



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

BÜYÜK DAİRE

KONONOV – LETONYA

(Başvuru no. 36376/04)

SONKARAR

STRAZBURG

17 Mayıs 2010

Bu sonkarar kesindir, fakat yazım düzeltmelerine tabi tutulabilir.

Kononov – Letonya davasında,
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire olarak aşağıdaki
yargıçlarla toplanmıştır:

Başkan: Jean-Paul Costa,

Üyeler: Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Ireneu Cabral Barreto,

Dean Spielmann,

Renate Jaeger,

Sverre Erik Jebens,

Dragoljub Popović,

Päivi Hirvelä,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Mihai Poalelungi,

Nebojša Vučinić,

Alan Vaughan Lowe *Ad hoc* yargıç,

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı: Michael O’Boyle.

20 Mayıs 2009 ve 24 Şubat 2010 tarihlerinde kapalı müzakere yapan
Mahkeme, 24 Şubat 2010 tarihinde aşağıdaki kararı kabul etmiştir.

USUL

1. Bu dava, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesine göre, bir Rus vatandaşı olan Bay Vasiliy Kononov (“başvurucu”) tarafından 27 Ağustos 2004 tarihinde Letonya Cumhuriyeti’ne karşı Mahkeme’ye yapılan bir başvurudan (no. 36376/04) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, Riga’da avukatlık yapan bay M. Ioffe tarafından temsil edilmiştir. Letonya Hükümeti (“davalı Hükümet”), kendi temsilcisi Bayan I. Reine tarafından temsil edilmiştir. Rusya Hükümeti, Sözleşme’nin 36(1). fıkrasına göre davaya katılan olma hakkını kullanmış ve Rusya Federasyonu temsilcisi bay G. Matyushkin tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, özellikle 27 Mayıs 1944 tarihinde bir askeri operasyona katılmasının sonucu olarak savaş suçlarından mahkum edilmesinin, Sözleşme’nin 7. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru Mahkeme'nin eski Üçüncü Dairesine gönderilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü md. 52(1)). 20 Eylül 2007 tarihinde kabuledilebilirlik ve esas hakkında bir duruşma (İçtüzük md. 54(3)) yapılmasının ardından, bu Dairenin aşağıdaki üyelerinden oluşan heyet tarafından kısmen kabuledilebilir bulunmuştur: *Başkan:* Boštjan M. Zupančič, *Üyeler:* Corneliu Bîrsan, Elisabet Fura-Sandström, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, David Thór Björgvinsson ve Ineta Ziemele, ayrıca Daire Yazı İşleri Müdürü Santiago Quesada.

5. Yukarıda belirtilen şekilde oluşan Daire 24 Temmuz 2008 tarihinde, üçe karşı dört oyla, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine ve başvurucaya adil karşılık verilmesine hükmetmiştir.

6. Davalı Hükümet, 24 Ekim 2008 tarihli bir yazıyla, Sözleşme'nin 43. maddesine göre davanın Büyük Daire önüne getirilmesini istemiştir. 6 Ocak 2009 tarihinde Büyük Daire'den bir kurul, bu talebi kabul etmiştir (Mahkeme İçtüzüğü md. 73).

7. Büyük Daire, Sözleşme'nin 27(2) ve (3). fıkraları ile İçtüzüğün 24. maddesine göre oluşturulmuştur. Letonya bakımından seçilmiş yargıç Ineta Ziemele Büyük Daire'ye katılmaktan çekilmiş (İçtüzük md. 28) ve davalı Hükümet, Oxford Üniversitesi'nde Uluslararası Kamu Hukuku Profesörü olan Bay Vaughan Lowe'u *ad hoc* yargıç olarak görevlendirmiştir (Sözleşme md. 27(2) ve İçtüzük md. 29(1)). Üçüncü Daire'nin eski Başkanı yargıç Boštjan M. Zupančič de çekilmiş ve onun yerine yedek yargıç Nebojša Vučinić yer almıştır.

8. Büyük Daire Başkanı 6 Nisan 2009 tarihinde Litvanya Hükümetine bu davada yazılı görüş sunabilmesi için izin vermiştir (Mahkeme İçtüzüğü md. 44(3)(a)). Rusya Hükümeti de Büyük Daire önünde katılan olma (İçtüzük md. 44) hakkını kullanmıştır.

9. Başvurucu ve davalı Hükümet esas hakkındaki görüşlerini yazılı olarak bildirmişler ve Rusya Federasyonu ile Litvanya Hükümetlerinden üçüncü taraf olarak yorumları alınmıştır.

10. 20 Mayıs 2009 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük md. 59(3)).

Duruşmada şu kişiler bulunmuştur:

(a) *davalı Hükümet adına*

I. REİNE, *Temsilci,*

K. INKUŠA, *Avukat,*

W. SCHABAS, *Avukat,*

- (b) *başvurucu adına*
M. IOFFE, *Avukat*
M. ZAKARİNA, *Danışman*,
Y. LARİNE, *Danışman*,
- (c) *Rusya Federasyonu Hükümeti adına*
G. MATYUSHİN, *Hükümet temsilcisi*
N. MIKHAYLOV, *Danışman*,
P. SMIRNOV, *Danışman*.

Mahkeme Ioffe, Reine, Schabas ve Matyushin tarafından yapılan sunuşları dinlemiştir.

11. Büyük Daire Başkanı, duruşma günü başvuru ve davalı Hükümet tarafından verilen yazılı dilekçelerin dosyaya koyulmasını kabul etmiş, daha sonra Rusya Federasyonu Hükümeti bunlara cevap vermiştir.

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

12. Başvurucu 1923 yılında Letonya'nın Ludza şehrinde doğmuştur. Başvurucu özel bir kararnameyle Rusya vatandaşlığını kazandığı 2000 yılına kadar Letonya vatandaşlığında kalmıştır.

A. 27 Mayıs 1944 tarihinden önceki olaylar

13. Letonya, Ağustos 1940'ta "Letonya Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti" ("Letonya SSC") adıyla Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin ("SSCB") bir parçası haline gelmiştir. Almanya 22 Haziran 1941 tarihinde SSCB'ne saldırmıştır. Alman kuvvetlerinin ilerlemesi, SSCB kuvvetlerini Baltık bölgesini terk etmeye ve Rusya'ya doğru çekilmeye zorlamıştır.

14. O tarihte huduta yakın bir bölgede yaşayan başvurucu, bu kuvvetlerin ardından gitmiştir. Letonya 5 Temmuz 1941 tarihi itibarıyla Alman kuvvetleri tarafından istila edilmiştir. Başvurucu, SSCB'ne varmasından sonra, 1942 yılında Sovyet Ordusuna asker olarak alınmıştır. Başvurucu, Letonya Birliği ihtiyat alayında görevlendirilmiştir. Başvuru 1942 yılından 1943 yılına kadar, sabotaj operasyonları için özel eğitim almıştır. Başvurucu bu eğitim sırasında düşman hattının arkasında komando örgütlenmesinin nasıl yapılacağını ve saldırıların nasıl yönetileceğini öğrenmiştir. Başvurucu

eğitimi tamamladıktan sonra avuş rütbesine terfi ettirilmiştir. Haziran 1943'te başvurucu ve yirmi kadar asker, o tarihlerde Alman işgali altında olan Belarus'un Letonya hududuna yakın olan ve başvurucunun doğduğu bölgeye paraşütle indirilmişlerdir. Başvurucu, Alman kuvvetlerine karşı gerilla savaşıyla çarpışan bir Sovyet kuvveti olan "Partizan"  yelerinden oluşan bir Sovyet komando birliğine katılmıştır. Başvurucu Mart 1944'te iki yakın üstü tarafından bir askeri müfrezenin emrine alınmıştır. Başvurucuya göre bu müfrezenin öncelikli hedefleri, askeri tesislere, haberleşme hatlarına ve Alman ikmal noktalarına sabotajda bulunmak, trenleri raydan çıkarmak ve yerel halk arasında siyasi propaganda yaymaktır. Başvurucu 16 askeri trenin raydan çıkarılmasını sağladığını ve 42 Alman askeri hedefin havaya uçmasına sebep olduğunu iddia etmiştir.

B. Ulusal mahkemeler tarafından saptandığı şekliyle 27 Mayıs 1944 tarihindeki olaylar

15. Alman ordusu, şubat 1944 tarihinde Mazie Bati köyünde Meik ls Krupniks'e ait bir çiftlik ambarında saklanan ve başlarında Binbaşı Chugunov'un bulunduğu bir grup Partizan'ı bulmuş ve bunları yok etmiştir. Alman askeri yönetimi Mazie Bati köyündeki bazı erkeklere birer tüfek ve ikişer el bombası vermiştir. Başvurucu ve askeri birliği, köylülerin Almanlara casusluk yaptıklarından ve Chugunov'un adamlarından bazılarının düşmanın tarafına geçtiklerinden kuşkulanmışlardır. Başvurucu ve birliği, köylülerden intikam almaya karar vermişlerdir.

16. Başvurucu ve askeri birliği 27 Mayıs 1944'te, şüphe çekmemek için *wehrmacht*  niformaları giyerek ve silahlı olarak Mazie Bati köyüne girmişlerdir. Köy sakinleri o sırada Pentecost'u kutlama hazırlıkları yapmaktadırlar. Askeri birlik küçük guruplara ayrılmış ve her biri başvurucunun emriyle bir eve saldırmıştır.

17. Birkaç partizan Modests Krupniks adındaki bir çiftçinin evine giderek evde buldukları silahlara el koymuşlar, evden avluya çıkmalarını emretmişler ve evi ateşe vermişlerdir. Modests Krupniks çocuklarının önünde kendisini öldürmemeleri için yalvarınca, ormana doğru kaçmasını istemişler ve Krupniks denileni yapınca kendisine ateş açmışlardır. Krupniks ağır yaralı olarak bırakıldığı ormanın kenarında ertesini sabah  lm ştir.

18. Partizanlardan diğer iki grup, Meik ls Krupniks ve Ambrozs Buls adlı diğer iki çiftçinin evlerine saldırmışlardır. Meik ls Krupniks banyoda ele geirilmış ve ağır surette d v lm ştir. Partizanlar iki köylünün evlerindeki buldukları silahları Meik ls Krupniks'in evine götürmüşlerdir. Burada Ambrozs Buls, Meik ls Krupniks ve Krupniks'in annesine çok

sayıda kurşun sıkılmışlardır. Meikuls Krupniks ve annesi ağır surette yaralanmışlardır. Partizanlar daha sonra eve bütün çiftlik binalarına benzin dökmüşler ve ateşe vermişlerdir. O sırada dokuz aylık hamile olan Krupniks'in karısı kaçmayı başarmış, fakat partizanlar tarafından yakalanmış ve alevler içindeki evin penceresinden içeriye itilmiştir. Ertesi sabah hayatta kalan köylüler, dört kişinin kömürleşmiş cesetlerini bulmuşlardır. Bayan Krupniks'in cesedi, yanındaki yanmış bebek iskeletiyle teşhis edilmiştir.

19. Partizanlardan dördüncü gurup, Vladislavs Skirmants'ın evine gittiklerinde onu bir yaşındaki oğluyla aynı yatakta bulmuşlardır. Bir dolapta saklanmış bir tüfek ve iki el bombası bulduktan sonra, Skirmants'a avluya çıkmasını emretmişlerdir. Partizanlar daha sonra Skirmants'ın arkasından gelmekte olan karısının evden çıkmasını engellemek için dışarıdan sürgüyü çekmişler, Skirmants'ı avlunun uzak köşesine götürerek burada vurmuşlar ve daha sonra evi ateşe vermişlerdir. Partizanlardan beşinci gurup, Julinas Stirtmants'ın evine saldırmışlardır. Partizanlar bu evde bir tüfek ve iki el bombası bulduktan sonra kendisini avluya çıkarmışlar ve burada öldürmüşlerdir. Altıncı gurup Bernards Skirmants'ın evine saldırmışlar, bu evde buldukları silahlara el koymuşlardır. Daha sonra Bay Skirmants'ı öldürmüşler, karısını yaralamışlar ve evi ateşe vermişlerdir. Bay Skirmants'ın karısı ölü kocasının yanında yanarak ölmüştür.

20. Savcı, partizanların köyü talan ettiklerini (elbise ve yiyecekleri çaldıklarını) da iddia etmiş, ancak Yüksek Mahkeme Ceza İşleri Dairesi ("Ceza İşleri Dairesi") ve Yüksek Mahkeme Genel Kurulu silahlara el koyulduğuna dair tespitler yaptığı halde başka herhangi bir şeyin çalındığına dair bir tespit yapmamıştır.

C. Başvurucunun olaylara ilişkin anlatımı

21. Başvurucu, ulusal mahkemelerin olaylara ilişkin tespitlerine Daire önünde karşı çıkmış ve şunları anlatmıştır.

22. Başvurucu ölen bütün köylülerin, kadınların ve küçük bir çocuğun da aralarında bulunduğu Binbaşı Chugunov'un müfrezesini Şubat 1944'te Almanlara teslim eden vatan hainleri ve işbirlikçiler olduğu kanaatinde. Üç kadın (Meikuls Krupniks'in annesi ve karısı ile Bernards Skirmants'ın karısı) Chugunov'un müfrezesine *wehrmacht*'ların biraz ötede olduklarını söylemişler, ancak Skirmants Alman güçlerini uyarması için Krupniks'i göndermiştir. Alman askerleri köye gelmişler ve Chugunov'un müfrezesinin saklandığı ambarı otomatik silahlarla taramışlar ve bu da ambarın tutuşmasına sebep olmuştur. Chugunov'un gurubundan kaçmaya çalışan

herkes vurularak öldürülmüştür. Krupniks'in annesi cesetlerin üzerindeki paltoları çıkarmıştır. Alman askerlerinin komutanı söz konusu köylüleri yakacak odun, şeker, içki ve bir miktar para vererek ödüllendirmiştir. Meikuls Krupniks ve Bernard Skirtmants, *Schutzmänner*'dir (Alman polis yardımcılardır).

23. başvuru ve birliğindeki adamlar, 27 Mayıs 1944 tarihindeki olaylardan bir hafta kadar önce, komutandan bir çağrı almışlardır. Komutan kendilerine, *ad hoc* bir askeri mahkemenin Mazie Bati sakinlerinin Chugunov'un adamlarına ihanet ettiklerine karar verdiğini ve müfrezelerinin gidip kararı infaz etmelerini bildirmiştir. Daha açık olarak, kendilerinden "Mazie Bati köyünden altı *Schutzmänner*'in duruşmaya getirilmeleri için gidip almaları" istenmiştir. Başvuru, köylüler kendisini çocukluğundan beri tanıdıkları ve komşu köyde yaşayan anne babasının güvenliği tehlikeye gireceğinden korktuğu için operasyonu başında olmayı reddettiğini savunmuştur. Bunun üzerine komutan bu işle başka bir partizanı görevlendirmiş ve işte bu diğer partizan Mazie Bati operasyonu sırasında emirleri vermiştir.

24. Başvuru 27 Mayıs 1944 günü kendi birliğindeki adamları izlemiştir. Başvuru köye girmemiş, fakat Modests Krupniks'in evini görebildiği bir çalılığın arkasına gizlenmiştir. Kısa bir süre sonra çılgınlık ve silah sesleri duymuş ve duman çıktığını görmüştür. Bir çeyrek saat sonra, partizanlar yalnız dönmüşlerdir. İçlerinden biri kolundan yaralanmıştır. Bir diğer partizan, köylülerin evlerinden el koyulan altı tüfek, on el bombası ve çok sayıda mermi taşımaktadır. Birliğindeki askerler daha sonra kendisine, verilen görevi yapamadıklarını çünkü köylülerin "kendilerine ateş ederek kaçtıklarını ve Almanların geldiğini" söylemişlerdir. Başvuru kendi birliğinin Mazie Bati köyünü talan ettikleri iddiasını reddetmiştir. Üsse döndüklerinde, aranan kişileri ele geçiremedikleri için partizanlar komutan tarafından ağır surette cezalandırılmışlardır.

D. Daha sonraki olaylar

25. Temmuz 1944'te Kızıl Ordu Letonya'ya girmiş ve 8 Mayıs 1945 Letonya SSCB kuvvetlerinin kontrolüne geçmiştir.

26. Başvuru savaşın sona ermesinden sonra Letonya'da kalmıştır. Başvuru askeri faaliyetleri nedeniyle, SSCB'nde en yüksek ödül olan Lenin Madalyası ile ödüllendirilmiştir. Başvuru Kasım 1946'da Sovyetler Birliği Komünist Partisi'ne katılmıştır. Başvuru 1957 yılında SSCB İçişleri Bakanlığı Akademisi'nden mezun olmuştur. Başvuru daha sonra ve 1988 yılında emekliye ayrılncaya kadar, Sovyet polis kuvvetlerinin çeşitli branşlarında rütbeli olarak görev yapmıştır.

27. Letonya SSC Yüksek Konseyi, 4 Mayıs 1990 tarihinde “Letonya Cumhuriyeti’nin Bağımsızlığının İadesi Bildirisi”ni kabul etmiştir. Bu bildiri, Letonya’nın 1940 yılında SSCB’ne katılmasının hukuka aykırı ve geçersiz olduğunu ilan etmiş ve 1922 tarihli Anayasanın temel hükümlerini yeniden yürürlüğe sokmuştur. Yüksek Konsey aynı gün, “Letonya’nın İnsan Hakları Belgelerine Katılmasına İlişkin Bildiri”yi kabul etmiştir. “Katılma”, söz konusu belgelerde yer alan değerlerin tek taraflı olarak kanunen kabulü anlamına gelmektedir. Bildiride adı geçen birçok Sözleşme, daha sonra Letonya tarafından imzalanıp yerleşik usule göre onaylanmıştır.

28. İki başarısız darbe (*coups d’état*) girişiminden sonra, Yüksek Konsey 21 Ağustos 1991’de derhal yürürlüğe giren ve tam bağımsızlığı ilan eden Letonya Cumhuriyeti Anayasasını geçirmiştir.

29. Letonya Parlamentosu, 22 Ağustos 1996 tarihinde, “Letonya’nın İşgali Hakkında Bildiri”yi kabul etmiştir. Bildiri, Letonya’nın 1940 yılında SSCB tarafından ilhak edilmesini “askeri işgal” ve “hukukdışı katılım” olarak nitelendirmiştir. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, ülkenin Sovyetler tarafından yineden ele geçirilmiş olmasından, “işgalci rejimin yeniden kurulması” olarak söz etmiştir.

E. Başvurucunun mahkûm edilmesi

1. Birinci soruşturma ve yargılama

30. Letonya’da bulunan Totalitarizmin Sonuçları Dokümantasyon Merkezi Temmuz 1998’de, 27 Mayıs 1944 tarihindeki olay hakkında bir soruşturma dosyasını Letonya Başsavcılığına vermiştir. Başvurucu Ağustos 1998’de savaş suçları işlemekle suçlanmıştır. Ekim 1998’de başvurucu Riga Merkez İlk Derece Mahkemesi önüne çıkarılmış ve tutuklanmasına karar verilmiştir. Aralık 1998’de nihai iddianame düzenlenmiş ve dosya Riga Bölge Mahkemesine gönderilmiştir.

31. Riga Bölge Mahkemesi önündeki duruşma 21 Ocak 2000 tarihinde yapılmıştır. Başvurucu suçlu olmadığını söylemiştir. Başvurucu, 27 Mayıs 1944 tarihindeki olaylar hakkında kendi anlatımını tekrarlamış ve saldırıdaki bütün mağdurlarda *Schutzmänner* silahları bulunduğunu vurgulamıştır. Başvurucu olaylara şahsen katıldığı iddiasını reddetmiştir. Başvurucu, bunun tersini söyleyen basında çıkan yazılar dahil çeşitli belgeler hakkında, kendi şan ve şöhreti ile o tarihteki menfaatleri için tarihsel olayların çarpıtılmasına bilerek izin verdiğini söylemiştir.

32. Bölge Mahkemesi dosyada başvurucunun suçluluğuna dair bol miktarda delil bulunduğunu ve başvurucunun Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi (“UAM”), 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi (IV) ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) kurallarını ihlal eden eylemlerde bulunduğunu

tespit etmiştir. Başvurucu 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesindeki suçları işlemekten suçlu bulunmuş ve altı yıl hapis cezası verilmiştir. Bu karara karşı hem başvurucu ve hem de savcı üst başvuruda bulunmuştur.

33. Ceza İşleri Dairesi, söz konusu kararı 25 Nisan 2000 tarihinde bozmuş ve ek soruşturma yapması talimatıyla dosyayı Başsavcılığa geri göndermiştir. Ceza İşleri Dairesi, Bölge Mahkemesinin karar gerekçesinde boşluklar bulunduğu ve özellikle Bölge Mahkemesi'nin Mazie Bati köyünün “işgal altındaki ülkede” kalıp kalmadığı, başvurunun “muharip” ve mağdurların “muharip olmayan” kişiler olarak görülüp görülmeyecekleri ve Alman askeri yönetiminin köylüleri silahlandırmış olmasının, yakalanmaları halinde kendilerini “savaş esiri” haline getirip getirmeyeceği gibi temel sorunları çözmediği sonucuna varmıştır. Ayrıca savcılık tarih ve uluslararası ceza hukuku uzmanlarına danışmış olmalıydı. Ceza İşleri Dairesi başvurunun hemen salıverilmesine karar vermiştir.

34. Yüksek Mahkeme Genel Kurulu, hukuki sorunlar hakkında sadece mahkemelerin karar verebilecekleri gerekçesiyle uzmanlara danışmaya ilişkin hükmü kaldırdıktan sonra, savcılığın üst başvurusunu 27 Haziran 2000 tarihli bir kararla reddetmiştir.

2. İkinci soruşturma ve yargılama

35. Yeni bir soruşturmanın ardından, başvurucu 17 Mayıs 2001 tarihinde bir kez daha 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesine göre suçlanmıştır.

36. Latgale Bölge Mahkemesi, davaya bakmış ve 3 Ekim 2003 tarihinde başvurucuyu savaş suçlarından beraat ettiren ama üç yıldan on beş yıla kadar hapis cezası olan eşkiyalık suçundan (1961 tarihli Ceza Kanununun 72. maddesi) suçlu bulmuştur.

Bölge Mahkemesi, 1940 yılındaki olaylar ile Alman işgalinin bir sonucu olarak Letonya'nın kendini içinde bulduğu durumu analiz ettikten sonra, başvurunun “işgal kuvvetlerinin bir temsilcisi” olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Tam tersine başvuru, Nazi Almanyası'nın işgalci güçlerine karşı ülkesinin özgürlüğü için savaşıdır. Letonya SSCB tarafından ihlak edildiğinden, başvurunun eylemi Sovyet hukukuna göre değerlendirilmelidir. Ayrıca başvuru, bir gün “Sovyet işgal kuvvetlerinin bir temsilcisi” olarak görülebileceğini makulce önceden göremezdi. Bölge Mahkemesi, Mazie Bati operasyonu ile ilgili olarak, köylülerin Alman askeri yönetimiyle işbirliği yaptıklarını ve Partizanlardan oluşan Chugunov gurubunu *wehrmacht*'a teslim ettiklerini ve Partizanlar birliği içinde kurulan bir *ad hoc* askeri mahkemenin hükmü gereğince köye saldırıda bulunulduğunu kabul etmiştir. Bölge Mahkemesi ayrıca, Mazie Bati köyünden altı erkeğin öldürülmesinin gerekli görülebileceğini ve askeri

düzen bakımından haklı bulunabileceğini kabul etmiştir. Ancak Bölge Mahkemesi bu haklılığın, üç kadının öldürülmelerini ve köydeki yapıların yakılmasını kapsamadığını, bu eylemlerden başvurucunun komutan olarak sorumlu olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak hem başvuru ve hem de adamları *ad hoc* askeri mahkemenin hükmünün dışında eylemlerde bulunduklarından, başvuru ve adamları tam olarak sorumlu oldukları eşkiyalık suçunu işlemişlerdir; fakat bu suç zamanaşımına uğramıştır.

37. Her iki taraf bu karara karşı Ceza İşleri Dairesine başvurmuşlardır. Başvuru, başka şeylerin yanında, Sözleşme'nin 7(1). fıkrasına da dayanarak, kanunun kendisine geriye yürürlü olarak uygulandığını iddia etmiş ve bütün suçlardan beraatini istemiştir. Savcılık ise Bölge Mahkemesinin birkaç tane ciddi maddi ve hukuki hata yaptığını ileri sürmüştür. Bölge Mahkemesi Letonya'nın SSCB tarafından ilhak edilmesinin 1922 tarihli Letonya Anayasasına ve uluslararası hukuka aykırı olduğu ve böylece bu durumun hukuka aykırı bulunduğu ve Letonya Cumhuriyeti'nin *de jure* olarak varlığını sürdürdüğü gerçeğini ihmal etmiştir. Dolayısıyla başvurunun 1944 yılındaki tutumu Sovyet hukuku yerine Letonya ve uluslararası hukuk açısından analiz edilebilir ve edilmelidir. Savcılık ayrıca Bölge Mahkemesinin davadaki delilleri değerlendirme biçimini de eleştirmiştir. Savcılığa göre Bölge Mahkemesi, sadece hiçbir delille desteklememiş olan değil ama aynı zamanda delillerin gösterdiklerine de aykırı bulunan başvurunun bir dizi iddiasına dayanmıştır. Bölge Mahkemesi özellikle, Mazie Bati'dan köylülerin Chugunov'un partizanlarının *wehrmacht* tarafından temizlenmelerine yardım eden Alman askeri yönetiminin silahlı işbirlikçileri oldukları; başvurunun birliğinde bir *ad hoc* Partizan Mahkemesinin kurulmuş olduğu ve Mazie Bati operasyonunun bir yargısız infaz değil ama köylüleri yakalama operasyonu olduğu şeklinde başvurunun iddialarına dayanmıştır.

38. Ceza İşleri Dairesi 30 Nisan 2004 tarihinde verdiği bir kararda, savcılığın başvurusunu kabul etmiş, Latgale Bölge Mahkemesi, hükmünü bozmuş ve başvuruycuyu 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesindeki suçları işlemiş olmaktan suçlu bulmuştur. Ceza İşleri Dairesi, delilleri inceledikten sonra, şunları kaydetmiştir:

“... Böylece V. Kononov ve kendisinin kumanda ettiği Partizanlardan oluşan özel bir grup, köylülere kendilerini savunmak için verilmiş olan silahları çalmışlar ve biri hamileliğinin sonunda olan üç kadının da aralarında bulunduğu altı kişiyi canlıyken yakmak suretiyle, toplam dokuz sivil köylüyü öldürmüşlerdir. Ayrıca iki çiftliği de yakmışlardır.

V. Kononov ve komutası altındaki Partizanlar, ... çarpışmada yer almamış olan Mazie Bati köyündeki dokuz sivil kişiye saldırmakla, silahlarını çalıp onları

öldürmekle, aşağıda gösterilen savaş hukukunu ve teamüllerini korkunç bir şekilde ihlal etmişlerdir:

– karada savaş hukuku ve teamülleriyle ilgili olup bütün uygar milletleri bağlayan ve sivil nüfustan kişileri haince öldürmeyi ve yaralamayı yasaklayan 18 Ekim 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 23. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi; her neyle olursa olsun savunmasız köylere, yerleşim yerlerine veya binalara saldırılmasını yasaklayan 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin (IV) 25. maddesi ve aile şerefi ve hakları ile kişilerin yaşamına ve özel mülkiyetlerine saygıyı öngören 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin (IV) 46. maddesinin birinci fıkrası.

– düşmanlıkta aktif taraflardan biri olmayan kişilerin özellikle herhangi bir şekilde öldürme, sakatlama, zalimane muamele ve işkence gibi yaşama ve beden bütünlüğüne karşı şiddete tabi tutulmamasını öngören Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasıyla ilgili 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 3(1). fıkrasının (a) bendi; ... uygar halklar tarafından zorunlu görülen yargısal güvenceleri uygulayan usulüne göre oluşturulmuş bir mahkeme tarafından açıklanmış bir hüküm bulunmadıkça ölüm cezası verilmesini ve infazını yasaklayan aynı fıkranın (d) bendi; koruma altındaki kişilere karşı cinayetleri, işkenceyi ve diğer vahşice davranışları yasaklayan 32. madde; koruma altındaki bir kişinin kendisi işlemedikçe cezalandırılmayacağını öngören ve koruma altındaki kişilere ve mallarına karşı toplu cezalandırmaları, gözdağı verilmesini, yağma ve misillemeyi yasaklayan 33. madde.

– sivil nüfus kadar tek tek sivillerin de saldırı hedefi olmayacaklarını öngören ve başlıca amacı sivil nüfus içinde terörü yaymak olan şiddet eylem ve tehditlerini yasaklayan Uluslararası Çatışma Mağdurlarının Korunmasıyla ilgili yukarıdaki Sözleşmeye Ek 8 Haziran 1977 Protokolün 51(2). fıkrası; belirli bir askeri hedefe yönetilmeden ayırım gözetmeksizin saldırılarda bulunulmasını yasaklayan aynı maddenin 4. fıkrasının (a) bendi; sivil nüfusa veya sivillere karşı misilleme amacıyla yapılan saldırıları yasaklayan aynı maddenin 6. fıkrası; özellikle cinayet, işkence gibi fiziksel veya ruhsal olarak ve sakatlama şeklinde yaşama, sağlığa veya kişilerin fiziksel veya ruhsal esenliğine karşı şiddeti yasaklayan 75(2). fıkrasının (a) bendi; toplu cezalandırmayı yasaklayan aynı fıkranın (d) bendi.

V. Kononov ve Partizanları... özel bir zalimlikle ve vahşilikle hareket etmekle ve hamile bir köylü kadını canlıyken yakmakla, anne olması beklenen kadınlara özel bir koruma ve saygı gösterilmesini... öngören Sözleşmenin 16. maddesinin birinci fıkrasında gösterilen savaş hukukuna ve teamüllerine açıkça karşı çıkmışlardır.

Bunun gibi, V. Kononov ve Partizanları, köylüler... Meikuls Krupniks ve Bernards Skirtmants'a ait evleri ve diğer binaları yakmakla, askeri operasyonlar bakımından mutlaka gerekli olduğu zaman tahrip etme dışında taşınmaz malların tahribini yasaklayan Sözleşme'nin 53. madde hükümlerine ve sivil nüfusa ait mülkiyetin saldırı ve misilleme hedefi olmamasını öngören... birinci Ek Protokolün 52. maddesine aykırı davranmışlardır. ...

Yukarıda anlatılanlar ışığında, V. Kononov ve adamları tarafından işlenen fiiller, işgal altındaki topraklardaki sivilleri öldürmenin ve işkence yapmanın, özel mülkiyeti talan etmenin, askeri gereklilik nedeniyle haklı gösterilemediği halde köyleri yakıp yıkmının veya tahrip etmenin savaş hukukunu ve teamüllerini ihlal ettiğini, yani savaş suçu oluşturduğunu belirten Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkeme Şartının 6. maddesinin (b) bendi gereğince savaş suçları olarak nitelendirilmelidir.

V. Kononov ve Partizanların işlenen fiiller ayrıca, ...Cenevre Sözleşmesinin 147. maddesi anlamında ‘ağır ihlaller’ olarak nitelendirilmelidir.

Sonuç olarak ..., V. Kononov Ceza Kanununun 68-3. maddesine göre suçludur. ...

Dosyadaki belgeler, öldürülen kişilerin hayatta kalan üyelerine savaştan sonra insafsızca zulmedilmiş ve misillemeye tabi tutulduklarını göstermektedir. Letonya’nın bağımsızlığını yeniden kazanmasının ardından, öldürülen bütün kişilerin itibarları iade edilmiştir. İtibarların iadesine dair belgelerde, bu kişilerin ‘barışa veya insanlığa karşı suçlar’ işlemedikleri, ‘cezaî fiillerde bulunmadıkları... veya Nazi rejimi tarafından... yapılan siyasi baskılarda... yer almadıkları söylenmiştir.

Savaşın, yani düşmanlıklara doğrudan katılma hakkı bulunan kişilerin bir çatışmanın Tarafı olan silahlı kuvvetlerin mensupları olmasını öngören ... Cenevre Sözleşmesine Ek Birinci Protokolün 43. maddesi gereğince, V. Kononov’a söz konusu savaş suçunu düzenleyen hükümlerin uygulanabilir olduğu kabul edilmelidir.

İkinci Dünya Savaşı sırasında V. Kononov, savaşın tarafı, yani SSCB’nin silahlı kuvvetlerinin bir mensubu olup, kendisinin düzenlediği askeri operasyonlarda aktif bir rol oynamıştır.

V. Kononov, düşman hattının arkasında savaşma ve burada patlamalar meydana getirme şeklinde açık emirlerle Letonya’ya özel bir görevle gönderilmiştir. V. Kononov’un liderliğindeki müfreze gönüllülerden oluşmuş bir grup olarak görülemez; çünkü savaşın taraflardan birinin (SSCB’nin) silahlı kuvvetleri tarafından örgütlenmiş ve yönlendirilmiştir; dosyadaki deliller bu durumu kanıtlamaktadır. Yine V. Kononov’a isnad edilen suçun işlendiği tarihte, kendisi ayrıca bir muharip olarak hareket etmekte, savaşın taraflardan birinin silahlı kuvvetlerinin bir parçası olan ve askeri operasyonlara katılma yetkisi bulunan silahlı bir gurubun liderliğini yapmaktadır. ...

V. Kononov SSCB tarafından işgal edilmiş Letonya topraklarında savaşmış olup, o sırada ne çifte işgal bulunması (Almanya diğer işgalci güçtür) ve ne de SSCB’nin Hitler’e karşı koalisyonunun bir parçası olması, kendisinin savaş suçlusu statüsünü etkilememektedir...

Ceza İşleri Dairesi, Mazie Bati’da öldürülen tüm köylülerin Ceza Kanununun 68-3. maddesi... ile uluslararası hukuk hükümleri anlamında sivil olarak görülmesi gerektiği kanaatindedir.

Cenevre Sözleşmesine Ek birinci Protokolün 50. maddesi... gereğince bir sivil, bu Protokolün 43. maddesinde veya Sözleşmenin 4(A) bendinde sözü edilen kategorideki kişilerden olan bir kimse olarak tanımlanmaktadır.

Bazı kişileri sivil tanımının dışında bırakan ve belirli kategorilerdeki insanlara özgü olan yukarıdaki maddelerde tanımlanan nitelikler, öldürülen köylülere uygulanamaz.

Köylülerin silah ve mühimmat elde etmiş olmaları, kendilerini muharip haline getirmez ve bir askeri operasyon yapma niyetinde olduklarını kanıtlamaz. ...

Chugunov’un Partizanlar gurubunun Alman askeri birliği tarafından yok edildiği... kanıtlanmış ve bu durum ayrıca keşif birliği başkanlığının kayıtları tarafından da teyit edilmiştir...

Dosyada köylülerin bu operasyonda yer aldıklarına dair bir delil bulunmamaktadır.

Meikuls Krupniks'in çiftlik ambarında Partizanların bulunduğunu Almanlara söylemiş olması, kendisini 'sivil' kişi kategorisinden çıkarmaz.

Krupniks Almanya tarafından işgal edilmiş topraklarda yaşamakta olup, savaş zamanında çiftliğinde Partizanların bulunmasının hem kendisine ve hem de ailesine karşı bir tehlike oluşturduğundan kuşku yoktur. ...

Köylülerin evlerinde silah bulundurmaları ve düzenli olarak geceleri nöbet tutmaları, kendilerinin askeri operasyonlarda yer aldıklarına işaret etmez, fakat gerçek bir saldırı korkusu taşıdıklarını gösterir.

İster savaş zamanında ister barış zamanında olsun, hayatları tehlikede ise, bütün vatandaşların kendilerini ve ailelerini savunma hakları vardır.

Dava dosyası, Chugunov gurubunun dahil olduğu Partizanların sivillere karşı şiddet kullandıklarını ve böylece sivil nüfusun kendi güvenliklerinden kaygı duymalarına sebep olduklarını göstermektedir.

Mağdur [K.], Partizanların evleri talan ettiklerine ve sık sık yiyecek aldıklarına dair tanık beyanında bulunmuştur.

Partizanların suç eylemleri, komutanlar [S.] ve [Ç.]'nin raporlarında kaydedilmiştir. Bu raporlar Partizanların yerel nüfusa karşı öldürme, talan ve diğer suçları işlediklerine işaret etmektedir. Birçok kişi Partizanların gerçekten çarpışmaya girmedikleri, fakat yağma yapmak için aniden saldırdıkları izlenimine sahip olmuşlardır. ...

