

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ULUSLARARASI HUKUKTA SALDIRI SUÇU

Eymir ALBAL

2501151394

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK

İSTANBUL – 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : Eymir ALBAL Numarası : 2501151394
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : Kamu Hukuku Anabilim Dalı Danışmanı : Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK
Tez Savunma Tarihi : 02.11.2018 Saati : 14.00
Tez Başlığı : Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK		Kabul
2- Doç. Dr. Sebahattin NAL		Kabul
3- Dr. Öğr. Üyesi Gizem ERSEN PERÇİN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- Dr. Öğr. Üyesi Mehmet MADEN		
2- Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL		

ÖZ

ULUSLARARASI HUKUKTA SALDIRI SUÇU

EYMİR ALBAL

Barişaya karşı işlenen en üstün suç olarak kabul edilen saldırı suçu tezimizin başlığını oluşturmaktadır. Bu kapsamda uluslararası hukukta saldırı suçuna ilişkin düzenlemeler dört ana bölüm kapsamında incelenmiştir. İlk bölümde saldırı devletin hukuka aykırı fiili olarak incelenmiş, bu bağlamda tarihsel seyir içerisinde saldırıya ilişkin düzenlemeler belirtilmiştir. İkinci bölümde devletin sorumluluğu ve bireysel sorumluluğa ilişkin genel açıklamaların ardından, bireysel cezai sorumluluğun uluslararası suçlar bakımından tesisi özel olarak saldırı suçu bağlamında incelenmiştir. Üçüncü bölümde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yapısına ve kurucu metni Roma Statüsü'nün çalışma bakımından önem arz eden unsurlarına değinilerek, saldırı suçu kapsamında kabul edilen tanım ve düzenlemeler analiz edilmiştir. Dördüncü bölümde ise saldırı suçunun karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerine yer verilmiş ve Türk mevzuatında saldırı suçuyla ilgili addedilebilecek hükümler değerlendirilmiştir. Son bölümde ise yapılan analizler çerçevesinde ulaşılan sonuçlar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Saldırı suçu, saldırı fiili, saldırı savaşı, Roma Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi, kuvvet kullanma, savaş, uluslararası ceza hukuku, devletin hukuka aykırı fiili, bireysel cezai sorumluluk.

ABSTRACT
CRIME OF AGGRESSION IN INTERNATIONAL LAW

EYMİR ALBAL

Crime of aggression which is regarded as supreme crime against peace constitutes our headline of thesis. In this thesis, the regulations related to aggression in international law are examined in four main sections. In the first part, aggression was examined as wrongful act of State, and in this context the regulations of the aggression in the historical course were indicated. In the second part, after the general accountability of the responsibility of the state and individual responsibility, the individual criminal responsibility in terms of international crimes was examined in the context of the crime of aggression. In the third part, the definitions and regulations accepted within the crime of aggression were analyzed by referring to the structure of the International Criminal Court and the elements of the Court's founding text- Rome Statute that are important for the study. In the fourth part, the regulations related to crime of aggression was included under comparative law and the provisions can be considered related to the crime of aggression under Turkish legislation were evaluated. In the last part, the results reached in the framework of the analyzes was tried to be presented.

Keywords: crime of aggression, act of aggression, war of aggression, Rome Statute, International Criminal Court, use of force, war, international criminal law, wrongful act of State, individual criminal responsibility

ÖNSÖZ

Uluslararası hukukun en güncel ve temel konularından birini saldırı oluşturmaktadır. Her ne kadar saldırıya ilişkin olarak, tarihte devletlerin bu yola başvurmalarında çeşitli teoriler ve görüşler ortaya atılsa ve savaşa başvurmaya ilişkin belirli kısıtlama eşikleri getirilse de, saldırının cezai bakımdan düzenlenmesi ve suç bakımından bireysel sorumluluğun tesisi oldukça geç dönemde gerçekleşmiştir.

Tezimizde uluslararası ceza hukuku alanında saldırı suçunun niteliği gereği tanımı, saldırı fiilinin tespiti ve yargılama noktasındaki birtakım hususlar hukuki sorun alanı olarak saptanmış ve özellikle bu alanlara yoğunlaşarak, söz konusu unsurlar bakımından literature katkı sağlanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın bu bakımdan konunun tarihsel seyrini yansıtmaya çalıştığını ve güncel tanımı farklı perspektiflerden değerlendirmeye çalıştığını belirtmek isteriz. Bu sebeple çalışmada Türkçe ve İngilizce uluslararası hukuk, ceza hukuku, uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi ve tarih alanındaki eserlerden faydalanılmıştır. Çalışmada her ne kadar uluslararası hukukta ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere yer verilse de, ceza hukuku sistematigi altında suç incelemesi yapılmadığı ve yalnızca önem arz eden hususlar bakımından suç unsurlarına değinildiğini belirtmek gerekmektedir.

Çalışmamızın Türk hukuk doktrinine katkı yapacağı temennimizi ekleyerek, tezin hazırlanması sürecinde desteğini esirgemeyen danışmanım Sayın Doç. Dr. Galip Engin Şimşek'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Eymir ALBAL

İstanbul, 2018

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN HUKUKA AYKIRI FİİLİ OLARAK SALDIRI

1.1.Kuvvet Kullanma Yasağının Teorik Yapısı	6
1.1.1. BM Öncesi Kuvvet Kullanma Yasağının Teorik Yapısı	6
1.1.1.1. Haklı Savaş Teorisi	6
1.1.1.2. Modern Dönem Teorileri	11
1.1.1.3 İki Dünya Savaşı Arasında Savaşa Dair Düzenlemeler	19
1.1.1.3.1. Milletler Cemiyeti Misakı.....	19
1.1.1.3.2. Lokarno Andlaşmaları.....	23
1.1.1.3.3. Kellogg – Briand Paktı.....	24
1.1.2. BM Döneminde Kuvvet Kullanmaya İlişkin Düzenlemeler	26
1.1.2.1. BM Şartı Madde 39	28
1.1.2.2. BM Şartı’ndaki Düzenlemelerin Kapsamı	29
1.1.2.3.BM Şartı Kapsamında Kuvvet Kullanma İstisnası: Meşru Müdafaa	30
1.1.2.4.BM Şartı Dışında Öngörülebilecek İstisnalar.....	34

1.1.2.4.1. Yurtdışındaki Vatandaşların Korunması için Kuvvet Kullanma	34
1.1.2.4.2. İnsancıl Müdahale	35
1.2. Uluslararası Hukukta Saldırının Yasaklanması	39
1.2.1. Milletler Cemiyeti Dönemi: SSCB'nin Saldırı Tanımı Tasarısı	39
1.2.2. BM Dönemi Tanım Çabaları	42
1.2.2.1. Düzenlemeye Yönelik İlk Adımlar	42
1.2.2.2. 1952-1974 Saldırı Tanımı Çalışmaları	44
1.2.2.3. 1974 tarihli "Saldırının Tanımı" Kararı	46

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK BAKIMINDAN SALDIRI SUÇU

2.1. Saldırı Suçunda Devletin Sorumluluğu	51
2.2. Bireysel Cezai Sorumluluk	54
2.2.1. Bireysel Cezai Sorumluluk Bakımından Yapılan Yargılamalar	57
2.2.1.1. I. Dünya Savaşı Öncesi Yapılan Yargılamalar	57
2.2.1.1.1. von Hagenbach'ın Yargılanması	57
2.2.1.1.2. Napoleon Bonaparte'ın Yargılanması için Çabalar	58
2.2.1.2. I.Dünya Savaşı Sonrası Yargılama Teşebbüsleri	59
2.2.1.2.1. Osmanlı Devlet Görevlilerin Yargılanması	59
2.2.1.2.1. Kayser Wilhelm ve Leipzig Yargılamaları	62
2.2.1.3. II. Dünya Savaşı Sonrası Yapılan Yargılamalar ve Düzenlemeler	66
2.2.1.3.1. Londra Şartı ve Nuremberg Mahkemesi	66
2.2.1.3.2. Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi	70
2.2.1.3.3. 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu Yargılamaları	72
2.2.1.3.4. İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı İhlaller Kodu Taslağı	75

2.2.1.3.5. İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu Taslağı	77
--	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE SALDIRI SUÇU

3.1. Daimi Bir Uluslararası Ceza Organının Oluşturulması	79
3.2. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi	82
3.3. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Roma Statüsü	84
3.3.1. Statü'de Tamamlayıcılık Unsuru	87
3.3.2. Mahkemenin Yargı Yetkisi	89
3.3.2.1. Yer Bakımından Yetki	91
3.3.2.2. Zaman Bakımından Yetki	93
3.3.2.3. Kişi Bakımından Yetki	93
3.3.2.4. Madde Bakımından Yetki	96
3.3.3. Madde 124 Rejimi	97
3.4. Roma Statüsü Kapsamında Saldırı Suçu Düzenlemeleri	98
3.5. 2010 Kampala Gözden Geçirme Konferansı Düzenlemeleri	101
3.5.1. Tanımın Kabulü	101
3.5.2. Suçun Unsurları	105
3.5.2.1. Suçun Maddi Unsurları	105
3.5.2.1.1. Fail ve Mağdur	105
3.5.2.1.2. Fiil	108
3.5.2.2. Suçun Manevi Unsuru	109
3.5.3. Amirin Emrini İfa	110

3.5.4. Saldırının Tespiti ve Yargılama	112
3.5.5. Saldırı Suçunun Yürürlüğe Girmesi	116

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SALDIRI SUÇUNUN İÇ HUKUKTA DÜZENLENMESİ

4.1. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler.....	118
4.1.1. Nuremberg ve Tokyo Modeli	119
4.1.2. Toprak Bütünlüğü veya Politik Bağımsızlık Modeli.....	122
4.1.3. Nesnel Savaş Modeli.....	123
4.2. Saldırı Suçu Bakımından Ulusal Mahkemelerde Görülen Davalar	127
4.2.1. R v. Jones Davası.....	127
4.2.2. Alexandrov ve Yerofeyev Davası	129
4.3. Türk Mevzuatında Saldırı Suçu	131
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA.....	145

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJIL	: American Journal of International Law
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BDT	:Bağımsız Devletler Topluluğu
Bkz.	:bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: çeviren
Dpn.	:dipnot
Ed.	:editör
EJIL	: European Journal of International Law
EYUCM	: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
ICJ	: International Court of Justice
ICC	:International Criminal Court
md.	: madde

N.	: Numara
NATO	: North Atlantic Treaty Organization
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Birliği
TAAD	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Vb.	: ve benzeri
Vd.	:ve devamı
Vs.	: vesaire
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
Par.	: paragraf
Res.	: resolution
RUCM	: Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

GİRİŞ

Savaş, sosyal bilimlerdeki birçok disiplin için belki de başka hiçbir kavramın sahip olmadığı kadar geniş bir çalışma alanı sunmaktadır. Bununla birlikte, savaşın köken ve doğasına ilişkin çalışmalar geç dönemde başlamıştır. Bunun en önemli sebebi, tarih boyunca, savaşların her zaman insanlığın ayrılmaz ve doğal bir parçası olarak görülmesi olmuştur. Özellikle doğada da her daim bir savaşın olduğu kabulüyle bazı araştırmacılar, savlarını biyolojik bulgularla geliştirmeye çalışmış ve savaşı ve şiddeti bu yolla meşrulaştırmaya gayret etmişlerdir.

Tarihi süreçte, modern devletin oluşumuna kadar savaş, devletin mutlak bir hakkı olarak görülmemiş, bilakis “haklı” olduğu takdirde devletler arasında kullanılabilir bir araç olarak görülmüştür. Bu süreçte özellikle Hristiyan düşünürler, Hristiyanlığın sivil ve barışçı bir hareket olarak ortaya çıkmasının ardından devletleşme süreçlerinde haklı savaş teorilerini ele almış ve bu konuda zengin bir literatür kazandırmışlardır.

Vestfalya sistemi ile birlikte, artık savaş “egemen” devletin en büyük kozu olmuş ve kendi çıkarı doğrultusunda kullanılabileceği bir araç haline almıştır.

Bu sürecin ilk Dünya Savaşı gerçekleşene kadar devam ettiği yadsınamaz. Her ne kadar bu noktaya gelmeden evvel, savaşın sorumlularının cezalandırılmasına ilişkin belirli gayretler olsa da, ne savaş, ne de savaşın sorumluları hakkında gerçek anlamda hukuki bir düzenleme yahut yargılama yapılmamıştır. Gerçekten de Dünya Savaşları gerçekleşene kadar, hukuk jus ad bellumla değil (savaş öncesi – savaşa başvurma hukuku) jus in bello (savaş esnasında uygulanacak hukuk) ile ilgilenmiştir.

I.Dünya Savaşı bu yönde bir mihenk taşı oluşturmuş ve savaşa yönelik algıyı keskin bir şekilde değiştirmiştir. Savaşın kazananları barış andlaşmalarına koydukları hükümler ile sorumluların cezalandırılacağını belirtmişlerdir. Bu çerçevede Osmanlı İmparatorluğu ve Almanya’da yargılamalar yapılmış, ancak savaşın asıl sorumlusu olarak gösterilen Kayser Wilhelm ise yargılanamamıştır. Bireylere yönelik bu yargılama çabalarının yanı sıra, Milletler Cemiyeti adı verilen yeni bir devletlerarası teşkilat

oluşturulmuş ve ileride böyle yıkıcı bir savaşın yeniden gerçekleşmesini engellemek için belirli bir takım kurallar tesis edilmiştir. 1928 Kellogg-Briand Paktı ile birlikte savaş, devletlerarası ilişkilerde kullanılacak bir yol olmaktan tamamen çıkarılmıştır.

Ancak ne Milletler Cemiyeti, ne de sonrasında gerçekleştirilen anlaşmalar II. Dünya Savaşını engelleyememiştir. Bu savaş, insanlığın gördüğü en yüz kızartıcı suçlara sahne olmuştur. Özellikle sivillere yönelik katliamlar bakımından artık savaşta herkes taraf haline gelmiştir. Savaşın ardından dünya artık kalıcı bir çözüm arayışı için BM'yi oluşturarak geleceğe yönelik adımlar atmaya hazır hale gelmiş, ancak aynı zamanda adaletsiz bir barışın barış olamayacağına dair inanış ile II. Dünya Savaşının kaybeden tarafları olan Almanya ve Japonya'da savaş suçluları hakkında bir takım yargılamalar başlatılmıştır.

II. Dünya Savaşı sonrasında 1945 yılında kabul edilen BM Şartı'nda saldırı kavramı tanımlanmamış, yalnızca kuvvet kullanmaya yönelik yasak ve istisnalar yer almıştır. Savaş suçluları için düzenlenen Nuremberg yargılamalarında ise saldırı kavramı, "barışa karşı suç" olarak ele alınmıştır. Düzenlemede barışa karşı suçların saldırı savaşı başlatma, sürdürme gibi fiillerle işlendiği belirtilmesine karşın, saldırının ne olduğu tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, saldırı savaşının uluslararası suç olduğu kabul edilmiş ve diğer bütün suçlara zemin hazırlayan en kapsayıcı suç olarak, yargılamaların merkezini oluşturmuştur. Böylece saldırı uluslararası hukukta hem bireysel cezai sorumluluk bakımından bir suç olarak, hem de devletin hukuka aykırı bir fiili oluşu bakımından iki ayrı temelde yer almıştır.

Ancak, Nuremberg yargılamalarına yönelik eleştiriler bağlamında saldırı tanımının yokluğu saldırıya atfedilen önem bakımından büyük bir eksiklik olarak görülmüştür. Bu sebeple, BM saldırının tanımına yönelik olarak 24 yıl süren uzun bir çalışmadan sonra 1974 yılında 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" kararını kabul etmiştir. Bir Genel Kurul kararı olan karar her ne kadar tavsiye niteliğinde olsa da, devletlerin bu konudaki iradesini yansıtmaya ve bir emsal oluşturması bakımından oldukça umut verici bir gelişme olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte aynı zamanda "İnsanlığın Huzur ve

Güvenliğine Karşı Suçlar”a ilişkin BM çatısı altında düzenleme çalışmaları devam etmiştir.

Ceza yargılamaları bakımından, Nuremberg ve Tokyo yargılamalarından sonra 1990’lı yıllara kadar herhangi bir uluslararası ceza mahkemesi kurulamamıştır. 1990’lı yıllarda Balkanların, II. Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa’nın tanıklık ettiği en büyük çatışmaya sahne olması ile söz konusu savaşın ardından kurulan EYUCM ve aynı dönemde Ruanda’da meydana gelen büyük kıyım sonrası oluşturulan RUCM, Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olan iki uluslararası ceza mahkemesi örneği olarak yeni dönemin ilk emsallerini oluşturmuşlardır. Lakin, söz konusu çatışmaların devlet içi doğası gereği, saldırı suçu bu mahkemelerin statülerine dahil edilmemiştir.

Soğuk savaşın bitmesi ve EYUCM ve RUCM’nin de çalışmalara başlaması ile birlikte, bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına yönelik irade, hem kamuoyu hem de devletler açısından güçlenmiştir. Bu sebeple 1994 yılında bu mahkemeye ilişkin taslak bir statü hazırlanmış ve 1998 yılında gerçekleşen Roma Konferansı ile, büyük devletlerin isteksizliğine karşın UCM yüksek bir taraf sayısı ile kurulmuştur.

Merkezi Lahey’de yer alan UCM’nin Statüsü’nde, dört suç bakımından Mahkemenin yargı yetkisini haiz olduğu kabul edilmiştir. Bu suçlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu olarak belirtilmiştir. İlk üç suçun Statü’de tanımları mevcut olsa da, saldırı suçunun tanımı noktasında bir uzlaşmaya varamayan devletler, UCM’nin kurulmasını bu bakımdan geciktirmeme adına saldırının daha sonra tanımlanacağını Statü’nün 5. maddesinde hüküm altına almıştır. Buna göre:

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

Saldırının tanımlanması amacıyla başlatılan UCM Kampala Gözden Geçirme Konferansı, 11 Haziran 2010'da son bulmuştur. Her ne kadar Konferansa katılan devletlerin suçun tanımı ve düzenlemenin yürürlüğüne ilişkin oldukça farklı kanaatleri bulunsada, Saldırı Suçuna İlişkin Özel Çalışma Grubunun sunmuş olduğu taslak düzenleme karşılıklı tavizlerle kabul edilmiştir.

Tarihsel gelişimini kısaca özetlemeye çalıştığımız saldırı suçunun incelenmesi adına hazırlanmış olduğumuz çalışmamız dört bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde, devletin hukuka aykırı fiili olarak saldırı kavramı ele alınmaktadır. Bu açıdan öncelikle BM öncesi düzenlemelere yoğunlaşarak, modern devletin ortaya çıkışından önce oluşturulan "haklı savaş" teorisi ele alınmakta ve ardından Vestfalyan sistem ile birlikte oluşan modern dönemde farklılaşan savaşa bakış açısı incelenmektedir. Daha sonra I. Dünya Savaşı sonrası döneme yoğunlaşarak, ilk olarak Milletler Cemiyeti ve bu kapsamdaki düzenlemelere değinilmektedir. Takiben II. Dünya Savaşının ardından oluşturulan BM kapsamında kuvvet kullanmaya yönelik getirilen hükümler ile, bu hükümlerin istisnaları ve uluslararası hukukta bu konuda yer alan güncel tartışmalara değinilmektedir. Ardından "saldırı"nın tanımlanması noktasında öncelikle yine Milletler Cemiyeti dönemi incelenmekte ve BM çatısı altında oluşturulan komitelerin çalışmaları ve karşılaştıkları zorluklar değerlendirilerek 3314 sayılı tanıma nasıl ulaştıkları ve tanımın önemi yansıtılmaya çalışılmaktadır.

İkinci bölüm ise saldırının ceza hukuku bakımından düzenlenmesini ele almaktadır. Bu bakımdan öncelikle saldırının uluslararası hukukta eşsiz bir kavram olarak kabulüne sebebiyet veren bu ikili özelliği neticesinde ortaya çıkan devletin sorumluluğu ve bireysel sorumluluk kavramları ele alınmakta ve özellikle bireysel cezai sorumluluk bakımından tarihi süreç içerisindeki ilk yargılamaların örnekleri verilmektedir. Daha sonra I. Dünya Savaşı sonrası kurulan yargı organlarının hangi temelde ve nasıl yargılama yaptıkları, dönemin şartları gereğince değerlendirilmeye alınmaktadır. Bu bakımdan, saldırı suçunda bir dönüm noktasını oluşturan Nuremberg ve Tokyo yargılamalarına ve 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu yargılamaları ile

birlikte, suçun kimler tarafından nasıl işlenebileceğine yönelik değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu yargılamalar sonrasında Nuremberg ilkelerinin de BM çatısı altında kabulüyle, insanlığın barış ve güvenliğine karşı gerçekleştirilen ihlaller bakımından düzenlemeler için çalışmalar başlamıştır.

Üçüncü bölümde ise ilk olarak daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin oluşturulmasına giden süreç aktarılmaya çalışılmaktadır. Takiben UCM'nin kuruluşunun ve Roma Statüsü'nde yer alan önemli hükümlerin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Daha sonra ise Kampala'da kabul edilen haliyle saldırı suçunun tanımı analiz edilerek, suçun unsurları bakımından özellikle değinilmesi gereken unsurlar listelenmektedir.

Dördüncü bölümde ise karşılaştırmalı hukukta ve iç hukukta saldırı suçunun görünümüleri incelenmiştir. Bu bakımdan öncelikli olarak diğer bazı devletlerin iç hukukunda saldırı suçunun nasıl düzenlendiği üzerinde durularak, belli modeller çerçevesinde devletlerin hangi saikle bu düzenlemeleri gerçekleştirdiğinin altı çizilmektedir. Son olarak çalışmamızda Türk mevzuatında herhangi bir saldırı düzenlemesi bulunmasa dahi, özellikle Anayasa ve TCK'daki ilgili hükümler incenlemekte, Türk delegasyonunun saldırı suçu bakımından belirttiği ifadeler dikkate alınarak hem UCM hem de saldırı suçuna ilişkin Türkiye'nin kanaatleri değerlendirilmektedir. Çalışmamızın bitiminde ulaştığımız sonuçlar ve kendi kanaatlerimize yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN HUKUKA AYKIRI FİİLİ OLARAK SALDIRI

1.1. Kuvvet Kullanma Yasağının Teorik Yapısı

1.1.1. BM Öncesi Kuvvet Kullanma Yasağının Teorik Yapısı

1.1.1.1. Haklı Savaş Teorisi

Savaşa dair hukuki tanımlamaların uluslararası hukuk bakımından dört devreden geçtiği belirtilebilir. Birinci devre, haklı savaş düşüncesi dönemidir. Bu dönemde savaş, belirli haklı gerekçelerin varlığı halinde başvurulması gereken meşru bir yol olarak kabul edilmiştir. 1648'den 1918'e kadar devam eden ikinci devrede ise savaş tamamen devletin yetkisi dahilinde ve egemenliğinin doğal bir uzantısı kabul edilmiştir. Üçüncü devrede ise savaş tamamen yasaklanmamış ancak Milletler Cemiyeti'nin koymuş olduğu kurallar çerçevesinde yapılması halinde meşru sayılmıştır. Son olarak dördüncü devre ise Kellogg - Briand Paktı ile başlayan ve savaşı devletlerarasındaki politika dahilinde yasaklayan devredir.¹

Haklı Savaş doktrini, tarih boyunca teologların, hukukçuların, ahlak filozoflarının ve ilerleyen zamanlarda uluslararası ilişkiler çalışanlarının üzerinde oldukça çalıştıkları bir konu olmuştur.² Söz konusu doktrinin temelleri Antik Yunan ve Roma düşünürleri tarafından atılmıştır. Ancak teorinin sayılan disiplinlerde önemli bir yer edinmesi, Hristiyanlığın sivil bir hareketten imparatorluğun resmi dini haline gelmesinden sonra dinin kendini devlet işlerine uyarlaması sürecinde gerçekleşmiştir. Bu uyarlama 15. yüzyıla kadar ayakta kalmış, ancak hiçbir zaman tam ve genel bir kabul görmemiş ve işlevini giderek kaybetmiştir. İzleyen dönemde, 17. yüzyıldan itibaren, uluslararası hukuk teorisinde olması gerekenden çok olana odaklı bir yaklaşım gelişmiş

¹Enver Bozkurt, **Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı**, Nobel Yayınevi, Ankara, 2013, s. 7-10.

²Cem Karadereli, "Aquinolu Thomas", **Savaş Kuramları - Temel Düşünürler ve Yaklaşımlar**, ed. Erhan Büyükkakıncı, İstanbul, Adres Yayınları, 2015, s. 67.

ve bu suretle devletlerin uygulamasına dayanan yaklaşımlarla savaşa başvurma devletlerin egemenliğinin bir parçası ve yetkisi olarak kabul edilmiştir.³

Haklı savaş kuramında ilk kaynakların Yahudi geleneğinde, takiben Roma ve Germen düzenlemelerinde de bulunabileceği belirtile de, haklı savaş anlayışının en açık görüldüğü somut pratik pek tabii Haçlı Seferleridir. Bu seferler din temeli üzerinde haklı bir savaş olarak gösterilmiştir.

Haklı savaş teorisi, savaş hukukunun (*jus ad bellum* ve *jus in bello* olarak) düzenlenmesine ilişkin ilk çabaların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede, savaş hukuku çalışmaları savaş açma hakkı (*jus ad bellum*) ile savaş esnasında uygulanacak kurallar (*jus in bello*) şeklinde ikiye ayrılmıştır.⁴ Bu teori çerçevesinde düşünürler, *jus ad bellum* bakımından belirli kriterler getirmeye çalışmış (meşru amaç, orantılılık, meşru araç vb.), ve *jus in bello* konusunda uluslararası hukuk bakımından ilk kodifikasyonlar yapılmıştır.⁵

Haklı savaşın tarihsel seyrine bakıldığında, bu görüşün Roma hukukundaki temellerini incelemeden önce, Antik Yunanda savaşın, dinsel gelenekler ve andlaşmalarla yer ve zaman olarak kısıtlanmış halde olduğu görülmektedir. Bilakis en önemli kısıtlama ise şehir devletleri arasındaki çatışmaların savaş olarak kabul edilmemesi ve bunların düzensizlik olarak adlandırılması olmuştur.

³Funda Keskin, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 1998, s. 23.

⁴ Evren Balta, “Uluslararası Savaş”, **Küresel Siyasete Giriş- Uluslararası İlişkilerde Kavramlar, Teoriler, Süreçler**, ed. Evren Balta, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s. 265.

⁵ Örneğin; Korsanlığın kaldırılması, deniz kuşatmalarının fiili olması, tarafsız gemilerdeki düşman eşyasının ve düşman gemilerindeki tarafsız eşyanın savaş kaçağı olmadıkça müsadere edilmemesine ilişkin 16 Nisan 1856 tarihli Paris Deniz Hukuku Beyannamesi, 22 Ağustos 1864 tarihinde Cenevre’de imzalanan Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi veya 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin deniz savaşlarında da geçerli olmasına dair 1868 tarihli III Nolu La Haye Sözleşmesi gibi. Bu bakımdan ilk düzenlemeler için bkz. M. Yasin Aslan, “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, **TBB Dergisi**, S. 79, 2008, s.236.

Dinstein haklı savaş - haksız savaş ayrımının izini⁶ Roma Hukukunda “*jus fetiale*”ye kadar sürmektedir.⁷ MÖ 6.yy’a tarihlenen Jus fetiale savaş ilanı hususunda aşağıdaki dört kriteri inceleyerek, vardığı kanıtları senatoya bildirmekte, senato ise jus fetiale’nin tespitleri çerçevesinde barışa yahut savaşa karar vermektedir,⁸

- Roma’nın hakimiyetinin ihlali
- Elçilik hakkının ihlali
- Andlaşmaların ihlali
- Roma’nın o ana kadar dost olduğu bir devletin Roma’nın düşmanını desteklemesi⁹

Gerçekten de bu kriterler neticesinde jus fetiale yapılacak olan savaşın “haklı ve inanca uygun” bir savaş olup olmayacağına ilişkin kararını Senato ile paylaşırdı. Bu bağlamda Cicero da iki devlet arasında savaşın başlamasından önce vazgeçilmez iki şartın yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. O’na göre herhangi bir savaş ilanından önce Roma’ya karşı verilen zararın tazmini için makul bir süre verilmeli (bu süre genel olarak 33 gündür) ve karşı tarafın cevabı beklenmeli ancak bu sürecin sonucunda duruma göre Senato tarafından resmi bir şekilde savaşa yahut barışa karar verilmelidir.¹⁰

Kuvvet kullanmaya ilişkin düzenlemeler kapsamlı olarak kutsal kitaplarda da mevcuttur. Gerçekten de, Tevrat, İncil ve Kuran’da savaşa ilişkin belirli kurallar hem jus in bello hem de jus ad bellumu içerecek şekilde düzenlenmiştir.¹¹ Bu bağlamda Yahudi geleneğinde savaşların dinsel, savunma amaçlı ve geçici (saldırı amacıyla

⁶Yoram Dinstein, **War, Aggression and Self – Defence**, 5.bs, New York, Cambridge University Press, 2011, s.65.

⁷A.e., s.65.

⁸Roma’da “fetiale” sınıfı özel bir ruhban grubu olarak kabul edilebilir. Roma’nın komşuları ve diğer devletleri ile arasındaki savaş yahut barış durumlarını gözden geçirmek, Roma’nın herhangi bir hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmek onların göreviydi.

⁹Gerald Draper, “Christianity and War”, **Reflections on Law and Armed Conflicts**, ed. Micheal A. Meyer, Hilarie McCoubey, The Hague, Kluwer Law International, s.5.

¹⁰Dinstein, **a.g.e.**, s. 65.

¹¹Özden Sav, **Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Savaş ve Barış Hukuku**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları,2015, s.37.

yapılan) savaşlar olarak bir ayrıma tabi tutulmakta olduğu görülmektedir.¹² Ancak Yahudi öğretisinin devletleşme sürecinden yoksun olduğu göz önüne alındığında, konu üzerinde ilk ayrıntılı çalışmaların Hristiyan düşünürlerce yapıldığı görülmektedir. Gerçekten de, Hristiyanlığın yaşadığı siyasal değişimler neticesinde, özellikle St. Augustine ve St. Thomas'ın görüşleri haklı savaş öğretisinin temellerini oluşturmuştur. Hristiyanlığın ilk yıllarında, Roma İmparatorluğu'nun pagan olduğu süreç içerisinde, Hristiyanlar pasifist bir konum alarak askere alınmaya karşı çıkmış, ancak İmparatorluğun resmi dini olduktan sonra, Roma kilisesinin artan gücünün etkisiyle Hristiyanlardan imparatorluk için savaşmaları beklenmiştir.¹³

St. Augustine, inançsızlar tarafından yüzyılı aşkın süredir işgal edilmiş varsaydığı Roma İmparatorluğunu savunabilmek için Hristiyan inancı ile savaşı nasıl bağdaştıracaklarını sorgulamış ve ancak Tanrının emriyle gerçekleşecek savaşın mümkün olacağını söylemiştir.¹⁴ Augustine haklı savaşı saldırgan tarafın zararı tazmini reddetmesi sonucunda, uğranılmış olan zararın intikamı olarak tanımlamıştır.¹⁵ Bunun dışında savaşın ilan edenin buna meşru olarak yetkili olması, Hristiyan düzenine ve barışına yardımcı olması ve şeytani cezalandırma amacı taşıması koşullarına bağlı olarak haklı olacağını belirtmiştir.¹⁶ St. Augustine bu düşüncüyü özellikle pasifist Hristiyanlara karşı Roma askeri gücünü meşrulaştırmak için kullanmıştır.¹⁷

St. Augustine'in Platon'un izindeki ideci bakış açısı yerine, Aristoteles'in formcu bakış açısına sahip bir teolog olan St. Thomas Aquinas, Augustine'den sonra kurama ahlaki çerçevesinin yanısıra siyasal bir boyut da katmıştır.¹⁸ Thomas'a göre her şeyde olduğu gibi savaş da iyiliği amaçlayarak gerçekleşmelidir. Savaş sadece yetkililer

¹²Serdar Örnek, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı: 1991 ve 2003 Irak Harekatları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 24.

¹³Dinstein, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁴Haldun Yalçınkaya, **Savaş- Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı**, 6.bs, İstanbul, İmge Yayınevi, 2008, s. 112.

¹⁵Malcolm Shaw, **International Law**, 6.bs, New York, Cambridge University Press, 2008, s. 1119.

¹⁶Karadeli, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁷Fulya A. Ereker, "İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı", **Uluslararası İlişkiler**, C.1, No:3, 2004, s.6.

¹⁸**A.e.**, s.11.

tarafından, meşru müdafaa için veya haklı sebeple ilan edilebilir. Orantılı olması, devletin elindeki son seçenek olması ve makul başarı ihtimalinin mevcudiyeti hallerinde, savaş gerçekten de haklıdır.¹⁹

İslam tarihinde savaşın nedenleri bakımından erken dönem Hanefi hukukçular dinen doğru bir kast ve haklı bir nedenle²⁰ yapılan ve yetkili bir otorite tarafından gerçekleştirilen savaşın caiz olacağını belirtmişlerdir. Bununla birlikte, savaşa başvurmanın son çare olarak kabul edildiği belirtilmelidir. Bu bakımdan, genel kabul gördüğü şekliyle; İslam hukukunda bir devletin kuvvet kullanımına yalnızca meşru müdafaa²¹, egemenliğin korunması ve masum insanların savunulması nedenleri dahilinde başvurabileceği değerlendirilmektedir.²² Ayrıca mevcut bir andlaşmanın gayrimüslim tarafça bozulmasından sonra düşmanın alt edilmesi ve barışın tesisi amacıyla kuvvet kullanmanın meşru kabul edileceği de belirtilmektedir.²³

Haklı savaş teorisinin oluşmaya başladığı bu ilk dönemde, dinin etkisi doğrudan olmuştur. Ancak, özellikle 16. ve 17. yüzyıllarda yaşanan gelişmeler neticesinde, teori güçlü laik bileşenleri dolayısıyla doğal hukuk ile tamamlayıcı bir ilişki içerisine girmiştir.²⁴

¹⁹Karadereli, **a.g.e.**, s. 67.

²⁰Örneğin Kelsay çalışmasında bu hukukçular tarafından Müslüman yetkililerle yapılan andlaşmaları ihlal eden zimmileri (dhimmi) disipline etmenin yahut İslam egemenliğinin artırılmasının haklı nedenler olarak değerlendirildiğini belirtmektedir. Bkz. John Kelsay, “Al-Shaybani and the Islamic Law of War”, **Journal of Military Ethics**, C.2, S.1, 2003, s.69.

²¹Özel, devletlerarası ilişkilerde kabul edilen asıl halin barış hali olduğu, savaşın zaruri sebepler dahilinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bu bakımdan savaş dışı yollara başvurmanın önemine dikkat çekmekte ve hatta karşı tarafın barış istemesi halinde bu teklifin kabulünün zorunlu olduğunu değerlendirmektedir. Ahmet Özel, “Klasik İslâm Devletler Hukukunda Ülke Kavramı ve Günümüzdeki Durum: İbn Teymiyye'nin Mardin Fetvası ile Benzeri Diğer Bazı Fetvalar”, **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi** C.43, S.2, 2014, s.46.

²²Ayrıntılı bilgi için bkz. *Islamic Law of War*, The Royal Aal Al-bayt Institute for Islamic Thought, Jordan, 2009.

²³Muhammet Celal Kul, **UCM ve Saldırı Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.54.

²⁴Stephen C. Neff, **War and the Law of Nations: A General History**, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, s.54'ten aktaran Sergey Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2014, s. 19.

1.1.1.2. Modern Dönem Teorileri

Modern dönem olarak adlandırabilecek devrede, özellikle yeni toprakların keşfi ile savaşın temellendirilmesi bakımından yeni bir ihtiyaç doğduğu görülmektedir. Söz konusu dönemin öğretiyeye en büyük katkısı, teorinin uluslararası hukuk temeline oturtulmuş olmasıdır.

Dönemin İspanyol düşünürleri, Amerika'nın keşfi sonrası İspanya'nın o topraklardaki faaliyetlerini sorgulamış ve yapılan uygulamaları analiz etmişlerdir. Bu noktada Vitoria, erken dönem Hristiyan teologlarla aynı doğrultuda, savaşın ancak haklı nedenle yapılması, niyetin iyi olması ve devletin meşru otoritesince ilan edilmesi hususlarına bağlı olarak haklı olabileceğini belirtmiştir. Vitoria savaşın haklı nedeni olarak meşru müdafaayı kabul etmiştir. Ancak çalışmanın ilerleyen safhalarında incelenecek olan BM Şartı kapsamında öngörülen ve kuvvet kullanmanın en güçlü istisnasını oluşturan “meşru müdafa” dan farklı olarak, Vitoria'nın değindiği husus daha çok misillemeye benzemektedir. Vitoria'nın belirttiği meşru müdafanın niteliği daha öncesinde yapılmış bir haksızlığı cezalandırma maksadının devlete haklı bir neden sağlayacağı temeline dayanmaktadır. Ancak bu haklı neden sonucundaki savaşın orantılı olması da gerekmektedir. Bu açıdan, her ne kadar savaşta cezalandırma ve intikam amaçları bulunduğu kabul edilse de, yapılacak savaşın zararı tazmin amacını aşmaması gerektiğini belirtmiştir. Bu amacın aşıldığı hallerde, haklı savaşı haksız olarak kabul etmek gerekecektir.

Bu noktada Vallodolid Tartışmaları adını almış olan teolojik ve felsefi tartışmalar büyük önem arz etmektedir. Yeni dünyanın keşfi ile bulunan doğal ve beşeri kaynaklar üzerinde kurulacak olan hakimiyetin hukuki çerçevesini merkeze alan bu tartışmalar, Amerika yerlileri ile yapılacak olan savaşın haklı olup olmadığı üzerinde gerçekleşmiştir. Sepulveda başta olmak üzere bazı düşünürler, bir ruha veya akla sahip olmayan yerlilerin özel mülkiyete sahip olmasının mümkün olmadığını, bu bağlamda sahipsiz olan ve keşfedilen topraklar üzerindeki tek yetkinin Papalığa ait olduğunu

belirtmişlerdir. Ancak Las Casas ve Vitoria gibi düşünürler yerlilerin akla ve ruha sahip olduğunu, bu sebeple bu topraklarda yürütülecek İspanya ve Portekiz siyaseti için yeni bir hukuk anlayışına ihtiyaç olduğunu değerlendirmişlerdir.²⁵ Nitekim Vitoria bu yeni hukuk paradigmasını tüm birimlerin bir anlamda birleşik iradesine dayandırmış ve bu paradigmayı özellikle ticaret hakkı ve tebliğ hakkı olarak ifade ettiği iki temel üzerine yerleştirmiştir. Bu noktada söz konusu hakların engellenmesi doğal hukuka aykırı olacak, bu engellemelere karşı gerçekleşecek savaş ise haklı savaş olarak kabul edilebilecektir.²⁶

Suarez de Vitoria gibi farklı dine mensup kişilere karşı salt bu nedenle gerçekleştirilecek bir savaşın haklı olamayacağını öne sürmüştür. O'na göre Hristiyan inancına sahip olmamak Tanrı'ya karşı işlenmiş bir suç olacağı için bu suça dair yargılamayı ancak Tanrı yapabilecektir. Ancak Suarez, Hristiyan prensler arasındaki bir sorunun savaş dışı yollarla çözülemediği hallerde, savaşa başvurmanın bir hak olduğunu belirtmiştir (savaşın haklılığı için gereken koşullara uyulduğu takdirde).²⁷ Bu bakımdan, Suarez uluslararası hukukla doğal hukuk ilişkisini uzlaştırarak, doğal hukuktan kaynaklanan kuralların mutlak ve değişmez olduklarını belirtmiş ve bu çerçevede haklı savaşın bir ödev olduğunu vurgulamıştır. Uluslararası hukuk kurallarının ampirik özelliklere de sahip olduğunu ifade etmiş (aynı şekilde uluslararası düzeyde hiçbir yasanın da zorlayıcı kabul edilemeyeceğini belirtmiştir) ve dolayısıyla savaşı yasa dışı görmenin bu minvalde yanlış olacağını vurgulayarak uluslararası hukuk kapsamında savaşın düzenlenmesi gerektiğini dile getirmiştir.²⁸

²⁵ Erdem Denk, “Uluslararası İlişkilerin Hukuku: Vestfalyan Sistemden Küreselleşmeye”, **Küresel Siyasete Giriş- Uluslararası İlişkilerde Kavramlar, Teoriler, Süreçler**, ed. Evren Balta, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s. 56.

²⁶ **A.e.**, s.56, 57.

