



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Tayfur YUMUŞAK

DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2022



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Tayfur YUMUŞAK

DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Danışman

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2022

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Tayfur YUMUŞAK'ın bu çalışması jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Yücel Acer (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (İmza)

Üye : Prof. Dr. İbrahim Kaya (İmza)

Üye : Doç. Dr. Necla Öztürk (İmza)

Üye : Doç. Dr. Hayri Keser (İmza)

Tez Başlığı: Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılması

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 14/11/2022

Mezuniyet Tarihi :

...../.....08/12/2022

(İmza)

Prof. Dr. Engin KARADAĞ

Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılması” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Tayfur YUMUŞAK





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



... / ... / 20...

TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Tayfur YUMUŞAK
Öğrenci Numarası	20165229009
Anabilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Doktora
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM
Doktora Tez Başlığı	Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılması
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	
Rapor Tarihi	
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: %20 Alıntılar dahil: %10
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 222 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdeler sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim. Danışman Öğretim Üyesi Unvanı, Adı-Soyadı Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM İmza	

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
SUMMARY.....	v
ÖNSÖZ.....	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARINI İHLAL EDEN DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASININ TANIMLANMASI VE UNSURLARI

1.1. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılmasının Tanımlanması.....	5
1.2. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılmasının Tanımında Yer Alan Unsurlar	9
1.2.1. Resmi Görev.....	9
1.2.1.1. Diplomatik Görev	9
1.2.1.2. Diplomatik Yükümlülükler	11
1.2.2. Haksız Fiil	12
1.2.3. Temel İnsan Hakları.....	15
1.3. Kötüye Kullanılan Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıklar	21
1.3.1. “Diplomatik Ayrıcalık” ve “Diplomatik Bağışıklık” Kavramlarının Tanımlanması	22
1.3.2. Kötüye Kullanılan Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Türleri.....	24
1.3.2.1. Diplomatik Ayrıcalıklar: Vergi ve Gümrük Muafiyeti.....	24
1.3.2.2. Diplomatik Bağışıklıklar	29
1.3.2.2.1. Bina Dokunulmazlığı	29
1.3.2.2.2. Yargı Bağışıklığı.....	33
1.3.2.2.3. Kişi Dokunulmazlığı.....	39
1.3.2.2.4. Haberleşme Serbestisi	42
1.4. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılması Fiilini İka Eden Kişiler	45
1.4.1. Merkezdeki Yetkililer	45
1.4.1.1. Devlet başkanları	46
1.4.1.2. Hükümet Başkanları	49
1.4.1.3. Dışişleri Bakanları	49
1.4.2. Dışarıdaki Yetkililer: Diplomasi Temsilcileri	51

1.4.2.1.	Devletler Bakımından Kötüye Kullanım Fiilini İka Edecek Kişiler	52
1.4.2.1.1.	Devletlerin Devletler ile Temsil İlişkilerinde	52
1.4.2.1.2.	Devletlerin Uluslararası Örgütler ile Temsil İlişkilerinde	54
1.4.2.1.3.	Devletlerin Geçici Temsil İlişkilerinde	56
1.4.2.2.	Uluslararası Örgütler Bakımından Kötüye Kullanım Fiilini İka Edecek Kişiler	58

İKİNCİ BÖLÜM

DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASININ İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN CİDDİ BİR SORUNA DÖNÜŞMESİ

2.1.	Tarihsel Süreç İçerisinde Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılmasının Soruna Dönüşmesi	62
2.1.1.	Rönesans Öncesi: Sınırlı Diplomasi, Sınırlı Diplomatik Bağışıklıklar ve Etkin Tedbirler	62
2.1.2.	Rönesans Dönemi ve Sonrası: Genişleyen Diplomasi ile Diplomatik Bağışıklıklar, Buna Karşın Etkin Olmayan Tedbirler	67
2.2.	Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Taniyan Sözleşmelerin Etkin Tedbirlere Yer Vermemesi	71
2.3.	Kötüye Kullanım Fiilleri Bakımından Normlar Hiyerarşisinin İşletilmemesi	84
2.3.1.	Uluslararası Hukukta Normlar Hiyerarşisi	85
2.3.2.	Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Kuralları ile Temel İnsan Hakları Kuralları Arasında Normlar Hiyerarşisi Uygulaması	87
2.3.3.	Jus Cogens Kuralları Bakımından Normlar Hiyerarşisinin Uygulanması	88
2.3.3.1.	Jus Cogensin Tanımlanması	88
2.3.3.2.	Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Kuralları ile İnsan Hakları Kurallarından Hangisinin Jus Cogens Niteliğini Haiz Olduğunun Tespiti ve Normlar Hiyerarşisi Uygulaması	91
2.4.	Uluslararası Sorumluluk Kurumunun Etkin İşletilmemesi	94
2.5.	Devletlerin Yargı Bağışıklığının Temel İnsan Hakları İhlallerine Geçit Vermesi ..	102
2.6.	Kötüye Kullanım Fiillerine Karşı Öngörülen Tedbirlerin Yetersizliği	109
2.6.1.	Uluslararası Sorumluluk Tedbirlerinin Yetersizliği	110
2.6.2.	Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Uygulamaya Konmasındaki Yetersizlikler	112

2.6.3. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Tanıyan Sözleşmelerdeki Tedbirlerin Yetersizliği	114
2.6.3.1. İstenmeyen Kişi İlanı	114
2.6.3.2. Bağışıklıktan Vazgeçme	117
2.6.3.3. Gönderen Devletin Yargılaması	120
2.6.3.4. Diplomatik İlişkilerin Kesilmesi	122
2.7. Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslağının Yetersizliği	123

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASINA KARŞI ÇÖZÜM ÖNERİSİ: İNSAN HAKLARI İLE UYUMLU RESMİ GÖREVLE SINIRLANDIRMA

3.1. Resmi Görevle Sınırlandırma Önerisinin Sunulma Sebepleri.....	133
3.2. Resmi Görevle Sınırlandırma Uygulaması	141
3.3. Resmi Görevle Sınırlandırma Önerisinin Temel İnsan Haklarının Korunmasına Hizmet Etmesi.....	149
3.3.1. Yaşam Hakkı	150
3.3.2. Mahkemeye Erişim Hakkı.....	158
3.3.3. Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı.....	164
3.3.4. Çocukların Korunması Hakkı.....	169
3.3.5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	171
3.4. Resmi Görevle Sınırlandırma Önerisi Kapsamında Yer Verilmesi Gereken Kurumlar	174
3.4.1. Meşru Savunma	174
3.4.2. Tazminat ve Sigorta	177
3.4.3. Tahkim	181
3.4.4. Uluslararası Mahkeme	184
SONUÇ.....	189
KAYNAKÇA.....	194
ÖZGEÇMİŞ	210

ÖZET

Diplomasi temsilcileri, sahip oldukları diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkları kötüye kullanabilirler. Bu kötüye kullanımlar neticesinde temel insan hakları ihlal edilmektedir. Uluslararası hukuk sistemi içerisinde bu ihlallere karşı önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici tedbirler alınamamaktadır. Bu durum, bir yandan insan haklarını kutsayan diğer yandan bunların ihlal edilmelerine sessiz kalan uluslararası hukuk için bir çelişkidir. Bu çelişkileri gidermek için, yeni bir düzenleme içerisinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıklar, Kötüye Kullanım, Temel İnsan Hakları, Resmi Görevle Sınırlandırma.

SUMMARY

THE ABUSE OF DIPLOMATIC PRIVILEGES AND IMMUNITY

Diplomatic agents can abuse their diplomatic privileges and immunities. As a result of these abuses, basic human rights are violated. Preventive, punitive and compensatory measures can not be taken against these violations within the international law system. This is a contradiction for international law, which prioritizes human rights on the one hand and remains silent on their violations on the other. In order to eliminate these contradictions, diplomatic privileges and immunities should be limited to official duties compatible with basic human rights in a new arrangement.

Keywords: Diplomatic Privileges and Immunities, Abuse of Them, Basic Human Rights, Limitation on Official Duty.

ÖNSÖZ

Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar, İlk Çağ'dan itibaren vardır ve uluslararası hukukun en eski düzenleme alanlarından bir tanesini oluşturmaktadır. Bunların kötüye kullanılmaları ise ortaya çıktıkları ilk günden itibaren söz konusudur. Bu durum uluslararası hukuk ile insan hakları hukukunun yakınlaşması neticesinde ciddi bir soruna dönüşmüştür.

20. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren uluslararası hukukun insan haklarına olan ilgisi artmıştır. Bu kapsamda insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına dair düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler neticesinde insan hakları; insanlık ailesinin tüm üyeleri için eşit, devredilmez ve vazgeçilmez haklar olarak ortaya çıkmışlardır. İnsanlar, uluslararası hukukun bir süjesi haline gelmiştir. Bu şekliyle insan hakları, devletlerin ulusal yetkisi kapsamında istedikleri gibi düzenledikleri ya da kısıtladıkları bir alan olmaktan çıkmış, evrensel bir içerik kazanmıştır. Devletlerin artık insan haklarını koruma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler asli birer yükümlülük olup devletlerle de sınırlı değildir. Uluslararası örgütler de insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla uluslararası düzenlemeler yapma görevini üstlenmişlerdir. Örneğin, Birleşmiş Milletler, amaçları arasına insan haklarını koruma ve geliştirme görevini eklemiştir.

Bu gelişmeler neticesinde uluslararası hukuk sistemi içerisinde temel insan hakları kurallarının bir kısmının jus cogens niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir. Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından jus cogens kuralları öncelikle uygulanır, bu kurallarla ihtilaf içerisindeki kurallar batıl sayılır. Bu kapsamda; uluslararası hukuk bakımından temel insan hakları en üstün değer olarak kabul edilmiştir.

Uluslararası hukuk bir yandan insan hakları kurallarını kutsarken, diğer yandan bu hakların kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmesine sessiz kalmaktadır. Bu durum bir hukuk sistemi teşkil eden uluslararası hukuk bakımından ciddi bir sorundur. Aslında bu soruna devletlerin irade ve uygulamalarının sebep olduğu söylenebilir. Bu tespiti ulaşılmasının, uluslararası toplum modeli ile yakından bir ilişkisi vardır. Zira uluslararası toplum yatay bir toplum modeli içermektedir. Bu toplumu oluşturan devletler, egemen ve eşit statüdedirler. Bunların üzerinde üstün bir otorite bulunmamaktadır. Uluslararası örgütlerde, en nihayetinde devlet iradesi ile kuruldukları için başlıca aktör yine devletlerdir. Bu kapsamda kötüye kullanım fiillerine karşı, uluslararası hukukun sessiz kalmasının, devletlerin bilinçli tercihi olduğu vurgulanmalıdır.

Temel insan haklarının kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmesine sessiz kalınması, uluslararası hukuk sistemi için ciddi bir sorundur. Bu sorunun giderilmesi ve insan hakları ile

uyumlu yeni bir düzenleme yapılması zorunludur. Bu kapsamda tez çalışması içerisinde, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine, bu fiilin uluslararası hukuk sistemi içerisinde sorun olmasının nedenlerine ve insan hakları ile uyumlu resmi görevle sınırlandırma önerisine yer verilmiştir.

Tayfur YUMUŞAK

Antalya, 2022



GİRİŞ

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, diplomasi temsilcilerinin resmi görevlerini gereği gibi ifa etmeleri için tanınmıştır. Şu halde, resmi görev ile ilgisi olmayan fiillerin varlığı halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar söz konusu olmamalıdır. Resmi görev; diplomasi temsilcisinin icra edeceği “diplomatik görev” ile uymak zorunda olduğu “diplomatik yükümlülüklerdir”. Resmi görev dışı fiil ise kötüye kullanım fiilidir. Bu kapsamda kötüye kullanım fiili; resmi görevle ilgisi olmayan, temel insan haklarını ihlal eden haksız fiildir. Bu fiilin uluslararası hukuk tarafından korunmaması gerekir.

Kötüye kullanım fiili, uluslararası sorumluluk doğuran haksız fiildir. Bir başka ifade ile kötüye kullanım fiili, uluslararası nitelikte haksız bir fiildir. Fiilin haksızlık içeriği, gönderen ya da kabul eden uluslararası hukuk kişinin iç hukukuna ya da iç düzenlemesine göre belirlenmez. Kötüye kullanım fiili neticesinde ortaya çıkan sorumluluk, ilgili bütün uluslararası hukuk kişilerini bağlar. Zira kötüye kullanım fiili ile ihlal edilen konu, temel insan haklarıdır. Temel insan haklarının tamamı değil bir kısmı jus cogens niteliğini haizdir. Jus cogens niteliğini haiz kuralların bir listesi bulunmamakla beraber; Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmaları, andlaşma metinleri, uluslararası mahkeme kararları ve doktrin görüşleri bakımından temel insan haklarının bir kısmının jus cogens niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir. Bilindiği üzere jus cogens kuralları, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alır, bu kurallar öncelikle uygulanır, bunların aksine kurallar batıl sayılır. Bu kapsamda; kötüye kullanım fiilleri ile jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edildiğinde uluslararası sorumluluk doğar, bu sorumluluk, ihlal edilen konunun jus cogens karakterinden ötürü, ilgili bütün uluslararası hukuk kişilerini bağlar.

Uluslararası düzenlemelerden bu sonuç çıkmakla birlikte, uygulama bu yönde şekillenmemiştir. Uygulamada, kötüye kullanım fiillerine dahi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır. Bunun neticesinde kötüye kullanım fiilleri ile “yaşam hakkı” , “özgürlük ve güvenlik hakkı” , “kölelik – kulluk – zorla çalıştırma yasağı” , “çocukların korunması hakkı” gibi jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edilmekte ve ihlale neden olan fiillere karşı önleyici, cezalandırıcı, telafi edici tedbirler alınmamaktadır. Şu haliyle, uluslararası hukuk sistemi içerisinde bir çelişki vardır. Zira uluslararası hukuk bir yandan temel insan haklarını kutsarken diğer yandan bunların ihlal edilmelerine sessiz kalmaktadır. Bu durum uluslararası hukuk ile insan hakları hukuku arasında yaşanan gelişmeler ile çelişmektedir. Zira 20. yüzyılın ilk çeyreğinden sonra uluslararası hukuk ile insan hakları hukuku arasında bir yakınlaşma başlamıştır. Uluslararası düzeyde koruma

sağlanması neticesinde insan hakları; bir devletin ulusal yetki konusu dışında değerlendirilmiş, evrensel ve eşitlikçi bir içerik kazanmıştır. İnsanlara salt insan oldukları gerekçesiyle doğrudan haklar tanınmış, tanınan bu haklar; insanlık ailesinin tüm üyeleri için “eşit” , “devredilmez” ve “vazgeçilmez” niteliğini haiz kılınmıştır. İnsanlar sahip oldukları haklar bakımından uluslararası hukukun öznesi haline gelmiştir. Dolayısıyla insan hakları, artık devletlerin istedikleri gibi düzenledikleri ya da kısıtladıkları “bir iç mesele” olmaktan çıkmıştır. Devletlerin, insan haklarını temin ettikleri ölçüde meşruiyete sahip oldukları anlayışı kabul görmeye başlamıştır. Yaşanan bu gelişmeler neticesinde, yukarıda da ifade edildiği üzere, uluslararası hukuk sistemi içerisinde temel insan hakları kurallarının bir kısmının jus cogens niteliğini haiz olduğu kabul edilmiştir. Bilindiği üzere jus cogens kuralları, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alırlar ve bunların aksine kurallar batıldır. Daha açık bir ifade ile temel insan hakları uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunurlar ve bunları ihlal eden kötüye kullanım fiillerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar batıldır.

Yukarıda açıklanan gelişmelere rağmen uluslararası hukuk, “en üstün değer” olarak kabul ettiği temel insan haklarının kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmesine sessiz kalmaktadır. Kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirleri içermemektedir. Tez çalışması; bu sorunu ortaya koymak, sorunun nedenlerini tespit etmek ve nihayetinde uluslararası hukuk sistemi içerisinde bir çözüm geliştirme amacındadır. Şu halde, ilk olarak uluslararası hukuk içerisinde yer alan bu sorunun üzerinde durmak gerekir.

Uluslararası hukuk, uluslararası toplumu düzenlemektedir. Uluslararası toplum, iç hukuktaki toplum modelinin aksine yatay bir toplum modeli içermektedir. Bu toplumun kural olarak aktörleri devletler ve uluslararası örgütlerdir. Ancak uluslararası örgütler devlet iradesi ile kurulduklarından dolayı başlıca aktör devletlerdir. Bu kapsamda uluslararası toplumu oluşturan devletler, egemen ve eşittirler. Devletlerin üzerinde bağlayıcı yetkileri bulunan yasama, yürütme ve kural olarak zorunlu yargı yetkisine sahip güç bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk kuralları, devletlerin irade ve uygulamaları neticesinde şekillenmektedir. Bu durum, uluslararası hukuk kurumlarına da yansımaktadır. Şu halde, uluslararası hukukun temel insan haklarının ihlal edilmesine sessiz kalmasının, devletlerin irade ve uygulamaları ile yakından bir ilişkisi vardır. Şöyle ki; Rönesans’tan günümüze kadar gelen uygulamada diplomasi temsilcilerinin görevleri, görev süreleri ve kendilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar kapsam bakımından genişlerken; buna karşın kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirlere yer verilmemiştir. Bu durum, devletlerin bilinçli bir tercihinin neticesidir. Bu iradenin neticesi olarak diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan sözleşmeler şekillenmiştir.

Bunun yanı sıra; jus cogens niteliğindeki temel insan haklarının ihlal edilmesine karşın uluslararası normlar hiyerarşisinin işletilmemesi; devletlerin yargı bağıışıklığı istisnaları arasında “temel insan haklarının ihlali” haline yer verilmemesi; kötüye kullanım fiillerine karşı uluslararası sorumluluğun işletilmemesi devletlerin uygulamasını yansıtmaktadır. Bu uygulama bilinçli bir tercihin neticesidir. Bununla beraber; Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul edilen “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağıışıklığı” adlı Taslak, devletlerin irade ve uygulamalarında bir değışikliğe işaret etmektedir. Bu Taslağı göre belirli suçların varlığı halinde diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklık tanınmayacaktır. Taslak bir değışikliğe işaret etmekle birlikte kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmesini durdurma iddiasında değildir. Bu da, devletlerin irade ve uygulamalarının tam olarak değışmediğıne işaret etmektedir.

Uluslararası hukuk sistemi içerisinde yer alan bu sorunun devletlerin irade ve uygulamalarından ortaya çıktığı açıktır. Şu halde bu sorunun nedenleri üzerinde durulmalıdır. Devletler, bir yandan temel insan haklarını “en üstün değeri” kabul ederken, diğeri yandan bunların ihlal edilmelerine neden sessiz kalmaktadırlar. Bu soru, tez çalışmasının ana sorusudur. Zira devletlerin çelişkili uygulamaları, uluslararası hukuk sistemi içerisinde ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Çelişkili uygulamaların nedeni ortaya konursa, çözüm önerisi sunulabilir. Bu kapsamda cevaplanması gereken bazı sorular bulunmaktadır. Şöyle ki; uluslararası düzenlemelerde diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıkların resmi görev için tanındığını hüküm altına alınmasına rağmen devletler kötüye kullanım fiillerine neden ayrıcalık ve bağıışıklık tanımaktadırlar. Uluslararası düzenlemeleri oluşturan ile bu düzenlemeler içerisinde yer alan sınırlara uymayan aynı hukuki kişiliktir, devletlerdir. Bu çelişkinin nedeni üzerinde durulmalıdır. Bunun yanı sıra devletler, kötüye kullanım fiillerine karşı neden etkin tedbirlere başvurmamaktadırlar. Zira kötüye kullanım fiilleri ile temel insan hakları ihlal edilmektedir. Temel insan haklarını jus cogens kuralı kabul ederek bunların öncelikle uygulanması gerektiğini, aksine kuralların butlan sayılacağını kararlaştıran ile temel insan haklarının ihlal edilmesine karşı etkin tedbirler öngörmeyen aynı kişiliktir, devletlerdir. Bu çelişkinin nedeni de önem taşımaktadır. Devletlerin bu çelişkili yaklaşımına cevap aranırken uluslararası toplum yapısı gözden kaçırılmamalıdır. Zira uluslararası toplum, yatay bir toplum modeli içermektedir. Bu toplum içerisinde; bir devletin başka bir devletten üstünlüğü ya da ayrıcalığı kural olarak bulunmamaktadır. Devletler eşit ve egemendirler. Dolayısıyla bir devletin başka bir devleti yargılaması mümkün değildir. Buradan hareketle; bir devletin başka bir devletin temsilcisine karşı kötüye kullanım fiili nedeniyle tedbir alıp

alamayacağı hususu dikkatle üzerinde durulması gereken bir durumdur. Tez çalışması içerisinde bu hususlara cevap aranmış ve kapsamlı açıklamalar yapılmıştır.

Hukuk, toplumsal düzeni sağlama aracıdır. Uluslararası hukuk ise uluslararası toplum düzenini sağlama amacını üstlenmiştir. Bir başka ifade ile uluslararası hukuku oluşturan kurallar manzumesi, uluslararası toplum bakımından bir düzen getirme amacındadır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan kötüye kullanım fiilleri ile jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarının ihlal edilmesi ve bu ihlallere karşı etkin tedbirler alınmaması uluslararası hukuk sistemi içerisinde ciddi bir soruna işaret etmektedir. Bu sorun uluslararası hukukun çelişkili yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Çelişki varsa, düzen yoktur. Düzen yoksa “hukuk” amacını yerine getiremiyor demektir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere uluslararası hukuk, uluslararası toplum düzenini sağlama amacındadır. Bu amacın sağlanabilmesi için sorunun ve çelişkinin ortadan kaldırılması ve yeknesak bir uygulamaya geçilmesi gerekmektedir. Mevcut uygulamalarla bu amaca ulaşılması mümkün görünmemektedir. Şu halde; uluslararası hukuk sistemi içerisinde yeni bir anlayışın kabulü ve yeni bir düzenlemenin hayata geçirilmesi zorunludur.

Tez çalışması, uluslararası hukuk sistemi içerisinde yer alan bu sorunu ortaya koymak, sorunun nedenlerini tespit etmek ve çözüm önerilerini sunma amacını edinmiştir. Bu amaç neticesinde kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaması, bunlara karşı etkin tedbirler alınması ve temel insan haklarının korunması sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere mevcut düzenlemeler ile bu amaca ulaşılamaz. Dolayısıyla tez çalışması içerisinde uluslararası hukuk sistemi içerisindeki sorunlu uygulamayı sona erdirecek bir çözüm önerisi sunulmuştur.

Tez çalışması üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; kötüye kullanım fiilinin tanımı, unsurları ve ayrıca kötüye kullanılan ayrıcalık – bağışıklıklar ile kötüye kullanım fiilini ika edecek kişiler üzerinde durulmuştur. Konsolosluk görevlilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması hususu tez çalışmasının sınırlarının dışında kalsa da, bu konuya yeri geldikçe ve karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir. İkinci bölümde; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiilinin uluslararası hukuk sistemi içerisinde soruna dönüşmesi nedenleri üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda devletlerin irade ve uygulamalarının ne şekilde ortaya çıktığına ve bunların nedenlerine değinilmiştir. Üçüncü ve son bölümde; temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı resmi görevle sınırlandırma önerisine yer verilmiştir. Bu öneri ile uluslararası hukuk sistemi içerisindeki sorunun ortadan kaldırılması, çelişkili uygulamanın sona erdirilmesi ve düzenin sağlanması amaç edinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARINI İHLAL EDEN DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASININ TANIMLANMASI VE UNSURLARI

1.1. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılmasının Tanımlanması

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasının tanımı yapılırken, kötüye kullanım fiilinin yöneldiği konu üzerinden hareket edilebilir. Kötüye kullanım fiilinin konusu, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardır. Öyleyse, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların neden tanındığı hususu ortaya konursa, kötüye kullanımın tanımı da yapılabilir. Bu kapsamda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınma nedenini açıklayan üç teori vardır. Bunlara sırasıyla değinilmelidir.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kuramsal temelini açıklayan ilk ve en eski teori ülke - dışılık teorisidir. Bu teoriye göre; diplomasi temsilcileri ile misyon binalarının taşınmazları, kabul eden devletin ülkesinin toprağının dışında kabul edilmiştir¹. Bir başka ifade ile ülke - dışılık teorisi; diplomasi temsilcilerinin kabul eden devletin ülkesinde oturmalarına rağmen haklarında uygulanacak yargı yetkileri bakımından sanki bu ülkede bulunmuyorlarmış gibi muamele görmelerini sağlayan bir varsayıma dayanmaktadır². Anlaşılabacağı üzere bu teori, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına sebep olacak bir teyridir³. Zira teori, kötüye kullanım fiilleri karşısında, kabul eden devlete hiçbir yetki vermemektedir. Teorinin kabul ettiğı faraziyeğe göre; diplomasi temsilcisi, kabul eden devlet ülkesinde bulunmamaktadır, dolayısıyla kabul eden devletin yargı yetkisi yoktur⁴. Bu gerekçelerle ülke - dışılık teorisi günümüzde kabul görmemektedir⁵.

İkinci teori temsil teorisidir. Bu teoriye göre diplomasi temsilcisi, hükümdarının şahsiyetini temsil etmektedir ve hükümdarının sahip olduğı statüden dolayı kabul eden

¹ Teori ilk olarak 16. yüzyılda, uluslararası hukukun kurucusu olarak kabul edilen Hugo Grotius tarafından ortaya atılmıştır, bkz. Meray, 1958: 95; Sur, 2013: 243; Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Lütem, 1956: 542; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 116; Çelik, 1980: 518.

² Teori, 1868 tarihli “Bluntschli Tasarısı”, 1890 tarihli “Fiore Tasarısı” ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün 1895 tarihli Cambridge Oturumu’nda hazırladığı “Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi” başta olmak üzere birçok uluslararası düzenlemede esas alınmıştır, ayrıca bkz. Tan, 2005: 35; Meray, 1958: 95; Erson-Asar, 2013: 32; Ergüven, 2008: 66; Gözlügöl, 2013: 105; Çamyamaç ve İnci, 2019: 200; Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Lütem, 1956: 542; Wilson, 1984: 116.

³ Meray, 1958: 95; Tan, 2005: 36; Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 117.

⁴ Tan, 2005: 37; Bozkurt vd., 2018: 222; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 117.

⁵ Meray, 1958: 96; Tan, 2005: 38; Wilson, 1984: 117.

devletin yargılamasından muaftır⁶. Dolayısıyla diplomasi temsilcilerinin de, hükümdarların sahip oldukları ayrıcalık ve bağışıklıklardan faydalanmaları gerekir⁷. Bu teoriye göre egemen bir devletin temsilcisine hareket, hükümdarın şahsına yapılmış bir hareket kabul edilmiştir. Diplomasi temsilcisi, gönderen devletin bağımsızlığını ve hükümdarının sıfatını temsil ettiğinden diplomasi temsilcisinin yargılanması bir bakıma hükümdarın da yargılanmasıyla eş tutulmuştur⁸. Bu sebeple diplomasi temsilcilerinin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan feragat etmeleri dahi mümkün değildir⁹. Anlaşılabacağı üzere bu teori, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına sebep olacak bir teoridir¹⁰. Zira teorinin kabulü halinde, diplomasi temsilcisinin kişiliği ile gönderen devlet aynı derecede bağışıklığa sahip olur ki, bu durum kabul edilemez¹¹. İkinci olarak, güçlü monarşilerin yıkılmasıyla birlikte egemen devletlerin benliği hükümdarın kişiliğinden ayrılmıştır¹². Üçüncü olarak, bu teori, diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiillerine de ayrıcalık ve bağışıklık tanır¹³. Örneğin, diplomasi temsilcisi cinayet işlerse, buna rağmen diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olur.

Üçüncü ve son teori işlevsel gereklilik teorisidir. Bu teoriye göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, diplomasi temsilcilerinin görevlerini gereği gibi ifa edebilmeleri için gereklidir¹⁴. Zira diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, diplomasi temsilcilerinin görevlerini etkili bir şekilde yürütebilmesini himaye eder. Kabul eden devletin ceza ve hukuk yargı yetkilerine bağlı oldukları durumlarda, diplomasi temsilcilerinin görevlerini gereği gibi ifa edemeyecekleri açıktır¹⁵. Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmalarına karşı esas alınacak teori, işlevsel gereklilik teorisi olacaktır¹⁶. Bunun nedenleri şu şekilde açıklanabilir: Birincisi, teori bugün geniş bir kabul görmekte ve

⁶ Aksar, 2012: 299; Bozkurt vd., 2018: 222; Lütem, 1956: 542; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 114.

⁷ Hükümdarın “alter egosu” kabul edildiği için bu sonuca ulaşırız, bkz. Tan, 2005: 39; Wilson, 1984: 115; Meray, 1958: 96; Erson-Asar, 2013: 34; Ergüven, 2008: 67; Çamyamaç ve İnci, 2019: 200; Aksar, 2012: 299; Bozkurt vd., 2018: 222.

⁸ Tan, 2005: 38; Erson-Asar, 2013: 34; Ergüven, 2008: 67; Çamyamaç ve İnci, 2019: 200; Aksar, 2012: 299; Bozkurt vd., 2018: 222.

⁹ Tan, 2005: 38; Aksar, 2012: 299; Bozkurt vd., 2018: 222.

¹⁰ Bozkurt vd., 2018: 222; Wilson, 1984: 115.

¹¹ Gözlügöl, 2013: 105; Wilson, 1984: 115.

¹² “Günümüzde egemenlik monarşiler yerine halka ve onların seçtiği görevlilere devredilmiş durumdadır. Halk yabancı devlette yargı bağışıklığına sahip olmadığından, onların temsilcisi de, sırf temsilci olması sebebi ile bu bağışıklığa sahip olamayacaktır” açıklamalar için bkz. Tan, 2005: 39; Erson-Asar, 2013: 34; Wilson, 1984: 115.

¹³ Tan, 2005: 39; Gözlügöl, 2013: 105; Wilson, 1984: 115.

¹⁴ Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 223; Lütem, 1956: 543; Sur, 2013: 244; Wilson, 1984: 117.

¹⁵ “İşlevsel zorunluluk teorisinin, ne impediatur legatio kuralından ortaya çıktığı söylenmektedir” açıklamalar için bkz. Erson-Asar, 2013: 35; Ayrıca bkz. Meray, 1958: 96; Tan, 2005: 40; Gözlügöl, 2013: 106; Aksar, 2012: 300; Lütem, 1956: 543; Wilson, 1984: 117.

¹⁶ Värk, 2003: 115; Ross, 2011: 179; Akalanka, 2020: 71; Gully-Hart, 1999: 1339; Castro, 2014: 358; Ward, 1977: 659; Kappus, 2010: 275; Osborne, 1985: 24; Hendrapati, 2014: 163; Subramanian, 2017: 191; Värk, 2012: 251.

uluslararası metinlere yansımaktadır¹⁷. İkincisi, teori diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar uygulamasının genişlemesine karşılık bu genişlemeye ya da ortaya çıkan yeni durumlara kendisini uyarlayabilmektedir¹⁸. Böylece kötüye kullanım fiillerinin sınırı belirlenebilmektedir. Örneğin, 20. yüzyıl ile birlikte ortaya çıkan uluslararası örgütlerin temsilcilerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar; ülke - dışılık ya da temsil teorisi ile açıklanamazdı¹⁹. Zira uluslararası örgütler temsil veya ülke statüsünün dışındadır. Üçüncüsü; bu teori, diğerlerinden farklı olarak diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların sınırlandırılması için uygun bir zemin oluşturmaktadır²⁰. Bir başka ifade ile resmi görevle ilgili olmayan, diplomatik yükümlülöklere aykırı olan her haksız fiil, bu teoriye göre kötüye kullanım fiilidir, dolayısıyla bu fiiller için diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerli olamaz²¹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına ilişkin tanımda esas alınacak teori, işlevsel gereklilik teorisidir²². Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması; resmi görevle ilgisi olmayan, temel insan haklarını ihlal eden haksız fiildir²³. Örneğin; diplomasi temsilcilerinin cinayet işlemeleri, terör faaliyetlerine katılmaları, uyuşturucu taşımaları, misyon binalarında suç işlemeleri, trafik suçu işlemeleri vs. halinde kötüye kullanım fiili vardır ve bu fiillere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Buna karşın uygulamada; bu tür kötüye kullanım oluşturan fiillere de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır²⁴. Bu da, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasının ciddi bir soruna dönüşmesinin en önemli nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması neticesinde temel insan hakları ihlal edilmektedir²⁵. Örneğin, Libya'nın Londra Büyökelçiliği'nde açılan ateş

¹⁷ 1946 B.M. Sözlüşmesi 4. madde 14. bent, 5. madde 20. bent, uzmanlar için bkz. 6. madde 23. bent; 1961 Viyana Sözlüşmesi Giriş Bölümü vs.; A.B. 7 Numaralı Protokol Giriş Bölümü; A.K. Genel Andlaşması Giriş Bölümü.

¹⁸ Gözlögöl, 2013: 106; Aksar, 2012: 300.

¹⁹ Uluslararası örgütlerin bir ülkesi bulunmadığından ötürü ülke - dışılık, egemenlik kavramı olmadığından temsil teorisi bu yeni durum bakımından uygulanamazdı, bkz. Gözlögöl, 2013: 106; Aksar, 2012: 300.

²⁰ Tan, 2005: 41; Erson-Asar, 2013: 36; Kappus, 2010: 275.

²¹ Bu teoride, görevle ilgili olmayan ve diplomatik yükümlölöklere aykırı eylemler ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanamaz. Bir başka ifade ile ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulaması sınırlandırılmaktadır. Sorun, aşırı sınırlandırma yapılarak diplomatik görevin yerine getirilmesine engel olunması halinde ortaya çıkar, bkz. Tan, 2005: 41; Wilson, 1984: 118.

²² Kappus, 2010: 275; Osborne, 1985: 24.

²³ Benzer yaklaşım için bkz. Värk, 2003: 115, Ward, 1977: 659; Osborne, 1985: 24.

²⁴ Resmi görev ve görev dışı fiil ayrımı yapılmadan diplomasi temsilcilerinin tüm fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmıştır, bkz. Castro, 2014: 358, Ward, 1977: 659.

²⁵ Castro, 2014: 358, Ward, 1977: 659; Osborne, 1985: 24.

neticesinde en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ihlal edilmiştir²⁶. Buna rağmen yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmıştır. Uygulamanın bu şekilde ortaya çıkmasının devletlerin bilinçli tercihi olduğu söylenmelidir²⁷. Bu tespitin, uluslararası toplum modeli ile yakından ilişkisi vardır. Şöyle ki; uluslararası toplum, iç hukuklarda öngörülen toplum modelinin aksine yatay bir toplum modeli öngörür²⁸. Bu toplumu oluşturan devletler, egemen ve eşittirler²⁹. Devletlerin üzerinde yasama, yargı ve kural olarak zorunlu yargı yetkisi kullanacak üstün bir otorite bulunmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası toplumun başlıca aktörü hala devletlerdir³⁰. Uluslararası örgütler uluslararası hukuk kişisi olmalarına rağmen bunlarda devlet iradesi ile kurulduklarından aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Şu halde, uluslararası hukuku şekillendiren devletlerin, kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmesine sessiz kalmalarının bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir³¹. Ancak bu durum uluslararası hukuk sistemi bakımından ciddi bir sorundur. Zira kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilen konu temel insan haklarıdır. Temel insan haklarının bir kısmı jus cogens kuralı olarak kabul edilirken³², bunları ihlal eden kötüye kullanım fiiline tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kuralları jus cogens kuralı olarak kabul edilmemektedir³³. Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından jus cogens kuralları en tepede yer alan kurallardır³⁴. Bu kurallar öncelikle uygulanır ve bu kurallarla ihtilaf halindeki düzenlemeler batıldır³⁵. Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından; jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları, uluslararası hukuk için en üstün değerdir. Hal böyleyken; “en üstün değer” kabul edilen temel insan haklarının kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmesine sessiz kalınması, uluslararası hukuk sistemi bakımından ciddi bir sorundur³⁶. Bu sorunun mevcut düzenlemelerle aşılması mümkün görünmemektedir. Bu sebeple yeni bir düzenleme ile

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde.

²⁷ Zira temel insan hakları ihlallerine karşı devletlerin yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Bu kapsamda, devletlerin temel insan haklarını koruma hususunda çok istekli olmadıkları ortaya çıkmaktadır, bkz. Erdem, 2016: 208; Erten, 2016: 60.

²⁸ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

²⁹ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

³⁰ Fox, 2006: 400.

³¹ Erten, 2016: 60; Erdem, 2016: 208.

³² Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Mangır, 2011: 173; Başkaracaoğlu, 2011: 85 vd.

³³ Temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar jus cogens kuralı değildir. Bu sebeple uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından temel insan haklarının öncelikle uygulanması ve bunların ihlal edilmemesi gerekmektedir, bkz. Dror, 2000: 24.

³⁴ Mangır, 2011: 26.

³⁵ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

³⁶ Bu sorunun uluslararası normlar hiyerarşisinden kaynaklandığı ifade edilmelidir. Zira normlar hiyerarşisine göre jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları, bunları ihlal eden kötüye kullanım fiillerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklık kurallarına göre öncelikle uygulanacaktır. Ancak devlet uygulamaları bu yönde şekillenmemiştir.

diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların, temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir.

1.2. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılmasının Tanımında Yer Alan Unsurlar

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasının tanımında yer alan unsurlar; “resmi görev”, “haksız fiil” ve “temel insan hakları”dır³⁷.

1.2.1. Resmi Görev

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, resmi görevin gereği gibi ifa edilmesi için tanınmaktadır³⁸. Diplomasi temsilcilerinin resmi görevleri arasında kötüye kullanım fiilleri bulunmamaktadır. Şu halde bu fiillere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Ancak uygulama bu yönde şekillenmemiştir. Diplomasi temsilcilerinin, resmi görev fiili – resmi görev dışı fiil (kötüye kullanım fiili) ayrımı yapılmaksızın, tüm fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır³⁹. Bunun neticesinde resmi görev dışı fiillerle jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edilmektedir. Oysa temel insan hakları, uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından en üstün değerdir⁴⁰. Bu sebeple resmi görev dışı fiillere de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaması ciddi bir sorundur. Bu sorun, temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması halinde çözülebilir.

Resmi görev; “diplomatik görev” ile “diplomatik yükümlülük” kavramlarını içermektedir. Bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğine dair ilgili uluslararası sözleşmelerde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu şekliyle aşağıda açıklamalara yer verilmiştir.

1.2.1.1. Diplomatik Görev

Diplomatik görevin ne olduğu, ilgili uluslararası düzenlemelerde belirtilmiştir⁴¹. Örneğin; devletten devlete temsil ilişkilerini düzenleyen 1961 Viyana Sözleşmesi’nin 3. maddesine göre diplomasi temsilcilerinin başlıca görevleri şunlardır⁴²:

³⁷ Värk, 2003: 115; Castro, 2014: 358; Ward, 1977: 659.

³⁸ Havana Sözleşmesi Giriş Bölümü; 1946 B.M. Sözleşmesi 4. madde 14. bent, 5. madde 20. bent, uzmanlar için bkz. 6. madde 23. bent; 1961 Viyana Sözleşmesi Giriş Bölümü; 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi Giriş Bölümü; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi Giriş Bölümü, 6 ve 7. maddeler; A.B. 7 Numaralı Protokol Giriş Bölümü; A.K. Genel Andlaşması Giriş Bölümü.

³⁹ Kahf, 2009: 14; Akalanka, 2020: 79.

⁴⁰ Mangır, 2011: 26.

⁴¹ Kappus, 2010: 286.

⁴² Meray, 1958: 92; Alsan, 1947: 269; Caşın, 2013: 561.

“Devletini kabul eden devlette temsil etmek, iki devlet arasında ilişkileri geliştirmek, devlet adına görüşmeler yapmak, devletin ve yurttaşlarının uluslararası hukuk tarafından tanınan hak ve çıkarlarını korumak, yasal yollar çerçevesinde kabul eden devlet hakkında bilgi toplamak ve değerlendirmeler yapmak, gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında dostane, ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkileri geliştirmek, bir devletin konsoloslugu bulunmayan yerlerde diplomatik temsilciliği, konsolosluk görevlerini de yerine getirmek⁴³”.

Devletlerin, uluslararası örgütler nezdindeki temsil ilişkilerini düzenleyen 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi’ne göre diplomasi temsilcilerinin görevleri şunlardır⁴⁴:

“Uluslararası örgütler nezdinde devletini temsil etmek, uluslararası örgüt ile ilişkilerini yürütmek, uluslararası örgütün faaliyetlerini izlemek ve gönderen devlete bildirmek, uluslararası örgütler nezdinde devletin çıkarlarını korumak, uluslararası örgütlerle görüşmeler yürütmek, uluslararası örgütlerle işbirliği kurarak örgütün amaçlarını ve ilkelerini gerçekleştirmek, uluslararası örgütün çalışmalarına iştirak etmek”.

Uluslararası örgütlerin gönderdiği temsilcilerin görevleri, örgütün amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik görevlerdir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Şartı’nın 105. maddesi gereğince Birleşmiş Milletler temsilcilerine, bu amaçları yerine getirmek amacıyla diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınır. Öyleyse amaç tespit edildiğinde, Örgüt temsilcilerinin görevleri de ortaya çıkacaktır. Birleşmiş Milletler’in özetle amaçları şunlardır⁴⁵:

- “- Uluslararası barış ve güvenliği sağlamak,*
- Devletlerarasındaki dostça ilişkileri geliştirmek,*
- Sosyal, ekonomik, kültürel veya insancıl karakterdeki uluslararası problemlerin çözümünde ve insan haklarına saygının teşvik edilmesinde ve yükseltilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak,*
- Bütün bu ortak amaçlara ulaşmada milletlerin eylemlerinin uyumlu hale getirilmesinde bir merkez yapı olmak”.*

⁴³ 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi 70. madde.

⁴⁴ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 6. madde; Sözleşme’nin 6. maddesi üyesi olunan uluslararası örgütlerde gönderen devlet temsilcilerinin görevlerini içermektedir. Üyesi olunmayan bir uluslararası örgüte gönderilen gözlemci misyonun görevleri Sözleşme’nin 7. maddesinde yer almaktadır.

⁴⁵ Birleşmiş Milletler Şartı 1. madde.

Sürekli temsil ilişkilerinin⁴⁶ yanı sıra geçici temsil ilişkilerinde de görev, konu ile sınırlıdır. Devletten devlete gönderilen geçici (ad hoc) temsilcilerin görevleri, ilgili devletlerarasında kararlaştırılacaktır⁴⁷. Devletlerin, uluslararası örgütler nezdinde geçici temsilci göndermesi halinde görev; uluslararası örgütlerin toplantılarına özel olarak katılma, uluslararası diplomatik konferanslara iştirak etme, diğer devletlerle belirli konularda görüşmeler gerçekleştirme, bir devletin ülkesinde törenlere katılma gibi durumlardır⁴⁸. Bu görev(ler), ilgili devlet ile uluslararası örgüt arasında kararlaştırılacaktır. Kararlaştırılan görevler dışındaki fiiller, kötüye kullanımın konusunu oluşturacaktır.

Uluslararası örgütlerin geçici temsilcilerinin görevleri de, konuya göre ilgililer arasında kararlaştırılacaktır. Örneğin, Avrupa Birliği tarafından taraf olunacak bir andlaşmanın müzakere edilmesi, metinlerin hazırlanması gibi hususlarda Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, genel olarak Avrupa Birliği Komisyonu'nu görevlendirmektedir. Komisyon'da geçici temsilciler aracılığıyla, andlaşma metninin müzakere edilmesi ve metnin ortaya konması görevlerini yerine getirmektedir. Anlaşılacağı üzere, diplomasi temsilcilerinin görevi andlaşma öncesi çalışmaları yapmaktır⁴⁹.

Diplomatik görevler, ilgili uluslararası sözleşmelerde ya da taraflar arasında varılan mutabakatta belirlenmektedir. Bu görevler dışında hareket etmek, görev dışı fiil ika etmek, kötüye kullanım fiilinin unsurlarından birini oluşturacaktır⁵⁰. Ancak ilgili sözleşmelerde ve uygulamada görev ve görev dışı fiil ayrımı yapılmadığından, diplomasi temsilcilerinin görev dışı kötüye kullanım fiillerine de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır⁵¹. Bunun neticesinde jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu durum, uluslararası hukuk sistemi bakımından ciddi bir sorundur. Bu sebeple diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması gerekir.

1.2.1.2. Diplomatik Yükümlülükler

Resmi görevin bir diğer unsuru diplomatik yükümlülüklerdir. Bu kapsamda diplomasi temsilcileri, kabul edildikleri devlet ya da uluslararası örgütlerde, birtakım yükümlülüklerle uymak zorundadırlar. Bu yükümlülüklerle uyulmaması, kötüye kullanım fiilinin unsurlarından birini oluşturacaktır⁵².

⁴⁶ Sürekli temsil ilişkilerinde konsolosluk görevleri için bkz. 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi 24. madde.

⁴⁷ 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 3. madde.

⁴⁸ Reçber, 2014: 463.

⁴⁹ Reçber, 2014: 469.

⁵⁰ Kappus, 2010: 275; Osborne, 1985: 24; Hendrapati, 2014: 164.

⁵¹ Castro, 2014: 358, Ward, 1977: 659.

⁵² Värk, 2003: 115.

Diplomasi temsilcilerinin uymaları gereken yükümlülükler, ilgili uluslararası sözleşmelerde ya da taraflar arasında varılan mutabakatta belirlenmektedir. Örneğin, 1961 Viyana Sözleşmesi'ne göre diplomasi temsilcileri kabul eden devletin bütün yasalarına ve düzenlemelerine uymakla yükümlüdürler⁵³. Bunun yanı sıra kabul eden devletin iç işlerine karışmamakla yükümlüdürler⁵⁴. Örneğin; kabul eden devletin iç siyasal olayları, devlet düzeni veya siyasal rejimi hakkında yazılı veya sözlü beyanda bulunulması, gizli bilgilerin sistematik olarak araştırılması, bir siyasal partinin sözel veya yazılı yolla desteklenmesi ve benzeri durumlar bu kapsamda sayılabilir. Diplomasi temsilcileri, gerçekleştirecekleri bütün resmi işlemleri, kabul eden devletin dışişleri bakanlığı ya da kabul eden devletçe belirlenen başka bir bakanlık aracılığıyla yürütme yükümlülüğündedirler⁵⁵. Nihayetinde diplomasi temsilcileri, kabul eden devlette herhangi bir mesleki ya da ticari faaliyette bulunmama yükümlülüğü altındadırlar⁵⁶.

Sürekli temsil ilişkilerinde var olan bu yükümlülükler, geçici temsil ilişkilerinde de geçerlidir. Geçici temsilci olarak atanan diplomasi temsilcileri de; içişlerine karışmama, mesleki ve ticari faaliyette bulunmama yükümlülüğü altındadır⁵⁷.

Uluslararası düzenlemelerde belirtilen bu yükümlülükler aykırı fiiller, kötüye kullanım fiilinin bir unsurunu oluşturacaktır⁵⁸. Ancak ilgili sözleşmelerde ve uygulamada, yükümlülükler aykırı davranan diplomasi temsilcilerine de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmaktadır⁵⁹. Yükümlülüklerin ihlal edilmesi ile ortaya çıkan kötüye kullanım fiilleri ile jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu kapsamda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılmaları gerekmektedir.

1.2.2. Haksız Fiil

Kötüye kullanım fiili uluslararası nitelikte haksız bir fiildir⁶⁰. Bilindiği üzere uluslararası nitelikte haksız fiilin meydana gelebilmesi için “uluslararası hukuk kişisine isnat edilebilirlik” ve “uluslararası yükümlülüğün ihlal edilmesi” şartları aranmaktadır⁶¹. Kötüye kullanım fiili, bu şartları sağlamaktadır. Şöyle ki; bu fiil, diplomasi temsilcileri tarafından

⁵³ 1961 Viyana Sözleşmesi 41. madde.

⁵⁴ 1961 Viyana Sözleşmesi 41. madde.

⁵⁵ 1961 Viyana Sözleşmesi 41. madde, 2. paragraf.

⁵⁶ 1961 Viyana Sözleşmesi 42. madde.

⁵⁷ 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 48. madde.

⁵⁸ Värk, 2003: 115; Kappus, 2010: 275.

⁵⁹ Castro, 2014: 358, Ward, 1977: 659.

⁶⁰ 2001 tarihli düzenleme 3. madde; 2011 tarihli düzenleme 2. madde; Doktrin için bkz. Värk, 2003: 115; Ross, 2011: 173; Ward, 1977: 659; Kappus, 2010: 275; Osborne, 1985: 24.

⁶¹ 2001 tarihli düzenlemenin 3. maddesi; 2011 tarihli düzenlemenin 5. maddesi.

işlenir, dolayısıyla bir devlete ya da uluslararası örgüte isnat edilir. Yine bu fiil, diplomatik yükümlülüklerle aykırı jus cogens niteliğindeki insan haklarını ihlal eder.

İlk paragrafta ifade edildiği üzere kötüye kullanım fiili uluslararası nitelikte bir haksız fiildir. Şu halde kötüye kullanım fiilinin haksızlık içeriği; gönderen ya da kabul eden uluslararası hukuk kişinin iç hukukuna ya da iç düzenlemelerine bakılmaksızın uluslararası hukuk kurallarına göre tespit edilecektir⁶².

Haksız fiil bakımından, iç hukuk ile uluslararası hukuk uygulaması arasında belirgin farklar bulunmaktadır. Şöyle ki, haksız fiil uygulaması Roma Hukukundan beri uygulanan ve iç hukuklarda yerini alan bir kurumdur. İlk olarak iç hukuklarda ortaya çıkmıştır. Unsurları arasında “fail”, “kusur”, “zarar” ve “illiyet bağı” aranmaktadır⁶³. Ancak uluslararası nitelikteki haksız fiilin unsurları arasında “kusur” ve “zarar” aranmaz⁶⁴, yalnızca “isnat” ve “ihlal” şartlarının bir arada gerçekleşmesi yeterlidir. İkinci olarak, iç hukuklarda haksız fiil neticesinde hukuki sorumluluk ve yerine göre cezai sorumluluk söz konusudur⁶⁵. Uluslararası nitelikteki haksız fiil ise ne hukuki ne cezaidir, yalnızca uluslararası hukuktan kaynaklanır. Zira burada uluslararası bir yükümlülüğün ihlali söz konusudur. Son olarak, iç hukuklarda, haksız fiil neticesinde bunu tespit edecek, bu fiile karşı tedbir/yaptırım uygulayacak yasama yürütme ve yargı yetkilerine sahip en üstün egemen devlet bulunmaktadır. Ancak uluslararası nitelikteki haksız fiil bakımından durum aynı değildir. Zira uluslararası toplum yatay bir toplum modeli içerir. Burada kuralları koyacak, kuralları uygulayacak, bu kurallara uyulmaması halinde tedbir uygulayacak üstün bir güç yoktur⁶⁶. Uluslararası toplumun aktörleri; devletler ve uluslararası örgütlerdir. Uluslararası örgütlerde devletlerin katılımıyla oluştuğuna göre başlıca aktör devletlerdir⁶⁷. Uluslararası toplumu oluşturan devletler, egemen

⁶² Özel hukuk anlamında haksız fiil ile uluslararası hukukta devlete atfedilen uluslararası haksız fiilleri birbirinden ayırmak gerekmektedir. 2001 tarihli Devletlerin Sorumluluğu Taslağının 3. maddesine göre; bir fiil uluslararası yükümlülüğü ihlâl etmekteyse, uluslararası hukuk bakımından haksız olarak değerlendirilebilir ve bu değerlendirme devletin iç hukukundan bağımsızdır. Devlet, fiilinin uluslararası hukuka göre haksız fiil olmadığını, kendi iç hukukuna dayanarak ileri süremez. Aynı ilkenin uluslararası örgütler için söylenmesindeki zorluk, bir uluslararası örgütün kurallarının uluslararası hukuktan keskin şekilde ayrılamamasından kaynaklanır. Zira uluslararası örgüt bir andlaşma ya da diğer bir uluslararası hukuk enstrümanı ile kurulan uluslararası bir yapıdır. Bu nedenle devletlerin sorumluluğundan farklı olarak devletlerin ulusal hukukları, bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinde göz önünde tutulmaz, ancak örgüt kuralları tutulabilir. 2011 tarihli Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu Taslağının 5. maddesinden de aynı sonuca ulaşılabilir, bkz. Emir, 2020: 147; Keskin, 2018: 82.

⁶³ Erkiner, 2008: 35.

⁶⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu “zarar” ve “kusur” unsurlarını haksız fiil şartları arasında saymamıştır.

⁶⁵ İç hukuklarda haksız fiil halinde hukuki sorumluluk söz konusudur. Suç içeriğine sahip haksız fiil halinde ise cezai sorumluluk söz konusudur. Bu kapsamda cezalandırma yetkisi devlet inhisarındadır, ancak her ikisi de iç hukuk meselesidir, bkz. Erkiner, 2008: 26.

⁶⁶ Gündüz, 2018: 7.

⁶⁷ Fox, 2006: 400.

ve eşittirler⁶⁸. Dolayısıyla haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerinin sorumluluğu bakımından işletilecek tedbirler ve bunların uygulanma şekli iç hukuktakinden farklıdır⁶⁹.

Haksız fiil neticesinde sorumluluğun neye göre ve nasıl belirleneceği hususları açıklığa kavuşturulmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere haksız fiil, uluslararası nitelikte olduğuna göre bundan ötürü ortaya çıkacak sorumlulukta uluslararası niteliktedir. Bir başka ifade ile sorumluluk; ne gönderen ne de kabul eden uluslararası hukuk kişinin iç hukukuna ya da iç düzenlemesine göre belirlenmez; yalnızca uluslararası hukuka göre belirlenir⁷⁰. Bu kapsamda ortaya çıkan sorumluluk, ilgili herkes için bağlayıcıdır. Zira haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiili ile temel insan hakları ihlal edilmektedir. Sorumluluğun bağlayıcı olması, ihlal edilen temel insan hakları kurallarının bir kısmının, aşağıda da görüleceği üzere, jus cogens kuralı kabul edilmesinden ileri gelmektedir⁷¹. Bilindiği üzere jus cogens kuralları, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan, diğer kurallardan önce uygulanan, uluslararası kamu düzenine ilişkin kurallar getiren kurallardır⁷². Bu kurallarla çatışan kurallar batıldır. Uluslararası hukuk kişilerinin bu kurallara uyma yükümlülükleri vardır. Şu halde; kötüye kullanım fiilleri ile bu kuralların ihlal edilmesi halinde ilgili tüm uluslararası hukuk kişileri için uluslararası sorumluluk meydana gelir.

Haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerine; diplomasi temsilcilerinin casusluk yapmaları⁷³, cinayet işlemleri⁷⁴, uyuşturucu taşımaları⁷⁵, terör eylemlerine karışmaları⁷⁶, cinsel suç işlemleri⁷⁷, misyon binalarını görev dışı kullanmaları⁷⁸, diplomatik çantayı suç

⁶⁸ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

⁶⁹ Erkiner, 2008: 69.

⁷⁰ Erkiner, 2008: 69.

⁷¹ Jus cogens kurallar, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunur, öncelikle uygulanır, bunlarla çatışan kurallar batıl sayılır, benzer açıklamalar için bkz. Mangır, 2011: 26; Erkiner, 2008: 73.

⁷² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

⁷³ Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği diplomasi temsilcilerinin casusluk yapmalarına ilişkin örnekler için bkz. Osborne, 1985: 41; Pakistan, ülkesinde bulunan Amerikalı diplomasi temsilcisi Raymond Davis'in casusluk yaptığını açıklamıştır, bkz. Hassan, 2011: 19; ayrıca bkz. Ward, 1977: 659.

⁷⁴ Libya'nın Londra Büyükelçiliği'nden açılan ateş neticesinde bir kişi ölmüş, on bir kişi yaralanmıştır, bkz. Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

⁷⁵ 1985 yılında Zambiya'nın Londra Büyükelçisi uyuşturucu suçundan şüpheli bulunmuştur, açıklamalar için bkz. Çaşın, 2013: 573; Ayrıca bkz. Goossens, 2011: 80.

⁷⁶ Suriye'nin Doğu Berlin Büyükelçisi'nin kendi Elçiliğinden bir terörist gruba, patlayıcı transferi yapılmasına yardım ettiğine dair bkz. Shaw, 2018: 555.

⁷⁷ Güney Afrika Havayollarının Johannesburg'tan Londra Heathrow Havaalanı'na uçuşu esnasında, Güney Afrika'nın Londra Büyükelçiliği'nde görevli bir diplomasi temsilcisinin gerçekleştirdiği cinsel saldırıya ilişkin bkz. Goossens, 2011: 105.

⁷⁸ Libya'nın Londra Büyükelçiliği'nin görev dışı kullanmasına dair bkz. Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609; Ayrıca Amerika'nın Tahran Büyükelçilik Binası'nın rehin alınmasına dair bkz. Shaw, 2018: 543; Çakmak, 2014: 141; Akalanka, 2020: 73.

kapsamında kullanmaları⁷⁹, köle benzeri muamelede bulunmaları⁸⁰, çocuklara eziyet etmeleri⁸¹, trafik suçu işlemleri⁸², sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri⁸³ ve sair durumlar örnek olarak sayılabilir. Bunlar, uygulamada en fazla karşılaşılan haksız fiillerdir⁸⁴. Fiil bu olmakla birlikte, bunun neticesinde ihlal konusu jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarıdır. Bir diplomasi temsilcisinin cinayet işlemesi durumunda “yaşam hakkı⁸⁵”, şahsi konutunda çalışan hizmetçisine kötü muamele etmesi halinde “kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı⁸⁶”, çocuklara eziyet etmesi halinde “çocukların korunması hakkı⁸⁷” ve genel olarak kötüye kullanım fiillerine karşı yargı bağımsızlığı nedeniyle tedbir alınamaması halinde “mahkemeye erişim hakkı⁸⁸” ihlal edilmektedir. Jus cogens niteliğindeki temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiili neticesinde, ilgili tüm uluslararası hukuk kişileri sorumludur. Zira bu kurallar uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan kurallardır⁸⁹. Öncelikle uygulanır ve bunlarla ihtilaf halindeki kurallar batıldır⁹⁰. Ancak devlet uygulamaları bu yönde şekillenmemiştir. Bu sebeple temel insan haklarının ihlal edilmesine karşı uluslararası hukuk sessiz kalmaktadır⁹¹. Bu durum ciddi bir sorundur. Bu sorun ancak, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların resmi görevle sınırlandırılması ile aşılabılır.

1.2.3. Temel İnsan Hakları

İnsan hakları, 20. yüzyılın ilk yarısına kadar devletlerin ulusal yetki konusu içerisinde kabul edilmiştir. Bir başka ifade ile günümüzde insan hakları olarak sınıflandırılacak tüm

⁷⁹ Ülkesinde gerçekleşen askeri darbe nedeniyle kaçarak Londra’ya yerleşen eski Nijerya Maliye Bakanı Umaru Dikko, kaçırılarak bir sandığa konup Nijerya’ya götürülmek istenmiştir, bkz. Shaw, 2018: 547; Çamyamaç ve İnci, 2019: 205; Caşın, 2013: 572; Akalanka, 2020: 73.

⁸⁰ Birleşmiş Milletler Büyükelçiliği’nde diplomasi temsilciliği yapan Mohamed Saleh, şahsi konutunda hizmetçi olarak çalışan Shamela Begum’a köle benzeri muamele yaptığına dair, bkz. Mwenda, 2014: 85.

⁸¹ Zimbabwe Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Temsilciliği’nde görevli idari ataşenin dokuz yaşındaki oğlu Terrence Karamba’ya eziyet ettiğine dair bkz. Dror, 2000: 19, Ross, 2011: 173.

⁸² Gürcistan’ın Washington’da görevli diplomasi temsilcisi Makharadze’nin bir çocuğa çarparak öldürmesine dair bkz. Värk, 2003: 118; Ergüven, 2008: 93; Franey, 2009: 205; Morris, 2007: 608.

⁸³ Suriye’nin Londra Büyükelçiliği’nde görevli diplomasi temsilcisi Ahmet Walid Rajab’ın, ikamet ettiği şahsi konutunun kirasını ödemeyerek oturmaya devam ettiğine dair bkz. Goossens, 2011: 122.

⁸⁴ Diğer örnekler için bkz. Ross, 2011: 174, Castro, 2014: 361; Subramanian, 2017: 202.

⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde; Bu hak en temel insan hakkıdır, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi, meşru savaş fiilleri haricinde, sınırlandırılmaz, ihlale açık değildir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. madde.

⁸⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde.

⁸⁷ 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 37. madde.

⁸⁸ Adil yargılanma hakkı için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde 1. paragraf.

⁸⁹ Mangır, 2011: 29.

⁹⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

⁹¹ Erdem, 2016: 208; Erten, 2016: 60.

konular, o dönemde devletlerin ulusal yetki alanı içerisinde değerlendirilmiştir. Bu dönemde sınırlı da olsa ulusal yetki bakımından bazı istisna uygulamalara yer verilmiştir⁹².

Birinci Dünya Savaşı ile İkinci Dünya Savaşı arasında insan haklarının ulusal yetki dışında değerlendirilmesine ilişkin bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'nin 22. maddesi ile manda altındaki halklar için “din ve inanç özgürlüğü” getirilmiştir. Bu yükümlülük, manda yönetimine yüklenmiştir⁹³. Sözleşmenin 23. maddesi ile söz konusu bölgelerdeki yerli halklara yönelik “adil muamele yapılması” öngörülmüştür. 1919'da Doğu Avrupa ve Balkan devletleri arasında yapılan barış andlaşmalarında “azınlıkların korunmasına” ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler, kendisine başvuru hakkı olan Milletler Cemiyeti tarafından denetlenmiştir. Versay Andlaşması'nın 13. bölümünde, daha iyi çalışma şartlarının teşviki ve dernek kurma hakkının desteklenmesi amaçlarına sahip olan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kurulması öngörülmüştür.

İkinci Dünya Savaşı sonrası meydana gelen gelişmeler insan hakları hukukunun gelişiminde derin bir etkiye sahip olmuştur⁹⁴. Bu kapsamda getirilen düzenlemeler ile insan hakları, devletlerin ulusal yetki konusu dışında değerlendirilmiş, uluslararası hukukun birincil konusu haline gelmiştir. Bu değişim ve dönüşüme neden olan uygulamalara aşağıda kısaca yer verilmiştir:

- Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kimselerin “savaş”, “soykırım” ve “insanlığa karşı suç” şeklindeki kötüye kullanım fiillerinin cezalandırılması için uluslararası mahkemeler kurulmuştur⁹⁵. Bu mahkemeler, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar anlayışı yerine, insan hakları anlayışı üzerine bina edilmiştir.
- Birleşmiş Milletler Şartı'nda, Örgüt'e, insan haklarının geliştirilmesi ve bu haklara saygının gerçekleştirilmesinin teşvik edilmesi ve desteklenmesi görevi

⁹² “*Bunun en büyük istisnaları deniz haydutluğu ve kölelik konuları ile bağlantılıydı. Köleliğin kaldırılması hakkında bazı antlaşmalar yapıldı. 1864'ten sonra uluslararası örgütler vasıtasıyla hasta ve yaralı askerlere yönelik muamele ve savaş esirleri hususunda bazı düzenlemelere gidildi; ayrıca devletlerin yabancılara yönelik muamelesinde bazı asgari standartları yerine getirmesi zorunlu kılındı. Ayrıca yüzyılın sonuna doğru genel refah düzeyine ilişkin bazı düzenlemeler yapılmaya başlandı. 19. yüzyılın, sınırları ve kapsamı belirgin olmamakla birlikte, bir insani müdahale hakkını kabul etmeye başladığı görülmektedir*”, Shaw, 2018: 206.

⁹³ Bu kapsamda manda yönetimlerinin yaptıklarını aktaran raporları incelemek amacıyla bir Daimi Manda Komisyonu oluşturulmuştur.

⁹⁴ Shaw, 2018: 206.

⁹⁵ İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nürnberg ve Tokyo Askeri Mahkemeleri, bunlardan yaklaşık elli yıl sonra kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemeleri bu bakımdan örnek verilebilir, bkz. Dror, 2000: 12 vd.; Bu mahkemelerin hepsi geçici nitelikte olsa bile -bir devletin vatandaşlarını sadece o devlet yargılar- ilkesine istisna teşkil ettiği için önemlidir. Bu gelişmelerin ardından sürekli nitelikte Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. “Savaş”, “soykırım”, “insanlığa karşı suç” ve “saldırı” suçlarında ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olduğuna bakmaksızın yargılama yapma yetkisi ile donatılmıştır.

yüklenmiştir⁹⁶. Bu kapsamda 10 Aralık 1948 tarihinde bir insan hakları kataloğu ortaya çıkarmak bakımından “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” kabul edilmiştir. Bildiri, uygulamalarla teamül niteliği kazanmıştır⁹⁷. Ardından 1966 yılında İkiz Sözleşmeler denilen “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi” ortaya çıkmıştır. Bağlayıcı olmasa da, bu Sözleşmeler içerisinde uygulamayı sağlayacak tedbir ve mekanizmalara yer verilmiştir⁹⁸.

- Uluslararası sözleşmelerle tanınan haklar, yargı dışı kuruluşlarca denetlenmiştir. Bu kuruluşların yaptıkları denetimler bağlayıcı olmasa da, bireylerden gelen şikâyetleri dinleme, devletlerin insan hakları ihlallerine dair raporlarını tutma yetkilerine sahip olmaları bakımından bir değişime işaret etmiştir⁹⁹.
- Evrensel düzenlemelerin yanı sıra bölgesel nitelikte insan haklarını içeren sözleşmeler de yapılmış¹⁰⁰, bu kapsamda bağlayıcı yargı yetkisine sahip mahkemeler kurulmuştur. Bu mahkemeler, insan hakları üzerinden devletleri yargılayabilmiştir¹⁰¹.

Bu gelişmeler neticesinde insan hakları, bir devletin ulusal yetki konusu dışına çıkmış, evrensel ve eşitlikçi bir içerik kazanarak uluslararası hukukun konusu haline gelmiştir¹⁰². Bu kapsamda; insanlara salt insan oldukları gerekçesiyle doğrudan haklar tanınmış, tanınan bu

⁹⁶ Birleşmiş Milletler Şartı 1. madde 3. paragraf.

⁹⁷ Gündüz, 2018: 337; Dror, 2000: 13; Simma ve Alston, 1988: 84.

⁹⁸ “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi” 40. maddesi; “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi” 16. maddesi.

⁹⁹ Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan sözleşmelere uyulup uyulmadığını denetlemek üzere bazı kurum ve mekanizmalar oluşturulmuştur. Sözleşmelerin uygulanması görevini üstlenen ve “Komite” adı verilen bu kurumlar, insan hakkı ihlalleri ile suçlanan devletlere ve bireylere yönelik şikâyetleri kabul etme yetkisine sahip, tipik yargı-dışı kuruluşlardır. Sözleşmeci bir devlet aleyhine bu Komitelere başvuru yapılabilmesi için, aleyhine başvurulacak devletin, Komitenin yetkisini tanımış olması gerekmektedir. Komiteler, taraf devlet uygulamalarının sözleşmeye uygunluğunu raporlar aracılığıyla denetlemekte; bireylerin ve devletlerin şikâyetleri üzerine harekete geçerek bir insan hakkı ihlali gerçekleşip gerçekleşmediğine dair görüş bildirmektedirler, bkz. Çalık, 2016: 71; Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen sözleşmelerdeki denetim mekanizmalarına örnek olarak: 21 Aralık 1965 tarihli “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi” ve denetim mekanizması olarak Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi örnek verilebilir.

¹⁰⁰ Örnek olarak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, “İşkence ve İnsanlık Dışı ve Onuru Kırıcı Muameleyi Önleme ve Cezalandırma Avrupa Sözleşmesi”, “Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi”, “İnsan Hakları Banjul Şartı” bkz. Dror, 2000: 12.

¹⁰¹ Bu noktada kastedilen Sözleşme “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”dir. Sözleşme, 10 Aralık 1948 tarihli Evrensel Bildiri’nin bazı hükümlerini taraf devletleri bağlayacak şekilde yürürlüğe sokmuştur. Sözleşme’de tanınmış haklar sadece taraf devlet vatandaşlarına değil aynı zamanda taraf devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkese tanınmıştır. Ayrıca Sözleşme’de düzenlenen hak ve hürriyetler, zorunlu yargı yetkisi içeren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile de teminat altına alınmıştır. Bu durum önemli bir yeniliğe ve üstünlüğe işaret etmektedir. Zira ilgili Mahkeme’nin kararları bağlayıcıdır ve iç hukukta verilen kararların üstündedir, bkz. Gündüz, 2018: 363; Gözler, 2018: 494.

¹⁰² Gündüz, 2018: 337.

haklar;insanlık ailesinin tüm üyeleri için “eşit” , “devredilmez” ve “vazgeçilmez” niteliğini haiz kılınmıştır¹⁰³. İnsanlar, sahip oldukları haklar bakımından uluslararası hukukun öznesi haline gelmişlerdir¹⁰⁴. Dolayısıyla insan hakları artık devletlerin istedikleri gibi düzenledikleri ya da kısıtladıkları “bir iç mesele” olmaktan çıkmıştır. Devletlerin, insan haklarını temin ettikleri ölçüde, meşruiyete sahip oldukları anlayışı kabul görmüştür. Bunun neticesi olarak; devletlerin, insan haklarını koruma yükümlülükleri ortaya çıkmıştır¹⁰⁵. Bu koruma yükümlülüğü aynı zamanda uluslararası yargı yerleri için de söz konusudur. Uluslararası yargı yerleri, bireylerin sahip oldukları hakları korumak amacıyla iş yapacaklardır. Bu koruma devlet başta olmak üzere herkese karşı gerçekleştirilecektir¹⁰⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere uluslararası hukuk ile insan hakları arasında yakınlaşma ve bütünleşme meydana gelmiş, böylece uluslararası insan hakları hukuku ortaya çıkmıştır. Uluslararası insan hakları hukuku, bütün kişilere tanınacak insan haklarının neler olduğunu ve bu hakların tanınip korunması için alınacak tedbirlerin neler olduğunu belirlemektedir¹⁰⁷.

Uluslararası hukuk sistemi içerisinde insan hakları kurallarının jus cogens niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸. Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmaları bakımından

¹⁰³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi giriş bölümünde insan hakları şu şekilde tanımlanmıştır: “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin eşit statüde sahip oldukları, vazgeçilemez ve devredilemez temel haklardır”; ayrıca bkz. Gündüz, 2018: 337; Çeçen, 2013: 809.

¹⁰⁴ Gündüz, 2018: 5.

¹⁰⁵ Doğan, 2013: 189.

¹⁰⁶ Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi örnek verilebilir.

¹⁰⁷ Acer ve Kaya, 2021: 287.

¹⁰⁸ Uluslararası Adalet Divanı, Barcelona Traction Davası’nda, “temel insan haklarına ilişkin ilke ve kurallardan” erga omnes yükümlülükler doğabileceğini belirtmiştir. Her erga omnes yükümlülük, jus cogens kuralından doğmamakla birlikte, jus cogens kurallarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken noktalardan birinin de temel insan haklarına ilişkin ilke ve kurallar olduğu açıktır. Divan’ın temel insan hakları ifadesini kullanması, bütün insan haklarını koruyan ilke ve kuralların erga omnes yükümlülükler doğurmayacağı biçiminde yorumlanmıştır. Bu yorum jus cogens normların belirlenmesini de etkilemiştir. Doktrinde hangi hakların jus cogens niteliğinde olduğu tartışılmıştır, karar için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “Barcelona – Traction Davası”, 34. paragraf, (05.02.1970), ICJ Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders, [050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/doc/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf) ([icj-cij.org](https://www.icj-cij.org)) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); “Uluslararası hukuk doktrininde, kamu düzeninin unsurları olarak görülen ve uluslararası toplumun temel düzenini sağlayan jus cogens kurallarla, erga omnes kurallar arasındaki ilişkinin henüz somut bir tanımlaması yapılamamaktadır. Doktrinde jus cogens niteliğindeki normların erga omnes yükümlülük öngören kurallardan oluştuğu, erga omnes yükümlülüklerin ise her zaman jus cogensi oluşturmadığı yönünde genel kabul gören bir anlayış bulunmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada kuralların birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmasının bir sonucu olarak, kurallar arasındaki benzerliklerin ya da farklılıkların neler olduğuna dair kesin çizgilerin belirlenememesi sorunun temel nedenini oluşturmaktadır. Doktrine göre erga omnes bir kural, uluslararası topluma karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğü içeriyorsa, bu kuralın jus cogens niteliğinde olduğundan da söz edilebilmektedir. Bir devletin diğer devlete karşı olan yükümlülüğü jus cogens norm oluşturmadığından, devletler kendi aralarında bu yükümlülüğe aykırı sözleşmeler/andlaşmalar yapma özgürlüğüne sahiptirler. Bu bağlamda, bu normların erga omnes yükümlülükleri kapsadığı ancak erga omnes yükümlülük öngören her kuralın, mutlak jus cogens

somutlaştırmak gerekirse; Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne ilişkin taslak metin üzerinde çalışılırken, Komisyon üyelerinin jus cogens kurallarının ne olduğuna dair verdikleri örnekler madde şerhinde yer almaktadır. Bu örnekler arasında insan hakları da sayılmıştır¹⁰⁹. Andlaşmalar hukuku bakımından somutlaştırmak gerekirse; Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre Sözleşmeye taraf olanlardan birinin andlaşma hükümlerini esaslı biçimde ihlâl etmesi durumunda, diğer taraf veya tarafların andlaşmayı sona erdirmesi, kısmen veya tamamen hükümlerini askıya alması mümkün olmaktadır. Ancak Sözleşme'nin 60. maddesinin 5. fıkrasına göre insancıl nitelikteki andlaşmalara ilişkin hükümler söz konusu olduğunda, taraflar bu olanaklardan yararlanamazlar. Maddede, özellikle bu andlaşmalarla korunan kişilere karşı her türlü misillemeyi yasaklayan hükümlere atıfta bulunulmuştur. İhlâl durumunda, andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma olanağı tanınmamasının, insancıl nitelikteki andlaşmalarda kişinin korunmasına ilişkin hükümlerden sapmaya da olanak tanınmayacağı biçiminde yorumlanabileceği belirtilmiştir. Bu yaklaşım insan haklarının jus cogens niteliğini haiz olduğunu göstermektedir¹¹⁰. Uluslararası mahkeme kararları bakımından somutlaştırmak gerekirse; Uluslararası Adalet Divanı Yargıç Tanaka, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1966 tarihli "Güney Batı Afrika Davaları" kararına yazdığı muhalefet şerhinde, Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmasına da atıfta bulunarak, jus cogensin uluslararası alana girmesi durumunda, insan haklarının korunması hukukunun jus cogensine ait olduğunun kuşkusuz kabul edileceğini belirtmiştir¹¹¹. Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş, insan haklarının jus cogens niteliğini haiz olduğunun kabul etmektedir¹¹².

Temel insan haklarının jus cogens niteliğini haiz oldukları kabul edilmekle birlikte, bunların tamamının mı yoksa bir kısmının mı bu kapsamda olduğuna dair tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe¹¹³ göre "sınırlanan hak" ve "sınırlanamayan hak"

niteliğinde olduğu sonucu çıkarılamamaktadır. Örneğin, diplomasi temsilcilerinin dokunulmazlığının, erga omnes nitelikte olduğu ancak jus cogens nitelik taşıyıp taşımadığına dair Barcelona Traction Davası'nda herhangi bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, davada bir devletin uluslararası topluma yönelik yükümlülükleri ile devletlerin birbirlerine karşı olan yükümlülükleri arasında farklılıklar olduğu ve uluslararası toplumun haklarının korunmasının temelini oluşturan yükümlülüklerin aslında devletlerin hukuksal çıkarlarına ilişkin olduğu ve erga omnes nitelik taşıdığı ifade edilmiştir", bkz. Mangır, 2011: 76

¹⁰⁹ Yearbook of International Law Commission, 1966: 270.

¹¹⁰ Başkaracaoğlu, 2011: 84.

¹¹¹ Uluslararası Adalet Divanı, "Güney Batı Afrika Davaları – Yargıç Tanaka'nın Muhalefet Şerhi", 298. sayfa, (1966), ([046-19660718-JUD-01-06-BL.pdf](https://www.ijc-cij.org/046-19660718-JUD-01-06-BL.pdf) (icj-cij.org)) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

¹¹² Erkiner, 2008: 242; Mangır, 2011: 171; Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Başkaracaoğlu, 2011: 83.

¹¹³ Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Mangır, 2011: 173; Başkaracaoğlu, 2011: 85 vd.

şeklinde ikili bir ayrıma gidilmesi ve ayrımın neticesine göre cevap verilmesi gerekir¹¹⁴. Buradan hareketle; “yaşam hakkı”, “işkence yasağı”, “kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı” ve “çocukların korunması hakkı” sınırlanamayan ve istisna getirilemeyen haklardır. Bu tür sınırlanamayan haklar, jus cogens niteliğini haiz kabuledilmelidir¹¹⁵. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin aradığı iki aşamalı şartlar bunlar için geçerlidir. Şöyle ki, ilk olarak sınırlanamayan haklar; andlaşma hükümleri ve devlet uygulamaları ile ezici bir çoğunluk tarafından kabul edilmektedirler. İkinci olarak, bu haklar mutlak ve kendisinden sapılmaya yer vermeyen durumdadırlar¹¹⁶. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesine göre bu haklar, olağanüstü dönemlerde bile sınırlanamayan haklardır¹¹⁷. Buna karşın doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe¹¹⁸ göre temel insan haklarının tamamı jus cogens niteliğini haizdir. Bu görüş, “sınırlanan” – “sınırlanamayan” hak ayrımı yapmaksızın temel nitelikteki bütün insan haklarını jus cogens niteliğini haiz kabul etmektedir. Kanaatimizce ilk görüş kendi içerisinde daha tutarlı görünmektedir. Zira sınırlanabilen veya geri alınabilen hakları jus cogens kuralı olarak kabul etmek, bunlar için aranan “mutlak ve kendisinden sapılmaya yer vermeyen” şartı ile uyumsuz.

Jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları, ilgili uluslararası sözleşmelerde sayılmışlardır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesinde, “*yaşam hakkı (meşru savaş fiillerinden kaynaklananlar dışında), işkence ve köleliğin yasaklanması ile ceza gerektiren suçların geçmişe uygulanmaması asla sınırlanamaz*” hükmü yer almaktadır. Benzer hükümler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 4. maddesinde, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 27. maddesinde de vardır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 27. maddesinde hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar; “hukuk kişiliği hakkı”, “yaşam hakkı”, “insani muamele hakkı”, “kölelikten kurtulma hakkı”, “ex post facto (yürürlüğe

¹¹⁴ Sınırlanan – sınırlanamayan hak ayrımı; bir hakkın olağan dönemde sınırlanıp sınırlanmamasına, olağanüstü dönemde geri alınıp alınmamasına bağlı olarak ortaya çıkmış bir ayrımdır. Bu kapsamda sınırlanamayan hak, olağan dönemlerde sınırlanamayan, olağanüstü dönemlerde geri alınamayan, kendisinden sapılamayan, mutlak, sert çekirdek haklardır. 1982 anayasasının 15. maddesinin 2. fıkrasında yer alan haklar sınırlanamayan haklardır, açıklamalar için bkz. Gözler, 2018: 249; “*Belli bazı haklar, savaş zamanları ya da bir milleti tehdit eden diğer kamusal nitelikli olağanüstü durumların ortaya çıktığı zamanlarda bile ihlal edilemez ... Bu tür askıya alınamayan haklar, açıkça haklar hiyerarşisinde özel bir yere sahip olarak değerlendirilmektedir. Ek olarak, birçok hakkın bir sınırlamaya ya da geri alma şartına tabi olduğu, bu sayede mutlak hak olarak öngörülen bazı hakların belirli durumlarda işlemeyeceği de not edilmelidir. Bu nedenle sınırlanamayan haklar özel bir değere sahip olarak görülebilir*”, Shaw, 2018: 208 vd.

¹¹⁵ Shaw, 2018: 209; Mangır, 2011: 171 vd.

¹¹⁶ Mangır, 2011: 173; Karşıt iddia için bkz. “*Amerika Birleşik Devletleri ve Çin gibi ülkelerde hala yaşam hakkını ortadan kaldıran idam cezaları uygulaması, yaşam hakkından sapmaya işaret etmektedir*” Dror, 2000: 26.

¹¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. maddesi.

¹¹⁸ Görüşler için bkz. Parker ve Neylon, 1989: 411.

girmesinden öncekilere uygulanabilen) kanunlardan muaf olma hakkı”, “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, “çocuk hakları gibi aile hakları”, “vatandaşlık hakları” ve “siyasal katılım hakkıdır”. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 4. maddesi uyarınca hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar; “yaşam hakkı”, “hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı”, “düşünce özgürlüğü hakkı”, “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, “işkence ve köleliğin yasaklanması”, “kanunların geçmişe yürümemesi”, “sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirememe nedeniyle hapsedilmenin yasaklanması” hakkıdır.

Jus cogens kuralları,uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunur¹¹⁹. Bu kurallar, öncelikle uygulanır ve bunların aksine kurallar batıldır¹²⁰. Bu kapsamda; birbirleri ile ihtilaf halinde olan temel insan hakları kuralları jus cogens niteliğini haizken¹²¹; kötüye kullanım fiiline tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kuralları bu vasfa haiz değildir¹²². Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından temel insan hakları kurallarının öncelikle uygulanması gerekmektedir¹²³. Aksine uygulama halinde,ilgili tüm uluslararası hukuk kişileri bakımından sorumluluk doğar. Uluslararası normlar hiyerarşisi bu sonucu vermekle birlikte uygulama bu şekilde ortaya çıkmamaktadır. Bu durum uluslararası hukuk sistemi bakımından ciddi bir sorundur.Bu sorun, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılması halinde aşılabılır. Bu hususa üçüncü bölümde yer verilmiştir.

1.3. Kötüye Kullanılan Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıklar

İlk Çağ’dan günümüze kadar uygulanagelen ve teamül kuralı haline gelmiş diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, uluslararası hukukun tartışmasız ve en çok kabul gören konusudur¹²⁴. Zira taraflar arasında ilişkilerin düzgün, kesintisiz ve barışçıl bir şekilde

¹¹⁹ Mangır, 2011: 26.

¹²⁰ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

¹²¹Erkiner, 2008: 242; Mangır, 2011: 171; Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Başkaracaoğlu, 2011: 83.

¹²² Bunun nedenleri şu şekilde sayılabilir, birincisi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temeli, görevin gereği gibi ifa edilmesine dayanır. Devletler tarafından karşılıklılık ilkesine uygun olarak tanınır.Bu durum devletlere fayda sağlar.Aslında bu fayda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar sayesinde birçok suçtan sıyrılmaya izin verir.Öyleyse devletlerarası uzlaşmaya dayanan karşılıklılık ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda, jus cogensin varlığından bahsedilemez.İkincisi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, daha güçlü ve daha yüksek kaynaktan geçerliliğini almak yerine uzlaşmanın bir türü olan karşılıklılığın neticesidir ve doğal hukuka dayanmaz. Bir başka ifade ile jus cogens ile birlikte düşünülen doğal hukuk; işlenen bir cinayeti, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma şeklindeki kötü muameleyi veya çocuk istismarlarını işleyenleri, sırf diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahipler, diye hoş görmez. Üçüncüsü, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar jus cogens niteliğinde değildir. Bir başka ifade ile ayrıcalık ve bağışıklıklar bütün devletler için değil yalnızca ilgili devletler (gönderen devlet, kabul eden devlet, ev sahibi devlet) için yükümlülük doğurur. Bu sebeple bu kurallar jus cogens niteliğini haiz olamaz, bkz. Dror, 2000: 24.

¹²³ Mangır, 2011: 26; Erkiner, 2008: 73.

¹²⁴ Meray, 1958: 95; Gözlügöl, 2013: 104; Pazarcı, 2018: 413; Caşım, 2013: 565; Bozkurt vd., 2018: 221.

sürdürebilmesi için diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar zorunludur¹²⁵. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı bir kararında¹²⁶ şu sonuca ulaşmaktadır: “*Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık hukuku önemini korumaktadır, çünkü üst düzey devlet görevlilerine tanınan bağışıklıklar, iyi düzenlenmiş ve uyumlu bir uluslararası sistem için büyük öneme sahip karşılıklı uluslararası ilişkiler ağının düzgün işlemlerini garanti almaya yöneliktir*”. Bu kapsamda, diplomasi temsilcilerinin resmi görevlerini gereği gibi ifa edebilmeleri, kabul edildikleri devlete ya da örgüte karşı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmaları ile mümkün olabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları kuralları ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kurallarının ihtilafa düştüğü bir davada, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevin ifa edilmesi için zorunlu olduğu hususuna dikkat çekmiştir¹²⁷. Ayrıca, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınması, karşılıklılık ilkesi uyarınca bunu tanıyan tarafların çıkarıdır¹²⁸.

Tarafların çıkarına olmasına rağmen diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar kötüye kullanılmaktadır. Bunun nedeni, uygulamada kötüye kullanım fiillerine de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmasından kaynaklanmaktadır¹²⁹. Resmi görev – resmi görev dışı fiil ayrımı yapmayan bu uygulama, devletlerin bilinçli tercihini yansıtmaktadır¹³⁰. Bu tercih neticesinde temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu ihlaller ancak, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması halinde aşılabilir. Bu hususa üçüncü bölümde yer verilmiştir.

1.3.1. “Diplomatik Ayrıcalık” ve “Diplomatik Bağışıklık” Kavramlarının Tanımlanması

Ayrıcalık ve bağışıklık kavramları arasındaki fark pek açık değildir. Bu kavramlar, ilgili sözleşmelerde ve yerli - yabancı kaynaklarda “muafiyet”, “imtiyaz”, “dokunulmazlık”,

¹²⁵ Gözlügül, 2013: 104.

¹²⁶ Uluslararası Adalet Divanı, “11 Nisan Tutuklama Kararı Davası”, 52. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

¹²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Behrami v. Fransa Davası*”, 141. paragraf, Başvuru Numarası: 71412/01, 02.05.2007.

¹²⁸ Shaw, 2018: 541; Ergüven, 2008: 69; Çakmak, 2014: 135.

¹²⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi’nde işlevsel gereklilik teorisi kabul edilmiş olsa da (bkz. *Sözleşme’nin Giriş Bölümü*), Sözleşme’nin ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan hükümlerine göz atıldığında resmi görev – resmi görev dışı ayrımının yapılmadığı anlaşılabacaktır. Sözleşme’nin 31. maddesinde düzenlenen cezai yargı bağışıklığı, diplomasi temsilcisinin resmi görev – görev dışı bütün fiilleri için geçerlidir. Cezai yargı bağışıklığının yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde geçerli olduğuna dair açıklamalar için bkz. Shaw, 2018: 544; Çakmak, 2014: 141; Birleşmiş Milletler’in Kosova’da yürüttüğü operasyonlar neticesinde yerel halkın yaşama hakkı ile diğer hakları ihlal edilmiştir. İhlale neden olan temsilcilere karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde dava açılmış, ancak dava bu kimselerin sahip oldukları diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle neticelendirilememiştir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Behrami v. Fransa Davası*”, 141. paragraf, Başvuru Numarası: 71412/01, 02.05.2007.

¹³⁰ Erten, 2016: 60; Erdem, 2016: 208.

“masuniyet” kavramlarıyla birlikte ya da birbirleri yerine kullanılmaktadır¹³¹. Ancak bu kavramlar, birbirleriyle yakından ilgili olmalarına rağmen tamamen aynı şeyi ifade etmezler¹³². Bu sebeple bu kavramların ne ifade ettiğine aşağıda yer verilmiştir.

Genel olarak ayrıcalıklar, kabul eden devletin yasalarından ve düzenlemelerin özünden muaf olmak anlamına gelir¹³³. Örneğin, “gümrük muafiyeti”, “vergi muafiyeti” bu kapsamda sayılabilir. Ayrıcalık türleri için ilgili düzenlemelerde; “muafiyet” (exemption) ya da “imtiyaz” (prerogative) kavramları kullanılmaktadır. Örneğin; “sosyal güvenlik muafiyeti” ve “kişisel hizmetlerden muafiyet” bu kapsamda sayılabilir¹³⁴.

Bağışıklıklar, ayrıcalıklardan farklı olarak yerel yasaların esasından bağışık tutulmayı sağlamaz ancak yargılama ve icra işlemlerinden prosedürel bir koruma sağlar¹³⁵. Bağışıklık kavramı, diplomasi temsilcisinin ve eşyalarının özel bir kişiye tanınandan daha yüksek bir derecede korunması anlamına da gelmektedir. Bu kapsamda bağışıklık, sahibine karşı müdahalede bulunmama yükümlülüğünün yanında herhangi bir müdahaleyi önleme zorunluluğunu da içermektedir¹³⁶. Bağışıklık niteliği taşıyan düzenlemelerde “dokunulmazlık” (inviolable) ve “serbesti” kavramları da kullanılmaktadır. Örneğin, “kişi dokunulmazlığı”, “bina dokunulmazlığı”, “arşiv ve evrak dokunulmazlığı”, “haberleşme serbestisi” bu kapsamda sayılabilir¹³⁷.

Ayrıcalık ve bağışıklıklar arasında bazı belirgin farklar bulunmaktadır. Şöyle ki; uluslararası sözleşmelerde tanınan bağışıklık türleri, ayrıcalık türlerinden daha fazladır. Bu kapsamda bağışıklıklar, ayrıcalıklardan daha fazla kötüye kullanılmaktadırlar. Bu durum, bağışıklıkların icrai ve yargısal prosedüre engel olma içeriğinden kaynaklanmaktadır. Bağışıklık türlerinin tamamı kötüye kullanıma açıkken, ayrıcalık türlerinin yalnızca bir kısmı

¹³¹ Örneğin Havana Sözleşmesi’nde “bağışıklık” (*immunity*) ve “imtiyaz” (*prerogative*) kavramları kullanılmıştır. 1946 B.M. Sözleşmesi, 1961 Viyana Sözleşmesi, 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi, 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi, A.B. 7 Numaralı Protokol ve A.K. Genel Andlaşması düzenlemelerinde genel olarak “ayrıcalık” (*privileges*) ve “bağışıklıklar” (*immunity*) ifadeleri kullanılırken, ilgili maddelerde ise “dokunulmazlık” (*inviolable*) ve “muafiyet” (*exempt*) ifadelerine yer verilmiştir.

¹³² Ergüven, 2008: 66; Caşın, 2013: 568; Bozkurt vd., 2018: 222.

¹³³ Ergüven, 2008: 66; Pazarcı, 2018: 413; Caşın, 2013: 568 ve 575; Bozkurt vd., 2018: 222; Oppenheim, 1912: 456.

¹³⁴ 1946 B.M. Sözleşmesi’nin 2. madde 7. bölüm (a) bendinde, 1961 Viyana Sözleşmesi’nin 23. maddesinde, 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi’nin 24. maddesinde, 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi’nin 24. maddesinde, A.B. 7 Numaralı Protokol’ün 3. maddesinde ve A.K. Genel Andlaşması’nın 7. maddesinde “muafiyet” (*exemption*) kavramı kullanılmışken, Havana Sözleşmesi’nin 4. bölümünde “imtiyaz” (*prerogative*) kavramı kullanılmıştır.

¹³⁵ Ergüven, 2008: 66; Pazarcı, 2018: 413; Caşın, 2013: 568; Bozkurt vd., 2018: 222; Denza, 1986: 96.

¹³⁶ Ergüven, 2008: 66; Bozkurt vd., 2018: 222; Gündüz, 1984: 22.

