

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tutuklama Kararlarıyla İlgili Bir Değerlendirme: Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir Örneği

Analysis on the Arrest Warrants of the International Criminal Court: Case of Sudanese President Omar El – Beshir

Şener ÇELİK *

Özet

Sudan kurulduğu 1956 yılından beri Müslüman-Arap nüfustan oluşan kuzey, Animist ve Hristiyan nüfusun yaşadığı güney ve Arap olmayan yerli nüfusun bulunduğu Darfur Bölgeleri arasında süregelen silahlı mücadelelere sahne olmuştur. Sudan Hükümeti, bu süre içinde aralıklarla, güneyde Sudan Halk Özgürlük Ordusu/Hareketi (Sudan People's Liberation Army/Movement-SPLA/M), Darfur'da ise Sudan Özgürlük Ordusu (Sudan Liberation Movement-SLM) ve Adalet ve Eşitlik Hareketi (Justice and Equality Movement-JEM) isimli rejim karşıtı direnişçi/ayrılıkçı örgütlerle savaşmıştır. Darfur'daki çatışmaların artarak devam etmesi üzerine, hükümet direnişi basturmak için kitlesel katliam boyutlarına ulaşan bir şiddete başvurmuş, bunun üzerine Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni (ICC) Sudan hakkında soruşturma açmakla yetkilendirmiştir. ICC, bu yetkiye dayanarak açtığı soruşturma sonucu, Sudan'ın halen görevde olan Devlet Başkanı Ömer Ahmed El-Beşir hakkında tutuklama kararı çıkarmış ancak karar uluslararası örf-adet hukukundaki, "halen görev başında olan devlet başkanlarının dokunulmazlığı" ilkesi ile çeliştiği için yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Bu çalışmada Sudan'daki krizin ve ICC'nin kısa tarihçeleri verildikten sonra söz konusu karara giden sürecin analizi, tutuklama kararının hukuki gerekçeleri ve dokunulmazlık ilkesi ile çelişkisi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: ICC, BM Güvenlik Konseyi, Güvenlik Konseyi 1593 No'lu Kararı, Darfur, El-Beşir, Janjawid.

Abstract

Since it was established in 1956, Sudan has always been a scene for ongoing armed struggles between the north region composed from Muslim-Arab population, the south where the animist and Christian population lives and Darfur region inhabited by indigenous non-Arab population. In the meantime, Sudan Government at intervals has strived against private anti-regime insurgents/separatist organizations which are Sudan People's Liberation Army/Movement-SPLA/M in the south and in Darfur the Sudan Liberation Movement-SLM and Justice and Equality Movement-JEM. As the conflict in Darfur continued to increase, the government resorted to violence reaching

* Araştırmacı, e-posta: senercelik@doruk.net.tr.

the size of a mass slaughter in order to suppress the resistance upon which the United Nations Security Council, the International Criminal Court (ICC) was authorized for opening an investigation of Sudan. As a result of the opened investigation on the basis of this authority, the ICC issued a warrant for Sudan's President Omar Ahmed El-Bashir's arrest who is still in office but the warrant has been subject to intense criticism as it is inconsistent with the principle of international customary-law, the immunity for Heads of State that are still on duty. In this study, after the short history of the crisis in Sudan and the ICC, the analysis of the process led to this decision, legal reasons for this arrest warrant and its contradiction with immunity principle will be discussed.

Key Words: ICC, UN Security Council, UNSC Res. 1593, Darfur, Al-Bashir, Janjaweed.

Giriş

Yüzölçümü açısından Afrika Kıtası'nın en büyük ülkesi olan Sudan'ın siyasi gündemi, neredeyse kurulduğu yıl olan 1956'dan bugüne tamamen ülke içinde süregelen etnik çatışmalar tarafından belirlenmiştir. Ülke, özellikle 9-15 Ocak 2011 tarihlerin arasında yapılan ve güneyin ayrılma yönündeki irade beyanının açığa çıkmasıyla sonuçlanan referandumdan sonra, Batılı güçlerin ekonomik anlamda ilgisini üzerine çeken 6.8 milyar varillik kanıtlanmış petrol rezerviyle dünya ülkeleri arasında yirminci sırada; buna karşılık, 2.200 dolarlık kişi başına düşen milli gelire de dünyada 186. sıradadır (<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/su.html>).

Sudan'da yönetim, kuruluşundan beri kuzey bölgesinde yaşayan Arap asıllı Müslüman kitlenin elinde olmuş; gerek seçimle iktidar olan hükümetler gerekse askeri cuntalar, yıllar boyu etnik ayrımcılık, sosyal baskı ve marjinalleştirme politikaları ile güneyde yaşayan Animist ve Hristiyan Afrikalılar ve Darfur'da yaşayan Arap olmayan Afrikalı yerli halk üzerinde kontrol sağlamaya çalışmıştır. Dahası, bu toplulukların temel hak ve özgürlük arayışlarına neredeyse soykırıma varan 'etnik temizlik' yöntemleriyle karşılık vermiştir (Human Rights Watch, Darfur Destroyed: Ethnic Cleansing by Government and Militia Forces in Western Sudan, 2004, 42-9).

Bu çalışmanın kapsamı, Darfur'da meydana gelen kriz sonucunda Sudan Devlet Başkanı El-Beşir hakkında çıkarılan tutuklama kararı ve bu karara giden sürecin analiziyle sınırlıdır. Bu sebeple, her ne kadar Sudan'daki iç savaş temelde kuzey-güney çatışmasını kapsayan daha geniş bir çerçeveye sahipse de (konu esasta Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC) tarafından El-Beşir hakkında çıkarılan tutuklama kararıyla ilgili olduğu için) çalışmada daha çok Darfur Krizi sonucu oluşan uluslararası yargı sürecine odaklanılacak ve kararın gerekçe ve sonuçları analiz edilecektir.