Dava dosyası, 1943 ve 1944'te Mazie Bati'da öldürülen köylülerden sadece Bernards Skirmant ve karısının Letonya Ulusal Muhafızlar (*aizsargi*) üyesi olduklarını göstermektedir. Arşivlerde mağdurlardan herhangi birinin bu veya başka bir örgütün faaliyetlerine katıldıklarını gösterebilecek bir bilgi bulunmamaktadır...

Ceza İşleri Dairesi, yukarıda sözü edilen kişilerin Letonya Ulusal Muhafızların faaliyetlerine katılmış olmalarının, kendilerinin muharip olarak nitelendirilmelerini mümkün kılmadığı, çünkü kendilerinin savaşan tarafların silahlı kuvvetleri tarafından organize edilen askeri operasyonlarda yer aldıklarının... tespit edilemediği kanaatindedir.

Bir Alman askeri biriminin Mazie Bati'da bulunmadığı ve köylülerin askeri bir görev yapmadıkları, fakat tam tersine sadece çiftçilik yaptıkları... ortaya çıkmıştır.

Söz konusu olayların geçtiği tarihte köylüler evlerinde olup, Pentecost'u kutlamaya hazırlanmaktadırlar. Ölenler arasında sadece silahlı erkekler değil, fakat aynı zamanda kadınlar da bulunmaktadır; bunlardan bir tanesi hamileliğinin son aşamasında olup, Cenevre Sözleşmesine göre... özel bir korumadan yararlanması gereken bir kadındır.

Ceza İşleri Dairesi, öldürülen kişileri sivil olarak nitelendirirken, bu kişilerin statüsü hakkında herhangi bir kuşku duymamaktadır; ancak kuşku duysa bile, Cenevre Sözleşmesine Ek Birinci Protokol, kuşku halinde kişinin sivil olarak kabul edileceğini söylemektedir. ...

Letonya 1907 tarihli Lahey Sözleşmesine katılmamıştır, dolayısıyla bu belgenin hükümleri olayda ihlal tespit etmek için dayanak olarak yararlanılamaz.

Savaş suçları yasaklanmış olup, bütün ülkelerin bu suçlardan suçlu bulunanları mahkum etmeleri gerekmektedir, çünkü çatışmanın tarafları uluslararası antlaşma lara taraf olsun olmasın, bu suçlar uluslararası hukukun bütünleyici bir parçasıdır. ...”

39. Ceza İşleri Dairesi, başvuru tarafından cinayetler işlendiği ve işkence yapıldığına dair iki iddiayı, gerekli standartla kanıtlanamadığı gerekçesiyle kabul etmemiştir. Ceza İşleri Dairesi, ağır bir suçun işlendiğinin tespit edilmiş olmasını ve kendisinin artık yaşlı, halsiz ve zararsız olduğunu göz önünde tutarak, başvurucuya bir yıl sekiz ay hapis cezası vermiş ve tutuklulukta geçirdiği süreyle bu cezanın infaz edilmiş olduğunu kabul etmiştir.

40. Yüksek Mahkeme Genel Kurulu, 28 Eylül 2004 tarihli kararla başvurucunun temyizini reddetmiştir:

“... Ceza İşleri Dairesi, V. Kononov’un bir muharip olduğunu ve SSCB tarafından işgal edilmiş söz konusu topraklarda suç işlemiş olduğunu tespit ederken, verdiği hükmü Letonya Cumhuriyeti yüksek temsil organlarının kararlarına, konuyla ilgili uluslararası sözleşmelere ve bir bütün olarak ele alındığında ceza muhakemesi kurallarına göre değerlendirilmiş ve doğrulanmış diğer delillere dayandırmıştır.

Letonya Cumhuriyeti’nin bağımsızlığını iade eden 4 Mayıs 1990 tarihli... Yüksek Konsey bildirisinde, 16 Haziran 1940 tarihinde eski Stalinist SSCB tarafından Letonya Cumhuriyeti Hükümetine verilen ultimatoma uluslararası bir suç olduğu, çünkü Letonya’nın işgal edildiği ve bunun bir sonucu olarak egemenlik yetkisinin kaldırıldığı kabul edilmiştir. Ancak Letonya Cumhuriyeti tüm dünyada elliden fazla devlet tarafından tanınmış olduğu için, uluslararası hukukun bir öznesi olarak var olmaya devam etmiştir...

Genel Kurul, kararın esasını analiz ettikten sonra ..., Ceza İşleri Dairesinin V. Kononov’un Ceza Kanununun 68-3. maddesi kapsamına girdiği tespitiyle ilgili olarak, Kononov’un fiillerinin doğru bir şekilde nitelendirildiği, çünkü SSCB tarafından işgal edilmiş Letonya topraklarında bir muharip ve çarpışan olarak, sivillerden yani Mazie Bati köyünün barışsever sakinlerinden intikam almayı amaçlayan dokuz kişinin öldüğü ... ve mallarının çalındığı veya yakıldığı bir askeri operasyonu planlayıp yönetmek suretiyle savaş hukukunu ve teamüllerini ihlal ettiği kanaatine varmaktadır.

Üst Mahkemenin de doğru olarak kaydettiği gibi, ne Letonya’nın İkinci Dünya Savaşı sırasında iki devlet tarafından (Üst Mahkemenin ifadesiyle bu bir ‘çifte işgal’ olup biri Almanya’dır) ard arda iki işgale maruz kalması ve ne de SSCB’nin Hitler’e karşı koalisyonunun bir parçası olması, V. Kononov’un savaş suçundan suçlu bir kişi olma statüsünü değiştirmemiştir.

Üst Mahkemenin V. Kononov’u savaş suçundan suçlu bulmakla ceza hukukunun zaman bakımından uygulanabilirliğiyle ilgili... Ceza Kanununun 6. maddesi hükümlerini ihlal ettiği iddiası, Genel Kurul’a göre aşağıdaki gerekçelerle reddedilmesi gerektiği kanaatindedir.

Üst Mahkeme kararı, bu mahkemenin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesini... ve bu Sözleşmeye Ek 8 Haziran 1977 tarihli Protokolü, yürürlüğe girdikleri tarihleri dikkate almaksızın, V. Kononov’un suçlandığı savaş suçuna uyguladığını göstermektedir. Bu durum, 26 Kasım 1968 tarihli Savaş Suçlarına ve

İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmayacağına İlişkin Sözleşmeye uygundur. Üst Mahkeme, SSCB tarafından işgal edilmiş olan Letonya Cumhuriyeti'nin daha önce bu yönde bir karar alabilme imkânı bulunmadığını belirtmiştir. Üst Mahkeme zamanaşımının uygulanmayacağı ilkesine atıf yaparak, uluslararası antlaşma lardan doğan yükümlülüklerle uymuş ve suç fiillerinin işlendiği tarihe bakılmaksızın, söz konusu suçları işleyen suçluların cezai açıdan sorumlu tutulabileceklerine karar vermiştir.

Üst Mahkeme kararında, V. Kononov'a isnad edilen suçlar, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartının 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi anlamında... ve ... 26 Kasım 1968 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gereğince, savaş hukukunu ve teamüllerini ihlal eden... ve dolayısıyla zamanaşımına tabi olmayan savaş suçları... olarak nitelendirilmiş olduğundan, Genel Kurul, V. Kononov'un fiillerinin haklı olarak Ceza Kanununun 68-3. maddesi kapsamına girdiğinin tespit edildiği sonucuna varmaktadır.

Letonya Cumhuriyeti'nin Bağımsızlığının İadesi hakkında 4 Mayıs 1990 tarihli Bildirinin ve Letonya'nın İşgali hakkında 22 Ağustos 1996 tarihli Parlamento Bildirisinin, sadece siyasi bildirimler olduğu ve dolayısıyla mahkemenin verdiği kararda bunlara dayanamayacağı ve bu bildirimlere geriye yürürlü olarak bağlayıcılık gücü kazandıramayacağına dair... iddianın bir temeli yoktur.

Genel Kurul, bu iki bildirinin de devletin tartışmasız hukuki nitelikte anayasal tasarrufları olduğunu tespit eder.

Üst Mahkeme, duruşmada tartışılan delilleri değerlendirdikten sonra verdiği kararda, V. Kononov'un bir muharip sıfatıyla, Mazie Bati köyünde sivil nüfusun katledilmesi ve köylülerin çiftliklerini talan ve tahrip edilmesi suretiyle intikam alınması amacıyla bir Partizan askeri operasyonunu organize ve komuta ettiğini ve liderliğini yaptığını tespit etmiştir. Bu durumda Üst Mahkeme haklı olarak, V. Kononov'un gurubuna mensup bireylerin eylemlerinin, bu kişilerin sadece aşırı eylemleri olarak... görülemeyeceğini belirtmiştir.

Örgütlü gurupların sorumluluğunu düzenleyen ceza hukuku ilkelerine göre gurup üyeleri, suçun işlenmesinde oynadıkları rolden bağımsız olarak, suç ortaklarıdır.

Örgütlü bir gurubun üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bu ilke, liderlerin, örgütleyenlerin, teşvik edenlerin ve ortak bir planın icrasına katılan suç ortaklarının, bu planın icrasında yer alan kişiler tarafından yapılan bütün eylemlerinden sorumlu olduklarını belirten Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartının 6. maddesinin üçüncük fıkrasında tanınmıştır.

Sonuç olarak Üst Mahkemenin, V. Kononov'un liderliğini yaptığı özel Partizanlar gurubu üyeleri tarafından yapılan eylemlerde, aleyhinde delil bulunmadığı halde suçlu olduğunu tespit etmek için, meydana gelen sonuçta kendisinin sübjektif davranışını incelemeksizin, 'objektif sorumluluk' testi uyguladığı iddiası temelsizdir. ..."

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. 1926 tarihli Ceza Kanunu

41. Letonya Yüksek Sovyeti, 6 Kasım 1940 tarihli bir kararnameyle, yürürlükteki Letonya Ceza Kanunu yerine 1926 tarihli Sovyet Rusya Ceza Kanununu geçirmiş ve böylece bu Kanun (“1926 tarihli Ceza Kanunu”) Letonya’da da uygulanabilir duruma gelmiştir. İkinci Dünya Savaşı sırasında bu kanunun ilgili hükümleri şöyledir:

“Madde 2

Bu Kanun, SRSCF [Sovyet Rusya Sosyalist Cumhuriyetler Federasyonu] ülkesinde sosyal bakımdan tehlikeli fiiller işleyen veya SSCB dışında işlemiş olduğu halde SRSCF ülkesinde yakalanan bütün SRSCF vatandaşlarına uygulanır.

Madde 3

Diğer Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Federasyonu vatandaşlarının SRSCF ülkesinde veya SSCB ülkesi dışında işlemiş olup da yakalandıktan sonra SRSCF mahkemelerinden birine veya soruşturma makamlarına teslim edilmeleri halinde cezai sorumlulukları, SRSCF kanunlarına göre belirlenir.

Sosyalist Cumhuriyetler Federasyonu vatandaşlarının Birliğin ülkesi üzerinde işledikleri suçlar bakımından cezai sorumlulukları, suçun işlendiği yer kanunlarına göre belirlenir.

Madde 4

Yabancıların SSCB ülkesinde işledikleri suçlar bakımından cezai sorumlulukları suçun işlendiği yer kanunlarına göre belirlenir.”

42. 1926 tarihli Ceza Kanununun IX. Kısmı “Askeri Suçlar” başlığını taşımakta ve konuyla ilgili şu hükümleri içermektedir:

“Madde 193-1

Askeri suçlar, İşçilerin ve Köylülerin Kızıl Ordusu veya İşçilerin ve Köylülerin Kızıl Deniz Kuvvetlerinin hizmetinde olan askeri personel tarafından veya bakım takımlarda görevlendirilmiş kişiler veya periyodik olarak birliklere alınan kişiler tarafından, askeri hizmetin yerleşik düzenine karşı olan ve anlamı ve niteliği gereği Orduda veya Deniz Kuvvetlerinde görev yapmayan vatandaşlar tarafından işlenemeyen suçlardır. ...”

“Madde 193-3

Muharebe sırasında hukuka uygun bir emri yerine getirmeyen bir askere, toplumu koruma tedbirlerinden en az üç yıl hapis cezasını gerektirir.

Bir emri yerine getirmeme muharebe operasyonları üzerinde olumsuz sonuç doğurması halinde, toplumu korumak için en son tedbir [yani ölüm cezası] uygulanır. ...”

“Madde 193-17

Yağmalamak, yani muharebe zamanında sivilleri silahla tehdit ederek veya askeri amaçlar için zorunluluk bulunduğunu bahane ederek onların eşyalarını almak veya kişisel kazanım için ölümlerin veya yaralıların kişisel eşyalarını almak, toplumun korunması için son tedbirin uygulanmasını ve aynı zamanda suçlunun elindeki tüm eşyalara el konulmasını gerektirir.

Hafifletici nedenlerin bulunması halinde, ceza en azından üç yıl tek başına hücrede hapis cezasına indirilir.”

“Madde 193-18

Savaş zamanında veya muharebe sırasında askerlerin hukuka aykırı şiddet eylemleri, toplumu koruma tedbirlerinden en azından üç yıl tek başına hücrede hapis cezası uygulanmasını gerektirir.

Ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması halinde, toplumu korumak için son tedbir uygulanır.”

43. 1926 tarihli Ceza Kanununun 14. maddesi (ve maddeye ilişkin notlar) şöyledir:

“Aşağıdaki hallerde ceza davası açılmaz:

(a) beş yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılabilir suçlar ile kanunun asgari bir yıl hapis cezası öngördüğü suçların işlenmesi halinde, suçun işlenmesinin üzerinden on yıl geçtiği takdirde;

(b) bir yıl ile beş yıl arasında hapis cezasıyla cezalandırılabilir suçlar ile kanunun asgari altı ay hapis cezası öngördüğü suçların işlenmesi halinde, suçun işlenmesinin üzerinden beş yıl geçtiği takdirde;

(c) diğer tüm suçlarda, suçun işlenmesinin üzerinden üç yıl geçtiği takdirde.

Zamanaşımı süresi, sürenin tamamı boyunca bir soruşturma veya usul işlemi yapılmamış olması ve failin bu madde öngörülen süreler içinde aynı türden bir başka suçu veya en azından buna aynı ağırlıkta bir başka suçu işlememiş olması halinde işler.

Not 1 – Karşı devrim suçlarından kovuşturma yapılması halinde belirli bir olayda zamanaşımı kuralını uygulayıp uygulamamak mahkemenin takdirindedir. Ancak eğer mahkeme zamanaşımının uygulanamayacağına karar verecek olursa, kurşunla vurulma şeklinde infaz cezası, iki yılda az olmamak üzere hapis cezasına veya söz konusu kişinin işçilerin düşmanı olduğuna dair bir beyanla birlikte SSCB vatandaşlığının kaybettirilmesine ve SSCB ülkesine girmekten ömür boyu yasaklanmasına çevrilir.

Not 2 – Çarlık Rusya’sı döneminde üst düzeyde bir görevi veya gizli servis görevi yaparken veya Rusya İç Savaşı sırasında karşı devrimci yönetimlerin hizmetinde çalışırken işçi sınıfına ve devrimci harekete karşı faal bir şekilde mücadele etmekten kovuşturulan kimseler hakkında, zamanaşımı kuralının ve vurma suretiyle infaz cezasına çevirme kuralının uygulanıp uygulanmaması mahkemenin takdirindedir.

Not 3 – Bu maddede yazılı zamanaşımı süreleri, bu Kanuna göre kovuşturulan eylemlerin idari soruşturmaları bakımından işlemez. ”

B. 1961 Tarihli Ceza Kanunu

44. 6 Ocak 1961 tarihinde Letonya SSC'nin Yüksek Sovyet'i, 1926 tarihli Kanunun yerine 1961 tarihli Ceza Kanununu geçirmiş ve bu Kanun 1 Nisan 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun ilgili hükümleri şöyledir:

“Madde 72 [15 Ocak 1998 tarihli yasayla değişik]

Devlet teşebbüslerine, özel teşebbüslere, yetkililere, kuruluşlara veya özel şahıslara saldırmak için silahlı çete kurmak veya böyle bir çetenin üyesi olmak veya bunlar tarafından yapılan eylemlere katılmak, üç yılda on beş yıla kadar hapis cezası... veya ölüm cezasıyla cezalandırılır.”

“Madde 226

“Bu Kanunda yazılı suçlar, askeri personel tarafından... yerleşik askeri düzene karşı işlenmesi halinde, askeri suç sayılır. ...”

“Madde 256 [10 Eylül 1991 tarihli Kanunla kaldırılmıştır]

“Yağmalamak, hukuka aykırı olarak mülkiyeti tahrip etmek, saldırıdan çabuk etkilenebilecek bir bölge halkına karşı şiddet eylemlerinde bulunmak veya askeri zorunluluk bahanesiyle mallarına el koymak, üç yıl ile on yıl arasında hapis cezası veya ölüm cezasıyla cezalandırılır.”

45. 1961 tarihli Ceza Kanununun 45. maddesi, ölüm cezasının öngörüldüğü suçlarda zamanaşımının otomatik olarak uygulanabilir olmadığını, fakat mahkemelerin takdirinde olduğunu belirtmiştir.

46. 1961 tarihli Ceza Kanunu (bazı değişiklikler birlikte) Letonya'nın bağımsızlığını yeniden kazanmasından sonra da yürürlükte kalmıştır.

47. Yüksek Konsey, 6 Nisan 1993 tarihinde geçirdiği bir yasayla, 1961 tarihli Ceza Kanununa yeni 1-a Kısmını eklemiş olup, bu kısımda soykırımı, insanlığa veya barışa karşı suçları, savaş suçlarını ve ırk ayrımcılığı suçlarını düzenleyen hükümler yer almıştır.

48. Kanunun yeni 68-3. maddesi savaş suçlarını düzenlemekte ve şöyle demektedir:

“Konuyla ilgili sözleşmelerde tanımlanan bir savaş suçundan, yani işgal altındaki bir ülkede cinayet, işkence, sivil nüfusu veya rehineleri veya savaş esirlerini talan etme, bu kişileri sınırdışı etme veya onları zorla çalışmaya tabi tutma veya köyleri veya tesisleri haksız yere tahrip etme suçlarından suçlu bulunan bir kimse, ömür boyu hapis cezasıyla veya üç yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

49. Aynı Kanun, 1961 tarihli Ceza Kanununa 6-1. maddesini eklemiş olup, bu madde insanlığa karşı suçlar ile savaş suçları bakımından ceza kanununun geriye yürürlü olarak uygulanmasına imkan vermiştir:

“İnsanlığa karşı suçları, soykırım suçunu, barışa karşı veya savaş suçları işlemiş olanlar, bu suçları ne zaman işlemiş olurlarsa olsunlar mahkum edilebilirler.”

50. Aynı kanunla 1961 tarihli Ceza Kanununa eklenen 45-1. maddesi, bu tür suçları zamanaşımından hariç tutmuştur:

“Ceza sorumluluğunda zamanaşımı kuralı, insanlığa karşı, soykırım, barışa karşı veya savaş suçlarından suçlu bulunanlara uygulanmaz.”

C. 1998 tarihli Ceza Kanunu

51. 1 Nisan 1999 tarihinden itibaren, 1961 tarihli Ceza Kanununun yerine 1998 tarihli Ceza Kanununu geçmiştir. 1961 tarihli Ceza Kanununun 6-1, 45-1 ve 68-3. maddeleri esas itibarıyla 1998 tarihli Ceza Kanununda yer almaktadır.

III. KONUSYLA İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

52. Savaş hukuku sadece antlaşma larda yer almamış, “ama aynı zamanda devletlerin tedricen evrensel bir şekilde tanınmış olan teamül ve uygulamalarında ve hukukçular ile askeri mahkemeler¹ tarafından uygulanan hukukun genel ilkeleri”nde yer almıştır.

A. Düşmanın kontrolündeki kişilere ve mallara yapılacak muamele hakkında ‘Cenevre hukuku’ (1864-1949)

1. Savaş Halinde Bulunan Ordulardaki Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme (“1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi”)

53. Daha sonra yürürlükten kaldırılan birinci Cenevre Sözleşmesi, “hangi millete mensup olurlarsa olsunlar” “yaralı ve hasta muhاریpler”in “toplanmaları ve tedavilerinin yapılması” için asgari standartlar öngörmüştür.

2. Savaş Halinde Bulunan Ordulardaki Hasta ve Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme (“1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi”)

54. Bu Sözleşme, düşman elindeki hasta ve yaralı muhاریplerin korunmalarını ve kendilerine savaş esiri statüsü tanınmasını sağlamaktadır.

“Madde 1. Subaylar, askerler ve silahlı kuvvetlere başka bir şekilde bağlı olanlardan hasta veya yaralı bulunanlara milliyet bakımından ayırım yapılmaksızın, ellerinde bulundukları savaşan tarafça saygı gösterilir ve tedavileri yapılır.

¹ Büyük Savaş Suçlarının Yargılanması, Nürnberg, 14 Kasım 1945-1 Ekim 1946.

Madde 2. Bir silahlı kuvvetlere mensup olup savaşı diğer tarafın elinde bulunan hasta veya yaralıları, yukarıdaki madde gereğince kendilerine yapılacak tedavi süresince savaş esiri halinde bulunurlar.”

3. Savaş Halindeki Ordulardaki Hasta veya Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesine İlişkin Sözleşme (“1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi”)

55. Bu Sözleşme (daha sonra yerine 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (I) geçmiştir), Birinci Dünya Savaşı deneyimlerine cevap vermiştir. Bu Sözleşme genel katılım hükmü içermemektedir:

“Madde 1. Subaylar, askerler ve silahlı kuvvetlere başka bir şekilde bağlı olanlardan hasta veya yaralı bulunanlara milliyet bakımından ayırım yapılmaksızın, ellerinde bulundukları savaşı tarafça insani muamele ve tıbbi tedavileri yapılır. ...

Madde 2. Düşman eline düşmüş yaralı veya hastalara yukarıdaki madde gereğince kendilerine tedavi yapılması dışında, kendileri savaş esiri durumuna girerler, ...”

4. Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleyle İlgili Sözleşme (“1929 tarihli Savaş Esirleri Hakkında Sözleşme”)

56. Bu Sözleşme, savaş esirlerine yapılacak muamele için bir dizi kapsamlı kurallar öngörmektedir. Birinci Dünya Savaşı, 1907 tarihi Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesindeki (bk. aşağıda parag. 85-91) eksiklikleri ortaya çıkarmış olup, bu Sözleşmeyle tamamlanmaları gerekmiştir. Bu Sözleşme, savaş esiri statüsüne hak kazanmanın, 1907 tarihli Lahey Nizamnamesindeki hukuki anlamda muharip statüsüne sahip olmaktan kaynaklandığını kabul etmiştir. Bu Sözleşme, savaş esirlerine çeşitli korumalar getirmekte ve kendilerine insanca muamele edilmesini güvence altına almaktadır. Kadınlar özel korumaya tabidirler:

“Madde 1. Bu Sözleşme, VII Bölümdeki hükümler saklı kalmak kaydıyla şu kişilere uygulanır:

(1) Düşman tarafından ele geçirilmiş olup Karada Savaş Hukuku ve Teamülleri ile ilgili olan 18 Ekim 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi (IV) ekinde yer alan Nizamnamenin 1, 2 ve 3. maddelerinde söz edilen ve herkes.

(2) Ele geçirilenin kaçınılmaz kıldığı koşulların gereği olan istisnalar hariç, deniz veya hava savaşındaki operasyonlar sırasında ele geçirilmiş olan savaşı tarafların silahlı kuvvetlerine mensup herkes. Bununla birlikte bu istisnalar, bu Sözleşmenin temel ilkelerini aykırı olamaz; bu istisnalar, ele geçirilen kişilerin savaş esirleri kampına vardıkları anda sona erer.

Madde 2. Savaş esirleri hasım Hükümetin elindedir, kendilerini yakalamış olan kişi veya kuruluşların değil. Kendilerine her zaman insanca muamele edilir ve özellikle şiddet eylemlerine, hakaretlere ve halkın merakına karşı korunurlar. Kendilerine karşı misillemede bulunmak yasaktır.

Madde 3. Savaş esirleri kişilikleri ve şerefleri bakımından saygı görme hakkına sahiptirler. Kadınlara, cinsiyetlerinin gerektirdiği tüm hassasiyetle muamele edilir. Savaş esirleri tam sivil sıfatını muhafaza ederler.”

“Madde 46. Savaş esirlerini elinde bulunduran gücün askeri makamları veya yargı yerleri tarafından kendilerine, ulusal kuvvetlerin mensuplarının aynı eylemleri için öngörülen cezalar dışında başka bir ceza verilemez. ...”

“Madde 51. Kaçma teşebbüsü, işlenen ilk suç olmasa bile, savaş esirinin kaçma teşebbüsü sırasında işlediği kişilere veya mala karşı cezai veya disiplin suçları nedeniyle mahkemelerin önünü çıkarıldığı suçların ağırlaştırıcı bir sebebi olarak görülemez.

Kaçmadan veya kaçma teşebbüsünden sonra, kaçan kişiye yardım etmiş olan arkadaşları, bu nedenle sadece disiplin cezasına mahkum edilirler.”

5. Düşman Milliyetinden Olup Savaşan Tarafın Ülkesinde veya Savaşan Tarafın İşgal Ettiği Ülkede Bulunan Sivillerin Durumları ve Korunmaları hakkında Uluslararası Sözleşme Taslağı (“1934 tarihli Tokyo Sözleşme Taslağı”)

57. Bu Sözleşme taslağı, savaşan taraf ülkesinde veya işgal edilmiş ülkede yaşayan düşman sivillerin korunmaları için standartları geliştiren hükümler getirmektedir. Bu taslak 1940 yılında yapılan bir konferansta tartışılmış, fakat İkinci Dünya Savaşı araya girmiştir. Bu taslak, daha sonra 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) üzerinde etkili olmuştur. Taslak 1880 tarihli Oxford El Kitabıyla uyumlu olan sivillere ilişkin negatif tanımıyla kayda değerdir; ayrıca muharipler ile siviller arasında ayırım yapmaktadır:

“Madde 1. Bu Sözleşme bakımından düşman siviller, aşağıdaki iki koşulu taşıyan kişilerdir:

(a) uluslararası hukukta ve özellikle Karada Savaş Hukuku ve Teamülleriyle ilgili 18 Ekim 1907 tarihli Dördüncü Lahey Sözleşmesine ekli Nizamnamenin 1, 2 ve 3. maddelerinde tanımlandığı gibi, savaşan tarafların kara, hava veya deniz kuvvetlerine dahil olmayanlar;

(b) savaşan devletin ülkesinde veya bu devlet tarafından işgal edilmiş ülkede bulunan düşman ülkenin vatandaşı olanlar.”

58. Sözleşme taslağının 9 ve 10. maddeleri “düşman siviller”in şiddete karşı korunmalarını gerektirmekte ve kendilerine karşı misilleme tedbirlerinin uygulanmasını yasaklamaktadır.

6. Savaş Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi (“1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (III)”)

59. Bu Sözleşme’nin ilgili kısmı şöyledir:

“Madde 5. Bu Sözleşme, 4. maddede sözü edilen kişilere, düşman eline geçtikleri andan salıverildikleri ve ülkelerine döndükleri ana kadar uygulanır.

Savaşa dair eylemde bulunan ve düşman eline geçmiş olan bu kişilerin 4. maddedeki kategorilerden birine girip girmedikleri konusunda bir şüphe doğması halinde, durumları hakkında yetkili bir yargı yeri tarafından karar verilinceye kadar, söz konusu kişiler bu Sözleşmenin korumasından yararlanırlar.”

7. Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmalarıyla ilgili Cenevre Sözleşmesi (1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) ”)

60. Bu Sözleşme’nin 16. maddesinde hamile annelerin özel olarak korunmaları sağlanmıştır:

“Hasta ve yaralılar gibi, güçsüzler ve hamile anneler de özel korumadan ve saygıdan yararlanırlar. Askeri gereklerin izin vermesi halinde, çatışmanın tarafları öldürülenlerin ve yaralananların aranmaları, deniz kazası geçirenlere ve diğer büyük tehlikelere maruz kalanlara yardım edilmesi ve bu kişilerin yağmaya ve kötü muameleye karşı korunmaları için gerekli adımların atılmasını kolaylaştırırlar.”

61. Bu Sözleşmenin 32. maddesi, düşman elinde bulunan kişileri kötü muameleye karşı özel koruyucular getirmekte ve 33. maddesi koruma altındaki kişilere karşı toplu cezalar, yağma ve misilleme uygulamalarını yasaklamaktadır.

62. Bu Sözleşmenin 53. maddesi, mutlaka gerekli olmadıkça kişilere ait taşınır veya taşınmaz malların tahrip edilmemesini öngörmektedir.

B. İkinci Dünya Savaşından önce savaş hukuku ve teamülleri

1. Savaş Halindeki Birleşik Devletler (“ABD”) Ordularının Hükümetine Talimatlar (“1863 tarihli Lieber Kanunu”)

63. Lieber Kanunu, savaş hukukunu ve teamüllerini ilk kanunlaştırma girişimi olarak görülür. Lieber Kanunu sadece Amerikan kuvvetlerine uygulanabilir olduğu halde, o yıllarda var olan savaş hukukunun ve teamüllerinin bir özetini yansıtmış ve sonraki kanunlaştırmalar üzerinde etkili olmuştur.

64. Kanunun 15 ve 38. maddeleri, askeri zorunluluğun gerektirmesi halinde kişinin ele geçirilebileceği ve malların tahrip edilebileceği kuralını içermektedir (bk. ayrıca aşağıda aynı Kanun md. 16):

“Madde 15. Askeri zorunluluk, yaşamın veya ‘silahlı’ düşman birliklerinin ve savaştaki silahlı çatışmalarda aniden ‘kaçınılmaz’ hale geldiğinde başka kişilerin doğrudan imhasını kabul eder; her silahlı düşmanın ve hasım hükümet bakımından önemli olan veya yakalayan için özel bir tehlike oluşturan her düşmanın yakalanmasına; malların tahrip edilmesine ve nakliyat, seyahat veya iletişim kanallarının engellenmesine ve düşmanın gıda ve yaşam vasıtalarına el konulmasına; düşman ülkenin kendi ordusunun idamesi ve güvenliği için neyi gerekli görüyorsa o şeylerin ele geçirilmesine; savaş zamanında yapılan anlaşmalar bakımından olumlu olduğu kabul edilmiş veya modern savaş hukuku tarafından varlığı düşünülmüş iyi

niyeti suiistimal etmeyen hilelere başvurmayaya izin verir. Savaşta birbirine karşı silahla karşı koyanlar, sırf bu yüzden ahlaki bir varlık olmaktan, birbirlerine ve Tanrıya karşı sorumlu olmaktan çıkmazlar.”

“Madde 38. İşlediği suçlar veya kabahatler nedeniyle sahibinin elinden alınmış olmadıkça, özel mülkiyete sadece askeri zorunluluk halinde, Birleşik Devletlerin veya ordusunun menfaati veya desteklenmesi için el koyulabilir.”

65. Kanunun 16. maddesi silah çatışma sırasında genel bir davranış standardını ve sadakatsizlik yasağını içermektedir:

“Askeri gereklilik, intikam almak veya sadece ıstırap vermek için ıstırap vermek demek olan zalimliği kabul etmediği gibi, çarpışma dışında yaralamayı veya sakatlamayı ya da ikrar almak için işkence yapmayı da kabul etmez. Askeri zorunluluk, herhangi bir şekilde zehir kullanmayı, bir yerleşim yerini sebepsiz yere yakıp yıkmayı da kabul etmez. Hileyi kabul eder, fakat sadakatsizlik türünden eylemleri reddeder; genel olarak askeri gereklilik, barışın geri gelmesini gereksiz yere zorlaştırıcı düşmanca bir eylemi içermez.”

66. Kanunun 19 ve 37. maddeleri, silahlı çatışma bağlamında kadınların özel olarak korunmaları için tedbirler içermektedir:

“Madde 19. Muharip olmayanların ve özellikle kadınların ve çocukların uzaklaştırılmalarının sağlanması için, mümkün olduğu takdirde, komutanlar bir yeri bombalama niyetlerini düşmana haber verirler.”

“Madde 37. Birleşik Devletler işgal ettikleri düşman ülkelerdeki din ve ahlaki, tamamen özel olan mülkiyeti, orada yerleşik ahaliden olan kişileri ve özellikle kadınları, aile içi ilişkilerin kutsallığını kabul eder ve korur. Buna aykırı fiiller şiddetle cezalandırılır.”

67. Kanunun 22. maddesi muhاریpler ile siviller arasında ayırım yapılması ilkesini içermektedir:

“Bununla birlikte, son yüzyıllarda uygarlık, özellikle kara savaşlarında, düşman ülkeye mensup özel şahıs ile düşman ülkenin silahlı adamları arasında bir yapılmasını geliştirmiş ve sürekli geliştirmektedir. Savaşın zorunlulukları izin verdiği ölçüde, silahlı olmayan vatandaşın şahsına, malına ve onuruna dokunmama ilkesi giderek daha fazla kabul edilmiştir.”

68. Kanunun 44. maddesi katalog halinde suçları ve suçlu bulunan asker için ağır cezaları göstermektedir:

“İstila edilmiş ülkedeki kişilere karşı işlenen bütün sebepsiz şiddet suçları, yetkili komutan tarafından emredilmedikçe mülkiyetin tahrip edilmesi, hırsızlık, askeri kuvvetlerin bir yeri almalarının ardından yapılmış olsa da yağma veya talan, o yer sakinlerine tecavüz etme, yaralama, sakatlama veya öldürme yasak olup ölüm cezasıyla veya suçun ağırlığıyla orantılı yeterli görülebilecek başka bir ağır ceza ile cezalandırılır. Subay veya er olsun bir askerin bu tür bir şiddet suçu işlemekte olması ve bu tür bir eylemi yapmaması için üstünün verdiği emre itaat etmemesi halinde, olay yerinde üstü tarafından öldürülmesi hukuka uygun sayılabilir.”

69. Kanunun 47. maddesi iç ceza kanunlarına göre cezalandırmadan söz etmektedir:

“Kundaklama, öldürme, sakatlama, saldırılarda bulunma, yok keserek soygun yapma, hırsızlık, soygun, sahtecilik, dolandırıcılık ve tecavüz gibi bütün ceza kanunlarında yasaklanmış olan suçların bir Amerikan askeri tarafından hasım ülkede o ülke sakinlerine karşı işlenmesi halinde, kendi ülkesinde işlenmiş gibi cezalandırılmakla kalmaz, fakat ölüm cezası verilmeyen hallerde en ağır cezanın verilmesi tercih edilir.”

70. Kanun bir “muharip” kişinin iki temel hakkı bulunduğunu göstermektedir: savaş esiri statüsüne sahip olma (madde 49) ve bir sivil için suç sayılan bazı eylemlerden kovuşturulmaya karşı korunma (madde 57):

“Madde 49. Savaş esiri, bireysel olarak teslim olmayla veya silah bırakmayla, savaş alanında savaşırken veya yaralı olarak hastanede kendisini esir edenin eline düşmüş olup, yardım alabilmek için hasım orduya bağlanan kişi veya silahlı halk düşmanıdır.

Hangi kuvvet türünden olursa olsun bütün askerler, düşman ülkede ilan edilen seferberliğe dahil olan her erkek, ordunun etkinliği için orduya giren ve doğrudan savaş nedeniyle yükseltilen, aşağıda belirtilen durumlar hariç, savaş alanında veya başka bir yerde bulunan engelli kişiler veya görevliler ele geçirildiklerinde; silahlarını bırakıp aman dileyen bütün düşmanlar, savaş esiridirler; bu kişiler sıkıntılara maruz kalmakla birlikte savaş esirlerinin ayrıcalıklarından yararlanırlar.

“Madde 57. Bir kişi egemen bir yönetim tarafından silahlandırılıp askerlerin bağlılık yeminini ettiği anda, muharip kişi haline gelir; bu kişinin öldürmesi, yaralaması veya savaşa ilişkin diğer eylemleri artık bireysel cezai veya disiplin suçları olmaktan çıkar. Bir muharibin, belirli sınıf, renk veya asker olarak düzenlenebilecek durumda bulunan kişilerin düşmanlarının, kendisi tarafından halk düşmanı olarak görülmeyeceklerini açıklama yetkisi yoktur.”