¹³⁷ İlgili sözleşmelerdeki düzenlemelere paralel olarak doktrinde de “dokunulmazlık” kavramı kullanılmaktadır, bkz. Aksar, 2012: 301 vd.; Caşın, 2013: 506 vd.; Çakmak, 2014: 137 vd.; Bozkurt vd., 2018: 219; vd.; Lütem, 1956: 542; Sur, 2013: 244.

kötüye kullanıma açıktır. Örneğin askerlik, kişisel hizmetlerden muafiyet, sosyal güvenlik yasalarından muafiyet gibi ayrıcalık türleri kötüye kullanıma açık değilken vergi ve gümrük muafiyetleri kötüye kullanıma açıktır. Bağışıklıklar için geçerli olan “bağışıklıktan vazgeçme” tedbirine ayrıcalıklar için yer verilmemiştir¹³⁸. Ayrıcalık ve bağışıklıklar arasındaki fark, uluslararası hukuk kişilerine göre de ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; uluslararası örgütlerin “egemenlik”, “ülke” ve “insan” gibi unsurları yoktur. Uluslararası örgütler, amaçla sınırlı kurulduklarından bunların temsilcilerinin sahip olacakları bütün ayrıcalık ve bağışıklıklar resmi görevle sınırlıdır (fonksiyonel gereklilik)¹³⁹. Buna karşın devletlerin, “ülke” ve “insan” unsurlarına sahip olmaları, “egemenlik” yetkilerini kullanmaları söz konusudur. Egemen olan devletler, resmi görev – resmi görev dışı fiil ayrımı yapmaksızın uygulamada diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiillerine de ayrıcalık ve bağışıklık tanımaktadırlar¹⁴⁰.

1.3.2. Kötüye Kullanılan Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Türleri

Uluslararası sözleşmelerde düzenlenen ayrıcalık ve bağışıklık türleri geniş bir listeye sahiptir. Ancak bunların tamamı kötüye kullanım fiillerine açık değildir. Bu başlık altında yalnızca kötüye kullanılan ayrıcalık ve bağışıklık türlerine yer verilmiştir. Kötüye kullanım fiillerinin sebebi, ilgili sözleşmelerde ve uygulamada resmi görev fiili – resmi görev dışı fiil ayrımı yapılmaksızın diplomasi temsilcilerinin tüm fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanınmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda detaylı açıklamalara yer verilmiştir.

1.3.2.1. Diplomatik Ayrıcalıklar: Vergi ve Gümrük Muafiyeti

Ayrıcalık türlerine; “vergi muafiyeti”, “gümrük muafiyeti”, “sosyal güvenlik muafiyeti” ve “kişisel hizmetlerden muafiyet” örnek olarak sayılabilir. Uygulamada kötüye kullanılan ayrıcalık türü, vergi ve gümrük muafiyetidir. Bu sebeple bu başlık altında yalnızca vergi ve gümrük muafiyetine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

¹³⁸ Bağışıklıktan vazgeçme tedbirine yer veren sözleşmeler; 1895 Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi 6. madde; Havana Sözleşmesi 19. madde; 1946 B.M. Sözleşmesi 4, 5, 6. maddeler; 1961 Viyana Sözleşmesi 32. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 41. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 31. madde; A.K. Genel Andlaşması 11 ve 19. maddeler; A.B. 7 Numaralı Protokol 17. maddesi;

¹³⁹ Uluslararası sözleşmelerde uluslararası örgüt temsilcilerinin resmi görevle sınırlı ayrıcalık ve bağışıklıktan yararlanacakları ifade edilse de uygulama da kötüye kullanım fiillerine de ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır, bu konuda mahkeme kararı için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Behrami v. Fransa Davası*”, 141. paragraf, Başvuru Numarası: 71412/01, 02.05.2007.

¹⁴⁰ Diplomasi temsilcileri, bağışıklıklarını kötüye kullansalar bile bağışıklıktan yararlanır, açıklamalar için bkz. Kahf, 2009: 14; Akalanka, 2020: 79.

Gerek diplomasi temsilciliği için gerekse diplomasi temsilcileri için vergi muafiyeti tanınmıştır¹⁴¹. Vergi muafiyetinin diplomatik görevlerin gereği gibi ifade edilmesi bakımından isabetli bir düzenleme olduğu söylenebilir¹⁴². Zira vergi, vatandaşın sadakat edimi olarak tanımlanırsa, verginin başka bir devletin ya da uluslararası örgütün misyon üyelerinden alınması anlamsız olurdu¹⁴³.

Diplomasi temsilcilikleri; yerine getirilen belirli hizmetlerin bedeli olan ödemelerin dışında (örneğin binanın aydınlatılması, temizliği ve benzeri ödemeler) ister malik ister kiracı olsun, misyon binaları bakımından bütün milli, bölgesel (federe devlet) veya yerel (belediye) vergi ve resimlerden muaftır¹⁴⁴. Uluslararası örgüt düzenlemeleri bakımından, diplomasi temsilcilikleri alacak, gelir ve sair malları bakımından bütün vasıtasız vergilerden muaftır¹⁴⁵. Bahsi geçen vergi muafiyeti, diplomasi temsilciliği ile akit yapan şahısların bu akit gereğince kabul eden devletin iç mevzuatına göre ödemeleri gereken vergi ve resimlere uygulanmamaktadır. Ayrıca, resmi görevlerinin ifası sırasında diplomatik misyon tarafından tahsil olunan harç ve ücretler her türlü vergi ve resimden muaf olmaktadır¹⁴⁶. Bu düzenlemelere uygun olarak iç hukuk düzenlemeleri yapılmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴¹Muafiyet (*exemption*) kavramını kullanan düzenlemeler için bkz. Havana Sözleşmesi 18. madde; 1961 Viyana Sözleşmesi 23. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 24. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 24. madde; 1946 B.M. Sözleşmesi 2. madde 6. paragraf (a) bendi; A.K. Genel Andlaşması 7. madde; A.B. 7 Numaralı Protokol 3. madde.

¹⁴² Gözlügöl, 2013: 108.

¹⁴³ Ergüven, 2008: 100.

¹⁴⁴ 1946 B.M. Sözleşmesi 2. madde 6. paragraf (a) bendi; 1961 Viyana Sözleşmesi 23. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 24. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 24. madde 1. paragraf.

¹⁴⁵ 1946 B.M. Genel Sözleşmesi 2. madde 6. paragraf (a) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol 3. madde 1. paragraf; A.K. Genel Andlaşması 7. madde 1. paragraf.

¹⁴⁶ 1946 B.M. Genel Sözleşmesi 2. madde 6. paragraf (a) bendi; 1961 Viyana Sözleşmesi 28. madde.

¹⁴⁷ İç hukuk bakımından düzenlemeler 29.7.1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 4.maddesinin I bendinde yer almaktadır (Kanun için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 11 Ağustos 1970, Sayı: 13576, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13576.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Bu bende göre, kiraya verilmemek koşuluyla yabancı devletlere ait olup elçilik ve konsolosluk olarak kullanılan binalar ile elçilerin ikametne mahsus binalar ve bunların müstemilatı (karşılıklı olmak koşuluyla) ve merkezi Türkiye de bulunan uluslararası örgütlere, uluslararası örgütlerin Türkiye'deki temsilciliklerine ait binalar daimi olarak emlak vergisinden muaftır. Diğer yandan 26.5.1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun Diplomatik Muafiyetler kenar başlığı taşıyan 100. maddesinde de yabancı devletlerin Türkiye'de bulunan Elçi, Konsolos ve Maslahatgözarları (fahri olanlar hariç) ile yabancı devletin uyruğunda bulunan elçilik ve konsolosluk memurları, bu kanunun hükümlerinden karşılıklı olmak şartıyla belediye vergilerinden muaf oldukları düzenlenmektedir. Yine bu maddeye göre Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen uluslararası örgütler veya kuruluşlar ile bu yapıların yabancı devlet uyruğundaki memurları ve anlaşmalar gereğince diplomatik muafiyet tanınan personeli de bu kanun hükümlerinden muaf olmaktadır (Kanun için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 29 Mayıs 1981, Sayı: 17354, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17354.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Ayrıca 18.2.1963 tarihli ve 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Kanunu'nun 4.maddesinin (b) bendinde karşılıklı olmak koşuluyla yabancı devletlerin Türkiye'de bulunan elçilik ve konsolosluklarıyla, elçi, maslahatgözar ve konsoloslarına (fahri konsolos hariç) ve o devletin uyruğunda bulunan elçilik ve konsolosluk memurlarına ve merkezi Türkiye'de bulunan uluslararası örgütler ile bu örgütlerin yabancı uyruklu memurlarına ve resmi bir görev için yurda gelen

Diplomasi temsilcileri, idari ve teknik personel ile bunların aile mensupları bazı istisnalar dışında; kural olarak şahsi, ayni, ulusal ve bölgesel vergi muafiyetinden yararlanmaktadırlar¹⁴⁸. Birleşmiş Milletler için görevli diplomasi temsilcileri, kendilerine ödenen ücret ve maaş üzerinden her türlü vergiden muaf tutulacaklardır¹⁴⁹. Avrupa Birliği düzenlemelerinde ise diplomasi temsilcileri, Birlik yararına vergi muafiyetine tabi değildirler. Birlik tarafından kendilerine ödenen maaş ve ücretler vergiye tabidir. Ancak bunlar ulusal vergilerden muaftır¹⁵⁰. Buna karşın Avrupa Konseyi düzenlemelerinde, diplomasi temsilcilerine Konsey tarafından ödenen maaş ve ücretler vergi muafiyetine tabidir¹⁵¹. Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra iç hukuklarda da düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların genellikle karşılıklılık şartına bağlandığı görülmektedir¹⁵².

Bir devlette vergi muafiyetinin söz konusu olabilmesi için, diplomasi temsilcilerinin ve aile mensuplarının kabul eden devletin uyrukluğunda olmaması gerekir. Ayrıca, temsilcilikte görev yapan idari ve teknik personelin ve aile mensuplarının bu ayrıcalıktan yararlanabilmesi için kabul eden devletin uyruğunda olmamaları ve daimi ikametgâhlarının

delege ve heyetlere ve bu heyetlere mensup yabancı uyruklu kişilere ait taşıtlar motorlu taşıtlar için alınan vergiden bağışık olmaktadır (Kanun için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 23 Şubat 1963, Sayı: 11342, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11342.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022)).

¹⁴⁸ Havana Sözleşmesi 18. madde 1 ve 2. paragraflar; 1961 Viyana Sözleşmesi 34. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 33. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 33. madde.

¹⁴⁹ 1946 B.M. Sözleşmesi 5. madde 2. paragraf (b) bendi.

¹⁵⁰ A.B. 7 Numaralı Protokol 12. madde.

¹⁵¹ A.K. Genel Andlaşması 18. madde 1. paragraf (b) bendi.

¹⁵² Türkiye, bir takım özel yasalarla diplomasi temsilcilerin vergi muafiyetini düzenlemektedir. Türk Hukuku'nda diplomasi temsilcilerine tanınan vergi muafiyetleri tek bir kanun yerine farklı kanunlarda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlara göz atılacak olursa: 31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 15. maddesine göre: “*Yabancı Devletlerin Türkiye’de bulunan elçi, maslahatgüzar ve konsolosları (fahri konsoloslar hariç) ile elçilik ve konsolosluklara mensubu olan ve o memleketin uyrukluğunda bulunan memurları, Türkiye’de resmi bir göreve memur edilenler bu sıfatlarından dolayı ve karşılıklı olmak şartıyla Gelir Vergisinden muaftırlar.*” Menkul sermaye geliri üzerinden alınan gelir vergisi bu muafiyetin dışında tutulmaktadır. Ayrıca aynı Kanunun 16. maddesine göre; “*yabancı elçilik ve konsoloslukların 15.maddeye girmeyen memur ve hizmetlilerinin yalnız bu işlerinden dolayı aldıkları ücretler karşılıklı olmak şartıyla gelir vergisinden istisna edilir*”, Kanun için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 6.1.1961, Sayı: 10700, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10700.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); 08.06.1959 tarihli ve 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 3. maddesinin (c) bendinde düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre; “*yabancı Devletlerin Türkiye’de bulunan elçi, maslahatgüzar ve konsolosları (fahri konsoloslar hariç) ile elçilik ve konsolosluklara mensup olan ve o Devletin tabiiyetinde bulunan memurları ve Türkiye’de resmi bir vazifeye memur edilenler ile bu sayılanların aileleri efradı müteakabiliyet şartıyla ve Türk uyruklulardan veraset yoluyla mal iktisabı dışında veraset ve intikal vergilerinden bağışık olmaktadır*”, Kanun için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 15 Haziran 1959, Sayı: 10231, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10231.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Ayrıca 492 sayılı Harçlar Kanununun 124. maddesinde hüküm bulunmaktadır, Kanun metni için bkz. 492 Sayılı Harçlar Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 17.7.1964, Sayı: 11756, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11756.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Kanunu'nun 4. maddesinin (b) bendinde ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 4. maddesinin (I) bendinde muafiyetler tanınmaktadır.

bu devletin ülkesinde bulunmaması şartı aranmaktadır¹⁵³. Diplomasi temsilciliğinin kabul eden devlet vatandaşı olmayan ya da bu devletin ülkesinde sürekli ikametgâhı bulunmayan hizmet kadrosunun üyeleri ile temsilcilikte görevli olan personelin özel hizmetçileri, görevlerini yaparlarken, işleri nedeniyle aldıkları ücretlere ilişkin vergi ve resim muafiyetinden yararlanmaktadırlar¹⁵⁴.

Vergi muafiyetinin yanı sıra gerek diplomasi temsilcilikleri gerekse de diplomasi temsilcileri gümrük muafiyetinden yararlanmaktadırlar¹⁵⁵. Bu kapsamda kabul eden devlet, iç hukuka uygun olarak, diplomasi temsilciliklerinin resmi kullanımına ait maddelerin girişine izin vermekte; depolama, taşıma ve benzeri hizmetlere ait ücretler dışında bu maddeleri bütün gümrük vergilerinden, resimlerden ve ilgili ücretlerden muaf tutmaktadır¹⁵⁶. Uluslararası örgüt düzenlemelerinde gümrüksüz ve resimsiz olarak sokulan eşyaların ithal edildikleri memlekette satılamayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁵⁷. Bu hükmün istisnası, uluslararası örgüte ev sahipliği yapan devletin hükümetince satışın kabul edilmiş olması durumunda geçerlidir. İç hukuk bakımından özellikle 27.9.1999 tarihli 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda karşılıklılık esasına göre ithal edilen ve serbest dolaşıma tabi tutulan diplomatik eşya, gümrük vergilerinden muaf tutulmaktadır¹⁵⁸.

Diplomasi temsilcilikleri gibi diplomasi temsilcileri de gümrük muafiyetinden yararlanırlar. Kabul eden devlet, iç hukukuna uygun olarak, yerleşmesinde kullanılacak maddeler dâhil olmak üzere bir diplomasi temsilcisinin veya beraberinde oturan aile üyelerinin şahsi kullanımına ait eşyaların girişine izin vermekte ve depolama, taşıma ve benzeri hizmetlere ait ücretler dışında bunları bütün gümrük vergilerinden, resimlerden ve ilgili ücretlerden muaf tutmaktadır¹⁵⁹. İç hukuk bakımından 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı

¹⁵³ 1961 Viyana Sözleşmesi 37. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 39. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 36. madde.

¹⁵⁴ 1961 Viyana Sözleşmesi 37. maddenin 3 ve 4. paragrafları.

¹⁵⁵ Muafiyet (*exemption*) kavramını kullanan düzenlemeler için bkz. Havana Sözleşmesi 18. madde 3. paragraf; 1961 Viyana Sözleşmesi 36. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 35. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 35. madde; 1946 B.M. Genel Sözleşmesi 2. madde 6. paragraf (b) bendi; A.K. Genel Andlaşması 7. madde 1. paragraf (b) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol 4. madde.

¹⁵⁶ Havana Sözleşmesi 18. madde 3. paragraf; 1961 Viyana Sözleşmesi 36. madde 1. paragraf (a) bendi; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 35. madde 1 ve 2. paragraflar; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 35. madde 1 ve 2. paragraflar.

¹⁵⁷ 1946 B.M. Sözleşmesi 2. madde 6. paragraf (c) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol 4. madde 1. paragraf; A.K. Genel Andlaşması 7. madde 1. paragraf (b) bendi.

¹⁵⁸ Resmi Gazete, Tarih: 4 Kasım 1999, Sayı: 23866, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23866.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022), bkz. Kanunun 167. maddesinin 2. paragrafı.

¹⁵⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi 36. maddesi 1. paragrafı (b) bendi.

Gümrük Kanunu'na göre karşılıklılık esası kapsamında ithal edilen diplomatik eşya gümrük vergisinden muaftır¹⁶⁰.

Diplomatik ayrıcalıklar kapsamına girmeyen ve ithali ya da ihracı kabul eden devletin iç hukuku gereğince yasaklanan veya kabul eden devletin karantina mevzuatına tabi olan eşya veya nesneler kabul eden devlet tarafından kontrol edilebilmektedir. Bu konuya ilişkin kabul eden devletin yetkilileri, ciddi bir durum ya da sebep tespit ettikleri takdirde, diplomasi temsilcisinin bagajını arayabilirler. Bu gibi durumlarda arama, ancak diplomasi temsilcisinin veya yetkili temsilcinin huzurunda yapılmaktadır¹⁶¹.

Bu düzenlemeler üzerinden şekillenen vergi ve gümrük muafiyeti, kötüye kullanıma açıktır. Kötüye kullanım fiillerine karşı “muafiyet” kapsamında bazı tedbirlere yer verilmiştir. Muafiyet istisnası hükümlerine yer verilmesi, muafiyetlerin görevle sınırlı tutulması bu kapsamda sayılabilir. Uygulamada, diplomasi temsilcilerine ait bagajlarda yasaklı maddelerin taşınıp taşınmadığını kontrol etmeye yönelik etkin tedbirler de alınmaktadır. Ancak bu tedbirin tam anlamıyla işletilemediği görülmektedir. Örneğin, Libya'nın Londra Büyükelçiliği olayından¹⁶² hemen sonra istenmeyen kişi ilan edilen diplomasi temsilcilerinin; ülkeyi terk ederlerken Heathrow Havaalanı'nda bagajları açılmamış ve kontrol edilememiştir¹⁶³. Bu olayda, bir kişinin ölümüne, on bir kişinin yaralanmasına neden olan silah ve suç aletleri diplomatik bagajlardan birisinde taşınmasına rağmen muafiyet nedeniyle bagajlar açılmamıştır¹⁶⁴. Anlaşıldığı üzere tanınan muafiyet, resmi görev dışında kullanılmıştır. Bununla beraber uygulamada diplomasi temsilcilerinin şahsi bagajları, eğitimli köpeklerle dışarıdan koklatılarak, özellikle narkotik madde araması yapılmaktadır. Köpeklerin koku alması sonucunda, “ciddi sebepler bulunduğu” gerekçesiyle şahsi bagajların açılması talep edilebilmektedir¹⁶⁵. Örneğin, 11 Ocak 2000 tarihinde Lübnanlı diplomasi temsilcisi, Hamburg'tan Kopenhag'a gitmek için Hamburg Havaalanı'nda bulunduğu bir esnada beraberindeki bagajı, gümrük memurunun yanındaki köpeğin havlamasına neden olmuştur¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Gümrük Kanunu 167 madde, Kanun metni: Resmi Gazete, Tarih: 4 Kasım 1999, Sayı: 23866, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23866.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

¹⁶¹ 1961 Viyana Sözleşmesi 36. madde 2. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 35. madde 3. paragraf; 1975 tarihli Devletlerin Temsili Sözleşmesi 35. madde 3. paragraf.

¹⁶² Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

¹⁶³ Osborne, 1985: 31; Akalanka, 2020: 72.

¹⁶⁴ İngiltere, Heathrow Havaalanına getirilen on sekiz diplomatik bagaja müdahale edilmemesine karar vermişti, bkz. Osborne, 1985: 31; Oysa 1961 Viyana Sözleşmesi'nde, kabul eden devletin yetkilileri ciddi bir durum ya da sebep tespit ettikleri takdirde, diplomasi temsilcisinin bagajını arayabilirler hükmü yer almaktadır, bkz. 36. madde 2. paragraf; Ayrıca bkz. Higgins, 1985: 2; Shaw, 2018: 547.

¹⁶⁵ Ergüven, 2008: 102, dipnot 444.

¹⁶⁶ Kirchner, 2000: 2 vd.

Havlama neticesinde gümrük yetkilileri bagajın açılmasını talep etmiş, buna karşın Lübnanlı diplomasi temsilcisi gümrük muafiyetine sahip olduğunu söyleyip bu talebi geri çevirmiştir. Ancak olay nedeniyle uçağını kaçırmakta istemeyen Lübnanlı diplomasi temsilcisi, nihayetinde bagajını açmış ve bagajından 500 gram eroin çıkmıştır. Bu durum gümrük muafiyetinin resmi görev dışında kötüye kullanıldığını göstermektedir.

1.3.2.2. Diplomatik Bağışıklıklar

Uluslararası sözleşmelerde düzenlenen bağışıklıklara, “bina dokunulmazlığı”, “yargı bağışıklığı”, “kişi dokunulmazlığı”, “haberleşme serbestisi”, “arşiv ve evrak dokunulmazlığı”, “seyahat dokunulmazlığı” örnek verilebilir. Uygulamada en fazla kötüye kullanılan bağışıklıklar; bina dokunulmazlığı, kişi dokunulmazlığı, yargı bağışıklığı ve haberleşme serbestisidir. Zira bu bağışıklıklar; resmi görev fiil – resmi görev dışı fiili ayrımı yapmaksızın diplomasi temsilcilerinin tüm fiillerine bağışıklık tanımaktadır. Bunun neticesinde resmi görev dışı kötüye kullanım fiilleriyle temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu sebeple bu bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir.

1.3.2.2.1. Bina Dokunulmazlığı

Uluslararası düzenlemelere göre misyon binaları dokunulmazlığa sahiptir¹⁶⁷. Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları; arama, el koyma, haciz veya icradan bağışıktır¹⁶⁸. Misyon şefinin¹⁶⁹ veya ilgilimerciinin¹⁷⁰ rızası olmadıkça bu binalara icra, haciz, tutuklama ve benzeri sebeplerle girilmesi söz konusu olamaz. Kural mutlak niteliğe sahiptir¹⁷¹.

¹⁶⁷“Dokunulmazlık” kavramını kullanan düzenlemeler için bkz. Havana Sözleşmesi 14. madde; 1946 B.M. Sözleşmesi 2. madde 2. paragraf; 1961 Viyana Sözleşmesi 22. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 11. madde (f) bendi; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 23. madde; A.B. 7 Numaralı Protokol 1. madde; A.K. Genel Andlaşması 4. madde; İç hukuk bakımından 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu 74. maddesi, bkz. Resmi Gazete, Tarih: 27.6.1940, Sayı: 4546, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4546.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

¹⁶⁸ Bina dokunulmazlığına, binalarının bahçesindeki eşyalar ve taşıtlar da dâhil edilmeli ve bağışıklık kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir bkz. Aksar, 2012: 303; Caşın, 2013: 567; Bozkurt vd., 2018: 229; Choi, 2006: 120

¹⁶⁹ Havana Sözleşmesi 16. madde; 1961 Viyana Sözleşmesi 22. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 25. madde 1. paragraf; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 23. madde 1. paragraf; A.B. 7 Numaralı Protokol 1. madde.

¹⁷⁰ A.B. 7 Numaralı Protokol’e göre rıza verecek ilgili mercii Avrupa Birliği Adalet Divanı olurken (bkz. 1. madde) A.K. Genel Andlaşması’na göre rıza verecek makam Bakanlar Komitesi’dir (bkz. 3. madde).

¹⁷¹ Misyon şefinin rızası kesin aranmakla birlikte, kamu güvenliği, yangın, doğal afet gibi durumlarda ne yapılacağı belirsizdir. 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi’nin 25. maddesi, bu tür durumlarda misyon şefinin rızası aranmaksızın binaya girilmesine cevaz vermektedir. Benzer hüküm 1963 Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi’nin 31. maddesinin 2. paragrafında da vardır. Buna karşın ilgili diğer sözleşmeler bu konuda sessiz

Misyon binasına tanınan bu dokunulmazlık, diplomatik bağımsızlıkların ayrılmaz bir parçasıdır ve diplomasi temsilcilerine tanınan kişisel dokunulmazlığın zorunlu bir neticesidir. Bu, mutlak bir kural niteliğindedir¹⁷². Anayasalar, genellikle vatandaşların ve yabancıların konut dokunulmazlığını sağlayan veya koruyan hükümler içermektedirler. Buna karşın misyon binalarının dokunulmazlığı bir uluslararası hukuk kuralıdır ve iç hukuktaki konut dokunulmazlığından daha mutlak bir nitelik arz etmektedir¹⁷³.

Yukarıda değinildiği üzere; misyon binalarına geniş ve mutlak dokunulmazlık tanınmıştır. Ancak bu dokunulmazlık, tanınma sebebi olan resmî görevin gereği gibi ifa edilmesi amacı dışında da kullanılabilir. Bir başka ifade ile bina dokunulmazlığı kötüye kullanım fiillerine son derece açıktır. Şöyle ki;

- Önceki uygulamada, misyon binalarının dokunulmazlığı için ülke - dışılık teorisi esas alınmıştır. Bu teoriye göre misyon binaları ülke dışında var sayılmıştır¹⁷⁴. Fakat bu kabul, binanın görev dışı kullanımını beraberinde getirmiş ve kötüye kullanımlar artmıştır. Suçlular, tutuklanmayacaklarını bildiklerinden, ülke dışında “varsayılan” bu binalarda saklanmış, zamanla bu binalar yasaya aykırı hareket edenler için bir sığınak haline gelmiştir. Bu kötüye kullanımlar neticesinde 18. yüzyılda ülke - dışılık teorisi terk edilmiş¹⁷⁵, bunun yerine işlevsel gereklilik teorisi esas alınmıştır. Teoriye göre binalar, resmi görevin gereği gibi ifa edilmesi ile sınırlı olarak dokunulmazlıktan yararlanacaktır¹⁷⁶. Buna rağmen bugünkü uygulama, ülke – dışılık teorisinin izlerini taşımaktadır.
- İşlevsel gereklilik teorisi esas alınmış olsa da, ilgili sözleşmelerde yer alan düzenlemeler ve uygulama göz önüne alındığında, kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde de, bina dokunulmazlığı var kabul edilmektedir. Bunun neticesinde

kalarak kamu güvenliği, yangın ve doğal afet gibi durumlarda dahi misyon şefinin rızası olmadan binaya girilemeyeceği izlenimi vermektedirler. Özetle bu noktada bir yandan yangın ve benzeri afetlerde insan hayatının korunması saikiyle “varsayımsal” olarak misyon şefinin rızası olduğuna dair görüş vardır, diğer yandan kötüye kullanım durumlarına karşı 1961 Viyana Sözleşmesi’nin mutlak ifadesini savunan görüş vardır. Bu konuda bir denge olması gerektiğine dair görüşler için bkz. Choi, 2006: 121; Ayrıca bkz. Topal, 2014: 64; Ergüven, 2008: 74; Shaw, 2018: 543; Çakmak, 2014: 140.

¹⁷² “1986’daki Sun Yat Sen hadisesinde Mahkeme, Londra’daki Çin sefarethanesinde kendi isteği dışında tutulan bir Çinli mülteci hakkında bir ihzar müzekkeresi çıkartmayı reddetmiştir” açıklamalar için bkz. Shaw, 2018: 543.

¹⁷³ Meray, 1958: 98.

¹⁷⁴ Meray, 1958: 99; Caşın, 2013: 567; Lütem, 1956: 545.

¹⁷⁵ “Fransa’daki Rus Elçiliği binası içinde, Rus tabiiyetinde ve fakat elçilik memuru olmayan Nikitschenkoff adlı bir şahıs, elçilik kâtiplerinden birini yaralamıştı. Elçilikten Fransız polisi çağırılmış ve polis gelerek suçluyu tevkif etmişti. Rus hükümeti suçun elçilik binasında dolayısıyla Rus ülkesinde işlenmiş olduğunu ileri sürerek suçlunun iadesini istemişti. Fakat Fransız Temyiz Mahkemesi bu görüşü kabul etmemiş ve Fransız mahkemelerinin yetkisini teyit etmişti”, 1867’de gerçekleşen bu olayın açıklamaları için bkz. Meray, 1958: 99; Ayrıca bkz. Caşın, 2013: 569; Lütem, 1956: 545.

¹⁷⁶ Caşın, 2013: 569.

jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edilmektedir. Örneğin, Libya'nın Londra Büyükelçiliği'nden dışarıdaki kalabalığa açılan ateş sonucunda yaşam hakkı ihlal edilmesine rağmen İngiliz yetkililer, "izin verilmediği gerekçesiyle" Büyükelçilik Binası'na girememişlerdir¹⁷⁷. Olay sonrasında, Libya ile İngiltere arasında ki diplomatik ilişkiler kesilmiş ve Libya misyon üyeleri ülkeyi terk etmişlerdir¹⁷⁸. Ancak bundan sonra; İngiliz yetkililer, 30 Nisan 1984 tarihinde, Suudi Arabistanlı diplomasi temsilcilerinin eşliğinde binaya girebilmişlerdir. Yapılan aramalar neticesinde misyon binasında, olayda kullanılan silahlar bulunmuştur¹⁷⁹.

- Kabul eden devlet, misyon binalarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak özel göreviyle yükümlüdür¹⁸⁰. Ancak kabul eden devletler, bazen bu yükümlüklerini yerine getirmeyerek koruma yükümlülüklerini kötüye kullanmaktadırlar. Bu konuda "Tahran Rehinelere Krizi" örnek verilebilir¹⁸¹. Amerika'nın Tahran Büyükelçilik Binası, siviller tarafından kuşatılarak ele geçirilmiş, ardından misyonda görevli olan kişiler rehin alınmıştır. Bu fiil sivillerce gerçekleştirilse de; süreç içerisinde İran Devlet Başkanı konumundaki Humeyni'nin olayı sahiplenen açıklamalar yapması üzerine fiil, İran Devleti'ne isnat edilir hale gelmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, Tahran Rehinelere Davası'nda, İran Devleti'nin diplomatik yükümlülüklerini kötüye kullandığı gerekçesiyle uluslararası sorumluluğuna karar vermiştir¹⁸².

¹⁷⁷ Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72.

¹⁷⁸ Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

¹⁷⁹ Bu olay sonrası diplomatik misyon binasına "izin alınmadan" girilmesi üzerine görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden ilki, diplomasi temsilcilerinin misyon binalarını uluslararası hukuk tarafından öngörülen yükümlülüklerle aykırı kullanmaları halinde kabul eden devletin müdahale etme yetkisinin ortaya çıktığına dair görüştür. Nitekim 1961 Viyana Sözleşmesi'nde misyon binalarının uluslararası hukuk kuralları ile bağdaşmayacak tarzda kullanılmama yükümlülüğü bulunmaktadır, bkz. Meray, 1958: 99; Çakmak, 2014: 141; Bu konudaki ikinci görüş, meydana gelen olayın İngiltere'ye meşru savunma hakkı kapsamında misyon binalarına müdahale hakkı tanıdığına ilişkin görüştür. Kabul eden devletin vatandaşlarına gönderen devlet misyon binasından ateş açılması halinde bina dokunulmazlığının ilgili devlet makamlarının koruyucu önlemlere başvurmasını engelleyecek şekilde yorumlanamayacağı ileri sürülmüştür, bkz. Shaw, 2018: 545; Ergüven, 2008: 77; Çakmak, 2014: 141.

¹⁸⁰ 1961 Viyana Sözleşmesi 22. maddesi; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 25. madde 2. paragraf; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi'nin 23. madde 2. paragraf; Ayrıca bkz. Çakmak, 2014: 140; Bozkurt vd., 2018: 229.

¹⁸¹ Shaw, 2018: 543; Çakmak, 2014: 141; Akalanka, 2020: 73.

¹⁸² Uluslararası Adalet Divanı, "*Tahran Rehinelere Davası*", (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions, And Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

- Bina dokunulmazlığının kötüye kullanılması ile ilgili uygulamada karşılaşılan en önemli sorunlardan bir tanesi diplomatik sığınmadır. Uzun tarihi bir geleneğe dayanan diplomatik sığınma, misyon binasına sığınan suçlu veya sanığın yerel otoritelerin kovuşturmasından kurtarılması anlamına gelmektedir¹⁸³. İlgili diplomasi temsilciliği, kendisine sığınma talebinde bulunan kişiyi geldiği ülkeye ya da bir başka ülkeye geri vermezse ve bu kişinin misyon binasında kalmasına izin verirse sığınma talebi kabul edilmiş olmaktadır¹⁸⁴. Bu konuda yalnızca Havana Sözleşmesi'nin 17. maddesinde hüküm bulunmaktadır. İlgili hükme göre, misyon binasına sığınan adi suçluların, kabul eden devlete iade edilmesi gerekmektedir. Bu hükme rağmen uygulama tekliği ve istikrarı bakımından henüz bir teamül kuralı oluşmuş değildir. Uygulamada “adi suçlar - siyasi suçlar” ayrımı yapılmakta¹⁸⁵ ve genel ilke olarak; misyon binasının adi suçlulara sığınmak olamayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁶. Siyasi suçlar için bir görüşe göre¹⁸⁷ misyon binalarının siyasi suçlulara sığınmak olmaması gerekirken; bir diğer görüşe göre¹⁸⁸ bu hakkın çok sınırlı bir şekilde ve istisnai olarak tanınabileceğini ileri sürülmektedir. Son görüş bakımından siyasi suçlulara sığınmak verilmesi; insancıl düşüncelerle, sığınan sanıkların ya da suçluların canları için acil bir tehlike varsa ve tehlike devam ettikçe geçici olarak tanınmalıdır. Ancak siyasi suçlulara sığınma verileceğine dair uluslararası bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, son görüş kabul edilse dahi uygulamada suçun kim tarafından adi ya da siyasi suç olarak nitelendirileceği belirsizdir¹⁸⁹. Bu belirsizlikler üzerinden diplomatik

¹⁸³ Topal, 2014: 52.

¹⁸⁴ Ergüven, 2008: 79; Topal, 2014: 52; Diplomatik sığınma ülke - dışılık anlayışına dayandırılmıştır. Fakat bina dokunulmazlığında ülke - dışılık teorisi yerine işlevsel gereklilik teorisi esas alınmıştır. Bir başka ifade ile bina dokunulmazlığı ancak görevin gereği gibi ifa edilmesi hususu ile sınırlı olarak vardır. Misyon görevleri arasında kabul eden devlet kanunlarınınca suçlu sayılan bir kişiyi kanuni takibattan kurtarmak bulunmamaktadır, bkz. Meray, 1958: 100; Aksar, 2012: 303.

¹⁸⁵ Meray, 1958: 100; Aksar, 2012: 304.

¹⁸⁶ Meray, 1958: 101; Aksar: 2012: 303; Çaşın, 2013: 570; Alsan, 1947: 275; Adi suçluya sığınma verilirse, misyon şefi hem bina dokunulmazlığını kötüye kullanmış olur hem de devletin suçluları cezalandırmasına engel olmak sureti ile kabul eden devletin işlerine karışmış olur, bkz. Topal, 2014: 63; Aksar, 2012: 304 Bununla birlikte not etmek gerekir ki, misyon şefinin rızası olmadan kabul eden devlet makamlarının misyon binasına girip suçluyu almaları bina dokunulmazlığının ihlaline neden olur, Çaşın, 2013: 570; Bozkurt vd., 2018: 230.

¹⁸⁷ Meray, 1958: 101; Ayrıca bkz. “Elçilik binalarının suçluların adaletten kaçacakları bir yer olarak kabul edilmesi düşünülemez. Bir suçlunun binaya sığınması halinde diplomatik misyon şefinin yetkili otoritelere izni vermesi ve şüpheliyi teslim etmesi gerekir” Aksar, 2012: 304; Aksar bu görüşleriyle adi – siyasi suç ayrımı yapmadan diplomatik sığınma kurumuna tamamen karşı çıkmaktadır.

¹⁸⁸ Çelik, 1980: 526; Ergüven, 2008: 80; Meray, 1958: 101; Topal, 2014: 57; Shaw, 2018: 546.

¹⁸⁹ “Siyasal suç ve siyasi nedenle sığınmada, özellikle insancıl gerekçeler açısından bazı duraksamalarla karşılaşılmaktadır. Bir kere siyasi suç kavramı üzerinde ittifak sağlamak güç olduğu gibi konumuz olan bizzat sığınma hakkında da kesin bir hukuk normundan söz edilememektedir” açıklamalar için bkz. Sur, 2013: 246.

ayrıcalık ve bağışıklıklar kötüye kullanılmaktadır. Örneğin, 4 Ekim 1948’de çıkan askeri bir isyan bastırıldıktan sonra İhtilalcı Halk İttifakı Partisi Lideri Hayâ de La Tore, ayaklanmada suçlu görülmüş, buna karşın La Tore, 3 Ocak 1949’da Lima’daki Kolombiya Elçilik Binası’na sığınmıştır. Peru Hükümeti’nin iade talebini Kolombiya Büyükelçiliği, sığınanın siyasi suçlu olduğunu öne sürerek reddetmiştir. Uyuşmazlık Uluslararası Adalet Divanı’nın önüne gelmiş ve Divan özetle şu şekilde karar vermiştir¹⁹⁰: “*Siyasi suç kapsamında misyon binasına sığınma hakkı ile ilgili herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır, Kolombiya tek taraflı siyasi suçnitelendirmesi yapamaz, Tore’ye tanınan sığınma Havana Sözleşmesi’nde yer alan acil bir tehlike içerme şartına sahip değildir*”. Bu karardan anlaşıldığı üzere bina dokunulmazlığı kötüye kullanılmıştır. Kanaatimizce bina dokunulmazlığı, görevin gereği gibi ifa edilmesi için tanındığına göre, misyon görevleri arasında suçluyu takibattan kurtarmak olmadığına göre, genel olarak diplomatik sığınmaların bir çeşit kötüye kullanım oluşturduğunu kabul etmek gerekir¹⁹¹. Kaldı ki diplomatik sığınma ile ilgili 1961 Viyana Sözleşmesi’nde de hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bu durum kabul eden devletin içişlerine karışmama yükümlülüğünü de ihlal etmektedir¹⁹².

1.3.2.2.2. Yargı Bağışıklığı

Yargı bağışıklığı, diplomasi temsilcisinin görevlerini gereği gibi ifa edebilmesi için var olması zorunlu, tartışılmaz bir bağışıklık türüdür¹⁹³. Yargı bağışıklığı, diplomasi temsilcisinin, görev yaptığı ülkenin mahalli mahkemelerinin yargı yetkisine bağlı olmaması ve hakkında zorlayıcı tedbirler uygulanamaması anlamına gelir¹⁹⁴. Daha açık bir ifade ile

¹⁹⁰ Uluslararası Adalet Divanı, “*Sığınma Davası (Kolombiya – Peru)*” (20.11.1950), ICJ Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

¹⁹¹ Suçlunun iade edilmemesi aynı zamanda kabul eden devletin içişlerine karışmama yükümlülüğünün ihlalidir, Uluslararası Adalet Divanı da Kolombiya ve Peru arasındaki davada sığınma hakkı tanıma kararının kabul eden devletin egemenliğinde bir eksiltme ve münhasıran bu devletin yetkisi içindeki alanlara bir müdahale oluşturduğunu vurgulamıştır, bkz. Shaw, 2018: 546.

¹⁹² Topal, 2014: 63; Aksar, 2012: 304.

¹⁹³ Bağışıklık (immunity) kavramını kullanan düzenlemeler için bkz. 1946 B.M. Genel Sözleşmesi 4. madde 1. paragraf (a) bendi; 1961 Viyana Sözleşmesi 31. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 31. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 30. madde; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (a) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol 8. madde; Buna karşın Havana Sözleşmesi 19. maddesi “muafiyet” (exempt) kavramını kullanmaktadır.

¹⁹⁴ “Eğer elçiler işleyecekleri suçlar yüzünden cezalandırılabilirler, bu suçları işlemiş olmakla itham edilebilirlerdi. Borçları yüzünden tevkif edilebilirlerdi, borçlu oldukları iddia edilebilirdi” açıklamalar için bkz. Meray, 1958: 102; Ayrıca bkz. Choi, 2006: 128; Wilson, 1984: 127.

diplomasi temsilcisinin yargılamaya tâbi tutulamaması anlamına gelmektedir¹⁹⁵. Bunun yanında yargı bağımsızlığı ne suçu ne de cezayı ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaktadır. Başka suçlular varsa, onlar hakkında tahkikat ve yargılama yapılması gerekir. Yargı bağımsızlığına sahip olmak demek; sorumluluktan bağımsız olmak anlamına gelmez. Bağımsızlık kaldırıldığı anda sorumlu olunan hususlar ile ilgili yargılama yapılabilir¹⁹⁶.

Yargı bağımsızlığının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki “cezai yargı bağımsızlığı” diğeri “hukuki yargı bağımsızlığıdır”. Aşağıda sırasıyla bunlara yer verilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerde diplomasi temsilcilerine cezai yargı bağımsızlığı tanınmıştır. Sözleşmelere genel olarak bakıldığında karşımıza iki grup çıkmaktadır. İlk gruptaki sözleşmelere göre¹⁹⁷, diplomasi temsilcilerinin sahip oldukları cezaî yargı bağımsızlığı mutlak ve istisnaya açık değildir¹⁹⁸. Bu mutlak bağımsızlığın resmi görev dışı ika edilen fillere de atıfta bulunduğu açıktır. Bu kuralın tek istisnasını, kabul eden devletin vatandaşı olan veya orada daimî surette mukim olan diplomasi temsilcilerinin görevleri ile sınırlı yargı bağımsızlığına tâbi olması oluşturmaktadır¹⁹⁹. Bu durum, kabul eden devletin vatandaşı olmayan veya orada daimî surette mukim bulunmayan idarî ve teknik kadronun ve hizmet kadrosunun üyeleri için de geçerlidir. Bu düzenlemelere göre söz konusu kişilerin yargı bağımsızlığı resmi görevle sınırlı tutulmuştur. İkinci gruptaki düzenlemelere göre²⁰⁰ cezai yargı bağımsızlığı yalnızca görevin gereği gibi ifası ile sınırlıdır. Öyleyse, resmi görev dışı kötüye kullanım fiillerine cezai yargı bağımsızlığı tanınmayacaktır.

Diplomasi temsilcileri için medeni ve idari davalar bakımından hukuki yargı bağımsızlığı tanınmaktadır²⁰¹. Bu yargı bağımsızlığı; maliye, sosyal hukuk ve iş hukuku davalarını da kapsamaktadır. Sözleşmelere genel olarak bakıldığında, iki grup düzenleme

¹⁹⁵ Yargı bağımsızlığı bakımından faraziye olarak ülke - dışılık teorisinin geçerli olduğu açıklamaları için, Caşın, 2013: 565.

¹⁹⁶ Meray, 1958: 102; Tan, 2005: 78; Reçber, 2014: 433.

¹⁹⁷ 1961 Viyana Sözleşmesi 31. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 31. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 30. madde.

¹⁹⁸ “Alkollü araç kullanmaktan, hırsızlığa, müessir fiile, trafik suçlarından, tecavüze, hürriyeti tahdide, hatta adam öldürmeye kadar her türlü suç yargı bağımsızlığının kapsamına girecektir” açıklamalar için bkz. Tan, 2005: 81; Ayrıca bkz. Aksar, 2012: 302; Shaw, 2018: 551; Ergüven, 2008: 94; Erson-Asar, 2013: 191; Reçber, 2014: 433.

¹⁹⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi 37. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 39. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 36. madde; Buna karşın uluslararası örgütlerde vatandaşlık ve daimi ikametgâh durumu olmadığı için böyle bir istisna hükmüne yer verilmemiştir.

²⁰⁰ Havana Sözleşmesi 20. madde; 1946 B.M. Genel Sözleşmesi üyelerin temsilcileri için 4. madde 1. paragraf (a) bendi, memurlar için 5. madde 2. paragraf (a) bendi, uzmanlar için 6. madde 1. paragraf (b) bendi; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (a) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol Avrupa Parlamentosu üyeleri için 8. madde, Avrupa Birliği Personeli için 11. madde 1. paragraf (a) bendi.

²⁰¹ Tan, 2005: 90; Reçber, 2014: 434.

biçimi ile karşılaşılmaktadır. İlk gruptaki düzenlemelere göre²⁰² hukuki yargı bağıışıklığı sadece görevin gereğı gibi ifa edilmesi ile sınırlı hususlar için vardır. Bunun istisnası yoktur. İkinci gruptaki düzenlemelere göre²⁰³ ise hukuki yargı bağıışıklığı; kural olarak resmi görev ve resmi görev dışı bütün fiiller için geçerlidir. Bu kuralın istisnası, ilgili düzenlemelerde yer almaktadır. Yalnızca bu istisnaların varlığı halinde diplomasi temsilcisi hukuki yargı bağıışıklığından yararlanamayacaktır. Bu kapsamda; “kabul eden devletin ülkesinde bulunan özel bir taşınmazla ilgili bir ayni hak davasında” , “diplomasi temsilcisinin, gönderen devlet adına değil de bir özel kişi vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, mirasçı veya vasiyet olunan kişi sıfatıyla ilgili bulunduğu mirasa ilişkin bir davada” , “diplomasi temsilcisinin kabul eden devlet dâhilinde resmi görevler dışında icra ettiği herhangi bir meslek veya ticari faaliyet ile ilgili bir davada” , “geçici temsilcinin görev dışında kullandığı araçla yaptığı kazalardan ortaya çıkan zararlar davasında” istisna söz konusudur.²⁰⁴ Bu istisnalar sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu istisnalar haricinde, uygulamada, bir fiilin resmi görev ya da resmi görev dışı fiil olup olmadığına bakılmaksızın diplomasi temsilcisinin tüm fiilleri ile ilgili hukuki yargı bağıışıklığı var kabul edilmektedir²⁰⁵.

Diplomasi temsilcilerinin açıkları davalarda yargı bağıışıklığını ileri sürmeleri mümkün değildir²⁰⁶. Medeni ve idarî davalar bakımından yargı bağıışıklığının kaldırılması hükmün icrası bakımından da bağıışıklığın kaldırıldığı anlamına gelmez. Bunun için, ayrıca bağıışıklığın kaldırılması gereklidir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar üzerinden şekillenen yargı bağıışıklığı kötüye kullanım fiillerine açıktır. Şöyle ki:

- Resmi görevin gereğı gibi ifa edilmesi için tanınan yargı bağıışıklığı, kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde de “mutlak” bir şekilde var kabul edilmektedir²⁰⁷. Bunun neticesinde jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları

²⁰² Bu düzenlemeler uluslararası örgütlerin düzenlemeleridir, bkz. 1946 B.M. Genel Sözleşmesi 4. madde 1. paragraf (a) bendi; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (a) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol için 8. madde.

²⁰³ 1961 Viyana Sözleşmesi 31. madde 1. paragraf (a), (b), (c) bentleri; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 31. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 30. madde.

²⁰⁴ 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 31. madde 4. paragraf.

²⁰⁵ Meray, 1958: 102; Aksar, 2012: 303.

²⁰⁶ Diplomasi temsilcilerinin mahkemeye başvurmaları halinde yargı bağıışıklıkları ortadan kalkacaktır. Oysa bu durum “*imtiyaz ve muafiyetler diplomatların menfaatleri için değil fakat hükümetlerin menfaatleri için tanınmaktadır*” (Meray, 1958: 105) ile çelişkili görünmektedir; Ayrıca bkz. Bozkurt vd., 2018: 228.

²⁰⁷ Ülkemizde görevli diplomasi temsilcilerinin ayrıcalık ve bağıışıklıkları 1.3.2008 tarihli ve 72/1 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, görev dışı kötüye kullanım oluşturan fiillerde de Türkiye, yargı bağıışıklığını kabul etmekte, bu noktada sadece kötüye kullanım oluşturan fiilin cezalandırılması için gönderen devlete bilgilendirme yapmaktadır, Genelge için bkz. “Ülkemizde görevli

ihlal edilmektedir. Örneğin, 1964 yılında Mısır'ın Roma Büyükelçiliği'ne ait bir diplomatik çanta Roma Havaalanı'na getirilmiş, çantanın içinden sesler duyulunca havaalanındaki yetkililer çantanın açılmasını talep etmiş, açılan çantada; önceki dönemlerde Mısır Büyükelçiliği'nde çalışan bir İsraili Tercüman, ağzı bantlanmış, elleri bağlanmış şekilde bulunmuştur²⁰⁸. Özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline rağmen cezai yargı bağışıklığı tanınmıştır²⁰⁹.

- Yargı bağışıklığının kötüye kullanım fiilleri için de geçerli olacağına dair uluslararası mahkeme kararları vardır. Uluslararası Adalet Divanı, diplomasi temsilcilerinin suç işlemeleri halinde şartlar ne olursa olsun, kabul eden devletin yargılama ve cezalandırma yetkisinin bulunmadığını vurgulamış ve uluslararası hukuka göre diplomasi temsilcilerinin her türlü cezai yargı yetkisinden müstesna olduklarını açıkça ifade etmiştir²¹⁰.
- Temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine yargı bağışıklığı tanındığından bu fiillere karşı tedbir alınması hususunda devletler genellikle isteksizlerdir²¹¹. Örneğin, Hindistan'ın Amerika Birleşik Devletleri'nde görevli diplomasi temsilcisi Deyvani Khobragade, yanında çalıştırdığı kişisel hizmetçisine kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağını ihlal etmiştir. Ancak Khobragade'nin sahip olduğu yargı bağışıklığı nedeniyle sorumluluk işletilememiştir. Yargılama yapılamayınca Amerika Birleşik Devletleri, Hindistan'dan temsilcisini geri çekmesini istemiştir. Hindistan, Khobragade'yi geri çekmiş ancak yargılamamıştır²¹². Bu husus temel insan haklarını en üstün değer olarak gören uluslararası hukuk sistemi içerisinde ciddi bir sorundur.

Yargı bağışıklığının kötüye kullanılmasına karşı 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra tedbir içeren bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda, Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen 1972 tarihli “Devletlerin Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” ve Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen 2004 tarihli “Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” örnek verilebilir. Bu düzenlemeler, genel olarak

Diplomatik Misyon Mensuplarının Bağışıklık ve Ayrıcalıkları”, Numara 72/1, Yayın 1 Mart 2008, Adalet Bakanlığı Genelgesi, <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/genelgeler/72.1.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²⁰⁸ Çare olarak iki Mısırlı diplomasi temsilcisi hakkında istenmeyen kişi ilanında bulunmuştur, bkz. Goossens, 2011: 76.

²⁰⁹ Özgürlük ve güvenlik hakkı için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde.

²¹⁰ Karar için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “*Tahran Rehinelere Davası*”, 79. paragraf, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²¹¹ Ergüven, 2008: 93; Meray, 1958: 102.

²¹² Nielsen vd., 2015: 21; Vandenberg ve Bessell, 2016: 600; Akalanka, 2020: 79.

devletlerin özel hukuktan doğan işlemlerine hukuki yargı bağımsızlığı tanımamaktadırlar²¹³. 1972 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi, devletlerin yargı bağımsızlığını oldukça sınırlayan bir yaklaşım benimsemiştir. Sözleşme’ye göre, bir devletin; kabul eden devletin vatandaşı veya burada mukim olan bir kişiyle akdettiği iş sözleşmesi bakımından, kabul eden devletin mahkemeleri önünde yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır²¹⁴. Sözleşme’ye göre, uyuşmazlık konusu, iç hukuk uyarınca kabul eden devletin münhasır yetkisine giriyorsa, iş akdinde aksine bir hüküm dahi olsa yabancı devletin söz konusu iş akdinden dolayı yargı bağımsızlığı bulunmamaktadır²¹⁵. 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde “yabancı devlet mahkemesi önüne çıkma”, “karşı dava açma”, “ticari işlemler”, “iş sözleşmeleri”, “kişisel yaralanmalar ve mala zarar”, “mülkiyete, zilyetliğe ve malın kullanımına dair durumlar”, “fikri ve endüstriyel mülkiyet”, “şirketlerdeki iştirak ve ortak organlar”, “gönderen devletin sahip olduğu ya da işlettiği gemiler”, “ticari işlemlerdeki tahkim” durumlarında gönderen devletin yargı bağımsızlığı söz konusu olmayacaktır²¹⁶. Ancak bu Sözleşme yürürlüğe girmemiştir. Yürürlüğe girmemiş olsa da bu Sözleşme ile Avrupa Konseyi Sözleşmesi bir değişime işaret etmektedir. Rönesans Dönemi ile başlayan ve diplomasi temsilcilerinin kural olarak görev ve görev dışı kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık tanıyan hukuki yargı bağımsızlığı böylece sınırlanmış olmaktadır²¹⁷.

Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler düzenlemeleri iç hukuklara da yansımıştır. Örneğin, Türkiye 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukukve Usul Hukuku Kanunu içerisinde gönderen devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yargı bağımsızlığı tanınmayacağını kabul etmiştir²¹⁸. Bu çerçevede Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.09.1991 tarihli bir kararında; Büyükelçiliklerin kira ve tahliye davalarına konu olan ilişkilerinin özel hukuk ilişkileri kapsamına girdiğini ve gönderen devletlerin yargılanabileceğini hüküm altına almıştır²¹⁹. Doktrinde bu uygulamanın Türkiye bakımından teamül niteliği kazandığı dahi ileri sürülmüştür²²⁰.

²¹³ Pazarcı, 2018: 167.

²¹⁴ Sözleşme 5. madde 2. paragraf (a) ve (b) bentleri.

²¹⁵ Sözleşme 5. madde 2. paragraf (c) bendi.

²¹⁶ Sözleşme 10 - 17. maddeler.

²¹⁷ Bu gelişmelere paralel olarak mahkeme kararları da şekillenmiştir. İş akdinden doğan uyuşmazlıklarda Büyükelçiliğin, 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında işyeri sayılacağına ilişkin karar için bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı, “Mahamdia ve Cezayir”, (19.7.2012), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0154&from=EN> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²¹⁸ İlgili Kanun 49. madde.

²¹⁹ Lübnan’ın Ankara Büyükelçiliği’ne karşı açılan bir tahliye davası nedeniyle Yargıtay’ın yargı bağımsızlığını reddettiği karar metni için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1991/6-299 Esas, 1991/406 Karar.

²²⁰ “Devletlerin sınırlı yargı bağımsızlığı müessesesi uluslararası toplumun saygın 118 ülkesinin 75’i tarafından tanınan bir ilke olup, bu ilkeye ilişkin yasal çerçeve büyük oranda şekillenmiş bulunmaktadır. Gerek söz konusu

Bu gelişmeler, kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir niteliği taşımaktadır. Ancak bu tedbirlerin, yetersiz olduğu açıktır. Şöyle ki, 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi henüz yürürlüğe girmemiştir. Sözleşme, ancak bunu onaylayan devletler bakımından teamül kuralı oluşturması halinde uygulanır. Bu durum, henüz yeknesak bir uygulama olmadığını gösterir. Sözleşme ile getirilen istisna hükümleri, yalnızca hukuki davaları kapsarken cezai davaları kapsamaz. Hukuki davalar bakımından yalnızca maddi zararlar istisna kapsamındadır. Manevi zararlar bakımından yargı bağışıklığı devam etmektedir²²¹. Nihayetinde bu istisna hükümleri, kötüye kullanım fiilleri neticesinde ihlal edilen temel insan hakları bakımından uygulanma alanı bulmaz²²².

Uluslararası Hukuk Komisyonu, yargı bağışıklığına sınırlandırma ve istisna getiren “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslağı; 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul etmiştir. Bu Taslağın 7. maddesinde bir liste halinde uluslararası suçlar sayılmış, bu suçların işlenmesi halinde cezai yargı bağışıklığının uygulanmayacağını çok açık ve kesin ifadelerle hüküm altına alınmıştır. Taslak, bu haliyle, ileri bir düzenleme olmasına rağmen kapsam bakımından son derece yetersizdir. Bu hususa tez çalışmasının ikinci bölümünde yer verilmiştir.

ilkenin MÖHUK'un 33. maddesinde büyük ölçüde kodifiye edilmesi, gerek ülkelerin geniş kabulüne sahip bu ilkenin Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere mahkemelerimizce de benimsenmesi, gerekse ülkemizdeki yabancı misyonların belirli özel hukuk işlemlerine dair uyumsuzluklarda (özellikle iş akdinden doğan uyumsuzluklar) ulusal mahkemelerimizde yargılanabileceklerini bildiren sirküler notanın diplomatik, konsüler ve uluslararası kuruluş temsilciliklerine tarafımızca belli aralıklarla gönderilmesi keyfiyeti, bahse konu ilkenin, uluslararası teamül hukukunun oluşma öğeleri bağlamında, ülkemiz için bağlayıcı bir uluslararası teamül normu haline geldiğini göstermektedir. Sonuç olarak, ülkemiz sınırlı yargı bağışıklığını hem ulusal düzeyde hem de uluslararası arenada benimsemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, ülkemiz aleyhine yabancı mahkemelerde açılan davalarda, ülkemizin egemen bağışıklığından vazgeçme ve sınırlı yargı bağışıklığımızı kabullenme kaygısıyla, yukarıda açıklanan yasama ve yargısal tasarruflarımızla çelişen kayıtsız şartsız esasa girmeme tutumunda bulunmaması ve ulusal ve uluslararası uygulama ile tutarlı, çatışan menfaatleri dengeleyen, ilkesel bir yaklaşım benimsemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, yabancı mahkemelerde ülkemiz aleyhine açılan davalarda ülkemizin hâlihazırda sınırlı yargı bağışıklığını benimsediği gerçeğiyle hareket edip, kimi davalarda ısrarla yargı yetkisi tartışmasına girmeksizin savunmasını bu gerçek üzerine bina etmesi isabetli ve lehe bir tutum olacaktır” açıklamalar için bkz. Gökçe, 2014: 102.

²²¹ Türkiye’de, diğer devlet uygulamalarının aksine, manevi zararlarda da, ilgili istisna hükmü uygulanarak yabancı devletin bağışıklık iddiasının reddedilmesi söz konusudur. Türkiye’deki uygulamanın diğer devletlerdeki uygulamalardan farkı, haksız fiillere ilişkin özel bir bağışıklık hükmünün olmaması nedeni ile devletin ticari işlemleri istisnası gibi haksız fiile yol açan işlemlerinde de işlemin niteliğinin önem göstermesidir. Haksız fiillerde, özel bir yargısal bağ ya da sonuç olarak maddi bir zararın oluşmasına dikkat edilmemiştir. Dolayısıyla diğer devlet uygulamalarının aksine, Türk hukukunda manevi zararlarda da ilgili hükmün uygulanarak yabancı devletin bağışıklık iddiasının reddedilmesi gerekecektir, bkz. Öztürk, 2020: 161.

²²² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 54. Oturum Çalışma Grubu Başkanı Raporu, 1999: 47. paragraf.

1.3.2.2.3. Kişi Dokunulmazlığı

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların ortaya çıkış tarihçesinde, kişi dokunulmazlığı elde edilen ilk bağışıklık olmuştur. İlk Çağ uygulamasından günümüze kadar kişi dokunulmazlığı diğer ayrıcalık ve bağışıklıkların ortaya çıkmasına ön ayak olmuştur²²³. Kişi dokunulmazlığı, diplomasinin en temel ve en yerleşik kuralıdır²²⁴. Bu kapsamda diplomasi temsilcileri kişi dokunulmazlığına sahiptirler²²⁵. Bunlara karşı işlenecek suçlar, başkalarına karşı işlenecek suçlardan daha ağır cezalara tabidir²²⁶. Her devlet bu konuda kendi iç düzenlemesini yapacaktır²²⁷.

Kişi dokunulmazlığı iki anlam içermektedir. İlk anlamıyla, diplomasi temsilcisinin üstününün zorla aranmaması, gözaltına alınmaması, tutuklanmamasını ifade etmektedir²²⁸. Kabul eden devlet, bu fiillerin diplomasi temsilcilerine karşı gerçekleştirilmesinden kaçınma yükümlülüğü altındadır. İkinci anlamıyla kişi dokunulmazlığı, diplomasi temsilcilerinin şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik her türlü saldırıyı önleme konusunda kabul eden devletin gerekli tedbirleri alma zorunluluğunu ifade eder²²⁹. Bu noktada kabul eden devlet, bu

²²³ Denza, 2008: 256.

²²⁴ Shaw, 2018: 550; Aksar, 2012: 302.

²²⁵“Dokunulmazlık” (inviolable) kavramını kullanan düzenlemeler için bkz. Havana Sözleşmesi 14. madde; 1961 Viyana Sözleşmesi 29. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 29. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 28. madde; “Bağışıklık” (immunity) kavramını kullanan düzenlemeler için bkz. 1946 B.M. Genel Sözleşmesi 4. madde 1. paragraf (a) bendi; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (a) bendi; “Tabi olmama, muaf olma” (not subject) kavramını kullanan düzenleme için bkz. A.B. 7 Numaralı Protokol 8. madde.

²²⁶1973 tarihli “Diplomasi Temsilcileri de Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme” 1. madde ve devamı; Ayrıca iç hukuk bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 342. maddesi uyarınca yabancı temsilciye karşı işlenen suçlar, görevleri dolayısıyla işlendiklerinde ve karşılıklılık koşuluyla kamu görevlisine karşı işlenmiş suç sayılır.

²²⁷ Türkiye’de görevli bulunan diplomatik misyon mensuplarının kişisel dokunulmazlığına ilişkin 01.03.2008 tarihli ve 72/1 sayılı bir genelge bulunmaktadır. Bu genelgede, Türkiye’nin 1961 tarihli Sözleşmede yer alan kişi dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeleri aynen kabul ettiğini belirtilmektedir, Genelge için bkz. “Ülkemizde görevli Diplomatik Misyon Mensuplarının Bağışıklık ve Ayrıcalıkları”, Numara 72/1, Yayın 1 Mart 2008, Adalet Bakanlığı Genelgesi, <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/genelgeler/72.1.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Ayrıca, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 342. maddesi gereğince karşılıklı olmak koşuluyla, Türkiye’de sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş yabancı devlet temsilcileri ile bunların diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık tanınan memurları, kendilerine karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar bakımından, kamu görevlisi kabul edilerek suç işleyen kişiler hakkında, bu kanunun ilgili hükümlerine göre cezaya çarptırılmaktadır. İşlenen suç hakaret ise soruşturma ve kovuşturma yapılması hususu, mağdurun şikâyetine bağlı olmaktadır, Kanun için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 12 Ekim 2004, Sayı: 25611, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/10/20041012.htm#1>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²²⁸ Aksar, 2012: 302; Çakmak, 2014: 145; Bozkurt vd., 2018: 225; Lütem, 1956: 543; Sur, 2013: 245.

²²⁹ “Bu amaçla bazı devletler diplomatlara karşı suç işleyen kişilerin ağır cezalara tabi olduğu yasalar kabul etmişlerdir. Ancak, diplomatlara fiziksel zarar verenlere özellikle ağır cezalar öngören ulusal yasalar yapılması gerektiğine dair bir uluslararası yükümlülük bulunmamaktadır. İngiltere’de, diğer birçok ülkenin aksine, diplomasi temsilcilerine karşı işlenen suçlarla ilgili ayrı bir yasa veya özel ceza hükmü yoktur. Bu da İngiltere’nin uluslararası sorumluluğuna yol açmaz”, açıklamalar için bkz. Denza, 2008: 262; Ayrıca bkz. Aksar, 2012: 302; Çakmak, 2014: 145; Bozkurt vd., 2018: 225; Lütem, 1956: 543; Sur, 2013: 245.

fiillerin diplomasi temsilcilerine yönelik gerçekleştirilmesini önleme yükümlülüğü altındadır²³⁰. Gerek kaçınma gerekse önleme yükümlülüğünün ihlali, kabul eden devletin uluslararası sorumluluğa yol açacaktır²³¹. Uluslararası sorumluluğa neden olan koruma yükümlülüğünün ihlalinin en açık örneği Tahran Rehineler Krizi olayında yaşanmıştır. Söz konusu olayda Divan, Amerika'nın Tahran Büyükelçiliği'nde görevli misyon üyelerinin İranlı bir grup tarafından alıkonulmalarına rağmen İran Devleti'nin hareketsiz kalmasını 29. maddenin açık ve ciddi bir ihlali olarak nitelendirmiştir²³².

Uluslararası sözleşmelerde, kişi dokunulmazlığından yararlanamayacak olan diplomasi temsilcileri belirtilmiştir. Örneğin diplomasi temsilcilerinin, idari teknik personelin ve bunların ailelerinin kabul eden devlet vatandaşı olmaları halinde ya da bu ülkede daimi ikametgâhlarının bulunması halinde bunlar kişi dokunulmazlığından yararlanamazlar²³³.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen kişi dokunulmazlığı kötüye kullanım fiillerine son derece açıktır. Şöyle ki:

- Uluslararası sözleşmelerde genel olarak kişi dokunulmazlığının tam ve mutlak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır²³⁴. Uygulamada, resmi görev dışı kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde de, kişi dokunulmazlığı geçerli kabul edilmektedir. Örneğin, Güney Afrika Havayolları'nın Johannesburg'tan Londra'ya gerçekleştirdiği uçuş esnasında, Güney Afrika'nın Londra Büyükelçiliği'nde

²³⁰ Bu konudaki en güncel örnek Karlov Hadisesi'dir. Andrey Karlov, Türkiye'de görev yapmakta olan Rus Büyükelçisi'dir. 19 Aralık 2016'da katıldığı bir fotoğraf sergisinde bir polis memuru tarafından vurularak öldürülmüş, daha sonra Büyükelçi'yi öldüren katil güvenlik güçleri tarafından hemen ve olay yerinde etkisiz hale getirilmiştir. Kanaatimizce, suikastı gerçekleştiren kişinin anında etkisizleştirilmesi, suikastın hemen ardından zaman geçirilmeden soruşturma açılması, ardından olayın terör saldırısı olarak nitelendirilmesi, Türkiye'nin merkezdeki yetkilileri olan Cumhurbaşkanı ve Dışişleri Bakanı'nın yaptıkları açıklamaların içeriği, bu açıklamaların Rus yetkililer tarafından aynı şekilde kabulü, ayrıca olaydan kısa bir süre önce Rus Büyükelçiliği tarafından talep edilen koruma isteğinin Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı tarafından karşılanmış olması hususları Türkiye'nin uluslararası hukuk bakımından sorumlu tutulamayacağına işaret etmektedir, ayrıca bkz. Coşkun, 2019: 41 vd.

²³¹ Meray, 1958: 97.

²³² Uluslararası Adalet Divanı, "*Tahran Rehineler Davası*", 62. paragraf, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²³³ 1961 Viyana Sözleşmesi 37. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 39. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 36. madde; Buna karşın uluslararası örgütlerde vatandaşlık ve daimi ikametgâh durumu olmadığı için böyle bir istisna hükmüne yer verilmemiştir.

²³⁴ Bazı istisnalar dışında kişi dokunulmazlığının mutlak olduğu şu düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır: Havana Sözleşmesi 14. madde; 1946 B.M. Sözleşmesi 4. madde 1. paragraf (a) bendi; 1961 Viyana Sözleşmesi 37. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 29. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 28. madde; Buna karşın kişi dokunulmazlığının görev ile ilgili fiillerle sınırlı olduğunu gösterir düzenlemeler için bkz. A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (a) bendi; A.B. 7 Numaralı Protokol 8. madde.

görevli diplomasi temsilcisinin gerçekleştirdiği cinsel saldırı neticesinde bile kişi dokunulmazlığı geçerli kabul edilmiştir²³⁵.

- Doktrinde, tartışmalı olmakla beraber özellikle meşru savunma halinde ve insan yaşamını koruma görevinin ağır bastığı durumlarda, bu kurala istisna getirilebileceği ileri sürülmektedir²³⁶. Buna göre suçüstü halinde; suç oluşturan fiili önlemek, suçun tekrarına yer vermemek ve delilleri toplamak veya delillerin karartılmasını engellemek amacıyla kabul eden devletin kolluk kuvvetleri tarafından diplomasi temsilcilerinin kısa süreliğine gözaltına alınmaları mümkün olmalıdır²³⁷. Ancak Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1895 tarihinde hazırladığı “Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi” dışında uluslararası düzenlemelerde meşru savunma haline yer verilmemiştir²³⁸. Buna rağmen uygulamada, özellikle uyuşturucu kaçakçılığı, casusluk, cinayet gibi suç fiilini işleyen ve suçüstü yapılan diplomasi temsilcilerinin gözaltına alınması ve tutuklanması şeklindeki örnek olaylara rastlanabilmektedir²³⁹. Kanaatimizce, tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmayan meşru savunma uygulaması, kötüye kullanımları da beraberinde getirebilir²⁴⁰. Zira gerçekleşecek olayda, meşru savunma şartlarının var olup olmadığı, bunu tespit edecek makamın kim olacağı, tedbirin nasıl uygulanacağı, uygulamanın diplomatik ilişkileri nasıl etkileyeceği hususları tartışmalı görünmektedir. Bu hususa üçüncü bölümde ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

²³⁵ Goossens, 2011: 105.

²³⁶“Uluslararası Hukuk Komisyonu da andlaşmanın tasarı görüşmesinde meşru savunmanın istisna olduğunu belirtmiştir”, açıklamalar için bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1957:209, bağlantı için bkz. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1957_v1.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Öneri reddedildi çünkü meşru savunma ilkesinin istisna olarak kabulü, bu ilkenin andlaşmanın diğer maddelerine de uygulanabilir olup olmadığına ilişkin bir belirsizliğe yol açacağı düşünüldüğünden kabule yanşılmamıştır, açıklamalar için bkz. Denza, 2008: 258; Ergüven, 2008: 72; Shaw, 2018: 551; Reçber, 2014: 432; Bozkurt vd., 2018: 225.

²³⁷ Reçber, 2014: 432; Ayrıca bkz. Caşın bu konuda yani ağır bir suç işlenmesi durumunda gönderen devletten ilgili diplomasi temsilcisinin geri çekilmesinin talep edilebileceğini ifade ederek gözaltı ve tutuklama hususlarına mesafeli yaklaşmıştır, bkz. Caşın, 2013: 569; Bozkurt vd., 2018: 225.

²³⁸ Sözleşme'nin 6. maddesi.

²³⁹ Ergüven, 2008: 72.

²⁴⁰ Reçber, 2014: 432; O'keefe, 1976: 332.

1.3.2.2.4. Haberleşme Serbestisi

Diplomasi temsilcilikleri haberleşme serbestisine sahiptir²⁴¹. Bu serbestinin korunması konusunda kabul eden devletin ya da ev sahibi devletin yükümlülüğü bulunmaktadır²⁴². Bu yükümlülük kapsamında, diplomasi temsilciliklerinin her türlü resmi amaç için serbestçe haberleşmesine izin verilmekte ve bu haberleşme korunmaktadır.

Haberleşme serbestisi, kabul eden devlet ya da uluslararası örgüt hakkında bilgi edinilmesi ve bu bilgilerin gönderen devlet ya da örgüt makamlarına rapor olarak sunulması bakımından zorunludur. Bu anlamıyla serbestî, misyon görevinin gereği gibi ifa edebilmesine hizmet eder²⁴³.

Diplomasi temsilcilikleri, haberleşme esnasında diplomatik kuryeler ve kodlu veya şifreli mesajlar dâhil olmak üzere uygun bütün haberleşme araçlarını (telefon, posta, telefaks, telgraf, elektronik posta, vb.) kullanabilmektedirler²⁴⁴. Bununla birlikte; telsiz alıcısını ve vericisini ancak kabul eden devletin rızası ile kurabilmekte ve kullanabilmektedirler²⁴⁵.

Haberleşme serbestisi kapsamında düzenlenen ilk husus, resmi yazışmadır. Resmi yazışma, diplomasi temsilciliğine ait ve temsilciliğin görevleriyle ilgili her türlü yazışmadır²⁴⁶. Resmi yazışmalar dokunulmazlığa sahiptir²⁴⁷. Diplomasi temsilciliğinin resmi yazışmalarının kabul eden devlet tarafından ihlal edilmemesi gerekir. Bu da kabul eden

²⁴¹ Protokol Avrupa Birliği Kurumları'nın haberleşme serbestisine sahip olduğunu ifade etmiştir, bkz. A.B. 7 Numaralı Protokol 5. madde; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Genel Sekreterlik, en azından diğer hükümetlerin yabancı misyonlara tanıdıkları kadar haberleşme serbestisine sahiptir, bkz. A.K. Genel Andlaşması 8. madde; Birleşmiş Milletler Kurulu, en az, kendisinin diğer herhangi bir Hükümete, bu Hükümetin diplomatik misyonu da dâhil olmak üzere, gösterdiği muamele kadar muamele görür ve kendisine haberleşme kolaylığı sağlanır, bkz. B.M. Sözleşmesi 3. madde; Anlaşılabileceği üzere buraya kadar olan düzenlemeler "haberleşme serbestisi" ifadesini kullanmışlardır. Buna karşın Havana Sözleşmesi "haberleşme dokunulmazlığı" ifadesini kullanırken (bkz. 4. madde), 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi (bkz. 28. madde) ile 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi (bkz. 57. madde) "haberleşme özgürlüğü" kavramını kullanmışlardır; 1961 Viyana Sözleşmesi (bkz. 27. madde) "haberleşme serbestisi" kavramını kullanmıştır.

²⁴² "(Viyana Sözleşmesi) 27 maddede geçen "haberleşme serbestisi" ifadesi herhangi bir yasaklama veya kısıtlamanın olmamasını ifade etmektedir, ancak muayyen ücretlendirmelerden muafiyet manasına gelmemektedir" bkz. Denza, 2008: 217; Ayrıca bkz. Gözlügül, 2013: 117; Meray, 1958: 98; Çamyamaç ve İnci, 2019: 201; Reçber, 2014: 425; Choi, 2006: 124.

²⁴³ Ergüven, 2008: 85; Gözlügül, 2013: 117; Çamyamaç ve İnci, 2019: 201; Reçber, 2014: 425; Caşın, 2013: 571.

²⁴⁴ 1946 B.M. Sözleşmesi 3. maddesi; 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 28. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 57. madde; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (c) bendi.

²⁴⁵ 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 28. madde 1. paragraf; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 57. madde 1. paragraf.

²⁴⁶ Shaw, 2018: 546; Ergüven, 2008: 86; Reçber, 2014: 426; Caşın, 2013: 572.

²⁴⁷ "Dokunulmaz" olduklarına dair düzenlemeler için bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde 2. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 28. madde 2. paragraf; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 57. madde 2. paragraf; "Sansür edilemez" olduklarına dair düzenlemeler 1946 B.M. Sözleşmesi 3. maddesi 1. paragraf; A.K. Genel Andlaşması 8. madde 2. paragraf; A.B. 7 Numaralı Protokol 5. madde 1. paragraf.

devletin yükümlülüğüdür. Bir başka ifade ile gönderen devlet misyonu, görev alanına ilişkin yazışmaları hangi yöntemle yaparsa yapsın, bu yazışmaların deşifre edilmemesi kabul eden devletin yükümlülüğüdür²⁴⁸.

Haberleşme serbestisi kapsamında değerlendirilen ikinci husus, diplomatik çantadır. Diplomatik çanta veya valizden anlaşılması gereken haberleşme serbestisine istinaden her türlü paket veya taşıma kabı olmaktadır²⁴⁹. Diplomatik çantanın dokunulmazlığına dair iki tür düzenleme vardır. İlk tür düzenleme uluslararası örgütlere ait olan düzenlemedir. Buna göre, diplomatik çanta, görevle sınırlı dokunulmazlığa sahiptir²⁵⁰. Buna karşın ikinci tür düzenlemeye göre diplomatik çanta mutlak dokunulmazlığa sahiptir, açılması veya alıkonulması mümkün değildir²⁵¹. Diplomatik çantayı oluşturan paketlerin bu niteliğini gösterir dış işaretler taşıması gerekmektedir ve bu paketler sadece diplomatik belgeleri, evrakı veya resmi amaçlar için kullanılan maddeleri veya nesneleri içermek zorundadır²⁵².

Haberleşme serbestisi kapsamında değerlendirilen üçüncü ve son husus, diplomatik kuryedir²⁵³. Diplomatik kurye diplomatik çantayı teslim ile görevli olan kişidir²⁵⁴. Diplomasi temsilciliği, sürekli kuryeler görevlendireceği gibi belirli bir iş ve süre için özel nitelikte diplomatik kuryeler de görevlendirebilmektedir²⁵⁵. Sürekli diplomatik kurye, kişi dokunulmazlığından yararlanacaktır. Bu kapsamda, tutuklanması veya gözaltına alınması mümkün değildir²⁵⁶. Özel kuryeler ise uhdesindeki diplomatik çantayı alıcısına teslim etme anına kadar kişi dokunulmazlığından yararlanmaktadırlar²⁵⁷. Diplomatik çantanın alıcıya teslim edilmesi ile birlikte özel kuryelerin kişi dokunulmazlıkları ortadan kalkmaktadır.

²⁴⁸ Aksar, 2012: 304.

²⁴⁹ Çelik, 1980: 530; Reçber, 2014: 426; Aksar, 2012: 304; Caşın, 2013: 571; Çakmak, 2014: 142.

²⁵⁰ Resmi görevle sınırlı dokunulmazlık bakımından bkz. 1946 B.M. Sözleşmesi 3. madde 2.paragraf; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (c) bendi.

²⁵¹ Mutlak dokunulmazlık bakımından bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde 3. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 28. madde 4. paragraf; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 57. madde 4. paragraf.

²⁵² 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde 4. paragraf.

²⁵³ Ergüven, 2008: 90; Ayrıca bkz. Bozkurt vd., 2018: 231.

²⁵⁴ Çelik, 1980: 530.

²⁵⁵ 1946 B.M. Sözleşmesi 3. madde 2.paragraf; A.K. Genel Andlaşması 9. madde 1. paragraf (c) bendi; 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde, 6. Paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 28. madde 6 ve 7. paragraf; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 57. madde 6 ve 7. paragraf.

²⁵⁶ Bu noktada, uluslararası örgüt düzenlemelerinde, diplomatik kuryenin kişi dokunulmazlığı resmi görevle sınırlıdır, bkz. 1946 B.M. Sözleşmesi 3. madde 2. paragraf; Buna karşın devletlere dair düzenlemelerde diplomatik kuryenin görev ve görev dışı fiilleri için de kişi dokunulmazlığı geçerlidir, bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde, 5. paragraf.

²⁵⁷ 1961 Viyana Sözleşmesi 27. madde, 6. paragraf.

Bahsi geçen bu kişi dokunulmazlığı, görev anında kuryenin üçüncü devletlerin ülkelerinden geçmesi halinde de uygulanmaktadır²⁵⁸.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen haberleşme serbestisi, kötüye kullanım fiillerine son derece açıktır. Şöyle ki:

- Diplomatik çantaya tanınan dokunulmazlık, resmi görevle ilgisi olmayan kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde de geçerli kabul edilmektedir. Örneğin, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 1989'da kabul edilen "Diplomatik Kurye ve Diplomatik Çanta Hakkındaki Taslak Sözleşmesi" içerisinde, diplomatik çantanın resmi haberleşme dışında kullanılması veya diplomatik kullanıma yönelik eşyaları içermemesi halinde dahi koruma altında olduğu ifade edilmiştir²⁵⁹.
- Komisyonun görüşü uygulamaya yansımıştır. Uygulamada diplomatik çantaların alkol, uyuşturucu, silah, döviz hatta insan kaçakçılığı suçlarına konu olacak şekilde kötüye kullanılması durumlarına rastlanılmaktadır²⁶⁰. Örneğin, Nijerya'nın eski Maliye Bakanı Umaru Dikko, Londra Büyükelçiliği'nde görevli diplomasi temsilcileri tarafından kaçırılarak bir sandığa yerleştirilmiş ve Havaalanına getirilen bu sandık diplomatik çanta olarak tanıtılmıştır²⁶¹. Havaalanındaki yetkililerin, sandığın taşınması gereken harici işaretleri içermediğini tespit etmeleri neticesinde sandık açılmış ve nihayetinde Umaru Dikko kurtarılmıştır²⁶². Jus cogens niteliğini haiz özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal eden ve resmi görevle ilgisi olmayan bu kötüye kullanım fiiline dahi diplomatik bağışıklık tanınmıştır.
- Kötüye kullanıma açık olan bir diğer düzenleme diplomatik kuryelere ilişkindir. Diplomatik kuryelerin resmi görev – resmi görev dışı bütün fiillerinin kişi dokunulmazlığı kapsamında kabul edilmesi, bunların bağışıklıklarını kötüye kullanmalarına neden olmaktadır²⁶³.

²⁵⁸ "Üçüncü devletler, ... pasaport vizesi gereken hallerde vize almış bulunan diplomatik kuryelere ... kabul eden Devletin tanımakla yükümlü bulunduğu dokunulmazlık ve himayenin aynını tanırlar" bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 40. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 28. madde.

²⁵⁹ Yearbook of The International Law Commission, 1989: 15 erişim için bkz https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1989_v2_p2.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²⁶⁰ Çakmak, 2014: 142; Gözlügöl, 2013: 123; Reçber, 2014: 426; Aksar, 2012: 304; Bozkurt vd., 2018: 231.

²⁶¹ Shaw, 2018: 547; Çamyamaç ve İnci, 2019: 205; Caşın, 2013: 571; Çakmak, 2014: 142; Akalanka, 2020: 73.

²⁶² Çamyamaç ve İnci, 2019: 206; Caşın, 2013: 571; Akalanka, 2020: 73.

²⁶³ Shaw, 2018: 547; Çamyamaç ve İnci, 2019: 205; Caşın, 2013: 571; Çakmak, 2014: 142; Akalanka, 2020: 73; Goossens, 2011: 76.

1.4. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılması Fiilini İka Eden Kişiler

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiili, “herkes” tarafından ika edilecek bir fiil değildir. Bu fiil, yalnızca belirli kimseler tarafından ika edilebilir. Bu başlık altında, kötüye kullanım fiilini ika eden kişilerin kimler oldukları hususuna yer verilmiştir.

Diplomatik ilişkiler, temsile yetkili kişiler aracılığıyla yürütülür. Temsile yetkili kişilerin kimler oldukları iç düzenlemelerin konusuyken; bu kişilerin görev ve yetkileri ile sahip olacakları diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar uluslararası hukukun konusudur²⁶⁴. Dolayısıyla, iç düzenlemelere göre “kim” oldukları belirlenen ve uluslararası hukuka göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olan temsile yetkili kişiler, doğal olarak, kötüye kullanım fiilini ika eden kişilerdir.

Diplomatik ilişkileri yürütmekle yetkili olanlar; “merkezdeki yetkililer” ve “dışarıdaki yetkililer” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Merkezdeki yetkililer; ülke içinde veya dışında anayasa gereğince devlet kişiliğini temsil yetkisine sahip olanlarla, devletin dışişlerinin yönetiminden sorumlu olanlardır. Bunlar “devlet başkanı”, “hükümet başkanı” ve “dışişleri bakanıdır”²⁶⁵. Dışarıdaki yetkililer ise uluslararası hukuk kişisini bir diğer uluslararası hukuk kişisi nezdinde temsil etmek üzere gönderilen diplomasi temsilcileridir²⁶⁶. Bunlar dışında uzmanlık alanlarına ilişkin olarak gerektiğinde üst düzey diğer devlet görevlilerinin temsil yetkisine sahip oldukları görülmektedir²⁶⁷.

1.4.1. Merkezdeki Yetkililer

Kötüye kullanım fiilini ika edebilecek merkezdeki yetkililer; devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarıdır. Aşağıda bunlarla ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

²⁶⁴ Reçber, 2014: 389.

²⁶⁵ Bozkurt vd., 2018: 211; Çelik, 1980: 495.

²⁶⁶ Bozkurt vd., 2018: 211.

²⁶⁷ “Günümüzde doğrudan görüşme yapma imkânının kolaylaşması, milletlerarası ilişkilerin giderek yaygınlaşması ve genişlemesi bir yandan zirve diplomasisine daha sık başvurulmasını ve hatta bu yöntemin Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi kurumsal hale getirilmesini gerekli kılmış, öte yandan, çok farklı teknik alanlarda işbirliği yapılması ihtiyacına bağlı olarak farklı uzmanlık sahibi bakan ve müsteşar düzeyindeki bürokratların da karşılıklı görüşmelerde yer alması sonucunu doğurmuştur” açıklamalar için bkz. Bozkurt vd., 2018: 211.

1.4.1.1. Devlet başkanları

Devlet başkanları, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanabilecek kimseler arasında gösterilmektedir. Bir başka ifade ile devlet başkanları; özel bir temsil belgesine gerek olmaksızın diplomatik ilişkileri yürütme yetkisine sahip olmaları²⁶⁸, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip bulunmaları²⁶⁹ ve bunların resmi görev –resmi görev dışı kötüye kullanım fiili ayrımı yapılmaksızın mutlak nitelikte olması²⁷⁰ nedenleriyle kötüye kullanım fiilini ika edecek kimseler arasında gösterilmektedirler.

Yukarıda da ifade edildiği üzere devlet başkanları birtakım ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmışlardır. Bunların başında, “kişi dokunulmazlığı” gelmektedir. Buna göre devlet başkanları; tutuklanamaz, gözaltına alınamaz ve hiçbir zorlama önleminin konusunu oluşturamazlar²⁷¹. Uluslararası teamül kurallarına göre devlet başkanları, resmi²⁷² ziyaret amacıyla bir başka devlete gittiklerinde gerek ziyaret edilen gerekse geçtikleri üçüncü devletlerde, ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanmaktadırlar²⁷³. Buna karşılık, görev dışı amaçlarla bir yabancı devlet ülkesinde bulunan devlet başkanlarının ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanması konusu günümüzde tartışmalıdır. Pinochet olayında²⁷⁴ İngiliz Lordlar Kamarası’nın aldığı karara göre; görevdeyken, soykırım veya işkence gibi kötüye kullanım fiillerini ika eden bir devlet başkanına, görev dışı sebeplerle bulunduğu bir ülkede ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınacaktır²⁷⁵. Bu uygulama ve kabul, devlet başkanlarının kötüye kullanım fiilini ika eden kişiler arasında sayılmasının en önemli nedenlerinden birisidir.

²⁶⁸ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 7. madde 2. paragraf; Özel yetki belgesi olmadan temsile yetkili oldukları husus bir teamül kuralıdır, bkz. Ata, 2017: 27; Ayrıca bkz. Ergüven, 2008: 38; Caşın, 2013: 555; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 19.

bkz. Pazarıcı, 2018: 401; Reçber, 2014: 391; Ata, 2017: 26; Ergüven, 2008: 38; Erson-Asar, 2013: 40; Caşın, 2013: 555; Franey, 2009: 79; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 10.

²⁶⁹ Uluslararası Adalet Divanı, “11 Nisan Tutuklama Kararı Davası”, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²⁷⁰ Bu teamül kuralının “*par in parem non habet imperium*” şeklinde açıklanan ve günümüzde devletin egemenliği, bağımsızlığı gibi ilkelere dayandırıldığını ifade edebiliriz. Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi yoktur (*par in parem non jurisdictionem*), açıklamalar için bkz. Bozkurt vd., 2018: 221; Reçber, 2014: 392; Ergüven, 2008: 38; Erson-Asar, 2013: 38.

²⁷¹ Reçber, 2014: 392; Ergüven, 2008: 40; Çelik, 1980: 498; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 65 vd.

²⁷² “Devlet başkanlarının, önceden görüşülüp ayrıntıları belirlenen ve belirli bir programa göre gerçekleştirilen gezileri, resmî gezilerdir. Bu geziler, devlet başkanı sıfatıyla ve devlet tüzel kişiliğinin temsili sebebiyle gerçekleştirilir” açıklamalar için bkz. Ergüven, 2008: 39; Caşın, 2013: 555.

²⁷³ Reçber, 2014: 392; Caşın, 2013: 555 ve 578.

²⁷⁴ Caşın, 2013: 578; Wirth, 2002: 878; Gully-Hart, 1999: 1336; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 169 vd.

²⁷⁵ General Augusto Pinochet, 1976 - 1983 yılları arasında Şili Devlet Başkanlığı yapmıştır. Görevde bulunduğu süre içerisinde birçok Şilili vatandaşın ya da yabancı kişinin işkenceye tabi tutulması ya da ortadan kaybolması söz konusu olmuştur. Bu sebeple Madrid Soruşturma Yargıcı 18.10.1998’de, Pinochet hakkında tutuklama kararı çıkartmış ve bu kararını 1948 tarihli “Birleşmiş Milletler Soykırım Sözleşmesi” ile 1984 tarihli “İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi”ne dayandırmıştır. 25.11.1998’de toplanan İngiliz Lordlar Kamarası, o dönemde

Devlet başkanlarının, yabancı devlet ülkesinde bulundukları zamanlarda konakladıkları konutlar, misyonşefinin ikametgâhının sahip olduğu konut dokunulmazlığına haizdir²⁷⁶. Buna göre, kabul eden devlet yetkilileri, izin almadan söz konusu konuta giremeyecekleri gibi bu konutu, her türlü saldırı ve tecavüze karşı koruma yükümlülüğü altındadırlar. Devlet başkanlarının konut dokunulmazlığı mutlaktır. Bu durumun tek istisnası, devlet başkanı tarafından verilen izindir²⁷⁷. Dokunulmazlığın “mutlak” olması; bunlara karşı alınacak tedbirleri sınırlandırırken, devlet başkanlarının kötüye kullanım fiillerinin bir anlamda önünü açmış olmaktadır.

Devlet başkanının ceza yargılaması açısından sahip olduğu bağışıklık, mutlaktır²⁷⁸. Bu kabul, devlet başkanları tarafından cezai yargı bağışıklığının kötüye kullanılmasının ana sebebini oluşturmaktadır. Bu “mutlak” kabulden ötürü ortaya çıkan kötüye kullanım fiillerine karşı süreç içerisinde bazı tedbirler alınmıştır²⁷⁹. İlk olarak Birinci Dünya Savaşı’nın ardından imzalanan Versay Andlaşması’nın 227. maddesi, Almanya İmparatoru II. Wilhelm’ı savaşın sorumlusu olarak göstermiş ve bu nedenle yargılanmasını öngörmüştür. Bu girişim, Wilhelm’in Hollanda’ya kaçması ve Hollanda’nın iade taleplerini reddetmesi ile sonuçsuz kalmıştır²⁸⁰. İkinci Dünya savaşı sonrası kurulan ceza mahkemeleri ile mutlak ceza bağışıklığına karşı tedbir alınmıştır. Bu kapsamda Londra Andlaşması ile kurulan Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkemesi ve özel bildiri ile kurulan Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askerî Mahkemesi, statülerinde yer alan suçlar bakımından cezai yargı bağışıklığının geçerli olmadığına yer vermişlerdir²⁸¹. Bu gelişmelerden yaklaşık elli yıl sonra Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi; 1993 yılında 827 sayılı kararıyla, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nü²⁸²; 1994 yılında 955 sayılı kararıyla Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nü kabul etmiştir. Her iki Mahkeme de; “savaş”, “soykırım” ve “insanlığa

İngiltere’de bulunan Pinochet’in ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanamayacağı kararına varmıştır. Alınan kararda, Pinochet’in görevde olması halinde bağışıklıktan yararlanabileceği ifade edilmiştir. Bu karardan şu sonuç çıkarılabilir: devlet başkanları görev sırasında ve fakat görev dışı amaçlarla kabul eden devlet ülkesinde bulundukları zamanlarda ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanabilecektir. Buna karşın resmi görev sonrası ve görev dışı sebeplerle kabul eden devlet ülkesinde bulundukları zamanlarda, ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olamayacaklardır. Devlet başkanı kimliğinin açıklanması ile ayrıcalığa hak kazanır, açıklamalar için bkz. Ergüven, 2008: 39; Çelik, 1980: 497.

²⁷⁶ Dabanlıoğlu – Alanur, 2019: 79 vd.

²⁷⁷ Pazarcı, 2018: 404.

²⁷⁸ Reçber, 2014: 392; Ergüven, 2008: 40; Caşın, 2013: 555; Dabanlıoğlu – Alanur, 2019: 119 vd.

²⁷⁹ Erson-Asar, 2013: 157; Caşın, 2013: 555.

²⁸⁰ Erson-Asar, 2013: 158; Odman, 1996: 133; Gully-Hart, 1999: 1335; Dabanlıoğlu – Alanur, 2019: 200 vd.

²⁸¹ İstisna getirilen suçlar; “barışa karşı suçlar” , “insanlığa karşı suçlar” , “savaş suçlarıdır, bkz. Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkemesi Statüsü 7. madde; Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askerî Mahkemesi Statüsü 6. madde; Doktrinden açıklamalar için bkz. Odman, 1996: 137; Abbas Abbas, 2019: 21; Ayrıca bkz. Gully-Hart, 1999: 1335; Dabanlıoğlu – Alanur, 2019: 209 vd.