Çalışmanın birinci bölümünde Darfur Krizi'nin kısa geçmişi; ikinci bölümünde ICC'nin kısa tarihçesi, yetki ve görevleri; üçüncü bölümde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1593 No'lu kararı ile ICC'nin Darfur Krizi'ni soruşturmak-

la yetkilendirilmesinin hukuki dayanağı; dördüncü bölümde ise, ICC'nin El-Beşir için çıkardığı tutuklama kararı, kararın yasal dayanakları ve hukuk çevrelerindeki görüşler analiz edilip, davanın uluslararası hukuk alanındaki önemi yorumlanacak; beşinci ve son bölümde ICC tutuklama kararının uluslararası hukuktaki önemine ve gelecekteki olası yansımalarına değinilecektir.

Makale, genel olarak bir nitel araştırma çalışması olup, temelde doküman inceleme metoduna göre yapılmıştır. Veri analizi ağırlıklı olarak literatür taramasından oluşan birincil kaynaklara dayalı olarak gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın odaklandığı konu gereği, örneklem olarak Sudan'ı içeren tipik durum örnekleme si kullanılmıştır.

Sudan'daki İç Savaş ve Darfur Krizi'nin Kısa Tarihiçesi

2.5 milyon kilometrekarelik yüzölçümü ile Afrika'nın en büyük ülkesi olan Sudan, 1956 yılında İngiltere ve Mısır'ın egemenliğinden çıkarak bağımsızlığını kazanmıştır (Willis, El Battahani, 2010, s.196). Kurulduğu günden bugüne kadar, ülkedeki iç çatışmaların bölge güvenliğine ve buna bağlı olarak uluslararası sistemin güvenliğine etkisi açısından, özellikle Batılı hâkim güçler tarafından kontrol altında tutulması gereken bir ülke olarak değerlendirilmektedir. Sudan'ın özellikle Çad ile birlikte Libya'nın finansal ve askeri kalkınmasına yardımcı olmak için çaba sarf etmesi, bu havzadaki çatışmaların, doksanlı yılların ortasından bugüne geçen süre içinde, dış güçler tarafından da dikkatle izleniyor ve gelişmelerin kontrol altında tutulması isteniyor olabileceğinin göstergesidir (The Middle East and North Africa 1995, Europa's Regional Surveys of the World, s.770).

Kuzeydeki Hartum Yönetimi'nin güneyde yaşayan Animist-Hristiyan halka karşı uyguladığı marjinalizasyon politikaları nedeniyle, Hartum Yönetimi ve güneydeki SPLA/M arasında, ülkenin kurulduğu yıldan 1972'ye kadar 'birinci iç savaş dönemi' adı verilen süreç yaşanmış, bu tarihten 1983 yılına kadar süren geçici barış döneminden sonra, aynı taraflar arasında, 'ikinci iç savaş' dönemi başlamış ve bu dönem de 7 Ocak 2005 tarihinde kuzey ve güney arasında imzalanan Yeni Barış Antlaşması'yla (CPA) sona ermiştir (De Waal, 2007, s.16). Ancak, Hartum yönetimi ile ülkenin batısındaki etnik gruplar arasındaki gerilim – ki bu gerilim kuzey-güney çatışması ile karıştırılmamalıdır – 2004 yılında imzalanan ateşkese kadar devam etmiştir.

Bu süreçte Darfur Bölgesi'ndeki Arap-Müslüman olmayan, yerel Afrikalı halk, SLM ile JEM örgütlerinin öncülüğünde gerçekleştirilen eylemlerle hükümet güçlerine karşı silahlı mücadele sürdürmüştür. Bu çatışmalarda, sayıları 50.000 ile 200.000 arasında değiştiği ileri sürülen sivil,¹ Sudan güvenlik güçleri tarafından

1 Darfur krizinde hayatını kaybeden sivil sayısı konusunda çeşitli kaynaklarda farklı bilgiler olup, bu sayı resmi Sudan verilerine göre 50.000, uluslararası hükümet dışı örgütlerin raporlarına göre ise 200.000 dolayındadır. Olaylar sırasında hayatını kaybeden ve özellikle IDP (Internally Displaced Persons) olarak nitelenen iç göç kurbanı siviller hakkında daha ayrıntılı bilgi ve sayısal veriler için bkz.: M. Rafiquel, Islam, "The Sudanese Darfur Crisis and Internally Displaced Persons in International Law", www.ijrl.oxfordjournals.org, doi: 10.1093/ijrl/ee1012.

öldürülmüş, 1.650.000 kişi güç kullanımı ile yaşadıkları bölgeyi terke zorlanmış, 2.000.000 kişi de mülteci statüsünde Çad'a göç etmiştir (Cryer, 2006, s.197). Sudan Hükümeti'nin direnişi bastırmak için giriştiği askeri operasyonların sistimli şekilde ve çok büyük sayıda sivilin öldürülmesine neden olan bir insanlık trajedisine dönüşmesi sonucunda ise, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 31 Mart 2005 tarihinde, BM Sözleşmesi Bölüm 7 ve Roma Statüsü Madde 13(b)'ye dayanarak, ICC'yi Darfur Krizi'ni soruşturmakla yetkilendirmiştir (Ssenyonjo, 2010, s.206). Bu noktada, söz konusu krizin Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir'in tutuklanması ile ilgili hukuki boyutuna geçmeden önce, davanın ve ICC'nin önemini daha iyi kavramak için, çok kısa olarak mahkemenin tarihçesine göz atmak yararlı olacaktır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu, Sorumluk Alanları ve Çalışma Usulü

ICC, devletlerin değil, uluslararası topluluğu ilgilendiren suçların işlenmesinde rol oynayan bireylerin sorumluluklarını ön planda tutan bir yapısal anlayışın çağdaş bir ürünüdür (Aksar, 2005, 44). İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesini müteakiben kurulan Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi ve Nuremberg Askeri Mahkemesi'nden sonra, doksanlı yıllara kadar yeni bir savaş suçları mahkemesinin kurulması için gerekli hukuki, siyasi, kültürel ve tarihi şartlar oluşmamıştır. Ancak Ruanda'da meydana gelen soykırımın soruşturulması için 1994 yılında kurulan Ruanda Savaş Suçları Mahkemesi (ICTR) ve Yugoslavya'daki iç savaş sırasında 1993 yılında kurulan Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi (ICTY), yeni bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına gidecek olan yolu açmıştır.

