Brownlie, s. 419.

¹⁴¹ Slomanson, s. 91.

¹⁴² Slomanson, s. 91.

hedefleri vurmaya başladı. O zamandan bu yana, Gazze'nin bazı kısımları enkaz hâline getirilirken binlerce insan öldürüldü ve bir milyondan fazla insan yerinden edildi.”¹⁴³

Birleşmiş Milletler İnsani Yardım Koordinasyon Ofisi (The United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, OCHA) tarafından 06.11.2023 tarihinde yayınlanan “İşgal altındaki Filistin Toprakları için Flaş Çağrı 2023” (Flash Appeal Occupied Palestinian Territory 2023: Humanitarian Programme Cycle October – December 2023 -First Revision November 2023-)¹⁴⁴ metninde şu hususlara işaret etmiştir:

“İsraili yetkililer, 7 Ekim'deki saldırının İsrail'de onlarca yıldır gerçekleşen en ölümcül saldırı olduğunu doğruladı; kadınlar, çocuklar ve yaşlılar da dahil olmak üzere yaklaşık 1.200 İsraili ve yabancı uyruklu, Filistinli silahlı grupların üyeleri tarafından İsrail'de öldürüldü. İsrail Sağlık Bakanlığı'na göre, büyük çoğunluğu 7 Ekim'de olmak üzere en az 5.400 kişi yaralandı. Basında çıkan haberlere göre aralarında kadın, 30 çocuk, yaşlı, yabancı uyruklu ve İsrail güçlerinin de bulunduğu 242 İsraili Gazze'de rehin alındı ve esir tutuluyor.

... İsrail güçleri hava saldırılarıyla karşılık verdi ve 9 Ekim'de İsrail Hükümeti Gazze'nin su ve elektrik bağlantılarını keserek “topyekün kuşatma” emrini verdi. Gazze Sağlık Bakanlığı'na göre 8 Ekim ile 5 Kasım tarihleri arasında 3.900'ü çocuk ve 2.430'u kadın olmak üzere en az 9.488 Filistinli öldürüldü, 24.173 kişi de yaralandı¹⁴⁵. Gazze'de 1.250'si çocuk olmak üzere 2.000 kişinin kaybolduğu bildirildi. Çoğunun enkaz altında kaldığı tahmin ediliyor. ... Devam eden askeri operasyonlar sırasında İsrail'in, kuzey ve orta Gazze'yi Gazze'nin güneyindeki bölgelere tahliye etme emri, Gazze'nin tüm nüfusunun üçte ikisinden fazlasının yerinden edilmesiyle sonuçlandı. BM, Gazze'de yaklaşık yarısı kadın ve çocuk olmak üzere yaklaşık 1,5 milyon kişinin ülke içinde yerinden edildiğini tahmin ediyor. Bu yerinden edilmiş kişilerin yarısı, çoğu kapasitesinin neredeyse dört katı kapasiteye sahip olan 154 UNRWA tesisinde barınıyor. Diğerleri hastanelerde, camilerde, kiliselerde, okullarda ve kamu binalarında, geri kalanı ise ev sahibi ailelerin yanında kalıyor. ... İsrail Hükümeti insanları kuzeyden tahliye etmeleri konusunda uymaya devam ediyor ancak yeni gelenleri barındıracak hiçbir yer yok; hiçbir yer güvenli değil. Kuzeyde ve Gazze Şehri'nde, UNRWA artık bu bölgelerde hizmet sağlayamasa da tahmini 160.000 yerinden edilmiş kişi 57 UNRWA tesisinde barındırılıyor. İsrail'in 13 Ekim'deki ilk tahliye emrinden bu yana onların ihtiyaçları ve koşulları hakkında güncel ve doğru bilgi bulunmuyor. ... Hastaneler ve sağlık hizmetleri giderek daha fazla saldırıların hedefi hâline geldiğinden, sağlık tesisleri dolup taşıyor ve

¹⁴³ United Nations, Israel-Gaza Crisis: Background, (<https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel> s.e.t. 28.12.2023).

BM'nin resmî web sayfasında paylaşılan BM'ye bağlı örgütler tarafından atılan 'twit'lerden bazıları şöyledir: “Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Batı Şeria'da öldürülen çocuk sayısı eşi benzeri görülmemiş seviyelere ulaştı.” UNICEF Orta Doğu ve Kuzey Afrika Bölge Direktörü Adele Khodr'un açıklaması: “Number of children killed in the West Bank, including East Jerusalem, reaches unprecedented levels Statement by UNICEF Regional Director for the Middle East and North Africa, Adele Khodr” 28.12.2023 tarihli twit: UNICEF MENA - يونسف إفريقيا وشرق الأوسط: UNICEF Regional Director for the Middle East and North Africa, Adele Khodr 28.12.2023, (<https://twitter.com/UNICEFmena/status/1740358092192104638> s.e.t. 29.12.2023).