71. Genel seferberlik (*levée en masse*) kavramı 51. maddede yer almaktadır:

“Düşman tarafından saldırıya uğramış fakat henüz istila edilmemiş ülkenin bir kısımdaki halkı veya ülkenin tamamı, hasım ordunun yaklaşması üzerine, saldırganlara karşı direnmek için usulüne uygun olarak seferberlik ilan etmeleri halinde, kendilerine halk düşmanları olarak muamele edilir ve yakalandıklarında savaş esiri muamelesi görürler.”

72. Kanunun 59. maddesi savaş hukukunu ve teamüllerini ihlal edenlerin bireysel olarak cezai sorumluluğuna işaret etmektedir:

“Bir savaş esiri yakalanmadan önce yakalayanın halkına veya ordusuna karşı işlediği ve kendi yetkilileri tarafından cezalandırılmamış olduğu suçlar için hesap vermekle yükümlüdür. Bütün savaş esirleri misilleme şeklinde uyguladıkları tedbirler nedeniyle sorumludurlar.”

73. Kanunun 63-65. maddeleri, düşman üniformaları kullanmanın, bu tür davranışlarda bulunan kişileri savaş hukukunun ve teamüllerinin korumasından çıkararak sadakatsizce bir eylem olduğunu belirtmektedir:

“Madde 63. Kendilerini düşmandan ayırıcı düz ve göze çarpan bir üniforma işareti olmaksızın düşmanlarının üniformalarını kullanarak savaşan askeri birlikler, kışlaya alınmazlar.

Madde 64. Amerikan askeri birlikleri düşman üniformalarının bulunduğu bir treni ele geçirdiklerinde ve komutan bu giysilerin kendi adamlarına dağıtılmasının uygun olacağını düşündüğünde, Amerikan askerini düşman askerinden ayırmak için bir işaret veya damga koyulur.

Madde 65. Düşmanı savaş alanında kandırmak amacıyla düşmanın milli bayrağının, sancağının veya milliyeti temsil eden diğer bir ambleminin kullanılması sadakatsizlik eylemleri olup, bunu kullananlar savaş hukukunun korunmasından yararlanma hakkını kaybederler.”

74. Kanunun 49. maddesi 71. madde ile birlikte, daha sonra uluslararası hukukta *hors de combat* (savaş dışında kalan) olarak geçecek olan belirli bir statüden söz etmiştir:

“Madde 71. Bütünüyle etkisiz hale gelmiş olan bir düşmanı ayrıca kasten yaralayan veya bu durumdaki bir düşmanı öldüren veya askerleri buna teşvik eden veya askerlere emir veren bir kimse, ister Birleşik Devletler Ordusuna mensup biri olsun isterse bu kötülüğü işledikten sonra yakalanmış bir düşman olsun, usulüne uygun olarak ölüm cezasına mahkûm edilir.”

75. Kanunun 76 ve 77. maddeleri savaş esirlerine insanca muamele etme ve kaçmaya teşebbüs halinde orantılı davranma yükümlülükleri oluşturmuştur:

“Madde 76. Savaş esirleri, mümkün olduğu andan itibaren basit ve sağlığa yararlı yiyeceklerle beslenirler ve insanca muamele görürler.

Madde 77. Kaçan bir savaş esiri vurulabilir veya kaçış sırasında öldürülebilir; ancak savaş hukukunun suç olarak görmediği sırf kaçmaya teşebbüs ettiği için öldürülemez veya başka bir ceza verilemez. Kaçmaya teşebbüsün ardından daha sert güvenlik vasıtaları kullanılabilir.”

76. Kanunun 101. maddesi, o tarihlerde haince yaralama olarak bilinen sadakatsizlikle vurmaya yasaklamıştır:

“Savaşta düşmanı aldatma, hasım olmanın haklı ve gerekli bir vasıtası olduğu ve şerefli savaşla bağdaşır bulunduğu kabul edilmekle birlikte, savaşın ortak hukuku, düşman çok tehlikeli olduğu ve düşmandan korunma zor olduğu için düşmanı gizlice ve haince vurma girişimini ölüm cezasıyla cezalandırmaktadır.”

77. Kanunun 88 ve 104. maddeleri casusların cezalandırılmalarıyla ilgili hükümler içermektedir:

“Madde 88. Casus, kıyafet değiştirerek veya aldatıcı görünümle gizlice düşmana iletme amacıyla bilgi toplamaya çalışan kimsedir. Bilgi elde etmeyi veya bunu düşmana vermeyi başarmış olsun olmasın, boynundan asılmak suretiyle idam edilir.”

“Art. 104. İşini başarmış bir casus veya savaş haini kendi ordusuna güvenli bir şekilde döndükten sonra düşman olarak yakalandığı takdirde, casus veya savaş haini

eylemlerinden cezalandırılmaz, fakat bireysel olarak tehlikeli bir kimse olarak yakın gözetim altına alınır.”

2. *Savaş Zamanında 400 Gramdan Az Ağırlıktaki Patlayıcı Ateşleyicilerin Kullanılmasından Vazgeçildiğine İlişkin Bildiri (“1868 tarihli St. Petersburg Bildirisi”)*

78. Bu Bildiri, savaşta belirli silahların kullanılmasının yasaklandığı ilk resmi anlaşmadır. Bildirinin Başlangıç bölümü, savaş hukukunun ve teamüllerinin üç ilkesini hatırlamaktadır: savaş sırasındaki tek meşru amaç, düşman askeri kuvvetlerini zayıflatmaktır; düşman kuvvetlerine karşı kullanılabilen vasıtaların bir sınırı vardır ve savaş hukuku ve teamülleri *hors de combat* durumundaki kişilere karşı şiddet kullanılmasına göz yummaz.

3. *Savaş Hukuku ve Teamülleriyle ilgili Uluslararası Bir Bildiri Projesi (“1874 tarihli Brüksel Bildirisi Taslağı”)*

79. Bu Bildiri bir diğer kanunlaştırma çalışması olduğu halde, 1874’te Brüksel’de toplanan Diplomatik Konferansta kabul edilmiş değildir. Bildirinin konuyla ilgili maddeleri şöyledir:

“Kimler muharip ve muharip olmayan olarak tanınmalıdır

Madde 9. Savaş hukuku, savaştan doğan haklar ve ödevler, sadece ordulara değil ama aynı zamanda aşağıdaki şartları taşıyan milis ve gönüllü birliklere de uygulanır:

1. Astlarından sorumlu bir kimse tarafından komuta edilebilir olmaları;
2. Uzaktan fark edilebilir sabit bir ayrı amblemlerinin bulunması;
3. Açık bir şekilde silah taşıyabilmeleri ve
4. Operasyonlarını savaş hukukuna ve teamüllerine uygun bir şekilde yapmaları. Milislerin orduyu oluşturduğu veya ordunun bir kısmını oluşturduğu ülkelerde, milisler ‘ordu’ adı altında yer alır. ...

Madde 10. İşgal edilmemiş bir ülkenin sakinleri, düşmanın yaklaşması sırasında, 9. maddeye göre kendilerini organize etmeye zaman bulamadan istilaya karşı direnmek için kendiliğinden silahlanacak olurlarsa, savaş hukukuna ve teamüllerine saygı göstermeleri halinde muharip olarak görülürler.

Madde 12. Savaş hukuku, düşmana zarar verici vasıtaların kullanılmasında muhariplere sınırsız bir serbestlik tanımaz.

Madde 13. Bu ilkeye göre özellikle aşağıdakiler ‘yasaktır’: ...

- (b) Hasım millete veya orduya mensup bireylerin haince öldürülmeleri;
- (c) Silahını bırakmış veya artık savunma için bir vasıtası bulunmayan, kayıtsız şartsız teslim olmuş bir düşmanın öldürülmesi; ...

(e) Gereksiz yere ıstıraba sebep olabileceği düşünülen silahların, ateşleyicilerin veya diğer materyaller ile 1868 tarihli St. Petersburg Bildirisi tarafından yasaklanmış ateşleyicilerin kullanılması;

(f) Beyaz mütareke bayrağının, ulusal bayrağın veya askeri simgelerin ve düşman üniformaları ile Cenevre Sözleşmesinin ayırıcı işaretlerini usulsüz kullanma;

(g) savaşın kesinlikle gerektirdiği haller dışında düşman mülkiyetine el koyulması veya tahrip edilmesi. ...”

“Madde 20. Suçüstü yakalanan bir casus, kendisini yakalayanların ordusu bakımından yürürlükte olan hukuka göre yargılanır ve muamele görür.”

“Madde 23. Savaş esirleri, silahsız ve hukuka tabi düşmanlardır. Savaş esirleri fakat kendilerini ele geçiren bireylerin veya askeri birliklerin değil, hasım Hükümetin gücü altındadırlar. Kendilerine insanca muamele edilir. Bir itaatsizlik, gerekli ağırlıkta tedbirlerin alınmasını haklı kılar. Savaş esirlerinin silahları dışında bütün kişisel eşyaları kendilerinin elinde bulunur.”

“Madde 28. Savaş esirleri gücü altında bulundukları orduda yürürlükte olan kanunlara ve nizamnamelere tabidirler. Kaçmaya teşebbüs eden bir savaş esirine karşı uyardan sonra silah kullanılabilir. Savaş esiri yakalandığı takdirde, disiplin cezası verilebilir veya daha sert bir gözleme tabi tutulabilir.

Kaçmayı başaran bir savaş esiri daha sonra hapsedildiğinde, önceki eylemleri nedeniyle cezalandırılmaz.”

4. 1880 tarihli Karada Savaş Hukuku (“1880 tarihli Oxford Elkitabı”)

80. Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan 1880 tarihli Oxford Elkitabı, 1874 tarihli Brüksel Bildirisinden etkilenmiştir. Elkitabı Hükümetlere savaş hukuku ve teamülleri hakkındaki ulusal mevzuatlarını yaparken kendilerine yardımcı olması için tasarlanmıştır. Konuyla ilgili maddeleri şöyledir:

“Madde 1. Savaşan devletlerin silahlı kuvvetleri arasındaki şiddet hariç, savaş durumu şiddet eylemlerini kabul etmez. Savaşan silahlı kuvvetlere mensup olmayan kişiler, bu tür eylemlerde bulunmaktan kaçınırlar. Bu kural, bir devletin “silahlı kuvveti”ni oluşturan bireyler ile diğer ‘yetkililer’i arasında bir ayırım yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla ‘silahlı kuvvet’ teriminin tanımının yapılması gerekir.

Madde 2. Bir devletin silahlı kuvveti şunları içerir:

1. Milisler dahil, düzenli ordu;
2. Aşağıdaki üç şartı taşıyan ulusal muhafızlar, landstrum, gönüllü birlikler ve diğer kuruluşlar:
 - (a) Sorumlu bir şefin yönetimi altında olmaları;
 - (b) Birliğin mensupları tarafından giyilen üniformalarının bulunması veya uzak bir mesafeden tanınmalarını sağlayan sabit bir ayırıcı amblemlerinin bulunması;

(c) Açık bir şekilde silah taşımaları;

3. Savaş gemilerinin ve diğer askeri deniz araçlarının mürettebatının bulunması.

4. Düşmanın yaklaşması sırasında kendilerini organize etmeye zaman bulamamış olan ve istilaya karşı direnmek için kendiliğinden silahlanan işgal edilmemiş ülkenin halkı.

Madde 3. Her savaşan silahlı kuvvet, savaş hukukuna uymak zorundadır.

Madde 4. Savaş hukuku, düşmana zarar verici vasıtaların kullanılmasında muhariplere sınırsız bir serbestlik tanımaz. Muharipler özellikle her türlü gereksiz sertlikten ve ayrıca her türlü sadakatsizce, haksız veya gaddarca eylemde kaçınırlar.”

“Madde 8. Şunlar yasaktır: ...

(b) Örneğin ücretli suikastçı tutarak veya teslim oluyormuş gibi yaparak, bir düşmanı haince öldürme girişiminde bulunmak;

(c) Bir silahlı kuvvetin ayırt edici işaretlerini gizleyerek bir düşmana saldırmak;

(d) Beyaz mütareke bayrağının, ulusal bayrağın veya askeri simgelerin ve düşman üniformaları ile ‘Cenevre Sözleşmesi’nin ayırıcı işaretlerini usulsüz kullanmak.

Madde 9. Şunlar yasaktır: ...

(b) Kayıtsız şartsız teslim olmuş veya sakatlanmış bir düşmanı yaralamak veya öldürmek ve kendileri için istememiş olsalar bile aman verilmeyeceğini önceden ilan etmek. ...

Madde 20. ...

(e) Savaş esiri yapılabilecek olanlar.

Madde 21. Muharip bir silahlı kuvvetten olan bireylere, düşman eline düşmüş olmaları halinde, 61 ve devamı maddeler gereğince savaş esiri olarak muamele edilir. ...”

81. Elkitabındaki 23-26. maddeleri kapsayan bölüm ‘Casuslar’ başlığını taşımakta olup, casuslara yapılacak muameleyi düzenlemektedir:

“Madde 23. Casus olarak yakalanan kişiler, kendilerine savaş esiri olarak muamele edilmesini isteyemezler. Ancak:

Madde 24. Savaşan taraflardan birinin silahlı kuvvetine mensup olup, kılık değiştirmeden düşmanın operasyon alanına sızan, ... üzerinde resmi evrak bulunan, misyonunu açıkça yerine getiren, havacılık yapan (madde 21) kişiler, casus olarak görülmezler.

Savaş sırasında genellikle artan casusluk suçlamalarının kötüye kullanılmasını önlemek için şunu vurgulamak önemlidir:

Madde 25. Casuslukla suçlanan bir kimse, yargısal makam hükmünü açıklamadıkça cezalandırılmaz.

Ayrıca şu da kabul edilmiştir:

Madde 26. Düşman tarafından işgal edilmiş ülkeden çıkmayı başarmış olan bir casus, daha sonra bu düşmanın eline düşecek olursa, önceki eylemlerinden ötürü cezalandırılmaz.”

82. Elkitabının 32(b) bendi, başka şeylerin yanında, “savaşın zorunlulukları gerektirmedikçe”, kamu veya özel mülkiyetin tahribini yasaklamıştır.

83. Elkitabının III. Kısım, savaş esirlerinin esirliğine ilişkin kurallar getirmektedir. Bu kısım, savaş esirlerinin tutulmasının (bu bir ceza veya intikam değildir) hukuki dayanağını belirtmiş ve savaş esirlerine insanca muamele yapılması gerektiğini (madde 63) ve ancak savaş esirinin kaçmaya teşebbüs etmesi halinde silah kullanılabileceğini (madde 68) öngörmüştür.

84. Elkitabının III. Bölümü, Elkitabındaki kuralların ihlali halinde verilebilecek cezaları düzenlemiştir. Elkitabı, suçlu olduğu iddia edilen kişinin tutulamamış olması halinde, savaşan tarafın meşru misillemede bulunabileceği sınırlı koşulları belirtmiştir:

“Yukarıdaki kurallardan birinin ihlal edilmesi halinde, suç işlemiş olan taraf, elinde bulunduğu savaşan tarafça muhakeme edildikten sonra cezalandırılır. Dolayısıyla:

Madde 84. Savaş hukukunu ihlal eden suçlulara, ceza kanununda gösterilen cezalar verilir.

Bu baskılama tarzı, ancak suçlu kişinin muhafaza altına alınabilmiş olması halinde uygulanabilir. Aksi hallerde ceza hukuku etkisizdir, ve zarar gören tarafın bu durumu düşmana hukuka saygıyı hatırlatmayı gerektirecek kadar ağır nitelikte bir kötülük olarak görmesi halinde, misillemeye başvurmadan başka bir yol kalmaz. Misilleme, hakkaniyet genel kuralının bir istisnası olup, masum bir kişi suçlu bir kişinin yerine ceza görmemelidir. Misilleme ayrıca, düşmanla karşılıklılık olmaksızın, her savaşan tarafın savaş hukukuna uyması gerektiği şeklindeki kuralına ters düşer. Ancak bu zorunlu sertlik, aşağıdaki kısıtlamalarla bir ölçüde dönüştürülmüştür:

Madde 85. Şikayet konusu zararın giderilmesi halinde, misilleme resmen yasaktır.

Madde 86. Misillemenin mutlaka gerekli görüldüğü ağır olaylarda, misillemenin kapsamı ve niteliği, düşman tarafından işlenen savaş hukukunu ihlal eylemini aşamaz. Misillemeye ancak başkomutanın izin vermesiyle başvurulabilir. Misilleme her halde insanlığın ve ahlakın kurallarına uygun olmalıdır.

Yukarıdaki kurallardan birinin ihlal edilmesi halinde, suç işlemiş olan taraf, elinde bulunduğu savaşan tarafça muhakeme edildikten sonra cezalandırılır.”

5. 1907 tarihli Karada Savaş Hukukuna ve Teamüllerine Saygıya İlişkin (IV) Lahey Sözleşmesi

85. 1899 yılında Lahey’de toplanan uluslararası barış konferansı, Savaş Hukukuna ve Teamüllerine Saygıya İlişkin Lahey Sözleşmesi (II) ile bu Sözleşmeye ek Nizamnamenin de aralarında bulunduğu dört Sözleşmenin kabulüyle sonuçlanmıştır. Bu belgelerin yerine, 1907 yılında toplanan ikinci Lahey Uluslararası Barış Konferansının ardından, 1907 tarihli Karada Savaş

Hukukuna ve Teamüllerine Saygıya İlişkin Lahey Sözleşmesi (IV) ile ekli Nizamname (“1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi”) geçirilmiştir. Bu belgeler, 1874 tarihli Brüksel Bildirisi Taslağı ile 1880 tarihli Oxford Elkitabına dayanmıştır.

86. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin Başlangıç bölümü şöyledir:

“Barışı muhafaza etme ve iki ulus arasında silahlı çatışmaları önleme vasıtalarını aramanın olduğu gibi, önlenemeyen bazı olayların silahlara başvurmayı getirebileceği durumlar bulunduğunu akılda tutmanın da gerekli olduğunu görerek;

Böylesi aşırı bir olayda bile insanlığın yararına ve uygarlığın ilerleyen ihtiyaçlarına hizmet etme gereğiyle harekete geçerek;

Bu amaçla, genel savaş hukukunu ve teamüllerini hem daha büyük bir açıklıkla tanımlamak ve hem de ağırlığını mümkün olduğu kadar hafifletecek sınırlar içine çekmek için bunları gözden geçirmenin önemli olduğunu düşünerek;

1874 tarihli Brüksel Konferansından sonra toplanan ve zengin ve basiretli fikirlerden esinlenerek karada savaş örf ve adetlerini tanımlamayı ve düzenlemeyi amaçlayan hükümleri benimsemiş olan Birinci Barış Konferansının çalışmalarını tamamlamanın ve bazı ayrıntıları açıklamının gerekli olduğunu kabul ederek;

Yüksek Sözleşmeci Taraflara göre, askeri gerekliliklerin izin verdiği ölçüde savaşın kötülüklerini ortadan kaldırma arzusundan esinlenmiş olan ifade tarzına sahip bu hükümler, savaşan tarafların karşılıklı ilişkilerinde ve bunların o yer sakinleriyle ilişkilerinde genel bir davranış kuralı koymayı amaçladığından;

Bununla birlikte, halen pratikte ortaya çıkan bütün koşulları kapsayan düzenlemeleri uyumlaştırmak mümkün olamadığından;

Öte yandan Yüksek Sözleşmeci Taraflar açıkça, yazılı bir taahhüdün yokluğunda, önceden görülemeyen olayların askeri komutanların keyfi yargılarına bırakma niyetinde olmadıklarından;

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, daha tam bir savaş hukuku kodu çıkarılıncaya kadar, kabul etmiş oldukları Nizamnamede yer almayan hallerde, o yer sakinlerinin ve muhariplerin, uygar halklar arasında yerleşik örf ve adetlerden, insanlık hukukundan ve vicdanın sesinden kaynaklanan ulusal hukukların yönetim ilkeleri ve koruması altında olduklarını ilan etmenin amaca uygun olduğunu düşündüklerinden;

Kabul etmiş oldukları Nizamnamenin I ve 2. maddelerinin özellikle işte bu anlamda anlaşılması gerektiğini beyan ederler.”

87. Yukarıda geçen Başlangıcın sekizinci paragrafı, “Martens Hükümü” olarak bilinir. Hemen hemen aynı hüküm, 1899 tarihli Lahey Sözleşmesinin (II) başlangıcında da yer almış ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin (I-IV) her birinde ve ayrıca 1977 tarihli Ek Protokolde esas itibarıyla tekrarlanmıştır (bk. aşağıda parag. 134-142).

88. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 2. maddesi “*si omnes*” bir birlik hükmü getirmiştir. Buna göre 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi sadece Sözleşmeci Devletler arasında ve savaşan bütün tarafların Sözleşmeci Devletler olmaları halinde uygulanır. Ancak UAM

daha sonra Nürnberg kararında, 1939 tarihli Lahey Sözleşmesi ile 1907 tarihli Nizamnamenin, savaş hukukunu ve teamüllerini beyan edici belgeler olarak görüldüklerini belirtmiştir (bk. aşağıda parag. 118 ve 207).

89. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin ilgili hükümleri şöyledir:

“Madde 1. Sözleşmeci Güçler, silahlı kara kuvvetlerine, bu Sözleşmeye ekli Nizamnameye uygun bir şekilde, karada savaş hukuku ve teamüllerine saygı gösteren talimatlar verirler. ...

Madde 3. Sözü edilen Nizamname hükümlerini ihlal eden bir savaşıyan taraf, durumun gerektirmesi halinde, tazminat ödemekle sorumlu tutulur. Bu savaşıyan taraf, kendisinin silahlı kuvvetlerini oluşturan kişilerin yaptığı eylemlerden sorumludur.”

90. 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinin 1 ve 2. maddeleri şöyledir:

“Madde 1. Savaş hukukundan doğan haklar ve ödevler, sadece ordulara değil, ama aynı zamanda aşağıdaki şartları taşıyan milislere ve gönüllü birliklere de uygulanır:

1. Astlarından sorumlu bir kişi tarafından kendilerine komuta edilmesi;
2. Belirli bir mesafeden görülebilir sabit bir ayırıcı ambleme sahip olmaları;
3. Açık bir şekilde silah taşımaları; ve
4. Operasyonlarını savaş hukukuna ve teamüllerine göre yapmaları. Milislerin veya gönüllü birliklerin orduyu veya ordunun bir bölümünü oluşturduğu ülkelerde, bunlar ‘ordu’ adı altında yer alırlar.

Madde 2. İşgal edilmemiş bir ülkenin sakinleri, düşmanın yaklaşması sırasında, 1. maddeye göre kendilerini organize etmeye zaman bulamadan istilaya karşı direnmek için kendiliğinden silahlanacak olurlarsa, savaş hukukuna ve teamüllerine saygı göstermeleri halinde muharip olarak görülürler.”

91. 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinin II. Kısım (4-20. maddeler), savaş esirlerinin belirlenmesine, savaş esirlerine insanca muamele edilmesi gereğine (madde 4) ve gerekli olan tedbirlere itaatsizlik halinde alınabilecek olan tedbirlerin sınırlandırılmasına (madde 8) ilişkin kurallara yer vermektedir. Nizamname şöyle devam etmektedir:

“Madde 22. Muhariplerin düşmana zarar verebilecek vasıtaları kullanma hakları sınırsız değildir.

Madde 23. Özel Sözleşmeler tarafından öngörülen yasakların yanında, özellikle aşağıdakiler de yasaktır:

- (a) ...
- (b) Hasım ulusa veya orduya mensup bireyleri haince öldürmek veya yaralamak;
- (c) Silahını bırakmış veya savunma vasıtası kalmamış olup kayıtsız şartsız teslim olan bir düşmanı öldürmek veya yaralamak;
- (d) ...
- (e) Gereksiz ıstıraba neden olacağı düşünülen silahları, atleşleyicileri veya materyalleri kullanmak;

(f) Beyaz mütareke bayrağını, ulusal bayrağı veya askeri simgeleri ve düşman üniformasını, ayrıca Cenevre Sözleşmesinin ayırıcı işaretlerini usulsüz kullanmak;

(g) Savaşın zorunlulukları gerektirmediği halde, düşman ait mülkiyete el koymak veya imha etmek;

(h) Hasım tarafın uyruklarının haklarının ve açtıkları davaların bir mahkemede kabuledilebilir olmadığını, kaldırıldığını veya askıya alındığını açıklamak;

(i) ...”

“Madde 29. Bir kimse ancak, gizlice veya aldatıcı görünümle, hasım tarafa iletmek amacıyla savaşan bir tarafın operasyon alanında bilgi toplama veya bilgi toplamaya çalışma hareketlerinde bulunması halinde casus olarak kabul edilir. ...

Madde 30. Suçüstü yakalanan bir casus, yargılanmadan cezalandırılmaz.

Madde 31. Mensubu olduğu orduya yeniden katıldıktan sonra düşman tarafından ele geçirilen bir casus, savaş esiri olarak muamele görür ve daha önceki casusluk faaliyetleri nedeniyle sorumlu tutulmaz.”

6. Savaş Yapanların Sorumlulukları ve Cezaların İnfazı Hakkında Komisyon Raporu (“1919 tarihli Uluslararası Komisyon Raporu”)

92. Bu Komisyon, Paris Barış Konferansı tarafından, başka şeylerin yanında, Alman İmparatorluğu kuvvetleri ile müttefiklerinin (Türk yetkililer dahil) savaş hukukunu ve teamüllerini ihlal etmeleriyle ilgili olaylar, düşman kuvvetlerine mensup olanlara yüklenebilecek suçlardan doğan sorumluluklarının derecesi ile bu tür suçları yargılamak için bir yargı yeri kurulması ve yargılama usulünün belirlenmesi hakkında bir rapor hazırlamakla görevlendirilmiştir. Rapor 1919 yılında tamamlanmıştır. Raporda savaş suçluları oldukları iddia edilen yaklaşık 900 kişilik bir liste yer almış ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin Martens Hükmüne dayanarak, Türk yetkililere ve “insanlık hukukuna karşı suçlar” işleyen başkalarına karşı suçlamalarda bulunulması önerilmiştir. Raporda ayrıca, savaş sırasında işlenmiş olup mevcut sözleşmelere ve teamüllere aykırı görülen 32 suç içeren, ama tüketici sayıda olmayan bir suç listesi hazırlanmıştır. Bu suçlar arasında öldürmeler ve toplu katliamlar; sivillere işkence yapılması; toplu cezalandırmalar; nedensiz yakıp yıkmalar ve mülkiyetin tahribi; ayrıca savaş esirlerine ve yaralılara yapılan kötü muameleler yer almaktadır.

93. Komisyon, bireysel ceza sorumluluğu konusunda şöyle demiştir:

“Düşman ülkelere mensup olan herkes, konumları ne olursa olsun, Devlet Başkanı dahil, hiçbir rütbe farkı gözetmeksizin, savaş hukukuna ve teamüllerine veya insanlık hukukuna karşı suçları işlemekten suçlu olan herkes, cezai kovuşturmaya tabi tutulabilir.”

7. 1919 tarihli Versay Andlaşması

94. 1919 tarihli Versay Andlaşması, Alman İmparatoru dahil, savaş suçlularının yargılanmalarını ve cezalandırılmalarını öngören bazı hükümler içermiştir. Bu Andlaşmanın kovuşturmayla ilgili hükümleri hiçbir zaman uygulanmamıştır; İmparatorun geri verilmesi reddedilmiş ve diğer savaş suçlularının bizzat Almanya tarafından yargılanması karşılığında, uluslararası bir yargılama yapılmasından vazgeçilmiştir. Andlaşmanın 229. maddesi, müttefik ve birleşik Kuvvetler uyruklarından birine karşı işlediği suçlardan suçlu olanların, o kuvvetin askeri mahkemeleri önüne çıkarılmaları ihtimalini korumuştur.

8. 1920 tarihli Sevr Andlaşması

95. Sevr Andlaşması (Birinci Dünya Savaşından sonra Müttefik Kuvvetler ile Türkiye arasında yapılan barış anlaşması), savaş hukukunu ve teamüllerini ihlal etme eylemlerinde bulunmakla suçlanan Türk yetkililerin Müttefik Kuvvetlerin askeri mahkemeleri önünde yargılanmaları konusunda Versay Andlaşmasına benzer hükümler içermektedir (Madde 226-230). Bu Andlaşma hiçbir zaman onaylanmamış ve 1923 tarihli Lozan Andlaşmasıyla aynı gün Fransa, Birleşik Krallık ("BK"), Yunanistan; İtalya, Japonya, Romanya ve Türkiye tarafından imzalanan bir Af Bildirisiyle ortadan kaldırılmıştır. Bildiri, "1 Ağustos ile 20 Kasım 1922 tarihleri arasındaki dönemde meydana gelen siyasal olaylarla açıkça bağlantılı olarak, bu dönemde işlenmiş bütün suçlar ve kabahatler için tam ve nihai bir af..." öngörmüştür.

9. Yeni Savaş Makinelerine Karşı Sivil Nüfusları Korumak için Sözleşme Taslağı ("1938 tarihli Amsterdam Sözleşmesi Taslağı")

96. Bu Sözleşme Uluslararası Hukuk Derneği tarafından hazırlanmış, fakat devletler tarafından onaylanmamıştır. Bu Sözleşmenin sivil nüfus konusundaki negatif tanımı, 1880 tarihli Oxford Elkitabındaki tanımla uyumludur:

"Madde 1. Bir devletin sivil nüfusu, bir savaş eyleminin hedefi olamaz. Bu Sözleşme bakımından "sivil nüfus" deyimini, savaşan kuruluşların herhangi bir birimine girmemiş olan veya 2. maddede tanımlanan herhangi bir muharip tesiste geçici olarak iş verilmemiş veya çalıştırılmamış olan herkesi kapsar."

C. İkinci Dünya Savaşından önceki Uygulama

1. 1899-1902 ABD askeri mahkemeleri, Filipinler²

97. 1901 ve 1902 yıllarında ABD askeri mahkemeleri, başka şeylerin yanında, ABD'nin Filipinlerde isyan bastırma mücadelesi sırasında savaş hukuku ihlallerinde ve özellikle yargısız infazlarda bulunmakla suçlanan birkaç tane ABD askeri personelini yargılamıştır. Birleşik Devletler Askeri Baş Hukuk Müşavirinin ve müfettişlerin sundukları görüşlerde, savaş esirlerine yapılacak muamele ve komutanların sorumlulukları dahil, savaş hukuku ve teamülleri hakkında, sayıca az olmakla birlikte çeşitli yorumlar yer almıştır. Bu yorumlar daha sonraki kanunlaştırmalar üzerinde etkili olmuştur. Bu yargılamalar, savaş hukukuna aykırı olarak düşmana karşı suçlar işlemekle suçlanan ulusal askeri personelin ulusal düzeyde kovuşturulmaları konusunda ilk örnekleri oluşturmuştur.

98. Müfettiş, *Binbaşı Waller* davasında şu gözlemde bulunmuştur:

“bir subayın gözetimine bırakılmış çaresiz durumdaki savaş esirlerini kendi iradesiyle öldürmesi halinde savaş hukuku bunu cezalandırmayacak ve çağımızın ruhu bundan ıstırap duymayacaktır. Başka bir yaklaşım bunu vahşilik yöntemi olarak görür ve uygar milletlerin makul isteklerinden uzak bu savaşı mümkün olan en az zalimlik ve adaletsizlikle kovuşturur.”

99. Askeri Baş Hukuk Müşaviri, *Binbaşı Glenn*'in davasında, ABD askerlerinin, uygar savaşın kurallarını açıkça göz ardı eden ve gerilla olarak faaliyette bulunan isyancı çetelerine karşı zor bir durumda operasyon yapsalar bile, “isyancı bastırma ve kamu düzeninin iade etme... çabalarında savaş kurallarına bağlı kalma yükümlülüklerinden” kurtulamayacaklarına işaret etmiştir.”

100. Bir savaş esirinin öldürülmesiyle nedeniyle yargılanan *Teğmen Brown*'un davasında, Askeri Baş Hukuk Müşaviri, Filipinler'de ‘uluslararası savaş durumu’ bulunduğunu ve dolayısıyla sanığın cezai sorumluluğunun *lex loci* (suçun işlendiği yer hukukuna) göre değil, fakat mevcut olayda savaş kuralları ve teamülleri anlamında uluslararası hukuka göre belirlenmiş olduğunu kaydetmiştir.

2. “Leipzig Yargılamaları”

101. Versay Andlaşmasından sonra Almanya, bazı kişiler aleyhinde Leipzig Yüksek Mahkemesinde dava açmıştır. Müttefikler, 1919 tarihli Uluslararası Komisyon Raporunda yer alan yaklaşık 900 dosyadan savaş

² G. Mettraux, *US Courts-Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899-1902): Their Contribution to the National Case Law on War Crimes*, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), s. 135-150, ve burada atıf yapılan davalar.

esirleri ile yaralıları muamele ve bir Britanya gemi hastanesine torpido atılması emriyle ilgili 45 dava sunmuşlardır. Yargılamalar 1921 yılında yapılmıştır. 1921 yılında yapılan on iki yargılamanın 6 tanesi beraat ve altı tanesi sembolik cezaların verildiği mahkûmiyet kararlarıyla sonuçlanmıştır. Müttefikler, Alman mahkemeleri önüne başka bir dava getirmemeye karar vermişlerdir.

102. Mahkûmiyet kararlarında esas itibarıyla Alman askeri hukuku uygulanmış, ancak özellikle *Llandovery Castle* kararında açıkça, uluslararası hukuka göndermeler yapılmıştır:

“Sandallara ateş açılması uluslararası hukuka aykırı bir suçtu. Karada savaşta silahsız düşmanların öldürülmesine izin verilmez [1907 tarihli Lahey Nizamnamesi], parag. 23(c)); aynı şekilde, deniz savaşında cankurtaran sandalına sığınmış olan deniz kazasına uğramış kişilerin öldürülmesi de yasaktır. ... Savaşta uluslararası hukukun ihlali, Senatonun da işaret ettiği gibi, cezalandırılabilir bir suç olup, genel olarak fiile bağlı bir ceza verilir. Savaşta düşmanların öldürülmesi, bu tür bir öldürme sadece uluslararası hukukun şartlarına ve sınırlarına uygun ise, savaşı yapan devletin iradesine uygundur (ki, bu devletin kanunları öldürmenin yasal veya yasadışı olup olmadığı bakımından belirleyicidir). ... Burada söz konusu olan uluslararası hukuk kuralı, basit ve herkesçe bilinen bir hukuk kuralıdır. Bu kuralın uygulanabilirliği meselesi bakımından herhangi bir şüphe duyulması mümkün değildir. Mevcut olayda mahkeme, Patzig’in uluslararası hukuka aykırı bir şekilde öldürme suçundan suçlu olduğunu teyit etmelidir.”³

3. Türk görevlilerinin kovuşturulmaları

103. Birleşik Krallık, Birinci Dünya Savaşı sırasında savaş esirlerine kötü muamele yapılması ve diğer suçlardan Türk görevlilerinin kovuşturulmaları için önemli bir çaba sarf etmiştir. Birleşik Krallık, söz konusu suçların “yerel hukuk içinde değil” fakat “uluslararası hukuk ve savaş teamülleri” tarafından düzenlediği gerekçesiyle, işgal edilmiş ülkelerde Britanya askeri mahkemeleri tarafından kovuşturulması lehinde olmuştur⁴. 1919 yılında askeri mahkemede birkaç tane dava açılmış, fakat Türkiye’nin iç meselelerinin araya girmesi, bu davaların sürdürülmesini engellemiştir. Türkiye’de de askeri mahkemede dava görülmüş, Türk görevliler Türk Ceza Kanununa göre suçlanmış olmakla birlikte, belirli davalarda “insanlığa ve uygarlığa” karşı suçtan mahkûmiyet kararları verilmiştir. Yukarıda da kaydedildiği gibi, 1923 tarihli Lozan Andlaşması, bu kovuşturmalara son vermiştir.

³ *Lieutenants Dithmar and Boldt, Hospital ship “Llandovery Castle”* davasında verilen karar, 16 Temmuz 1921.

⁴ Dadrian, Vahakn N., “*Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and Its Contemporary Legal Ramifications*”, 14 Yale Journal of International Law, 1989, s. 221-334.