²⁸² Odman, 1996: 132; Abbas Abbas, 2019: 32.

karşı suç” bakımından yetkili kılınmış ve bu suçlar bakımından devlet başkanının cezai yargı bağımsızlığına sahip olmayacağını hüküm altına almıştır²⁸³. Bu gelişmelerin ardından, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun çalışmaları ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun kararı ile 1 Temmuz 2002 tarihinde “savaş suçları”, “insanlığa karşı işlenen suçlar”, “soykırım” ve “saldırı suçlarını”²⁸⁴ yargılamak üzere Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü yürürlüğe girmiştir²⁸⁵. Bundan önceki uluslararası mahkemelerin geçici olmalarının aksine Uluslararası Ceza Mahkemesi sürekli bir mahkemedir ve tamamlayıcılık ilkesi doğrultusunda görev yapmaktadır²⁸⁶. Statü’de yer alan suçlar bakımından, devlet başkanlarının cezai yargı bağımsızlığı söz konusu olmayacaktır²⁸⁷.

Devlet başkanları, hukuki yargı bağımsızlığına sahip olmakla birlikte bu noktada bir ayırım yapılmaktadır. Devlet başkanlarının kamu hizmetine ilişkin fiilleri için yargı bağımsızlığı kesin bir biçimde tanınırken, buna karşın kişisel hakları çerçevesindeki fiilleri için yargılanabilecekleri kabul edilmektedir²⁸⁸. Bu durum, resmi görev – resmi görev dışı fiil ayırımına işaret etmektedir. Böylece, görev dışı kötüye kullanım fiilleri bakımından hukuki yargı bağımsızlığı söz konusu olmayacaktır²⁸⁹. Devlet başkanları, kabul eden ya da ev sahibi devlet ülkesinde bulundukları esnada vergi ve gümrük muafiyetine sahip olacaklardır²⁹⁰. Hukuki yargı bağımsızlığında olduğu gibi vergi ve gümrük muafiyetinde resmi görev – resmi

²⁸³ Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 7. madde, 2. paragraf; Ruanda İçin Uluslararası Mahkeme Statüsü 6. madde, 2. paragraf; Bu hükümlerin uygulamaya konması neticesinde, Federal Yugoslavya Cumhuriyeti Eski Devlet başkanı Solobodan Milosevic, 1 Nisan 2001 tarihinde gözaltına alınmış ve yargılanmak üzere La Haye’ye götürülmüştür. Ancak yargılama devam ederken Milosevic, 11 Mart 2006 tarihinde hayatını kaybetmiştir, bkz. Ergüven, 2008: 43; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 228; Diğer örnek olan Ruanda Başbakanı Jean Kambanda, yapılan yargılamalar neticesinde ömür boyu hapse çarptırılmıştır, bkz. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, “*Jean Kambanda Davası*”, (4.9.1998), <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-97-23/trial-judgements/en/980904.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²⁸⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü 5. madde.

²⁸⁵ Türkiye, Roma Statüsünü imzalamamış ancak Roma Diplomatik Konferansı sonucunda ortaya çıkan ikinci metin olan Sonuç Belgesini imzalamıştır. Böylece bu Belge ile kurulan Hazırlık Komisyonu çalışmalarına katılabilmiş ve Statü ile ilgili görüş bildirebilmiştir, bkz. Bayıllıoğlu, 2007: 53; Ergüven, 2008: 45.

²⁸⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü 1. madde; Ayrıca bkz. Bayıllıoğlu, 2007: 56.

²⁸⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü 27. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Mahkeme, 04.03.2009 tarihinde Sudan Devlet başkanı Ömer El Beşir hakkında soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçu iddialarıyla tutuklama kararı çıkartmıştır, bkz. Şimşek, 2015: 1156 vd. Ayrıca bkz. Reçber, 2014: 394; Pazarcı, 2018: 402; Bayıllıoğlu, 2007: 102; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 250 vd.; 2011 yılında, Libya Devlet başkanı Muammer Kaddafi ile ilgili tutuklama kararı çıkartılmıştır. Ancak bu kararların nasıl uygulanacağı konusunda hala belirsizlik söz konusudur, bkz. Reçber, 2014: 394.

²⁸⁸ Pazarcı, 2018: 404; Ergüven, 2008: 46.

²⁸⁹ Devlet başkanının kendi rızasıyla yargılama sürecine dâhil olması durumunda da yargı bağımsızlığı söz konusu olmayacaktır, bkz. Reçber, 2014: 395; Ergüven, 2008: 46; Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 138 vd.

²⁹⁰ Dabanlioğlu – Alanur, 2019: 80 vd.

görev dışı fiili ayrımı yapılmakta; böylece şahsa ait taşınmaz mal ve miras hakları ile bağlantılı olan vergiler bakımından muafiyet tanınmamaktadır²⁹¹.

1.4.1.2. Hükümet Başkanları

Hükümet başkanları, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanabilecek kişiler arasında gösterilmektedir. Bir başka ifade ile hükümet başkanları; parlamenter sistemi benimseyen bir devletin diplomatik ilişkilerini yürütmekle görevli olmaları²⁹², özel bir temsil belgesine gerek olmaksızın diplomatik ilişkileri yürütme yetkisine sahip olmaları²⁹³, devlet başkanları gibi diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların sahip bulunmaları²⁹⁴ ve bunların resmi görev –resmi görev dışı kötüye kullanım fiili ayrımı yapılmaksızın mutlak nitelikte olması²⁹⁵ nedenleriyle kötüye kullanım fiilini ika edecek kimseler arasında gösterilmektedirler. Bu kapsamda;devlet başkanları kısmında yapılan açıklamalar hükümet başkanları içinde geçerlidir²⁹⁶.

1.4.1.3. Dışişleri Bakanları

Dışişleri bakanları, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların kötüye kullanılabilecek kişiler arasında gösterilmektedirler. Bir başka ifade ile dışişleri bakanları; devletin diplomatik ilişkilerini yürütmekle görevli olmaları, temsil yetkisine sahip olmaları²⁹⁷, devlet

²⁹¹ Reçber, 2014: 395; Ergüven, 2008: 46.

²⁹² Erson-Asar, 2013: 74; Franey, 2009: 93; Pazarcı, 2018: 405; Franey, 2009: 93.

²⁹³ Temsil yetkilerinin olduğuna dair karar için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler (Yeni Başvuru 2002) (Demokratik Kongo Cumhuriyeti - Kongo)”, 46. paragraf, (3.2.2006), ICJ Reports of Judgments, Advisory, Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/en/case/126>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 7. maddesi 2. fıkrası (a) bendi.

²⁹⁴ Hükümet başkanlarının uluslararası işlevleri gereği uluslararası hukukta bazı ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahip oldukları 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi’nin 21. maddesinin 2. paragrafında da teyit edilmiştir; ayrıca bkz. Reçber, 2014: 397; Ergüven, 2008: 47; Erson-Asar, 2013: 76; Toluner, 1979: 358.

²⁹⁵ Hükümet başkanları, devlet başkanları gibi mutlak ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahiptirler, bkz. Toluner, 1979: 358; Caşın, 2013: 555; Ayrıca bkz. 1992 yılında imzalanan ve 1.11.1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Andlaşması ile kurulan Avrupa Birliği’nin ana organı olan Avrupa Birliği Konseyi, prensip olarak Avrupa Birliği üyesi devletlerin devlet veya hükümet başkanlarından oluşmaktadır. Bu organda hükümet başkanları kendi devletlerini temsil etmektedirler. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Afrika Birliği Örgütü, İslam Konferansı Örgütü gibi örgütlerde de hükümet başkanları kendi devletlerini temsil etmektedirler.

²⁹⁶ Toluner, 1979: 358; Caşın, 2013: 555;

²⁹⁷ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 7. madde 2. paragraf (a) bendi; Ayrıca Uluslararası Sürekli Adalet Divanı 05.04.1933 tarihli *Doğu Grönland’ın Hukuksal Statüsü Davası*’na ilişkin kararında dışişleri bakanlarının yaptıkları açıklamaların, uluslararası hukuk bakımından kendi devletlerini bağladığına hükmetmiştir. Bu hüküm, dışişleri bakanlarının kendi devletlerini temsil ettiklerini teyit etmiştir, karar için bkz. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, “*Doğu Grönland’ın Yasal Statüsü, (Danimarka - Norveç)*”, (5.4.1933), https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Bir diğer örnek için bkz. Örnek olarak Belçika – Kongo arasındaki ihtilafa dair bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “*11 Nisan Tutuklama Kararı Davası*”, 53. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports

başkanlarıgibi mutlak ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olmaları²⁹⁸ nedenleriyle bu kişiler arasında gösterilmektedirler.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; dışişleri bakanlarının resmi görev – resmi görev dışı fiil ayrımı yapmaksızın tüm fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır. Bu “mutlak” yaklaşıma dair Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen bir karar önem taşımaktadır²⁹⁹. Belçikalı bir Hâkim, görevdeki Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi hakkında, Tutsiler’e karşı insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle³⁰⁰, 11 Nisan 2000 tarihinde bir tutuklama kararı çıkartıp bunu Interpol aracılığıyla uygulamaya çalışmıştır³⁰¹. Buna karşın Kongo, Uluslararası Adalet Divanı’na başvurarak tutuklama müzekkeresinin kaldırılmasını talep etmiştir. Kongo, bu talebine dayanak olarak Dışişleri Bakanı’nın sahip olduğu ayrıcalık ve bağışıklıkları göstermiştir³⁰². Belçika ise uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiğini, söz konusu suçlardan dolayı Belçika yasalarının Belçika mahkemelerine yetki verdiğini ve cezai yargı bağışıklığının bu suçları kapsamadığını ileri sürmüştür. Bu tezlere karşı Divan, dışişleri bakanlarının; “kendi ulusal mahkemeleri önünde yargılanmaları halinde” ya da “bağlı oldukları devletin yargı bağışıklıklarını kaldırması” ve “yetkili bir uluslararası ceza mahkemesi önünde yargılanmaları” şartıyla cezai yargı bağışıklığına sahip olamayacağını ifade etmiştir. Aynı zamanda görev öncesi veya sonrası işlenen suçlar ile görev sırasında işlenen özel fiillerden ötürü meydana gelen suçlar bakımından da cezaî yargı bağışıklığı söz konusu olmayacağını tespit etmiştir. Bu tespitler ışığında somut olayda bu şartların gerçekleşmediğinden bahisle Kongo Dışişleri Bakanı’nın cezai yargı bağışıklığına sahip olduğuna karar vermiştir.

Divan’ın verdiği karar üzerine doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüşe göre, Uluslararası Adalet Divanı isabetli bir karar vermiştir³⁰³. Zira işbu davada Belçika, kendi iç hukukuna göre ve yerel mahkemeleri önünde Kongo Dışişleri Bakanını yargılamak istemiştir. Belçika’nın Divan’a yönelttiği bu talep, teamül kuralı niteliğini haiz değildir.

of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Doktrin görüşleri için bkz. Bayıllıoğlu, 2006: 30; Wirth, 2002: 877; Franey, 2009: 97.

²⁹⁸ Uluslararası Adalet Divanı bir kararında bu durumu teyit etmiştir, bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “*Demokratik Kongo Cumhuriyeti – Belçika Kararı - 14 Şubat 2002*”, (2002), <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

²⁹⁹ Uluslararası Adalet Divanı, “*Demokratik Kongo Cumhuriyeti – Belçika Kararı - 14 Şubat 2002*”, (2002), <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

³⁰⁰ Dayanak hukukî metnini 16 Haziran 1993 tarihli “Uluslararası Protokollerin Ağır İhlallerinin Cezalandırılması Kanunu” oluşturmaktadır.

³⁰¹ Zuppi, 2003: 311; Aksar, 2003: 131; Bayıllıoğlu, 2006: 30; Wirth, 2002: 877.

³⁰² Ayrıca “*Demokratik Kongo Cumhuriyeti’ne göre, işbu tutuklama müzekkeresi ile ilk olarak Belçika, BM Andlaşmasının 2/1. maddesinde yer alan egemen eşitlik ilkesini, ihlal etmiştir*” açıklamalar için bkz. Bayıllıoğlu, 2006: 30; Zuppi, 2003: 309; Aksar, 2003: 132; Wirth, 2002: 877.

³⁰³ Moulier ve Ecalte, 2002: 144 vd.; Bayıllıoğlu, 2006: 54 vd.

Devlet uygulamaları bu yönde istikrar kazanmamıştır. Bu gerekçelerle Divan; Belçika'nın tutuklama ve yargılama talebini reddederek evrensellik ilkesini de ihlal etmemiştir. Karşıt görüşe göre³⁰⁴ ise Divan, cezai yargı bağışıklığını “mutlak” yorumlamıştır³⁰⁵. Bu mutlak yorum nedeniyle “yaşam hakkı” ve “mahkemeye erişim hakkı” ağır bir şekilde ihlal edilmiştir³⁰⁶. Divan, “insanlığa karşı suç”, “savaş” ve “soykırım” suçları bakımından cezai yargı bağışıklığının geçerli olmayacağına dair kabul edilen evrensellik ilkesini göz ardı etmiştir³⁰⁷. Kanaatimizce uluslararası hukuk sistemi bakımından her iki görüşte tutarlı görünmemektedir. Şöyle ki; Belçika'nın Kongo Dışişleri Bakanını kendi mahkemesinde ve kendi iç hukukuna göre yargılamak istemesi teamül niteliğini haiz değildir. Divan bu konuda isabetli bir karar vermiştir. Bununla beraber Divan'ın cezai yargı bağışıklığını mutlak yorumlaması; uluslararası suçların cezalandırılması bakımından cezai yargı bağışıklığının geçerli olmayacağına dair anlayış getiren evrensellik ilkesi ile çelişmiştir. Divan teamül kurallarına aykırı hareket ederek kötüye kullanım fiillerinin yaptırımsız kalmasının önünü açmıştır. Bu bakımdan Divan'ın kararı sorunludur. Bu kapsamda Divan, evrensellik ilkesini insan haklarına hizmet edecek şekilde yorumlayarak, uluslararası suç niteliğindeki kötüye kullanım fiillerini yaptırıma tabi tutacak bir karar vermeliydi.

1.4.2. Dışarıdaki Yetkililer: Diplomasi Temsilcileri

Diplomasi temsilcileri; devletler veya uluslararası örgütler adına hareket eden ve spesifik olarak bu konuda görevlendirilen kişilerdir³⁰⁸. Genel temsil yetkisine sahip olmaları, geniş kapsamlı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmış bulunmaları nedeniyle kötüye kullanım fiilini ika edebilecek kişiler arasında gösterilmektedirler.

Bu başlık altında kötüye kullanım fiilini ika edebilecek diplomasi temsilcilerinin “kim” oldukları üzerinde durulmuştur. Ayrıca, kötüye kullanım fiilinin hangi “zaman” ika edilebileceği açıklamalarına yer verilmiştir. Zira diplomasi temsilcileri resmi görev öncesi ya da resmi görev sonrası bir dönemde kötüye kullanım fiilini ika edemezler.

Diplomasi temsilcileri, temsil ettikleri uluslararası hukuk kişisi bakımından ikiye ayrılmaktadırlar. Bu kapsamda, diplomasi temsilcileri ya bir devletin ya da bir uluslararası örgütün temsilciliğini yaparlar. Ayrıca diplomasi temsilcileri; görev süreleri bakımından sürekli temsilci ve geçici temsilci olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Bu ayrım üzerinden aşağıda açıklamalara yer verilmiştir.

³⁰⁴ Aksar, 2003: 136 vd.; Akkutay, 2014: 101; Wirth, 2002: 878.

³⁰⁵ Aksar, 2003: 136 vd.; Akkutay, 2014: 101.

³⁰⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2 ve 6. maddeler.

³⁰⁷ Bayıllıoğlu, 2006: 40; Aksar, 2003: 139; Wirth, 2002: 878.

³⁰⁸ Reçber, 2014: 406.

1.4.2.1. Devletler Bakımından Kötüye Kullanım Fiilini İka Edecek Kişiler

Devletler; bir devlete ya da bir uluslararası örgüte temsilci atayabilir. Aynı zamanda devletler sürekli temsilci görevlendirebileceği gibi belirli amaca ulaşmak için geçici bir temsilci de görevlendirebilir. Aşağıda, bu temsilcilerin kim olduklarına, resmi göreve ne zaman başladıklarına ve görevlerinin ne zaman sona erdiğine dair açıklamalar yapılmıştır.

1.4.2.1.1. Devletlerin Devletler ile Temsil İlişkilerinde

Devletler nezdindeki sürekli diplomasi temsilcileri, misyon şefi ile diplomasi temsilciliğinde görev yapan ve diplomatik rütbeye sahip olan bütün üyelerdir³⁰⁹. Bunlar, diplomatik misyonu oluştururlar. Misyonu oluşturan diplomasi temsilcileri kavramına dâhil olan ilk sınıf; diplomasi personelidir. Uygulamada bunlar; “büyükelçi” , “müsteşar” , “başkâtip” , “ikinci kâtip” , “üçüncü kâtip” , “ataşe” ve “maslahatgüzar” olmaktadır. Diplomasi temsilcilerine, diplomatik personel kategorisinde olmayan başka görevliler tarafından çalışma alanlarına yönelik yardım sağlanmaktadır. Bunlar “idari ve teknik personel” ile “hizmet personelleri”dir. Uygulamada idari ve teknik personel sınıfına; hizmet pasaportu taşıyan memurlar, haberleşme teknisyenleri, sekreterler, doktorlar, din adamları, idari memurlar, koruma görevlileri, telsiz operatörleri, ulaştırma teknisyenleri, daktilolar gibi görevlilerin dâhil edildiği görülmektedir³¹⁰. Hizmet personeli ise; şoför, aşçı, hizmetli, bahçıvan, bekçi, kavas, hizmetçi ve benzeri durumdakilerin oluşturduğu sınıftır³¹¹. Özel hizmetçiler ise herhangi bir misyon üyesinin ev hizmetinde çalışan ve gönderen devlet hizmetinde olmayan kişilerden oluşmaktadır. Şu halde; misyonu oluşturan diplomasi temsilcileri; “diplomatik personel”, “idari ve teknik personel” ve “hizmet personeli” olmak üzere üç sınıftan oluşmaktadır³¹². Bu sınıflardan oluşan diplomasi temsilcileri, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkları kötüye kullanım fiilini ika edebilecek kişilerdir³¹³.

³⁰⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi 1. madde.

³¹⁰ Castro, 2014: 358; Pazarcı, 2018: 408; Reçber, 2014: 407; Ergüven, 2008: 53; Aksar, 2012: 301.

³¹¹ Castro, 2014: 358; Pazarcı, 2018: 408; Reçber, 2014: 407; Ergüven, 2008: 53; Aksar, 2012: 301.

³¹² Türkiye, bu konuda düzenlemeler getiren 1961 Viyana Sözleşmesi’ne 06.03.1985 tarihinden itibaren tüm hukuksal süreci tamamlayarak taraf olmuştur, bkz. Resmi Gazete, Tarih: 12.9.1984, Sayı: 18513, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc068/kanuntbmmc068/kanuntbmmc06803042.pdf (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Taraf olduktan sonra Türkiye 1985 tarihli “Diplomatik Temsilciliklerde Diplomatik Statüyü, Konsolosluklarda Konsolosluk Memuru Statüsünü Haiz Personel ile İlgili Protokol Esasları Hakkında Yönetmeliği”ni çıkarmıştır.

³¹³ Örneğin, hizmetçisine köle benzeri muamele yapan Mohamed Saleh, Birleşmiş Milletler Büyükelçiliği’nde görevli Bahreynli diplomatik personeldir. Filipinli hizmetçisine kötü muamelede bulunan Faris Mufti, Amerika Birleşik Devletleri Büyükelçiliği’nde görevli Ürdünlü bir başkâiptir. Mısırlı hizmetçisine köle benzeri muamelede bulunan Prens Turki bin Abdulaziz, Suudi Arabistan’ın Amerika Birleşik Devletleri’nde akredite edilen özel elçisidir. Cinsel taciz fiili işlediği iddia edilen Dominique Strauss-Kahn, IMF Başkanı’dır. Umaru Dikko’yu diplomatik çanta ile kaçırmaya çalışanlar, Nijerya’nın Londra Büyükelçiliği’nde görevli iki diplomasi

Diplomasi temsilcilerinin, kötüye kullanım fiilini ika edecekleri zaman, görevde oldukları zamandır. Resmi görev öncesi ve sonrası ika edilen fiiller, kötüyekullanım fiilleri olarak nitelendirilemez. Şu halde diplomasi temsilcileri; itimatname sunulduğunda³¹⁴ ya da kabul eden devlet tarafından rıza verildiği anda görevlerine başlayabilmektedirler³¹⁵.

Resmi görevin sona ermesi; görevi sona eren diplomasi temsilcisinin artık kötüye kullanım oluşturan fiilini ika edemeyeceği zamana işaret etmektedir. Bu kapsamda resmi görev, gönderen devlet tarafından ya da kabul eden devlet tarafından sona erdirilebilmektedir³¹⁶.Gönderen devlet; diplomatik ilişkileri geçici³¹⁷ ya da kesin³¹⁸ bir şekilde

temsilcisidir. Türkiye’de 65 kg eroin yakalatan Agim Haxhiu, Arnavutluk’un Makedonya Büyükelçiliği’nde görevli ikinci kâtiptir. Amerika Birleşik Devletleri’nde kara para aklayan Vladimir Kuznetsov, Rusya’nın Birleşmiş Milletler Büyükelçiliği’ndeki en yüksek rütbeli diplomasi temsilcisidir, örnekler için bkz. Mwenda, 2014: 85, 86, 97; Tai, 2007: 193; Lauterpacht vd., 1997: 453; Kahf, 2009: 16; Kappus, 2010: 278; Goossens, 2011: 80;Osborne, 1985: 31; Nielsen vd., 2015: 18.

³¹⁴ Misyon şefinin atanabilmesi için nezdinde atanacağı devlete önceden diplomatik yolla kimliğinin bildirilmesi ve ilgili devletin rızasının alınması gereklidir, bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 4. madde; Misyon şefinin sınıfı, bir başka deyişle büyükelçi, elçi ya da maslahatgüzar oluşu, iki devlet arasında kararlaştırılmaktadır, 1961 Viyana Sözleşmesi 15. madde; Bu rıza işlemine Fransızcadan gelen teknik terimiyle “agreman” adı verilmektedir, bkz. Çelik, 1980: 511; Pazarcı, 2018: 411; Ergüven, 2008: 59; Çakmak, 2014: 139; Bozkurt vd., 2018: 213; Agreman, temsilciyi atayacak devletin, temsilcinin atanacağı devletten, bu temsilciyi kabul etmesi için istenen uygun bulma talebine verilen addır, bkz. Sur, 2013: 241; Meray, 1958: 90; Caşın, 2013: 558;Çakmak, 2014: 139; Bir devlet, nezdinde atanmak isteyen kişiyi reddetme hakkına sahip olup bu konuda herhangi bir gerekçe göstermek zorunda da değildir, 1961 Viyana Sözleşmesi 4. madde 2. paragraf; Göreve atanan misyon şefi büyükelçi ise, devlet başkanının temsilcisi sıfatıyla kabul eden devletin başkanına sunulmak üzere bir itimatname götürmek zorundadır, 1961 Viyana Sözleşmesi 13. madde; Misyon şefi; büyükelçi veya elçi ise gönderen devletin başkanı tarafından kabul eden devletin devlet başkanına hitaben yazılır. Misyon şefi maslahatgüzar sınıfından ise gönderen devlet dışişleri bakanlığı tarafından kabul eden devlet dışişleri bakanlığına hitaben yazılır. Bu kapsamda itimatname; misyon şefinin resmî sıfatını ve kendisine itimat edilmesini belirten bir belgedir, Ergüven, 2008: 59; Caşın, 2013: 560; Çelik, 1980: 512; Olağan olarak itimatnamenin kabul eden devlete sunulması ile misyon şefi göreve resmen başlamaktadır, bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 13. madde.

³¹⁵ Misyon şefinin dışındaki diplomatik personel ile öteki görevlilerin gönderilmesinde, kabul eden devletin rızasının istenmesine gerek yoktur. Ancak, kabul eden devlet gerekli gördüğü takdirde, gönderen devletin kara, deniz ve hava askeri atışelerini atamadan önce rızasının alınmasını isteme hakkına sahiptir, bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 7. madde; Diplomatik misyonda görev alan diplomatik kadro üyelerinin prensip olarak gönderen devletin vatandaşı olmaları gerekmektedir. Atanacak diplomasi temsilcilerinin aynı zamanda kabul eden devletin vatandaşı olmaları halinde kabul eden devletin buna rıza vermesi gerekir, bkz. Reçber, 2014: 417; Bu rıza verme işlemi kabul eden devlet tarafından her zaman geri alınabilir. Gönderen devletin vatandaşı olmayan fakat aynı zamanda üçüncü devlet vatandaşı olan biri için de kabul eden devlet aynı hakka sahiptir. Bu olasılıkların Türkiye açısından gerçekleşmesi olanaksız görünmektedir. Zira iç hukuk bakımından diplomatik personel olmak için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı aranmaktadır, bkz. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu 48. madde.

³¹⁶ 1961 Viyana Sözleşmesi 43. madde.

³¹⁷ Diplomatik ilişkiler kesilip tekrar eski seviyesine gelebilir. Örneğin Kolombiya’nın Venezuela’ya karşı mücadele eden asi grupları ülkesinde barındırdığı ve destek verdiği gerekçesiyle Venezuela’nın deklarasyonu sonucunda Kolombiya ve Venezuela arasında 22.7.2010 tarihinde diplomatik ilişkiler geçici olarak kesilmiş, 10.8.2010 tarihinde ise tekrar başlamıştır, bkz. Reçber, 2014: 419.

³¹⁸ Bozkurt vd., 2018: 215; Her savaş veya silahlı çatışma diplomatik ilişkilerin kesin olarak kesilmesine neden olmaz. Örneğin sekiz yıl süren Irak – İran arasındaki savaş, 1980 yılında ortaya çıkmasına rağmen diplomatik ilişkiler 1987’de kesilmiştir, bkz. Reçber, 2014: 420.

kestiğinde, temsilcisini geri çağırıp görevden aldığı³¹⁹, temsilcisini terfi ettirdiğinde³²⁰ resmi görev sona erer. Gönderen devletin iç hukukuna göre mesleki veya cezai suç işleyen, mesleğinin gerektirdiği güveni vermeyen, mesleki açıdan yetersiz görülen, mesleği ile bağdaşmayacak şekilde eylemde bulunan veya işlemler tesis eden diploması temsilcilerinin görevlerine gönderen devletçe son verilebilir³²¹. Bu şekliyle de resmi görev sona erer. Ayrıca diploması temsilcisinin emekli olması³²², istifa etmesi³²³ ve ölmesi halinde de görev sona erer³²⁴. Kabul eden devlet tarafından diplomatik ilişkilerin askıya alınması ya da kesilmesi ve kabul eden devletin diploması temsilcilerinin sayısının makul sayıyı geçtiği değerlendirilmesi ya da istenmeyen kişi ilan etmesi³²⁵ halinde görev sona erer.

1.4.2.1.2. Devletlerin Uluslararası Örgütler ile Temsil İlişkilerinde

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişisi olarak tanınmalarıyla birlikte devletler bu örgütler nezdinde sürekli temsilcilikler açma yoluna gitmişlerdir³²⁶. Devletler, hem üyesi oldukları uluslararası örgütler nezdinde “sürekli temsilcilik” hem de üyesi olmadıkları uluslararası örgütler nezdinde “sürekli gözlemci temsilcilik” açabilmektedirler.

Uluslararası örgütler nezdinde görev yapan temsilci, kimi durumlarda devletler nezdinde görev yapan diploması temsilcilerine göre farklılıklar gösterebilmektedir. Şöyle ki; uluslararası örgütlerin devletlerden farklı olarak “egemenlik”, “insan” ve “ülke” unsurları yoktur. Uluslararası örgütlerin ülkelerinin bulunmaması nedeniyle, bu örgütler bir veya birden fazla devletin ülkesinde faaliyet göstermek zorunda kalmaktadırlar. Örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Merkezi, Amerika’nın New York şehrinde, Avrupa merkezi ise İsviçre’nin

³¹⁹ Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa arasında 1793’te gerçekleşen geri çağırma olayı örnek verilebilir. Amerika Fransa’dan, ülkesinde bulunan Fransa Elçisini, Amerikan siyasetine aykırı hareketlerinden dolayı geri çağırmasını ister. Fransa bu talebi kabul eder ama sonrasında kendi ülkesinde görev yapan Amerikan Elçisini, XVI. Louis’in firarı hadisesine karışmış olmakla itham eder ve bu elçinin Amerika tarafından geri çağırılmasını ister. Amerika’da aynı şekilde Elçisini geri çağırır. Böylece karşılıklı olarak elçiler geri çağırılmış olurlar, bkz. Meray, 1958: 114; Bozkurt vd., 2018: 215.

³²⁰ Örneğin bir maslahatgüzar ortaelçiliğe veya ortaelçi büyükelçiliğe terfi ettirilirse, ilk görevi teknik manada sona ermiş olur, bkz. Meray, 1958: 113; Bozkurt vd., 2018: 215.

³²¹ Bozkurt vd., 2018: 215.

³²² Bozkurt vd., 2018: 215.

³²³ Bu istifa resmi ve resmi olmayan sebeplerle olabilir. Amerika Birleşik Devletleri’nde yeni bir başkan seçildiği zaman diğer ülkelerdeki Amerikan diploması temsilcilerinin istifa etmesi bir teamül haline gelmiştir, bkz. Meray, 1958: 112; Aynı şekilde bkz. Bozkurt vd., 2018: 216.

³²⁴ Bu konudaki uygulama göre ölen temsilcinin ailesi, bir süre daha diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanacaktır. Ölüm sonrasında diploması temsilcinin ailesine makul süre tanınarak ülkeyi terk etmesi istenebilir. İşte bu makul süre içerisinde ayrıcalık ve bağışıklıklar devam edecektir, bkz. Meray, 1958: 113; Bozkurt vd., 2018: 215; O’keefe, 1976: 350.

³²⁵ 1961 Viyana Sözleşmesi 9. madde.

³²⁶ Bu konudaki kaynak 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi olmaktadır. Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir.

Cenevre şehrindeydir. Birleşmiş Milletler, bu devletler ile merkez andlaşmaları yapmak suretiyle birtakım ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahip olmaktadır³²⁷. Bunun yanı sıra devletten devlete temsil ilişkilerinde “gönderen devlet – kabul eden devlet” ilişkisi varken, devletten uluslararası örgüte temsil ilişkilerinde ise “gönderen devlet, kabul eden örgüt ve ev sahibi devlet” ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu üçlü ilişkide, ev sahibi devlette birtakım haklara, yetkilere ve yükümlülöklere tabidir³²⁸.

Devletten uluslararası örgötlere gönderilen diplomasi temsilcileri; “diplomatik personel”, “idari teknik personel” ve “hizmet personelinde” oluşturmaktadırlar. Diplomasi temsilcilerinin oluşturduğu misyonun başındaki misyon şefi, “daimi/sürekli delege” olarak adlandırılmaktadır. Bu kişiler, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların kötüye kullanılması fiilini ika edebilecek kişilerdir³²⁹.

³²⁷ Birleşmiş Milletler ile Amerika Birleşik Devletleri arasında 26 Haziran 1947 tarihinde Merkez Andlaşması imzalanmıştır, Andlaşma metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2011/volume-11-I-147-English.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

³²⁸ Birleşmiş Milletler ile Amerika Birleşik Devletleri arasında imzalanan Merkez Andlaşması’ndan örnek vermek gerekirse, Merkez Bölgesi olarak belirlenen yerlerde Birleşmiş Milletler düzenlemeleri geçerlidir (3.madde 7.bölüm). Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’nin rızası olmadan Birleşik Devletlerin adli, idari ve askeri yetkilileri Merkez Bölgesi’ne giremezler (3.madde 9.bölüm). Bu bölgede arama, yakalama, gözaltı ve tutuklama şeklindeki işlemler icra edilemez (3.madde 9.bölüm). Buna karşın Birleşmiş Milletler’in Merkez Bölgesi’ni suçluların sığınacağı bir alana dönüştürmemesi gerekmektedir (3.madde 9.bölüm). Amerika Birleşik Devletleri, Birleşmiş Milletler görevlileri, üye devlet temsilcileri, uzmanlar ve davet edilen diğer kişilerin Merkez Bölgesi’ne giriş ve çıkışlarını engelleyemez (4.madde 11.bölüm). Bunları korumak zorundadır. Ayrıca Birleşmiş Milletler görevi için gelecek diplomasi temsilcilerine Amerika Birleşik Devletleri vize vermek zorundadır. Vize hızlı ve ücretsiz şekilde verilir (4.madde 13.bölüm (a) bendi). Birleşmiş Milletler görevleri nedeniyle, diplomasi temsilcilikleri Merkez Bölge’de ya da Bölge dışında kurulabilir (5.madde 15.bölüm). Amerika Birleşik Devletleri otoriteleri, Merkez Bölge’yi koruyacaklardır. Birleşmiş Milletler, kendi kurallarını ihlal eden diplomasi temsilcilerini Merkez Bölge’den çıkarma yetkisine sahiptir (3.madde 10.bölüm). Şu halde çıkarılacak kişilerin Birleşik Devletler yasaları ya da başka düzenlemeleri çerçevesinde tutuklanmaları ya da diğer cezalara muhatap kalmaları mümkündür (3.madde 10.bölüm). Birleşmiş Milletler’den talep gelmesi halinde Amerika Birleşik Devletleri otoriteleri, Merkez Bölge’den çıkarılması istenen kişileri çıkaracaklardır (6.madde 16.bölüm a bendi). Ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanan diplomasi temsilcileri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’nin veya yetkili kişinin onayı olmadan, yalnızca Amerika Birleşik Devletleri’nin talebi ile Amerika’dan çıkarılamazlar (4.madde 13.bölüm b bendi). Birleşmiş Milletler ile Amerika Birleşik Devletleri düzenlemeleri arasında çelişik durumun ortaya çıkması halinde hakemden gelecek neticeye kadar Birleşmiş Milletler düzenlemeleri geçerli olacaktır (3.madde 8.bölüm). İhtilafı çözmekle yetkili hakem 3 kişiden oluşacaktır (8.madde 21.bölüm). 3 kişilik hakem üyelerinde biri Genel Sekreter tarafından, diğeri Amerika Birleşik Devletleri tarafından, geriye kalan hakem ise seçilen iki hakem tarafından seçilir. Seçilen iki hakem, üçüncü hakemi seçemezse, Uluslararası Adalet Divanı Başkanı üçüncü hakemi seçer (8.madde 21.bölüm). Hakem süreci ile ilgili ortaya çıkan sorunlar için Birleşmiş Milletler Genel Kurulu üzerinden Uluslararası Adalet Divanı’ndan tavsiye görüşü istenebilir (8.madde 21.bölüm).

³²⁹ Bahreyn Devleti’nin Birleşmiş Milletler Büyökelçiliği’nde görevli diplomasi temsilcisi Mohamed Saleh’in hizmetçisine köle benzeri muamelesi için bkz. Mwenda, 2014: 85.

Resmi görevin başlaması, kötüye kullanım fiilinin ika edilebileceği zaman aralığının başlangıcına işaret etmektedir. Bu kapsamda resmi görev, sunulacak “itimatname³³⁰” ya da yapılacak “bildirim³³¹” ile başlamaktadır. Görevin sona ermesi, kötüye kullanım fiilinin artık ika edilemeyeceği bir zamana işaret etmektedir. Bu kapsamda; diplomasi temsilcilerinin görevleri, gönderen devletin örgüte bildirimi ile veya temsilciliğin geçici ya da kesin olarak kapatılmasıyla sona ermektedir³³². Bununla beraber ev sahibi devlet; ceza mevzuatına karşı açık ve ağır bir şekilde suç işleyen veya içişlerine ağır bir şekilde karışan diplomasi temsilcilerine karşı gönderen devletten bu temsilcinin geri çağrılmasını talep edebilir³³³. Ayrıca, ev sahibi devlet; kendi güvenliğini sağlamak için birtakım koruma önlemleri de almaktadır³³⁴. Ancak bu önlemler kapsamında ev sahibi devlet, doğrudan istenmeyen kişi ilanında bulunamaz. Benzer düzenleme Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması’nda yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanan diplomasi temsilcilerinin Amerika Birleşik Devletleri sınırlarından çıkarılması, Birleşmiş Milletler’in onayı olmadan gerçekleştirilemez³³⁵.

1.4.2.1.3. Devletlerin Geçici Temsil İlişkilerinde

Devletler, geçici nitelikte temsil ilişkilerine girebilirler. Bir devlet, uluslararası örgütlerin toplantılarına katılma, uluslararası diplomatik konferanslara iştirak etme, diğer devletlerle belirli bir konuda görüşmeler gerçekleştirme, bu devletin ülkesinde törenlere katılma gibi durumlarda geçici temsilcilerden yararlanma yoluna gidebilmektedir³³⁶. Bu

³³⁰ Şöyle ki; sürekli temsilcilik şefi, bir uluslararası örgüt nezdinde atandığında, bu temsilcilik şefine ilişkin bir itimatnamenin örgütün yetkili kurumuna veya kişisine sunulması gerekmektedir. Bu itimatnamenin devlet başkanı tarafından verilmesi zorunluluğu yoktur. Hükümet başkanı, dışişleri bakanı ya örgütün işaret ettiği kişiden itimatname alınabilir, bkz. 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 10. madde; Uygulamada itimatname dışişleri bakanları tarafından düzenlenip ilgili örgütün genel sekreterine takdim edilir, bkz. Reçber, 2014: 454; Uluslararası örgüt nezdinde atanacak sürekli veya gözlemci temsilcilik şefi için önceden agreman istenmesine gerek yoktur. Ancak Avrupa Birliği gibi kimi örgütlerde agreman isteme yoluna gidilebilmektedir.

³³¹ Diplomasi temsilcileri dışındaki atanacak diğer personellerin de uluslararası örgüte bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirimden sonra uluslararası örgütte, ev sahibi devlete bildirim yapacaktır, bkz. 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 15. madde.

³³² 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 40. madde.

³³³ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 77. madde.

³³⁴ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 77. madde 4. paragraf.

³³⁵ Bu hükümden de anlaşılacağı üzere ev sahibi devlet Amerika Birleşik Devletleri’nin kötüye kullanım fiilini ika eden diplomasi temsilcilerini ülkesinden çıkarma hakkı olmayıp sadece çıkarılmasını talep etme yetkisi vardır. Öyleyse ev sahibi devlet, diplomasi temsilcilerinin görevlerine doğrudan son veremez, bkz. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 4. madde 13. bölüm (b) bendi.

³³⁶ Kaynak düzenleme, 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi olmaktadır; Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu Sözleşme’nin yürürlüğe girememesinin başlıca nedeni olarak kendi devlet ülkesinde örgütlerin yapacakları toplantılarda ve gerçekleştirilecek uluslararası konferanslarda diplomasi temsilcilerinin ayrıcalık ve bağışıklıkları

amaçları yerine getirmek için oluşturulan geçici heyette; “heyet başkanı”, “diplomatik personel”, “idari ve teknik personel” ve “hizmet personeli” bulunabilmektedir³³⁷. Geçici heyeti oluşturan bu kişiler, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiilini ika edebilecek kişilerdir³³⁸.

Geçici heyetin resmi görevi; gönderen devlet tarafından geçici heyette bulunan personel bilgilerinin konferansın veya örgütün yetkililerine, aynı zamanda ev sahibi devlete bildirimini ile başlar ve törenin, konferansın ya da toplantının bitmesi ile sona erer. Resmi görevin başlangıcı ile sona ermesi kötüye kullanım fiilinin ika edileceği zaman aralığına işaret etmektedir.

Bir devletin başka bir devlete özel heyet göndermesi mümkündür³³⁹. Özel heyette; “heyet başkanı”, “diplomatik personel”, “idari ve teknik personel” ve “hizmet personeli” bulunabilmektedir³⁴⁰. Bu kişiler kötüye kullanım fiillerini ika edebilecek kişilerdir.

Özel heyeti oluşturan diplomasi temsilcilerinin kabul eden devlet nezdinde görevlendirilebilmeleri için kabul eden devlete temsilciler hakkında bilgi verilmesi ve kabul eden devletin rızasının alınması gereklidir³⁴¹. Bu kapsamda resmi görev, yapılan bildirim üzerine alınan rıza ile başlamaktadır. Bir başka ifade ile özel heyet temsilcileri, kabul eden devletin dışişleri bakanlığı veya yetkilendirilen ilgili bir organ ile ilk resmi temas sonucunda resmi görevine başlamakta, özel mahiyette resmi takdim veya itimatname sunmalarına gerek olmamaktadır.

hususunda ev sahibi devletin yetkilerine önemli sınırlandırmalar getirilmesi gösterilmektedir, bkz. Reçber, 2014: 464.

³³⁷ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 45. madde.

³³⁸ Geçici heyetin sahip olduğu ayrıcalık ve bağışıklıkları kötüye kullanmalarına karşı bazı tedbirler alınmıştır. Şöyle ki; uluslararası örgüt toplantısına katılacak her devlet, konferansın öngörmüş olduğu kurallara riayet etmek şartıyla, geçici heyetini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu konuda ki sınırlandırma, gönderilecek personelin sınırlı sayıda tutulması ve ev sahibi devletin rızası olmadan heyet başkanının ve diplomatik personelin bu devletin uyruğunda olmamasıdır, bkz. 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 46 ve 73. maddeler; Geçici heyette bulunan kişilere, görevleriyle sınırlı ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmaktadır. Yerleşmeye ilişkin ayrıcalıklar içerisinde örneğin gümrük muafiyeti tanınmamaktadır. Bu kapsamda, temsilcilerin ve görevlilerin kendilerine çeşitli eşyalar getirme ayrıcalıkları yoktur. Ayrıca, geçici diplomasi temsilcileri ve görevlileri tarafından kullanılan kara, hava, deniz taşıtlarının neden olduğu zararların sigorta şirketleri tarafından karşılanmaması halinde, bunların hukuki yargı bağışıklığından yararlanamayacakları öngörülmektedir, bkz. 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 60. madde.

³³⁹ 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi bu konudaki ana kaynaktır.

³⁴⁰ 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 11. madde.

³⁴¹ 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 4. madde; Bu kapsamda özel heyetin görev alanı ve yetkileri de karşılıklı rıza ile belirlenmektedir. Geçici heyette görevlendirilen diplomasi temsilcilerinin kimlikleri ve bilgileri önceden kabul eden devlete gönderilmektedir. Kabul eden devlet, bu heyet üyelerinin makul sayıyı geçmesi ve kendi açısından gerekli koşulları taşımamaları nedeniyle bunları kabul etmeyebilir. Ayrıca kabul eden devlet, hiçbir gerekçe göstermeksizin özel heyet üyelerinin tümünü ve bir kısmını reddedebilir. Bunun yanı sıra kabul eden devletin uyruğundaki bir kişinin özel heyette görevlendirilip gönderilmesi kabul eden devletin onayını gerektirmektedir, bkz. 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 10. madde.

Resmi görevin sona ermesi tarafların andlaşması, görevin yerine getirilmesi, görev süresinin sona ermesi ya da kabul eden devletin bildirimi veya istenmeyen kişi ilanı ile söz konusu olmaktadır³⁴². Bu kapsamda özel heyetin göreve başlama ve görevlerinin sona ermesi hususu kötüye kullanım fiilinin ortaya çıkma zamanına işaret ettiği için önemlidir.

1.4.2.2. Uluslararası Örgütler Bakımından Kötüye Kullanım Fiilini İka Edecek Kişiler

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmalarıyla birlikte, bu kişilerin birbirleriyle ve devletler ile ilişkileri artmaya başlamıştır. Bu anlamda, uluslararası örgütler, gerek devletler gerekse de diğer uluslararası örgütler nezdinde sürekli temsilcilik açmaya başlamışlardır. Ancak devletlerden farklı olarak uluslararası örgütlerin kendilerine ait ülkeleri yoktur. Bu nedenle uluslararası örgütler ülkelerini kullandıkları devletlerle merkez andlaşmaları yapma yoluna gitmektedirler. Örneğin, Birleşmiş Milletler'in Amerika Birleşik Devletleri ile 1947 yılında akdettiği "Merkez Andlaşması" bu kapsamda değerlendirilebilir³⁴³.

Uluslararası örgütler adına yürütülen temsil ilişkilerinde, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların kötüye kullanılması fiilin ika edecek temsilcilerin kimler olabileceği, her uluslararası örgütün kurucu andlaşmalarına bakılarak bulunabilir. Örneğin, Birleşmiş Milletler bakımından bunlar; "Genel Sekreter", "Genel Sekreter Yardımcısı", "Birleşmiş Milletler memurları" ve "uzmanlardır"³⁴⁴. Avrupa Konseyi bakımından bunlar; "Bakanlar Komitesi", "Danışma Kurulu üyeleri", "Genel Sekreter", "Genel Sekreter Yardımcısı", "Konsey görevlileri" ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyeleridir"³⁴⁵. Avrupa Birliği bakımından ise bunlar; Avrupa Birliği kurumlarında görev alan "üyeler ve görevliler", "Avrupa Birliği görevlileri" ve "Avrupa Birliği Adalet Divanı üyeleridir"³⁴⁶. Örneklerde yer verilen bu kişiler ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanabilecek kişilerdir³⁴⁷.

³⁴² 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 12. madde.

³⁴³ Andlaşma metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2011/volume-11-I-147-English.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

³⁴⁴ Kaynak sözleşme 1946 B.M. Genel Sözleşmesi, erişim için bkz. <https://www.un.org/en/ethics/assets/pdfs/Convention%20of%20Privileges-Immunities%20of%20the%20UN.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

³⁴⁵ Kaynak sözleşme A.K. Genel Andlaşması, erişim için bkz. <https://rm.coe.int/1680063729> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

³⁴⁶ Kaynak sözleşme A.B. 7 Numaralı Protokol, erişim için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FPRO%2F07>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

³⁴⁷ Avrupa Parlamentosu'nun Fransız Temsilcisi Gollnisch, ülkesi Fransa'da, Nasyonal Sosyalistler'in insanlığa karşı işledikleri suçların şüpheli olduğuna dair beyanat vermiş, verdiği beyanat suç oluşturmamasına rağmen sahip olduğu cezai yargı bağımsızlığı nedeniyle yargılanamamıştır. Ardından Fransa Adalet Bakanlığı tarafından bağımsızlığının kaldırılması için Avrupa Parlamentosu'na talep gönderilmiş, Parlamento, görevin ifası ile ilgisi olmayan bu olayla ilgili bağımsızlıktan vazgeçmiştir. Anlaşıldığı üzere bu örnekte, ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanan kişi, Avrupa Parlamentosu üyesi olmuştur. Wessel, 2013: 19.

Resmi görevin başlama ve sona erme zamanı kötüye kullanım fiilinin ika edileceği zamana işaret eder. Şöyle ki; uluslararası örgütler, -kurucu andlaşması ya da türeme normları bakımından engelleyici düzenlemeler içermiyorsa- üyesi olan ya da üyesi olmayan devletler nezdinde temsilcilik açabilmektedirler. Sürekli temsilcilik, uluslararası örgüt ile ilgili devlet arasında yapılacak bir uluslararası andlaşma ile somut hale gelir³⁴⁸. Bu andlaşma üzerinden ilgili devlete yapılan bildirim neticesinde alınacak rıza ile diploması temsilcileri resmi görevlerine başlayabilmektedirler. Temsilcilerin resmi görevleri; ölüm, istifa, görevden alınma, istenmeyen kişi ilan edilme veya temsilciliğin kapatılması ile ilişkilerin kesilmesi vb. sebeplerle son bulmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası örgütler, diğer bir uluslararası örgüt nezdinde gözlemci statüsü ile temsilcilik açması da mümkündür. Gözlemci statüsü kapsamında başka bir örgütün çalışmalarına katılma durumuna ilişkin her bir örgütün yetkili organı ya da kurumu karar vermektedir. Örneğin, Avrupa Birliği'nde temsilci atama yetkisi istisna durumları saklı kalmak kaydıyla Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi'ne aittir. Bunun dışında birçok örgüt bakımından temsilci atama yetkisi Genel Sekreterliğe verilmiştir. İlgili uluslararası örgütler arasındaki mutabakat ile temsilciler atanıp resmi görevlerine başlarlar. Temsilcilerin resmi görevleri ölüm, istifa, görevden alınma veya temsilciliğin kapatılması ile ilişkilerin kesilmesi vb. sebeplerle son bulmaktadır. Ayrıca resmi görevin sona ermesi ile ilgili ev sahibi devlet ile uluslararası örgüt arasında akdedilen merkez andlaşmalarında da hüküm bulunabilir³⁴⁹. Örneğin uluslararası örgüte ev sahipliği yapan devletin, ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanan diploması temsilcilerinin geri alınmasını talep etme yetkisi vardır. Bununla birlikte ev sahibi devletin istenmeyen kişi ilanında bulunma yetkisi yoktur³⁵⁰.

³⁴⁸ Bu tür andlaşmalarda, diploması temsilciliğinin statüsü, temsilcilikte görev alacak diploması temsilcilerinin statüleri ve hangi sınıftan olacakları kararlaştırılır.

³⁴⁹ Birleşmiş Milletler ile Amerika Birleşik Devletleri arasında imzalanan Merkez Andlaşması'ndan örnek vermek gerekirse, Birleşmiş Milletler, kendi kurallarını ihlal eden diploması temsilcilerini Merkez Bölge'den çıkarma yetkisine sahiptir (3.madde 10.bölüm). Şu halde çıkarılacak kişilerin Birleşik Devletler yasaları ya da başka düzenlemeler çerçevesinde tutuklanmaları ya da diğer cezalara muhatap kalmaları mümkündür (3.madde 10.bölüm). Birleşmiş Milletler'den talep gelmesi halinde Amerika Birleşik Devletleri otoriteleri, Merkez Bölge'den çıkarılması istenen kişileri çıkaracaklardır (6.madde 16.bölüm a bendi). Ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanan diploması temsilcileri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin veya yetkili kişinin onayı almadan, yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'nin talebi ile Amerika'dan çıkarılamazlar (4.madde 13.bölüm b bendi).

³⁵⁰ Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması bakımından ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanan diploması temsilcisi, Birleşmiş Milletler'in onayı olmadan, yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'nin talebi ile ülkeden çıkarılamaz, bkz. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 4. madde 13. bölüm (b) bendi; Şu halde, kabul eden uluslararası örgüt olan Birleşmiş Milletlerin diploması temsilcisinin çıkarılmasını talep etmesi halinde bu temsilcinin görev süresi sona erecektir. Birleşmiş Milletler'den talep gelmesi halinde Amerika Birleşik Devletleri otoriteleri, Merkez Bölge'den çıkarılması istenen kişileri çıkaracaklardır, bkz. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 6. madde 16. bölüm (a) bendi.

Uluslararası örgütler, sürekli temsil ilişkilerinin yanı sıra geçici temsil ilişkileri de kurabilmektedirler. Andlaşmaya ilişkin görüşmeler yapma, müzakereler yürütme, uluslararası kongre ve konferanslara katılma bu kapsamda sayılabilir. Bu kapsamda uluslararası örgütün, kurucu andlaşmasına istinaden, yetkili organları aracılığıyla tesis ettiği kimi hukuki işlemler de bu örgüte geçici temsil ilişkileri kurma yetkisi verebilmektedir. Özellikle kimi konularda uluslararası bir yapıya sahip olan Avrupa Birliği, diğer uluslararası hukuk kişileri nezdinde geçici temsil ilişkilerini yoğun bir şekilde kullanmaktadır. Görevlendirilecek kişilerin kim olacakları, görevlerinin ne olacağı ve görev süreleri taraflar arasındaki mutabakat ile tespit edilir ve resmi görev bildirim ile başlar. Mutabakat ve bildirimde yer alan diplomasi temsilcileri, kötüye kullanım fiilini ika edebilecek kişilerdir. Mutabakata dayalı olarak yapılan bildirim ile başlayan resmi görev; görevin ya da görev süresinin sona ermesi ile sona erer. Bu zaman aralığı kötüye kullanım fiilinin ika edileceği zamana işaret etmektedir³⁵¹

³⁵¹ 2011'de Suriye'de başlayan iç savaş, uluslararası bir boyut kazanınca Birleşmiş Milletler, Suriye İç Savaşı'nın sona erdirilmesi ve barış sürecinin başlatılabilmesi için Kofi Annan'ı 23 Şubat 2012'de geçici temsilci olarak atamıştır. Kofi Annan, Suriye Hükümeti tarafından da tanınmış ve müzakereleri yürütmesi amacıyla Suriye'ye davet edilmiştir. Annan, yürüttüğü sürecin başarısız olması nedeniyle 31 Ağustos 2012'de istifa etmiştir. Bu yetkilendirme de, her ne kadar kötüye kullanım durumu ortaya çıkmamışsa da, bu örnek üzerinden genel açıklamalar somutlaştırılabilir. Bu örnekte kötüye kullanım fiili ancak geçici temsilci Kofi Annan tarafından gerçekleştirilebilir. Zira ayrıcalık ve bağımsızlıklara sahip olan bu kişidir. Göreve başlama tarihi olan 23 Şubat 2012 ile ve görevin sona ermesi tarihi olan 31 Ağustos 2012 arasındaki zaman ise ayrıcalık ve bağımsızlıkların kötüye kullanılacağı zamana işaret etmektedir, açıklamalar için bkz. Hinnebusch ve Zartman 2016: 6 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASININ İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN CİDDİ BİR SORUNA DÖNÜŞMESİ

Birinci bölümde açıklandığı üzere temel insan haklarının bir kısmı jus cogens niteliğini haizdir. Jus cogens kuralları, normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunur. Bu kurallar öncelikle uygulanır, aksine kurallar batıldır. Bu kapsamda, uluslararası hukuk bakımından temel insan haklarının “en üstün değer” olduğu sonucuna varılabilir.

Bununla birlikte temel insan hakları, kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmektedir. İhlal, kötüye kullanım fiillerine de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmasından ileri gelmektedir. Oysa diplomasi temsilcilerinin resmi görevleri arasında kötüye kullanım fiili bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu fiillere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaması gerekir. Ayrıca kötüye kullanım fiiline tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların, jus cogens kuralı olmadığı açıktır. Uluslararası normlar hiyerarşisine göre temel insan haklarının, kötüye kullanım fiiline tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara göre öncelikle uygulanması gerekir. Zira aksine uygulamalar batıldır.

Uluslararası normlar hiyerarşisi bu şekilde bir sonuç vermekle beraber, uluslararası hukuk, meydana gelen temel insan hakları ihlallerine sessiz kalmaktadır. Bu durum; bir yandan insan haklarını kutsayan diğer yandan bunların ihlaline sessiz kalan uluslararası hukuk bakımından ciddi bir çelişkiyi ifade etmektedir. Bu çelişkinin ortaya çıkmasında devletlerin irade ve uygulamalarının ciddi bir rolü vardır. Şöyle ki; uluslararası toplum, iç hukuklarda öngörülen toplum modelinin aksine yatay bir toplumdur. Bu toplumu oluşturan devletler ve uluslararası örgütlerdir. Uluslararası örgütlerde devlet iradesi ile kurulduklarından başlıca aktör devletlerdir. Kural olarak devletlerin irade ve uygulamaları ile uluslararası hukuk şekillenmektedir. Bu kapsamda devletlerin, kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmesine sessiz kalmaları bilinçli bir tercihtir. Bu tercih, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların tarihçesine (*Rönesans sonrası uygulama*), uluslararası sözleşmelere (*1961 Viyana Sözleşmesi, 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi, 2017 Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Taslağı vs.*), uluslararası hukuk kurumlarına (*normlar hiyerarşisi, uluslararası sorumluluk, devletlerin yargı bağışıklığı*) ve bu noktada öngörülen tedbirlere (*istenmeyen kişi ilanı, bağışıklıktan vazgeçme, tazminat, Uluslararası Adalet Divanı kararları vs.*) çok açık yansımıştır. Bu kapsamda aşağıda, kötüye kullanım fiillerinin soruna dönüşmesi nedenlerine yer verilmiştir.

2.1. Tarihsel Süreç İçerisinde Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıkların Kötüye Kullanılmasının Soruna Dönüşmesi

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması, yeni bir durum olmayıp ilk medeniyet uygulamaları kadar eskidir. Tarihsel süreç içerisinde ilkin, toplumlararası ilişkileri tesis etmek amacıyla diplomasi ve elçilik uygulaması ortaya çıkmıştır³⁵². Daha sonra toplumlararası haber taşıyan elçilerin, can ve seyahat güvenliğini sağlamak için bunlara birtakım ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır³⁵³. Şu halde, ilkin diplomasi ve elçilik uygulaması ortaya çıkmış, ardından diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır. Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması, bunların ortaya çıktığı İlk Çağ'dan itibaren vardır³⁵⁴.

İlk Çağ'dan günümüze kadar gelen uygulama içerisinde, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması var olmasına rağmen bu durumgünümüzde ciddi bir soruna dönüşmüştür. Bunun nedeni,Rönesans Dönemi sonrası kabul edilen anlayış ile yakından ilgilidir. Bu kapsamda aşağıda Rönesans öncesi uygulamalara ve ardından Rönesans'tan günümüze gelen anlayışa ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

2.1.1. Rönesans Öncesi: Sınırlı Diplomasi, Sınırlı Diplomatik Bağışıklıklar ve Etkin Tedbirler

İlk Çağ'dan Rönesans'a kadar geçen süre içerisinde genel olarak uluslararası hukukun uygulaması son derece sınırlıdır. Uluslararası hukukun konusu uluslararası toplumdur ve uluslararası toplum bu dönem içerisinde evrensel nitelikte bir örgütlenmeyi gerçekleştirememiştir. Bu dönemki ilişkiler; daha çok yerel ya da bölgesel nitelikte ve sınırlı bir ölçekte kurulmuştur. Bu sınırlı ilişkilerden kaynaklanan kurallara uygunluğu sağlayan bazı öğeler vardır. Bu öğeler arasında; “siyasal yapı”, “dinsel ve mitolojik değerler”, “ekonomik yapı”, “kültürel değerler” sayılabilir³⁵⁵. Bu dönemki genel durum diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar uygulamasını da doğal olarak etkilenmiştir. Şöyle ki; bu dönemde, ilişkiler sınırlı olduğundan, diplomasi geniş bir uygulamaya sahip değildir³⁵⁶. Sürekli temsil ilişkileri yoktur. Geçici temsil ilişkileri için görevlendirilen elçilerin; hem görevleri hem de görev süreleri son derece sınırlıdır. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar da kapsam bakımından çok geniş bir uygulamaya sahip değildir. Bu “sınırlılığa” rağmen bu dönemde; diplomatik ayrıcalık ve

³⁵² Caşın, 2013: 531; Meray, 1958: 79; Reçber, 2014: 381; Ata, 2017: 4; Zharmukhanbetova, 2010: 8.

³⁵³ Caşın, 2013: 531; Meray, 1958: 79; Reçber, 2014: 381; Ata, 2017: 4; Zharmukhanbetova, 2010: 8.

³⁵⁴ İlk Çağ'da kabul edildiği devlette rüşvet olarak diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanan elçi için bkz. Goossens, 2011: 15; Nicolson, 2001: 6.

³⁵⁵ Reçber, 2014: 35.

³⁵⁶ İlk Çağ ve Rönesans Dönemi arasındaki uygulamalar için bkz. Nicolson, 2001: 6.

bağışıklıklarını kötüye kullanan diplomasi temsilcilerine karşı son derece etkin tedbirler alınmıştır. Ayrıca, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan kaynaklanan kurallar, “dini ve mitolojik” çekincelerle, kötüye kullanılamamıştır. Bu uygulamalar kötüye kullanım fiillerinin ciddi bir soruna dönüşmesini engellemiştir. Bu kapsamda bu dönem içerisindeki bazı uygulamalara ilişkin açıklamalar yapılmalıdır.

İlk Çağ’da diplomasinin kapsamı çok sınırlıdır. Bir başka ifade ile bu dönemde diplomasi; müzakereler başlatmak, andlaşmalar yapmak ve savaşa son vermek gibi haberleri taşımaktan ibarettir. Bu görevler için elçiler tayin edilmiştir. Elçilerin temsil görevleri yoktur. Görevleri ve görev süreleri son derece sınırlı olan elçilere, çok sınırlı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır. Bunlar da, haberin karşı tarafa ulaşmasını sağlamak ile sınırlıdır³⁵⁷. Dönemin bu özellikleri; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasını sınırlandırmıştır. Bu dönemde kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirler de alınmıştır. Şöyle ki, kötüye kullanım fiilini işleyen elçilerin tutuklanmaları veya öldürülmeleri suretiyle cezalandırılmaları söz konusu olmuştur³⁵⁸. Gönderen devletler elçilerini takip etmiş, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanan elçilerini cezalandırmışlardır³⁵⁹. Bunun yanı sıra, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temeli bu dönemde dinsel ve mitolojik faktörlerle tanımlanmıştır³⁶⁰. Bu kapsamda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmaları, Tanrı’nın gazabını çekecek bir durum olarak nitelendirilmiştir³⁶¹.

Yunan şehir devletlerinde elçilerin görevleri; diğer devletlerle ittifak kurmak, andlaşma imzalamak ve haber taşımak ile sınırlıdır³⁶². Elçiler, bu görevlerini yerine getirirken can ve yol güvenliğinin sağlanması ile sınırlı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanmışlardır³⁶³. Bu dönemde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması yok denecek kadar azdır. Şöyle ki; Yunan şehir devletlerinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temeli dinsel ve mitolojik bir temele dayandırılmıştır. Bu dönemde elçilere ilahi varlık gözüyle bakılmış, elçilerin Tanrılar tarafından korunduğuna inanılmıştır³⁶⁴. Bunun

³⁵⁷ Bunlar kişi dokunulmazlığı, seyahat hürriyeti ve resmi evrak dokunulmazlığıdır, bkz. Meray, 1958: 80; Ergüven, 2008: 6.

³⁵⁸ Potyemkin, 2015: 13.

³⁵⁹ Ergüven, 2008: 8; Goossens, 2011: 15; Nicolson, 2001: 6.

³⁶⁰ Sivrioğlu ve Yılmaz 2017: 200; Çatal, 2015: 12; Ata, 2017: 6; Zharmukhanbetova, 2010: 10; Ergüven, 2008: 8; Ata, 2017: 5.

³⁶¹ Sivrioğlu ve Yılmaz 2017: 200.

³⁶² Baştan, 2016: 41; Potyemkin, 2015: 34.

³⁶³ Şöyle ki, elçilere dokunulamaz, gönderildikleri şehir devletlerinde yolları kesilemez, görevlerini yerine getirirken tutuklanamaz ve yargılanamazlardı, bkz. Caşın, 2013: 533; Reçber, 2014: 384; Zharmukhanbetova, 2010: 10; Ata, 2017: 6.

³⁶⁴ Dini temeli nedeniyle elçilere zarar vermek ciddi bir suçtur, bkz. Sivrioğlu ve Yılmaz 2017: 200; ayrıca bkz. Çatal, 2015: 12; Ata, 2017: 6; Zharmukhanbetova, 2010: 10; Ergüven, 2008: 8; Ata, 2017: 5.

yanı sıra, elçiler kötüye kullanım fiillerine karşı sıkı bir denetime ve etkin tedbirlere tabi tutulmuşlardır. Gönderildiği şehir devletinde yalnız başına bırakılmayan elçi, her an denetim altında tutulmuş ve bu denetimleri ihlal etmesi halinde ölüm cezası ile cezalandırılmıştır³⁶⁵. Diplomatik bağışıklıkları kötüye kullandığı tespit edilen elçiler, halk meclisince cezalandırılmıştır³⁶⁶.

Roma İmparatorluğu'nda elçilerin görev süreleri kısa tutulmuştur. Elçilerin görevleri; haber taşıma ile sınırlıdır³⁶⁷. Elçiler, bu görevleri yerine getirirken birtakım diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmışlardır³⁶⁸. Roma İmparatorluğu, ülkesine gelen yabancı elçilerin kişi ve eşya dokunulmazlıklarına sahip olduğunu kabul etmiş ve bunu genel bir kural olarak uygulamıştır³⁶⁹. Bu dönemde düşman bir devleti temsil eden elçilerin bile ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olacakları, bunları ihlal etmenin uluslararası hukukun çiğnenmesi olarak kabul edileceği şeklinde bir anlayış oluşmuştur³⁷⁰. Roma ülkesine düşman ülkelere gelen elçiler katiiyen şehrin içine alınmamışlardır. Senato'nun vereceği karara göre bu elçiler ile bazen görüşülmüş bazen de görüşme talepleri kabul edilmemiştir³⁷¹. Dost ülkelere gelen elçiler ise "Graecostasis" denilen yerlerde ağırlanmış³⁷² ve kabul almaları halinde Senato tarafından dinlenmişlerdir. Roma ülkesine gelmeleri ile ülkeden ayrılmaları arasında geçen sürede kendilerine Romalı askerler tarafından refakat edilmiş, böylece sürekli denetim altında tutulmuşlardır. Elçilerin Roma ülkesinde bulundukları bir esnada İmparatorluğun iç hukuk kurallarına aykırı bir fiil ika etmeleri halinde, özel korucuların denetiminde sınır dışı edilmeleri söz konusu olmuş ve bu elçilerin gönderen devlet tarafından cezalandırılmaları beklenmiştir³⁷³. Bu kural, bugünkü uluslararası hukukta uygulanan elçilerin içişlere karışmaması ve sınır dışı edilmesi ilkesi ile benzerlik oluşturmaktadır. Ayrıca kuralları ihlal eden elçilerin tutuklanmaması, kişi dokunulmazlığının benimsendiğine işarettir. Bu durum da, günümüz modern diplomasi hukukunun kuralları ile benzerlik göstermektedir. Genel uygulama bu olmakla birlikte, bu kuraldan sapmalarda olmuştur³⁷⁴. Roma ülkesine müzakere

³⁶⁵ Potyemkin, 2015: 34; Nicolson, 2001: 6.

³⁶⁶ Örneğin, Atinalı Elçi Timagoras'ın, Kral Artaxerxes'ten aldığı hediyeler, kendi halk meclisi tarafından rüşvet kabul edilmiş ve Elçi Timagoras idam edilmiştir, bkz. Nicolson, 2001: 6; Ergüven, 2008: 8; Goossens, 2011: 15.

³⁶⁷ Caşın, 2013: 535.

³⁶⁸ Ergüven, 2008: 11; Yearbook of the International Law Commission, 1956: 132.

³⁶⁹ Yearbook of the International Law Commission, 1956: 132.

³⁷⁰ Potyemkin, 2015: 65; Sivrioğlu ve Yılmaz, 2017: 206; Campbell, 2013: 217.

³⁷¹ Bu durumda Roma ülkesini, belli bir süre içinde ve önceden resmi bir izin almaksızın bir daha gelmemek üzere terk etmek zorunda bırakılmışlardır, bkz. Potyemkin, 2015: 53; Nicolson, 2001: 19.

³⁷² Nicolson, 2001: 18; Sivrioğlu ve Yılmaz, 2017: 206.

³⁷³ Nicolson, 2001: 18; Reçber, 2014: 385; Ergüven, 2008: 11.

³⁷⁴ Roma ülkesinde bulunduğu bir sırada cinayet işleyen Jugurtha'dan bir elçi, ülkesine gönderilmemiş, Roma mahkemeleri tarafından yargılanmış ve cezalandırılmıştır, bkz. Nicolson, 2001: 18.

maksadıyla gelip casusluk yapma, bilgi toplama niyetinde oldukları tespit edilen elçilerin tespit edilmesi halinde müzakere süreci belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır³⁷⁵. Bunun yanı sıra Roma İmparatorluğu elçileri de, görev süreleri sona erdiğinde Senato'ya rapor vermekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu raporlar neticesinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullandığı tespit edilen elçiler, vatana ihanet suçu kapsamında yargılamaya tabi tutulmuşlardır³⁷⁶.

Bizans İmparatorluğu'nda Roma'ya benzer şekilde elçilere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır³⁷⁷. Kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirler alınmıştır. Şöyle ki bu dönemde elçilik geçici nitelikte işlev görmüştür³⁷⁸. Bu kapsamda görev süresi de çok kısa tutulmuştur. Görevin geçici, sürenin kısa olması kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir olarak anlaşılmalıdır. Bunun yanı sıra, Bizans ülkesine gelen elçiler, daha sınırdayken Bizanslı askerler tarafından karşılanmış ve Bizans ülkesini terk ettikleri ana kadar sıkı denetim ve gözetim altında tutulmuşlardır³⁷⁹. Bizans ülkesine gelen elçiler, İmparatorluğun belirleyeceği yerde kalmak/konaklamak zorunda bırakılmışlardır³⁸⁰. Bu da, gelen elçilerin sıkı gözetim ve denetim altında tutulduğuna işaret etmektedir.

Ortaçağ döneminde elçilik faaliyetleri geçici niteliktedir³⁸¹. Feodal birimlere bölünmüş bu devletlerarasında diplomasi ağı bulunmamaktadır. Ortaçağ'ın bu genel durumu, diplomatik ilişkileri de sınırlamıştır³⁸². Bu dönemde elçilerin görevi genellikle mesaj taşımaktan veya haber iletmekten ibarettir³⁸³. Görevlerinin içeriği ve süresi sınırlıdır. Ortaçağ'da, hükümdarı temsil ettiği kabul edilen elçiler, hükümdarın mutlak statüsünden yararlanarak hukukî ve cezaî yargı bağışıklıkları ile vergi ve gümrük muafiyetleri faydalanmışlardır³⁸⁴. Bunların kötüye kullanılmalarına karşı etkin tedbirlerde alınmıştır. Şöyle ki; kötüye kullanım fiilini ika eden elçiler tutuklanarak cezalandırılmıştır³⁸⁵. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar "genel amaca

³⁷⁵ Milattan önce 197 yılında Roma'ya gelen Makedonyalı Elçiler'e, iki ülke arasındaki görüşmelerin altmış gün içinde bir andlaşma ile sonuçlandırılmaması halinde bağışıklıkların kaldırılarak casus ilan edilecekleri ve rehin tutulacakları haber verilmiştir, bkz. Nicolson, 2001: 23; Çatal, 2015: 14.

³⁷⁶ Nicolson, 2001: 17; Tuncer, 2005: 20; Çatal, 2015: 13.

³⁷⁷ Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan elçilerin görevleri; komşu devletlerin karakterleri, gelenekleri, zayıflıkları, güçleri, dostları ile düşmanlarını ayrıntılı bir şekilde analiz edip bu bilgileri merkeze raporlamaktır, Çatal, 2015: 14; Ata, 2017: 8; Ergüven, 2008: 12; Zharmukhanbetova, 2010: 12.

³⁷⁸ Goossens, 2011: 19.

³⁷⁹ Potyemkin, 2015: 90; Nicolson, 2001: 25; Çatal, 2015: 14.

³⁸⁰ Nicolson, 2001: 26.

³⁸¹ Reçber, 2014: 36.

³⁸² Caşın, 2013: 536.

³⁸³ Caşın, 2013: 536; Çatal, 2015: 14; Ata, 2017: 9 vd.; Ergüven, 2008: 15; İskit, 2015: 72.

³⁸⁴ Ata, 2017: 12; Ergüven, 2008: 16; İskit, 2015: 82.

³⁸⁵ Potyemkin, 2015: 114 vd.

hizmet etme” ölçütü ile çoğu zaman sınırlandırılmıştır³⁸⁶. Ayrıca diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temeli, önceki dönemlerde olduğu gibi dini bir içeriğe sahiptir³⁸⁷. Bu durum kötüye kullanım fiillerinisınırlandırsa da³⁸⁸, bu dönemde etkin diplomasi yürüten Papalık ve elçileri, gittikleri ülkelerde ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanmışlardır³⁸⁹.

İlk Çağ ile Rönesans Dönemi arasındaki Osmanlı İmparatorluğu uygulaması da benzer özellikler taşımaktadır. Şöyle ki, Osmanlı İmparatorluğu 18. yüzyılın sonlarına kadar geçici diplomasi yöntemini uygulamaya devam etmiştir³⁹⁰. Elçilerin görevi, diplomatik görüşmelere aracılık etmek veya yaşanan hadiselerin bildirimini yapmak ile sınırlıdır. Görev süreleri de görevin yerine getirilmesi ile sınırlıdır. Bu dönemde; ahitnâmeler ile elçilere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır³⁹¹. Örneğin Osmanlı ülkesine gelen Fransız elçi ve elçilik görevlilerine verilen ahitnâme ile bunlara kişi dokunulmazlığı, konut ve eşya dokunulmazlığı, yargı bağışıklığı³⁹², vergi muafiyeti ve gümrük muafiyeti tanınmıştır³⁹³. Bununla beraber kötüye kullanımlar karşısında etkin tedbirler alınmıştır: Bu kapsamda, yabancı elçi ile maiyetinde bulunanların Osmanlı ülkesine gelmeleri, Padişahın oluru vermesi halinde söz konusu olabilmektedir. Bu şekilde Osmanlı ülkesine gelen elçiler, ülkeye girişlerinden itibaren çok sıkı denetim ve gözetim altında tutulmuşlardır³⁹⁴. Ayrıca diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan ahitnâmelerde, aynı zamandakötüye kullanılmalarını engelleyen tedbirlere yer verilmiştir³⁹⁵. Örneğin, Osmanlı ile Fransa arasında yapılan ahitnâmelerde, elçilerin bulundukları devletin iç işlerine karışarak müdahale etmeleri, devleti yıkıcı faaliyetlerde bulunmaları ve casusluk yaparak devletin bilgilerini sızdırmaları gibi Osmanlı

³⁸⁶ İskit, 2015: 84; Ergüven, 2008: 16.

³⁸⁷ İskit, 2015: 82; Ergüven, 2008: 16.

³⁸⁸ Ergüven, 2008: 15.

³⁸⁹ Papalık elçilerinin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanmalarına şunlar örnek olarak sayılabilir; yerel halk arasında propaganda yapma, Kral’ı devirme planları yapma, casusluk yapma vs., bkz. Potyemkin, 2015: 126; Caşın, 2013: 536.

³⁹⁰ Osmanlı İmparatorluğu, gücünün bir simgesi olarak bu dönemde diplomasiyi çok sınırlı kullanmıştır, bkz. Caşın, 2013: 533; Reçber, 2014: 386; İskit, 2015: 124; Ergüven, 2008: 21; Erülker, 2015: 28.

³⁹¹ Yabancı elçi, konsolos ve tüccarların kanun himayesine alınmaları için Şeyhülislam’ın fetvası ile verilen belge olan “ahitnâme” aracılığıyla, eman statüsüne sahip olmaları gerekli kılınmıştır, bkz. İpşirli, 1999: 3; Yalçınkaya, 2003: 427; Ergüven, 2008: 22; Eman; kelime olarak güven, güvende olma ve güvenlik anlamına gelen, terim olarak İslam ülkesine girmek isteyen bir yabancıya can ve mal güvenliği verilmesi anlamında kullanılmaktadır, bkz. Özcan ve Muntazer, 2018: 4; İpşirli, 1999: 3; Yalçınkaya, 2003: 427; Ergüven, 2008: 21.

³⁹² Konsolosluk görevlilerine cezai yargı bağışıklığı mutlak bir şekilde tanınırken konsolosun ticaretle uğraşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar haricinde hukuki yargı bağışıklığı da tanınmıştır, bkz. Erülker, 2015: 30; Ergüven, 2008: 28.

³⁹³ Gözübüyük, 2018: 102.

³⁹⁴ Gözübüyük, 2018: 102.

³⁹⁵ Demir, 1999: 14.

İmparatorluğu'na zarar verici davranışlarda bulunmaları yasaklanmıştır. Buna aykırı davranan elçiler cezalandırılmışlardır³⁹⁶.

2.1.2. Rönesans Dönemi ve Sonrası: Genişleyen Diplomasi ile Diplomatik Bağımsızlıklar, Buna Karşın Etkin Olmayan Tedbirler

Rönesans dönemi ile gelen yenilikler ve ardından imzalanan 1648 tarihli Westphalya Andlaşması ile birlikte devletler, uluslararası toplumun baş aktörü haline dönüşmüşlerdir. Westphalya Andlaşması ile “devletlerin egemenliği ve eşitliği” ilkesi ortaya çıkmış ve bu ilke uygulamaya yansımıştır³⁹⁷. Bu dönemde, hükümdarın kişiliği; devletin kişiliği ile özdeşleşmiştir. Hükümdarın temsilcileri, hükümdarı temsil ettikleri için, bu kişiler diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullansalar bile; “devletlerin egemenliği ve eşitliği” ilkesi nedeniyle kötüye kullanımlara karşı etkin tedbirler alınamamıştır³⁹⁸. Bu sonuçlara neden olan temsil teorisi, günümüzde terk edilmiş olsa da, kötüye kullanım fiilleri benzer şekilde devam etmektedir. Aynı zamanda, 1648 tarihli Westphalya Andlaşması, uluslararası hukukta yaptırım tartışmasını beraberinde getirmiştir. Zira bu Andlaşma ile beraber uluslararası toplumun baş aktörü haline gelen devletlerin; “egemenlik” ve “eşitlik” ilkeleri uyarınca birbirlerine karşı yaptırım uygulayamamaları söz konusudur³⁹⁹. Uluslararası hukukta, yaptırımları uygulayacak üstün bir otorite ve kural olarak zorunlu yargı yetkisi içeren bir mahkeme yoktur⁴⁰⁰. Dolayısıyla diplomasi temsilcilerinin ika ettiği kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınması ancak uluslararası bir mutabakatla olur. Ancak devletlerin bu konuda çok istekli oldukları söylenemez. Tüm bu veriler, Rönesans sonrası dönemde, kötüye kullanım

³⁹⁶ Bu konuda ki meşhur örnek Fransız Elçisi Jean de La Haye örneğidir. Olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Vertaman adında Türkiye'ye seyahat etmek isteyen denizci Fransız subayı, Venedik amiralinin İstanbul'da ki Fransız Elçisi'ne verilmek üzere kendisine zarf içinde tevdi ettiği mektupları elçiye götürmeyerek İstanbul Kaymakamı'na teslim etmiştir. Mektuplar, Fransız Elçisi'nin casusluk yaptığını ortaya çıkarmış, bunun üzerine malumat vermesi için Fransız Elçisi huzura çağırılmıştır. Elçi, hastalığını öne sürerek yerine oğlu Denis de La Haye'yi göndermiştir. Denis de la Haye, sorulara sert bir şekilde yanıt verdiği ve şifreli mektupların içeriği hakkında malumat vermediği gerekçesiyle tutuklanmıştır. Ardından şifreli mektupların içeriği hakkında bilgi vermeyen Fransız Elçisi de La Haye de tutuklanmıştır. Bu hadisenin Fransa'da duyulması üzerine Kral XIV. Louis'in girişimleriyle Elçi ile oğlunun serbest bırakılmaları ve İstanbul'dan gitmelerine izin verilmesi sağlanmıştır. Şifreli mektup olayının ardından 1658 yılından itibaren yedi yıl boyunca Osmanlı-Fransız ilişkileri fiili olarak kesilmiştir, bkz. Gözübüyük, 2018: 109.

³⁹⁷ Reçber, 2014: 38.

³⁹⁸ Diplomasi temsilcisi, gönderen devletin bağımsızlığını ve hükümdarının sıfatını temsil ettiğinden diplomasi temsilcisinin yargılanması bir bakıma hükümdarın da yargılanmasıyla eş tutulmuştur, bkz. Tan, 2005: 38; Erson-Asar, 2013: 34; Ergüven, 2008: 67; Çamyamaç ve İnci, 2019: 200; Aksar, 2012: 299; Bozkurt vd., 2018: 222.

³⁹⁹ Gündüz, 2018: 10.

⁴⁰⁰ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

fiillerinin artmasına ve bunlara karşı etkili tedbir alınamamasına neden olmuştur⁴⁰¹. Bu sonuç, devletlerin bilinçli tercihidir. Şöyle ki;

- Rönesans dönemi ve sonrasında ortaya çıkan gelişmeler kapsamında; uluslararası hukukun uygulaması artmış, uluslararası toplumun ölçeği genişlemiştir. Yerel ya da bölgesel ilişkilerden daha büyük kapsamda ilişkiler ortaya çıkmıştır⁴⁰². Dinsel ve mitolojik gerekçelere dayandırılan kurallar, laik bir içeriğe bürünmüştür. Bir başka ifade ile hukuk laikleşmiştir⁴⁰³. 1648 tarihli Westphalya Andlaşması ile birlikte devletler, uluslararası toplumun baş aktörleri haline dönüşmüş, bunlar; konulan kuralların kaynağı haline gelmişlerdir⁴⁰⁴.
- Rönesans dönemi ile birlikte diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar uygulamasındadeğişim meydana gelmiştir. Şöyle ki; Rönesans döneminden sonra sürekli temsil ilişkileri ortaya çıkmış, mukim elçilikler kurulmuştur. Haber taşımakla sınırlı yetkiye sahip olan elçiler, temsil yetkisine sahip olmuş, böylece elçilerin görevleri artmıştır. Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların türleri artmış, uygulama alanı genişlemiştir. Bu genişlemeler karşısında, aynı nispette, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların kötüye kullanılmalarına karşı etkin tedbirler alınmamıştır⁴⁰⁵. Hatta kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde de elçilerin diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklarının devam edeceği ve kabul eden devlet tarafından cezalandırılmayacakları görüşü esas alınmıştır. Bu durum kötüye kullanım fiillerinin artmasına neden olmuştur⁴⁰⁶. Şu halde; elçilerin görevleri, görev süreleri ve aynı zamanda sahip oldukları ayrıcalık ve bağımsızlıkların kapsamı genişlerken buna karşın kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınmaması, hatta bu fiillerin varlığı halinde ayrıcalık ve bağımsızlıkların geçerli olacağının kabul edilmesi devletlerin bilinçli bir tercihidir. Zira devletler, kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınması hususunda isteksizdirler. Bu isteksizlik, modern diplomasi döneminde yapılan kodifikasyonlara da yansımıştır.

⁴⁰¹ Zira temel insan hakları ihlallerine karşı devletlerin yargı bağımsızlığının reddedilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Bu kapsamda, devletlerin temel insan haklarını koruma hususunda çok istekli olmadıkları ortaya çıkmaktadır, bkz. Erdem, 2016: 208; Erten, 2016: 60.

⁴⁰² Reçber, 2014: 37 vd.

⁴⁰³ İskit, 2015: 82; Ergüven, 2008: 16.

⁴⁰⁴ Reçber, 2014: 38.

⁴⁰⁵ Rönesans dönemi uygulamaları için bkz. Meray, 1958: 81; İskit, 2015: 74; Baştan, 2016: 46; Kodaman ve Akçay, 2010: 79; Çatal, 2015: 2; Meray, 1958: 80; Lütem, 1956: 533; Sur, 2013: 237; Erülker, 2015: 28.

⁴⁰⁶ Goossens, 2011: 18.

- Rönesans dönemine hâkim olan görüşe göre diplomasi temsilcisi, kendi ülkesinin iyiliği uğruna yalan söylemek üzere yabancı ülkeye yollanan bir bilge kişidir⁴⁰⁷. Yabancı bir ülkenin yöneticilerini satın alan bir diplomasi temsilcisi, uluslararası hukuku hiçbir şekilde çiğnemiş sayılamaz. Diplomasi temsilcisi böyle davranmakla, sadece ödevini yerine getirmiş olur⁴⁰⁸. Bu görüş ve bu görüşten kaynaklanan uygulama, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasını artırmıştır.
- Devletlerin irade ve uygulamalarının şekillenmesinde uluslararası hukukun kurucusu olarak kabul edilen Hollandalı Hugo Grotius'un görüşleri etkili olmuştur⁴⁰⁹. Grotius'a göre diplomasi temsilcileri; eşyaları ve maiyetleri ile birlikte, birtakım diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahiplerdir. Bunların kötüye kullanılmalarını önlemek için kabul eden devletin, ilgili diplomasi temsilcilerinin ülkesine gelmesini reddetme hakkı vardır. Kabul eden devletin yetkisi en fazla budur. Diplomasi temsilcilerinin ülkesinde bulunması halinde kabul eden devletin yetkisi, cezalandırma olmayıp en fazla ilgili temsilciyi ülkesine göndermekle sınırlıdır. Bu görüş ve uygulama, ülke - dışılık teorisine dayanmaktadır. Netice olarak, kötüye kullanım fiillerine karşı kabul eden devletlere daha etkili tedbirler alma olanağı tanınmamaktadır. Buna, 16. yüzyılda yaşanan "Mendoza Krizi" örnek verilebilir⁴¹⁰. İspanya'nın Londra Büyükelçisi Don Bernardino de Mendoza, İngiltere Kraliçesi Elizabeth'i tahttan indirmeye yönelik Katolik Asilzadelerle birlikte bir darbe girişime katılmış ancak işbirliği iradesi ortaya çıkınca görevinden alıkonulmuştur. Büyükelçi'ye ne yapılacağı konusunda İngiltere ikiye ayrılmıştır. Jean Hotman'ın başını çektiği görüşe göre, İspanyol Büyükelçisi suç işlemiştir, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullandığı için İngiltere'de cezalandırılmalıdır. Buna karşın Alberico Gentili'nin başını çektiği görüşe göre Büyükelçi'nin cezai yargı bağışıklığı vardır, dolayısıyla İngiltere'de cezalandırılmaz, en fazla ülkesine gönderilip ülkesi İspanya tarafından cezalandırılması talep edilebilir. Neticede Gentili'nin görüşü

⁴⁰⁷ Potyemkin, 2015: 172.

⁴⁰⁸ "Bu ödevini yerine getirirken diplomasi temsilcisi, akredite olduğu devletin kurumlarını ya da hükümdarının hayatını tehdit eden kişileri ayartmayacaktır", bkz. Potyemkin, 2015: 172.

⁴⁰⁹ Grotius, 1967: 129 vd.; Ayrıca bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1956: 132; Goossens, 2011: 18; Potyemkin, 2015: 170.

⁴¹⁰ Subramanian, 2017: 189.

ağır basmış, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkları kötüye kullanan Büyükelçi Mendoza cezalandırılmadan ülkesine gönderilmiştir⁴¹¹.

- Devletlerin, Rönesans dönemi ile birlikte kabul ettikleri ülke - dışılık teorisi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına neden olmuştur. Zira ülke - dışılık teorisine göre; diplomasi temsilcileri ile misyon binalarının taşınmazları, kabul eden devlet ülkesinin toprağının dışında kabul edilmiştir⁴¹². Bir başka ifade ile ülke - dışılık teorisi; diplomasi temsilcilerinin, kabul eden devletin ülkesinde oturmalarına rağmen haklarında uygulanacak yargı yetkileri bakımından sanki bu ülkede bulunmuyorlarmış gibi muamele görmelerini sağlayan bir varsayıma dayanmıştır⁴¹³. Bu teori, kötüye kullanım fiilleri karşısında kabul eden devlete hiçbir yetki tanımamış, etkin tedbirler alınmasına izin vermemiştir⁴¹⁴. Zira teorinin kabul ettiği faraziyeye göre diplomasi temsilcileri, kabul eden devlet ülkesinde bulunmamaktadır, dolayısıyla kabul eden devletin yargı yetkisi yoktur⁴¹⁵.

Birinci bölümde açıklandığı üzere 20. yüzyılda uluslararası hukuk ile insan hakları hukuku arasında yakınlaşma başlamıştır. Bu kapsamda jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları uluslararası hukuk bakımından en üstün değer kabul edilmiştir⁴¹⁶. Bu haklar, normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alırlar⁴¹⁷. Öncelikle uygulanırlar ve bunların aksine kurallar batıldır⁴¹⁸. Uluslararası bir yandan temel insan haklarını kutsarken diğer yandan bunların kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmelerine sessiz kalmaktadır. Bu çelişkili yaklaşıma, Rönesans döneminden bugüne kadar devam eden devlet uygulamalarının sebep olduğu

⁴¹¹ Subramanian, 2017: 190.

⁴¹² Teori ilk olarak 16 yüzyılda, uluslararası hukukun kurucusu kabul edilen Hugo Grotius tarafından ortaya atılmıştır, Meray, 1958: 95; Sur, 2013: 243; ayrıca bkz. Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Lütem, 1956: 542; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 116; Çelik, 1980: 518.

⁴¹³ Teori, 1868 tarihli “Bluntschli Tasarısı”, 1890 tarihli “Fiore Tasarısı” ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün 1895 tarihli Cambridge Oturumu’nda hazırladığı “Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi” başta olmak üzere birçok uluslararası düzenlemede esas alınmıştır, ayrıca bkz. Tan, 2005: 35; Meray, 1958: 95; Erson-Asar, 2013: 32; Ergüven, 2008: 66; Gözlügöl, 2013: 105; Çamyamaç ve İnci, 2019: 200; Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Lütem, 1956: 542; Wilson, 1984: 116.

⁴¹⁴ Meray, 1958: 95; Tan, 2005: 36; Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 117.

⁴¹⁵ Tan, 2005: 37; Bozkurt vd., 2018: 222; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 117.

⁴¹⁶ Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Mangır, 2011: 173; Başkaracaoğlu, 2011: 85 vd.

⁴¹⁷ Mangır, 2011: 26.

⁴¹⁸ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

açıktır⁴¹⁹. Ancak bu çelişkinin giderilmesi ve diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların, temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde, resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir.

2.2. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Tanıyan Sözleşmelerin Etkin Tedbirlere Yer Vermemesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere Rönesans dönemi ile birlikte diplomasi temsilcilerinin görevleri, görev süreleri ve sahip oldukları diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kapsamı genişlerken; bunları ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirleri içeren düzenleme yapılmamıştır. Bu husus, devletlerin bilinçli tercihini yansıtmaktadır. Bu tercih, Rönesans dönemi sonrası yapılan kodifikasyonlara yansımıştır. Ancak bu yaklaşım nedeniyle, kötüye kullanım fiilleri üzerinden temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu durum uluslararası hukuk sistemi bakımından ciddi bir sorundur. Aşağıda, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirler içermeyen kodifikasyon çalışmalarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Rönesans döneminin getirdiği yenilikler, yüzyıllar boyunca belirli bir hukuk sistematiğe bağlı kalınmadan uygulanagelmıştır. Bu dönemde devletler, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanımak için ya tek taraflı düzenlemeler yapmış⁴²⁰ ya da iki taraflı andlaşmalar⁴²¹ akdetme yoluna gitmişlerdir. 19. yüzyıla gelindiğinde bu kuralların modern diplomasi anlayışının gelişimine paralel olarak kodifikasyonu gündeme gelmiştir.

Kodifikasyon çalışmaları kapsamında 1815 yılında Viyana Kongresi toplanmıştır⁴²². Kongre'ye katılan devletlerce ilk kez diplomasinin belirli bir statüsü ve kuralları olan bir meslek olduğu kabul edilmiş ve diplomasi temsilcileri arasındaki protokol sorunlarına son

⁴¹⁹ “Libya’nın Londra Büyükelçiliği” örneğinde yaşam hakkı ihlal edilmiştir, bkz. Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Morris, 2007: 609; “Deyvani Khobragade” örneğinde kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı ihlal edilmiştir, bkz. Nielsen vd., 2015: 20; Vandenberg ve Bessell, 2016: 599; Akalanka, 2020: 79; “Terrence Karamba” örneğinde çocuk hakları ihlal edilmiştir, bkz. Dror, 2000: 19.

⁴²⁰ Devletlerin yaptıkları tek taraflı düzenlemelerde kişi ve bina dokunulmazlığı gibi bağışıklıklar mutlak tanınırken diğer ayrıcalık ve bağışıklıklar bakımından yeknesak düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu dönemde yapılan düzenlemelere İngiltere’ye ait 1708 tarihli “Yabancı Devletlerin Prenslerini, Bakanlarını ve Diplomasi Temsilcilerini Koruma Kanunu”, Amerika Birleşik Devletlerine ait 1790 tarihli “Birleşik Devletler Yasası” ve Fransa’ya ait 1794 tarihli “Ventose Decree” örnek gösterilebilir, bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1956: 134.