²⁷ Hakkı Hakan Erkiner, “Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştugu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1, s.120.

²⁸ Jean Touchard, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, İstanbul, İslık Yayınları, 2015, s.321. Bu durumun temel sebebi olarak savaşın doğal hukuk kapsamında sistematik bir şekilde irdelenmesi gösterilmektedir. Bkz. Benedict Kingsbury, Adam Roberts, “Uluslararası İlişkilerde Grotiyen Düşünce”, **Hugo Grotius ve Uluslararası İlişkiler**, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, çev. Burç Beşgül, İstanbul, Rôle Akademik Yayıncılık, 2015, s. 3,4.

Günümüz savaş hukukunun kurucusu olarak kabul edilen Grotius²⁹ savaşın barışı sağlamak için yapıldığını belirtmektedir.³⁰ Savaşları kamusal ve özel olarak iki ekseninde inceleyen Grotius bu türler için farklı değerlendirmelerde bulunmuştur.³¹ Uluslararası hukuka dair incelemesinde bütün halkların tarihinin, pratiklerinin ve yasalarının savaşta yasaklamadığını gösterir nitelikte olduğunu dile getirmiştir.³² Eserinde Cicero'dan alıntı yapan Grotius, Cicero'ya göre doğanın iki çeşit ilkesi olduğunu belirtmiştir. İlkinin bütün hayvanlarda ortak olan, her hayvanın, doğduğu andan itibaren sahip olduğu varlığını koruma isteğinden meydana gelen ilke olduğunu ve ikinci ilkenin ise dürüstlük ilkesi olduğunu belirtmiştir.³³ Bu ilkelerin karşısında ise insanların akılcı ve toplumsal doğasına kesin olarak aykırı düşen şey olarak haksızlık durmaktadır ve buna göre başkasının haklarını çiğneyen zorlamalar yasaklanmıştır. Bu görüşler çerçevesinde Grotius bir savaşın aşağıdaki durumlarda haklı olacağını belirtmiştir:

- Bizim olan bir şeyi savunma
- Bize borçlu olunan bir şeyi elde etmeye çalışma
- Cezalandırma³⁴

Bununla birlikte Grotius, eserinde barışın önemini vurgulayarak, barışın sağlanması fırsatı doğduğunda her iki tarafın da bu doğrultuda hareket etmesi gerektiğini belirtmiş ve yapılan bir anlaşmaya bağlı kalmanın, yukarıda bahsedilen “dürüstlük ilkesi” çerçevesinde en onurlu hareket olarak kabul edileceğini vurgulamıştır. Öyle ki, maddi kazanç ya da başka bir haksız amaç uğruna savaşa neden olanların mahkumiyeti

²⁹Bununla birlikte uluslararası hukukun kurucusunun Vitoria, filozofunun Suarez organizatörünün ise Grotius olduğu belirtilmektedir. Bkz. Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo, The Law of War in Francisco Suárez: The Civilizing Project of Spanish Scholasticism, **Revista da Faculdade De Direito da UERJ**, çev. Ana Beatriz Miranda Fernandes and Morgan Paul Faske, C.2, S.22, 2012, s. 1,2.

³⁰Yalçınkaya, **a.g.e.**, s.123.

³¹Kamusal savaş, savaş açma konusunda kamusal olarak yetkili bulunan tarafların yer aldığı savaş olarak, özel savaş ise özel kişilerin taraf olduğu savaş olarak tanımlanmıştır.

³²Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, çev. Seha Meray, İstanbul, Say Yayınları, 2011, s. 40.

³³**A.e.**, s. 37,38.

³⁴**A.e.**, s. 74.

hak ettiklerini ve bu hususta savaşı önleyebilecek generaller yahut askerlerin bile sorumlu olacağını belirtmiştir.³⁵

Machiavelli ise kendi görüşleri ekseninde savaşın hangi hallerde meşru yahut haklı olacağına yönelik bir değerlendirme yapmamış, bilahare savaşı hükümdarın iktidar tekeli doğrultusunda kendi yetkisinde olan politikanın bir uzantısı olarak görmüştür. Roma İmparatorluğu'na büyük hayranlık besleyen Machiavelli erdem ve bilgi sahibi ulusların savaşta başarılı olma şansının daha düşük olduğunu, bunun sebebinin ise bu vatandaşların savaşı ve onun gerekliliğini anlamamaları olduğunu belirtmiştir. Machiavelli siyasi liderliğin savaşı ve orduyu politik amaçları için nasıl kullandığının farkında olan vatandaşların hükümdar için bir tehdit oluşturduğunu ifade etmektedir.³⁶

Machiavelli'nin düşünceleri farklı noktalardan ele alınarak geliştirilmiştir. Feodalizm dönemindeki hiyerarşik sistemden farklı olarak, 1648 sonrası yeni uluslararası sistem, farklı hükümdarlarca yönetilen nispeten özerk devletler etrafında toplanmıştır. Bu duruma tüccar sınıfının ve dolayısıyla uluslararası ticaretin yükselişi, Katolik Kilisesinin rolünün ve evrenselcilik düşüncesinin etkisinin azalması katkıda bulunmuştur.³⁷ 1648 yılına gelindiğinde egemenlik doktrini Avrupa'nın gördüğü en yıkıcı savaşlardan olan Otuz Yıl Savaşları'nın ardından Vestfalya Barışı ile belli bir düzenlemeye kavuşmuştur. Yeni egemenlik anlayışı çerçevesinde savaşın haklı olup olmaması artık önemini kaybetmiş, savaşın politikanın bir uzantısı olarak görüldüğü bir evreye geçilmiştir. Bu duruma yol açan en büyük etken ise merkezi bir otoritenin

³⁵ Benjamin Ferencz, **International Crimes Against Peace**, 1960, (Çevrimiçi) <http://www.benferencz.org/pre1970.html#internationalcrimes>, 6 Mart 2018.

³⁶ Niccolò Machiavelli, **The Art of War**, ed. Ellis Farnsworth, çev. Neal Wood, Washington, De Capo Press, 2001, s.76.

³⁷ Anthony Clark Arend, Robert J. Beck, **International Law and The Use of Force- Beyond the UN Charter Paradigm**, New York, Routledge, 2013, s. 16.

bulunmadığı bu yeni sistemde kuvvet kullanmanın egemenliğin korunmasına ilişkin normların ihlali halinde başvurulacak tek yaptırım niteliğinde olması olmuştur.³⁸

Bu evrede Kant'ın görüşlerinden bahsetmek gerekecektir. 1795 yılında kaleme aldığı eseri “Ebedi Barış Üzerine Bir Deneme”de Kant, devletler arasında gerçekleşecek ebedi barışın hangi şartlar altında mümkün olduğunu ve bu barışın teminatlarını belirli maddeler ekseninde incelemiştir. Bununla birlikte eserinde ahlak ve politika ilişkisine de geniş olarak yer verilmiştir. Öncelikle Kant, bir barış andlaşmasının hiçbir şekilde savaş nedeni içermemesi gerektiğini belirtmektedir. Daimi orduların zaman içinde ortadan kalkması gerektiğini savunmaktadır. Hiçbir bağımsız devletin, başka bir devletin egemenliği altına alınmaması gerektiğini vurgulamıştır. Böyle bir tahakkümün ekonomik olarak da gerçekleşmesinin önüne geçme adına devletlerin başka bir devlete borçlanmaması gerektiğini dile getirmiş; böyle bir siyasi nüfuzun barışa halel getireceğini belirtmiştir.

Kant, ileride barış akdedileceği zaman bu barışa duyulacak güveni zedeleyecek herhangi bir yola başvurulmaması gerektiğinin altını çizmiş (düşman devletin halklarını isyana kışkırtmak, belirli bir takım silahlar kullanmak vb.) ve hiçbir devletin hükümetine yahut teşkilatına karşı zor kullanılmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu bakımdan Kant savaşın haklılaştırılmasına da eleştiriler getirmektedir.³⁹

³⁸Gökçen Alp kaya, **Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 3. Gerçekten de bu dönemde klasik yazarlar savaş hukuku uygulamak için bir araç olarak görünürken, savaşın belli durumlarda haklı olabileceği görüşü 17. yüzyıl ve 18. yüzyıl hukukçuları için fazla bir tartışma konusu olmamıştır. Görüşün en önemli temelini oluşturan “haklılık” hususunda taraflar haklılıklarını dini, mezhebi, etnik, siyasi vs. farklılıklarıyla açıklamış ve bunun sonucunda Otuz Yıl Savaşları gibi her tarafın kendisinin “haklı” olduğunu ileri sürdüğü bir yıkım sürecinin meşrulaştırılmasına zemin hazırlanmıştır. Bu yıkım sürecinin ardından haklı savaş teorisi, savaşın her iki taraf için de haklı olabileceğinin savunulmasıyla birlikte, geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Bkz. Albrecht Randelzhoferr, “Use of Force”, **Encyclopedia of Public International Law, War and Neutrality Peace Treaties (N-Z)**, ed. Rudolf Bernhardt, C.4, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1982, s.265-266.

³⁹Gerçekten de Kant eserinde haklı savaş kuramcılarını da şu şekilde eleştirmektedir: “*Medeni – kanuni bir teşkilatta hükümetlerin müdahaleleri yüzünden kendini gizleyen, fakat milletlerin birbirleriyle münasebetlerinde kendini bütün çıplaklığı ile ortaya seren insan tabiatının sapıklığı düşünülürse, hukuk sözünün hala harpçi-politikacılar tarafından ukalaca bir terim sayılarak bir kenara atılmamış ve bu doktrini ilan edecek kadar gözüpek bir devletin ortaya çıkmamış olmasına şaşmak mümkündür; zira devletler Hugo Grotius, Pufendorf, Vattel gibi milletlerin haklarını savunan diğer zavallı tesellîcileri, bir harp ilanını haklı göstermek için daima anıp durmuşlardır; halbuki, bunların tamamıyla felsefi veya*

Çalışmasında son olarak barışın temini için üç nihai madde sıralayan Kant, ilk olarak her devletin teşkilat yapısının cumhuriyet olması gerektiğini belirtmiştir. Bu teşkilat yapısının hukuk fikrinin kaynağından geldiğinin altını çizmektedir. İkinci olarak, devletler hukukunun bağımsız devletlerden mütevellit bir kuruma dayanması gerektiğini vurgulamaktadır. Son olarak “dünya vatandaşlığı” hukukunun önemine değinerek; bu kavrama pratikte ne kadar yaklaşırsa, ebedi barışın temininin de o kadar yakın olacağını belirtmiştir.

Savaş üzerine yazdıklarıyla bu hususta dünya literatürünü etkilemiş olan bir başka Prusyalı ise Carl von Clausewitz'dir. Bir asker olan Clausewitz savaşı “*hasmı irademizi yerine getirmeye zorlayan bir şiddet hareketi*”⁴⁰ olarak tanımlamıştır. Clausewitz o dönemki görüşlerden ayrı olarak savaşı hükümetler ve milletler arasında yer alan politik ihtilafların/ilişkilerin başka araçlar ile sürdürülmesi şeklinde betimlemiştir.⁴¹

Bu dönemde daha önceleri haksız savaş kuramının odak noktası olan “jus ad bellum” önemini kaybederek, savaşın etkilerinin çok daha geniş kesimlerce hissedilmeye başlanmasıyla “jus in bello” daha çok tartışılan bir mesele haline gelmiştir. Bu dönüşümü Hersey’in ifadeleriyle belirtecek olursak:

“Uluslararası hukuk bir savaşın meşru olup olmamasıyla ilgilenmemektedir. Tamamen hukuki bir bakış açısı ile yaklaşıldığı takdirde bütün savaşlar ya meşrudur ya da değildir. Uluslararası hukuk savaşı yalnızca bir gerçeklik olarak ele alır ve

diplomatik bir zihniyetle kaleme almış oldukları düsturların, müşterek yüce bir müeyyide kabul etmemiş devletler için hiçbir bağlayıcı kuvveti olmamıştır”. Bkz. Immanuel Kant, **Ebedi Barış Üzerine Bir Deneme**, çev. Yabuz Abadan, Seha L. Meray, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:14, 1960, s. 23,24. Ancak, Kant’ın bir haklı savaş kuramına sahip olmadığı bu bakımdan söylenebilecek ise de, Kant’ın da belirli unsurlar dahilinde özellikle görüşlerini jus ad bellum ve jus in bello bakımından iki eksenle inceleyen ve Kant’ın haklı savaş teorisine sahip olduğuna yönelik bir çalışma için bkz. Brian Orend, “Kant’s ethics of war and peace”, **Journal of Military Ethics**, C.3, S.2, 2004, s.161-177.

⁴⁰Carl von Clausewitz, **Savaş Üzerine**, çev. Şiar Yalçın, yy., May Yayınları, 1975, s. 14.

⁴¹A.e, s.244.

devamında tarafsız ve savaşılanların hak ve ödevlerine etki edecek kurallar ve düzenlemeleri öngörür."⁴²

Savaşın araçsallaştığı bu dönemde aynı zamanda uzun barış dönemlerinin ortaya çıkışına yol açan politik düzenlemeler de gerçekleştirilmiştir. 13 Kasım 1814'te, 1789 Fransız İhtilalinin ve yıkıcı Napoleon Savaşlarının Vestfalyan sistemin işleyişine büyük zarar vermesi sebebiyle yapılan Viyana Kongresinde neredeyse bütün Avrupa devletlerinin çabaları neticesinde (Osmanlı İmparatorluğu hariç)⁴³ Avrupa tarihindeki en uzun barış dönemi elde edilmiş ve büyük devletler arasında 40 yıllık bir barış sağlanmıştır. Kırım Savaşı'nın ardından I. Dünya Savaşı'na kadar giden dönemde ise 60 yıllık bir barış dönemi sağlanabilmiştir.⁴⁴ Bu dönemlerde güç dengesi politikası uyarınca yapılan düzenlemeler ve emperyal devletler arasında tesis edilen uzlaşmaların sonucunda (1884-1885'teki Berlin Batı Afrika Konferansı) savaşa dayalı politikalar askıya alınabilmiştir.

İki büyük savaşın yaşandığı 20. yüzyılın ilk yarısının ardından BM düzeninin kurulmasıyla başlayan ve aslında savaşın yasaklandığı yeni dönemde ise özellikle Amerika'nın Vietnam işgali sonrasında haklı savaşın tekrar araştırmacılar tarafından ele alındığı gözlemlenmektedir. Belirtmek gerekir ki bu araştırmacılar daha çok haklı savaşın ahlaki çerçevesi üzerinde durmuş ve uluslararası hukukun hala tartıştığı ve çözüm arayışında olduğu ilgili bazı konularda (insancıl müdahale, ulusal bağımsızlık hareketleri, nükleer silahlar vb.) hukuk disiplinine katkıda bulunmuşlardır. Haklı savaş teorisinin günümüzdeki başat isimlerinden Walzer, felsefi kinizm ve pasifizm teorileri çerçevesinde Hobbes ve Gandhi arasında bir orta yol olarak, savaşı

⁴²Jeff McMahan, "Laws of War", **The Philosophy of International Law**, ed. Samantha Besson, John Tasioulas, New York, Oxford University Press, 2010, s. 496.

⁴³Osmanlı İmparatorluğu bu kongreye Balkan sorununun gündeme gelmesinden duyduğu endişe sebebiyle katılmamıştır. Ancak 1878'de gerçekleştirilen Berlin Kongresi'ne Osmanlı İmparatorluğu'nun katılımıyla birlikte söz konusu sorun burada ele alınmıştır. Her ne kadar eski gücünü yitirmiş olsa da, İmparatorluğun üç kıtada sahip olduğu toprakları koruma adına daha önce Viyana Kongresi'nde mutabakata varılan Avrupa uyumu çerçevesinde diğer devletlerin sömürgecilik faaliyetlerinin yaratacağı olası tehditleri ortadan kaldırmak amacıyla söz konusu buluşma adımını attığı belirtilebilir.

⁴⁴Bkz. Matthew Craven, "Between law and history: The Berlin Conference of 1884-1885 and the Logic of Free Trade", **London Review of International Law**, C.3, S.1, 2015, s.31-59.

tamamen hukuka aykırı gören düşüncedense bazı savaşların haklı, bazılarının haksız olduğu görüşünü benimsemektedir.⁴⁵ Şu alıntı sanıyoruz görüşleri için daha kapsayıcı olacaktır; *“İnsalığın vicdanını yaralayan suçlar işlendiğinde, bunları durdurabilecek herhangi bir devletin müdahale etmesi gerektiğini ya da en azından buna hakkı olduğunu söylüyorum.”*⁴⁶ Günümüzde haklı savaşı eserlerinde ele almış olan kuramcılar jus ad bellum (savaşa başvurma hukuku) konusundaki görüşlerinde hemen hemen hemfikirlerdir.⁴⁷ Bu yazarların üzerinde genel bir fikir birliğine vardıkları söz konusu kriterler şu şekildedir: Haklı neden, bu neden doğrultusunda kullanılacak kuvvetin orantılılığı ve uygunluğu, doğru saikle gerçekleştirilmesi, yetkili otorite tarafından harekete geçilmesi ve başarı için makul bir beklentiye sahip olunması şeklinde sıralanabilir.⁴⁸

Haklı savaş görüşünün 20. yüzyılda bu şekilde canlanmış olması, özellikle bu teorinin suistimale açıklığı üzerinden eleştirileri de beraberinde getirmiştir.⁴⁹ Keza bazı siyasi liderlerin başvurmayı düşündükleri kuvvet kullanma hallerinde dünya kamuoyunu yoğun bir propaganda ve manipülasyonun etkisinde bırakmaları savaşın haklı görülmesini kolaylaştırmaktadır. Özellikle otoriter yönetim biçimleri altında yaşayan insanlar bakımından bu manipülasyon çok daha kolay olmakla birlikte, demokratik devletlerin de farklı bahanelerle (özellikle demokrasi ve insan hakları gibi nedenlerle) yaptıkları savaşları haklılaştırdığı görülmektedir. Keza günümüzde savaş metodlarının hızlı bir şekilde değişmesiyle, özellikle terör saldırıları neticesinde, savaş

⁴⁵Douglas Lackey, “A Modern Theory of Just War”, **The University of Chicago Press**, C.92, S.3, 1982, s. 533.

⁴⁶Micheal Walzer, **Haklı Savaş Haksız Savaş**, çev. Mehmet Doğan, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2017, s. 11.

⁴⁷Ereker, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁸ Charles Guthrie, Micheal Quinlan, **Just War: The Just War Tradition: Ethics in Modern Warfare**, London, Bloomsbury,2007, s.17-34.

⁴⁹ Bu bakımdan teorinin Türkçe çevirisinin tam anlamıyla İngilizce terime karşılık verip vermediği de tartışılabilir. Kanaatimizce, Just war olarak gelişen teorinin çevirisinin daha çok “meşru savaş” olarak okunması ancak “right war” un ise haklı savaş olarak çevrilmesi terminoloji bakımından daha doğru olacaktır. Byers’in da belirttiği üzere, “right” sözcüğü, daha subjektif ve kişinin yararına olarak değişebilecek bir olguyu ifade ettiği halde, “just” sözcüğü objektif bir temeli işaret etmektedir. Bkz. Robert J. Byers, “Notes on Just War Theory: Whose Justice, Which Wars?”, **Ethics & International Affairs**, C.10, 1996, s.125.

artık karşı karşıya gelen iki ordudan çok daha farklı bir noktaya gelmekte ve haklı neden tartışmaları başka bir hukuki çerçevede ele alınmaya başlamaktadır.

1.1.1.3 İki Dünya Savaşı Arasında Savaşa Dair Düzenlemeler

1.1.1.3.1. Milletler Cemiyeti Misakı

I. Dünya Savaşı'ndan önce devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanmayı yasaklayan kurallar bulunmamakla birlikte, 1899-1907 Lahey Konferansları neticesinde savaş esnasında uygulanacak kurallar konusunda bir düzenlemeye gidilmiştir.⁵⁰ Bu

⁵⁰Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk**, ed. Reşat Volkan Günel, 6.bs, İstanbul, Beta Basım, 2013, s. 99. Gerçekten de savaş hukukuna ilişkin teamüller bu düzenlemeler ile birlikte kodifiye edilmiştir. Bu dönemde özellikle savaşa ilişkin olarak silah sanayii ve teknolojiye meydana gelen değişimlerin, bu düzenlemelere olan ihtiyacı nasıl şekillendirdiği gözlemlenebilecektir, 1899 Sözleşmelerini I Nolu Sözleşme- Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme, II Nolu Sözleşme- Kara Savaşındaki Kurallara ve Örflere Dair Sözleşme ve III Numaralı Sözleşme- 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesinin Deniz Savaşına Uyarlanmasına Dair Sözleşme oluşturmaktadır. 1907 Sözleşmeleri ise, Tütüncü'nün belirttiği üzere önceki sözleşmelerden kazanılan tecrübeler neticesinde daha da başarılı olmuştur. 13 sözleşmeden oluşan bu sözleşmeler ise; I Nolu Sözleşme- Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme, II Nolu Sözleşme Borçlarının Ödenmesinde Kuvvet Kullanımının Sınırlanmasına Dair Sözleşme, III Nolu Muhasamatın Başlamasına Dair Sözleşme, IV Nolu Kara Savaşındaki Kural ve Örfelere Dair Sözleşme, V Nolu Bir Kara Savaşında Tarafsız Güçlerin ve Kişilerin Hak ve Görevlerine Dair Sözleşme, VI Nolu Muhasamatın Başlangıcında Düşman Ticaret Gemilerinin Statüsüne Dair Sözleşme, VII Nolu Ticaret Gemilerinin Savaş Gemilerine Dönüştürülmesine Dair Sözleşme, VIII Nolu Otomatik Denizaltı Müsademeli Mayınların Döşenmesine Dair Sözleşme, IX Nolu Savaşta Deniz Kuvvetlerinin Bombardımına Dair Sözleşme, X Nolu Cenevre Sözleşmelerinin İlkelerinin Deniz Savaşına Uydurulmasına İlişkin Sözleşme, XI Nolu Deniz Savaşında Zapt Hakkının Kullanılmasına Dair Bazı Sınırlamalara İlişkin Sözleşme, XII Nolu Milletlerarası Ganaim Mahkemesi Kurulmasına Dair Sözleşme ve XIII Nolu Deniz Savaşı Sırasında Tarafsız Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine Dair Sözleşmedir. Bkz. Aysenur Tütüncü, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2.bs, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 7,8,13.

düzenlemeler pek tabii “kuvvete başvurma” hususunda herhangi bir kural getiremese de⁵¹ bu açıdan somut bir sınırlamanın ilk izleri 1907 Lahey Konferansı esnasında Sözleşme Borçlarının Ödenmesinde Kuvvet Kullanılmasının Sınırlanmasına Dair Sözleşme ile kabul edilen Drago-Porter doktrininde görülebilmektedir.⁵² Bir devletin borcu sebebiyle herhangi bir kuvvet kullanımına uğramaması için öngörülen bu düzenlemenin, borçlu devlete karşı hakemlik şartına uymaması yahut çözüm tekliflerine cevap vermemesi gibi hallerde savaşa izin verilmesi hükmü göz önüne alındığı takdirde sözleşmedeki yasağın borçlu devletin korunması bakımından oldukça zayıf kaldığı belirtilmelidir.⁵³

I. Dünya Savaşı insanlara daha önce benzeri görülmemiş acılar yaşatmıştır. Hava bombardımanlarının yoğun kullanımı ve kimyasal gazların keşfi ile 4 yıllık kısa süre içerisinde 1790 – 1913 yılları arasındaki savaşların toplamından iki kat fazla insan hayatını kaybetmiştir. Savaşın ardından devletler Paris Barış Konferansı sırasında dünyanın bir daha böylesine büyük bir yıkımla karşı karşıya kalmaması konusunda hemfikir olmuşlardır.⁵⁴ Bu zamana kadar geçerli olan kuvvet kullanımına yönelik mevcut zihniyetin de değişmesi gerektiği konusunda belirgin bir istek oluşmuş⁵⁵ ve savaş ilk kez devletlerin politik bir zeminde tartıştıkları bir mesele haline getirilmiştir.⁵⁶

⁵¹ Her ne kadar bir sınırlama olarak addedilemeyecek olsa da, 1907 tarihli I Nolu Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme'nin 2. maddesi tarafların silahlı kuvvet kullanımına başvurmadan önce bu yol dışındaki çözüm olanaklarına başvurmaları hususunu düzenlemiştir. Esat Mahmut Yılmaz, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2011, s. 22.

⁵² Drogo doktrinin çıkış noktası, Venezuela'daki çatışmalar, isyanlar ve iç savaşlar sonucunda bu devletin Almanya, İngiltere ve İtalya'ya olan borçları olmuştur. Venezuela bu devletlerin taleplerine karşılık, diplomatik ilişki yollarını kapatmıştır. İngiltere ve Almanya ise Venezuela'nın ana limanlarına abluka kurmuşlardır. İşte bu olay neticesinde, Arjantin Dışişleri Bakanı Drago'nun hazırladığı nota çerçevesinde söz konusu doktrin oluşmuştur. Bkz. Luis M. Drago and H. Edward Nettles, “The Drago Doctrine in International Law and Politics”, **The Hispanic American Historical Review**, C. 8, S. 2, 1928, s.204,205. Grzebyk'in ifade ettiği şekliyle 1907 tarihli sözleşme bir savaşı haksız bir nedenle başlatmanın yasaklandığı ilk uluslararası andlaşmadır, Patrycja Grzebyk, **Criminal Responsibility for the Crime of Aggression**, Abingdon, Routledge, 2013, s.12.

⁵³ Grzebyk, **a.g.e.**, s.12.

⁵⁴ Arend, Beck, **a.g.e.**, s. 19.

⁵⁵ Mark W. Janis, **An Introduction to International Law**, 2.bs, Little, Brown, 1993, s. 174.

⁵⁶ Keskin, **a.g.e.**, s. 29.

Bu düşünceler doğrultusunda 1920’de fikir babalığını Woodrow Wilson’ın yaptığı⁵⁷ Milletler Cemiyeti kurulmuştur. Birinci Dünya Savaşı'nın galiplerinin yıkıcı bir savaşın tekrarından kaçınma iradesiyle doğmuş olan Milletler Cemiyeti'nin ana amacı, üyeleri tarafından kabul edilen düzenlemenin temel ilkeleri çerçevesinde evrensel barışı sağlamaktır.⁵⁸

Cemiyet Misakı kabul edilirken dikkate alınan savaşın nedenlerine dair görüşler ise görece farklılık arz etmektedir. Bir grup devletlerarası çatışmaların ortaya çıkışını siyasal, ekonomik, politik, sosyolojik nedenlerde ararken, diğer bir grup bu çatışmaların altındaki en büyük sebebin geleneksel savaş hukukunun konuyla alakalı düzenlemelerinin oldukça zayıf olması olduğunu belirtmiştir.⁵⁹ Misak'ı hazırlayanlar tarafından savaş hala bir yetki dahilinde görülmekle birlikte, bu dönemde ortaya çıkan teknolojik, demokratik ve ekonomik bir takım değişikliklerin savaş algısında oldukça büyük değişiklikler meydana getirdiği göz önüne alınmıştır.⁶⁰ Bu görüşler doğrultusunda Misak'ta savaş ve diğer kuvvet kullanımı yolları arasında keskin bir ayrıma gidilmiş, uluslararası hukuk disiplininde kendilerine yer edinen ambargo, misilleme gibi diğer kuvvet kullanımı yolları ayrı tutularak, savaşa başvurabilmenin şartları düzenlenmiştir. Bu bağlamda çıkan uyuşmazlıkların öncelikle barışçıl yollarla çözümlenmesi hususunda devletler taahhüt altına girmiştir.

Misak'ta madde 10 şu şekilde düzenlenmiştir: “*Cemiyet Üyeleri, bütün Cemiyet üyelerinin ülke bütünlüklerine ve şimdiki siyasal bağımsızlıklarına saygı*

⁵⁷ 14 maddelik programı çerçevesinde Wilson programdaki ilkeler bakımından uluslararası barışı koruyacak bir mekanizmanın gerekliliğine değinmiştir. Mehmet Emin Çağırın, **Uluslararası Örgütler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 53.

⁵⁸“*Uluslar arasında işbirliğini geliştirmek ve uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak için, savaşa başvurmamak konusunda birtakım yükümlülükler kabul etmek...*” Bkz. UNOG Library, Registry, Records and Archives Unit, History of the League of Nations (1919-1946), (Çevrimiçi) [https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/36BC4F83BD9E4443C1257AF3004FC0AE/\\$file/Historical_overview_of_the_League_of_Nations.pdf](https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/36BC4F83BD9E4443C1257AF3004FC0AE/$file/Historical_overview_of_the_League_of_Nations.pdf), 10 Mart 2018.

⁵⁹ Janis, **a.g.e.**, s. 174.

⁶⁰ Gerçekten de, silah sanayiinde meydana gelen hızlı gelişmeler, savaşın etkilerinin çok daha genişlemesi sebebiyle devletlerin savaşa başvurmalarını zorlaştırmıştır. Demokratik gelişmeler, vatandaşlar tarafından devletlerinin politika ve fiillerine yönelik denetimi mümkün kılmıştır. Son olarak ekonomik yaptırımların da savaşa başvurmaksızın savaş sonucunda kazanılacak tahakkümün elde edilmesini sağladığı belirtilebilir. Bkz. Tütüncü, **a.g.e.**, s. 14.

*göstermeği ve bunları dışarıdan gelecek herhangi bir saldırıya karşı korumayı yükümlenirler. Saldırı, saldırı tehdidi ya da tehlikesi durumunda, Konsey, bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayacak yolları belirtir. Bir uyuşmazlık çıkması halinde, Misak'ın 12. maddesi ile devletler bu uyuşmazlığı ya yargı organlarına yahut Konseyin incelemesine götürecektir.”*⁶¹ Görüldüğü gibi söz konusu hüküm böylece hem savaşa başvurmayı kısıtlamaya çalışmış, hem de böyle bir saldırının varlığı halinde kolektif sorumluluğun mevzubahis olabileceğini ifade etmiştir. Her ne kadar bazı yazarlar Misak'ı haklı savaş doktrininin laik biçiminin tezahürü olarak görseler de, Misak savaşın haklılığı yahut haksızlığı ile ilgilenmeyerek, sadece savaşı olabildiğince önlemeye çalışmıştır.⁶²

Madde 12'nin 1. bendi ise: *“Cemiyet'in bütün üyeleri, aralarında ilişkilerin kesilmesine varabilecek nitelikte bir anlaşmazlık çıkarsa, bu anlaşmazlığı ya hakemliğe ya da Konseyin incelemesine sunmayı kabul etmektedirler. Cemiyet Üyeleri, hakemlerin kararından ya da Konseyin raporundan sonra üç aylık bir süre geçinceye kadar, hiçbir durumda savaşa başvurmamayı da kabul ederler.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Buna göre devletlerin aralarındaki uyuşmazlıkları çözmesi için ilk olarak uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından birine başvurmaları gerekli kılınmıştır. Bu başvuru sonucunda verilen kararın uyuşmazlığı gidermemesi halinde ise savaşa başvuru hakkı doğabilecektir (bu durum doğrudan bir savaş hakkı vermemekte, çözüm alamayan devletin her halükarda 3 ay beklemesi gerekmektedir).⁶³

⁶¹Milletler Cemiyeti Misakı, (Çevrimiçi) www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc, 5 Şubat 2018.

⁶² Arthur Nussbaum, “Just War: A Legal Concept?”, **Michigan Law Review**, C.42, S.3, 1943, s.477. Haklı savaş teorisinin kökleri Roma İmparatorluğu'nda yer alsada, modern devletin tarih sahnesine çıkmasına kadar olan süreçte haklı savaş düşüncesi dini temelde ele alınarak teologlar tarafından geliştirilmiştir. Bu bakımdan Misak'ın belirli nedenlerin varlığı halinde savaşı geçerli kabul etmesinde din temelinden yoksun bırakılması geniş olarak haklı savaşın laik bir görünümü olarak yorumlanabilir.

⁶³ Bu düzenlemeler doğrultusunda İngiltere ve Türkiye'nin Musul'a ilişkin hak iddiaları Milletler Cemiyeti'nin önüne gelmiştir. I.Dünya Savaşı esnasında İngiltere ve Fransa arasında yapılan Sykes Picot gizli protokolünün sonucu olarak Musul'un Fransa'ya ait olacağına karar verilmiştir. Lakin, bu iki devlet arasında Mondros Mütarekesinden sonra 1919'da imzalanan Andlaşma gereğince Musul'un İngiliz mandası olacağı kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, 28 Ocak 1920'de Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilen Misak-ı Milli'de Musul da bu sınırların içerisinde yer almıştır. Kurtuluş Savaşının ardından, Lozan Andlaşması'nda Musul, en çok tartışılan konuların başında gelmiştir. Lakin, Lozan Andlaşması'nın

Milletler Cemiyeti her ne kadar devletler arasındaki işbirliğini sadece savaşların önlenmesi ve barışın korunması ile sınırlı tutmayıp (Wilson ilkeleri çerçevesinde azınlık hakları, sömürge yönetimleri, uluslararası daimi bir adalet divanının kurulması vs. gibi konular da düzenlemeler arasındadır) evrensel ve kalıcı bir örgüt olmayı hedeflemiş olsa da bu amaçları gerçekleştirememiş ve ABD'nin Cemiyete üye olmaması ve SSCB, Almanya Japonya ve İtalya gibi üyelerin ayrılmasıyla örgüt etkisini kaybetmiştir.⁶⁴

1.1.1.3.2. Lokarno Andlaşmaları

Lokarno Andlaşmaları'nı, gergin savaş sonrası süreçte gelecekteki savaşları önleme ve bir uzlaşma ortamının oluşturulması amacıyla yapılan düzenlemeler oluşturmaktadır. Özellikle I. Dünya Savaşından sonra imzalanan Versay Andlaşması'nın

imzalanması sırasında çözüme ulaşılamaması sebebiyle, Andlaşma'nın 3. maddesinde Türkiye ile Irak sınırının dokuz ay içerisinde taraflar arasında dostça belirleneceği hüküm altına alınmış, taraflar bu karara kadarki süreç içerisinde sınırın değişikliğine yönelik askeri yahut başka türlü herhangi bir eylemde bulunmayacaklarını taahhüt etmişlerdir. Bu süre zarfında herhangi bir uzlaşmaya varılamaması halinde ise konunun Milletler Cemiyeti'ne götürüleceği aynı maddede düzenlenmiştir. Nitekim, sınır hattının belirlenmesine yönelik İngiliz ve Türk heyetlerince gerçekleştirilen Haliç Konferansında bu süreç içerisinde herhangi bir uzlaşmaya varılamaması neticesinde konu Milletler Cemiyeti Konseyi'ne götürülmüştür. Konsey, kesin karar verilmeye kadar geçici bir sınır (Brüksel hattı) tayin etmiş ve konu hakkında özel olarak çalışma yapılması için bağımsız temsilcilerden bir Komisyon oluşturmuştur. Komisyon raporunda tarafları da şaşırtacak şekilde sadece sınır hattı bakımından değil, bölgenin etnik, etnografik, tarihi ve ekonomik karakteri çerçevesinde bir değerlendirme yapmıştır. Irak'ın bütünlüğünü savunan bu rapor, bölgenin etkin kontrolünün belirli bir süre için (25 yıl) Milletler Cemiyeti'ne bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Tarafların iddialarını ve Komisyon raporunu değerlendiren Konsey kararını vermeden önce, iki temel meselenin çözümü için Daimi Adalet Divanı'ndan görüş istemiştir. Bunlardan ilki, Konseyin vereceği kararın niteliği, ikincisi ise kararın oybirliği ile mi yahut oyçokluğu ile mi alınması gerektiğidir. Her ne kadar Milletler Cemiyeti Misakı 15. maddesi Konsey'in yalnızca tavsiye niteliğinde karar verebileceğini düzenlese de, taraflar pek tabii daha geniş yetki tanıma hakkını haizdir. Bu bakımdan Divan tarafların Lozan Andlaşması ile Konseye kesin bir hüküm verme konusunda böyle bir hakkı tanıdığı, dolayısıyla kararın bağlayıcı bir hüküm niteliğine sahip olduğunu belirtmiştir. Oylama noktasında ise, tarafların oyları dikkate alınmaksızın (sayılmaksızın) oybirliği ile karar verileceği belirtilmiştir. Divan'ın görüşünü açıklamasının ardından Konsey geçici olarak tayin edilen hattı esas alarak kararını vermiştir. Söz konusu sınır daha sonra taraflar arasında 1926 yılında imzalanan Ankara Andlaşması ile kesinleşmiştir. A. Berriedale Keith, "The League of Nations and Mosul", **Journal of Comparative Legislation and International Law**, C. 8, S.1, 1926, s. 38-49. Ayrıca bkz. Nihat Erim, **Milletlerarası Daimî Adalet Divanı ve Türkiye II- Musul Meselesi**, (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/239/2099.pdf>, 8 Ağustos 2018.

⁶⁴Çağırın, a.g.e., s. 55,56.

çoğu kesimce tepkiyle karşılanması ve savaş sonrası devletler arası diyalogun sağlıklı bir şekilde kurulamaması sebebi ile, 1925 yılının Eylül ayında Alman büyükelçileri, ilgili hükümetlere bu devletlerle bir garanti andlaşması imzalanması isteklerini belirtmişler ve konu hakkında düzenlenecek konferansa davet gerçekleştirmişlerdir. Almanya, İtalya, Fransa, Polonya, Çekoslovakya, Belçika, İngiltere arasındaki barış halinin devamına ilişkin olarak yapılan karşılıklı andlaşmalar 1926'da Lokarno'da imzalanmıştır. Bu andlaşmalarda Misak'tan farklı olarak devletlere uyumsuzluğun çözülmemesi durumunda savaşa başvurma hakkı tanınmamıştır.⁶⁵

Bu andlaşmalar neticesinde Almanya tekrar diğer katılımcılarla eşit bir statü elde etmiş ve konferansın bitiminden kısa bir süre sonra Milletler Cemiyeti'nde Japonya, İtalya, Fransa ve İngiltere'nin yanında kalıcı bir yer kazanmıştır.⁶⁶

Belirtilmelidir ki Lokarno Andlaşmaları'nın öngördüğü düzende meşru müdafaa savaşları ve Misak'ta değinilen müeyyide savaşlarına cevaz verilmekle birlikte, saldırı savaşı hukuk dışı ilan edilmiştir.⁶⁷ Söz konusu düzenleme, bölgesel niteliğinin verdiği avantaj ile, gerçekten de yaklaşık on yıllık süre için Avrupa'da bir barış ortamı sağlamıştır. Ancak, Almanya'nın Andlaşma hükümlerini tanımadığını açıklamasının ardından, andlaşma düzeni işlevini kaybetmiştir.⁶⁸

1.1.1.3.3. Kellogg – Briand Paktı

Her ne kadar söz konusu pakt Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanı Briand ve Fransa Dışişleri Bakanı Kellogg'un adıyla anılmakta ise de, paktın tam adı "Milli Politikaların Bir Aracı Olarak Savaşın Terk Edilmesine İlişkin Genel Andlaşma" dır. 27 Ağustos 1928'de imzalanmış olan Pakt iki savaş arası gerçekleşen düzenlemeler içerisinde ayrı bir yere sahiptir ve dönemi için oldukça yüksek bir taraf oranı ile (63

⁶⁵Yılmaz, **a.g.e.**, s. 30.

⁶⁶Sergey Sayapin, **The Crime of Aggression in the Rome Statute of the International Criminal Court**, s. 33.

⁶⁷Gündüz, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁸ Bununla birlikte, Nuremberg yargılamalarında bu Andlaşma'nın mevcudiyeti ve ihlali özellikle vurgulanmıştır **A.e.**, s. 104.

devlet) kabul edilmiştir. Milletler Cemiyeti Misakı'nın aksine bu Andlaşma Misak'ın yaptığı gibi savaşı belli koşullar çerçevesinde başvurulacak bir yol olarak kabul etmemiş, bilakis savaşı devletlerarasında yasaklama yoluna gitmiştir.⁶⁹ Ancak bu yasağa ilişkin istisnaları tam olarak düzenlenmemiş ve meşru müdafaa haline (bu duruma ilişkin devletlerin çoğu Pakt'a çekince koymuş olsa da, meşru müdafaa haline yönelik bir düzenlemenin olmaması bu çekincelerin uygulama alanını devletlerin lehine yorumlanacak şekilde genişletmiştir), savaşa varmayan kuvvet kullanımlarına yahut Misak'ın ihlal edilmesi halinde doğacak olan kollektif sorumluluk hususuna ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.⁷⁰ Üç maddeden oluşan bu kısa düzenlemede, söz konusu maddelerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar veya denetleme mekanizmaları hakkında bir hüküm de mevcut değildir. Ancak bu hususlara rağmen, söz konusu düzenleme, savaşı tamamen yasaklama konusunda devletlerarası ilişkilerde atılan ilk adım olma özelliğini taşımaktadır.⁷¹ Bu çerçevede yapılan düzenlemenin II. Dünya Savaşından sonra imzalanan BM Şartı'nın öncülü olduğu belirtilebilir.