¹⁴⁴ OCHA, “Flash Appeal Occupied Palestinian Territory 2023: Humanitarian Programme Cycle October – December 2023 -First Revision November 2023-”, 06.11.2023, (<https://www.ochaopt.org/content/flash-appeal-occupied-palestinian-territory-2023> s.e.t. 28.12.2023).

¹⁴⁵ Anılan sayılar gün geçtikçe artmaktadır.

tıbbi stoklar yetersiz kalıyor. DSÖ, sağlık hizmetlerine yönelik 102 saldırının 39 sağlık tesisine ve 31 ambulansa zarar verdiğini kayda aldı.”

BM'nin anılan rapor ve verilerinde işaret edilen -makalenin hacmini fevkalade arttıracığından tamamını aktarmak mümkün değildir- ampirik çıktılar, İsrail-Gazze krizi örneğinde devletlerin dış egemenliğini sınırlandıran uluslararası insancıl hukuk kurallarına aykırılığa işaret etmektedir; ihlalden kaynaklanan zararın telafisi gerekir.

B. İSRAİL-GAZZE KRİZİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TELAFİSİ

Devletlerin hukuki sorumluluğunu doğuran üç temel unsur vardır: (1) Bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün ihlali, (2) devlete yüklenebilen bir eylem veya ihmal, (3) ihlalden doğan kayıp veya zarar¹⁴⁶. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları henüz oluşum aşamasındadır¹⁴⁷. Uluslararası Hukuk Komisyonu, üzerinde görüş birliği sağlanan uluslararası örf âdet kurallarını kodifiye ederek 1996 tarihinde Devletin Hukuka Aykırı Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumluluğu taslak maddelerini hazırlamış; anılan düzenlemeler, henüz devletleri bağlayıcı bir sözleşme niteliğine kavuşmamıştır.

Devletlerin haksız fiillerinden¹⁴⁸ kaynaklanan zararlar; eski hâle getirme, tazminat¹⁴⁹ ve manevi tatmin yollarıyla telafi edilmektedir¹⁵⁰. (1) Eski hâle getirme, haksız fiilden önceki duruma getirme/zararın aynen tazmini yoluyla sağlanır. (2) Tazminat, eski hâle getirmek mümkün değilse maddi veya manevi zararın nakden ödenmesi yoluyla sağlanır. (3) Manevi tatmin, sorumlu devletin resmen özür dilemesi, sembolik bir ödeme yapması, benzer olayların yaşanmaması için gereken önlemleri almayı taahhüt etmesi veya uluslararası komisyon, hakem, mahkemenin hukuka aykırılığa dair karar vermesi yoluyla sağlanır¹⁵¹. Devletin sorumluluğuna ve/veya zararın telafisine, UAD tarafından yapılacak yargılama sonucunda karar verilebilir¹⁵².

¹⁴⁶ Attila Tanzi, “Is Damage a Distinct Condition for The Existence of an Internationally Wrongful Act?”, Ed. Maria Spinedi / Bruno Simma, *United Nations Codification of State Responsibility*, Oceana Publications Inc., New York, 1987, s. 1-33.

Anılan üç unsur, yargı ve hakem kararlarıyla ortaya konmuştur. 1928 tarihli Uluslararası Daimi Adalet Divanı kararlarında da anılan unsurların izlerine rastlanmaktadır. Slomanson, s. 91.

¹⁴⁷ İlyas Doğan, *Devletler Hukuku ve Hukuka Aykırılıktan Sorumluluk*, Ed. İlyas Doğan, Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 223.

¹⁴⁸ Bir devletin, uluslararası yükümlülükleri ihlal eden uluslararası haksız fiillerinden, bir kısmı *uluslararası suç* oluşturur; uluslararası suç teşkil etmeyen bir uluslararası haksız fiil, *uluslararası kusurlu eylem* kabul edilir. AZARKAN, Ezeli, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 12.

¹⁴⁹ Brownlie, s. 421.

¹⁵⁰ Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 157-162. Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 298-301. Uzun, s. 132.

¹⁵¹ Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 298-301. Uzun, s. 132.

¹⁵² Brownlie, s. 419.

Devletler, herhangi bir devletler hukuku kuralı tartışmasına girmeksizin, kendiliğinden de zararı telafi etme yoluna gidebilir¹⁵³. Devletlerin, ilgili suçları tanınması hâlinde, sorumluluk kapsamında özür ve tazminat meseleleri gündeme gelecektir. II. Dünya Savaşı sonrasında Rusya Federasyonu, SSCB totaliter komünist rejimi mağdurlarına; ABD, tehcir mağduru Japonlara ve Afrika asıllı Amerikalılara; Avustralya, asimilasyon mağduru Aborjinlere; Almanya, Nazi eylemleri mağduru Yahudilere özürlerini sunmuş ve/veya tazminat ödemiştir¹⁵⁴.