Söz konusu mahkemelerin uluslararası toplulukta yarattığı kalıcı bir uluslararası mahkemenin gerekliliği fikrinden hareketle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu (ILC) bu tip bir mahkemenin kuruluş esaslarını belirlemesi için görevlendirmiş ve bu uzun sürecin sonunda 17 Temmuz 1998 tarihinde İtalya'nın başkenti Roma'da imzalanan Roma Statüsü ile ICC resmen kurulmuştur (Çakmak, 2007, s.44). ICC'nin yetki alanında dört temel suç yer almakta olup bunlar; soykırım suçu, insanlığa karşı girişilen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarıdır (Roma Statüsü, Madde 5/1).

Mahkemede, Roma Statüsü'nde belirtildiği üzere, üç şekilde dava açılabilir. Bunlar sırasıyla; Statü'nün 14. maddesi uyarınca, Statü'ye taraf olan bir devletin ICC savcısına başvurusu; BM Sözleşmesi Bölüm 7 uyarınca, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ICC'ye başvurusu; ve Statü'nün 5. maddesi uyarınca, savcının kendi inisiyatifi ile dava açmasıdır (Roma Statüsü, Madde 13/a/b/c).

Bu esaslara göre insanlığa karşı işlenen suçları soruşturmakla görevli olan ICC, bugün uluslararası bir antlaşma ile kurulmuş ilk kalıcı mahkeme olup, kendini aynı zamanda insanlığa karşı suç işleyen kişilerin dokunulmazlık ve muafiyetlerini sona erdirmeyi amaçlayan bir kurum olarak da nitelenmektedir.

(<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/>). Bu çalışmanın kapsamında incelenen Darfur Krizi ve Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir hakkında çıkarılan tutuklama kararı, işte ICC'nin tam da bu özelliği ile ilgilidir.

Darfur Krizi ve ICC'nin BM Güvenlik Konseyi Tarafından Yetkilendirilmesi

Darfur'da yaşanan krizin uluslararası topluluğun gündeminde çok önemli bir madde olarak yer almaya başlaması sonucu, 2004 yılı Ekim ayında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından krizi araştırmakla görevli bir komisyon oluşturulmuş (Uluslararası Darfur Soruşturma Komisyonu)² ve bu komisyon çalışmalarını üç ay gibi, Birleşmiş Milletler bürokrasisine göre kısa, bir sürede tamamlayarak 176 sayfalık bir rapor hazırlamıştır (Cryer, 2006, 200). Rapor, üç gerekçeye dayanarak Sudan yönetimi hakkında dava açılması için vakit geçirilmeden ICC'nin yetkilendirilmesini tavsiye etmiştir. Bu gerekçeler; bölgede baş gösteren şiddetin uluslararası barış ve güvenliği tehdit eder boyuta gelmiş olması, üst düzey devlet görevlilerinin çatışmalarda başvurulan şiddet yöntemlerinden sorumlu olabilecekleri ve olası bir ICC soruşturmasının Sudan Hükümeti'ni sorumluları uluslararası yargıya vermeye zorlayabileceğidir.

Elbette bu gerekçelerin sağlamlığı farklı siyasi yorum ve sorgulamalara açık olabilir. Özellikle sonuncu gerekçede iddia edilen durumun gerçekleşmemiş olmasının da konuyla ilgili çevrelerde olumsuz kanaat uyandırması mümkündür. Ancak komisyon kararlarının mantıksal çerçevesinin genel olarak doğru olduğu, BM Güvenlik Konseyi'nin rapora dayanarak aldığı karardan (ve özellikle ABD'nin bile bu kararı engelleyemeyip çekimser kalmasından) anlaşılmıştır. Bu sürecin sonunda, BM Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihinde aldığı 1593 no'lu karar ile ICC'yi Sudan'daki krizi soruşturmak için yetkilendirmiştir (Happold, 2006, 228). Karar, BM Sözleşmesi Madde 7'ye ve Roma Statüsü'nün ilgili maddelerine dayanılarak alınmıştır (S/RES/1593 (2005) http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions05.htm).

Ancak dava ile ilgili temel uyuşmazlıkların baş gösterdiği nokta tam da burasıdır. Zira, konseyin davayı ICC'ye devretmesi ciddi bir hukuk tartışması sürecini de alevlendirmiştir. Bu tartışma, Roma Statüsü'ne taraf olmayan Sudan'ın ICC ile iş birliği yapmaya zorlanmasına rağmen, söz konusu antlaşmaya taraf olmayan devletlerin benzeri bir sorumluluğa sokulmamasıdır (Bohlender, 2006, s.230). Bu ikilem doğal olarak kararın bir çifte standart uygulamasına işaret edebileceği kuşkularını uyandırmıştır. Gerçekten de bir antlaşmaya taraf olmayan devletin o antlaşmayla bağlı olamayacağı Uluslararası Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viya-

2 Aşlında Cassese Komisyonu olarak da bilinen bu komisyonun raporu, Sudan hükümetinin Janjavid'leri katliama dahil ettiği iddialarının temel kanıtı niteliğinde olması nedeniyle büyük önem taşımaktadır. Ancak bu makalenin kapsam ve kısıtı nedeniyle bu bilgiler burada daha fazla analiz edilmemiştir. Komisyon kararı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Cécile Aptel Williamson, Justice Empowered or Justice Hampered: The ICC in Darfur", African Security Review, 15.1, 20-23

na Sözleşmesi'nde de belirtilmektedir (Viyana Sözleşmesi, Madde 14; http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf).