Andlaşma'nın 1. maddesi devletlerin savaşı milli politikanın bir aracı olarak görmekten vazgeçtiklerini resmi surette beyan ettiklerini hüküm altına almaktadır. 2.maddede ise ortaya çıkacak bütün uyuşmazlıkların barışçıl yollar vasıtasıyla çözüleceği düzenlenmektedir. 3. maddede ise anlaşmanın yürürlüğüne ilişkin usuli kurallar yer almaktadır.⁷²

Andlaşma metninde “milli politika”nın tanımlanmaması uygulamada büyük bir boşluk yaratmıştır. Bu tanıma dair görüşünde Kelsen, savaşın, uluslararası hukuku korumak adına bir araç olduğunu, dolayısıyla milli politikanın bir parçası olarak görülemeyeceğini belirtmiştir.⁷³ Bu doğrultuda, “milli politika” formülünün dini,

⁶⁹ Gerçekten de kuvvet kullanımı konusunda kapsayıcı bir Andlaşma olmasından ötürü, devletler Andlaşma maddelerine oldukça fazla çekince ile taraf haline gelmişlerdir Gündüz, **a.g.e.**, s. 104.

⁷⁰ Dinstein, **a.g.e.**, s. 85.

⁷¹ Martin Dixon, **Textbook on International Law**, 7.bs, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 311.

⁷² **A.e.**, s. 106.

⁷³ Hans Kelsen, **Principles of International Law** 33–4,1(952), aktaran Dinstein, **a.g.e.**, s.86.

ideolojik ve benzeri saiklerle gerçekleşecek çatışmalar bakımından suistimale açık ve oldukça muğlak bir ifade olduğu belirtilmiştir.⁷⁴

Hem Misak için hem de Kellogg Briand Paktı için değinilmesi gereken en önemli husus her iki metinde de “savaş”ın tanımının yer almamasından kaynaklanan belirsizliktir. Keza, her iki belgede de hangi tarafların, hangi tür silahlı kuvvet kullanımlarının, ne ölçüde bir savaş halini oluşturacağına yönelik herhangi bir tanımın mevcut olmaması, söz konusu hükümlerin hangi hallerde uygulanacağına yönelik bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir.⁷⁵

1.1.2. BM Döneminde Kuvvet Kullanmaya İlişkin Düzenlemeler

I.Dünya Savaşının ardından öngörülen mekanizmalar ve andlaşmalar ne yazık ki yeni bir dünya savaşını önlemeyi başaramamıştır. Savaşın getirdiği bu yıkımın ardından devletler arasındaki barış ve huzurun önemi her kesimce kabul edilmiş ve bu düzenlemelere dayanak oluşturacak uluslararası hukuk hiç olmadığı kadar önem kazanmıştır.

1945 yılında Birleşmiş Milletler kurulurken öncelikli amacın “uluslararası barış ve güvenliği korumak” olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan BM Şartı, Milletler Cemiyeti Misakı’nda yer alan kolektif güvenlik ideali ile II. Dünya Savaşından sonra meydana gelen güç dengesi göz önünde tutularak söz konusu çatışmasızlığı koruma ekseninde kaleme alınmıştır.⁷⁶ Her ne kadar BM’nin ana amacı uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerin ortadan kaldırılması olarak ön plana çıksa da, bu amaç

⁷⁴ Hans Wehberg, **The Outlawry of War**, 76 (1931), aktaran, Dinstein, **a.g.e.**, s.86.

⁷⁵ Yücel Acer, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Ankara, Roma Yayınları, 2004, s. 54.

⁷⁶ Nejat Doğan, Birleşmiş Milletler ve Meşru Güç Kullanımı, **Birleşmiş Milletler: BM Sistemi ve Reformu**, ed. Nejat Doğan, Cenap Çakmak, Halil Kürşad Aslan, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 56.

istikrarlı bir uluslararası düzen kurulması ve bu düzenin sürdürülmesi gibi daha yüksek bir amacın içine yerleştirilerek sunulmuştur.⁷⁷

Birleşmiş Milletler için oluşturulacak andlaşmanın genel hatları Dumbarton Oaks Konferansı'nda tartışılmış⁷⁸ ve 25 Nisan 1945 tarihinde toplanan San Fransisco Konferansı sonucunda (bu konferansa yalnızca Japonya ve Almanya'ya karşı savaş ilan eden devletler dahil edilmiştir) oybirliği ile BM Şartı kabul edilmiştir.⁷⁹

Şart'ın düzenlenmesinde özellikle değinilmesi gereken bir husus, metinde “savaş” kelimesinin sadece bir kez geçmesidir. Gerçekten de bundan amaçlanan savaşın hiçbir şekilde devletlerarası ilişkilerde başvurulacak bir yol olmadığı zihniyetini uluslararası topluma yansıtmaktır.

Bu bakımdan özellikle BM Şartı'nın büyük önem arz eden 2. maddesinin 4. bendinde tüm üye devletlerin uluslararası ilişkilerinde herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, BM'nin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde, kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanımına başvurmadan kaçınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda bu hükmün bir teamül hukuku kuralı oluşturduğu da kabul edilmektedir.⁸⁰ Söz konusu bentte düzenlenen kural bakımından Uluslararası Adalet Divanı'nın verdiği önemli kararlardan olan Nikaragua kararında kuvvet kullanma yasağının bir teamül hukuku oluşturduğunun altı çizilerek, bu kuralın bütün devletleri bağladığının üzerinde durulmuştur.⁸¹ Ayrıca, devlet dışı düzensiz

⁷⁷Joel H. Westra, **International Law and Use of Armed Force: The UN Charter and the Major Powers**, New York, Routledge, 2007, s. 11.

⁷⁸ II.Dünya Savaşının kazanan dört devleti (ABD, SSCB, İngiltere ve Çin) 30 Ekim 1943'te uluslararası barış ve güvenliğin tesisi ve sürdürülmesi amacıyla bir uluslararası organın kuruluşuna yönelik ilan ettikleri Moskova Bildirgesinin ardından 21 Ağustos – 7 Ekim 1944 tarihleri arasında Dumbarton Oaks Konferansı'nı gerçekleştirmişlerdir. Bu konferansta BM Andlaşması teklifleri tartışılmış ve bu öneriler dahilinde Şart'ın oluşumu ilerlemiştir. Tom Ruys, **Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, New York, Cambridge University Press, 2010, s. 60.

⁷⁹ Dumbarton Oaks ve Yalta metinleri üzerinde birkaç hususun haricinde bir değişikliğin olmaması, “*büyük devletlerin küçük devletleri biat için çağırdıklarını*” göstermektedir. Bkz. Çağırın, **a.g.e.**, s. 59.

⁸⁰ Gündüz, **a.g.e.**, s.143.

⁸¹Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, par.188, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, 29 Ocak 2018.

aktörlerin de kuvvet kullanma yasağına teamül hukukunda yer aldığı şekliyle bağlı sayılması kabul edilmektedir.⁸²

BM Şartı kuvvet kullanımını yasaklamakla birlikte buna ilişkin istisnalar ve düzenlemeler de metinde öngörülmüştür:

- II. Dünya Savaşı'nda düşman olan devletlere karşı girişilecek eylemler
- Meşru müdafaa hakkı
- Güvenlik Konseyi kararıyla uygulanan zorlama yöntemleri.

1.1.2.1. BM Şartı Madde 39

Bu madde Güvenlik Konseyi'ne barışa karşı tehdit hallerinde, barışın bozulduğu hallerde veya bir saldırı fiilinin vuku bulduğu hallerde barışın sürdürülmesi veya inşasına ilişkin tavsiye niteliğinde karar verme veya madde 41 ve 42 uyarınca zorlayıcı tedbirler alma yetkisi vermektedir.⁸³ Bu çerçevede Konsey söz konusu tespiti yaptıktan sonra;

- 39. madde çerçevesinde barış ve güvenliğin yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunabilecek,
- 40. Madde uyarınca geçici önlemlere karar verebilecek,
- 41. madde uyarınca silahlı kuvvet kullanmayı içermeyen önlemlerin alınmasına başvurabilecek veya
- Madde 41 kapsamında öngörülen önlemlerin yetersiz kalması halinde madde 42'de belirtilen zorlama tedbirlerine başvurulabilecektir.

⁸² Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 14.bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 519.

⁸³ Murray Colin Alder, **The Inherent Right of Self-Defence in International Law**, Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice, C.19, 2013, s.80-81.

Bu bağlamda, BM Güvenlik Konseyi'nin barışın tesisi hususunda vermiş olduğu zorlama tedbirlerinin kuvvet kullanma bakımından bir istisna teşkil edip etmediği tartışılabilecektir.⁸⁴ Zira bu tedbirler bir “savaş” görünümünde ortaya çıksa dahi Tarhanlı'nın da belirttiği üzere hukuken bir “*kolluk (zabıta) tedbiri*” niteliğindedir.⁸⁵

1.1.2.2. BM Şartı'ndaki Düzenlemelerin Kapsamı

Madde 2/4'te yer alan yasağın kapsamı konusunda genel bir fikir birliği bulunmamaktadır. Gerçekten de madde metninden yola çıkılarak yine Şart'ta belirtilen istisnalar haricinde kuvvet kullanmanın her halukarda yasak olduğu şeklindeki bir görüşün yanı sıra, bir devletin egemenliği yahut toprak bütünlüğünün hedef alınmadığı ve BM Şartı'nda belirtilen ilkeler ile uyumlu olacak bir kuvvet kullanmanın gerçekleştiği takdirde, devletin söz konusu fiilini kuvvet kullanımı olarak nitelendiremeyeceği yönünde de görüşler mevcuttur.⁸⁶

Madde 2/4'te belirtildiği şekliyle kuvvet kullanma yasağı devletlerin “uluslararası ilişkilerinde” geçerli olduğundan, devletin kendi egemenlik alanında uyguladığı kuvvet kullanma biçimleri normalde bu hükmün kapsamına girmeyecektir. Bu açıdan bir iç savaş yahut ayaklanma olarak addedilebilecek ve uluslararası niteliği haiz olmayan çatışma hallerinde, devletin egemenliğine saygı ilkesi gereği bunlar söz konusu maddenin kapsamı dışında tutulacaktır. Ancak BM sonrası dönemde bir devlet

⁸⁴ Bkz. Müge Dalar, “Yeni Savaşlar Yeni Mi? Schmitt ve Kelsen Bağlamında Bir Değerlendirme”, **Mülkiye Dergisi**, C.38, S.3, s. 10.

⁸⁵ Turgut Tarhanlı, Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk, (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/ttarhanli.pdf s.10, 10 Şubat 2018.

⁸⁶ Bu bakımdan özellikle NATO'nun Kosova müdahalesini gerçekleştirdiği dönemde yoğun olarak bu tartışmaların gerçekleştiği belirtilebilir. Milorad Petreski, “The International Public Law and The Use of Force by States”, **Journal of Liberty and International Affairs**, C.1, S.2, 2015, s.2.

içerisindeki büyük çaplı çatışmalar esnasında uyulması gereken kurallar bakımından yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu anlaşılmıştır.⁸⁷ Bu bakımdan BM'nin kurulmasını takiben yapılan 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile belli birtakım çatışmalar “uluslararası niteliği haiz olmayan çatışmalar” olarak sınıflandırmış ve bunlara ilişkin bir takım genel kurallara yer verilmiştir. Ardından 1977 tarihli II. Nolu Ek Protokol ile bu tür çatışmalara yönelik ek bir takım düzenlemeler getirilmiştir.⁸⁸ Ayrıca I Nolu Ek Protokol'e göre halkların kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde sömürgeci yönetime, yabancı işgale ve ırkçı rejimlere karşı gerçekleşen silahlı çatışmalar da uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar sınıfına sokulmuştur.⁸⁹ Bu sayede BM düzenlemesindeki kuvvet kullanma yasağının kapsamının genişletilmesi yönünde bir takım adımlar atılmıştır.

Madde 2/4'de yasaklanan kuvvetin ne tür bir kuvvet olduğu da yasağın kapsamının tespitinde önemli addedilmektedir. Söz konusu kuvvetin silahlı bir kuvvet olması gerektiği doktrinace kabul görmektedir. Silahlı bir saldırı gerçekleşmemesine rağmen, dolaylı olarak, başka bir devlete yahut örgütlere silahlı saldırıda yardımcı olacak kaynak, üs vs. sağlanması ise doğrudan kuvvet kullanma değil, dolaylı kuvvet kullanımı olarak kabul edilmektedir.⁹⁰

⁸⁷Fatma Taşdemir, **Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**, Ankara, Adalet, 2009, s.10.

⁸⁸A.e., s.11.

⁸⁹Bkz. Melike Batur Yamaner, vd. **12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ty. Gerçekten de insancıl hukukun temel iki eksenini jus ad bellum ve jus in bello oluşturmaktadır. Her ne kadar bu iki alan birbirlerinden ayrı şekilde incelense de, içkin bir bağ ile bağlıdırlar. Bu bağın en görünür olduğu haller ise, kuvvet kullanımına başvurma meşru olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği hallerdir. Bir kuvvetin meşru olarak kullanıp kullanmadığının tespiti çerçevesinde doğacak yükümlülük ve haklar elbet farklılaşacaktır. Bu bakımdan; Tütüncü'den alıntılacak olursak: “savaş içindeki hak ve yükümlülükler savaş yapma hakkı incelenmeksizin tam manasıyla anlaşılabilir”. Bkz. Tütüncü, **a.g.e.**, s.13.

⁹⁰Gündüz, **a.g.e.**, s. 144. Nitekim bu noktada devletlerin sorumluluğu konusu da gündeme gelmektedir. Devletlerin hukuka aykırı fiillerine ilişkin sorumluluklarını düzenleyen taslak maddelerde, bir başka devlete hukuka aykırı bir fiilin gerçekleşmesi için yardım edilmesi, yahut talimat verilmesi yahut denetimde bulunulması veya zorlanması hallerinde bunları yapan devletin gerçekleştirilen bu fiillerden sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bkz. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, md. 16,17,18, UN, (Çevrimiçi), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 25 Mayıs 2018.

1.1.2.3.BM Şartı Kapsamında Kuvvet Kullanma İstisnası: Meşru Müdafaa

Kuvvet kullanmanın tarihsel gelişimi çerçevesinde savaşın yasadışı hallerde dünya özel olarak düzenlenmiş bir “meşru müdafaa” hakkına ihtiyaç duymamaktaydı.⁹¹ Ancak BM sonrası dönemde 1996’da UAD’nın Nükleer Silah Kullanma Tehdidinin veya Kullanımının Hukukiliğine İlişkin danışma görüşünde de teyit ettiği üzere meşru müdafaa hakkı devletin sahip olduğu doğal (içsel) bir hak sayılmış ve her devletin hayatta kalmasının söz konusu olduğu hallerde Şartın 51. maddesi uyarınca, kendi meşru müdafaa yoluna başvurma hakkının mevcut olduğu kabul edilmiştir.⁹²

Bir devletin meşru müdafaa hakkının doğması için öncelikli olarak bir silahlı saldırının varlığı şarttır.⁹³ Bu silahlı saldırı sonrasında kullanılacak kuvvet ise gerekli olmalı, devlete yönelmiş kuvvetle orantılı olmalı ve son olarak vakit kaybetmeden gerçekleştirilmelidir. Ayrıca bu hakkın Güvenlik Konseyi’nin kendi belirlediği önlemleri

⁹¹ Bununla birlikte meşru müdafaa hakkının şartları ve kapsamının savaşın hala hukuken yasal olduğu bir dönemde belli bir olay kapsamında tartışıldığını da eklemek gerekecektir. Söz konusu hadise Caroline hadisesidir. Bu uyuşmazlık 1837’de bir grup İngilizin Amerikan limanındaki bir gemiyi ele geçirip tahrip etmesi neticesinde meydana gelmiştir. Kanada’nın İngiltere’den bağımsızlığını kazanması sürecinde Amerikalıların isyancı gruplara destek verdiği ve Amerikan devletine ait söz konusu iki geminin, isyancıların ihtiyaçlarına yönelik olarak gerekli mühimmatları taşımakta olduğu bilgisi doğrultusunda İngiltere bu gemileri tahrip etmiştir. Bu açıdan gemilerin devletin egemenliği ve toprak bütünlüğüne yönelik bir saldırı hazırlığında olduklarını ve meşru müdafaa hakkını kullandığını ileri sürmüştür. Bu olay, meşru müdafaa hakkına yönelik temel unsurların tespitinde örnek teşkil etmiş olup, buna göre gerçekleşmesi yakın ve muhakkak bir saldırıya karşılık olarak, gerekli ve ani bir saldırıyla karşılık verilmesinin meşru müdafaa sayılacağı kayıt altına alınmıştır. Bkz. Wade Mansell, Karen Openshaw, **International Law a Critical Introduction**, Portland, Hart Publishing, 2013, s. 193, Shaw, **a.g.e.**, s. 1131,1132, Yücel Acer, İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 7.bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.340.

⁹² Dinstein, **a.g.e.**, s. 187. Bkz. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, par. 38, (Çevrimiçi), <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> 10 Şubat 2018. Bunun yanı sıra BM’nin kuruluşundan 1980’lere kadar geçen dönemde oldukça fazla kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi gerçekleşmiş olsa da, bu çatışmalar arasında dekolonizasyon sürecinde “self-determinasyon” hakkı çerçevesinde söz konusu halkın tabii olduğu devletin gerçekleştirdiği sürekli bir silahlı saldırının varlığına karşı başvurduğu kuvvet kullanma halleri de meşru müdafaa hakkı çerçevesinde ele alınmıştır, bkz., A. Emre Öktem, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. bs, İstanbul, Derin Yayınları, 2011, s. 213.

⁹³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, par. 176.

alincaya kadar kullanılabilmesi ve meşru müdafanın gerçekleştiği halde bunun vakit kaybetmeksizin Güvenlik Konseyi'ne bildirilmesi gerektiği de belirtilmelidir.⁹⁴ Kollektif meşru müdafa hakkı ise saldırıya uğrayan bir devletin diğer devletlerden yardım talebi neticesinde vukuu bulacaktır. Meşru müdafaa halinde kuvvet kullanımı sadece yakın yahut devam eden silahlı saldırının bulunması durumunda mümkündür. Aynı zamanda söz konusu kuvvet kullanımı saldırının sona erdirilmesi veya tersine çevrilmesi bakımından başka çare olmadığı hallerde mümkün olacaktır. Orantılılık ilkesi bu hakkın kullanımı bakımından her an gözetilmelidir. Meşru müdafaa hakkının sadece bir devletten gelen saldırılara karşı mı, yoksa devlet dışı aktörlerin silahlı saldırılarına karşı da uygulanıp uygulanamayacağına yönelik olarak, maddede bu saldırının bir devletten gelmesi gerektiğine yönelik herhangi bir hüküm olmamasına dayanarak, bu hakkın devlet dışı aktörler ve özellikle de terörist saldırılara karşı da kullanılabileceği belirtilebilir.⁹⁵

UAD, vermiş olduğu Nikaragua kararında devlet destekli isyancı gruplara yapılan yardımı silahlı saldırı noktasına ulaşmayan kuvvet kullanımı veya tehdidi olarak nitelendirmiştir.⁹⁶ Bu açıdan kuvvet kullanımı pek tabii ki silahlı saldırıdan daha geniş

⁹⁴ Durmuş Tezcan, "Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 49, S.1, 1994, s.3.

⁹⁵ Elizabeth Williamshurt, Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defences, **The Royal Institute of International Affairs**, 2005, s.20-23.

⁹⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, par.195. Söz konusu karar, Nikaragua'da sol tabanlı Sandinista hareketinin iktidara gelmesi ve sosyalist ülkelerle yaklaşması sonucu bu hükümete karşı silahlı gruplara ABD tarafından askeri eğitimlerin verilmesi ve yardımların sağlanması hususunda, Nikaragua'nın taleplerine ilişkindir. Divan, ABD'nin bu fiillerinin başka bir devletin içişlerine müdahale teşkil ettiğini değerlendirmiş ve Şartı'n 2. maddesinde öngörüldüğü şekliyle kuvvet kullanma yasağına aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Divan ayrıca söz konusu kuvvetin bir silahlı saldırı (armed attack) olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği üzerinde de durmuştur. Bu noktada Divan devlet dışı aktörlere yapılan yardımları belirli sınıflandırmalar altında incelemiştir. Bu örgütlere fon sağlama iç işlerine karışma olarak değerlendirilmiş, lojistik destek ve silah sağlama ise hukuka aykırı şekilde kuvvet kullanma kabul edilmiştir. Lakin, silahlı grupları kendi devleti yahut başka bir devletin yararına diğer bir devlete saldırıda bulunmak amacıyla organize etmek yahut göndermek bu grupların kullandığı kuvvetin ağırlığına göre silahlı saldırı teşkil edebilecektir, bkz. Dapo Akande, The Contribution of the International Court of Justice to the Law of the Use of Force, (Çevrimiçi) <https://www.ejiltalk.org/the-contribution-of-the-international-court-of-justice-and-the-law-of-the-use-of-force/>, 7 Ağustos 2018.

bir alanı ifade etmekte⁹⁷ ve UAD'nın Nikaragua davasındaki tanımı çerçevesinde “silahlı saldırı oluşturmeyen ama yine de bir kuvvet kullanımı içeren önlemleri” de kapsamaktadır.⁹⁸

Meşru müdafaa hakkının, yalnızca silahlı bir saldırı meydana geldikten sonra harekete geçmekle sınırlı olup olmadığı ve gelecekteki saldırıları bastırmak için de kullanılabilirliğine ilişkin tartışmalar, uluslararası hukukta zengin bir doktrinsel tartışma yaratmıştır. Bu bakımdan BM Şartı ve amaçlarına aykırı olmamak kaydı ile söz konusu istisnanın geniş yorumlanabileceği belirtilmiştir. Bu konudaki yorum çabaları özellikle üç konsept etrafında şekillenmektedir: Erken meşru müdafaa (*anticipatory self-defence*) halinde, henüz gerçekleşmiş bir saldırı bulunmamaktadır, fakat saldırının gerçekleşmesinin an meselesi olduğu bilinmektedir.⁹⁹ Bu halde, saldırgan devlet söz konusu fiil için son hazırlıklarını yapmakta ve mağdur olabilecek devletin ise bu saldırının gerçekleşeceğine dair kesin kanıtı bulunmaktadır.¹⁰⁰ Bu gibi ileriye yönelik meşru müdafaa'nın gereklilik ve orantılılık koşullarını haiz olması halinde kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁰¹

⁹⁷ Dinstein, **a.g.e.**, s. 169. Ancak hüküm geniş şekilde yorumlandığı takdirde (özellikle üçüncü dünya ülkeleri ve sosyalist ülkelerin kabul ettiği şekilde) ekonomik veya politik kanallarla gerçekleştirilen baskıların da bu kapsam altında inceleneceği belirtilmektedir. Ancak, böyle bir yorumun Şart'ta belirtildiği şekliyle ve pratikte de kabulü mümkün gözükmemektedir.

⁹⁸ Toprak bütünlüğü, siyasi bağımsızlık yahut Şart'ın amaçlarıyla bağdaşmayacak şekilde gerçekleştirilebilecek bir kuvvet kullanma için, herhangi bir eşik mevcut değildir. Bu bakımdan basit sınır olayları da bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak silahlı saldırının (armed attack) önemi ise, meşru müdafaa hakkının doğmasına yol açmasıdır. Kavramdaki “silah”ın 1945 yılının geleneksel silahlarını işaret ettiği söylenebilecektir (biyolojik, kimyasal veya bakteriyolojik silahlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir). Saldırı (aggression) ile silahlı saldırı arasındaki kavram karışıklığının temeli ise Şart'ın Fransızca metninde silahlı taarruzun “agression armée” olarak geçmesi sebebiyle bazı araştırmacıların silahlı saldırının, genel anlamda saldırının bir altkategorisi olduğunu düşünmeleridir (bu bakımdan Türkçe'de de aynı karışıklığın mümkün olabileceği söylenebilir), bkz. Karl Zemanek, **Armed Attack**, (Çevrimiçi) <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e241>, 7 Ağustos 2018.

⁹⁹ Bu kavramın kökeni yukarıda değinilen Caroline doktrininde bulunmaktadır, tartışmalar için bkz. Ruys, **Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, s.527.

¹⁰⁰ John L. Muehlheuser, Self-defense by Any Other Name is Still Self-defense, (Çevrimiçi) <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a440072.pdf>, 27 Nisan 2018, s.24-27.

¹⁰¹ Douglas Guilfoyle, **International Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 2016, s.301, 302.

Önleyici meşru müdafaa (*interceptive self defence*) halinde ise, saldırı hareketleri başlamış ancak saldırı, saldırının yöneltildiği devletin sınırlarına ulaşmamıştır. Savunan devletin, düşman saldırısının sınırlarını aşmasını ve topraklarına ulaşmasını engellemek için bir saldırıda bulunması halinde önleyici meşru müdafanın gerçekleştiği söylenebilir. Bu husus, silahın tetiğinin çekildiği anın betimlenmesi ile somutlaştırılabilir. Kurşunun etkisinden bağımsız olarak, tetiğin çekildiği anda artık saldırı geri döndürülemez bir noktaya gelmiştir. Örnek olarak II. Dünya Savaşı sırasında Pearl Harbor saldırısından önce, ABD'nin bu saldırıya ilişkin bilgisi dahilinde, Japon güçlerinin saldırısı başlamadan bu saldırıyı durdurma adına bir kuvvet kullanması, bu görüş çerçevesinde bir önleyici meşru müdafaa olarak sayılacaktır.

Bush doktrini olarak da bilinen önalıcı meşru müdafaa (*pre-emptive Self Defence*)¹⁰² kavramı ise 11 Eylül saldırılarından sonra Amerika'nın Irak'ın kimyasal silah üretimi yaptığı ve bu silahın kendisine yönlendirileceği savıyla Irak'a saldırmasını haklı göstermek amacıyla dillendirilen bir doktrin olarak uluslararası hukukun en ihtilafli meselelerinden biri haline gelmiştir. Önalıcı meşru müdafaa yukarıda bahsedilen erken meşru müdafaa'nın oldukça geniş yorumlanmış bir şekli olup, yakın bir tehdidin mevcut olmadığı, yalnızca genel bir kaygı durumunun söz konusu olduğu, meşru müdafaa iddasında bulunan devlete yönelik herhangi bir saldırının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinmediği halleri kapsamaktadır. Ancak bu meşru müdafaa iddiasının Irak hareketinin çok öncesinde de ileri sürülmüş bir argüman olduğu belirtilmelidir. Gerçekten de 1981 yılında Irak'taki Osirak Nükleer Santrali'ne karşı gerçekleştirilen hava saldırısında İsrail, Irak'ın ileride kendisine yönelik bir nükleer saldırısına karşı önalıcı olarak meşru müdafaa hakkını kullandığını belirtmiştir.¹⁰³ Söz

¹⁰²Muehlheuser, **a.g.e.**, s.27.

¹⁰³ İsrail, 1981 yılında Bağdat yakınlarındaki Osirak nükleer santraline saldırıda bulunmuş ve bu santrali bombalamıştır. Bu santralin Irak tarafından nükleer silah üretimi için yapıldığının bilindiğini ve bu silahları kendisine karşı kullanmadan önce yok ederek meşru müdafaa hakkını kullandığını belirtmiştir. Buna karşın Şart'ın 51. maddesinin bu şekilde geniş yorumlandığı takdirde, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturacağı ileri sürülmüş ve nitekim Güvenlik Konseyi bu eylemi kınamıştır. Bkz. Erhan Caniklioğlu, "Uluslararası Politika ve Birleşmiş Milletler sisteminde Önalıcı Kuvvet Kullanma", **Güvenlik Bilimleri Dergisi**, C.4, S.2,2015, s.133,134. Bunun meşru müdafaa hakkı kapsamında

konusu iddialara rağmen önalıcı meşru müdafaa kavramının bir hukuk normu olmayıp, bir politika aracı olduğu görüşü daha yaygındır.¹⁰⁴

1.1.2.4.BM Şartı Dışında Öngörülebilecek İstisnalar

1.1.2.4.1. Yurtdışındaki Vatandaşların Korunması için Kuvvet Kullanma

Devletlerin özellikle meşru müdafaa hakkına dayandırdığı bir diğer durum devletin kendi sınırları dışındaki vatandaşlarını koruma adına vatandaşlarına yönelik saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını ileri sürerek karşılık vermesidir. Dinstein bu hususu toplum sözleşmesine dayandırarak, devletin birincil görevinin vatandaşlarının güvenliğini sağlamak olduğu düşünüldüğünde, egemenliğin doğal bir uzantısı olarak bu hususun uluslararası hukuka uygun olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁵

Bu konuda uluslararası hukuk bakımından en dikkat çekici örnek ise Entebbe baskını örneğidir. 1976'da Tel Aviv'e gitmekte olan 100 İsraili yolcunun bulunduğu Air France uçağı kaçırılmış ve uçak Entebbe, Uganda'ya indirilmiştir. Hava korsanları, değişik ülkelerde bulunmakta olan 50 Filistinli mahkumun serbest bırakılmasını talep etmiş, takip eden haftada, İsrail, Uganda'nın etkin hareket etmediğini aksine bu korsanlara yardımda bulunduğunu ileri sürmüş ve sonrasında İsraili komando birliği Entebbe Havaalanındaki rehinelere kuvvet kullanarak kurtarmıştır.¹⁰⁶ İsrail, kendi vatandaşlarını koruma bakımından doğal bir meşru müdafaa hakkı olduğunu belirterek hareketin hem uluslararası hukuka uygun olduğunu hem de ahlaken meşru olduğunu savunmuştur. Ancak bir devletin topraklarında bulunan diğer bir ülkenin vatandaşlarını

gerçekleşen bir eylem olduğuna yönelik bir görüş için, bkz. Anthony D'Amato, "Israel's Air Strike upon the Iraq Nuclear Reactor", *AJIL*, C.77, 1983, s.584-588.

¹⁰⁴ Petreski, *a.g.e.*, s.5.

¹⁰⁵ Dinstein, *a.g.e.*, s.258.

¹⁰⁶ Alder, *a.g.e.*, s. 138,139.

koruma bakımından yetersiz yahut isteksiz olduğu hallerde o devletin rızası olmadan böyle bir müdahale hakkının var olup olmadığı meselesi tartışma yaratmıştır.¹⁰⁷

1.1.2.4.2. İnsancıl Müdahale

İnsancıl müdahale doktrini bir devletin diğer bir devlete karşı meşru müdafaa hakkı haricinde o devletteki yaygın insan hakkı ihlallerini önleme amacıyla askeri güç kullanmasını öngörmektedir.¹⁰⁸ Her ne kadar doktrinindeki çoğu tanımda insancıl müdahalenin askeri nitelikte olduğu belirtilse de, silahlı kuvvet kullanma tehdidinin veya silahlı olmayan kuvvet kullanımlarının da insancıl müdahale kapsamında ele alınabileceğini belirtmek yanlış olmayacaktır.

İnsancıl müdahaleye yönelik olarak, bu hususun Şart'ta düzenlenip düzenlenmeyeceği de tartışılmıştır. Gerçekten de San Francisco görüşmeleri sırasında Fransa, BM Şartı'nın 2. maddesinin 7. bendinde düzenlenen ve Şart'ın hiçbir hükmünün Örgüte bir devletin içişlerine karışma yetkisi vermeyeceğine yönelik düzenlemeye ilişkin olarak, bir devletin barışı tehlikeye atacak şekilde kendi ülkesinde temel özgürlükleri ve insan haklarını açık bir şekilde ihlal ettiği hallerde de uluslararası müdahaleye cevaz verecek bir düzenleme önermiştir.¹⁰⁹ Ancak bu teklif Şart'a dahil

¹⁰⁷ Uganda bu operasyon için uygun bir şekilde rıza alınması gerektiğini dile getirerek, İsrail'in fiilini devletin toprak bütünlüğü ve egemenliğinin bir ihlali ve dolayısıyla ülkesine karşı bir saldırı olarak yorumlamıştır. Söz konusu hareket uluslararası toplum tarafından da yoğun bir şekilde eleştiri alsa da ABD bunun geçici bir ihlal olduğu gerekçesiyle İsrail'in yanında yer almıştır. BM'den resmi bir kınama kararı çıkmamış, ancak, o zamanki BM Genel Sekreteri Kurt Waldheim, İsrail komando baskınının "Birleşmiş Milletler'in üyesi bir devletin egemenliğine karşı kaba bir saldırganlık" olduğunu belirtmiştir. (Bkz. Jack Sigman, Why did the UN condemn Operation Entebbe?, (Çevrimiçi) <https://www.quora.com/Why-did-the-UN-condemn-Operation-Entebbe>, 13 Mart 2018.

¹⁰⁸ Sean D. Murphy, "Criminalizing Humanitarian Intervention", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C.41, S.2, 2009, s.341. İnsancıl müdahale (humanitarian intervention) kavramı özellikle son dönemde koruma sorumluluğu (responsibility to protect-R2P) kavramına dönüşmüştür. Böyle bir kavram değişikliğinin sebebi müdahale edeni değil, mağduru eksene alan bir yaklaşımın benimsenmesidir.

¹⁰⁹ Thomas M. Franck, *Recourse to Force – State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, s. 18.

edilmemiş, dolayısıyla kuvvet kullanma bakımından Şart'ta öngörülen temel iki istisna haricinde başka bir istisnaya yer verilmemiştir.

Ciddi insan hakları ihlalleri yaşanan devletin, bu ihlallere yönelik olarak tavrı insancıl müdahalede bulunulması noktasında önem arz etmektedir. Bu ihlallerin kaynağı devletin kendisi olabileceği gibi, devlet bu ihlalleri engellemede yahut bastırmada isteksiz veya önlemeye çalışmasına rağmen aciz olabilir.¹¹⁰ Bu noktada devletin içinde bulunduğu duruma ilişkin bir tespitin yapılması önem arz etmektedir. Bu açıdan Şart'ın VII. Bölümü kapsamında Güvenlik Konseyi'nin yetkisi çerçevesinde bu tespiti yapması ve insancıl amaçla kuvvet kullanması noktasında bir tartışma yoktur. Söz konusu ayrılık, Güvenlik Konseyi'nin böyle bir karar alamaması noktasında ortaya çıkmaktadır.¹¹¹

İnsani müdahale kavramı bakımından özellikle NATO'nun Kosova müdahalesi ve ardından Libya'ya¹¹² gerçekleştirilen askeri müdahaleler birer dönüm noktası teşkil etmiştir. Kosova'da meydana gelen olaylar sırasında katliamların tüm kamuoyunun bilgisi dahilinde gerçekleşmesine rağmen, Güvenlik Konseyi'nin herhangi bir karar alamaması üzerine NATO devreye sokularak Belgrad bombalanmış ve bu sayede katliamların kesilmesi sağlanmıştır.¹¹³ Güvenlik Konseyi kararı olmadan gerçekleştirilen bu operasyonun kuvvet kullanma bakımından uluslararası hukuka aykırılığı açıktır. Bu olayın ardından, gerçekten de ağır insan hakkı ihlalleri yaşanan bölgeler bakımından, hukuka uygun bir kararın alınmadığı takdirde ne şekillerde müdahalede bulunabileceğine yönelik olarak Müdahale ve Devlet Egemenliği

¹¹⁰ David Vessel, "The Lonely Pragmatist: Humanitarian Intervention in Imperfect World", **Brigham Young University Journal of Public Law**, C. 18, S.1, 2004, s. 4.

¹¹¹ Bölüm VII bakımından Konseyin pratiklerine ilişkin kapsayıcı bir araştırma raporu için bkz. Special Research Report No. 1: Security Council Action Under Chapter VII: Myths and Realities, s.1-36, (Çevrimiçi) <https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/lookup-c-gIKWLeMTIsG-b-4202671.php>, 30 Mart 2018.

¹¹² Libya örneğinde hukuki bir tartışmanın bulunmadığı söylenebilir. 1973 sayılı Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde Libya'ya yönelik kuvvet kullanımında, özellikle kararda belirtilen hususların Libya halkını koruma adına yapıldığı belirtilmektedir.

¹¹³ Özgür Mumcu, "Koruma Sorumluluğu, İnsancıl Müdahale ve Kuvvet Kullanma Hukuku", **Suriye Krizinin Hukuki Boyutları**, ed. Mehmet Karlı, Bleda Rıza Kurtarcan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No: 76, t.y, s.19.

Uluslararası Komisyonu'nun raporunda¹¹⁴ ve 2005 yılında yapılan Dünya Zirvesi'nin Sonuç Bildirgesinde¹¹⁵ bir takım görüşler ortaya konulmuştur. İnsani müdahaleye ilişkin bu tartışmalarda özellikle “egemenlik” kavramına yeni bir yön verilmesi istenmektedir. Şöyle ki bir devletin egemenliğine yönelik hukuk dışı bir müdahalenin olamayacağına ilişkin temel kuralın aksine, bazı yazarlar egemenliğin devletin kendi ülkesindeki insanları koruma sorumluluğunu da kapsadığını, dolayısıyla bunu gerçekleştirememesi halinde uluslararası toplumun müdahalesinin uygun olacağını belirtmektedir.¹¹⁶

Cassese, bu sorumluluğun ihlali halinde uluslararası toplum bakımından müdahale hakkının doğması için belirli şartlar öne sürmüştür. Bu şartlar şöyle belirtilebilir: Müdahalede bulunulması açısından, yüzlerce yahut binlerce masum insanın hayatına mal olan ve insanlığa karşı suç niteliği taşıyan fiillerin bizzat ilgili devletçe gerçekleştirilmesi veya devletin bunları engellemede isteksiz davranması yahut engellemekten aciz olması gerekmektedir. Bir müdahale gerçekleşmeden önce söz konusu fiiller eğer devletin içerisindeki anarşi ortamından kaynaklanmakta ise, ilgili devletin yetersizliğinin ispatı gerekli olup, şayet devlet kasten diğer devletlerden yahut uluslararası örgütlerden gelecek desteği reddediyor ise bu hususun da kanıtlanması gerekecektir. Devlet aracılığı ile gerçekleştirilmekte olan fiiller bakımından, ilgili devletin Birleşmiş Milletler'in kararlarını sistematik olarak tanımadığı da ispatlanmalıdır. Ayrıca Güvenlik Konseyi veto sebebiyle kilit halde olmalı ve herhangi bir karar verebilecek durumda olmamalıdır. Bu gibi hallerde söz konusu müdahale, bir grup devlet tarafından (yalnız bir egemen güç tarafından değil) gerçekleştirilmeli ve bu

¹¹⁴Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, (Çevrimiçi), <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, 10 Nisan 2018.

¹¹⁵Belgede, her devletin soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçlara karşı nüfusunu koruma sorumluluğu olduğu düzenlenmiştir. Devletin bu noktada yetersiz kalması halinde ise, bütün devletlerin insanların bu suçlar bakımından korunmasına yönelik sorumluluklarının olduğu değerlendirilmiştir. Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005, 60/I 2005 World Summit Outcome, (Çevrimiçi) http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RE_S_60_1.pdf, 30 Mayıs 2018, par.138.

¹¹⁶Bu noktada özellikle eski BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın Nobel Barış Ödülündeki konuşmasından şu kısım paylaşılabilir: “Devletlerin egemenliği artık ağır insan hakları ihlallerine yönelik bir kalkan değildir”, bkz. Franck, **Recourse to Force – State Action Against Threats and Armed Attack**, s.41.

amaçla kullanılacak olan kuvvet, zulmün durdurulması ve insan haklarına yönelik ihlallerin engellenmesi ile orantılı olmalıdır.¹¹⁷

1.2. Uluslararası Hukukta Saldırının Yasaklanması

1.2.1. Milletler Cemiyeti Dönemi: SSCB'nin Saldırı Tanımı Tasarısı

Saldırı terimi Milletler Cemiyeti'nin kurulmasından çok daha önce 19. yüzyıldaki çeşitli savunma ittifak anlaşmalarında kullanılmış olsa da, bu açıdan hukuki olarak herhangi bir anlam ifade etmeyen bir terim olarak kabul edilmiştir.¹¹⁸ Saldırının hukuki bir kavram olarak tanınması bakımından tarihteki önemli ilk düzenlemeler 1899 – 1907 La Haye Konferansları olarak kabul edilebilecekse de, çalışmada inceleneceği üzere bu terimin hukuk literatüründe kavramsal olarak kendine asıl yer edinişi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleşmiştir.