UAD'nin soykırım kararından üç yıl sonra, Sırbistan Cumhuriyeti Ulusal Meclisi, 31.03.2010 tarihinde aldığı kararla¹⁵⁵ özür deklarasyonunda bulunmuştur. Kararda, Srebrenitsa'daki Boşnak nüfusa karşı işlenen suçlar kınanmış, mağdur ailelerine baş sağlığı ve özür dilenmiştir¹⁵⁶.

İsrail-Gazze çatışmalarından hareketle tazminata hükmedebilecek olan tek tabii yargı organı olan UAD'nin, Srebrenitsa'da Boşnak Müslümanlara yapılan soykırım için talep edilen tazminat hakkında verdiği karar dikkat çekicidir. Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında UAD, Srebrenitsa'da soykırım yapıldığına ve Sırbistan Karadağ'ın bu suçu engelleme ve suçluları cezalandırma konusundaki yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiş, fakat maddi tazminatın (*financial compensation*) uygun bir telafi olmayacağına, *soykırımın varlığı ve davalının soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal ettiği yönünde verdiği kararla, başvuranın tatmin (satisfaction) talebinin karşılandığına karar vermiştir*¹⁵⁷.

Srebrenitsa soykırımında yakınlarını kaybedenler ve soykırımında hayatta kalan kişiler, 04.06.2007 tarihinde, Hollanda Mahkemeleri'nde Hollanda ve BM aleyhine tazminat talebiyle¹⁵⁸ dava açmış¹⁵⁹ bir sonuç alamayarak AIHM'ye başvurmuştur. Başvuranlar, BM'ye tanınan yargı bağımsızlığının ve Hollanda mahkemeleri tarafından verilen kararların, AIHS m. 6 ile korunan mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir¹⁶⁰. AIHM, başvuruyu esasa girmeden kabul edilemez bulmuştur¹⁶¹. Özetle, Srebrenitsa'da Boşnak Müslümanlara yapılan soykırım UAD tarafından kabul edilmiş ve fakat ne UAD ne AIHM ne de ulusal devlet mahkemeleri soykırım mağdurları lehine maddi veya manevi bir tazminata hükmetmiştir. Anılan kararlardan hareketle, İsrail-Gazze krizi sonucunda mağdurların uğradıkları maddi ve manevi zararların adil tazminine karar verecek mahkemelerin, emsal karar karnesinin güçlü olmadığı görülmektedir.

¹⁵³ Doğan, s. 256.

¹⁵⁴ Michael J Sandel, Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev. Mehmet Kocaoğlu, 2. Baskı, BigBang Yayınları, Ankara, 2013, s. 243-246.

¹⁵⁵ National Assembly of The Republic of Serbia, Declaration of the National Assembly of the Republic of Serbia Condemning The Crime in Srebrenica, Belgrade, 31.03.2010, (<http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/eng/pdf/2010/deklaracija%20o%20srebrenici%20ENG.pdf> s.e.t. 20.01.2024).

¹⁵⁶ National Assembly of The Republic of Serbia, Declaration of the National Assembly of the Republic of Serbia Condemning The Crime in Srebrenica, § 1.

¹⁵⁷ UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ, § 462, 463.

¹⁵⁸ AIHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, B. No. 65542/12, T. 11.06.2013, § 85.

¹⁵⁹ AIHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, § 54.

¹⁶⁰ AIHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, § 112.

¹⁶¹ AIHM, Stichting Mothers of Srebrenica ve Diğerleri / Hollanda, § 169-170.

SONUÇ

İsrail-Gazze krizinin boyutları, devletlerin dış egemenliklerini sınırlandıracak, yozlaşma eğilimini¹⁶² engelleyecek, küresel adaleti sağlayacak güçlü ve etkili bir uluslararası kamu hukuku düzenine duyulan ihtiyacı bir kez daha ortaya koymuştur. Bertrand Russell'ın "*Devletlerin yasalara uymayan zor kullanımlarına engel olmak için uluslararası polis gücü gerekecektir.*"¹⁶³ tespiti üzerinden geçen bir asır sonunda günümüzde anılan kolluk işlevini *de jure* BM Güvenlik Konseyi yerine getirmekte¹⁶⁴; fakat 1990'lı yıllardan bugüne kitlesel kıyımların yaşandığı kriz bölgelerine müdahalede -siyasi mülahazalarla- sessiz yahut geç kalan¹⁶⁵ BM Güvenlik Konseyi'nin denetimsiz ve öngörülemez takdir alanı¹⁶⁶ Konsey'in meşruiyetini zayıflatmaktadır.