Bununla birlikte, daha ayrıntılı bir analiz, konunun Roma Statüsü'ne taraf olup olmama tartışmasının ötesine uzandığını göstermektedir. Statü'nün 86. Maddesi, sözleşmeye taraf olan ülkelerin bu sözleşme gereği mahkemenin yürüteceği tüm dava ve soruşturmalarda iş birliğini zorunlu kılmakta, fakat sözleşmeyi imzalamayan ülkeler için herhangi bir bağlılıktan bahsetmemektedir (Roma Statüsü, Madde 86). Ancak, takip eden 87. madde de, mahkemenin Statü'ye üye olmayan ülkeleri de "diğer uygun ilkeleri" esas alarak bir davada iş birliğine davet edebileceğini söylemektedir (Roma Statüsü, Madde 87/5). Bu noktada, "diğer uygun ilkelerin" ne olduğu sorusu sorulabilir ve ilk bakışta bu kavram soyut bir anlam taşıyor gibi algılanabilir. Ancak bu kavram, karar çerçevesinde soyut bir takım olguları değil, BM Sözleşmesi'nin 41. Maddesi'ne atıfta bulunduğu ifade etmektedir. Söz konusu 41. Madde, Güvenlik Konseyi kararlarına işlerlik kazandırabilmek adına, üye devletlere çeşitli yükümlülükler empoze edilebileceğini söylemektedir (Condorelli, Ciampi, 2005, s.593). Bu durumda Sudan'ın da yapması gereken, Konsey ve ICC ile çatışmaya girmek değil iş birliğine gitmektir.

Ayrıca, BM Sözleşmesi Bölüm 5'te yer alan Madde 25 de, benzer şekilde, Birleşmiş Milletler'e üye olan tüm ülkelerin Güvenlik Konseyi kararlarına uymak zorunda olduğunu söylemektedir (Akande, 2009, s.341). Elbette, Güvenlik Konseyi ICC'ye Roma Statüsü'ne taraf olmayan ülkelerin vatandaşlarını tutuklamaları için devletlere baskı yapma yetkisi vermemiştir. Böyle bir yetkilendirme uluslararası hukuka aykırı olacağı gibi aynı zamanda ulusal egemenlikler konusunda da ciddi sıkıntılara neden olabilir.³ Ancak uluslararası hukuk mantığı açısından görülen odur ki, her ne kadar Roma Statüsü'nü kabul etmemiş olan ülkeler kendilerini bir takım yasal yaptırımlardan muaf görebilseler de, esasen uluslararası topluluğun genel hukuk felsefesi, özellikle BM Sözleşmesi bağlamında, sistem içindeki aktörlerin o kadar da keyfi hareket edemeyecekleri bir düzenleme yaratmıştır. Bu düzenleme de, Darfur örneğinde görüldüğü gibi, dokunulmazlıkların zedelenmesine değil, insanlığa karşı suç işledikleri iddia edilen kişilerin uluslararası nitelikteki bir ceza mahkemesi tarafından yargılanabilmelerine giden yolu açmaktadır.

3 Bu bağlamda, BM Güvenlik Konseyi'nin Mahkeme'yi yetkilendirmesi zaten devletlerin Statü'ye üyeliği ile ilişkilendirilen bir durum da değildir. "Konsey'in yetkisi sınırlı şartlarda başvurulabilecek bir yetki olmayıp BM Sözleşmesi'nin VII. bölümü kapsamında kullanılacak genel bir yetkidir. Uluslararası barış ve istikrarın Statü'de bahsedilen suçlar nedeniyle ciddi tehdit altında olduğu konusunda bir kanaat oluşması ve bunun Konsey'de önlem alınmasını içeren bir karara dönüşmesi durumunda, BMGK UCM'yi konuyu Statü çerçevesinde takip etmekle görevlendirebilecektir. Konsey'in bu yetkisini kullanması sırasında vakıanın yer aldığı devletin Statü'ye taraf olması veya olmaması arasında bir ayrım yapılmamıştır." (Ateş, 2010, s.24)

Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir Hakkında ICC Tarafından Çıkarılan Tutuklama Kararı

Karar ve Gerekçeleri

Ömer Ahmet El-Beşir, Sudan ordusunda bir generalken kansız bir darbe ile 1993 yılında hükümeti devirerek yönetimi ele geçirmiş olup, o tarihten beri Sudan'ın devlet başkanlığı görevini sürdürmektedir. Darfur Krizi sürecinde işlediği iddia edilen insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım suçu nedeniyle halen hakkında ICC tarafından verilmiş iki ayrı tutuklama kararı vardır (<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109?lan=en-GB>).

Her ne kadar El-Beşir için çıkarılan tutuklama kararı uluslararası hukuk çevrelerinde haklı olarak önemli ve olumlu bir gelişme olarak değerlendirilse de, dava, halen görevde olan bir devlet başkanının dokunulmazlık haklarına hâle getiren bir uygulama olarak algılanması sebebiyle önemli bir tartışma konusudur. Tutuklama kararının çıkarılmasından itibaren bu karar çeşitli çevrelerde dokunulmazlık hakkının ihlali olarak yorumlanarak çelişkili yorumların yapılmasına neden olmuş, uluslararası hukuk gündeminde önemli bir yer işgal etmeye başlamıştır.