D. İkinci Dünya savaşı sırasında savaş suçlarının kovuşturulması

1. İşgalci Dokuz Ülkenin Temsilcileri Tarafından imzalanan Almanya'da Savaş Suçları Bildirisi ("1942 tarihli St James' Bildirisi")

104. Kasım 1940'ta, sürgündeki Polonya ve Çekoslovakya Hükümetlerinin temsilcileri, Alman askeri birliklerinin savaş hukukunu ihlal ettikleri iddialarında bulunmuşlardır. Britanya Başbakanına göre savaş suçları hakkında kovuşturma, savaşın bir parçasıdır. Aslında Almanya tarafından işgal edilmiş bütün ülkeler ile Japonya'nın işgalci birlikleri bakımından da durum böyledir⁵. 1942 yılında, Mihver kuvvetler tarafından işgal edilmiş ülkelerin temsilcileri, savaş suçları ve cezaları hakkında St. James Bildirisini kabul etmişlerdir. Bildirinin Başlangıç bölümünde, uluslararası hukukun ve özellikle 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin, yürürlükteki kanunları gözden düşürmek veya ulusal kurumları yıkmak amacıyla savaşanların sivillere karşı şiddet eylemlerinde bulunmalarına izin vermediğini hatırlatmıştır. Bildiri şöyle devam etmiştir:

"1. Sivil nüfuslara karşı işlenen şiddet eylemleri ile uygar milletler tarafından anlaşıldığı şekliyle savaş eylemleri ve siyasi suçlar hakkında kabul gören fikirlerin geliştiğini teyit eder; ...

3. Suçu ister emretmiş olsunlar, isterse işlemiş veya suça bir şekilde katılmış olsunlar, bu suçlardan sorumlu ve suçlu olanların adalet kanalları vasıtasıyla cezalandırılmalarına savaşın başlıca amaçları arasında yer verirler;

4. (A) sorumlu ve suçlu olanların, uyuşu ne olursa olsun, aranmaları, adalete teslim edilmeleri ve yargılanmalarının; (B) verilen cezaların infaz edilmesinin, uluslararası dayanışma ruhunun içinde gördüklerine karar verirler."

105. Bildirinin ardından, 1943 yılında Birleşmiş Milletler ("BM") Savaş Suçları Komisyonu ("BMSSK") kurulmuştur. Bu Komisyonun görevi, askeri makamlar tarafından sanıkların kovuşturulmaları gereken dosyalarda savaş suçlarıyla ilgili deliller toplamaktır⁶. Komisyon görev süresinin sonunda, savaş suçlarından şüpheli kişilerle ilgili 8178 dosya toplamayı başarmıştır. Komisyon, 1919 yılına ait Uluslararası Komisyon Raporunda (yukarıda parag. 92) listesi yapılan suçların tamamını, İkinci Dünya Savaşı koşullarına uygun olduğu ölçüde uyarlayarak kabul etmiştir.

2. SSCB tarafından savaş suçlarının kovuşturulması

⁵ *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, His Majesty's Stationery, London 1948, s. 91.

⁶ Bassiouni, Cherif, « *L'expérience des premières juridictions pénales internationales* », in Ascensio Hervé, Decaux Emmanuel et Pellet Alain, *Droit international pénal*, Pedone Paris 2000, s. 635-659, s. 640 vd.

106. SSCB, daha Kasım 1941’de, diplomatik ilişkilerini sürdürdüğü bütün ülkelere, özellikle de Nazi Almanyası tarafından işgal edilmiş ülkelerde işlenen savaş suçları hakkında bilgi vermiştir⁷. SSCB, Alman kuvvetleri tarafından işlendiği iddia edilen suçların kaydedilmesi ve suçluları adalet önüne çıkarmak üzere suçluların kimliklerinin tespit edilebilmesi için, 2 Kasım 1942 tarihinde bir Kararname yayımlamıştır. Bu Kararnameyle, *Faşist-Alman istilacıları ve suç ortakları tarafından işlenen suçların ve SSCB vatandaşlarına, kolektif çiftliklere, sosyal örgütlere, Devlet girişimlerine ve kurumlarına karşı verilen zararların belirlenmesi ve soruşturulması için Olağanüstü Devlet Komisyonu* kurulmuştur. Bu Komisyonun çalışmaları daha sonra “Krasnodar” ve “Kharkov” yargılamalarında (aşağıda) kullanılmıştır.

107. SSCB vatandaşları (Alman kuvvetlerinin suç ortakları ve onlara aktif olarak yardım edenler) hakkındaki ilk yargılama, Temmuz 1943’te Krasnodar’da yapılmıştır. Sanık, Sovyet ceza kanunundaki öldürme ve vatana ihanet suçlarıyla suçlanmış ve SSCB ceza mahkemeleri tarafından mahkûm edilmiştir⁸.

108. Daha sonra BK, ABD ve SSCB tarafından oluşturulan 1943 tarihli Moskova Bildirisi, savaş suçlularının kovuşturulmalarıyla ilgili İkinci Dünya Savaşı bildirilerinin en önemlilerinden biridir. Bu Bildiri, savaş suçlularının cezalandırılmalarında ulusal mahkemelerin işlevlerinin meşruluğunu teyit etmiş ve savaştan sonra da bu kovuşturmaları sürdürme niyetini belirtmiştir. Bildirinin konuyla ilgili kısmı şöyledir:

“... Birleşmiş Milletlerin üçte ikisinin menfaatleri için konuşan yukarıda adları belirtilen üç Müttefik güç, aşağıdaki bildiriye ilan eder ve herkese duyurur:

Almanya’da kurulabilecek olan bir hükümetle mütareke yapıldığı zaman, yukarıda sözü edilen canavarlıklardan, toplu katliamlardan ve infazlardan sorumlu olan veya bunlara muvafakat eden Alman görevlileri ve Nazi partisinin üyeleri ve adamları, özgürlüğüne kavuşturulmuş ülkelerin ve buralarda kurulacak olan özgür yönetimlerin kanunlarına göre yargılanıp cezalandırılmaları için, bu iğrenç eylemlerde bulundukları ülkelere geri gönderileceklerdir. [...]

Dolayısıyla Polonyalı görevlilerin topluca vurulmalarında veya Fransız, Hollandalı, Belçikalı veya Norveçli rehinelere veya Giritli köylülerin öldürülmelerinde yer alan veya Polonya halkına karşı veya şimdi artık düşmandan temizlenmiş Sovyetler Birliği ülkelerinde yapılan kıırma katılmış olan Almanlar şunu bilmelidirler ki, suçları işledikleri olay yerine geri götürülecekler ve zülmettikleri halklar tarafından yerinde yargılanacaklardır.

⁷ Diğerleri arasında, 7 Kasım 1941, 6 Ocak 1942 ve 27 Nisan 1942 tarihli Diplomatik Notlar.

⁸ Ginsburgs George, “The Nuremberg Trial: Background”, in Ginsburgs George & Kudriavtsev V. N., *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1990, s. 9-37., s. 20 vd.

Şimdiye kadar ellerini masum insanların kanlarına bulaştırmamış olup da bundan kaçınmış olmamak için suçlular ordusuna katılanlar bilmelidir ki, bu üç Müttefik güç kendilerini dünyanın sonuna kadar takip edecek ve adaletin yerine gelmesi için onları suçlayanlara mutlaka teslim edeceklerdir.

Bu bildiri, suçları belirli bir coğrafi alanı bulunmayan ve Müttefik hükümetlerin ortak kararıyla cezalandırılacak olan Alman suçluların durumunu etkilemez.”

109. Bu son hükümle, Alman savaş suçlularının SSCB tarafından kovuşturulmaları tasarlanmış ve ilk yargılama Aralık 1943'te Kharkov'da yapılmıştır⁹. Yüksek Sovyet Presidium'u 1943 yılında uygulanabilecek cezaları gösteren bir Kararname çıkarmıştır. İddianamede sanıklar, Kharkov ve çevresinden binlerce insanı gazla zehirleyerek öldürmekle, sivillere karşı vahşice canavarlıklar yapmakla, köyleri yakıp kadınları, çocukları ve yaşlıları imha etmekle ve ayrıca yaralıları ve savaş esirlerini diri diri yakmakla, öldürmekle ve işkence yapmakla suçlanmışlardır. İddia makamı, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi ile 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesinin Almanya tarafından onaylanmış olduğunu kaydederek, bu uluslararası sözleşmelerdeki hükümlere dayanmıştır. İddianame sadece Alman Hükümetinin ve Komutanlığının sorumluluğundan değil, ama aynı zamanda *Leipzig yargılamalarına* dayanarak, sanıkların bireysel sorumluluklarından da söz etmiştir. Üç sanık kendilerinin ve hiyerarşik üstlerinin suçluluğunu kabul etmelerinin ardından, asılarak ölüm cezasına mahkûm edilmişlerdir. Bu yargılamaların adil olup olmadığı daha sonra sorgulanmış olabilir, ancak bu yargılamalar geniş bir şekilde duyurulmuştur. SSCB bu yargılamalara yeniden başlamak için savaşın bitmesini beklemiştir. Ayrıca Kiev, Minsk, Riga, Leningrad, Smolensk, Briansk, Velikie Luki ve Nikolaev'de de yargılamalar yapılmıştır¹⁰.

110. Bulgaristan Alman kuvvetlerinden kurtulduktan hemen sonra, Bulgaristan Halk Mahkemesi Aralık 1944'te, 1943 tarihli Moskova Bildirisini uygulayarak 11 Bulgarı savaş suçlarından mahkûm etmiştir¹¹.

3. ABD tarafından savaş suçlarının kovuşturulması

(a) ABD Dış Hizmet Elkitabı: Kara Savaş Kuralları, 1 Ekim 1940

111. Bu kapsamlı elkitabı ABD Savaş Bakanlığı tarafından 1940 yılında hazırlanmış ve dış hizmette bulunan silahlı kuvvetler gönderilmiştir.

⁹ bk. Kladov, I.F., “*The People's Verdict: A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov German Atrocity Trials*”, London, New York [etc.] Hutchinson & Co., Ltd. (1944), s. 113 vd.

¹⁰ Ginsburgs G. (1990), op. cit., s. 28 vd.

¹¹ Ginsburgs G., “*Moscow and International Legal Cooperation in the Pursuit of War Criminals*”, 21 Review of Central and East European Law (1995), No. 1, s. 1-40, s. 10.

Elkitabı hem savaş teamül hukukundan ve ABD'nin taraf olduğu antlaşmalardan doğan kuralları içermekte ve hem de o sırada ABD askeri kuvvetlerine uygulanabilir olan silahlı çatışma kurallarını yorumlamaktadır. Elkitabı “Temel ilkeleri” şöyle betimlemektedir:

“Savaşın yazılı olmayan kuralları veya kanunları denilen kuralları arasında üç tane birbirine bağlı temel ilke yer almakta ve bunlar hem yazılı ve hem de yazılı olmayan uygar savaşların diğer bütün kurallarının temeli oluşturmakta ve özel kuralın olmadığı yerde genel bir davranış için rehberlik yapmaktadır. Bunlar:

- (a) Askeri gereklilik ilkesi: bu ilkeye göre, insanlık ve yücelik ilkelerine tabi olarak, bir muharibin mümkün olan en az zaman, para ve yaşam kaybıyla düşmanını tamamen boyun eğmeye zorlamak için her tür ve miktarda kuvvet kullanması haklı görülür;
- (b) İnsanlık ilkesi: bu ilke savaşın amacı bakımından gerçekten gerekli olmayan türde ve derecede şiddet kullanılmasını yasaklar; ve
- (c) Yücelik ilkesi: bu ilke muteber olmayan araçlara, çarelere veya davranışlara başvurmaya yasaklar ve bunu açıklar.

112. Elkitabının 8. paragrafı şöyledir:

“Düşman nüfusunun genel olarak bölünmesi – Savaşta düşman nüfusu, silahlı kuvvetler ile barışçıl nüfus olmak üzere genel olarak ikiye ayrılır. Her iki sınıfın birbirinden farklı hakları, ödevleri ve yapamayacakları şeyler vardır; bir kimse aynı anda iki sınıfa da dahil olamaz.”

113. Elkitabı şöyle devam etmektedir:

“Ele geçirilen askeri birliklerin statüsünün belirlenmesi – Ele geçirilen askeri birliklerin statüsünün belirlenmesi yüksek askeri makama veya askeri mahkemelere bırakılır. Yargısız infaz savaş hukukunda artık düşünülmemektedir. Görevli subaylar, yakalananları sadece tutmakla görevli olup, bu kişilerin nizami, nizami olmayan, firari, vd. olup olmadıklarının belirlenmesi sorununu yetkili makama bırakırlar. ...

Silahlı kuvvetler mensubu olmayan bireylerin yaptıkları düşmanlıklar – Muhariplerin tanınmaları için savaş hukukunun öngördüğü koşullara uymaksızın silahlanıp düşmanlıklar yapan kişiler bundan zarar gören tarafça ele geçirildikleri zaman, savaş suçluları gibi cezalandırılırlar. ...

Yargılanma hakkı – Hiç kimse, savaşan tarafça görevlendirilmiş bir askeri mahkeme veya komisyon veya başka bir yargı yeri tarafından yargılanıp mahkûm edildikten sonra cezaya hükmedilmedikçe, savaş suçlarına karşı bir suçtan cezalandırılmaz.”

(b) *ex parte Quirin* (1942) 317 U.S. 1

114. 1942 yılında sekiz Nazi gizli sabotajcı, ABD'ye gitmişler ve burada ele geçirilip gizli bir askeri komisyon tarafından, diğerlerinin arasında, savaş suçlarına aykırı fiillerde bulunmakla (sabotaj eylemlerinde bulunmak, casusluk yapmak “ve başka düşmanca eylemlerde bulunmak” üzere hileyle düşman hatlarının ardına geçebilmek için sivil kıyafetler giymek dahil)

suçlanmışlardır. Bu kişilerin avukatları Yüksek Mahkemeye bir habeas corpus başvurusunda bulunmuşlardır. Yüksek Mahkeme şöyle demiştir:

“Evrensel anlaşma ve uygulama gereğince savaş hukuku, savaşan ulusun silahlı kuvvetleri ile barışçıl nüfusu arasında ve ayrıca yasal ve yasal olmayan muharipler arasında bir ayırım yapmaktadır. Yasal muharipler, diğer tarafın askeri kuvvetleri tarafından savaş esirleri gibi yakalama ve tutmaya tabidirler. Yasadışı muharipler de aynı şekilde yakalama ve tutmaya tabidirler, fakat ayrıca kendilerini yasadışı muharip kılan eylemleri nedeniyle askeri yargı yerleri tarafından yargılanmaya ve cezalandırılmaya tabidirler. Savaş zamanında bir muharip tarafın askeri hatlarını üniformasız geçerek askeri bilgi toplamak ve bunları düşmana iletmek isteyen bir casus ile öldürme veya mülkiyeti tahrip suretiyle savaşı sürdürmek amacıyla üniformasız olarak gizlice askeri hatlara gelen bir düşman muharip, genel olarak savaş esiri statüsü kazanmış sayılmayan fakat askeri mahkemeler tarafından yargılanma ve cezalandırılma koşuluyla savaş hukukuna aykırı davranmış suçlular olarak görülen, benzer muharip örnekleridirler.”

E. Savaş sırasında işlenen suçlar nedeniyle İkinci Dünya Savaşından sonra UAM tarafından yapılan yargılamalar

1. 1945 tarihli Potsdam Anlaşması

115. Potsdam Anlaşması, Almanya'nın 1945 yılında teslim olmasının ardından, Almanya'nın ve diğer ülkelerin işgal edilmeleri ve yeniden yapılandırılmalarıyla ilgili bir anlaşmadır. 17 Temmuz ile 2 Ağustos 1945 arasında yapılan Potsdam Konferansında SSCB, ABD ve BK tarafından hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Anlaşmada savaş suçlularının takibiyle ilgili olarak şöyle denilmiştir:

“Baş savaş suçlularının Ekim 1943 tarihli Moskova Bildirisine göre belirli bir coğrafi konumla sınırlı olmayan suçlarının yargılanmasının yöntemi hakkında bir anlaşmaya varmak amacıyla Britanya, Amerika Birleşik Devletleri, Sovyet ve Fransız temsilcileri arasında son haftalarda Londra'da devam eden müzakereleri kaydetmişlerdir. Üç Hükümet bu suçluların süratli ve güvenilir bir şekilde adalet önüne çıkarılmalarına ilişkin niyetlerini teyit etmişlerdir. Bu Hükümetler, Londra'da yapılan görüşmelerin hızla bu amaç için bir anlaşmayla sonuçlanmasını ümit etmektedirler. Bu Hükümetler, bu baş suçluların yargılanmalarının mümkün olan en yakın tarihte başlamasının büyük önemi bulunduğunu görüşündedirler. Sanıklarla ilgili birinci liste 1 Eylül'den önce yayımlanacaktır.”

2. Avrupa Mihver Devletlerin Baş Savaş Suçlularının Kovuşturulmalarına ve Cezalandırılmalarına İlişkin Anlaşma (“1945 tarihli Londra Anlaşması”)

116. Almanya'nın kayıtsız şartsı teslim olmasının ardından, Müttefik Kuvvetler 1945 yılında Londra Anlaşmasını imzalamışlardır:

“Birleşmiş Milletler zaman zaman Savaş Suçlularını adalet önüne çıkarma niyetini açıklamış olduğundan;

Almanya'nın işgal ettiği Avrupa'da yaptığı canavarlıklar hakkında 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Bildirisinde, bu canavarlıklardan ve suçlardan sorumlu olan veya bunlara muvafakat eden Alman görevlileri ve Nazi partisinin üyeleri ve adamları, özgürlüğüne kavuşturulmuş ülkelerin ve buralarda kurulacak olan özgür yönetimlerin kanunlarına göre yargılanıp cezalandırılmaları için, bu iğrenç eylemlerde bulundukları ülkelere geri gönderilecekleri söylendiğinden;

Ve bu Bildirinin suçları belirli coğrafi konumla sınırlı olmayan ve Müttefik Hükümetlerinin ortak kararıyla cezalandırılacak olan baş suçluların durumunu etkilemeyeceği söylediğinden; ...

Madde 1: Almanya Kontrol Konseyinin görüşü alındıktan sonra, ister bireysel olarak ister örgütlerin veya grupların üyesi sıfatıyla isterse her iki sıfatla sanık olsunlar, işledikleri suçlar belirli bir coğrafi konumla sınırlı olmayan savaş suçlularının yargılanmaları için bir Uluslararası Askeri Mahkeme kurulacaktır.

Madde 2: Bu Uluslararası Askeri Mahkemenin kuruluşu, yetki ve görevleri bu Anlaşmaya ekli Şartta gösterilmiş olup, Şart, bu Anlaşmanın bütünleyici bir parçasını oluşturur. ...

Madde 4: Bu Anlaşmadaki herhangi bir hüküm, savaş suçlularının suçlarını işledikleri ülkelere geri gönderilmelerini öngören Moskova Bildirisinin hükümlerini etkilemez. ...

Madde 6: Bu Anlaşmanın herhangi bir hükmü, savaş suçlularının Müttefiklerin ülkelerinde veya Almanya'da kurulmuş veya kurulacak olan ulusal veya işgal mahkemelerinin görev ve yetkilerini etkilemez.”

3. UAM Şartı (Nuremberg)

117. Bu Şart, 1945 tarihli Londra Anlaşmasına eklidir. Şart, başka şeylerin yanında, "Liderlerin, örgütleyenlerin, teşvikçilerin ve suç ortaklarının" sorumlu oldukları savaş hukuku ve teamüllerinin ihlallerinin sınırlı sayıda olmayan bir listesini ve bunlar için cezaları öngörmektedir:

“Madde 1: Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti, Geçici Fransa Cumhuriyet Hükümeti, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Hükümeti tarafından 8 Ağustos 1945 günü imzalanan Anlaşma gereğince, Avrupa Mihver Devletlerinin baş savaş suçlularını hızlı ve adil bir şekilde yargılamak üzere, bundan böyle "Mahkeme" diye geçecek olan bir Uluslararası Askeri Mahkemesi kurulmuştur. ...”

“Madde 6: Avrupa Mihver ülkelerinin baş savaş suçlularının yargılanmaları ve cezalandırılmaları için bu Anlaşmanın 1. maddesiyle kurulan Mahkeme, Avrupa Mihver ülkelerinin yararları için bireysel veya örgüt üyesi olarak hareket eden ve aşağıdaki suçlardan herhangi birini işlemiş olan kişileri yargılama ve cezalandırma yetkisine sahiptir.

Aşağıdaki eylemler veya bunlardan biri, bireysel sorumluluğun söz konusu olduğu Mahkemenin yetkisine giren suçlardır: ...

(b) Savaş suçları: savaş hukuku ve teamüllerinin ihlali.

Bu ihlaller, işgal edilmiş ülkenin sivil nüfusundan olan veya böyle bir ülkede bulunan kişileri öldürme, kötü muameleye tabi tutma veya köle emeği veya başka bir amaçla sınır dışına çıkarma; savaş esirlerini veya denizdeki kişileri öldürme veya kötü muameleye tabi tutma; rehineleri öldürme; kamu veya özel mülkiyeti talan etme; şehirleri, kasabaları veya köyleri nedensiz yere yakıp yıkma; askeri gerekliliğin haklı görmediği şekilde tahrip etme; ...

Yukarıda sözü edilen suçlardan birini işlemek üzere hareket eden liderler, örgütleyenler, teşvikçiler ve ortak bir planın oluşumunda veya yerine getirilmesinde bulunan veya işbirliği yapan suç ortakları, böyle bir planı yerine getiren kişiler tarafından işlenen bütün eylemlerden sorumlu tutulur. ...”

“Art. 8: Sanığın, Hükümetin veya üstlerinin emirleri gereğince hareket etmiş olması, kendisini sorumluluktan kurtarmaz; ancak bunlar, eğer Mahkeme adalet yararı için uygun görürse, cezanın hafifletilmesi için göz önünde tutulur. ...”

“Madde 27: Mahkeme, bir sanığa mahkumiyeti halinde, ölüm cezası veya adil olacağına inanacak olursa diğer bir ceza verme yetkisine sahiptir.

Madde 28: Mahkeme, hapis cezası verme yanında, mahkum edilen kişinin çalıntı malı iadesine ve Almanya Kontrol Konseyine verilmesine hükmedebilir.”

4. Nürnberg UAM kararı¹²

118. Kararda, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesinin teamül niteliğine geniş bir şekilde atıf yapılmıştır:

“Bu Mahkeme, ... hem savaş suçlarının ve hem de insanlığa karşı suçların tanımını veren Şart ile bağlıdır. Savaş suçları konusunda, Şartın 6. maddesinin (b) bendinde tanımlanan suçlar, daha önce uluslararası hukuk tarafından savaş suçları olarak tanınmış suçlardır. Bu suçlar 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 46, 50, 52 ve 56. maddelerinde, 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesinin 2, 3, 4, 46 ve 51. maddelerinde yer almıştır. Bu hükümlerin ihlalinin suç oluşturduğu ve bu suçlar nedeniyle bireylerin cezalandırılacakları de kabul edilen bir iddiadır.

Ancak Lahey Sözleşmesinin 2. maddesindeki ‘genel katılma’ hükmü nedeniyle, Sözleşme’nin bu davada uygulanabilir olmadığı iddia edilmiştir. ...

Yakın tarihli bu savaşın taraflarından birkaç tanesi bu Sözleşme’ye taraf değildir.

Mahkemeye göre bu konuda bir karar vermek gerekli değildir. Sözleşmede ifade edilen kara savaşı kuralları, hiç kuşkusuz Sözleşmenin kabul edildiği tarihte var olan uluslararası hukuka öncelik taşır. Ancak Sözleşme açıkça, ‘genel savaş hukuku ve teamüllerini gözden geçirilmesi’ girişimi olduğunu söylemiş, böylece o tarihte mevcut savaş hukuku ve teamüllerini tanımış, 1939 yılında Sözleşmede yer alan bu kurallar bütün uygar milletler tarafından tanınmış ve Şartın 6(b) bendinde sözü edildiği gibi savaş hukukunun ve teamüllerinin beyan edici kuralları olarak görülmüştür.”

¹² *Trial of the Major War Criminals*, Nuremberg, karar 30 Eylül ve 1 Ekim 1946 tarihlerinde verilmiştir.

119. Kararın "Şartın hukuku"nu ve barışa karşı suçları ele alan bölümlerinde şunlar kaydedilmiştir:

“1907 tarihli Lahey Sözleşmesi, savaşın yapılması sırasında bazı yöntemlere başvurmayı yasaklamıştır. Savaş esirlerine kötü muamelede bulunulması, zehirli silahlar kullanılması, beyaz barış bayrağının ve benzer şeylerin usulsüz kullanılması, yasaklananlar arasındadır. Bu yasakların birçoğu, Sözleşmenin kabul edildiği tarihten çok önceden beri yürürlüktedir; fakat 1907’den beri savaş hukukuna aykırı cezalandırılabilir suçlardır; Lahey Sözleşmesine kadar, hiç bir yerde bu tür uygulamalar suç olarak düzenlenmediği ve bir ceza öngörülmediği gibi, suçluları yargılayan ve cezalandıran bir mahkeme kararından da söz edilmemektedir. Ancak yıllar önce askeri mahkemeler bireyleri, bu Sözleşmede yer verilen kara savaş kurallarını ihlal etmekten yargılamışlar ve suçlu bulmuşlardır. ... Kellogg-Briand Paketi’nin sözcükleri yorumlanırken, uluslararası hukukun bir uluslararası yasama organının ürünü olmadığı ve Kellogg-Briand Paketi gibi uluslararası anlaşmaların idari usul meselelerinin değil, ama hukukun genel ilkelerini ele almak durumunda oldukları hatırlanmalıdır. Savaş hukuku sadece antlaşmalarda değil, fakat aynı zamanda tedricen evrensel bir tanıma kazanan devletlerin teamülleri ve uygulamaları ile hukukçular tarafından uygulanan ve askeri mahkemeler tarafından pratiğe geçirilen adaletin genel ilkelerinde bulunabilir. Bu hukuk, durağan değildir; sürekli bir uyarlamayla değişen dünyanın ihtiyaçlarını izler. Aslında birçok durumda antlaşmalar, zaten mevcut hukuk ilkelerine doğrudan atıfta bulunmaktan ve bunları daha tam bir şekilde tanımlamaktan daha fazla bir şey yapmaz.”

5. 1946 tarihli Tokyo UAM Şartı

120. Bu Şart, 19 Ocak 1946 tarihinde bütün Müttefik Kuvvetlerinin en üst Komutanları tarafından tek taraflı bir bildiriyle onaylanmıştır. Şartın konuyla ilgili 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Askeri Mahkeme, bireysel olarak veya kuruluşların üyeleri olarak, Barışa karşı Suçları da içeren suçlarla suçlanan Uzak Doğu savaş suçlularını yargılama yetkisine sahiptir.

Aşağıdaki eylemler veya bunlardan biri, Mahkemenin yargılama yetkisine giren ve kişisel sorumluluğun bulunduğu suçlar:

...

(b) *Teamül olarak Savaş Suçları*: Yani, savaş hukukunun ve teamüllerinin ihlali;

(c) Liderler, örgütleyenler, teşvikçiler ve ortak bir planın oluşumunda veya yerine getirilmesinde bulunan veya işbirliği yapan suç ortakları, böyle bir planı yerine getiren kişiler tarafından işlenen bütün eylemlerden sorumlu tutulur.”

6. 1948 tarihli Tokyo UAM kararı

121. Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin statüsü ile ilgili olarak şöyle demektedir:

“... 18 Ekim 1907 tarihinde imzalanan Sözleşmelerden bazılarının doğrudan antlaşma yükümlülükleri doğurma konusundaki etkililiği, Sözleşmenin bütün

Muhariplerin taraf olmaları halinde bağlayıcı olacağını öngören bir ‘genel katılma’ hükmüne yer vermiş olmasıyla önemli ölçüde zayıflamıştır. Bu hüküm, dar anlamda hukuk bakımından bazı Sözleşmelerin, ya savaşın daha başından itibaren veya ne kadar güçsüz olursa olsun Sözleşmeyi imzalamamış bir Kuvvetin savaş sırasında Muharipler arasına katılmasıyla, doğrudan antlaşma yükümlülükleri doğuran bağlayıcılıklarından yoksun kalmaları sonucunu yaratmıştır. ‘Genel katılma hükmü’nün işletilmesi suretiyle veya başka bir yoldan, bağlayıcı bir antlaşma olarak Sözleşmenin hükümlerine uyma yükümlülüğü ortadan kaldırılabilir olduğu halde, Sözleşme, belirli bir durumda uygulanabilecek teamül hukukunun belirlenmesinde bütün diğer mevcut delillerle birlikte, uluslararası teamül hukukunun en iyi delili olarak durmaktadır. ...”

7. Nürnberg İlkeleri

122. Uluslararası Hukuk Komisyonu 1950’li yılların ortalarında, Şartta ve Nürnberg UAM’nin kararında "tanınmış uluslararası hukuk ilkeleri"ni özetleyen yedi "Nürnberg İlkesi" kabul etmiştir:

“İlke I: Uluslararası hukuka göre suç oluşturan bir eylemde bulunan bir kimse, bundan sorumlu olur ve cezalandırılır.

İlke II: Uluslararası hukuka göre suç oluşturan bir eyleme iç hukukta ceza verilmemesi, eylemi işleyen kişiyi uluslararası hukuktaki sorumluluğundan kurtarmaz. ...

İlke IV: Bir kimsenin Hükümetinin veya bir üstünün emriyle hareket etmiş olması, ahlaki açıdan bir tercih yapması mümkün olduğundan, kendisini uluslararası hukuktan doğan yükümlülüğünden kurtarmaz.

İlke V: Kendisine uluslararası hukuktaki bir suç isnat edilen bir kimse, maddi ve hukuki olaylar konusunda adil yargılanma hakkına sahiptir.

İlke VI: Aşağıda gösterilen suçlar, uluslararası hukuka göre cezalandırılabilir suçlardır: ...

(b) Savaş suçları:

Savaş hukuku veya teamüllerini ihlal, şunlarla sınırlı olmamakla birlikte işgal edilmiş ülkenin sivil nüfusundan olan veya böyle bir ülkede bulunan kişileri öldürme, kötü muameleye tabi tutma veya köle emeği veya başka bir amaçla sınır dışına çıkarma; savaş esirlerini veya denizdeki kişileri öldürme veya kötü muameleye tabi tutma; rehinelere öldürme; kamu veya özel mülkiyeti talan etme; şehirleri, kasabaları veya köyleri nedensiz yere yakıp yıkma; askeri gerekliliğin haklı görmediği şekilde tahrip etmeyi içerir. ...

İlke VII: VI. İlkede gösterilen, barışa karşı bir suçun, bir savaş suçunun veya insanlığa karşı bir suçun işlenmesine iştirak etmek, uluslararası hukuka göre bir suçtur.”

F. İkinci Dünya Savaşından sonra, savaş sırasında işlenen suçlar nedeniyle yapılan ulusal kovuşturmalar

1. Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu No. 10 - Savaş Suçlarının, Barışa karşı Suçların ve İnsanlığa karşı Suçların Cezalandırılması ("Kontrol Konseyi Kanunu No. 10") ve "Rehineler Davası"

123. Nürnberg’de yargılanmakta olanlar dışında, Almanya’da savaş suçlularının kovuşturulmaları için tek tip bir hukuki temel oluşturmak üzere, Almanya’yı kontrol eden Müttefikler Konseyi, tarafından Aralık 1945’te 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu çıkarılmıştır. Kanunun 1. maddesi, 1943 tarihli Moskova Bildirisini ve 1945 tarihli Londra Anlaşmasını, bu Kanunun bütünlüycü bir parçası haline getirmiştir. Kanunun II(5). maddesi şöyledir:

“Bu belgede sözü edilen bir suçtan yargılanan veya kovuşturulan bir sanık, 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 tarihleri arasındaki dönem bakımından zamanaşımından yararlanamaz ...”

124. Bu Kanun ayrıca, Nürnberg UAM Şartının 6(b) bendiyle hemen hemen aynı eylemleri savaş suçları olarak kabul etmiş ve ister asli fail ister fer’i fail olsun, suçun işlenmesini emreden veya suça yardım eden veya isteyerek suçun işlenmesine veya planlanmasına veya teşebbüs edilmesine katılan veya suçun işlenmesiyle ilgili bir örgütün veya gurubun üyesi olan bir kimsenin bir savaş suçu işlemiş olduğunu öngörmüştür. Ayrıca suçların cezaları da belirtilmiştir.

125. *Rehineler (Wilhelm List)* davasında¹³ sanıklar, esas itibarıyla işgal edilmiş ülkede misilleme öldürmeleri için bir plan yapmakla ve teslim olan İtalyan askerlerini infaz etmekle ilgili olarak, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla suçlanmışlardır. Kararda, Nürnberg UAM Şartındaki ve Kontrol Konseyinin 10 Numaralı Kanunundaki suçların, mevcut savaş hukukunu ve teamüllerini beyan edici nitelikte olduğunu kaydedilmiştir.

126. *List* kararında kaydedildiğine göre:

“askeri kuvvetle ülkede barışı sağlamakla görevlendirilmiştir; *franc-tireurs* (keskin nişancılar) gibi, askerlerine saldıranları veya taşıma vasıtalarına ve haberleşme hatlarına sabotaj yapanları cezalandırma hakkına sahiptir; ... Bu tabi ki, ele geçirilen yasadışı grup üyelerinin savaş eseri olarak muamele görme hakları bulunmadığı anlamına gelmektedir. Ele geçirdikleri direniş kuvvet üyeleri *franc-tireurs* olduklarından, bu kişileri öldürdükleri için usulüne uygun bir şekilde suçlanamazlar.”

127. Kararda, askeri gereklilik konusunda şunlar kaydedilmiştir:

¹³ *Amerika Birleşik Devletleri - Wilhelm List, ve diğerleri.*, UNWCC Law Reports of Trials of War Criminals (“LRTWC”), Cilt VIII, 1949 (“Rehineler Davası”).

“Askeri gereklilik, bir muharibin, savaş hukukuna tabi olarak, mümkün olan en az zaman, yaşam ve para kaybıyla düşmanı tamamen boyun eğmeye zorlamak için herhangi bir miktar veya türde güç kullanmasına izin verir. Genel olarak, bir işgalci tarafından kendi kuvvetlerinin güvenliğini korumak ve operasyonlarının başarısını kolaylaştırmak için gerekli tedbirleri almasını uygun bulur. Askeri gereklilik, silahlı düşmanların ve savaşta silahlı çatışmaların arızı olarak imhasını kaçınılmaz kıldığı diğer kişilerin imha edilmesine izin verir; silahlı düşmanların ve özel bir tehlike oluşturan diğer kişilerin ele geçirilmelerine imkan tanır; fakat intikam almak ve öldürme zevkini tatmin etmek için masum insanların öldürülmesine izin vermez. Mülkiyetin tahrip edilmesinin hukuka uygun olabilmesi için, savaşın zorunlulukların bunu kesinlikle gerektirmiş olması gerekir. Bir hedef olarak tahrip etmenin kendisi Uluslararası Hukuku ihlal eder. Mülkiyetin tahribi ile düşman kuvvetlerinin yenilmesi arasında makul bir bağın bulunması zorunludur.”

128. Mahkeme, Almanya ile İtalya arasında resmen bir savaş ilanı bulunmaması nedeniyle, infaz edilmiş olan İtalyan askerlerinin savaş esiri statüsüne sahip olup olmadıkları konusunda derin kuşkular yarattığını kabul etmek zorunda kaldığı halde, bu kişilerin yargısız infaz edilmelerinin "bütünüyle hukuka aykırı ve haksız" olup olmadıklarını tespit etmek için bu olayın ardına bakmıştır”.

2. Diğer ulusal yargılamalar

129. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, farklı ulusal yargı yerleri, İkinci Dünya Savaşı sırasında yapılan eylemler nedeniyle, savaş suçları davalarına bakmışlardır. Bunlar arasında Avustralya, Britanya, Kanada, Çin, Fransız ve Norveç askeri ve sivil mahkemeleri yer almaktadır¹⁴. Bütün yargılamalar savaş hukukunun ve teamüllerinin ihlalleriyle ilgili olup, birçoğu savaş suçlarından şüphelileri cezalandırmadan önce adil yargılanmaları gerekleriyle alakalıdır. Belirli kararlar, bir ulusal yargı yerinin uluslararası

¹⁴ *Trial of Shigeru Ohashi and Ors*, Australian Military Court 1946, LRTWC, Volume V; *Trial of Yamamoto Chusaburo*, British Military Court, 1946 LRTWC, Volume III; *Trial of Eikichi Kato*, Australian Military Court 1946, LRTWC, Volume I; *Trial of Eitaro Shinohara and Ors*, Australian Military Court 1946, LRTWC, Volume V; *Re Yamashita* 327 U.S. 1 (1946); *Trial of Karl-Hans Hermann Klinge*, Supreme Court of Norway 1946, LRTWC, Volume III; *Trial of Franz Holstein and Ors*, French Military Tribunal 1947, LRTWC, Volume VIII; *Trial of Otto Skorzeny and Others*, American Military Tribunal 1947, LRTWC, Volume IX; *The Dostler Case*, US Military Commission 1945, LRTWC Volume I; *The Almelo Trial*, British Military Court 1945, LRTWC Volume I; *The Dreierwalde case*, British Military Court 1946, LRTWC Volume I; *The Abbaye Ardenne case*, Canadian Military Court 1945, LRTWC Volume IV; *Trial of Bauer, Schrameck and Falten*, French Military Tribunal 1945, LRTWC Volume VIII; *Trial of Takashi Sakai*, Chinese Military Tribunal 1946, LRTWC, Volume III; *Trial of Hans Szabados*, French Permanent Military Tribunal 1946, LRTWC Volume IX; *Trial of Franz Schonfeld et al.*, British Military Court 1946, LRTWC Volume XI (tarihler, yargılama veya hüküm tarihleridir).

savaş hukuku ve teamüllerine atıf yapmasının meşru olduğunu vurgulamışlar ve sivil mülkiyetin gereksiz yere tahrip edilmesi, hukuka aykırı olarak düşman üniforması giyilmesi ve komutanın bireysel sorumluluğuyla ilgili kurallara atıflar yapmışlardır.