BM'nin yürütme organı olan BM Güvenlik Konseyi'nin siyasi kararlar almasında yadırganacak bir şey yoktur. BM organizasyonunda, "uluslararası hukuki güvenliği" sağlamaya yönelik *hukuk devleti* mekanizmaları kurulmamış, BM Antlaşması normlarını uygulamayan yahut öngörülemez ölçüde esnek yorumlayan Güvenlik Konseyi üyelerinin idari, siyasi, hukuki, cezai sorumluluğunu tetikleyen *kanun devleti* mekanizmaları düzenlenmemiştir. BM organizasyonu içinde *polis devletin* denetimsiz keyfiliklerinin iz düşümlerine rastlanır. II. Dünya Savaşı'nda yapılan soykırımların "kamu düzeni" yaklaşımı ile günümüzde yapılan soykırımların "uluslararası kamu düzeni" yaklaşımı arasında benzerlikler vardır; birincisinde ulusal hukuk düzeninde kamu gücü kullanan

¹⁶² Aktan'ın ifadesiyle, "*Hukuk kurallarının olmadığı yerde keyfiyet, baskı ve zulüm vardır. Devletin gücünün hukuk kuralları ile sınırlandırılmadığı yerde zorbalık vardır.*" Coşkun Can Aktan, "Hukuk Devleti Üzerine...", 2000, (http://www.canaktan.org/can-aktan-yasam-felsefesi/canaktan_personal/aktan-seyyah/hayat_hakikat/hukuk_devlet.html s.e.t. 19.01.2024).

¹⁶³ Bertrand Russell, Siyasal İdealler, Çev. Mehmet Harmancı, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1996, s.113.

¹⁶⁴ Hande Seher Demir, "Uluslararası Hukukun Etkisizliğine Karşı İdealist Bir Çözüm Arayışı: Bertrand Russell'ın 'Dünya Federal Devletleri' Düşüncesi", C. 12, S. 2, 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 501-519.

Uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak amacıyla BM Güvenlik Konseyi'ne "içişlerine müdahale" ve dahası "silah kullanma" yetkisi verilmektedir. Anılan yetkiler oy çokluğuyla kullanılır. Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi olan Çin, ABD, Fransa, Rusya, İngiltere veto yetkisine sahiptir. Belirli konularda on beş üyenin dokuzunun olumlu oyuyla karar alan Güvenlik Konseyi, beş daimi üyeden herhangi birinin olumsuz oy vermesi halinde -diğer on dört üye olumlu oy verse dahi- karar alamaz. Anılan karar alma yöntemi, genelde hukuk mantığı ve özelde "egemen eşitlik" "eşit oy" ilkeleriyle çelişir. Denk, s. 76, 186.

Anılan yetkiler Güvenlik Konseyi'nin uluslararası şiddet tekeliyle donatıldığını gösterir. BM Güvenlik Konseyi'nin sahip olduğu "uluslararası şiddet tekeli" istisnası dışında uluslararası örgütlerin cebri icra yetkisi yoktur; keza AIHM, UAD gibi uluslararası mahkemelerin verdiği kararları zorla icra etme yetkisi -*adli kolluk sistemi*- bulunmaz. Clifford James Carrubba / Matthew Joseph Gabel, "Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law", C. 14, S. 2, 2013, Theoretical Inquiries in Law, s. 505-542.

¹⁶⁵ Örnekler için bkz. Berdal Aral, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik, Seta Yayınları, Ankara, 2013, s. 18-19.

¹⁶⁶ Kurucu Antlaşma'da Konsey'e uluslararası kriz durumlarında geniş takdir yetkisi verilmiştir, Konsey'i benzer durumda benzer tedbirler almaya zorlayacak emredici bir düzenleme yoktur.

kişilerin zihnindeki kamusal yarara yönelik karar ve uygulamaların keyfiliği denetimsiz iken, ikincisinde uluslararası hukuk düzeninde uluslararası kamu gücünü kullanan kişilerin karar ve uygulamalarının keyfiliği etkili ve tutarlı bir denetimden yoksundur. Zira uluslararası hukuk sistemine, ulusal hukuk sistemlerinden farklı olarak dikey değil yatay ilişki prensibi¹⁶⁷ hakimdir. Keza devletlerin denetimsiz ve keyfi siyasal iradelerinin tecellisiyle çalıştırılabilecek mekanizmalar sebebiyle uluslararası hukuk “mümkünler hukuku”¹⁶⁸ mahiyetindedir. Uluslararası hukukta bu mekanizmalar normatif ve potansiyel olarak uygulanmayı bekler bir biçimde mevcuttur, “sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde” çalıştırılması halinde uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkündür; bu sebeple uluslararası hukuk muhakkak değil fakat muhtemel bir hukuktur.¹⁶⁹

BM Güvenlik Konseyi’nin mümkünler hukukuna siyasi yaklaşımı, hukuk biliminden ziyade uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi ve sair sosyal bilim dallarının inceleme konusudur. Bu makale, normatif ve içtihadî kurallara ve bu kurallardan hareketle hukukî uyumsuzlukları çözüme bağlayacak uluslararası ve ulusal mahkemelerin yetki alanına odaklanmıştır.