BM Güvenlik Konseyi tarafından davayı soruşturmakla yetkilendirildiği ilk günden beri aslında ICC Sudan Krizi'nin önemli aktörlerinden biri konumunda olmuştur. Bu rol, El-Beşir için çıkarılan tutuklama kararları ile daha da dikkat çekici hale gelmiş, ICC'nin yetkisi uluslararası toplulukta ilk kez bu kadar ağırlıklı olarak hissedilir olmuştur. ICC 1. Ön Duruşma Mahkemesi, savcının gerçekleştirdiği çalışmalar sonucu, 4 Mart 2009 tarihinde El-Beşir için ilk tutuklama kararını çıkarmış; Savcılık Ofisi'nden yapılan açıklamada, ICC davaları kapsamında devlet başkanları için hiçbir dokunulmazlık ve bağışıklık hakkı bulanamayacağı çok açık olarak belirtilmiştir (ICC, Ön-Soruşturma Komisyon Kararı: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/716E2512-28C6-49F6-A3F8-722BD43F6C95/279935/040309BashirannouncementEN2.pdf>).

Belgedeki ifade dili analiz edildiğinde görülmektedir ki, ICC Sudan Hükümeti'nin de uluslararası hukuk karşısında ICC ile iş birliği yapmasını, aksi takdirde BM Güvenlik Konseyi'nin Sudan'ın rıza göstermesini sağlamak için gerekli önlemleri alabileceğini belirtmiştir. Söz konusu belge incelendiğinde, ayrıca El-Beşir'in uluslararası hava sahasına çıkar çıkmaz tutuklanabileceğine cevaz veren bir nitelik taşıdığı da görülmektedir. Davaya⁴ esas teşkil eden 02/05-01/09 no'lu karar; El-Beşir'in, Roma Statüsü'nün 25(3)(a) maddesine göre, savaş suçlarına ve insanlığa karşı işlenen suçlara dolaylı olarak yardımcı olduğuna dair inandırıcı delillerin bulunduğu, Statü'nün 58(1)(b) maddesi uyarınca da bu şartlar

* Davanın özgün adı 'The Prosecutor versus Omar Hassan Al Bashir'dir (Savcı, Ömer Hasan El Beşir'e Karşı).

altında tutuklanmasının bir gereklilik arzettiğine hükmetmiştir (Tutuklama Kararı: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>).

Elbette burada BM Güvenlik Konseyi'nin Sudan'ı zorlayabileceği yönündeki üstü örtülü tehdit pratikte çok da anlam ifade etmemektedir. Neticede Sudan Hükümeti elbette El-Beşir'i teslim etmemiş, buna karşın Güvenlik Konseyi ise herhangi bir zorlayıcı karar almamıştır. ICC'nin varlığına ve yargı yetkisine son derece mesafeli duran ABD'nin de etkisiyle, Konsey üyeleri şu an için davanın doğal hukuki seyri içinde sonuçlanması yönünde irade sergilemektedirler. Ancak bu tutum, aşağıda da görüleceği gibi, ne tutuklama kararı hakkındaki tartışmalara bir son vermiş, ne de konunun önemini gölgeleyen bir durum arz etmiştir.

Karar Hakkındaki Tartışmalar ve ICC'nin Yaklaşımı

Tutuklama kararı, uluslararası hukuk çevrelerinde pek çok tartışmanın konusu olmuş, farklı yargı yorumlarının dile getirilmesine yol açmıştır. Bu yorumlardan bazıları, ICC'nin kararında hukuka aykırılık gözlemlese de, dikkatli bir analiz mahkemenin bu karara ulaşma sürecinde aslında oldukça sağlam bir gerekçeler bütününden hareket ettiğini göstermektedir.

ICC'nin tutuklama kararına karşı çıkan çevrelerin temel iddiası, devlet başkanlarının sahip olduğu dokunulmazlıklara dayalıdır. Gerçekten de uluslararası örf-adet hukuku gereğince, halen görevde olan bir devlet başkanının yabancı devletlerin yargılama yetkisine karşı bağışıklığı olduğu ve bu konuda dokunulmazlık taşıdığı bilinmektedir (Ssenyonjo, 2010, s.209). Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) da devlet başkanlarının başka devletlerin cezai yargılama uygulamalarına karşı tam dokunulmazlık hakkına sahip olduğunu belirtir (Ssenyonjo, 2010, s.209). Tutuklama kararına karşı çıkan pek çok çevrenin asıl dayanağı işte bu örf-adet kanunudur. Ancak burada göz ardı edilen önemli bir nokta vardır. El-Beşir Davası'nda söz konusu olan yabancı bir devletin mahkemesi tarafından çıkarılan bir tutuklama kararı değildir. Bu karar, uluslararası niteliğe sahip olan ve uluslararası bir anlaşma ile kurulmuş olan bir mahkeme, yani ICC, tarafından verilmiştir. Dokunulmazlık ve bağışıklık kavramlarının örf-adet hukuku açısından önem taşıyan konular olduklarına şüphe yoktur ve zaten ICC bu değerlere saygı gösterilmesi konusunda olumsuz bir yaklaşım içinde değildir. Ancak bu davanın esasları, örf-adet hukukunun sınırlarının dışında, doğrudan mahkemenin tabi olduğu Roma Statüsü ile belirlenmektedir.

Buna göre, söz konusu Statü'de, resmi güce dayalı ayrımlar gözetilmeksizin herkesin mahkemenin yargı yetkisi karşısında eşit olduğu, bu bağlamda devlet başkanlarının, hükümet yetkililerinin veya parlamento üyelerinin hiçbir ayrıma tabi tutulmayacakları açık bir ifadeyle belirtilmiştir (Roma Statüsü, Madde 27/1). Tabii, bu aşamada Sudan, Roma Statüsü'nü parlamentosunda onaylamadığı için kararın kendini bağlamayacağını söylemektedir (<http://english.aljazeera.net/news/africa/2008/06/20086150921529362.html>). Ancak, bu noktada ortaya başka bir husus çıkmaktadır. Sudan, her ne kadar Roma Statüsü'nü yasama

meclisinde onaylamadıysa da, söz konusu antlaşmayı 8 Eylül 2000 tarihinde imzalamıştır. Bu durumda, El-Beşir hakkında dokunulmazlık kararında belirttiği sürece imza attığı bir antlaşma ile çelişir duruma düşmektedir ki, bu da Viyana Sözleşmesi'nin 18. Maddesi'ne aykırı bir fiile sebebiyet vermektedir. Söz konusu sözleşmenin ilgili maddesi, bir antlaşmaya imza atan tarafların o antlaşmanın amaç ve hedeflerine aykırı hareket etmekten uzak durmaları gerektiğini açıkça belirtmektedir. Bu durumda Sudan, yasal bir yaptırım altında olmasa bile, neden yargı gücüne uymayacağı bir uluslararası mahkemenin kuruluş antlaşmasına imza attığı gibi cevaplanması zor bir soruyla karşı karşıya kalmaktadır. Hiç kuşkusuz bu da, hukuk çevrelerinde Sudan'ın ICC'nin temel felsefesine uyması gerektiği yönünde bir kanaat uyanmasına yardımcı olacak bir gerektir.