⁴²¹ 1809 tarihli “İngiltere – Portekiz Arasında Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Andlaşması” örnek gösterilebilir, bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1956: 134.

⁴²² Kongre’nin toplanması esnasında Avrupa’nın en güçlü iki devleti Avusturya ve Fransa’dır. Kongre, Napolyon Fransası’na karşı toplanacağı için yerin Fransa olması imkânsızdır. Geriye tek güçlü devlet Avusturya kalmaktadır. Ayrıca Kongre’nin toplanması için Avusturya Başvekili Prens Metternich’in üstün çabaları olmuştur. Bu nedenle Kongre’nin Avusturya’nın başkenti Viyana’da yapılması kararlaştırılmıştır, bkz. Frey ve Frey, 1999: 480.

vermek üzere “Vienna Tüzüğü” kabul edilmiştir⁴²³. Tüzük ile beraber diplomasinin uygulama alanı artmış ve diplomatik krizlere neden olan protokol sorunlarına çözüm bulunmuştur. Üç yıl sonra, 21 Kasım 1818’de, “Aix-la-Chapelle Protokolü” imzalanmış, bu Protokol’de diploması temsilcilerinin sınıflarına ve protokol sorunlarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir⁴²⁴. Vienna Tüzüğü ve Aix-la-Chapelle Protokolü’ndeki düzenlemeler ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulama alanı artmıştır⁴²⁵. Böylece, diploması temsilcilerinin görevleri, görev süreleri, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların türleri ve uygulanma alanları genişlemiştir. Buna karşın kötüye kullanım fiillerine karşı alınacak tedbirler bakımından düzenleme yapılmamıştır. Bu da günümüze kadar devam eden kötüye kullanımların en önemli sebeplerinden birisini oluşturmuştur.

1895 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan “Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi” dikkate değer bir düzenleme olmuştur⁴²⁶. Sözleşme’de “meşru müdafaa”, “bağışıklıktan vazgeçme” ve “gönderen devletin yargılama yapmak için girişimde bulunması” gibi tedbirlere yer verilmiştir⁴²⁷. Fakat Sözleşme’de esas alınan ülke - dışılık teorisi, kötüye kullanım fiillerini önleme, cezalandırma ve telafi etme niteliklerinden uzak görünmektedir⁴²⁸. Varsayıma dayanan bu teori, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasının önünü açmıştır⁴²⁹. Zira kötüye kullanım fiilini ika eden diploması temsilcilerine karşı kabul eden devlet, ülke - dışılık teorisi nedeniyle yargı yetkisini kullanamayacaktır⁴³⁰.

⁴²³ 1815 Vienna Tüzüğü’ne göre diploması temsilcileri üç sınıfa ayrılmaktadır: Büyükelçiler ve Nunciolar (Papanın Büyükelçisi), Devlet başkanları Nezdinde Atanan Elçiler ve Internunciolar (Papanın Orta Elçisi), Dışişleri Bakanları Nezdinde Gönderilen Maslahatgüzarlar (İşgüderler), açıklamalar için bkz. Meray, 1958: 81; Kodaman ve Akçay, 2010: 80; Çatal, 2015: 8; Caşın, 2013: 538; Yearbook of the International Law Commission, 1956: 133.

⁴²⁴ İşbu Protokol, orta elçi ve maslahatgüzar sınıfları arasına mukim elçi sınıfını dâhil etmiştir. Böylece diploması temsilcileri sınıfları şu şekilde olmuştur: Büyükelçiler ve Nunciolar (Papanın Büyükelçisi), Devlet başkanları Nezdinde Atanan Elçiler ve Internunciolar (Papanın Orta Elçisi), Mukim Elçi, Dışişleri Bakanları Nezdinde Gönderilen Maslahatgüzarlar (İşgüderler), bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1956: 133.

⁴²⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1956: 133.

⁴²⁶ Gözlügöl, 2013: 102.

⁴²⁷ Sözleşme 6. madde.

⁴²⁸ Sözleşme’nin Giriş Bölümü, 7, 8 ve 12. maddeler.

⁴²⁹ “Ülke - dışılık teorisi devletin yargı bağışıklığı için de kullanılmakla birlikte, daha ziyade devlet malları ve diploması temsilcilerinin yargı bağışıklığını izah etmek için kullanılmaktadır” açıklamalar için bkz. Tan, 2005: 35; Meray, 1958: 95; Erson-Asar, 2013: 32; Ergüven, 2008: 66; Gözlügöl, 2013: 105; Çamyamacı ve İnci, 2019: 200; Aksar, 2012: 300; Bozkurt vd., 2018: 222; Lütem, 1956: 542; Wilson, 1984: 116.

⁴³⁰ 1868 tarihli Bluntschli Taslak Sözleşmesi ile 1890 tarihli Fiore Taslak Sözleşmesi ülke dışılık teorisini kabul etmektedir. Ayrıcalık ve bağışıklıklara yer veren bu Sözleşmeler, bunların kötüye kullanılmaları halinde etkin tedbirlere yer vermemişlerdir. Etkin tedbir alınmasına ülke dışılık teorisinin de sebep olduğunu ifade etmek gerekir, ilgili Sözleşmeler için bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1956: 146 vd., Ayrıca bkz. Tan, 2005: 37; Bozkurt vd., 2018: 222; Sur, 2013: 243; Wilson, 1984: 117.

1917 yılında Amerikan Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan bir Taslak, 1928’de Küba’nın başkenti Havana’da düzenlenen Altıncı Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı’nda kabul edilmiş, böylece “Havana Sözleşmesi” ortaya çıkmıştır⁴³¹. Sözleşme’ye göre diplomasi temsilcileri devlet başkanlarının kişiliğini değil yalnızca hükümetlerini temsil ederler⁴³². Resmi görevlerin yerine getirilmesi ile sınırlı olmak üzere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olunabilir⁴³³. Misyon binasına sığınan adi suçlular, kabul eden devlet yetkililerine iade edilirler⁴³⁴. Diplomasi temsilcileri, kabul eden devletin iç ve dış siyasetine karışamazlar⁴³⁵. Bu kapsamda Sözleşme’de, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmalarına karşı bazı tedbirlere yer verilmiştir. Ancak bu tedbirler yetersizdir. Şöyle ki: Sözleşme’de diplomasi temsilcilerinin görevleri ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kapsamı genişlemiştir⁴³⁶. Buna karşın aynı nispette tedbirlere yer verilmemiştir. Sözleşme’de işlevsel gereklilik teorisi esas alınmış olsa da, diplomasi temsilcileri resmi görev dışı kötüye kullanım fiillerini ika etmeleri halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanmışlardır. Sözleşme’de yer alan “bağışıklıktan vazgeçme” tedbiri mutlak olmayıp gönderen devlet tarafından kabul edilmedikçe işletilemez⁴³⁷. Sözleşme’de yer alan adi suçluların iade edilmesi konusu, çoğu zaman kötüye kullanılmıştır. Örneğin Kolombiya’nın Peru Büyükelçiliği’ne sığınan Hayâ de La Tore, Kolombiya Hükümeti tarafından Büyükelçilikten talep edilmiş, ancak Büyükelçilik Tore’nin adi suçlu olmadığından bahisle talebi kabul etmemiştir⁴³⁸. Böylece, bina dokunulmazlığı kötüye kullanılmıştır. Bu eksiklikler, hala etkili tedbirler içeren düzenlemelerin yapılmadığını göstermektedir.

10 Ocak 1920’de kurulan Milletler Cemiyeti, kendi sistemi içerisinde kodifikasyon çalışmalarına girişmiştir. Bu kapsamda Nisan 1925’te kurulan Birinci Komite, uluslararası hukukta kodifikasyon yapılacak on bir başlığı belirlemiş, bunlar arasında “diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar” başlığına da yer verilmiştir. Birinci Komite, kodifikasyon sürecinin

⁴³¹ Gözlüğü, 2013: 102; Yearbook of the International Law Commission, 1956: 135 vd.

⁴³² Havana Sözleşmesi Giriş Bölümü 3. paragraf.

⁴³³ Sözleşme’nin giriş bölümünde işlevsel gereklilik teorisinin esas alındığı ifade edilmiştir. Bu durum Sözleşme hükümlerinde de kendisini göstermektedir. Örneğin Sözleşme’nin 20. maddesinde diplomasi temsilcilerine yargı bağışıklığı tanınmış ancak diplomatik görevler dışındaki işlemler için bu bağışıklıktan yararlanılamayacağı ifade edilmiştir.

⁴³⁴ Havana Sözleşmesi 17. madde; Diplomatik sığınma adı altında ortaya çıkan bu durum, Havana Sözleşmesi dışında bir sözleşmede düzenlenmemiştir, Ergüven, 2008: 77.

⁴³⁵ Havana Sözleşmesi 12. madde.

⁴³⁶ Havana Sözleşmesi 15. madde.

⁴³⁷ Havana Sözleşmesi 19. madde.

⁴³⁸ Uluslararası Adalet Divanı, talebin kabul edilmemesini Havana Sözleşmesi’nin ihlali olarak değerlendirmiştir, karar için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “*Sığınma Davası (Kolombiya – Peru)*” (20.11.1950), ICJ Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/7/007-1950120-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

yürütülmesi için Alt Komite'yi görevlendirmiştir. Ancak bütün bu çabalara rağmen Uluslararası Hukukun Kodifikasyonuna İlişkin Birinci Konferans'ta kodifiye edilen başlıklar arasında diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara yer verilmemiştir⁴³⁹. Bu başarısızlığın başlıca sebepleri arasında; Milletler Cemiyeti için kurgulanan sistemdeki yapısal sorunlar, karar verme mekanizmasının yetersizlikler gösterilebilir⁴⁴⁰. Bu durum, bütün devletleri ilgilendiren bir konu olan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar alanında kodifikasyon yapılmasını engellemiştir. Ayrıca, savaşta yenilen devletlerin Milletler Cemiyeti'ne üye olarak kabul edilmemeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'nin üye olamaması gibi nedenler Milletler Cemiyeti'nin evrensel olma iddiasını gölgelemiş, böylece bu devletlerin yokluğunda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin kodifikasyon yapılamamıştır⁴⁴¹.

Milletler Cemiyeti döneminde başarısız kalan kodifikasyon süreci Birleşmiş Milletler tarafından tamamlanmıştır. Birleşmiş Milletler Şartı'nda genel bir düzenleme ile Birleşmiş Milletler Örgütü'nün, Örgüt görevlilerinin ve Örgüt'e üye olan devlet temsilcilerinin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanacakları ifade edilmiştir⁴⁴². Bu düzenleme ile devlet temsilcilerinin yanı sıra uluslararası örgüt temsilcileri de artık diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmışlardır. Bir başka ifade ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınacak temsilcilerin kapsamı genişlemiştir⁴⁴³. Şart'ta geçen genel düzenleme, 1946 tarihli "Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Genel Sözleşmesi" ve 1947 tarihli "Birleşmiş Milletler Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Sözleşmesi" ile tamamlanmıştır.

1946 B.M. Sözleşmesi'nde; Birleşmiş Milletler görevlilerine ve üye devletlerin temsilcilerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır. Sözleşme'ye göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar görevle sınırlı olmak üzere kullanılabilir⁴⁴⁴. Bu şekilde Sözleşme, işlevsel gereklilik teorisini esas almıştır. Ayrıca kötüye kullanım fiilinin varlığı halinde yetkili

⁴³⁹ Yearbook of the International Law Commission, 1956: 136.

⁴⁴⁰ Kıran, 2008: 19.

⁴⁴¹ Kıran, 2008: 19.

⁴⁴² Genel düzenleme Birleşmiş Milletler Şartı'nın 105. maddesinde yer almaktadır: "1. Örgüt, üyelerinin her birinin topraklarında amaçlarına ulaşmak için gerekli ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanır. 2. Birleşmiş Milletler üyelerinin temsilcileri ile örgütün görevlileri de, aynı şekilde, örgüt ile ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanırlar".

⁴⁴³ Shaw, 2018: 964; Devletlerin yanı sıra uluslararası örgüt diplomasi temsilcilerine de ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınması söz konusudur. Böylece diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulama alanı genişlemiştir.

⁴⁴⁴ Üye devlet temsilcileri için bkz. Sözleşme 4. madde 14. bent, Birleşmiş Milletler görevlileri için bkz. 5. madde 20. bent, uzmanlar için bkz. 6. madde 23. bent.

makam tarafından bağışıklıktan vazgeçilmesi söz konusudur⁴⁴⁵. Bağışıklıktan vazgeçme tedbiri, yalnızca bir hak olmayıp aynı zamanda “ödev” olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirme, ilgili hükmün tavsiye olmaktan ziyade yükümlülük niteliği taşıdığı izlenimini vermektedir⁴⁴⁶. Bu düzenleme şekline rağmen Sözleşme kötüye kullanımlara karşı yetersiz kalmaktadır. Şöyle ki; Sözleşme ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan diplomasi temsilcilerinin kapsamı genişlerken; bu kimselerin ika edeceği kötüye kullanım fiillerine karşı alınacak tedbirler aynı nispette genişleme göstermemiştir⁴⁴⁷. Sözleşme’de “ödev” olarak nitelendirilen bağışıklıktan vazgeçme tedbirine başvurulmaması halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerli kabul edilir. Bu da, ilgili tedbir için yapılan “ödev” nitelendirmesinin yükümlülük olmadığını gösterir. Mahkeme kararları bu yönde şekillenmiştir. Amerika Birleşik Devletleri İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi’nde görülen “Brzak v. United Nations” davasında Mahkeme, bağışıklıktan vazgeçilmedikçe Birleşmiş Milletler’e ait diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların olduğu gibi devam edeceğini hükme bağlamıştır⁴⁴⁸. Bununla beraber; Sözleşme, işlevsel gereklilik teorisini esas almış olsa da, uygulamada kötüye kullanım fiillerine de ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır. Bu durum mahkeme kararlarına yansımıştır. Bu kapsamda kötüye kullanım fiili ile hakları ihlal edilen kişiler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuş, başvurular neticesinde Mahkeme, uluslararası örgütlerin amaçlarına ulaşabilmeleri için diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmalarının gerekli olduğuna, insan hakları ihlalleri içinde ilgili örgütlerin alternatif çarelere yer vermesi gerektiğine işaret etmiştir⁴⁴⁹. Ne var ki, karardan sonra Mahkeme’nin işaret ettiği alternatif çarelere yer verilmemiştir. Örneğin, Kosova’da ki operasyon neticesinde yerel halkın yaşam hakkı başta olmak üzere diğer hakları ihlal edilmiş buna karşın ihlale neden olan diplomasi

⁴⁴⁵ Ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanan üye devletin temsilcisi ise bunun hakkında ilgili üye devlet, (4. madde 14. bent), Birleşmiş Milletler memuru ise Genel Sekreter (5. madde 20. bent), umumi kâtip ise Güvenlik Konseyi (5. madde 20. bent), uzman ise umumi kâtip (6. madde 23. bent) bağışıklıktan vazgeçme iradesine sahip olacaktır.

⁴⁴⁶ Sözleşme’de bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “...bağışıklığın adaletin yerine getirilmesine engel olduğu veya uğrunda tanındığı amaca zarar gelmeksizin kaldırılabilceği kanaatinde bulunduğu bütün hallerde sadece temsilcisinin muafiyetini kaldırmak hakkına malik değil aynı zamanda bununla da ödevlidir” bkz. Sözleşme 4. madde 14. bent; 5. madde 20. bent.

⁴⁴⁷ 1946 B.M. Sözleşmesi ile devletlerinyanı sıra uluslararası örgütlerin diplomasi temsilcileri de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanacaklardır.

⁴⁴⁸ Amerika Birleşik Devletleri İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi, “Brzak v. United Nations”, Başvuru Numarası: 08-2799-cv, 02.03.2010, [Brzak v. United Nations, No. 08-2799 \(2d Cir. 2010\) :: Justia](#), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁴⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Behrami v. Fransa Davası”, 141. paragraf, Başvuru Numarası: [71412/01](#), 02.05.2007.

temsilcilerine karşı bağışıklıkları nedeniyle etkin tedbirler alınamamıştır⁴⁵⁰. Ayrıca Mahkemenin işaret ettiği alternatif çareler de alınmamıştır.

1950’li yılların ikinci yarısına gelindiğinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, bünyesindeki Uluslararası Hukuk Komisyonu’nu, kapsamlı kodifikasyon çalışmaları yapması hususunda görevlendirmiştir⁴⁵¹. Uzun süren çalışmalar neticesinde bir taslak kabul edilmiştir. Bu taslak Viyana’da toplanan Konferansta ele alınmış⁴⁵² ve 18.04.1961 tarihinde “Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi” olarak imzalanmıştır⁴⁵³. 1961 Viyana Sözleşmesi ile geçmiş iki yüz yılda gelişen diplomasi hukukunun kuralları kodifiye edilmiştir. Bu kurallardan birçoğu kodifiye edilmeden önce teamül kuralı olarak uygulanagelmıştır. Ancak 1961 Viyana Sözleşmesi, dağınık halde bulunan diplomasi hukukunun kurallarını somutlaştırmıştır. Bu Sözleşme, bugün diplomasi hukuku bakımından başvuru birincil kaynaktır. Bugün itibarıyla 193 devletin taraf olduğu göz önünde bulundurulursa, Sözleşmenin evrensel bir nitelik taşıdığı sonucunavarılabılır⁴⁵⁴. Taraf olmayan devletler dâhi Sözleşme’nin birçok hükmünün teamül kuralı haline gelmiş olması nedeniyle Sözleşme hükümleriyle bağlıdır⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Shaw, 2018: 966.

⁴⁵¹ “Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1949’daki ilk oturumunda, diplomatik ilişki ve dokunulmazlıkları kodifikasyon konularından biri olarak seçti, ancak öncelik verdiği konular listesine dahil etmedi. 1953’teki beşinci oturumunda Komisyon, Genel Kurul’un 5 Aralık 1952 tarih ve 685 (VII) sayılı kararı hakkında bilgilendirildi; bu kararla, Meclis, Komisyon’dan mümkün olan en kısa sürede diplomatik ilişkilerin ve dokunulmazlıkların öncelikli olarak ele alınmasını istedi. 1954’teki 6. oturumunda Komisyon konuyla ilgili çalışma başlatmaya karar verdi ve Sn. Sandström’ü (İsveç) Özel Raportör olarak atadı. Komisyon bu konuyu sırasıyla 1957 ve 1958’deki dokuzuncu ve onuncu oturumlarında ele aldı. Dokuzuncu oturumunda, Komisyon ilk okumada yorumlarla birlikte bir dizi taslak makaleyi kabul etti. Taslak, görüş almak üzere Hükümetlere iletili. 1958’deki onuncu oturumunda Komisyon, diplomatik ilişkiler ve dokunulmazlıklar hakkındaki nihai taslağı yorumlarla kabul etti. Komisyon, bu nihai taslağı Genel Kurul’a sunarken, Genel Kurul’un bir sözleşmenin sonuçlandırılması amacıyla taslağı Üye Devletlere tavsiye etmesini tavsiye etti. 7 Aralık 1959 tarihli 1450 (XIV) sayılı kararla, Genel Kurul Komisyonun tavsiyesini onayladı ve en geç 1961 baharında bir tam yetkili temsilciler konferansı toplamaya karar verdi. Birleşmiş Milletler Diplomatik İlişki ve Bağışıklıklar Konferansı Neue Hofburg’da toplandı. 2 Mart - 14 Nisan 1961 tarihler arasında Viyana’da Konferansa, yetmiş beşi Birleşmiş Milletler Üyesi ve altısı Uluslararası Adalet Divanı Statüsüne taraf olan seksen bir ülkeden delegeler katıldı. Konferans, gündemindeki önemli maddeleri kendisine havale ettiği bir Bütün Komitesi kurdu. 18 Nisan 1961’de konferans, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesini (statü)... kabul etti. Sözleşme ve iki İhtiyari Protokol 24 Nisan 1964’te yürürlüğe girdi”, Birleşmiş Milletler tutanakları için bkz. Diplomatic intercourse and immunities — Analytical Guide to the Work of the International Law Commission — International Law Commission (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁴⁵² 1815 tarihli Kongre, Viyana toplandığı için ikinci toplantının da Viyana’da yapılması kararlaştırılmıştır, bkz. Frey ve Frey, 1999: 480.

⁴⁵³ İşbu sözleşme, Türkiye tarafından 1984 yılında onaylanmış, 05.04.1985 tarihinde ise yürürlüğe sokulmuştur, bkz. Resmi Gazete, Tarih: 12.9.1984, Sayı: 18513.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc068/kanunbmmc068/kanunbmmc06803042.pdf (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁴⁵⁴ Sözleşmenin akdedildiği tarihte Birleşmiş Milletler’e üye 98 devlet bulunmaktadır, Sözleşme Taslağının tartışıldığı Konferans’a ise 81 devlet katılmıştır. Bu durum katılımın yüksek olduğunu göstermektedir. Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesini, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin daimi üyelerinden Amerika Birleşik Devletleri 29.6.1961’de, Rusya 18.4.1961’de, İngiltere 11.12.1961’de, Fransa 30.3.1962’de, Çin 25.11.1975’te

1961 Viyana Sözleşmesi'nin kodifiye edilmesinin başlıca sebepleri arasında diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasını önleme amacı gelmektedir⁴⁵⁶. Bu kapsamda Sözleşme'de; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmış, ardından bunların kötüye kullanılmalarına karşı tedbirlere yer verilmiştir. Sözleşme'de tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar, resmi görevle sınırlıdır. Bir başka ifade ile Sözleşme'de işlevsel gereklilik teorisi esas alınmış ve ülke – dışılık teorisi terk edilmiştir. Sözleşme'de sığınma hakkına yer verilmemiştir⁴⁵⁷. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kapsamı Sözleşme'nin ilgili maddelerinde yer verilenlerle sınırlı tutulmuştur. Bunlardan yararlanan kişilerde sınırlamaya gidilmiştir⁴⁵⁸. Hukuki yargı bağışıklığında, mutlak bir anlayış yerine istisnalara yer verilmiştir⁴⁵⁹. Kötüye kullanım fiillerine karşı başvurulacak tedbirler arasında “istenmeyen kişi ilanı”, “bağışıklıktan vazgeçme”, “gönderen devletin yargılaması” ve “diplomatik ilişkilerin kesilmesi” gibi tedbirlere yer verilmiştir. Genel düzenleme bu olmakla birlikte Sözleşme kötüye kullanım fiillerine karşı yetersiz kalmıştır. Şöyle ki;

- Sözleşme'de işlevsel gereklilik teorisi esas alınsa da, resmi görevle ilgisi olmayan kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmaktadır⁴⁶⁰. Bu konuda mutlak cezai yargı bağışıklığı ve bina dokunulmazlığından örnek verilebilir⁴⁶¹. “Mutlak” yaklaşım nedeniyle yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine dahi bağışıklık tanınmıştır⁴⁶².

imzalamışlardır. Bu durum, Soğuk Savaş döneminin hüküm sürdüğü bir dönemde bile konsensüsün sağlandığını göstermektedir, açıklamalar için bkz. [Member States | United Nations](#), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁴⁵⁵ Aksar, 2012: 299; Ayrıca bkz. “(devletler) bu sözleşmeye taraf olsalar bile bu ayrıcalıkların ilgili devlette uygulanması ve kullanılması kabul eden devletin ulusal düzeyde ilave düzenleme yapmasını gerektirmektedir”, bkz. Çakmak, 2014: 135; Sur, 2013: 237.

⁴⁵⁶ Amerika Birleşik Devletleri ile Yugoslavya'nın kötüye kullanımlara ilişkin şikâyetlerine dair bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 6. Oturum, [A/RES/509\(VI\)](#), 14.12.1951, [A/RES/509\(VI\) - E - A/RES/509\(VI\) - Masaüstü \(undocs.org\)](#), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁴⁵⁷ Frey ve Frey, 1999: 481.

⁴⁵⁸ Örneğin, kabul eden devletin vatandaşı olan veya burada daimi ikameti olan kimseler diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanamayacaklardır, bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 37. madde.

⁴⁵⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi 31. madde.

⁴⁶⁰ Craig, 2016: 64.

⁴⁶¹ Bina dokunulmazlığı ile ilgili Komisyon hazırlık çalışmalarında genel olarak konsensüs sağlanmıştır. Kamu güvenliği, yangın, doğal afet, insan hayatı, genel sağlık gibi acil durumlar ortaya çıktığında bile kabul eden devlet yetkililerinin “izin almadan” binaya girmeleri söz konusu değildir. Bu “mutlak” kabul, uygulamada misyon binalarının kötüye kullanılmasına neden olan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1958 tarihli Taslakta, acil durumlarda binaya giriş için izin şartının aranmaması hususunu uygunsuz ve zorunlu olmayan bir durum olarak kabul etmiştir. Bu kabul, devlet uygulamalarını yansıtmaktadır, bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1957: 55.

⁴⁶² Libya'nın Londra Büyükelçiliği olayı için bkz. Shaw, 2018: 544; Çakmak, 2014: 141.

- Sözleşme’de yer alan tedbirler; önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici olma niteliğinden uzaktır⁴⁶³. Zira gönderen devletlerin bağışlıktan vazgeçmeleri veya kendi temsilcilerini yargılaması tedbirleri; uygulamada istisna niteliğindedir⁴⁶⁴. İstenmeyen kişi ilan etme ile diplomatik ilişkilerin kesilmesi tedbirleri, kötüye kullanım fiilini doğrudan cezalandırma amacı gütmeyiz⁴⁶⁵.
- Sözleşme’nin kaleme alındığı yüzyılda geçerli olan devlet egemenliğinin üstün tutulması ilkesi, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren “mutlak” anlamını yitirmiştir. Günümüz yüzyılı insan hakları yüzyılıdır. Buna rağmen Sözleşme’nin uygulanması neticesinde, kötüye kullanım fiillerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklar, jus cogens niteliğindeki temel insan haklarının üstünde tutulmaktadır⁴⁶⁶.

Diplomasi alanındaki kodifikasyon çalışmaları sadece diplomasi temsilcileri ile sınırlı kalmamış, bu kişilere benzer statülere sahip gruplar için de çalışmalar yapılmıştır. 1961 Viyana Sözleşmesi’nin birçok kuralı bu çalışmalara kaynaklık etmiştir⁴⁶⁷. Bunlardan en önemlisi, hiç şüphesiz ki konsolosluk ilişkilerine dair kuralları düzenleyen 1963 “Viyana Konsolosluk Sözleşmesi”dir⁴⁶⁸. Sözleşme’de, konsolosluk görevlilerine ayrıcalık ve

⁴⁶³ 1961 Viyana Sözleşmesi bakımından meşru savunma tedbirine yer verilmemiştir. Zira meşru savunma tedbirine hem Taslağı hazırlayan Özel Raportör Mr. Sandström hem de bazı devletler isteksiz yaklaşmışlardır; geriye kalan diğer devletler de sessiz kalmışlardır. Bunun neticesi olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu’ndan çıkan Taslak’ta meşru savunma tedbirine yer verilmemiştir. Böylece meşru savunma tedbiri Sözleşme’de yer almamıştır, bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1957: 90; Buna karşın Avusturya’nın Uluslararası Hukuk Komisyonu’ndaki temsilcisi Alfred Verdross, diplomasi temsilcisinin suç işlemesini önleyecek oranda meşru savunmaya yer verilmesi gerekliliğinden bahsetmiştir. Çin Halk Cumhuriyeti temsilcisi tarafından ileri sürülen öneri tartışma yapılmaksızın reddedilmiştir, bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1957: 90.

⁴⁶⁴ Örneğin, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı ihlal eden Deyvani Khobragade hakkında Hindistan ne bağışlıktan vazgeçmiştir ne de temsilcisini yargılamıştır, bkz. Nielsen vd., 2015: 20 vd.; Akalanka, 2020: 79.

⁴⁶⁵ Askeri darbe sonrası ülkesinden kaçarak Londra’ya yerleşen Nijerya eski Maliye Bakanı Umaru Dikko, diplomatik çantanın içine konarak kaçırılmak istenmiş ancak havalimanında ki İngiliz yetkililerin çantayı açması sonucu kurtarılmıştır. Dikko’yu kaçırıp Nijerya’ya götürmek isteyen diplomasi temsilcileri sahip oldukları bağışlıklar nedeniyle yargılanamamış, en fazla, istenmeyen kişiler ilan edilerek ülkeyi terk etmeleri sağlanmıştır. Görüldüğü üzere Dikko’nun yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiili cezalandırılamamıştır, bkz. Osborne, 1985: 31.

⁴⁶⁶ Libya’nın Londra Büyükelçiliği olayında yaşam hakkı ihlal edilmiştir bkz. Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Morris, 2007: 609; Deyvani Khobragade olayında kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı ihlal edilmiştir, bkz. Nielsen vd., 2015: 20 vd.; Vandenberg ve Bessell, 2016: 599; Akalanka, 2020: 79; Antonio F. Azeredo da Silveira Jr. olayında kişisel özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiştir, bkz. Dror, 2000: 19; Terrence Karamba olayında çocukların korunması hakkı ihlal edilmiştir, Dror, 2000: 19; Ross, 2011: 173.

⁴⁶⁷ Caşın, 2013: 541.

⁴⁶⁸ Reçber, 2011: 469.

bağışlıklıklar tanınmış⁴⁶⁹, bunların kötüye kullanılmalarına karşı tedbirlere yer verilmiştir. Ancak bu tedbirlerin; önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici nitelikleri yetersizdir. 1961 Viyana Sözleşmesi kısmında değinilen eleştiriler bu Sözleşme içinde geçerlidir. Bilhassa 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi temel insan hakları kuralları ile uyumlu değildir. Bu kapsamda; Cemal Kaşıkçı olayı üzerinden verilebilir⁴⁷⁰. Suudi Arabistan vatandaşı Cemal Kaşıkçı;evlilik işlemlerini yürütmek için Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluğu'ndan randevu almış, randevu tarihi olan 2 Ekim 2018'te Başkonsolosluk Binası'na gelmiş, ancak bu esnada bina içerisinde öldürülmüştür. Yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiilinin varlığına rağmen Konsolosluk Binası'nın dokunulmazlığı devam etmiş, Türk yetkililer bir süre binaya girememişlerdir. Anlaşılabacağı üzere jus cogens kuralı niteliğini haiz yaşam hakkı, bina dokunulmazlığının “mutlak” koruması ile ihlal edilmiştir⁴⁷¹.

1961 Viyana Sözleşmesi'nin kaynaklık ettiği bir başka sözleşme, 1969 “Özel Heyetler Sözleşmesi”dir. Sözleşme, bir devletten başka bir devlete geçici nitelikte giden diplomasi temsilcilerini ve bunlara tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklıkları düzenleme altına almıştır. Sözleşme’de, kötüye kullanım fiillerine karşı “istenmeyen kişi ilanı” ve “bağışlıklıktan vazgeçme” tedbirlerine yer verilmiştir⁴⁷². Bu tedbirler etkili olmakla birlikte yetersizdir. Zira gönderen devletler, genellikle bağışlıklıktan vazgeçemedikleri için bu tedbir düzenli işletilememektedir.

1961 Viyana Sözleşmesi'nin kaynaklık ettiği bir diğer sözleşme; 1973 “Diplomasi Ajanları da Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”dir. Sözleşme; devlet başkanı, başbakan, dışişleri bakanı, aile üyeleri ve diplomasi temsilcileri için koruma getirmiştir. Korumanın amacı, uluslararası işbirliği ile dostça ilişkileri sürdürmektir. Bu durum, diplomasi hukukunun doğasına uygundur. Ancak Sözleşme’de bu kimselerin kötüye kullanım fiili ika etmeleri halinde ne yapılacağı hususunda düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşme’nin bu yaklaşımı mahkeme kararlarını da şekillendirmiştir. Uluslararası Adalet Divanı'na göre uluslararası

⁴⁶⁹ Ayrıcalık ve bağışlıklıkların diplomasi temsilcilerinin yanı sıra konsolosluk görevlileri için de söz konusu olması uygulamanın genişlemesine neden olmuştur. Uygulama genişlerken kötüye kullanım fiillerine karşı alınacak tedbirler noktasında 1963 tarihli Sözleşme sessiz kalmıştır.

⁴⁷⁰ Tatar, 2021: 24; Diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklıklar, konsolosluk görevlilerine tanınanlardan daha geniştir. Konsolosluk görevlileri daha sınırlı ayrıcalık ve bağışlıklara sahiptir. Buna rağmen konsolosluk görevlilerinin sahip olduğu ayrıcalık ve bağışlıklıklar, somut olayda yaşam hakkı üzerinde kabul edilmiştir. Uygulama, konsolosluk görevlilerin de bile bu şekilde ise daha geniş ve istisnasız koruma sağlayan diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklıklar da aynı uygulamayı beklemek şaşırtıcı olmayacaktır.

⁴⁷¹ Goel vd., 2020: 2.

⁴⁷² Sözleşme’nin 12. maddesine göre kabul eden devlet, diplomasi temsilcisi ülkesine gelmeden önce ve veya ülkesindeyken istenmeyen kişi ilan etme yoluna gidebilir. Sözleşme’nin 41. maddesinde bağışlıklıktan vazgeçme tedbirine yer verilmiştir.

korunan statüde olan bir kişi insanlığa karşı suç işlese bile bu kişinin ayrıcalık ve bağışlıkları devam eder⁴⁷³. Bu karar, en ağır insan hakları ihlallerinde dahi kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanındığını gösteren bir karar olmuştur.

1961 Viyana Sözleşmesi'nin kaynaklık ettiği son sözleşme 1975 “Evrensel Nitelikteki Uluslararası Kuruluşlarda Devletlerin Temsili ve İlişkilerin Kurulmasını Düzenleyen Sözleşme”dir. Sözleşme ile devletlerin uluslararası örgütlerdeki temsilciği düzenlenmiştir⁴⁷⁴. Sözleşme yürürlükte olmayıp teamül niteliğini haiz hükümleriyle uygulanmaktadır. Sözleşme’detaninan diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklar ancak görev içindir. Bu anlamıyla işlevsel gereklilik teorisi esas alınmıştır⁴⁷⁵. Bunun bir neticesi olarak gözlemci temsilcilik ile geçici temsilcilik için sınırlı ayrıcalık ve bağışlıklar tanınmış, kötüye kullanım fiillerine karşı tedbirlere yer verilmiştir⁴⁷⁶. Bunun yanı sıra bağışlıktan vazgeçme tedbirine yer verilmiştir. Bağışlıktan vazgeçilmezse, adil bir çözüm getirme ödevi yükümlülüğü söz konusudur⁴⁷⁷. Ayrıca sahibi devlet, ceza mevzuatına karşı açık ve ağır suç işleyen veya işlerine açık ve ağır bir şekilde karışan temsilcinin veya görevlinin geri çağrılmasını talep etme yetkisine sahiptir⁴⁷⁸. Bu düzenleme şekliyle Sözleşme’de yer alan tedbirler etkin ancak yetersizdir. Şöyle ki; gözlemci temsilci ile geçici temsilciler bakımından tedbirlere yer verilmiş olmakla birlikte sürekli temsilciler tarafından ika edilecek kötüye kullanım fiilleri için etkin tedbirlere yer verilmemiştir. Bağışlıktan vazgeçme tedbiri mutlak değildir. Gönderen devletin bağışlıktan vazgeçme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca gönderen devlete yüklenen adil çözüm getirme ödevinin ihmal edilmesi halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklar geçerli kabul edilmeye devam edecektir.

Modern diplomasi dönemiyle diplomatik ayrıcalık ve bağışlıkların uygulanma sahası genişlemiş, devletlerin yanına uluslararası örgütlerde katılmışlardır. Uluslararası örgütler, uluslararası hukuk kişilikleri nedeniyle ayrıcalık ve bağışlıklara sahip kılınmışlardır. Uluslararası örgüt temsilcilerinin diplomatik ayrıcalıkve bağışlıkları “fonksiyonel

⁴⁷³Divan, insanlığa karşı suç işlediği iddia edilen Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia hakkında, bu kişinin ayrıcalık ve bağışlıklara sahip olduğunu, 1973 tarihli Sözleşme bakımından uluslararası korunan statüde bulunduğunu hüküm altına almıştır, bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “Demokratik Kongo Cumhuriyeti – Belçika Kararı - 14 Şubat 2002”, (2002), <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁴⁷⁴ Devletlerin, uluslararası örgütlerde sürekli temsilciliği (5 – 41 maddeler), gözlemci temsilciliği (71 – 85 maddeler) ve uluslararası örgütlerin organlarında ya da konferanslarında geçici temsilciliği (42 – 70 maddeler) düzenlenmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 30 Mayıs 1976’da imzalamış ancak onaylamamıştır.

⁴⁷⁵ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi giriş bölümü ile 6 ve 7. maddelerde bu husustan bahsedilmektedir.

⁴⁷⁶ Diplomasi temsilcileri kullandıkları kara, hava, deniz taşıtları ile üçüncü bir kişiye zarar verir ve bu zararlar sigorta şirketleri tarafından karşılanmazsa, bu fiillerin yargı bağışlıkları yoktur. Bu kapsamda sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir, bkz. Sözleşme 60. madde.

⁴⁷⁷ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 31. madde.

⁴⁷⁸ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 77. madde.

gereklilik” temeli üzerine kurulmuştur⁴⁷⁹. Zira uluslararası örgütler, fonksiyonlarını yerine getirebilmek için ayrıcalık ve bağıışıklıklara ihtiyaç duymaktadır. Ancak süreç içerisinde, uluslararası örgüt temsilcilerinin fonksiyonel gereklik ile bağlantısı olmayan kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarını ihlal ettikleri gözlemlenmiştir⁴⁸⁰. Son yıllarda, insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiilleri karşısında mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığına yönelik görüşlerin artma sebebi budur. Doktrin görüşlerinin yanı sıra uluslararası mahkeme kararları da bu yöndedir. Aşağıda bu görüşlere ve uygulamalara bazı uluslararası örgütler nezdinde yakından değinilmiştir⁴⁸¹.

Birleşmiş Milletler düzenlemesine yukarıda yer verildiği için tekrara düşmemek amacıyla doğrudan Avrupa Konseyi düzenlemelerine değinilmelidir. Avrupa Konseyi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan bölgesel bir örgüttür. Konsey’in kurucu antlaşması 1949 “Avrupa Konseyi Statüsü”dür. Avrupa Konseyi’nin amacı, üyeleri arasında, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak ve siyasi, ekonomik ilerlemelerini sağlamak amacıyla daha sıkı bir birlik yaratmaktır⁴⁸². Bu amacın gerçekleştirilmesi için Avrupa Konseyi’nin her üyesi, hukukun üstünlüğünü ve kendi yetkisi altında bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlükten yararlanmasını sağlama yükümlülüğünü kabul etmiştir⁴⁸³. Konsey, Statüsü’nde yer alan bu amaçlara ulaşmak için birtakım ayrıcalık ve bağıışıklıklardan yararlanacaktır⁴⁸⁴. Bu kapsamda; Avrupa Konseyi’nin şahsına, Konsey Sekreterliği’ne, üyelerinin temsilcilerine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hâkimlerine ayrıcalık ve bağıışıklıklar tanınmıştır⁴⁸⁵. Statü’de yer alan bu genel hükümden sonra kapsamlı bir düzenleme yapılmış ve “Avrupa Konseyi Ayrıcalık ve Bağıışıklıklar Genel Andlaşması” ortaya çıkmıştır. Genel Andlaşma’ya göre ayrıcalık ve bağıışıklıklar görevle sınırlıdır. Bu kapsamda işlevsel gereklik teorisi esas alınmıştır. Genel Andlaşma’nın 2. maddesinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne, Andlaşma’da tanınan ayrıcalık ve bağıışıklıkların kötüye

⁴⁷⁹ Emir, 2020: 150.

⁴⁸⁰ Emir, 2020: 156.

⁴⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, uluslararası örgütlerin birtakım bağıışıklıklarının “insan haklarının korunmasını etkileyebileceği” şeklinde bir ifade kullanmıştır. Mahkeme, ihlal bulunmadığını tespit ederken uluslararası örgütlerin mahkemeye erişim hakkını güvence altına almak için alternatif mekanizmalar kurmaları ve bağıışıklıklarını bu şekilde telafi etmeleri gerektiğini öne sürmüştür, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Waite and Kennedy v. Germany*”, 116 – 121. paragraflar, Başvuru Numarası: 26083/94, 18.2.1999.

⁴⁸² 1949 tarihli Avrupa Konseyi Statüsü 1. madde (a) bendi.

⁴⁸³ 1949 tarihli Avrupa Konseyi Statüsü 3. madde.

⁴⁸⁴ Avrupa Konseyi Statüsü 40. madde “*Avrupa Konseyi, üyelerin temsilcileri ve Sekreterlik; üyelerin ülkelerinde, görevini yerine getirmek için gereken ölçüde ayrıcalık ve bağıışıklıklardan yararlanır. Bu bağıışıklık; Danışma Meclisinin tüm temsilcilerinin Meclisteki veya Komite ve Komisyonlardaki sözleri ve oyları nedeniyle tüm üye ülkelerde tutuklanma ve yasal işleme karşı bağıışıklığı içerir*”.

⁴⁸⁵ A.K. Genel Andlaşması Ek 6. Protokol.

kullanılmasını önleme görevi verilmiştir. Ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması halinde, kötüye kullanan üye temsilcisi ise üye⁴⁸⁶, Avrupa Konseyi personeli ise Genel Sekreter⁴⁸⁷, Genel Sekreter veya Genel Sekreter Yardımcısı ise Bakanlar Komitesi⁴⁸⁸, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyeleri ise Mahkeme'nin kendisi⁴⁸⁹ bağışıklıktan vazgeçme yetkisine sahiptir. Bağışıklıktan vazgeçme, hak olduğu kadar ödev olarak tanımlanmıştır. Bu ödev, adaletin zedelenmesi halinde ortaya çıkacaktır. Bunun dışında; Konsey adına satın alınan taşınmaz mallar, malzemeler, fayda ve hizmetler varsa ve bunlar nedeniyle Konsey ile özel kişiler arasında ihtilaf çıkmışsa, bu noktada tahkim, ihtilafı giderecektir. Çözüm yolunun tahkim olarak öngörülmesi; kötüye kullanım fiilleri ile özel kişilerinin haklarının ihlal edilmesine karşı alınmış tedbir olarak kabul edilmelidir. Genel Andlaşma kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirlere yer vermekle beraber bu tedbirler yetersizdir. Şöyle ki; bağışıklıktan vazgeçme tedbiri için “adaletin zedelenmesi” kıstası getirilmiştir. Ancak adaletin hangi hallerde zedelendiğini belirsizdir. Bağışıklıktan vazgeçme, “ödev” olarak tanımlanmış olsa bile bu tedbire başvurulmadığında ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerlidir⁴⁹⁰.

Avrupa Birliği, genel düzenlemesinde yer alan hükümden⁴⁹¹ hareketle, 7 Numaralı Protokolü kabul ederek ayrıcalık ve bağışıklıklara dair ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Protokol ile Birlik kurumlarına, personeline, üye devletlerin temsilcilerine ve Avrupa Birliği Adalet Divanı üyelerine ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmıştır⁴⁹². Bunun yanı sıra kötüye kullanımlara karşı etkin tedbirler alınmıştır. Bu kapsamda Protokol'de tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar sadece görevle sınırlıdır. Protokol'ün işlevsel gereklilik teorisini esas aldığı açıktır. Kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde bağışıklıktan vazgeçme tedbirine yer

⁴⁸⁶ A.K. Genel Andlaşması 11. madde.

⁴⁸⁷ A.K. Genel Andlaşması 19. madde.

⁴⁸⁸ A.K. Genel Andlaşması 19. madde.

⁴⁸⁹ A.K. Genel Andlaşması Ek 6. Protokol 4. madde.

⁴⁹⁰ Örneğin, suç işlediği gerekçesiyle Ukrayna Savcılığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden Logvynskyi'nin bağışıklığının kaldırılmasını talep etmiş, Mahkeme ise bu talebi kabul etmemiştir. Mahkeme kararında, Ukrayna Savcılığı tarafından sunulan delilleri dahi tartışmamış ve oldukça kısa bir karar vermiştir. Anlaşılabacağı üzere, bağışıklıktan vazgeçilmemesi halinde ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerli kabul edilmektedir, bkz. Shaw, 2018: 967.

⁴⁹¹ Avrupa Birliği İşleyişine İlişkin Andlaşması 343. maddesi: “Birlik, 8 Nisan 1965 tarihli Avrupa Birliği'nin Ayrıcalıkları ve Bağışıklıklarına Dair Protokol'de belirlenen koşullar dâhilinde, üye devletlerin topraklarında görevlerini yerine getirmek için gerekli ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanır. Bu ayrıcalık ve dokunulmazlıklar, Avrupa Merkez Bankası ve Avrupa Yatırım Bankası bakımından da geçerlidir”

⁴⁹² Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü 3. madde; Protokol'ün 17. maddesinde, Birlik kurumlarının, Birlik personellerinin sahip oldukları bağışıklıktan vazgeçme yetkisine sahip oldukları ifade edilmiştir; Yine Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü 3. maddesinin 2. paragrafına göre Divan Hâkimleri için vazgeçme yetkisi Divan'a aittir.

verilmiştir⁴⁹³. Ayrıca kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir almak bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı'na bazı yetkiler tanınmıştır. Bu yetkiler şu şekilde sıralanabilir:

- Bina dokunulmazlığının kötüye kullanılması halinde binaya giriş iznini ancak Divan verir⁴⁹⁴. İzin merciinin, bütün üye devletlerin hâkimlerinden oluşan Divan'a verilmesi kötüye kullanım fiillerine karşı alınan tedbirin ne kadar doğru olduğunu göstermektedir.
- Kötüye kullanım fiilleri nedeniyle Birlik ile Birlik personeli arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda Divan yetkilidir⁴⁹⁵.
- Üye devletlerin, Birliğin sahip olduğu ayrıcalık ve bağımsızlıkları ihlal etmeleri ya da kötüye kullanmaları halinde Divan yetkilidir⁴⁹⁶.
- 7 Numaralı Protokol'de yer alan yetkiler dışında genel düzenlemeler ile de Divan'ın kötüye kullanım fiillerine karşı birtakım yetkileri vardır. Örneğin, Avrupa Birliği İşleyişine İlişkin Andlaşma'nın 340. maddesi gereği Avrupa Birliği kurumlarının veya personellerinin görevlerini yerine getirirken verdikleri zararların tazmin edilmesi gerekir. Bu noktada sözleşme dışı sorumluluk vardır ve zarara uğrayan kişiler mahkeme önünde, üye devletler ise Divan önünde dava açabilirler⁴⁹⁷.

Anlaşılabacağı üzere Birlik kurumlarının ve personelinin diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanmalarına karşı etkin tedbirler alınmıştır. Buna karşın üye devlet temsilcilerinin ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanmaları halinde ne yapılacağı belirsizdir. Ayrıca Protokol'de, kötüye kullanım halinde üye devletlerin temsilcileri adına bağımsızlıktan vazgeçmeleri hususuna değinilmemiştir. Bu eksiklikler dışında kötüye kullanım fiillerine karşı alınan en etkin tedbir, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu konudaki yetkileridir⁴⁹⁸. Diğer uluslararası örgütlerde örneğin, Birleşmiş Milletler bakımından Uluslararası Adalet Divanı bulunmakta ise de kötüye kullanım fiilleri karşısında hakları ihlal edilen bireylerin buraya başvurma imkânları bulunmamaktadır⁴⁹⁹. Avrupa Konseyi

⁴⁹³ A.B. 7 Numaralı Protokol 9. madde; Avrupa Parlamentosu'nun Fransız Temsilcisi Gollnisch, ülkesinde, Nasyonal Sosyalistler'in insanlığa karşı işledikleri suçların şüpheli olduğuna dair beyanat vermiş, verdiği beyanat neticesinde Fransa Adalet Bakanlığı tarafından bağımsızlığının kaldırılması için Avrupa Parlamentosu'na talep gönderilmiştir. Parlamento, görevin ifası ile ilgisi olmayan bu olayla ilgili bağımsızlıktan vazgeçmiştir, bkz. Wessel, 2013: 19.

⁴⁹⁴ A.B. 7 Numaralı Protokol 1. madde.

⁴⁹⁵ A.B. 7 Numaralı Protokol 11. madde.

⁴⁹⁶ Belçika, Avrupa Birliği diplomasi temsilcilerinin vergi muafiyetini tanımamış, bunun üzere Avrupa Birliği Komisyonu, Divan'a başvurmuştur, bkz. Wessel, 2013: 14.

⁴⁹⁷ Bayram, 2016: 205.

⁴⁹⁸ Wessel, 2013: 20.

⁴⁹⁹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 34. madde.

bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çoğu defa diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıkların varlığı nedeniyle insan hakları ihlallerine sessiz kalmaktadır⁵⁰⁰. Buna karşın Avrupa Birliği Adalet Divanı, sahip olduğu yetkiler ile kötüye kullanım fiillerine karşı alınan en etkin tedbirdir.

2.3. Kötüye Kullanım Fiilleri Bakımından Normlar Hiyerarşisinin İşletilmemesi

Uluslararası hukukta temel insan haklarının bir kısmı jus cogens niteliğini haizken⁵⁰¹ bunları ihlal eden kötüye kullanım fiillerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklar jus cogens niteliğini haiz değildir⁵⁰². Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından temel insan haklarının öncelikle uygulanması ve aksine kuralların batıl sayılması gerekmektedir. Normlar hiyerarşisi bu sonucu vermesine rağmen uluslararası hukuk, temel insan haklarının ihlal edilmesine sessiz kalmaktadır. Bunun nedeni devletlerin irade ve uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Devletler, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınması hususunda çok istekli değildir. Bunun, uluslararası toplum yapısından kaynaklandığı söylenebilir. Zira uluslararası toplumun başlıca aktörleri olan devletler, egemen ve eşittirler⁵⁰³. Bunların üzerinde yetki kullanacak üstün bir otorite bulunmamaktadır⁵⁰⁴. Dolayısıyla devlet temsilcilerinin kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınması ancak uluslararası bir mutabakatla olur. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere devletler bu konuda çok istekli değildirler. Bunun yanı sıra, kabul eden devlet, ülkesinde kötüye kullanım fiilini ika eden diplomasi temsilcisine karşı önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici bir tedbire başvurmamayı tercih etmektedir. Bu tercihin, diplomasi hukukunun temelinde yatan karşılıklılık ilkesinden kaynaklandığı söylenmelidir. Zira kabul eden devlet, böyle bir tedbire başvurduğunda, gönderen devlet ülkesinde bulunan temsilcisine aynı tedbirin uygulanması ihtimali söz konusudur⁵⁰⁵. Bu sebeple devletler, etkin tedbir uygulama yoluna gitmezler. Aşağıda, uluslararası normlar hiyerarşisinin işletilmemesinin nedenlerine yer verilmiştir.

⁵⁰⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Misiyonu'nun Bosna'da gerçekleştirdiği hak ihlallerine karşı açılan davalarda yargı bağıışıklığının olduğuna hükmetmiştir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Srebrenitsa Anneleri ve Diğerleri - Hollanda*”, Başvuru Numarası: 65542/12, 27.06.2013.

⁵⁰¹ Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Mangır, 2011: 173; Başkaracaoğlu, 2011: 85 vd.

⁵⁰² Dror, 2000: 24.

⁵⁰³ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

⁵⁰⁴ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

⁵⁰⁵ Libya ve İngiltere arasındaki olay bu konuda örnek gösterilebilir, bkz. Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Dror 2000: 29.

2.3.1. Uluslararası Hukukta Normlar Hiyerarşisi

Normlar hiyerarşisi, birbirine aykırı hükümler taşıyan ve aynı olaya uygulanması gereken andlaşma, teamül ve hukukun genel ilkeleri kaynaklarından hangisine öncelik verileceği, hangisinin hangi şartlarla diğerini ortadan kaldıracağı anlamına gelir⁵⁰⁶. Tez çalışması bakımından; normlar hiyerarşisi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan kurallar ile temel insan hakları kuralları içeren kaynaklar arasında hangisinin öncelikle uygulanacağını cevaplandırır.

Uluslararası hukukun ana kaynakları, “andlaşmalar”, “teamül kuralları” ve “hukukun genel ilkeleridir”. Bunun yanında “mahkeme kararları” ile “doktrin” yardımcı kaynaklardır⁵⁰⁷. Uluslararası hukuk, bunların hiyerarşisi bakımından, -jus cogens kurallar bir yana bırakılırsa- açık bir kural koymamaktadır. Bunun üzerine doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Uluslararası hukukun esasını devletlerin iradesine dayandıran pozitivist hukukçulara göre uluslararası hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi olmaması gerekir⁵⁰⁸. Zira iç hukuktaki kurallar hiyerarşisi, bir otoriteler hiyerarşisine tekabül eder. İç hukukta anayasayı yapan merci, tüzükleri yapan merci, yönetmelikleri yapan merci birbirinden farklıdır. Bu merciler arasında genellikle bir hiyerarşi vardır. Buna karşın uluslararası hukukta kuralları koyan merciler arasında hiyerarşi yoktur. Bir başka ifade ile andlaşmaları, teamül kurallarını ve diğer bütün kuralları, kural olarak devletler oluşturur. Uluslararası örgütler, uluslararası hukuk kişisi olmalarına rağmen bunlarda devlet iradesi ile kuruldukları için aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla bütün kurallar ya devlet iradesine dayanır ya da ona atfedilir. Bu görüş açısından andlaşma kuralları ile teamül kuralları arasında bir “alt – üst” ilişkisi söz konusu olmaz⁵⁰⁹.

Devletler kendi aralarındaki ilişkileri düzenlerken andlaşma ya da teamül kurallarından sapabilirler veya andlaşmaya aykırı teamül kuralları benimseyebilirler. Bu anlamda “önceki kural – sonraki kural” anlamına gelen “lex posterior derogat priori” kuralı uygulanır⁵¹⁰. Bir başka ifade ile “önceki – sonraki” ilişkisi varsa sonraki kural uygulanacaktır.

Bazı uluslararası hukuk kurallarının aksiyomatik ve anayasal olduğu ve diğer kurallardan daha esaslı, daha önemli oldukları ve diğer kurallardan önce geldikleri kabul edilmektedir. Bunlar “jus cogens” kurallarıdır⁵¹¹. Jus cogens kuralları, daha yüksek bir statüye

⁵⁰⁶ Gündüz, 2018: 27; Dror, 2000: 20.

⁵⁰⁷ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde.

⁵⁰⁸ Akehurst, 1982: 2; Mangır, 2011: 22.

⁵⁰⁹ Denk, 2001: 45.

⁵¹⁰ Akehurst, 1982: 2; Dror, 2000: 21; Shaw, 2018: 88.

⁵¹¹ Shaw, 2018: 88.

sahip kabul edilen maddi kurallardır⁵¹². Öyleyse, jus cogens kurallarının varlığı halinde bu kurallar öncelikle uygulanacaktır.

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. maddesinde de bir hiyerarşi kuralı yer almaktadır. Şöyle ki; bir üye devletin Şart'tan doğan yükümlülükleri ile başka andlaşmalardan doğan yükümlülükleri arasında bir çatışma olursa, Şart yükümlülüklerinin üstün tutulacağı kabul edilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, Şart'a aykırı andlaşmalar batıl sayılırken bir diğer görüşe göre Şart'a aykırı andlaşmalar, aykırı olan hükümleri bakımından askıda olan andlaşmalardır⁵¹³.

Hukukun genel ilkeleri, tüm hukuk sistemlerinde müşterek iseler, şayet bu ilkeler sadece andlaşmaların ve teamül kurallarının olmaması halinde uygulanacaklar iseler ve şayet bu ilkelere ilk iki kaynağı tamamlamak ve onların uygulanmasını sağlamak için başvurulacaksa, o zaman hukukun genel ilkeleri ile diğer iki kaynak arasında bir çatışma olmaz⁵¹⁴. Buna karşın hukukun genel ilkeleri ile jus cogens ilişkili ilkeler kastediliyorsa, şu halde, hukukun genel ilkelerinden kaynaklanan kurallar öncelikle uygulanacaktır⁵¹⁵.

Buraya kadar yapılan açıklamalar üzerinden şekillenen uluslararası hukukta normlar hiyerarşisi şöyle olmalıdır: andlaşmalar ile teamül kuralları arasında bir “alt - üst” ilişkisi yoktur. İkisi de aynı kaynaktan doğarlar ve eşittirler. Çatışma halinde “önceki - sonraki” kuralı gereğince sonraki kural uygulanır. Jus cogens niteliğindeki kurallara aykırı andlaşma ve teamül kuralları olamaz. Aksi halde andlaşma ya da teamül kuralları batıl kabul edilirler. Hukukun genel ilkeleri bakımından ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Şayet, hukukun genel ilkeleri; uygulanacak bir andlaşma hükmü ya da teamül kuralı olmadığı için boşluk doldurmak üzere uygulanacaksa ya da andlaşmalar ile teamül kurallarının uygulanmasına yardım etmek için uygulanacaksa, şu halde hukukun genel ilkeleri ile andlaşmalar ve teamül kuralları arasında hiyerarşi/çatışma olmaz. Buna karşın hukukun genel ilkeleri, jus cogens niteliğindeki kuralları ihtiva ediyorsa, öyleyse andlaşma ve teamül kurallarından önce uygulanır.

Uluslararası hukukta normlar hiyerarşisine ilişkin kabul edilen yaklaşım budur. Bu açıklamalardan sonra, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık getiren kurallar ile temel insan hakları kuralları arasındaki normlar hiyerarşisinin uygulamasına ilişkin açıklamalara yer verilmelidir.

⁵¹² Shaw, 2018: 88; Bianchi, 2008: 494; Mangır, 2011: 25.

⁵¹³ Gündüz, 2018: 29.

⁵¹⁴ Bir hukuk genel ilkesinin düzenlediği alan aynı zamanda bir andlaşma ile düzenlendiyse bu ilkenin jus cogens niteliğinde olmaması kaydıyla andlaşma hükmü uygulanmalıdır, bkz. Denk, 2001: 69; Ayrıca bkz. Gündüz, 2018: 29; Shaw, 2018: 88; Akkutay, 2014: 104; Büyük, 2017: 87.

⁵¹⁵ Gündüz, 2018: 29; Shaw, 2018: 88; Akkutay, 2014: 104; Bianchi, 2008: 494; Büyük, 2017: 89.

2.3.2. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Kuralları ile Temel İnsan Hakları Kuralları Arasında Normlar Hiyerarşisi Uygulaması

İhtilaf halinde olan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren kurallar ile temel insan hakları içeren kurallar arasında hangisinin öncelikle uygulanacağı tartışma konusudur. Bu kapsamda, yukarıda değinildiği üzere andlaşma kuralları ile teamül kuralları arasında “alt – üst” ilişkisi yoktur⁵¹⁶. Bunun yerine bu kaynaklar arasında “önceki – sonraki” kuralı uygulanır⁵¹⁷. Daha açık bir ifade andlaşma hükümleri ile teamül kuralları arasında ihtilaf varsa sonraki kaynak hangisi ise ona ilişkin kural uygulanır⁵¹⁸. Bu kapsamda, temel insan haklarına ilişkin hükümlerin mi yoksa diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin hükümlerin mi sonraki kural olduğu üzerinde durulmalıdır. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kuralları, teamül kurallarına dayansa da, kodifiye edilip bir andlaşma metninde yer almaktadırlar⁵¹⁹. Temel insan haklarına ilişkin hükümler de çok taraflı uluslararası andlaşmalarda yer almaktadır⁵²⁰. Şu halde hem diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin hükümler hem de temel insan haklarına ilişkin hükümler andlaşmalar içerisinde yer almaktadırlar. Öyleyse bu andlaşma hükümlerinin hangisinin sonraki kural olduğunun tespit edilmesi gerekir. Soruna “önceki ve sonraki kural” uygulaması bakımından yaklaşıldığında, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin hükümlerin çok daha eski kurallar oldukları anlaşılabilecektir. Zira temel insan haklarına ilişkin andlaşma metinleri, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkmıştır. Bunların ortaya çıkmalarından çok uzun zaman önce diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin hükümler teamül kuralı olarak var olmuştur. Dolayısıyla temel insan haklarına ilişkin andlaşma hükümlerinin sonraki kural olarak öncelikle uygulanabileceği söylenmelidir. Ancak çözüm bu kadar kolay değildir. Zira temel insan haklarını içeren çok taraflı bir uluslararası sözleşmeden sonra diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren iki taraflı ya da çok taraflı uluslararası andlaşmalar yapılmış olabilir⁵²¹. Bir başka ifade ile “önceki” kabul edilen bir

⁵¹⁶ Akehurst, 1982: 2.

⁵¹⁷ Durum böyle olmakla birlikte, bugün uygulanan uluslararası hukuk, teamüller kurallarına, andlaşmaların üzerinde yer vermemektedir. Böylece eski gelenek unsuru, öncelik tanınması için mutlaka ek destek oluşturmaz. Ayrıca bkz. Shaw, 2018: 88.

⁵¹⁸ Dror, 2000: 21; Shaw, 2018: 88.

⁵¹⁹ Örneğin Havana Sözleşmesi; 1961 Viyana Sözleşmesi; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi; A.K. Genel Andlaşması; A.B. 7 Numaralı Protokol; 1946 B.M. Sözleşmesi; Bu Sözleşmeler, teamül kurallarının kodifiye edilmek suretiyle andlaşma metnine taşınmasına işaret etmektedirler.

⁵²⁰ Örneğin, “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”; “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”; “Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi”; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”; “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi”; “Afrika İnsan Hakları Banjul Şartı”; “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”.

⁵²¹ Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar teamül kuralları olarak çok öncede vardır. Sözelimi, insan haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu teamül kurallarına göre sonraki kural niteliğindedir. Ancak, teamül kuralı niteliğindeki ayrıcalık ve bağışıklıklar 1961 Viyana Sözleşmesi içerisinde yeniden düzenlenince Avrupa

kural, güncel bir uluslararası kaynağın içerisinde kendisine yer bularak sonraki kural olabilir. Dolayısıyla “önceki – sonraki kural” uygulamasının her zaman net ve aynı sonucu vereceği söylenemez.

Aynı konuda farklı kurallar içeren kaynaklar arasında ihtilafı çözmek için ortaya atılan bir başka metot, “özel - genel” kuralıdır⁵²². Kendi alanında özel hüküm ihtiva eden kural, genel kuralın üzerindedir ve öncelikle uygulanır. Fakat gerek temel insan haklarına ilişkin kurallar gerekse de diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara ilişkin kurallar, kendi içinde özel hükümler ihtiva etmektedirler. Dolayısıyla “özel – genel kural” uygulaması bakımından her ikisinin eşit olduğunu kabul etmek gerekir⁵²³.

Anlaşılabacağı üzere, genel hiyerarşi kuralları üzerinden net bir sonuca ulaşılamamaktadır. Şu halde, temel insan hakları ile diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara ilişkin kuralların jus cogens niteliği üzerinden bir sonuca varılmalıdır. Zira bu ikisinden birinin jus cogens kuralı olması halinde bu kurallar, uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından öncelikle uygulanır, aksine kurallar batıl sayılır.

2.3.3. Jus Cogens Kuralları Bakımından Normlar Hiyerarşisinin Uygulanması

Bu başlık altında jus cogens kurallarının tanımına, temel insan hakları kuralları ile diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık tanıyan kurallardan hangisinin jus cogens niteliğini haiz olduğuna ve bu kurallar bakımından uluslararası normlar hiyerarşisi uygulamasına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

2.3.3.1. Jus Cogensin Tanımlanması

Jus cogens kuralları ile ilgili esaslara Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde yer verilmiştir⁵²⁴. Buna göre jus cogens kuralları, uluslararası topluluğun bütününe kabul edilen aksine hiçbir kuralın konulması olanağının bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralıyla değiştirilebilecek olan kurallardır. Bunlara “buyruk kural” ya da “amir hüküm” de denilmektedir⁵²⁵. Bir başka ifade ile jus cogens kuralları, genel uluslararası hukukun emredici kurallarıdır. Tanımda yer alan uluslararası toplumun

İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre sonraki kural durumuna geçmiştir, benzer açıklamalar için bkz. Dror, 2000: 21.

⁵²² Shaw, 2018: 88.

⁵²³ Dror, 2000: 20.

⁵²⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

⁵²⁵ Denk, 2001: 44.

“bütününden” kastedilen, tek tek her devletin bunları onaylaması, kabul etmesi değildir. Büyük bir çoğunluğunun kabulü yeterlidir.⁵²⁶

Jus cogens kurallarının benimsenmesinin en önemli sonucu, hiç kuşkusuz, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan ve devlet egemenliğinin uzantısı olarak ortaya çıkan devletlerin sözleşme yapma serbestisinin sınırlanmasıdır⁵²⁷. Bu kapsamda, uluslararası hukukta, uluslararası toplumun temel değerlerine aykırı sözleşmelerin yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir⁵²⁸. Jus cogens, hukuk sistemi içerisindeki temel ve en üstün konumdaki değerlerin kabulüne dayanmaktadır. Bazı yönleriyle iç hukuk düzenlerindeki “kamu düzeni” ya da “kamu politikası” anlayışına yakındır⁵²⁹. Aynı zamanda doğal hukuk düşüncesinin etkisini yansıtmaktadır⁵³⁰.

Uluslararası hukukta jus cogens niteliğini haiz kuralların kapsamının belirlenmesinde büyük ölçüde teamül kurallarından ve hukukun genel ilkelerinden hareket edilmektedir⁵³¹. Ancak hukuk genel ilkeleri ve kurallarının tamamı emredici olamaz. Jus cogens niteliğinde olanların tespitinde belli bir ölçüt bulunmamaktadır⁵³². Uygulamada hangi kuralların jus cogens kuralı oldukları hususunda bir andlaşma metni de bulunmamaktadır. Şöyle ki; “Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”ne ilişkin taslak metin üzerinde çalışılırken, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun bazı üyeleri, emredici kuralların niteliğinin ve genel içeriğinin aydınlatılması için söz konusu kuralların örneklendirilmesinin yerinde olacağını düşünmüşlerdir. Ancak bu düşünceye rağmen hem metinde bulunmayan kuralların durumunun yanlış anlaşılabilceği hem de emredici kuralların listelenmesinin taslak metnin çerçevesini aşan uzun bir incelemeyi gerektirebileceği gerekçesi ile metinde örneklere yer verilmemiştir⁵³³. Jus cogens kurallarının içeriğinin tam belirlenmesi için devlet

⁵²⁶ Uluslararası toplumun “bütününden” kasıt, tek tek her devletin bunları onaylaması, kabul etmesi değildir. Tasarı Komisyon Başkanı Yasseen’in belirttiğine göre, büyük bir çoğunluğunun kabulü yeterli olmalıdır, bkz. Birleşmiş Milletler Viyana Andlaşmalar Hukuku Konferansı, 1. Dönem, 80. Oturum, A/CONF.39/C.1/SR.80, 471. sayfa, [United Nations Conference on the Law of Treaties, volume I, First Session, 1968 : Summary Records of the Committee of the Whole – 80th meeting](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/vienna_convention_1978.pdf), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Ayrıca bkz. Karakoç, 2006: 116; Pazarcı, 2018: 84; Shaw, 2018: 90; Başkaracaoğlu, 2011: 35.

⁵²⁷ Denk, 2001: 44; Akkutay, 2014: 102; Pazarcı, 1977: 364; Başkaracaoğlu, 2011: 13.

⁵²⁸ Denk, 2001: 45; Akkutay, 2014: 102; Bianchi, 2008: 494; Pazarcı, 1977: 364; Başkaracaoğlu, 2011: 13.

⁵²⁹ Shaw, 2018: 89; Akkutay, 2014: 102; Denk, 2001: 68; Bianchi, 2008: 493.

⁵³⁰ Bianchi, 2008: 493.

⁵³¹ Başkaracaoğlu, 2011: 41 vd.; Jus cogens niteliğini haiz kurallar, uluslararası hukukun yeni kuralları değildir. Jus cogens niteliğindeki kuralların çeşitli örnekleri, özellikle Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda ki bazı tartışmalar sırasında görülmüştür, bkz. Yearbook of the International Law Commission, 1966: 270, erişim için bkz. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁵³² Pazarcı, 2018: 84; Shaw, 2018: 89.

⁵³³ Yearbook of International Law Commission, 1966: 270, erişim için bkz. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Ayrıca bkz. Başkaracaoğlu, 2011: 66.

uygulamalarının ve uluslararası mahkeme içtihatlarının beklenmesinin uygun olacağı kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte üyelerin verdiği örnekler madde şerhinde yer almaktadır⁵³⁴.

Devletlerin bir kısmı, jus cogens niteliğini haiz olduğunu kabul ettikleri kuralları, söz konusu görüşmelerde veya daha sonra çeşitli vesilelerle beyan etmişlerdir. Jus cogens kurallarının eksiksiz bir dökümünü sıralamak mümkün olmasa da özellikle uluslararası mahkeme kararlarından hareketle, bazı uluslararası örgüt organlarının da kararları dikkate alınarak bir yandan asgarî bir liste oluşturulmaya diğer yandan gelecekte bu niteliği kazanabilecek kurallar belirlenmeye çalışılmıştır⁵³⁵.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre jus cogens aykırı andlaşma hükümleri mutlak butlan ile sakattır⁵³⁶. Bu durumda andlaşma başlangıçtan beri geçersiz değildir ya da andlaşmanın sona ermesinden önce andlaşmayla ortaya çıkmış herhangi bir hak, yükümlülük ya da hukuki durum bu durumdan etkilenmez. Ancak hak, yükümlülük ya da hukuki durumların geçerli kabuledilebilmeleri, yeni uyulması zorunlu jus cogens niteliğindeki kural ile çatışmadığı oranda mümkündür⁵³⁷. Bu kapsamda jus cogens kuralına aykırılığın kim tarafından ileri sürüleceği ve aykırılığın batıl sayılması süreci önem taşımaktadır. Şöyle ki; andlaşmanın tarafları jus cogens kuralına aykırı andlaşmanın geçersizliğini bir “bildirim” ile birbirlerine bildireceklerdir. Bu bildirim ertesinde “andlaşmayı askıya alma”, “andlaşmayı sona erdirmeye”, “andlaşmadan çekilme”, “andlaşmayı geçersiz kılma” tedbirleri alınabilir. Ancak bildirim yapılan devlet tarafından bildirime itiraz edilirse, o zaman Birleşmiş Milletler Şartı 33. madde kapsamında; “görüşme”, “soruşturma”, “arabuluculuk”, “uzlaştırma”, “tahkim” ve “yargısal çözüm” gibi barışçıl çarelere başvurulacaktır. Bildirime yapılan itirazın ileri sürülmesinden itibaren 12 ay içerisinde uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözülememesi hâlinde, uyuşmazlığın her bir tarafı bunu bir dilekçe ile Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına sunabilir meğerkitaraflar uyuşmazlığı ortak bir anlaşma ile tahkime götürmeye karar versinler⁵³⁸. Jus cogens kurallarına aykırı çok taraflı bir uluslararası andlaşma yapıldığında, taraflar bu andlaşmadan memnun iseler, andlaşmanın geçersiz olması konusunda bir talep ve beklentileri yok ise bu andlaşmanın geçersizliğinin kim tarafından ileri sürüleceği

⁵³⁴“a-) Şart ilkelerine karşı hukuka aykırı kuvvet kullanmayı tasarlayan andlaşma; b-) Uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bütün diğer eylemlerin icrasını tasarlayan andlaşma; c-) Köle ticareti, deniz haydutluğu veya soykırım gibi cezalandırılmasında bütün devletlerin işbirliği yapmasının gerekli olduğu eylemlerin gerçekleştirilmesini tasarlayan veya bunlara müsamaha gösteren andlaşma, d-) İnsan hakları” bkz. Yearbook of International Law Commission, 1966: 270; Ayrıca bkz. Akkutay, 2014: 104; Pazarcı, 1977: 376.

⁵³⁵ Başkaracaoğlu, 2011: 67.

⁵³⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

⁵³⁷ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 44. madde.

⁵³⁸ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 66. madde.

tartışmalıdır. Konusu, uluslararası toplumun yararını zedeleyen örneğin çevrenin kirlenmesine neden olan, kişisel hak ve özgürlükleri zedeleyen, insan haklarının ihlaline neden olan ya da hukuk dışı kuvvet kullanımını öngören bir andlaşmaya imza koyan taraflar, kendi çıkarları doğrultusunda bunun iptalini ya da batıl sayılmasını doğal olarak talep etmeyeceklerdir. Böyle bir durumda uluslararası örgütler ya da ilgililer tarafından geçersizliğin ileri sürülebilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁵³⁹.

2.3.3.2. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklık Kuralları ile İnsan Hakları Kurallarından Hangisinin Jus Cogens Niteliğini Haiz Olduğunun Tespiti ve Normlar Hiyerarşisi Uygulaması

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin kuralların jus cogens niteliğini haiz olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁵⁴⁰ diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar jus cogens niteliğini haiz değildir. Şöyle ki; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temeli, görevin gereği gibi ifa edilmesine dayanır. Devletler tarafından karşılıklılık ilkesine uygun olarak tanınır ve bu durum devletlere fayda sağlar. Aslında bu fayda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar sayesinde birçok suçtan sıyrılmaya izin verir. Öyleyse devletlerarası uzlaşmaya dayanan karşılıklılık ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda, jus cogensin varlığından bahsedilemez. Bunun yanı sıra diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, daha güçlü ve daha yüksek kaynaktan geçerliliğini almak yerine uzlaşmanın bir türü olan karşılıklılığın neticesidir ve doğal hukuka dayanmaz. Bir başka ifade ile jus cogens ile birlikte düşünülen doğal hukuk; işlenen bir cinayeti, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma şeklindeki kötü muameleyi veya çocuk istismarlarını işleyenleri, sırf diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahipler diye hoş görmez. Ayrıca diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar bütün devletler için değil yalnızca ilgili devletler (gönderen devlet, kabul eden devlet, ev sahibi devlet) için yükümlülük doğurur. Bu sebeple bu kurallar jus cogens niteliğini haiz olmaz. Doktrinde kıkışıt görüşe göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde yer alan iki aşamalı şartları yerine getirir görünmektedir. Şöyle ki, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin kurallar, birkaç istisna hariç uluslararası toplumu oluşturan devletler tarafından ezici bir çoğunluk ile kabul edilmiştir⁵⁴¹. Yanı sıra diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar içeren kuralların mutlak ve

⁵³⁹ Karakoç, 2006: 117.

⁵⁴⁰ Dror, 2000: 24.

⁵⁴¹ Bu konuda Hevener örnek olarak Tahran Rehineler Krizi'ni göstermektedir. Rehineler Krizi'nde uluslararası toplumun ezici çoğunluğunun İran Devleti'nin yaklaşımını kınadığını ifade eder. Ayrıca birçok konuda Amerika Birleşik Devletleri'ni eleştiren devletlerden bile Rehineler Krizi ile ilgili destek mesajları verilmiştir, açıklamalar için bkz. Hevener, 1986: 45.

kendisinden sapılmaya müsaade etmemesi söz konusudur⁵⁴². Nitekim devlet uygulamaları açıkça göstermektedir ki, bazı ayrıcalık ve bağışıklık hükümleri mutlak ve mutlaklık bu hükümlere jus cogens niteliği kazandırmaktadır. Kanaatimizce bu iki görüşten ilki, kendi içerisinde daha tutarlı görünmektedir. Dolayısıyla diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren kuralların jus cogens niteliğine sahip olduğuna ilişkin görüşlere katılmamaktayız. Yukarıda değinildiği üzere Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre jus cogens niteliğindeki kurallara aykırı düzenlemeler batıldır. Örneğin, devletlerin kuvvet kullanma yasağına karşı yaptıkları andlaşmalar, kural olarak batıldır. Buna karşın devletler, kendi aralarında, üçüncü devletlerin haklarını ihlal etmeden veya uluslararası hukukun temel ilkelerine dokunmadan, teamül niteliğini haiz bir uluslararası hukuk hükmünü değiştirebilirler⁵⁴³. Örneğin kendi aralarında diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren kuralları kısmen veya tamamen kaldırabilirler. Bu durumda uluslararası toplumun düzenini bozacak ve toplumun haklarını zedeleyecek bir sonuçta doğmaz. Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren kuralların jus cogens niteliğini haiz hükümler olmadığı kanaatindeyiz.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan kuralların jus cogens niteliğini haiz olmadığı tespit edildikten sonra temel insan hakları kurallarının bu yönü üzerinde durulmalıdır. Buna dair açıklamalara ilk bölümde yer verildiği için bu noktada kısaca ifade etmek gerekirse insan hakları tanıyan kurallar, jus cogens niteliğini haizdir. Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmaları⁵⁴⁴, Uluslararası Adalet Divanı kararları⁵⁴⁵, uluslararası andlaşma metinleri⁵⁴⁶ ve doktrin görüşleri⁵⁴⁷ bu hususu teyit etmektedir. Temel insan

⁵⁴² Hevener'e göre Tahran Rehineler Krizi dışında devletler, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara riayet etmişlerdir. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması en fazla siyasi tartışmalara neden olmuştur. Bunun yanında diplomasi temsilcilerinin tutuklanmaları, gözaltına alınmaları, yargılanmaları söz konusu olmamıştır. Yazar bu iddiada bulunurken, Körfez Savaşı sırasında Irak'ın Hollanda ve Fransa Büyükelçilikleri'nde bulunan diplomasi temsilcilerini tutuklanmasını istisna olarak görmektedir, açıklamalar için bkz. Hevener, 1986: 45.

⁵⁴³ Karakoç, 2010: 92.

⁵⁴⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları sırasında Uluslararası Hukuk Komisyonu üyelerinin bazıları insan hakları kurallarını jus cogens niteliğindeki kurallara örnek olarak göstermişlerdir, bkz. Yearbook of International Law Commission, 1966: 270.

⁵⁴⁵ Uluslararası Adalet Divanı Yargıcı Tanaka, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1966 tarihli "Güney Batı Afrika Davaları" kararına yazdığı muhalefet şerhinde, Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmasına da atıfta bulunarak, jus cogensin uluslararası alana girmesi durumunda, insan haklarının korunması hukukunun jus cogensine ait olduğunun kuşkusuz kabul edileceğini belirtmiştir, bkz. Uluslararası Adalet Divanı, "Güney Batı Afrika Davaları – Yargıç Tanaka'nın Muhalefet Şerhi", 298. sayfa, (1966), (046-19660718-JUD-01-06-BI.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁵⁴⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin bütünü içerisinde insancıl nitelikteki andlaşmaların diğer andlaşmalardan farklı bir konuma yerleştirildiği görülmektedir. Bu kapsamda Sözleşmeye taraf olanlardan birinin andlaşma hükümlerini esaslı biçimde ihlâl etmesi durumunda, diğer taraf veya tarafların andlaşmayı sona erdirmesi, kısmen veya tamamen andlaşma hükümlerini askıya alması mümkün olmaktadır. Ancak Sözleşme'nin 60. maddesinin 5. fıkrasına göre, insancıl nitelikteki andlaşmalara ilişkin hükümler söz konusu olduğunda

haklarının tamamının mı yoksa bir kısmının mı jus cogens kuralı olduğu üzerinde tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe⁵⁴⁸ göre “sınırlanan hak” ve “sınırlanamayan hak” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmesi ve ayrımın neticesine göre cevap verilmesi gerekir⁵⁴⁹. Buradan hareket edildiğinde; “yaşam hakkı”, “işkence yasağı”, “kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı” ve “çocukların korunması hakkı” sınırlanamayan ve istisna getirilemeyen haklardır. Öyleyse bu tür sınırlanamayan haklar, jus cogens niteliğini haiz kabul edilmelidir⁵⁵⁰. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin aradığı iki aşamalı şartlar bunlar için geçerlidir. Şöyle ki, ilk olarak sınırlanamayan haklar; andlaşma hükümleri ve devlet uygulamaları ile ezici bir çoğunluk tarafından kabul edilmektedirler. İkinci olarak bu haklar mutlak ve kendisinden sapılmaya yer vermeyen durumdadırlar⁵⁵¹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesine göre bu haklar, olağanüstü dönemlerde bile sınırlanamayan haklardır⁵⁵². Buna karşın doktrinde karşıt görüşe⁵⁵³ göre temel insan haklarının tamamı jus cogens niteliğini haizdir. Bu görüş, “sınırlanan” – “sınırlanamayan” hak ayrımı yapmaksızın temel nitelikteki bütün insan haklarını jus cogens niteliğinde kabul etmektedir. Kanaatimizce ilk görüş kendi içerisinde daha tutarlı görünmektedir. Zira sınırlanabilen veya geri alınabilen hakları jus cogens niteliğinde kabul etmek, jus cogens için

taraflar bu olanaklardan yararlanamazlar. Maddede, özellikle bu andlaşmalarla korunan kişilere karşı her türlü misillemeyi yasaklayan hükümlere atıfta bulunulmuştur. İhlâl durumunda, andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma olanağı tanınmamasının, insancıl nitelikteki andlaşmalarda kişinin korunmasına ilişkin hükümlerden sapmaya da olanak tanınmayacağı biçiminde yorumlanabileceği belirtilmiştir, bkz. Başkaracaoğlu, 2011: 84.

⁵⁴⁷ Erkiner, 2008: 242; Mangır, 2011: 172; Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26.

⁵⁴⁸ Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26.

⁵⁴⁹ “Belli bazı haklar, savaş zamanları ya da bir milleti tehdit eden diğer kamusal nitelikli olağanüstü durumların ortaya çıktığı zamanlarda bile ihlal edilemez ... Bu tür askıya alınamayan haklar, açıkça haklar hiyerarşisinde özel bir yere sahip olarak değerlendirilmektedir”, Shaw, 2018: 208 vd; ayrıca bkz. Gözler, 2018: 249;

⁵⁵⁰ Shaw, 2018: 209; Mangır, 2011: 171 vd.

⁵⁵¹ Mangır, 2011: 172; Karşıt iddia için bkz. “Amerika Birleşik Devletleri ve Çin gibi ülkelerde hala yaşam hakkını ortadan kaldıran idam cezaları uygulaması, yaşam hakkından sapmaya işaret etmektedir” Dror, 2000: 26.

⁵⁵² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. maddesinde, yaşam hakkı (meşru savaş fiillerinden kaynaklananlar dışında), işkence ve köleliğin yasaklanması ile ceza gerektiren suçların geçmişe uygulanmaması asla sınırlanamaz hükmü yer almaktadır. Benzer hükümler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 4. maddesinde, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi 27. maddesinde de vardır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 27. maddesinde hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar, “hukuk kişiliği hakkı”, “yaşam hakkı”, “insani muamele hakkı”, “kölelikten kurtulma hakkı”, “ex post facto (yürürlüğe girmesinden öncekilere uygulanabilen) kanunlardan muaf olma hakkı”, “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, “çocuk hakları gibi aile hakları”, “vatandaşlık hakları” ve “siyasal katılım hakkıdır”. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 4. maddesi uyarınca hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar; “yaşam hakkı”, “hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı”, “düşünce özgürlüğü hakkı”, “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, “işkence ve köleliğin yasaklanması”, “kanunların geçmişe yürümemesi”, “sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirememesi nedeniyle hapsedilmenin yasaklanması” hakkıdır.

⁵⁵³ Görüşler için bkz. Parker ve Neylon, 1989: 411

aranan “mutlak ve kendisinden sapılmaya yer vermeyen” şartı ile uyuşmayacaktır. Bu kapsamda; “yaşam hakkı”, “işkence yasağı”, “köleleştirme yasağı”, “çocuk hakları” gibi haklar jus cogens niteliğini haiz kabul edilmelidir.

Bu genel açıklamalardan sonra hiyerarşi kurallarının uygulanması neticesinde insan haklarına ilişkin jus cogens niteliğindeki kuralların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren kurallara nazaran öncelikle uygulanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Şu halde ihtilaf halinde, temel insan haklarına ilişkin kurallar uygulanacak ve fakat diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin kurallar uygulanmayacaktır.

Uluslararası normlar hiyerarşisi, temel insan haklarına ilişkin kuralların öncelikle uygulanması gerektiği sonucunu veriyorsa da, bu sonuç; sorunları sona erdirecek gibi görünmemektedir⁵⁵⁴. Zira devletlerarası uygulamada diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temelinde yatan karşılıklılık ilkesi, devletlerin ezici çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Hiyerarşi uygulaması neticesinde temel insan hakları kurallarının uygulanması halinde bu kuralları uygulayan kabul eden devletin (gönderen devlet ülkesinde görevli) diplomasi temsilcilerinin zor durumda kalma ihtimali söz konusudur. Örneğin, Libya’nın Londra Büyükelçiliği olayı neticesinde en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ihlal edilmiştir. Bu ihlale karşı İngiltere, Libya Büyükelçiliği’ne müdahale etmek istemiş, bunun üzerine Libya Devleti, böyle bir müdahalenin gerçekleşmesi halinde, kendisinin de ülkesinde bulunan İngiliz diplomasi temsilcilerine misilleme yapacağını açıklamıştır⁵⁵⁵. Bunun üzerine İngiltere herhangi bir tedbir alamamıştır. Anlaşılabacağı üzere, karşılıklılık ilkesi nedeniyle, devletlerin uluslararası normlar hiyerarşisini uygulama noktasında istekli oldukları söylenemez⁵⁵⁶. Bu kapsamda uygulamada, uluslararası normlar hiyerarşisi tam anlamıyla işletilmemektedir. Bu da, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine dahi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmasına neden olmaktadır.

2.4. Uluslararası Sorumluluk Kurumunun Etkin İşletilmemesi

Kötüye kullanım fiilleri neticesinde temel insan hakları ihlal edilmekte, bu ihlal neticesinde uluslararası sorumluluk doğmaktadır. Ancak, uluslararası sorumluluğun işletilmesi kural olarak devletlerin tasarrufundadır. Bu kapsamda devletler, kötüye kullanım fiilleri neticesinde temel insan haklarının ihlal edilmesi nedeniyle genellikle uluslararası sorumluluk kurumunu işletmemektedirler. Bu durum, devletlerin bilinçli tercihidir. Aşağıda,

⁵⁵⁴ Dror, 2000: 30.

⁵⁵⁵ Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Dror 2000: 29.

⁵⁵⁶ Tartışmalara ve neticelerine bakıldığında, devletlerin halen uluslararası hukukun temel aktörü kabul edildiği yorumları yapılmaktadır, bkz. Fox, 2006: 400; Ayrıca bkz. “Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların dayanmış olduğu devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesi de jus cogens niteliğini haiz bir ilkedir”, bkz. Erten, 2016: 60.

uluslararası sorumluluğa dair açıklamalara, ardından devletler tarafından bu kurumun işletilmeme nedenlerine yer verilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararları gidermek için devletler adına 2001 tarihli “Uluslararası Haksız Fiilden Ötörü Devletlerin Sorumluluğu”; uluslararası örgütler adına 2011 tarihli “Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu” düzenlemelerini kabul etmiştir. Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiili, uluslararası hukuk bakımından sorumluluk doğuran haksız fiildir⁵⁵⁷. Bir başka ifade ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiili; bir uluslararası hukuk kişisine atfedilen⁵⁵⁸, diplomasi temsilcileri tarafından işlenen⁵⁵⁹ ve uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğü ihlal eden⁵⁶⁰ sorumluluk doğuran haksız fiildir. Bu fiilin, iç hukukta kabul edildiği üzere, kusurlu olması da gerekli değildir. Bir başka ifade ile haksız fiil kusur olmayıp yalnızca hukuk kuralına aykırılıktır⁵⁶¹. Haksız fiil; icrai ya da ihmali bir fiil şeklinde ortaya çıkabilir. Her ikisi de uluslararası sorumluluğu doğurmaktadır⁵⁶². Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere haksız fiil neticesinde bir zarar doğmaktadır⁵⁶³. Bu zarar bir hakka yönelik olup maddi ve manevi zararlara yol açmaktadır⁵⁶⁴.

Resmi görev esnasında, yetkilerini aşan ya da talimatlara aykırı hareket eden diplomasi temsilcilerinin haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiilleri⁵⁶⁵, ilgili uluslararası

⁵⁵⁷ Özel hukuk anlamında haksız fiil ile uluslararası hukukta devlete atfedilen uluslararası haksız fiilleri birbirinden ayırmak gerekmektedir. 2001 tarihli düzenlemenin 3. maddesine göre; bir fiil uluslararası yükümlülüğü ihlâl etmekteyse, uluslararası hukuk bakımından haksız olarak değerlendirilebilir ve bu değerlendirme devletin iç hukukundan bağımsızdır. Devlet, fiilinin uluslararası hukuka göre haksız fiil olmadığını, kendi iç hukukuna dayanarak ileri süremez. Aynı ilkenin uluslararası örgütler için söylenmesindeki zorluk, bir uluslararası örgütün kurallarının uluslararası hukuktan keskin şekilde ayrılamamasından kaynaklanır. Zira uluslararası örgüt bir andlaşma ya da diğer bir uluslararası hukuk enstrümanı ile kurulan uluslararası bir yapıdır. Bu nedenle devletlerin sorumluluğundan farklı olarak devletlerin ulusal hukukları, bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinde göz önünde tutulmaz, ancak örgüt kuralları tutulabilir. 2011 tarihli düzenlemenin 5. maddesinden de aynı sonuca ulaşılabilir, bkz. Emir, 2020: 147; Keskin, 2018: 82.

⁵⁵⁸ Uluslararası Adalet Divanı “*Tahran Rehinelere Davası*”, 56. paragraf, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory, Opinions, and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); Bu konuda kapsamlı çalışma için bkz. Dal, 2019: 10 vd.

⁵⁵⁹ “...Devlete isnat edilebilecek davranışlar, devlet organlarının ya da bu organlara tabi ya da bunların denetiminde faaliyet gösteren kişi veya makamların davranışlarıdır. Böylelikle uluslararası hukuk, devletin ajanlarının faaliyetlerinden ve davranışlarından devleti mesul tutmuştur”, bkz. Erkiner, 2008: 138.

⁵⁶⁰ “Söz konusu yükümlülük bir andlaşmadan kaynaklanabileceği gibi andlaşma dışı bir milletlerarası hukuk kuralı tarafından da öngörülmüş olabilir... Uluslararası hukukta, bir yükümlülüğün ihlali kavramı çoğu zaman bir başka devletin haklarına aykırı, bunları ihlâl eden bir davranış olarak kabul edilip kullanılmaktadır”, bkz. Erkiner, 2008: 128.

⁵⁶¹ Keskin, 2018: 81; Erkiner, 2008: 122; Acer ve Kaya, 2021: 443.

⁵⁶² 2001 tarihli düzenleme 2. madde; 2011 tarihli düzenleme 4. madde.

⁵⁶³ Emir, 2020: 139; Pazarcı, 2018: 446; Acer ve Kaya, 2021: 444; Erkiner, 2008: 208.

⁵⁶⁴ Pazarcı, 2018: 445.

⁵⁶⁵ Yetki aşımı suretiyle diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması söz konusudur, karar için bkz. Birleşmiş Milletler, “*Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States*”, 534. sayfa, (07.06.1929),

hukuk kişinin fiili olarak kabul edilir⁵⁶⁶. Bunlar “ultra vires” fiillerdir⁵⁶⁷. Devletlerin sorumluluğu hususunda ağırlıklı eğilim, yetkisini aşan diplomasi temsilcisinin fiili, eğer durum iç hukuk çerçevesinde düzeltilememişse, ilgili devletin ihmali nedeniyle uluslararası sorumluluğunu gerektireceği yönündedir⁵⁶⁸. Aynı şekilde bir uluslararası örgütün önleme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde; temsilcisinin kötüye kullanım fiilinden ötürü o örgütün sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁶⁹.

Sorumluluğun yüklenememesi halinde, eğer ilgili devlet kötüye kullanım fiilini benimser ve fiili kendi tasarrufu olarak kabul ederse bu fiil; ilgili devletin tasarrufu olarak kabul edilecektir⁵⁷⁰. Amerika Birleşik Devletleri’nin Tahran Büyükelçiliği, her ne kadar sivil kimselerce basılmış olsa da, olay devam ederken İran Devleti’nin bunu onaylayan açıklamalar yapması haksız fiili benimsediği ve kendi tasarrufu olarak gördüğü anlamına gelmiştir⁵⁷¹. Benzer durum uluslararası örgütlerin sorumluluğu içinde geçerlidir. Şöyle ki; sorumluluğun yüklenememesi halinde; ilgili uluslararası örgüt, söz konusu fiilin kendisine ait olduğunu tasdik ve kabul ederse, bu fiil uluslararası örgütün tasarrufu sayılacaktır⁵⁷². Bunun yanı sıra başka bir uluslararası örgütün tasarrufu altındaki bir devlet organının ya da bir uluslararası örgüt organının ya da temsilcisinin fiili; eğer o fiil üzerinde “etkin kontrolü” varsa önceki uluslararası örgütün fiili sayılır⁵⁷³. Bu kabul; organ ya da temsilcinin belirli bir ölçüde gönderen devlet ya da uluslararası örgüt adına hareket etmeye devam ettiği durumlarla ilgilidir⁵⁷⁴.