İsrail-Gazze krizi kapsamındaki eylemlerin, soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suçların maddi ve manevi unsurlarını taşıyıp taşımadığının incelenmesi yargısal bir inceleme, soruşturma, kovuşturma gerektirir. Eylemlerin sebep ve amacı sorgulanırken, hükümet edenlerin, idare edenlerin ve halkın eylemlerinin doğurduğu hukuki sonuçlar farklı olacaktır. Kamu gücü kullanmayan ve/veya kamu gücü tarafından desteklenmeyen kişilerin eylemleri bireysel cezai ve hukuki sorumluluk doğururken, idare edenlerin ve hükümet edenlerin eylemleri bireysel idari, siyasi, cezai ve hukuki sorumluluğun yanında *devletin* soykırım, savaş, insanlığa karşı suçtan hukuki sorumluluğunu doğurur. Anılan suçlarla ilgili uluslararası yargısal kararlar, gerçek kişilerin bireysel cezai sorumluluğu hakkında UCM tarafından; devletlerin hukuki sorumluluğu hakkında UAD tarafından verilir.

Anılan suçlara dair bireysel cezai sorumluluk hakkında yargılama yapma yetkisi Roma Statüsü uyarınca UCM’dedir.¹⁷⁰ Filistin, 02.01.2015 tarihinde Roma

¹⁶⁷ “Her devlet egemen ve süje olarak eşittir. Bu yatay bir hukuktur. O yüzden uluslararası hukuka ‘Ama uygulanmıyor ki’ şerhinden kurtularak bakılmalıdır.” Hakkı Hakan Erkiner, “Filistin İsrail Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi”, S. 13, 2023, TESAM Strateji, s. 20.

¹⁶⁸ Hakkı Hakan Erkiner, “Filistin Topraklarında İsrail’in Fiillerinin Uluslararası Yargıya Yansımaları ve Güncel Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, Konuşma Dökümü, 6 Mart 2024, (https://www.academia.edu/116806835/Hakk%C4%B1_Hakan_Erkiner_Konu%C5%9Fma_D%C3%B6k%C3%BCmleri_Filistin_Topraklar%C4%B1nda_%C4%B0srailin_Fiillerinin_Uluslararası%C4%B1_Yarg%C4%B1ya_Yans%C4%B1mas%C4%B1_Ve_G%C3%BCncel_Sonuç%C3%A7ları%C4%B1_%C4%B0stanbul_%C3%9Cniversitesi_Hukuk_Fak%C3%BCltesi_Ceza_Hukuku_Ve_Kriminoloji_Ara%C5%9Fma_Ve_Uygulama_Merkezi_6_Mart_2024), s. 4-5.

¹⁶⁹ Hakkı Hakan Erkiner, “‘Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku’ ile ‘Uluslararası Sorumluluk Hukuku’ Arasındaki İlişki”, C. 14, S. 2, 2024, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1349-50, 1366-67, 1380-81.

¹⁷⁰ Roma Statüsü’ne göre UCM şu suçlar hakkında yargılama yapar: (1) Sivil yerleşim yerlerini, hastaneleri bombalamak; sivil halkı rehin almak, göçe zorlamak; sivil halkın yaşamlarını sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğu elektrik, su, yakıt, gıda ve sair ihtiyaç malzemelerine ulaşmasını engellemek savaş suçu oluşturur; (2) Sivil halka karşı

Statüsü'ne katılarak UCM'nin yargı yetkisini kabul etmiş; 02.04.2014 tarihinde ise Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. İsrail 09.03.1950 tarihinde Soykırım Sözleşmesi'ni kabul etmiştir; fakat Roma Statüsü'nün tarafı değildir dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiştir. Uluslararası sözleşmeler, kural olarak sadece sözleşmenin taraflarını bağlar ve sözleşmenin ilgili taraf için yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için bağlayıcıdır. *Jus cogens* nitelikte uluslararası hukukta kabul gören "istisnalar" UCM'nin yargı yetkisini genişletmektedir. Diğer yandan, hiçbir devlet/vatandaşı, rızası dışında Mahkeme'nin yargı gücüne tabi olamaz. İsrail, Roma Statüsü'nün tarafı değildir dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiştir. İsrail, Roma Statüsü'nü onaylamış olsaydı dahi, UCM'nin yargı yetkisinin tamamlayıcı olduğunun, bir başka ifadeyle yargı yetkisinin birincil olarak İsrail Devleti'nin ulusal mahkemelerinde olduğunun altı çizilmelidir.