Daha önce de değinildiği üzere, iki savaş arası dönemde faaliyet gösteren Milletler Cemiyeti, saldırı tanımına Misak'ta yer vermemiştir. Bununla birlikte Misak'ın 10. maddesi "*cemiyet üyelerinin diğer üyelerin ülke bütünlüklerine, siyasal bağımsızlıklarına saygı gösterme yükümünü yüklenerek, dışarıdan gelecek herhangi bir saldırıya karşı koruma önlemi alacakları*" nı düzenlemektedir. Söz konusu önlem alma yükümlülüğün nasıl yerine getirileceğine ise Konsey'in karar vereceği hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁷ Antonio Cassese, "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", **EJIL**, C.10, S.1, 1999, s.27.

¹¹⁸ Muhammed Aziz Shukri, "Individual Responsibility for the Crime of Aggression", **International Criminal Justice-Law and Practise from the Rome Statute to It's Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s. 519.

Milletler Cemiyeti Misakı'nın saldırı tanımı noktasındaki eksikliği, uygulamada Misak'ta öngörülen kolektif güvenlik mekanizmasının işletilmesi bakımından başarısızlığa sebep olmuştur. Bu tecrübeler doğrultusunda saldırıya ilişkin tanımın amacına uygun bir şekilde hukuki bir zeminde düzenlenmesinin gerekliliği açıkça ortaya çıkmıştır.¹¹⁹

Saldırının tanımı çabaları açısından 1933'te Sovyetler Birliğinin Cenevre Silahsızlanma Konferansında sunduğu saldırının tanımı için tasarı teklifi bu konuda önemli bir adım olmuştur. Söz konusu teklif saldırıyı oluşturacak beş ayrı fiili metinde düzenlemiş ve söz konusu fiillerin meşrulaştırılması bakımından herhangi siyasi, askeri, ekonomik veya başka bir iddianın mazeret olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir.¹²⁰ Saldırının belirlenmesinde savaşı ilk ilan eden tarafın sorumluluğu kabul edilmiş, silahlı güçlerle, bombalamayla yahut ablukayla diğer bir devleti işgal fiili esas alınmıştır. Ancak söz konusu tasarı gerekli desteğe sahip olamamış ve kabul edilmemiştir.¹²¹

Söz konusu teklif esas alınarak 3 Temmuz 1933 tarihinde SSCB, Romanya, Afganistan, Estonya, Letonya, İran, Polonya ve Türkiye tarafından Saldırı Tanımı Sözleşmesi (Tecavüzün Tarifi Mukavelesnamesi) imzalanmıştır.¹²² Bu Sözleşme'nin 3. maddesinde aşağıdaki fiilleri gerçekleştiren devletin saldırgan addedileceği düzenlenmiştir;

- 1- *Diğer bir devlete harp ilanı;*
- 2- *Silahlı kuvvetler tarafından, harp ilan edilmeksizin bile, diğer bir devlet arazisinin istilası;*
- 3- *Kara, deniz veya hava kuvvetleri tarafından harp ilan edilmeksizin bile diğer bir devlet arazisine, gemilerine vya tayyarelerine hücum edilmesi;*

¹¹⁹ Page Wilson, **Agresssion, Crime and International Security**, Abingdon, Routledge, Contemporary Security Studies, 2009, s.35.

¹²⁰ **A.e.**

¹²¹ İlyas Doğan, **Devletler Hukuku**, 3.bs, Ankara, Astana Yayınları, 2016, s.190,191.

¹²² Convention Defining Aggression, **AJIL**, C. 27, S. 4, s. 192-195.

- 4- *Diğer bir devletin sahil veya limanlarının denizden abluka edilmesi;*
- 5- *Arazisinde teşekkül ederek diğer bir devletin arazisini istila eden silahlı çetelerin himaye edilmesi veya istila edilen Devlet tarafından vaki talebe rağmen bu çeteleri bilimum muavenet ve himayeden mahrum bırakmak için kendi arazisinde iktidari dahilinde olan bütün tedbirlerin alınmasından imtina olunması.*

Ayrıca Sözleşmenin 3. maddesine ek olarak düzenlenen aşağıdaki hallerin söz konusu fiiller bakımından saldırıya ilişkin herhangi bir meşru zemin sağlamayacağı hüküm altına alınmıştır;

- A. *Bir devletin dahili vaziyeti; Mesela, siyasi iktisadi veya içtimai bünyesi; idaresine isnat olunan kusurlar; grevler ihtilaller, mukabil ihtilaller veya dahili harpten mütevellit karışıklıklar*
- B. *Bir devletin uluslararası tavır ve hareketi; Mesela, yabancı bir devletin veya tebaasının hukukunun veya maddi veya manevi menfaatinin ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesine maruz bulunması; siyasi veya iktisadi ilişkinin kesilmesi; iktisadi veya mali boykot tedbirleri; yabancı Devletlere ait iktisadi, mali veya sair borçlara ilişkin ihtilaflar; ikinci madde ile tayin edilen tecavüz şıklarından birine dahil olmayan hudut hadiseleri.*

Saldırının tanımlanması bakımından bu dönemde gerçekleştirilmiş olan bir diğer önemli düzenleme ise Sadabat Paktıdır. Bölgesel bir andlaşma olan Sadabat Paktı (Ademi Tecavüz Muahedenamesi) Türkiye, Irak, İran ve Afganistan arasında 1937 yılında imzalanmıştır. Paktta saldırı teşkil eden fiiller 4. maddede yer almıştır. Saldırı teşkil eden fiiller şu şekilde sıralanmıştır;

1- *Harb ilanı;*

2- *Harb ilan edilmeksizin dahi olsa, bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından diğer bir devlet arazisinin istilası;*

3- Bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetleri tarafından, harb ilan edilmeksizin dahi olsa, diğer bir Devletin arazisine, gemilerine veya tayyarelerine taarruz;

4- Mütecavize doğrudan doğruya veya bilvasıta yardım ve müzaheret.

Pakt yalnızca saldırmazlık odaklı bir düzenleme olup, II. Dünya Savaşı'nın başlamasıyla birlikte, ne yazık ki önemini yitirmiştir.

1.2.2. BM Dönemi Tanım Çabaları

1.2.2.1. Düzenlemeye Yönelik İlk Adımlar

II. Dünya Savaşı'ndan sonra kazanan devletler (Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Sovyetler Birliği) ve Çin 1944'te Dumbarton Oaks, Washington'da uluslararası saldırıya karşı zorunlu bir yaptırım öngörecektir bir sistem oluşturmak için toplanmışlardır.¹²³

Bu görüşmenin ardından yapılan tartışmalarda saldırının tanımının yapılmasına yönelik çabalar, böyle bir tanımın yokluğu halinde Güvenlik Konseyi'nce saldırı fiilinin hiçbir hukuki zemine dayanılmadan (veya böyle bir zemine gerek olmaksızın) tespit edilmesi keyfiyetine yol açacağı sebebiyle, az gelişmiş ülkeler tarafından desteklenmiştir. Bununla birlikte, bir saldırı gerçekleşikten sonra gerekli tedbirlerin alınması noktasında siyasi veya stratejik sebepler ile Konsey üyelerinin bu konuda bir tespitte bulunma bakımından isteksiz olabileceği riski de ayrı bir endişe kaynağı olmuştur.¹²⁴ Saldırı tanımının dahil edilmesine karşı olan devletler Güvenlik Konseyi'nin daha etkili çalışması için daha geniş bir manevra alanına sahip olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹²⁵

¹²³Noah Weisbord, "Prosecuting Aggression", *Harvard International Law Journal*, C. 49, S.1, 2008, s. 166.

¹²⁴Oscar Solera, *Defining Crime of Aggression*, London, Cameron May, 2007, s.50,54.

¹²⁵A.e.

Bu bağlamda tanım çabalarının aslında devletlerin politik bakış açısını net bir şekilde yansıttığı gözlemlenmektedir. Özellikle SSCB'nin tanımda ısrarı komünizmin yayılmasını engellemeye çalışan batılı devletlere bir mesaj iken, batılı devletler ise söz konusu yetkilerini muhafaza etmek istemiş, küçük devletler ise bu hususta uzun süre SSCB'nin yanında yer almış olsalar da, daha sonra tanıma ilişkin kendi politikalarını oluşturmuşlardır.¹²⁶

San Francisco Konferansı'nda, saldırının tanımına ilişkin üç devlet teklif sunmuştur. Çekoslovakya, Bolivya ve Filipinler'in teklifleri karşılaştırıldığında, öncülleri olan Sovyet teklifine temelde oldukça benzedikleri gözlemlenmektedir. Metinlerin içeriğinde özellikle dikkat çeken husus, Solera'nın da haklıca belirttiği üzere devletlerin genel bir tanımdan ziyade, saldırıyı oluşturan fiillerin sıralanmasını tercih etmeleridir.¹²⁷ Yine tanımların çoğunda saldırganın belirlenmesi önceliğine yer verilerek, bu bakımdan sayılan fiilleri ilk gerçekleştiren devletin saldırgan sayılacağı belirtilmiştir.

Bu teklifler üzerinde herhangi bir uzlaşma sağlanamamış, ancak San Francisco Konferansında saldırının tanımlanamaması bu çalışmaların rafa kaldırılmasına sebebiyet vermemiştir. Bilakis, Kore krizi saldırının tanımına olan ihtiyacı tekrar devletlere hatırlatmıştır.¹²⁸ Bu doğrultuda UHK'ye 1947 yılında barışa ve insanlığın güvenliğine karşı suçlar için bir tasarı hazırlama görevi verilmiştir. Ancak Komisyon'un

¹²⁶Acer, **a.g.e.**, s. 85,86.

¹²⁷Solera, **Defining Crime of Aggression**, s.62.

¹²⁸Kore Savaşı esnasında Soğuk Savaş sebebiyle Güvenlik Konseyi ne saldırıya ilişkin bir tespit yapabilmiş ne de kuvvet kullanılmasına yönelik bir karar verebilmiştir. Bu tikanıklığı aşma amacıyla, SSCB'nin Kore'deki durumla ilgili üç vetosunu takiben, altı Güvenlik Konseyi üyesi Genel Kurul'dan görüşme talebinde bulunmuştur. Her ne kadar Güvenlik Konseyi konuyu gündeminden kaldırsa da, vetoya tabi olmayan usul meselesi sebebiyle, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 11. maddesi uyarınca konunun serbestçe tartışılmasına olanak tanınmıştır. Genel Kurul tarafından bu hususa yönelik olarak 3 Kasım 1950'de "Barış için Birlik" olarak addedilen kararda; Güvenlik Konseyi'nin, kalıcı üyelerinin oybirliğine ulaşamamaları nedeniyle, Kore'deki Çin komünist müdahalesine ilişkin olarak uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında birincil sorumluluğunu yerine getirmedini belirtilerek, Genel Kurulun barışın ihlali yahut tehdidi veya saldırı fiilinin varlığı halinde, silahlı kuvvetlerin kullanılması ve ortak önlem alınmasını da içerebilen hususları derhal ele almakla yetkili olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ahmet Hamdi Topal, "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı'nın Uygulanabilirliği", **TAAD**, C.5, S.19, 2014, s.116,117. Ayrıca bkz. Security Council Deadlocks and Uniting for Peace: An Abridged History, (Çevrimiçi) http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Security_Council_Deadlocks_and_Uniting_for_Peace.pdf, 10 Nisan 2018.

yoğun tartışmalardan sonra en son önerilmiş olan saldırının tanımına ilişkin taslak teklif Komisyon'da yapılan oylama sonucunda kabul edilmemiştir.¹²⁹

1.2.2.2. 1952-1974 Saldırı Tanımı Çalışmaları

Genel Kurul, 1952 yılında bu konuda bir tanıma ulaşılmaması amacıyla özel bir komite kurmuştur. Genel Kurul'un 688 (VII) kararı çerçevesinde oluşturulan Komite çalışmalarını 1953 yılının Ağustos ve Eylül ayları arasında kısa bir dönem için sürdürmüştür. Komite bir sonuca ulaşamasa da, bu çalışmalar, soğuk savaşın uzlaşmaz blokları dışında üçüncü bir tarafın doğmasına ve bu tarafın tanıma ulaşılmaması bakımından etken güç olmasına yol açmıştır.¹³⁰

Birinci Komitenin denemelerinden sonra oluşturulan ikinci Komite ise 1956 yılının Ekim ve Kasım aylarında çalışmalarını yürütmüştür. Her ne kadar bu Komite'de de bir tanıma ulaşılamasa da, tartışmalar sırasında özellikle bazı ülkelerin desteklediği şekilde tanımın genel bir görünümünün belirlenmesi ve ardından saldırıyı oluşturacak fiillerin sayılması fikri, daha sonra kabul edilecek tanıma bir zemin oluşturmuştur.¹³¹ 1957'den 1967'ye kadar çalışmalarını sürdüren üçüncü Komite ise dönemdeki uluslararası yoğun gerginlikler sebebiyle kaydadeğer bir çalışma yürütememiştir.¹³²

¹²⁹Alfaro'nun sunduğu taslak şu şekildeydi; "*Saldırı, bir devlet ya da hükümet tarafından bir başka devlete, herhangi bir şekilde, hangi tür silahlar ile gerçekleştirilmiş olursa olsun, açıkça veya başka bir yol ile, bireysel ya da kolektif meşru müdafaa hali veya Birleşmiş Milletler'in yetkili organınca verilecek tavsiyenin veya kararın ifası halleri dışındaki sebeplerle kuvvet kullanılması veya kuvvet kullanılması tehdidinde bulunulmasıdır*" Bkz. A/CN.4/L.8 Memorandum submitted by Mr. Ricardo J. Alfaro, (Çevrimiçi), http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_18.pdf&lang=E, 9 Ağustos 2018.

¹³⁰Solera, **Defining Crime of Aggression**, s. 131.

¹³¹A.e., s. 143.

¹³²Bu dönemde uluslararası toplum özellikle Afrika ülkelerinin bağımsızlıklarını kazanmasına ve yeni güç odakları olarak BM'nin üye sayısının artmasına tanıklık etmiş ancak öte yandan bu gelişmelerin uluslararası düzeydeki çatışmaları da hızlı şekilde arttırması, ABD'nin yürüttüğü Vietnam savaşı ve soğuk savaşın hızlanan ritmi ve özellikle komşu devletler arasında yükselen kutuplaşma neticesinde tansiyonların yükselmesi, böyle hassas bir konu üzerinde sağlıklı bir şekilde çalışılmasını imkansız hale getirmiştir.

Tanıma giden yolda, saldırgan bir devletin söz konusu tanımın boşluklarını lehine çeviremeyecek bir tanımın ortaya konulmasında ve tüm olası saldırı eylemlerinin doğru bir şekilde sıralanmasında oldukça zorlanılmıştır. Söz konusu düzenlemeler daha olgunlaşmadan bir yandan da çatışmaların devam etmesi, siyasetin bu tanım çabalarına gereğinden fazla şekilde dahil olmasına sebebiyet vermiştir.¹³³ Böyle bir durum, Güvenlik Konseyi ve genel olarak BM yapısı için büyük bir güvensizlik ortamı yaratmıştır.

Saldırının tanımı bakımından tartışılan ilk husus, genel bir saldırı tanımının düzenlemede yer alıp almayacağı olmuştur. Karma bir yaklaşımın kabulü halinde saldırı fiillerinin de düzenlemede yer alıp almayacağı, yer alması halinde ise sayılan fiillerin sınırlı sayıda olup olmayacağı masaya yatırılmıştır.

Bir diğer husus ise söz konusu düzenlemede, birtakım istisnaların (Şart'ta belirtilen meşru müdafaa istisnası, insancıl müdahale, vatandaşların kurtarılması vb.) öngörülüp öngörülemeyeceğidir. Saldırı özelinde, belirli istisnaların kabul edilip edilmeyeceği hususu, yine bu istisnaların da sınırlı sayıda olup olmayacağı tartışmalarını doğurmuştur. Ayrıca devletlerin belirli bir kastının saldırının tespiti bakımından bir koşul olup olmayacağı, böyle bir koşul bulunsa bile, bu hususun ispatının nasıl gerçekleştirilebileceği de tanım açısından büyük bir handikap olarak görülmüştür. Başat tartışma konularının bir diğer eksenini de dolaylı saldırı hususunda olmuştur. Özellikle devletlerin kendi birliklerini kullanmadığı ancak devlet dışı örgütler (paramiliter örgütler, terörist gruplar yahut şirketler vs.) eliyle bazı ülkelerin egemenliğine yahut bağımsızlığına yönelik fiiller bakımından nasıl bir düzenleme getirileceği önem arz etmiştir.

Her silahlı kuvvet kullanmanın saldırı oluşturup oluşturmayacağı, oluşturmayacağı varsayımında ise madde metninde bu hususa yönelik olarak bir eşik getirilip getirilmeyeceği üzerinde bir fikir birliğine varılamamıştır. Bir eşik getirilmesi

¹³³ Nicolaos Strapatsas, "Aggression", **Routledge Handbook of International Criminal Law**, ed. William A. Schabas, Nadia Bernez, Routledge Handbook of International Criminal Law, 2011, s.156.

noktasında Şart'ta yer alan bazı ifadelerin (örneğin barışın tehdidi ve barışın bozulması) bu doğrultuda yapılacak bir düzenleme için yeterince belirgin nitelikte olmadığı tespiti yapılmıştır.

1.2.2.3. 1974 tarihli “Saldırının Tanımı” Kararı

Adı geçen üç komitenin çalışmalarından sonra Genel Kurul “Saldırımı Tanımlama Sorunu Hakkında Özel Komite” yi oluşturmuştur.¹³⁴ Genel Kurul tarafından görevlendirilen III. Özel Komite 1974 yılında saldırı konusunda bir tanıma ulaşmıştır. Komite üyelerinin bu tanıma ulaşırken asıl pozisyonlarından oldukça uzaklaştıkları ve birçok konuda her delegenin taviz verdiği bir gerçektir.¹³⁵ Tanıma ulaşılmasında bu çabaların özellikle üçüncü dünya ülkelerinin öncülüğünde ilerlemesi ile mümkün olduğu da belirtilmelidir.¹³⁶

Söz konusu kararın hazırlanmasının belki de en büyük tetikleyicisi, dönem itibariyle artık bir gereklilik olarak ortaya çıkan, BM Şartı 39. maddesinde öngörüldüğü üzere Güvenlik Konseyi'nin bir saldırı fiilinin gerçekleştiğinin tespitini nasıl yapacağını ve barış ve güvenliğin yeniden kurulması için hangi tavsiye yahut önlemlerde bulunabileceğinin hukuki olarak belirlenmesi olmuştur.¹³⁷

¹³⁴Genel Kurul'un 18 Aralık 1967 tarihli 2330 (XXII) sayılı kararı ile, Kul, **a.g.e.**, s. 70.

¹³⁵Solera, **Defining Crime of Aggression**, s. 193.

¹³⁶Acer, **a.g.e.**, s. 87.

¹³⁷Joachim Gewehr, **Defining Aggression for the International Criminal Court: A proposal**, Cape Town University Faculty of Law, Thesis in International Law, 2003, s.18.

Genel Kurul bu taslak metin çerçevesinde 14 Aralık 1974'te 3314 (XXIX) sayılı "Saldırının Tanımı" kararını kabul etmiştir. Her ne kadar uzun bir zamanın ardından bu hususta bir sonuca ulaşılması oldukça umut verici bir gelişme olarak nitelendirilse de, söz konusu düzenleme bir tanım değil bir tarif içerdiği eleştirilerine maruz kalmıştır.¹³⁸ 1.maddede Saldırı, "*bir Devletin diğer bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu Tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Andlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılması*"¹³⁹ olarak belirtilmiştir. Burada genel bir saldırı tanımı yapılırken, saldırı fiillerinin neler olduğu 3. fıkrada açıklanmış ancak sayılan örneklerin belirtilenlerle sınırlandırılmadığı belirtilmiştir.¹⁴⁰

Kararın 2. maddesi "*Bir Devletin Birleşmiş Milletler Andlaşması'na aykırı şekilde ilk defa silahlı kuvvet kullanması, bir saldırı fiilinin prima facie kanıtını teşkil eder; ancak Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Andlaşması'na uygun şekilde, bir saldırı fiilinin işlenmiş olduğu konusundaki bir tespitin, söz konusu fiillerin veya sonuçlarının yeterli ağırlıkta olmaması da dahil olmak üzere; diğer ilgili şartların ışığında haklı olamayacağı sonucuna varabilir.*"¹⁴¹ şeklindedir.

Madde 3'te sınırlı olmamak kaydı ile, savaş ilan edilmiş olsun olmasın saldırı fiili niteliğini haiz fiiller belirtilmiştir:

- a- "*Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhakı;*

¹³⁸Gewehr, **a.g.e.**, s.20.

¹³⁹İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3.bs, 2016, s. 670.

¹⁴⁰Stefan Barriga, Leena Grover, "A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression", **AJIL**, C.105, No:3,2011, s.521.

¹⁴¹ Bu madde de özellikle yeterli ağırlığının ne olduğunun belirsiz olması, güçlü devletler bakımından haksız tespite ulaşmayı kolaylaştırmaktadır, Kaya, **a.g.e.**, s. 670.

- b- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir Devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir Devletin diğer bir Devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;*
- c- Bir Devletin liman veya kıyılarının diğer bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;*
- d- Bir Devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;*
- e- Bir Devletin başka bir Devlette sonucusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;*
- f- Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;*
- g- Bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına diğer bir Devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması”¹⁴²*

Her ne kadar Komite çalışmalarında saldırıya yönelik istisnaların varlığı tartışılrsa da, meşru müdafaa ve self determinasyon gibi istisnalar bu kararda yer almamıştır -ki bunun bilinçli bir tercih olduğu düşünülebilir. Ancak bir fiilin BM'nin amaçlarına aykırı olmaması gerektiği hükmü göz önüne alındığında, bu çerçevede yapılacak analizler Şart hükümlerine göre incelenebilecektir.

Söz konusu kararla saldırı tanımının kabulünün uluslararası hukukta oldukça ses getirdiği bir gerçektir. Ancak bu tanımın etkinliği ne yazık ki beklenen şekilde

¹⁴²Kaya, a.g.e., s. 670,672.

gerçekleşmemiştir, zira Genel Kurul kararları bilindiği üzere devletler açısından bağlayıcı değildir. Lakin bu kararlar, kamuoyunun beklentileri açısından bir devlet pratiği yaratabildikleri gibi, bir farkındalığın oluşturulması suretiyle mevcut hukuku daha ileriye taşımaktadırlar. Bu bakımdan tanımın bir Genel Kurul kararı ile varlık kazanmasının bağlayıcı olup olmaması bakımından büyük bir kayıp olarak görülmesi, doğru bir tespit olmayacaktır. Aynı zamanda devletlerin tamamen politik bakımdan incelediği kuvvet kullanmanın, saldırı çerçevesinde spesifik bir şekilde ele alınması ve hukuk disiplini altında tartışılmış olması barış ve güvenliğin sağlanması adına oldukça umut verici bir gelişme olarak addedilebilir. Bu sayede Devletler barışa sadık olma konusundaki iradelerini bu tanım çerçevesinde kanıtlama imkanını haiz olmaktadır.¹⁴³

Tanımın kabulünden sonra bunun BM uygulamasında nasıl vücut bulduğuna ilişkin bir inceleme, tanıma şu ana kadarki BM pratiğinde hak ettiği şekilde başvurulmadığını gözler önüne sermektedir. Özellikle Güvenlik Konseyi kararlarında

¹⁴³ Solera, **Defining Crime of Aggression**, s.201-204. Bu noktada, saldırı tanımının özellikle iki bölgesel nitelikli düzenlemede kendine yer bulduğu belirtilebilir. Soğuk Savaş esnasında, ABD'nin Latin Amerika üzerindeki politikaları ekseninde, kıtada güvenliğin sağlanması adına 1947 yılında imzalanan Amerika Kıtası Karşılıklı Yardım Andlaşması (Rio Paketi) için 1975 yılında San Jose Değişiklik Protokolü hazırlanmıştır. Adı geçen protokolün, 3314 sayılı kararın ekseninde hazırlandığı söylenebilir; gerçekten de protokolda saldırı tanımı ve fiillerinin yer aldığı maddeler 3314 sayılı karardan aynı şekilde metne eklenmiş, yalnızca saldırı fiilleri için ilk fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ülkesinin veya bir bölününün ilhaki*”. Bununla birlikte anılan hükme şu şekilde bir ekleme getirilmiştir: “*Sınırları bir andlaşma, yargı kararı yahut hakem kararı tarafından belirlenen bir devletin söz konusu sınırlarının çiğnenmesi yoluyla topraklarının bir diğer devletin silahlı kuvvetleri kullanılarak istilası veya bu tür sınırların yokluğu halinde devletin etkin yetki alanı dahilinde bulunan toprakların istilası*”. Bkz. 1975 Protocol of Amendment to the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty), (Çevrimiçi), <https://www.state.gov/p/wha/rls/69869.htm> 8 Ağustos 2018. Bir diğer düzenleme ise 2005 Afrika Birliği Saldırmazlık ve Ortak Savunma Paketi'dir. Düzenlemede yer alan tanımın, 3314 sayılı karardan belirli noktalarda ayrıldığı belirtilmelidir. Öncelikle Pakt, saldırının sadece devletler tarafından değil, herhangi iç yahut dış bir oluşum eliyle de gerçekleştirilebileceğini düzenlemektedir. Tanımda ayrıca kast unsuru da bulunmakta ve bilerek ve kasten bu fiilin işleneceği belirtilmektedir. Saldırı fiillerinin yer aldığı düzenlemede, 3314 sayılı kararda belirtilen fiiller yer almakla birlikte, bu fiillerin yalnızca üye devletlerden birine gerçekleştirilmesi halinde saldırı fiilinin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ayrıca, fiiller bakımından adı geçen kararla büyük benzerlikler bulunmakla birlikte, ek olarak başka fiiller de öngörülmüştür; saldırı amacıyla gerçekleştirilen casusluk faaliyetleri, teknolojik faaliyetler, istihbarat faaliyetleri de bu minvalde saldırı fiillerini oluşturmaktadır. Nitekim, ulusüstü organize suçlar veya terör faaliyetleri için destek sağlanması da saldırı fiili olarak kabul edilmektedir. Bkz. African Union Non – Aggression and Common Defence Pact, (Çevrimiçi) https://au.int/sites/default/files/treaties/7788-treaty-0031_-_african_union_non-aggression_and_common_defence_pact_e.pdf, 8 Ağustos 2018.

özel olarak bu tanıma hiç atıfta bulunmamıştır.¹⁴⁴ Güvenlik Konseyi, saldırı fiili tespitini içeren 1973 ila 1990 yılları arasında yalnızca otuz dört karar vermiş olup, bu kararların yirmi sekizi Güney Afrika ve Güney Rodezya'daki apartheid rejimleri açısından alınmıştır.¹⁴⁵

1945'ten itibaren Kore Savaşı, Falkland Savaşı, İran-İrak Savaşı ve İsrail'in gerçekleştirdiği ve İsrail'e karşı gerçekleştirilen operasyonlar çerçevesinde kuvvet kullanımı ve saldırı bakımından birçok örnekle karşılaşılmış olsa da, bu örnekler bakımından da Güvenlik Konseyi ifadelerinde ya örtülü bir yaklaşım benimsemiş ya da Konsey'in iç politik dinamikleri nedeniyle, bu fiiller hakkında saldırı tespiti yapılamamıştır.¹⁴⁶

Genel Kurul ise yalnızca iki olay özelinde bu karara atıfta bulunmuştur:¹⁴⁷ Güney Afrika'nın Namibya'ya yönelik fiilleri¹⁴⁸ ve İsrail'in Golan Tepelerine yönelik fiilleri.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Güvenlik Konseyi'nin, md. 39'a yönelik verdiği kararlar bakımından 3314 sayılı karara dayanmaması saldırının bir teamül hukuku kuralı haline gelmesini zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte, bazı yazarlarca 3314 sayılı kararın aldığı bütün eleştirilere rağmen bir teamül hukuku kuralı oluşturduğu belirtilmektedir. Weisbord, **Prosecuting Aggression**, s. 179.

¹⁴⁵ Tom Ruys, "Justiciability, Complementarity and Immunity: Reflections on The Crime of Aggression", **Utrecht Law Review**, C.13, S.1,2017,18, s.22. dp.25. Kararlar için bkz. Angola-South Africa, Res. 387 (1976), Angola-South Africa, Res. 546 (1984), Botswana-South Africa, Res. 568 (1985), Res. 326 (1973), Mozambique-Southern Rhodesia, Res.386 (1976), Mozambique-Southern Rhodesia, Res. 411 (1977), Zambia, Res. 424 (1978), Seychelles, Res. 496 (1981), Israel - Tunisia, Res. 573 (1985), Israel - Tunisia Res. 611 (1988), Benin, Res. 405 (1977) ve Iraq-Kuwait, Res. 660 (1990).

¹⁴⁶ Weisbord, **Prosecuting Aggression**, s. 169.

¹⁴⁷ Bkz. Solera, **Defining Crime of Aggression**, s.203,204.

¹⁴⁸ Bkz. Question of Namibia, Res. 36/121, (Çevrimiçi), <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r121.htm>, 22 Nisan 2018 17 Mayıs 2018.

¹⁴⁹ Bkz. The Situation in the Middle East, Res. 37/123, (Çevrimiçi), <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r123.htm> 22 Nisan 2018.

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL CEZAI SORUMLULUK BAKIMINDAN SALDIRI SUÇU

2.1. Saldırı Suçunda Devletin Sorumluluğu

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu uluslararası hukuk sisteminin doğasından ve devlet egemenliği ve devletlerin eşitliği doktrinlerinden ortaya çıkan temel bir uluslararası hukuk ilkesidir.¹⁵⁰ Devletlerin sorumluluğuna ilişkin ilk kodifikasyon çalışmaları Milletler Cemiyeti çatısı altında başlamıştır. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu ise bu konudaki çalışmalarına 1955’de başlamış, 1996 yılında ilk taslak metin ortaya çıkmış ve 2001 yılında devletlerin sorumluluğuna ilişkin maddeleri içeren son tasarı metni Komisyon tarafından kabul edilmiştir.¹⁵¹ Genel Kurul’un 56/83

¹⁵⁰ Shaw, **a.g.e.**, s. 778.

¹⁵¹ James Crawford, Jacqueline Peel, Simon Olleson, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, **EJIL**, 2001, C.12 S.5, s.994.

sayılı kararı ile kabul ettiği bu metin, bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün ihlali halinde ortaya çıkacak olan uluslararası sorumluluğu genel hatlarıyla düzenlemektedir.¹⁵²

Söz konusu taslaktan önceki düzenleme olan 1996 tarihli tasarıda “uluslararası suçlar” bakımından devletlerin sorumluluğunu öngören bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre uluslararası suç; “*Uluslararası toplumun temel çıkarlarının korunması bakımından önemli bir yükümlülüğün ihlali sonucu ortaya çıkan ve bu toplumun tümü tarafından tanınan uluslararası hukuka aykırı fiil*” olarak tanımlanmış ve uluslararası suçun kaynağının neler olabileceği hususu da diğer bentte düzenlenmiştir.¹⁵³

Ancak söz konusu düzenleme devletlerin uluslararası hukuk bakımından cezai sorumluluğunun bulunmadığını düşünen yazarlar tarafından kuvvetli şekilde eleştirilmiştir.¹⁵⁴ Özellikle güçlü devletler taslaktaki bu düzenlemeye karşı çıkarken, bazı Avrupalı devletler ise (Avusturya, İskandinav ülkeleri, Hollanda, İspanya) bunun muhafaza edilmesini desteklemiştir.¹⁵⁵ Düzenlemenin muhafaza edilmemesi gerektiği görüşünü savunanlar, madde metnindeki uluslararası suç ve hukuka aykırı fiil arasındaki kriterin oldukça belirsiz oluşu, maddenin ikinci fıkrasında sayılan fiillerin zaman içerisinde çoğalabileceği, uluslararası suç ile jus cogens veya erga omnes hükümleri arasındaki ilişkiye yer verilmediği ve söz konusu suçların hukuki sonuçlarına dair düzenlemenin yetersizliği gibi hususları dile getirmişlerdir.¹⁵⁶ Aynı zamanda devleti, bir fiili sebebiyle suçlu haline getirmenin kolektif cezai sorumluluğu tesis etmek anlamına geleceği belirtilmiş ve halihazırda, devletlerarası düzeyde, cezai yaptırımlara karar

¹⁵² Alan Nissel, The ILC Articles on State Responsibility: Between Self-Help and Solidarity, **NYU Journal of International Law and Politics**, C.38, 2006, s.355.

¹⁵³ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries.

¹⁵⁴ Zeynep Ece Pirim, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, C.32, S.2, 2012, s.158.

¹⁵⁵ Crawford, Peel, Olleson, **a.g.e.**, s.977. Buna karşın Schmitt, Kellogg-Briand Paktını işaret ederek, artık savaşın, kamu hukuku disiplininin ayrılarak ceza hukuku disiplinine kaydırılmış olduğunu belirtmiştir. Böylece kaybeden taraf, aynı zamanda “suçlu” da ilan edilerek, diyalog kurulması gereken bir taraf olarak sahip olduğu statüyü de kaybedecektir. Bkz., Ertan M. Kardeş, **Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi**, İstanbul, İletişim, 2015, s.204-206.

¹⁵⁶ Christian J. Tams, All’s Well That Ends Well- Comments on the ILC’s Articles on State Responsibility, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, C.62, 2002, s. 772.

verme işlevi açısından görevlendirilecek ve yeterli düzeyde tarafsız sayılabilecek genel kabul görmüş bir uluslararası organın bulunmadığına dikkat çekilmiştir.¹⁵⁷

Bu görüşler doğrultusunda 2001 metninin II. ve III. Bölümü'nde uluslararası suçlar yerine “*Devletlerin uluslararası hukukun emredici hükümleri altında olan yükümlülüklerini ciddi ve sistematik olarak yerine getirmemesinden doğan ağır ihlalleri*”nden bahsedilerek,¹⁵⁸ devletlere bu tür ihlallere son vermek için işbirliği yapma, ağır ihlal sebebiyle oluşan hukuki durumu tanımama yahut bu durumun devamı bakımından yardım veya destekte bulunmama yükümü yüklenmiştir.¹⁵⁹ Sonuç olarak söz konusu düzenleme ile hukuken bir devletin suç işleyemeyeceği zımnen kabul edilmektedir.¹⁶⁰

Bununla beraber, saldırı suçunun gerçekleştirildiği hallerde BM Şartı madde 51’de öngörüldüğü şekilde bireysel yahut kolektif olarak tek yönlü şekilde silahlı karşılık verilmesine olanak tanındığı da unutulmamalıdır. Dolayısıyla, saldırı suçu bunun mağduru olan devletin sahip olduğu meşru müdafaa hakkı bakımından ayırt edici niteliği haizdir.¹⁶¹ Aynı zamanda, saldırı suçu bakımından bir bireysel cezai sorumluluktan söz etmeden önce, saldırının varlığına ilişkin olarak devletin sorumluluğunun tespiti de bir ön şart olarak aranabilecektir.¹⁶² Bu bakımdan her ne kadar diğer suçlar için Nuremberg

¹⁵⁷ Fifth report on State Responsibility, s. 71, par. 140, (Çevrimiçi), <http://www.gaetanoarangiouriz.it/wp-content/uploads/2017/04/5th-rep-GAR.pdf>, 24 Şubat 2018.

¹⁵⁸ Bu sayede ikili bir andlaşmadan kaynaklanan bir ihlalin yol açtığı hukuka aykırı fiil ile bir ülkede meydana gelen soykırım suçu bakımından sorumluluklar arasında fark gözetilmesi sağlanmıştır.

¹⁵⁹ Doktrinde belirtildiği üzere bu açıdan uluslararası sorumluluk ile ilgili olarak uluslararası hukukun emredici hükümlerine ilişkin yükümlülüklerin ağır ihlalleri ile diğer uluslararası hukuk normlarının ihlalleri arasında bir farklılık yaratılması amaçlanmıştır, bkz., Jana Maftei, “Reflections on the International Responsibility of States for Wrongful Acts”, **Acta Universitatis Danubius. Relationes Internationales**, C.8, S.1, 2015, s.45.

¹⁶⁰ Uluslararası suçlar esasen bir takım devlet uygulamaları neticesinde gerçekleşse de, bu noktanın hukuk disiplini altında kavramsallaştırılması bağlamında devletlerarası sistemin normalde iki taraflı, tamamen yatay bir ilişki içinde olan kurumsallaşmamış yapısı hukuka aykırı fiilde bulunan devlet ile zarara uğrayan devlet arasındaki ilişkinin hukuken düzenleniş biçimini sınırlamaktadır, bkz. Jennifer Balint, **Genocide, State Crime and the Law: In the Name of the State**, Routledge, Abingdon, 2012, s.19-21.

¹⁶¹ Bu bakımdan saldırı suçu özelinde, bu suçun bir devlet suçu olduğu ve diğer ihlaller bakımından ayrılık arz ettiği de dile getirilmiştir. Bkz. Fifth report on State Responsibility, par. 269.

¹⁶² Çalışmanın ilerleyen kısımlarında da değinileceği üzere, saldırı suçu bakımından bireysel cezai sorumluluğa gidilebilmesi için Güvenlik Konseyi’nce böyle bir saldırının var olduğu tespitinin gerekliliği veya savcı tarafından böyle bir karar verilmeden dahi söz konusu kişi için bir soruşturma açıp

Prensiplerinde de belirtildiği üzere bireysel cezai sorumluluk esas ise de, saldırı suçunun devlet politikalarından ayrılamaz niteliği göz önüne alındığında bu suç için böyle bir varsayım doğru olmayabilir. Zira saldırı suçunu oluşturan fiillerin yol açacağı ağırlaştırılmış devlet sorumluluğu ile bireysel cezai sorumluluk arasında, saldırı eylemlerinin her iki seviyede de sorumluluğu gerektirmesinden kaynaklanan bir bağlantı vardır.¹⁶³ Nitekim Roma Statüsü'nün 25. maddesinin 4. fıkrasında bireysel cezai sorumluluk bakımından Statü'de öngörülen düzenlemelerin, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğuna halel getirmeyeceği belirtilerek bu sorunun ayrıca ele alınması çözümü benimsenmiştir.¹⁶⁴

2.2. Bireysel Cezai Sorumluluk

Bireylerin de uluslararası hukukun bir süjesi olduğu düşüncesi, uluslararası ilişkilere doğal hukukun hakim olduğu dönemde kabul edilmiş olsa da, din ile hukuk arasındaki sınırın giderek belirginleşmeye başladığı ve pozitivist düşüncenin benimsendiği bir süreçte, Bodin ve Vattel gibi düşünürlerin devletlerin eşitliği ve egemenliği görüşleri doğrultusunda,¹⁶⁵ devletlerarası ilişkilerde birey artık bir süje olarak kabul edilmemeye başlanmıştır. Bu görüşler çerçevesinde yalnızca egemen siyasal gücün norm koyma yetkisi olduğunun kabulü ile uluslararası hukuk devletlerin kendi yarattıkları sistem içerisindeki yatay düzlemde işleyen bir hukuk düzeni olarak

açamayacağı tartışma konusudur. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu konudaki otonomisi kabul edilmediği takdirde, bunun mahkemenin bağımsızlığı yönünden ciddi eleştirilere yol açacağı söylenebilir, bkz. Dapo Akande, "Prosecuting Aggression: The Consent Problem and The Role of The Security Council", **Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict**, The James Martin 21th Century School University of Oxford, 2010, s.36,37; Edoardo Greppi, "State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases", **International Criminal Justice-Law and Practise from the Rome Statute to It's Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s.499.

¹⁶³ Beatrice I. Bonaf, **The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s.27.

¹⁶⁴ Aynı şekilde bkz., Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, md. 58.