Elbette tüm bu hukuki gerekçeler, Sudan'ın kendi meclisinde onaylamadığı bir antlaşma ile kurulmuş olan bir uluslararası mahkemenin tutuklama kararına karşı çıkması için ona bir yasal dayanak verir gibi durmaktadır. Fakat ortaya çıkan tabloyu, yukarıda sıralanan ilgili sözleşme maddeleri, uluslararası hukukun yalın felsefesi ve Birleşmiş Milletler'in genel prensipleri üzerine kurulan algıları birleştirerek okumak gerekir. Olaya bu şekilde bütünsel bir yaklaşımla bakıldığında, ortaya çıkan tablo göstermektedir ki, Sudan'ın ICC'nin tutuklama kararına uyması için ortada sağlam bir gerekçeler silsilesi vardır. Uluslararası topluluğun kurduğu hukuk sistemi, ülkelere kendi sübjektif inisiyatiflerine göre sınırsız bir özgürlükle hareket etme hakkı tanımış değildir.

Öte yandan, ICC'nin tutuklama kararına karşı gelen çevrelerin tezlerini desteklemek adına örnek olarak gösterdikleri olaylar da vardır. Bunlardan en önemlisi, literatüre 'Arrest Warrant Case' (Tutuklama Kararı Davası) olarak geçen davadır. Söz konusu örnek dava kapsamında, Belçika, Kongo Demokratik Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı için bir tutuklama kararı çıkarmış ancak bu karar Uluslararası Adalet Divanı tarafından uluslararası örf-adet hukukuna zarar verdiği gerekçesiyle geçersiz bulunmuştur (Gaeta, 2009, s.318). Ancak, El-Beşir'in dokunulmazlık hakkına dayalı iddiayı desteklemeye çalışan örnekler kadar, tutuklama kararının meşruiyetini ve geçerliğini destekleyen örnekler de vardır. Esasen Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi (ICTY), o zaman görev başında olan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti Devlet Başkanı sıfatı taşıyan Slobodan Milosevic için tutuklama kararı çıkaran ilk mahkemedir⁵ (Gaeta, 2009, s.316). Sierra Leone Özel Mahkemesi (SCSL) de, Liberya Devlet Başkanı Charles Taylor için benzeri bir tutuklama kararı çıkarmıştır (Gaeta, 2009, s.317).

5 El-Beşir davası ile Slobodan Milosevic davasını karşılaştırmak ve Milosevic kararı hakkında daha ayrıntılı açıklama için bkz.: <http://www.un.org/ICTY/Supplement/supp5-e/milosevic.htm>. Benzeri bir karşılaştırmayı Charles Taylor davasıyla ilgili olarak yapmak ve bu dava hakkında verilen kararın daha ayrıntılı açıklaması için bkz.: C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, "The Arrest Warrant Against the Liberian President Charles Taylor" ASIL Insight (2003), <http://www.asil.org/insigh110.cfm>

ICTY ve SCSL'nin görevde olan devlet başkanları için çıkardıkları tutuklama kararları böylesine bir muhalefete ve tartışmaya konu olmazken, kuruluş prensibi ve yasal gücü onlardan çok daha çağdaş ve sağlam temellere oturan ICC'nin El-Beşir hakkında çıkardığı tutuklama kararını kritik etmek çok da mantıklı görünmemektedir. Kaldı ki, eğer ICC bu gibi önemli kararlar veremeyecekse, bu kez BM Güvenlik Konseyi'nin 1593 nolu kararı ile Darfur krizinin ICC'ye havale etmesinin ne anlam taşıdığı sorusu gündeme gelecektir. Açıktır ki, Konsey'in mahkemeyi yetkilendirme amacı, ICC'nin sadece sıradan bir araştırma komisyonu şeklinde işlev görmesi değil, Darfur'da işlenen suçların faillerinin yakalanıp adalete teslim edilmesidir. Aksi takdirde 1593 no'lu kararın hiçbir anlamı kalmayacaktır.

Bu aşamada bir noktayı da hatırlamakta fayda vardır ki, El-Beşir sözü edilen suçları doğrudan işlemekle değil, bu suçlara dolaylı olarak yardımcı olmakla suçlanmaktadır. Tutuklama kararında hakkındaki suçlar tanımlanırken kullanılan kavram, 'indirect perpetrator' yani 'dolaylı suçlu'dur (ICC, Tutuklama Kararı). Ayrıca davanın yargıçlarından Anita Usacka, El-Beşir'in işlediği veya işlenmesine yardımcı olduğu suçları soykırım olarak nitelemek için ellerinde yeterli delil olmadığını da öne sürmüştür (Ssenyonjo, 2009, 410). Ancak bunlar El-Beşir hakkındaki tutuklama kararının haklılığını eleştiriye açık hale getirmeye yetebilecek argümanlar değildir. El-Beşir'in dolaylı suçlu olması veya Darfur'daki katliamların teknik anlamda soykırım olup olmaması, bu ülkede insanlığa karşı işlenen suçların neden olduğu trajedinin boyutunu hiçbir şekilde küçültmez.