Reports of International Arbitral Awards, [Estate of Jean-Baptiste Caire \(France\) v. United Mexican States](#) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁵⁶⁶ 2001 tarihli düzenleme 7. madde; 2011 tarihli düzenleme 8. madde.

⁵⁶⁷ “Devlet görevlisi kişinin hangi saikle hareket ettiğinin önemi yoktur. Yetki aşımında bulunsa bile görevi ile ilgili olarak hareket ediyorsa bu fiil devletin tasarrufu olarak kabul edilecektir”, bkz. Acer ve Kaya, 2021: 447; Kara, 2020: 5; Erkiner, 2008: 150; Ayrıca bkz. “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Rodriguez v. Honduras davasında ...hukukta devlet temsilcilerinin resmi sıfatla gerçekleştirdikleri eylemlerin yetkileri dışında olması halinde bile devlete atfedilebilir olduğunu aktarmıştır” , Dal, 2019: 41.

⁵⁶⁸ Pazarcı, 2018: 450.

⁵⁶⁹ Keskin, 2018: 94.

⁵⁷⁰ 2001 tarihli düzenleme 11. madde; Ayrıca bkz. Acer ve Kaya, 2021: 449; Dal, 2019: 11.

⁵⁷¹ Uluslararası Adalet Divanı “Tahran Rehineler Davası”, 75. paragraf, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory, Opinions, and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁵⁷² 2011 tarihli düzenleme 11. madde.

⁵⁷³ 2011 tarihli düzenleme 7. madde.

⁵⁷⁴ Bu husus Birleşmiş Milletler Barış Güçleri bağlamında da önemlidir. Zira Birleşmiş Milletler Barış Güçleri, Örgütün alt organı olmasına rağmen, Barış Gücü birlikleri; devletler tarafından desteklenmekte ve bu devletler birlikler üzerinde ki yargı yetkisini ve kontrollerini sürdürmektedir. Kural olarak Birleşmiş Milletler Barış Güçleri, Birleşmiş Milletlerin alt organı ya da bayrağı altındaki birlikler olarak Örgütün komuta ve kontrolü altında olmalarından dolayı fillerinden Birleşmiş Milletlerin sorumlu olduğu kabul edilmektedir, bkz. Emir, 2020: 148; Ayrıca bkz. Erkiner, 2017(a): 69 vd.

Haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerinin ortaya çıkardığı etkileri ortadan kaldırmak için çözüm yolları önerilmiştir. Bu çözüm yollarına başvurmak bazı şartlara tabi tutulmuştur. Bu şartların işletilmesi; devletler için “diplomatik himaye”, uluslararası örgütler için “görevsel himaye” olarak anılmaktadır⁵⁷⁵. Diplomatik himaye kapsamında bir devlet, yurttaşına zarar verilmesi halinde yurttaşını himaye edebilir. Edebilir denilmektedir zira himaye etme hakkı tamamen devletin takdirindedir⁵⁷⁶. Devletler bakımından zarar gören yurttaş, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Bu noktada sorumlu devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir⁵⁷⁷. Sorumlu uluslararası hukuk kişinin uluslararası örgüt olması halinde bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; mağdur devlet ya da uluslararası örgüt; bir uluslararası örgütün sorumluluğuna başvuracağı zaman, bu başvurusunu; sorumluluğuna gideceği örgüte “bildirmek” ile yükümlüdür. Yapılacak bildirimde, ihlal devam ediyorsa, sorumlu uluslararası örgütün kötüye kullanım fiilini sona erdirmesi ve yapılması gereken onarım şekli belirtilir⁵⁷⁸. Bildirim ile birlikte uluslararası örgüte yapılan talebin kabul edilebilirliği bazı şartlara bağlanmıştır⁵⁷⁹. Bunlar “uyrukluk” ve “iç hukuk yollarının tüketilmesidir”. Uyrukluk şartı, diplomatik himaye hakkını bir devlet kullandığında uygulanabilir, ancak uluslararası örgütün bir diğer örgüte yapacağı başvuruda bu hüküm uygulanmaz. İç hukuk yollarının tüketilmesi şartına, Avrupa Birliği’nde mevcut olan iç hukuk yollarına başvurulması örnek verilmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre iç hukuk yollarının tüketilmesi yerine “örgüt içi hukuki yollar/çareler” anlamına gelebilecek bir ifade kullanılması daha uygun olabilirdi⁵⁸⁰.

Başvuru neticesinde sorumluluk ilgili uluslararası hukuk kişisi tarafından kabul ediliyorsa, bu takdirde zararın giderilmesi için bazı yükümlülükler ortaya çıkmaktadır⁵⁸¹. Bu yükümlülükler yalnızca verilen zararı ortadan kaldırmaya yönelik olup cezai yaptırım

⁵⁷⁵ “Bir uluslararası örgütün görevlileri yararına kullanabileceği görevsel koruma hakkı hiçbir biçimde aynı kişinin uyruğunda bulunduğu devletin diplomatik korumasını almasına engel oluşturmamaktadır”, bkz. Pazarcı, 2018: 459

⁵⁷⁶ Gündüz, 2018: 444; Pazarcı, 2018: 462; Buna karşın devletlerin kendi aralarında yapacakları bir andlaşma ile bireylerin uluslararası mekanizmalar nezdinde dava açmalarının önü açılabilir görüşü için bkz. Doğan, 2013: 340.

⁵⁷⁷ Hesnova, 2018: 33.

⁵⁷⁸ 2011 tarihli düzenleme 44. madde.

⁵⁷⁹ 2011 tarihli düzenleme 45. madde.

⁵⁸⁰ Keskin, 2018: 131.

⁵⁸¹ Zararın karşılanması, sorumlu devletin ihlâl edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez, bkz. 2011 tarihli düzenleme 29. madde; Ayrıca sorumlu devlet ihlale son verme ve tekrar etmeme yükümlülüğü altındadır, bkz. 2011 tarihli düzenleme 30. madde.

niteliğinde değildir⁵⁸². Bu nedenle zararın giderilmesi dışında bir ceza niteliği taşıyan maddi ya da manevi nitelikli yaptırım isteklerinin, uluslararası mahkemelerce reddedildiği gözlemlenmektedir⁵⁸³.

Zararın onarılması amacıyla zararın niteliğine göre üç değişik yöntemle başvurma olanağı vardır⁵⁸⁴: i-) Eski Hale Getirme, ii-) Tazminat, iii-) Tarziye (Manevi Onarım). Onarım tedbirleri, meydana gelen zararlar orantılı olmak zorundadır⁵⁸⁵.

Uluslararası Hukuk Komisyonu uluslararası toplumun geneline karşı olan yükümlülüklerin ihlali halinde yukarıda sayılan yaptırımlar dışında “daha ağır dahafarklı” yaptırımlar alınması gerektiğine karar vermiş⁵⁸⁶, bu tür yükümlülükleri ihlal eden haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerini “uluslararası suç” olarak nitelendiren 19. madde düzenlemesine yer vermiştir. Bu maddede uluslararası suç, “uluslararası toplumun temel menfaatlerini korumayı amaçlayan ve ihlâli uluslararası toplumtarafından suç telâkki edilen bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli sonucu ortaya çıkan uluslararası haksız fiiller” olarak

⁵⁸² 2001 tarihli düzenleme taslağı, ilk haliyle 19. maddeyi ihtiva etmekteydi. Bu madde, cezai sorumluluk konusunu içermekteydi. Ciddi tartışmalara neden olan bu madde 2001 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Taslaktan çıkarılmıştır, bkz. Acer ve Kaya, 2021: 443; Doğan, 2013: 339.

⁵⁸³ Pazarcı, 2018: 463.

⁵⁸⁴ 2001 tarihli düzenleme 35 – 37 maddeler; 2011 tarihli düzenleme 34. madde.

⁵⁸⁵ Zararın onarımı olarak; uluslararası mahkemeler yalnızca doğrudan zararların ödenmesi gerektiğini kabul etmektedirler. Dolaylı zararlar; haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiili ile meydana gelen zarar arasında uzak bir illiyet bağı bulunan durumlarda ya da zararın kötüye kullanım fiili dışında ki bir sebeple ortaya çıktığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Uluslararası mahkemeler haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiili neticesinde maddi ve manevi zararlara hükmedebilmektedirler. Maddi zarar olarak fiili zarar ile olağan ve meşru beklentilerde yoksun kalınan kazanç hesaba katılmaktadır. 20. yüzyıldan itibaren hükmedilmeye başlanan manevi zararlar bakımından, bir yakının kaybı nedeniyle duyulan gerçek acı, psikolojik denge bozuklukları, kötü muamele gibi olaylar neticesinde acı duyma ve sair durumlar hesaba katılmaktadır, bkz. Erkiner, 2008: 210; Pazarcı, 2018: 465.

⁵⁸⁶ “Milletlerarası hukukun emredici kuralları, *jus cogens* kurallar ve milletlerarası toplumun bütününe karşı olan, *erga omnes* yükümlülükler, aynı olgunun farklı görünümleridir. Özünde bu iki kavramın içerikleri (*jus cogens* kurallar - *erga omnes* yükümlülükler) birbirleriyle yakından ilişkilidirler. Bununla beraber ikisi farklı kavramlardır ya da en azından aynı olgunun farklı açılardan ifadeleridir. Bu yüzden birbirleri ile karıştırılmamaları gerekir ve birbirleri yerine kullanılamazlar”, bkz. Erkiner, 2008: 244; “Uluslararası Adalet Divanı, 1970 tarihli Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Davası’nda devletlerin bir bütün olarak uluslararası topluluğa karşı yüklendiği *erga omnes* (herkese karşı) yükümlülüklerinden bahsetmiştir. Bu yükümlülükler riayet edilmesinde, bütün devletlerin ortak bir çıkarı bulunmaktadır. *Jus cogens* ile normlar arası bir farklılaşma yaratılırken, *erga omnes* yükümlülükler ile de bir devlete karşı ve herkese karşı yüklenilen yükümlülükler arasında bir farklılaşma yaratılmıştır. Söz konusu yükümlülükler, *jus cogens* düşüncesinin bir uzantısıdır. Bu iki kavramın etkisi devletin sorumluluğu konusundaki UHK’nin çalışmalarına yansımış ve uluslararası suç kavramıyla somutlaşmıştır. UHK’nin 1976 yılındaki raporunda yer alan uluslararası suç kavramı ile uluslararası hukuka aykırı fiiller arasında bir farklılaşma yaratılmıştır. Diğerlerinden çok daha ağır olan uluslararası hukuka aykırı bir fiilin farklı bir biçimde nitelendirilmesi ve farklı bir sorumluluk rejimine tâbi tutulması düşüncesini temellendiren kanıtlardan biri de, özel bir emredici kurallar kategorisinin yaratılmasıdır. *Erga omnes* yükümlülükler kavramı da, bu düşüncüyü desteklemektedir”, bkz. Başkaracaoğlu, 2011: 27 vd.

tanımlanmıştır⁵⁸⁷. Ancak 19. madde, yapılan tartışmalar neticesinde, 2001 tarihli düzenlemenin Taslağından çıkarılmıştır⁵⁸⁸. Böylece sorumlu devletin cezai sorumluluğa tabi tutulması kabul görmemiştir. Zira devletlerin cezai sorumlu olamayacağı⁵⁸⁹, zira yargı bağımsızlıklarının bulunduğu ifade edilmiştir. Bununla beraber devletlerin diplomasi temsilcileribireysel cezai sorumlu olabilirler⁵⁹⁰.

Cezai sorumluluk getiren 19. maddenin düzenlemeden çıkarılması üzerine; jus cogens niteliğindeki yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde 40 ve 41. maddelerde uygulanacak yaptırımlar “ağırlaştırılmış sorumluluk” başlığı ile tanımlanmış ve şu şekilde sıralanmıştır: i-) Haksız Fiili İşleyen Uluslararası Hukuk Kişisine Karşı Devletlerin İşbirliği Yapma Yükümlülüğü, ii-) Haksız Fiil Neticesinde Meydana Gelen Durumu Tanımama Yükümlülüğü, iii-) Haksız Fiilden Sorumlu Olan Devlete Karşı Yardım ve Destek Vermeme Yükümlülüğü. Uluslararası örgütlerin sorumluluğunu düzenleyen 2011 tarihli düzenlemede de aynı hükümler yer almaktadır⁵⁹¹.

Bu tedbirlerin yanı sıra haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerine -karşı önlem- tedbiri de alınabilir⁵⁹². Eğer fiil sona ermemişse, fiili sona erdirmek için; fiil sona ermiş ve fakat tazminat ödenmiyorsa tazminatı ödemeye zorlamak için karşı önlem alınabilir. Ancak jus cogens niteliğindeki kurallara karşı önlem alınamaz⁵⁹³. Bununla beraber diplomasi hukukundan kaynaklanan kuralların jus cogens niteliğinde olmadıkları göz önüne alındığında; kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde diplomasi hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle karşı önlem alınabileceği düşünülebilir. Buna karşın diplomasi hukukunun özünde karşılıklılık ilkesi vardır. Dolayısıyla diplomasi hukukundan kaynaklanan

⁵⁸⁷ 2001 tarihli düzenleme Taslağı 19. madde 3. fıkra: a-) *Saldırının yasaklanması gibi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için temel önemi haiz bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlali*; b-) *Sömürge hâkimiyetinin güç kullanarak kurulması ve sürdürülmesi gibi, halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkının korunması için temel önemi haiz bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlali*, c-) *Köleliğin, soykırımın, ırkçılığın yasaklanması gibi, insan varlığının korunması için temel önemi haiz bir uluslararası yükümlülüğün ağır ve geniş çaplı ihlali*; d-) *Atmosferin ve denizlerin ağır şekilde kirletilmesinin yasaklanması gibi, çevrenin korunması için temel önemi haiz bir uluslararası yükümlülüğün ihlali*”

⁵⁸⁸ “Belirtilmesi gerekir ki; jus cogens olarak adlandırılan ve uluslararası hukukun emredici nitelikli hükümlerini teşkil eden normların tamamı erga omnes niteliğindedir. Ancak erga omnes olarak tanımlanan ve uluslararası toplumun geneline karşı sahip olunan yükümlülüklerin tamamı jus cogens niteliğinde değildir. Başka bir ifade ile erga omnes daha geniş, jus cogens daha dar bir halka oluşturmaktadır. 2001 metninde kabul edilmeyen ancak ağırlaştırılmış sorumluluk mekanizmasının oluşturulma sürecinde önemli tartışmalara sebebiyet veren uluslararası suç kavramı ise en dar halkadır. Zira her erga omnes yükümlülük veya her jus cogens normu uluslararası suç teşkil etmemektedir” bkz. Pirim, 2012: 165.

⁵⁸⁹ Barboza, 1999: 81.

⁵⁹⁰ Devlet temsilcilerinin bireysel sorumluluğu evrensel yargı yetkisini gerektiren uluslararası suçlar için söz konusu olabilir, Pirim, 2012: 160; Doğan, 2013: 340.

⁵⁹¹ 2011 tarihli düzenleme 41 ve 42. maddeler.

⁵⁹² 2001 tarihli düzenleme 49. madde vd.; 2011 tarihli düzenleme 22. madde vd.

⁵⁹³ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 60. madde 5. fıkra.

yükümlülükleri askıya alma şeklinde ortaya çıkacak karşı önlemler, meseleyi daha karmaşık bir hale getirebilir. Bu sebeple diplomasi hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin askıya alınmaması gerekir. Devlet uygulamaları, doktrin görüşleri ve mahkeme kararları bu yöndedir. Devlet uygulamalarından örnek vermek gerekirse; Libya'nın Londra Büyükelçiliği olayında İngiliz Hükümeti, diplomasi hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini, –Libya'da bulunan kendi diplomasi temsilcilerinin güvenliğini tehlikeye atmamak amacıyla– ihlal etmemiştir⁵⁹⁴. İngiltere, diplomasi hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alacak şekilde karşı önlemlere başvurmuş olsaydı, İngiltere – Libya krizi çözümsüz bir hale girebilir, sorun daha karmaşık bir hal alabilirdi. Uluslararası mahkeme kararlarından örnek vermek gerekirse; Tahran Rehineler Davası'nda Divan; İran'ın yükümlülüklerini ihlal etmesinin, Amerika Birleşik Devletleri'ne ihlal hakkı tanımayacağını ifade etmiştir⁵⁹⁵. Bir başka ifade ile İran'ın diplomatik yükümlülüklerine aykırı davranması karşısında, Amerika Birleşik Devletleri'nin diplomatik yükümlülükleri askıya alan karşı önleme başvurusu, Divan tarafından “haksız” bulunmuştur. Doktrindeki hâkim görüşe göre devletlerin diplomasi hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alan karşı önlemler almaktan kaçınmaları gerekmektedir⁵⁹⁶. Bu durum diplomasi hukuku kurallarının temel öneminin ve sahip oldukları zorunlu doğanın bir kabulü olarak görülebilir. Bu zorunlu nitelik nedeniyle, karşı önlemler alarak, bu kuralların uygulanmasını askıya almak mümkün değildir. Bu nedenle en fazla diplomatik çanta veya iletişim ile ilgili karşı önlemler alınabilir. Bununla beraber, diplomasi hukukunun sürekli ihlaline son vermenin söz konusu olduğu bazı durumlarda mağdur devletin; -diplomasi temsilcilerinin bağımsızlıklarının ihlal edilmemesi koşuluyla- diplomasi hukuku alanında karşı önlemler alabileceği kabul edilebilir⁵⁹⁷. Mağdur devlet, kötüye kullanım fiillerine karşı, uluslararası hukukun diğer alanlarında karşı önlemler almaya da yetkilidir. Örneğin Rehineler Krizi'nin devam ettiği bir esnada Amerika Birleşik Devletleri, İran'ın malvarlığına bloke koymuştur. Divan bu durumu değerlendirmemiştir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin rehineleri kurtarma operasyonunu uluslararası hukuka aykırı bulmuştur⁵⁹⁸.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen uluslararası sorumluluk, kötüye kullanım fiillerine karşı işletilmemektedir. Şöyle ki;

⁵⁹⁴ Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

⁵⁹⁵ Uluslararası Adalet Divanı “*Tahran Rehineler Davası*”, 93. paragraf, (24.5.1980), [064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf \(icj-cij.org\)](https://www.icj-cij.org/en/doc/other-docs/documents/judicial_decisions/judgments_and_orders/judgment-no-1980-1980-0524-jud-01-00-en.pdf), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁵⁹⁶ L'ordre Juridique International Entre Tradition et Innovation, 1997: 317-331.

⁵⁹⁷ L'ordre Juridique International Entre Tradition et Innovation, 1997: 317-331.

⁵⁹⁸ Uluslararası Adalet Divanı “*Tahran Rehineler Davası*”, 93. paragraf.

- Jus cogens niteliğini haiz temek insan haklarının⁵⁹⁹ ihlal edilmeleri halinde ağırlaştırılmış sorumluluk kapsamında öngörülen tedbirler; önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici niteliğe sahip değildir⁶⁰⁰. Bu tedbirlerin uygulanabilmesi için, temel insan haklarının ihlal edilmesi yetmez, bunların ağır ihlali gerekir⁶⁰¹. Bu düzenleme, ağır olmayan ve fakat ihlal içeren kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınamamasına işaret eder⁶⁰². Bu da, devletlerin temel insan haklarını korumak bakımından çok istekli olmadıklarını göstermektedir.
- Uluslararası suç düzenlemesi getiren 19. maddeye ilişkin doktrinde eleştiriler yapılmıştır⁶⁰³. Bu eleştirilere göre; uluslararası sorumluluk hukukunun niteliği ne medeni, ne cezaidir; uluslararası sorumluluk yalnızca uluslararası niteliktedir⁶⁰⁴. Uluslararası hukukta devletlerin cezai sorumluluğu olamazlar. Devletlerin kendi temsilcilerinin fiilleri sebebiyle sorumlu tutulmalarının temelinde, söz konusu fiillerin değil, bu fiillerin “sonuçlarının” devletlere atfedilebilir olmaları yatmaktadır⁶⁰⁵. Bu yaklaşıma karşın kanaatimizce, 19. maddenin getirmiş olduğu uluslararası suç tanımı içerisinde; uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesi ile dolaylı olarak “yaşam hakkı”, bunun yanı sıra doğrudan “kendi kaderini tayin hakkı”, “köleliğin ve ırkçılığın yasaklanması” ve “soykırımın önlenmesi” gibi birtakım jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları kurallarının korunması gayesi söz konusudur. 19. maddenin düzenlemesinde bazı sorunlar olduğu kabul edilse dahi bu düzenlemenin hâlihazırda var olan “ağırlaştırılmış sorumluluk” düzenlemesinden daha etkin tedbirler getirdiği açıktır. Ancak devletler, kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirler alınması hususunda isteksizdirler. Bu sebeple 19. maddeye yer verilmediği söylenebilir. Bunun yanı sıra; devlet

⁵⁹⁹ Erkiner, 2008: 242; Mangır, 2011: 172; Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26.

⁶⁰⁰ Ayrıca jus cogens niteliğinde ki kuralların ihlali bakımından ilgili madde formülasyonu son derece sorunlu kaleme alınmıştır. Şöyle ki, uluslararası sorumluluğu düzenleyen 2001 tarihli düzenlemedeki 42. madde, bir uluslararası haksız fiil ile ihlâl edilen yükümlülüğün uluslararası toplumun geneline karşı borç oluşturması halinde, tüm devletlerin mağdur devlet sıfatını haiz olacağını düzenlemekte, ancak ağırlaştırılmış sorumluluk olarak adlandırılan bu mekanizmanın ileri sürülmesi noktasında ürkek davranmaktadır. Bir başka ifade ile 42. maddede mağdur devlet addedilen devletler, sorumluluğu ileri sürme noktasında gerçekten mağdur olan devletlerden farklı bir noktaya konulmaktadır. Kendileri lehine sorumluluk ileri süremedikleri gibi, haksız fiilden doğrudan zarar gören devletler lehine sorumluluk ileri sürmeleri de doğrudan zarar gören devletlerin sorumluluk ileri sürme koşullarından daha farklı kurallara bağlanmaktadır, bkz. Pirim, 2012: 175.

⁶⁰¹ Ağır ihlal; “açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınma” olarak anlaşılmalıdır, bkz. 2001 tarihli düzenleme 40. madde.

⁶⁰² Pirim, 2016: 166.

⁶⁰³ Erkiner, 2008: 244; Pirim, 2012: 157.

⁶⁰⁴ Barboza, 1999: 88 vd.

⁶⁰⁵ Pirim, 2012: 158.

temsilcilerinin fiillerinin sonuçlarının devlete atfedileceği ileri sürülmüşse de uygulamada kötüye kullanım fiillerine dahi ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır. Bu sebeple de, uluslararası sorumluluk kurumu işletilememektedir.

- Uluslararası sorumluluk kurumu, temel insan haklarının uluslararası düzeyde korunması niteliğinden yoksun bir içeriğe sahiptir⁶⁰⁶. Zira insan hakları “herkes” için tanınmışken, uluslararası sorumluluk yalnızca “uyruk” olan yurttaş ya da “görevli” olan temsilciyi koruma altına alır. İnsan hakları; insan kişiliğinin ve değerinin korunmasına hizmet ederken, uluslararası sorumluluk; kötüye kullanım fiilinin meydana getirdiği zararların giderilmesine hizmet eder. Kötüye kullanım fiilleri neticesinde hakları ihlal edilen insanlar, kendi başlarına uluslararası sorumluluk kurumunu işletemezler. Bu kurum, yalnızca mağdur devlet ya da uluslararası örgüt tarafından işletilebilir. Mağdur devlet, diplomatik himayenin bütün şartları oluşsa bile bu hakkını kullanmama takdirine sahiptir⁶⁰⁷. Ancak devlet uygulamalarında; kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmesi neticesinde uluslararası sorumluluk kurumuna genellikle başvurmadıkları görülmektedir.
- Uluslararası sorumluluk, devletlerin yargı bağışıklığı nedeniyle işletilememektedir. Bu noktada doktrinde ortaya atılan ilk görüşe göre; yargı bağışıklığının jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlalleri karşısında uygulanmaması önerilmektedir⁶⁰⁸. Buna karşın doktrindeki diğer görüşe göre jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları kurallarının ihlali karşısında, yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır⁶⁰⁹. Nitekim devletlerin de böyle bir andlaşma yapma hususunda istekli oldukları da söylenemez⁶¹⁰. Dolayısıyla, ilk yaklaşımın teamül kuralı haline geldiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. İkinci görüşün uygulamayı yansıttığı çok açıktır.

2.5. Devletlerin Yargı Bağışıklığının Temel İnsan Hakları İhlallerine Geçit Vermesi

Devletler, temel insan haklarının ihlal edilmesi halinde de yargı bağışıklığına sahiptirler. Zira yargı bağışıklığı istisnaları arasında “jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarının ihlali hali” sayılmamıştır. Bu yaklaşım; devletlerin, kötüye kullanım fiilleri ile ihlal

⁶⁰⁶ Pazarcı, 2018: 442.

⁶⁰⁷ Gündüz, 2018: 444; Pazarcı, 2018: 462; Doğan, 2013: 340.

⁶⁰⁸ Arsava, 2012: 9.

⁶⁰⁹ Erdem, 2016: 208.

⁶¹⁰ Erdem, 2016: 199.

edilen temel insan haklarını koruma hususunda çok istekli olmadıklarını göstermektedir. Aşağıda, devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin açıklamalara ve temel insan hakları bakımından devletlerin tutumlarına yer verilmiştir.

Devletlerin yargılama yetkisi karşısında, yabancı devletlerin tabi olduğu bağımsızlık, yargı bağımsızlığıdır. Günümüzde yargı bağımsızlığının temeli, “eşitin eşit üzerinde egemenliği olamaz” ya da “eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olmaz” ilkesine dayandırılmaktadır⁶¹¹.

Yargı bağımsızlığının tartışıldığı ve kaynağını egemenden aldığı görüşünün hâkim olduğu erken dönemlerde, devletlerin yargı bağımsızlığının “mutlak” olduğu ifade edilmiştir⁶¹². Yani söz konusu dönemde bir devletin, başka bir devletin ulusal mahkemeleri önünde yargılanabilmesinin imkânı yoktur. Böylece, “eşitler birbirini yargılayamaz” ilkesi uyarınca, hiçbir koşulda devletlerin birbirlerini yargılayamayacağı yaklaşımı kabul edilmiştir⁶¹³. Mutlak yargı bağımsızlığı gerek egemenlik gerek egemenlik dışı tasarruflar için sınırsız olarak bağımsızlık verilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Ancak zamanla devletlerin bağımsızlığı daralmaya başlamıştır. Bunun neticesinde devletlerin geneli, sınırlı yargı bağımsızlığı anlayışını benimsemişlerdir⁶¹⁴.

Günümüzde genel kabul gören sınırlı yargı bağımsızlığı yaklaşımı, devletlerin tüzel kişilik olarak ticari faaliyetlerde bulunmaya başlamaları ile ortaya çıkmıştır. Devletler geleneksel rollerinden sıyrılarak ekonomik ve sosyal alana müdahil olmuşlar ve herhangi bir özel hukuk tüzel kişisi gibi faaliyette bulunmaya başlamışlardır⁶¹⁵. Nitekim yabancı devletin egemenlik kudretinin uluslararası planda tanınmasının doğal sonucu olarak kabul edilen yargı bağımsızlığı, devletlerin ekonomik hayata müdahalelerinin artması sonucunda mutlak niteliğini kaybederek, sadece belli kayıtlar altında geçerliliğini sürdürür hale gelmiştir. Yani yabancı devlete tanınan bağımsızlıklar daraltılmıştır. Devletin özel hukuk kişisi gibi hareket etmeye başlaması ile birlikte yargı bağımsızlığını sınırlandırmak açısından devletlerin faaliyetlerinin

⁶¹¹ Devletin yargı bağımsızlığı ilkesi devletin davacı değil fakat davalı olduğu durumlarda söz konusudur. Yargı bağımsızlığı için aynı zamanda davalının forum devleti tarafından tanınmış bir devlet olması gerekmektedir. Bunun dışında yargı bağımsızlığı, iç hukuka ilişkin usuli bir engel olup, dava konusunun esasen maddi hukuka aykırılığını etkilemez. Bu nedenle dava konusuna ilişkin forum devletinin yargı yetkisi olabilir, ancak davalı tarafın devlet olması sebebiyle yargılamaya devam edilmesi söz konusu olmaz. Bu niteliğiyle de bağımsızlık, yetkisizlik anlamına gelmez, bkz. Erdem, 2016: 107; Öztürk, 2020: 143.

⁶¹² Erten, 2016: 23; Kara, 2020: 18.

⁶¹³ Erdem, 2016: 112; Öztürk, 2020: 24.

⁶¹⁴ “Özellikle Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) ve diğer sosyalist ekonomi anlayışını benimsemiş devletlerin ticarete doğrudan devlet eli ile katılması ile beraber; ilgili hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ortaya çıktığında, uyuşmazlık tarafı olan devletlerin bağımsızlıklarını iddia etmeleri ve yargılamanın yapılamaması sorunu ortaya çıkartmaktaydı. Bu soruna karşın, ekonomik faaliyetlere doğrudan katılan devletlerin hukuki işlemlerinden sorumlu olması fikri ortaya çıkmaya başlamıştır”, bkz. Öztürk, 2020: 28; Ayrıca bkz. Erdem, 2016: 113; Erten, 2016: 31; Kara, 2020: 19.

⁶¹⁵ Erdem, 2016: 117.

niteliğini ortaya koymak önem kazanmıştır. Sınırlı yargı bağımsızlığı anlayışı ile birlikte devlet; “egemenlik” yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği işlem ve faaliyetler ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından yargı bağımsızlığından yararlanmayı sürdürecektir, ancak “devlet” sıfatı yerine sıradan bir özel hukuk kişisi olarak girdiği işlem ve faaliyetlerinden dolayı devletlere yargı bağımsızlığı tanınmayacaktır⁶¹⁶. Türk Hukukunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunbakiimından; devletlerin faaliyetleri; “devletin egemenliğine dayanan fiil ve işlemler” ile “devletin özel hukuk alanındaki fiil ve işlemleri” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır; özel hukuk ilişkilerinden doğan davalar bakımından devletlerin yargı bağımsızlığı kabul edilmemektedir⁶¹⁷.

Uluslararası hukuk düzeninde, yargı bağımsızlığına ilişkin kaleme alınan metinlerde sınırlı yargı bağımsızlığı benimsenmiştir. Gerek 1972 tarihli “Devletin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” gerek 2004 tarihli “Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”; yargıbağımsızlığına ilişkin gerçekleşen değişimi yansıtmıştır. Bu Sözleşmeler, genel olarak devletlerin özel hukuktan doğan işlemlerine yargı bağımsızlığı tanımamaktadırlar⁶¹⁸.

Bu kapsamda devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin ilk uluslararası andlaşma, Avrupa Konseyi çerçevesinde 1972 tarihinde yapılan Devletin Yargı Bağımsızlığına Dair Avrupa Sözleşmesi’dir. Ancak Avrupa Konseyi nezdinde akdedildiği için bölgesel bir andlaşmadır. Andlaşmaya göre devletler belirli hallerde bağımsızlık ileri süremeyeceklerdir⁶¹⁹. Getirdiği bu düzenleme ile 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi, yargı bağımsızlığına ilişkin sorunların

⁶¹⁶ Alebeek, 2012: 51.

⁶¹⁷ 5718 sayılı Kanun 49. madde; Bu çerçevede Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.09.1991 tarihli bir kararında, Büyükelçiliklerin kira ve tahliye davalarına konu olan ilişkilerinin özel hukuk ilişkileri kapsamına girdiğini ve gönderen devletin yargılanabileceğini hüküm altına almıştır. Lübnan Büyükelçiliği’ne karşı açılan bir tahliye davası nedeniyle Yargıtay’ın Büyükelçiliğin yargı bağımsızlığını reddettiği karar metni için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1991/6299 Esas, 1991/406 Karar.

⁶¹⁸ Pazarcı, 2018: 167.

⁶¹⁹ Taraf devletin başka bir taraf devlete karşı dava açması, açılmış davaya müdahil olması, ana davanın konusunu oluşturan hukuki ilişki sebebiyle karşı dava açması halinde (madde 1), devletler bir uluslararası andlaşma ile bir sözleşme ile ya da kendi rızası ile başka bir devletin yargı yetkisini kabul etmesi halinde (madde 2), devletin, yargılamaya katılıp, davanın esasına ilişkin beyanda bulunması halinde (madde 3), sözleşmeden doğan ve forum devletin ülkesinde ifa edilmiş ya da edilmesi gereken yükümlülüğün ihlali sebebiyle açılan davalarda (madde 4), devletin bir akit nedeni ile mahkemenin bulunduğu ülkede ifa edilecek hizmet akdi ile ilgili davalarda (madde 5), devletin mahkemenin bulunduğu ülkede bulunan şirket veya diğer ortaklık ilişkisinden doğan davalarda (madde 6), devletin mahkemenin bulunduğu ülkede özel bir kişi gibi yaptığı ticari veya mali faaliyetlerinden doğan davalarda (madde 7), devletin mahkemenin bulunduğu ülkede fikri haklara ilişkin davalarda (madde 8), davayı gören mahkemenin ülkesinde bulunan taşınmaz malların kullanılması, zilyetliği ve bunlarla ilgili borç doğuran davalarda (madde 9), taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde miras ve hibeden doğan davalarda (madde 10), kişilere ve maddi mallara verilen zararın tazminine ilişkin davalarda (madde 11), devletler hukuk ya da ticari faaliyetleri dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için bir tahkim andlaşması imzalamışlarsa, söz konusu tahkimde, (madde 12).

hükümetler düzeyinde ele alındığı ilk metindir. Sözleşme, devletlerin farklı uygulamalarını yeknesaklaştırmak amacıyla, hangi durumlarda yargı bağımsızlığının söz konusu olacağına ilişkin sorulara cevap vermeyi amaç edinmiştir. Yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarını kodifiye etme amacında olmasa da Sözleşme, özellikle Batı Avrupa devletlerinde yargı bağımsızlığının sınırlandırılmasına ilişkin başlayan eğilimi yansıtmıştır⁶²⁰.

Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası hukuk nezdinde kaleme alınan bir diğer andlaşma 2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir. 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde de benzer şekilde düzenlendiği üzere devletler; belirli hallerde⁶²¹ ve belirli uyuşmazlık konularında⁶²² yargı bağımsızlığından yararlanması mümkün değildir. Sözleşmenin 12. maddesi kapsamında; devlete atfedilebilir haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiilleri neticesinde “yaralanma”, “ölüm”, “mala zarar” ya da “kayıp” meydana gelirse, bunlar için tazminat talep edildiğinde, devlet yargı bağımsızlığını ileri süremeyecektir. Söz konusu istisnanın temel amacı, zarara uğrayan kişilerin mahkemeye erişimlerini sağlamaktır⁶²³. Uluslararası Hukuk Komisyonu, madde açıklamasında; temel olarak korunması amaçlanan fiillerin sigortalananabilir riskleri kapsayan

⁶²⁰ Bu düzenleme ile mahkeme kararları da şekillenmiştir. Örnek vermek gerekirse, Cezayir'in Berlin Büyükelçiliği'nde şoför olarak çalışan, Alman ve Cezayir vatandaşlığını haiz Mahamdia, Büyükelçilik tarafından görevine son verilmesi üzerine işe iade istemiyle Berlin İş Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, Mahamdia'nın görevinin Büyükelçiliğin diplomatik faaliyetleriyle ilişkili olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bunun üzerine, Mahamdia bu kararı Berlin Yüksek İş Mahkemesi nezdinde temyiz etmiştir. Berlin Yüksek İş Mahkemesi Büyükelçilik ile personel arasında iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda, personelin görev kapsamındaki faaliyetlerinin yabancı devletin egemen yetkilerinin kullanımını teşkil etmemesi şartıyla Alman mahkemelerinin yetkili olacağını belirtmiştir. Berlin Yüksek İş Mahkemesi Büyükelçiliğin 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında bir işyeri olup olmadığı, dolayısıyla Alman mahkemelerinin yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusunu ön karar başvurusu yoluyla Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sormuş, Divan yargı bağımsızlığının uluslararası teamül kuralı olduğunu, ancak egemen gücün kullanımı kapsamında sayılamayacak özel hukuk işlemlerinin yargı bağımsızlığı kapsamında sayılamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, iş akdinden doğan uyuşmazlıklarda Büyükelçiliğin 2011/44 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü kapsamında işyeri sayılacağına karar vermiştir, bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı, “Mahamdia v Cezayir”, (19.7.2012), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0154&from=EN> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁶²¹Devletler bir uluslararası andlaşma, bir sözleşme ya da kendi rızaları ile başka bir devletin yargı yetkisini kabul etmişse (madde 7), taraf devlet; başka bir taraf devlete karşı dava açmış, açılmış davaya müdahil olmuş, yargılamaya katılıp, davanın esasına ilişkin beyanda bulunmuşsa (madde 8), ana davanın konusunu oluşturan hukuki ilişki sebebiyle karşı dava açmışsa (madde 9),

⁶²²“Ticari İşlemler” (madde 10), “İş Akdi” (madde 11), “Kişisel Yaralanmalar ve Mala Zarar” (madde 12), “Mülkiyet, Zilyetlik Ve Mülkiyetin Kullanılması” (madde 13), “Fikri ve Sınai Mülkiyet” (madde 14), “Şirkette ya da Kolektif Oluşumlarda Yer Alma” (madde 15), “Mülkiyeti ve Yönetimi Devlette Olan Gemiler Bakımından” (madde 16), “Tahkim Andlaşması Bakımından” (madde 17).

⁶²³ Uluslararası Hukuk Komisyonu, “Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Şerhi”, 12. madde 2. paragraf.

fiiller olduğunu belirtmiş, trafik kazalarını örnek göstermiştir⁶²⁴. Ancak her ne kadar haksız fiilin istisnası, madde açıklamasında belirtildiği üzere trafik kazaları gibi sigortalanabilir risklere karşı getirilmiş olsada, uygulama, yalnızca bununla sınırlı değildir⁶²⁵. Bununla beraber; saldırı, darp, kasten adam öldürme, siyasi suikastlar gibi devlete atfedilebilen kasten işlenen diğer haksız fiiller de bu kapsamdadır⁶²⁶. Hem kasten hem de ihmal ile işlenen haksız fiillerden doğan hukuk davalarında devletler yargılanabilmektedir. İstisna uygulaması kapsamında haksız fiiller nedeniyle maddi olarak bir zarar ortaya çıktığında devlet bağışıklık iddia edememektedir. Manevi zararlar, bu madde kapsamında korunmamaktadır. Bir başka ifade ile devlet bu tür fiillerden doğan uyuşmazlıklarda bağışıklığını sürdürür⁶²⁷. Türkiye’de, diğer devletuygulamalarının aksine, manevi zararlarda da ilgili istisna hükmü uygulanarak yabancı devletin bağışıklık iddiasının reddedilmesi söz konusudur⁶²⁸. Bunun yanında, söz konusu haksız fiil istisnasının uygulamaya konmaması için ilgili devletlerin aksine anlaşılabileceklerini hüküm altına alınmıştır. Bu andlaşmalar özellikle diplomatik ve

⁶²⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu, “Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Şerhi”, 12. madde 3. paragraf; Maddi zarara ilişkin olarak pek tartışmalı olmayan kısım, trafik kazası gibi sigortalanabilir risklerde ortaya çıkan zararlardır. Türk hukukunda da bu doğrultuda kararlar verildiği görülmüştür. Örneğin, Alman bir diplomatın Almanya Büyükelçiliği’ne ait bir araç ile davacıya çarpması ile davacının tazminat istemi hem sürücü diplomat aleyhine hem de Alman Büyükelçiliği aleyhine yöneltilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından diplomatik bağışıklıklar kapsamında davanın durdurulması karar verilmiştir. Ancak Yargıtay tarafından Alman devletinin söz konusu trafik kazası nedeni ile haksız fiil oluşturan özel hukuk işleminde, 5718 sayılı Kanun gereği bağışık olmadığına karar verilerek, Büyükelçilik yönünden bozulmuştur, bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 17.06.2010 Tarih, 2010/6451 Esas, 2010/7394 Karar.

⁶²⁵ Yang, 2012: 206

⁶²⁶ Uluslararası Hukuk Komisyonu, “Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Şerhi”, 12. madde 3. paragraf.

⁶²⁷ Fox ve Webb, 2013: 470.

⁶²⁸ Türkiye’deki uygulamanın diğer devletlerdeki uygulamalardan farkı, haksız fiillere ilişkin özel bir bağışıklık hükmünün olmaması nedeni ile devletin ticari işlemleri istisnası gibi haksız fiile yol açan işlemlerde de işlemin niteliğinin önem göstermesidir. Haksız fiillerde, özel bir yargısal bağ ya da sonuç olarak maddi bir zararın oluşmasına dikkat edilmemiştir. Dolayısıyla diğer devlet uygulamalarının aksine, Türk hukukunda manevi zararlarda da ilgili hükmün uygulanarak yabancı devletin bağışıklık iddiasının reddedilmesi gerekecektir, bkz. Öztürk, 2020: 161. Söz konusu fiile uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak, madde metninde doğrudan bir hüküm bulunmasa da Uluslararası Hukuk Komisyonu, açıkça haksız fiilin işlendiği yer hukukunu işaret etmiştir. Bu kapsamda; Amerika Birleşik Devletleri, Yabancı Egemen Bağışıklıkları Yasası (FSIA) ile yabancı devletlerin ya da temsilcilerinin haksız fiili Amerika’da gerçekleştirmeleri halinde yargı bağışıklığını uygulanmayacağını kararlaştırmıştır, bkz. FSIA 1605/a-5 madde; Bu hükmün tek istisnası, “terörizm”dir, bkz. FSIA 1605A madde; İngiliz hukukunda “State Immunity Act” (SIA) kapsamında benzer bir hüküm bulunmakta, haksız fiilin İngiltere’de gerçekleşmesi halinde yargısal yetkinin doğacağı ifade edilmektedir, bkz. SIA 5. madde; Ancak, Türk hukukunda yabancı devletin yargı bağışıklığı kapsamında ilgili istisnanın uygulanması için haksız fiillerin Türkiye’de gerçekleşmesi şartı yoktur. Bu nedenle haksız fiiller söz konusu olduğunda, 5718 sayılı Kanunun 49. maddesi uygulama alanı bulacağından, ülkesellik Türk hukukunda bir unsur olarak yer almamaktadır, bkz. Öztürk, 2020: 142.

konsolosluk ilişkilerindeki özel andlaşmalar, askeri andlaşmalar ve diğer ülkede bulunan askeri kuvvetlerin fiillerini düzenleyen andlaşmalar şeklinde ortaya çıkmaktadırlar⁶²⁹.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen devletlerin yargı bağımsızlığı, kötüye kullanım fiillerinin temel insan haklarını ihlal etmesine sessiz kalmaktadır. Şöyle ki;

- 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesine ilişkin Komisyon çalışmalarında, devletlerin yargı bağımsızlığına dair istisnanın *jus cogens (niteliğindeki temel insan hakları)* kurallarına aykırılık halinde uygulanmayacağı sonucuna varılmıştır⁶³⁰. Bu kapsamda; Sözleşme'nin insan hakları hukukunun uygulanması için diğer devlet ve devlet temsilcilerine yöneltilen tazminat davalarına ilişkin yargı yetkisini içeren ilkelere dayanmaması eleştiri konusu olmuştur⁶³¹.
- 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesi, devletler ve onların diploması temsilcileri tarafından işlenen haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerine ilişkin yargı bağımsızlığı istisnasını düzenlemiştir. Ancak istisnanın *jus cogens* niteliğindeki insan hakları kurallarının ihlali halinde uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁶³². Bu düzenlemeden, devletlerin kötüye kullanım fiillerine karşı temel insan haklarını koruma gayesi gütmedikleri sonucuna ulaşılabilir.
- Devletlerin yargı bağımsızlığına ilişkin uygulamaları uluslararası sorumluluğun işletilmesini engellemektedir. Bu uygulamaya ilişkin doktrinde görüşler ortaya atılmıştır. Buna göre; *jus cogens* niteliğindeki temel insan hakları kurallarının (haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiilleri ile) ihlali karşısında yargı bağımsızlığının uygulanmaması gerektiği savunulmuştur⁶³³. Zira *jus cogens* niteliğindeki insan hakları kurallarının üstün olduğunun kabul edildiği bir hukuk sisteminde, bu kuralların ihlal edilmesine karşılık hala devletlerin yargı bağımsızlığının kabul edilmesi, ikilik yaratmakta ve normatif sistemin tutarlılığını zedelemektedir⁶³⁴. Yargı bağımsızlığına insan hakları istisnasını destekleyen bu yaklaşım, buna ilişkin iç hukuk mahkemeleri yoluyla uluslararası teamül hukukunun oluşmasına dayanmamaktadır. Bunun yerine, insan hakları hukuku ve

⁶²⁹ Fox ve Webb, 2013: 474.

⁶³⁰ Nitekim çalışma grubu *jus cogens* kurallar ile bağımsızlık arasındaki ilişkiye artan ilgiye dikkat çekse de konunun yeterince olgunlaşmadığını, dolayısıyla da *jus cogens* kural ihlallerine ilişkin Sözleşme'de bir düzenleme yapılmasının ele alınmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır, bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 54. Oturum Çalışma Grubu Başkanı Raporu, 1999: 47. paragraf; Doktrindeki görüşler için bkz. Barker, 2013: 420.

⁶³¹ Erdem, 2016: 139.

⁶³² Fox, 2006: 401; Alebeek, 2012: 295.

⁶³³ Arsava, 2012: 9.

⁶³⁴ Erdem, 2016: 197.

jus cogens ile erga omnes yükümlülüklerle ilişkin evrensel yargı yetkisindeki değişimleri göz önüne alarak, bu değişim ve gelişmelerin yargı bağımsızlığına ilişkin kuralları da etkilediğini savunmaktadır⁶³⁵. Ziradevletlerin ticari faaliyetleri bakımından yargı bağımsızlıklarının kaldırılması kabul edilebilirken, ağır insan hakları ihlallerinde yargı bağımsızlığının kaldırılması söz konusu olmalıdır⁶³⁶. Buna karşın doktrinde karşıt görüşler bulunmaktadır⁶³⁷. Buna göre; yargı bağımsızlığının uygulanmaması, devletlerarasında kurulan ve uluslararası hukukun koruduğu dengeyi bozabilecek niteliktedir⁶³⁸. Bu bakımdan jus cogens niteliğindeki insan hakları kuralları ile yargı bağımsızlığı kuralları karşılaştığı zaman, yargı bağımsızlığının uygulanmaması yaklaşımı temkinle karşılanmalı; devletlerin, egemen eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin hassasiyetlerinin ve korunması gereğinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir⁶³⁹. Zira egemen eşitlik ilkesinin devletlerin hukuka aykırı müdahalelerini en aza indirdiği ve zayıf devletlerin güçlü devletler karşısında korunmasını sağladığı varsayılmaktadır⁶⁴⁰. Bu kapsamda, yargı bağımsızlığının dayanmış olduğu “devletlerin egemenliği ve eşitliği” ilkesi jus cogens niteliğini haizdir⁶⁴¹. Bunun yanı sıra; jus cogens niteliğindeki insan hakları kurallarının ihlali karşısında yargı bağımsızlığının uygulanmayacağını düzenleyen herhangi bir uluslararası andlaşma ya da teamülde bulunmamaktadır⁶⁴². Nitekim devletlerin buna ilişkin bir hukuk kuralı yaratmak konusunda istekli oldukları söylenemez⁶⁴³. Bu kapsamda ikinci görüş, devletlerin iradesi ve uygulamalarını yansıtan görüştür.

- Uluslararası mahkemeler, devletlerin irade ve uygulamalarını teyit eden kararlar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin yargı bağımsızlığı

⁶³⁵ Alebeek, 2012: 301.

⁶³⁶ Thomas ve Small, 2003: 22.

⁶³⁷ Zimmermann, 1995: 439.

⁶³⁸ Zimmermann, 1995: 439.

⁶³⁹ Higgins, 2012: 148.

⁶⁴⁰ Higgins, 2012: 148.

⁶⁴¹ Erten, 2016: 60.

⁶⁴² Erten, 2016: 60; Erdem, 2016: 208; Yargı bağımsızlığının uygulanmayacağını istisnaları içeren bir uluslararası düzenleme yapılması görüşü için bkz. Lauterpacht, 1951: 236 vd.

⁶⁴³ Tartışmalara ve neticelerine bakıldığında, devletlerin halen uluslararası hukukun temel aktörü kabul edildiği yorumları yapılmaktadır, bkz. Fox, 2006: 400; Zira 2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin akdedilme süreci, devletlerin başka bir devlet mahkemesinde yargılanmak bakımından halen daha tutucu bir tavır sergilediklerini göstermiştir. Sözleşme’nin beklenenden daha az sayıda devlet tarafından onaylanmış olması, Sözleşme’nin değerine gölge düşürmektedir, bkz. Damrosh, 2011: 1191; Ancak Sözleşme’nin, sınırlı yargı bağımsızlığı bakımından yeknesak bir metin oluşturması ve yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası teamül kurallarını içermesi kat edilen önemli bir aşamaya işaret etmektedir, bk. Erdem, 2016: 140.

nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine dair önüne gelen davalarda, genel olarak, devletlerin yargı bağımsızlığının istisnaları arasında jus cogens niteliğindeki temel insan hakları kurallarının olmadığını ifade etmiştir⁶⁴⁴. Uluslararası Adalet Divanı 3 Şubat 2012 tarihinde verdiği bir kararda, uluslararası teamül hukukunun şu an ki mevcut haliyle, bir devletin; temel insan hakları hukukunu ciddi ihlal suçlamasından ötürü bağımsızlıktan yoksun olmayacağına hükmetmiştir⁶⁴⁵.

Bu kapsamda; kötüye kullanım fiilleri ile temel insan hakları kurallarının ihlal edilmesi sorunu; jus cogens kurallarının yargı bağımsızlığına üstünlüğünü onaylayan açık ve net düzenleme ve uygulamalarla çözülebilir⁶⁴⁶. Şu halde öncelikle diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların, temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir.

2.6. Kötüye Kullanım Fiillerine Karşı Öngörülen Tedbirlerin Yetersizliği

Uluslararası toplum, iç hukuklarda öngörülen toplum yapısının aksine yatay toplum modeli içermektedir. Bu toplumun başlıca aktörleri devletlerdir. Bunlar, egemen ve eşittirler⁶⁴⁷. Bunların üzerinde, bağlayıcı yetkilere sahip otorite bulunmamaktadır⁶⁴⁸.

Uluslararası hukuk, devletlerin irade ve uygulamaları üzerinden şekillenmektedir. Bu kapsamda, devletlerin irade ve uygulamaları; kötüye kullanım fiillerine karşı temel insan haklarının korunması yönünde ortaya çıkmamaktadır⁶⁴⁹. Bu durum uluslararası düzenlemelere yansımıştır. Uluslararası düzenlemelerde, kötüye kullanım fiillerine karşı öngörülen tedbirler; önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici niteliklerden uzaktır. Bu düzenleme tarzı devletlerin tercihini yansıtmaktadır. Ancak bu tercih, bir yandan temel insan haklarını kutsayan diğer yandan bunların kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmesine sessiz kalan uluslararası hukuk bakımından ciddi bir sorundur. Aşağıda, ilgili tedbirlere ve bunların kötüye kullanım fiillerine neden yetersiz kaldıklarına dair açıklamalara yer verilmiştir.

⁶⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Al-Adsani v. United Kingdom*”, 61. paragraf, Başvuru Numarası: 35763/97, 21.11.2001.

⁶⁴⁵ Uluslararası Adalet Divanı, “*Devletin Yargı Bağımsızlığı*”, 91. paragraf, (3.2.2012), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions, And Orders, <http://www.icjci.org/docket/files/143/16883.pdf>. (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁶⁴⁶ Alebeek, 2012: 415; Doktrinde, yargı bağımsızlığı prensibinin temel olarak kaldırılması ve bir uluslararası düzenleme ile devletlere yalnızca bazı istisnai durumlar dâhilinde bağımsızlık tanınması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. Lauterpacht, 1951: 238 vd.; Alebeek, 2012: 313.

⁶⁴⁷ Erten, 2016: 60.

⁶⁴⁸ “*Birleşmiş Milletler bir dünya hükümeti olmaktan çok uzaktır*”, bkz. Gündüz, 2018: 8; Ayrıca bkz. Acer ve Kaya, 2021: 32; Doğan, 2013: 39; Pazarcı, 2018: 7.

⁶⁴⁹ Doğan, 2013: 38.

2.6.1. Uluslararası Sorumluluk Tedbirlerinin Yetersizliği

Uluslararası sorumluluğa neden olan kötüye kullanım fiili neticesinde ortaya çıkan zararın onarım şekilleri; “eski hale iade”, “tazminat” ve “tarziye”dir. Zararın onarımı söz konusu olsa bile bu durum, sorumlu devlet ya da uluslararası örgütün, ihlâl edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez⁶⁵⁰. Ayrıca sorumlu devlet ya da örgüt, “ihlale son verme yükümlülüğü” ile “tekrar etmeme yükümlülüğü” altındadır⁶⁵¹.

Sorumlu devlet ya da uluslararası örgüt; ihlâl meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Eski hale iade; kötüye kullanım fiili meydana gelmeseydi, var olacak durumu sağlama aracıdır⁶⁵². Şayet eski hale iade maddi olarak imkânsız ise; orantılılık ilkesine göre tazminata nazaran tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz⁶⁵³. Eski hale iade yerine tazmin etme tedbiri uygulanır. Buna göre sorumlu devlet ya da uluslararası örgüt, kötüye kullanım fiili ile neden olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Eski hale iade mümkün olsa bile zararın eksiksiz onarımı için yeterli gelmeyebilir. Bu durumda tazminat, eksik kalan kısmın tamamlanmasına ve zararın tamamen onarılmasına katkıda bulunabilir. Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı saptanabilir olmak kaydıyla yoksun kalınan kazançlar dâhil olmak üzere kapsar⁶⁵⁴. Tarziye ile karşılaştırıldığında tazminat, kötüye kullanım fiilinden kaynaklanan maddi ve somut zararları onarma işlevine sahiptir. Tazminatın amacı cezaî nitelikte değildir. Dolayısıyla tazminat, sorumlu devletin ya da örgütün cezalandırılması anlamına gelmez. Bunun yerine tazminat, zarar ve ziyayı telafi etme amacı güden bir tedbirdir⁶⁵⁵.

Sorumlu devlet ya da uluslararası örgüt, neden olduğu zararları eski hale iade ya da tazminat ile onaramadığı ölçüde tarziye verme yükümlülüğü altındadır⁶⁵⁶. Tarziye; ihlâlin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir. Tarziye, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu devlet ya da örgüt için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰ 2011 tarihli düzenleme 29. madde.

⁶⁵¹ 2011 tarihli düzenleme 30. madde.

⁶⁵² Erkiner, 2008: 217.

⁶⁵³ 2001 tarihli düzenleme 35. madde; 2011 tarihli düzenleme 35. madde.

⁶⁵⁴ 2001 tarihli düzenleme 36. madde; 2011 tarihli düzenleme 36. madde.

⁶⁵⁵ Diplomasi temsilciliklerine ya da diplomasi temsilcilerine yapılan saldırılarla verilen zararlar ve bunlar tarafından verilen zararlar sıkça tazminata neden olur. Bu olayların genelinde tazminat talepleri uluslararası sorumluluk mekanizmaları ve yargı yolları kullanılmadan ikili görüşmeler yoluyla çözümlenmiştir, bkz. Erkiner, 2008: 227.

⁶⁵⁶ 2001 tarihli düzenleme 37. madde; 2011 tarihli düzenleme 37. madde.

⁶⁵⁷ Ayrıca bkz. Keskin, 2018: 123; Erkiner, 2008: 229; Ertuğrul, 2011: 194; Balcı, 2021: 23

Uluslararası hukukun emredici kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlali halinde ek yaptırımlar uygulanır⁶⁵⁸. Bu yaptırımların uygulanması için sorumlu devletin ya da uluslararası örgütün açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması gerekir. Ancak bu halde ağır ihlal vardır⁶⁵⁹. Bu kapsamda devletler ile uluslararası örgütler her türlü ağır ihlâlâ son vermek için meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar⁶⁶⁰. İşbirliğinin yanı sıra, devletler ve uluslararası örgütler; ağır ihlâlden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemeli ya da destek vermemelidir⁶⁶¹.

Uluslararası sorumluluk kapsamında öngörülen tedbirler yetersizdir. Şöyle ki; ağırlaştırılmış sorumluluk tedbirlerinin, jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlalleri bakımından çok etkin tedbirler değildir⁶⁶². Ağırlaştırılmış sorumluluk mekanizmasının işletilebilmesi için ağır ihlal gereklidir⁶⁶³. Bu kapsamda, ağır olmayan ve fakat ihlal içeren insan hakları ihlallerine karşı ağır sorumluluk işletilemez⁶⁶⁴. Bunun yanı sıra uluslararası sorumluluk kurumu, temel insan haklarının uluslararası düzeyde korunması niteliğinden yoksun bir görünüm vermektedir⁶⁶⁵. Zira insan hakları “herkes” için tanınmışken, uluslararası sorumluluk yalnızca “uyruk” olan yurttaşı ya da “görevli” olan temsilciyi koruma altına alır. Uyruklar ya da görevliler kendi başlarına uluslararası sorumluluk kurumunu işletemezler. Bu kurum yalnızca mağdur devlet ya da uluslararası örgüt tarafından işletilebilir⁶⁶⁶. Dolayısıyla, bu kurumun işletilmesi devletlerin ya da uluslararası örgütlerin tekelindedir. Dolayısıyla, kötüye kullanım fiilleri karşısında, hakları ihlal edilen insanların mahkemeye erişim hakları bu anlamda kısıtlıdır. Mahkemeye erişim hakkını kısıtlayan bir diğer neden, devletlerin yargı bağımsızlığıdır. Zira jus cogens niteliğindeki insan hakları kurallarının ihlal edilmesi halinde yargı bağımsızlığının uygulanmaması gerektiğine dair herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır⁶⁶⁷. Devletlerin irade ve uygulamaları bu yönde olduğundan, uluslararası sorumluluk işletilememektedir.

⁶⁵⁸ 2001 tarihli düzenleme 40 -41. maddeler; 2011 tarihli düzenleme 41 – 42. maddeler.

⁶⁵⁹ 2001 tarihli düzenleme 40. madde; 2011 tarihli düzenleme 41. madde.

⁶⁶⁰ Erkiner, 2008: 259; Ertuğrul, 2011: 196.

⁶⁶¹ Ertuğrul, 2011: 196; Irak’ın, Kuveyt’i ilhakı sonrasında, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1990 yıl ve 662 sayılı kararında bu ilhakin, mutlak butlan ile malul olduğunu ve bütün devletlerin, uluslararası örgütlerin ve uzman kurumların bu ilhakı tanımamalarına ve ilhakı zımnen tanıma anlamına gelebilecek her türlü tedbir ve temastan kaçınmalarına, karar vermiştir, bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 662(1990) Karar, 20. sayfa, (09.08.1990), [00662.pdf \(unscr.com\)](https://www.unscr.com/documents/00662.pdf), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁶⁶² Pirim, 2012: 175.

⁶⁶³ Ağır ihlal; “açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınma” olarak anlaşılmalıdır, bkz. 2001 tarihli düzenleme 40. madde; 2011 tarihli düzenleme 41. madde.

⁶⁶⁴ Pirim, 2016: 166.

⁶⁶⁵ Pazarcı, 2018: 442.

⁶⁶⁶ Gündüz, 2018: 444; Pazarcı, 2018: 462; Doğan, 2013: 340.

⁶⁶⁷ Erdem, 2016: 208.

2.6.2. Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Uygulamaya Konmasındaki Yetersizlikler

Uluslararası sorumluluk doğuran kötüye kullanım fiilleri nedeniyle devletlerin uzlaşması halinde zararların tazmin edilmesi yoluna gidilecektir. Ancak, bir devlet sorumlu olduğunu kabul etmeyip uzlaşma yoluna gitmezse, mağdur devlet tarafından Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmak en etkili yoldur⁶⁶⁸. Başvuru neticesinde Divan, uluslararası yükümlülüklerle aykırı, sorumluluk doğuran, devlete isnat edilebilen kötüye kullanım fiilinin ika edilip edilmediğini tespit edecektir. Divan bu tespiti yaparken uyuşmazlık durumundaki devletlerce açıkça kabul edilmiş uluslararası andlaşmaları, uluslararası teamül kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve yardımcı kaynaklar olarak mahkeme kararları ile doktrin görüşlerini uygular⁶⁶⁹. Taraflar görüş birliğine vardığında, hakça ve eşitçe (ex aequo et bono) karar verebilir⁶⁷⁰.

Divan, kötüye kullanım fiilinin varlığını tespit ederse bu fiilin neden olduğu zararların giderilmesini kararlaştırır⁶⁷¹. Bu kapsamda Divan tarafından verilen kararlar, ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır⁶⁷². Buna karşın; uyuşmazlığın taraflarından biri, Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse, diğer taraf Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir. Güvenlik Konseyi, kendisine başvurulmak şartıyla bazı tedbirleri işletebilir. Bu kapsamda Konsey, kararın uygulanmasını sağlamaya yönelik ekonomik önlemler alabilir⁶⁷³. Kararın uygulanmaması uluslararası barış ve güvenliği tehdit ediyorsa VII. Bölüm kapsamında tavsiyelerde bulunur ve hangi önlemlerin alınacağını kararlaştırır⁶⁷⁴. Bunun yanı sıra silahlı kuvvet kullanımını içermeyen tedbirler kararlaştırabilir⁶⁷⁵. Ancak Konsey, aldığı

⁶⁶⁸ Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler Şartı ile Birleşmiş Milletlerin başlıca adli organı olarak kurulmuştur. Birleşmiş Milletlerin tüm üyeleri, bu üyeliğin bir sonucu olarak, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraftırlar, bkz. Birleşmiş Milletler Şartı 93. madde 1. fıkra; Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler, bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 34. madde 1. fıkra.

⁶⁶⁹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde 1. fıkra.

⁶⁷⁰ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde 2. fıkra.

⁶⁷¹ Divan karar vermeden önce durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirleme yetkisine sahiptir. Öngörülen bu önlemler, kesin karardan önce hemen taraflara ve Güvenlik Konseyi'ne bildirilir, bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 41. madde.

⁶⁷² Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 59. madde.

⁶⁷³ Doğan, 2013: 333; Acer ve Kaya, 2021: 497 vd.

⁶⁷⁴ Birleşmiş Milletler Şartı'nın 94. maddesinin 2. fıkrasına göre Güvenlik Konseyi, Divan kararının uygulanmamasının barış ve güvenliği tehdit ettiğini düşünürse; VII. bölümü işletebilir. VII. bölüm kapsamında Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya hangi önlemlerin alınacağını kararlaştırır, bkz. Birleşmiş Milletler Şartı 39. madde.

⁶⁷⁵ Yine bu bölüm kapsamında Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya

önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir⁶⁷⁶. Bu kapsamda Güvenlik Konseyi gerekli görürse VII. bölüm haricinde sadece 94'üncü maddeye dayanarak askeri önlemlere karar verebilir.

Uluslararası Adalet Divanı üzerinden açıklanan bu tedbirlerin işletilmesi ve kapsamı hususunda bazı sorunlar bulunmaktadır. Şöyle ki; Uluslararası Adalet Divanı önündeki bir uyuşmazlığa yalnızca devletler taraf olabilirler⁶⁷⁷. Bu sebeple kötüye kullanım fiili ile hakları ihlal edilen insanların Divan'a başvurma hakları yoktur. Bunun yanı sıra uluslararası örgüt temsilcilerinin haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiillerini ika etmeleri halinde bu uyuşmazlık, sorumlu örgüt aleyhine Divan önüne taşınamaz. Bu durum sistem içerisinde bir boşluğa işaret etmektedir. Zira son yıllarda, uluslararası örgüt temsilcilerinin kötüye kullanım fiilleri ile insan haklarını ihlal etmeleri artan bir grafik çizmektedir⁶⁷⁸. Divan'a başvuru yolu kapalı olmakla birlikte diğer uluslararası mahkemeler de, uluslararası örgütlerin sahip oldukları ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle yargılama yapamamakta, bu durumu mahkemeye erişim hakkının ihlali kapsamında değerlendirmemektedirler⁶⁷⁹. Ayrıca Divanın kararını uygulamak için tedbir alması gereken Konsey'in harekete geçmesi, daimi üyelere birinin veto yetkisini kullanmamasına bağlıdır⁶⁸⁰. Bu husus, Divan bakımından alınan kararı uygulamak için öngörülen sistemi zayıflatan bir durumdur. Zira veto yetkisinin kullanılması halinde, kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınamamış olacaktır. Ayrıca, sorumlu devlet, daimi üyelere biri ise ya da bunlara yakın olan devletlerden biri ise bu sistemin işletilmesi imkânsız hale gelecektir⁶⁸¹.

Gerek Divan'a başvurma tekelinin devletlerin elinde olması gerekse Konsey'in harekete geçmesinin daimi üye olan devletlerin tekelinde bulunması; devletlerin kötüye

çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir, bkz. Birleşmiş Milletler Şartı 41. madde.

⁶⁷⁶ Bu girişimler; gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir, bkz. Birleşmiş Milletler Şartı 42. madde.

⁶⁷⁷ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 34. madde 1. fıkra.

⁶⁷⁸ Emir, 2020: 156.

⁶⁷⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "*Waite and Kennedy v. Germany*", 116 – 121. paragraflar, Başvuru Numarası: 26083/94, 18.2.1999.

⁶⁸⁰ Veto yetkisinin kullanılamayacağı istisnalar arasında Divan kararlarının uygulanması için tedbir alınması kararı sayılmadığı için; daimi üyelerin bu hususta veto yetkilerinin var olduğunun kabul edilmesi gereklidir, bkz. Birleşmiş Milletler Şartı 27. madde 3. fıkra ve 94. madde 2. fıkra; "*Nitekim 27'nci maddenin 2'nci maddesinde anılan "usule ilişkin" bir konu da bulunmamaktadır. Daimi üyenin Divan'ın kendisi aleyhine vermiş olduğu bir karara karşı veto yetkisinin kullanılması hususunda da, yazılı kurallar uyarınca veto yetkisinin kullanılmasının önünde bir engel yoktur*", bkz. Erkiner, 2017(b): 100.

⁶⁸¹ Erkiner, 2017(b): 99.

kullanım fiillerine karşı temel insan haklarını koruma çabasında olmadıklarını gösterir. Zira hakları ihlal edilen insanlara başvuru hakkı tanınmamıştır.

2.6.3. Diplomatik Ayrıcalık ve Bağımsızlık Tanıyan Sözleşmelerdeki Tedbirlerin Yetersizliği

Uluslararası sözleşmelerde diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara yer verildiği gibi bunların kötüye kullanılmaları halinde başvurulacak tedbirlere de yer verilmiştir. Ancak bu tedbirler kötüye kullanım fiillerini önleme, cezalandırma ve telafi etme niteliklerinden yoksundur. Zira ilgili sözleşmelerin getirdiği tedbirlere rağmen kötüye kullanım fiilleri artarak devam etmiştir. Aşağıda her tedbir başlığı altında açıklamalara yer verilmiştir.

2.6.3.1. İstenmeyen Kişi İlanı

İstenmeyen kişi ilan etme tedbiri, diplomasi tarihinin en eski ve teamül niteliği kazanmış kuralıdır⁶⁸². Birçok uluslararası düzenlemede, bu tedbire yer verilmiştir⁶⁸³. İstenmeyen kişi ilanı, kabul eden devlet tarafından gönderen devlet diplomasi temsilcisinin kendi ülke sınırlarından çıkarılması anlamına gelir. Bu tedbiri ifade etmek için “persona non grata” kavramı kullanılmaktadır. Kelimenin kökeni, Latin veya İtalyan dilinden gelmektedir⁶⁸⁴. İstenmeyen, arzu edilmeyen kişi anlamına gelir. Bu tez çalışmasında “istenmeyen kişi ilanı” kavramı tercih edilecektir.

İstenmeyen kişi ilan etme tedbirine yalnızca kabul eden devletler bakımından başvurulabilir. Diplomasi tarihi içerisinde devletler, egemenlik hakkına dayanarak ve herhangi bir gerekçe göstermeden bu yetkilerini kullanmışlardır. Uluslararası örgütler tarafından bu tedbire doğrudan başvurulamaz. Zira uluslararası örgütlerin egemen oldukları bir ülkeleri yoktur. Bunun yerine ev sahibi devlet arasında imzalanan merkez andlaşmaları gereğince uluslararası örgüt, kendi kurallarını ihlal eden diplomasi temsilcilerinin, merkezin bulunduğu bölgeden çıkarılmasını ev sahibi devletten isteyebilirler⁶⁸⁵. Ev sahibi devletin doğrudan istenmeyen kişi ilan etme yetkisi yoktur⁶⁸⁶. Bir başka ifade ile ev sahibi devlet, ceza

⁶⁸² Kötüye kullanım fiillerine karşı başvurulacak tedbirlerden bir tanesi persona non grata tedbiridir, açıklamalar için bkz. Dvornycsenko, 2017: 196; Castro, 2014: 365; Choi, 2006: 121; Morris, 2007: 606.

⁶⁸³ Örneğin 1961 Viyana Sözleşmesi 9. madde; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 12. madde.

⁶⁸⁴ Hendrapati, 2014: 161.

⁶⁸⁵ Birleşmiş Milletler ile Amerika Birleşik Devletleri arasında 1947 tarihli Merkez Andlaşması imzalanmıştır. Bu andlaşmaya göre, Birleşmiş Milletler, kendi kurallarını ihlal eden diplomasi temsilcilerini Merkez Bölge’den çıkarma yetkisine sahiptir, bkz. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 3. madde 10. bölüm; Birleşmiş Milletler’den talep gelmesi halinde Amerika Birleşik Devletleri otoriteleri, Merkez Bölge’den çıkarılması istenen kişileri çıkaracaklardır, bkz. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 3. madde 10. bölüm.

⁶⁸⁶ Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kötüye kullanan diplomasi temsilcileri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’nin veya yetkili kişinin onayı almadan, yalnızca Amerika Birleşik Devletleri’nin talebi ile Merkez

mevzuatına karşı açık ve ağır suç işlenmesi veya içişlerine açık ve ağır bir şekilde karışılması halinde ilgili diplomasi temsilcisinin en fazla geri çağrılmasını talep etme yetkisine sahiptir⁶⁸⁷.

İstenmeyen kişi ilan edilen diplomasi temsilcisinin makul süre içerisinde kabul devlet ülkesini terk etmesi gerekmektedir. Bu süre sonunda terk gerçekleşmemişse artık diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklıklar söz konusu olmaz⁶⁸⁸. Böyle bir durumda diplomasi temsilcisi, yargılanma tehlikesi ile karşı karşıya kalır. Bu sebeple istenmeyen kişi ilan edilen diplomasi temsilcisi, kabul eden devletin vatandaşı değilse ya da kabul eden devletin ülkesinde daimi ikametgâhı bulunmamaktaysa, ilan edilen makul sürede ülkeyi terk etmelidir. Diplomasi temsilcilerinin görevleri sırasında gerçekleştirdikleri fiilleri bakımından diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklıkları geriye yönelik olarak ortadan kalkmamaktadır⁶⁸⁹. İstenmeyen kişi ilanı, diplomasi temsilcileri veya konsolosluk görevlileri dışındaki yabancılar için kullanılamaz. Ayrıca istenmeyen kişi ilanının bir gerekçeyle dayanmasına da gerek yoktur⁶⁹⁰. Hatta diplomasi temsilcileri, kabul eden devletin ülkesine gelmeden önce de istenmeyen kişi ilan edilebilirler⁶⁹¹. Bu yetkinin egemenlik hakkından kaynaklandığı ifade etmek gerekir.

İstenmeyen kişi ilan etme tedbirinin yöneldiği husus kötüye kullanım fiilinin kendisi olmayıp fiili ika eden diplomasi temsilcisinin kendisi olmaktadır. Tedbirin kendisi gerekli ancak yetersizdir. Şöyle ki;

- Kabul eden devletin, kötüye kullanım fiillerine karşı alacağı tedbir en fazla istenmeyen kişi ilan etme tedbiridir⁶⁹². Bunun dışında yetkisi yoktur⁶⁹³. Uluslararası Adalet Divanı da bir kararında, diplomasi temsilcileri, gittikleri ülkenin içişlerine karışsalar bile, casusluk yapıyor olsalar bile, kabul eden devletin; bu temsilcileri rehin alma yetkisine sahip olmadığını, en fazla

Bölge'den ya da Amerika Birleşik Devletleri topraklarından çıkarılamazlar. Dolayısıyla Amerika Birleşik Devletleri'nin istenmeyen kişi ilan etme yetkisi yoktur, bkz. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 4. madde 13. bölüm (b) bendi.

⁶⁸⁷ 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 77. madde.

⁶⁸⁸ 1961 Viyana Sözleşmesi 9. madde 2. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 12. madde 2. paragraf; Doktrindeki görüşler için bkz. Çakmak, 2014: 148; Shaw, 2018: 554; Sur, 2013: 241; Reçber, 2014: 423.

⁶⁸⁹ Goossens, 2011: 85; Pazarcı, 2018: 412; Çakmak, 2014: 148, Sur, 2013: 241.

⁶⁹⁰ 1961 Viyana Sözleşmesi 9. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 12. madde 1. paragraf.

⁶⁹¹ 1961 Viyana Sözleşmesi 9. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 12. madde 1. paragraf; Doktrin görüşleri bakımından bkz. Caşın, 2013: 562; Reçber, 2014: 422.

⁶⁹² Goossens, 2011: 84; Hendrapati, 2014: 164.

⁶⁹³ Bu kural sık sık ihlal edilmektedir. 1991'de, Irak Kuveyt'e saldırınca, Amerika Birleşik Devletleri ülkesindeki Irak Büyükelçiliği'nin görevli sayısının dörde indirilmesini talep etmiş, ayrıca ülkede görev yapacak diplomasi temsilcilerinin seyahat serbestisini kısıtlamıştır, bkz. Caşın, 2013: 562; Sur, 2013: 244.

istenmeyen kişi ilan etme tedbirine başvurabileceğini hükme bağlamıştır⁶⁹⁴. Ancak, “en fazla” başvuru istenmeyen kişi ilan etme tedbiri ile ihlal edilen hak arasında ciddi orantısızlıklar olduğu çok açıktır. Zira diplomasi temsilcilerinin terör eylemleri gibi ağır suç işlemelerine karşılık istenmeyen kişi ilan edilmeleri ne caydırıcıdır ne de yeterli bir tedbirdir. Bu kapsamda doktrinde bu tedbirin yetersiz olduğu ileri sürülmektedir⁶⁹⁵.

- Ev sahibi devletin istenmeyen kişi ilan etme yetkisi yoktur. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri (ev sahibi devlet), Hindistan (gönderen devlet), Birleşmiş Milletler (kabul eden örgüt) ilişkisinde Hindistan temsilcisi; kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağını ihlal etmiş, ancak sahip olduğu yargı bağımsızlığı nedeniyle yargılanamamıştır. Bunun üzerine Amerika Birleşik Devletleri, Hindistan’dan temsilcisini geri çekmesini talep etmiş ardından Hindistan temsilcisini geri çekmiştir⁶⁹⁶. Bu örnek kapsamında; Hindistan’ın temsilcisini geri çekmemesi halinde ne yapılacağı belirsizdir.
- İstenmeyen kişi ilanı; “devletin egemenliği, bağımsızlığı ve itibarı” kavramlarına dayanarak kullanılan bir yetkidir. Böyle bir yetki verilmemiş olsaydı, kabul eden devletlerin sınırları içerisinde “dokunulamayan” diplomasi temsilcileri nedeniyle uluslararası toplumda anarşi ya da karmaşa oluşurdu. Bu sebeple doktrinde, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar ile devletin egemenliği ve yargılama yetkisi arasında denge ve adalet kurulduğu ileri sürülmüştür⁶⁹⁷. Ancak, dengenin oluşumuna sebep gösterilen bu tedbir, doğrudan kötüye kullanım fiiline yönelmeyip fiili ika eden diplomasi temsilcisine yönelir. Bu sebeple bu tedbir, gerekli ancak yetersiz bir tedbirdir.
- İstenmeyen kişi ilanı genellikle diplomatik krizlere neden olur⁶⁹⁸. Zira diplomasi hukuku, karşılıklılık ilkesinin en baskın olduğu alandır. Dolayısıyla ülkesindeki bir temsilci hakkında istenmeyen kişi ilanında bulunan bir devletin gönderen

⁶⁹⁴ Uluslararası Adalet Divanı “*Tahran Rehineler Davası*”, 85. paragraf, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory, Opinions, and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁶⁹⁵ Goossens, 2011: 85.

⁶⁹⁶ Açıklamalar için bkz. Nielsen vd., 2015: 20 vd.; Akalanka, 2020: 79.

⁶⁹⁷ Hendrapati, 2014: 164; Casusluk yapmak suretiyle devletin egemenliğini ihlal eden diplomasi temsilcisi hakkında istenmeyen kişi ilanı için bkz. Gözlügöl, 2013: 119.

⁶⁹⁸ Ross, 2011: 188.

devlette bulunan temsilcisi içinde aynı ilan yapılabilir⁶⁹⁹. Bu kapsamda diplomatik krize neden olan bu tedbirin kötüye kullanılması da söz konusudur⁷⁰⁰.

2.6.3.2. Bağışıklıktan Vazgeçme

Kötüye kullanım fiiline karşı etkin tedbir alınamamasının nedeni diplomatik bağışıklıklardır. Ancak, bunlardan vazgeçilmesi halinde, kötüye kullanım fiiline karşı tedbir alınabilecektir. Bu kapsamda bağışıklıktan vazgeçilen diplomasi temsilcisi hakkında yakalama, gözaltı, tutuklama gibi koruma tedbirleri alınabilecek ve yargılama yapılabilecektir. Bu durumu ifade eden bağışıklıktan vazgeçme tedbiri, çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir⁷⁰¹.

Bağışıklıklar, ancak ilgili devlet ya da uluslararası örgüt tarafından kaldırılabilir⁷⁰². Bağışıklık buna sahip olan kişi tarafından geçersiz kılınmaz. Bunun sebebi bağışıklıkların

⁶⁹⁹ Londra’da ikamet etmekte olan Sergey Skripal ve kızı Yulia Skripal 4 Mart 2018 tarihinde Salisbury kentinde ki bir bankta bilinçlerini yitirmiş vaziyette bulunmuşlardır. Hastaneye yetiştirildiklerinde kimyasal madde ile zehirlendikleri ortaya çıkmıştır. Yürütülen soruşturma neticesinde; Sergey Skripal’in eski bir Rus casusu olduğu, İngiliz dış istihbarat servisine bilgi sızdırdığı, bundan dolayı ülkesi Rusya’da mahkûm edildiği ve daha sonra casus takasıyla İngiltere’ye getirildiği ortaya çıkmıştır. Casus takası ile Skripal kızı Yulia ile birlikte Londra’ya yerleşmiş, buradaki hayatına devam ettikleri bir esnada bu olay gerçekleşmiştir. Şüphelerin Rusya devleti üzerine yoğunlaşmasından sonra İngiltere ülkesindeki 23 Rus diplomasi temsilcisi istenmeyen kişi ilan etmiştir. Bu ilan sonrasında; Ukrayna 13, Almanya 4, Fransa 4, Kanada 4, Çek Cumhuriyeti 3, Litvanya 3, Hollanda 2, İtalya 2, İsveç 1, İrlanda 1, Letonya 1 Rus diplomatın sınır dışı edileceğini açıklamıştır. Litvanya 44 Rus vatandaşının ülkeye girişini yasaklarken, Estonya; Rusya’nın savunma ataşesinin sınır dışı edileceğini ilan etmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ise 60 Rus diplomatı istenmeyen kişi ilan edeceğini açıklamıştır. Diplomatik krize neden olan bu olay karşısında Rusya’da, İngiltere’ye destek verdiğini iddia ettiği 23 ülkeden 59 diplomatı ülkesinde istenmeyen kişi ilan etmiştir, bkz. Bozkurt vd., 2018: 217.

⁷⁰⁰ Doktrinde, istenmeyen kişi ilanının gerekçesiz ve her zaman ilan edilebilme özellikleri eleştirilmektedir. Bu yetki her ne kadar kabul eden devletin egemenliğine dayanıyorsa da, istenmeyen kişi ilanının kötüye kullanıma ihtimali de vardır. Herhangi bir sebep olmasa bile istenmeyen kişi ilan tedbirine başvurma uluslararası hukuka yerleşmiş olan “iyiniyet” ilkesi ile çelişecektir, bkz. Mwenda, 2014: 115 vd.; Ayrıca, karşılıklılık ilkesi nedeniyle gönderen devlette bulunan kabul eden devlet temsilcileri de istenmeyen kişi ilan edilebilirler, bkz. Bozkurt vd., 2018: 216.

⁷⁰¹ 1895 Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi 6. madde; Havana Sözleşmesi 19. madde; 1946 B.M. Sözleşmesi üye devletin temsilcisi için üye devlet, (4.madde 14. bent), Birleşmiş Milletler memuru için Genel Sekreter (5. madde 20. bent), umumi kâtip için Güvenlik Konseyi (5. madde 20. bent), uzman için umumi kâtip (6. madde 23. bent) bağışıklıktan vazgeçme iradesine sahiptir; 1961 Viyana Sözleşmesi 32. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 41. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 31. madde; A.K. Genel Andlaşması kötüye kullanan üye temsilcisi için üye devlet/örgüt (11. madde), Avrupa Konseyi personeli için Genel Sekreter (19. madde), Genel Sekreter veya Genel Sekreter Yardımcısı için Bakanlar Komitesi (19. madde), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyeleri için Mahkeme’nin kendisi (Ek 6. Protokol 4. madde) bağışıklıktan vazgeçme iradesine sahiptir; A.B. 7 Numaralı Protokol 17. maddesinde, Birlik kurumlarının, Birlik personellerinin sahip oldukları bağışıklıktan vazgeçme yetkisine sahip oldukları ifade edilmiştir; 9. maddede de Avrupa Parlamentosu üyelerinin bağışıklıklarından vazgeçme yetkisinin Parlamento’ya ait olduğu ifade edilmiştir; Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü 3. maddesinin 2. paragrafına göre Divan Hâkimleri için vazgeçme yetkisi Divan’a aittir.

⁷⁰² Ross, 2011: 189; Çakmak, 2014: 149; Bozkurt vd., 2018: 228; Shaw, 2018: 555; Reçber, 2014: 436; Kay, 1988: 262; Castro, 2014: 364; Franey, 2009: 205; Morris, 2007: 606.

amacında saklıdır. Bağışıklıkların amacı, görevin gereği gibi ifa edilmesini sağlamaktır. Bir başka ifade ile bağışıklıklar, diplomasi temsilcilerinin kişisel menfaatleri için değil ilgili devlet ya da örgüt misyonu için düzenlenmişlerdir⁷⁰³. Doğal olarak bunlardan vazgeçme iradesi diplomasi temsilcilerine değil onları gönderen devletlere ya da örgütlere ait olacaktır⁷⁰⁴. Nitekim İngiltere’de görülen “*Fayed v. Al Tajir*” davasında Temyiz Mahkemesi, doğrudan bir Büyükelçi tarafından yapılan bağışıklıktan vazgeçme beyanı üzerinden, sanığın kendi savunmasında bağışıklıklarını kaldırmış olmasının hukuka uygun bir yöntem olmadığını ifade etmiştir⁷⁰⁵.

Diplomasi temsilcisi, gönderen devletin ya da örgütün izni olmaksızın bağışıklıktan vazgeçemez; gönderen devletin bağışıklıktan vazgeçme kararına da itiraz edemez. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, diplomasi temsilcilerinin kabul eden devlet yargılamasına katılması halidir. Kabul eden devletin yargılamasına katılma, dava açma veya bu davalarda taraf olma durumlarında diplomasi temsilcileri artık bağışıklığa sahip olduklarını ileri süremeyeceklerdir⁷⁰⁶. Örneğin, Hindistan Yüksek Mahkemesi, İtalyan Büyükelçisi Daniele Mancini’ninyargılamaya katılmasından ötürü artık bağışıklıklara sahip olmadığını açıklamıştır⁷⁰⁷. Ancak bu kararın tartışmalı olduğunu da not edilmelidir⁷⁰⁸.

Bağışıklıktan vazgeçme iradesi mutlaka açık ve net olmalıdır. Kapalı olamaz⁷⁰⁹. Öyleyse bağışıklıktan vazgeçme iradesi açık bir şekilde yapılmaksızın diplomasi temsilcisi yargılamada sanık olarak yer alırsa bu işlemler geçersiz sayılır. Medeni veya idari davalar bakımından yargı bağışıklığının kaldırılması hükmün icrası bakımından da bağışıklığın

⁷⁰³ Goossens, 2011: 80; Ayrıca bkz. Bozkurt vd., 2018: 228; Shaw, 2018: 555; Reçber, 2014: 436.

⁷⁰⁴ Örneğin, 1985 yılında Londra’daki Zambiya Büyükelçisi uyuşturucu suçundan şüpheli bulununca Zambiya, diplomasi temsilcisi hakkında bağışıklıktan vazgeçtiğini açıklamıştır, açıklamalar için bkz. Caşın, 2013: 573; Ayrıca bkz. Goossens, 2011: 80.

⁷⁰⁵ Çakmak, 2014: 149; Shaw, 2018: 556.

⁷⁰⁶ Shaw, 2018: 555; Reçber, 2014: 436.

⁷⁰⁷ Hindistan; ülkesinde tutukladığı iki İtalyan denizcininyargılamasına İtalyan Büyükelçisi Mancini’yi davet etmiş, bunun üzerine Mancini yargılamalara katılmıştır. Yargılama esnasında Mancini’nin İtalyan Devleti’ni temsil etmesi, denizcilerin seçim nedeniyle ülkelerine dönme taleplerinin Mancini tarafından Hindistan Yüksek Mahkemesi’ne iletilmesi, bu talebin Mancini tarafından desteklenmesi, Mahkemenin denizcileri Mancini’ye teslim etmesi fiilleri; yargılamaya katılma hali olarak nitelendirilmiştir. Bu sebeple Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından bağışıklığın ileri sürülemeyeceğine hükmedilmiştir, açıklamalar için bkz. Subramanian, 2017: 220.

⁷⁰⁸ Zira bağışıklıktan vazgeçme iradesinin muhakkak açık yapılması, bu iradeyi açıklama yetkisinin yalnızca gönderen devlete ya da uluslararası örgüte ait olması hususları bakımından Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin kararı eleştiriye açıktır. Ayrıca bağışıklıktan vazgeçmeye ilişkin hükümler 1961 Viyana Sözleşmesi’nin amaçları doğrultusunda ve dar yorumlanmalıdır, açıklamalar için bkz. Subramanian, 2017: 221.

⁷⁰⁹ “*Uluslararası Hukuk Komisyonu’na göre ceza ve medeni yargı bakımından ayırım yapılmalıdır. Ceza yargılaması için vazgeçme beyanının açık olması gerekirken, medeni ve idari yargılamalarda feragat beyanı açık veya zımni olabilir*”, açıklamalar için bkz. Subramanian, 2017: 221; “*...Verilen vazgeçme beyanı açık olmalıdır aynı zamanda bu beyan değiştirilemez*” açıklamalar için bkz. Värk, 2003: 118; Caşın, 2013: 573; Çakmak, 2014: 149; Sur, 2013: 249; Shaw, 2018: 555; Reçber, 2014: 437; Kay, 1988: 262.

kaldırılmış olduğu anlamına gelmez. Hükümün icrası bakımından ayrıca bağışıklıktan vazgeçilmesi gerekir⁷¹⁰.

Bağışıklıktan vazgeçme, kötüye kullanım fiillerine karşı etkin bir tedbir olmakla birlikte uygulamada bu tedbir çok nadir işletilmektedir. Şöyle ki;

- Gönderen devletlerin bağışıklıktan vazgeçme yükümlülükleri bulunmamaktadır⁷¹¹. Hatta denilebilir ki, gönderen devletler bu tedbire çok nadir başvurumaktadırlar⁷¹². Devletlerin bu uygulamaları neticesinde bağışıklıktan vazgeçmenin mutlak olduğuna dair teamül kuralı da oluşmamıştır⁷¹³. Bu nedenle doktrinde ağır suçların işlenmesi halinde dokunulmazlığın otomatik olarak kalkması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Kabul eden devletin düzenini ağır şekilde bozan terör eylemleri buna örnek gösterilebilir⁷¹⁴. Bu gibi durumlarda diplomasi temsilcileri, iyi niyetli temsilciler olarak kabul edilmemeli ve bağışıklıklar kendiliğinden kalkmalıdır. Doktrindeki görüşler bu yönde olmasına rağmen devletlerin irade ve uygulamaları bu yönde ortaya çıkmamıştır.
- Devletlerden farklı olarak uluslararası örgütlere ilişkin düzenlemelerde, kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde bağışıklıktan vazgeçme tedbirine başvurulması hak olmanın yanı sıra bir “ödev” olarak düzenlenmiştir. Örneğin Birleşmiş Milletler düzenlemesinde bağışıklıklar adaletin yerine getirilmesine engelse ve bunlardan tanınma amaçlarına hanel gelmeden vazgeçilmesi mümkünse bağışıklıktan vazgeçme hak olduğu gibi ödevdir⁷¹⁵. “Ödev” nitelendirmesi

⁷¹⁰ 1961 Viyana Sözleşmesi 32. madde 4. paragraf.

⁷¹¹ Genellikle gönderen devletler diplomasi temsilcilerinin bağışıklıklarından vazgeçmemektedirler. Örnek vermek gerekirse, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı, üç tane hizmetçiyi Amerikan yasalarına aykırı olarak çalıştıran ve bu hizmetçilere köle benzeri muamele yapan Kuveyt Büyükelçiliği’nde görevli diplomasi temsilcisinin yargılanması için Kuveyt Devleti’nden bağışıklıktan vazgeçmesini talep etmiş ama bu talep reddedilmiştir, açıklamalar için bkz. Tai, 2007: 212; Ayrıca bkz. Kahf, 2009: 14; Kötüye kullanım fiilleri neticesinde ihlal edilen yalnızca kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı değildir. Bu fiil neticesinde yaşam hakkı, kişisel özgürlük ve güvenlik hakkı, çocukların korunması hakkı gibi diğer haklarda ihlal edilmiştir, bkz. Dror, 2000: 19; Ross, 2011: 173; Osborne, 1985: 28 vd.

⁷¹² Bağışıklıktan vazgeçmeye dair çok az örnek vardır. Örneğin 16 yaşındaki bir çocuğu trafik kazası neticesinde öldüren diplomasi temsilcisi Makharadze hakkında gönderen devlet Gürcistan bağışıklıktan vazgeçmiştir, bkz. Värk, 2003 118; Ergüven, 2008: 93; Franey, 2009: 205; Morris, 2007: 608; Castro, 2014: 365; Agim Haxhiu, Türkiye’de 65 kg eroin yakalatması üzerine gönderen devlet Arnavutluk, bağışıklıktan vazgeçmiştir, bkz. Nielsen vd., 2015: 18.

⁷¹³ Värk, 2003: 118.

⁷¹⁴ Açıklamalar için bkz. Goossens, 2011: 82.