¹⁶⁵ Yitiha Simbeye, **Immunity and International Criminal Law**, London, Routledge, 2004, s.69.

görülmüştür.¹⁶⁶ Ancak yakın tarihte ve özellikle iki dünya savaşının ardından meydana gelen birtakım gelişmeler ile birlikte bireylerin ve devlet dışı aktörlerin de devletlerarası ilişkilerde önemli bir yere sahip olduğunun kabulü bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Saldırı suçu açısından bireysel cezai sorumluluğa dair ilk önemli gelişme, Nuremberg Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesi ile ortaya çıkmıştır. Söz konusu düzenleme ile bireysel sorumluluğun ve devlet sorumluluğunun (hem saldırı savaşı hem de hukuka aykırı nitelikte olabilecek başka herhangi bir kuvvet kullanımı için) hukuken kümülatif olarak var olduğu görüşü benimsenmiştir.¹⁶⁷

Ancak uluslararası ceza hukukunun temeli olan bireysel cezai sorumluluk kapsamında Nuremberg'de yapılan yargılamalar, özellikle bu yargılamaların politik, siyasi, ekonomik temellerden ayrı bir şekilde değerlendirilemeyeceği şeklinde eleştirilere sebebiyet vermiştir.¹⁶⁸ Nitekim, çalışmamızda da inceleneceği üzere uluslararası suçlar bakımından gerçekleşmiş olan yargılamalarda, özellikle lider konumdaki kişilerin yargılanması bir anlamda sanığın tabi olduğu devletin bütün vatandaşlarının yahut devletin kendisinin yargılandığı algısına yol açmaktadır.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Bu bakımdan, Hugo Grotius ulusların hukukunun ihlali halinde bireylerin cezalandırılması hususunu uluslararası bir yargı organı eliyle değil, devletlerin egemenliği çerçevesinde evrensel yargı yetkisi ve *aut dedere aut judicare* prensibiyle çözmektedir, böylece, devletlerin egemenliğine halel getirmeden, uluslararası toplumu ilgilendiren suçlar bakımından yargılamanın önü açılacaktır. Bu ilke, uluslararası hukuk bakımından günümüzde de oldukça önem arz etmektedir. Uluslararası nitelikte bir suçun işlenmesi halinde, yargılamaya yetkili devletin bu kişiyi yargılamaması halinde, diğer devletlere de yargı yetkisi tanıyan ve ilgili kişiyi bu amaçla teslim etme zorunluluğu getiren ilkenin ilk uygulandığı alan ise korsanlık suçu olmuştur. Bkz., Zachary Mills, "Does the World Need Knights Errant to Combat Enemies of All Mankind? Universal Jurisdiction, Connecting Links, and Civil Liability", **Washington and Lee Law Review**, C.66, S.3, 2009, s.1316.

¹⁶⁷ Dinstein, **a.g.e.**, s.104.

¹⁶⁸ Karl Jaspers da Eichmann Davasının başlamasından sonra Hannah Arendt ile yazışmalarında bu durumu "*burada mevzubahis olan hukukun dışında bir şey, ve bunu hukuki terimlerle açıklamaya çalışmak bir hata*" sözleriyle ifade etmiştir. L. Kohler, H. Kohler (eds), Hannah Arendt - Karl Jaspers Correspondence 1926-1969, 1996, s.410'dan aktaran Martti Koskeniemi, "Between Impunity and Show Trials", **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**, C.6, S.1, 2002, s. 2.

¹⁶⁹ Örneğin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılamalarında bu husus oldukça ön plana çıkmış, çoğu sanık, emperyalist devletlerin Sırp halkına yönelik olarak uyguladıkları politikanın bir sonucu olarak bu yargılamaların yapıldığını belirtmiştir.

Psikolojik ve sosyolojik birçok unsuru içinde barındıran bu yargılamalar göstermektedir ki uluslararası suçlar kapsamında ele alınan tarihsel olaylar sorumlu bireylerin niyetleri ve eylemlerini aşmaktadır. Bu sebeple söz konusu suçlara ilişkin yargılamalar ancak yapısal nedenlere dikkat edilerek tam anlamıyla kavranılabilecektir.¹⁷⁰

Bu bağlamda Røling cezai sorumluluk bakımından bireysel sorumluluk ve sistem sorumluluğu olarak ikili bir ayrıma gitmektedir. Røling bu suçların daha çok ulusal çıkarlara hizmet eden genel bir politikanın ya da resmi bir tavrın sonucu olarak nüfusu terörize etmek şeklinde ortaya çıktığını belirtmektedir. Bu açıdan söz konusu suçlar mevcut hükümet sisteminin eğilimlerini ifade etmeleri sebebiyle sistem suçluluğuna örnek teşkil etmektedirler.¹⁷¹ Arendt ise bu noktada II. Dünya Savaşında meydana gelen soykırımının bir takım sapkın bireylerin belirli fiillerinden kaynaklandığı şeklindeki okumanın yanlış bir yöntem olduğunu belirtmiş, bu suçların bir devletin itaatkar kullarının fiilleri olarak ortaya çıktığını iddia etmiştir.¹⁷² Buna karşın Jaspers Almanların suçluluk sorununu ele aldığı çalışmasında, Alman toplumunun kolektif olarak işlenen bütün suçlardan sorumlu olduğunu, ancak burada asıl sorunun her bir bireyin bu müşterek sorumluluğu nasıl hissetmesi gerektiği olduğunu belirtmiştir.¹⁷³ Bu bakımından dört seviye belirlemiştir: Mahkemelerde yargılamanın konusunu oluşturan nesnel nitelikteki cezai suçlar; bir devlette herkesin siyasal bir eylemde bulunduğundan yola çıkılarak herkesin sorumlu hissetmesi gereken siyasi suçlar; yargılayıcısı kişinin vicdanı olan, kendi kendini analiz eden bireyin suçlu hissetmesine neden olan ahlaki

¹⁷⁰ Koskenniemi, **a.g.e.**, s. 13,14.

¹⁷¹ Bert V.A. Rolling, *Criminal Responsibility For Violations of the Laws of War*, s.11,12, (Çevrimiçi) <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201976/RBDI%201976-1/Etudes/RBDI%201976.1%20-%20pp.%208%20%C3%A0%2026%20-%20Bert%20Røling.pdf>, 27 Ocak 2018. Sistem suçluluğuna yönelik olarak yapılan çalışmalar bakımından özellikle “itaat suçları” çerçevesinde bir analiz için bkz. Herbert C. Kelman, Lee Hamilton, **Crimes of Obedience**, New Haven, Yale University Press, 1989. Konuyla ilgili kriminoloji alanından bir bakış açısı için Roelof Haveman, Alette Smeulers, “Criminology in A State of Denial – Towards A Criminology of International Crimes: Supranational Criminology, Methodology”, **Antwerp: Intersentia**, s.3-26, 2008.

¹⁷² **A.e.**

¹⁷³ Karl Jaspers, **Suçluluk Sorunu: Almanya'nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine**, çev. A. Emre Zeybekoğlu, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015, s.89.

suçlar ve “yalnızca insan oldukları için insanlarla mutlak bir dayanışma sergileme eksikliği”nden kaynaklanan metafizik suçlar.¹⁷⁴

Bu eleştiri ve görüşlere rağmen söz konusu yargılamalar hiçbir bireyin hukukun üstünde olmadığı düşüncesini pekiştirmesi, adaletin sadece yerel bir ilke olmadığına yönelik oluşturduğu algı ve ulusüstü adaletin sağlanabilirliğine getirdiği katkılar bakımından insanlık ve hukuk tarihinde bir dönüm noktası oluşturmuştur. Bu bakımdan özellikle üst kademedekilerin yargılanması sembolik de olsa mağdurlar ve suçlular arasında belirli bir “eşitlik” hissi de oluşturabilecektir. Aynı şekilde bireysel cezai sorumluluk bir devlete, bir ulusa, etnik veya dini gruplara yönelik bütüncül suçlamaları engellemeyi sağlayabilecektir.¹⁷⁵ Ancak bu durum kolektif bir masumiyet algısının arkasına saklanılmasını ve suça etki eden temel yapısal özellikleri gözardı etmeyi de kolaylaştırmaktadır.

2.2.1. Bireysel Cezai Sorumluluk Bakımından Yapılan Yargılamalar

2.2.1.1. I. Dünya Savaşı Öncesi Yapılan Yargılamalar

2.2.1.1.1.von Hagenbach’ın Yargılanması

Uluslararası nitelikte bir mahkeme tarafından yargılanan ilk kişi olarak kabul edilen Peter von Hagenbach¹⁷⁶ Burgundy Dükünün yardımcısı olarak savaş esnasında işlediği suçlar nedeniyle yargılanmıştır. Hagenbach’ın yargılanmasının sebeplerini temelde sivil halka yönelik işlediği diğer suçların yanında sistematik öldürme ve cinsel

¹⁷⁴Bu bakımdan Jaspers, asıl iyileşme ve arınmanın tetikleyicisinin cezai ya da siyasi suç olmadığını, suçluluk sorununun kişinin kendine yönelttiği sorular ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Jaspers, **a.g.e.**, s.77-102.

¹⁷⁵ Roosevelt burada farklı bir görüşte olduğunu belirtmiştir: “Çoğu kişi, bütün Alman halkının gerçekleşmiş olanlardan sorumlu olmadığını, sadece birkaç Nazi liderinin sorumlu olduğunu düşünmektedir. Ne yazık ki, bu kanaat gerçeklikleri yansıtmamaktadır Alman halkı, bir bütün olarak modern medeniyetin itidaline karşı bütün ulusun kanunsuz bir komploya dahil olduğunu anlamış olmalıydı.”, bkz. David Bosco, **Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics**, New York, Oxford University Press,2014, s. 25.

¹⁷⁶ **1948 History of the United Nations War Crimes Commission Development of the Laws of War**, s.242, (Çevrimiçi) <http://www.unwcc.org/wp-content/uploads/2017/04/UNWCC-history.pdf> 13 Şubat 2018.

saldırı fiilleri oluşturmuştur. Her ne kadar uluslararası bir oluşum tarafından¹⁷⁷ böyle bir yargılamanın yapılması konusundaki saik açıkça belli olmasa da özel bir yargılama gerekliliği konusunda fikir birliğine varılmıştır. Duruşmalar esnasında, özellikle halkı terörize eden bu kişinin Breisach'ta yaptığı büyük ölçekli katliama değinilerek, Hagenbach'ın “Tanrının ve insanların hukukunu” ayaklar altına aldığı belirtilmiştir.¹⁷⁸

Nuremberg Mahkemeleri öncesi, Schwarzenberger yayınladığı makalede Hagenbach'ın yargılanmasını Nuremberg yargılamalarının selefi sayarak oldukça önemli addetmiştir.¹⁷⁹ Bu şekilde belirli suçlar için uluslararası bir makamın yargılama yapmasının belli bir döneme özgü bir husus olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.¹⁸⁰

2.2.1.1.2. Napoleon Bonaparte'ın Yargılanması için Çabalar

Hagenbach'ın yargılanmasında görüldüğü üzere bireysel cezai sorumluluğun ilk izleri zulüm, katliam, öldürme yahut yağma gibi suçlarda görülmektedir. Söz konusu sorumluluğun doğmasına yol açacak bu fiiller, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları kapsamına girmektedir. Soykırım suçu ise, gerektirdiği özel kast ile kavram olarak II. Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan bir suç tipi olarak bu kapsamda yerini almaktadır.

Saldırı suçu bakımından ise saldırgan bir devletin sorumlularının yargılanması için dünyanın hem savaşa olan bakış açısında hem de bireysel sorumluluk

¹⁷⁷Gerçekten de söz konusu 1474'te gerçekleşen yargılamada, Kutsal Roma İmparatorluğuna bağlı yirmi altı devletin liderleri yahut temsilcileri yargılamayı gerçekleştirmiştir.

¹⁷⁸Margaret D. M. Guzman, “Justifying Extraterritorial War Crimes Trials, Criminal Law and Philosophy”, **Temple University Legal Studies**, C.43 2016, s.7,8.

¹⁷⁹Georg Schwarzenberger, “A Forerunner of Nuremberg: The Breisach War Crime Trial of 1474”, **The Manchester Guardian**'dan aktaran Guzman, **a.g.e.**, s.8.

¹⁸⁰Her ne kadar Hagenbach'ın yargılanması uluslararası ceza yargılamasının ilk örneği olarak gösterilse de, bu yargılamadan çok daha önce, 29 Ekim 1368'te Conradin von Hohenstaufen'in yargılanmasının da uluslararası bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de Napoli ve Sicilya'nın Kralı olarak Papa tarafından iktidarı onaylanmış olan Canjou'lu Charles I ile Tagliacozzo Savaşında iktidar için çarpışan Conradin, Charles'ın süpriz saldırısı sonucu savaşı kaybetmiş, ordusu yenilgiye uğramıştır. Yakalanan Conradin için Charles yargılama yapılması emrini vermiştir. Kendisine yöneltilen suçlamalar sivil mülke yönelik gerçekleşen yağma ve talan, öldürme ve “tanrının ve insanlığın kanunlarına yönelik ihlaller” den oluşmaktaydı. Ayrıca saldırı suçuna eşdeğer referanslar da Conradin'e yapılan ithamlar arasında bulunmaktaydı. Bkz. M. Cherif Bassiouni, **The Legislative History of International Criminal Court**, C.1, New York, Transnational Publishers Ardsley, 2005, s. 16,17.

konusunda düşünsel bir değişikliğe gitmesi gerekmiştir. Bu açıdan saldırı suçunda bireysel cezai sorumluluğun en erken izlerini¹⁸¹ Napoleon Bonaparte'ın Waterloo Savaşı'ndaki yenilgisinden sonra devletlerin izlediği politikada bulmak mümkün olacaktır. Elba adasındaki sürgünden sonra yandaşları ile beraber Paris'e yürümesinin ardından, müttefik devletler bir deklarasyon yayınlayarak Bonaparte'ı "Avrupa'da genel bir barışın yeniden kurulmasının önündeki tek engel" olarak addetmişlerdir.¹⁸²

Napoleon ilerlemesinde başarılı olamamış ve İngiltere'de alıkonulmuştur. İngiltere Napoleon'un Fransızlar tarafından yargılanmasını ve idam edilmesini istemiş olsa da, eski imparatorun Fransızlar için taşıdığı önem göz önüne alındığında, Fransız yetkililer farklı bir yola başvurulması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu bakımdan varılan andlaşmaya istinaden Napoleon, İngiliz makamlarının himayesinde Prusya, Avusturya ve Rusya'nın gözlemcilerini gönderme hakları muhafaza edilerek St. Helena adasına gönderilmiştir.¹⁸³ Ancak bu kişinin St. Helena'ya sürülmesini cezai sorumluluk anlamında değerlendirmek hukuki açıdan mümkün değildir, zira Napoleon'a verilen sürgün işlediği suçlara verilen bir cezadan ziyade tedbir amaçlı şekilde alıkonulmasını amaçlamaktadır. Nitekim kendisine yönelik herhangi bir hukuki süreç başlatılmamış olması da, söz konusu deklarasyonun siyasi bir karardan öteye gidemediğini gösterir niteliktedir.

¹⁸¹ Suç bakımından bir başka emsal niteliği taşıyabilecek örnek dava ise Amerika Birleşik Devletleri'nin erken tarihinde yer almaktadır. Söz konusu davada, 1818'de Creek yerlilerinin kışkırtılması suretiyle savaş yasaları ile savaş hukuku kurallarına aykırı olarak ABD'ye karşı bir savaşın başlatılmasına yönelik gayretleri sebebiyle iki İngiliz yargılanmış ve idam edilmiştir. Bkz. Jordan J. Paust, "Aggression Against Authority: The Crime of Oppression, Politicide and Other Crimes Against Human Rights", **Case Western Reserve University**, C. 18, S.2, 1986, s.286 dpn. 21. Karar için bkz. Trials of Arbuthnot and Ambrister (Çevrimiçi) https://archive.org/stream/trialsofaarbuthn00arbu/trialsofaarbuthn00arbu_djvu.txt 15 Ocak 2018.

¹⁸² Grzebyk, **a.g.e.**, s.132.

¹⁸³ Aix la Chapelle Kongresi'nde İngiltere, Avusturya, Prusya, Rusya ve Fransa Napoleon Savaşları'nın ardından ortak hareket etmek adına toplanmışlar ve Napoleon'un dünya barışına karşı savaş yürütmek sebebiyle alıkonulmasına karar verilmişlerdir. Bu kongrenin aynı zamanda devletlerarası ilk organize müdahale sistemi oluşturduğu da söylenmektedir. Bkz. Thomas M. Franck, "Humanitarian Intervention", **The Philosophy of International Law**, ed. Samantha Besson, John Tasioulas, New York, Oxford University Press, 2010, s.535.

2.2.1.2. I.Dünya Savaşı Sonrası Yargılama Teşebbüsleri

2.2.1.2.1. Osmanlı Devlet Görevlilerin Yargılanması

I. Dünya Savaşı'nın ardından imzalanan Sevr Andlaşması'nda yaptırımlar başlığı altında madde 226 ile 230'daki düzenlemeler ile savaş süresince meydana gelen fiillerden ötürü Osmanlı vatandaşlarının yargılanmasına ilişkin esaslar ortaya konulmuştur. Madde 230 çerçevesinde Osmanlı İmparatorluğu'na hakimiyeti altında bulunan topraklar üzerinde işlenen toplu öldürmelerden sorumlu kişileri istenmeleri halinde İtilaf devletlerine teslim etmek ve bu amaçla görevlendirilen bir mahkemeyi tanımak yükümü yüklenmiştir. Bu çerçevede Ermeni meselesi adına İtilaf devletleri eliyle uluslararası niteliği haiz bir mahkemenin kurulacağı ve bu mahkemenin savaş yasaları yahut teamül hukukuna aykırı toplu öldürme fiilleri konusunda yargılama yapacağı öngörülmüştür.¹⁸⁴

Bu bakımdan Paris Barış Konferansı'nda savaş yasaları ile geleneklerine ve meşru olmayan savaş yöntemleri ile insanlığın temel yasalarına yönelik ihlallere karşı uluslararası bir mahkeme kurulması önerilmiştir.¹⁸⁵ Konferansta İngiltere doksan yedi savaş suçlusunu şüphelisi olduğunu belirtmiş ve Ermeni meselesi için ayrı bir başlık oluşturarak dokuz Türk şüpheliyi bu kapsamda işaret etmiştir.¹⁸⁶ Ancak savaştaki saldırılara ilişkin olarak birincil sorumluluğun Almanya ve Avusturya'ya ait olduğu ve Osmanlı İmparatorluğu'nun bu konuda ikincil sorumluluğu haiz bulunduğu belirtilmiştir.

¹⁸⁴ İtilaf devletleri bu konuda 24 Mayıs 1915'te şu açıklamayı yapmışlardır: “*Türkiye'nin insanlık ve uygarlığa karşı bu yeni suçları karşısında Müttefik hükümetleri kamuoyuna duyurur ki...Osmanlı hükümetinin tüm üyeleri ve bu katliamlara karışan görevlileri... kişisel olarak sorumluluğu haizdir*”, bkz., Jennifer Balint, *The Ottoman State Special Military Tribunal for the Genocide of the Armenians: 'Doing Government Business'*, **The Hidden Histories of War Crimes Trials**, ed. Kevin Jon Heller, Gerry Simpson, New York, Oxford University Press, 2013, s.83.

¹⁸⁵ Ancak ABD böyle bir mahkemenin kurulması bakımından savaş yasaları ve geleneklerine ilişkin uluslararası bir andlaşma veya şartın var olmadığını ve bu hususların cezai anlamda düzenlenmediğini, dolayısıyla da bir yaptırım öngörülmediğini belirtmiştir, bkz., Guzman, **a.g.e.**, s.9.

¹⁸⁶ Gary Jonathan Bass, **Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals**, New Jersey, Princeton University Press, 2000, s.78,79. İngiltere bu suçlar bakımından Osmanlı İmparatorluğu'na iki temel yaptırım uygulanması gerektiğini düşünmekteydi. Bunlardan ilki İmparatorluğun topraklarının bir bölümünün Osmanlı'nın elinden alınması, diğeri ise önemli konumlardaki Osmanlı görevlilerinin yargılanmasıydı. Bkz., Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 507.

Savaşta meydana gelen uluslararası hukuk ihlallerini raporlamak üzere oluşturulan Savaş Müelliflerinin Sorumluluğu ve Cezaların Uygulanması Komisyonu tarafından insanlık yasalarını ihlal etmiş olanlar bakımından cezai kovuşturma açılmasının gerekliliği tespit edilmişse de,¹⁸⁷ ABD'nin insanlık yasalarının yargılamaya konu edilmesi bakımından çok belirsiz bir kavram olduğu yönündeki itirazı sebebiyle kodifikasyon konusunda bir gelişme sağlanamamıştır.¹⁸⁸

Ancak bu suçlar bakımından uluslararası niteliğe sahip olmasa da ulusal düzeyde yargılamaların gerçekleştiği belirtilmelidir.¹⁸⁹ Bu yargılamalar için Divan-ı Harb-i Örfi mahkemeleri 1918 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla oluşturulmuştur. Söz konusu mahkeme kuruluşları esnasında hem asker hem de sivil kişileri yargılama yetkisini haizken daha sonra sadece askeri mahkemeye evrilmiştir.¹⁹⁰ İlk mahkeme İstanbul'da kurulduktan sonra, sekiz ilde daha oluşturulmuştur. Her ne kadar bu mahkemelerin yapısına yönelik itirazlar karşısında Damat Ferit Paşa savaşın tarafsız ülkelerinden olan İspanya, Danimarka, İsveç, İsviçre ve Hollanda'nın da bu yargılamalara katılımlarının sağlanması teklifinde bulunduysa da, bu öneri İngilizlerce kabul görmemiştir.¹⁹¹ Ferit Paşa hükümeti söz konusu suçların devlete isnadından ziyade, suçlamaların özellikle Talat Paşa, Enver Paşa ve Cemal Paşa üzerinde yoğunlaştırılması hususunda büyük gayret sarf etmiştir.¹⁹² Yargılamaya konu olan suçlar ise öldürme, yaralama, mala zarar verme, görevi suistimal vb. olarak kayda geçmiştir. Yozgat tehciri davası ile başlayan yargılamalar sonucunda Boğazlıyan Kaymakamı

¹⁸⁷ Naomi Roht Ariaza, "Case Studies: Europe-Overview," **Impunity and Human Rights in International Law and Practise**, ed. Naomi Roht Ariaza, Oxford University Press, 1995, s.73.

¹⁸⁸ William Schabas, **Genocide in International Law: The Crime of Crimes**, 2.bs, Cambridge University Press, 2003, s.18,19. Bununla birlikte daha sonra Nuremberg içtihatlarında yer alacak olan insanlığa karşı suçların ilk kez Birinci Dünya Savaşı sırasında gerçekleşen ihlaller ile Osmanlı İmparatorluğu'nda Ermeni nüfusa yönelik gerçekleştirilen ihlaller bakımından 1915 yılında İngiltere, Fransa ve Rusya tarafından ileri sürüldüğüne dikkat edilmelidir, bkz. Kirsten J. Fisher, **Moral Accountability and International Criminal Law- Holding Agents of Atrocity Accountable to the World**, Abingdon, Routledge, 2011, s.47, 3.dpn.

¹⁸⁹ Helen Fein, **Human Rights and Wrongs – Slavery, Terror, Jenocide**, Abingdon, Routledge, 2016, s.147. Yargılamaların daha detaylı analizi için bkz. Bass, **a.g.e.**, s. 106-147.

¹⁹⁰ Balint, **The Ottoman State Special Military Tribunal for the Genocide of the Armenians**, s.87.

¹⁹¹ Pulat Tacar, "State Identity, Continuity, and Responsibility: The Ottoman Empire, the Republic of Turkey and the Armenian Genocide: A Reply to Vahagn Avedian", **EJIL**, C.23, S.3, 2012, s.828.

¹⁹² Bass, **a.g.e.**, s.118.

Kemal Bey idam edilmiş, Tevfik Bey ise kürek cezasına çarptırılmıştır. Diğer illerdeki yargılamalarda da sanıklara belirli cezalar verilmiştir.¹⁹³

Söz konusu yargılamalar devam ederken, İngiltere savaş suçları ve Ermenilere karşı işlenen suçlar bakımından yargılama adına götürdüğü 144 Osmanlı devlet görevlisini Malta'da iki yıl boyunca alıkoymuş, ancak Ekim 1921'de geri gönderilen bu kişiler daha sonra herhangi bir kovuşturmayla tabi tutulmamışlardır.¹⁹⁴ Bu kişilere suçun isnadı noktasında Amerikan, İngiliz ve Ermeni arşivleri incelenmiş ancak yeterli delil elde edilememesi sebebiyle kovuşturma aşamasına geçilememiştir.¹⁹⁵ Ayrıca bu dönemde geçerli olan egemenlik kavramı çerçevesinde bir devletin kendi vatandaşlarına karşı gerçekleştirdiği fiilleri bakımından nasıl yahut neden yargılanması gerektiği yönünde bir anlam karmaşasının yaşanmakta olduğu da gözlemlenmektedir.

Söz konusu yargılamaların hukuki zeminini oluşturan Sevr Andlaşması ise hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş ve sonrasında imzalanan Lozan Andlaşması çerçevesinde savaş dönemi boyunca işlenen tüm suçlar için Türkiye'ye bir "af açıklaması" verilmiştir.

2.2.1.2.1 Kayser Wilhelm ve Leipzig Yargılamaları

Savaş sonrasında yaşananlara yönelik olarak Fransa Başbakanı Clemenceau, 5 Mayıs 1917'de, "*intikamı değil, adaleti arayacağız, çünkü hiçbir suç cezasız*

¹⁹³ Ferudun Ata, "Divân-ı Harb-i Örfi Mahkemelerinde Ermeni Tehciri Yargılamaları", **Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, S.15, 2004, s.318-320.

¹⁹⁴ Balint, **The Ottoman State Special Military Tribunal for the Genocide of the Armenians**, s.84.

¹⁹⁵ Yargılamaların yapılmamasının asıl nedeninin esirleri değiştirme olduğu ve İngilizlerin bu yargılamayı ciddiye almadığına dair görüşler de bulunmaktadır. Ancak söz konusu yargılamaların takipsizlik kararı ile sonuçlandırıldığı ve keza taraflar arasında bir esir değişimi andlaşması yapılmışsa da bu andlaşmanın Malta'da tutulan tüm esirleri kapsamadığı da belirtilmelidir, bkz., Uluç Gürkan, "Malta Yargılaması ve Önemi", **Tesam Akademi Dergisi**, C.2, S.1, 2015, s.36.

kalmamalıdır” diyerek gerçekleşen ihlaller bakımından cezai olarak sorumluların yargılanacağını belirtmiştir.¹⁹⁶

Versay Andlaşması Almanya ile 28 Haziran 1919’da imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Almanya için her anlamda ağır şartlar içeren bu Andlaşmanın 227. maddesinde uluslararası ahlak ve andlaşmaların kutsallığına karşı¹⁹⁷ gerçekleştirilen ciddi ihlallerden sorumlu Kayser’in yargılanacağı ve bu yargılama için özel bir mahkeme oluşturulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu mahkemede savunma hakkı için gerekli olan güvencelerin sağlanacağı ve burada ABD, Büyük Britanya, Fransa, İtalya ve Japonya tarafından atanacak toplam beş yargıcın görev alacağı belirtilmiştir. Ayrıca yapılacak yargılamalara yol göstermesi bakımından Savaş Müelliflerinin Sorumluluğu ve Cezaların Uygulanması Komisyonu aşağıdaki hususları araştırmak ve raporlamak için atanmıştır:

- Savaşın müelliflerinin sorumluluğu,
- Alman İmparatorluğu ve Müttefiklerinin kuvvetlerinin, savaş sırasında karada, denizde ve havada işledikleri savaş kuralları ve geleneklerinin ihlali ile ilgili tespitler,
- Bu ihlallere ilişkin olarak düşman kuvvetlerinin derecelerine bakılmaksızın Genelkurmay üyeleri ve diğer bireyleri de dahil olmak üzere sorumluluk seviyeleri,
- Bu ihlallerin yargılamasına ilişkin olarak oluşturulacak uygun bir mahkemeye ilişkin hazırlanacak tüzük ve yargılama usulü,

¹⁹⁶ Benzer şekilde, İngiliz Başbakanı Lloyd George, Alman İmparatorunun savaşı başlattığı için asılmayı hak ettiğini açıklamış ve savaşın kendisinin insanlığa karşı bir suç olduğunu, tüm diğer suçlarla aynı kategoriye getirilene ve suçlular ile azmettiricilerine hak ettikleri cezanın verileceği güne kadar hiçbir zaman ortadan kaldırılamayacağı yönünde giderek büyüyen bir anlayışın yerleştiğini belirtmiştir. Nakleden Weisbord, **Prosecuting Aggression**, s.162. Bununla birlikte kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması sebebiyle bir düşman imgesi yaratılması ve bu amaçla “*hang kaiser!*” sloganlarının kullanılması, bu cezalandırmanın adaletten ziyade politik amaçlarla ilişkili olduğu açıktır: Gerçekten de Lloyd George’un seçimlerde bu sloganı oldukça fazla kullandığı bilinmektedir. Paul Mevis, Jan M. Reijntjes, “Hang the Kaiser! But for What, and Would It Be Justice?”, **Erasmus Law Review**, No. 2, 2014, s.99.

¹⁹⁷ Dinstein, **a.g.e.**, s.125. Burada ihlalin uluslararası hukuka yönelik değil, ahlaka yönelik olduğunun belirtilmiş olması suretiyle bu yargılama teşebbüsünün de hukuk alanından çıkarıldığı savunulabilecektir.

- Soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek ve Komisyonun dikkate almak için yararlı ve uygun bulunduğu yukarıdaki maddeler ile ilgili veya bu maddelerin anlaşılmasına yardımcı olabilecek diğer hususlar.¹⁹⁸

Ancak, Komisyon bu çerçevede hazırlamış olduğu raporunda sorumluların hiçbir şekilde gerekçelendirilemeyecek fiillerine ve uluslararası anlaşmalara yönelik keyfi hukuksuzluklarına değinmesine rağmen, söz konusu sorumlu makam veya şahıslara (ve özellikle eski Kayser'e yönelik olarak) yönelik hukuki herhangi bir suçlamada bulunulamayacağı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Komisyon gerçekleşen bu ihlallerin ağırlığı göz önüne alındığında, Paris Barış Konferansı'nda bu ihlallere yönelik resmi bir kınamada bulunulmasını önermiştir. Komisyon halkın vicdanının ayıpladığı ve tarihin kınayacağı saldırı fiillerinin neden suç olarak tanınamayacağına yönelik iki neden ileri sürmüştür:¹⁹⁹ Birinci neden Lahey'de barışın sürdürülmesi için oluşturulmuş olan mevcut kurumların (Uluslararası Soruşturma, Arabuluculuk ve Tahkim Komisyonu) zorunlu yargı organı olmamaları sebebiyle, bir saldırı savaşının bu kurumların yetkileri çerçevesinde doğrudan doğruya pozitif hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilemeyeceği hususudur. İkinci neden ise savaşın sorumluluğu ile ilgili kapsamlı bir soruşturmanın bir yargılama ile çözülemeyeceğidir. Komisyon bu bakımdan bir tarihçinin söz konusu olayları açıklama ve sorumluları bulma adına çok daha uygun araştırma metodlarına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak Komisyon “eşi benzeri görülmemiş bu suçlar bakımından özel düzenlemelerin getirilmesi gerektiğini belirtmiş; suçluların tespiti için özel bir organ oluşturularak, gelecekte uluslararası hukukun temel ilkelerine aykırı olan bu tür ağır ihlaller için cezai yaptırımların sağlanması” gerekliliğinin altını çizmiştir.²⁰⁰

Yargılama adına her ne kadar Hollanda'da ikamet eden Kayserin iade talebi savaşın kazanan devletlerce yapılmış olsa da, Hollanda bu talebi, kendi yasalarının

¹⁹⁸ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, “Report Presented to The Preliminary Peace Conference”, *AJIL*, C.14, S.1/2 1920, s.95.

¹⁹⁹ *A.e.*

²⁰⁰ *A.e.*, s. 403.

suçluların iadesiyle ilgili hükümlerinin iade isteğinin bir devlet tarafından yapılmasını öngördüğünü ancak mevcut talebin savaşın galipleri olan devletler koalisyonundan geldiğini ileri sürerek reddetmiştir.²⁰¹

Diğer savaş suçlularının durumu ise Versay Andlaşması'nın 228. maddesinde düzenlenmiş olup, Alman hükümetinin İtilaf devletlerince istendiği takdirde bu şüphelileri teslim etme yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir.²⁰² Ancak Alman hükümeti uluslararası bir savaş suçları mahkemesinin kurulması yerine, sanıkların ülkesinde yargılanmaları şartıyla Versay Andlaşması'nı kabul ettiğinden, söz konusu yargılamaların Leipzig'te İmparatorluk Adalet Divanının Ceza Senatosu'nda yapılması kararlaştırılmıştır. Bu çerçevede sadece on iki sanık mahkemenin önüne çıkarılmıştır. Davalarda esas olarak savaş esirlerine odaklanılmış, savaşa ve düşmanlığa ilişkin fillere yönelik bir yargılama yapılmamıştır.²⁰³

Davaların seyri savaşın galiplerini memnun edecek şekilde gerçekleşmemiştir. Leipzig mahkemesinin Belçika ile ilgili ilk davayı reddetmesi (bu davanın sanığı Belçikalı erkek çocuklara işkence ettiği iddiaları isnad edilen bir Alman görevliydi) ve Fransa ile ilgili davada failin beraatine karar vermesi (bu dava askerlerine Fransız savaş esirlerini vurma emri veren bir Alman tümgeneral hakkındaydı) üzerine yargılamalar tartışmalı hale gelmiştir. Bu iki kararın ardından Fransız ve Belçikalılar duruşmalara daha fazla katılmayı reddetmişler ve sanıkları kendi askeri mahkemelerinde yokluklarında yargılamışlardır.²⁰⁴ Avrupalı devletlerin savaşın baş sorumlusu olarak gördükleri Almanların yargılanması bakımından Leipzig yargılamalarının hukuk dünyasında bir başarısızlık örneği olarak görüldüğü belirtilmelidir. Yargılamaların sonuçları bakımından ise bu yargılamalar İtilaf Devletlerinin kendi aralarındaki politika farklılıklarının görünür olmasını sağlamış ve

²⁰¹ Ilias Bantekas, Susan Nash, **International Criminal Law**, 3.bs, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007, s.496.

²⁰² Ali Erhan Ertan, Tefik Orçun Özgün, "I. Dünya Savaşı'nın Ardından Yeni Dünya Düzenine Doğru: 1919 Paris Barış Konferansı", **Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.20, S. 189, 2016, s.565.

²⁰³ Bantekas, Nash, **a.g.e.**, s.496.

²⁰⁴ Mark Lewis, **The Birth of New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment, 1919–1950**, New York, Oxford University Press, 2014, s.59.

böylece savaş sonrası ilişkileri zedelemiştir. Bu yargılamaların en olumsuz etkisi ise Alman sağının oldukça kuvvetlenmesine yol açması ve bu bakımdan Alman demokrasisine zarar vermesi olmuştur.²⁰⁵

2.2.1.3. II. Dünya Savaşı Sonrası Yapılan Yargılamalar ve Düzenlemeler

2.2.1.3.1. Londra Şartı ve Nuremberg Mahkemesi

II. Dünya Savaşı ulusların gördüğü en büyük yıkıma sebep olmuş ve insanlık, tahayyül edilemeyecek bir drama tanıklık etmiştir. Savaşın ekonomik, sosyolojik, psikolojik, çevresel, biyolojik olarak da her alanda kalıcı etkisi olmuştur. Bu nedenlerle savaşın bitiminde “adalet”in yerini bulması toplumsal iyileşmenin ve barışın sağlanmasının öncelikli şartı olarak görülmüştür. Özellikle Naziler tarafından sivillere yönelik gerçekleştirilen ağır insan hakları ihlalleri çerçevesinde savaşın başlıca sorumlularının yargılanması gerektiği anlaşılmış, bu sebeple öncelikle bu kişilerin yargılanması talep edilmiştir.

Bu anlayış doğrultusunda bir saldırı savaşını başlatmanın diğer uluslararası suçlardan ayrıldığı belirtilmiştir.²⁰⁶ Dolayısıyla barışa karşı suç şeklinde düzenlenmiş olan saldırı suçu gerçekten de diğer bütün ciddi ihlallere zemin hazırlaması sebebiyle en ağır suç olarak nitelendirilmiş ve yargılamaların odak noktası haline gelmiştir.²⁰⁷

²⁰⁵ Bass, **a.g.e.**, s.104,105.

²⁰⁶ International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment, (Çevrimiçi) https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf s.25 ayrıca bkz. Constantine Antonopoulos, “Whatever Happened to Crimes Against Peace?”, **Journal Of Conflict And Security Law**, C.6 S.1,2001, s.59.

²⁰⁷ Judgment of 1 October 1946, in The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 , s.25, (Çevrimiçi) https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf 5 Mart 2018. Yargılamaların mimarı sayılan savcı Robert Jackson 1949’da görülen başka bir davada, saldırı suçunun bu yargılamaların kalbi olduğunu belirtmiştir: Bkz., Kirsten Sellars, **Crimes against Peace and International Law**, New York, Cambridge University Press, 2013, s.88.

Ancak bir ceza yargılamasına başlanmadan önce bu suç bakımından hukuki dayanaklara ihtiyaç duyulmuştur. Bu çerçevede hem Japonya'nın hem de Almanya'nın imzaladığı Kellogg Briand Paktına dayanarak, saldırı (barışa karşı suçlar) suçu bakımından yargılama yapılabileceği kanaatine ulaşılmıştır.²⁰⁸

Yapılacak olan yargılamaların hukuki zemininin oluşturulması amacıyla Londra'da toplanan galip devletler için bu konuda müzakereler oldukça çetin geçmiştir. Amerikalılar saldırının tanımına ilişkin önerilere toplantıyı terk etme tehdidi ile yanıt verirken, İngilizler ve Fransızlar barışa karşı suçlar terimine destek vermiş ancak Sovyetler ise ad hoc yargılamalar dışındaki hiçbir teklifi kabul etmemişlerdir.²⁰⁹ Bu çerçevede ad hoc mahkemeler kurarak yargılama yapılması artık böyle bir vahşete dünyanın tanıklık etmeyeceğini göstermek amacıyla taşımakla birlikte, bunun yerine düzenli bir yargılamanın yapılması suretiyle kazanan devletlerin Nazilerden farklı olduklarının dünyaya ilan edilmesi görüşü tercih edilmiştir.²¹⁰

26 Haziran 1945'te BM Şartı'nın imzalanarak kuvvet kullanmanın dünyada kesin olarak yasaklanmasıyla birlikte aynı gün Londra Konferansı'nda, saldırı suçunun barışa karşı suçlar olarak Nuremberg Mahkemesi'nin yetkisine dahil edilmesi için resmi bir teklif yapılmıştır. Bazı devletler kanunilik ilkesi bakımından yahut kendi saldırılarına yönelik bir yargılamadan korktukları için bu konuda çekincelerini ileri sürmüşlerse de bu çekinceler sonuçsuz kalmış ve 8 Ağustos 1945'te Nuremberg mahkemesinin kuruluş, yetki ve işleyişini düzenleyen ve bu kapsamda barışa karşı suçlar başlığı altında saldırı suçunu da içeren Londra (Nuremberg) Şartı kabul edilmiştir.²¹¹

²⁰⁸ Bununla birlikte bu Pakt'ta savaşın bir politika aracı olarak kullanılması yasaklansa dahi bu hususun ne devlet ne de birey bakımından gerçekleştirilebilecek bir suç olarak düzenlemediği de açıktır.

²⁰⁹ Sellars, **Crimes against Peace and International Law**, s. 84. Özellikle Sovyet heyeti, bütün sanıkları suçlu ilan ettiklerini saklama gereği duymamaktaydı. Bkz. Richard Overly, "Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası", ed. Philip Sands, **Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği: Nürnberg'ten Lahey'e**, çev. Hazal Ungan Çalışkan, İstanbul, Alfa, 2016, s.29

²¹⁰ Selmin Töner Şen, **Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 318.

²¹¹ Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, (Çevrimiçi) http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc_2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, 20 Eylül 2018.

Kasım 1945'ten Ekim 1946'ya kadar ABD kontrolündeki Batı Almanya'da Nuremberg'te sürececek olan yargılamalar, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve barışa karşı suçlar kapsamında ilerlemiştir.²¹² Belirtilen suçlardan herhangi birini işlemek üzere ortak plan veya komplonun oluşturulmasına veya yürütülmesine katılan liderler, organizatörler, azmettiriciler ve suç ortaklarının (bu suçları amirin emri ile işleyen kişiler de dahil) gerçekleştirilen tüm eylemlerden sorumlu olduğu belirtilmiş ve verilebilecek cezalara idam dahil edilmiştir.²¹³ Londra Şartı, madde 6(a) kapsamında düzenlenmiş olan barışa karşı suçlar bakımından Mahkeme'ye; “*Bir saldırı savaşı veya uluslararası andlaşmalara, sözleşmelere veya güvencelere aykırı bir savaşı planlama, hazırlama, başlatma veya sürdürme veya yukarıdakilerden herhangi birisinin gerçekleşmesi için ortak bir plana veya komploya katılma*”ktan sorumlu olanlar için yargı yetkisi tanınmıştır.²¹⁴ Ancak saldırı savaşı başlatmak suçu ne Nuremberg ne de Tokyo yargılamalarında açıkça tanımlanmamıştır.