Sonuç

ICC'nin Sudan Devlet Başkanı Ömer El-Beşir hakkında BM Güvenlik Konseyi'nin 1593 no'lu kararına dayanarak verdiği tutuklama kararı, içeriği itibarıyla ihtilafli bir yapıya sahiptir. Karar, uluslararası örf-adet hukukundaki devlet başkanlarının sahip olduğu dokunulmazlık ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla eleştirilmekte ve bazı çevreler tarafından hukuka aykırı görülmektedir. Ancak bu çalışmada gösterilmeye çalışıldığı gibi, gerek Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gerekse Roma Statüsü bu kararı destekleyecek gerekçelere sahiptir. Ayrıca karar, Konsey'in yetkisi ile ICC'ye taşınan ilk karar olması açısından da önem arz etmektedir (Aksar, 2005, s.13).

Uluslararası hukukun geleneksel ve tarihi değerler ve normlar üzerine inşa edildiği, bu değerlerin (her ne kadar bazen hakim güçlerin çıkarına kullanılıyorsa da) genel anlamda uluslararası topluluğun yararları gözetilerek hazırlandığı bir gerçektir. Ancak, insanlığın çıkarları, uluslararası barış ve güvenlik gibi hayati kavramlar söz konusu olduğunda, hukuk açısından cesur kararlar alınması gerekeceği de açıktır. İşte ICC'nin El-Beşir Davası'ndaki kararı cesurca diye tanımlanabilecek böyle bir duruşu temsil etmektedir. Ancak burada önemli olan, bu tip kararların uluslararası örf-adet hukukuna meydan okuyan bir tavırla değil, uzlaşmacı ve işbirlikçi bir yaklaşımla alınması ve uygulanmasıdır. Aksi takdirde ulus-

lararası yargı kavramının tepkisel olarak ulusal karakterli direnç hareketleriyle karşılaşıacağı kuşkusuzdur.

ICC tutuklama kararının daha ilk çıktığı anda Sudan üzerinde bir takım caydırıcı etkileri olduğu da gözlemlenmiştir. ICC savcısının tutuklama talebini gündeme getirdiği ilk tarihten sadece üç hafta sonra Sudan Adalet Bakanı'nın Darfur Krizi'ni araştırmakla görevli bir özel savcı ataması bunlardan biridir (Elagab, 2009, s.659). Elbette bu gelişme, Sudan'ın hemen ICC ile iş birliğine gireceği anlamına gelmez ve zaten Sudan da böyle radikal bir tavır değişimi içine girmemiştir. Ancak bu atama, tutuklama kararının etkinliğini göstermesi açısından sembolik de olsa bir önem taşımaktadır. Bu tip olumlu gelişmeler, ICC'nin bir gün gerçek anlamda 'uluslarüstü' nitelikte bir hükümetlerarası organizasyon haline geleceğine dair inanışların ortaya çıkmasına bile neden olmaya başlamıştır (Bassiouni, 2006, s.422). Bu kuramsal yaklaşımların başka bir çalışmanın kapsamında incelenmesi Darfur Krizi'ne olduğu kadar mahkemenin geleceğine de ışık tutabilir.

Son olarak, ICC'nin El-Beşir Davası kapsamında Darfur Krizi'ne müdahil olması uluslararası hukuk alanında "hibrid mahkemeler" denilen göreceli olarak yeni bir kavramı da gündeme getirmiştir (Lipscomb, 2006, s.183-186). Bu kavramın dayandığı teoriye göre, yerel bir mahkeme ICC ile birleştirilerek iki kurumun koordinasyon içinde çalışması sağlanabilir. Bu tip bir mahkemenin Darfur'daki gibi karmaşık davaları çözmek için çok daha elverişli bir hukuki, siyasi ve sosyal ortam yaratabileceğine inanılmaktadır. Kuşkusuz "hibrid mahkemelerin" yapısı ve işlevi hem sosyo-kültürel hem de siyasi içeriklere sahiptir ve bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak konu ile ilgili daha ileri çalışmalar, gerek El-Beşir Davası kapsamında gerekse ileride meydana gelmesi muhtemel davalar çerçevesinde oluşacak benzeri uluslararası hukuk tartışmalarının daha farklı bir açıdan incelenmesine yardımcı olabilir.

Uluslararası sistemin bir takım hakimiyet arayışları içinde olan büyük aktörler tarafından yönetilmeye çalışıldığı bir gerçektir. Pek çok hükümetlerarası organizasyon da bu aktörlerin elinde bir enstrüman olarak küreselleşme politikalarının bir aracı şeklinde kullanılabilir potansiyel uluslarüstü kurum niteliğine sahiptir. ICC de, uluslararası kimliği göz önüne alındığında, bu tip manipülasyonlara açık bir kurum olarak görülebilir. Bu bağlamda, hukuki çalışmaların bir takım emperyalist politikalar doğrultusunda yönlendirilmesi durumunda, ICC'nin de, Batılı güçlerin Sudan'da etnik temizlik yapıldığı yönünde kamuoyu görüşü oluşturma çalışmalarının bir parçası olabileceği açıktır. Oysa Sudan sorununun çözümünde, dış güçlerin müdahalesi olmadan tarafların demokratik bir uzlaşmaya varması, uluslararası çerçevede yapılmakta olan tarafsız çözüm adımlarını güçlendirecektir. Bu nedenle burada önemli olan, uluslararası hukukun sağlam temeller üzerinde gelişmeye devam edebilmesi adına bu kurumun çalışmalarının politize edilmeden desteklenmesidir. Aksi takdirde, Darfur'da tanık olunan insanlık dramları kaçınılmaz olarak tekerrür edecek ve bu suçları işleyenler de herhan-

gi bir tutuklanma, yargılanma ve hüküm giyme kaygısı taşımadan eylemlerini sürdürme cesaretini kendilerinde bulacaklardır.