⁷¹⁵ 1946 B.M. Sözleşmesi bakımından üye devletin temsilcisi için üye devlet, (4.madde 14. bent), Birleşmiş Milletler memuru için Genel Sekreter (5. madde 20. bent), umumi kâtip için Güvenlik Konseyi (5. madde 20. bent), uzman için umumi kâtip (6. madde 23. bent) bağışıklıktan vazgeçme iradesine sahiptir; Benzer hüküm diğer uluslararası örgüt düzenlemelerinde de bulunmaktadır, İlgili kişi ve organlar Avrupa Konseyi Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Genel Andlaşması’nda sayılmıştır. Buna göre ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanan üye

bakımından doktrin ikiye bölünmüş durumdadır. Doktrinde bir görüşe göre, kötüye kullanım oluşturan fiilin varlığı halinde bağışıklıktan vazgeçme bir yükümlülüktür, ilgili uluslararası örgütün vazgeçme iradesi zorunludur⁷¹⁶. Buna karşın doktrindeki diğer görüşe göre her ne kadar bağışıklıktan vazgeçme “ödev” olarak düzenlenmiş olsa da, vazgeçme iradesi olmadığı sürece ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerli kabul edilecektir⁷¹⁷. Kanaatimizce, ikinci görüş, uygulamayı yansıtan bir görüştür. Bu sebeple, uluslararası örgütler bakımından da bağışıklıktan vazgeçme tedbirinin işletilmemesi söz konusu olabilmektedir.

2.6.3.3. Gönderen Devletin Yargılaması

Gönderen devlet, kötüye kullanım fiillerini ika eden diplomasi temsilcilerini kendisi de yargılayabilir. Bu durum, devletlerin kendi vatandaşları üzerindeki egemenlik yetkisinden kaynaklanmaktadır. Yargılama için tek koşul, kötüye kullanım fiillerinin gönderen devletin hukuk düzeni içerisinde hukuka aykırı fiil olarak kabul edilmesidir.

Bu tedbire yalnızca devletler tarafından başvurulabilir. Zira uluslararası örgütlerin bir ülkesi ve bu ülke üzerinde teşkilatlanmış bir yargı teşkilatı olmadığından dolayı uluslararası örgütler tarafından bu tedbire başvurulamaz. Ancak Avrupa Birliği düzeni içerisindeki Avrupa Birliği Adalet Divanı, kötüye kullanım fiilleri nedeniyle Birlik ile Birlik personeli arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda tam yetkilidir⁷¹⁸. Avrupa Birliği genel düzenlemeleri içerisinde de Divan’ın kötüye kullanım fiillerine karşı birtakım yetkileri vardır⁷¹⁹. Örneğin Avrupa Birliği

temsilcisi için üye devlet/örgüt (11. madde), Avrupa Konseyi personeli için Genel Sekreter (19. madde), Genel Sekreter veya Genel Sekreter Yardımcısı için Bakanlar Komitesi (19. madde), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyeleri için Mahkeme’nin kendisi (Ek 6. Protokol 4. madde) bağışıklıktan vazgeçme iradesine sahiptir; Avrupa Birliği A.B. 7 Numaralı Protokol 9. maddesinde Avrupa Parlamentosu üyelerinin bağışıklıklarından vazgeçme yetkisinin Parlamento’ya ait olduğu ifade edilmiştir; Buna karşın Protokol’ün 17. maddesinde, Birlik kurumlarının, Birlik personelleri adına bağışıklıktan vazgeçme yetkisine sahip oldukları ve fakat bu durumun Birlik çıkarlarına aykırı olmaması gerekliliği ifade edilmiştir.

⁷¹⁶ Avrupa Parlamentosu’nun Fransız Temsilcisi Gollnisch, ülkesinde, Nasyonal Sosyalistler’in insanlığa karşı işledikleri suçların şüpheli olduğuna dair beyanat vermiş, verdiği beyanat neticesinde Fransa Adalet Bakanlığı tarafından bağışıklığının kaldırılması için Avrupa Parlamentosu’na talep gönderilmiştir. Parlamento, suç oluşturan kötüye kullanım fiiline karşı bağışıklıktan vazgeçmiş ve ödevini yerine getirmiştir, bkz. Wessel, 2013: 19; Maginnis, 2002: 1018.

⁷¹⁷ Bu görüş bakımından, Amerika Birleşik Devletleri İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi’nde görülen “*Brzak v. United Nations*” davasından örnek verilebilir. Bu davada Mahkeme, davacının Birleşmiş Milletler’e karşı başvurusunu konu yönünden yetkisizlik sebebiyle reddetmiştir. Mahkeme, bağışıklıktan vazgeçilmedikçe Birleşmiş Milletler’e ait ayrıcalık ve bağışıklıkların geçerli olmaya devam edeceklerini hükme bağlamıştır, bkz. Amerika Birleşik Devletleri İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi, “*Brzak v. United Nations*”, Başvuru Numarası: 08-2799-cv, 02.03.2010, [Brzak v. United Nations, No. 08-2799 \(2d Cir. 2010\) :: Justia](#), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷¹⁸ A.B. 7 Numaralı Protokol 11. madde.

⁷¹⁹ Wessel, 2013: 8.

personellerinin görev esnasında ve fakat görev dışı kötüye kullanım fiilleri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerekir⁷²⁰. Bu noktada sözleşme dışı sorumluluk vardır ve zarara uğrayan kimseler; mahkeme önünde, üye devletler ise Divan önünde dava açabilirler⁷²¹. Kötüye kullanım fiillerine karşı Divan'ın sahip olduğu bu yetkiler istisnaya işaret etmektedir⁷²².

Gönderen devlet, yargılama yetkisini, kabul eden devlette yargılama yapılsa dahi kullanabilir. Bu konuda iç hukuk bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre yabancı devlet ülkesinde Türkiye adına görev yapmakta olan kimse, görev sırasında suç içeren kötüye kullanım fiilini işlerse, yabancı devlette hüküm verilmiş olsa bile Türkiye'de yeniden yargılanır⁷²³. Yalnızca mahkûmiyetten bahsedilmiş olsa da bu hüküm beraat durumunda evleviyetle uygulanacaktır. Bu süreçte, yabancı devlet ülkesinde gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, Türkiye'de yapılan yargılama sonucunda verilecek cezadan mahsup edilir⁷²⁴.

Gönderen devletin yargılaması tedbiri, uygulamada işletilememektedir. Bağımsızlıktan vazgeçme kısmında yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir. Devletler, kötüye kullanım fiilleri nedeniyle kendi temsilcilerini yargılamaya pek istekli değildirler. Bu konuda zorunluluk da yoktur. Kötüye kullanım fiilleri neticesinde yaşam hakkı⁷²⁵, mahkemeye erişim hakkı⁷²⁶, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı⁷²⁷ ve çocukların korunması hakkı⁷²⁸ gibi temel haklar ihlal edilmesine rağmen gönderen devletler yargılama yapmamışlardır.

⁷²⁰ Avrupa Birliği İşleyişine İlişkin Andlaşma 340. madde.

⁷²¹ Bayram, 2016: 205 vd.

⁷²² Avrupa Birliği hukuk düzeni içerisinde ayrıcalık ve bağımsızlıklar ile bunların kötüye kullanılması ile ilgili çok sayıda akademik çalışma bulunmamaktadır. Bunun temel sebebi, Avrupa Birliği düzeni içerisinde yer alan Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan kaynaklanmaktadır. Divan'ın kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbirlerle donatılması bunun temel sebebidir. Diğer uluslararası örgütlerde bu tür yetkilere sahip mahkemelerin eksikliği söz konusudur. Örnek vermek gerekirse, Birleşmiş Milletler bakımından her ne kadar Uluslararası Adalet Divanı var görünse de, kötüye kullanım fiilleri karşısında hakları ihlal edilen bireylerin buraya başvurma imkânları bulunmamaktadır, bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 34. madde; Avrupa Konseyi Statüsü ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kötüye kullanım fiilleri neticesinde ihlal edilen haklar için önüne gelen davalarda çoğu defa ayrıcalık ve bağımsızlıkların varlığı nedeniyle ihlal kararı vermemektedir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "*Srebrenitsa Anneleri ve Diğerleri - Hollanda*", Başvuru Numarası: 65542/12, 27.06.2013; Buna karşın Avrupa Birliği Adalet Divanı ise sahip olduğu yetkiler bakımından kötüye kullanım fiillerine karşı alınan en etkin tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır, bkz. Wessel, 2013: 20.

⁷²³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 10. madde, Resmi Gazete, Tarih: 12.10.2004, Sayı: 25611, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/10/20041012.htm> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷²⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 16. madde.

⁷²⁵ Hassan, 2011: 19 vd., Ayrıca bkz. Ward, 1977: 659.

⁷²⁶ Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

⁷²⁷ Mwenda, 2014: 85.

⁷²⁸ Dror, 2000: 19, Ross, 2011: 173.

2.6.3.4. Diplomatik İlişkilerin Kesilmesi

Diplomatik ilişkilerin kesilmesi, kötüye kullanım fiillerine karşı alınacak en sert tedbirdir. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların ağır şekilde kötüye kullanılması halinde bu radikal tedbire başvurulmaktadır⁷²⁹. Bununla birlikte hangi şartlar altında diplomatik ilişkilerin kesileceği konusunda uluslararası düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda uluslararası hukuk kişileri, diplomatik ilişkileri kurma veya sona erdirme hususunda takdir yetkisine sahiptirler⁷³⁰. Uygulamada uluslararası hukuk kişileri arasındaki diplomatik ilişkiler “geçici” ve “kesin” olmak üzere iki şekilde kesilebilmektedir. Gönderen devlet ya da örgüt kabul eden devlet ya da örgüt nezdinde diplomatik ilişkilerini askıya aldığını resmi anlamda beyan ederek veya diplomatik ilişkileri resmen kesmeksizin misyonda görev yapan misyon şefini veya diğer temsilcileri geri çağırarak geçici mahiyette ilişkilerini kesebilmektedir. Fakat kesilen diplomatik ilişkiler daha sonra tekrar eski seviyesine gelebilmektedir⁷³¹.

Diplomatik ilişkilerin kesilmesi ile ilgili süreç uygulamada genellikle şu şekilde ilerlemektedir⁷³²: Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanan diplomasi temsilcileri diplomatik kanallar üzerinden protesto edilir. Birinci aşama netice vermezse, bu temsilcilerin gönderen devletler tarafından geri çağırılması istenilir. İkinci aşama da netice vermezse taraflar arasında diplomatik ilişkiler kesilir.

Diplomatik ilişkilerin kesilmesi tedbiri etkin bir tedbir değildir. Her şeyden önce bu tedbir; kötüye kullanım fiiline, doğrudan yaptırım içermez. Bunun yerine, kötüye kullanım fiilinin bir daha meydana gelmemesi için gönderen devlet ya da örgütle ilişkilerin kesilmesini hedefler. Oysa diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar uygulamada karşılıklılık ilkesine dayanır. Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması halinde ilişkileri kesmek yerine karşılıklı ilişkiler çerçevesinde kötüye kullanım fiilinin tekrar meydana gelmesini önlemek için tedbir alınması daha isabetli olacaktır⁷³³. Zira ilişkilerin kesilmesi,

⁷²⁹ Goossens, 2011: 88; Dvornycsenko, 2017: 196; Castro, 2014: 364; Morris, 2007: 607.

⁷³⁰ Meray, 1958: 115; Bozkurt vd., 2018: 215.

⁷³¹ Diplomatik ilişkilerin kesilip tekrar eski seviyesine gelmesine örnek vermek gerekirse, Kolombiya'nın Venezuela'ya karşı mücadele eden asi grupları ülkesinde barındırdığı ve destek verdiği gerekçesiyle Venezuela'nın deklarasyonu sonucunda Kolombiya ve Venezuela arasında 22.7.2010 tarihinde geçici olarak kesilen diplomatik ilişkiler, 10.8.2010 tarihinde tekrar başlamıştır, bkz. Reçber, 2014: 419.

⁷³² Goossens, 2011: 88.

⁷³³ Doktrinde, kabul eden devlet ya da örgütlerin diplomatik ilişkileri kesme yönündeki eylem tehdidinin, genellikle gönderen devlet ya da örgütün hareket tarzını etkilemeye yöneldiği ifade edilmektedir. Örneğin, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanan diplomasi temsilcisi hakkında gönderen devlet ya da örgütün bağışıklıktan vazgeçmesini sağlama gibi. Ancak, bugün bu tür eylemler tehdit olarak değil protesto olarak kullanılmaktadır. Bir misyon geri çekilse ve diplomatik ilişkiler sona erdirilse bile uluslararası hukuk kişileri arasındaki temas nadiren sona ermektedir. Bunun nedeni uluslararası hukuk kişilerinin gittikçe birbirlerine daha bağımlı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağımlılık doğal olarak diplomatik ilişkilerin devam etmesini sonuçlamaktadır, bkz. Goossens, 2011: 88; Bu noktada doktrinde ortaya atılan bir görüşe göre

kötüye kullanım neticesinde ihlal edilen insan hakları için etkin hukuki çare sunmamaktadır. Bu konuda ki en meşhur örnek, İngiltere ve Libya arasındaki diplomatik ilişkilerin kesilmesi örneğidir⁷³⁴. Bu örnekten anlaşılacağı üzere iki devlet arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ihlal edilen yaşam hakkına karşılık etkin bir tedbir niteliğinde değildir.

2.7. Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslağının Yetersizliği

Rönesans'tan, hatta 1648 tarihli Westphalya Andlaşması'ndan bu yana devletlerin irade ve uygulamaları, kural olarak, kötüye kullanım fiilleri neticesinde temel insan haklarını koruma yönünde ortaya çıkmamıştır. Bunun yerine, kötüye kullanım fiillerine dahi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmıştır. Bu kabul, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 20 Temmuz 2017 tarihinde kabul edilen Taslak ile değişmeye başlamıştır. Bu Taslağın bir değişime işaret ettiği açık olsa da Taslağın içeriği son derece yetersizdir. Zira Taslak'ta, yalnızca altı suçun varlığı halinde kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacağı ifade edilmiştir. Oysa bu altı suç dışında da kötüye kullanım fiilleri meydana gelmekte ve temel insan hakları ihlal edilmektedir. Dolayısıyla bu Taslak'tan da anlaşılacağı üzere devletlerin temel insan haklarını koruma hususunda hala “çekimser”kaldıkları açıktır. Aşağıda Taslağa ilişkin açıklamalara ve getirilen düzenleme ile ilgili eleştirilere yer verilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması konusunu ilk defa 58. oturumda gündemine almış, bu hususta çalışmalar yapılacağını kararlaştırmıştır⁷³⁵. Bu kapsamda Komisyona rapor sunması için görevlendirilen Raportör Roman Anatolevich Kolodkin, 2008 yılındaki 60. oturumda başlangıç raporunu, 2010 ve 2011 yıllarında ise iki ve üçüncü raporunu sunmuştur. Raportör Kolodkin, üçüncü raporundan sonra Komisyon çalışmalarından ayrılmış yerine Concepción Escobar Hernández adında ikinci bir Raportör atanmıştır. Bu Raportör 2012 yılındaki 62. oturumda ilk raporunu sunmuştur. Raportör, 2020 yılındaki 72. oturuma kadar toplamda sekiz rapor sunmuş, böylece

uluslararası hukuk kişileri birbirleri ile diplomatik ilişkilerini kesmek yerine ticari, ekonomik, kültürel, hukuki vb. alanlarda ilişkilerini kesmelidirler. Zira diplomatik ilişkileri kesmekten amaç belirli şekilde davranmaya zorlamaksa, günümüzde, uluslararası hukuk kişilerinin birbirlerine bağımlı olmalarından ötürü diplomatik ilişkilerin tamamen kesilmesi mümkün değildir. Bunun yerine bir süre ekonomik ve ticari ilişkilerin kesilmesi ilgili devletin ya da örgütün hareket tarzını veya anlayışı değiştirecektir, bkz. Sebastian, 2010: 19.

⁷³⁴ Ross, 2011: 190; Caşın, 2013: 571; Higgins, 1985: 2; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72.

⁷³⁵ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Kolodkin'in Başlangıç Raporu, 2008: 1. paragraf.

bu raporlar üzerinden “Devlet Görevlilerin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslak ortaya çıkmıştır⁷³⁶.

Taslak değerlendirilmeden önce Komisyonun görevlendirdiği iki Raportör arasındaki yaklaşım farklılıklarına değinilmelidir. İlk Raportör Kolodkin’in sunmuş olduğu raporlarda; özetle, kötüye kullanım fiillerinin ya da uluslararası suçların varlığı halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınıp tanınmayacağı tartışılmıştır⁷³⁷. Buna karşın ikinci Raportör Hernandez’in sunduğu raporlarda; kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların artık geçerli olmayacağından bahsedilmiş, “istisna ve sınırlandırma” kavramları kullanılmıştır⁷³⁸. Anlaşıldığı üzere iki Raportörün konuya yaklaşımları farklıdır. İlk Raportör Kolodkin, 2011 yılında sunduğu ikinci raporunda; kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde diplomasi temsilcilerinin ayrıcalık ve bağışıklıklarının sınırlandırılması fikrinin teamül niteliği kazanmadığını ve bunun uygulanamayacağını ifade etmiştir⁷³⁹. Bu tespitler sonrasında Komisyon’da ki çalışmalarından ayrılmış ve yerine Raportör Hernandez göreve başlamıştır. Hernandez, 2016 yılındaki 68. oturumda sunduğu 5. Raporunda; kötüye kullanım fiillerine karşı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların istisnasının kapsamını ve çerçevesini çizmiştir. Bu rapor neticesinde ortaya çıkan “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargılamasından Bağışıklığı” adlı Taslak, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul edilmiştir⁷⁴⁰. Toplamda 3 kısımdan ve 7 maddeden oluşan Taslak, kötüye kullanım fiillerine karşı bir gelişme olmakla beraber, tartışmaları ve eleştirileri beraberinde getirmiştir. İlgili devletler tarafından yapılan eleştirilerin ortak noktası, Taslağa hâkim olan anlayışın teamül niteliğine sahip olmaması ve Taslaktaki hükümlerin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların yasal temelini ortadan

⁷³⁶ Raportör Concepción Escobar Hernández tarafından Uluslararası Hukuk Komisyonuna sunulan raporlar sırasıyla şu şekildedir: 2012 tarihli “Başlangıç Raporu”, 2013 tarihli “İkinci Rapor”, 2014 tarihli “Üçüncü Rapor”, 2015 tarihli “Dördüncü Rapor”, 2016 tarihli “Beşinci Rapor”, 2018 tarihli “Altıncı Rapor”, 2019 tarihli “Yedinci Rapor” ve nihayetinde 2020 tarihli “Sekizinci Rapor”.

⁷³⁷ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Kolodkin’in İkinci Raporu, 2010: 90-93. paragraf.

⁷³⁸ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez’in Beşinci Raporu, 2016: 10. paragraf.

⁷³⁹ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Kolodkin’in İkinci Raporu, 2010: 90-93. paragraf.

⁷⁴⁰ Komisyon, Raportör’ün 68. oturumdabaşladığı Beşinci Raporunu, 18-30 Mayıs 2017 tarihleri arasında yaptığı 3360 ila 3365. toplantılarında yeniden değerlendirmiştir. Raporda, devlet görevlilerinin yabancı ceza yargısından bağışıklığa ilişkin sınırlamalar ve istisnalar sorunu analiz edilmiştir ve konuyla ilgili tek bir Taslak madde önerilmiştir. 30 Mayıs 2017’de ki 3365. toplantıda, Komisyon, ifade edilen görüşleri dikkate alarak 7. maddenin Taslak Komitesi’ne sevkine karar verdi. 20 Temmuz 2017 tarihinde yapılan 3378. toplantıda, Taslak Komitesi Başkanı, “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslak Komitesinin Raporunu sundu. Komisyon, Raporu değerlendirdi ve şartlı olarak kabul etti, bkz. Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez’in Altıncı Raporu, 2018: 5. paragraf.

kaldırabileceği endişesidir. Bu noktaya değinilecek olmakla birlikte öncelikle 2020 yılında yapılan 72. oturuma kadar Raportör Hernandez tarafından Taslak üzerinde yapılan çalışmalar üzerinde durulacaktır.

Taslağın ilk 7 maddesi, 20 Temmuz 2017 tarihinde Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından geçici olarak kabul edilmiştir. Bu Taslak, bir devletin yargı yetkisinden bağışık olan devlet görevlilerine uygulanacaktır. Taslağın uygulama kapsamı budur (Taslak 1. madde). Devlet görevlisinden kastedilen devlet fonksiyonlarını kullanan ya da devletin temsilcisi olan kişidir (Taslak 2. madde). Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan fiil, görev fiilidir (Taslak 2. madde). Dolayısıyla görevle ilgisi olmayan görev dışı kötüye kullanım fiilleri, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kapsamı dışında tutulmuştur. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıktan yararlanacak kişiler “Devlet başkanı”, “Hükümet Başkanı”, “Dışişleri Bakanı” ve “diplomasi temsilcileridir” (Taslak 4 ve 6. maddeler). Diplomasi temsilcileri dışındakiler; görev süreleri boyunca ve görev öncesindeki resmi ve resmi olmayan her türlü fiillerinden ötürü diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahiplerdir. Diplomasi temsilcileri ise görevdeyken ve sadece görev fiillerinden ötürü diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olacaklardır. Bu noktada; devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı bakımından, diplomasi temsilcilerinde olduğu gibi görev fiilleri ile sınırlı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaması eleştiri konusudur.

Uluslararası hukukta önemli bir değişime işaret eden detay, Taslağın 7. maddesinde sunulmuştur. Bu madde; bir liste halinde uluslararası nitelikteki suçları sıralamış, bu suçların işlenmesi halinde cezai yargı bağışıklığının uygulanmayacağını çok açık ve kesin ifadelerle hüküm altına almıştır. Maddede belirtilen suçlar şunlardır: “Soykırım”, “İnsanlığa Karşı Suçlar”, “Savaş Suçları”, “İrkçılık”, “İşkence” ve “Zorla Kaybolma”. Bu suçları işlemekle suçlanan devlet görevlileri, bu suçları resmi sıfatla işleseler dahi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanamayacaklardır⁷⁴¹. Bu suçların tanımı, aynı maddenin ikinci

⁷⁴¹ Uluslararası Hukuk Komisyonu 2019 tarihli raporunda 8 ila 16. maddeleri geçici olarak kabul etmiştir. Bu maddelerde, 7. maddede sayılı suçlar bakımından, forum devleti mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Tek istisna, forum devletinin, yargılama yapma yetkisini, görevlinin devletine devretmesi halidir. Ayrıca bu maddelerde yargılamaya ilişkin prosedürel hükümlere ile koruyucu tedbirlere yer verilmiştir. Taslağın 17 ve 18. maddeleri ise 2020 tarihli 72. Oturumda geçici olarak kabul edilmiştir. Koronavirüs şartları nedeniyle bu oturum 2021 yılında yapılmıştır. 17 ve 18. maddelerde; ayrıcalık ve bağışıklıkların belirlenmesi ve uygulanması hususlarına değinilmiştir. Taraf devletler, ayrıcalık ve bağışıklıkların belirlenmesi ve uygulanması hususunda anlaşamazlarsa 6 ila 12 hafta arasında birbirleri ile müzakereler yoluyla anlaşmaya çalışacaklar. Netice çıkmazsa, taraflardan biri hakeme ya da Uluslararası Adalet Divanı’na başvurabilecektir. Bu başvuru neticeleninceye kadar forum devleti, yargılamayı ertelemek zorundadır. Bu noktada getirilen hükümler uluslararası mahkemelerin işleyişini etkilemeyecektir.

paragrafında yapılmıştır⁷⁴². Bir başka ifade ile Taslak, tanımlama yoluna gitmeyip suçların tanımları bakımından ilgili andlaşmalara atıf yapmakla yetinmiştir. Ancak yapılan bu atıflar yalnızca tanımlamalar ile sınırlı tutulmuştur.

Taslak'taki 7. madde, kötüye kullanım fiili niteliğindeki yedi tane uluslararası suç saymış, bunların varlığı halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanmayacağına işaret etmiştir. Raportör bu maddeyi yazarken dört perspektiften hareket etmiştir⁷⁴³: i-) uluslararası andlaşmalar, ii-) uluslararası yargı kararları, iii-) ulusal yargı kararları ve iv-) ulusal yasa metinleri. Ancak bu dört perspektifte, doktrinde eleştirilmiştir. Şöyle ki:

- Raportörün ilk dayanağı “uluslararası andlaşmalar” olmuştur. Bu konuda şunlar ifade edilebilir: Kural olarak diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan uluslararası andlaşmalar, bunların uygulanmasına ilişkin istisna hükümlerine yer vermez⁷⁴⁴. Örneğin 1961 Viyana Sözleşmesi, 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi, 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi vs. Buna karşın temel insan haklarına ilişkin andlaşmalarda; örneğin soykırımın önlenmesi, ırkçılığın önlenmesi, işkenceye ve diğer zalimane insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya karşı mücadele gibi uluslararası ceza hukukuna ilişkin andlaşmalarda bu tür istisna hükümleri vardır. Örneğin; 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırımın Önlenmesi Hakkında Sözleşme, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri vs. Genel olarak bu andlaşmalara göz atıldığında, kötüye kullanım fiilini ika eden kişi resmi devlet görevlisi olsa bile belirtilen suçlar işlendiğinde bu kişi artık devlet görevlisi olarak değil sıradan bir insan olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁵. Buna karşın Raportörün ileri sürdüğü bu dayanak doktrinde eleştirilmiştir⁷⁴⁶. Bu eleştirilere göre, sayılan sözleşmeler bireysel cezai sorumluluk getiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler diplomasi temsilcilerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların

⁷⁴²Soykırım suçu için: 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü 6. madde ve 9 Aralık 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi 2. madde; İnsanlığa karşı suçlar için: 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü 7. madde; Savaş suçu için: 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü 8. madde 2. paragraf; Irkçılık suçu için: 30 Kasım 1973 tarihli Irkçılık Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Üzerine Uluslararası Sözleşme 2. madde; İşkence suçu için: 10 Aralık 1948 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme 1. madde 1. paragraf; Zorla Kaybolma suçu için: 20 Kasım 2006 tarihli - Zorla Kaybolmalara Karşı Herkesin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 2. madde.

⁷⁴³ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Beşinci Raporu, 2016: 17. paragraf.

⁷⁴⁴ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Beşinci Raporu, 2016: 23. paragraf.

⁷⁴⁵ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Beşinci Raporu, 2016: 31. paragraf.

⁷⁴⁶ Ren ve Jin, 2021: 294.

uygulanmasını açıkça dışlamazlar. Bu sözleşmelerin hazırlık çalışmaları ile diğer belgelerine göz atıldığında ayrıca taraf olan devletlerin mahkeme kararlarına bakıldığında, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların istisna tutulması niyeti görülmez. Devletlerin egemenliği ve eşitliğinin bir neticesi olan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, evrensel yargı yetkisi getiren bu sözleşmeler ile ortadan kalkmamaktadır. Aksine, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların varlığı, yargılama yapılmasını engellemektedir.

- Raportörün ikinci dayanağı “uluslararası yargı pratiği” olmuştur. Bu kapsamda örneğin, Uluslararası Adalet Divanı açıkça diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanmayacağı istisnalardan bahsetmemiş, ancak bireysel cezai sorumluluğun, uluslararası hukukun konusu olduğunu ifade edip bunların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan etkilenmeyeceğini ifade etmiştir⁷⁴⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “jus cogens” ve “işkence” suçlarının işlenmesi halinde, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların artık uygulanamayacağını kararlaştırmıştır⁷⁴⁸. Uluslararası ceza mahkemeleri de statülerinde, bu tür suçların varlığı halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanmayacağını hüküm altına almışlardır⁷⁴⁹. Buna karşın Raportörün ileri sürdüğü bu dayanakta eleştirilmiştir. Şöyle ki; Uluslararası Adalet Divanı, Belçika Tutuklama Davasında, uluslararası suç işlediği iddia edilen Kongo Dışişleri Bakanının, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olduğuna hükmetmiştir⁷⁵⁰. Zira devlet uygulamalarından; bu suçu işlemenin, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulamasına istisna oluşturacağına dair bir anlam çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kötüye kullanım fiilleri neticesinde hukuki yargı bağışıklığının uygulanmayacağına hükmederken, cezai yargı bağışıklığının istisnalarından hiç bahsetmemiştir⁷⁵¹. Uluslararası mahkemeler ise “insanlığa karşı suç”, “soykırım”, “savaş” gibi uluslararası suçlarla sınırlı olmak üzere diplomatik

⁷⁴⁷ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez’in Beşinci Raporu, 2016: 86. paragraf.

⁷⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Al-Adsani v. United Kingdom”, 61 – 63. Paragraf, Başvuru Numarası: 35763/97, 21.11.2001.

⁷⁴⁹ Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkemesi için bkz. Londra Andlaşması 7. madde; Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askerî Mahkemesi için bkz. Tokyo Statüsü 6. madde; Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 7. madde 2. paragraf; Ruanda İçin Uluslararası Mahkeme Statüsü 6. madde 2. paragraf.

⁷⁵⁰ Uluslararası Adalet Divanı, “11 Nisan Tutuklama Kararı Davası” 54. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Jones and others v. United Kingdom”, 204 – 206. paragraflar, Başvuru Numarası: 34356/06, 02.07.2014.

ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanmayacağını kararlaştırmışlardır. Aynı durum Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü için de geçerlidir. Ayrıca Roma Statüsünün bu hükmü yalnızca Statüye taraf olan devletler için geçerlidir.

- Raportörün üçüncü dayanağı “devletlerin yasal düzenlemeleri” olmuştur. Bu konuda Raportör, bazı yasal düzenlemelerden örnek vermiştir⁷⁵². Bunlardan en önemlileri; Amerika Birleşik Devletleri Yabancı Egemen Bağışıklıkları Yasası (FSIA), Kanada Devleti Bağışıklık Yasası (CSIA) ve İspanyol Organik Yasasıdır. Ancak Raportörün bu dayanağı doktrinde eleştirilmiştir. Zira devletlerin yasal düzenlemelerinde, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümlerine yer verilmesi, ender karşılaşılan bir durumdur⁷⁵³. Bununla beraber örnek olarak sayılan üç yasa düzenlemesi de Raportörün kendi tezini güçlendirme içeriğinden uzaktır. Şöyle ki: FSIA, yalnızca, terörü destekleyen bir devletin görevlileri tarafından gerçekleştirilen fiillere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık uygulanmayacağını hüküm altına alır. Ancak bu yasanın getirdiği düzenin, evrensel uygulanabilirliğinden bahsetmek son derece zordur. FSIA için söylenenler, CSIA için de geçerlidir. İspanyol Organik Yasası, devlet görevlilerinin, “soykırım”, “zorla kaybetme”, “savaş suçları” ve “insanlığa karşı suçlar” bakımından diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olmayacaklarını hüküm altına almıştır. Bu yasa, genel bir istisna getirmiş olmakla birlikte, bununda evrensel bir uygulama niteliğine sahip olduğunu ve teamül oluşturduğunu ifade etmek zor görünmektedir⁷⁵⁴.
- Raportörün dördüncü dayanağı “ulusal mahkeme kararları” olmuştur. Ancak kötüye kullanım fiilleri karşısında diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanmayacağını içeren ulusal mahkeme kararlarında yeknesaklık yoktur. Aynı ülke sınırları içerisinde verilen mahkeme kararları bakımından bile çelişkiler

⁷⁵² Bu yasal düzenlemeler özellikle Devlet başkanları ile ilgili hükümler içermektedirler. Bunlar 1979 tarihli Singapur Bağışıklık Yasası, 1981 tarihli Pakistan Devlet Bağışıklık Kararı, 1981 tarihli Güney Afrika Yabancı Devletlerin Bağışıklığı Yasası, 1985 tarihli Avustralya Yabancı Devletler Bağışıklık Yasası, 1995 tarihli Arjantin Mahkemelerinde Yabancı Devletlerin Yargı Bağışıklığı Yasası, 2009 tarihli Japonya Yabancı Devletlerin Hukuki Yarı Bağışıklığı Yasası, açıklamalar için bkz. Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Beşinci Raporu, 2016: 44. paragraf.

⁷⁵³ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Beşinci Raporu, 2016: 42. paragraf.

⁷⁵⁴ Yerel yasalar bakımından örnekler şu şekilde verilebilir: “Belçika Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlaller Yasası”nın 13. maddesinde devlet görevlilerinin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarına yer verilmiş ardından istisnalar sayılmıştır. Kişi bakımından bağışıklık mutlak olmakla birlikte konu bakımından bağışıklık bazı istisnalara sahiptir. “Hollanda Uluslararası Suçlar Yasası” benzer hükümler kabul etmiş, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uluslararası suçları kapsamayacağını hüküm altına almıştır. Ancak bu yasalar uluslararası teamül oluşturmazlar. Bunlar devlet bağışıklığı konusu içerisinde değerlendirilebilirler, bkz. Ren ve Jin, 2021: 296.

vardır. Ulusal mahkemeler, çoğunlukla kötüye kullanım fiilinin ağırlığına göre karar vermişlerdir. Örneğin; insanlığa karşı suç ve benzeri suçlarda istisna hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmıştır⁷⁵⁵. Raportör, 2016 tarihli 5. Raporunda kendi tezini güçlendirmek için diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların istisna tutulduğu dokuz ulusal mahkeme kararına yer vermiştir. Bunlardan ilki “Lozano - İtalya” kararıdır. Bu karara göre İtalyan Yargıtayı, *jus cogens* niteliğindeki temel hakların ihlal edilmesi halinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulanamayacağına hükmetmiştir⁷⁵⁶. Ancak; Raportörün tezinin aksine, bu davada diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerli/uygulanabilir kabul edilmişlerdir⁷⁵⁷. İkinci mahkeme kararı, “In re Hussein – Germany” davasından verilmiştir. Raportör, bu davada, Alman Bölge Yüksek Mahkemesi tarafından, uluslararası suçların işlenmesi halinde, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulamasının istisna tutulduğunu ifade etmiştir⁷⁵⁸. Ancak bu davadaki suçlar, Taslağın 7. maddesinde sayılı suçlardan değildir. Ayrıca Başkan Hussein, yargılandığı zaman görevde değildir. Yerel Mahkeme verdiği kararda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmaları halinde istisna hükümlerinin uygulanacağından da bahsetmemiştir⁷⁵⁹. Raportörün tezini güçlendirmek için sunduğu diğer yedi mahkeme kararında ya bağışıklık talebi reddedilmiş ya da bağışıklıktan vazgeçilmesi söz konusu olmuştur⁷⁶⁰. Dolayısıyla bu mahkeme kararları, Raportörün iddia ettiği gibi bir teamül kuralı haline dönüşmemiştir. Raportör de bunların bir teamül oluşturduğunu söylemekten kaçınmıştır. Zira devlet uygulamaları, “devletlerin egemenliği ilkesi” üzerine oturmuştur. Devlet görevlilerinin yargılanmasına ilişkin elbette ki uygulamalar vardır, ancak bunlar teamül oluşturacak tek tip uygulamalar değildir.

Raportöre göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar bakımından istisna ve sınırlandırma hükümlerine yer verilmesi için üç gerekçe vardır. i-) Uluslararası Suçlar Bakımından İstisna Hükümleri Uygulanmalıdır. ii-) *Jus Cogens* Kuralları Bakımından İstisna

⁷⁵⁵ Ren ve Jin, 2021: 297.

⁷⁵⁶ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez’in Beşinci Raporu, 2016: 115. paragraf, 235. dipnot.

⁷⁵⁷ İtalyan Yargıtayı, “Mario Luiz Lozano v. the General Prosecutor for the Italian Republic”, 6. paragraf, Başvuru Numarası: 31171/2008, 24.07.2008.

⁷⁵⁸ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez’in Beşinci Raporu, 2016: 115. paragraf, 236. dipnot

⁷⁵⁹ Alman Bölge Yüksek Mahkemesi, “Hussein v. Germany”, 11. paragraf, Başvuru Numarası: 1330/1999, 16.5.2000.

⁷⁶⁰ Ren ve Jin, 2021: 297.

Hükümleri Uygulanmalıdır. iii-) Uluslararası Suçlar Cezasız Kalmasın Diye İstisna Hükümleri Uygulanmalıdır. Bu gerekçelere değinilecek olmakla birlikte, bunlar doktrin tarafından eleştirilmiştir. Şöyle ki;

- Raportörün ilk tezine göre uluslararası suçlar bakımından istisna ve sınırlandırma hükümleri uygulanmalıdır. Raportör, uluslararası suçların varlığı halinde, devlet görevlisinin, resmi görev dışı kötüye kullanım fiilini ika ettiğini ifade etmektedir. Buna göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, işlevsel gereklilik teorisine dayanır ve görev ile sınırlı tanınırlar. Oysa uluslararası suçlar; görev fiilleri olmayıp görev dışı kötüye kullanım fiilleridir⁷⁶¹. Ancak Raportörün bu tezine bazı eleştiriler sunulmuştur. Şöyle ki; Belçika Tutuklama Davasında, Divan Yargıcı, devlet görevlilerinin kendi başlarına değil de ülkeleri adına uluslararası suçları işlediklerini itiraf etmiştir⁷⁶². Bu itiraf mucibince, uluslararası suçların işlenmelerine neden olan fiillerde resmi görev fiilleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hal böyleyken doktrinde bir görüşe göre, bu fiillere resmi görev dışı fiil denilmesi gerçeklikle bağdaşmamaktadır⁷⁶³.
- Raportörün ikinci tezine göre, jus cogens kuralları bakımından istisna ve sınırlandırma hükümleri uygulanmalıdır. Bu kapsamda İngiltere, Pinochet davasında; bir fiilin resmi görevle bağlantılı olup olmadığına bakmaksızın fiilin jus cogens kurallarına aykırı olduğunu ileri sürerek diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınmayacağına hükmetmiştir⁷⁶⁴. İtalya - Ferrini davasında fiil; temel insan hakları ve evrensel değerlerin ihlali olarak tanımlanmış ve artık bunlara diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacağı ifade edilmiştir⁷⁶⁵. Ancak, Raportörün bu mahkeme kararlarını örnekseyerek güçlendirmeye çalıştığı tezi doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre, jus cogens kuralları ile devlet bağışıklığı kuralları arasında bir ihtilaf olmadığı ifade edilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı

⁷⁶¹ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Sekizinci Raporu, 2020: 16. paragraf.

⁷⁶² Uluslararası Adalet Divanı, "11 Nisan Tutuklama Kararı Davası" 36. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷⁶³ Ren ve Jin, 2021: 299.

⁷⁶⁴ Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (Jus Cogens) Üzerine Dire Tladi'nin Üçüncü Raporu, 2018: 125. paragraf.

⁷⁶⁵ İtalyan Yüksek Mahkemesi, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", 674. paragraf, Başvuru Numarası: 5044, 11.03.2004.

da ihtilaf bulunmadığı yönünde bir karar vermiştir⁷⁶⁶. Divan'a göre, bağışıklık uygulamasının istisna tutulması henüz bir jus cogens kuralı haline dönüşmemiştir. Jus cogens kurallarının diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kurallarının üzerinde olduğuna dair bir kanıtta bulunmamaktadır⁷⁶⁷. Buna göre jus cogens kurallarının ihlal edilmesi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların zorunlu olarak kalkacağı anlamına gelmez. Ayrıca jus cogens kuralları maddi hukuka ilişkindir, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kuralları ise usul hukukuna ilişkindir. İkisi birbirinden tamamen farklıdır⁷⁶⁸. Özetle, Raportör jus cogens kurallarını; diplomatik ayrıcalık bağışıklıkların uygulamasının istisnası olarak kabul etmesine rağmen 5. raporunda bunun inandırıcı olmadığını kendisi ifade etmiştir⁷⁶⁹.

- Raportörün üçüncü ve son tezine göre, uluslararası suçların cezasız kalmasını önlemek amacıyla istisna ve sınırlandırma hükümleri uygulanmalıdır. Ancak, Raportörün bu tezi de eleştirilmiştir. Buna göre diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar bir cezasızlık sebebi değildir. Devlet görevlisi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olmasına rağmen suçlu olabilir. Zira maddi hukuk bakımından suçlu olan devlet görevlisi, usul hukuku bakımından diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahiptir⁷⁷⁰. Böyle bir durumda devlet yetkilisi yargılanmaz ancak suç nedeniyle devletin uluslararası sorumluluğu devam eder⁷⁷¹. Böylece cezasızlıkta söz konusu olmaz. Uluslararası Adalet Divanı bir kararında belirttiği üzere, diplomatik ayrıcalık bağışıklıkların tek etkisi cezai sorumluluğun belirlenmesini engellemektir⁷⁷². Uluslararası Adalet Divanı'na göre; bağışıklıktan vazgeçilirse, gönderen devlet yargılama yaparsa, devlet görevlisi görevden ayrılırsa ya da uluslararası mahkemeler harekete geçerse diplomatik ayrıcalık ve

⁷⁶⁶ Uluslararası Adalet Divanı, “Devletlerin Yargı Bağışıklığı (Almanya v İtalya: Yunanistan)”, 95. paragraf, (03.02.2012), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, [143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf) (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷⁶⁷ Li ve Xie, 2013: 180.

⁷⁶⁸ Ren ve Jin, 2021: 301.

⁷⁶⁹ Uluslararası Hukuk Komisyonu 69. Oturum, 1. Bölüm, 3361. Toplantının Geçici Özet Kaydı, 14.6.2017, A/CN.4/ SR.3361.

⁷⁷⁰ Ren ve Jin, 2021: 301

⁷⁷¹ Benzer görüş için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “Devletlerin Yargı Bağışıklığı” (Almanya v İtalya: Yunanistan), 58. paragraf, (03.02.2012), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, [143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf) (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷⁷² Uluslararası Adalet Divanı, “11 Nisan Tutuklama Kararı Davası” 60. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

bağışıklıklarını kötüye kullanan devlet görevlisi cezalandırılabilir⁷⁷³. Divan'ın bu kararından anlaşılacağı üzere cezasızlık söz konusu değildir. Öyleyse, Raportör'ün dayanmış olduğu bu tez dayanaksız kalmaktadır.

Kanaatimizce Taslak, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına karşı tedbir niteliğinde bir gelişme olmakla birlikte içerik ve temellendirme bakımından yetersizdir. Zira Taslağın merkeze aldığı altı suç dışında da, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmaları ve temel insan haklarını ihlal etmeleri mümkündür. Bu kapsamda genel bir düzenleme yapılarak, bu kapsamda bütün kötüye kullanım fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Ancak bu şekilde, işlevsel gereklilik teorisi tam anlamıyla işletilebilir. Bir diğer husus, Raportörün kendi tezini güçlendirmek amacıyla sunduğu tüm örnekler yetersiz görünmektedir. Zira Raportör, olması gerekenden ziyade olandan beslenmiştir. Devletlerin irade ve uygulamalarını “olan durumu” yansıtmaktadır. Bunlarda genel olarak istisna ve sınırlandırma niyetini içermez. Bu sebeple Raportör, hem istisna ve sınırlandırma tezini ortaya atıp hem de bu tezi güçlendirmek için tamamen devlet uygulamalarından örnekler vererek çelişkiye düşmüştür.

Kanaatimizce, Taslak bakımından merkeze alınması gereken perspektif, temel insan hakları perspektifi olmalıdır. Bu kapsamda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar resmi görevle sınırlandırılmalı, bütün kötüye kullanım fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Buna dair açıklamalara üçüncü bölümde yer verilmiştir.

⁷⁷³ Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Sekizinci Raporu, 2020: 31. paragraf.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DİPLOMATİK AYRICALIK VE BAĞIŞIKLIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASINA KARŞI ÇÖZÜM ÖNERİSİ: İNSAN HAKLARI İLE UYUMLU RESMİ GÖREVLİ SINIRLANDIRMA

3.1. Resmi Görevle Sınırlandırma Önerisinin Sunulma Sebepleri

Birinci bölümde açıklandığı üzere 20. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren uluslararası hukuk ile insan hakları hukuku arasında bir yakınlaşma başlamıştır. Uluslararası düzeyde koruma sağlanması neticesinde insan hakları; bir devletin ulusal yetki konusu dışında değerlendirilmiş, böylece evrensel ve eşitlikçi bir içerik kazanmıştır⁷⁷⁴. İnsanlara salt insan oldukları gerekçesiyle doğrudan haklar tanınmış, tanınan bu haklar; insanlık ailesinin tüm üyeleri için “eşit” , “devredilmez” ve “vazgeçilmez” niteliğini haiz kılınmıştır⁷⁷⁵. İnsanlar sahip oldukları bu haklar üzerinden uluslararası hukukun öznesi haline gelmiştir⁷⁷⁶.

Uluslararası hukuk sistemi içerisinde yapılan düzenlemelerle; temel insan hakları, artık devletlerin istedikleri gibi düzenledikleri ya da kısıtladıkları bir iç mesele olmaktan çıkmıştır. Aksine devletlerin, insan haklarını koruma yükümlülükleri ortaya çıkmıştır⁷⁷⁷. Zira devletlerin, insan haklarını temin ettikleri ölçüde meşruiyete sahip oldukları anlayışı kabul görmeye başlamıştır.

Uluslararası hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin düzenlemeler getiren kurallar, jus cogens kurallarıdır. Bu kurallar, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alır⁷⁷⁸. Diğer kurallara göre öncelikle uygulanırlar ve aksine kurallar batıl sayılır⁷⁷⁹. Uluslararası hukuk sistemi içerisinde jus cogens kuralların tam bir listesi yoktur. Bir başka ifade ile hangi kuralların jus cogens niteliğini haiz olduğuna dair belirsizlik vardır⁷⁸⁰. Buna rağmen temel insan haklarının jus cogens niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir⁷⁸¹. Uluslararası Hukuk

⁷⁷⁴ Gündüz, 2018: 337.

⁷⁷⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi giriş bölümünde insan hakları şu şekilde tanımlanmıştır: “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin eşit statüde sahip oldukları, vazgeçilemez ve devredilemez temel haklardır”; ayrıca bkz. Gündüz, 2018: 337; Çeçen, 2013: 809.

⁷⁷⁶ Gündüz, 2018: 5.

⁷⁷⁷ Doğan, 2013: 189.

⁷⁷⁸ Mangır, 2011: 29.

⁷⁷⁹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

⁷⁸⁰ Pirim, 2012: 166; Erten, 2016: 60.

⁷⁸¹ Uluslararası Adalet Divanı, Barcelona Traction Davası’nda, “temel insan haklarına ilişkin ilke ve kurallardan” erga omnes yükümlülükler doğabileceğini belirtmiştir. Her erga omnes yükümlülük, jus cogens kuralından doğmamakla birlikte, jus cogens kurallarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken noktalardan birinin de temel insan haklarına ilişkin ilke ve kurallar olduğu açıktır. Divan’ın temel insan hakları ifadesini kullanması, bütün insan haklarını koruyan ilke ve kuralların erga omnes yükümlülükler doğurmayacağı

Komisyununun şerhleri, uluslararası andlaşma metinlerinde yer alan düzenlemeler, uluslararası mahkemelerin kararları ve doktrindeki hâkim görüş bu yöndedir. Şöyle ki;

- Uluslararası Hukuk Komisyonu üyeleri, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne ilişkin taslak metin üzerinde çalışırken, jus cogens kurallarının neler olduğuna dair madde şerhinde yer alacak şekilde örnekler vermiştir. Bu örnekler arasında temel insan hakları da sayılmıştır⁷⁸². Şu halde, Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmaları bakımından temel insan hakları jus cogens niteliğini haizdir.
- Andlaşmalar hukuku bakımından, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi temel insan hakları kurallarının jus cogens niteliğini haiz olduğunu içeren düzenlemelere yer vermiştir. Şöyle ki; Sözleşmeye taraf olanlardan birinin andlaşma hükümlerini esaslı biçimde ihlâl etmesi durumunda, diğer taraf veya tarafların andlaşmayı sona erdirmesi, kısmen veya tamamen hükümlerini askıya alması mümkün olmaktadır. Ancak insancıl nitelikteki andlaşmalara ilişkin hükümler söz konusu olduğunda, taraflar bu olanaklardan yararlanamazlar⁷⁸³. Sözleşmede, özellikle insancıl nitelikteki andlaşmalarla korunan kişilere karşı her türlü misillemeyi yasaklayan hükümlere atıfta bulunulmuştur. Bu düzenleme biçiminden, temel insan hakları kurallarından sapmaya olanak tanınmadığı sonucu

biçiminde yorumlanmıştır. Bu yorum jus cogens normların belirlenmesini de etkilemiştir. Doktrinde hangi hakların jus cogens niteliğinde olduğu tartışılmıştır, karar için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “*Barcelona – Traction Davası*”, 34. paragraf, (05.02.1970), ICJ Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders, [050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/doc/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf) (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022); “*Uluslararası hukuk doktrininde, kamu düzeninin unsurları olarak görülen ve uluslararası toplumun temel düzenini sağlayan jus cogens kurallarla, erga omnes kurallar arasındaki ilişkinin henüz somut bir tanımlaması yapılamamaktadır. Doktrinde jus cogens niteliğindeki normların erga omnes yükümlülük öngören kurallardan oluştuğu, erga omnes yükümlülüklerin ise her zaman jus cogensi oluşturmadığı yönünde genel kabul gören bir anlayış bulunmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada kuralların birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmasının bir sonucu olarak, kurallar arasındaki benzerliklerin ya da farklılıkların neler olduğuna dair kesin çizgilerin belirlenememesi sorunun temel nedenini oluşturmaktadır. Doktrine göre erga omnes bir kural, uluslararası topluma karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğü içeriyorsa, bu kuralın jus cogens niteliğinde olduğundan da söz edilebilmektedir. Bir devletin diğer devlete karşı olan yükümlülüğü jus cogens norm oluşturmadığından, devletler kendi aralarında bu yükümlülüğe aykırı sözleşmeler/andlaşmalar yapma özgürlüğüne sahiptirler. Bu bağlamda, bu normların erga omnes yükümlülükleri kapsadığı ancak erga omnes yükümlülük öngören her kuralın, mutlak jus cogens niteliğinde olduğu sonucu çıkarılamamaktadır. Örneğin, diplomasi temsilcilerinin dokunulmazlığının, erga omnes nitelikte olduğu ancak jus cogens nitelik taşıyıp taşımadığına dair Barcelona Traction Davası'nda herhangi bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, davada bir devletin uluslararası topluma yönelik yükümlülükleri ile devletlerin birbirlerine karşı olan yükümlülükleri arasında farklılıklar olduğu ve uluslararası toplumun haklarının korunmasının temelini oluşturan yükümlülüklerin aslında devletlerin hukuksal çıkarlarına ilişkin olduğu ve erga omnes nitelik taşıdığı ifade edilmiştir*”, bkz. Mangır, 2011: 76

⁷⁸² Yearbook of International Law Commission, 1966: 270.

⁷⁸³ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 60. madde 5. fıkra.

çıkarılmıştır. Bu yaklaşım, andlaşmalar hukuku bakımından temel insan hakları kurallarının jus cogens niteliğini haiz olduğunu göstermektedir⁷⁸⁴.

- Uluslararası mahkemeler, temel insan haklarının jus cogens niteliğini haiz olduğunu kararlaştırmıştır. Bu kapsamda; Uluslararası Adalet Divanı Yargıcı Tanaka, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1966 tarihli “Güney Batı Afrika Davaları” kararına yazdığı muhalefet şerhinde, Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmasına da atıfta bulunarak, jus cogensin uluslararası alana girmesi durumunda, temel insan haklarının korunması hukukunun jus cogensine ait olduğunu kuşkusuz kabul edileceğini belirtmiştir⁷⁸⁵.
- Nihayetinde doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş, temel insan haklarının jus cogens niteliğini haiz olduğu kabul etmektedir⁷⁸⁶.

Temel insan haklarının jus cogens niteliğini haiz oldukları kabul edilmekle birlikte, bunların tamamının mı yoksa bir kısmının mı bu kapsamda olduğuna dair tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe⁷⁸⁷ göre “sınırlanan hak” ve “sınırlanamayan hak” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmesi ve ayrımın neticesine göre cevap verilmesi gerekir. Sınırlanan – sınırlanamayan hak ayrımı; bir hakkın olağan dönemde sınırlanıp sınırlanmamasına, olağanüstü dönemde geri alınıp alınmamasına bağlı olarak ortaya çıkmış bir ayrımdır. Bu kapsamda sınırlanamayan hak, olağan dönemlerde sınırlanamayan, olağanüstü dönemlerde geri alınamayan, kendisinden sapılamayan haklardır⁷⁸⁸. Bu haklara “mutlak”, “askıya alınamayan” ya da “sert çekirdek haklar” da denilmektedir⁷⁸⁹. Bu haklar, savaş zamanları ya da bir milleti tehdit eden diğer kamusal nitelikli olağanüstü durumların ortaya çıktığı zamanlarda bile ihlal edilemezler. Bu tür askıya alınamayan haklar, haklar hiyerarşisinde özel bir yere sahip olarak değerlendirilmektedir⁷⁹⁰. Buradan hareketle sınırlanamayan hakların jus cogens niteliğini haiz oldukları kabul edilmelidir⁷⁹¹.

Sınırlanamayan haklar, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin aradığı iki aşamalı şartları karşılar gibi görünmektedir. Şöyle ki, ilk olarak sınırlanamayan haklar; andlaşma hükümleri ve devletlerin irade ve uygulamaları ile ezici bir çoğunluk tarafından

⁷⁸⁴ Başkaracaoğlu, 2011: 84.

⁷⁸⁵ Uluslararası Adalet Divanı, “Güney Batı Afrika Davaları – Yargıcı Tanaka'nın Muhalefet Şerhi”, 298. sayfa, (1966), (046-19660718-JUD-01-06-BI.pdf (icj-cij.org)) (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁷⁸⁶ Erkiner, 2008: 242; Mangır, 2011: 171; Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Başkaracaoğlu, 2011: 83.

⁷⁸⁷ Shaw, 2018: 209; Dror, 2000: 26; Mangır, 2011: 173; Başkaracaoğlu, 2011: 85 vd.

⁷⁸⁸ Gözler, 2018: 249; Shaw, 2018: 208 vd.

⁷⁸⁹ 1982 anayasasının 15. maddesinin 2. fıkrasında yer alan haklar olağanüstü dönemlerde dahi sınırlanamayan haklardır. Bunlar sert çekirdek haklardır, açıklamalar için bkz. Gözler, 2018: 249

⁷⁹⁰ Shaw, 2018: 208 vd.

⁷⁹¹ Shaw, 2018: 209; Mangır, 2011: 171 vd.

kabul edilmektedir. İkinci olarak, bu haklar mutlak ve kendisinden sapılmaya yer vermeyen durumdadırlar⁷⁹².

Jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları olarak kabul edilen sınırlanamayan haklar; ilgili uluslararası sözleşmelerde sayılmışlardır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, “yaşam hakkı (meşru savaş fiillerinden kaynaklananlar dışında), işkence ve köleliğin yasaklanması ile ceza gerektiren suçların geçmişe uygulanmaması asla sınırlanamaz” hükmü yer almaktadır. Benzer hükümler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 27. maddesinde de vardır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 27. maddesinde hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar; “hukuk kişiliği hakkı”, “yaşam hakkı”, “insani muamele hakkı”, “kölelikten kurtulma hakkı”, “ex post facto (yürürlüğe girmesinden öncekilere uygulanabilen) kanunlardan muaf olma hakkı”, “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, “çocuk hakları gibi aile hakları”, “vatandaşlık hakları” ve “siyasal katılım hakkıdır”. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar; “yaşam hakkı”, “hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı”, “düşünce özgürlüğü hakkı”, “din ve vicdan özgürlüğü hakkı”, “işkence ve köleliğin yasaklanması”, “kanunların geçmişe yürümemesi”, “sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirememesi nedeniyle hapsedilmenin yasaklanması” hakkıdır. 1982 tarihli Anayasa'da da sınırlanamayan haklara yer verilmiştir. Bu haklar; “savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkı”, “kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaması”; “kişinin vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve bunlardan dolayı suçlanamaması”; “suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi” , “masumiyet karinesi” olarak sayılmıştır. İlgili anayasa hükmü gereğince bu temel haklar; savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü dönemlerde dahi kısmen ya da tamamen durdurulamazlar.

Doktrinde ileri sürülen karşıt görüşe⁷⁹³ göre temel insan haklarının tamamı jus cogens niteliğini haizdir. Bu görüş, “sınırlanan” – “sınırlamayan” hak ayrımı yapmaksızın temel nitelikteki bütün insan haklarını jus cogens niteliğini haiz kabul etmektedir. Kanaatimizce ilk görüş kendi içerisinde daha tutarlı görünmektedir. Zira sınırlanabilen ya da geri alınabilen hakları jus cogens kuralı olarak kabul etmek, bunlar için aranan “mutlak ve kendisinden sapılmaya yer vermeyen” şartı ile uyumsuzdur.

⁷⁹² Mangır, 2011: 173; Karşıt iddia için bkz. “Amerika Birleşik Devletleri ve Çin gibi ülkelerde hala yaşam hakkını ortadan kaldıran idam cezaları uygulaması, yaşam hakkından sapmaya işaret etmektedir” Dror, 2000: 26.

⁷⁹³ Görüşler için bkz. Parker ve Neylon, 1989: 411.

Kısaca tekrar etmek gerekirse, insan hakları içerisinde yalnızca sınırlanamayan haklar jus cogens niteliğini haizdir. Bu haklar, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alır⁷⁹⁴. Bunlar öncelikle uygulanır, bunların aksine kurallar batıldır⁷⁹⁵. Buradan hareketle, uluslararası hukuk sistemi içerisinde temel insan hakları kurallarının “en üstün değer” olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir. Ancak bu sonuca varmak o kadar kolay görünmemektedir. Zira aynı uluslararası hukuk sistemi, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmelerine sessiz kalmaktadır. Uluslararası hukuk bir yandan jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarını kutsarken diğer yandan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan kötüye kullanım fiilleri ile bunların ihlal edilmelerine sessiz kalmaktadır⁷⁹⁶. Bu durum, belirli bir düzen getiren uluslararası hukuk sistemi için ciddi bir çelişkiyi ifade etmektedir. Zira temel insan hakları kurallarının bir kısmı jus cogens niteliğini haizken, kötüye kullanım fiillerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık kuralları ise jus cogens niteliğini haiz değildir⁷⁹⁷. Şu halde uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından temel insan hakları kurallarının öncelikle uygulanması gerekmektedir. Buna rağmen uluslararası hukuk uygulaması bu yönde ortaya çıkmamaktadır. Bu durum uluslararası hukuk sistemi bakımından ciddi bir soruna işaret etmektedir.

Uluslararası hukuk içerisinde var olan bu soruna, devletlerin irade ve uygulamalarının neden olduğu söylenebilir⁷⁹⁸. İkinci bölümde detaylı açıklamalar yapılmış olmakla birlikte aşağıda kısaca ilgili nedenlere yer verilmiştir. Şöyle ki;

- Uluslararası toplum yatay bir toplumdur. İç hukuklarda öngörülen toplum yapısına benzer şekilde dikey bir ilişki söz konusu değildir⁷⁹⁹. Uluslararası

⁷⁹⁴ Mangır, 2011: 29.

⁷⁹⁵ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

⁷⁹⁶ Diploması temsilcileri, bağışıklıklarını kötüye kullansalar bile uluslararası hukukun tanıdığı bağışıklıklardan yararlanırlar, açıklamalar için bkz. Kahf, 2009: 14; Akalanka, 2020: 79.

⁷⁹⁷ Birincisi; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temeli, görevin gereği gibi ifa edilmesine dayanır. Devletler tarafından karşılıklılık ilkesine uygun olarak tanınır. Bu durum devletlere fayda sağlar. Aslında bu fayda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar sayesinde birçok suçtan sıyrılmaya izin verir. Öyleyse devletlerarası uzlaşmaya dayanan karşılıklılık ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda, jus cogensin varlığından bahsedilemez. İkincisi; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, daha güçlü ve daha yüksek kaynaktan geçerliliğini almak yerine uzlaşmanın bir türü olan karşılıklılığın neticesidir ve doğal hukuka dayanmaz. Bir başka ifade ile jus cogens ile birlikte düşünülen doğal hukuk; işlenen bir cinayeti, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma şeklindeki kötü muameleyi veya çocuk istismarlarını işleyenleri, sırf diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahipler, diye hoş görmez. Üçüncüsü; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar jus cogens niteliğinde değildir. Bir başka ifade ile ayrıcalık ve bağışıklıklar bütün devletler için değil yalnızca ilgili devletler (gönderen devlet, kabul eden devlet, ev sahibi devlet) için yükümlülük doğurur. Bu sebeple bu kurallar jus cogens niteliğini haiz olamaz, bkz. Dror, 2000: 24.

⁷⁹⁸ Zira temel insan hakları ihlallerine karşı devletlerin yargı bağışıklığının reddedilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Bu kapsamda, devletlerin temel insan haklarını koruma hususunda çok istekli olmadıkları ortaya çıkmaktadır, bkz. Erdem, 2016: 208; Erten, 2016: 60.

⁷⁹⁹ Gündüz, 2018: 7 vd.; Erkiner, 2008: 69.

toplumu oluşturan devletler egemen ve eşittir. Bu kapsamda bütün devletler üzerinde bağlayıcı yasama, yürütme ve kural olarak zorunlu yargı yetkisine haiz bir otorite bulunmamaktadır⁸⁰⁰. Bir başka ifade ile devlete isnat edilebilir şekilde diplomasi temsilcilerinin ika ettiği kötüye kullanım fiillerini yargılayacak üstün bir otorite bulunmamaktadır⁸⁰¹. Bu hususta etkin tedbirler alınması, devletlerin mutabakatı ile mümkündür. Ancak şu ana kadar ortaya çıkan uygulamalar, devletlerin bu konuda çok istekli olmadıklarını göstermektedir.

- Devletlerin bu yaklaşımı uluslararası hukuk kurumlarına da yansımıştır. Örneğin, en üstün norm kabul edilen jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarının ihlal edilmesi halinde bile uluslararası normlar hiyerarşisinin işletilememesi⁸⁰², uluslararası sorumluluk kurumun harekete geçirilememesi⁸⁰³, devletlerin yargı bağımsızlığı istisnaları arasında temel insan hakları ihlallerine yer verilmemesi⁸⁰⁴ gibi hususlar bunlar arasında sayılabilir. Ayrıca diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık tanıyan sözleşmelerde, bunların kötüye kullanılmaları halinde öngörülen tedbirlerin önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici niteliğe sahip olmaması devletlerin bilinçli bir tercihinin sonucudur. Uluslararası hukukta yer alan bu kurumları ortaya çıkaran kural olarak devletlerdir. Bu kurumların uygulaması devletler tarafından şekillenmektedir. Şu halde bu kurumlar üzerinden yapılacak bir değerlendirme neticesinde; devletlerin kötüye kullanım fiillerine karşı temel insan haklarını koruma gayesi güttükleri sonucuna ulaşamaz.
- Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar ve bunların kötüye kullanılmaları İlk Çağ'dan itibaren vardır. Rönesans döneminden günümüze kadar gelen uygulamada, kötüye kullanımlara karşı etkin tedbir alınması hususunda devletlerin pek istekli olmadıkları görülmektedir⁸⁰⁵. Bu kapsamda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul ettiği "Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağımsızlığı" adlı Taslak bir gelişme olmakla birlikte son derece yetersizdir⁸⁰⁶. Zira Taslak'ta "soykırım",

⁸⁰⁰ Erten, 2016: 60; Gündüz, 2018: 7; Doğan, 2013: 38.

⁸⁰¹ Devletlerin, uluslararası toplumun hala baş aktörü olduklarına dair açıklamalar için bkz. Fox, 2006: 400.

⁸⁰² Dror, 2000: 30.

⁸⁰³ Erdem, 2016: 208.

⁸⁰⁴ Fox, 2006: 401; Alebeek, 2012: 295.

⁸⁰⁵ Rönesans dönemi uygulamaları için bkz. Meray, 1958: 81; İskit, 2015: 74; Baştan, 2016: 46; Kodaman ve Akçay, 2010: 79; Çatal, 2015: 2; Meray, 1958: 80; Lütem, 1956: 533; Sur, 2013: 237; Erülker, 2015: 28.

⁸⁰⁶ Komisyon, Raportör'ün 68. oturumdabastığı Beşinci Raporunu, 18-30 Mayıs 2017 tarihleri arasında yaptığı 3360 ila 3365. toplantılarında yeniden değerlendirmiştir. Raporda, devlet görevlilerinin yabancı ceza yargısından bağımsızlığına ilişkin sınırlamalar ve istisnalar sorunu analiz edilmiş ve konuyla ilgili tek bir Taslak

“insanlığa karşı suçlar”, “savaş suçları”, “ırkçılık”, “işkence” ve “zorla kaybolma” olmak üzere yalnızca altı suç bakımından ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacağı ifade edilmiştir⁸⁰⁷. Hâlbuki bu suçlar dışında meydana gelen kötüye kullanım fiilleri ile de temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu düzenlemeden anlaşılabacağı üzere; devletler, kötüye kullanım fiillerine karşı temel insan hakları koruma hususunda hala “çekingen” bir iradeye sahiptir⁸⁰⁸.

Yukarıda nedenleri açıklanan bu durum, uluslararası hukuk sistemi içerisinde ciddi bir sorundur. Zira bir hukuk sisteminde, bir yandan temel insan haklarının kutsanması diğer yandan bunların ihlal edilmesine sessiz kalınması şeklinde çelişkili bir yaklaşım kabul edilemez. Hukuk sistemi ile getirilmek istenen şey düzendir. Düzen, çelişkilerin yokluğunu içerir. Bu kapsamda, öngörülen kuralların uygulanmadığı ya da etkilerini gösteremediği bir hukuk sistemi “düzen” iddiasında bulunamaz. Öyleyse uluslararası hukuk sistemi içerisindeki çelişkinin ve sorunun giderilmesi gerekmektedir. Bunun en doğru ve isabetli yolu, bütün devletlerin ortak iradesi ve mutabakatıyla yapılacak yeni bir düzenleme ile mümkündür. Bu

madde önerilmiştir. 30 Mayıs 2017’de ki 3365. toplantıda, Komisyon, ifade edilen görüşleri dikkate alarak 7. maddenin Taslak Komitesi’ne sevkine karar verdi. 20 Temmuz 2017 tarihinde yapılan 3378. toplantıda, Taslak Komitesi Başkanı, "Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı" adlı Taslak Komitesi’nin Raporu’nu sunmuştur. Komisyon, Raporu değerlendirdi ve şartlı olarak kabul etmiştir, kaynak için bkz. Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez’in Altıncı Raporu, 2018: 5. paragraf.

⁸⁰⁷ Taslak 7. madde.

⁸⁰⁸ Yasa önünde eşitlik ilkesi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle ihlal edilmektedir. Ayrıca devletin insan haklarını yerine getirme görevi vardır. Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması ve bunların herhangi bir yargısal muameleye tabi olmamaları devletin görevini yerine getiremediğine işarettir. Öyleyse “yasa önünde eşitlik” ve “devletin insan haklarını koruma” görevleri ile uyumlu olacak şekilde 1961 Viyana Sözleşmesi değiştirilmelidir, açıklamalar için bkz. Munoz, 2012: 32; Wanyela, 2014: 81; Aslında 1961 Viyana Sözleşmesi değiştirilmeden de mevcut uygulamada kötüye kullanım fiillerinin resmi görev kapsamında olmadığına ve diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların geçerli olmayacağına dair kararlar verilmiştir. Bu kapsamda 14 Mayıs 2011 tarihli Dominique Strauss-Kahn hadisesinden örnek verilebilir. Altmış iki yaşındaki Strauss-Kahn Dünya Para Fonu (IMF) Başkanıydı. Aynı zamanda Fransız vatandaşıdır. 14 Mayıs 2011 tarihinde ABD’den ayrılmak üzereyken New York Manhattan’daki Sofitel Otel çalışanı otuz iki yaşındaki Nafissatou Diallo adlı bir otel çalışanının cinsel taciz iddiası ile uçakta gözaltına alınmıştır. Gözaltı, Paris’e gidecek Air France uçağının New York’taki Kennedy Havaalanından havalanmasından on dakika kadar önce gerçekleştirilmiştir. Polisin müdahalesi karşısında Strauss-Kahn diplomatik bağışıklığa sahip olduğunu ve Fransız Büyükelçiliği ile haberleşmek istediğini açıklamıştır. Buna rağmen polis tarafından uçaktan indirilip gözaltına alınmıştır. Polis sorgulaması esnasında Strauss-Kahn diplomatik bağışıklık talep etmediğini ifade etmiş olsa da Bayan Diallo tarafından açılan ve cinsel saldırı ile suçlandığı davada dokunulmazlık talebinde bulunmuştur. Bayan Diallo’nun avukatı, Strauss-Kahn’ın fiil esnasında diplomat olmadığını, diplomat olsa bile taciz fiilinin resmi görevinin gereği gibi yerine getirilmesi hususu ile ilgili olmadığını, bu fiilini görev dışı şahsi bir fiil veya eylem olarak nitelendirilmesi gerektiğini açıklamıştır. IMF, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı ve New York Polisi; ortak bir şekilde, Strauss-Kahn’ın diplomasi temsilcisi olması halinde bile diplomatik bağışıklığa sahip olamayacağını açıklamışlardır. Zira Strauss-Kahn’ın fiili, resmi görev kapsamında olmayan kötüye kullanım fiilidir. Bu karar yerinde olmakla birlikte uygulamada azınlıkta kalan bir karara işaret etmektedir. Bu sebeple uygulamada yeknesaklığı sağlamak için yeni düzenleme içerisinde “temel insan hakları ile uyumlu resmi görevle sınırlandırma” önerisine yer verilmelidir.

yeni düzenlemenin; “*temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların resmi görevle sınırlandırılması*” önerisi üzerinden şekillenmesi zorunludur.

Temel insan hakları ile uyumlu resmi görevle sınırlandırma önerisi yeni bir fikir değildir. 20. yüzyılın son çeyreğinde de bu öneri dile getirilmiştir⁸⁰⁹. Ancak her değişim talebi, değişikliğe karşı olan devletlerin muhalefeti ile karşılaşmış, böylece diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara ilişkin düzenlemeler değiştirilmeden olduğu gibi devam etmiştir. Böylece kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınması dolayısıyla insan haklarının korunması gibi amaçlara ulaşılamamıştır.

Kötüye kullanım fiilleri, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık tanıyan sözleşmelerin uygulamasından ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmeler içerisinde en fazla karşılaşılanı 1961 Viyana Sözleşmesi’dir. Doktrinde bir görüşe göre⁸¹⁰, 1961 Viyana Sözleşmesi’ni değiştirmek onu uygulamaktan daha zor görünmektedir. Zira Sözleşme’nin taraflarının tamamının bunu kabul etmeleri, değişikliği talep edilen maddeler üzerinde uzlaşmaya varmaları ve uzlaşma sonrası yeni metni imzalamaları zor ve uzun bir sürece işaret etmektedir. Zor denilmesinin sebebi; devletlerarasında ve diplomasi hukukunun temelinde var olan karşılıklılık ilkesinden ileri gelmektedir. Uzun denilmesinin sebebi; tartışma, uzlaşma ve yazım aşamalarının epey vakit alacak olmasından ileri gelmektedir. Buna rağmen böyle bir sürecin imkânsız olduğu söylenemez.

Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık tanıyan sözleşmeleri, temel insan hakları ile uyumlu hale getirmek için iki noktadan hareket edilebilir: Bunlardan ilki, ilgili sözleşmeleri baştan sona kadar yeniden yazmaktır. İkincisi ise ilgili sözleşmelerin aksayan yanlarını gidermek amacıyla ek hükümler eklemektir. Yeniden düzenleme yapılması ya da ek hükümler eklenmesi için izlenmesi gereken yöntem, ilgili sözleşmelerde aranmalıdır. Ancak ilgili sözleşmelerde bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde doktrinde ileri sürülen bir görüşe⁸¹¹ göre, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 39. maddesi gereğince konuya yaklaşılabılır. Zira ilgili madde genel kural getirmektedir⁸¹². Buna göre bir andlaşma, taraflar arasında yeni bir andlaşma ile değiştirilebilir.

Yukarıda değinildiği üzere diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık içeren sözleşmeleri temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde değiştirmek zor bir sürece işaret etmektedir.

⁸⁰⁹ Örneğin, dönemin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nin kuklası olan Bulgaristan tarafından diplomatik çantalar üzerinden diplomatik bağımsızlıkların kötüye kullanıldığı ileri sürülmüştür. Bu konuda tedbir alınması talebi Batılı devletler tarafından ret edilmiştir, açıklamalar için bkz. Osborne, 1985: 53.

⁸¹⁰ Osborne, 1985: 54; Wanyela, 2014: 82.

⁸¹¹ Wanyela, 2014: 82.

⁸¹² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 39. madde.

Ancak kötüye kullanım fiillerine bile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan sözleşmelerin yeniden düzenlenmeleri zorunludur⁸¹³. Zira bununla iki sonuca ulaşılacak istenmektedir:

- Bunlardan ilki; iyiniyetli ve görevini icra eden diplomasi temsilcisinin korunmasıdır⁸¹⁴. Görevin gereği gibi ifa edilebilmesi için gerçekten de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ihtiyaç vardır.
- İkincisi, iyiniyetli olmayan ve kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarını ihlal eden diplomasi temsilcilerinin yargısal muameleye tabi tutulmasının sağlanmasıdır⁸¹⁵.

Bu iki sonuç ile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan sözleşmeler ile temel insan hakkı tanıyan sözleşmeler arasında uyum sağlanmış olacaktır. Tekrar kısaca ifade etmek gerekirse, bu iki sonuca ulaşmanın tek yolu diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılmasıdır.

3.2. Resmi Görevle Sınırlandırma Uygulaması

Kötüye kullanım fiillerine karşı öne sürülen öneri, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılmasıdır⁸¹⁶. Resmi görevden kastedilen “diplomatik görev” ile “diplomatik yükümlülüklerdir”. Diplomatik görev ile diplomatik yükümlülüklerin neler olduğu her sözleşmede ayrı ayrı düzenlenmiştir⁸¹⁷.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, resmi görev için tanınmıştır. Diplomasi temsilcilerinin resmi görevleri arasında kötüye kullanım fiilleri bulunmamaktadır. Şu halde; kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaması gerekir⁸¹⁸. Bu kapsamda; Pakistan’da görevli Amerikalı diplomasi temsilcisi Davis’in işlediği cinayet olayında⁸¹⁹, Libya’nın Londra Büyükelçiliği’nden açılan ateş ile bir kişinin öldüğü on bir

⁸¹³ Osborne, 1985: 56; Wanyela, 2014: 82.

⁸¹⁴ Wanyela, 2014: 82.

⁸¹⁵ Osborne, 1985: 56.

⁸¹⁶ Dror, 2000: 32; Wanyela, 2014: 83; Värk, 2003: 115; Wright, 1987: 117.

⁸¹⁷ Diplomatik görevler bakımından bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 3. madde; 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi 70. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 6. madde; Birleşmiş Milletler Şartı 105. madde; Diplomatik yükümlülükler için bkz. 1961 Viyana Sözleşmesi 41. madde, 2. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 48. madde; Ayrıca bkz. Kappus, 2010: 286.

⁸¹⁸ Havana Sözleşmesi Giriş Bölümü; 1946 B.M. Sözleşmesi 4. madde 14. bent, 5. madde 20. bent, uzmanlar için bkz. 6. madde 23. bent; 1961 Viyana Sözleşmesi Giriş Bölümü; 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi Giriş Bölümü; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi Giriş Bölümü, 6 ve 7. maddeler; A.B. 7 Numaralı Protokol Giriş Bölümü; A.K. Genel Andlaşması Giriş Bölümü.

⁸¹⁹ Hassan, 2011: 19 vd., Ayrıca bkz. Ward, 1977: 659.

kişinin yaralandığı olayda⁸²⁰, Suriye Doğu Berlin Büyükelçisi'nin patlayıcı transferine katılarak terör eylemlerine karıştığı olayda⁸²¹, Güney Afrika'nın Londra Büyükelçiliği'nde görevli diplomasi temsilcisinin uçuş görevlisine cinsel suç işlediği olayda⁸²², Nijerya'nın Londra'da görevli iki diplomasi temsilcisinin Umaru Dikko'yu diplomatik çanta ile kaçırma olayında⁸²³, Bahreyn'in Birleşmiş Milletler Büyükelçiliği'nde görevli diplomasi temsilcisi Mohamed Saleh'in, hizmetçisine köle benzeri muamelede bulunduğu olayda⁸²⁴, Zimbabve'nin Birleşmiş Milletler Büyükelçiliği'nde görevli idari ataşesinin oğluna eziyet ettiği olayda⁸²⁵, Suriye'nin Londra'da görevli diplomasi temsilcisinin kira ödemediği olayda⁸²⁶, kötüye kullanım fiilleri var olmasına rağmen bunlara diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmasının resmi görevle hiçbir ilgisi yoktur. Resmi görevle sınırlandırma önerisi, zikredilen olaylarda yer alan kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamasını içermektedir.

Resmi görev ile sınırlandırma önerisi, kötüye kullanım fiillerine karşı etkin tedbir alınamayan yüksek rütbeli ya da düşük rütbeli bütün diplomasi temsilcilerini kapsamaktadır. Bu öneri ile kötüye kullanım fiillerine ayrıcalık ve bağışıklıklar tanıyan düzenlemelerin temel insan hakları ile uyumlu hale getirilmesi sağlanmış olacaktır. Bunun neticesinde; yaşam hakkı⁸²⁷, kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı⁸²⁸, mahkemeye erişim hakkı⁸²⁹, çocukların korunması hakkı⁸³⁰, özgürlük ve güvenlik hakkı⁸³¹ ile diğer temel hakları ihlal eden kötüye kullanım fiillerine, resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması, doktrinde de ileri sürülmüştür. Bu noktada ileri sürülen bir görüşe göre diplomasi temsilcilerine tıpkı konsolosluk görevlileri gibi yalnızca resmi görevle sınırlı diplomatik ayrıcalık ve

⁸²⁰ Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

⁸²¹ Shaw, 2018: 555.

⁸²² Goossens, 2011: 105.

⁸²³ Shaw, 2018: 547; Çamyamaç ve İnci, 2019: 205, Caşın, 2013: 572; Akalanka, 2020: 73.

⁸²⁴ Mwenda, 2014: 85.

⁸²⁵ Dror, 2000: 19, Ross, 2011: 173.

⁸²⁶ Goossens, 2011: 122.

⁸²⁷ Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

⁸²⁸ Mwenda, 2014: 85.

⁸²⁹ Goossens, 2011: 122.

⁸³⁰ Dror, 2000: 19, Ross, 2011: 173.

⁸³¹ Shaw, 2018: 547; Çamyamaç ve İnci, 2019: 205, Caşın, 2013: 572; Akalanka, 2020: 73.

bağıışıklıktanınmalıdır⁸³². Bu sonuca ulaşmanın yolu, “resmi görevlerin kapsamının” daraltılmasından geçmektedir. En azından tecavüz, cinayet ve uyuşturucu kaçakçılığı gibi daha ağır kötüye kullanım fiillerinin üstesinden gelinebilir ve diplomasi temsilcileri suçlarından dolayı sorumlu tutulabilirler. Bir diğer görüşe⁸³³ göre; resmi görevle ilgisi olmayan ve başka birine karşı şiddet içeren davranışları içeren evrensel bir suç listesi hazırlanmalı ve bu listede yer alan suçların işlenmesi halinde görev ile bağlantısı bulunmadığından diplomasi temsilcileri cezalandırılmalıdır. Bu kapsamda Şili’deki Alman diplomasi temsilcisi olayından örnek verilebilir⁸³⁴. Şili ve Almanya çifte vatandaşı iki kişi, Şili’de üst düzey Alman diplomasi temsilcisi aleyhine mahkemeye başvurup dava açmışlardır. İddiaya göre, diplomasi temsilcisi bu kimselerin onur haklarını ihlal etmiştir. Bu iddiaya karşın diplomasi temsilcisi, diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklara sahip bulunduğunu ileri sürse de, Mahkeme tarafından bu talep kabul görmemiştir. Mahkeme kararını iki gerekçeye dayandırmıştır. İlk gerekçeye göre temel insan hakları tehdit edildiğinde artık diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklar geçerli olmayacaktır. İkinci gerekçeye göre diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklar ancak resmi görevlesinirli olarak tanınır.

İngiltere’deki Avam Kamarası Dışışleri Komitesi, terörizmin veya diğer suç faaliyetlerinin resmi görevle ilgili olmadığını, bu sebeple kötüye kullanım fiillerini ika eden diplomasi temsilcilerine ayrıcalık ve bağıışıklıkların tanınmayacağını açıklamıştır⁸³⁵.

Gerek Şili Mahkemesi tarafından verilen kararda gerekse İngiltere’deki Avam Kamarası Dışışleri Komitesi tarafından alınan kararda resmi görevle sınırlı diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklardan bahsedilse de, bu uygulamalar yeknesak değildir. Yeknesaklığı sağlamak amacıyla yeni bir düzenleme içerisinde resmi görevle sınırlandırma önerisine yer verilmesi gerekir.

Diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması zorunlu olmakla birlikte bu öneri uygulamada bazı sorunlara yol açacak gibi görünmektedir. Şöyle ki, resmi

⁸³² Värk, 2003: 115; Goossens, 2011: 89; Wright, 1987: 117; Ayrıca ifade etmek gerekirse, Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeleri, kazaya karışan Papua Yeni Gine Büyükelçisi’ni, fiil resmi görevle ilgili olmadığı için yargılamak istemiştir, açıklamalar için bkz. Çakmak, 2014: 148; Shaw, 2018: 554.

⁸³³ Wanyela, 2014: 81; Bu konuda dikkat çekici örnek Doğu Almanya’da görevli Suriye Büyükelçisi örneğidir. “Former Syrian Ambassador to the GDR” davasında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, söz konusu Büyükelçinin kendi Elçiliğinden bir terörist gruba patlayıcı transferine yardım ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme kararına göre her ne kadar Büyükelçi’nin cezai yargı bağıışıklığı mutlak ise de bu kural görev yaptığı ülke için geçerli olup üçüncü ülkeler için geçerli değildir. Gerçekten Büyükelçi Doğu Almanya’da akredite edilmiş ve suç Batı Almanya’da işlenmiştir. Görüldüğü üzere terörist gruba yardım etmek resmi görev olarak değerlendirilmese de, bu davada Büyükelçi bu husustan dolayı değil Batı Almanya’nın 3.ülke olmasından dolayı yargılanmıştır, açıklamalar için bkz. Shaw, 2018: 555.

⁸³⁴ Goossens, 2011: 91.

⁸³⁵ Dror, 2000: 33; Aksar, 2012: 304; Reçber, 2014: 427.

görevle sınırlandırma kabul edildiğinde, diplomasi temsilcilerinin görevleriyle ilgili olmayan fiillerinden ötürü yakalanmaları, gözaltına alınmaları ve tutuklanmaları söz konusu olabilecek ve kabul eden devlet tarafından yargılanmaları gündeme gelecektir. Bu kapsamda resmi görevle sınırlandırma önerisi kabul eden devletlerin kötüye kullanımına açık olabilir⁸³⁶. Örneğin; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarının kötüye kullanmayan ve resmi görev dışında hareket etmeyen bir diplomasi temsilcisi, kabul eden devlet tarafından politik ya da başka türlü nedenlerle gözaltına alınabilir veya tutuklanabilir. Bu durum ciddi diplomatik krizlere yol açma riskine sahiptir. Ayrıca diplomasi temsilcisine ait fiilin resmi görev kapsamında olup olmadığını tespit etmede ciddi sorunlar ortaya çıkabilir. Örneğin Portekiz Mahkemesi, küçük ve basit olayları da resmi görev içerisinde değerlendirmiştir⁸³⁷. Ayrıca kişisel olarak kabul edilen veya görünen bir fiil gönderen devletin bir yetkilendirmesi ile yapılmışta olabilir⁸³⁸. Bu belirsiz noktalar resmi görev ile sınırlandırma önerisinin uygulanması halinde ortaya çıkacak birtakım sorunlara işaret etmektedir. Kanaatimizce, yeni düzenlemeler içerisinde bu sorunların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Resmi görevin ne olduğuna ilişkin hükümler ilgili sözleşmelerde yer almalarına rağmen bunların farklı yoruma ve kötüye kullanıma açık olmayacak şekilde ayrıntılı bir şekilde düzenlemeleri gerekmektedir. Resmi görevin ne olduğunu içeren hükümlerin yorumlanması ya da uygulanması hususunda uluslararası mahkemeler yetkilendirilmelidir. Zira temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir olarak önerilen resmi görevle sınırlandırma önerisinin başka bir kötüye kullanım fiiline yol açmaması gerekir.

Resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde değerlendirilmesi gereken ilk husus misyon binalarıdır. Hâlihazırdaki uygulama bakımından misyon binaları dokunulmazdır. Bu dokunulmazlık mutlaktır. Dokunulmazlığın mutlak olması misyon binalarının resmi görev dışında kötüye kullanılması neden olmaktadır. Misyon binalarına suçluların sığınmaları ve bu binalarda kabul eden devletin yasaları bakımından suç kabul edilen fiillerin işlenmesi söz konusu olabilmektedir⁸³⁹. Wikileaks'in kurucusu ve editörü olan Julian Assange'ın Ekvator'un

⁸³⁶ Wright, 1987: 117; Dror, 2000: 33.

⁸³⁷ Värk, 2003: 115.

⁸³⁸ Värk, 2003: 115.

⁸³⁹ Diplomatik sığınma ile misyon binalarının dokunulmazlığının kötüye kullanılması Güney Amerika ülkelerinde yaygındır. Bu sebeple diplomatik sığınma ilk olarak Güney Amerika'da ortaya atılmıştır. Bu konuda Peru'daki Kolombiya Elçilik Binası'na sığınması örnek verilebilir. 4 Ekim 1948'de çıkan askeri bir isyan bastırıldıktan sonra İhtilalcı Halk İttifakı Partisi Lideri Hayâ de La Tore, ayaklanmada suçlu görülmüş, bunun üzerine de La Tore, 3 Ocak 1949'da Lima'daki Kolombiya Elçilik Binası'na sığınmıştır. Peru Hükümeti'nin iade talebini Kolombiya Büyükelçiliği, sığınanın siyasi suçlu olduğunu öne sürerek reddetmiştir. Uyuşmazlık Uluslararası Adalet Divanının önüne gelmiş ve Divan özetle şu şekilde karar vermiştir: "Siyasi suç kapsamında misyon binasına sığınma hakkı ile ilgili herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır, Kolombiya tek taraflı siyasi suç nitelendirmesi yapamaz, Tore'ye tanınan sığınma Havana

Londra Büyükelçiliği'ne sığınması olayı, misyon binalarının kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilebilir ⁸⁴⁰. Julian Assange hakkında İsveç'te cinsel tacizde bulunduğu gerekçesiyle bir soruşturma başlatılmış ve 18 Kasım 2010 tarihinde uluslararası yakalama kararı çıkartılmıştır. Assange, hakkındaki suçlama iddialarıyla ilgili gönüllü ifade vermeye gittiği Londra'daki polis merkezinde tutuklanmış ve çıkarıldığı mahkeme tarafından şartlı tahliye edilmiştir. Ancak 24 Şubat 2011 tarihinde verilen nihai kararla Assange'm, İsveç'e iade edilmesine karar verilmiştir. Assange bu karara karşı Yüksek Mahkeme'ye itiraz etmiş ancak 30 Mayıs 2012 tarihinde bu itiraz reddedilmiştir. Assange, bu iddiaların Wikileaks nedeniyle kendisini karalamaya yönelik bir kampanyanın parçası olduğunu iddia etmiş ve Londra'da bulunan Ekvator Büyükelçiliği'ne sığınma başvurusunda bulunmuştur. Başvuru, 19 Haziran 2012 tarihinde kabul edilmiş, böylece Assange, Ekvator Büyükelçiliği'ne yerleşmiştir. Diplomatik sığınma talebinin kabul edilmesi üzerine İngiltere bu kararı tanımadığını ve Assange'ın ülkeden çıkmasına izin vermeyeceğini açıklamıştır. Bunun yanında Ekvator Büyükelçilik Binası'na da girememiştir. Bu şekilde Assange yedi yıl boyunca Ekvator Büyükelçiliği'nin misyon binasında yaşamış ve bu süre zarfında misyon binasından dışarıya çıkamamıştır. Yedinci yılın sonunda, 11 Nisan 2019 tarihinde Elçiliğin daveti üzerine İngiliz polisi Ekvator Büyükelçiliği'ne girmiş ve Assange'ı gözaltına almıştır. Anlaşılacağı üzere resmi görev kapsamında olmayan bir sığınmaya rağmen misyon binasının dokunulmazlığı var kabul edilmiştir. Resmi görevle sınırlandırma önerisi bakımından bu sığınmaya ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır.

Bunun yanı sıra mutlak kabul nedeniyle misyon binalarında suç aletlerinin gizlenmesi, bu binaların terör faaliyetlerinin ve casusluk eylemlerinin merkezi haline gelmesi tehlikesi söz konusudur. Dolayısıyla diplomasi temsilciliklerine tanınan bina dokunulmazlığının resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir ⁸⁴¹. Resmi görevle sınırlandırma yapılırken bu hususun kabul eden devlet bakımından kötüye kullanımına da engel olunmalıdır. Bir başka ifade ile kabul eden devlet, kendince, misyon binalarının resmi görev kapsamında kullanılmadığını ifade ederek bunlara tanınan bağışıklıkları ihlal edebilir. Bu kapsamda Tahran Rehineler Krizi'nden örnek verilebilir ⁸⁴². Şöyle ki; 4 Kasım 1979 tarihinde, Amerika

Sözleşmesi'nde yer alan acil bir tehlike içermeye şartına sahip değildir". Anlaşılacağı üzere Uluslararası Adalet Divanı'nın kararında ki bu noktalar, bina dokunulmazlığının kötüye kullanıldığına işaret etmektedir, bkz. Uluslararası Adalet Divanı, "*Sığınma Davası (Kolombiya – Peru)*" (20.11.1950), ICJ Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁸⁴⁰ Topal, 2014: 49; Värk, 2012: 253.

⁸⁴¹ Wanyela, 2014: 82.

⁸⁴² Shaw, 2018: 543; Çakmak, 2014: 141; Akalanka, 2020: 73.

Birleşik Devletleri'nin Tahran Büyükelçiliği, elçilik önünde protesto yapan üç bin kişi tarafından kuşatılmış ve içlerinden kendilerine “İmam'ın Politikası Taraftarı Müslüman Öğrenciler” adını veren bir grup, elçiliğe saldırıda bulunarak zorla içeri girmiştir. Bu grup, çoğunluğu diploması temsilcisi ve elçilik çalışanı olan altmışaltı kişiyi rehin almıştır. Bunlardan bazıları süreç içerisinde serbest bırakılmış; geriye kalan elli iki kişi, dört yüz kırk dört gün misyon binasında rehin tutulmuştur. Rehineler ciddi bir şekilde yaralanmamış ancak çeşitli şekilde aşağılanmaya ve kötü muameleye maruz bırakılmışlardır. Diplomatik çözüm arayışları sonuç vermeyen Amerika Birleşik Devletleri bu olayı Uluslararası Adalet Divanı önüne taşımıştır. Divan, 24.05.1980 tarihli kararında nihai kararını vermiştir. Divan'a göre, militanların elçiliğe saldırı düzenledikleri zaman, İran Devleti'nin ajanları oldukları şeklindeki tanımlanabileceklerine dair herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Böylece Divan, militanların 4 Kasım 1979 tarihindeki Amerika Birleşik Devletleri Büyükelçiliği'ne karşı gerçekleştirdikleri işgal eylemi ile İran Devleti arasında doğrudan bir bağ kurulamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak, bu tespit tek başına meydana gelen olayların İran'ı sorumluluktan kurtaracağı anlamına taşımamaktadır. Rehine krizine dünyanın her yerinden yoğun bir şekilde tepkiler gelmiş olmasına rağmen İran Devleti olayları önlemek veya bina içindeki rehinelere yardım etmek için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Ayrıca, İran Devlet başkanı Ayetullah Humeyni tarafından 17 Kasım 1979 tarihinde yayımlanan bir kararname ile bu durum kısıktırılmıştır. Kararnamede Amerika Birleşik Devletleri Tahran Büyükelçiliği'nin “casusluk ve komplo merkezi” olduğu ve “İslami harekete karşı komplo kuran bu insanların diplomatik saygıyı hak etmedikleri” belirtilmiştir. Humeyni, devrik Şah İran'a iade edilene ve sahip olduğu malvarlığı İran'a teslim edilene kadar Büyükelçilik Binası'nın ve rehinelerin alıkonulacağına yönelik açıklamalarda bulunarak rehin alma eylemini meşrulaştırmış ve bunu gerçekleştirenleri bir nevi desteklemiştir. Divan, bu açıklamalar ile birlikte İran'ın sorumluluğunun doğduğuna ve eylemin İran'a izafe edilebileceğine karar vermiştir. Böylece Divan, İran'ın Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı uluslararası sorumluluğunun doğduğuna karar vermiştir⁸⁴³.

Resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde değerlendirecek ikinci husus diplomatik çantadır. Uygulamada diplomatik çanta mutlak bir dokunulmazlığa sahiptir. Bir başka ifade ile resmi görevle ilgisi olmayan hususlarda dahi diplomatik çanta dokunulmazlığa sahiptir. Bu uygulama neticesinde temel insan hakları ihlal edilmektedir. Bu kapsamda Roma Havaalanı'nda yaşanan bir olaydan örnek verilebilir. 1964 yılında Mısır'ın Roma

⁸⁴³ Uluslararası Adalet Divanı, “*Tahran Rehineler Davası*”, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions, And Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

Büyükelçiliği'ne ait bir diplomatik çanta Roma Havaalanı'na getirilmiş, çantanın içinden sesler duyulunca havaalanındaki yetkililer çantanın açılmasını talep etmiştir. Açılan çantada; önceki dönemlerde Roma Büyükelçiliği'nde çalışan bir İsraili Tercüman, ağzı bantlanmış, elleri bağlanmış şekilde bulunmuştur⁸⁴⁴. Tercüman'ı diplomatik çanta ile kaçırmaya çalışan Mısırlı iki diplomasi temsilcisinin resmi görevle ilgisi olmayanbu kötüye kullanım fiiline dahi cezai yargı bağışıklığı tanınmıştır. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal eden bu kötüye kullanım fiiline diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır⁸⁴⁵.

Tercüman olayından sonra İngiltere'de, Libya Büyükelçiliği ve Umaru Dikko olayları yaşanmıştır. Bu olaylar sonrasında ileri sürülen bir öneriye göre ciddi şüphe arz eden diplomatik çantaların gönderen devlet temsilcisinin huzurunda açılması istenecek, talep ret edilirse diplomatik çanta geldiği yere gönderilecektir⁸⁴⁶. Gerçekten günümüzdeki kitle imha silahları, kimyasal silahlar veya biyolojik silahların diplomatik çantalar üzerinden kabul eden devlet ülkesine sokulması ve devlet terörizmine yol açılması söz konusu olabilmektedir⁸⁴⁷. Fakat öneri uygulamadaki zorluklar ve karşılıklılık ilkesinin yol açacağı krizler nedeniyle kabul görmemiştir. Aynı şekilde ciddi şüphelere yol açan diplomatik çantaların taranması, karşılıklılık ilkesinin doğuracağı krizler nedeniyle kabul görmemiştir⁸⁴⁸. Aslında bu sonuçlar, devletlerin irade ve uygulamalarını yansıtmaktadır. Devletler, kötüye kullanım fiilinin varlığı halinde bile temsilcilerinin ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olması bakımından isteklidirler. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere bu durum hukuk sistemi içerisinde çelişkiye işaret etmektedir. Dolayısıyla diplomatik çantaya tanınan dokunulmazlığın temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir. Bu kapsamda; yeni yapılacak düzenlemede, 20. yüzyılda akdedilen sözleşmelerin yapıldıkları dönemde henüz var olmayan teknolojinin nimetlerinden yararlanılmalıdır. Şöyle ki, ciddi şüphenin varlığı ile sınırlı olmak üzere diplomatik çanta açılmadan elektronik taramaya sokulmalı, resmi görev kapsamında olmayan nesne, eşya veya maddeleri içermesi halinde çantanın ülkeye girişine engel olunmalıdır⁸⁴⁹. İngiltere'de teklif edilen önerilerin ret edilme sebeplerinden birisi olarak karşılıklılık ilkesinin gösterilmesinde haklılık payı vardır. Gerçekten diplomatik çantası geri

⁸⁴⁴ Çare olarak iki Mısırlı diplomasi temsilcisi hakkından istenmeyen kişi ilanında bulunmuştur, bkz. Goossens, 2011: 76.

⁸⁴⁵ Özgürlük ve güvenlik hakkı için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde.

⁸⁴⁶ Aksar, 2012: 304; Bozkurt vd., 2018: 232; Reçber, 2014: 426; Meray, 1958: 98.

⁸⁴⁷ Dror, 2000: 33; Aksar, 2012: 304; Reçber, 2014: 427.

⁸⁴⁸ Shaw, 2018: 547; Reçber, 2014: 427.

⁸⁴⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi'nin mevcut düzenlemesine rağmen İngiltere, diplomatik çantaları elektronik tarama ile kontrol etmekte, uygulamaya karşı çıkılması halinde çantaları geri gönderilmesine karar vermektedir, bkz. Reçber, 2014: 427.

gönderilen devlet aynı muameleyi kabul eden devlete yapabilir, bu da diplomatik krize neden olabilir. Kanaatimizce, sözleşmelerin düzenlenmesi kapsamında, diplomatik çantanın görevle ilgili hangi eşya, nesne ve maddeleri taşıması gerektiğine dair tadadi bir liste verilmeli ve yasaklanan eşya, madde ve nesneler örnek babında sayılmalıdır. Bu durumda krizlerin ortaya çıkma ihtimali yok edilmese bile en aza indirilmiş olacaktır.

Resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde değerlendirilmesi gereken üçüncü hususcezaî yargı bağışıklığıdır. Bu bağışıklık mutlak olarak tanınmıştır. Bu mutlak anlam, kötüye kullanım fiillerine dahi bağışıklık tanınmasına neden olmaktadır. Bu mutlak hükmü esnetmek için Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul edilen “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslak, uluslararası hukuk bakımından gelişme olmakla birlikte yetersiz bir içeriğe sahiptir. Zira Taslak, yalnızca “soykırım”, “insanlığa karşı suçlar”, “savaş suçları”, “ırkçılık”, “işkence” ve “zorla kaybolma” olmak üzere altı suçun varlığı halinde cezaî yargı bağışıklığının tanınmayacağını içermektedir⁸⁵⁰. Oysa sayılan altı suç dışında da, kötüye kullanım fiilleri ile temel insan hakları ihlal edilebilmektedir. Bu durum, Taslağın amacını yerine getirmekte başarısız kalacağına dair izlenim vermektedir. Bu kapsamda Taslağın kapsamı genişletilmeli; resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerinin tamamına ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır.

Aynı durum hukuki yargı bağışıklığı içinde geçerlidir. Hukuki yargı bağışıklığı mutlak olmayıp istisnalara açık görünse de, istisna durumlarının varlığı halinde bile uygulamada hukuki yargı bağışıklığı geçerli kabul edilmektedir. Bu kapsamda diplomasi temsilcilerinin resmi görev dışında herhangi bir meslek veya ticari faaliyet icra etmeleri halinde hukuki yargı bağışıklığı söz konusu olmaz. Ancak uygulama bu yönde şekillenmemiştir. Örneğin, Ürdün’ün Amerikan Büyükelçiliği’nde başkâtip olarak görevli olan Faris Mufti’ye, evinde hizmetçi olarak çalışan Corazan Tabion tarafından dava açılmış, dava konusunda ticari faaliyet bulunduğu gerekçesiyle hukuki yargı bağışıklığının geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür⁸⁵¹. Ancak Amerikan Dışişleri Bakanlığı’ndan Mahkeme’ye gönderilen “yargı bağışıklığına sahiptir” yazısına istinaden Faris Mufti yargılanamamıştır. Mahkeme’nin bu kararı doktrinde eleştirilmiştir. Şöyle ki, ticari faaliyetin var olması halinde hukuki yargı bağışıklığı söz konusu olmayacaktır. Tabion – Mufti olayında, bir görüşe göre⁸⁵² Tabion’un çalışması Mufti bakımından bir ticari faaliyettir ve burada şahsi kazanç söz konusudur. İşveren Mufti, Federal Asgari Ücret Yasaları’nda öngörülen ücretleri ödemediği için Tabion

⁸⁵⁰ Taslak 7. madde.

⁸⁵¹ Tai, 2007: 193; Lauterpacht vd., 1997: 453; Kahf, 2009: 16; Kappus, 2010: 278.

⁸⁵² Tai, 2007: 194; Kappus, 2010: 278.

üzerinden şahsi kar elde etmiştir. Zira Mufti, 28 ay boyunca yanında çalışan Tabion'a, yalnızca 5.600 dolar ödeme yapmıştır. Verilen para, çalışılan ay üzerinden hesap edildiğinde 400 saatin üzerinde çalışma için saat başına 0.50 Amerikan doları ödeme yapıldığı tespit edilmektedir. Fakat Federal Yasaya göre saat başına ücret, 4.25 dolar olmalıdır. Bu verilere göre Tabion'un 47.600 dolar kazanç sağlaması gerekirken kendisine sadece 5.600 dolar ödeme yapılmıştır. Geriye kalan ve ödenmeyen 42.000 dolar ise işveren Mufti için şahsi kazanç olarak kabul edilmelidir. Öyleyse dava konusu olayda, şahsi kazanç getiren ticari faaliyet vardır. Buna rağmen Mahkeme, bu durumu göz önüne almamıştır. Bu olayda istisna hükmüne rağmen hukuki yargı bağıışıklığı var kabul edilmiş, işçi hakları ihlal edilmiştir. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında bu tür kötüye kullanım fiillerine bağıışıklık tanınmayacaktır.⁸⁵³.

Resmi görevle sınırlandırma önerisi bakımından değerlendirecek son husus kişi dokunulmazlığıdır. Uluslararası sözleşmelerde genel olarak kişi dokunulmazlığının tam ve mutlak olduğu, bu dokunulmazlığa bir istisna getirilmediği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁵⁴. Uygulamada, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde de, kişi dokunulmazlığı geçerli kabul edilmektedir⁸⁵⁵. Ancak resmi görev dışı bu fiile, diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklık tanınmamalıdır. Ayrıca; kişi dokunulmazlığına sahip diplomasi temsilcisinin kötüye kullanım fiilini durduracak oranda meşru savunma tedbirinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususa aşağıda tekrar dönülecektir.

3.3. Resmi Görevle Sınırlandırma Önerisinin Temel İnsan Haklarının Korunmasına Hizmet Etmesi

Diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması yeterli değildir. Bu önerinin aynı zamanda temel insan hakları ile uyumlu olması gerekmektedir. Şu halde; diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıkların yalnızca resmi görev için kullanılması ve temel insan haklarının korunması amaçlarına varılmış olacaktır.

⁸⁵³ Uygulamada aksi yönde kararlar da vardır. Bu konuyla ilgili somut örnek Park – Shin olayıdır. Bu olayda Mahkeme, Kuzey Kore diplomasi temsilcisi Shin ile Park arasında hizmet sözleşmesi olduğunu, açılan davanın devletin egemenliğine değil de resmi görev dışında hareket eden diplomasi temsilcisinin aleyhine açıldığı ve olayın ticari faaliyet olarak kabulü gerektiğinden Mahkeme'nin yargı yetkisinin var olduğunu kabul etmiştir, açıklamalar için bkz. Luban vd., 2019: 278; Tai, 2007: 211; Kahf, 2009: 15; Yeknesak uygulamalar için resmi görevle sınırlandırma önerisine yeni düzenleme içerisinde yer verilmesi gerekmektedir.

⁸⁵⁴ Bazı istisnalar dışında kişi dokunulmazlığının mutlak olduğu şu düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır: Havana Sözleşmesi 14. madde; 1946 B.M. Sözleşmesi 4. madde 1. paragraf (a) bendi; 1961 Viyana Sözleşmesi 37. madde 1. paragraf; 1969 Özel Heyetler Sözleşmesi 29. madde; 1975 Devletlerin Temsili Sözleşmesi 28. madde.

⁸⁵⁵ Goossens, 2011: 105.

Bu başlık altında; jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarının genel düzenlemelerine, hâlihazırdaki uygulamada bunların kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmelerine ve nihayetinde bu ihlalleri önlemek adına resmi görevle sınırlandırma önerisinin yaklaşımına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

3.3.1. Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı diğer tüm haklara bir anlamda kaynaklık eden temel insan hakkı olarak nitelendirilmektedir. Bu hakkın temel olma niteliği hakkın “geri alınamaz” nitelikte olmasında belgindir⁸⁵⁶. Yaşam hakkının özü bireyin hayatta kalmasıdır. Bu niteliğinden dolayı diğer tüm hakların kullanılmasının ön koşulu olarak tanımlanabilir⁸⁵⁷.

Çeşitli uluslararası düzenlemelerde yaşam hakkı temel hak olarak yer almıştır⁸⁵⁸. Bu düzenlemelerden şu sonuçlara ulaşmak mümkündür⁸⁵⁹:

- Yaşam hakkı temel haktır. İnsanlar, salt insan olmalarından ötürü doğuştan bu hakka sahip olurlar.
- Yaşam hakkı keyfi sebeplerle sınırlandırılmaz.
- Yaşam hakkı yasa güvencesi altındadır. Bu kapsamda, devletlerin yaşam hakkını ihlal etmekten kaçınma ve bu hakkı koruma yükümlülükleri vardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin devlete yalnızca kasıtsız ve hukuk dışı yaşamı sonlandırma olaylarından kaçınma değil aynı zamanda yargı yetkisi dâhilindeki insanları güvence altına almak amacıyla uygun adımları atma görevi getirmektedir⁸⁶⁰. Bu nedenle ulusal makamların temel görevi, kişiler aleyhine suç niteliğindeki fiilleri caydırmak için etkili ceza hukuku maddelerini kabul ederek yaşam hakkını güvence altına almaktır. Ayrıca yaşamı başka bir bireyin suç niteliğindeki

⁸⁵⁶ Korff, 2006: 6.

⁸⁵⁷ Özkan-Duvan, 2018: 661.

⁸⁵⁸ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 3. madde: “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır”; 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 6. madde: “Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde “Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez”; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde “Her insanın yaşamına saygı duyulması hakkına sahiptir. Bu hak yasalar tarafından korunur”; Afrika İnsan Hakları Banjul Şartı 4. madde: “İnsanlar dokunulmazdır. Her insanın yaşam hakkına ve kişisel bütünlüğüne saygı duyulması hakkına sahiptir. Hiç kimse bu haktan keyfi olarak yoksun bırakılmaz”; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 2. maddesi.

⁸⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “McCann ve Diğerleri - Birleşik Krallık”, Başvuru Numarası. 18984/91, 05.09.1995.

⁸⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “L.C.B. - Birleşik Krallık”, 36. paragraf, Başvuru Numarası: 23413/94, 09.06.1998.

fiillerinden dolayı risk altında olan bir bireyi korumak amacıyla önleyici eylemsel tedbirler almakta ulusal makamların görevidir⁸⁶¹.

- Yaşam hakkı kural olarak mutlaktır. Ancak meşru amaçlar ve demokratik toplum düzeni bakımından sınırlandırılabilir. Sınırlandırma sebepleri her sözleşmede ayrı ayrı gösterilmiştir. Genel olarak sıralamak gerekirse bunlar; “*idam cezasının uygulandığı ülkelerde çok ağır suçlar bakımından verilen idam cezaları hali*”⁸⁶², “*bir kimseyi yasa dışı şiddete karşı korumak için uygulanan meşru savunma hali*”, “*bir kimsenin yakalamak ya da tutuklu birinin kaçmasını önleme hali*”, “*ayaklanma veya isyanın yasaya uygun bastırma hali*”dir⁸⁶³.
- Sayılı istisnalar dışında savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde bile meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında yaşam hakkı kısıtlanamaz⁸⁶⁴. Öyleyse meşru savaş fiilleri dışında yaşam hakkı dokunulmaz ve mutlak bir haktır⁸⁶⁵.

Bu yönüyle yaşam hakkı olağan dönemlerde sınırlanan, olağanüstü dönemlerde geri alınabilen bir hak değildir. Sert çekirdek haktır. Buna rağmen uygulamada diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan kötüye kullanım fiilleri ile yaşam hakkı ihlal edilebilmektedir. Bu durum uluslararası hukuk sistemi bakımından bir çelişkiye işaret etmektedir. Şöyle ki bir yandan savaş döneminde bile kural olarak ihlal edilemeyen yaşam hakkının kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilebilmesi, bunlara karşı etkin tedbir alınamaması bir çelişkiye işaret etmektedir.

Yaşam hakkı ile ilgili düzenlemeler, devletlere insan haklarını ihlal etmekten kaçınma ve aynı zamanda bunları koruma yükümlülükleri getirmektedir⁸⁶⁶. Buna karşın devletlerin, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan kötüye kullanım fiilleri ile insan haklarının ihlal edilmesine karşı önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici tedbir almamaları, buna ilişkin mevzuat düzenlemeleri yapamamaları gibi hususlar yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün açıkça ihlali anlamına gelmektedir. Zira risk altında olan bir bireyi korumak ve kötüye kullanım

⁸⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Osman - Birleşik Krallık”, 115. paragraf, Başvuru Numarası: 23452/94, 28.10.1998.

⁸⁶² 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 4. madde 2. paragraf; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde 1. paragraf; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde 2. paragraf.

⁸⁶³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde 2. paragraf.

⁸⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 15. madde.

⁸⁶⁵ Özkan-Duvan, 2018: 661.

⁸⁶⁶ “Devletin bireye yönelik öldürmeme yükümlülüğü negatif sorumluluk kategorisi olarak adlandırılmıştır... Devletin yaşam hakkı ihlallerine ilişkin riskler bulunan durumlarda etkin önlemler almasını zorunlu kılan alan, devletin pozitif sorumluluk alanını ifade etmektedir. Bu kapsamdaki uyuşmazlıklar; ... belirli koşullarda üçüncü kişilerin yol açtığı ölümlere yönelik pozitif önlemlerin alınmamış olması, önlemlerin mevzuatta düzenlenmemiş olması ya da mevzuatta düzenlendiği halde etkin şekilde uygulanmamasıdır” bkz. Özkan-Duvan, 2018: 667.

fiillerine karşı önleyici tedbirler almak devletlerin görevidir⁸⁶⁷. Bu görevini yerine getiremeyen devletlerin yükümlülüklerini ihlal ettikleri kabul edilmelidir.

Yaşam hakkının sınırlandırılacağı istisnai durumlar ilgili sözleşmelerde gösterilmiştir. Bu istisnalar arasında diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması durumu yoktur. Öyleyse, kötüye kullanım fiilleri nedeniyle yaşam hakkının ihlali çok açık ve ağır insan hakkı ihlalidir. Savaş ve ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinde bile meşru savaş fiilleri dışında yaşam hakkının sonlandırılmayacağı kabul edilmişken kötüye kullanım fiillerine karşı tedbir alınamaması uluslararası hukuk sistemi içerisinde bir çelişkiye ve ciddi bir soruna işaret etmektedir.

Şu halde; resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır. Bu kapsamda devletlerin yaşam hakkına dokunmama ve bunları koruma yükümlülüğü ile uyumlu bir uygulama söz konusu olacaktır. Yaşam hakkı ile resmi görevle sınırlı diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar arasında uyum sağlandığında uluslararası hukuk sistemi içerisindeki çelişkilerde ortadan kalkmış olacaktır.

Kötüye kullanım fiilleri neticesinde yaşam hakkının ihlal edilmesineuygulamada meydana gelen bazı olaylardan örnekler verilebilir. Aşağıda bu örneklerle ve bu örnekler bakımından resmi görevle sınırlandırma önerisinin yaklaşımına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Bu kapsamda verilecek ilk örnek Libya'nın Londra Büyükelçiliği olayıdır⁸⁶⁸. 17 Nisan 1984 tarihinde yetmiş kişilik bir grup o dönem adı "Libya Halk Bürosu" olan Libya'nın Londra Büyükelçiliği binasının tam karşısındaki kaldırımda dönemin Libya Lideri Albay Muammer Kaddafi'yi protesto etmek amacıyla toplanmıştır. Protesto eylemine katılan göstericiler yüzlerine maske takmışlardır. Yüzlerini; teşhir edilmemek ve Libya'da yaşayan ailelerine Kaddafi tarafından zarar verilmesini engellemek amacıyla gizlemişlerdir. Bu kapsamda Londra Polisi, protestonun yapıldığı alanda, protestonun barışçıl şekilde devamını sağlamak için görev yapmıştır. Büyükelçiliğin protestoların yapılmasına engel olması için İngiliz makamlarına yaptığı çağrılar cevapsız kalmıştır. Bunun üzerine St. James Square meydanında aniden silah sesleri duyulmuş ve ateş neticesinde on bir Libyalı yaralanmıştır. Bununla beraber İngiliz polis Yvonne Fletcher, açılan ateş neticesinde aldığı kurşun yarası ile ölmüştür. Olayın hemen sonrasında İngiltere ve Libya arasında yoğun bir

⁸⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Osman - Birleşik Krallık", 115. paragraf, Başvuru Numarası: 23452/94, 28.10.1998.

⁸⁶⁸ Osborne, 1985: 28 vd.; Shaw, 2018: 547; Higgins, 1985: 2; Çakmak, 2014: 141; Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

diplomasi trafiği başlamış, bu kapsamda İngiltere, Libya Büyükelçilik Binasına girmek için izin istemiştir. Ancak bu talep Libya Devleti tarafından ret edilmiştir. Libya Devleti, İngiltere'nin misyon binasına ve misyon üyelerine yönelik girişimlerini durdurabilmek amacıyla Trablus'ta bulunan İngiliz Büyükelçiliği'ni abluka altına almıştır. Diğer yandan Libya ülkesinde İngiliz Devleti'nin korumasından uzak yaklaşık sekiz bin İngiliz vatandaşı hayatı üzerinden İngiltere'yi tehdit etmiştir. Bu nedenlerle İngiltere, Libya Büyükelçilik Binası'na müdahale edememiştir. Bunun yerine müzakere yolunu denemiş ve iki devlet arasında dokuz günlük görüşmeler neticesinde diplomatik ilişkilerin kesilmesi, misyon binalarının karşılıklı kapatılması ve ayrıca personellerinin sınır dışı edilmeleri kararı çıkmıştır. Bu karar neticesinde otuz kişiden oluşan Libya Büyükelçilik personeli Heathrow Havaalanı'na götürülmüş ve oradan Libya'ya gitmeleri sağlanmıştır. Gidenler arasında Polis Fletcher'ın da katili olmasına rağmen uygulama bu şekilde gerçekleşmiştir. Aynı zamanda havaalanındaki İngiliz yetkililer, diplomasi temsilcilerinin beraberindeki diplomatik çantaları açmamaya karar vermişlerdir. Oysa on bir kişinin yaralanmasına ve bir kişinin ölmesine neden olan kötüye kullanım fiili neticesinde yaşam hakkı ihlal edilmiştir⁸⁶⁹. Resmi görev ile ilgisi olmayan ve yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiilinin varlığına rağmen kişi dokunulmazlığı, cezai yargı bağımsızlığı ve bina dokunulmazlığı geçerli kabul edilmiştir⁸⁷⁰. Buna karşın resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline bağımsızlık tanınmayarak fiile karşı tedbir alınması söz konusu olacaktır.

Yaşam hakkının kötüye kullanım fiili ile ihlal edilmesine bir diğer örnek "Papa John Paul II Suikast Girişimi" olayından verilebilir⁸⁷¹. 13 Mayıs 1981 tarihinde St. Peter Meydanı'nda Papa John Paul II., üstü açık beyaz bir cip ile toplanan kalabalığın arasından geçmekteyken saat 17.17'de birkaç el ateş edilmiştir. Açılan ateş neticesinde Papa vurulmuş ve bindiği arabanın içine yığılmıştır. Ateş açan kişi olan Mehmet Ali Ağca hemen ve olay yerinde yakalanıp gözaltına alınmıştır. Ağca çıkarıldığı ilk mahkemede suçunu itiraf etmiş ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Fakat olayın seyrini değiştiren detay ilerleyen süreçte Ağca'nın yaptığı itiraflar neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu itiraflara göre; Ağca, Papa'yı öldürmek için Bulgar Gizli Servisi tarafından işe alınmış, eğitim kamplarında eğitilmiş, suikastı gerçekleştirmesi halinde Vatikan'dan çıkışını üç Bulgar'ın sağlaması üzerine Bulgar Gizli Servisi ile anlaşmıştır. Ayrıca, üç Bulgar'dan ikisinin Bulgaristan'ın

⁸⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde 2. paragraf.

⁸⁷⁰ İngiltere Devleti, yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü de yerine getirememiştir. İlgili sözleşmelerde, yaşam hakkına yönelen fiillere karşı meşru savunma hakkı tanımlanmış olsa da İngiltere bu hakkı kullanamamıştır, açıklamalar için bkz. Maginnis, 2002: 989; Akalanka, 2020: 72; Morris, 2007: 609.

⁸⁷¹ Osborne, 1985: 35.

Roma Büyükelçiliği'nde görevli birer diplomasi temsilcileri oldukları, suikast sonrasında Ağca'yı diplomatik araçla kaçıracakları ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine İtalya, suikast girişiminde katkısı bulunan iki Bulgar diplomasi temsilcisi hakkında harekete geçmiştir. Fakat iki diplomasi temsilcisinden ilki izne ayrılmış, diğeryse görevinin sona erdiği açıklayarak Roma'dan çoktan ayrılmıştır⁸⁷². İtalyan Mahkemesi diplomasi temsilcilerinin ülkeye geri dönmeleri talep etmişse de bu talep Bulgaristan tarafından reddedilmiştir. Bulgaristan ret gerekçesini diplomasi temsilcilerinin sahip oldukları diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara dayandırmıştır. Anlaşıldığı üzere, Bulgaristan Büyükelçiliği cinayet girişiminde azmettirme ve yardım etme fiillerini işlemiş, ayrıca bu konuda iki diplomasi temsilcisini kullanmıştır. Olayda, yaşam hakkı ihlal edilmiş olmasına rağmen ihlale neden olan kötüye kullanım fiiline diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmıştır. Bu kapsamda resmi görevle sınırlandırma önerisi bakımından yaşam hakkı esas alınarak kötüye kullanım fiiline ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır.

Yaşam hakkının ihlal edildiği güncel örnek Cemal Kaşıkçı olayıdır⁸⁷³. Kaşıkçı, Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluk binasında öldürülmüştür. Bu kapsamda Cemal Kaşıkçı olayı konsolosluk konusu içerisinde değerlendirilmektedir. Konsolosluk bahsi, tez çalışmasının sınırları dışında kalmaktadır. Ancak kötüye kullanılan ayrıcalık ve bağışıklıkların yaşam hakkı üzerinde tutulduğunu göstermesi bakımından Kaşıkçı olayı, bu çalışma içerisinde yer verilmesi gereken bir olaydır⁸⁷⁴. Kaldı ki konsoloslar için tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar “resmi görevle sınırlı” olmasına rağmen uygulama bu yönde şekillenmemiştir.

Suudi Arabistan vatandaşı olan Cemal Kaşıkçı, Suud Kraliyet Yönetimi'ne muhalif bir gazetecidir. Can güvenliği nedeniyle 2017 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ne yerleşmiştir. Türk vatandaşı nişanlısı Hatice Cengiz'le evlenebilmek için bekar olduğuna ilişkin bir belge almak amacıyla Suudi Arabistan'ın Washington'daki Büyükelçiliği'ne müracaat etmiş ancak kendisine bu belgeyi Türkiye'deki Suudi diplomatik misyonlarından alabileceği belirtilerek, buraya yönlendirilmiştir. Kaşıkçı, 28 Eylül 2018 tarihinde Suudi Arabistan'ın İstanbul Başkonsolosluğuna randevusuz olarak gitmiş ve bekar olduğuna ilişkin

⁸⁷² Osborne, 1985: 38.

⁸⁷³ Tatar, 2021: 24; Goel vd., 2020: 2.

⁸⁷⁴ Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, konsolosluk görevlilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan daha geniştir. Konsolosluk görevlilerine resmi görevle sınırlı ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamaktadır. Buna rağmen konsolosluk görevlilerinin sahip olduğu ayrıcalık ve bağışıklıklar, somut olayda yaşam hakkı üzerinde kabul edilmiştir. Konsolosluk görevlilerine tanınan resmi görevle sınırlı ayrıcalık ve bağışıklıklarda dahi bu şekilde ortaya çıkan uygulama, kural olarak daha geniş ve istisnasız koruma sağlayan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar bakımından daha vahim temel insan hakkı ihlallerine sebep olabilir.

belgetalebinde bulunmuştur. Başkonsolosluk yetkilileri, belgenin en kısa sürede hazırlanacağını, belgehazır olduğunda kendisine haber verileceğini ifade etmişlerdir⁸⁷⁵. 2 Ekim 2018 günü Kaşıkçı'yı arayan Başkonsolosluk yetkilileri, istediği evrakın hazır olduğunu ve gelipalabileceğini bildirmişlerdir. Kaşıkçı, nişanlısı Hatice Cengiz'le Başkonsolosluk binasınakadargitmiş, tek başına içeri alınmış ve nişanlısı kendisini dışarıdabeklemiştir. Kaşıkçı, içeri girerken cep telefonlarını nişanlısına teslim etmiştir⁸⁷⁶. Ancak saat 13.08'de binaya giren Kaşıkçı'dan bir daha haber alınamamıştır. Kaşıkçı'nın uzun süre geçmesine rağmen Başkonsolosluk binasından çıkmaması üzerine endişelenen nişanlısı Hatice Cengiz, emniyet güçlerine durum hakkında bilgi vermiştir. Kaşıkçı'nın kayıp olduğunun öğrenilmesi üzerine Türk ve yabancı medya organları canlı yayınlarla durumu takip etmeye başlamıştır. Suudi Başkonsolosluk yetkilileri Kaşıkçı'nın işlemlerini tamamladıktan sonra Konsolosluk'tan ayrıldığını, akıbetinin ortaya çıkarılması için Türk makamlarıyla temas halinde olduklarını açıklamıştır⁸⁷⁷. Türk makamları, Kaşıkçı'nın Başkonsolosluk binasından çıktığına ilişkin bir görüntü olmadığını, hala bina içerisinde tutulduğunun değerlendirildiğini, bina içinde arama yapabilmek için Suudi makamlarının iznine ihtiyaç duyulduğunu açıklamışlardır⁸⁷⁸. Bununla beraber bina içerisinde cinayeti işlediğinde şüphelenilen on beş kişilik ekip, iki ayrı özel uçakla 2 Ekim 2018 günü İstanbul'a gelmiş ve 24 saatten daha kısa bir süre içerisinde İstanbul'u terketmiştir⁸⁷⁹. Gelen ekip içerisinde istihbaratçıların, adli tıp uzmanlarının ve Cemal Kaşıkçı'yabenzeyen bir dublörün yer aldığı tespit edilmiştir⁸⁸⁰. Türkiye, süreç içerisinde aktif bir pozisyon almış, bu kapsamda 8 Ekim 2018 tarihinde Dışişleri Bakanlığı'na çağrılan Suudi Arabistan Büyükelçisi'nden Konsolosluk binasında arama yapılması için izin talep etmiştir⁸⁸¹. İzin verilmemesi halinde konsolosluk çalışanlarını sınır dışı edeceğini açıklamıştır. Uluslararası baskıların artması üzerine Suudi makamları, Türk emniyet güçlerinin Başkonsolosluk binası ve ikametgahında arama

⁸⁷⁵ Ünlü vd., 2018: 33 vd.

⁸⁷⁶ Ünlü vd., 2018: 35 vd.; Tatar, 2021: 25.

⁸⁷⁷ Ünlü vd., 2018: 134; Tatar, 2021: 25 vd.

⁸⁷⁸ Ünlü vd., 2018: 135.

⁸⁷⁹ Özel, 2022: 174.

⁸⁸⁰ Özel, 2022: 174.

⁸⁸¹ 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 2. paragrafına göre gönderen devletin rızası olmadan konsolosluk binasına girilemez. Somut olayda ise gönderen devletin misyon şefinden rıza alınmıştır. Bu rıza adı geçen Sözleşme bakımından geçerlidir. Bu kapsamda; 1961 Viyana Sözleşmesi'nde geçen misyon binalarının dokunulmazlığı mutlak ve kesindir. İstisnaya açık değildir. Konsolosluk binaları ise 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 2. paragrafına göre, âcil koruma tedbirleri alınmasını gerektiren yangın veya sair felâket halleri dışında gönderen devletin rızası olmadan girilebilecek bir alan değildir. Somut olayda istisna durumu gerçekleşmemiştir. Bu sebeple rıza alınmıştır. Buna rağmen konsolosluk binasının amaç dışında kullanıldığını bir başka ifade ile konsolosluk binasının dokunulmazlığının kötüye kullanıldığı ifade edilebilir.

yapmalarına izin vermek zorunda kalmıştır. Türk emniyet makamları 15 ve 16 Ekim 2018 tarihlerinde Başkonsolosluk binasında, 17 Ekim 2018 tarihinde ise Başkonsolosluk ikametgahında kriminal inceleme yapmıştır. Dört aşamalı bir kimyasal temizlik gerçekleştirildiği için Türk emniyet güçleri Başkonsolosluk ve ikametgâh binalarında yaptıkları incelemelerde Kaşıkçı'nın DNA'sına rastlayamamıştır⁸⁸². Bu süreçte, İstanbul Başkonsolosu Muhammed el-Uteybi 16 Ekim 2018'de ülkesine geri dönmüştür. Zor durumda kalan Suudi Kraliyet Yönetimi olaydan on sekiz gün sonra 20 Ekim 2018 tarihinde bir itirafta bulunmuş ve Kaşıkçı'nın Başkonsolosluk Binası içerisinde yaşanan bir arbede sonrasında öldürüldüğünü açıklamıştır⁸⁸³. Fakat günümüze kadar cesede ulaşılammıştır⁸⁸⁴. Hazırlanan rapora göre Kaşıkçı boğularak öldürülmüş, cesedi de parçalara bölünmüştür. Bu olay üzerinden şu sonuçlara ulaşılabılır:

- Kaşıkçı olayında yaşam hakkı ihlal edilmiştir. Bu hakkı ihlal eden kimseler ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip oldukları için yargılanamamışlardır. Oysa 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesi 41. maddesi uyarınca konsolosluk görevlilerinin ağır cezaı gerektiren bir suç işlemesi durumunda yetkili adli makamların kararıyla haklarında gözaltı ve tutuklanma işlemleri yapılması mümkündür. Ancak bu maddeye göre adli işlem yapılabilmesi için konsolosluk çalışanlarını suçlamaya imkan tanıyacak somut delillere erişilmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda bir insanın alıkonulması, kaçırılması ya da öldürülmesi resmi görev kapsamında değerlendirilemeyeceği için Suudi şüphelilerin ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanmamaları gerekmektedir⁸⁸⁵.
- Yaşam hakkını ihlal eden fiilin varlığı halinde bile Türk Polisi, Suud Başkonsolosluk binasına girmek için izin istemiştir. İzin verilmemesi halinde

⁸⁸² Ünlü vd., 2018: 85.

⁸⁸³ Olaya karışmış olan konsolosluk memurlarının hukuki durumunu değerlendirmek faydalı olacaktır. Çalışmamızın ilgili kısımlarında açıklandığı üzere 1961 tarihli Sözleşmenin 29. maddesi gereğince diplomasi temsilcilerinin kişisel dokunulmazlıkları tamdır, buna karşın 1963 tarihli Sözleşmenin 41. maddesinin 1. paragrafı gereğince konsolosluk memurlarının ise tutuklanmaları veya gözaltına alınmaları mümkündür. Bu durum ancak, ağır bir suç halinde ve yetkili adli makâmın kararı ile olur. Görüleceği üzere konsolosluk memurlarının kişisel dokunulmazlıkları mutlak değildir. Bu durumda, cinayet ağır cezaı gerektiren bir suç olduğundan Kaşıkçı Cinayetine adı karışan konsolosluk memurlarının gözaltına alınmaları veya tutuklanmaları kabul edilebilir. Ayrıca, 1963 tarihli Sözleşmenin 41. maddesinin 3. paragrafına göre aleyhine cezaî bir dava ikame edilen konsolosluk memuru yetkili makamların önüne çıkmak zorundadır.

⁸⁸⁴ Türk emniyet güçleri, Cemal Kaşıkçı'ya ait parçalanmış cesedin Başkonsolosluk ikametgahındaki 21 metre derinlikteki su kuyusunda olduğunu tahmin etmektedir. Kuyudaki suyun boşaltılmasına Suudi makamları izin vermemiştir, Ünlü vd. 2018: 89.

⁸⁸⁵ Özel, 2022: 181.

binaya giriş söz konusu olamaz⁸⁸⁶. Ayrıca izin verilmeseydi, başvurulacak tedbir olan “istenmeyen kişi ilan etme” tedbiri, ihlal edilen yaşam hakkı bakımından önleyici, cezalandırıcı ya da telafi edici bir tedbir değildir.

- Suudi Arabistan, insan haklarının en temel metinleri arasında yer alan “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”ne olumlu oy vermemiş, çekimser kalmıştır. Ayrıca yaşam hakkını ihtila eden ve temel uluslararası metinler arasında sayılan “Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi”ni de onaylamamış ve imzalamamıştır. Ancak yaşam hakkını içeren uluslararası andlaşmalar bakımından “Arap İnsan Hakları Şartı”nı kabul etmiştir. 22 Mayıs 2004 tarihinde Arap Ligi tarafından kabul edilen Arap İnsan Hakları Şartı’nın 5.maddesine göre her insan; yaşam hakkının korunması ve keyfi olarak bundan mahrum bırakılmama hakkına sahiptir. Bu kapsamda Suudi Arabistan hem iç hukuku hem uluslararası hukuk bakımından insan haklarına saygı göstermekle yükümlüdür⁸⁸⁷. Ancak Suudi Arabistan, Kaşıkçı cinayeti ile uluslararası hukuktan doğan bu yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu kapsamda Suudi Arabistan’ın devlet olarak sorumluluğu ve resmi görev dışındaki fiilleri nedeniyle konsolosluk görevlilerinin sorumlulukları bulunmaktadır. Ancak somut olayda uluslararası sorumluluk kurumu işletilmemiştir⁸⁸⁸.
- Diploması temsilcilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar, konsolosluk görevlilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan daha geniş ve mutlaklıdır. Zira konsolosluk görevlilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar “resmi görevle sınırlı” tanınmıştır. Ancak buna rağmen yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline karşı konsolosluk görevlilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle uygulamada etkin tedbir alınamamıştır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ “Türk emniyet makamları, yukarıda sayılan konsolosluk dokunulmazlık ve ayrıcalıkları nedeniyle olay mahallinde doğrudan ve resen arama, elkoyma, delil tespiti yapma ve dokunulmaz alana müdahale etme olanağı bulamamıştır. Kaşıkçı cinayetiyle ilgili olay yeri incelemesi yapabilmek için uzun süre Suudi makamlarının onay vermesini beklemiştir. Suudi makamları, uluslararası toplumun baskısı neticesinde Başkonsolosluk binasının aranmasına sonrasında rıza göstermişlerdir. Türk emniyet makamları, sözleşmenin istisnai maddesini geniş yorumlayıp cebren konsolosluğa girmiş olsaydı, Suudi makamları da müteakibliyet gereği Suudi Arabistan’daki Türk diplomatik misyonlarını taciz edebilirdi. Bu sebeple, Türk makamlarının böyle bir müdahaleden kaçındıkları anlaşılmaktadır”, bkz. Özel, 2022: 179.

⁸⁸⁷ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, “Yargısız, Ani ve Keyfi İnfazlara İlişkin Özel Raportörün Raporuna Ek: Cemal Kaşıkçı’nın Yasadışı Ölümüyle İlgili Soruşturma”, A/HRC/41/CRP.1, 38,(19/7/2019), [A_HRC_41_CRP.1.docx \(live.com\)](https://www.unhcr.org/refugees/41/CRP.1.docx), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁸⁸⁸ Tatar, 2021: 26.

⁸⁸⁹ “Sorumluların Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanabilmesi için olayın Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne taraf devletlerin birinde gerçekleşmesi veya Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne müracaat etmesi gerekmektedir. Türkiye ve Suudi Arabistan’ın Uluslararası

Kısaca tekrar etmek gerekirse, konsolosluk görevlileri için “resmi görevle sınırlı ayrıcalık ve bağışıklıklar” tanınmaktadır. Resmi görevler arasında kötüye kullanım fiilleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunlara ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Ancak Kaşıkçı örneğinden anlaşılabileceği üzere kötüye kullanım fiili ile yaşam hakkının ihlal edilmesine sessiz kalınmıştır. Anlaşılabileceği üzere resmi görevle sınırlı ayrıcalık ve bağışıklık, uygulamaya yansımamaktadır. Bu kapsamda, resmi görevle sınırlandırma önerisinin temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde uygulamaya yansması gerekmektedir. Bunu sağlamak için resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde bazı uygulamalara (*meşru savunma, tazminat, sigorta, tahkim, uluslararası mahkeme*) yer verilmelidir. Aşağıda buna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

3.3.2. Mahkemeye Erişim Hakkı

Adil yargılanma amacını etkin kılabilme ve hakları teorik ve göstermelik olarak değil de uygulanabilir kılmak ve etkili bir şekilde koruyabilme için geniş kapsamlı mahkemeye erişim hakkı tanınmıştır⁸⁹⁰. Mahkemeye erişim hakkı, bağlayıcı bir karar verme amacıyla önüne getirilen bir çekişme açısından esas ve hukuk incelemesi yapma görevine sahip bir mahkemeden talepte bulunma hakkıdır⁸⁹¹.

Buna karşın bu hak, esasa dair haklar ihdas etmez. Örneğin; zararların tazmini gibi. Mahkemede talep edilen hakkın ulusal mevzuatta bir dayanağı olmak zorundadır. Talepte

Ceza Mahkemesi'ne taraf olmamaları nedeniyle bu olayla ilgili olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne başvurmaları mümkün değildir. Kaldı ki ilgili devletler Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olsalardı bile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi tamamlayıcılık özelliği göstermektedir. Böyle bir imkan bulunsaydı dahi özellikle Suudi makamlarının bunu tercih etmeye yanaşmayacakları açıktır. Bir diğer alternatif olan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin, Uluslararası Ceza Mahkemesine müracaat etme olasılığı ise uluslararası siyasi denklemler ve çıkarlar nedeniyle güç görünmektedir”, bkz. Özel, 2022: 185; Uluslararası kamuoyu baskısı sonucunda Suudi makamları, Kaşıkçı cinayetine karışan 11 kişi hakkında bir yargılama süreci başlatmıştır. Ancak, yargılananların kimliklerinin açıklanmaması, yargılama sürecinin şeffaf olmaması ve ölüm cezasının varlığı adil yargılama ilkelerine uygun bir yargılama yapılamayacağı yönünde haklı endişelere yol açmıştır. Suudi makamlarının on bir sanık hakkında yaptığı yargılama sonucunda cinayete karıştığı iddia edilen 5 kişi hakkında idam cezası ve üç kişi hakkında da çeşitli süreli hapis cezaları verilmiştir. Ancak Suudi makamları, ilgililerin kimlik bilgilerini paylaşmamıştır. Ayrıca, Velihaht Prens Selman'ın danışmanı Kahtani, eski İstanbul Başkonsolosu Uteybi ve eski İstihbarat Başkan Yardımcısı Ahmed El Asiri hakkında delil yetersizliği nedeniyle işlem yapılmadığı açıklanmıştır. Nitekim Suudi makamlarının yürüttüğü bu yargılama süreci ve bu sürecin sonunda yapılan açıklamalar uluslararası kamuoyu tarafından konunun kapatılması ve göstermelik bir yargılama girişi olarak algılanmıştır, bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, “Yargısız, Ani ve Keyfi İnfazlara İlişkin Özel Raportörün Raporuna Ek: Cemal Kaşıkçı'nın Yasadışı Ölümüyle İlgili Soruşturma”, A/HRC/41/CRP.1, 77-78, (19.7.2019), [A_HRC_41_CRP.1.docx \(live.com\)](https://www.unhcr.org/refugees/41/CRP.1.docx), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁸⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 8. madde; Afrika İnsan Hakları Banjul Şartı 7. madde; Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı 47. madde; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 14. madde.

⁸⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere - Belçika*”, 54 – 61. paragraflar, Başvuru Numarası: 7238/75, 23.6.1981.

bulunanın yargılama sonucunda verilecek karar açısından kişisel bir menfaati bulunmalı, yani yargılama kurgusal olmamalıdır⁸⁹².

Mahkemeye erişim hakkı, kaynağını, adaletin reddini yasaklayan uluslararası hukuk prensibinden alır⁸⁹³. Söz konusu hak hem hukuk hem de ceza yargılaması için geçerlidir⁸⁹⁴. Hak, bir mahkeme kararı elde etme hakkını içermektedir⁸⁹⁵. Bu hak ile salt tavsiye niteliğindeki sonuçlardan ziyade bağlayıcı kararlar alabilecek yargılama makamları hedeflenir⁸⁹⁶.

Mahkemeye erişim hakkı sınırlı bir haktır. Söz konusu hak, devletlerin muhtemel davacılara kısıtlamalar getirmesine açıktır. Buna karşın bu kısıtlamaların meşru amaç gütmesi, ölçülü olması ve hakkın özüne zarar verecek şekilde geniş kapsamlı olmaması gerekmektedir⁸⁹⁷.

Mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği veya uygulanabilir olduğu davalarda dahi yaşamın korunması⁸⁹⁸, ölümün soruşturulması⁸⁹⁹, kötü muameleye karşı koruma ve kötü muamelenin soruşturulması⁹⁰⁰, özel hayat ve konutun korunması⁹⁰¹, etkili iç hukuk yolunun garanti edilmesi⁹⁰² gibi Sözleşme'nin diğer hükümleri mahkemeye erişim hakkıyla karşılaştırılabilir hakları sunarak devreye girebilirler.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen mahkemeye erişim hakkı, kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmektedir. Zira kötüye kullanım fiilleri neticesinde hakları ihlal edilen kişiler tarafından mahkemeye başvurulduğunda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle dava

⁸⁹² Vitkauskas ve Dikov, 2012: 25.

⁸⁹³ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Golder - Birleşik Krallık*”, 26 – 40. paragraflar, Başvuru Numarası: 4451/70, 21.2.1975.

⁸⁹⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Deweer - Belçika*”, 48 – 54. paragraflar, Başvuru Numarası: 6903/75, 27.2.1979.

⁸⁹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Ganci - İtalya*”, Başvuru Numarası: 41576/ 98, 30.10.2003.

⁸⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Bentham - Hollanda*”, 40 – 41. paragraflar, Başvuru Numarası: 8848/80, 20.10.1985.

⁸⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Ashingdane - Birleşik Krallık*”, 55 – 60. paragraflar, Başvuru Numarası: 8225/78, 28.5.1985.

⁸⁹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Osman - Birleşik Krallık*”, 115 - 122 paragraflar, Başvuru Numarası: 23452/94, 28.10.1998.

⁸⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Paul ve Audrey Edwards - Birleşik Krallık*”, 69- 87 paragraflar, Başvuru Numarası: 46477/99, 14.3.2002.

⁹⁰⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Z ve diğerleri - Birleşik Krallık*”, 3. paragraf, Başvuru Numarası: 29392/95, 10.05.2001.

⁹⁰¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Fadeyeva - Rusya*”, 116 – 134. paragraflar, Başvuru Numarası: 55723/00, 9.6.2005.

⁹⁰² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Hatton - Birleşik Krallık*”, 116 - 130 paragraflar, Başvuru Numarası: 36022/97, 8.7.2003.

sürecine geçilememekte ve davalar düşürülmektedir⁹⁰³. Böylece önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici tedbirler alınamamaktadır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tür başvurularda, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle mahkemeye erişim hakkının uygulanamayacağına ancak ihlallere karşı ilgili devletlerin ya da örgütlerin alternatif çarelere yer vermeleri gerektiğine hükmetmektedir⁹⁰⁴. Buna karşın uygulamada alternatif çarelere genellikle yer verilmediği not edilmelidir. Bu kapsamda; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen “Behrami v. Fransa” davasından örnek verilebilir. Şöyle ki; Kosova’da NATO liderliğindeki silahlı güç KFOR’u oluşturan ulusal birlikler⁹⁰⁵ ile Birleşmiş Milletlerin Kosova’daki Geçici Yönetim Misyonusunu (UNMIK) oluşturan kişiler diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip kılınmışlardır⁹⁰⁶. Bu kapsamda, gerek ulusal birliklerin gerekse misyonu oluşturan kişilerin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarını kötüye kullanmaları neticesinde başta yaşam hakkı olmak üzere birçok temel hakkı ihlal edilmiştir. Hakları ihlal edilen kişiler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuş, Mahkeme, ihlalin varlığını tespit etmiş olmasına rağmen ihlalde bulunan kimselerin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip olduklarından bahisle insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulamayacaklarına hükmetmiştir⁹⁰⁷. Bu karar neticesinde yaşam hakkı korumasız bırakılarak ihlal edilmiş; ihlale neden olan kişiler, bağışıklıkları nedeniyle cezalandırılmamışlardır⁹⁰⁸. Böylece mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir. Ayrıca alternatif çarelere yer verilmesi

⁹⁰³ Temel insan hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline bağışıklık tanınmakta ve mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmektedir. Hâlihazırdaki uygulamada gönderen devlet bağışıklıktan vazgeçmedikçe mahkemeye erişim hakkı bulunmamaktadır. Uygulamada devletler, kendi temsilcilerinin bağışıklığından vazgeçme hususunda son derece isteksizdirler. Nadir örneklerden birisi Makharadze olayıdır. Amerika Birleşik Devletleri’nde görev yapmakta olan Gürcistanlı diplomasi temsilcisi Gueorgui Makharadze’nin karıştığı trafik kazasında, on altı yaşındaki Joviane Waltrick hayatını kaybetmiştir. Olay sırasında aşırı hız yaptığı ve alkollü olduğu iddia edilen Makharadze’ye sahip olduğu diplomatik bağışıklıklar nedeniyle alkol testi yapılmamıştır. Olayın ardından oluşankamuoyu tepkisinin de etkisiyle Gürcistan Başbakanı Eduad Shevardnadze, söz konusu diplomasi temsilcisinin yargı bağışıklığını kaldırmıştır. Yapılan yargılamanın ardından Makharadze yirmi bir yıl hapiscezasına mahkûm olmuştur, bkz. Vark, 2003: 118; Ergüven, 2008: 93; Burada tartışılacak husus, bağışıklıktan vazgeçilmeseydi ne olacağı hususudur. Bu noktada bağışıklığın devam edeceği, yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline karşı mahkemeye erişim yasağının devam edeceği söylenebilir. Oysa resmi görevle sınırlandırma önerisi bakımından olaya yaklaşıldığında bu fiilin, resmi görev fiili olmadığı, dolayısıyla bu noktada diplomatik bağışıklıkların geçerli olmadığı, dolayısıyla bağışıklıktan vazgeçmeye dahi gerek olmadığı söylenebilir.

⁹⁰⁴ Shaw, 2018: 966.

⁹⁰⁵ KFOR, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından alınan 1244(1999) sayılı karar doğrultusunda faaliyet göstermiştir, bkz. [Resolution 1244 \(unscr.com\)](https://www.un.org/press/docs/2000/20000820.unsmik.regulation.shtml), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁹⁰⁶ UNMIK Regulation, No: 2000/47, 18.08.2000, [UNITED NATIONS \(unmissions.org\)](https://www.un.org/press/docs/2000/20000820.unsmik.regulation.shtml), (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁹⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Behrami v. Fransa Davası”, 141. paragraf, Başvuru Numarası: 71412/01, 02.05.2007.

⁹⁰⁸ Shaw, 2018: 966.

gerekliliğinden bahsedilmiş olsa da⁹⁰⁹, somut olayda alternatif çarelere de yer verilmemiştir. Bu gerekliliğin yerine getirilmemesinden dolayı da mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir.

“Behrami v. Fransa” davasında yer alan ve yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiili, diplomasi temsilcilerinin resmi görevleri arasında sayılmamıştır. Şu halde; resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında bu fiile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Ortada resmi görev fiili bulunmadığına göre kötüye kullanım fiillerine karşı mahkemeye erişim hakkı işler hale gelmelidir.

Mahkemeye erişim hakkı bakımından, ilgili devletlerin bu konuda yasal mevzuat hazırlamaları, ihlallere karşı etkin başvuru yollarını açmaları ve ihlale karşılık gelen yaptırımları düzenlemeleri gerekir⁹¹⁰. Aksi durum mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bununla beraber, devletler taraf oldukları diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin sözleşmeler nedeniyle bu tür düzenlemeleri yapma yoluna gitmezler. Ayrıca “karşılıklılık” ilkesinin baskın olduğu diplomasi hukuku alanında bu tür düzenlemelerin yapılması diplomatik ilişkiler bakımından sorun çıkarabilir. Bundan ötürü devletler, bu konuda sessiz kalmayı tercih ederler. Ancak bu durum, kötüye kullanım fiilleri neticesinde hakları ihlal edilen insanların mahkemeye erişimlerini engellemektedir. Bu engel, uluslararası hukuk sistemi içerisinde bir çelişkiye işaret etmektedir. Zira bir yandan devletlerin insan haklarını koruma yükümlülükleri söz konusuysa diğer yandan insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı mahkemeye erişim engelinin bulunması ciddi bir çelişkiye işaret etmektedir. Bu çelişkinin, uluslararası bir mutabakatla yapılacak yeni bir düzenleme ile aşılması, bu düzenleme içerisinde resmi görevle sınırlandırma önerisine yer verilmesi gerekmektedir.

Resmi görevden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin mevcut uygulamada sorunlu kararlar verilmiştir. Yeni düzenlenmede bu hususların dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda Yerodia olayından örnek verilebilir. 11 Nisan 2000 tarihinde Belçikalı bir hâkim, görevi başında olan Kongo Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi, hakkında bir tutuklama kararı verip Interpol aracılığıyla bu kararı uygulamak istemiştir⁹¹¹. Gerekçe olarak; Dışişleri Bakanlığı görevine gelmeden önce Yerodia’nın 1998 yılında, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile EkProtokollerini ağır ihlali ve insanlığa karşı işlenen suçlardan dolayı sorumlu olduğu hususu gösterilmiştir. Belçika Mahkemesi’ne göre Yerodia 1998 yılında Kinshasa’daki Tutsi kökenli insanların öldürülmesini açıkça teşvik etmekte dolayısıyla da adı geçen suçlardan sorumlu tutulmalıydı. Kongo, Uluslararası Adalet Divanı’na yaptığı

⁹⁰⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Behrami v. Fransa Davası”, 141. paragraf.

⁹¹⁰ Vitkauskas ve Dikov, 2012: 25.

⁹¹¹ Bayilloğlu, 2006: 30; Zuppi, 2003: 309; Aksar, 2003: 132.

başvuru içerisinde, Yerodia'nın Dışişleri Bakanı olduğunu, dolayısıyla Belçika Mahkemeleri'nde yargı bağımsızlığının bulunduğunu vetutuklama kararının uluslararası hukuku ihlal ettiğini, ayrıca Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin egemenliklerinin eşit olduğu prensibinden hareketle bir devletin başka bir devlet üzerinde yargı yetkisinin bulunamayacağını ileri sürmüştür. Bunun karşılık Belçika, uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiğini, söz konusu suçlardan dolayı Belçika yasalarının Belçika mahkemelerine yetki verdiğini ve yargı bağımsızlığı ilkesinin bu suçları kapsamayacağını ileri sürmüştür. Uluslararası Adalet Divanı yapmış olduğu inceleme neticesinde; Belçika uygulamasının uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğuna dolayısıyla devlet başkanları ve üst düzey devlet görevlilerinin yabancı mahkemeler önünde yargı bağımsızlıklarının bulunduğuna ve Belçika'nın tutuklama kararını kaldırmasına hükmetmiştir⁹¹². Belçika, Divan'ın kararına uygun hareket ederek tutuklama kararını kaldırmıştır. Uluslararası Adalet Divanı, kararında sadece görevi başında olan dışişleri bakanlarının değil aynı zamanda önceki bakanların da resmi görevlerinden dolayı yargı bağımsızlıklarının bulunduğunu ve önceki dışişleri bakanlarının yalnızca resmi görev dışı fiillerinden dolayı cezai sorumluluklarının olabileceğini hükme bağlamıştır⁹¹³. Dikkat edilirse Divan, insanlığa karşı suç şeklinde ortaya çıkan kötüye kullanım fiilini resmi görev fiili olarak nitelendirmiştir. Kötüye kullanım fiillerini meşrulaştıran bu tür kararların önüne geçmek için

⁹¹² Uluslararası Adalet Divanı, “1 Nisan Tutuklama Kararı Davası”, 53. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022)

⁹¹³ Divan'ın verdiği karar üzerine doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüşe göre, Uluslararası Adalet Divanı isabetli bir karar vermiştir. Zira işbu davada Belçika, kendi iç hukukuna göre ve yerel mahkemeleri önünde Kongo Dışişleri Bakanını yargılamak istemiştir. Belçika'nın Divan'a yönelttiği bu talep, teamül kuralı niteliğini haiz değildir. Devlet uygulamaları bu yönde istikrar kazanmamıştır. Bu gerekçelerle Divan; Belçika'nın tutuklama ve yargılama talebini reddederek evrensellik ilkesini de ihlal etmemiştir, bkz. Moulier ve Ecalte, 2002: 144 vd.; Bayıllıoğlu, 2006: 54 vd.; Karşıt görüşe göre ise Divan, cezai yargı bağımsızlığı “mutlak” yorumlamıştır. Ancak bu mutlak yorum nedeniyle “yaşam hakkı” ve “mahkemeye erişim hakkı” ağır bir şekilde ihlal edilmektedir. Divan, evrensellik ilkesini göz ardı etmiştir. Bir başka ifade ile Divan'ın bu kararı, Nürnberg ve Tokyo Askeri Mahkemeleri ile başlayan Eski Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemeleri ile devam ettirilen, nihayetinde Uluslararası Ceza Mahkemesi ile teyit edilen anlayış ile ters düşmüştür. Zira bu Mahkemeler “insanlığa karşı suç”, “savaş” ve “soykırım” suçları bakımından cezai yargı bağımsızlığının, cezalandırmaya engel olmayacağı anlayışını başlatmışlardır, bkz. Aksar, 2003: 136 vd.; Akkutay, 2014: 101; Wirth, 2002: 878; Kanaatimizce uluslararası hukuk sistemi bakımından her iki görüşte tutarlı görünmemektedir. Şöyle ki; Belçika'nın Kongo Dışişleri Bakanını kendi mahkemesinde ve kendi iç hukukuna göre yargılamak istemesi teamül niteliğini haiz değildir. Divan bu konuda isabetli bir karar vermiştir. Bununla beraber Divan'ın cezai yargı bağımsızlığını mutlak yorumlaması; uluslararası suçların cezalandırılması bakımından cezai yargı bağımsızlığının geçerli olmayacağına dair anlayış getiren evrensellik ilkesi ile çelişmiştir. Divan teamül kurallarına aykırı hareket ederek kötüye kullanım fiillerinin yaptırımsız kalmasının önünü açmıştır. Bu bakımdan Divan'ın kararı sorunludur. Bu kapsamda Divan, evrensellik ilkesini insan haklarına hizmet edecek şekilde yorumlayarak uluslararası suç niteliğinde ortaya çıkan kötüye kullanım fiillerinin yaptırıma tabi tutacak bir karar vermeliydi.

yeni düzenleme içerisinde resmi görevle sınırlandırma önerisinin tanımlanması, sınırlarının belirtilmesi gerekmektedir.

Uygulamada yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiillerinin varlığı halinde bile mahkemeye erişim hakkına engel olunmaktadır. Bu kapsamdagüncel bir örnek verilebilir. Anne Sacoolas, Amerika Birleşik Devletleri'nin Londra Büyükelçiliği'nde görevlidiplomasi temsilcisi Jonathan Sacoolas'ın eşidir.Kırk iki yaşındaki Bayan Sacoolas, 27 Ağustos2019 tarihinde, Northamptonshire bölgesindeki Amerika Birleşik Devletleri hava üssü yakınlarında, otomobiliyle bir motosiklete çarpmış ve bu kaza neticesinde on dokuz yaşındaki İngiliz vatandaşı Harry Dunn yaşamını yitirmiştir. Eşinden ötürü diplomatik bağışıklığa sahip olan Bayan Sacoolas, kazadan hemen sonra ülkeyi terk etmiştir. Olayı araştıran polis, kazaesnasında gencin motosikletiyle doğru şeritte, kadının ise yanlış şeritte olduğunu tespitetmiştir.Bunun üzerine İngiliz Kraliyet Savcılığı, Amerikan vatandaşı Anne Sacoolashakkındaki soruşturmasını tamamlamıştır.Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık hükümlerinin Londra dışındaki diplomatlar ve aileleri için geçerli olmadığınıvurgulayan Savcılık, Sacoolas'ı "tehlikeli şekilde araba kullanarak ölüme neden olmakla"suçlamıştır. Bu kapsamda İngiltere İçişleri Bakanı Priti Patel,Sacoolas'ın yargılanmak üzere İngiltere'ye iadesi için Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığına başvurmuştur.FakatSacoolas'ın avukatı hapse girme riski nedeniyle Sacoolas'ın İngiltere'ye dönmeyeceğini açıklamıştır.1961 Viyana Sözleşmesi gereği eşinden ötürü diplomatik bağışıklığa sahip olan Anne Sacoolas'ın yaşam hakkını ihlal eden bu fiili, resmi görev sınırları içerisinde kabul edilmiştir. Bu sebeple İngiltere, Bayan Sacoolas'ı yargılayamamış, ülkeyi terk etmesine engel olamamıştır. Hayatını kaybeden Harry Dunn'un ailesi tarafından açılan Bayan Sacoolas'ın yargılanması talepli dava reddedilmiştir⁹¹⁴. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında; İngiltere'nin, Bayan Sacoolas'ın ülkeden çıkmasına izin vermemesi ve yaşam hakkını ihlal eden kötüye kullanım fiiline ayrıcalık ve bağışıklık tanımaması ve Harry Dunn'un ailesi tarafından açılan dava bakımından mahkemeye erişim hakkını işler kılması gerekirdi.

⁹¹⁴ Mahkeme kararı için bkz. İngiltere Yüksek Adalet Mahkemesi, "Charlotte Charles And Tim Dunn Başvurusu", (11.11.2020), [R \(Dunn\) -v- SOS for Foreign and Commonwealth Affairs \(judiciary.uk\)](https://www.judiciary.uk/cases/public-law/r-dunn-v-sos-for-foreign-and-commonwealth-affairs/) (Erişim Tarihi, 17 Eylül 2022).

3.3.3. Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı

Kölelik ya da kulluk ve zorla çalıştırma, ilgili uluslararası düzenlemelerde yasaklanmıştır⁹¹⁵. Bunlar içerisinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde şu hüküm yer almaktadır:

- “1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz.*
- 2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.*
- 3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz:*
 - a-) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;*
 - b-) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;*
 - c-) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;*
 - d-) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet”.*

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, “kölelik”, “kulluk” ve “zorla çalıştırma” yasaklanmıştır. Ayrıca düzenlemede zorla çalıştırmanın istisnalarına yer verilmiştir. Düzenlemenin daha iyi anlaşılması için düzenlemede yer alan kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma kavramlarının ne anlama geldiğine ilişkin aşağıda bazı açıklamalara yer verilmiştir.

Kölelik kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden biri ya da tümünün kullanılabileceği kişinin statüsü veya içinde bulunduğu durum” olarak tanımlanmıştır⁹¹⁶. Bu tanım köleliğin klasik tanımıdır ve köleliğin modern biçimleri olarak kabul edilen insan ticareti gibi olguları mülkiyet hakkına bağlı bir yetki kullanımı olmadığı için tanım dışında bırakmaktadır⁹¹⁷. Bu şekilde dar bir tanım, zaman

⁹¹⁵ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde; Afrika İnsan Hakları Banjul Şartı 5. madde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 5. madde; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 8. madde.

⁹¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Siliadin - Fransa*”, 122. paragraf, Başvuru Numarası: 73316/01, 26.07.2005; Bu tanım Türkiye'nin de tarafı olduğu 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan tanımdır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. Resmi Gazete, Tarih: 12.06.1933 Sayı: 2425.

⁹¹⁷ İnsan ticaretine dair düzenlemeler için bkz. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 5. madde.

zaman kölelik benzeri uygulamaların maddenin kapsamı dışında kalmasına yol açabilmektedir.

Kulluk kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından baskı yoluyla bir kişiye hizmet etme yükümlülüğü olarak tanımlanmıştır⁹¹⁸. Kulluk, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı durumların en ağırlarından birisi olarak kabul edilmektedir⁹¹⁹. Zorla veya zorunlu çalıştırma ile kulluk arasında farklılıklar mevcuttur. Kulluk, zorla çalıştırmanın daha da ağır bir biçimi olarak kabul edilmektedir. “Kul” durumunda bulunan kişinin bir başkasının mülkünde yaşaması ve bu kişinin kulluk statüsünün sürekli ve değişmesinin mümkün olmayacağı hissini yaşaması söz konusudur. Bu nedenle zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma kavramlarından farklılaşmaktadır⁹²⁰. Ayrıca kulluk; kölelik gibi sürekli bir statüdür, buna karşılık zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma geçici niteliklidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında bugün, köleliğin geleneksel anlamı doğrultusunda kölelik olarak nitelendirilen bir uygulamanın mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak insan ticareti bazı durumlarda, mülkiyet hakkına benzer yetkiler verdiği için köleliğin yeni biçimlerinden birisi olarak kabul edilmiştir⁹²¹. Bir insanın mülkiyet hakkına konu olması günümüzde hukuk sistemleri tarafından kabul edilmemektedir. Kulluk olarak değerlendirilen durumlar ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmiş durumdadır. Mahkeme bir başvuruda, 15 yaşında iken ailesinin rızası ile turist vizesiyle başka bir ülkeye getirilen, uzun yıllar bir evde herhangi bir ücret ödenmeksizin, haftanın yedi günü, günün on beş saatihizmetçi olarak çalıştırılan ve ev sahiplerinin dört çocuğuna bakan bir kişinin durumunu “kulluk” olarak değerlendirmiştir⁹²². Mahkeme, kişinin pasaportuna el konulmasını ve yasadışı göçmen olduğu gerekçesiyle yakalanabileceği şeklinde korkutularak

⁹¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Siliadin - Fransa*”, 123. paragraf, Başvuru Numarası: 73316/01, 26.07.2005.

⁹¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Van Droogenbroeck - Belçika*”, 80. paragraf, Başvuru Numarası: 7906/77, 05.07.1979.

⁹²⁰ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Van Droogenbroeck - Belçika*”, 79. paragraf, Başvuru Numarası: 7906/77, 05.07.1979.

⁹²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Rantsev - Kıbrıs ve Rusya*”, 281 – 282. paragraflar, Başvuru Numarası: 25965/04, 07.01. 2010.

⁹²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Siliadin - Fransa*”, Başvuru Numarası. 73316/01, 26.07.2005; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*C. N. - Fransa*”, Başvuru Numarası: 67724/09, 11.10.2012; Örneğin *Tabion – Mufti* olayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaptığı “kulluk” tanımı ile uyumaktadır. Filipinli Corazon Tabion, Amerika’nın Amman Büyükelçiliğinde başkatip olarak görevli diplomasi temsilcisi Faris Mufti’nin evinde hizmetçilik yapmıştır. İşveren Mufti, Federal Asgari Ücret yasalarında öngörülen ücretleri ödemediği için Tabion’u çalıştırmıştır. İşveren Mufti, 28 ay boyunca yanında çalışan Tabion’a sadece 5600 dolar ödemiştir. Verilen para çalışılan ay üzerinden hesap edildiğinde, 400 saatin üzerinde çalışma için saat başına 0.50 Amerikan doları ödeme yapılmıştır. Fakat Federal yasaya göre saat başına ücret 4.25 dolardır. Bu ücrete göre Tabion’un 47, 600 dolar kazanmış olması gerekirken kendisine sadece 5600 dolar ödeme yapılmıştı, bkz. Tai, 2007: 193; Lauterpacht – Greenwood – Oppenheimer, 1997: 453.

bakımını sürdürdüğü çocuklar olmaksızın evden dışarı çıkmasına izin verilmemesini baskı yoluyla hizmet ettirme olarak yorumlamıştır.

Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma, maddi veya manevi baskı ile kişinin rızası olmaksızın yaptırılan çalışmalardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre zorla veya zorunlu çalıştırma “bir kişiden ceza tehdidi altında yapması istenen ve kişinin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma veya hizmet” olarak tanımlanmıştır⁹²³. Mahkeme'ye göre ceza kavramı geniş yorumlanmalıdır. Cezanın fiziksel şiddet veya zorlama gibi kişilerin polise ve diğer kamu makamlarına şikâyet edilmesi ile tehdit gibi psikolojik nitelikte olabilmesi mümkündür⁹²⁴. Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma birçok sayıda uluslararası belgede yasaklanmıştır⁹²⁵.

Anlaşılabacağı üzere, kölelik ve kulluk mutlak anlamda ve istisnası olmayacak şekilde yasaklanmıştır. Zorla çalıştırma ise belirli istisnalar dışında yasaklanmıştır.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı, resmi görevle hiçbir ilgisi olmayan kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmektedir. Bu ihlal, kötüye kullanım fiillerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar neticesinde cezalandırılmamaktadır. Aşağıda uygulamada ortaya çıkan bazı olaylara ve bu olaylar bakımından resmi görevle sınırlandırma önerisinin yaklaşımına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

İlk olarak Khobragade olayından örnek verilebilir. Hindistan'ın New York Konsolosluğu'nda görevli konsolosluk görevlisi olan Deyvani Khobragade, 2013 yılında, Sangreeta Richard adlı Hindistan vatandaşını sahte vize ile Amerika Birleşik Devletleri'ne getirtmiş ve bu kişiyi şahsi hizmetçisi olarak çalıştırmıştır⁹²⁶. Khobragade, Amerikan İş Yasaları'nın öngördüğü asgari ücreti hizmetçisine ödememiş ve hizmetçisini haftalık 40 saatin üzerinde çalıştırmıştır. Çoğu defa hizmetçisine baskı ve şiddet uygulamış, sahte vizesi nedeniyle tehditte bulunmuştur. Yapılan araştırmalar neticesinde kötüye kullanım fiili ortaya çıkmış, ardından Khobragade 12 Aralık 2013'te çıktığı mahkemede tutuklanmış, bir süre sonra kefaletle serbest bırakılmıştır. Bunun üzerine Hindistan devleti, Khobragade'yi New York Konsolosluğu'ndaki görevinden almış, bunun yerine Birleşmiş Milletler

⁹²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Siliadin -Fransa*”, 116. paragraf, Başvuru Numarası: 73316/01, 26.07.2005.

⁹²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*C. N. - Fransa*”, 77. paragraf, Başvuru Numarası: 67724/09, 11.10.2012.

⁹²⁵ “Esaretin Men'i Hakkında Sözleşme”, “Uluslararası Çalışma Örgütü 29 Numaralı Zorla ve Zorunlu Çalıştırmaya Dair Sözleşmesi”, “Uluslararası Çalışma Örgütü 105 Numaralı Zorla ve Zorunlu Çalıştırmanın Yasaklanmasına Dair Sözleşmesi”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi” ve “Avrupa Sosyal Şartı” vs.

⁹²⁶ Konu için bkz. Nielsen vd., 2015: 20 vd.; Vandenberg ve Bessell, 2016: 599; Akalanka, 2020: 79.

Büyükelçiliği'nde diplomasi temsilcisi olarak görevlendirmiştir. Bilindiği üzere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, konsolos görevlilerine tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklardan daha geniş bir korumasıdır. Konsolosluk görevlileriyle mukayese edildiğinde diplomasi temsilcileri için kişi dokunulmazlığı ve yargı dokunulmazlığı görevle sınırlı olmayıp kural olarak her anlamda tamdır. Bu kapsamda, Hindistan'ın yaptığı görev değişikliğinin Khobragade'ye daha fazla hukuki koruma sağlamak amacıyla yapıldığı söylenebilir. Bu sebeple Khobragade yargılanamamış ve kötüye kullanım fiili cezalandırılamamıştır⁹²⁷. Oysa kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağını ihlal eden kötüye kullanım fiilinin resmi görevle hiçbir ilgisi yoktur. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında bu fiile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır.

Shamela Begum olayıda benzer neticelere sahiptir⁹²⁸. Shamela Begum, Bahreyn'in Birleşmiş Milletler Büyükelçiliği'nde çalışan diplomasi temsilcisi Mohamed Saleh için hizmetçilik yapmıştır. Amerika'ya gelir gelmez pasaportu işvereni tarafından alınmıştır. Begum, işvereni için toplamda on ay çalışmıştır. Haftanın yedi günü, bir günün yirmi dört saati içerisinde ise on beş saat çalışmıştır. Bu çalışmalarının karşılığı olarak kendisine aylık yalnızca yüz dolar ödeme yapılmıştır. Yapılan ödemeler, Begum'un kendisine değil Bangladeş'teki kocasına, işveren Saleh tarafından gönderilmiştir. İşverenleri bir süre New York'ta yaşadıklarında ona ne yemek ne de gıda alabilmesi için para bırakmışlardır. İşverenin eşi Khatun tarafından iki defa saldırıya uğramış, dövülmüş ve eve hapsedilmiştir. Evden yalnız başına dışarıya çıkmasına asla izin verilmemiştir. Ancak işverenin karısı ile dışarıya çıkabilmiştir. Nadiren de olsa işverenin karısı ile dışarıya çıktığı bir gün kaldırımında meyve satan bir satıcının kendi öz dili olan Bengalce konuştuğunu fark etmiş, bunu fırsat bilerek işvereni ile karısının kısa süreliğine şehirden ayrıldığı bir gün ilk defa binadan yalnız başına ayrılmıştır. Kendi öz dilini konuşan meyve satıcısına ulaşmış, durumunu anlatarak yardım istemiştir. Satıcı, Begum ile Güney Asya İşçi Hakları Grubu arasında iletişim sağlamıştır. Bu iletişim sonrası 30 Ağustos 1999 tarihinde çalıştığı yere polis gelmiş ve Begum'u kurtarmıştır. İşveren Saleh, diplomatik bağışıklığa sahip olduğu için tutuklanamamıştır. Bu olayda, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağını ihlal eden kötüye kullanım fiiline ayrıcalık ve bağışıklık tanınmış, fiil resmi görev sınırları içerisinde kabul

⁹²⁷ Amerika Birleşik Devletleri diplomatik bağışıklıklar nedeniyle devam edemediği yargılama neticesinde Hindistan'dan bağışıklıktan vazgeçmesini talep etmiş ancak bu talep Hindistan tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Amerika Birleşik Devletleri, Hindistan'ın Khobragade'yi geri çekmesini talep etmiş, talep kabul edilince nihayetinde diplomatik kriz sona ermiştir, açıklamalar için bkz. Nielsen vd., 2015: 21; Vandenberg ve Bessell, 2016: 600; Diplomasi temsilcileri, bağışıklıklarını kötüye kullansalar bile bağışıklıktan yararlanırlar, açıklamalar için bkz. Kahf, 2009: 14; Akalanka, 2020: 79.

⁹²⁸ Shamela Begum olayı için bkz. Mwenda, 2014: 85.

edilmiştir. Oysa bu fiilin resmi görevle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Hatırlanacağı üzere, 1961 Viyana Sözleşmesi'ne göre diplomasi temsilcileri görev yaptıkları devletin yasalarına uygun davranma yükümlülüğü altında tutulmuşlardır⁹²⁹. Ancak bu olayda diplomasi temsilcisi işveren Saleh, bu yükümlülüğünü ihlal etmiş ve resmi görevin sınırları dışına çıkmıştır. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında bu fiile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır.

Bir diğer örnek Prens Turki bin Abdulaziz olayından verilebilir⁹³⁰. Prens Turki bin Abdulaziz Florida'da ikamet etmekte olan Suudi Kraliyet Ailesi'nin bir mensubudur. Prens'in eski bir çalışanı olan Abdelmejid Daifi'nin yeminli ifadesine göre; Prens, Mısırlı bir kadın olan Nadia Lutefi'yi rızası hilafına köle olarak evinde çalıştırmıştır. Aynı ifadeye göre Prens, Mısırlı kadını haftanın yedi günü ve günün 20 saati çalıştırmıştır. Mısırlı kadın bu koşullara karşı geldiğinde Prens şiddet uygulamıştır. Daifi'nin ifadesi üzerine Florida Savcılığı harekete geçmiş, Prens'in evini aramak için karar çıkarmıştır. 26 Şubat 1982'de çıkarılan karar ile Prens'in evine gelen Miami Polisi; Prens ve korumaları tarafından engellenmiştir. Prens, haklarının ihlal edildiği iddiası ile evine gelen polisler karşı 2 Mart 1982 tarihinde 210 milyon dolarlık tazminat davası açmıştır. Buna karşın polisler de olay sırasındaki mukavemet nedeniyle yaralandıklarını ifade edip karşı iddiada bulunmuşlardır. 1 Nisan 1982 tarihinde Amerikan Dışişleri Bakanlığı, Mahkeme'ye gönderdiği yazıda Prens'in "özel elçi" olduğunu, ayrıcalık ve bağışıklıklara sahip bulunduğunu ve hakkında dava açılmayacağını ya da açılmış davanın sürdürülemeyeceğini not etmiştir. Mahkeme Dışişleri Bakanlığı'ndan gelen bu notu kabul etmiştir⁹³¹. Mahkemenin kabulüne karşı polisler, Prens'in bağışıklıklara sahip olmadığını, sahip olsa bile açtığı tazminat davası ile bağışıklıktan vazgeçtiğini ileri sürmüşlerdir. Buna rağmen Mahkeme'nin kanaati değişmemiş ve kesin karar 30 Kasım 1982'de açıklanarak dava düşürülmüştür. Böylece, Mısırlı Kadın'a karşı kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı ihlal eden fiil resmi görev sınırları içerisinde kabul edilmiştir⁹³². Oysa bu fiilin resmi görevle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Kaldı ki bu fiil ile kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı ihlal edilmiştir. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında kötüye kullanım fiiline diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır.

⁹²⁹ 1961 Viyana Sözleşmesi, 41. madde.

⁹³⁰ Goossens, 2011: 80 vd.

⁹³¹ Mahkeme kararı için bkz. "H.r.h. Prince Turki Bin Abdulaziz, et al., Plaintiffs-appellees, v. Metropolitan Dade County" (18.9.1984), Justia Us Law, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/741/1328/90583/> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

⁹³² Amerika Birleşik Devletleri'nde diplomasi temsilcisi, bağışıklıklarını kötüye kullansa bile, gönderen devlet tarafından bağışıklıktan vazgeçilmesi söz konusu olmadıkça bağışıklıklar olduğu gibi devam eder, açıklamalar için bkz. Kahf, 2009: 14.

3.3.4. Çocukların Korunması Hakkı

Çocuk hakları, on sekiz yaş altındaki bireylerin haklarıdır⁹³³. Bu konuda birden fazla uluslararası sözleşme akdedilmiştir⁹³⁴. Çocukluk, insan yaşamında özel bir süreç olduğu için çocuklar ve gençler için ayrı bir dizi haklar kabul edilmiştir. Bu dönem, bireylerin büyüdüğü ve öğrenmeye başladıkları bir süreçtir. Aynı zamanda, çocuklara bakılması ve çocukların korunması için başkalarına ihtiyaç duydukları bir dönemdir.

Bu kapsamda Birleşmiş Milletler, çocukların kendilerine özgü özel bir sözleşmeye ihtiyaç olduğuna karar vermiştir. Böylece çocuklar ve gençler için haklar içeren 1989 tarihli “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi” ortaya çıkmıştır⁹³⁵. Sözleşme’ye göre 18 yaşın altındaki insanlar; ırk, din, cinsiyet veya yetenek farkı gözetmeksizin, düşünceleri veya söyledikleri her ne olursa olsun ve nasıl bir aileden gelirlerse gelsinler bu haklara sahiptirler.

Sözleşme, hâlihazırda devletlerin imzaladığı ve onayladıktan sonra yasal olarak uymaları gereken uluslararası bir andlaşmadır. İnsan haklarının her alanını bir araya getiren ilk bağlayıcı uluslararası yasal belgedir⁹³⁶. Somali ve Amerika Birleşik Devletleri dışında bütün ülkeler Sözleşme’yi onaylamışlardır. Tanınan bir devlet olmadığı için Somali, Sözleşme’nin onaylanması aşamasına geçememiştir. Amerika Birleşik Devletleri ise Sözleşme’ye imza koyarak onaylayacağına dair niyetini ifade etmiş, ancak henüz onaylamamıştır. Türkiye, Sözleşme’yi 14 Eylül 1990’da imzalamış ve 1995 yılında da onaylamıştır⁹³⁷.

Sözleşme, bütün çocukların aynı haklara sahip olduğunu ve bütün hakların birbirine bağlı ve eşit derecede önemli olduğunu vurgular. Ayrıca, çocukların başkalarının haklarına – özellikle anne babalarının haklarına saygı gösterme sorumlulukları olduğuna işaret eder.

Sözleşme’de ki haklar dört gruba ayrılmıştır: “hayatta kalma”, “korunma”, “gelişme” ve “katılma”.

- Hayatta kalma hakkı, çocuğun yaşam hakkını ve var olmak için gereken temel ihtiyaçlarını vurgular. Bunlar arasında beslenme, barınma, yeterli bir yaşam standardı ve sağlık hizmetlerine erişim yer almaktadır.

⁹³³ Kurt, 2016: 107.

⁹³⁴ 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi; 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi; 1963 tarihli Türk Çocuk Hakları Bildirisi; 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.

⁹³⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹³⁶ Kurt, 2016: 105.

⁹³⁷ Resmi Gazete, Tarih: 11 Aralık 1994 Sayı: 22138, bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22138.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2022).

- Gelişme hakkı, çocukların tam potansiyellerine erişebilmeleri için neye ihtiyaç duyduklarını özetler; örneğin, eğitim, dinlenme, kültürel faaliyetler, bilgiye erişim, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü gibi.
- Korunma hakkı, çocukların her türlü istismar, ihmal ve sömürüden korunmalarını gerektirir. Mülteci çocuklar için özel koruma, çalışan çocuklar için güvenceler, herhangi bir istismar veya sömürüye maruz kalmış çocukların korunması ve rehabilitasyonu gibi konuları ele almaktadır.
- Katılım hakkı, çocukların toplumlarında ve topluluklarda aktif bir rol oynayabilmeleri gerektiğini kabul eder. Bu haklar görüşlerini ifade etme ve yaşamlarını etkileyen konularda söz sahibi olma haklarını da kapsar. Yetenekleri geliştikçe, sorumluluk sahibi yetişkinliğe hazırlanmaları amacıyla, çocuklara daha çok katılma fırsatının verilmesi gerekir.

Süreç içerisinde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Sözleşme'ye ilişkin yeni düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir⁹³⁸. Sözleşme'nin çocukların satışı, kaçırılması ve pornografisine ilişkin ve çocukların silahlı çatışmalara dâhil olmalarına yönelik Ek İhtiyari Protokolleri yayımlanarak ülkelerin onayına sunulmuştur. Ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasının denetimini geliştirmek üzere Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruları inceleme yetkisi tanıyacak Çocuk Hakları Sözleşmesi Ek Bireysel Başvuruya İlişkin İhtiyari Protokol hazırlanarak ülkelerin onayına sunulmuştur.

Bu açıklamalar üzerinden şekillenen çocuk hakları, kötüye kullanım fiilleri ile ihlal edilmektedir. Genellikle ihlaller, çocukların korunmasına ilişkin haklar bakımından meydana gelmektedir⁹³⁹. Bu noktada, Terrence Karamba olayından örnek verilebilir⁹⁴⁰. Karamba, Zimbabve Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Temsilciliği'nde görevli idari ataşenin dokuz yaşındaki oğludur. 11 Aralık 1987 tarihinde, okuluna geldiğinde okul idaresinin raporuna göre vücudunda yaralar ve ezilmeler görülmüştür. Okulun ihbarı üzerine New York İnsan

⁹³⁸ Yeni düzenlemelerin gerekçesi şu şekilde ifade edilebilir: “Sözleşme, çocuğa yönelik en geniş katılımlı belge olmasına rağmen birçok eleştirilere de maruz kalmaktadır. Sözleşme, Batı kavramları kullanılarak yazılmış olup evrensel, serbest ve tekil bir çocuğu referans göstermektedir. Anne baba ve çocuk arasındaki ilişki biyolojik temel olarak vurgulanmıştır. Sözleşme'nin çocuklar tarafından oluşturulmamış ve katkılarının alınmamış olması, çocuğun yaş tanımlamasının on sekiz yaş ile sınırlı tutulması, bunun yerine bireysel gelişim ve kapasitesinin önemli olduğu yasaların da buna göre düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca Sözleşme'nin çocukluğun başlangıcını belirlemede yetersiz olduğu, hamile kadınların tedavisi ve körtaj gibi konularda yeteri kadar açıklık bulunmadığı belirtilmektedir. Sözleşme'nin en güçsüz tarafının ise taraf ülkenin iç hukuku haline gelmedikçe uygulanabilir olmaması olarak ifade edilmiştir”, bkz. Kurt, 2016: 108.

⁹³⁹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 19. madde.

⁹⁴⁰ Dror, 2000: 19.

Hakları İdaresi - Çocuk Hakları Departmanı, Karamba'yı alıp bakım evine yerleştirmiş ve burada koruyucu gözetim altında tutmuştur. Bununla birlikte, kötüye kullanım fiili nedeniyle idari atışeye karşı herhangi bir tedbir alınamamıştır. Ancak diploması temsilcilerinin resmi görevleri arasında çocuklarına eziyet etmek bulunmadığına göre işbu fiile diplomatik bağışıklık tanınmaması gerekmektedir.

Çocuklar ile ilgili tüm durumlarda düşünülmesi gereken ilk şey çocukların yüksek menfaati olmalıdır⁹⁴¹. Bu noktada çocukların yüksek menfaatlerinin kötüye kullanım fiilleriyle ihlal edildiği söylenebilir. Bu noktada bir örnek verilebilir⁹⁴². Şöyle ki, Amerika Birleşik Devletleri'nin Londra Büyükelçiliği'nde görevli diploması temsilcisi ile Alman karısı boşanmış, İngiliz Mahkeme biri on diğeri on üç yaşında olmak üzere iki çocuğu, anneye bırakmıştır. Bu karara rağmen Amerikalı diploması temsilcisi çocukları kaçırıp Amerika Birleşik Devletleri'ne göndermiştir. Bunun üzerine mahkemeye başvuran çocukların annesi, eski kocasının sahip olduğu diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle bir netice elde edememiştir. Çocuğun yüksek menfaati, kötüye kullanım fiili neticesinde ihlal edilmiştir. Bu fiil, resmi görev kapsamında ika edilen bir fiil değildir. Dolayısıyla, resmi görevle sınırlandırma önerisi bakımından bu fiile diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır.

3.3.5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Özgürlük ve güvenlik hakkı çeşitli uluslararası düzenlemelerde yer almıştır⁹⁴³. Bu iki kavramın birlikte ve yan yana kullanılmasının özel bir anlamı vardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre, kişi özgürlüğü ve güvenliği deyimleri ayrı ayrı değil, bir bütün olarak alınıp anlaşılmalıdır. Zira güvenlik kelimesi özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder⁹⁴⁴.

Özgürlük ve güvenlik hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Madde, kişinin hareket özgürlüğünü güvenceye almaktadır. Kişi özgürlüğü, özgürlüklerin tümünün hukuki güvencesi olarak kabul edilmekte ve bireye güvence vermektedir. Bir başka ifade ile kişi özgürlüğü, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişi özgürlüğünden mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek

⁹⁴¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. madde.

⁹⁴² Dror, 2000: 19.

⁹⁴³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde; 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 3. madde, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin 9. maddesi, 8 Afrika İnsan Hakları Banjul Şartı'nın 6. maddesi; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 7. madde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde

⁹⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, "Doğu Afrikalı Asyalılar -İngiltere", Başvuru Numarası: 4403/70, 10.10.1970.

çok diğerk hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan kısıtlamaktadır⁹⁴⁵. Bu kapsamda özgürlükten yoksun kılmanın yasaya dayanması gerekir. Zira Sözleşme’de, “*yasada gösterilen durumlar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*” denmektedir⁹⁴⁶.

Kişi güvenliği, bir hukuk devletinde bireyin hem diğerk kişilere hem de devlete karşı fiziki ve moral bakımından korunmasını güvence altına almayı ifade eder⁹⁴⁷. Güvenlik sayesinde birey; bedensel bütünlüğe, fiziksel özgürlüğe kavuşabilir. Kişi özgürlüğüne getirilen ve özgürlükten mahrumiyeti sağlayan hususların da keyfi olmaması, hukuk güvencesi altında olması gerekir. Bir başka ifade ile gözaltına alma, yakalama, tutuklama, bir yere kapatma gibi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan tüm işlemlerin hukuka uygun olması gerekir. İşte tüm bu işlemlerde keyfiliğin önlenmesi kişi güvenliğinin sağlanması ile mümkündür.

Bu düzenlemelerden çıkan sonuç şudur:

- Bir kimse belirli istisnalar dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Bu durum kişi özgürlüğüne işaret eder.
- Devlet, istisnalar dışında kişinin özgürlüğünden alıkonulmasını engellemek, fiziksel ve moral bakımından kişiyi korumakla yükümlüdür. Bu durumda, kişi güvenliğine işaret etmektedir.

Bu anlamıyla gerek kişi özgürlüğü gerekse de kişi güvenliği kötüye kullanım fiilleri neticesinde ihlal edilmektedir. Zira diplomasi temsilcileri tarafından insanların özgürlüklerinden alıkonuldukları birçok olay yaşanmıştır. Bu noktada kişi özgürlüğü ihlal edilmiştir. Ayrıca alıkoyma şeklindeki kötüye kullanım fiillerine karşın, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar nedeniyle gereken tedbir alınamamıştır. Bu durum da kişi güvenliğinin ihlal edilmiştir. Oysa diplomasi temsilcilerinin resmi görevleri arasında kötüye kullanım fiili bulunmamaktadır. Bu fiillere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Ayrıca bu

⁹⁴⁵ Şahbaz, 2004: 205.

⁹⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. madde: “*Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması*”.

⁹⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Kurt - Türkiye”, 123. paragraf, Başvuru Numarası: 9763/12, 25.5.1998.

fiillerle jus cogens niteliğini haiz özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmektedir. Bu kapsamda aşağıda bazı örneklerle ve bu örneklerle dair resmi görevle sınırlandırma önerisinin yaklaşımına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Özgürlük ve güvenlik hakkının kötüye kullanıldığı en meşhur olay Umaru Dikko olayıdır⁹⁴⁸. Umaru Dikko, kayınbiraderinin Cumhurbaşkanı olduğu bir dönemde Nijerya'nın en güçlü figürlerinden birisi olmuş, Nijerya'da Maliye Bakanlığı yapmıştır. Bakanlık yaptığı bir esnadaülkede askeri darbe olmuş ve Dikko ülkeden kaçarak Londra'ya yerleşmiştir. Bu esnada Nijerya'daiktidara gelen Askeri Hükümet, Dikko'yu milyonlarca dolar parayı zimmetinegeçirmekle suçlamış ve yargılamasının yapılması için Dikko'ya ülkeye dönme çağrısıyapmıştır. Dikko bu çağrıyı kabul etmemiş ve ülkeye dönmeyeceğini açıklamıştır. Bunun üzerine Nijerya'da ki Askeri Yönetim, Londra Büyükelçiliği'nde çalışanbazı diplomasi temsilcilerinin yardımı ile Dikko'yu kaçırmış, diplomatik bir sandığa yerleştirerekülkeden çıkarmak üzere Stanstead Havalimanı'na kadar getirebilmiştir. Havaalanındaki yetkililerinsandığın taşınması gereken harici işaretleri içermediğini belirlemelerinin ardından sandık açılmış ve içinden çıkan Umaru Dikko kurtarılmıştır. Dikko'nun kaçırılmasında rol oynayan diplomasi temsilcilerinin yargılanmaları için Nijerya devletinden bağışıklıktan vazgeçmesi talep edilmiş, talep kabul edilmeyince diplomasi temsilcileri İngiltere ülkesinden sınır dışı edilmişlerdir. Anlaşılacağı üzere, diplomasi temsilcilerinin resmi görevleri arasında diplomatik çanta ile insan kaçırmak bulunmamasına rağmen bu kötüye kullanım fiiline diplomatik bağışıklık tanınmıştır. Kaldı ki bu kötüye kullanım fiili neticesinde özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiştir. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında temel insan haklarını ihlal eden bu kötüye kullanım fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır.

Özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal eden bir diğer olay Roma Havaalanı'nda yaşanmıştır⁹⁴⁹. 1964'te Roma Havaalanı'na, Mısır'ın Roma Büyükelçiliği'ne ilişkin işaretleri taşıyan diplomatik bir çanta getirilmiştir. Çantanın içinden homurdanma sesleri gelince havaalanındaki yetkililer diplomatik çantanın açılmasını talep etmiş ardındançanta açılmıştır. Bunun üzerine çantanın içinden Mısır'ın Roma'da Büyükelçiliği'nde daha önce tercüman olarak çalışan bir İsrail vatandaşı çıkmıştır. İsrailli tercüman, uyuşturulmuş ve ağzı kapatılmış bir vaziyette bulunmuştur.Bu olay üzerine İtalyan Hükümeti; iki Mısırlı diplomasi temsilcisi hakkında bağışıklıktan vazgeçilmesini talep etmiş, talep kabul edilmeyince bu diplomasi temsilcilerini sınır dışı etmiştir. Bu olayda resmi görevle ilgisi olmayan kötüye kullanım fiili

⁹⁴⁸ Nelson, 1981: 507 vd.;Çamyamaç-İnci, 2019: 206; Osborne, 1985: 31

⁹⁴⁹ Goossens, 2011: 76.

neticesinde özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiş, ancak bu ihlale rağmen fiile ayrıcalık ve bağışıklık tanınmıştır. Resmi görevle sınırlandırma önerisi bakımından bu tür kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır.

3.4. Resmi Görevle Sınırlandırma Önerisi Kapsamında Yer Verilmesi Gereken Kurumlar

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların resmi görevle sınırlandırılması gerekmektedir. Böylece temel insan haklarının korunması amacına ulaşılır. Resmi görevle sınırlandırma önerisinin uygulamaya yansımaları için bu öneri kapsamında bazı kurumlara da yer verilmesi zorunludur. Aşağıda bunlara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

3.4.1. Meşru Savunma

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren sözleşmelerde meşru savunma hakkına yer verilmemiş olup kişi dokunulmazlığı tam ve mutlak şekilde bir başka ifade ile istisnaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu durum meşru savunma ilkesinin; Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmalarında, uluslararası mahkeme kararlarında, devletlerin yaklaşımları ile uygulamalarında, uluslararası sözleşmelerde ve doktrin görüşlerinde tartışılmadığı anlamına gelmez. Şöyle ki;

- Uluslararası Hukuk Komisyonu, Sözleşme'nin tasarı görüşmelerinde meşru savunma temelinde kişi dokunulmazlığına istisna getirilebileceğini şu şekilde belirtmiştir: *“Dokunulmaz olmak, diplomasi temsilcisini doğrudan zorlama anlamına gelebilecek belli tedbirlerden muaf tutmak demektir. Bu ilke meşru savunma durumunu veya istisnai hallerde diplomatik ajanı suç işlemekten önlemek için alınan tedbirleri dışlamak değildir⁹⁵⁰”*. Ancak bu öneri tartışma olmadan reddedilmiştir. Çünkü meşru savunma ilkesinin istisna olarak kabul edilmesi halinde, bu ilkenin andlaşmanın diğer maddelerine de uygulanabilir olup olmadığına ilişkin bir belirsizliğe yol açacağı düşünüldüğünden kabul edilmemiştir⁹⁵¹.
- Uluslararası Adalet Divanı, Tahran Rehineler Davası'nda⁹⁵², diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık prensibine riayetini; diplomasi temsilcisinin bir saldırı veya suç işlerken yakalanmaması anlamına gelmeyeceğini, kabul eden devletin polisi

⁹⁵⁰ Yearbook of the International Law Commission, 1957: 209.

⁹⁵¹ Denza, 2008: 258.

⁹⁵² Gündüz, 2018: 490; Akalanka, 2020: 72.

tarafından belirli bir suçun ifasının önlenmesi amacıyla tutuklama yapılabileceğini belirtmiştir.

- Doktrinin bir bölümü tarafından ⁹⁵³ meşru savunma temelinde, suçüstü durumlarında fiilin sonuçlanmasını engellemek, suçun tekrarına yer vermemek ve delilleri toplayabilmek amacıyla diplomasi temsilcisinin kısa süreli tutuklanabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, alkollü araç kullanmakta ısrar eden diplomasi temsilcisinin bundan alıkonulabileceği kabul edilmekte⁹⁵⁴ ve uygulamada kimi devletlerin sarhoş olarak yakalanan diplomasi temsilcisinin arabasını kullanmaya devam etmesi halinde diğer kimselere zarar vermesini önlemek amacıyla diplomasi temsilcisini fiziksel olarak tutma yoluna gittikleri görülmektedir⁹⁵⁵.
- İngiltere, bina dokunulmazlığının kötüye kullanıldığı Libya'nın Londra Büyükelçiliği olayı ile diplomatik çanta dokunulmazlığının kötüye kullanıldığı Umaru Dikko olayında; bir eylemin ulusal güvenliği, kamu alanında şahsî veya bireysel güvenliği tehlikeye düşürdüğüne ilişkin ciddi kanıtlar bulunduğu durumlarda, daha üstün olan meşru savunma ilkesi ve insan yaşamını koruma ödevi temelinde, müdahalede bulunmaktan kaçınmayacağını ifade etmiştir⁹⁵⁶.
- Meşru savunmanın varlığına dair devlet uygulamaları bulunmaktadır. Şöyle ki; 10 Şubat 1973'te Pakistan Hükümeti Irak Büyükelçisi'ne misyon binasının kötüye kullanıldığına dair şüpheler bulunduğunu açıklamış, bu sebeple de misyon binasına giriş için izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Ancak bu talep Büyükelçilik tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Pakistan Polisi, İslamabat Büyükelçilik Binasını basmış ve burada çok sayıda silah, el bombaları, mühimmat ve diğer malzemelerin bulunduğu bir sandığı ele geçirmiştir. Bu silahların ise Baluchistan'daki isyancılara gönderilmek üzere depolandığı ileri sürülmüştür. Buna tepki olarak Pakistan Hükümeti, Irak Büyükelçisi Hikmet Süleyman'ı istenmeyen

⁹⁵³ Värk, 2003: 117; Ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla başvurulacak meşru savunmanın Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde yer alan ve genel hüküm niteliğinde kabul edilen meşru savunma kurallarına benzetilerek uygulanabileceği ileri sürülmüştür, açıklamalar için bkz. Herdegen, 1986: 749; Dror, 2000: 41; Çakmak, 2014: 146; Bozkurt vd., 2018: 225; Sur, 2013: 245; Reçber, 2014: 433; Pazarcı, 2018: 414; Diplomasi temsilcisi bir şahsa hücum eder de adam kendisini savunursa, burada da meşru savunmanın varlığını kabul eder, bkz. Lütem, 1956: 544.

⁹⁵⁴ Denza, 2008: 267; Reçber, 2014: 433; Ayrıca ifade etmek gerekirse alkollü şekilde trafiğe çıkan diplomatın sürücü belgesine Amerika Birleşik Devletleri'nde 3 yıl süre ile el konmaktadır, bkz. Castro, 2014: 361.

⁹⁵⁵ Denza, 2008: 267; Sur, 2013: 249; Reçber, 2014: 433; Ayrıca bkz. Castro, 2014: 361.

⁹⁵⁶ Çamyamaç ve İnci, 2019: 206; Shaw, 2018: 545 ve 548; Ergüven, 2008: 77; Aksar, 2012: 304.; Bu görüşün kabul görmediğine dair açıklamalar için bkz. Caşın, 2013: 573; Çakmak, 2014: 143; Bozkurt vd., 2018: 232; Ergüven, 2008: 88.

kişi ilan etmiştir. Bu kapsamda Pakistan Devleti, Irak Büyükelçiliği'ne izinsiz girişini meşru savunma tedbiri olarak nitelendirmiştir⁹⁵⁷.

- Uluslararası sözleşmelerde meşru savunma tedbirine yer verilmiştir. Bu kapsamda; Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1895 yılında hazırladığı “Ayrıcalık ve Bağışıklıklar Taslak Sözleşmesi” içerisinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına karşı meşru savunma tedbirine yer verilmiştir⁹⁵⁸. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşam hakkı güvence altına alınmış, bu hakkın istisnası olarak meşru savunma hali sayılmıştır⁹⁵⁹. Bu kapsamda bir kimseyi yasa dışı şiddete karşı korumak için uygulanan meşru savunma hali yaşam hakkının ihlali sayılmayacaktır⁹⁶⁰. Öyleyse, diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiili yaşam hakkına yöneliyorsa, meşru savunma halinin var olduğu kabul edilecektir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan düzenlemelerde yer almamasına rağmen doktrinde, devlet uygulamalarında, uluslararası mahkeme kararlarında ve bazı uluslararası sözleşmelerde meşru savunmanın varlığından bahsedilmiştir. Kanaatimizce, resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde meşru savunma tedbirine muhakkak yer verilmelidir. Böyle bir tedbire yer verilmesi temel insan haklarının korunması amacına da hizmet eder.

Bununla beraber meşru savunma tedbiri kötüye kullanılabilir. Bu kapsamda uygulamadan örnek verilebilir. Raymond Davis, Amerika Birleşik Devletleri'nin Islamabad Büyükelçiliği'nde görevli diplomasi temsilcilerinden birisidir. Kendisini motosikletle takip ettikleri gerekçesiyle Pakistan vatandaşı iki kişiyi öldürür. Olay yerinden kaçma teşebbüsü başarısız olunca Pakistan polisi tarafından yakalanıp gözaltına alınır. Amerika Birleşik Devletleri, Raymond Davis'in diplomatik statüsü hakkında çelişkili açıklamalar yapmasına rağmen nihayetinde bu kişinin Pakistan Büyükelçiliği'nde görevli diplomasi temsilcisi olduğunu, diplomatik bağışıklığa sahip bulunduğunu, meşru savunma kapsamında cinayet işlediğini ve Pakistan'ın yargılamayı durdurup Davis'i kendilerine iade etmesi gerektiğini açıklar. Dünya medyasında da ciddi ses getiren Davis Hadisesi neticesinde Pakistan Devleti, Davis'in Amerika Merkezi Haber alma Teşkilatına (CIA) bağlı bir casus olduğunu açıklar. Casus olduğu açıklamasına rağmen Pakistan Devleti, Davis'i istenmeyen kişi ilan etmek yerine işlediği cinayet nedeniyle yargılayıp cezalandırır⁹⁶¹. Bu olaydan hareket etmek

⁹⁵⁷ Denza, 1986: 95 vd.; Herdegen, 1986: 750; Hassan, 2011: 18.

⁹⁵⁸ Sözleşme, 6. madde.

⁹⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Osman - Birleşik Krallık”, 115. paragraf, Başvuru Numarası: 23452/94, 28.10.1998.

⁹⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. madde 2. paragraf.

⁹⁶¹ Hassan, 2011: 19 vd.

suretiyle diplomasi temsilcisi Davis'in mi yoksa Pakistan polisinin mi meşru savunma hakkına sahip olduğu tartışmalıdır⁹⁶². Zira Pakistan Devleti, Davis'in casus olduğunu, bu sebeple Davis'i durdurmak üzere kendisine meşru savunma uygulandığı tezini ileri sürerken, Amerika Birleşik Devletleri de Davis'in diplomasi temsilcisi olduğunu ve kendisine yönelen saldırıyı bertaraf etmek için meşru savunma uygulandığı tezini ileri sürmüştür⁹⁶³.

Hâlihazırdaki uygulamalar nedeniyle meşru savunma tedbirine yer verilirken dikkat edilmesi gereken husus, meşru savunmanın tanımının yapılarak sınırlarının belirtilmesidir. Meşru savunmanın hangi hallerde geçerli olacağı, meşru savunma halinin varlığını kimin tespit edeceği, bu tespitin herhangi bir uluslararası merci tarafından denetime açık olup olmayacağı açıkça ve net bir şekilde düzenleme altına alınmalıdır. Bu sorulara açık şekilde cevap veren düzenleme, kötüye kullanım fiillerini en aza indirecek düzenleme olacaktır. Zira kötüye kullanım fiillerini önlemek için önerilen meşru savunma tedbirinin kötüye kullanımlara açık olması, öneri amacıyla bağdaşmaz.

3.4.2. Tazminat ve Sigorta

Kötüye kullanım fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi, hâlihazırda uygulanan bir uluslararası hukuk tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, 2004 tarihli “Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 12. maddesi kapsamında, diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiilleri neticesinde; “ölüm”, “yaralanma”, “mala zarar verme” ve “kayıp” şeklinde zararlar meydana gelirse, bunların tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu tedbir, kötüye kullanım fiillerine karşı olumlu bir gelişme olmakla birlikte yetersizdir.

⁹⁶² Hassan, 2011: 21.

⁹⁶³ Pakistan, Raymond Davis'in casus olduğunu açıklamıştır. Bu kapsamda casusluk silahlı çatışmalar döneminde bile yasaklanmıştır. Barış döneminde ve diplomatik ilişkilerin sürdüğü bir dönemde casusluğa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, bunun devletin egemenliği ve içişlerine karışma yasağı içerisinde değerlendirilmesi gerekir, bkz. Gözlügöl, 2013: 121; Ward, 1977: 658; Diplomasi temsilcilerinin uymak zorunda oldukları yükümlülüklerden bir tanesi kabuleden devlet hakkında hukuka uygun şekilde bilgi toplamak ve değerlendirmeler yapmaktır. Diplomasi temsilcileri sahip oldukları yetki sınırları içerisinde ve kabul eden devletin iç düzenlemelerini ihlal etmeden bilgi toplayıp kendisini gönderen devletini bilgilendirebilmektedir. Fakat kabul eden devletin hukukuna aykırı şekilde elde edilen bilgiler casusluk olarak değerlendirilecektir. La Haye Sözleşmesinde geçen tanımdan da anlaşılacağı üzere casusun görevi bilgi toplamaktır. Bu bilgiler toplarken kabul eden devletin yasal engellerine takılmadan toplayabilmek için çoğu kez gönderen devletler casuslarını diplomasi temsilci olarak görevlendirmektedir, bkz. Gözlügöl, 2013: 121; Osborne, 1985: 41; Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların sağlamış olduğukoruma ile casus görevini yapabilmekte, seyahat ve hareket etme dokunulmazlığından yararlanmakta ve kabul eden devletin hukukuna riayet etmeden bilgiler toplayabilmektedir. Uygulamada kabul eden devlet böyle bir durumu tespit ettiğinde casusluk yaptığını düşündüğü diplomasi temsilcisi hakkında istenmeyen kişi ilan yapmakta ve bu kişilerin makul süreler içerisinde ülkesini terk etmelerini istemektedir. Zira casusluk uluslararası hukuku ihlal eden bir suçtur. Bir başka ifade ile gönderen devlet kâğıt üzerinde diplomatik temsilci gören ve fakat pratikte casus olan ajanı üzerinden diğer devletlerin ülke bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığına saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal etmektedir.

- Bu maddeyi ihtiva eden 2004 tarihli Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. Sözleşme, ancak bunu onaylayan devletler bakımından teamül kuralı oluşturmaları bakımından uygulanır. Bu durum henüz yeknesak bir uygulama olmadığını gösterir.
- 12. madde hükmü yalnızca hukuk davalarını kapsarken ceza davalarını kapsamaz. Hukuki davalar bakımından da yalnızca maddi zararlar istisna kapsamındadır. Bir başka ifade ile manevi zararlar bakımından yargı bağışıklığı devam etmektedir⁹⁶⁴.
- 12. madde hükmü, kötüye kullanım fiilleri neticesinde ihlal edilen insan hakları bakımından uygulama alanı bulmaz⁹⁶⁵. Örneğin, bir diplomasi temsilcisinin haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiili neticesinde ölüm, yaralanma, mala zarar ya da kayıp meydana gelirse, yargı bağışıklığı söz konusu olmayacak, ancak aynı fiilin insan haklarını ihlal etmesi halinde yargı bağışıklığı söz konusu olacaktır. Bu bir çelişkiye işaret etmektedir⁹⁶⁶.

Tazminat tedbirinin ortaya çıktığı bir diğer alan uluslararası sorumluluk kurumudur. Bu kapsamda diplomasi temsilcileri tarafından ika edilen, bir devlete ya da örgüte atfedilen haksız fiil niteliğindeki kötüye kullanım fiilleri neticesinde, mağdur devlet ya da örgüt, ortaya çıkan zararlar nedeniyle sorumlu devlete ya da örgüte başvurmakta ve zararlarının tazmin edilmesini istemektedir. Ancak uluslararası sorumluluk kurumu da tam anlamıyla ve etkin bir şekilde işletilememektedir. Şöyle ki:

- Tazmin hakkı doğuran uluslararası sorumluluk kurumu, devletlerin yargı bağışıklığı nedeniyle etkin bir şekilde işletilememektedir.
- Tarafların, uluslararası sorumluluk durumunun tespit edilebilmesi için Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmaları halinde Divan tarafından verilecek tazminat kararının uygulamaya sokulması, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri tarafından veto yetkisinin kullanılmamasına bağlıdır⁹⁶⁷. Bu da çoğu zaman tazminat tedbirinin uygulanamamasına neden olmaktadır.

⁹⁶⁴ Türkiye'de, diğer devlet uygulamalarının aksine, manevi zararlarda da, ilgili istisna hükmü uygulanarak yabancı devletin bağışıklık iddiasının reddedilmesi söz konusudur. Türkiye'deki uygulamanın diğer devletlerdeki uygulamalardan farkı, haksız fiillere ilişkin özel bir bağışıklık hükmünün olmaması nedeni ile devletin ticari işlemleri istisnası gibi haksız fiile yol açan işlemlerde de işlemin niteliğinin önem göstermesidir. Haksız fiillerde, özel bir yargısal bağ ya da sonuç olarak maddi bir zararın oluşmasına dikkat edilmemiştir. Dolayısıyla diğer devlet uygulamalarının aksine, Türk hukukunda manevi zararlarda da ilgili hükmün uygulanarak yabancı devletin bağışıklık iddiasının reddedilmesi gerekecektir, bkz. Öztürk, 2020: 161.

⁹⁶⁵ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 54. Oturum Çalışma Grubu Başkanı Raporu, 1999: 47. paragraf.

⁹⁶⁶ Fox, 2006: 401; Alebeek, 2012: 295.

⁹⁶⁷ Veto yetkisinin kullanılmayacağı istisnalar arasında Şart'ın 94. maddesinin 2. fıkrası sayılmamıştır, bkz. Birleşmiş Milletler Şartı 27. madde 3. fıkra.

- Tazminat, insan haklarını koruma maksadından uzaktır. Bu da, uluslararası sorumluluk kurumunun kendisinden kaynaklanmaktadır. Zira insan hakları “herkes” için tanınmışken, uluslararası sorumluluk yalnızca “uyruk” olan yurttaşı ya da “görevli” olan temsilciyi koruma altına alır. İnsan hakları; insan kişiliğinin ve değerinin korunmasına hizmet ederken, uluslararası sorumluluk; kötüye kullanım fiilinin meydana getirdiği zararların giderilmesine hizmet eder. Ayrıca, kötüye kullanım fiili neticesinde hakları ihlal edilen insanlar, kendi başlarına uluslararası sorumluluk kurumunu işletemezler. Bu kurum, yalnızca mağdur devlet ya da uluslararası örgüt tarafından işletilebilir. Mağdur devlet, diplomatik himayenin bütün şartları oluşsa bile bu hakkını kullanmama takdirine sahiptir⁹⁶⁸. Dolayısıyla kötüye kullanım fiilleri karşısında, hakları ihlal edilen insanların tazminat tedbirine doğrudan başvurma hakları ve takdirleri yoktur.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılabacağı üzere hâlihazırda uygulanmakta olan tazminat tedbiri, yukarıda sayılan eksiklikler nedeniyle yetersizdir. Bu eksiklikleri giderecek şekilde yeni düzenlemeler kapsamında tazminat önerisine yer verilmelidir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, özel hukuktan kaynaklanan zararlar nedeniyle diplomasi temsilcilerinin sorumlu tutulmaları önerisi isabetsizdir⁹⁶⁹. Zira böyle bir önerinin uygulanması halinde diplomasi temsilcilerin hareket serbestisi kısıtlanır. Ayrıca böyle bir yola başvuran devlete karşı, gönderen devlet tarafından da, karşılıklılık ilkesi uyarınca misilleme yapılabilir. Dolayısıyla tazminat önerisi, diplomasi temsilcileri üzerinde caydırıcılık etkisine sahip olsa da resmi görevin gereği gibi ifade edilmesine engel olabilir. Kanaatimizce bu görüş isabetsizdir. Zira diplomasi temsilcilerinin özel hukuk ilişkilerinin resmi görevle kural olarak ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla önerinin uygulanması halinde görevin gereği gibi ifa edilememesi sorunuyla karşılaşılmaz. Bu kapsamda diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiilleri nedeniyle zarara uğrayan kişilere karşı tazminat ödemelerinden sorumlu tutulabilmeleri önerisi kanaatimizce isabetlidir. Bu kapsamda, insan hakları ile uyumlu resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde tazminat önerisine açıkça ve net bir şekilde yer verilmelidir. Tazminata neden olan zararlar, maddi ve manevi zararları içermelidir.

Bu kapsamda Anglo-Amerikan düzenlemesinden örnek verilebilir. Bu kapsamda diplomasi temsilcileri tarafından verilen zararların giderilmesi için bir “Talepler Bürosu” kurulmalı, Büro diplomasi temsilcilerinin karıştığı yaralama olayının nedenlerini araştırmalıdır. Araştırma neticesinde diplomasi temsilcileri kusurlu bulunursa, Büro meydana

⁹⁶⁸ Gündüz, 2018: 444; Pazarcı, 2018: 462; Doğan, 2013: 340.

⁹⁶⁹ Açıklamalar için bkz. Dror, 2000: 42.

gelen zarara denk gelen tazminat miktarını hesaplamalıdır. Tazminatın belirlenmesi ve hesaplanması sürecine diplomasi temsilcisi de katılmalıdır. Hesaplanan tazminat, diplomasi temsilcisi tarafından değil finanse edilen “Talepler Fonu”ndan karşılanmalıdır. Tazminat, mağdura ödendikten sonra diplomasi temsilcisine rücu edilmelidir. Diplomasi temsilcilerinin rücu etmemeleri halinde istenmeyen kişi ilan edilmeleri, gönderen devlete karşı ekonomik ve siyasi baskı uygulanması vs. gibi tedbirlere başvurulmalıdır⁹⁷⁰. Kabul eden devlet ülkesinde bulunan her diplomasi temsilciliği, kendi üyelerinin sebep olduğu zararları karşılamak için bir fon açmalıdır. Fon açma taleplerine rıza vermeyen gönderen devlet temsilcileri hakkında istenmeyen kişi ilan etme yoluna gidilmelidir⁹⁷¹. Zararları karşılamak için oluşturacak fon uluslararası nitelikte olmalıdır. Bu fondan ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi için uluslararası bir arabulucu tayin edilmelidir. Ayrıca kabul eden devlet zarara neden olan kötüye kullanım fiili nedeniyle gönderen devleti ikna etmeye çalışmalı ve bu minvalde geniş bir uluslararası işbirliğine varılmalıdır⁹⁷².

2004 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde olduğu gibi tazminat talepleri bakımından forum devlet mahkemeleri ya da uluslararası mahkemeler yetkilendirilmelidir. Böylece bireylerin uğradıkları zararlara karşı mahkemeye erişim hakları işlerlik kazanacaktır. Örneğin İngiltere’de, diplomasi temsilcileri tarafından zarara uğrayan vatandaşlar, “Cezai Yaralanmalar Tazminat Kurulu”na başvurabilmektedirler. Bu uygulamanın, resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde yer verilerek yeknesaklaştırılması ve kötüye kullanım fiillerine karşı açıkça ve net bir şekilde tedbir olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁹⁷³.

Diplomasi temsilcilerinin özel hukuk alanındaki kötüye kullanım fiilleri bakımından sigorta yaptırmaları önerilmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Büyükelçilikler kendileri için zorunlu sigorta yaptırmayı kabul etmelidirler⁹⁷⁴. Bu koşul, diplomatik ilişkilerin sürdürülmesi için bir şart olarak ileri sürülmelidir. Aynı zamanda koşulları yerine getirmeyen diplomasi temsilcileri hakkında istenmeyen kişi ilanına başvurulmalıdır. Bu görüşe göre ortaya konan öneri, bireyleri diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiillerine karşı korurken aynı zamanda sınırsız sorumluluğa karşı sigorta şirketlerini de koruma altına almalıdır. Aksi takdirde sigorta şirketlerine ağır bir yük altına sokulmuş olacaktır. Ne var ki bu görüş sınırsız sorumluluğa yer verme ihtimali ve rücu etme hakkını net şekilde düzenlememesi nedenleriyle eleştirilmiştir⁹⁷⁵. Ayrıca sigorta şirketleri yüksek risk nedeniyle

⁹⁷⁰ Herdegen, 1986: 194; Morris, 2007: 616.

⁹⁷¹ Goossens, 2011: 89; Morris, 2007: 616.

⁹⁷² Dror, 2000: 43; Morris, 2007: 616.

⁹⁷³ Dror, 2000: 43; Morris, 2007: 616.

⁹⁷⁴ Öneri için bkz. Ross, 2011: 194; Goossens, 2011: 89; Morris, 2007: 616.

⁹⁷⁵ Ross, 2011: 195; Goossens, 2011: 89.

bu öneriye isteksiz yaklaşmışlardır. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe⁹⁷⁶ göre sigorta yaptırılması halinde uluslararası işbirliği sağlanmalı ve mağdur olan bireylere zarar halinde sigortacıya başvurma hakkı tanınmalıdır. Zararın doğması halinde doğrudan sigortacıya başvurulması hali de diplomasi temsilcileri bakımından ayrıcalık ve bağışıklıkların hala devam ettiğine işaret sayılmalıdır⁹⁷⁷. Kanaatimizce, ileri sürülen bu görüşler yetersiz görünmektedirler. Hangi zararların karşılanacağı, hangi limite kadar karşılanacağı ve bunlara karşı diplomasi temsilcilerinin itiraz hakkı olup olmadığından bahsedilmemiştir. Ayrıca sigorta şirketlerinin rücu hakkını nasıl kullanacaklarına dair bir öneri de sunulmamıştır. Bu soruları veya eksikleri tamamlayacak şekilde resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında sigorta tedbirine de yer verilmelidir.

3.4.3. Tahkim

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık içeren düzenlemelerin yeniden ele alınması önerileri arasında tahkim tedbiri de bulunmaktadır. Şöyle ki, diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararları tespit etmek ya da belirlemek için tahkimin yetkili kılınması gerektiği görüşleri ileri sürülmüştür⁹⁷⁸. Nitekim uluslararası hukuk tahkim kurumuna yabancı değildir. Bu noktada tahkimin faydalarını ve eksik kalan yanlarını açıklığa kavuşturmak gerekir. Faydalar şu şekilde sıralanabilir⁹⁷⁹:

- İlk olarak, tahkim tarafsız ve nihai olarak bağlayıcıdır.
- İkinci olarak, tahkim süreci esnektir.
- Üçüncü olarak, tahkim ihtilaf konusu tartışmalı alanda bir uzmanın atanmasını gerektirir. Bu da demek oluyor ki, kötüye kullanım fiillerine ilişkin olayların tahkime intikal etmesi halinde tahkimde diplomasi hukuku uzmanı veya uzmanları yer alacaktır.
- Dördüncü olarak, tahkim süreci tercihen gizli olarak yürütülmektedir.
- Beşinci olarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın aksine tahkim şartları öngörürse özel kişiler veya tüzel kişiler sürece taraf olabilmektedirler. Bunun olumlu yanı, mağdurların isteklerini doğrudan hakeme iletebilme olanağının doğmuş olmasıdır.
- Altıncı olarak, tahkim sürecinde birçok konuda (hakemlerin atanması, uygulanacak hukuk vs.) tarafların belirleyici olmaları, tahkim neticesinde verilecek karara riayet edilmesini güçlendiren bir sebeptir.

⁹⁷⁶ Sebastian, 2010: 18.

⁹⁷⁷ Dror, 2000: 44.

⁹⁷⁸ Açıklamalar için bkz. Dror, 2000: 44.

⁹⁷⁹ Acer ve Kaya, 2021: 477 vd. Dror, 2000: 44; Doğan, 2013: 319 vd.; Pazarcı, 2018: 501 vd.

- Yedinci olarak tahkim, mahkeme işleyişine göre daha hızlı ve pratiktir.
- Sekizinci olarak, tahkim yasanın çok katı uygulanması yerine daha pragmatik uygulanması imkanı verir. Bu da taraflar bakımından tahkimi adil görme ve kabul etme hissi yaratabilecektir.

Bununla birlikte tahkim bazı doğal eksikliklere de sahiptir⁹⁸⁰.

- İlk olarak, ihtilafın tarafı olan devletler ya da uluslararası örgütler çözüm için kendilerini üçüncü kişi konumundaki hakeme teslim edeceklerdir. Bu da çoğu zaman isteksizliğe neden olabilir. Tahkime gidilmesi için rıza unsurunun kurucu unsur olduğu da hesaba katıldığında tahkimin işletilememesi gibi bir sonuçta ortaya çıkabilecektir.
- İkinci olarak tahkim kararlarının uygulanabilmesi tarafların sorumlu davranışlarına bağlıdır. Tahkime bağlı uygulama mekanizması bulunmamaktadır. Özetle, bu sebeplerden ötürü eskiden yaygın olan uluslararası tahkim uygulaması bu doğal eksiklikler nedeniyle günümüzde genellikle özel hukuk kişilerinin arasındaki ihtilaflarda uygulanmaktadır.

Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar getiren düzenlemelerde tahkime rastlanmaktadır. Örneğin, Avrupa Konseyi ile özel kişiler arasında temin edilen mal ve hizmetler ya da taşınmaz mallar ile ilgili bir anlaşmazlık ortaya çıkarsa, Bakanlar Komitesi'nin onayı ve Genel Sekreter'in idari emriyle tahkime gidilebilir⁹⁸¹. Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması'nda da tahkim ile ilgili hüküm bulunmaktadır. Şöyle ki, Birleşmiş Milletler ile Amerika Birleşik Devletleri düzenlemeleri ve uygulamaları arasında bir ihtilaf çıkarsa ihtilafı hakem çözecektir. İhtilafı çözmekle yetkili hakem üç kişiden oluşacaktır⁹⁸². Üç kişilik hakem üyelerinden biri Genel Sekreter tarafından, diğeri Amerika Birleşik Devletleri tarafından, geriye kalan hakem ise seçilen iki hakem tarafından seçilir. Seçilen iki hakem, üçüncü hakemi seçemezse, Uluslararası Adalet Divanı Başkanı üçüncü hakemi seçer⁹⁸³. İhtilaf ile ilgili hakemden gelecek neticeye kadar Birleşmiş Milletler düzenlemeleri geçerli olacaktır⁹⁸⁴.

Jus cogens kurallarının ihlal edilmesi durumunda da tahkime başvurulabilmektedir. Şöyle ki; Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre jus cogens aykırı andlaşma hükümleri mutlak butlan ile sakattır⁹⁸⁵. Andlaşmanın tarafları jus cogens kuralına aykırı andlaşmanın geçersizliğini bir "bildirim" ile birbirlerine bildireceklerdir. Bu bildirim

⁹⁸⁰ Dror, 2000: 45; Doğan, 2013: 327; Acer ve Kaya, 2021: 477; Pazarcı, 2018: 508 vd.

⁹⁸¹ A.K. Genel Andlaşması 21. madde.

⁹⁸² Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 8. madde 21. bölüm.

⁹⁸³ Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 8. madde 21. bölüm.

⁹⁸⁴ Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşması 3. madde 8. bölüm.

⁹⁸⁵ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde.

ertesinde “andlaşmayı askıya alma”, “andlaşmayı sona erdirme”, “andlaşmadan çekilme”, “andlaşmayı geçersiz kılma” tedbirleri alınabilir. Ancak bildirim yapılan devlet tarafından bildirime itiraz edilirse, o zaman Birleşmiş Milletler Şartı madde 33 kapsamında; “görüşme”, “soruşturma”, “arabuluculuk”, “uzlaştırma”, “tahkim” ve “yargısal çözüm” gibi barışçıl çarelere başvurulacaktır. Bildirime yapılan itirazın ileri sürülmesinden itibaren 12 ay içerisinde uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözülememesi hâlinde, uyuşmazlığın her bir tarafı bunu bir dilekçe ile Uluslararası Adalet Divanı’nın kararına sunabilir. Ancak taraflar yapacaklar bir andlaşma ile uyuşmazlığı Divan’a değil tahkime götürmeye karar verebilirler⁹⁸⁶. Buradan hareketle, temel insan haklarının jus cogens niteliğe haiz olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu kuralları ihlal eden bir andlaşmanın varlığı halinde taraflar ortak bir andlaşma ile tahkime gidebilirler. Bu kapsamda kötüye kullanım fiilleri neticesinde ihlal edilen temel insan hakları bakımından tahkime tedbir olarak yer verilmesi önerisi yeni bir öneri değildir.

Aynı şekilde Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından geçici olarak kabul edilen “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslak içerisinde tahkime yer verilmiştir⁹⁸⁷. Şöyle ki; diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların belirlenmesi ve uygulanması hususlarına değinilmiştir. Taraf devletler, ayrıcalık ve bağışıklıkların belirlenmesi ve uygulanması hususunda anlaşamazlarsa 6 ila 12 hafta arasında birbirleri ile müzakereler yoluyla anlaşmaya çalışacaklar. Netice çıkmazsa, taraflardan biri hakeme ya da Uluslararası Adalet Divanı’na başvurabilecektir. Bu başvuru neticeleninceye kadar forum devleti, yargılamayı ertelemek zorundadır. Bu noktada getirilen hükümler uluslararası mahkemelerin işleyişini etkilemeyecektir.

Kanaatimizce, uygulamayı yeknesaklaştırmak için resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde tahkime bir tedbir olarak yer verilmelidir. Bu kapsamda, hakem önüne gelen bir uyuşmazlıkta resmi görevin tanımını yapıp sınırlarını çizecek, ardından temel insan haklarını ihlal eden fiilin resmi görev kapsamında olup olmadığını saptayacaktır. Eğer fiil, resmi görev kapsamında değilse bu fiile ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacak ve bu fiile karşı telafi edici çarelere hükmedilecektir.

Resmi görevle sınırlandırma önerisi içerisinde yer verilmesi gereken tahkimin birtakım zayıflıklara sahiptir. Tahkime başvuru şartının rızaya dayanması, kuralların taraflarca belirlenmesi, sürecin esnek olması ve tahkim neticesinde verilecek kararın uygulanmasını

⁹⁸⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 66. madde.

⁹⁸⁷ “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslak 17 ve 18. maddeler.

sağlayacak mekanizmanın yok olması hususları bu kapsamda sayılabilir. Bu sebeple, tahkimin bu zayıflıklara cevap verecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

3.4.4. Uluslararası Mahkeme

Tez çalışması içerisinde temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine karşı çözüm olarak resmi görevle sınırlandırma önerisine yer verilmiştir. Bu öneri içerisinde de “meşru savunma”, “tazminat ve sigorta” ve “tahkim” tedbirlerine yer verilmiştir. Şu halde; fiilin resmi görev kapsamında olup olmadığı, bu kapsamda; meşru savunma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, tazminat ve sigorta durumlarında kusur ve tazminat miktarının nasıl belirleneceği, tahkim kararlarına karşı itiraz edilemeyeceği hususlarında yetkili mercinin kim olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Gönderen ya da kabul eden devlet veya örgüt makamlarına yetki tanımak bu yetkinin kötüye kullanılmasına neden olabilir⁹⁸⁸. Bu kapsamda Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından geçici olarak kabul edilen “Devlet Temsilcilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı Taslağa değinilmelidir. Taslak, 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul etmiştir. Taslağın 7. maddesine göre “soykırım”, “insanlığa karşı suçlar”, “savaş suçları”, “ırkçılık”, “işkence” ve “zorla kaybolma” suçları bakımından diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar geçerli olmayacaktır. Bir başka ifade ile bu suçları işlemekle suçlanan devlet görevlileri, bu suçları resmi sıfatla işleseler dahi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanamayacaklardır. Bu suçlar bakımından, forum devleti mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Tek istisna, forum devletinin yargılama yapma yetkisini, görevlinin devletine devretmesi halidir. Bu düzenleme bakımından diploması temsilcisi, ilgili suçlar bakımından, suçu işlediği ülke mahkemeleri tarafından yargılanacaktır. Bu ülke, genellikle kabul eden devlet olacaktır. Bu kapsamda kendisine ya da insanına karşı suç işlenen kabul eden devletin bu yargılamada adil ve tarafsız olacağı hususu tartışmalıdır.

Bu kapsamda, kanaatimizce, üzerinde ittifak sağlanmış, üyelerini üye olan devletler ile uluslararası örgütlerin seçtiği, kararları bağlayıcı olan bir uluslararası mahkeme düşünülmelidir.

Doktrinde bir görüşe⁹⁸⁹, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin yetkili kılınması gerekir. Ancak bu görüş kendi içerisinde sorunlu görünmektedir. Bunun nedeni Mahkeme Statüsü’nün 2 ve 98. maddelerinde⁹⁹⁰ yer almaktadır. Statü’nün 2. maddesine göre Mahkeme’nin yargı

⁹⁸⁸ Bu öneri henüz Taslak halindedir. Genel Kurul’a sunulmamıştır.

⁹⁸⁹ Värk, 2003: 118.

⁹⁹⁰ 1-) Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik bağışıklığı konusunda, uluslararası hukuk

yetkisi ikincil niteliktedir. Uygulamada devletler yargı yetkilerini kullandıkları için Mahkeme'nin ikincil nitelikteki yargı yetkisi devreye girmez. Statü'nün 98. maddesine göre Mahkeme'nin diploması temsilcilerini yargılayabilmesi için gönderen devletin rızası gerekmektedir. Ancak uygulamada bu rıza genellikle temin edilemediği için Mahkeme'nin yargı yetkisi yine devreye girmez⁹⁹¹. Bu gerekçelerle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkili kılınabilmesi için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde değişikliğe gidilmesi gerekir. Şöyle ki; yargı yetkisinin ikincil nitelikte olduğunu ifade eden Statü'nün 2. maddesi ile yargılama yapılabilmesi için gönderen devlet tarafından rıza verilmesini şart gören 98. maddenindeğişimleri gerekmektedir. Ayrıca Mahkeme'nin yetkileri ile ilgili bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Şöyle ki, kötüye kullanım fiili ika eden diploması temsilcisinin Uluslararası Ceza Mahkemesi önüne çıkarılması, şayet gönderen devlet isteksizse, bunun nasıl gerçekleştirileceği belirsizdir. Mahkeme'nin verdiği kararın nasıl icra edileceği konusu da belirsizdir. Örneğin, Darfur Krizi nedeniyle hakkında tutuklama kararı çıkarılan Ömer el Beşir, 98. madde gereğince işbirliği gerçekleştirilemediği için tutuklanamamış, hakkında tutuklama kararı varken, birçok ülkeye resmi seyahatler yaparak devlet başkanlarının sahip oldukları ayrıcalık ve bağışıklıklarından yararlanmışır⁹⁹². Kanaatimizce, öneriler kapsamında, Uluslararası Ceza Mahkemesi diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılmasına karşı yetkili kılınacaksa, kötüye kullanım fiillerinin tadadı olarak listelenmesi, olayın Mahkeme'ye nasıl intikal edeceği netleştirilmesi ve Mahkeme tarafından verilecek hükmün nasıl icra edileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca bu konularda Mahkeme'nin yetkisi ikincil olmak yerine asli olmalı ve 98. maddede yer alan rıza şartı da kaldırılmalıdır.

uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, üçüncü devletten bağışıklığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edememiş ise, devam ettirmez.

2-) Mahkeme, teslim etme talebiyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, Mahkeme'ye şahsı göndermesi gereken devletin rızasının arandığı bir konuda, uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Mahkeme, gönderen devletin şahsı teslim etmeyi kabul etme konusunda işbirliğini elde etmemiş ise devam ettirmez.

⁹⁹¹ “Birçok yazara göre Statünün 27. maddesi yargı yetkisinin tüm kişiler üzerinde olduğunu, kişilerin pozisyonunun önemli olmadığını belirtmesine rağmen Statünün 98. maddesi madde 27 ile çelişmektedir. Çünkü 98. maddeye göre işbirliği elde edilememişse ve uluslararası bağışıklıklarla ilgili aykırı durum teşkil ediyorsa talepte bulunulan devlet tutuklama ile ilgili bir eylem gerçekleştirmeyebilir” açıklamalar için bkz. Şimşek, 2015: 161; ayrıca bkz. Bayıllıoğlu, 2007: 58 vd.; Taşkın, 2017: 283 vd.; Värk, 2003: 119; Ayrıca ifade etmek gerekirse “...bütün devletleri ilgilendiren bu türden suçları sabit olan diplomatların diplomatik dokunulmazlığı sona ermiş kabul edilmeli ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü kapsamında yargılanmalıdır” düşüncesine sahip olan Gözlügöl'ün (Gözlügöl, 2013: 119) bu görüşü Statü'nün 98. maddesi nedeniyle mümkün görünmemektedir.

⁹⁹² Şimşek, 2015: 161.

Doktrinde bir başka görüşe göre Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkili kılınması gerekir⁹⁹³. Zira Divan'ın yargı yetkisi devletlerin rızasına bağlıdır. Önceden yapılacak bir andlaşma ile rıza verilebileceği gibi sonradan özel bir yetki ile de rıza verilebilir. Uluslararası Adalet Divanı'na başvuru rızaya dayalı iken başvuru sonucu Divan'ın vereceği kararlar bağlayıcıdır. Öyleyse öneriler kapsamında Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkili kılınması doğru olacaktır. Ancak bilindiği üzere Uluslararası Adalet Divanı'na sadece devletler başvurabilmektedir. Dolayısıyla diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiillerine maruz kalan kişinin doğrudan Divan'a başvurma hakkı yoktur. Bu durumda, kabul eden devletin diplomatik kaygılarla kötüye kullanım fiillerine karşı Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmaktan kaçınması halinde mağdur kişi zararının karşılığını alamayacaktır.

Avrupa Birliği düzeni içerisindeki Avrupa Birliği Adalet Divanı, sahip olduğu yetkilerle kötüye kullanım fiillerine karşı etkin yetkilere sahiptir. Bu kapsamda kötüye kullanım fiilleri nedeniyle Birlik ile Birlik personeli arasında ortaya çıkacak ihtilaflarda Divan tam yetkilidir⁹⁹⁴. Bunun dışında ve Avrupa Birliği genel düzenlemeleri içerisinde Divan'ın kötüye kullanımlara karşı birtakım yetkileri vardır. Örneğin Avrupa Birliği personellerinin görev esnasında ve fakat resmi görev dışı kötüye kullanım oluşturan fiilleri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerekir⁹⁹⁵. Bu noktada sözleşme dışı sorumluluk vardır ve zarara uğrayan kişiler mahkeme önünde, üye devletler ise Divan önünde dava açabilirler. Anlaşılabileceği üzere Birlik personellerinin kötüye kullanım fiilleri karşısında Divan'ın önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici karar verme yetkileri vardır⁹⁹⁶. Bu durum istisna bir duruma işaret etmektedir. Zira diğer uluslararası örgütlerde bu tür yetkilere sahip mahkemelerin eksikliği söz konusudur. Örneğin, Birleşmiş Milletler bakımından Uluslararası Adalet Divanı var ise de, kötüye kullanım fiilleri karşısında hakları ihlal edilen bireylerin, yukarıda ifade edildiği üzere Divan'a başvurma yetkileri yoktur⁹⁹⁷. Ayrıca, Avrupa Konseyi Statüsü ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kötüye kullanımlar ile ihlal edilen haklar neticesinde önüne gelen davalarda çoğu defa ayrıcalık ve bağışıklıkların varlığı nedeniyle ihlal kararı verememektedir⁹⁹⁸. Buna karşın Avrupa Birliği Adalet Divanı ise sahip olduğu yetkiler ile kötüye kullanımlara karşı alınan en etkin tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla beraber Avrupa Birliği Adalet Divanı evrensel nitelikte bir mahkeme olmayıp bölgesel

⁹⁹³ Dror, 2000: 40; Sebastian, 2010: 19.

⁹⁹⁴ A.B. 7 Numaralı Protokol 11. madde.

⁹⁹⁵ Avrupa Birliği İşleyişine İlişkin Andlaşma 340. madde.

⁹⁹⁶ Wessel, 2013: 20.

⁹⁹⁷ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 34. madde.

⁹⁹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Srebrenitsa Anneleri – Diğerleri ve Hollanda", Başvuru Numarası: 65542/12, 27.06.2013.

nitelikte bir mahkemedir. Bu kapsamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın sahip olduğu yetkilere benzer, insan hakları ile uyumlu resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında iş yapacak evrensel yetkilere sahip bir mahkeme gerekmektedir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe⁹⁹⁹ göre Uluslararası Adalet Divanı veya Uluslararası Ceza Mahkemesi yerine resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında iş yapacak yetkili yeni bir Uluslararası Diplomatik Ceza Mahkemesi kurulmalıdır. Bu Mahkeme sürekli nitelikte olup yargı yetkisi zorunlu olmalıdır. Hem savcılık makamı hem de savunma makamı ile yargılamanın soruşturma ve kovuşturma aşaması bu Mahkeme eliyle yürütülmelidir. Ayrıca Mahkeme'ye para cezası verme ve diplomasi temsilcilerini kendi imkânlarıyla hapsedme yetkileri verilmelidir. Böylece Mahkeme hem yerel kovuşturmalardan doğacak ön yargıları engellemiş olacaktır hem de yerel kovuşturmalardan dolayı diplomatik ilişkilerin kesilmesi riskini azaltmış olacaktır.

Bununla birlikte bir başka görüşe¹⁰⁰⁰ göre Uluslararası Diplomatik Ceza Mahkemesi'nin kuruluş nedeni başka bir sebebe dayanmaktadır. Bu görüşe göre Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisi sadece medeni hak talepleriyle ilgili olduğu için ayrıca Uluslararası Diplomatik Ceza Mahkemesi kurulmalıdır. Mahkemenin yargılama yapacağı suçlar listelenmelidir. Örneğin; cinayet, tecavüz, saldırı, işkence gibi şiddet suçlarını yargılayacak Mahkeme taraf devletlerin çeşitli hukuk uzmanlarından oluşacak ve ayrıca tarafsız muamele sözü verecektir. Böylece coğrafi ve kültürel ön yargılar ortadan kalkmış olacaktır. Mahkeme'nin amacı, adil yargılanmayı temin etmek ve adaleti sağlamak olacaktır. Yine, diplomasi temsilcisinin mağdura ödenmek üzere Mahkeme'ye tazminat ödemesini sağlayacak kişisel bir hesabı olmalıdır. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere bu görüşe¹⁰⁰¹ göre Mahkeme diplomasi temsilcisini hapsedme gücüne sahip olacak ve böylece suç niteliğindeki kötüye kullanım fiillerine karşı caydırıcı olabilecektir.

Kanaatimizce, Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Uluslararası Adalet Divanı yerine yalnızca kötüye kullanım fiilleri bakımından yargılama yapacak Uluslararası Diplomatik Ceza Mahkemesi kurulmalıdır. Bu kapsamda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların insan hakları ile uyumlu ve resmi görevle sınırlı tanınmasını teftiş ederek bağlayıcı karar alma yetkisi ile donatılmalıdır. Resmi görevle sınırlandırma önerisi kapsamında meşru savunma şartlarının oluşup oluşmadığını, tazminat ve sigorta ödeneğine hükmedilip edilmeyeceğine, tarafların talep etmesi halinde tahkim kararlarının kesin olarak incelenmesine yetkili olmalıdır. Bu görevleri yerine getirecek olan işbu Mahkeme'de görev yapacak yargıçların seçilme

⁹⁹⁹ Ross, 2011: 195; Morris, 2007: 620.

¹⁰⁰⁰ Goossens, 2011: 93.

¹⁰⁰¹ Goossens, 2011: 93.

prosedürleri üye devletleri kapsayıcı olmalı ve yargıçların bağımsızlığı sağlanmalıdır. Ayrıca Mahkeme'nin yargılayacağı kötüye kullanım fiillerinin listesi, kötüye kullanım durumunun Mahkeme'ye intikal etme yöntemi, verilecek cezaların nasıl uygulanacağı da netleştirilmelidir. Bu şekliyle Uluslararası Diplomatik Ceza Mahkemesi önerisine yer verilmelidir, kanaatindeyiz.



SONUÇ

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiili, resmi görevle ilgisi olmayan, temel insan haklarını ihlal eden haksız bir fiildir. Bu kapsamda kötüye kullanım fiilinin unsurları “resmi görev” , “haksız fiil” ve “temel insan haklarıdır”.

Tez çalışması içerisinde “resmi görevden” kastedilen husus, diplomatik görev ile diplomatik yükümlülüklerdir. Görev ile yükümlülükler, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan sözleşmelerde ayrıntılı olarak düzenlenmişlerdir. Diploması temsilcilerinin resmi göreve riayet etmeleri ve buna uygun davranmaları gerekmektedir. Zira diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar, resmi görevin gereği gibi ifası için tanınmıştır (işlevsel gereklilik teorisi). Uluslararası düzenlemelerde ayrıntıları ile yer verilen resmi görevler arasında kötüye kullanım fiilleri bulunmamaktadır. Şu halde; kötüye kullanım fiillerine diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmamalıdır. Ne var ki; uygulamada, kötüye kullanım fiillerine de ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır.

Kötüye kullanım fiili, diploması temsilcileri tarafından ika edilen dolayısıyla bir uluslararası hukuk kişisine isnat edilen aynı zamanda bir uluslararası yükümlülüğü ihlal eden haksız bir fiildir. Bu haksız fiil, gönderen ya da kabul eden uluslararası hukuk kişilerinin iç hukukundan ya da iç düzenlemesinden bağımsız olup uluslararası niteliktedir. Haksız fiil neticesinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluk, bu fiile neden olan tüm uluslararası hukuk kişilerini bağlar. Bağlayıcılık, ihlal edilen kuralın jus cogens niteliğini haiz olmasından kaynaklanmaktadır. Daha açık bir ifade ile haksız fiil neticesinde temel insan hakları ihlal edilmektedir, temel insan haklarının bir kısmının jus cogens niteliğini haiz oldukları kabul edilmektedir. Jus cogens kuralları, uluslararası normlar hiyerarşisinin en tepesinde, öncelikle uygulanan kurallardır. Bu kurallar ile ihtilaf halindeki düzenlemeler batıldır. Şu halde, haksız fiil neticesinde ihlal edilen konu jus cogens niteliğini haiz insan hakları kuralları olduğu için meydana gelen sorumluluk ilgili tüm uluslararası hukuk kişileri için bağlayıcıdır.

Jus cogens niteliğini haiz olmayan temel insan haklarının ihlal edilmesi halinde kötüye kullanım fiilinin varlığından bahsedilse bile bu kapsamda uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından sorumluluğun işletilmesi, tedbirlerin alınması ve uluslararası hukuk kişilerinin riayetinin sağlanması mümkün görünmemektedir. Bu sebeple tez çalışması bakımından, kötüye kullanım fiillerinin ihlal ettiği konu, jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ile sınırlandırılmıştır.

Kötüye kullanılan konu diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardır. Bunlar resmi görev için tanınmasına rağmen uygulamada resmi görev dışında da kullanılmaktadırlar.

Uygulamada resmi görev dışı kötüye kullanım fiillerine de diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaktadır. Kötüye kullanım fiilleri ile jus cogens niteliğini haiz temel insan hakları ihlal edildiğinden ötürü bu durum uluslararası hukuk sistemi içerisinde ciddi bir soruna işaret etmektedir.

Diplomatik ayrıcalık ile diplomatik bağışıklıklar aynı anlamı ihtiva etmemektedir. Bunlar arasında belirgin farklar bulunmaktadır. Genel olarak ayrıcalıklar, kabul eden devletin yasalarından ve düzenlemelerin özünden muaf olmak anlamına gelir. Diploması temsilcilerinin sahip olduğu ayrıcalıklar, onlara uluslararası hukuk tarafından verilmez. Bu haklar, onlara kabul eden devletin iç hukuku tarafından verilir. Örneğin, “gümrük muafiyeti”, “vergi muafiyeti” buraya girer. Ayrıcalık türleri için ilgili düzenlemelerde; “muafiyet” (exemption) ya da “imtiyaz” (prerogative) kavramları kullanılmaktadır. Örneğin “sosyal güvenlik muafiyeti” ve “kişisel hizmetlerden muafiyet” vb.. Bağışıklıklar, ayrıcalıklardan farklı olarak yerel yasaların esassından bağışık tutulmayı sağlamaz ancak yargılama ve icra işlemlerinden prosedürel bir koruma sağlar. Bağışıklık niteliği taşıyan düzenlemelerde “dokunulmazlık” (inviolable) ve “serbesti” kavramları da kullanılmaktadır, örneğin, “kişi dokunulmazlığı”, “bina dokunulmazlığı”, “arşiv ve evrak dokunulmazlığı”, “haberleşme serbestisi” vs. Uluslararası sözleşmelerde tanınan bağışıklık türleri, ayrıcalık türlerinden daha fazladır. Bu kapsamda bağışıklıklar, ayrıcalıklardan daha fazla kötüye kullanılmaktadırlar. Bunun yanı sıra bağışıklık türlerinin tamamı kötüye kullanıma açıkken, ayrıcalık türlerinin yalnızca bir kısmı kötüye kullanıma açıktır. Bu sebeple ayrıcalıklar için “bağışıklıktan vazgeçme” gibi bir tedbire yer verilmemiştir.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması fiili herkes tarafından ika edilemez. Bu fiil yalnızca belirli kimseler tarafından ika edilebilir. Bu fiil; merkezde yetkili olan “devlet başkanları”, “hükümet başkanları” ve “dışişleri bakanları” ile dışarıda yetkili olan “diploması temsilcileri” tarafından ika edilebilmektedir. Yine bu fiil; resmi görevin başladığı ve sona erdiği bir zaman dilimi arasında ika edilebilir. Aksi durum, kötüye kullanım fiili olarak adlandırılmaz.

Uluslararası hukuk, 20. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren insan hakları ile yakından ilgilenmiştir. Uluslararası düzenlemeler ile insan haklarının uluslararası düzeyde korunması söz konusu olmuştur. Bu yeni yaklaşım ile devletlerin ulusal yetki sınırları içerisinde değerlendirilen insan haklarının bu vasfı değişmiştir. Devletler artık insan haklarını istedikleri gibi düzenleyemez, kısıtlayamaz, değiştiremezler. Devletlerin meşruiyeti, insan haklarını temin ettikleri ölçüde vardır. Ayrıca devletlerin insan haklarını koruma yükümlülükleri vardır. Bu değişen anlayışla beraber, uluslararası hukuk sistemi içerisinde temel insan haklarının bir

kısımının jus cogens niteliğini haiz oldukları kabul edilmiştir. Jus cogens kuralları, uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan, öncelikle uygulanan kurallardır. Bu kurallar ile ihtilaf halindeki düzenlemeler batıldır. Bu gelişmeler, uluslararası hukukun insan hakları kurallarını en üstün değer olarak tanımladığını göstermektedir. Bununla beraber aynı uluslararası hukuk, kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmesine sessiz kalmaktadır. Bu durum, uluslararası hukuk sistemi içerisinde bir çelişkiye işaret etmektedir. Bu çelişkinin devletlerin irade ve uygulamaları ile yakından ilişkisi bulunmaktadır.

Uluslararası toplum, iç hukukun yarattığı toplum modelinin aksine yatay bir toplum modeli içermektedir. Bu toplumun, kural olarak başlıca aktörü devletlerdir. Uluslararası örgütler de, uluslararası hukuk kişisi olmalarına rağmen bunlar da devlet iradesi ile kurulduğundan aynı sonuca ulaşılabilir. Bu kapsamda uluslararası toplumu oluşturan devletler, egemen ve eşittirler. Devletler üzerinde bağlayıcı yetkileri bulunan yasama, yürütme ve kural olarak zorunlu yargı yetkisine sahip güç bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk kuralları da devletlerin irade ve uygulamaları neticesinde şekillenmektedir. Bu durum, uluslararası hukuk kurumlarına da yansımıştır. Şu halde, uluslararası hukuk sistemi içerisinde var olan çelişkinin, bir başka ifade ile kötüye kullanım fiilleri ile temel insan haklarının ihlal edilmesi hususunda sessiz kalınmasının, devletlerin irade ve uygulamaları ile yakından bir ilişkisi vardır. Zira devletlerin irade ve uygulamaları; bir yandan insan haklarını kutsarken, diğer yandan insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanımaktadır.

Rönesans'tan günümüze diplomasi temsilcilerinin görevleri, görev süreleri, diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarının kapsamı genişlerken; bunlara karşı alınacak tedbirlerde bir genişleme olmamıştır. Bu durum, devletlerin bilinçli tercihini yansıtmaktadır. Aynı zamanda diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanıyan sözleşmelerin genelinde etkin tedbirlere yer verilmemesi de bunun başka bir tezahürüdür. Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından jus cogens niteliğini haiz temel insan haklarının jus cogens niteliğini haiz olmayan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklara göre öncelikle uygulanması gerekirken devletlerin irade ve uygulamaları tam aksi yönde şekillenmektedir. Uluslararası sorumluluk ile devletlerin yargı bağışıklığı istisnasının işletilememesi de aynı şekilde düşünmeye zorlamaktadır. O düşünce şudur: devletler, temel insan haklarını ihlal eden kötüye kullanım fiillerine ayrıcalık ve bağışıklık tanımaktadırlar, temel insan hakları ihlallerine karşı tedbir alınması hususunda isteksizdirler.

Bu anlayış, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 20 Temmuz 2017 tarihinde geçici olarak kabul edilen “Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı” adlı

Taslak ile değişmeye başlamıştır. Ancak değişim kelimesi, Taslak maddeleri okunduğunda, fazla iddialı bir kelime olarak kabul edilmelidir. Zira Taslağa göre; “Soykırım”, “İnsanlığa Karşı Suçlar”, “Savaş Suçları”, “İrkçilik”, “İşkence” ve “Zorla Kaybolma” suçları bakımından diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınmayacaktır. Bir başka ifade ile kötüye kullanım fiilleri yalnızca altı suçla sınırlanmış, bunun dışında meydana gelecek kötüye kullanım fiilleri için herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa uygulamada bu altı suç dışında da meydana gelen kötüye kullanım fiilleri ile temel insan hakları ihlal edilebilmektedir. Bu kapsamda Taslağın bir değişime işaret ettiği söylenebilir de yetersiz olduğu çok açıktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; uluslararası hukuk sistemi içerisinde bir yandan temel insan hakları kutsanırken diğer yandan kötüye kullanım fiilleri ile bunların ihlal edilmesine sessiz kalınması ciddi bir çelişkiye işaret etmektedir. Zira temel insan hakları jus cogens niteliğini haizken diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar bu vasfa haiz değildir. Uluslararası normlar hiyerarşisi bakımından temel insan hakları kurallarının uygulanması, bu kurallara yönelen ihlallere karşı önleyici, cezalandırıcı ve telafi edici tedbirler alınması ve uluslararası hukuk kişilerinin buna riayetinin sağlanması gerekmektedir. Hâlihazırdaki uygulamalar ve bu uygulamalar üzerinden şekillenen uluslararası düzenlemeler üzerinden bu amaca ulaşılamaz. Bu kapsamda uluslararası bir mutabakat ile yeni bir düzenleme yapılması zorunludur. Yeni düzenleme içerisinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların temel insan hakları ile uyumlu olacak şekilde resmi görevle sınırlandırılması önerisine yer verilmesi gerekmektedir.

Uluslararası bir mutabakatla yapılacak yeni bir düzenleme içerisinde resmi görevle sınırlandırma önerisine yer verilmesi başlı başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu önerinin uygulamaya yansımaları sağlayacak bir takım düzenlemelere de yer verilmesi gerekmektedir. Örneğin, tez çalışmasının sınırları dışında kalsa da, konsolosluk görevlileri için tanınan ayrıcalık ve bağışıklıklar resmi görevle sınırlı olarak tanınmış olsa bile uygulama bu yönde şekillenmemiştir. Bir başka ifade ile uygulamada konsolosluk görevlilerinin kötüye kullanım fiillerine de ayrıcalık ve bağışıklık tanınmıştır. Şu halde; resmi görevle sınırlandırma önerisinin uygulamaya yansımaları sağlayacak kurumlara da ihtiyaç vardır. Bu kurumlar; “meşru savunma”, “tazminat”, “sigorta”, “tahkim” ve “uluslararası mahkeme” olarak sıralanabilir. Bu kapsamda resmi görevle ilgisi olmayan kötüye kullanım fiilini durdurmak, tekrarını engellemek ve suç işlenmesini önlemek amacıyla orantılı bir şekilde meşru savunmaya başvurulabilmelidir. Bu durum resmi görev kapsamında olmayan fiiller için tedbir olarak kabul edilebilir. Diplomasi temsilcilerinin kötüye kullanım fiilleri neticesinde ortaya çıkan zararları tazmin etmeleri zorunlu olmalıdır. Tazminat tedbiri, meydana gelen zararı

telafi edici bir tedbir olarak düşünülebilir. Aynı zamanda kötüye kullanım fiilini ika edebilecek kimselerin sigorta yaptırma zorunluluğu olmalı, bunların kötüye kullanım fiilleri neticesinde verdiği zararların sigortadan karşılanması önü açılmalıdır. Kötüye kullanım fiilinin var olup olmadığı, varsa buna karşı alınacak tedbirlerin ne olacağı hususunda, ihtilafın taraflarının kabulü ile tahkimin yetkilendirilmesi de kabul edilmelidir. Resmi görevle sınırlandırma önerisi ve bu önerinin uygulamaya sokulması bakımından önerilen kurumların işlerliğini denetlemek ve bununla ilgili kesin kararlar vermek amacıyla Uluslararası Diplomatik Ceza Mahkemesi kurulmalıdır.



KAYNAKÇA

Kitaplar

- Acer, Y. ve Kaya, İ. (2021). *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*. Seçkin, Ankara.
- Akehurst, M. (1982). *A Modern Introduction to International Law*. Fourth Edition, Cambridge.
- Aksar, Y. (2012). *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*. Seçkin, Ankara.
- Alsan, Z. M. (1947). *Devletler Hukuku Dersleri*. Siyasal Bilgiler Okulu Yayınları, Ankara.
- Barker, J. C. (2006). *The Protection of Diplomatic Personnel*. Ashgate Publishing Company, UK.
- Bayram, M. H. (2016). *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*. Seçkin, Ankara.
- Bozkurt, E. Poyraz, Y. ve Erdal S. (2018). *Devletler Hukuku*. Legem Yayıncılık, Ankara.
- Caşın, M. (2013). *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*. Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Çakmak, C. (2014). *Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama*. Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa.
- Çelik, E. (1980). *Milletlerarası Hukuk Cilt I*. İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Denza, E. (2008). *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Oxford University Press, Oxford.
- Doğan, İ. (2013). *Devletler Hukuku*. Astana Yayınları, Ankara.
- Dominice, C. (1997), *L'ordre Juridique International Entre Tradition et Innovation*. (Ed. J. Belhumeur ve L. Condorelli), Graduate Institute Publications, Paris.
- Dror, B. A. (2000). *Human Rights Meet Diplomatic Immunities: Problems And Possible Solution*. Harvard Law School, Cambridge, [https://ilmc.univie.ac.at/uploads/media/Benasher - Human Rights meet Diplomatic Immunities.pdf](https://ilmc.univie.ac.at/uploads/media/Benasher_-_Human_Rights_meet_Diplomatic_Immunities.pdf), (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Ergüven, S. N. (2013). *Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar ve ABD'nin Tahran'daki Diploması Temsilcileri ile Konsolosluk Görevlileri Davası*. (Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan I. Cilt). Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.
- Fox, H. (2006). *International Law*. (Ed: Malcolm D. Evans). Oxford University Press, Oxford.
- Fox, H. ve Webb, P. (2013). *The Law of State Immunity*. Oxford University, New York.
- Frey, L. S. ve Frey, M. L. (1999). *The History Diplomatic Immunity*. Ohio State University, Ohio.
- Gözler, K. (2018). *İnsan Hakları Hukuku*. Ekin Basın Dağıtım, Bursa.

- Grotius, H. (1967) *Savaş ve Barış Hukuku*. (Çeviren: S. L. Meray). Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Gündüz, A. (1984). *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*. Üçdal Neşriyat, İstanbul.
- Gündüz, A. (2018). *Milletlerarası Hukuk, Konu Anlatımı – Temel Belgeler – Örnek Kararlar*. Savaş Yayınevi, Ankara.
- İnalcık, H. (1999). *Türk Diplomasi Tarihinin Sorunları, Çağdaş Türk Diplomasisi: 200 Yıllık Süreç*. (Yayına Hazırlayan: İ. Soysal). Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara.
- İskit, T. (2015). *Diplomasi Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Kahf, U. (2009). “Development in the Debate over Diplomatic Immunity for Diplomats Who Enslave Domestic Workers”, *First Annual Interdisciplinary Conference on Human Trafficking*. (Ekim, 2019), University of Nebraska at Digital Commons, 1-35.
- Korff, D. (2006). *Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*. Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Belçika.
- Lauterpacht, E. Greenwood C. J. ve Oppenheimer, A. G. (1997). *International Law Reports*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Lauterpacht, H. (1933). *Function of Law in the International Community*. Clarendon Press, Oxford.
- Luban, D. J. O'Sullivan, J. R. Stewart, D. P. ve Jain, N. (2019). *International and Transnational Criminal Law*. Wolters Kluwer, New York.
- Lütem, İ. (1956). *Devletler Hukuku Dersleri I*. Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara.
- Munoz, E. (2012). *Diplomatic Immunity, A Functioning Concept In The Society Of Today?*. Human Rights Studies, Lund University, Sweden.
- Nicolson, H. (2001). *The Evolution of Diplomatic Method*. University of Leicester Press, Britain.
- Nielsen, M. F., Johansen, M. V., Welling, J. T., Preisler, N., Kamel, O. Z. (2015). *The Abuses of Diplomatic Immunity*. Roskilde University, Denmark, (<https://core.ac.uk/download/pdf/43032776.pdf>, (Erişim Tarihi: 26 Eylül 2021)).
- Oppenheim, L. F. (1912). *International Law*. Longmans, London.
- Pazarcı, H. (2018). *Uluslararası Hukuk*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Potyemkin, V. (2015). *Uluslararası İlişkiler Tarihi (Diplomasi Tarihi)*. (Çev. A. Tokatlı). Evrensel Basım Yayım, İstanbul.

- Reçber, K. (2014). *Uluslararası Hukuk*. Dora Yayınları, Bursa.
- Shaw, M. N. (2018). *Uluslararası Hukuk*. (Çeviri Ed. İ. Kaya). Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara.
- Sur, M. (2013). *Uluslararası Hukukun Esasları*. Beta, İstanbul.
- Thomas, K. R. ve Small, J. (2003). *Human Rights and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?*. Netherlands International Law Review, 50(1).
- Toluner, S. (1979). *Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- Tuncer, H. (2005). *Eski ve Yeni Diplomasi*. Ümit Yayıncılık, Ankara.
- Ünlü, F., Şimşek, A., Karaman N. (2018). *Cemal Kaşıkçı Cinayetinin Karanlık Sırları, Diplomatik Vahşet*. Turkuvaaz Kitap, İstanbul.
- Vitkauskas D. ve Dikov, G. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları*. (Çev. Av. Serkan Cengiz). Türkçe Baskı Şen Matbaa, Ankara.
- Yang, X. (2012). *State Immunity in International Law*. Cambridge University, New York.

Makaleler

- Akalanka, T. (2020). "The Evolution of the Vienna Convention on Diplomatic Relations and Consular". *NAUJILJ*, 11(1), 67-83.
- Akkutay, B. L. (2014). "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı". *TBB Dergisi*, 2014(113), 99-125.
- Aksar, Y. (2003). "Uluslararası Adalet Divanının Belçika Tutuklama Kararı Davası ve Uluslararası Ceza Hukuku". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(4), 131-146.
- Alebeek, R. (2012). "Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy): On Right Outcomes and Wrong Terms", *German Yearbook of International Law*, 55, 281-317.
- Arsava, F. (2012). "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı", *TAAD*, 1(8), 1-20.
- Barboza, J. (1999). "International Criminal Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 278, 9-199.
- Barker, J. C. (2013). "Negotiating the Complex Interface between State Immunity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy", *ICLR*, 15, 415-436.

- Bayıllıoğlu, U. (2006). “Uluslararası Adalet Divanının Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(2), 27-63.
- Bayıllıoğlu, U. (2007). “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 51-122.
- Bianchi, A. (2008). “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”. *The European Journal of International Law*, 19(3), 491-508.
- Campbell, B. (2013). “Diplomacy in the Roman World (c. 500 BC-AD 235)”. (Çev. R. Özman). *The History School*, XIV, 201-224.
- Castro, A. M. (2014). “Abuse of Diplomatic Immunity in Family Courts: There is Nothing Diplomatic About Domestic Immunity”. *Suffolk University Law Review*, XLVII, 353-371.
- Choi, W. M. (2006). “Diplomatic and Consular Law in the Internet Age”. *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, 10, 117-132.
- Coşkun, B. B. (2019). “Turkey’s Relations with Russia after the Failed Coup: A Friend in Need of a Friend Indeed?”. *New Middle Eastern Studies*, 9(1), 36-52, <https://journals.le.ac.uk/ojs1/index.php/nmes/article/view/3117/2812>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Çalık, T. (2016). “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 69-120.
- Çamyamaç, A. ve İnci, Z. Ö. (2019). “Diplomatik Kuryenin Ceza Yargısından Muafiyetinin Kapsamına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21, 197-219.
- Çeçen, A. (2013). “İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk”. *Journal of Yaşar University*, 8, 809-830.
- Damrosh, L. (2011). “Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 44, 1185-1200.
- Denk, E. (2001). “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 56-2, 43-70.
- Denza, E. (1986). “Diplomatic Agents and Missions, Privileges, and Immunities”. Bernhardt Rudolf (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law*, 9, 94-99.
- Erkiner, H. H. (2017a). “Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(2), 61 – 86.

- Erkiner, H. H. (2017b). “Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(2), 87-102.
- Goel, M., Subramanian, S., Bhatia, U. ve Mishra, U. (2020). “Murder of Jamal Khashoggi: An International Law Perspective”. *SSRN*, 1-21. <https://ssrn.com/abstract=3704213> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3704213> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Gökçe, Y. (2014). “Mutlak Yargı Bağışıklığından Sınırlı Yargı Bağışıklığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağışıklığı ve Ülkemizdeki Durum”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII(1), 92-111.
- Gözlügöl, S. V. (2013). “Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 99-127.
- Gözübüyük, S. (2018). “Osmanlı – Fransa İlişkilerinde Diplomatik Protokol Unsuru Olarak “İskemle” (XVI.-XVII Yüzyıllar)”. *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 5(6), 98-117.
- Gully-Hart, P. (1999). “The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland”. *Fordham International Law Journal*, 23(5), 1332-1343.
- Hassan, T. (2011). “Diplomatic or Consular Immunity for Criminal Offenses”. *Virgiana Journal of International Law*, 2(1), 17-39.
- Hendrapati, M. (2014). “Legal Regime of Persona Non Grata and the Namru-2 Case”. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 32, 161-171.
- Herdegen, M. (1986). “The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 46, 734-757.
- Hevener, N. K. (1986). “Reflections on the Interpretation and Application of the Law of Diplomatic Protection”. N. K. Hevener (Ed.), *Diplomacy In A Dangerous World*. Westview Press, Routledge, 1-20.
- Higgins, R. (1985). “The Abuse Of Diplomatic Privileges And Immunities: Recent United Kingdom Experience”. *Amerikan Journal of International Law*, 79(3), 641- 651.
- Higgins, R. (2012) “Equality of States and Immunity From Suit: A Complex Relationship”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 129-150.
- Hinnebusch R. ve Zartman W. (2016). “UN Mediation in the Syrian Crisis: From Kofi Annan to Lakhdar Brahimi” *International Peace Institute*, 1-23.

- İpşirli, M. (1995). “Elçi”. *Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 11, 3-15.
- İpşirli, M. (1999). “Osmanlı Devletinde “Eman” Sistemi”. *Çağdaş Türk Diplomasisi: 200 Yıllık Süreç*, (Yayına Hazırlayan: İ. Soysal). *Türk Tarih Kurumu Yayınları*, 3-34.
- Kappus, J. H. (2010). “Does Immunity Mean Impunity? The Legal and Political Battle of Household Workers Against Trafficking and Exploitation by Their Foreign Diplomat Employers”. *Case Western Reserve Law Review*, 61(1), 268-307.
- Karakoç, İ. (2006). “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 87-122.
- Kay, R. C. (1988). “United States v. Deaver: Implied and Express Waivers of Diplomatic Immunity”. *Maryland Journal of International Law*, 12(2), 258-276.
- Kıran, A. (2008). “Milletler Cemiyeti ve Ölenemeyen Savaş”, *GAU J. Soc. & Appl. Sci.*, 3(6), 19-36.
- Kirchner, V. S. (2000). “The Abuse of Diplomatic Luggage Privileges for Drug Trafficking”. (Der Mißbrauch Von Diplomatischem Gepäck Für Die Einfuhr Von Betäubungsmitteln), *SSRN*, <https://ssrn.com/abstract=1078920> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1078920> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Kodaman T. ve Akçay E. Y. (2010). “Kuruluştan Yıkılışa Kadar Osmanlı Diploması Tarihi ve Türkiye’ye Bıraktığı Miras”. *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 22, 75-92.
- Kurt, S. L. (2016). “Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması”. *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, 36, 99-127.
- Lauterpacht H. (1951). “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, *BYIL*, 28, 220-272.
- Li, B. ve Xie, W. W. (2013). “Also Concerning the Conflicts of Jus Cogens and State Immunity.” *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, 6, 178-183.
- Maginnis, V. L. (2002). “Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations”. *Brooklyn Journal of International Law*, 28(3), 988-1023.
- Meray, S. L. (1958). “Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 13(1), 79-117.

- Morris, W. G. (2007). "Constitutional Solutions to the Problem of Diplomatic Crime and Immunity". *Hofstra Law Review*, 36(2), 601-638.
- Moulier, I. M. ve Ecalé, M. A. (2002). "La Cour Internationale De Justice: Commentaires De Jurisprudence". *Quebec Journal of International Law*, 15(2), 139-166.
- Mwenda, K. (2014). "Diplomatic Immunity of Corrupt Diplomats: When the Shield Can No Longer Hold". *Southwestern Journal of International Law*, 20, 81-118.
- Nelson, M. C. (1988). "Opening Pandora's Box: The Status of the Diplomatic Bag in International Relations". *Fordham International Law Journal*, 12(3), 494-520.
- O'keefe, P. J. (1976). "Privileges and Immunities of The Diplomatic Family". *Cambridge University Press*, 25(2), 329-350.
- Odman, T. (1996). "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45(1), 131-151.
- Özcan, A. ve Muntazer, S. (2018). "İslam Hukuku Açısından Elçi Dokunulmazlığı", *Edebali İslamiyet Dergisi*, 2(4), 1-23.
- Özkan-Duvan, A. (2018). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), 660-681.
- Parker, K. ve Neylon, L. B. (1989). "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights". *Hastings International and Cooperative Law Review*, 12(2).
- Pazarcı, H. (1977). "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı". (Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, 365-379.
- Pirim, C. Z. (2012). "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme". *Public and Private International Law Bulletin*, 32(2), 147-182.
- Ren, H. ve Jin, Z. (2021). "The Limitations and Exceptions to Immunity of States Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: On ILC Draft Article 7". *Beijing Law Review*, 12, 287-304.
- Robert A. W. (1984). "Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations". *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 7(113), 113-138.
- Ross, M. S. (2011). "Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities". *American University International Law Review*, 4 (1), 172- 205.

- Sebastian, T. (2010). "Diplomatic Immunity Versus Harm to The Individual: An Attempt At Appraisal". *The GNLU Law Review*, 3(1), 1-24.
- Simma, B.ve Alston, P. (1988). "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, And General Principles". *Electronic Journal: Australian Year Book of International Law*, 12, 82-108.
- Sivrioğlu, U. T. ve Yılmaz, M. E. (2017). "İlk Çağ Uygarlıklarında Diplomasi". *U.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 10 (2), 79-227.
- Subramanian, S. R. (2017). "Abuse of Diplomatic Privileges and the Balance between Immunities and the Duty to Respect the Local Laws and Regulations under the Vienna Conventions: The Recent Indian Experience". *The Chinese Journal of Global Governance*, 3, 182-233.
- Şahbaz, İ. (2004). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği". *TBB Dergisi*, 55 (2), -1-225.
- Şimşek, M. (2015). "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Taraf Olmayan Devletler ve Devlet Başkanları Üzerindeki Yargı Yetkisi: Sudan Örneği". *IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi - Bildiriler Kitabı II*, 151-163.
- Tai, A. (2007). "Unlocking the Doors to Justice: Protecting the Rights and Remedies of Domestic Workers in the Face of Diplomatic Immunity". *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 16 (1), 177-222.
- Taşkın, O. E. (2017). "Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde Dokunulmazlık Düzenlemesi". *TAAD*, 7 (30), 273-291.
- Tatar, B. C. (2021). "Yaşam Hakkı ve Diplomatik Dokunulmazlık Bağlamında Cemal Kaşıkçı'nın Öldürülmesi". *The Journal of Diplomatic Research-Diplomasi Araştırmaları Dergisi*, 3(1), 23-36.
- Topal, A. H. (2014). "Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı". *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 49-74.
- Vandenberg, M. E. ve Bessell, S. (2016). "Diplomatic Immunity and The Abuse of Domestic Workers: Criminal and Civil Remedies in the United States". *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26, 595-633.
- Värk, R. (2003). "Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes". *Juridica International*, VIII, 110-119.
- Värk, R. (2012). "Diplomatic asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange". *University of Tartu, Faculty of Law*, 240-259.

- Ward, N. P. (1977). "Espionage and the Forfeiture of Diplomatic Immunity". *International Lawyer*, 11(4), 657-671.
- Webb, P. (2016). "The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?". *The European Journal of International Law*, 27(3), 745-767.
- Wessel, R. A. (2013). "Immunities of the European Union". *Forthcoming in International Organizations Law Review*, 10, (2), 1-20.
- Wilson, R. A. (1984). "Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 7(1) 113-138.
- Wirth, S. (2002). "Immunity for Core Crimes? The IC's Judgment in the Congo v. Belgium Case". *EJIL*, 13,(4), 877-893.
- Wright, S. L. (1987). "Diplomatic Immunity: A Proposal for Amending the Vienna Convention to Deter Violent Criminal Acts". *Boston University International Law Journal*, 117-211.
- Yalçınkaya, M. A. (2003). "Kuruluştan Tanzimat'a Osmanlı Diploması Tarihi". *Literatürü Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 1(2), 423-489.
- Zimmermann, A. (1995). "Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens- Some Critical Remarks", *Mich. JIL*, 16, 433-440.
- Zuppi, A. L. (2003). "Immunity v. Universal Jurisdiction: The Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice". *Louisiana Law Review*, 63(2), 309-339.

Tezler

- Abbas Abbas, K. M. (2019). *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar*. Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya.
- Ata, E. (2017). *Uluslararası Hukukta Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklar*. Yüksek Lisans Tezi. Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon.
- Balcı, G. (2021). *Uluslararası Hukukta Hukuka Aykırı Eylem Ve Diplomatik Özür*. Yüksek Lisans Tezi. Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Programı, Ankara.

- Başkaracaoğlu, E. (2011). *Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” (Emredici Kurallar.)* Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Baştan, Y. (2016). *Diplomaside Alan Genişlemesi: Dijital Diplomasi.* Yüksek Lisans Tezi. Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Çanakkale.
- Bostan, F. V. (2020). *Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu Ve İç Savaş: Yemen Ve Libya Örnekleri.* Yüksek Lisans Tezi. Yalova Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Enstitü Bilim Dalı, Yalova.
- Büyük, M. E. (2017). *Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması.* Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Çatal, B. (2015). *Küresel Diplomasi: Prexenos’tan Dijital Diplomasiye.* Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Konya.
- Dabanlıoğlu – Alanur, N. (2019). *Uluslararası Hukukta Devlet Başkanlarının Yargı Bağımsızlığı ve Cezai Sorumluluğu.* Doktora Tezi. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan.
- Dal, U. (2019). *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi.* Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul.
- Demir, B. (1999). *II. Mahmud Devrinde Berlin Sefarethanesi’nin Yeniden Açılması ve Elçi Olarak Atanan Kamil Paşa’nın Faaliyetleri.* Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Bölümü, Yakınçağ Tarihi, İstanbul.
- Dvornyicsenko, N. (2017). *The Specific Aspects of Privileges and Immunities of Diplomatic Agents in International Law: Theory and Practice.* Doktora Tezi. Faculty of Law and Political Sciences, Doctoral School of Law and Political Sciences, Budapest.
- Emir, N. (2020). *Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı Ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları.* Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- Erdem, M. (2016). *Devletin Jus Cogens Kurallara Aykırı Faaliyetleri Kapsamında Yargı Bağımsızlığı.* Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.

- Ergüven, N. S. (2008). *Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar*. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- Erkiner, H. H. (2008). *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu*. Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Erson-Asar, B. N. (2013). *Devlet Görevlilerinin Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Yabancı Ceza Yargılamasından Bağışıklığı*. Doktora Tezi. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Erten, M. E. (2016). *UAD'nin Almanya – İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağışıklığı*. Doktora Tezi. Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale.
- Ertuğrul, Ü. E. (2011). *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülük İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*. Doktora Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Ankara.
- Erülker, C. (2015). *Understanding The Reform Process of The Ottoman Diplomacy: A Case Of Modernization*. Yüksek Lisans Tezi. The Department of European Studies, Middle East Technical University – School of Social Sciences, Ankara.
- Franey, E. H. (2009). *Immunity, Individuals and International Law, - Which Individuals are immune from the Jurisdiction of National Courts under International Law*. Doktora Tezi. London School of Economics – The Department of Law, London.
- Goossens, S. (2011). *Diplomatic Immunity: An Argument for Re-evaluation*. Yüksek Lisans Tezi. University of KwaZulu-Natal, Pietermaritzburg.
- Hesenova, L. (2018). *Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma*. Yüksek Lisans Tezi. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya.
- Kara, R. (2020). *Amerika Birleşik Devletleri Jasta Kanun Hükümlerine Göre Teröre Destek Veren Devletlerin Yargı Bağışıklığı*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Keskin, S. (2018). *Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu*. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Kırkbeşoğlu, N. (2010). *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.

- Mangır, D. Ş. (2011). *Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens (Buyruk) Kurallar*. Doktora Tezi. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Kırıkkale.
- Osborne, J. S. Jr. (1985). *Diplomatic Privilege and Immunity Abuse and Exploitation By The International Terrorists*. Yüksek Lisans Tezi. Master of Arts İn National Security Affairs, Naval Postgraduate School, California, USA.
- Öztürk, B. A. (2020). *Uluslararası Hukukta Yabancı Devletin Yargı Bağıışıklığı*. Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, İstanbul.
- Tan, M. (2005). *Diplomatik Temsilcinin Yargı Bağıışıklığı*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.
- Wanyela, C. S. (2014). *Diplomatic Privileges And Immunities: A Critical Analysis of The Vienna Convention On Diplomatic Relations (1961)*. Yüksek Lisans Tezi. International Studies to the Institute of Diplomacy and International Studies, University of Nairobi, Nairobi, Kenya.
- Zharmukhanbetova, N. (2010). *Dış Politika Aracı Olarak Diplomasi ve Kazakistan Cumhuriyeti Örneğinde Kurumsal Diplomasi*. Yüksek Lisans Tezi. Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İzmir.

Raporlar

- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. (1999). *Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağıışıklığına İlişkin Sözleşme – 54. Oturum Çalışma Grubu Başkanının Raporu*. 47, 48. paragraflar. A/C.6/54/L.12. United Nations Publications, New York. <https://www.un.org/law/cod/sixth/54/summary.htm> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (1949). *Yearbook of the International Law Commission*. United Nations Publications, New York. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (1956). *Yearbook of the International Law Commission*. United Nations Publications, New York. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (1957). *Yearbook of the International Law Commission*. United Nations Publications, New York.

- https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1957_v1.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (1966). *Yearbook of the International Law Commission*. United Nations Publications, New York. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf (Erişim, 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (1989). *Yearbook of the International Law Commission*. United Nations Publications, New York. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1989_v2_p2.pdf, (Erişim 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (2008). *Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Kolodkin'in Başlangıç Raporu*, 1. paragraf. A/CN.4/601. United Nations Publications, New York. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_601.pdf (Erişim 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (2010). *Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Kolodkin'in İkinci Raporu*, 90-93. paragraflar. A/CN.4/631. United Nations Publications, New York. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_631.pdf (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (2016). *Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Beşinci Raporu*, 10, 17, 23, 31, 42, 44, 86, 235, 236 paragraflar. A/CN.4/701. United Nations Publications, New York. <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/701>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (2018). *Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Altıncı Raporu*, 5. paragraf. A/CN.4/722. United Nations Publications, New York. <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/72> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu. (2020). *Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısından Bağışıklığı Üzerine Raportör Hernandez'in Sekizinci Raporu*" 16, 31. paragraflar, A/CN.4/739. United Nations Publications, New York. <https://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/739> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- The Report of the Redress Trust. (2005). *Immunity v. Accountability: Considering The Relationship Between State Immunity And Accountability For Torture And Other serious International Crimes*. The Redress Trust, UK. <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Dec-05-Immunity-v-Accountability.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).

Mahkeme Kararları

- Alman Bölge Yüksek Mahkemesi, “*Hussein v. Germany*”, 11. paragraf, Başvuru Numarası: 1330/1999, 16.5.2000.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, “*Mahamdia ve Cezayir*”, (19.7.2012), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0154&from=EN> (Erişim Tarihi: 10.2.2021).
- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Deweere - Belçika*”, 48 - 54. paragraflar, Başvuru Numarası: 6903/75, 27.2.1979.
- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Doğu Afrikalı Asyalılar –İngiltere*”, Başvuru Numarası: 4403/70, 10.10.1970.
- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Golder - Birleşik Krallık*”, 26 - 40. paragraflar, Başvuru Numarası: 4451/70, 21.2.1975.
- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, “*Van Droogenbroeck - Belçika*”, 79 - 80. paragraf, Başvuru Numarası: 7906/77, 05.07.1979.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Al-Adsani v. United Kingdom*”, 61 – 63. paragraflar, Başvuru Numarası: 35763/97, 21.11.2001.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Ashingdane - Birleşik Krallık*”, 55 - 60. paragraflar, Başvuru Numarası: 8225/78, 28.5.1985.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Bentham - Hollanda*”, 40 - 41. paragraflar, Başvuru Numarası: 8848/80, 20.10.1985.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*C. N. - Fransa*”, 77. paragraf, Başvuru Numarası: 67724/09, 11.10.2012.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Fadeyeva - Rusya*”, 116 - 134. paragraflar, Başvuru Numarası: 55723/00, 9.6.2005.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Ganci - İtalya*”, Başvuru Numarası: 41576/ 98, 30.10.2003.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Hatton - Birleşik Krallık*”, 116 - 130 paragraflar, Başvuru Numarası: 36022/97, 8.7.2003.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Jones and others v. United Kingdom*”, 204 – 206. paragraflar, Başvuru Numarası: 34356/06, 02.07.2014.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Kurt - Türkiye*”, 123. paragraf, Başvuru Numarası: 9763/12, 25.5.1998.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*L.C.B. - Birleşik Krallık*”, 36. paragraf, Başvuru Numarası: 23413/94, 09.06.1998.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere - Belçika*”, 54 – 61. paragraflar, Başvuru Numarası: 7238/75, 23.6.1981.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*McCann ve Diğerleri - Birleşik Krallık*”, Başvuru Numarası: 18984/91, 05.09.1995.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Osman - Birleşik Krallık*”, 115 - 122 paragraflar, Başvuru Numarası: 23452/94, 28.10.1998.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Paul ve Audrey Edwards - Birleşik Krallık*”, 69- 87 paragraflar, Başvuru Numarası: 46477/99, 14.3.2002.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Rantsev - Kıbrıs ve Rusya*”, 281 – 282. paragraflar, Başvuru Numarası: 25965/04, 07.01. 2010.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Siliadin - Fransa*”, 116, 122, 123. paragraflar, Başvuru Numarası: 73316/01, 26.07.2005.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Srebrenitsa Anneleri – Diğerleri ve Hollanda*”, Başvuru Numarası: 65542/12, 27.06.2013.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Waite and Kennedy v. Germany*”, 116 – 121. paragraflar, Başvuru Numarası: 26083/94, 18.2.1999.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Z ve diğerleri - Birleşik Krallık*”, 3. paragraf, Başvuru Numarası: 29392/95, 10.5.2001.
- Florida Eyalet Mahkemesi, “*H.r.h. Prince Turki Bin Abdulaziz, et al., Plaintiffs-appellees, v. Metropolitan Dade County*” (18.9.1984), Justia Us Law, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/741/1328/90583/>(Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- İtalyan Yargıtayı, “*Mario LuizLozano v. the General Prosecutor for the Italian Republic*”, 6. paragraf, Başvuru Numarası: 31171/2008, 24.07.2008.
- İtalyan Yüksek Mahkemesi, “*Ferrini v. Federal Republic of Germany*”, 674. paragraf, Başvuru Numarası: 5044, 11.03.2004.
- Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, “*Jean Kambanda Davası*”, (4.9.1998), <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict97-23/trial-judgements/en/980904.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Demokratik Kongo Cumhuriyeti – Belçika Kararı - 14 Şubat 2002*”, (2002), <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*11 Nisan Tutuklama Kararı Davası*”, 53. paragraf, (13.12.2000), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/13743.pdf>(Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Devletlerin Yargı Bağımsızlığı*” (Almanya v İtalya: Yunanistan), 58, 95. paragraf, (03.02.2012), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, [143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf \(icj-cij.org\)](http://www.icj-cij.org/docket/files/143/20120203-JUD-01-00-EN.pdf)(Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).

- Uluslararası Adalet Divanı, “*Kamerun ve Nijerya Arasındaki Kara ve Deniz Sınırına İlişkin Dava*”, (11.6.1998), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/94/094-19980611-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler (Yeni Başvuru 2002) (Demokratik Kongo Cumhuriyeti - Kongo)*”, 46. paragraf, (3.2.2006), ICJ Reports of Judgments, Advisory, Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/en/case/126>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler*”, 190. paragraf, (26.11.1984), I.C.J. Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Sığınma Davası (Kolombiya – Peru)*” (20.11.1950), ICJ Reports of Judgment Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Tahran Rehinelere Davası*”, 62, 79. paragraf, (24.5.1980), ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Adalet Divanı, “*Barcelona Traction Davası*” 33 ve 34 paragraflar, (24.7.1964), ICJ Reports of Judgments, Advisory, Opinions, and Orders, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).
- Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, “*Doğu Grönland’ın Yasal Statüsü, (Danimarka - Norveç)*”, (5.4.1933), https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 20 Ekim 2021).

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Tayfur YUMUŞAK
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Reyhanlı Lisesi
Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı
Tez Konusu	Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi
Yabancı Dil / Diller	İngilizce (iyi), Arapça (orta)
BİLİMSEL FAALİYETLER	
Yumuşak T., (2021) “Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırılması Sorunu ve Türkiye Bakımından Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt (16)174, 325-345.	
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Hatay Barosu (2014/2015 dönemi avukatlık stajı)
Çalıştığı Kurumlar	Ankara Barosu (2019’dan günümüze faal avukatlık)