Yargılamalar sırasında Nuremberg mahkemesinin savaştan sonra yapılmış düzenlemeleri geriye dönük olarak uygulama yetkisinin olmadığı ifade edilmiştir.²¹⁵

²¹² Yves Beigbeder, **International Criminal Tribunals: Justice and Politics**, UK, Palgrave Macmillan,2011, s.21. Dönemin Alman hukukunun Almanya ve Almanya dışında işlenen bütün suçları hükümsüz kılması sebebiyle, Londra Şartı, madde 6/c'de düzenlenen insanlığa karşı suçlar bakımından, işlendiği ülkenin iç hukukunu ihlal etmemiş olsa bile böyle bir fiili gerçekleştirenler için sorumluluğun doğacağı hüküm altına alınmıştır. Bu sayede söz konusu engel Nuremberg Mahkemesi'nin konuyla ilgili yetki alanı adaletin sağlanmasını gerçekleştirme amacıyla genişletilerek ortadan kaldırılmıştır, Bantekas, Nash, **a.g.e.**, s. 506.

²¹³ Özellikle insanlığa karşı suçlar düzenlemesinin Nuremberg Mahkemesi'nin en kalıcı ahlaki başarısı olduğu söylenmelidir, bunun sebebi, bu suç sayesinde bir devletin kendi vatandaşlarına karşı sınırsız bir iktidar tekelinin bulunmadığının kabulüdür, bkz. Bronwyn Leebaw, **Judging State-Sponsored Violence, Imagining Political Change**, USA, Cambridge University Press,2011, s.148,149. Bu husus Günel'in aktarımı ile “*liberal ceza hukukunun siyasal sınırlarla belirlenen yerel anlayışının uluslararası alana aktarılmasını*” ifade etmektedir, Hüseyin Günel, **Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar**, Ankara, Dost Kitabevi, 2015, s.217.

²¹⁴ Kıta Avrupası ceza hukukunda yeri olmayan “komplo kurma” kavramı uluslararası hukuk tarihinde yalnızca Nuremberg yargılamalarında ve sonrasında Soykırım Sözleşmesi ile soykırım suçu açısından EYUCM ve RUCM Statülerinde yer almıştır. Komplo kavramı bir suç işlemek için teşekkül oluşturmayı cezalandıran ve bu bakımdan tasarlanan suçun işlenmiş olmasını gerekli addetmeyen bir terimdir. Böyle bir teşekküle katılan herkes daha sonra söz konusu plan çerçevesinde işlenen tüm fiillerden haberleri olsun olmasın sorumlu tutulmakta olup, ayrıca tamamlanmamış suçlar için bile suçun tüm katılımcılarının eşit bir şekilde cezalandırılmasına olanak tanınmaktadır, bkz., Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 458,459.

²¹⁵ David Luban, “The Legacies of Nuremberg”, **Social Research**, C.54, S. 4,1987, s. 797.

Özellikle saldırı savaşının daha önce bir suç olarak düzenlenmediğine yönelik itirazlar hakkında mahkeme Londra Şartı'nın saldırı savaşını artık bir suç haline getirdiğini, bu nedenle saldırı savaşının Şart'ın yürürlüğe girmesinden önce bir suç olup olmadığını ve ne ölçüde ele alındığını düşünmenin katı bir gereklilik olmadığını belirtmiştir.²¹⁶ Bu açıdan doktrinde de hem ahlak hem de hukuk çerçevesinde zengin bir tartışma yapılmıştır.²¹⁷

Yargılamalarda sanıklar bu suçtan Eylül 1939'da Polonya, Birleşik Krallık ve Fransa, Nisan 1940'ta Danimarka ve Norveç, Mayıs 1940'ta Belçika, Hollanda ve Lüksemburg, Nisan 1941'de Yugoslavya ve Yunanistan, 1941 Haziran'da SSCB'ye ve 1941 Aralıkta ABD'ye karşı başlatılan savaşlar bakımından yargılanmıştır. Bu suçu işleyenler 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri, 28 Haziran 1919 tarihli Versay Andlaşması, 1928 tarihli Kellogg- Briand Paktı, 29 Eylül 1939 tarihli Münih Andlaşması ve diğer saldırmazlık andlaşmalarını ihlal ile suçlanmışlardır.²¹⁸

Yargılamalar çerçevesinde bireysel sorumluluğun tespiti bakımından Amiral Doenitz'in davası ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Bu dava özellikle saldırı suçunun işlenmesine yönelik komploya katılma bakımından kast unsurunun belirlenmesi açısından önemlidir. Doenitz, Hitler ve diğer Nazi liderleriyle olan ilişkisi nedeniyle ve savaşın geç bir döneminde Alman kuvvetlerinin amirali olarak atanmasıyla bir saldırı savaşı sürdürmek için bir komplonun parçası olmakla suçlanmıştır. Doenitz'e, savaş esnasında tarafsız gemilere saldırma emri verilmiş ve kendisi de denizaltı kaptanlarına bunu uygulamaları emrini vermiştir. Doenitz savunmasında kendisinin müttefik devletlerce gerçekleştirilmemiş hiçbir şey yapmadığını ifade ederek mahkemeden bu

²¹⁶ Ademola Abass, "International Criminal Law", **International Law: Text, Cases, and Materials**, 2.bs, New York, Oxford University Press, 2014, s.27.

²¹⁷ Nazi eylemlerinin "insan vicdanı ve adalet duygusunu" ihlal ettikleri iddia edilse de, Hart işlendikleri sırada geçerli olan yazılı kanunlara aykırı olmaması halinde, bu kanunların ahlaka uygun olmasalar bile değiştirilinceye kadar tanınması gerektiğini belirterek yasal pozitivizmi savunmuştur. Şıklar ise mevcut hukuka riayet itirazının politik olarak geçerli olan ideolojinin kendine özgü siyasi tercihler ve eğilimler kümesiyle ilişkilendirilebileceğini dile getirmiştir. Bkz. Leebaw, **a.g.e.**, s.36.

²¹⁸ Ancak duruşmalar sırasında yargıçlar ve savcılar Nazi-Sovyet Paktı ve onun gizli protokolü, Sovyetlerin 1939'da Polonya'ya saldırısı ve Katyn'deki Polonyalı subayların katledilmesi gibi hadiseler bakımından Sovyetler ile karşı karşıya gelmekten özellikle kaçınmışlardır: Bkz. Sellars, **Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo**, s.1090.

konuda meslektaşı Amerikalı Amiral Nimitz'in ifadelerini dinlemesini talep etmiştir. Nimitz ifadesinde Doenitz'in belirttiklerini onaylayarak, ABD deniz kuvvetlerinin de sınırları belli olmayan bir denizaltı savaşı yaptığını kabul etmiştir. Bunun üzerine Doenitz verdiği emirleri: *“Saldırı savaşı yahut müdafaa savaşı tamamen politik bir karar neticesinde gerçekleşen olaylar olup, bu kararın verilen askeri kararlar ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır..... üstünden herhangi bir emir alan askerin,....emre ilişkin inceleme yapma veya böyle bir emri yargılama hakkına sahip olup olmadığını sormak isterim”* diyerek savunmuştur.²¹⁹ Mahkeme Doenitz'in fiilleri bakımından saldırı suçunun kast unsurundan yoksun olması nedeniyle kendisinin beraat ettirilmesi gerektiğine karar vermiştir.²²⁰

2.2.1.3.2. Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi

Nuremberg Mahkemesi II. Dünya Savaşını kazanan dörtlü gücün yaptıkları bir andlaşmaya dayalı olarak kurulmuş olsa da, Uzak Doğu Askeri Ceza Mahkemesi 19 Ocak 1946'da Müttefik Kuvvetleri Yüksek Komutanı ABD'li General Douglas MacArthur'un emriyle oluşturulmuştur. Mahkeme Şartı da sadece Amerikalılar tarafından hazırlanmış ve General MacArthur tarafından hazırlanan kararname ile onaylanmıştır.²²¹ Mahkemenin hakim ve savcılarını MacArthur tarafından 11 farklı ülkeden atamıştır. Bu nedenle bu iki mahkemenin yasal dayanaklarının farklı olduğu açıktır. Nuremberg'in kurucu metni bir andlaşma iken, diğeri işgalci güç tarafından benimsenen bir iç düzenlemenin sonucudur.²²² Mahkeme hem siyasi hem de askeri en üst düzey Japon yetkilileri kovuşturmak amacıyla kurulmuş olsa da, Japon İmparator Hirohito'yu etkilememiş ve kendisi suçlanmamıştır.

²¹⁹ Larry May, **Aggression and Crimes Against Peace**, New York, Cambridge University Press, 2008, s.169. Yargılamalarda yalnızca Rudolph Hess yalnızca barışa karşı suçlar bakımından cezalandırılırken, on bir sanık geleneksel savaş yasalarını ihlal ve barışa karşı suçlardan sorumlu bulunmuştur.

²²⁰ **A.e.**, s. 178.

²²¹ **Beigbeder, a.g.e.**, s. 38.

²²² **Bantekas, Nash, a.g.e.**, s. 497,498.

Nuremberg yargılamalarından farklı olarak Tokyo yargılamaları üst düzey sorumluluk hususunda daha ayrıntılı bir resim çizmiştir. Gerçekten de iddianamaede sayılan 55 tip suçlamada özellikle savaş esirlerinin tutulduğu kamplarla ilgilenenler bakımından o dönemde görevli bakandan kamp komutanına kadar herkesin burada yaşananlardan sorumlu olduğu belirtilmiştir.²²³

İki farklı kültür ekseninde, Japon ve Alman suçluluğunun çok farklı şekillerde ele alınması gerektiği göz önüne alındığında, Asyadaki suçlar bakımından Nuremberg içtihatlarının böylesine farklı bir coğrafyaya aynı şekilde empoze edilmesi Mahkemenin güvenilirliğini zedeleyen bir durum olmuştur. Örnek vermek gerekirse, insanlığa karşı suçlar Nuremberg belgelerinde Alman güçlerin diğer devletlerin topraklarında gerçekleştirdiği ihlallere yönelik oluşturulmuş bir düzenleme olarak kabul edilmiş olduğundan, her ne kadar Tokyo Mahkemesi insanlığa karşı suçlar bakımından yargılama yetkisini haiz olsa da, bu suç iddianamede ve mahkeme kararlarında yalnızca bir kez geçmiştir.²²⁴ Aynı politika, saldırı suçunda da görülmektedir. Madde 5(a) bendinde düzenlendiği haliyle bu suçun Nuremberg'teki tanımıyla tek farkının sadece savaşın ilan edilip edilmediğine ilişkin bir ekleme olduğu gözlemlenmektedir.²²⁵

Tokyo Mahkemesi'nde toplam 25 kişi yargılanmış, yargılananlardan 7'si, her ne kadar Mahkeme başkanının isteği bu yönde olmasa da, ölüm cezasına çarptırılmıştır. Özellikle verilen kararlar bağlamında, Nuremberg'ten ayrı olarak, Tokyo Mahkemesi'nin içeriden de oldukça eleştiri aldığı belirtilmelidir.²²⁶ Hindistanlı hakim Radhabinod Pal (ki kendisi diğer hakimler arasında uluslararası hukuk geçmişi bulunan tek isimdir) bütün kararlarda karşı görüşte bulunmuştur.²²⁷ Bir antikolonyalist olan Yargıç Pal özellikle

²²³ A.e., s. 508.

²²⁴ Sellars, **Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo**, s.1092. Her ne kadar Tokyo yargılamalarında yer almasa da Filipinler'deki meşhur Bataan Ölüm Yürüyüşünün planlayıcısı olarak görülen Masahuru Homma'nın yargılaması için bkz. Tim Maga, **Judgment at Tokyo: The Japanese War Crimes Trials**, yy, University Press of Kentucky, 2001, s.2.

²²⁵ Mohammed M. Gomaa, "The Definition of the Crime of Aggression and the ICC Jurisdiction over that Crime", ed. Mauro Politi, Giuseppe Nesi, **The International Criminal Court and The Crime Of Aggression**, Abingdon, Routledge, 2017, s.62.

²²⁶ Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s.44.

²²⁷ Noam Chomsky, *If the Nuremberg Laws Were Applied...*, (Çevrimiçi)

devlet fiilleri bakımından bireysel cezai sorumluluğun tesisi ve saldırının bir suç haline getirilmesi noktasında eleştirilerde bulunmuş ve uluslararası hukukta bu hususlara ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirterek bütün sanıkların beraat etmesi gerektiğini ifade etmiştir. İnsanlığa karşı suçlar bakımından atom bombası gibi bir kitle imha silahını kullanan bir devletin bu bakımdan bir suçlama yapamayacağını belirtmiştir.²²⁸ Ayrıca kazananlar tarafından uygulanan çifte standartı işaret ederek, Japonya'ya saldırı suçu bakımından atfedilen emperyalist amaçların yalnızca bu devlete özgü olmadığını belirtmiştir.

Sonuç olarak, her iki mahkemenin de içtihatlarına göre saldırı savaşı şunları kapsamaktadır:

- İşgal veya başka bir devletin topraklarının veya onun bir kısmının fethi amacı ile savaş,
- Üçüncü bir tarafın saldırı savaşını destekleme amacıyla ilan edilen savaş; ve
- Saldırgan tarafından başlatılan bir savaşta mağdur devlet(ler)e yönelik diğer devlerin yapacağı yardımın engellenmesi.²²⁹

2.2.1.3.3. 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu Yargılamaları

Nuremberg'de Londra Şartı kapsamında yapılan yargılamalar haricinde 10 numaralı Kontrol Konseyi Kanunu kapsamında yapılan yargılamalar bir dizi alt derecedeki Alman siyasi ve askeri yetkilinin (ve aynı zamanda Almanya'nın savaş

https://chomsky.info/1990___-2/, 22 Mart 2018.

²²⁸ Patrick Finney, **Remembering the Road to World War Two**, Abingdon, Routledge, 2011, s.271.

²²⁹ Carrie McDougall, **The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court**, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 139. Suçun unsurları olarak temelde şu hususlar belirtilebilir: “bir ülke üzerinde hakimiyet kurma, savaşa ilk başvurma ve bir devletin ülkesel bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığına saldırı”; Acer, **a.g.e.**, s. 132.

çabalarına sanayi ve finans yöneticileri olarak destek veren bireylerin) barışa karşı işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğu bakımından önem arz etmektedir.²³⁰

30 Ekim 1943 tarihli Moskova Deklarasyonu ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Şartı çerçevesinde kabul edilen söz konusu Kanun'un 2. maddesi, “aşağıdaki eylemlerin her birinin” barışa karşı bir suç olarak kabul edildiğini öngörmektedir:

*“bunlarla sınırlı olmamak üzere bir saldırı savaşını planlama, hazırlama, başlatma veya sürdürme dahil uluslararası kurallara ve adetlere aykırı olarak diğer ülkelerin istilasını ve bir saldırı savaşını veya uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere veya güvencelere aykırı bir savaşı başlatma veya sürdürme veya yukarıda sayılan fiillerden herhangi birini gerçekleştirmek adına ortak bir plan ya da komploya katılma.”*²³¹ Bu düzenleme sadece saldırı savaşını yasaklayan Londra Şartı'nda öngörülenin aksine hem saldırı savaşını hem de istilayı (invasion) yasaklamaktadır.

Bu yargılamalar kapsamında barışa karşı işlenen suçlar dört davada ele alınmıştır: Farben, Krupp, High Command ve Ministries. Her bir davada iddia makamı, sanıkların “ortak plan veya komplo” ya katılmış olduğunu ve saldırı savaşları ve istilalar planladıklarını, hazırladıklarını, başlattıklarını veya yürüttüklerini iddia etmiştir.

Daha önce belirtildiği üzere Nuremberg yargılamaları Nazilerin belirli ülkelere yönelik silahlı saldırılarını saldırı savaşı olarak nitelendirmişse de bu husustaki tespitler yeterince sorgulanmamıştır. Ancak Ministries davası Nazilerin İngiltere ve Fransa'ya yönelik saldırılarına ilişkin Nuremberg yargılamalarında yer alan bir belirsizliğe açıklık getirmiştir.²³² Bu davada mahkeme istila tanımına değinerek, bu kavramı şu şekilde açıklamıştır: “*bir devletin diğeri tarafından istila edilmesi, istila eden devletin ulusal politikasının zorla uygulanması olup, istila edilen devletin ise yaratılan korku ya da söz konusu üstün güç karşısında, direnişte bulunmanın bir yarar*

²³⁰ Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s. 180.

²³¹ Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Control Council Law No. 10, (Çevrimiçi) <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>, 27 Nisan 2018.

²³² Kevin Jon Heller, **The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 2011, s.181.

sağlamayacağı kanısı yüzünden bir teslimiyet politikasını benimsemesi ve bu yüzden gerçek bir çatışmanın gerçekleşmemesidir”.

Bu noktada istilanın teamül hukukunda cezai bakımdan var olduğuna ilişkin bir argüman ileri sürülerek, Avusturya ve Çekoslovakya'nın (bu iki ülke bakımından saldırı savaşının meydana gelmediği belirtilmiştir) istilası bakımından iki sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. Dolayısıyla istila ile saldırı savaşının farklı kavramlar olduğu ve saldırı savaşının istiladan farklı olarak gerçek şiddet içerdiği belirtilmiştir.²³³

Bu yargılamaların Nuremberg'teki yargılamalardan hukuki değerlendirmeler bakımından çok daha ileri düzeyde olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de bu yargılamalarda özellikle saldırı suçuna ilişkin manevi unsurun teorik altyapısı geliştirilmiş olup, bir kişinin savaşın saldırgan doğası hakkında açık bir bilgi sahibi olmaksızın barışa karşı işlenen suçlardan sorumlu tutulamayacağı üzerine uluslararası hukukta bir teamül oluşturulmuştur.²³⁴

Söz konusu yargılamalarda toplam 185 sanık yargılanmış olup, bunlardan 35'i hakkında beraat kararı verilirken, 24'ü ölüm cezasına ve geri kalanı da çeşitli hapis cezalarına çarptırılmıştır. Bu yargılamaların bir diğer özelliği sanayi ve iş dünyasının önde gelen isimleri bakımından beyaz yakalı faillerin uluslararası sorumluluklarının tesis edilmesinde (veya onaylanmasında) bir mihenk taşı olmasıdır. Askeri yahut politik kademedede olmayan bu kişilerin karşı karşıya kaldığı bu yeni ikilemi, Schmitt şu şekilde özetlemektedir: “*Kişinin vicdani, gelenekler ile tasdik edilmiş ulusal sorumluluk ile yalnızca vicdani değil hukuki niteliği de haiz olduğu iddia edilen yeni bir uluslararası yükümlülük arasında kalmıştır.*”²³⁵

²³³ A.e., s.127,128.

²³⁴ Sayapın, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s.190.

²³⁵ Carl Schmitt, **Writings on War**, çev. Timothy Nunan, UK, Polity Press, 2011, s. 194.

2.2.1.3.4. İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı İhlaller Kodu Taslağı

Birleşmiş Milletlerin kurulmasını takip eden ilk günlerde Nuremberg ve Tokyo yargılamalarının mirasını hayata geçirmek için vakit kaybetmeden çalışmalara başlanmıştır.²³⁶ Bu çerçevede Nuremberg ilkeleri Genel Kurul tarafından 95(I) sayılı kararlar kabul edilmiş²³⁷ ve 1948 yılında Soykırım Sözleşmesinin kabulü ile bu uluslararası suç bakımından da hukuki bir düzenleme hayata geçirilmiştir.

Genel Kurul 21 Kasım 1947 tarihli 177 (II) sayılı kararıyla Nuremberg Şartı'nda ve mahkeme kararlarında tanınan uluslararası hukuk ilkeleri doğrultusunda hazırlanacak bir hukuki metnin oluşturulması görevinin Uluslararası Hukuk Komisyonu'na tevdi edilmesine karar vermiştir.²³⁸

Komisyon'un Suç Taslağı hakkındaki çalışması 1947'den 1954'e kadar devam etmiş, bu çalışmadan istenen sonucun alınamaması üzerine başlayan ikinci çalışma ise 1982'den 1996'ya kadar sürmüştür. 1951 yılında sunulan ilk çalışma taslağı beş madde halinde düzenlenmiştir. Söz konusu taslakta 12 bent halinde sayılan suçları düzenleyen 2. maddenin 1. fıkrası: “*Bir devletin silahlı kuvvetlerinin bir başka devlete*

²³⁶ Özellikle İtalya, Romanya, Bulgaristan, Finlandiya ve Macaristan ile 1947'de imzalanan barış andlaşmaları, bu ülkelerin, diğerlerinin yanı sıra, barışa karşı işlenen suçları işlediği, emrettiği ya da teşvik ettiği iddia edilen kişilerin yakalanması ve teslim edilmesini sağlama adına gerekli tüm adımları atmalarını gerektirmiş ve bu konuyla ilgili hukuki düzenleme ihtiyacını pekiştirmiştir. Ayrıca 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, 1. maddesi (F) bendinde sözleşme hükümlerinin barışa karşı suç işleyen kişiler bakımından uygulanmayacağını belirtmektedir.

²³⁷ Bkz. Affirmation of The Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement>, 15 Nisan 2018. Yine bu çerçevede Genel Kurul 17 Kasım 1950 tarihinde aldığı 380 sayılı kararla hangi silahların kullanıldığına bakılmaksızın ister açık ister dolaylı şekilde yabancı bir kuvvet adına bir devletteki iç karışıklığı teşvik yoluyla veya başka şekilde olsun her saldırının dünyada barışa ve güvenliğe karşı işlenecek tüm suçların en ağır olduğunu kabul etmiştir, Peace Through Deeds, Res. 380 1050, (Çevrimiçi), [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/380\(V\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/380(V)) 20 Nisan 2018.

²³⁸ Komisyon şu maddeler çerçevesinde görevlendirmiştir: (a) Nuremberg Mahkemesi Şartı'nda ve Mahkeme kararında tanınan uluslararası hukuk ilkelerine ve (b) yukarıda (a) bendinde belirtilen prensiplere göre İnsanlığın Barış ve Güvenliğine karşı bir yasa taslağı hazırlanması, bkz. Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, Adopted by the Third Session of the International Law Commission, **International Organization**, C.5, S. 4, 1951.

*yönelik silahlı kuvvet kullanımı da dahil olmak üzere, bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkı veya Birleşmiş Milletler'in yetkili bir organı tarafından verilen bir karar veya tavsiyenin uygulanması amaçları dışında, devlet tarafından gerçekleştirilen herhangi bir saldırı fiili” şeklindedir.*²³⁹

Komisyon 1953'teki oturumunda özel raportörden konuyu tekrar ele almasını rica etmiş ve raportör hükümetlerden gelen görüşleri de dikkate alarak yeni bir metin hazırlığına girişmiştir.²⁴⁰ Bu çalışmalar bakımından Komisyon'da kaydedeğer bir ilerleme gerçekleştirilmişse de, Genel Kurul özellikle saldırının tanımın oldukça farklı sorunlar doğuracağını öngörerek, bu çalışmaların saldırının tanımı hususunda bir adım atılincaya kadar durdurulmasına karar vermiştir.²⁴¹ Bu zamanda, soğuk savaş ile ilgili siyasi gerginlikler de söz konusu suçların gündeminde ilerleme kaydedilmesini neredeyse imkansız hale getirmiştir.²⁴² Bu yüzden her ne kadar saldırının tanımına ilişkin bir düzenlemeye 1974'te ulaşılmış olsa da, Genel Kurul söz konusu taslak bakımından çalışmaları 1982'ye kadar başlatamamıştır. Bununla birlikte bu dönemde yine Genel Kurulu'nun kabul ettiği bir çok hukuki belgede saldırı kavramının oldukça fazla geçtiği gözlemlenmektedir.²⁴³

²³⁹bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 8.bs, İstanbul, C.1, Legal Yayıncılık, 2012, s.521,523.

²⁴⁰ Bu çerçevede hazırlanan 1954 taslak metni aşağıdaki suçları kapsamıştır: saldırı (saldırı eylemi, saldırı tehdidi ve saldırı için hazırlık dahil), terörizm, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik andlaşmaların ihlali, ilhak, müdahale, soykırım, insanlık dışı eylemler ve savaş yasalarının ihlal, bkz., Rosemary Rayfuse, “The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating Disorders at the International Law Commission”, **Criminal Law Forum**, C.8, S.1, 1997, s. 46.

²⁴¹ Draft Code of Offences Peace and Security of Mankind, GA Res 897(IX) 4 December 1954, (Çevrimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/096/32/IMG/NR009632.pdf?OpenElement> 10 Mart 2018.

²⁴² William A. Schabas, **An Introduction to the International Criminal Court**, 4.bs, New York, Cambridge University Press, 2011, s.10.

²⁴³ BM Genel Kurulu 21/12/1965 tarih ve 2131 sayılı “Devletlerin İçişlerine Müdahelenin Kabul Edilmezliği ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunması Bildirisi”; 11/12/1969 2542 sayılı “Sosyal İlerleme ve Genişleme Bildirisi”; BM 24/10/1970 tarih 2625 sayılı “Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi”; 16/12/1970 tarih 2625 sayılı “Uluslararası Güvenliğin Kuvvetlendirilmesi Bildirisi”; 09/12/1981 tarih 36/102 sayılı “Uluslararası Güvenliğin Güçlendirilmesi Bildirisinin Uygulanması” kararı ve 10/11/1978 tarih ve 33/73 sayılı “Toplumların Barış İçinde Yaşama Hazırlanması Bildirisi” bu noktada işaret edilebilecek metinleri oluşturmaktadır, bkz. Gemalmaz, **a.g.e.**, s.540-543.

2.2.1.3.5. İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kodu Taslağı

Komasyon çalışmalarının 1982 yılında yeniden başlamasını takiben nihayet 1991'de ilk okumanın tamamlanmasından sonra oluşturulan taslak metin toplam on iki suçtan oluşacak şekilde hazırlanmıştır: Saldırı, saldırı tehdidi, müdahale, sömürge hakimiyeti ve diğer yabancı egemenlik biçimleri, soykırım, apartheid, sistematik ağır insan hakları ihlalleri, ciddi savaş suçları, paralı asker toplanması, kullanılması, finanse edilmesi ve eğitilmesi, uluslararası terörizm, yasa dışı uyulşturucu ticareti ve çevreye kasıtlı ve şiddetli hasar verilmesi.²⁴⁴

Saldırı suçu açısından Komasyon tasarı metninin 15. maddesinde yer alan bu tanım bakımından 3314 sayılı Karar'daki tanımı esas almış ve bir anlamda bu iki tanım bütünleşmiştir. Bu erevrede UHK tarafından yapılan tek değişiklik: “*Madde 15 (1), 3314 sayılı Kararda ngrlen bireysel cezai sorumluluğu tesis eder*” şeklinededir. Saldırıyı oluşturan eylemlerin listesi ise 4. fıkrada yer almış, bu fiillerin 3. fıkradaki öncelik prensibine ve 2. fıkradaki genel tanıma bağlı olduğu düzenlenmiştir.²⁴⁵

²⁴⁴ Bkz. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1991, C. II, , par. 170–175, (evrimii) http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf&lang=EFSRAC 14 Nisan 2018. Söz konusu metindeki suçlar bakımından en önemli itirazlar şu şekilde sıralanmıştır: Maddelerin içeriğinin oldukça belirsiz ve muğlak düzenlenmiş olduğu, söz konusu fiillerinin bazılarının uluslararası suç statüsüne ulaşmadığı, metinde yasaklanan bazı fiillerin günümüzde yeteri ağırlıkta gerçekleşmediği ve bu sebeple tasarının amacı ile düzenlemelerin birbirlerini karşılamadıkları, bazı suçların uluslararası barış ve güvenliğe doğaları gereği tehdit oluşturacak kadar ciddi boyutta olmadıkları, saldırı yahut ağır insan hakları ihlallerinin metinde yer alan diğer hükümlerin kapsamına girdiği, özellikle uluslararası sözleşmelerden düzenlemeye aktarılan suçların çoğunun yeni ve yeterince devlet tarafından onaylanmamış olduğu, sayılan suçların çoğunun devletlerin i hukukunda yer aldığı ve yerel mahkemelerde layıkıyla soruşturulabileceği ve bu suçların yalnızca özel kişiler tarafından da işlenebileceği. Bkz., Rayfuse, **a.g.e.**, s. 47-48.

²⁴⁵ 3314 sayılı Kararın 5. maddesi ise haklı olarak bu düzenlemede kendisine yer bulamamıştır, zira saldırıyı meşulaştırmaya çalışan nedenlerin kabul edilemeyeceğini hüküm altına alan böyle bir düzenlemenin doğal olarak bu suçları kapsamakta olan bir ceza tasarısında bulunmaması gerekli grlmştir, bkz., **Gewehr, a.g.e.**, s.21.

1991 taslağının ardından sadece beş yıl sonra UHK tarafından 1996 tarihli İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar Kodu Taslağı kabul edilmiştir.²⁴⁶ 1996 tarihli taslakta saldırı tanımı konusunda bu suça ilişkin belirsizliklerin yansıtılması adına Komisyon üyeleri genel bir tanım seçeneğini tercih etmişlerdir. Bu doğrultuda saldırı tanımı sadece tek bir cümle olarak şu şekilde düzenlenmiştir: “*bir devlet tarafından gerçekleştirilen saldırının planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da yürütülmesi sürecine lider veya düzenleyici olarak etkin şekilde katılan kişi saldırı suçundan sorumludur*”.²⁴⁷ Söz konusu tanıma esas teşkil eden asıl düzenlemenin Nuremberg örneği olduğu göz önüne alındığında, saldırı kavramının tanımlanması ve bu kapsamda hangi fiiller bakımından bireysel cezai sorumluluğun tesis edileceğine ilişkin belirsizlik aradan geçen uzun kodifikasyon sürecine rağmen varlığını sürdürmeye devam etmiştir.²⁴⁸

Sonuç olarak, Allain ve Jones’un da belirttiği üzere, yaklaşık yarım asırlık bir çalışmanın ürünü olan 1991 tarihli taslağa kıyasla 1996 tarihli taslak geçmiş çalışmaların tümünü reddetmiş ve uluslararası suçlar bakımından yeni bir zemin oluşturma fırsatını kaybetmiştir. Bu sebeple, UHK’nin belki de bilinçli bir tercihi olarak saldırı suçu için uluslararası ceza mahkemesi statüsü çalışmalarının daha çok öne çıktığı belirtilebilecektir.²⁴⁹

²⁴⁶ Bkz. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf 15 Nisan 2018.

²⁴⁷ A.e., s.22.

²⁴⁸ Yılmaz, a.g.e., s.139.

²⁴⁹ Jean Allain, John R.W.D. Jones, “A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, **European Journal of International Law**, C. 8, S.1, 1997, s.117.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE SALDIRI SUÇU

3.1. Daimi Bir Uluslararası Ceza Organının Oluşturulması

Daimi bir ceza mahkemesine ilişkin hazırlık çalışmalarının geçmişi Uluslararası Kızılhaç Komitesinin İsviçreli başkanı Gustave Moynier'in uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması amacıyla hazırlattığı 1872 tarihli taslağa kadar uzanmaktadır.²⁵⁰ Uluslararası bir ceza mahkemesi yaratma fikri daha sonra 1899 tarihli Daimi Hakemlik Mahkemesini düzenleyen Birinci Lahey Sözleşmesi'nde de öngörülmüştür.²⁵¹ Bunları takiben I.Dünya Savaşı'nın ardından meydana gelen yargılama girişimleri bakımından, Milletler Cemiyeti Hukukçuları Danışma Kurulu'nca Cemiyet Meclisi veya Konseyi tarafından havale edilebilecek ve uluslararası kamu düzenine ve ulusların evrensel kanuna karşı işlenen suçları yargılayacak bir Uluslararası Yüksek Adalet Divanının kurulmasına yönelik bir karar alınmışsa da, söz konusu karar gündeme alınmamıştır.²⁵² Bu dönemde özellikle uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına yönelik çalışmalar bakımından devletlerin egemenliği en başat engel olmuştur.²⁵³

²⁵⁰ Hans-Peter Kaul, "ICC- Historical Background and Objectives of the Court", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2015, s. 2; Marlies Glasius, **The International Criminal Court**, Abingdon, Routledge,2006, s.6.

²⁵¹ Yusuf Aksar, **Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court**, London, Routledge,2004, s.43. Birinci Lahey Sözleşmesi'nin önemi karadaki savaşın gelenekleri ve kurallarına ilişkin olarak düzenleme yapılması idi. Gerçekten de bu sözleşme, insancıl hukukun temellerini oluşturarak, insan haklarına ilişkin düzenlemelere büyük ışık tutmuştur.

²⁵² Bkz., Leila Sadat Wexler, "The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal", **Cornell International Law Journal**, C. 29, S.3, 1996, s.670.

²⁵³ Aksar, **Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court**, s. 43.

Bununla beraber 1934 yılında Yugoslavya Kralı Alexander'ın öldürülmesinden sonra uluslararası ceza mahkemesi fikri yeniden ele alınmıştır. Bu çerçevede Milletler Cemiyeti Terörizmin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde yer alan ihlaller bakımından yargılama yetkisini haiz böyle bir mahkemenin kurulmasına ilişkin tasarı 1937 yılında imzaya açılmıştır.²⁵⁴ Her ne kadar yargılamaya konu suçlar bakımından oldukça sınırlı olsa ve egemenlik hususu bakımından devletlerin keskin bir itirazı ile karşılaşmasa da bu teklif dönemin devletlerince kabul görmemiştir.²⁵⁵

II. Dünya Savaşı'nın ardından oluşturulan Nuremberg ve Tokyo mahkemelerine yönelik eleştiriler üzerine, BM Genel Kurulu bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin bir taslak statünün hazırlanmasıyla görevli bir komite kurmuş ve on yedi devletten oluşan bu komite raporunu 1952'de teslim etmiştir. Genel Kurul bu raporda ele alınan statünün üye devletler tarafından yapılan yorumlar ışığında tekrar gözden geçirilmesi için yeni bir komite görevlendirmiş ve bu komite de raporunu 1954 yılında Genel Kurul'a sunmuştur.

Bu arada 1948 yılında kabul edilen Soykırım Sözleşmesi'nin 6. maddesinde soykırım yargılamasının, “*eylemin yapıldığı topraklardaki Devletin yetkili bir mahkemesi veya yargı yetkisini kabul etmiş olan Akit Taraflar açısından bir uluslararası ceza mahkemesinde*” gerçekleşeceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu doğrultuda 9 Aralık 1948'de Soykırım Sözleşmesi ile aynı gün kabul edilen bir Genel Kurul kararı ile UHK'ye, Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülmüş olan mahkemeye ilişkin bir statü hazırlama vazifesi verilmiştir.²⁵⁶

Komisyon bir uluslararası ceza mahkemesinin kuruluşuna ilişkin görüşlerini içeren teklifini 1951 yılında BM Genel Kurulu'na sunmuş ancak bu rapor UHK'ye geri

²⁵⁴ Wexler, **a.g.e.**, s.671, dpn. 32.

²⁵⁵ Jackson Maogoto, “Early Efforts to Establish an International Criminal Court”, ed. José Doria Hans-Peter Gasser M. Cherif Bassiouni, **The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s.22.

²⁵⁶ UHK'nin cezai yargı bakımından geliştirmekle görevlendirildiği alanlar: Bir mahkeme ve yargılama usulü düzenleme, suçları ve unsurlarını düzenleme ve mahkemenin yargı yetkisi ile yürürlüğüne ilişkin unsurları düzenlemek şeklindeydi, bkz., Schabas, **An Introduction to the International Criminal Court**, s. 8.

gönderilmiştir. Komisyon tarafından 1954'te tekrar sunulan taslak uluslararası ceza mahkemesi statüsü de Genel Kurul'un dikkatini çekememiştir. Bu isteksizliğin sebebi olarak saldırının tanımlaması çabaları gösterilmekte olup, gerçekten de saldırıya ilişkin bir tanımın yokluğu diğer alanlara yönelik çalışmaları da ciddi şekilde etkilemiştir.²⁵⁷

Ancak bu hususta Nuremberg ve Tokyo içtihatlarına yönelik bazı devletlerin çekinceleri de önemli rol oynamıştır. Ağustos 1951'de, BM'nin hukuk komitesine konuşan İngiliz yetkili bireyleri yargılayacak daimi bir uluslararası ceza mahkemesi fikrine şu şekilde karşı çıkmıştır: “*Böyle bir kişiyi uluslararası bir mahkemenin önüne kim getirebilir? Mahkemeye getirildiği takdirde, politik bir baskının süreceği bir yargılama, böylesine bir gerilim atmosferinde nasıl gerçekleştirilebilir? Böyle bir mahkeme, uluslararası anlaşmazlıkların odak noktası olmayacak mıdır?*”²⁵⁸ Yine bu bağlamda saldırı suçu ve insanlığa karşı suçların çoğunlukla devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği ve hiçbir devletin kendi görevlilerini böyle bir mahkemeye teslim etmeyeceği (bir savaşta yenik taraf olmadığı sürece) birçok kez dile getirilmiştir.

Ancak bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin çalışmalar devam etmiş ve 1973'de kabul edilen Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Bastırılması Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, devletlerin yerel mahkemeleri tarafından uygulanacak evrensel ceza yargılaması ilkesine ek olarak, apartheid suçları konusunda yargı yetkisine sahip bir uluslararası ceza mahkemesinin olacağı ihtimali hüküm altına almıştır.²⁵⁹

Daimi bir ceza mahkemesinin kurulmasına yönelik düzenlemeler sadece bu çalışmalarla sınırlı kalmamış, Uçaklara Yasadışı Elkonulmasının Bastırılması Hakkındaki Lahey Sözleşmesi, Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Rehine Alınmasına Karşı

²⁵⁷ Benjamin N. Schiff, **Building the International Criminal Court**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s.27.

²⁵⁸ Bosco, **a.g.e.**, s. 31.

²⁵⁹ Md. 5: “*Bu sözleşmenin II. maddesinde sayılan fiillerden sorumlu tutulan kişiler; şahsı hakkında yargı yetkisine sahip olabilecek Sözleşmeye Taraf Devletin yetkili bir mahkemesi tarafından yargılanabilir veya yargı yetkisini kabul etmiş olan Taraf Devletlere ilişkin olarak yetkili uluslararası ceza mahkemesi tarafından....*”, ayrıca bkz., Bernhard Graefrath, “Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court”, **EJIL**, C.1, S.1, 1990, s.71.

Uluslararası Sözleşme gibi hukuk metinlerinde de bu andlaşmalarda düzenlenen suçlar bakımından sanıklar için bir uluslararası mahkeme tarafından yargılama yapılması öngörülmüştür.²⁶⁰

Ancak böyle bir mahkemenin kurulması 60'lı ve 70'li yıllardaki politik rüzgarlar yüzünden gerçekleştirilememiş olsa da, özellikle ABD'nin Vietnam'da gerçekleştirdiği suçlara karşı kamuoyunda oluşan anti-militarist görüşler doğrultusunda önderliğini Bertrand Russell'ın yaptığı ve devletlerin herhangi bir dahli olmaksızın oluşturulan Russell Mahkemesi'nde ABD'ye yönelik olarak saldırı, soykırım ve savaş suçları hakkında bir yargılama gerçekleştirilmiştir.²⁶¹ Bu Mahkemenin kamuoyunda gördüğü destek ve ilgi uluslararası bir mahkemenin kuruluşuna yönelik çabalara da destek olmuştur.

3.2. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

Nuremberg mahkemesinin görev süresini tamamlamasından kırk yedi yıl sonra, BM Güvenlik Konseyi tarafından Yugoslavya savaşı sırasında işlenen suçları yargılayacak bir mahkemenin kurulmasına karar verilmiştir.²⁶² 1993'te kurulduğu sırada, tüm dünya İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana Avrupa'da yaşanan en yıkıcı çatışmalara tanıklık etmekteydi: Özellikle Bosna ve Hırvatistan'da gerçekleştirilen fiiller neticesinde binlerce sivil öldürülmüş, yaralanmış, alıkonulmuş, cinsel saldırıya uğramış ve yüz

²⁶⁰ Yusuf Aksar, **Evrensel Yargı Kuruluşları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 47.

²⁶¹ Mehmet Ali Aybar'ın da görev yaptığı bu mahkemede saldırı suçu da dahil olmak üzere ele alınan tüm suçlar bakımından ABD suçlu bulunmuştur. Bu bakımdan saldırı suçu özelinde incelemeler Kellogg Briand Paketi, BM Şartı md.2(4), 20,21 Temmuz 1954 Cenevre Andlaşmaları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bkz. Mehmet Ali Aybar, **Vietnam Günlüğü**, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2012, s.22-26. Bu mahkemenin ardından daha sonra Irak hareketinde işlenen suçlara ilişkin ise Irak Dünya Mahkemesi kurulmuş, karar oturumu ise Türkiye'de gerçekleştirilmiştir. Bkz. Müge Gürsoy Sökmen, **Irak Dünya Mahkemesi Nihai İstanbul Oturumu**, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2006.