G. Daha sonraki Sözleşmeler

1. Savaş Suçlarına Zamanaşımı Uygulanmayacağına İlişkin Sözleşme (“1968 tarihli Sözleşme”)

130. Bu Sözleşme, henüz yakalanmamış savaş suçlusu (İkinci Dünya Savaşı) olduğu iddia edilen kişilerin zamanın geçmesiyle kovuşturulmaktan kurtulabilecekleri korkusuyla BM Genel Kurulu tarafından Kasım 1968’de kabul edilmiştir.

131. 1968 tarihli Sözleşme 11 Kasım 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme 1969 yılında Sovyetler Birliği tarafından ve 14 Nisan 1992 tarihinde Letonya tarafından onaylanmıştır. Konuyla ilgili hükümleri şöyledir:

“Başlangıç

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların kovuşturulması ve cezalandırılması ile ilgili daha önceki bildiri, belge veya sözleşmelerden hiç birinin zamanaşımı konusunda bir hüküm getirmedikçe kaydederek,

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların uluslararası hukukta en ağır suçlar arasında yer aldıklarını kabul ederek,

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların etkili bir biçimde cezalandırılmasının, bu tür suçların işlenmesini önlemede, insan haklarını ve özgürlüklerini korumada, halklar arasında güven duygusunu teşvik etmede ve işbirliğini geliştirmede ve uluslararası barış ve güvenliği ilerletmede önemli bir unsur olduğuna kanaat getirerek,

Adi suçlar bakımından getirilen zamanaşımı ile ilgili ulusal hukuk kurallarının savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlara da uygulanmasından dünya kamuoyunun çok ciddi kaygı duyduğunu, bu suçlardan sorumlu olanların kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını engelleyeceğini kaydederek,

Bu Sözleşme vasıtasıyla uluslararası hukukta, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımından zamanaşımı bulunmadığı prensibini teyit etmek ve bu prensibin her yerde uygulanmasını sağlamanın gerekli ve uygun olduğunu kabul ederek,

Aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır”.

132. 1968 tarihli Sözleşmenin 1. maddesi şöyledir:

“Hangi tarihte işlenmiş olursa olsun, aşağıdaki suçlar bakımından zamanaşımı uygulanmaz:

(a) 8 Ağustos 1945 tarihli Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartında tanımlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Şubat 1946 tarihli ve 3(1)

sayılı ve 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(1) sayılı kararlarında teyit edilen savaş suçları, özellikle de savaş mağdurlarının korunması için 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde sayılan “ağır ihlaller”; ...”

2. Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmayacağına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (“1974 tarihli Sözleşme”)

133. Bu Sözleşme, kabulünden önce işlenmiş suçlara ancak, bu suçların daha önce zamanaşımına uğramamış olması halinde uygulanır. 1974 tarihli Sözleşmeyi depo etme aşamasında sadece iki devlet imzalamış (Fransa ve Hollanda) ve üçüncü devlet (Belçika) tarafından onaylandıktan sonra 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmeyi ne SSCB ve ne de Letonya onaylamıştır.

3. 12A Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (“1977 tarihli Ek Protokol”)

134. Cenevre Sözleşmelerine ek bu Protokol, Cenevre Sözleşmelerinin dayandığı başta 1907 tarihli Lahey Sözleşmesindeki kurallar olmak üzere, savaş hukukunu ve teamüllerini teyit etmeyi ve çağın ışığında geliştirmeyi amaçlamıştır. Protokolün birçok hükmü, mevcut savaş hukuku ve teamüllerini yeniden ifade ederken, diğer bazı hükümleri yapıcı niteliktedir.

135. Savaşın “Temel Kuralları”ndan iki tanesi, Protokolün 35. maddesinde gösterilmiştir:

“1. Her hangi bir silahlı çatışmada, çatışmaya Taraf olanların savaş yöntemlerini ve araçlarını seçme hakları sınırsız değildir.

2. Gereğinden fazla yaralamaya ve gereksiz acılara sebep olacak nitelikte savaş yöntemlerini ve silahları, ateşleyicileri ve materyalleri kullanmak yasaktır. ...”

136. Protokolün 39. maddesi şöyledir:

“Madde 39. Milliyet amblemleri

1. Silahlı çatışmada, çatışmada nötr kalan devletlerin ve ya çatışmaya taraf olmayan devletlerin bayraklarını veya askeri amblemlerini, işaretlerini veya üniformalarını kullanmak yasaktır.

2. Saldırıda bulunulduğu sırada veya askeri operasyonları gizlemek, kolaylaştırmak, korumak veya engellemek için karşı Tarafın bayrağını, amblemlerini, işaretlerini veya üniformalarını kullanmak yasaktır.”

137. Protokolün 41. maddesi, *hors de combat* (savaş dışında kalan) muhriplerin korunmasını teyit etmektedir:

“1. ‘Horse de combat’ olarak tanınan veya olayın içinde bulunduğu şartlarda ‘horse de combat’ olarak tanınması gereken bir kimse, saldırı hedefi yapılamaz.

2. Bir kimse eğer:

- (a) karşı Tarafın gücü altında ise;
- (b) teslim olma niyetini açıkça ifade etmekte ise; veya
- (c) yaraları ve hastalığı nedeniyle bilinçsiz duruma girmiş veya başka bir şekilde yetersiz kalıp, böylece kendini savunabilecek durumda değilse;

bu durumlardan herhangi birinde düşmanca bir davranışta bulunmaktan kaçınması ve kaçmaya teşebbüs etmemesi halinde, bu kimse ‘horse de combat’ kabul edilir.”

138. Protokolün 48. maddesi ayırım yapma ilkesini tanımaktadır:

“Sivil nüfusa ve sivil nesnelere saygı gösterilmesi ve korunması için, çatışmanın Tarafları her zaman sivil nüfus ile muharıpler, sivil nesneler ile askeri nesneler arasında ayırım yaparlar ve operasyonlarını sadece askeri nesnelere karşı yöneltirler.”

139. Protokolün 50. maddesi sivillerin, silahlı kuvvetlere mensup bulunmayan kişiler olarak tanımlanmasını kabul etmektedir.

“1. Bir sivil, Üçüncü Sözleşmenin 4A (1), (2), (3) ve (6). bendleri ile bu Protokolün 43. maddesinde sözü edilen kişi kategorilerinden birine girmeyen bir kimsedir¹⁵. Bir kimsenin sivil olup olmadığına dair bir şüphe varsa, bu kimse sivil olarak kabul edilir.

2. Sivil nüfus, sivil olan herkesi kapsar.

3. Sivil bir nüfusun içinde sivil tanımına uymayan bireylerin bulunması, bu nüfusu sivil karakterinden yoksun bırakmaz.”

140. Protokolün 51. maddesi, sivillere sağlanacak korumayla ilgilidir:

“1. Sivil nüfus ve sivil bireyler, askeri operasyonlardan doğan tehlikelere karşı genel bir korumadan yararlanırlar. Bu korumanın etkili kılınabilmesi için, uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına ek olarak, her koşulda şu kurallara uyulur.

2. Sivil nüfus gibi sivil bireyler de, saldırı hedefi yapılamazlar. Başlıca amacı sivil nüfus arasında terör yaymak olan şiddet eylemlerinde ve şiddet tehditlerinde bulunmak yasaktır.

3. Siviller, düşmanlıklarda doğrudan taraf olarak yer almadıkça ve almadıkları sürece, bu Bölümde sağlanan korumadan yararlanırlar.

141. Protokolün 52. maddesi, askeri amaçları bulunmayan bir sivil hedefin saldırı hedefi yapılamayacağına dair teamül normunu hatırlatmaktadır. Protokolün 52(3). fıkrası şunları kaydetmektedir:

“Bir ibadet yeri, bir ev veya diğer ikamet edilen yerler veya bir okul gibi, normal olarak sivil amaçlara tahsis edilmiş yerlerin askeri faaliyete etkili bir şekilde katkı bulunmak üzere kullanılıp kullanılmadığı konusunda bir şüphe halinde, kullanılmadığı varsayılır.”

142. Protokolün 75. maddesi, bir muharip tarafın gücü altında olup, savaş hukuku ve teamüllerine göre savaş esiri statüsü gibi daha yüksek bir

¹⁵ Referansta bulunulan bu hükümler, savaş esiri statüsünün kazanılması ve silahlı kuvvetlerin tanımlanmasıyla ilgili hükümlerdir.

korumadan yararlanma durumu bulunmayan kişilerin korunmasını sağlamaktadır.

KARAR GEREKÇESİ

I. SÖZLEŞME’NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

143. Başvurucu, ceza kanununun geriye yürürlü olarak uygulandığı gerekçesiyle Sözleşme’nin 7. maddesinin ihlal edildiğinden şikayet etmiştir. Başvurucu, mahkûm edildiği fiillerin işlendiği 1944 yılında bir suç oluşturmadığını ve Sözleşme’nin 7(2). fıkrasının uygulanamayacağını, çünkü iddia konusu suçların 7. madde kapsamına girmediğini ileri sürmüştür. Sözleşme’nin 7. maddesi şöyledir:

“1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye suç işlediği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar ülkeler tarafından tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmal nedeniyle bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.”

A. Daire kararı

144. Daire, başvurunun şikayetini Sözleşme’nin 7(1). fıkrası bakımından incelemiştir. Daire, 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesinin iç hukuktan çok uluslararası hukuka dayandığı ve söz konusu uluslararası belgelerin 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ile Nizamnamesi olduğu kanaatindedir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) ve 1977 tarihli Ek Protokol, Mayıs 1944’teki söz konusu eylemlerden sonra kabul edilmiş olup, bunlar geriye yürürlü olarak uygulanamaz. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ilkeleri yaygın bir şekilde tanınmış evrensel nitelikte ilkeler olup, 1944 tarihinde *jus in bello*’nun [savaş zamanında kabuledilebilir eylemlerin sınırları] temel teamül kurallarını oluşturmuştur; bu ilkeler başvurunun söz konusu eylemlerine uygulanır.

145. Daire, başvurucuyu savaş suçlarından mahkum etmek için inandırıcı bir hukuki temelin var olup olmadığını ve başvurunun kendi birliğinin 27 Mayıs 1944 eyleminin kendisini bu tür suçlardan suçlu hale getirebileceğini önceden görüp göremeyeceğini belirlerken, Mazie Bati bölgesinin, Letonya’nın Alman yönetimine yardımcı birlikleri dahil, düşman faaliyetlerine maruz kalan bir bölge olduğunu kaydetmiştir.

146. Daire daha sonra köylülerin hukuki statüsünü ele almış ve ölen erkekler ile kadınların durumunu birbirinden ayırmıştır. Daire başvurucunun, erkek köylülerin Alman kuvvetlerin işbirlikçileri olduklarını düşünmekte haklı nedenleri bulunduğunu tespit etmiş ve erkek köylüler muharip tanımındaki bütün unsurları taşımasalar bile, *jus in bello*'nun bu kişileri otomatik biçimde *a contrario* sivil olarak kabul etmediğini belirtmiştir. Daire, köylülerin bu hukuki statülerine ve başvurucunun bir "muharip" olmasına dayanarak, 27 Mayıs 1944 tarihinde yapılan saldırının kendiliğinden 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinde kurallaştırılan savaş hukuku ve teamüllerine aykırı bulunduğunun veya sonuç olarak başvurucuyu birliğin komutanı olarak mahkum etmek için bir temel olduğunun kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır.

147. Kadınların öldürülmeleri konusunda, eğer kadınlar Alman yönetimine yardım etmişlerse, yukarıdaki sonuç kendilerine de uygulanır. Alternatif olarak, yetkinin kötüye kullanılması sonucu öldürülmüşlerse, bu da *jus in bello*'nun ihlali olarak görülemez; başvuru aleyhine iç hukuka göre açılacak bir dava, 1954 yılında kesinlikle zamanaşımına girmiştir. Başvurucuyu zamanaşımı süresinin dolmasından yaklaşık yarım yüzyıl sonra cezalandırmak, önceden görülebilirlik ilkesine aykırı düşecektir.

148. Daire son olarak, bu davayı Sözleşme'nin 7(2). fıkrası bakımından incelemenin gerekli olmadığını kabul etmiştir. Sözleşme'nin 7(2). fıkrası uygulanabilir olsa bile, 27 Mayıs 1944 tarihli operasyon, "uygar uluslar tarafından tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç" olarak görülemez.

B. Tarafların ve üçüncü tarafların Büyük Daireye sundukları görüşler

1. Davalı Hükümet

149. Hükümet Dairenin vardığı sonuca ve gerekçesine katılmamıştır.

150. Hükümet bu olayın Sözleşme'nin 7(1). fıkrasına girdiği, çünkü başvurucunun eylemlerinin işlendiği tarihte uluslararası ve ulusal hukuka göre suç olduğu kanaatine varmıştır. Bu fıkra bakımından Mahkeme'nin görevi, belirli eylemleri yeterince ulaşılabilir ve açık bir biçimde formüle ederek bir suç olarak tanımlanmış bir yasa hükmü bulunup bulunmadığını ve özellikle Letonya mahkemelerinin 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesine dayanma yetkisine sahip olup olmadıklarını ve bunu yaparken uluslararası hukukun konuyla ilgili unsurlarına dayanıp dayanmadıklarını ortaya koymaktır. Bu açıdan bir suç, yazılı veya yazılı olmayan hukuk, uluslararası veya ulusal hukuk tarafından tanımlanabilir ve Sözleşme'nin 7. maddesi, meydana gelen gelişme suçun özünü uyumsuz olmadıkça, cezai sorumlulukla ilgili kuralların yargısal yorumla tedricen açıklığa

kavuşturulmasını hukuka aykırı görmemektedir. Bu tür bir gelişme, hukukun üstünlüğüyle yönetilen demokratik devletin totaliter bir rejimin ardılı olması ve eski rejim mensuplarına karşı açılan ceza davaları açma yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışması halinde çok daha önemlidir.

151. Bununla birlikte davalı Hükümet, Dairenin, Sözleşme'nin 6. maddesine uygun hareket ettikleri tespit edilmiş olan ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin belirlemelerini değiştirmek suretiyle, ikincilik rolünü aştığı kanaatine varmıştır. Aslında Daire olayları yeniden değerlendirirken, özellikle Partizan Mahkemesinin Mazie Bati köylüleri hakkında bir hükmünün bulunup bulunmadığı konusunda olduğu gibi, 27 Mayıs 1944 tarihindeki olayları çevreleyen hayati öneme sahip bazı gelişmeleri dikkate almamıştır. Her halükarda böyle bir Partizan Mahkemesi hükmü, adil yargılamanın en temel özelliklerini ihlal suretiyle yoklukta verilmiş olduğu için hukuka aykırıdır. Davalı Hükümet, Başsavcılığın Partizan Mahkemesinin varlığı, Mazi Bati'nin ve köylülerinin Alman savunmasındaki rolleri ve köylülere niçin silah dağıtıldığıyla ilgili Şubat 2008 tarihli yazılarını Daireye ve daha sonra yeniden Büyük Daireye sunmuştur.

152. Ayrıca davalı Hükümet, ayrıntılı olarak sunduğu görüşünde, Mahkeme'nin İkinci Dünya Savaşından önceki ve sonraki tarihsel ve siyasi olayları ve daha geniş bir biçimde dikkate almış olması gerektiğini savunmuştur; özellikle 1940 yılında Letonya'nın Sovyetler tarafından işgali hukuka aykırı olup, bu işgal 1941-1944 yılları arasında aynı şekilde hukuka aykırı olan Alman işgaliyle kesintiye uğramış olduğu halde, 1990'lı yılların başında yeniden bağımsızlık kazanılncaya kadar yürürlükte kalmıştır. Sovyet işgali sırasında, Letonya'nın uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi dahil, egemenlik yetkilerini kullanması engellenmiştir. Bunun sonucunda yerel nüfusun Partizanlardan korkmalarından ayrı olarak, başvurucunun 27 Mayıs 1944'te Mazie Bati'daki olayların Mihver kuvvetlere ve diğerleri arasında SSCB'ye karşı uluslararası bir silahlı çatışma yerine bir iç savaş olayı olduğunu söylemesi, bir çarpıtmadır.

153. Mahkeme uluslararası hukukun konuyla ilgili ilkelerini uygulamakla yetkili olduğu halde, davalı Hükümet, Dairenin uluslararası hukuku uygulamasına katılmamıştır. Hükümete göre Daire, sivilleri tanımlama ve sivillere tanınması gereken insani muamele standardının kriterleri, sivil statüsünün kaybının uluslararası insani korunmayı kaybettirmeyeceği ilkesi, askeri gerekliliğin sınırları ve sadakatsizce eylemlerde bulunma yasağı gibi bazı uluslararası hukuk kaynaklarını ve bu hukuktan türeyen belirli ilkeleri görmezden gelmiş veya yanlış uygulamıştır. Aksine davalı Hükümet, çağdaş Sözleşmelere ve bildiriler ile Nürnberg UAM Şartına ve kararına geniş bir biçimde dayanarak, başvurucunun 1944

yılında anlaşıldığı şekilde savaş suçlarından açıkça suçlu olduğunu iddia etmiştir.

154. Davalı Hükümet, ayırım yapma ilkesinin 1944 yılında bütünüyle anlaşılması kolay olmayan bir mesele olduğunu kabul etmekle birlikte, Mazie Bati köylülerinin "sivil" olduklarının açık olduğunu iddia etmiştir. Aslında bu kişiler silahlı olup Nazi işgaline sempati duysalar bile ve hatta bir asayiş kuruluşuna mensup olsalar bile, sivillik statülerini kaybetmemişlerdir. Her halükarda köylüler bu statüyü kaybetmiş olsalar ve "muharip" olarak kabul edilseler bile, *hors de combat* bir kimsenin gerçekten bir suça karıştığına kanıtlandığı adil bir yargılama yapılmadıkça (ki olayda buna ilişkin bir kanıt yoktur) yargısız infaz edilmesine ve öldürülmesine imkân veren herhangi bir şey yoktur. Ayrıca bu eylemler, "hukuken muharip misillemeleri" şeklinde eylemler değildir, çünkü diğerleri arasında, savaş esirlerine ve sivillere karşı bu tür eylemler 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesinden bu yana yasaklanmış olup, köylülerin kendilerinin savaş suçları işledikleri de iddia edilmemiştir.

155. Ayrıca başvurunun eylemleri, 1944 yılında ve daha sonra ulusal hukuka göre suç oluşturmuştur. 1940 tarihli Letonya SSC Yüksek Konseyi tarafından kabul edilen 1991 yılına kadar yürürlükte kalan ve 1993 yılında yeniden yürürlüğe konulan 1926 tarihli Ceza Kanunu, savaş hukukunun ve teamüllerinin ihlalini suç haline getirmiş ve cezalarını belirlemiş olup, bu hükümler yeterince erişilebilir ve açıktır. Eylül 1991'den Nisan 1993'e kadar belirsizlik döneminin pratik bir önemi yoktur, çünkü Letonya mevcut uluslararası hukuka dayanarak bireyleri kovuşturma şeklinde uluslararası yükümlülük altındadır.

156. Başvurucu komuta sorumluluğunu taşıdığından, suçları fiilen işleyip işlemediği önemli değildir.

157. Diğerleri arasında, 1926 tarihli Ceza Kanununun 14. maddesi (ve Resmi Notları), 1961 tarihli Ceza Kanununun 45. maddesi ve bu Mahkeme tarafından geriye yürürlü etkisi tanınmış olan 1968 tarihli Sözleşmenin 1. maddesi göz önünde tutulduğunda, başvurunun mahkûmiyeti zamanaşımına uğramış da değildir.

158. Yukarıda anlatılanlar ışığında, 1944 yılında başvurunun eylemlerinin suç olduğu açık ve objektif bir şekilde önceden görülebilir nitelikte olup, başvurunun eylemlerinin tam kanuni niteliklerine ilişkin her unsurun farkında olduğunu göstermek gerekli değildir. Aslında başvurunun, köylüleri bir Partizan Mahkemesinin mahkûmiyet kararından sonra kendilerini yakalamak istediği şeklindeki alternatif anlatımı, kendisinin o sırada yakalama yerine öldürme şeklindeki tartışma konusu eyleminin suç olduğunun farkında olduğunu kabul ettiğini ortaya koymuştur. Diğerleri arasında, İkinci Dünya Savaşı sırasında belirli

devletlerin çıkardıkları bildiriler ve bu savaş sırasında ve savaştan hemen sonra Sovyet yetkililerin çokça dahil oldukları süreçlerden olan ulusal ve uluslararası kovuşturmalar dikkate alındığında, başvurucunun mahkumiyeti objektif olarak önceden görülebilir niteliktedir. Başvurucunun savaştan sonra yıllarca bir Sovyet savaş kahramanı olarak görülmüş olması önemli değildir; buradaki kilit nokta, söz konusu eylemlerin 1944 yılında savaş suçları oluşturup oluşturmadığının makulce önceden görülebilir olup olmadığıdır, yoksa daha sonraki tesadüfi siyasal durumunun, kendisinin kovuşturulmasını engelleyip engellemediği değil. Diğer devletlerin ilkeden ayrılmaları uluslararası kullanımda ve teamüllerde bir değişikliğin delilini oluşturmadıkça, bir kimsenin kendisini cezai sorumluluktan kurtarmak için savaş suçlarının başkaları tarafından işlendiğini iddia etmesi de bir savunma değildir.

159. Alternatif olarak, başvurucunun suçları, Sözleşme'nin 7(2). fıkrası anlamında "uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkeler"e göre suç oluşturmuştur. Bu fıkra, İkinci Dünya Savaşı sonrasında UAM tarafından yapılan yargılamaların geçerliliği hakkında herhangi bir kuşkuyu ortadan kaldırmak için getirilmiş olup, sonraki ulusal ve uluslararası uygulamalar UAM'nin ve ilkelerinin evrensel geçerliliğini teyit ettiğinden, artık Sözleşme'nin 7(2). fıkrasının işlevi kalmamıştır. Bu "genel ilkeler" uluslararası hukukun ister birinci derece isterse ikinci derece kaynakları olsunlar, bunlar uluslararası pozitif hukuktaki ve teamüllerdeki boşlukları doldurmak için ulusal sistemlerden türetilmişlerdir. Bu ilkelerin ortaya koyulması için gerekli olan ulusal sistemlerin gözden geçirilmesi konusunda bir uzlaşma bulunmadığından, davalı Hükümet, 1944 yılına kadar savaş suçları konusunda görüşünü açıklamış, hukuk sistemleri ile Letonya ve SSCB ceza kanunlarını incelemiştir. Davalı Hükümet, ulusal mahkemelerin ve yargı yerlerinin savaş suçlarını ve teamüllerini ihlal suçlamalarında bulunurken uluslararası hukukun yerleşik ilkelerine dayandıklarını kaydederek, hukukun genel ilkelerinin başvurucunun eylemlerini suç olarak gördüğünü, dolayısıyla şimdiki ulusal mahkemelerin de bu ilkelere başvurabileceğini savunmuştur.

2. Başvurucu

160. Başvurucu ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkeler bakımından bir suçun suçlusu olmadığını iddia ederek, Dairenin vardığı sonucu ve gerekçesini desteklemiştir.

161. Başvurucu, Dairenin yetkisini aştığı ve belirli olaylar hakkında yanlış karar verdiği şeklindeki görüşe karşı çıkmıştır. Başvurucuya göre tam tersine davalı Hükümet, Daire tarafından ortaya koyulan olayları yanlış yorumlayarak ve yanlış alıntı yaparak Büyük Dairenin önüne getirmiştir.

162. Başvurucu Büyük Daire önünde, Şubat 1944'te Binbaşı Chugonov partizan gurubu üyelerinin öldürülmesini çevreleyen koşulları kendine göre anlatmıştır. Bu gurup, Meikuls Krupniks'in çiftlik ambarına sığınmışlar ve ölen köylüler partizanları koruyormuş gibi görünerek çevredeki *wehrmacht*'a haber uçurmuşlar ve bu partizan gurubunu hileyle *wehrmacht*'ın ellerine teslim edilmelerine katılmışlardır. Ertesi gün Alman askerleri gelmişler ve köydeki üç kadından daha ayrıntılı bilgi aldıktan sonra, Chugonov gurubu üyelerini öldürmüşlerdir. Aralarında Meikuls Krupniks'in annesinin de bulunduğu bazı kadınlar, cesetlerden elbiseleri çıkarmışlardır. Söz konusu köylüler, Alman askeri yönetimi tarafından odun, şeker, içki ve parayla ödüllendirilmişlerdir. Daha sonra diğer partizanlar tarafından ele geçirilen bir köylü, Binbaşı Chugonov birimini ihbar eden köylülerin adlarını vermiştir.

Başvurucu, varlığı kanıtlanmış olan bir *ad hoc* Partizan Mahkemesinin kararını yerine getirmek üzere hareket ettiğini tekrarlamıştır. Bu mahkeme, Binbaşı Chugonov'a ihanet eden Mazie Bati köylülerini soruşturmuş, belirlemiş ve onları ölüm cezasına mahkûm etmiştir. Başvurucunun birimi mahkûm edilen kişileri mahkemeye getirmekle görevlendirilmiştir. Ancak, başvurucunun Büyük Daire önünde açıkladığına göre, o sırada devam eden çatışma koşulları nedeniyle, kendi birimi köylülerini yakalayabilecek ve esir olarak tutabilecek durumunda olmadıkları gibi (köylüler çatışmaya engel olmuşlar ve partizanlar için ölümcül bir tehlike oluşturmuşlardır), köylülerini Partizan Mahkemesi önüne getirmek de mümkün olmamıştır.

163. Başvurucu, Sözleşme'nin 7(1). fıkrasındaki haklarının ihlal edildiğini kanıtlamıştır. Başvurucuya göre, bu fıkradaki güvenceler merkezi bir öneme sahip olup, keyfi soruşturma ve yargılamalara karşı etkili bir koruma sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Sözleşme'nin 7(2). fıkrası olayda uygulanabilir değildir; çünkü söz konusu suçlar bu fıkranın kapsamına girmemektedir.

164. Başvurucu savaş suçunun tanımıyla ilgili olarak, esas itibarıyla 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi ile Nürnberg UAM Şartına ve kararına dayanmış, olaylardan sonra yapılmış oldukları için 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi veya 1977 tarihli Ek Protokole dayanmayı reddetmiştir. Bir savaş suçu, işgal edilmiş bir ülkede bir işgalci tarafından sivil nüfusa karşı işlenen bir suç olarak tanımlanmış olduğu için, tartışma konusu eylemler aşağıdaki gerekçelerle, uluslararası hukuka veya uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkelere göre savaş suçları olarak görülemezler.

165. İlk olarak, köylüler sivil değildir. Başsavcılığın Şubat 2008 tarihli yazıları gerçektir, yetersiz ve yanıltıcıdır. Suçlamaları kanıtlamak iddia makamının görevi olduğu halde, bu yazılar bir sanık olan kendisinin iddiaların tersini kanıtlaması gerektiğini söylemektedir. Buna rağmen

1940'lı yıllara ait Letonya Devlet arşivlerinden Büyük Daireye yeni belgeler sunmuştur. Başvurucuya göre, bu belgeler birkaç noktayı, örneğin Mazie Bati dahil Alman geri kollarının planını; Nazi yönetiminin 'sivillerin' silah taşımalarını yasakladığını ve Mazie Bati köylülerine silah dağıttıkları için bu köyün açıkça askeri operasyonlara katılmakta olduğunu ve Alman savunması için bir odak noktası olduğunu; ölen köylülerin ve özellikle Bernards Skirtmants, Ambrozs Buls ve Meikuls Krupnik aile üyelerinin bir aşamada *aizsargi*'ye katıldıklarını ve *aizsargi*'nin sık sık Letonya'da anti-Semitik ve partizan öldürmelerine karıştıklarını göstermiştir. Başvurucu ayrıca, Bernard Skirtmants ve Meikuls Krupniks'in *Schutzmänner* olduklarını ileri sürmüştür.

Kısacası, köylüler ya *aizsargi* ya da *Schutzmänner*'dirler. Dolayısıyla köylüler Alman askeri yönetimi tarafından silahlandırılmış olup, Alman askeri yönetimi için aktif hizmette bulunmuşlardır. Köylülerin Binbaşı Chugnov gurubunu teslim etmeleri, kendini savunma değil, ama bir işbirliğinde bulunmaktır. Köylüler sivil nüfustan sayılamazlar; meşru bir askeri hedef haline gelmişlerdir. Muharip olan başvurucunun müfrezesi, köylüleri cezalandırma hakkına sahiptir.

166. İkinci olarak, Letonya 1940 yılından bu yana, hukuki olarak SSCB'nin Cumhuriyetlerinden biri haline gelmiş olup, bunun aksini söylemek tarihi olaylara ve sağduyuya aykırıdır. 4 Mayıs 1990 tarihli Bildiri ve kendisinin mahkûmiyeti, savaş suçlularını muhakeme etme şeklindeki bir uluslararası yükümlülüğü yerine getirmekten çok, Letonya'nın 1940 yılında yasadışı ilhakını kınamayı amaçlamıştır. Kendisi 27 Mayıs 1944 tarihinde Almanya'ya ve Almanya ile aktif bir şekilde işbirliği yapan diğer SSCB vatandaşlarına karşı kendi devletinin ülkesini koruyan bir muhariptir. (Başvurucu Latgale Bölge Mahkemesi kararına dayanmıştır). SSCB işgalci güç olmadığından, başvuru bir savaş suçunun faili olamaz. Başvurucu, Letonya'nın 1941 yılında hukuken birleşmesi ile 1941 yılında Alman işgalini eşitleyen davalı Hükümet ile Litvanya Hükümetinin görüşlerinin tarihsel olarak gerçektışı olduğu düşüncesindedir. 1944 yılında Letonya'lının, Almaya karşıtı veya SSCB karşıtı olmak şeklinde iki seçeneği mevcuttur. Kendisi Letonya'yı özgürleştirmek amacıyla SSCB ile birlikte Nazi güçlerine karşı savaşmıştır; köylüler ise Nazilerle birlikte kendilerine karşı hareket etmişlerdir.

167. Üçüncü olarak, 1926 tarihli Ceza Kanununda savaş suçları yoktur; davalı Hükümet tarafından Kanunun IX Kısımındaki Askeri Suçlara dayanılması hatalıdır; çünkü "askeri suçlar" kurulu bulunan askeri düzen ihlalleri olup, "savaş Suçları"ndan ayrılmalıdır. Başvurucu, aslında 1926 tarihli Ceza Kanununda bir kararı yerine getirmeme (Madde 193-3) suçu bulunduğunu söylemiştir.

168. Dahası, kendisinin savaş suçlarından kovuşturulabileceğinin önceden görülmesi mümkün değildir. Aleyhindeki davanın örneği yoktur; Mihver kuvvetlere karşı savaşmış bir asker aleyhine yaklaşık 50 yıl sonra dava açılması bir ilktir. Çeşitli uluslararası anlaşmaların ve kendisinin sorumlu olmadığı silahlı çatışmaların oluşturduğu bu ardaan karşısında, anti-Hitler koalisyon üyesi olarak çarpıştığında sadece 19 yaşındadır. Anladığı kadarıyla 1944 yılında (Lagale Bölge Mahkemesi kararına dayanarak) SSCB'nin bir parçası olan Letonya'yı savunmuş olup, onlarca yıl sonra Letonya'nın kendini SSCB tarafından hukuka aykırı biçimde işgal edilmiş olarak göreceğini ve kendi davranışlarının suç olarak kabul edileceğini hayal bile edemezdi. Başvurucu, iç hukuka göre mahkûm edilebileceğinin önceden görülemeyeceğine dair Dairenin vardığı sonucu desteklemiştir.

169. Son olarak başvuru, Dairenin 20 Eylül 2007 tarihli kararıyla kabuledilemez bulunan Sözleşme'nin 3, 5, 6, 13, 15 ve 18. maddelerine ilişkin şikayetlerinin Büyük Daire tarafından yeniden incelenmesini istemiştir.

3. Üçüncü taraf Hükümetler

(a) Rusya Federasyonu Hükümeti

170. Rusya Federasyonu Hükümeti, Dairenin vardığı sonucu ve gerekçesini desteklemiştir.

171. Rusya Federasyonu Hükümeti, davanın Sözleşme'nin 7(1). fıkrası bakımından incelenmesi gerektiğini, 7(2). fıkra bakımından incelemenin gerekli olmadığını savunmuştur. İkinci Dünya Savaşının ardından tümüyle istisnai koşullar dışında, bir kimse Sözleşme'nin 7(2). fıkrasında sözü edilen "genel ilkeler"e göre cezai açıdan sorumlu tutulamaz. Bu ilkeler, uluslararası ceza hukuku ilkelerine kaynaklık etmeleri nedeniyle bir öneme sahip olabilirler, fakat antlaşma hukuku genişledikçe bunların önemi azalmıştır. Bireylerin cezai sorumluluğunu düzenleyen uluslararası hukuk külliyyatının gelişmesi görece olarak yeni bir olgudur; ancak 1990'lı yıllarda uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasıyla bir uluslararası ceza hukuku rejiminin olgunlaştığı söylenebilir.

172. Başvurucunun mahkûm edilmesi, Sözleşme'nin 7(1). fıkrasını ihlal etmiştir; çünkü başvurucunun eylemleri 1944 yılında ulusal hukuka veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmamıştır. Aslında ulusal mahkemeler birkaç hata yapmışlardır.

173. İlk olarak ulusal mahkemeler, olayda yanlış hukuk kurallarını uygulamışlardır. Ne 1961 tarihli Ceza Kanunu, ne 1993'te yürürlüğe giren yeni maddeler ve ne 1998'de, 2000'de veya 2004'te kabul edilen yeni ceza

kanunu 1944 yılında yürürlüktedir. Letonya'nın SSCB'nin bir parçası haline gelmesinden sonra kabul ettiği 1926 tarihli Ceza Kanununun 14. maddesi, kovuşturma için on yıllık zamanaşımı getirmekte ve savaş suçlarıyla ilgili bir hüküm içermemektedir.

174. İkinci olarak, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi 1944 yılında uluslararası teamül hukukunu oluşturmuş olsa bile, bunlar başvurunun kovuşturulması için bir temel oluşturmaz. Şahsi sorumluluğu tanımlayan sadece Nürnberg UAM Şartı olup, sadece Mihver savaş suçlularına uygulanır.

UAM Şartı, sürecin kurallaştırılması olsa bile, başvuru savaş suçlarından suçlu değildir. Çünkü başvuru sadece Almanya ile SSCB arasındaki uluslararası silahlı çatışma konusunda bu belgelerle bağlıdır, bu devletlerin vatandaşları arasındaki eylemler nedeniyle değil. Letonya 1944 yılında *de jure* SSCB'nin bir parçasıdır ve köylüler *de facto* Alman yönetimi altında olmakla birlikte *de jure* Sovyet vatandaşlarıdır, böylece başvuru ve köylüleri SSCB vatandaşlığına sahiptirler. Davalı Hükümet ile Litvanya Hükümetinin ileri sürdüklerinin aksine, bu Mahkeme tarihi ve özellikle Letonya'nın 1940 yılında SSCB ile birleşmesi yeniden değerlendirmekle yetkili değildir. Bunlar, SSCB'nin tüm ülkede egemenliğinin tanındığı "konuyla ilgili bağlayıcı uluslararası hukuk belgelerine" ve ABD ile BK arasında bir anlaşmayla İkinci Dünya Savaşı sonrası düzenin kurulduğu İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan toplantılara dayanmışlardır. Uluslararası hukukta bir "işgal"i tanımlayan uluslararası hukuk kriterleri göz önünde tutulduğunda, SSCB 1944 yılında Letonya'da işgalci bir güç değildir.