Ceza mahkemelerinin temel işlevi, suçların kovuşturması ve cezai sorumluluğun saptanması iken; hukuk mahkemelerinin temel işlevi, haksız fiilden kaynaklanan hukuki/tazminat/telafi sorumluluğunun saptanmasıdır. Günümüzde, ilgili suçlarla bağlantılı olarak bir devletin sorumluluğunu tespit etmekle görevli tek tabii mahkeme UAD¹⁷¹'dir. UAD, Bosna Hersek / Sırbistan Karadağ kararında soykırımı hükmedebilmek için özel kastın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde ispatlanması gerektiğini belirtmiştir¹⁷². Keza AIHM de soykırımın öneminin, mahkûmiyet kararı için aranan sıkı şartlarda kendini göstereceği görüşündedir¹⁷³. UAD'nin yapacağı yargılamanın kritik noktası *dolus specialis/specific intent*in varlığının ampirik verilerle ispatı olacaktır.

Uluslararası mahkemeler bir yana bırakılırsa, ulusal mahkemelerin soykırım ve adil tazmin/telafi kararı vermesi mümkün müdür? Bir devletin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırılığı hakkında bir başka devletin mahkemelerinin karar verme, sorumluluğa ve yaptırıma hükmetme yetkisi -devletlerin yargı bağımsızlığı kuralı gereğince- yoktur. Devletin, *acta iure imperii* nitelikteki karar ve uygulamalarıyla, *jus cogens* normları ihlal etmesi hâlinde, yargısal bağımsızlık prensibinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda doktrinde uzun tartışmalar yaşansa da gerek devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin gerek uluslararası mahkemelerin, UAD ve AIHM içtihatlarının yargısal bağımsızlık ilkesi

eylemlerin yaygın ve sistematik bir hâl alması hâlinde, bu eylemler aynı zamanda insanlığa karşı suç oluşturur; (3) Sivil halka karşı eylemlerin özel amacı; ulusal, etnik, ırksal veya dinî bir grubun maddi varlığını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak ise, bu eylemler soykırım suçunu oluşturur. Bir tarafın savaşı başlatarak sivillerin ölümüne yol açması, diğer tarafın buna karşılık vermesi uluslararası ceza hukukunda sorumluluğu kaldırmaz.

¹⁷¹ UAD, bugüne kadar iki kez Soykırım Sözleşmesi kapsamında çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmuştur. Bunlar, Bosna Hersek-Sırbistan Karadağ ve Hırvatistan – Sırbistan başvurularıdır.

¹⁷² Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina / Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> s.e.t. 01.01.2024), § 293: "293. ... Mahkûmiyet cezası verilmeden önce uyulması/yerine getirilmesi gereken sıkı şartlar, soykırımın önemi yansıtır. Bu şartlar – grubun bütününe ya da önemli bir kısmını yok etmenin hedeflendiğini gösteren özel kasta yönelik delil – bu suçtan kolayca mahkûmiyet cezalarının verilmesi tehlikesine karşı koruyucu niteliktedir. Bununla beraber bu şartların karşılanması hâlinde, işlenen suçun kendine özgü adının konmasından çekinilmemelidir."

¹⁷³ AIHM [BD], Vasiliauskas / Litvanya, B. No: 35343/05, T. 20.10.2015, § 185.

safında yer aldıkları konusunda bir tereddüt yoktur. İsrail-Gazze krizi bağlamında yabancı devlet mahkemelerinde ve/veya AİHM nezdinde yapılacak olası bir yargılamanın, devletlerin yargı bağımsızlığı engeline takılacağı açıktır.

Adil tazmin konusunda uluslararası toplumun karnesinin güçlü olduğunu söylemek zordur. İsrail-Gazze çatışmalarında zarar gören sivil halkın uğradığı zararın tazmin edilmesine karar verebilecek tek tabii yargı organı olan UAD'nın emsal kararları dikkat çekicidir. Hukuki düzeyde kabul edilmiş ilk ve tek soykırım olan Srebrenitsa soykırımında sağ kalanların ve ölen yakınlarının adil tazmin talepleri hakkındaki UAD kararı, keza ilgili ulusal mahkeme ve AİHM kararları birlikte tahlil edildiğinde, soykırım mağdurları lehine maddi veya manevi tazminat sonucuna ulaşamamış olan uluslararası hukukun bu konudaki etkisizliği görülür.

Uluslararası hukukun pek çok alanında, devlet egemenliği ile insan hakları prensiplerinin çatıştığı, *jus cogens* kurallar üzerinde güçlü bir uzlaşa sağlanamadığı, devletlerin egemenliklerinden kaynaklanan tutumlarının, insan haklarının gelişimini yavaşlattığı ve zayıflattığı söylenebilir. Tüm bu tespitler bağlamında İsrail-Gazze krizi, uluslararası kamu hukuku için bir sınav; devlet egemenliğinin sınırlandırılması idealinin uluslararası hukuktaki izdüşümleri hakkında realist teorinin ileri sürdüğü “ütopya” eleştirisini zayıflatmak için bir fırsattır. Uluslararası insancıl hukukun korunmasına yönelik zayıf bir karneye sahip olan uluslararası toplumun vicdanını temsilen yargılama yapacak olan ulusal/uluslararası mahkemeler; “ideal” bir teknikle kaleme alınan normatif düzenlemeleri yorumlayarak, İsrail-Gazze krizi hakkında bir karara varacak; bu kararlar ya devlet otoritesini koruyacak yahut *jus cogens* nitelikteki kurallar için yeni ve güçlü bir milat doğuracaktır.