²⁶² Bkz. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Res. 808, (1993). Kasım 2017 itibariyle EYUCM faaliyetlerini fiilen sonlandırarak, 24 yıllık bir sürede görevini tamamlamıştır.

binlerce insan evlerinden sürülerek etnik temizliğe uğratılmıştır.²⁶³ Söz konusu fiilleri işleyenleri yargılayacak olan EYUCM'nin ulusal mahkemeler üzerinde önceliğe sahip olduğu ve yargılama yetkisini soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçları kapsayacak şekilde kullanacağı kabul edilmiştir.²⁶⁴

Nisan-Temmuz 1994 arasında Ruanda'da gerçekleşen olaylarda devlet kadrolarında etkin olan Tutsi kabilesine mensup (ve ılımlı Hutu müttefikleri) olan 500.000 ila bir milyon insanın, nüfusun daha büyük bir kısmını oluşturan Hutular tarafından kitlesel bir imha planı çerçevesinde vahşice öldürülmesi üzerine Güvenlik Konseyi bu olaylar sırasında işlenen suçları yargılayacak olan bir mahkemenin kurulmasına karar vermiştir.²⁶⁵ Ancak Ruanda hükümeti özellikle bu mahkeme tarafından sanıklara ölüm cezası verilmeyecek olmasına itirazda bulunmuş ve bu nedenle mahkemeyi desteklemeyeceğini belirtmiştir.²⁶⁶ Bu mahkeme de tıpkı EYUCM gibi ulusal mahkemelere karşı önceliğe sahip olarak düzenlenmiştir.²⁶⁷ Ruanda Mahkemesi'nin statüsü, Yugoslavya Mahkemesi'nin statüsüne büyük ölçüde benzese de, çatışmanın bir iç çatışma olması nedeniyle silahlı çatışma ve savaş suçlarına ilişkin özel atıflar çıkarılmıştır. Uluslararası ceza hukukunun gelişimi açısından insanlığa karşı suç kategorisinin savaş suçlarından ilk defa ayrıldığı ve savaş yasalarının tamamen içsel bir çatışmada ilk kez kovuşturulduğu bir yer olarak bu mahkeme büyük öneme sahiptir.²⁶⁸

Daimi bir ceza mahkemesine yönelik müzakerelerin sürdüğü BM Hukuk Komisyonu'nda, Balkanlar ve Orta Afrika'da gerçekleşen vahşetler bu konuda bir aciliyet hissi yaratmıştır. Bu doğrultuda 1994 yılında UHK tarafından Nuremberg,

²⁶³ About the ICTY, (Çevrimiçi) <http://www.icty.org/en/about>, 10 Şubat 2018.

²⁶⁴ Andrew Novak, **The International Criminal Court- An Introduction**, Springer ,2015, s.11.

²⁶⁵ Bkz. International Criminal Tribunal for Rwanda, Res. 955, (1994).

²⁶⁶ Söz konusu mahkeme Arusha, Tanzania'da kurulmuş olup, bu bakımdan, suçun işlendiği yer ve mahkemenin bulunduğu yer farklılığının diğer mahkemeler özelinde de yargılama bakımından belli engellere neden olabileceği belirtilmiştir, bkz. Fatou Bensouda, "Challenges Related to Investigation and Prosecution at the International Criminal Court", **International Criminal Justice-Law and Practice from the Rome Statute to It's Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s.138.

²⁶⁷ Jennifer Trahan, "Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court's Crime of Aggression-Considering the Problem of Overzealous National Court Prosecutions", **Cornell International Law Journal**, C.45, S.3, 2012, s.571.

²⁶⁸ Novak, **a.g.e.**, s.13.

Tokyo, EYUCM ve RUCM gibi emsaller incelenerek daimi uluslararası ceza mahkemesine ilişkin bir statü hazırlanmış ve Genel Kurul'a sunulmuştur.²⁶⁹ Bunun üzerine Genel Kurul söz konusu taslak statüden kaynaklanan başlıca önemli idari konuların gözden geçirilmesi için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması Hakkında Geçici Komite'yi kurmuş ve 1995 yılında da uluslararası bir ceza mahkemesi için kabul edilebilir bir birleştirilmiş metnin hazırlanması amacıyla Hazırlık Komitesi oluşturulmuştur. UHK tarafından hazırlanan taslak statüde kurulacak olan mahkemenin dört suç bakımından yargılama yetkisine sahip olacağı belirtilmiş olup, soykırım, saldırı, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının yanı sıra devletlerin imzaladıkları diğer anlaşmalarda yer verilen suçlar da ayrıca bir madde ile eklenmiştir.²⁷⁰ Bu tasarıda saldırının tanımına yer verilmemiş ancak bir saldırıya yönelik yapılacak şikâyet veya soruşturmanın Güvenlik Konseyi'nin bu açıdan bir ihlale ilişkin tespiti olmadan yapılamayacağı belirtilmiştir.²⁷¹

3.3. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Roma Statüsü

Yukarıda da belirtildiği üzere birçok uluslararası anlaşmada uluslararası düzeni tehlikeye atanlar bakımından devletlere evrensel ceza yetkisi tanınması öngörülmektedir. Bu çerçevede insanlığın barışı ve güvenliğine yönelik suçları

²⁶⁹ Bosco, **a.g.e.**, s. 45.

²⁷⁰ Madde 20/ (e): “İddia edilen fiil ile ilgili olarak, ekte listelenen anlaşma hükümlerine göre kurulan veya bunlara bağlı istisnai suçlar” olarak düzenlenmiştir. Bkz. Draft Statute for an International Criminal Court, 1994, (Çevrimiçi), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf, 5 Mart 2018.

²⁷¹ Söz konusu düzenlemeye göre: “Güvenlik Konseyi, bir Devletin şikâyetine konu olan saldırı eylemini gerçekleştirdiğini tespit etmedikçe, bu Statü uyarınca fiille ilgili bir şikâyet veya doğrudan ilgili durumlar bakımından herhangi bir işlem yapılamaz.”, bkz. Silvia A. Fernández De Gurmendi, “Afterword: The International Criminal Court and The Crime of Aggression: From The Preparatory Commission to The Assembly of States Parties and Beyond- An Insider's View”, ed. Mauro Politi, Giuseppe Nesi, **The International Criminal Court And The Crime Of Aggression**, Abingdon, Routledge, 2017, s.184. Bir diğer ilgili düzenleme ise Güvenlik Konseyi'nin aksi karar vermediği hallerde, Bölüm VII uyarınca Konsey'in barışın tehdidi, barışın ihlali veya saldırı fiili olarak ele aldığı bir durumla ilgili olarak bu Statü uyarınca kovuşturma başlatılamayacağı hükmüdür, bkz., A Position Paper of the Lawyers Committee for Human Rights, **Establishing an International Criminal Court - Major Unresolved Issues in The Draft Statute**, 1996, s.17,18, (Çevrimiçi) <http://www.iccnw.org/documents/2PrepCmtEstablishICLCHR.pdf> 27 Şubat 2018.

işleyenlerin, ulusal yasalarda bunlar suç olarak tanınmasa bile cezalandırılabilceği fikrinin uluslararası toplumca da desteklenmesi sayesinde, resmi pozisyonları ne olursa olsun uluslararası hukuka göre artık cezai sorumluluk taşıdıklarının ve herhangi bir bağışıklık iddia edemeyeceklerinin kabulü ulusüstü adaletin sağlanması noktasında oldukça önemli bir gelişmedir.²⁷²

1990'lara gelindiğinde bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını müzakere etme olanağı, bu dönemde yaşanan olaylar ve yukarıda belirtilen algı değişimi sayesinde mümkün hale gelmiştir. Bu dönemde örnek olarak bazı akademisyenler ve A.M. Warner gibi aktivistler Saddam Hüseyin'in Kuveyt'e yönelik saldırı suçundan yargılanmasını istemiş ve ABD Başkanı George Bush ile İngiltere Başbakanı Margaret Thatcher, Irak liderini işgale karşı sorumlu tutmayı görüşmüşlerdir. Bu fikir etkisini kaybetmeden önce Avrupa Birliği içinde de az da olsa bir karşılık bulmuş, ancak ABD liderliğindeki koalisyon netice olarak, Saddam Hüseyin'i görevden almak ve kovuşturmadan ziyade Irak'a yönelik yaptırımlar uygulamayı tercih etmiştir. Irak savaşını takip eden yıllarda özellikle Yugoslavya ve Ruanda'da gerçekleşen vahşetten sonra uluslararası toplum, soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu bakımından bir uluslararası ceza mahkemesi fikrine daha sıcak bakmıştır.²⁷³

Bununla beraber bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına yönelik toplanacak bir konferans öncesinde, güçlü devletlerin süregelen ulusötesi askeri operasyonları ve doğrudan yahut dolaylı olarak gerçekleştirdikleri operasyonlar sebebiyle, egemenliklerinden feragat ederek, kendi topraklarında işlenen yahut başka topraklarda kendi vatandaşları tarafından işlenen suçlar bakımından bir uluslararası organının yetkisini kabul etmeyecekleri de beklenmekteydi. Ancak bu kanaat söz konusu konferans öncesi gerçekleşen bir takım başarılı girişimler sayesinde yerini daha umutlu bir tavra bırakmıştır. Özellikle kara mayınları ile ilgili yapılacak bir anlaşmaya ABD ve diğer bazı büyük güçler itiraz ettiğinde, düzinelerce devlet bu anlaşmayı onlarsız

²⁷² Graefrath, **a.g.e.**, s.71.

²⁷³ David Scheffer, "The International Criminal Court", **Routledge Handbook of International Criminal Law**, ed. William A. Schabas, Nadia Bernez, 2011, s.67.

onaylamak için oy kullanmıştır. Bu bağlamda Rusya, ABD ve Çin'in andlaşmanın tarafı olmamasına rağmen, diğer devletler sözleşmeyi yine de imzalamaktan çekinmemiş ve bu durum uluslararası sistemde şok etkisi yaratmıştır.²⁷⁴

Bu gelişmelerin ardından 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında İtalya'nın Roma kentinde toplanan konferansta “Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü” 113 devletin kabul (İngiltere, Fransa ve Rusya dahil), 21 çekimser ve 7 ret oyuyla (ABD, Çin, Libya, Irak, İsrail, Katar ve Yemen) kabul edilmiştir.²⁷⁵ Böylece söz konusu mahkemenin kuruluşu bir Genel Kurul veya Güvenlik Konseyi kararına yahut BM Şartı'nın değiştirilmesine gerek kalmadan, çok taraflı bir uluslararası andlaşma yoluyla gerçekleşmiştir.²⁷⁶

Her ne kadar Statü'yü kabul eden devletler mahkemenin kurulması ve işleyişi konusundaki karamsarlıklarını saklamasalar da, azımsanmayacak bir çoğunluğun desteği sonucunda mahkemenin kurulması büyük bir başarı olarak görülmüştür. Bu başarı esasen benzer fikirli devletlerin (like-minded states) ortak çabasının bir sonucudur. Bu grup herhangi bir çatışmada doğrudan yer almayan ve insani çözüm arayışlarını tehlikeye atmak için nispeten daha az miktarda tarihsel yükü olan devletlerden oluşmaktadır. Aynı şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önlemeye çalıştığı suçlardan belki de en çok zararı görmüş olan Afrika ve Latin Amerika devletlerinin benzer fikirli devletlere verdikleri destek de konferansın başarıya ulaşmasında etkili olmuştur.²⁷⁷

²⁷⁴ Bosco, **a.g.e.**, s. 44. Bu umut verici hadisenin ardından, uluslararası kamuoyu mahkemenin kurulmasına desteğini Birleşmiş Milletler Diplomatik Temsilciler Konferansının merkezine asılan “Sonuç Bekliyoruz” yazılı afişle belirtmiştir.

²⁷⁵ Aksar, **Implementing International Humanitarian Law**, s. 62.

²⁷⁶ **A.e.**, s. 60.

²⁷⁷ Philippe Kirsch; John T. Holmes, “The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference”, **Canadian Yearbook of International Law**, 1999, 3-39 s.8

3.3.1. Statü'de Tamamlayıcılık Unsuru

Statü'nün hazırlanmasında tartışmalı hususların ilkinin Mahkeme'nin devletlerin ulusal yargı alanlarından bağımsız mı hareket edeceği, yoksa yargı yetkisinin ulusal yargı sisteminin işleyemediği istisnai durumlar ile sınırlı mı kalacağı oluşturmaktaydı. Bu hususta bir diğer alternatif ise ulusal yargının tamamlayıcısı olarak, davaların önce yerel mahkemelere bırakılıp, yerel mahkemelerin davaları gerektiği şekilde ele almadığı durumlarda yargı yetkisinin harekete geçirilmesi idi.²⁷⁸

Konferansa katılan devletler, belirli durumlarda ulusal yargı sistemlerinin veya iç mevzuatların, insanlığın en temel ilkelerini ihlal eden suçlarla başa çıkmaya yetmediğini fark etmiştir.²⁷⁹ Bu noktada adalet idealini korumak ve sistemlerin kusurlarını gidermek adına onları tamamlayacak yeni mekanizmalara ihtiyaç duydukları gerçeğini kabul etmişlerdir.²⁸⁰

Bu anlayış doğrultusunda Statü'de, bir yandan devletlerin kendi ülkelerindeki yargı yetkilerinin saklı kaldığı şeklinde bir düzenlemeye gidilirken, diğer yandan yerel soruşturmanın varlığı ve ciddiyetine yönelik bir şüphenin ortaya çıkması halinde Mahkeme'nin tamamlayıcı bir yargı yetkisini haiz olacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme bakımından UCM'nin bir son seçenek mahkemesi halini aldığı belirtilmelidir.²⁸¹ Bu tutum söz konusu suçların cezasız kalmasını azaltma hedefine hanel getirmeden, devletlerin de yargısal anlamda kendi egemenliklerini koruyabilecekleri yeni bir ilişki türü yaratılması ihtiyacı sebebiyle ortaya çıkmıştır.²⁸² Bu çerçevede bir suç hakkındaki yerel yargılamanın ciddiyetine karar verme yetkisi UCM'ye bırakılmış

²⁷⁸ A.e., s.7.

²⁷⁹ Çoğu devletin uluslararası suçlar için mevzuatını UCM ile uyumlu hale getirmesi neticesinde, bu tür suçların gerçekleşmesi durumunda yargılamanın evrensel yargı yetkisi çerçevesinde kendi mahkemelerinde yapılabilmesi kolaylaşmaktadır. TCK'da da 2005 yılında gerçekleşen değişiklikler neticesinde Ceza Kanununda ilk düzenlenen suçlar uluslararası suçlar olmuştur. Md. 76 kapsamında soykırım suçu, md. 77'de ise insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir.

²⁸⁰ Oscar Solera, "Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice", **International Review of the Red Cross**, C.84, No 845 ,2002, s. 149.

²⁸¹ Abass, a.g.e., s. 19.

²⁸² Solera, **Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice**, s. 147.

ve yalnızca ulusal yargı organlarının yargılama bakımından aciz (fiziki veya entelektüel kapasite eksikliği vb.) yahut isteksiz olması (sebepsiz gecikmeler, faili korumaya yönelik önlemler, tarafsız davranmama vb.) halinde yargılama işini üstlenmesi istenmiştir.²⁸³ Öte yandan *ne bis in idem* ilkesi yerel mahkemelerde tamamlanmış yargılamalar için uygulanmakta olsa da,²⁸⁴ UCM'nin ilgili devletin hukuk sisteminin faili korumak üzere hareket ettiğine veya tarafsız ve bağımsız olmadığına karar vermesi halinde tamamlanmış yargılamalara rağmen davayı üstlenebileceğine karar verilmiştir.²⁸⁵

Bir yargılama bakımından ilgili devletin isteksiz olup olmadığının belirlenmesinde, yapılan ulusal işlemler otomatik olarak gözardı edilemeyecek olsa da, Mahkeme'den somut duruma ilişkin ciddi bir analiz gerçekleştirilmesi beklenmektedir.²⁸⁶

Saldırı suçu bakımından, saldırıda bulunan devlete mensup suç faillerinin, gerek fail gerek mağdur devletin ulusal mahkemelerinde yargılanması mümkündür. Dolayısıyla bu suç açısından da UCM yukarıda bahsolunan tamamlayıcılık ilkesi doğrultusunda yerel mahkemede görülen bir davaya yargılamanın ciddiyetine ilişkin kuşkulu bir durum oluşmadıkça müdahale etmeyecektir. Ancak bu suçun faillerinin evrensel yetkiyi haiz bir üçüncü devletin mahkemesinde yargılanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.²⁸⁷ Nitekim bu suçla ilgili andlaşma değişikliği düzenlemesinde söz konusu suçla ilgili hükümlerin bir devletin yargılama yetkisi bakımından ne bir hak ne de bir yükümlülük yaratmayacağı öngörülmüştür.²⁸⁸

²⁸³ Bkz., Statü, madde 17; Abass, **a.g.e.**, s. 19.

²⁸⁴ UCM Statüsü'nün 17. maddesinde yargı yetkisini haiz devlet tarafından ciddi bir şekilde soruşturma veya kovuşturma gerçekleştirilmiş ise, bu noktada davanın kabul edilmez bulunacağı hüküm altına alınmıştır.

²⁸⁵ Bkz., Statü, madde 20., Linda E. Carter, "The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem", **Santa Clara Journal of International Law**, C.8, S.1, 2010, s. 177,178.

²⁸⁶ Abass, **a.g.e.**, s.20.

²⁸⁷ Bkz., Roger S. Clark, "Complementarity and the crime of aggression", ed.Carsten Stahn, Mohamed M. El Zeidy,**International Criminal Court and Complementarity**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s.721-744.

²⁸⁸ Resolution RC/Res 6., <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> (Çevrimiçi), 10 Mayıs 2018, Annex III, par. 4,5. Bununla birlikte, saldırı suçu bakımından kabul edilen değişikliklerin yalnızca bu Statü'nün amaçları doğrultusunda kabul edildiği belirtilerek, var olan yahut geliştirilmekte

3.3.2. Mahkemenin Yargı Yetkisi

UCM'nin kurulması esnasında en can alıcı meselelerden bir diğeri, mahkemenin yargı yetkisini nasıl kullanacağına ilişkindir. Gerçekten de, savcılığın re'sen soruşturma açıp açamayacağı ve genel olarak BM, özel olarak Güvenlik Konseyi'den gelecek dava talepleri ekseninde mahkemenin bağımsızlığı hususu görüşmelerde çokça tartışılmıştır.

Soruşturmaları kendiliğinden başlatma yetkisini haiz bağımsız bir savcının varlığı fikri STK'lar ve benzer fikirdeki devletler tarafından şiddetle desteklenmiştir. Bu devletlere göre Savcının *proprio motu* yetkilerinin yokluğu halinde, soruşturmayı başlatmak ya taraf devletlerin ya da Güvenlik Konseyi'nin talebine bağlı olacak, bu durum ise mahkemenin bağımsız bir şekilde yargılama yapabilmesinin önünde büyük bir engel oluşturacaktır. Zira bu bakımdan hem taraf devletlerin hem de Güvenlik Konseyi'nin politik çıkarlar uğruna ciddi insan hakları ihlallerini gözardı edilebilecek²⁸⁹ ve mahkeme etkisiz bir organ olarak güçlü devletlerin kuklası haline gelecektir.

Bu hususlar dikkate alınarak Statü'nün 13. maddesine göre; “*bir taraf devlet tarafından mahkeme savcısına başvurulması*” yahut “*BM Şartının VII. Bölümü uyarınca hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından savcıya başvurulması*” ya da 15. maddesine göre “*Savcı tarafından kendiliğinden soruşturma başlatılması*” ile mahkeme yargı yetkisini kullanabilecektir. Böylece savcılığın soruşturma açma yetkisi bakımından mahkemenin bağımsızlığı kabul edilmiştir.²⁹⁰

olan uluslararası hukuk kurallarını herhangi bir şekilde sınırlandırarak yahut etki altında bırakacak şekilde yorumlanamayacağı da düzenlenmiştir.

²⁸⁹Jan Wouters, Sten Verhoeven, Bruno Demeyere, “The International Criminal Court’s Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability?”, ed. José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, **The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 349.

²⁹⁰Ancak bkz., Statü, madde 16; “*Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne dayanarak aldığı karar dahilinde, Mahkeme'den talepte bulunmasının*

Savcılık bu yetkisini ilk olarak Kenya'daki olaylar neticesinde kullanmış ve bu yetkinin önemi anlaşılmıştır. Gerçekten de Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne yönelik olarak, savcılığın bu yetkiyi kullanacağını belirtmesinden kısa bir süre sonra söz konusu devletin kendisi Mahkeme'ye başvurmuştur.²⁹¹

Hem bir taraf devletçe savcılığa yapılan başvurularda hem de savcının re'sen harekete geçmesi durumunda soruşturma için makul bir zeminin bulunması şarttır. Savcılığın elindeki bilgi ve belgelere göre söz konusu suçun işlendiğine yönelik bir kanaate varması ve bu kanaat doğrultusunda soruşturmanın derinleştirilmesine karar vermesi halinde, Ön Yargılama Dairesi'nden soruşturma yetkisi talebinde bulunulacaktır. Daire savcı ile aynı kanaatte ise ve söz konusu suç mahkemenin yetkisi dahilinde ise soruşturma için savcıya gerekli yetkiyi tanıyacaktır. Ancak soruşturmanın başlatılmasından sonra devletlere bu konuda yapılan bildirim üzerine ilgili devlet söz konusu suç hakkında yargılama yaptığını bildirebilecektir. Bu takdirde Ön Yargılama Dairesi soruşturma yapmaya yetkilendirme kararı vermedikçe savcı soruşturmasını ertelemek durumundadır.

Bu bakımdan son olarak değinilmesi gereken husus ise uygulanacak hukuktur. Uygulanacak hukuk bakımından UCM Statüsü'nün 21. maddesi bir emsal hüküm teşkil etmektedir, şöyle ki bu maddeye göre mahkeme: Statü'de yer alan kuralları, insancıl hukukla ilgili olanlar başta uygun geçerli andlaşmaları ve uluslararası hukukun ilke ve kurallarını, devletlerin iç mevzuatlarından kaynaklanan temel hukuk prensiplerini ve kendi içtihatlarını uygulayabilecektir. Ancak söz konusu hukukların uygulanması ve yorumlanmasının uluslararası kabul görmüş insan hakları ile uyumlu olması ve cins, ırk, renk, dil, din veya inanç, politik ve diğer görüşler, milli, etnik veya

akabinde, 12 ay süreyle, bu Statü'ye dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep, aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir".

²⁹¹Wouters, Verhoeven, Demeyere, **a.g.e.**, s.349. Kenya dahil olmak üzere şu an yürütülen on bir soruşturmanın dördü, savcının proprio motu yetkisini kullanması ile başlatılmıştır: Gürcistan (27 Ocak 2016), Burundi (25 Ekim 2017) ve Fildişi Sahilleri (3 Ekim 2011). Bkz. Situations under investigation, (Çevrimiçi) <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>, 20.09.2018.

sosyal köken, refah, doğum gibi gerekçelerle herhangi bir ayrımcılığa yol açmaması gerekmektedir.

3.3.2.1. Yer Bakımından Yetki

UCM gerçekten de evrensel adalete yönelik olarak devletlerin atmış oldukları en önemli adımlardan biridir. Bu çerçevede mahkemenin bu ideale giden yolda en büyük gücü, evrensel bir yargı yetkisini haiz olmasıydı. Bununla birlikte Statü'yü imzalamamış bir devlet üzerinde mahkemenin evrensel yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususunda devletlerin ortak bir kanaat oluşturamadıkları belirtilebilir.²⁹² Nitekim ABD başka ülkelerdeki operasyonlarını dikkate alarak kendi vatandaşlarının yargılanmasını engelleme amacıyla Statü'yü onaylamamıştır. Bu konuda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 34. maddedeki "*Bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir Devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır*" hükmünü ileri sürmüş ve Statü'yü imzalamamış bir üçüncü devlet bakımından yargı yetkisinin kullanılmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir. Sonuçta yer bakımından yetki hususunda evrensel yetki hususu kabul edilmemiş, bununla birlikte Mahkemenin söz konusu ağır suçlara ilişkin kişiler bakımından yetkisi olabildiğince geniş tutularak bir denge sağlanmaya çalışılmıştır.

Statü'nün 12. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre Mahkeme şu hallerde yer bakımından yargı yetkisini kullanabilecektir: Suçun, Statü'yü imzalamış bir devletin topraklarında yahut bu fiiller bir uçak ya da gemide işlenmişse uçak ya da geminin kayıtlı olduğu Statü'yü imzalamış bir devlette gerçekleşmesi halinde. Aynı maddenin b bendinde suçun Statü'ye taraf devletin vatandaşı tarafından işlendiği takdirde isnad edildiği kişinin vatandaşlığını haiz bulunduğu devlet bakımından yine Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabileceği belirtilmektedir. İstisnai olarak aynı maddenin 3. fıkrasında ise henüz Statü'ye taraf olmayan bir devletin ad hoc şekilde

²⁹² Glasius, **a.g.e.**, s. 70,73.

belirli bir suç konusu ile ilgili Mahkeme'nin yargılama yetkisini kabul edeceğini bildirmesi halinde de Mahkeme'nin söz konusu olay üzerinde yargılama yetkisini haiz olacağı öngörülmektedir. Neticede, bir devlet Statü'ye taraf olmasa bile, bu devletin vatandaşlarının Statü'ye taraf olan bir devletin topraklarında işlediği suçlar bakımından Mahkeme yargılama yapabilecektir.²⁹³

Statü'de, BM Şartı, Bölüm VII uyarınca uluslararası barış ve güvenliğin tehdit ya da ihlal edildiği hallerde meydana gelen suçlar bakımından Güvenlik Konseyi'nin müracaatı da düzenlenmiştir. Güvenlik Konseyi'nin böyle bir durumu Mahkemeye havale etmesi halinde ise, yetki bakımından havale edilen devletin Statü'ye taraf olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.²⁹⁴ Ancak bu hususun özellikle mahkemenin bağımsızlığına yönelik eleştirilerin kaynağını oluşturduğu da belirtilmelidir. Bununla birlikte, mahkeme savcısının taraf devletlerden yahut Güvenlik Konseyi'nden gelen müracaatlar bakımından soruşturma açıp açmayacağına yönelik karar, yine savcının takdirine bırakılmıştır.

Bu noktada bir geri adım olarak Güvenlik Konseyi'nin gerekli gördüğü takdirde soruşturmayı erteletme yetkisinin bulunduğunu da eklemek gerekir. Gerçekten Konsey'in istemesi halinde 6 aydan bir yıla kadar söz konusu soruşturma ertelenebilecektir. Böylesine ağır suçlar bakımından yargı yetkisini haiz bir mahkemenin, soruşturmasını güçlü devletlerin talebi doğrultusunda erteleme zorunluluğu mahkemenin amaçları ile tezatlık oluşturmaktadır.

²⁹³ Nergiz Emir, “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2015, s.131. Bu bakımdan özellikle güncel bir gelişme olarak Afganistan'ın Statü'ye taraf olması ile, bu ülkenin sınırları dahilinde işlenen suçlar bakımından mahkemenin yargı yetkisine sahip olmasından mütevellit ABD vatandaşlarının bu bölgede işlediği savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara yönelik olarak Mahkeme savcılığı hazırlık soruşturması yürütmektedir. Preliminary Examination Afghanistan, (Çevrimiçi), <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>, 25 Mart 2018.

²⁹⁴ Rona Aybay, Elif Oral, **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 447.

3.3.2.2. Zaman Bakımından Yetki

Statü’de açıkça Mahkemenin Statü’nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu belirtilmekte ve kendisinden önceki emsal uluslararası ceza yargılamalarında oldukça tartışılan geriye dönük yargılama uygulamasına izin verilmeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla UCM yalnızca yürürlük tarihinden sonra gerçekleşen²⁹⁵ (1 Temmuz 2002) suçlar bakımından yargılama yapabilecektir. Benzer şekilde Statü, md.11(2) uyarınca Statü’ye bu tarihten sonra taraf olan bir devlet tarafından aksine bir bildirimde bulunulmadıkça, Mahkeme yargılama yetkisini bu devlet bakımından taraf olduktan sonra meydana gelen suçlar hakkında kullanabilecektir.

3.3.2.3. Kişi Bakımından Yetki

Yalnızca gerçek kişiler UCM’de yargılanabilir. Bu kişiler için Statü’nün 26. maddesinde belirtildiği üzere, mahkemenin yargılama yetkisine sahip olabilmesinin ön koşullarından biri de failin suçun gerçekleştiği tarihte 18 yaşın altında olmamasıdır. Aksi halde mahkeme yargı yetkisini haiz değildir.

Uluslararası hukukta yerleşmiş bir kural olarak, devlet başkanları görev süreleri boyunca diğer devletlerin ulusal mahkemelerinde yapılan yargılamalar bakımından tam bir kişisel dokunulmazlıktan yararlanırlar. Kişisel (*ratione persone*) bağışıklık olarak adlandırılan bu dokunulmazlık, 2002 yılında “Arrest Warrant” kararında UAD tarafından da onaylanmıştır. Divan'a göre bu kişiler temsil ettikleri devletlerinin diğer devletlerle ilişkilerinden sorumlu oldukları için sıklıkla seyahat etmek

²⁹⁵Konferans 15 Haziran – 17 Temmuz tarihleri arasında Statü’nün kabulüyle noktalansa da Statü’deki madde 126(1) gereğince, Statü’nün 60 devletin onay, kabul, tasdik yahut taraf olma belgelerinin iletiminden itibaren takip eden 60 gün sonraki ayın ilk günü yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

zorunda kalmalarından ötürü, başka bir devlette tutuklanmaları halinde, bu durum kişilerin görevlerini yerine getirmesini engelleyecektir. Dolayısıyla, bu bağışıklığının mutlak olması ve en ciddi suçları dahi kapsamaması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte Divan kararında bu dokunulmazlıkların EYUCM ve RUCM gibi uluslararası mahkemeler tarafından kovuşturma yapılmasına engel olmadığını da eklemiştir.²⁹⁶

Bununla birlikte son dönemde bazı devletlerin ulusal mevzuatlarında ağır insan hakları ihlallerine ilişkin davalarda diğer yabancı devlet görevlileri hakkında ulusal mahkemelerin yargılama hakkı bulunduğu dair düzenlemeler yapılmıştır. Kişisel bağışıklığın bu gibi fiillerin niteliğinden ötürü mutlak olarak kabul edilemeyeceği belirtilmelidir.²⁹⁷ Ancak uluslararası suçlar bakımından eskiye nazaran bu bağışıklığın her geçen gün daha da daraldığı söylenebilecek olsa da, Arrest Warrant kararında da belirttiği üzere böyle bir durumun yapılageliş kuralı haline gelmesi yakın tarihte mümkün gözükmemektedir.²⁹⁸

Roma Statüsü'ndeki düzenlemelere bakıldığında, 27. maddede, Statü'nün hiçbir unvan gözetmeksizin herkese eşit şekilde uygulanacağı belirtilmektedir. Maddenin ikinci bendinde ise ulusal veya uluslararası hukukça öngörülen bağışıklık kurallarının Mahkemenin yargı yetkisini kullanması bakımından herhangi bir engel oluşturmayacağı da eklemiştir. Bu düzenleme Statü'nün taraflarınca imzalanıp onaylandığı için, taraf devletler bakımından artık bağışıklık argümanının ileri sürülemeyeceği açıktır. Bununla birlikte, Statü'nün tarafı olmayan bir devlet bakımından nasıl bir yol izlenmesi gerektiği aynı açıklıkta değildir.

²⁹⁶ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, par.53-61; Uğur Bayilloğlu, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki kararına İlişkin Bir Değerlendirme", **AÜHF**, C.55, S.2., 2006, s.45.

²⁹⁷ Dapo Akande, Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", **EJIL**, C.21, S. 4, s. 851.

²⁹⁸ Robert Uerpmann-Witzack, **Immunities before International Criminal Courts**, 2016, s.1, (Çevrimiçi) [https://epub.uni-regensburg.de/33729/1/Uerpmann Immunities 2016 Preprint.pdf](https://epub.uni-regensburg.de/33729/1/Uerpmann%20Immunities%202016%20Preprint.pdf) 5 Mayıs 2018. Güçlü devletlerin taraf olduğu davalarda, yerel mahkeme tarafından dengenin nasıl sağlanacağı meselesi oldukça tartışmalıdır, Bilge Erson Asar, **Yabancı Devletlerdeki Yargulamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 157.

UCM tarafından gerçekleştirilen Ömer El Beşir soruşturmasında, Sudan bir taraf devlet olmamasına rağmen, Güvenlik Konseyi tarafından BM VII. Bölümdeki barış ve güvenliğin korunması yetkisi doğrultusunda ve Statü'de öngörülen usul çerçevesinde UCM savcısına müracaat edilmiştir. Bunun üzerine Ömer El Beşir hakkında çıkarılan yakalama kararı sonrasında, kendisinin Roma Statüsü'ne taraf olan Malavi'ye ziyarette bulunması sırasında, Mahkeme Malavi'nin Statü gereğince işbirliği yükümlülüğü altında olduğunu ve bu sebeple Ömer El Beşir'i teslim etme mükellefiyetinin bulunduğunu belirtmiştir.²⁹⁹ Ancak Malavi böyle bir yükümlülüğü reddetmemekle birlikte bir devlet başkanının bağımsızlığının uluslararası hukuk bakımından bir yapılageliş kuralı arz ettiğini ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 34. maddesi gereği bir andlaşmanın üçüncü tarafları bağlamayacağını ileri sürerek, Statü'ye taraf olmayan Sudan'ın devlet başkanı olan Ömer El Beşir'i teslim etmemiştir.³⁰⁰

Bu noktada UHK'nin gündeminde olan devlet görevlilerinin yabancı ceza yetkisinden bağımsızlığına dair çalışması da önem arz etmektedir. Bir andlaşma metni oluşturmaya yönelik halihazırdaki çalışmada bağımsızlığı haiz kişiler bakımından, belirli suçlar özelinde bağımsızlığın göz önüne alınmayacağı belirtilmiştir. Çalışmanın 7. maddesinde düzenlendiği şekliyle altı suç bakımından söz konusu istisnaya yer

²⁹⁹ Bkz. Roma Statüsü md. 86: "*Taraf devletler bu Statü'deki hükümlere uygun olarak Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir işbirliği yaparlar.*" Somut olayda Malavi'nin UCM Statüsü'ne taraf devlet olarak işbirliği yükümlülüğüne aykırı davranmış olmasının yanı sıra, bu müracaatın Güvenlik Konseyi'nin Bölüm VII uyarınca yapıldığı ve BM üyesi tüm devletler bakımından bağlayıcı olduğu görüşü de mevcuttur. Dolayısıyla, bu kararın Statü'ye taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın, bütün devletleri bağlayıcı bir karar olduğu da belirtilebilecektir. Bu bakımdan Ömer El Beşir'in Türkiye'ye ziyareti kapsamında Türkiye Statü'ye taraf olmadığı argümanını ileri sürse de böyle bir sorumluluğu haiz olduğu iddia edilebilir, bkz. Aybay, Oral, **a.g.e.**, s. 447, d.pn.198.

³⁰⁰ 23 Ekim 2013 tarihinde, Afrika Birliği Meclisi, Kenyatta olayının yarattığı tartışmalar çerçevesinde Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Afrika'nın ilişkisi hakkında bir karar kabul etmiştir. Meclis, devletin başındaki isim olarak Kenyatta hakkında böyle bir soruşturmanın gerçekleştirilmesinin hem kendi ülkesindeki, hem de diğer ülkelerde egemenliği, istikrarı ve barışı baltalayabileceğini belirtmiştir. Mahkeme önündeki yargılamanın devlet liderinin hem iç hem dıştaki güvenlik sorunlarına, hem de kendi anayasal sorumluluklarına yönelik göstermesi gereken dikkatini engelleyeceği ve ülkenin aleyhine gelişmelere yol açacağı belirtilmiştir. Bu sebeple Afrika Birliği, üye devletlerinin anayasal düzenini, istikrarını ve bütünlüğünü korumak için görevde buldukları sürece hiçbir üye devlet veya hükümet liderinin uluslararası bir makam önünde yargılanamayacağını kabul etmiş ve bir uluslararası yargı organının önünde devlet liderlerinin bağımsızlığı hususunda taviz verilmeyeceğini belirtmiştir, bkz. Uerpman-Wittzack, **a.g.e.**, s.5.

verilmektedir.³⁰¹ Komisyon Taslak madde 7'deki bu düzenlemeyi iki husus özelinde gerekçelendirmektedir: bağışıklığı sınırlamaya yönelik “fark edilebilir bir eğilim” ve Taslak maddelerin “birliği ve sistemli doğası göz ardı edilemeyecek bir uluslararası hukuk düzenine” uyacak şekilde şekillendirilmesi.³⁰² Ancak Komisyon'un söz konusu çalışmasında neden bazı suçların dahil edildiği (apartheid gibi) ancak bazı suçların kapsam dışı bırakıldığı (insan kaçakçılığı veya saldırı suçu gibi) tam olarak açıklanmamaktadır. Özellikle de saldırı suçunun doğası gereği lider niteliğini haiz devlet görevlileri tarafından işlendiği göz önüne alındığında söz konusu suçun taslak çalışmada neden yer almadığı büyük bir tartışma konusudur.³⁰³

3.3.2.4. Madde Bakımından Yetki

Yukarıda da değinildiği üzere, mahkeme dört tür suç üzerinde yargı yetkisini haizdir: soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu.³⁰⁴ Çalışmamızın tarihsel sürece ilişkin kısmından da anlaşılacağı üzere, saldırı suçunda bir tanıma ulaşmada her zaman zorluklarla karşılaşmıştır. Bu noktada Nuremberg ve

³⁰¹ Komisyon tarafından kabul edilen maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: “*Yabancı ceza yargılamasının uygulanmasından bağışıklık hükümleri uluslararası hukuk uyarınca aşağıdaki suçlar için geçerli olmayacaktır: (a) soykırım suçu; (b) insanlığa karşı suçlar; (c) savaş suçları; (d) apartheid suçu; (e) işkence; (f) zorla kaybetme.*”

³⁰² Raporun tamamı için bkz. Chapter VII- International Law Commission sixty ninth session, (Çevrimiçi) <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2017/english/chp7.pdf&lang=EFSRAC> 12 Nisan 2018.

³⁰³ Sean D. Murphy, “Immunity Ratione Materiae of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practise in Support of Exception?”, Symposium on the Present and Future of Foreign Official Immunity, *AJIL UNBOUND*, C.112 ,2018, s.8.

³⁰⁴ Statü'ye terör suçlarının dahil edilmemesi doktrinde oldukça eleştiri almaktadır, bkz. Aviv Cohen, “Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism”, *Michigan State International Law Review*, C.20, S.2, 2013, s.227,228. Ancak başka bir uluslararası yargı organı olan Lübnan Özel Mahkemesi'nin Temyiz Dairesi (bu mahkeme terörizm suçu bakımından yargı yetkisini haiz ilk uluslararası mahkeme olma özelliğini taşımaktadır) uluslararası terörizm suçunun uluslararası yapılageliş hukukunda yer aldığını belirterek, bu suçun önemli unsurlarına değinmiştir, bkz. Michael P. Scharf, **Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation**, 2011, (Çevrimiçi) <https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/6/special-tribunal-lebanon-issues-landmark-ruling-definition-terrorism-and> 25 Mayıs 2018.