Nürnberg UAM Şartı, başvurunun ve ölen köylülerin muharip statülerinin bulunduğu gerekçesiyle başvurunun eylemlerini savaş suçları saymaz. Rusya Federasyonu Hükümeti, köylülerin hukuki statüsüne ilişkin davalı Hükümet ile Litvanya Hükümetinin görüşlerine karşı çıkmıştır. Ayrım yapma ilkesi ve bir muharibi tanımlayan kriterler (diğerleri arasında, 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinin 1. maddesi) göz önünde tutulduğunda, başvurunun eğitilmiş, silahlı ve Sovyet askeri yönetimi namına kurulu bulunan *ad hoc* Partizan Mahkemesi kararını yerine getirmek için hareket eden bir muharip olduğu anlaşılır. Köylüler ise Alman askeri yönetimiyle aktif olarak işbirliği yapan silahlı milislerdir. Köylüler gönüllü işbirlikçiler olarak, düşmanlıkta aktif taraf olmuşlar ve böylece muharip (veya daha doğru bir deyişle, hukuka aykırı düşman muharip) olarak nitelendirilmek için kriterleri yerine getirmişler ve dolayısıyla meşru bir askeri hedef haline gelmişlerdir. Son olarak, daha sonraki uluslararası belgelerden hiç biri (1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri veya 1977 tarihli Ek Protokol), geriye yürürlü uygulanamayacaklarından, mevcut olayda uygulanamazlar.

175. Üçüncü olarak, savaş suçlarına zamanaşımı uygulanmayacağına dair genel ilke, başvurunun 1944 yılındaki eylemlerine uygulanamaz. Savaş suçları ancak İkinci Dünya Savaşından sonra UAM'nin kurulmasıyla 'uluslararası suçlar' haline gelmiştir; dolayısıyla bu ilke (Mihver savaş suçluları hariç) sadece UAM'den sonraki olaylara uygulanır. 1968 tarihli Sözleşme uygulanmaz; çünkü yukarıda açıklandığı gibi, başvuru başka SSCB vatandaşlarına karşı eylemde bulunmuştur; dolayısıyla başvurunun eylemleri savaş suçu oluşturmaz.

176. Bütün bu gerekçelerle, başvuru, 27 Mayıs 1944 tarihindeki eylemleri nedeniyle savaş suçlarından kovuşturulacağını önceden göremezdi. Ayrıca başvuru, bir Sovyetler Birliği vatandaşı olarak aynı ülkede 40 yıl yaşadktan sonra bir başka devlette (Letonya) yaşamaya başlayacağını ve bu devletin kendisinin 1944 yılında cezai yönden sorumlu olmadığı eylemleri suç haline getiren bir yasa çıkaracağını önceden göremezdi.

177. Son olarak Rusya Federasyonu Hükümeti, başka şeylerin yanında, Letonya Hükümetinin Büyük Daire önünde ileri sürdüğü maddi meselelere karşı çıkmıştır. Daire, (maddi olaylar ve hukuki yorum konusundaki) yetkisini aşmış olsa bile, bu bir şey değiştirmez. Eğer Büyük Daire, ulusal mahkemelerin kabul ettiği maddi olaylara dayanacak olursa ve konuyla ilgili uluslararası iç hukuk normları, yorumlamayıp okuyacak olursa, sonuç Dairenin ulaştığı sonuçla aynı olacaktır. Siyasal kararlar ve menfaatler, başvurunun eylemlerinin hukuki niteliğini değiştiremez.

(b) Litvanya Hükümeti

178. Litvanya Hükümeti iki mesele hakkında görüş bildirmiştir.

179. Birinci mesele, Baltık Devletlerinin İkinci Dünya Savaşı sırasındaki hukuki statüleri ve bununla ilgili diğer uluslararası hukuk meseleleridir. Litvanya Hükümeti, Daire kararının 118. paragrafının aksine, bu meselenin, özellikle o sırada Baltık Devletlerindeki muharip kuvvetlerin hukuki statüsü incelenirken dikkate alınması gerektiği kanaatindedir. Aslında bu Mahkeme daha önce her üç Baltık Devletinin Molotov-Ribbentrop Paktının bir sonucu olarak bağımsızlıklarını kaybettiklerini kabul etmiştir (1939 tarihli Saldırmazlık Andlaşması ve gizli Protokolü, 1939 tarihli Dostane İlişkiler ve Hudutlar ile gizli Protokolü ve 10 Ocak 1941 tarihli üçüncü Nazi- Sovyet gizli Protokolü). Bu Pakt tartışmasız bir tarihsel olay olup, diğerleri yanında, Baltık Devletlerine saldırıda bulunma konusunda hukuka aykırı bir anlaşmadır ve Sovyet kuvvetlerinin hukuka aykırı bir şekilde işgaliyle sonuçlanmıştır. Aslında Sovyetlerin Haziran 1940'ta Baltık Devletlerini istilas, 1933 tarihli Saldırı Tanımı Hakkında Londra Sözleşmesi ve 1933 tarihli Litvanya ve SSCB arasında Saldırının Tanımı Hakkında Sözleşme

anlamında bir saldırdır. Baltık Devletlerinin Sovyet saldırısına gönülsüz olarak rıza göstermiş olmaları, bu saldırı eylemini hukuka uygun kılmaz.

SSCB'nin kendisi de daha önce anchluss'u uluslararası bir suç olarak görmüştür. Ayrıca SSCB 1989 yılında, Baltık Devletlerine saldırısının hukuka aykırılığını tanımıştır (1939 tarihli Sovyet-Alman Saldırmazlık Andlaşmasının Siyasal ve Hukuksal Değerlendirmesi hakkında Karar). Bundan iki sonuç çıkmıştır: SSCB Baltık Devletleri üzerinde herhangi bir egemenlik hakkı elde etmemiş ve dolayısıyla Baltık Devletleri hiç bir zaman SSCB'nin meşru bir parçası olmamıştır ve buna ek olarak, Baltık Devletlerinin hukuka aykırı işgaliyle sonuçlanan SSCB'nin 1940 yılındaki saldırısından sonra da Baltık Devletleri uluslararası hukuk kişisi olarak varlığını sürdürmüştür.

Bu durumu mevcut olaya uygulayan Litvanya Hükümeti, Baltık Devletlerinin SSCB'nin ve Nazi Almanyası'nın saldırılarına maruz kaldıklarını iddia etmiştir. Nürnberg UAM'si kararı, her iki saldırıyı da aynı şekilde, bir saldırı olarak nitelendirmiştir. Baltık halklarının saldırganlardan herhangi birine sempati duymak için özel bir nedenleri yoktur ve aslında her iki saldırgana karşı rasyonel bir korkuya sahip olup, kendilerini savunmak için saldırganlardan biriyle belirli bir ölçüde işbirliği yapmaları farklı değerlendirilmemelidir (ve bu nokta Litvanya Hükümeti, SSCB'nin Baltık Devletlerindeki suçları kanıtlanmış tarihsel olaylar olduğundan, Daire kararının 130. paragrafına katılmamaktadır). Baltık Devletleri halkları uluslararası hukuka göre Baltık uyrukluğunu sürdürdüklerinden, Sovyet vatandaşları olarak görülemezler, daha çok her iki işgalci muharip kuvvetlere karşı güvenliklerini sağlamaya çalışanlar olarak işgalci Devletin sakinleri olarak görülebilirler.

180. İkinci mesele, Sovyet kuvvetlerinin yerel Baltık nüfuslarına karşı cezai eylemlerinin uluslararası insancıl hukuka ve ceza hukukuna göre nitelendirilmesiyle ve özellikle bu nüfusların "muharip" olarak görülüp görülemeyecekleriyle ilgilidir.

1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesine ek olarak, özellikle 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) ve 1977 tarihli buna Ek Protokol olmak üzere, birkaç belge konuyla ilgilidir. Silahlı kuvvetler (muharipler) ile barışçıl nüfuslar (siviller) arasında temel bir ayırım yapılması ve sivillerin askeri saldırı muafiyetinden yararlanmaları, 1944 yılında uluslararası insancıl hukukun özünde yer alan bir ilkedir (Martens Hükmü zikredilerek, bk. yukarıda parag. 86-87). Köylüler, muharipleri tanımlayan kriterleri taşımamaktadır ve dolayısıyla hukuki anlamda askeri bir hedef değildir. Köylüler ile Alman kuvvetleri arasında bir ölçüde bir işbirliği bulunmuş olsa bile, köylüler muharip kriterini taşımadıkça, sivil korumaya sahip olmaları gerekirdi. Aksi görüş, bir nüfusu muharip komutanların insafına

bırakır ve onların muharip olup olmadıklarına muharip komutanın keyfi olarak karar verebileceği meşru bir askeri hedef haline getirir. Muharip olarak düşmanlık içinde yer almadıkça kadınların öldürülmeleri hiç bir koşulda haklı görülemez; çünkü bu, en temel insanlık düşüncesine ve kurallarına ve vicdanın emirlerine aykırıdır. Hükümet bu noktada Daire kararının 141 ve 142. paragraflarına katılmamıştır.

181. Litvanya Hükümeti böylece, Sovyet kuvvetlerinin işgal edilmiş Baltık Devletlerinin yerel nüfuslarına karşı cezai eylemlerinin, uluslararası pozitif hukuka ve teamül hukukuna ve uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkelerine aykırı savaş suçları olduğunu iddia etmiştir. Bu Hükümete göre bu kişilerin kovuşturulmaları Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal etmez.

C. Büyük Dairenin değerlendirmesi

1. Başvurucunun Daire tarafından kabuledilemez bulunan konuların yeniden incelenmesi talebi

182. Daire 20 Eylül 2007 tarihli kararında, Sözleşme'nin 7. maddesi bakımından yapılan şikayeti kabuledilebilir bulmuş ve Sözleşme'nin 3, 5 (18. maddeyle bağlantılı olarak), 5(1), 13 ve 15. maddeleri bakımından yapılan şikayetleri kabuledilemez bulmuştur. Başvurucu, kabuledilebilir bulunmayan şikayetlerin Büyük Daire tarafından yeniden görülmesi ve değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

183. Büyük Daire, Dairenin yukarıda kaydedilen şikayetleri hakkında verdiği kabuledilemezlik kararının nihai bir karar olduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvurunun bu kısmı Büyük Daire önünde değildir (*bk. K. ve T. - Finlandiya, no. 25702/94, §141, ECHR 2001-VII, ve Šilih - Slovenya, no. 71463/01, §119-121, 9 Nisan 2009*).

184. Buna göre Büyük Daire, başvurunun Daire tarafından kabuledilebilir bulunmuş kısmını, yani Sözleşme'nin 7. maddesi bakımından yapılan şikayeti incelemeye devam edecektir.

2. Sözleşme'nin Genel İlkeleri

185. Hukukun üstünlüğünün esaslı bir unsuru olan Sözleşme'nin 7. maddesindeki güvence, Sözleşme'nin 15. maddesine göre savaş veya olağanüstü hal zamanında yükümlülük azaltılmasına izin verilmemesinin de gösterdiği gibi, Sözleşme'nin koruma sisteminin içinde önemli bir yer işgal eder. Bu güvence, amacı ve hedefi doğrultusunda, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezalandırmaya karşı etkili koruyucular sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Buna göre, Sözleşme'nin 7. maddesinin kapsamı ceza kanununun sanığın aleyhine geriye yürürlü olarak

uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir; bu madde ayrıca, daha genel olarak, bir suçun ve bir suç için öngörülen cezanın sadece kanun tarafından düzenlenebileceği ilkesini (nullum crimen, nulla poena sine lege) ve ceza kanununun, örneğin kıyas yoluyla, sanığın aleyhine genişletilerek yorumlanmaması ilkesini içermektedir. Bu ilkelerden çıkan sonuca göre, bir suç kanunda açıkça tanımlanmış olmalıdır. Bir kimsenin ilgili kanun hükmünün metninden ve gerektiği takdirde bunun mahkemeler tarafından yapılan yorumundan, hangi eylem veya ihmalin kendisini cezai bakımdan sorumlu kılacağını bilebilecek durumda olması halinde, bu şart yerine getirilmiş olur.

Sözleşme'nin 7. maddesi 'hukuk'tan söz ederken, maddenin Sözleşme'nin başka herhangi bir yerinde geçen hukuk kavramıyla aynı şeyi kast etmektedir. Yazılı olduğu gibi yazılı olmayan hukuku da içeren bu kavram, özellikle ulaşılabilirlik ve önceden öngörülebilirlik niteliklerinin bulunmasını gerektirmektedir. Mahkeme, ceza hukuku alanı dahil, herhangi bir hukuk alanında bir yasa hükmü ne kadar açık bir şekilde yazılmış olursa olsun, yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur olduğunu hatırlatır. Tereddütlü noktaların aydınlatılmasına ve değişen koşullara uyarlamaya her zaman ihtiyaç duyulacaktır. Gerçekten de bazı devletlerde yargısal yoldan hukuk oluşturmak (judicial law-making) suretiyle ceza hukukunun ilerlemeci bir şekilde geliştirilmesi, hukuk geleneğinin sağlam ve gerekli bir bölümüdür. Sözleşme'nin 7. maddesinin, meydana gelen gelişmenin suçun özünü uyumlu olması ve makulce önceden görülebilir bulunması şartıyla, cezai sorumluluk kurallarının olaydan olaya yargısal yorum suretiyle tedrici olarak açıklığa kavuşturulmasını hukuk dışı saydığı şeklinde yorumlanamaz. (*Streletz, Kessler and Krenz - Almanya [BD]*, no. 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, §50, *ECHR 2001-II*; *K.-H.W. - Almanya [BD]*, no. 37201/97, §85, *ECHR 2001-II (alıntılar)*; *Jorgic - Almanya*, no. 74613/01, §101-109, 12 Temmuz 2007; ve *Korbely - Macaristan [BD]*, no. 9174/02, §69-71, 19 Eylül 2008).

186. Son olarak, Sözleşme'nin 7. maddesinin iki fıkrası birbirleriyle bağlantılı olup, birbirlerine uyumlu bir şekilde yorumlanmalıdırlar (*Tess - Letonya (k.k.)*, no. 34854/02, 12 Aralık 2002). Davanın konusunu ve İkinci Dünya Savaşından önce ve savaş sırasında uygulandığı şekliyle savaş hukuku ve teamüllerine dayanılmış olmasını göz önünde tutan Mahkeme, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) göre 7. maddenin ikinci fıkrasının amacının, 7. maddenin İkinci Dünya Savaşının sonunda bütünüyle istisnai koşullarda, savaş suçlarının da cezalandırılması için çıkarılan kanunların etkilemeyeceğinin gösterilmesi olduğu, böylece 7. maddenin bu kanunlar hakkında hukuksal ve ahlaksal bir hüküm verme amacı bulunmadığını hatırlatmayı önemli bulmaktadır (*X. - Belçika*,

no 268/57, Komisyon kararı, 20 Temmuz 1957, Yearbook 1, s. 241). Her halükarda Mahkeme, Nürnberg Şartının 6(b) bendinde yer alan savaş suçları tanımının, 1939 yılında anlaşıldığı şekliyle savaş konusunda uluslararası hukuku ve teamülleri beyan edici nitelikte olduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 118 ve aşağıda parag. 207).

187. Mahkeme ilk önce davayı Sözleşme'nin 7(1). fıkrası bakımından inceleyecektir. Burada Mahkeme'den başvurunun bireysel cezai sorumluluğuyla ilgili bir karar vermesi istenmemektedir; bu iş öncelikle ulusal mahkemeler tarafından yapılacak değerlendirmenin konusudur. Mahkeme'nin 7(1). fıkrası bakımından ikili bir görevi bulunmaktadır: ilk olarak, 27 Mayıs 1944 tarihindeki hukuki durumu göz önünde tutarak, başvurunun savaş suçlarından mahkum edilmesi için yeterince açık bir hukuki temel bulunup bulunmadığını incelemeyecektir; ve ikinci olarak Mahkeme bu suçların, başvurunun 27 Mayıs 1944 tarihinde hangi eylemlerin ve ihmallerin bu tür suçlardan kendisini cezai sorumluluk altına sokacağını bilebilecek ve davranışlarını buna göre düzenleyebilecek kadar yeterince erişilebilir ve önceden görülebilir şekilde tanımlanmış olup olmadıklarını incelemek durumundadır (yukarıda geçen *Streletz, Kessler ve Krenz*, §51; *K.-H. W. - Almanya*, §46; ve *Korbely - Macaristan*, §73).

3. Konuyla ilgili maddi olaylar

188. Mahkeme bu iki sorunu incelemeden önce, davanın tarafları ile üçüncü taraflar arasındaki maddi olaylara ilişkin uyuşmazlıkları ele alacaktır.

189. Mahkeme, kural olarak ulusal yargı yerlerinin yerine geçmediğini hatırlatır. Sözleşme'nin 19. maddesine göre Mahkeme'nin görevi, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'yle üstlendikleri taahhütlerine uymalarını sağlamaktır. Sözleşme sistemi ikincillik (tamamlayıcılık) niteliğine sahip olduğundan, Sözleşme tarafından korunan hakları ve özgürlükleri ihlal etmedikçe ve ulusal makamların değerlendirmeleri açıkça keyfi olmadıkça, ulusal mahkemelerin yaptıkları iddia edilen maddi hataları ele almak Mahkeme'nin görevi değildir. (bk. *mutatis mutandis*, *Schenk - İsviçre*, 12 Temmuz 1988 tarihli karar, Seri A no. 140, s. 29, §45; *Streletz, Kessler ve Krenz*, yukarıda geçen, §49; ve *Jorgic*, yukarıda geçen, §102).

190. Daire verdiği nihai kararlar, başvurunun yargılanmasını Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gereklerine uygun bulmuştur (yukarıda parag. 182-184). Sözleşme'nin 7. maddesi bakımından yapılan şikayet bağlamında, Dairenin de işaret ettiği gibi, Büyük Dairenin, ulusal mahkemelerin yani 20 Nisan 2004 tarihinde Ceza İşleri Dairesi tarafından verilen ve Yüksek Mahkeme Genel Kurulu tarafından onaylanan kararında belirtilen 27 Mayıs

1944 tarihindeki maddi olayların anlatımına karşı çıkması için bir sebep yoktur.

191. Ulusal mahkemeler tarafından kanıtlanmış bulunan 27 Mayıs 1944 tarihindeki maddi olaylar yukarıda özetlenmiş olup (parag. 15-20), Mahkeme temel unsurlara aşağıda yeniden yer vermektedir. Başvurucunun birimi Mazie Bati'ya girdiği sırada, köylüler düşmanlık içinde değildir; Pentecost'u kutlamaya hazırlanmaktadırlar; partizanlar daha sonra ölen bütün köylüleri evlerinde bulmuşlardır (biri banyoda ve biri yatağında). Alman askeri yönetimi tarafından kendilerine sağlanan silah ve mühimmat ölen köylülerin evlerinde bulunmuştur ama köylülerden hiç biri bu silahları veya başka silahları taşıyor değildir. Daire bu son olayı önemsiz görmüş (§127), fakat yukarıda açıklanan gerekçelerle Büyük Daire bu olayların konuyla ilgili olduğu kanaatine varmıştır. Başvurucu Büyük Daire önünde, hiç kimsenin diri diri yanmadığını savunmuş, fakat ulusal mahkemeler üçü kadın olmak üzere dört kişinin yanan çiftlik binalarında öldüklerinin kanıtlandığını kabul etmiştir. Son olarak, öldürülen köylülerden hiç biri kaçmaya teşebbüs etmemiş veya öldürülmeden önce partizanlara direnmeye çalışmamışlardır; silahsız olan ve direnmeyen köylüler başvurucunun biriminin kontrolü altındadır.

192. Ulusal mahkemeler, başvurucunun maddi olaylarla ilgili bazı iddialarını reddetmişlerdir. Buna göre ölen köylülerin Binbaşı Chugunov'un birimini Alman kuvvetlerine teslim ettikleri kanıtlanamamış, fakat Meikuls Krupniks, Chugunov'un biriminin çiftlik ambarında kalmasının ailesine karşı tehlike oluşturduğunu söyleyerek, bu birimi Alman kuvvetlerine bildirmiştir. Arşivlerde ölen köylülerin *Schutzmänner* (Alman yardımcı polisi) olduğunu göstermemekte, fakat sadece Bernards Šķirmants ve karısının *aizsargi* (Letonya Ulusal Muhafız) olduğunu göstermektedir.

Alman askeri yönetimi tarafından köylülere neden silah verildiği (Binbaşı Chugunov'un birimiyle ilgili bilgi verdikleri için bir ödül olarak mı, yoksa *Schutzmänner*, *aizsargi* veya başka tür bir yardımcılık sıfatları olduğu için mi) açıkça belirlenememiştir.

193. Taraflar ile Rusya Federasyonu Hükümeti, bu Mahkeme önünde bu konuları tartışmayı sürdürmüşler, başvurucu Letonya Devlet arşivlerinden Büyük Daireye yeni materyaller sunmuştur. Mahkeme tartışmalı olayların ölen köylülerin düşmanlığa katılmalarının kapsamıyla (Binbaşı Chugunov birimini Alman askeri yönetimine teslim etme veya *Schutzmänner*, *aizsargi* veya başka bir yardımcılık sıfatıyla) ve sonuç olarak köylülerin hukuki statüsü ve hukuki korunma haklarıyla ilgili olduğunu kaydeder. Ulusal mahkemeler köylülerin 'sivil' olduklarını tespit etmiş, bu analiz Letonya Hükümeti tarafından desteklenmiştir. Ulusal mahkemelerin vardıkları bazı maddi sonuçları inceleyen Daire, erkek köylülerin "işbirlikçi" olduklarına

kanaat getirmiş, kadın köylüler bakımından ise alternatif varsayımlarda bulunmuştur. Başvurucu ile Rusya Federasyonu ise köylülerin "muharip" oldukları kanısına varmışlardır.

194. Yukarıdaki tartışmaları dikkate alan Büyük Daire, başvurunun en fazla lehine bir varsayımla analizine başlayacaktır. Bu varsayıma göre ölen köylüler, "savaşta ihanet" olarak tanımlanabilecek olan iddia konusu Alman yönetimine bilgi vermek suretiyle veya iddia konusu yardımcılık rolünde bulunmak suretiyle, düşmanlıklara katılmış "sivil" kategorisine girerler.

195. Mahkeme köylülerin, saldırıya yol açan iddia konusu eylemlerinin niteliği nedeniyle ve o sırada düşmanlıklara katılmadıkları için, *franc tireurs* olmadıklarını açıklığa kavuşturur¹⁶. Mazie Bati Alman işgali altında olduğundan, *levée en masse* kavramının uygulanma imkanı yoktur¹⁷.

4. 1944 yılında başvurunun mahkûm edildiği suçlar için yeterince açık hukuki bir temel var mıdır?

196. Başvurucu, Yüksek Konsey tarafından 6 Nisan 1993 tarihinde çıkarılan bir kanunla, 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesine göre mahkûm edilmiştir. Bu madde belirli eylemleri savaş hukuku ve teamüllerinin örnekleri olarak kaydettiği halde, savaş suçlarının tam bir tanımı için "ilgili sözleşmelere" atıfta bulunmuştur (yukarıda parag. 48). Dolayısıyla başvurunun savaş suçlarından mahkûmiyeti, iç hukuktan çok uluslararası hukuka dayandırılmış olup, Mahkeme'ye göre bu mahkûmiyet esas itibarıyla bu açıdan incelenmelidir.

197. Mahkeme, ulusal mevzuatı yorum sorunlarını çözmenin öncelikle ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düştüğünü, kendi rolünün böyle bir yorumun doğurduğu sonuçların Sözleşme'ye uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlı olduğunu hatırlatır (*bk. Waite ve Kennedy - Almanya [BD], no. 26083/94, §54, ECHR 1999-I, ve Korbely, yukarıda geçen, §72*).

198. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'deki bir hakkın kendisinin bir mahkûmiyet ve ceza için hukuki bir temelin varlığını gerektirdiği zaman (mevcut olayda 7. madde), denetim yetkisinin daha geniş olduğu şeklindeki Dairenin görüşüne katılmaktadır. Sözleşme'nin 7(1). fıkrası Mahkeme'nin, aynı anda başvurunun mahkûmiyeti için hukuki bir temel bulunup bulunmadığını incelemesini ve özellikle bu Mahkeme ile ilgili ulusal karardaki hukuki yaklaşım ve gerekçe farklılıkları bulunsa bile, ilgili ulusal mahkemelerin vardıkları sonucun (eski Ceza Kanununun 68-3. maddesi gereğince savaş suçlarından mahkûmiyet) Sözleşme'nin 7. maddesine

¹⁶ bk. *Hostages* davası, yukarıda parag. 125-128.

¹⁷ Lieber Kanunu (Madde 51); 1874 tarihli Brüksel Bildirisi Taslağı (Madde 10); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 2.4); 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi (Madde 2).

uygun olduğuna ikna olmasını gerektirir. Mahkeme'ye daha az bir yetki tanınması, Sözleşme'nin 7. maddesini amacından yoksun bırakacaktır. Dolayısıyla Mahkeme, alt ulusal mahkemelerin yaklaşım farklılıkları ve özellikle başvuruçunun ağırlıklı olarak dayandığı fakat Ceza İşleri Dairesi tarafından bozulan Latgale Bölge Mahkemesinin kararı üzerinde bir görüş açıklamayacaktır. Bunun yerine Mahkeme, Yüksek Mahkeme Genel Kurulu tarafından onaylanan Ceza İşleri Dairesi tarafından ulaşılan sonucun, Sözleşme'nin 7. maddesine uygun olup olmadığını karara bağlamak durumundadır (*Streletz, Kessler ve Krenz, yukarıda geçen, §65-76*).

199. Özetle Mahkeme, 1944 yılında uluslararası hukuktaki durumu göz önünde tutarak, başvuruçunun mahkûmiyeti için yeterince açık bir hukuki temel bulunup bulunmadığını incelemelidir (*bk. mutatis mutandis, Korbely - Macaristan, yukarıda geçen, §78*).

(a) Başvuruçucu ile köylülerin hukuki statülerinin önemi

200. Taraflar, üçüncü taraflar ve Daire, başvuruçunun durumunun hukuki anlamda "muharip" statüsüne uyduğu konusunda anlaşmışlardır. 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinden önce kristalize olan ve Nizamnameyle¹⁸ güçlendirilen ve 1939 yılında¹⁹ sağlam bir şekilde uluslararası hukukun bir parçası olan uluslararası hukuka göre muharip statüsünü nitelendiren kriterler göz önünde tutulduğunda, başvuruçucu, SSCB'nde askeri faaliyetlerde bulunduğu ve Mazie Bati'ya giren Partizan Birimine komutanlık yaptığından, kural olarak bir muhariptir²⁰.

201. Büyük Daire, iç hukukta ve bu Mahkeme önünde, başvuruçunun ve biriminin köylülere saldırı sırasında Alman *wehrmacht* üniformaları giydikleri ve dolayısıyla yukarıda sözü edilen kriterlerden birini taşımadıkları konusunda bir itiraz bulunmadığına işaret eder. Bu durum, başvuruçunun muharip statüsünü kaybettiği²¹ (böylece saldırı hakkını kaybettiği²²) ve bir çatışma sırasında düşman üniforması giymenin kendiliğinden bir suç oluşturduğu anlamına gelebilir²³. Ancak ulusal

¹⁸ 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi Madde 1 (yukarıda parag. 89).

¹⁹ Nürnberg UAM kararında (88, 118 ve 207. parag.) 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi'nin en azından 1939'a kadar savaş hukuku ve teamüllerinin beyan edici olduğunu tespit etmiştir.

²⁰ 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 49, 57 ve 63-65); 1873 tarihli Brüksel Bildirisi Taslağı (Madde 9); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 2).

²¹ 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 65).

²² 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 57).

²³ *Diğerleri arasında*, 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 16, 63, 65 ve 101); 1874 tarihli Brüksel Bildiri Taslağı (Madde 13(b) ve (f)); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 8(b) ve (d)) ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi (Madde 23(b)ve (f)). Bk. ayrıca *Trial of Otto*

mahkemeler başvuruçuyu bu sebepten ayrı bir savaş suçuyla suçlamamışlardır. Bununla birlikte bu faktör, özellikle haince öldürme ve yaralama gibi başvuruçunun suçlandığı diğer savaş suçları üzerinde bir ağırlığa sahiptir (bk. aşağıda parag. 217). Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçunun ve biriminin "muharip" olduklarından hareketle ilerlemiştir. Ölen köylülerle ilgili varsayımlardan biri, köylülerin de "muharip" olarak kabul edilebilecekleri şeklindedir (aşağıda parag. 194).

202. Muharip statüsüne tanınan haklar konusunda, 1944 yılında *jus in bello*, ele geçirilmiş, teslim olmuş veya *hors de combat* durumuna girmiş muhariplere savaş esiri olma hakkı tanımış olup, savaş esirleri insani muamele görme hakkına sahiptirler²⁴. Dolayısıyla 1944 yılında *jus in bello* bakımından bir savaş esirini yargısız infaza veya kötü muameleye tabi tutma, hukuka aykırıdır²⁵; savaş esiri örneğin kaçmaya veya kendisini ele geçirenlere karşı saldırıda bulunmaya teşebbüs ettiğinde, kendisine karşı ateşli silah kullanılmasına izin vermektedir²⁶.

203. Ölen köylüler bakımından kurulan bir başka varsayım "düşmanlıklara katılmış sivillere" tanınan koruma konusundadır. Mahkeme 1944 yılında muharipler ile siviller arasında (ve kendilerine tanınan korumalar arasında) savaş hukukunun ve teamüllerinin bir kilometre taşı olduğunu kaydeder. Uluslararası Adalet Divanı ("UAD") bunu "insancıl hukuk düzenini oluşturan metinlerde yer alan iki temel ilkedden" biri olarak tanımlamıştır²⁷. Erken tarihli antlaşmalar ve bildirimler, 1944 tarihinde 'sivil' tanımının, muharip tanımının tersi olduğuna işaret edeceklerdir²⁸. 1944

Skorzeny and Others, yukarıda zikredilen parag. 129, mahkemenin onaylayarak zikrettiği Oppenheim ve Lauterpacht (1944) s. 335.

²⁴ bk. "Cenevre hukuku" (yukarıda parag. 53-62); 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 49, 76 ve 77); 1874 tarihli Brüksel Bildiri Taslağı (Madde 23 ve 28); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 21 ve III. Kısım); 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi (II. Kısım ve özellikle Madde 4); 1919 tarihli Uluslararası Komisyon Raporu; Nürnberg Şartı (Madde 6(b)); ve Kontrol Konseyi Kanunu No. 10 (Madde 2).

²⁵ *The Hostages case, Re Yamashita ve Trial of Takashi Sakai*, ikisi de yukarıda 125-129. paragraflarda geçmiştir.

²⁶ 1874 tarihli Brüksel Bildiri Taslağı (Madde 28); 1880 tarihli Oxford Kanunu (Madde 68); 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi (Madde 8).

²⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 Temmuz 1996 tarihli İstişari Mütalaa, ICJ, §74-87.

²⁸ 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 22); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 1); 1874 tarihli Brüksel Bildiri Taslağı (Madde 9); 1934 tarihli Tokyo ve 1938 tarihli Amsterdam Sözleşme Taslakları (her ikisinin 1. maddeleri). Bk. ayrıca US States Field Manual: Rules of Land Warfare, §8, 1 Ekim 1940; *ex parte Quirin* 317 U.S. 1(1942).

yılında, ancak düşmanlıklara doğrudan katılmaları halinde sivillere saldırılabileceği, uluslararası teamül hukukunun bir kuralıdır²⁹.

204. Son olarak, düşmanlıklara katılan sivillerin (örneğin Alman askeri yönetimine bilgi sızdırarak savaşta ihanet etmek suretiyle, yukarıda parag. 194) *jus in bello*'yu ihlal ettiklerinden şüphelenilecek olursa, bu kişiler bu eylemleri nedeniyle yakalanır, askeri veya sivil yargı yerleri tarafından adil olarak yargılanır ve cezalandırılır; bu kişilerin yargılanmadan infaz edilmeleri, savaş hukukuna ve teamüllerine aykırıdır³⁰.

(b) 1944 yılında savaş suçlarından bireysel ceza sorumluluğu var mıdır?

205. 1944 yılında geçerli olan savaş suçu tanımına göre, savaş hukuku ve teamüllerine aykırı bir fiil, savaş suçudur³¹.

206. Mahkeme, İkinci Dünya Savaşından önce ve bu savaş sırasında, savaş hukukunun ve teamüllerinin kurallaştırılması ve bireysel ceza sorumluluğunun gelişimi konusunda atılan birçok adımı aşağıda kaydetmiştir.

207. Savaş suçları kavramı yüzyıllar öncesine gitmekle birlikte, on dokuzuncu yüzyıl ortası savaş suçları oluşturan eylemlerin ve bunlar için bireysel ceza sorumluluğunun sıkı bir şekilde kurallaştırıldığı bir dönem olmuştur. 1863 tarihli Lieber Kanununun (yukarıda parag. 63-67) savaş hukukuna ve teamüllerine aykırı fiilleri ve bu fiillerin cezalarını göstermiş olup, bireysel ceza sorumluluğu bu kanunun maddelerine içkindir³². Bu kanun bir Amerikan Kanunu olmakla birlikte, savaş hukukunu ve

²⁹ *Ex Parte Milligan* 71 U.S. 2(1866); Oppenheim ve Lauterpacht (1944) s. 277 ("... on sekizinci yüzyılda, özel düşman bireylerinin öldürülmemeleri ve kendilerine saldırılmaması, geleneksel Uluslararası Hukukunun evrensel olarak tanınmış bir kuralı haline gelmiştir. Bu kişiler çatışmalara doğrudan katılmadıkça doğrudan saldırılamaz, öldürülemez veya yaralanamazlar")

³⁰ Savaş suçları nedeniyle adli yargılanma hakkı konusunda, bk. *Hostages Case*. Savaş esirlerini savaş suçlarından yargılama hakkı konusunda, bk. 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi (Madde 46). Casusluktan şüphelenilen kişileri adil yargılama yetkisi konusunda, bk. 1874 tarihli Bildiri Taslağı (Madde 20); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 23-26); 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi (Madde 29-31), ve *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940, s. 60. Savaşta ihanet suçlarından sanığın adil yargılanma hakkı konusunda, bk. *US Field Manual: Rules of Land Warfare*, 1940, s. 59. Günümüzdeki uygulama konusunda, bk. *Ex parte Quirin*; *Krasnodar* yargılamaları ile *Trials of Shigeru Ohashi and Others*, *Yamamoto Chusaburo*, *Eikichi Kato* and *Eitaro Shinohara and Others*, (yukarıda geçen paragraflar 106-110, 114 ve 129).

³¹ bk. özellikle 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin başlığı; Nürnberg UAM Şartı madde 6(b); Tokya UAM Şartı madde 5(b) ve UAM'lerinin kararları. bk. ayrıca Oppenheim ve Lauterpacht (1944), s. 451; ve Lachs (1945), *War Crimes – An Attempt to Define the Issues*, Stevens & Sons London, s. 100 vd.

³² Özellikle 47, 59 ve 71. maddeler.

teamüllerini modern zamanlarda ilk kez kurallaştırmış, daha sonraki kurallaştırmalar ve özellikle 1874 tarihli Brüksel kurallaştırma konferansı üzerinde etkili olmuştur (yukarıda parag. 79). 1880 tarihli Oxford Elkitabı savaş hukuku ve teamüllerine aykırı birçok eylemi yasaklamış ve açıkça "faillerin ceza kanununda belirtilen cezalarla cezalandırılmalarını" öngörmüştür. Bu erken kurallaştırmalar ve özellikle Brüksel Bildiri Taslağı, daha sonra 1907 tarihli Lahey Sözleşmesini ve Nizamnamesini esinlemiştir. Özellikle Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi erken kurallaştırmalardan etkilenmiş ve 1907 yılında savaş hukukunu ve teamüllerini açıklayıcı olmuşlardır. Bu belgeler, başka şeylerin yanında, konuyla ilgili kilit kavramları (muharip, *levée en masse*, *hors de combat*) tanımlamışlar, savaş hukukuna ve teamüllerine aykırı suçları listelemişler, Martens Hükümü vasıtasıyla 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesi maddelerine girmeyen durumlarda ülke sakinlerine ve muhariplere kalıcı koruma sağlamışlardır. Bunlara göre sorumluluk devletlere ait olup, devletler silahlı kuvvetlerine düzenli talimatlar göndermek ve silahlı kuvvetler bu kuralları ihlal etmiş ise tazminat ödemek zorundadır.