Soykırım yasağının *jus cogens* niteliğinden hareketle UAD'nin yahut UCM'nin esas hakkında yapacağı yargılama, uluslararası insancıl hukukun korunması özelinde uluslararası hukuk sistemini yataydan dikey bir düzleme taşıyacaktır. Fakat bu halde dahi anılan yargı organlarının kararlarını cebren uygulayacak bir polis gücü yoktur¹⁷⁴. “Uluslararası hukuki güvenliği” sağlayacak güçlü, etkili, tutarlı bir uluslararası kamu hukuku düzeni, küresel adaletin ve barışın sağlanması için olmazsa olmaz nitelikte bir *idealdir*.

¹⁷⁴ Ukrayna'nın Rusya'ya karşı 2022 yılında açtığı soykırım davasında UAD Rusya'nın işgali durdurmasına keza UCM Putin'in yakalamasına karar vermiş, ancak anılan kararlar icra edilememiştir.

KAYNAKÇA

- Akkutay B L, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, S. 113, 2014, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 99-125.
- Aksar Y, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Aksar Y, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Aktan C C, “Hukuk Devleti Üzerine...”, 2000, (http://www.canaktan.org/can-aktan-yasam-felsefesi/canaktan_personal/aktan-seyyah/hayat_hakikat/hukuk_devlet.html, s.e.t. 19.01.2024).
- Aral B, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik, Seta Yayınları, Ankara, 2013.
- Azarkan E, Nuremberg’ten La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- Başak C, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Brownlie I, Principles of Public International Law, 6. Baskı, Oxford University Press, New York, 2003.
- Carrubba C J / Gabel M J, “Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law”, C. 14, S. 2, 2013, Theoretical Inquiries in Law, ss. 505-542.
- Cooper R, The Postmodern State and The World Order, Demos and the Foreign Policy Centre, London, 2000.
- Cooper R, The Breaking of Nations: Order and Chaos in the Twenty-First Century, Atlantic Books, London, 2003.
- Council of Europe, European Convention on State Immunity, European Treaty Series-No. 74, Basle, 16.05.1972, (<https://rm.coe.int/16800730b1> s.e.t. 21.01.2024).
- Değer O, “Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı’nın Bosna-Hersek / Sırbistan-Karadağ Kararı”, C. 6, S. 22, 2009, Uluslararası İlişkiler, ss. 61-95.
- Delmas-Marty M / Fouchard I / Fronza E / Neyret L, İnsanlığa Karşı Suç, Çev. Berna Ekal, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- Demir HS, “Uluslararası Hukukun Etkisizliğine Karşı İdealist Bir Çözüm Arayışı: Bertrand Russell’in ‘Dünya Federal Devletleri’ Düşüncesi”, C. 12, S. 2, 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 501-519.
- Denk E, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, 2. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2019.
- Doğan İ, “Devletler Hukuku ve Hukuka Aykırılıktan Sorumluluk”, Ed. İlyas Doğan, Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları, Astana Yayınları, Ankara, 2016, ss. 233-264.
- Erdem M, “İnsancıl Hukukta Martens Kaydı”, C. 6, S. 2, 2015, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 211-286.
- Erkiner H H, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Erkiner H H, “Filistin İsrail Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi”, S. 13, 2023, TESAM Strateji, ss. 18-24.

Erkiner H H, “Filistin Topraklarında İsrail’in Fiillerinin Uluslararası Yargıya Yansımaları ve Güncel Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, Konuşma Dökümü, 6 Mart 2024, (https://www.academia.edu/116806835/Hakk%C4%B1_Hakan_Erkiner_Konu%C5%9Fma_D%C3%B6k%C3%BCm%C3%BC_Filistin_Topraklar%C4%B1nda_%C4%B0srailin_Fiillerinin_Uluslararası%C4%B1_Yarg%C4%B1ya_Yans%C4%B1mas%C4%B1_Ve_G%C3%BCncel_Sonuç%C3%A7lar%C4%B1_%C4%B0stanbul_%C3%9Cniversitesi_Hukuk_Fak%C3%BCltesi_Ceza_Hukuku_Ve_Kriminoloji_Ara%C5%9Fma_Ve_Uygulama_Merkezi_6_Mart_2024, s.e.t. 01.07.2024)

Erkiner H H, “‘Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku’ ile ‘Uluslararası Sorumluluk Hukuku’ Arasındaki İlişki”, C. 14, S. 2, 2024, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1349-1384.

Gözen R, Uluslararası İlişkiler Teorileri, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.

Güller N / Zafer H, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Gustav-Stresemann-Institut European Academy, Bonn, 2006.