Summary:

The conflicts between the Khartoum management on the North of Sudan and the Sudan People's Liberation Army/Movement (SPLA/M) at South and the western ethnical groups have been prevailing from the establishment of the country in 1956 through present time at various stages and still continue to a certain extent. During this period, the non-Arab-Muslim local Africans in Darfur region have continued their armed struggle against the government forces. It is alleged that 50,000 to 200,000 civilians have been killed by the Sudan security forces during these conflicts. Thereupon, the United Nations Security Council have authorized the ICC to investigate out the Darfur crisis on March 31, 2005. On March 4, 2009, the Pre-trial Court have issued the first arrest warrant for Al-Bashir and it was very clearly stated in the statement by the Public Prosecutor's Office that there would be no any right of privacy and exemption for the heads of the states within the ICC lawsuits.

The issue of an arrest warrant have led to pronounciation of different judgement interpretations in the international law quarters. The reasons put forward by the circles opposing the decision for arrest warrant is the right of privacy for the heads of states. However, it is known that heads of states still on duty are exempt from the criminal jurisdiction by foreign governments and they have the right of privacy as per the unwritten law of nations. However, the principals of this lawsuit are defined with the Rome Status to which the ICC is directly subjected to and they were out of the boundaries of the unwritten law of nations. Accordingly, it is clearly and explicitly stated that, the heads of the states, government authorities or parliament members shall not be considered in any differentiation.

The second and probably more important reason for non-recognition of the decision by Sudan is that the declaration of the state as to that (since it has not approved in its parliament the Rome Status which is the basic source for the ICC) this decision is not binding for it. However, there comes another issue. Even though Sudan has not approved the Rome Status in its legislative assembly, it has undersigned the said convention on September 8, 2000. In this case, as long as it persists on the right of privacy for Al-Bashir, it runs into a contradiction with a convention it undersigned and this leads to an act in breach of the Article 18 of the Vienna Convention. The said article of the convention clearly states that the parties to a convention should avoid to act in breach of the objectives and targets of the convention. Therefore, although Sudan is not under a legal sanction, it may face a question as to that why it has undersigned the articles of association for an international court which it shall not comply with its judicial power.

The decision of the ICC for arrest warrant of Omar Al-Bashir, who is the head of the Sudan state, concluded based on the Resolution 1593 of the United Nations Security Council is contradictory in terms of its content. This resolution is criticised on the allegation that it contradicts with the principals of the right of privacy for the heads of states as per the unwritten law of nations and on the grounds that it cannot be related to a convention which Sudan did not approved in its parliament. Nonetheless, as it is intended to be indicated with this study, although the relevant articles of both the United Nations Convention and the Rome Status are not coercive, they seem to have constituted a legal base supporting the resolution.

Kaynakça

- <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/su.html>
Human Rights Watch, Darfur Destroyed: Ethnic Cleansing by Government and Militia Forces in Western Sudan, 2004, 42-9
The Middle East and North Africa 1995, Europa's Regional Surveys of the World, s.770
Justin Willis, Atta El Battahani, “ ‘We Changed the Laws’: Electoral Practice and Malpractice in Sudan Since 1953”, African Affairs, 23 February 2010, 196, doi:10.1093/afraf/adq003
Alex de Waal, “The Wars of Sudan”, The Nation, 19 March 2007, 16
Robert Cryer, “Sudan, Resolution 1593 and International Criminal Justice”, Leiden Journal of International Law, 19, 2006, 197, doi:10.1017/S0922156505003237
Manisuli Ssenyonjo, “The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan”, International and Comparative Law Quarterly, vol 59, January 2010, 206, doi: 0.1017/S0020589309990157
Cenap Çakmak, “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Darfur Krizi'ne Müdahil Olması ve ABD'nin Süpergüç Olarak Limitleri”, Uluslararası Hukuk ve Politika Cilt 3, No: 10, 2007, 44
Rome Statute of the International Criminal Court
Mathew Happold, “Darfur, Security Council and The International Criminal Court”, International and Comparative Law Quarterly, vol.55, January 2006, 228, doi: 10.1093/iclq/lei074.
BM Güvenlik Konseyi Kararı: S/RES/1593 (2005) http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions05.htm
Michale Bohlender, “Darfur, Security Council and The International Criminal Court”, International and Comparative Law Quarterly, vol.55, January 2006, 230, doi: 10.1093/iclq/lei074.

Vienna Convention on the Law of Treaties

Luigi Condorelli, Annalisa Ciampi, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 593, doi: 10.1093/jicj/mqi051

Dapo Akande, "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 341, doi:10.1093/jicj/mqp34

ICC Ön soruşturma Komisyon Kararı: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/716E2512-28C6-49F6-A3F8-722BD43F6C95/279935/040309BashirannouncementEN2.pdf>

ICC Tutuklama Kararı: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>

Paola Gaeta, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?" *Journal of International Criminal Justice*, 7, (2009), 318

Manisuli Ssenyonjo "The International Criminal Court and the

Warrant of Arrest for Sudan's President Al-Bashir", *Nordic Journal of International Law* 78 (2009), 410

Omer Yousif Elagab, "Indicting the Sudanese President by the ICC: Resolution 1593 Revisited", *The International Journal of Human Rights*, vol. 13, no.5, December 2009, 661

M. Cherif Bassiouni, "The ICC – Quo Vadis?", *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), 422 doi: 10.1093/jicj/mq1022

Rosanna Lipscomb, "Reconstruction the ICC Framework to Advance Transitional Justice: A Search for A Permanent Solution in Sudan", *Columbia Law Review*, vol.106:182, 2006, 183, 186

Davut Ateş, "Egemenlik, Anarşi ve Roma Statüsü", *Uluslararası Hukuk ve Politika* Cilt 6, Sayı: 24, 2010, s.1-34

Yusuf Aksar, "Uluslararası Sular, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:1, No: 1, 2005, s.43 -56

Yusuf Aksar, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:1, No: 3, 2005, s.1 -14.