Birinci Dünya Savaşının sivil nüfus üzerinde yarattığı sonuçlar, Versay ve Sevr Antlaşmalarına savaş suçlularının sorumluluğu, yargılanmaları ve cezalandırılmalarıyla ilgili hükümler koyulmasını teşvik etmiştir. Birinci Dünya Savaşından sonra 1919 yılında kurulan Uluslararası Komisyonunun ve İkinci Dünya Savaşı sırasında kurulan BMSSK'nun çalışmaları, uluslararası hukukta bireysel ceza sorumluluğu ilkesine önemli katkılarda bulunmuşlardır. "Cenevre hukuku" (özellikle 1864, 1906 ve 1929 tarihli Sözleşmeler, bk. yukarıda parag. 53-62), savaş mağdurlarını korumuş ve silahlı kuvvetlerin malul personeli ile düşmanlıklarda yer almayan kişiler için korumalar sağlamıştır. Hem "Lahey" ve hem de "Cenevre" hukuku birbirleriyle yakından bağlantılı olup, ikincisi birincisini tamamlamaktadır.

Nürnberg UAM Şartı, savaş suçlarının tüketici olmayan bir tanımını yapmış, bu suçlar için bireysel ceza sorumluluğu muhafaza edilmiş; Nürnberg UAM kararında ise 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesinin insancıl kurallarının "bütün uygar uluslar tarafından tanınmış oldukları ve 1939 yılı itibarıyla savaş hukukunun ve teamüllerinin açıklayıcısı olarak görüldükleri ve bu hükümlerin ihlal edilmesinin bireysel ceza sorumluluğu gerektiren suçlar oluşturduğu görüşüne varılmıştır. Çağdaş doktrinde uluslararası hukukun her zaman savaş suçlarını tanımladığı ve bireylerin kovuşturulmalarını gerektirdiği konusunda bir uzlaşma vardır³³. Sonuç olarak, Nürnberg UAM Şartı, bir *ex post facto* ceza

³³ Lauterpacht (1944), "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes", 21 BYIL, s. 58-95 s. 65 vd.. ve Kelsen (1945), "The rule against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", 2 The Judge Advocate Journal, s. 8-12, s. 10.

mevzuatı değildir. Daha sonra Nürnberg Şartından ve kararında türeyen Nürnberg ilkeleri, Şartta belirtilen savaş suçları tanımını ve uluslararası hukuktaki bir suçu işleyen herkesin sorumlu olduğunu ve cezalandırılacağını yinelemiştir³⁴.

208. Bütün bu kurallaştırma dönemi boyunca, ulusal ceza ve askeri yargı yerleri, savaş hukukunun ve teamüllerinin yerine getirilmesi için başlıca mekanizmalar olmuşlardır. Nürnberg UAM vasıtasıyla yapılan uluslararası kovuşturma bir istisna olup, UAM kararı açıkça ulusal mahkemelerin devam rolünün sürdüğünü kabul etmektedir. Dolayısıyla antlaşmalara ve sözleşmelere dayanan devletin uluslararası sorumluluğu³⁵, devletlerin ceza mahkemeleri veya askeri yargı yerleri vasıtasıyla bireyleri savaş hukukunu ve teamüllerini ihlalden kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüklerini ortadan kaldırmamıştır. Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk (ki ulusal hukuk uluslararası normları yerine getirmeyi de içerir) ulusal kovuşturma ve sorumluluk bakımından bir temel oluşturmuştur. Özellikle, ulusal hukukun bir savaş suçunun karakteristik özelliklerini bulundurmadağı hallerde, ulusal mahkeme, *nullum crimen* ve *nulla poena sine lege* ilkelerini ihlal etmeksizin, gerekçesinde uluslararası hukuka dayanabilir³⁶.

209. Ulusal yargı yerlerinin uygulamalarına gelince, Mahkeme birçok devletin Birinci Dünya Savaşından önce ulusal hukuk sistemlerinde ve askeri elkitaplarında savaş suçlarını yasaklamış olmakla birlikte, bu devletlerden pek azının kendi savaş suçlularını kovuşturduklarını³⁷, Filipinler'deki ABD askeri mahkemenin, Birinci Dünya Savaşından sonra Leipzig ve Türk yargılamaları gibi, önemli ve bilgilendirici bir istisna³⁸ olduğunu kaydeder. Son olarak İkinci Dünya Savaşının daha başlangıcında, savaş suçlularının kovuşturulmalarını sağlama³⁹ ve uluslararası

³⁴ bk. ayrıca 10. Numaralı Müttefik Kontrol Kanunu, Madde 2(b), ve *Hostages Case*, yukarıda parag.125-128.

³⁵ bk. örneğin, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi madde 3.

³⁶ Versay Andlaşması (Madde 229); 1943 tarihli Moskova Bildirisi ve *Kharkov* yargılamaları; 1945 tarihli Londra Anlaşması (Madde 6); ve Nürnberg İlkeleri (No. II). Filipinlerde ABD askeri mahkemesi, özellikle *Trial of Lieutenant Brown*; *Llandovery Castle case* ve *Trial of Karl Hans Herman Klinge*, yukarıda parag. 97-100, 102 ve 129; Lauterpacht (1944), s. 65; Kelsen (1945) s. 10-11; Lachs (1945) s. 8, s. 22, s. 60 vd.; ve G. Manner, *The Legal Nature and Punishment of Criminal Acts of Violence contrary to the Laws of War*, AJIL, c. 37, no. 3 (Jul., 1943), s. 407-435.

³⁷ Meron, T. (2006), *Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals*, AJIL, vol.100, p. 558.

³⁸ G. Mettraux, *US Courts-Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899-1902): Their Contribution to the National Case Law on War Crimes*, Journal of International Criminal Justice (2003), 1, s. 135-150.

kovuşturmalara paralel olarak savaş suçlularını ulusal düzeyde kovuşturmanın sürdürüleceği niyetinin işareti verilmiştir⁴⁰. Dolayısıyla önemli UAM kovuşturmaları yanında, İkinci Dünya Savaşı sırasında ulusal düzeyde (özellikle SSCB’de)⁴¹ ve İkinci Dünya Savaşının hemen ardından⁴² hemen hepsi savaş sırasında işlendiği iddia edilen savaş suçlarıyla ilgili yargılamalar yapılmıştır. Bu yargılamalardan bazıları, özellikle savaş suçlarından şüpheli muhriplerin ve sivillerin adil yargılanmalarının gerekliliği konusunda, savaş hukuku ve teamülleriyle ilgili ilkeleri kapsamlı bir biçimde uygulamış olmaları bakımından önemlidir.

210. Mahkeme, davanın taraflarının ve üçüncü tarafların Letonya’nın 1940’ta SSCB tarafından ilhak edilmesinin hukukiliği ve sonuç olarak 27 Mayıs 1944 tarihindeki eylemlerin uluslararası bir silahlı çatışma ile bir bağı olup olmadığı ve dolayısıyla bu eylemlerin savaş suçları olarak kabul edilip edilemeyecekleri konusunda birbiriyle çelişen ayrıntılı açıklamalarını kaydetmiştir. Dairenin verdiği kararın 112. paragrafında olduğu gibi Büyük Daire de, Letonya’nın SSCB’ye ilhak edilmesinin hukukiliği sorunu hakkında bir görüş belirtmesinin kendi görevi olmadığı ve her halükarda mevcut olayda bu konuda görüş belirtmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir. 1944 yılında savaş suçları olarak kovuşturma yapmak için uluslararası bir silahlı çatışma ile bağın bulunması gerekli olduğu halde, bu durum, sadece muharip bir devletin silahlı kuvvetler personelinin veya uyruklarının bu türden suçlarla suçlanabilecekleri anlamına gelmemektedir. Söz konusu bağ, iddia konusu suç ile uluslararası silahlı çatışma arasında doğrudan bir bağlantı olup, iddia konusu suç savaş hedeflerinin gerçekleşmesine yardımcı bir eylem olmak zorundadır⁴³. Ulusal mahkemeler 27 Mayıs 1944 tarihindeki operasyonun, bazı köylülerin Alman yönetimiyle işbirliği yaptıkları şüphesi nedeniyle bağlantılı olduğunu tespit etmişlerdir; böylece tartışma konusu olaylar SSCB/Alman uluslararası silahlı çatışmayla doğrudan bağlantılı olup, görünürde Sovyetlerin savaş hedeflerinin gerçekleştirilmesine yardımcı olmak için yapılmıştır.

211. Mahkeme, komutanın bireysel sorumluluğunu, başkalarının eylemleri nedeniyle vekâlet sorumluluğuna dayanan bir sorumluluktan çok, üstün denetim ödevini yapmaması nedeniyle bir ceza sorumluluk tarzı

³⁹ 1942 tarihli St James Bildirisi (özellikle Madde 3); 1941-1942 SSCB’nin Diplomatik Notları ve 2 Kasım 1942 tarihli SSCB Kararnamesi; 1943 tarihli Moskova Bildirisi; ve Potsdam Anlaşması.

⁴⁰ BMSSM 1943 yılında kurulmuştur; 1945 tarihli Londra Anlaşması (Madde 6), Nürnberg UAM kararı; ve Nürnberg İlkeleri (İlke II).

⁴¹ Yukarıda parag. 106-110 (Krasnodar ve Kharkov yargılamaları dahil, “SSCB tarafından savaş suçlarının Kovuşturulması”) ve yukarıda parag. 114 (*ex parte Quirin*).

⁴² Yukarıda parag. 123-129.

⁴³ Lachs (1945), s. 100 vd.; *Hostages case*, yukarıda geçen parag. 125-128.

olduğu şeklinde anlamaktadır. Astların eylemlerinden ceza sorumluluğu kavramı, uzun zamandır yerleşik olan iki teamül kuralından çıkmaktadır: ilk olarak bir muharip bir üst tarafından yönetilmelidir ve ikinci olarak muharip savaş hukuku ve teamüllerine uymalıdır (yukarıda parag. 200)⁴⁴. Astların eylemlerinden bireysel ceza sorumluluğu, İkinci Dünya Savaşı öncesindeki bazı yargılamalarda⁴⁵, kurullaştırıcı belgelerde ve bu savaş sırasında ve hemen sonrasında çıkan devlet bildirilerinde yer almış⁴⁶ ve İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen suçların ulusal ve uluslararası düzeyde yargılanmalarında muhafaza edilmiştir⁴⁷. Bu sorumluluk bu tarihten sonra uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi⁴⁸ olarak kabul edilmiş olup, artık uluslararası yargı yerlerinin kurucu belgelerinin standart bir hükmüdür⁴⁹.

212. Son olarak uluslararası hukuk, savaş suçlarına ilişkin bir yaptırımı yeterince açıklıkla getirmemiş olması halinde, bir ulusal yargı yeri, ulusal ceza hukukuna dayanarak, bir sanığı suçlu bulması halinde bir ceza tayin eder⁵⁰.

213. Buna göre Mahkeme, Mayıs 1944'te savaş suçlarının savaş hukukuna ve teamüllerine aykırı eylemler olarak tanımlandıkları, uluslararası hukukun bu konuda belli başlı temel ilkeleri ve bu suçları oluşturan çok sayıda eylemleri tanımladığı kanaatindedir. Devletlerin en azından bu tür suçlardan bireyleri, komutanın sorumluluğuna dayanmak dahil, cezalandırmak için uygun tedbirler almaları zorunlu olmasa da, devletlere bu konuda tedbir alma izni verilir. Sonuç olarak, İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında, uluslararası ve ulusal yargı yerleri, askerleri İkinci Dünya Savaşı sırasında işledikleri savaş suçlarından kovuşturmuşlardır.

⁴⁴ *Re Yamashita and Trial of Takashi Sakai*, yukarıda parag. 129.

⁴⁵ *German War Trials: Judgment in the Case of Emil Müller*, AJIL, c. 16 (1922) No. 4, s. 684-696.

⁴⁶ 1942 tarihli St James Bildirisi (Madde 3); 1943 tarihli Moskova Bildirisi; Potsdam Anlaşması; 1945 tarihli Londra Anlaşması (başlangıç); Nürnberg UAM Şartı (Madde 6); ve Tokyo UAM Şartı (Madde 5(c)).

⁴⁷ *Trial of Takashi Sakai* case, yukarıda parag. 129; Müttefik Kontrol Kanunu No. 10 (Madde 2(2)) *Hostages case*'de uygulanmıştır; ve *Re Yamashita*, yukarıda geçen.

⁴⁸ *Prosecutor - Delalic ve Diğerleri*, IT-96-21-A, 20 Şubat 2001 tarihli karar, §195, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Üst Başvurular Dairesi ("ICTY"); D. Sarooshi (2001), *Command Responsibility and the Blaskic Case*, International ve Comparative Law Quarterly c. 50, No. 2 s. 460; *Prosecutor - Blaskic*, IT-95-14-T, 3 Mart 2000 tarihli karar, §290, ICTY Dava Dairesi.

⁴⁹ ICTY Statüsü Madde 7(3); Raunda için Uluslararası Mahkeme Statüsü, Madde 6; Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Madde 25; ve Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü, Madde 6.

⁵⁰ Lieber Kanunu (Madde 47); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 84); Lauterpacht (1944), s. 62; ve Lachs (1945), s. 63 vd.

(c) Başvurucunun mahkûm edildiği belirli savaş suçları

214. Bu durumda Mahkeme, başvurunun mahkûm edildiği belirli savaş suçları için günümüzde yeterince açık hukuki bir temel bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken kendisine aşağıdaki ilkeler rehberlik edecektir.

215. Mahkeme, UAD'nın *Corfu Channel*⁵¹ davasındaki beyanını hatırlatır. Bu davada UAD, karasularında mayın varlığını bildirme ve yaklaşan savaş gemilerini uyarma yükümlülüklerini sadece savaş zamanlarında uygulanabilir olan 1907 tarihli Lahey Sözleşmesine (No. VIII) değil, ama aynı zamanda ilki “en basit insanlık düşüncesi” olarak tanımlanan ve barış zamanında savaş zamanından daha fazla gerekli görülen “yaygın olarak tanınmış genel ilkeler”e dayandırmıştır. UAD, *Nuclear Weapons* istişari mütalaasında⁵² da, “insancıl hukuku oluşturan metinlerde yer alan iki temel ilke”ye atıfta bulunmuştur. Bunlardan yukarıda atıfta bulunulan birincisi, “sivil nüfusu ve hedefleri korumayı” amaçlayan ayırım yapma ilkesi, ikincisi “muhariplere gereksiz ıstırap vermekten kaçınma yükümlülüğü”dür⁵³. UAD, açıkça Martens Hükmüne dayanarak, Lahey ve Cenevre Sözleşmelerinin Nürnberg UAM kararından bu yana “uluslararası teamül hukukunun çiğnenemez ilkeleri” haline geldiklerini kaydetmiştir. UAD'na göre bunun nedeni, silahlı çatışma hallerinde uygulanabilir olan çok sayıda insancıl hukuk kuralının, “insan kişiliğine saygı”nın ve “en basit insanlık düşüncesi”nin temeli olmalarıdır. Martens Hükmünü de içeren bu ilkeler, savaş bağlamındaki davranışların mahkemeler tarafından değerlendirileceği hukuk normlarını oluşturmuşlardır⁵⁴.

216. Mahkeme ilk olarak, ulusal ceza mahkemelerinin başvurucau köylülere kötü muamele yapmak, yaralamak ve öldürmekten mahkûm ederken, esas itibarıyla 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) hükümlerine (bk. yukarıda parag. 60-62) dayandıklarını kaydeder. Özellikle 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinin 23(c) bendini göz önünde tutan Mahkeme, ölen köylüler muharip veya düşmanlıklara katılmış sivil kabul edilecek olsalar bile, 1944 yılında *jus in bello*'nun köylülerin kötü muameleye tabi

⁵¹ “*Corfu Channel case*”, 9 Nisan 1949 tarihli karar, I.C.J. Reports 1949, s. 4, s. 22. Bk. ayrıca ABD Savaş Elkitabı (“Temel İlkeler”in anlatımı).

⁵² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, yukarıda geçen, §74-87.

⁵³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, yukarıda geçen, §74-87. Daha özel olarak bk. 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 15 ve 16); 1868 tarihli St Petersburg Bildirisi (Başlangıç); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Başlangıç ve Madde 4); 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi (Başlangıç).

⁵⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, at § 87; *Prosecutor v. Kupreskic and Others*, IT-95-16-T, 14 Ocak 2000 tarihli karar, §521-536, ICTY Dava Dairesi; ve *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, İstişari Mütalaa, 7 Temmuz 2004, ICJ Reports 2004, §157.

tutulmalarını ve öldürölmelerini bir savaş suçü olarak gördüğü kanaatindedir; çünkü bu eylemler, *hors de combat* durumuna girmiş bir düşmanı koruyan savaş hukuku ve teamüllerinin temel bir kuralını ihlal etmiştir. Bu korumanın uygulanabilir olması için, bir kimsenin yaralanmış, sakatlanmış veya başka bir nedenle kendini savunamayacak duruma girmiş (ve tabi silah taşımıyor) olması gerekir; bu kimsenin belirli bir hukuki statüye sahip olması ve resmen teslim olması gerekli değildir⁵⁵. Köylüler, muharip olarak, başvurucunun ve biriminin kontrolü altında savaş esirleri olarak korunma hakkına da sahiptirler; köylülerin daha sonra kötü muameleye tabi tutulmaları, yargısız infaz edilmeleri, savaş esirlerini koruyan çok sayıda savaş teamüllerine ve kuralına aykırıdır (yukarıda parag. 202). Buna göre köylülerin kötü muameleye tabi tutulmaları, yaralanmaları ve öldürölmeleri bir savaş suçü oluşturmuştur.

217. İkinci olarak Mahkeme, ulusal mahkemelerin haince yaralama ve öldürme bakımından ayrı bir mahkumiyete varırken, 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinin 23(b) bendine dayanmalarının makul olduğunu tespit eder. Söz konusu dönemde hainlik ve sadakatsizlik yakından bağlantılı kavramlardır; bir yaralama veya öldürme, örneğin usulüne aykırı bir şekilde düşman üniforması giyerek düşmanın saldırı tehlikesi altında olmadığına inanmasına sağlamak suretiyle yapılmış olması halinde, haince yapıldığı kabul edilmiştir. Yukarıda 16 ve 201. paragraflarda da kaydedildiği gibi, başvuru ve birimi aslında Mazie Bati'ya yapılan operasyon sırasında Alman üniformaları giymektedirler. Köylüler “muharip” olarak kabul edilecek olurlarsa, Nizamnamenin 23(b) bendi açıkça uygulanır; düşmanlıklara katılan siviller olarak kabul edilecek olurlarsa da bu bent uygulanabilir. Bu ikinci durumda, Nizamnamenin 23(b) bendi, *düşman ulusa veya orduya mensup bireyleri* haince öldürmekten veya yaralamaktan söz etmektedir; bu deyim, işgal altındaki yerlerde bulunan sivil nüfus dahil, bir biçimde düşman ordunun kontrolü altında olan kişileri içerecek şekilde yorumlanabilir.

218. Üçüncü olarak Letonya mahkemeleri, kadınlara tanınan özel korumaya aykırı biçimde hamile bir kadının yakılarak öldürölmesinin savaş suçü oluşturduğu sonucuna varırken, Cenevre Sözleşmesinin 16. maddesine dayanmışlardır. Kadınların ve özellikle hamile kadınların savaş sırasında özel olarak korunmaları, 1863 tarihli Liber Kanunu (Madde 19 ve 37) kadar eski tarihte savaş hukukunun ve teamüllerinin bir parçasıdır. Daha sonra savaş esirleri hakkında “Cenevre” hukuku vasıtasıyla geliştirilmiştir (bu gibi

⁵⁵ Diğerleri arasında bk. 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 71); 1868 tarihli St. Petersburg Bildirisi; Brüksel Bildiri Taslağı (Madde13(c) ve 23); 1880 tarihli Oxford Elkitabı (Madde 9(b)); 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi (Madde 23(c)). Bk. ayrıca *Trial of Major Waller*, yukarıda geçen 98. paragraf, ve 1977 tarihli Ek Protokol Madde 41.

durumlarda kadınlar özellikle korunmasız kişiler olarak görülmüşlerdir)⁵⁶. Mahkeme, Martens Hükmünün korumasıyla bağlantılı bir biçimde (yukarıda parag. 86-87 ve 215) bu “özel koruma” ifadelerinin, Bayan Krupniks’in yakılarak öldürülmesi konusunda başvurucunun ayrı bir savaş suçundan mahkum edilmesinde ikna edici bir hukuki temel bulunduğu sonucuna varmak için yeterli oldukları şeklinde anlaşılabileceği kanaatindedir. Mahkeme bu görüşün, İkinci Dünya Savaşı’ndan hemen sonra 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine (I), (II) ve (IV) ve özellikle (IV)ncü Sözleşmenin 16. maddesine kadınlar için çok sayıda özel korumanın koyulmasıyla teyit edildiğini tespit eder.

219. Dördüncü olarak ulusal mahkemeler, savunmasız yerlere karşı saldırıları yasaklayan 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 25. maddesine dayanmışlardır. Bu madde, 1907 tarihli Lahey Nizamnamesinin 23(g) bendi dahil, uluslararası hukukta “savaş ihtiyaçları zorunlu olarak gerektirme”diği halde özel mülkiyetin tahribini yasaklayan benzer maddeler gurubunun bir parçasıdır⁵⁷. Mazie Batı’daki çiftlik binalarının yakılmasının “zorunlu olarak gerekli” olduğuna dair ulusal düzeyde bir delil bulunmadığı gibi, Mahkeme önünde de iddia edilmemiştir.

220. Beşinci olarak, yağma (yiyecek ve giysi çalınması) konusunda 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi (IV) ve 1977 tarihli Ek Protokolün çeşitli hükümleri ulusal düzeyde ileri sürülmüş olduğu halde, böyle bir çalmanın meydana geldiğine dair ulusal düzeyde olumlu bir tespit bulunmamaktadır.

221. Son olarak Mahkeme şunu eklemelidir: statüleri ne olursa olsun, köylülerin savaş suçları işlemiş oldukları kabul edilmiş olsaydı bile, başvuru ve birimi 1944 yılındaki uluslararası teamül hukukuna göre köylüleri sadece yakalama, adil olarak yargılanmalarını sağlama ve ancak bundan sonra cezayı infaz etme yetkisine sahiptir (yukarıda parag. 204). Davalı Hükümetin de söylediği gibi, Daireye sunulan (yukarıda parag. 21-24) ve Büyük Daire önünde tekrar edilen (yukarıda parag. 162) başvuru olaylara ilişkin anlatımında, aslında başvuru ne yapmış olması gerektiğini (yargılanmaları için köylülerin yakalanması) söylemiştir. Her halükarda, ister bir partizan yargılaması yapılmış olsun ister olmasın (Daire kararı, parag. 132), sanık köylülerin hiç haberleri ve katılımları

⁵⁶ Bk. özellikle, 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi Madde 3.

⁵⁷ 1863 tarihli Lieber Kanunu (Madde 15, 16 ve 38); 1874 tarihli Brüksel Bildiri Taslağı (Madde 13(g)); 1880 tarihli Oxford Kanunu (Madde 32(b)); 1907 tarihli Lahey Nizamnamesi (Madde 23(g)); 1919 tarihli Uluslararası Komisyon Raporu; Nürnberg UAM Şartı Madde 6(b); ve Kontrol Konseyi Kanunu No. 10 (Madde 2). Bk. ayrıca *Trial of Hans Szabados*, yukarıda geçen; Oppenheim ve Lauterpacht (1944) s. 321.

olmadan *in absentia* yapılan yargılama ve sonra infaz, adil bir yargılama niteliğine sahip değildir.

222. Mahkeme, başvurunun yukarıda kaydedilen eylemlerinin 1944 yılında savaş suçları oluşturabileceği kanaatinde olduğundan (yukarıda geçen, *Streletz, Kessler ve Krenz – Almanya*, §76), kendisine isnat edilen diğer suçlar hakkında bir yorum yapılması gerekli değildir.

223. Dahası, Yüksek Mahkeme Genel Kurulu, Ceza İşleri Dairesinin, başvurunun partizan birimini, başka şeylerin yanında, köylüleri öldürmek ve çiftlikleri imha etmek amacıyla organize ettiği, yönettiği ve yönlendirdiğinin delillerle ortaya koyduğunu kaydetmiştir. Ceza İşleri Dairesi, Nürnberg UAM Şartının 6. maddesine dayanarak, biriminin eylemleri nedeniyle başvurunun komuta sorumluluğu bulunduğu sonucuna varılmasının yeterli olduğunu kaydetmiştir. Özellikle kanıtlanmış olaylar, başvurunun *de jure* ve *de facto* olarak birimini kontrol ettiğine işaret etmiştir. Ulusal düzeyde kanıtlanmış amaca göre, başvuru gerekli *mens rea*'ya [suç kastına] sahiptir. Aslında başvurunun (birimin, başka şeylerin yanında, çatışma görevleri ve içinde bulundukları durum gereği, köylüleri yakalayamadıkları, bk. yukarıda parag. 162), şeklindeki Büyük Daireye yaptığı açıklamalar, yukarıda kaydedilen Ceza İşleri Dairesi tarafından ortaya koyulmuş olaylarla tamamen uyumludur. Başvurunun komuta sorumluluğu göz önünde tutulduğunda, ulusal mahkemelerin başvurunun şahsen 27 Mayıs 1944 tarihinde Mazie Bati'daki eylemleri yaptığına dair bir tespitte bulunup bulunamayacakları meselesi üzerinde durmak gerekli değildir (Daire kararı, parag. 141).

224. Son olarak Mahkeme, iki noktaya açıklığa kavuşturacaktır.

225. Davalı Hükümet, başvurunun eylemlerinin muharibin hukuka uygun misillemeleri olarak görülemeyeceğini savunmuştur; ne başvuru ve ne de Rusya Federasyonu Hükümeti bu savunmaya esastan karşı çıkmıştır. Ulusal mahkemeler, başvurunun Mazie Bati'ya “misilleme” olarak bir operasyon yaptığını tespit etmişler, fakat açıkça bu yöndeki bir savunmayı kabul etmemişlerdir. Mahkeme, ulusal mahkemelerin bu konudaki (köylülerin muharip veya düşmanlıklara katılmış siviller olarak görülüp görülemeyecekleri) savunmayı reddetmelerinin sorgulanması için bir sebep görmemektedir⁵⁸.

226. Daire kararının 134. paragrafı konusunda Büyük Daire, başkalarının da savaş suçları işlediklerine dair bir iddianın, başkalarının eylemleri uluslararası teamülde bir değişimin delilini oluşturacak nitelikte,

⁵⁸ 1880 tarihli Oxford Kanunu (Madde 84); 1934 tarihli Tokyo Sözleşmesi Taslağı (Madde 9 ve 10); ABD Savaş Elkitabı: Kara Savaşı Kuralları, 1940; *Hostages case* ve *Trial of Eikichi Kato*, yukarıda geçen paragraflar 125-129, ayrıca ICTY, *Kupreškić and Others*, yukarıda geçen. Bk. ayrıca Oppenheim ve Lauterpacht (1944), s. 446-450.

genişlikte ve yoğunlukta olmadıkça, bir savaş suçu isnadına karşı savunma oluşturmadığına dair davalı Hükümetin görüşüne katılmaktadır.

227. Sonuç olarak ölen köylülerin “muharip” veya “düşmanlıklara katılmış siviller” olarak görülebilecekleri kabul edilse bile (bk. yukarıda parag. 194), 1944 yılında uluslararası hukukun durumu dikkate alındığında, başvurucunun 27 Mayıs 1944 tarihinde Mazie Bati’ya yapılan saldırıdan sorumlu birimin komutanı olarak savaş suçlarından mahkûm edilmesi ve cezalandırılması için yeterince açık bir hukuki temel vardır. Ayrıca Mahkeme’ye göre, eğer köylüler “sivil” olarak kabul edilmiş olsalardı, *a fortiori* daha fazla korumadan yararlanma hakkına sahip olurlardı.

5. Savaş suçları isnatları zamanaşımına uğramış mıdır?

228. Rusya Federasyonu Hükümeti, 1926 tarihli Ceza Kanununun 14. maddesindeki azami süre dikkate alındığında, başvuru hakkındaki kovuşturma süresinin en geç 1954 yılında dolmuş olduğunu savunmuştur. Letonya Hükümeti, başvurucunun kovuşturulması için zamanaşımı süresinin dolmadığını söylemiş, başvuru Daire kararına dayanmıştır.

229. Başvuru 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesine göre mahkûm edilmiştir. Bu Kanunun 6-1. maddesi, başka bazı suçların yanında, savaş suçları için zamanaşımı bulunmadığını belirtmiştir. Bu iki madde Ceza Kanununa 1993 yılında eklenmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme Genel Kurulu, 1968 tarihli Sözleşmeyi olumlayarak zikretmiştir (yukarıda parag. 130-132). Dolayısıyla taraflar esas itibarıyla, başvurucunun söz konusu suçlar bakımından zamanaşımı bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturulmasının 1944 yılında geçerli bir ulusal zamanaşımı dönemini *ex post facto* (geçmişe etkili) uzatma oluşturup oluşturmadığı ve sonuç olarak bu kovuşturmanın ceza kanununu geriye yürürlü olarak uygulama oluşturup oluşturmadığı konusunda tartışmışlardır (bk. *Coëme ve Diğerler - Belçika, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, ECHR 2000-VII*).

230. Mahkeme, eğer başvuru 1944 yılında Letonya’da savaş suçlarından kovuşturulmuş olsaydı, 1926 tarihli Ceza Kanununun Askeri Suçlar hakkında IX. Kısımının yukarıda anlatılan savaş suçlarını kapsamamış olacağını (başvuru ve Rusya Federasyonu Hükümeti buna katılmışlardır), dolayısıyla bir ulusal mahkemenin savaş suçlarına ilişkin isnatlar hakkında karar verebilmek için uluslararası hukuka dayanmak zorunda kalacağını gözlemlemektedir (bk. yukarıda parag. 196 ve 208). Aynı şekilde, 1926 tarihli Ceza Kanununun 14. maddesindeki zamanaşımı süreleri sadece 1926 tarihli Ceza Kanununun öngördüğü suçlara uygulanabilir olduğundan, uluslararası hukuktan kaynaklanan savaş suçlarına uygulanabilir olmayıp, bu Kanunda zamanaşımı sürelerinin uluslararası hukuktan kaynaklanan savaş suçlarına uygulanabilir olduğunu

söyleyen bir hüküm de yoktur. Tam tersine Mahkeme, 1926 tarihli Ceza Kanununun kurulu bulunan sosyalist düzene⁵⁹ zarar verebilecek “tehlikeli sosyal eylemleri” kovuşturmayı amaçlayan bir sistemi kabul ettiğini, 14. maddenin Resmi Notlarındaki terminolojinin bu durumu yansıttığını kaydeder. Dolayısıyla 1944 yılındaki savaş suçlarından ulusal düzeyde yapılacak bir kovuşturma, sadece savaş suçlarının tanımı konusunda değil, ama aynı zamanda uygulanacak olan zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi konusunda da uluslararası hukuka dayanmak durumundadır.

231. Bununla birlikte, 1944 yılındaki uluslararası hukuk bu konuda sessizdir. Savaş suçlarını kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü ve ceza sorumluluğu hakkında daha önceki uluslararası bildiriler⁶⁰ herhangi bir zamanaşımı süresinden söz etmemişlerdir⁶¹. Kontrol Konseyinin 10 numaralı Kanunun II(5). maddesi, İkinci Dünya Savaşından önce ve savaş sırasında Alman topraklarında işlenen savaş suçları bakımından meseleye değinmiş olmakla birlikte, 1968 tarihli Sözleşmenin Başlangıcında belirtildiği gibi, ne Nürnberg/Tokyo Şartları ve ne de 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi veya 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri veya Nürnberg İlkeleri, savaş suçlarının zamanaşımıyla ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir.

232. Mahkeme tarafından karara bağlanması gereken temel sorun, başvurunun kovuşturulmasından önceki herhangi bir anda, bu davanın uluslararası hukukta zamanaşımına uğramış olup olmadığıdır. Yukarıdaki paragraftan çıkan sonuca göre, 1944 yılında savaş suçlarından kovuşturma konusunda uluslararası hukuk tarafından belirlenmiş bir zamanaşımı süresi yoktur. 1944 yılına kadar uluslararası hukuktaki gelişmeler, başvuru aleyhindeki savaş suçu isnadlarına bir zamanaşımı süresi de getirmemiştir⁶².

233. Özetle Mahkeme, ilk olarak ulusal hukuktaki zamanaşımı hükümlerinin uygulanabilir olmadığı (yukarıda parag. 230) ve ikinci olarak başvuru aleyhindeki suçların uluslararası hukukta zamanaşımına tabi tutulmadığı (yukarıda parag. 232) sonucuna varmaktadır. Böylece

⁵⁹ SSCB Ceza ve Ceza Usul Hukukunun Temel İlkeleri, 1924; ve Ancel M., « *Les Codes pénaux européens* », Tome IV, Paris, CFDC, 1971

⁶⁰ 1942 tarihli St. James’ Bildirisi dahil; 1943 tarihli Moskova Bildirisi; Nürnberg ve Tokyo UAM Şartları.

⁶¹ 1968 tarihli Sözleşmenin Başlangıcı

⁶² BM İnsan Hakları Komisyonu (1966) *Question of the non-applicability of Statutory Limitation to War Crimes and Crimes against Humanity: Study submitted by the Secretary General* UN Doc. E/CN.4/906, s. 104; 1968 tarihli Sözleşme; Robert H. Miller “*The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*”, AJIL, c. 65, No. 3 (Temmuz, 1971), s. 476-501, ve buradaki diğer referanslar; 1974 tarihli Sözleşme; Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü; ve Kok R. (2001) “*Statutory Limitations in International Criminal Law*”, TMC Asser Press The Hague, s. 346-382

Mahkeme, başvurunun kovuşturulmasının zamanaşımına uğramadığı sonucuna varmaktadır.

6. *Başvurucu söz konusu eylemlerin savaş suçları oluşturduğunu ve bu eylemler nedeniyle kovuşturulabileceğini öngörebilir miydi?*

234. Başvurucu ayrıca söz konusu eylemlerin savaş suçu oluşturduğunu ve daha sonra kovuşturmaya uğrayabileceğini önceden göremeyeceğini iddia etmiştir.

Başvurucu ilk olarak, 1944 yılında düşman hatlarının arkasında savaşan durumunda bulunan genç bir asker olduğunu vurgulamış ve yukarıda anlatılan uluslararası gelişmelere bakarak mahkûm edildiği eylemlerin savaş suçu oluşturduğunu önceden görmesinin mümkün olmadığı sonucunu çıkarmıştır. Başvurucu ikinci olarak, kovuşturulabileceğini önceden görmesinin politik olarak da mümkün olmadığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre Letonya'nın 1991 yılında bağımsızlığını kazanmasından sonra mahkûm edilmesi, Letonya'nın uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla savaş suçlularını kovuşturma arzusu olmaktan çok, politik bir uygulamadır.

235. Mahkeme, birinci noktayla ilgili olarak, bir komutan ile savaş hukuku ve teamülleri bağlamında ulaşılabilirlik ve önceden görülebilirlik kavramlarının birlikte ele alınması gerektiği kanaatindedir.

Mahkeme, önceden görülebilirlik kavramının, önemli ölçüde söz konusu belgenin içeriğine, kapsamayı amaçladığı alana ve hitap ettiği kişi sayısına ve statüsüne bağlı olduğunu hatırlatır. Mesleki bir faaliyette bulunan kişiler, mesleklerini icra ederken yüksek derecede bir dikkatle hareket etmelidirler ve kendilerinden bu tür faaliyetlerin doğurabileceği riskleri değerlendirirken özel dikkat göstermeleri beklenir (*Pessino – Fransa*, no. 40403/02, §33, 10 Ekim 2006).