Gündüz A, Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.

Gündüz A, Milletlerarası Hukuk, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Karakehya H, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, C. 57, S. 2, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 133-163.

Kızılsümer Özer D, “Devletin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Uluslararası Adalet Divanı’nın Almanya-İtalya: Yunanistan Müdahil Davasında Verdiği Karar ve Düşündürdükleri”, C. 5, S. 2, 2015, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 195-216.

Köprülü T, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Nabulsi K, Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law, Oxford University Press, New York, 2007.

National Assembly of the Republic of Serbia, Declaration of the National Assembly of the Republic of Serbia Condemning The Crime in Srebrenica, Belgrade, 31.03.2010, (<http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/eng/pdf/2010/deklaracija%20o%20srebrenici%20ENG.pdf>, s.e.t. 20.01.2024).

OCHA, “Flash Appeal Occupied Palestinian Territory 2023: Humanitarian Programme Cycle October – December 2023 -First Revision November 2023-”, 06.11.2023, (<https://www.ochaopt.org/content/flash-appeal-occupied-palestinian-territory-2023> s.e.t. 28.12.2023).

Önok R M, “5237 Sayılı Yeni TCK’ya göre Uluslararası Suçlar”, S. 5, 2005, Hukuk ve Adalet Dergisi, ss. 176-219.

Özarslan B B, “Uluslararası Hukuk Açısından Sevk ve İskân Kanunu Uygulaması”, II. Uluslararası Türk-Ermeni İlişkileri ve Büyük Güçler Sempozyumu, Cilt II, 2015, ss. 1263-1280.

Özman M A, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, C. 21, S. 1, 1964, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 53-121.

Pazarıcı H, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Pellet A, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", C. 10, S. 2, 1999, European Journal of International Law, ss. 425-434.

Pirim C Z, "Rusya'nın Ukrayna Müdahalesi Işığında Uluslararası Haksız Fiil Kaynaklı Devlet Sorumluluğu ve Karşı Önlemler", Ed. Rifat Murat Önok, Uluslararası Hukuk Kuralları Işığında Rusya-Ukrayna Krizi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi & KÜREMİR (Koç Üniversitesi Küresel Kamu Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), İstanbul, 2022, ss. 20-33.

Russell B, Siyasal İdealler, Çev. Mehmet Harmancı, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1996.

Sandel M J, Adalet, Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev. Mehmet Kocaoglu, 2. Baskı, BigBang Yayınları, Ankara, 2013.

Shaw M N, International Law, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2008.

Slomanson W R, Fundamental Perspectives on International Law, 5. Baskı, Thomson Wadsworth, California, 2007.

Tanzi A, "Is Damage a Distinct Condition for The Existence of an Internationally Wrongful Act?", Ed. Maria Spinedi / Bruno Simma, *United Nations Codification of State Responsibility*, Oceana Publications Inc., New York, 1987, ss. 1-33.

Tezcan D / Erdem MR / Önok RM, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

The ICRH's (International Committee of the Red Cross), Treaties and States Parties - Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, The ICRC's International Humanitarian Law Databases, (<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/genocide-conv-1948/state-parties?activeTab=undefined> s.e.t. 05.01.2024).

The International Court of Justice, States not parties to the Statute to which the Court may be open, (<https://www.icj-cij.org/states-not-parties> s.e.t. 05.01.2023).

The International Criminal Court, Rome Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, 2021, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> s.e.t. 28.12.2023).

The International Criminal Court, State of Palestine Situation in the State of Palestine ICC-01/18, (<https://www.icc-cpi.int/palestine> s.e.t. 29.12.2023).

Toluner S, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.

Töner Şen S, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Unicef Mena - إفريقيا وشمال الأوسط الشرق يونيسف, UNICEF Regional Director for the Middle East and North Africa, Adele Khodr 28.12.2023, (<https://twitter.com/UNICEFmena/status/1740358092192104638> s.e.t. 29.12.2023).

United Nations, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf s.e.t. 28.12.2023).

United Nations, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001, 2008,

(http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf s.e.t. 25.12.2023).

United Nations, International Military Tribunal for the Far East, (http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf s.e.t. 20.01.2024).

United Nations, Israel-Gaza Crisis, (<https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel> s.e.t. 28.12.2023).

United Nations, Israel-Gaza Crisis: Background, (<https://www.un.org/en/situation-in-occupied-palestine-and-israel> s.e.t. 28.12.2023).

United Nations, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, (https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf s.e.t. 21.01.2024).

United Nations, The International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor / Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, 09.09.1998, (<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> s.e.t. 01.08.2023).

United Nations General Assembly International Law Commission, The Charter and Judgment of The Nurnberg Tribunal History and Analysis (Memorandum Submitted by the Secretary-General), New York, 1949, (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf s.e.t. 20.01.2024).

Uzun E, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Ünal Ş, Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2011.