236. Söz konusu eylemlerin savaş suçları olarak nitelendirilmeleri konusunda, münhasıran uluslararası hukuka dayanılacak olursa, 1944 yılında uluslararası hukukun başvuru bakımından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir nitelikte olduğu söylenebilir. Mahkeme daha önce, hudut nöbetçisi olan bir erin bireysel ceza sorumluluğunun, uluslararası temel insan hakları belgeleri (ki bu belgelerin kendileri bireysel ceza sorumluluğu doğurmamakta ve bunlardan biri davalı devlet tarafından o tarihte onaylanmamış bulunmakta idi) tarafından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir bir şekilde tanımlanmış olduğunu tespit ettiğini hatırlatır (*K.-H.W. – Almanya*, §92-105, *yukarıda geçen*). Mahkeme, bir erin bile, sadece iç hukuka değil ama uluslararası alanda tanınmış olan insan haklarına ve özellikle uluslararası insan hakları hiyerarşisinde yüksek bir değer olan yaşama hakkına açıkça aykırı emirlere tümüyle kapalı gözlerle

uymasının söz konusu olamayacağı kanaatindedir (K.-H.W. – Almanya, §75).

237. 1926 tarihli Ceza Kanununun (K.-H.W. – Almanya davasında olduğu gibi) uluslararası savaş hukukuna ve teamüllerine atıf içermediği ve bu uluslararası hukuk ve teamüllerin (yukarıda geçen Korbely – Macaristan [BD], §74-75 davasında olduğu gibi) SSCB’de veya Letonya SSC’de resmen yayımlanmadığı doğrudur. Ancak bu durum belirleyici değildir. Yukarıdaki 213 ve 227. paragraflardan da açıkça anlaşıldığı üzere, 1944 yılında uluslararası savaş hukuku ve teamülleri, bir kimseyi cezai bakımdan sorumlu tutmak için yeterlidir.

238. Ayrıca Mahkeme, 1944 yılında bu hukukun, savaş zamanında cezai eylemlerin parametrelerini belirleyen, öncelikle silahlı kuvvetlere ve özellikle komutanlara hitap eden ayrıntılı *lex specials* düzenlemeler oluşturduğunu kaydeder. Mevcut olaydaki başvuru Sovyet Ordusunda bir çavuş olup, Letonya Bölüğünün ihtiyat birliğinde görevlendirilmiştir. Başvurucu, olayların geçtiği tarihte komando biriminin bir mensubu olup, esas faaliyetleri askeri sabotaj ve propaganda olan bir müfrezenin komutanıdır. Başvurucunun bir komutan olarak konumunu dikkate alan Mahkeme, kendisinden Mazie Batı’ya yapılacak operasyonunun doğurabileceği riskleri makulce dikkate almış olmasının beklenebileceği kanaatindedir. 27 Mayıs 1944 tarihli operasyonun ortaya çıkan koşulları içinde kötü muamele yapılarak dokuz köylünün öldürülmelerinin (yukarıda parag. 15-20) açıkça hukuka aykırı olduğunu dikkate alan Mahkeme, başvuru tarafından çok yüzeysel bir bakışla bile, söz konusu eylemlerin en azından o sırada anlaşıldığı anlamda savaş hukuku ve teamüllerine aykırı düşme riski ve özellikle bir komutan olarak bireysel olarak cezai açıdan sorumlu tutulabileceği savaş suçu oluşturma bir riski taşıdığına görülebileceği kanaatindedir.

239. Bu gerekçelerle Mahkeme, başvuru 1944 yılında söz konusu eylemlerin savaş suçu olarak nitelendirilebileceğini önceden görebileceği sonucuna varmayı makul saymaktadır.

240. İkinci iddia ile ilgili olarak Mahkeme, 1990 ve 1991 yıllarında bağımsızlık bildirilerinin yayımlandığını, yeni Letonya Cumhuriyeti’nin (1968 tarihli Sözleşmeye 1992 yılında katılması dahil) çeşitli insan hakları belgelerine katıldığını ve daha sonra 1961 tarihli Ceza Kanununa 1993 yılında 68-3. maddenin eklendiğini kaydeder.

241. Mahkeme, halef bir devletin eski rejim sırasında suç işlemiş olan kişilere karşı ceza davası açmasının meşru ve önceden görülebilir olduğunu ve halef mahkemelerin eski rejim sırasında yürürlükte olan yasa hükümlerini hukuka bağlı bir devlet yönetimi ilkeleri ışığında ve Sözleşme sisteminin kurulu bulunduğu temel ilkeleri göz önünde tutarak yorumlaması

ve uygulaması nedeniyle eleştirilemeyeceklerini hatırlatır. Bu, söz konusu meselenin Sözleşme'ye ve uluslararası insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olan ve Sözleşmecî Devletlerin öncelikle korumakla yükümlü oldukları yaşama hakkı olduğu hallerde özellikle geçerlidir. Savaş hukuku ve teamüllerinden çıkan devletin kovuşturma yükümlülüğü yanında, Sözleşme'nin 2. maddesi de devletlere, kendi egemenlik alanlarında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yükler ve yaşamı tehlikeye sokan suçları işlemekten caydırmak için etkili ceza hükümlerini uygulamaya koymak suretiyle yaşama hakkını koruma şeklinde temel bir görev verir (bk. *Streletz, Kessler ve Krenz*, §72 ve 79-86, ve *K.-H.W. - Almanya, yukarıda geçen*, §66 ve 82-89). Yukarıda geçen ilkelerin, 1990 ve 1991 yıllarında bağımsızlık bildirilerinin ardından Letonya'da meydana gelen nitelikte bir rejim değişikliğine uygulanabilir olduğunu kaydetmek yeterlidir. (bk. yukarıda parag. 27-29 ve 210).

242. Başvurucunun Sovyet makamlarının 1944 yılından bu yana verdikleri desteğe dayanması konusunda Mahkeme, başvurucunun bu iddiasının, tartışma konusu eylemlerin 1944 yılında savaş suçları oluşturduğunun önceden görülebilir olup olmadığı konusundaki hukuki sorunla alakalı bulunmadığı kanaatindedir.

243. Buna göre başvurucunun Letonya Cumhuriyeti tarafından söz konusu eylemlerinin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan uluslararası hukuka dayanılarak ve Letonya mahkemeleri tarafından uygulanarak kovuşturulmasının ve daha sonra mahkûm edilmesinin, önceden görülemez olduğu kabul edilemez.

244. Yukarıda bütün bu anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucunun eylemleri işlendiği tarihte yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir savaş hukuku ve teamülleri tarafından tanımlanmış suçlar oluşturduğu sonucuna varmaktadır.

D. Mahkeme'nin vardığı sonuç

245. Yukarıdaki gerekçelerle Mahkeme, başvurucunun savaş suçlarından mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 7(1). fıkrasını ihlal etmediğini kabul etmektedir.

246. Bu nedenle, başvurucunun mahkûmiyetini Sözleşme'nin 7(2). fıkrası bakımından incelemek gerekli değildir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurucunun Daire tarafından kabuledilebilir bulunmayan şikayetlerinin incelenmesi talebinin reddine;
2. Üç karşı on dört oyla, Sözleşme'nin 7 . maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce ve Fransızca olan bu karar, 17 Mayıs 2010 tarihinde Strazburg'daki İnsan Haklar Binasında açık duruşmada okunmuştur.

Michael O'Boyle
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşme'nin 45(2). fıkrası ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 74(2). fıkrası gereğince, aşağıdaki ayrık görüşler bu karara eklenmiştir:

- (a) Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Spielmann ve Jebens'in birleşik farklı görüşleri
- (b) Yargıçlar Kalaydjieva ve Poalelungi'nin katıldığı yargıç Costa'nın muhalif görüşü.

J.-P.C.
M.O'B.

YARGIÇ ROZAKIS, TULKENS, SPIELMANN VE JEBENS'İN BİRLEŞİK FARKLI GÖRÜŞLERİ

1. Bu davada başvuruçunun şikayetlerinin Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlaline yol açmayacağına dair çoğunluğun vardığı sonuca tamamen katılmakla birlikte, belirli bir noktada, başvuruçunun kovuşturulmasının ceza kanununun geçmişe yürürlü olarak uygulanmak olduğu şeklindeki Rusya Federasyonu'nun iddiasıyla ilgili olarak çoğunluğun gerekçesinden ayrılıyor.

2. Aslında mevcut davada bir katılan olan Rusya Federasyonu, 1926 tarihli Ceza Kanununun azami süreleri gösteren 14. maddesi dikkate alınacak olursa, başvuruçunun hakkındaki bir kovuşturmanın en geç 1954 yılında zamanaşımına girmiş olacağını savunmuştur. Rusya Federasyonu'na göre başvuruçunun, 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesine göre mahkûm edilmiş olup, bu Kanunun 6-1. maddesi, başka bazı suçlar yanında, savaş suçlarına ilişkin zamanaşımı bulunmadığını söylemiştir. Bu koşullarda Rusya Federasyonu ve başvuruçunun, başvuruçunun kovuşturulmasının 1944 yılında geçerli bir ulusal zamanaşımı dönemini *ex post facto* (geçmişe etkili) uzatma oluşturduğunu ve sonuç olarak bu kovuşturmanın ceza kanununu geriye yürürlü olarak uygulama oluşturduğunu ileri sürmüştür (bk. karar, parag. 228 ve 229).

3. Mahkeme bu konudaki cevabını 230 ve 233. paragraflarda vermiştir. Mahkeme esas itibarıyla, eğer başvuruçunun 1944 yılında Letonya'da savaş suçlarından yargılanmış olsaydı, 1944 yılında başvuruçunun sorumluluğunun 1926 tarihli Ceza Kanununa dayanacağı iddiasını, bu Kanundaki zamanaşımı hükmü nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme, Ceza Kanunundaki ifade tarzını göz önünde tutarak, "1944 yılındaki savaş suçlarından ulusal düzeyde yapılacak bir kovuşturma, sadece savaş suçlarının tanımı konusunda değil, ama aynı zamanda uygulanacak olan zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi konusunda da uluslararası hukuka dayanmak durumunda" olduğu kanaatindedir. Ancak Mahkeme şöyle devam etmiştir: "Bununla birlikte, 1944 yılındaki uluslararası hukuk bu konuda sessizdir. Savaş suçlarını kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü ve ceza sorumluluğu hakkında daha önceki uluslararası bildiriler herhangi bir zamanaşımı süresinden söz etmemişlerdir. ... 1968 tarihli Sözleşmenin Başlangıcında belirtildiği gibi, ne Nürnberg/Tokyo Şartları ve ne de 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi veya 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri veya Nürnberg İlkeleri, savaş suçlarının zamanaşımıyla ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir." Savaş sonrası belgelerde zamanaşımı sorununa ilişkin bir hüküm bulunmaması, Mahkeme'yi, uluslararası hukukun bu konuda sessiz kalmasının başvuruçunun suçlarının zamanaşımına tabi olmadığı şeklinde

bir sonuca varmaya götürmüştür; 1944 yılında savaş suçlarının kovuşturulması konusunda uluslararası hukuk tarafından bir zamanaşımı süresi belirlenmiş değildir; sonraki gelişmeler de uluslararası hukukun 1944 yılından bu yana başvuruçunun mahkûm edildiği savaş suçlarına ilişkin bir zamanaşımı süresi getirdiğini göstermemektedir.

4. Mahkeme'nin bu iddiaya verdiği cevabın doğru bir cevap olmadığına inanıyoruz. Uluslararası hukukun sadece sessiz kalmış olması, özellikle Nürnberg ve Tokyo'dan önce savaş suçlarından bireysel ceza sorumluluğuyla ilgili uluslararası ceza hukukunun teknik ve usul meselelerinde uygulanmasının tartışmasız bir şekilde belirlenmiş olduğu sonucuna varmaya izin verecek düzeyde gelişmiş ve tamamlanmış olmadığı dikkate alınacak olursa, 1944 yılında savaş suçlarında zamanaşımı söz konusu olduğunda uluslararası toplumun niyetinin ve rızasının açık olduğunu kanıtlamak için yeterli değildir. Esas itibarıyla 1944 yılına kadar, mevcut genel uluslararası anlaşmaların ve devlet pratiklerinin bir biresimi olan genel uluslararası hukukun sadece devletin sorumluluğu meselesini değil ama bireysel sorumluluk meselesini de çözdiği ve savaş sonrası dönemde, savaş suçlarında zamanaşımı gibi sadece usul meselelerine bir ince ayar verildiği söylenebilir.

5. Bize göre Mahkeme, başvuruçunun 1944 yılındaki savaş suçlarının zamanaşımına tabi olup olmadığı meselesini Sözleşme'nin 7. maddesinin gereklerinin ayrı bir yönü olarak, yanlış bir şekilde almıştır. Mahkeme taraflarca ileri sürülen iddialara yanıt vermeye çaba gösterirken, savaş suçlarından zamanaşımı ile bu suçları düzenleyen hukukun geriye yürürlük özelliği arasındaki bağın doğru olduğu izlenimini kaybetmiş ve çabalarını olayın şartları için söz konusu suçların zaten zamanaşımına girdiğini göstermek üzere yoğunlaştırmıştır.

6. Bu doğru bir yaklaşım değildir. Bize göre doğru yaklaşım, Sözleşme'nin 7. maddesinin ve içerdiği ilkelerin, bir eylemde bulunmakta olan bir kimsenin hukukun üstünlüğüne dayalı bir sistemde, suçları tanımlayan yasa ve bunlara karşılık gelen ceza kurallarına dayanarak, söz konusu eylemin bir suç oluşturup oluşturmadığını ve eylemde bulunacak olursa hangi cezayla karşılaşacağını belirleyebilmesini gerektirir. Bu nedenle bir kimsenin, suçun işlendiği tarihte mevcut kurallara dayanılarak, gecikmeyle de olsa mahkûm edilmesi halinde, maddi hukukun geriye yürürlü olarak uygulandığı söylenemez. Mahkeme'nin, zamanaşımıyla ilgili usul meselesinin Sözleşme'nin 7. maddesinin uygulanabilirliğiyle ilgili kurucu bir unsur olduğuna inanılmasına imkân verdiği düşünülecek olursa, suçun ve cezanın varlığıyla ilgili şartların yanında geriye yürürlü uygulama ile bağlantılı olarak, 7. maddenin ruhuna aykırı istenmeyen sonuçlara yol açabilir.

7. Tabii ki tarafların, daha çok muhakemenin adilliğiyle ve Sözleşme'nin 6. maddesiyle iç içe geçmiş salt teknik bir mesele olan zamanaşımıyla ilgili iddialarına bir cevap verilmelidir. Bize göre zamanaşımı sorununun 1944'te çözülmüş olması gerekli olmamakla birlikte, ki bu durum başvurucuya böyle bir boşluktan yararlanma imkanı vermemiştir, İkinci Dünya Savaşından sonraki gelişmeler, yine de açıkça uluslararası toplumun canavarca işlenen suçları güçlü bir şekilde kınama durumunu güçlendirmekle kalmadığını, ama aynı zamanda usule ilişkin olanlar dahil uluslararası hukuk tarafından bu suçların nasıl ele alınacağına dair ayrıntılı kuralları tedricen formüle ettiğini göstermiştir. Bu gelişmeler, kesintisiz bir hukuk üretiminin halkalarını oluşturmakta olup, uluslararası sistemin savaş zamanında işlenmiş suçların kovuşturulmasına hazır olmadığını düşünmeye pek imkan bırakmamaktadır; tabii ki o aşamada, zamanaşımı meselesindeki sessizlik söz konusudur. Bu durum bu suçlara zamanaşımının uygulanmayacağını “teyit eden” 1968 tarihli Sözleşmenin kabulüyle de ortaya çıkmıştır. İşte tam da bu olaylar zinciri, Letonya Hükümetinin başvurucuyu işlediği suçlardan kovuşturmasına ve cezalandırmasına izin vermektedir.

YARGIÇLAR KALAYDJIEVA VE POALELUNGI'NİN KATILDIĞI YARGIÇ COSTA'NIN MUHALİF GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1. Daire gibi, fakat Büyük Daire çoğunluğundan farklı olarak, davalı devletin başvurucuyu savaş suçlarından kovuşturması ve mahkûm etmesi nedeniyle Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiği sonucuna vardık. Bu mesele hakkındaki görüşümüzü belirtmeye çalışacağız.

2. Sözleşme'nin 7. maddesinin yapısıyla ilgili olarak bir ön gözlem yapılması gereği bulunmaktadır.

3. Çok iyi bilindiği gibi, bu maddenin iki fıkrasından birincisi genel ifadelerle, suçların ve cezaların kanunla düzenleneceğini getirmekte ve ayrıca bu düzenlemelerin geriye yürürlü olamayacağını ima etmektedir. Bir bakıma *lex specialis* olan ikinci fıkra bu ilkeye, işlendiği tarihte “uygar uluslar tarafından tanınmış genel ilkelere” göre suç olan bir eylem veya ihmalin bulunması halleri bakımından bir istisna getirmektedir. (Bu ifade, açıkça esinlendiği Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde kullanılan ifadeyle aynıdır.)

4. Büyük Daire, kararın 186. paragrafında haklı olarak, *Tess – Letonya (k.k.)*, no. 34854/02, 12 Aralık 2002 tarihli karara atıfta bulunarak, Sözleşme'nin 7. maddesinin iki fıkrasının birbiriyle tutarlı bir şekilde yorumlanması gerektiğini gözlemlemiştir. Aynı şekilde bize göre kararın 245 ve 246. paragraflarında, başvurucunun mahkûmiyeti Sözleşme'nin 7(1). fıkrası ihlali oluşturmadığı için mahkûmiyetin 7(2). fıkrası bakımından incelemesinin de gerekli olmadığı sonucuna varılmış olması da doğrudur. Gerçekten de sadece tutarlı bir muhakeme çizgisinin izlenmesi zorunlu değildir, ama aynı zamanda bunlar birbiriyle yakından bağlantılıdır. Eğer suçun ulusal hukukta bir temeli bulunduğu iddiasını reddediyorsak, uluslararası antlaşma hukukuna veya uluslararası teamül hukukuna bakmalıyız. Eğer bu da yeterli bir hukuki temel sağlamıyorsa, Sözleşme'nin 7. maddesi bir bütün olarak ihlal edilmiş olur.

5. Olaylarla ilgili olarak, meslektaşımız Egbert Myjer'in, ihlal tespit eden Daire kararına ekli aynı yöndeki görüşünde gözlemlediği gibi, açık bir keyfilik bulunmadıkça, ulusal mahkemelerin görüşünün yerine kendi görüşünü geçirmek, kural olarak Mahkeme'nin görevi değildir. Mahkeme dördüncü derece bir organ olmadığı gibi, aslında uluslararası ceza mahkemesi de değildir. Mahkeme'den 27 Mayıs 1944 tarihinde Mazie Bati'da meydana gelen olaylar nedeniyle başvurucuyu yeniden yargılaması talep edilmiş değildir. 20 Eylül 2007 tarihinde Mahkeme tarafından verilen nihai bir karar, başvurucunun Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikayetini reddetmiştir. Dolayısıyla

davanın esasıyla ilgili tartışma, Büyük Daire kararının 184. paragrafında kaydedildiği gibi, Sözleşme'nin 7. maddesiyle sınırlanmıştır. Bu nedenle Mahkeme, ulusal mahkemelerin yerini almadan, başvuruyu söz konusu Sözleşme hükümleri bakımından incelemelidir; bir başka deyişle, başvurucuya verilen cezaların hukuken öngörülmüş olmasını ve geriye yürürlü olmamasını sağlamalıdır. Ayrıca açıktır ki, başvurucunun yaşı, halsizliği ve zararsızlığı göz önünde tutulduğunda (bk. kararın 39. paragrafı), aleyhindeki suçlamaların ciddiliği karşısında kendisine verilen cezalar ağır değildir. Ancak sanığa karşı gösterilen merhamet, Sözleşme'nin 7. maddesine aykırılık şikayetinin esası üzerinde doğrudan bir ağırlığa sahip değildir.

6. İncelenmesi gereken birinci sorun, ulusal hukukla ilgilidir. Olayların geçtiği tarihte, 6 Kasım 1940 tarihli bir kararnameyle (bk. kararın 41. paragrafı) Letonya'da uygulanabilir hale gelen 1926 tarihli Ceza Kanunu, savaş suçlarıyla ilgili bir hüküm içermemektedir. Bu Kanunun yerine, söz konusu olaylardan sonra, 6 Ocak 1961 tarihli Ceza Kanunu geçmiş, Letonya 1991 yılında yeniden bağımsızlığını kazandıktan sonra çıkarılan 6 Nisan 1993 tarihli bir kanun, 1961 tarihli Ceza Kanununa bu tür suçlar bakımından kanunun geriye yürürlü olarak uygulanmasına izin veren zamanaşımından muaf tutan hükümler eklenmiştir. (1961 tarihli Kanuna eklenen 6-1, 45-1 ve 68-3. maddeleri, bk. kararın 48-50. paragrafları). Bu durumda, olayların geçtiği tarihte ulusal hukukta mevcut bir hukuki temel bulmak zordur ve kararın 196-227. paragraflarını doğru anladıysak, çoğunluk böyle bir hukuki temeli, 1993 tarihli kanunun çıkarılmasını dikkate aldıktan sonra bile (bk. özellikle 196. paragraf), ancak uluslararası hukuka dayanarak bulabilmiştir. Ulusal mahkemelerin, en azından ulusal düzeyde nihai karar olan 28 Eylül 2004 tarihli Yüksek Mahkeme Genel Kurulunun yaklaşımı da böyledir. Söz konusu kararın esas itibarıyla, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkeme Şartının 6(2). fıkrası (b) bendine ve 1968 tarihli Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmayacağına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesine dayanmıştır (Yüksek Mahkeme Genel Kurulunun karar gerekçesi için bk. kararın 40. paragrafı).

7. Ancak uluslararası hukukta bir hukuki temel bulunması sorunu daha da karmaşıktır. Bu sorun, böyle bir hukuki temelin gerçekten mevcut olup olmadığı, başvuru aleyhindeki savaş suçu isnatlarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı veya zamanaşımına tabi olup olmadığı ve son olarak başvurucunun 1998 yılından itibaren kovuşturulmasının ve nihayet 2004 yılında mahkûm edilmesinin önceden görülebilir olup olmadığı ve kendisi tarafından önceden görülebilir ve kendisi tarafından önceden görülmüş olup olmadığı gibi, birçok mesele ortaya çıkarmaktadır.

8. Bize göre olayların geçtiği tarihte yürürlükte olan uluslararası hukuk ile esas itibarıyla Kasım 1945'te başlayan ve birçok yönden sahip olduğu önem hala devam eden Nürnberg yargılamaları zamanında ortaya çıkmış ve giderek yerleşik hale gelmiş uluslararası hukuk arasında bir ayırım yapılmalıdır.

9. Büyük bir inandırıcılığa sahip olan karar, uluslararası insancıl hukukun ve özellikle 1944'ten önceki *jus in bello*'nun uzun ve dikkatli bir analizini içermektedir. Bu alandaki antlaşma hukukunun ve teamül hukukunun özellikle 1863 tarihli Lieber Kanununun ve daha sonra 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Nizamnamesinin bir sonucu olarak geliştiği doğrudur. 1899 tarihli ikinci Lahey Sözleşmesinin başlangıcına sokulan ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin başlangıcında yeniden yer verilen bildiriye veya "Martens hükmüne" de atıf yapılabilir (bk. karar, 86 ve 87. paragraflar).

10. Ne var ki, daha sonraki birçok pozitif gelişmenin prizmasından 2010 yılında bakıldığında bile, bu belgelerin 1944 yılında savaş suçlarının o sırada açıkça tanımlanmış görülebilmesini ve bu tanımların önceden görülebilir nitelikte olmasını sağlayacak kadar yeterince sağlam ve kabul edilmiş hukuk temeli oluşturdıklarına ikna olmadık. Yargıç Myjer'in aynı yöndeki görüşünde doğru olarak kaydettiği gibi, savaş sırasında işlenmiş bütün suçlar "savaş suçları" olarak görülemez; ceza hukuku katı olmalıdır; Mahkeme ceza kanunlarının sanığın aleyhine, örneğin kıyas yoluyla genişletici bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini gözlemlemiştir; çünkü böyle bir yorum, *nullum crimen, nulla poena, sine lege* ilkesine aykırı düşer (bk. örneğin *Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mayıs 1993, §52, *Seri A no. 260-A*). Başvurucu, olayların üzerinde yaklaşık yarım yüzyıl geçtikten sonra, durumun hayli karışık olduğu o tarihte mevcut olduğu iddia edilen bir ceza kanununa dayanılarak kovuşturulmuş, yargılanmış ve mahkûm edilmiştir.

11. Kabul edilmelidir ki, kararın 97-103. paragrafları, İkinci Dünya Savaşı öncesinden savaş hukuku ihlallerinin kovuşturulmasına dair pratik örnekler de vermektedir (Filipinler için Amerika Birleşik Devletleri askeri mahkemesi, Leipzig yargılamaları, Türk yetkililerini kovuşturulmaları). Bu münferit ve embriyonik örnekler, hiçbir şekilde yeterince yerleşik bir teamül hukukunun varlığına işaret etmez. Biz daha çok Profesörler Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux and Alain Pellet tarafından derlenmiş *Droit international pénal* (Paris, Pedone, 2000) adlı toplu yayının "Les crimes de guerre" adlı bölümünde Profesör Georges Abi-Saab ve Rosemary Abi-Saab tarafından ifade edilen görüşü (s. 269) paylaşma eğilimindeyiz:

"13. Böylece, İkinci Dünya Savaşının sonuna kadar, *jus in bello*'nun, bir başka deyişle savaş suçları ve bunlara bağlanan ceza kurallarının ihlalinin cezalandırılması, muharip devlete ve bu devletin iç hukukuna bırakılmıştır (bu yetki sadece *jus in bello*

kurallarına dayanılarak ve bu kuralların sınırları içinde kullanılabilir ve bazen bir antlaşma yükümlüğüne dayanılarak kullanılabilir). Uluslararası hukuk savaş suçlarını doğrudan tanımladığı ve artık tanımlama işi devletlerin tek iç hukuklarına bırakılmadığı zaman, kalitede bir sıçrama meydana gelmiştir.”

(Yazarlar daha sonra bu “kalite sıçraması”nın başlangıç noktası olarak Nürnberg yargılamalarını zikretmişlerdir.)

12. Mevcut davada söz konusu olan olaylardan önceki hukuk ve uygulama hakkında bir sonuca varmadan önce, özellikle iki dünya savaşında işlenen birçok canavarlığın, durumu değiştiren Nürnberg’e kadar, maalesef genel olarak kovuşturma veya cezalandırmaya yol açmamış olduğu belirtilmelidir.

13. Hemen başlangıçta “Nürnberg (Şartı, yargılaması ve ilkeleri) ile ilgili olarak, bütün bu sürecin mevcut davaya konu olan olaylardan bir yıl kadar sonra başlamış olduğu kaydedilmelidir. Uluslararası Askeri Mahkemeyi kuran Londra Anlaşması 8 Ağustos 1945 tarihlidir. Anlaşmanın ekindeki Mahkeme Şartı bu Mahkemeye, Avrupa Mihver ülkelerinin menfaatlerine hareket ederek, savaş suçları dâhil belirli suçları işleyen kişileri yargılama ve cezalandırma yetkisi vermiştir. Şartın 6(b) bendi, ilk kez savaş suçlarını tanımlamıştır; bu görüşün 6. paragrafında kaydedildiği gibi, ulusal mahkemeler bu hükümlerin başvuruca da uygulanabilir olduğu yaklaşımını benimsemişlerdir. Askeri Mahkeme kararında, bu tür suçların nitelendirilmesinin sadece Şartın 6(b) bendinden değil, ama ayrıca daha önce var olan (özellikle 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi) uluslararası hukuktan da kaynaklandığını savunmuştur. Ancak, açıkça geçmişe etkili bu beyan edici ceza hükmünün, geçmiş için *erga omnes* bir etkiye sahip olduğu şeklinde mi yorumlanacak, yoksa tam tersine hükmün kapsamının Askeri Mahkemenin genel *ratione personae* yetkisiyle mi ve hatta yargıladığı kişilerle ilgili yetkisiyle mi sınırlı tutulacağı sorunları ortaya çıkmaktadır. Bu sorun hayati bir öneme sahiptir, çünkü aslında başvuruca, “Avrupa Mihver ülkeleri”ne karşı savaşırken ve bu ülkelerin menfaatleri doğrultusunda hareket etmeden işlediği veya işlenmesine ortak olduğu iddia edilen eylemlerden kovuşturulmuştur. Ceza hukukunu kıyas yoluyla ve geniş bir şekilde uygulama ihtimalini yok sayarsak, “Nürnberg ilkeleri”nin burada hukuki bir temel oluşturabileceğini hiç tereddüt etmeden kabul etmek zordur.

14. Yine yargıç Myjer’in yukarıda atıf yapılan görüşünde kaydedildiği gibi, “gelecekte benzer suçları işleyecek olanların da kişisel olarak sorumlu tutulacaklarını ilk kez dünyaya ilan eden”, Nürnberg yargılamasıdır. Dolayısıyla mevcut davaya konu olaylarının meydana gelmesine kadar, uluslararası hukukun *jus in bello* kurallarını yeterli açıklıkla getirmediği kanaatindeyiz. Nürnberg yargılamasında Askeri Mahkemenin kişileri *ex post facto* olarak cezalandırmış olması, savaş suçları tanımının ve bunlara

bağlanan cezaların, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen bütün suçları, Sözleşme'nin 7(2). fıkrası bakımından geçmişe etkili bir şekilde kapsayacağı anlamına gelmez. Bize göre “uygar uluslar tarafından tanınmış hukukun genel ilkeleri”, açıkça Nürnberg’te getirilmiştir, bu ilkelerin daha önceden var olduğu varsayılmış olmadıkça, daha önce değil. Eğer daha önce de var iseler, hangi aşamada vardılar. İkinci Dünya Savaşında mı? Birincisinde mi? Amerikan İç Savaşında ve Lieber Kanununda mı? Kusura bakılmasın ama, bu meseleyi yirmi birinci yüzyılın başında verilen bir kararda belirlemek biraz spekülatif olmuyor mu? Bu da sorulmaya değer bir sorudur.

15. Özellikle ulusal hukukta suçun kovuşturulması 1954 yılında zamanaşımına girmesinde olduğu gibi (bk. yukarıda parag. 18), ne 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve ne de 11 Kasım 1970 tarihinde yürürlüğe giren 1968 tarihli Savaş Suçlarına Zamanaşımı Uygulanmayacağına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 1998 yılında başvuru aleyhinde açılan ceza davasında geriye yürürlü bir hukuki temel sağlar görünmemektedirler.

16. Bütün bu düşünceler bizi, o tarihte iç hukukun ve uluslararası hukukun savaş suçları bakımından yeterince açık olmadığı ve ne kadar ağır suçlar olursa olsun, savaş suçları ile adi suçlar arasında bir ayrım bulunmadığı sonucuna götürmektedir. Failleri ve/veya suç ortakları kim olursa olsun, 27 Mayıs 1944 tarihinde yapılan eylemler, ulusal mahkemeler tarafından kanıtlandığı kabul edilen olaylardan bakılacak olursa, gerçekten de çok ağır eylemlerdir.

17. Uygulanabilir olan hukuk, muğlak olmasının yanında hala yürürlükte miydi, belki de alternatif olarak başvuruca karşı savaş suçlarında ceza davası açılmasını ve tabii ki yargılamanın sonunda mahkum edilmesini engelleyen bir zamanaşımı uygulanabilir miydi?

18. Bize göre başvurunun kovuşturulması 1954 yılında zamanaşımına girmiştir, çünkü yürürlükteki iç hukukta 1926 tarihli Ceza Kanunu suçların işlendiği tarihten itibaren kovuşturma için on yıllık bir süre öngörmüştür. Olaylardan yaklaşık 50 yıl kadar sonra, 6 Nisan 1993 tarihli yasa çıkınca, 1961 tarihli Ceza Kanunu değiştirilmiş ve böylece savaş suçlarından suçlu olan kişilerin ceza sorumluluğuna zamanaşımı uygulanabilir olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla biz, başvurunun olayında zamanaşımının uygulanmamasının, ceza kanununun geçmişe yürürlü olarak uygulanması sonucunu verdiği, bunun da bize göre doğal olarak Sözleşme'nin 7. maddesine uygun olmadığı kanaatindeyiz.

19. Çoğunluk, 1944 yılında savaş suçlarının kovuşturulması konusunda uluslararası hukuk tarafından bir zamanaşımı süresinin belirlenmediği sonucuna varmıştır (bk. kararın 232 ve 233. paragrafları). Yukarıda da söylendiği gibi, ilk olarak, yeterince açık ve kesin bir hukuki temel

bulunmadığı için söz konusu eylemlerin 1944 yılında savaş suçları olarak nitelendirilemeyeceği ve ikinci olarak bu eylemlerin 1954 yılında zamanaşımına uğradığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla biz, bu suçlara zamanaşımının uygulanmamasının kural ve zamanaşımı uygulanmasının istisna olduğu anlamına gelen tespitin gerekçesine ikna olmadık; çünkü bize göre tersi doğrudur. Çok ağır suçları zamanaşımının dışına çıkarmak, cezasızlığı engellediği ve cezalandırmaya imkan verdiği için açık bir gelişme işaretidir. Uluslararası ceza adaleti, özellikle *ad hoc* uluslararası yargı yerlerinin ve ardından Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasından bu yana önemli ölçüde gelişmiştir. Ancak hukukta açık bir temel bulunmaksızın, zamanaşımının uygulanmayacağına *ex post facto* karar vermek zordur.

20. Son olarak ve belki de en önemlisi, 1944 yılında yapılan eylemler nedeniyle, 1993 tarihli bir yasaya dayanarak, 1998 yılında açılan bir kovuşturmanın, 1944 yılında, önceden görülebilir olup olmadığını inceleme ihtiyacı duyuyoruz. Başvurucu o tarihteki eylemlerinin, yarım yüzyıldan fazla bir süre sonra bir mahkeme tarafından zamanaşımına da tabi tutulmayan bir suçtan mahkûmiyeti için bir temel oluşturacağını önceden görebilir miydi?

21. Olaylardan sonra, bazen uzun zaman sonra (Nürnberg yargılaması, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, 1968 tarihli Savaş Suçlarına Zamanaşımı Uygulanmayacağına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Letonya'nın 1991 yılında bağımsızlığının iadesinin ardından 1993 yılında çıkardığı yasa gibi) meydana gelen tarihsel ve hukuksal değişikliklerin önceden görülebilirliğiyle ilgili tartışmalara girmek istemiyoruz. Sadece başvurunun mahkûmiyetinin uluslararası hukuka dayandırıldığını hatırlatmakla yetiniyoruz. Bu nedenle, kararda (parag. 236) *K.-H.W. – Almanya* ([BD], no. 37201/97, ECHR 2001-II) davasıyla yapılan kıyaslama bize önemli görünmüyor. O dava, 1972 uygulanabilir olan ulusal mevzuata göre cezalandırılabilir olan bu tarihteki olaylarla ilgilidir. Mahkeme o davada bu olayların, 1944'te değil ama 1972'de mevcut uluslararası hukuk açısından da değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir. Aynı şekilde *Korbely – Macaristan* ([BD], no. 9174/02, ECHR 2008-...) davasındaki olaylar da 1956 tarihinde meydana gelmiş olup, her halükarda 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinden sonradır.

22. Bir bütün olarak bakıldığında, burada amaç başvurunun yeniden yargılamak, bir fail, azmettirici veya suç ortağı olarak kendisinin şahsi sorumluluğunu karara bağlamak veya ulusal mahkemelerin maddi olayları değerlendirme şeklini çürütmek değildir. 27 Mayıs 1944 tarihinde Mazie Batı'da yapılan eylemlerin önemini küçümseme gibi sorun da yoktur. Buradaki mesele, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7. maddesinin yorumlanması ve uygulanmasıdır. Bu madde önemsiz değil, ama

Sözleşme'nin 15. maddesine göre askıya almanın da söz konusu olmamasının gösterdiği gibi, çok önemlidir.

23. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 7. maddesi bakımından şu kanaatteyiz:

(a) başvurunun kovuşturulmasının ve mahkumiyetinin hukuki temeli, 1944 yılında yeterince açık değildir;

(b) hukuki temel o tarihte özellikle başvurunun kendisi tarafından makulce önceden görülebilir de değildir;

(c) ayrıca suçun kovuşturulması uygulanabilir ulusal mevzuat bakımından 1954 yılında zamanaşımına uğramıştır;

(d) ve nihayet, başvurunun eylemlerinin zamanaşımına tabi olmadığına tespit edilmesi ve böylece mahkûm edilmesi, ceza kanununu kendisinin aleyhine geçmişe yürürlü olarak uygulamak anlamına gelmiştir.

Bütün bu gerekçelerle, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği kanaatindeyiz.