Tokyo yargılamalarından sonra saldırı suçu bakımından herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi (3314 sayılı kararı saldırıyı tanımlasa da bireysel sorumluluk adına herhangi bir suç tanımı getirmemektedir), bu iki mahkemeden sonra kurulmuş uluslararası mahkemelerde de söz konusu suç bakımından bir yargılama yapılmamıştır. Bu açıdan Kamboçya, Doğu Timor, Kosova, Lübnan veya Sierra Leone'deki yaşananlarla ilgili olarak oluşturulan ad hoc mahkemeler, söz konusu krizlerin doğasının esasen iç çatışmalar olması sebebiyle saldırı suçu bakımından yargı yetkisine sahip kılınmamıştır.³⁰⁵

Saldırının tanımı konusunda bir metin oluşturulana kadar mahkemenin yargılama yetkisinin bu suç bakımından ilk aşamada kısıtlanması, UCM'nin daha geniş çapta kabul edilmesini sağlayacağı ve böylece otoritesini ve güvenilirliğini güçlendireceği düşüncesiyle kabul edilmiştir. Ayrıca bu aşamada saldırının kovuşturulması bakımından Güvenlik Konseyi'nin olası belirleyici rolü üzerinde herhangi bir fikir birliği oluşmamış olması da yetki kararında belirleyici olmuştur. Bununla beraber saldırı suçunun Statü'ye dahil edilmesine yönelik destek, bu açıdan Statü'de bazı referanslar yapılmasını gerektirmiştir. Bu sebeple Statü'de değişiklik yapılmasına ilişkin madde 121-123'deki prosedürler uyarınca, bu amaçla toplanacak bir gözden geçirme konferansında saldırı tanımının ve uygulanabilir ön koşulların düzenleneceğine karar verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden sonra Mahkemenin bu suçla ilgili olarak yargı yetkisini kullanacağı belirlenmiştir.³⁰⁶

3.3.3. Madde 124 Rejimi

124. maddenin özünü devletlerin Roma Statüsü'ne taraf olduktan sonra, Mahkeme'nin 8. maddesinde düzenlenen savaş suçları üzerindeki yargı yetkisini yedi

³⁰⁵ Sean D. Murphy, "The Crime of Aggression at the ICC", **George Washington University Law School Public Law and Legal Theory**, Paper No. 2012-50, 2012, s. 9.

³⁰⁶ Kirsch, Holmes, **a.g.e.**, s.31.

yıllık bir süre için kullanmamasını sağlamak oluşturmaktadır. 124. maddenin varlığı, UCM'nin yargı yetkisinin genişliğinden endişe duyan ülkelerin sahip olduğu kaygıların somut bir göstergesidir.³⁰⁷ Bununla birlikte sadece Fransa ve Kolombiya şimdiye kadar 124. maddedeki yetkisini kullanmıştır.³⁰⁸ 2010 Kampala Gözden Geçirme Konferansında'da geçici hükümler başlığı altında düzenlenen bu maddenin Statü'de yer almaya devam etmesine karar verilmiştir.³⁰⁹

3.4. Roma Statüsü Kapsamında Saldırı Suçu Düzenlemeleri

Saldırı suçu, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran 1998 Roma Konferansı'nda gündemdeki en tartışmalı konular arasındaydı. Pek çok gelişmekte olan ülke ile Arap devletleri, Kanada, Almanya, İtalya ve Japonya da dahil olmak üzere bazı büyük sanayileşmiş güçler, Statü'de bu suçun yer almasını desteklemiş, hatta AB üyesi devletler ve otuz kadar gelişmekte olan devlet, saldırı suçunun yer almadığı bir UCM'yi desteklemeyeceklerini belirtmişlerdir. Buna karşılık ABD ve bazı batılı müttefikleri bu suçun dahil edilmesine karşı olduklarını dile getirmişlerdir.³¹⁰

³⁰⁷ Özellikle BM Barış Gücü Harekatı'na katılan personelleri bakımından, taraf devletlerin vatandaşlarının savaş suçları bakımından yargılanabileceği düşüncesi neticesinde bu hüküm oluşturulmuştur, bkz., Shana Tabak, "Article 124, War Crimes and the Development of the Rome Statute", **Georgetown Journal of International Law**, C.40, 2009, s. 1073.

³⁰⁸ Bu iki devlet bu hükmü ileri sürmüş olup, Kolombiya'nın 7 yıllık süresi 2009'da sona ermiş, Fransa ise maddeyle ilgili beyanını 2008'de geri çekmiştir, bkz., Andreas Motzfeldt Kravik, **The Assembly of State Parties to the International Criminal Court Decides to Delete Article 124 of the Rome Statute, 2016**, (Çevrimiçi) <https://www.ejiltalk.org/the-assembly-of-state-parties-to-the-international-criminal-court-decides-to-delete-article-124-of-the-rome-statute-2/> 20 Nisan 2018.

³⁰⁹ Kul, **a.g.e.**, s. 31. Buna gerekçe olarak md.124'ün en azından şimdiye kadar, Mahkeme'nin çalışmalarına herhangi bir olumsuz etkide bulunmadığı gösterilmiştir, bkz., Andreas Zimmermann, "Finally ... or Would rather less have been more? : The Recent Amendment on the Deletion of Article 124 of the Rome Statute and the Continued Quest for the Universality of the International Criminal Court", **Journal of International Criminal Justice**, C.14, S.13, 2016, s.511.

³¹⁰ Weisbord, **Prosecuting Aggression**, s. 171,172. Bu suçun Statü'ye dahline karşı olan bir diğer grup Hukukçular Komitesi olmuştur. Komite saldırı suçunun taslak Statü'ye dahil edilmesine karşı olmalarının en temel sebebinin bu konuda bireysel cezai sorumluluğa temel oluşturacak yasal olarak bağlayıcı bir saldırı tanımının bulunmaması olduğunu dile getirmişlerdir. Bu bakımdan 1974 tarihli Genel Kurul kararının en muhtemel kaynak olarak yalnızca devletler açısından yol gösterici olduğunu ve bu bağlamda bir saldırı eyleminin gerçekleştiğine dair tespitin yalnızca politik niteliği haiz olacağını ifade etmişlerdir.

Statünün kabulünden sonra saldırı suçunun tanımı ve mahkemenin yargı yetkisi üzerine yapılan çalışmalar 2002 yılında Hazırlık Komitesi Çalışma Grubu Koordinatörü Arjantinli diplomat Silvia Fernandez tarafından hazırlanan ve saldırı suçu bakımından önem arz eden hususların öne çıktığı “tartışma belgesi” üzerinden yürütülmüştür.³¹¹

Saldırı suçunun tanımı bakımından söz konusu tartışma belgesindeki düzenleme şu şekildeydi:³¹² “*Mevcut Statü'nün amacına uygun olarak, bir Devletin politik veya askeri eylemini kontrol altına alma veya yönetme bakımından etkin bir konumda bulunan bir kimse, bilerek ve isteyerek; karakteri, ağırlığı ve ölçüsü ile Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini teşkil eden bir saldırı eyleminin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesini emretmesi veya bu fiillere etkin şekilde katılması halinde saldırı suçunu işler.*”³¹³

Bu tanım ekseninde maddede yer alan saldırı eyleminin; bir saldırı savaşı veya bir başka devletin ülkesinin ya da bir kısmının askeri işgali veya bir askeri ilhak sonucunu doğuran bir fiil yahut bu fiillere varan ihlaller olarak düzenlenmesi seçeneği

Buna ek olarak Komite, taslak metinde öngörülen saldırı eyleminin tespitine ilişkin Güvenlik Konseyi'nin kararına dayalı mekanizmaların, mahkemenin bağımsızlığını zayıflatacağını belirtmiştir, bkz. Establishing an International Criminal Court Major Unresolved Issues in the Draft Statute: A Position Paper of the Lawyers Committee for Human Rights, s. 12,13.

³¹¹ Claus Kreß, Leonie von Holtendorff, “The Kampala Compromise on the Crime of Aggression”, **Journal of International Criminal Justice**, C.8, S.5,2010, s.1183. Tanım hususunda Almanya saldırı fiilinin Nuremberg'den türetilerek saldırı savaşı olarak tanımlanması fikrini desteklemiştir. Ancak buna yargılama için yüksek bir eşik oluşturacağı gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi devletler ise, saldırı fiilinin tespitinin Güvenlik Konseyi tarafından her olay için ayrı ayrı incelenmesinin doğru olacağını ifade etmişlerdir. Ancak bu görüşün de özellikle ceza hukuku bakımından uygun olmadığı söylenmiştir.

³¹² Tartışma belgesi için bkz. Preparatory Commission for the International Criminal Court, Discussion paper proposed by the Coordinator, (Çevrimiçi), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/472/64/PDF/N0247264.pdf?OpenElement>, 28 Nisan 2018.

³¹³ Belgede ayrıca saldırı suçunun faili hususunda: “*bir saldırı fiili bakımından Devletin politik veya askeri eylemlerini kontrol etmek veya yönetmek için etkin bir konumda olmalı, bu konumda bilerek bulunmalı, saldırı eyleminin planlanması, hazırlanması veya icrasına aktif olarak karar vermiş veya katılmış olmalı, fiileri kasten ve bilerek işlemelidir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Ayrıca bu suç bakımından madde 25/3 (cezaların şahsiliği hususundaki koşullar), madde 28 (hiyerarşik üstün sorumluluğu) ve madde 33'ün (üstün emri) uygulanmayacağı belirtilmiştir, Discussion paper proposed by the Coordinator, par.3.

masaya yatırılmıştır.³¹⁴ Bu açıdan tartışma metninde paragrafın amacına uygun olarak bir “saldırı fiilinin”, BM Genel Kurulu'nun 3314 sayılı kararında atıfta bulunulan ve ilgili devlet tarafından işlenmiş olduğu belirlenen bir fiil anlamına geleceği düzenlenmiştir. Ancak bunun bir ön koşul olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği hususu seçenek olarak sunulmuştur.

Tartışma belgesindeki tanımın 4. bendinde Savcının, saldırı suçuyla ilgili bir soruşturma yürütmeyi planladığı durumlarda, Savcılık tarafından ilk olarak Güvenlik Konseyi'nce ilgili devlet tarafından işlenen bir saldırı eyleminin tespit edilip edilmediğine bakılacağı ve bir Güvenlik Konseyi kararının bulunmaması durumunda, bu hususun Konsey'in duruma göre harekete geçebilmesi için öncelikle BM Sekreterliği'ne bildirileceği hüküm altına alınmıştır.³¹⁵

Güvenlik Konseyi'nin bir devlet tarafından gerçekleştirilen saldırı fiilinin varlığına ilişkin bir karar veremediği durumlar için seçenek düzenlemeler getirilmiştir. Bu bakımdan bir olasılık, Konsey'e bildirim yapıldığı tarihten itibaren altı ay sonra, soruşturmanın ertelenmesine yönelik 16. maddenin uygulanması olabilecektir. Bir diğer seçenek ise böyle bir tespit yokluğunda davanın reddedilmesidir. Bununla birlikte bu seçenekler dışında Mahkeme'nin davayı bu bekleme süresinden sonra kabul etmesi de bir üçüncü yol olabilecektir.³¹⁶ Tartışma belgesindeki bir diğer seçenek ise dokuz üyenin oyu ile UAD'den saldırı fiili ile ilgili bir danışma görüşü istenebileceği şeklindedir.³¹⁷ Bu varsayımda Divan'ın ilgili devlet tarafından bir saldırı fiili gerçekleştirildiğine dair bir görüş bildirmesi halinde davaya devam edilecektir.

Sonuç olarak söz konusu tartışma belgesi saldırı suçu bakımından en can alıcı noktaları sistematik bir şekilde gözler önüne sermiştir. Özellikle saldırının suçunun nasıl tanımlanacağı, Güvenlik Konseyi'nin saldırının tespiti bakımından rolü ve bu tespit bir ön şart olarak kabul edilip edilemeyeceği, böyle bir tespitinin yapılmadığı

³¹⁴ Bu şekilde bir ek tanım getirilmemesi de öneriler arasında yer almıştır: A.e., par.1.

³¹⁵ A.e., par.3/5.

³¹⁶ A.e., par. 5.

³¹⁷ A.e., par.5/4.

hallerde savcının nasıl hareket edeceği, Statü’de sorumluluğa ilişkin diğer hükümlerin bu suçun isnadı halinde uygulanabilirliği hususları tartışmalarda ön plana çıkmıştır.

Hazırlık Komitesinin görev süresinin sona ermesi üzerine, 1 Temmuz 2002’de UCM Statüsü’nün yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, Taraf Devletler Meclisi saldırı suçuyla ilgili çalışmaları sürdürme ve tamamlama isteğini dile getirmiştir. Meclis bu amaçla ilk Gözden Geçirme Konferansı’nda görüşülmek üzere bu konuda bir tasarı sunacak olan Saldırı Suçuna İlişkin Özel Çalışma Grubunu oluşturmuştur. Çalışma Grubu 2003 yılının Eylül ayında ilk kez bir araya gelmiş ve çalışmalarını Şubat 2009’da sonuçlandırmış olup, hazırlamış olduğu saldırı suçu teklifi söz konusu suçla ilgili müzakerelerde bir dönüm noktasını temsil etmektedir.³¹⁸

Çalışma Grubu faaliyete geçtikten kısa bir süre sonra, çalışmalarını üç ana tema üzerinden ilerletmeye başlamıştır. Bunlar bireysel davranış, devlet davranışı ve yargı yetkisine ilişkin koşullardır.³¹⁹ Bireysel davranış ve devlet davranışı unsurları bakımından BM Şartı’ndaki md. 2(4) düzenlemesi, Genel Kurul’un 3314 sayılı kararı ve Nuremberg içtihatlarında yer alan değerlendirmelerin, saldırı savaşı tanımı açısından aşamalı olarak eleme yöntemiyle ele alınmasının daha tercih edilebilir olduğu sonucuna varılmıştır.³²⁰

3.5. 2010 Kampala Gözden Geçirme Konferansı Düzenlemeleri

3.5.1. Tanımın Kabulü

Amaçlanan düzenlemelerin gerçekleşmesi adına, “Statü’nün gözden geçirilmesi” hususunun düzenlendiği 123.madde çerçevesinde, BM Genel Sekreterliği tarafından 7 Ağustos 2009’da Roma Statüsü’nü Gözden Geçirme Konferansı çağrısı

³¹⁸ Kreß, Holtzendorff, **a.g.e.**, s.1184.

³¹⁹ **A.e.**, 1188.

³²⁰ Mcdougall, **a.g.e.**, s.14-17.

yapılmıştır. Gözden Geçirme Konferansı 31 Mayıs-11 Haziran 2010 tarihleri arasında, Kampala'da gerçekleşmiştir.³²¹

Zorlu görüşmelerden sonra, Gözden Geçirme Konferansı'nda saldırı suçu hakkında alınan kararın (Karar RC / Res. 6), I. ekinde saldırı suçuna ilişkin Roma Statüsü'ne getirilen değişiklikler yer alırken, II. ekte "Suç Unsurları"na ilişkin bazı değişiklikler düzenlenmiş ve III. ekte ise bazı anlayışlara yer verilmiştir. Değişikliklerle ilgili kısımda Roma Statüsü'ndeki saldırı suçuna ilişkin Madde 5 (2) silinmekte ve onun yerine Şubat 2009'da, Özel Çalışma Grubunun oybirliği ile kabul ettiği, hem "saldırı fiili"ni hem de "saldırı suçu" nu tanımlayan Madde 8 bis hükmü getirilmektedir.³²² Yine bu kapsamda yargı yetkisine ilişkin hükümler içeren 15 bis ve 15 ter maddeleri de Statü kapsamına dahil edilmektedir.³²³

Saldırının tanımı ilgili 8 bis maddesinde şu şekilde kabul edilmiştir;

"Bu Statü'nün amacı bakımından saldırı suçu, bir devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkin bir şekilde kontrol veya icra edebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından niteliği, ağırlığı ve ölçeği itibarıyla BM Şartı'nı açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesini ifade eder."

Bu tanımda önem arz eden unsurlar arasında belki de en muğlak ifade olan "açıkça ihlal" düzenlemesi esasen konferanstaki iki delegasyon grubu arasındaki bir uzlaşmazlığı gidermek için bir taviz olarak ortaya çıkmıştır. Zira delegelerin bir grubu söz konusu düzenlemede bu konuda bir eşik getirilmesini istememişken, buna karşılık diğer delege grubu daha yüksek bir eşik öngörülmesini talep etmiş ve bu eşik saldırı savaşları, "yasadışı" kuvvet kullanımları veya işgal veya ilhaka yönelik saldırı fiillerini içermesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bu görüşte olanlar açısından ağırlık unsurunun iki temel noktayı ön plana çıkardığı söylenebilecektir: BM Şartı'nın yalnızca en dikkat

³²¹ Genel Sekreterlik Roma Statüsü'ne taraf tüm devletleri Konferansa katılmaları için davet etmiş, taraf olmayan devletlerin ise gözlemci sıfatıyla Konferansa çağrılmasına karar verilmiştir; Emir, **a.g.e.**, s.121.

³²² Murphy, **The Crime of Aggression at the ICC**, s.12.

³²³ **Handbook on Ratification and Implementation of the Kampala Amendments to the Rome Statute of the ICC**, Liechtenstein Institute on Self-Determination, (Çevrimiçi) <https://crimeofaggression.info/documents/1/handbook.pdf> 1 Mayıs 2018, s.3.

çekici veya kasıtlı ihlallerinin yargılanması ve bu sayede bir yasal temel oluşturarak ilgili devletin fiilinin hukuka aykırı olduğu konusunda küresel bir fikir birliğinin sağlanması.³²⁴

Bu görüşler dikkate alınarak madde 8 bis ekseninde saldırı tanımının amaçları bakımından saldırı fiili teşkil eden fiillerden birkaçı şu şekilde düzenlemeye dahil edilmiştir:

“Paragraf 1’in amacı bakımından “saldırı fiili” bir Devlet tarafından, bir başka Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Şartı’na aykırı başka şekillerde silahlı kuvvet kullanılmasıdır. Aşağıdaki eylemlerden her biri, savaş ilan edilmiş olup olmamasına bakılmaksızın, BM Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarih ve 3314 (XXIX) sayılı kararına uygun olarak saldırı fiili biçiminde değerlendirilir:

(a) Bir Devletin silahlı kuvvetlerince, bir diğer Devletin topraklarına yönelik olarak yapılan istila veya taarruz ya da ne kadar geçici olsa da, bu tür bir istila veya taarruzdan kaynaklanan herhangi bir askeri işgal veya kuvvet kullanarak başka bir Devletin topraklarının tümünün ya da bir bölümünün ilhaki;

(b) Bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından, başka bir Devletin ülkesine karşı yapılan bombardıman veya bir Devlet tarafından diğer Devletin ülkesine karşı gerçekleştirilen herhangi bir silah kullanımı;

(c) Bir başka Devletin silahlı kuvvetleri tarafından, bir Devletin limanlarının veya kıyılarının ablukaya alınması;

(d) Bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından, bir başka Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine ya da deniz ve hava filolarına saldırı;

(e) Kabul eden Devletle yapılan bir anlaşma uyarınca o Devletin ülkesinde bulunan bir Devletin silahlı kuvvetlerinin, o anlaşmada belirtilen koşullara aykırı olarak

³²⁴ Beth Van Schaak, “The Aggression Amendments: Points of Consensus and Dissension”, **Santa Clara University Legal Studies Research Paper**, No. 7-11, 2011, s.2.

kullanılması veya anlaşmanın sona ermesinden sonra da bu topraklardaki varlığını devam ettirmesi;

(f) Topraklarını başka bir Devletin kullanımına tahsis eden bir Devletin, topraklarının diğer Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı bir saldırı eyleminde kullanımına izin vermesi;

(g) Bir başka Devlete karşı yukarıda sayılan fiiller düzeyinde silahlı kuvvet eylemleri gerçekleştiren silahlı çetelerin, grupların, düzensiz birliklerin veya paralı askerlerin bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına gönderilmesi ya da o Devletin bu eylemlere önemli ölçüde katılması.”³²⁵

Dolayısıyla madde 8 bis birinci paragrafta, saldırı suçunu işleyenlerin bireysel sorumluluğuna yol açacak şartlar düzenlenmekte ve saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesi fiilleri bakımından bu sorumluluğun doğabileceği hüküm altına alınmaktadır. Burada ayrıca söz konusu failin “liderlik” konumunda olması gerektiği vurgulanarak, “*bir Devletin politik veya askeri eylemini kontrol edebilme veya yönetmek için etkili bir pozisyonda bir kişi*” nin bu suç işleyebileceği kabul edilmektedir. Son olarak ilgili fiillerin nitelik, ağırlık ve ölçü bakımlarından BM Şartı'nın açık bir ihlaline yol açacak seviyede olması istenmekte olup,³²⁶ küçük çaplı olaylar (örneğin sınır çatışmalarını) veya yasal olarak tartışmalı hususlar (örneğin insani müdahale) söz konusu suçun kapsamı dışında tutulmuştur.³²⁷

Diğer yandan ikinci paragrafta, bir saldırı eyleminin neleri içerebileceği düzenlenmektedir. Bu bölüm esasen BM Genel Kurulu'nun 3314 sayılı Kararı'nın 3. maddesinden birebir alınmış olup, herhangi bir saldırının bu kararın içeriği uyarınca

³²⁵ Kaya, **a.g.e.**, s.462-464.

³²⁶ Drew Kostic, “Whose Crime is it Anyway-The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, C.22, S.1, 2011, s. 118; Micheal Glennon, “The Blank-Prose Crime of Aggression”, **Yale Journal of International Law**, C.35, S.1, 2010, s.88.

³²⁷ Tanımda ayrıca meşru müdafaa haline veya Güvenlik Konseyi onayı uyarınca gerçekleştirilen eylemlere de yer verilmemiştir, bkz., Kai Ambos, “The Crime of Aggression after Kampala”, **German Yearbook of International Law**, C.53, 2010, s.477.

tespit edileceğini öngörmektedir.³²⁸ Bu yaklaşımla devletlerin üzerinde kolay uzlaşabilecekleri bir düzenlemenin oluşturulmasının amaçlandığı söylenebilir. Gerçekten de nerdeyse 70 yıldır tartışılan bir tanım üzerinde bir uzlaşma sağlanması adına en güvenilir çözüm 1974 tarihli Karar'ın esas alınması olmuştur.³²⁹

3.5.2. Suçun Unsurları

3.5.2.1. Suçun Maddi Unsurları

3.5.2.1.1. Fail ve Mağdur

Çalışmanın ilgili bölümlerinde de bahsedildiği üzere, saldırı suçunun belirleyici unsurlarından biri faillik hususu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu bakımdan saldırı suçu yalnızca liderler tarafından işlenebileceğinden mütevellit bir “liderlik suçu” olarak kabul edilmektedir. Saldırı suçu tanımlanırken, “...devletin askeri ve siyasi eylemlerini etkili biçimde kontrol veya icra edebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından...” işlenebileceği özellikle belirtilmiştir. Gerçekten de Nuremberg yargılamalarında da bu husus ABD Başsavcısı Robert H. Jackson tarafından: “burada yalnızca bu korkunç savaşın planlayıcıları, düzenleyicileri, azmettiricileri ve liderlerini -

³²⁸ 3314 sayılı kararda sayılan fiillerin her ne kadar sınırlayıcı olup olmadığı hususunda doktrinde yerleşmiş bir görüş bulunmasa dahi, hem söz konusu kararda hem de Statü'nün ilgili hükmünde bu hususun *numerus clausus* olduğu belirtilmediğinden, sayılan fiillerin sınırlı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bkz., Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 556.

³²⁹ Bununla birlikte bazı yazarlar Madde 8 bis'in, 3314 sayılı Karar'a atıfta bulunmasını eleştirerek, bu yaklaşımla söz konusu düzenlemenin *jus ad bellum* düzenlemelerinin önüne geçtiğine dikkat çekmişlerdir, bkz., Kostic, **a.g.e.**, s. 118. Buna karşın 3314 sayılı Karar referansının, saldırganlığın ciddi bir ihlal olduğu anlayışını korumaya yardımcı olduğu söylenmiştir, bkz., Mary Ellen O'Connell, Mirakmal Niyazmatov, “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, **Journal of International Criminal Justice**, C.10, S.1, 2012, s.200.

onlar ki dünyanın şiddete ve kanunsuzluğa bu kadar uzun zamandır gömülmesinin nedenidirler- suçlama amacı güdülmektedir” şeklinde ifade edilmiştir.³³⁰

Bu konu 10 No'lu Kontrol Konseyi Kanunu'na dayanan ve on üç general ile bir amiralin yargılandığı Von Leeb ve diğerleri davasında mahkeme tarafından da incelenmiştir. Mahkeme kararında savaşın sorumluluğunun politika seviyesinde yer alanlarla sınırlandırılması gerektiğini belirterek, sanıkları barışa karşı suçlar bakımından suçsuz bulmuştur. Bu bakımdan her ne kadar sanıklar askeri bakımdan üst düzey konumlarda yer alsalar da, kuvvete başvurma bakımından siyasi kararların dışında tutulduklarından, saldırı suçu özelinde siyasi üstlerinin sorumlu tutulması daha yerinde bulunmuştur.³³¹

İlgili suç bakımından bu amaca yönelik bir politika oluşturma yetkisi yalnızca politika veya orduyla sınırlı değildir. Daha önce de bahsedildiği üzere Nuremberg sonrası bir takım davalarda sanıklardan bazıları hükümetle yakından ilişkili olan sanayiciler olmuştur. Bu açıdan iki sanayici hakkındaki Farben ve Krupp kararları öğretilerde iki farklı şekilde yorumlanmıştır. Birinci görüşe göre saldırı ancak devlet adına karar verebilme konumunda bulunan devletin politik ve askeri liderlerince işlenebilecek bir suç olup, kendi adına hareket eden özel kişiler tarafından bu suç işlenemeyecektir. Dolayısıyla politik düzeyde karar alabilme konumunda bulunmayan özel ekonomik aktörlerin bu suçu işlemesi mümkün değildir. İkinci görüşe göre ise bu suçtan söz konusu kişilere verilen beraat kararlarındaki temel gerekçe sanıkların özel aktör statülerinden değil, savaşın saldırgan niteliğini bilmemeleri ve politik düzeyde bu savaşın planlamasına, hazırlanmasına, başlatılmasına veya sürdürülmesine katılmamış olmalarına dayanmaktadır. Dolayısıyla politik düzeyde saldırı savaşının planlanmasına

³³⁰ Trial the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Proceedings, vol. II., s.104,105, (Çevrimiçi) https://www.loc.gov/r/r/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf 5 Nisan 2018. Bu açıdan seçimle işbaşına gelen bir hükümet tarafından yönetilen bir devlette bu suçu işleyen hükümeti seçen vatandaşların da bu açıdan bir sorumluluğu olduğu söylenebilirse de, sıradan vatandaşların sahip oldukları yetersiz bilgiler ile ülkelerinin saldırgan olduğuna karar vermelerini ve buna göre davranmalarını beklemek hukuken doğru olmayacaktır, bkz., Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272.

³³¹ Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2.bs, New York, Cambridge University Press, 2010, s. 318,319.

veya yürütülmesine etki edebilecek konumda bulunan bir özel aktörün bu suçu işlemesi mümkündür.³³² Bununla beraber saldırı suçunda belirli bir sıfatı haiz kimselerin bu suçun faili olabilmesinden hareketle, 25. maddenin 3.fikrasına eklenen 3bis hükmü çerçevesinde sadece belirli kişilerin (bir devletin politik veya askeri eylemlerini etkili bir şekilde kontrol eden veya yönlendiren bir pozisyonda olan kişiler) bu suçu işleyebileceği düzenlenmiştir.³³³

Özellikle son yirmi yıldaki güvenlik kaygılarının öncelikli sebeplerinden olan terörist saldırılar bakımından belirtilmelidir ki saldırı suçu söz konusu terörist grupların genellikle içsel (veya bazen uluslararası) nitelikteki eylemlerini içermemektedir. Bu açıdan müzakereler sırasında saldırı tanımının kapsamını devlet dışı liderlere genişletmenin önündeki siyasi zorlukların üstesinden gelmeye yönelik çabalar yetersiz kalmıştır. Ancak bu durumun saldırı suçu rejimi bakımından mevcut uluslararası hukuktaki jus ad bellum kurallarının devlet dışı aktörler için de geçerli sayılmasına ilişkin önemli bir gelişmeyi hesaba katmadığı söylenebilir. Bu bakımdan doktrinde devletin liderlerinin yargılanmasına izin veren bir sistemin, aynı eylemlerle ilgili olarak devlet dışı liderlere (El Kaide veya Hizbullah hiyerarşisinin tepesindekiler gibi) örtük bir “muafiyet” sağlaması arasındaki çelişkinin altı çizilmiştir.³³⁴

Peki, saldırı suçunun mağduru olarak kim kabul edilmelidir? Bu konuda her ne kadar tüzel kişilerin mağdur olamayacağına ilişkin bazı görüşler mevcut ise de,³³⁵ bir hak süjesi olan tüzel kişilerin de mağdur olabileceğini kabul etmek gerekebilecektir. Ayrıca saldırı suçunun nitelikleri göz önüne alındığında, saldırı fiilinin muhatabı olan devlet suçun özel mağduru iken, genel anlamda mağdurunun ise bu suçun insanlığın barışına ve güvenliğine karşı işlenen en üstün suç olduğu dikkate alındığı takdirde

³³² Yılmaz, **a.g.e.**, s. 275-276.

³³³ Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 557.

³³⁴ Mauro Politi, “The ICC and the Crime of Aggression a Dream that Came Through and the Reality Ahead”, **Journal of International Criminal Justice**, C.10, S.1, 2012, s.287.

³³⁵ Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHFD**, C.61, S.2, 2012, s.672,673.

uluslararası toplum olduğu belirtilmelidir.³³⁶ Ancak saldırı suçunun özel mağdurunun yalnızca devlet olduğu düşünüldüğü takdirde mağdur odaklı yaklaşımın nasıl bir politika ile yürütülebileceği merak konusudur. Bu noktada, saldırı suçu bakımından özel düzenlemelere gidilmesinin gerekli olduğu belirtilmelidir.³³⁷

3.5.2.1.2. Fiil

Maddede düzenlendiği şekliyle saldırı suçunun faili saldırı eyleminin planlanma, hazırlanma, başlatılma veya yürütülmesine katılmalıdır. Suç bu bakımdan seçimlik hareketli bir suç olarak kabul edilecektir. Planlama daha sonra işlenen ve saldırı suçunu teşkil eden davranışların tasarlanmasını, hazırlanma suçun işlenmesi için gerekli araçların tertiplenmesi eylemi ve sürecini; başlatılma ise saldırı fiilinin işlenmesi için fiili olarak harekete geçilmesinden önce alınan kararı ifade etmektedir.³³⁸ Saldırı fiilinin gerçekleşmiş olması şartıyla,³³⁹ saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesi hareketlerinden birinin fail tarafından gerçekleştirilmesi halinde fiil unsuru tamamlanmış sayılacaktır.³⁴⁰

Bu bakımdan planlama veya hazırlama gibi hazırlık hareketlerinin Statü 'de kodifiye edilmesinin ceza hukuku ilkeleri bakımından sorunlu olduğu belirtilmelidir. Zira zarar ilkesi bakımından ceza hukukunun bir müdahalede bulunması için gerçek bir ihlal ile korunan hukuki menfaate yönelik bir zarar gerekliken, hazırlık davranışı daha

³³⁶ Değirmenci, Mavuş, **a.g.e.**, s. 157,158. Bu noktada UCM'de de çalışmanın odağı faillerle birlikte mağdurlara da kaydırılmış olup, böylelikle hem failerin ceza alması hem de mağdurlara destek verilmesi suretiyle adalet tesis edilmeye çalışılmaktadır. Bu noktada BM'nin çalışmalarının önemi de belirtilmelidir, bkz.: Suç ve Yetki İstismarı Mağdurlarına Yönelik Adalet ve Desteğe İlişkin BM Bildirgesi, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm> 10 Nisan 2018.

³³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Steven Nicholas Haskos, An Argument for the Deletion of the Crime of Aggression from the Rome Statute of the International Criminal Court, **Pace International Law Review**, C.23, S.1, 2011, s.263.

³³⁸ Değirmenci, Mavuş, **a.g.e.**, s. 163,164.

³³⁹ Saldırı suçu bakımından yargılama yapılabilmesi, saldırının fiilen gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır. Aksi yönde bir tutum, bir devletin savunma amaçlı olarak talimler yapması, ordusunu güçlendirmesi gibi hallerde fiil gerçekleşmeden suç bakımından yargılama yapılabilmesini mümkün kılacaktır.

³⁴⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 302-303.

ziyade zarara veya hukuki menfaatin ihlaline yol açabilecek belirli riskleri içermektedir. Ancak “planlama” ve “hazırlık” aşamalarının suça dahil edilmesi, saldırı eyleminin en azından “başlatılmış” olduğunun, yani girişimde bulunma aşamasına kadar ulaştığının da aranmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim saldırı tehdidine hükümde yer verilmeyerek suçun “gerçekleşmiş” olması gerektiği ortaya konulmuştur.³⁴¹ Dolayısıyla sayılan fiiller bakımından teşebbüs aşamasında kalınması halinde yargılama yapılması mümkün olmayacaktır.³⁴²

Söz konusu suçun ihmali hareketle işlenip işlenmeyeceğine yönelik olarak, her ne kadar bazı yazarlarca bu şekilde de işlenebileceği savunulmakta ise de,³⁴³ suçun doğası gereği bunun mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. Yalnızca etkin konumdaki kişilerin işleyebileceği bir suç olan saldırı suçu için öngörülen planlama, hazırlama, başlatma veya icra fiilleri doğası gereği ihmali hareketlerle işlenemez nitelikte fiillerdir.

3.5.2.2. Suçun Manevi Unsuru

Roma Statüsü'nün 30. maddesinde bir sanığın Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde cezai sorumluluğunun bulunacağı düzenlenmiştir. Bu açıdan failin kastı suçu gerçekleştirme ve eylemin sonuçlandırma araçlarını haiz olmasına, bilgisi ise bir durumun veya neticenin farkında olmasına bağlıdır.

³⁴¹ Ambos, **a.g.e.**, s.498,499. Bu noktada EYUCM ve RUCM içtihatları bir suça ilişkin hazırlığın cezalandırılmasının suçun işlenmesine bağlı bulunduğunu belirtmektedir. Bu mahkemeler eğer suç gerçekleşmediyse planlama ve hazırlık hareketlerini cezalandırmamışlardır, bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s.344.

³⁴² Ancak bu bakımdan, Roma Statüsü md.25 (3)'e saldırı suçu bakımından herhangi bir değişiklik getirilmemesi, bu hükümlerin de genel olarak saldırı suçuna uygulanacağını kabulünü gerektirmektedir. Lakin, pratikte, saldırı fiili olmaksızın, saldırı suçuna teşebbüs mümkün değildir, dolayısıyla bu maddenin söz konusu suç bakımından uygulanamayacağı belirtilmelidir.

³⁴³ Değirmenci, Mavuş, **a.g.e.**, s. 163.

Saldırı suçu bakımından da bir sanık saldırı eylemini planlamak, hazırlamak, başlatmak veya icra etmek amacıyla olmalıdır.³⁴⁴ Ayrıca maddede hüküm altına alındığı şekliyle “*karakteri, ağırlığı ve ölçüsü ile Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini teşkil eden*” saldırı fiili bakımından, bu unsurların ihlal edildiği somut koşulları bilmeyen fail pek tabii cezalandırılmayacaktır.

Uluslararası ceza hukukunda saldırı suçu bakımından manevi unsurun sadece kast biçiminde ortaya çıkabileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Ancak hükümde özel kasta yer verilmemiş olup, bu konuda özel bir ifadenin yokluğu bazı hukuk sistemleri açısından bu suçun kast dışında da işlenebileceği yönünde bir okumaya yol açabilecektir. Bu yoruma göre bir askeri operasyon hakkında bilgi sahibi olan, ancak BM Şartı'nı ihlal etmek niyetinde olmayan bir lider, bazı durumlarda yine de cezalandırılabilir. Ancak “açık ihlal” unsurunun tanımında yer almasının bu gibi senaryoların engellenmesini oldukça kolaylaştıracağı da bazı yazarlar tarafından belirtilmektedir.³⁴⁵

3.5.3. Amirin Emrini İfa

Amirin emrini ifa kavramına yönelik olarak üç adet teori ekseninde inceleme yapılabilir. Bunlar mutlak sorumluluk, sınırlı sorumluluk ve amirin sorumluluğu teorileridir.³⁴⁶ Mutlak sorumluluk teorisinin en somut örneği Nuremberg ve Tokyo yargılamalarında görülebilmektedir. Bu yargılamalarda savunma makamı özellikle çoğu astın emirlere karşı gelme gibi bir imkanının olmadığını, gerçekleşen ihlallerin çoğunun

³⁴⁴ Düzenlemede her fiil için ayrı unsurların yer alması önerisi, uzmanların çoğunluğu tarafından bu hükmü gereksiz şekilde karmaşık hale getireceği gerekçesiyle reddedilmiştir, bkz., Noah Weisbord, “The Mens Rea of The Crime of Aggression”, *Washington University Global Studies Law Review*, C.12, S.3, 2013, s.492.

³⁴⁵ Şart'ın açık ihlalinin meşru müdafaa halini kapsamayacağı açıktır. İnsancıl müdahaleler de Şart'ın açık bir ihlalini oluşturmayacaktır. Ancak açıklık kavramının belirsizliği ve günümüzde saldırıların giderek daha farklı görünümde gerçekleşmeleri sebebiyle, açıklık tanımının uygulama alanının oldukça daraldığı belirtilebilir, bkz. Andreas Paulus, “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, *EJIL*, C.20, S.4, 2010, s.1121; Weisbord, *The Mens Rea of The Crime of Aggression*, s.506.

³⁴⁶ Değirmenci, Mavuş, *a.g.e.*, s.174.

Nazi Almanyasında kanuna aykırı olmadığını ve suç olarak kabul edilmediğini ileri sürmüştür. Ancak mutlak sorumluluk anlayışı gereği bu savunmalar kabul edilmemiş ve astların da bu fiillerden sorumlu tutulacağı benimsenmiştir. Böyle bir tutumun ana sebebini ise faillerin herhangi bir şekilde yargılamadan azat edilmesinin önüne geçilmesi oluşturmuştur. Ancak bu yaklaşım iradesi cebir ve tehdit yoluyla kırılan askerlerin vaziyetlerini gözardı etmesi sebebiyle doğal olarak eleştirilmiştir.³⁴⁷

Diğer bir sorumluluk yaklaşımı olan ve devletlerin iç hukuklarında daha çok karşılaşılan sınırlı sorumluluk teorisi gereğince bir ast belirli hallerde üst ile birlikte sorumlu tutulabilir. Bunlar astın emrin hukuka aykırı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği yahut hukuka aykırılığın çok açık olduğu durumlardır.³⁴⁸

Son bir yaklaşım olarak amirin sorumluluğu teorisi mutlak olarak üstün sorumluluğunu varsaymakta ve üstün verdiği emirlerden astın sorumlu tutulamayacağını kabul etmektedir. Özellikle askeri zihniyeti esas alan bu teori, askeriyenin temelini kendi içerisindeki doğası gereği “koşulsuz itaat” ile oluşturulduğunu belirtmektedir. Ancak bu yaklaşımın uluslararası ceza hukukunun temeli olan bireysel sorumluluğu göz önüne almadığı ve bireyi araçsallaştırarak bir otomat olarak ele aldığı söylenebilir.³⁴⁹

EYUCM³⁵⁰ ve RUCM’de de üstün emrini ifa kavramı Nuremberg emsaline uygun olarak düzenlenmişse de, Roma Statüsü bu mutlakçı anlayışı kabul etmemiştir. Bu açıdan Statü’nün 28. maddesinde askeri komutanların sorumluluğu ile sivil üstlerin kendi kumanda, kontrol ve yetkileri altında gerçekleşen suçlardan sorumluluğu düzenlenmiş

³⁴⁷ Elif Bilke, “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1 S.5, 2017, s.13.

³⁴⁸ Paola Gaeta, “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, **EJIL**, C.10,1999, s.175.

³⁴⁹ Değirmenci, Mavuş, **a.g.e.**, s. 178.

³⁵⁰ Özellikle Mahkemenin verdiği Erdemovic kararına ilişkin bir analiz için; Hiromi Sato, **The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility**, Heidelberg, Springer, 2011, s.133-141. Gerçekten de asker olan Erdemovic’in, Srebrenica’da sivillere yönelik insanlığa karşı suçlar işlediği iddiasıyla yargılandığı mahkemede sanık, bu emri alenen reddettiğini ancak emri gerçekleştirmediği takdirde ölümle tehdit edildiğini belirtmiş, ancak bu argüman sorumluluk bakımından mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.

olup,³⁵¹ Statü'nün 33. maddesindeki şu aşağıda belirtilen haller dışında, üst makam tarafından verilen bir emrin astı sorumluluktan kurtaramayacağı düzenlenmiştir:

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

(b) şahsın emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi halinde; ve

(c) emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde.”³⁵²

Saldırı suçu bakımından ise bu suçu düzenleyen maddenin 1. bendine göre söz konusu eylemin BM Şart'ını açık şekilde ihlal ediyor olması gerekmektedir. Bu düzenleme ile madde 33 birlikte okunduğunda, Şart'ı açıkça ihlal eden bir fiilin emredilmesinin açıkça hukuka aykırı olmaması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla astın sorumluluktan kurtulması da saldırı suçu bakımından karşılık bulamayacaktır.³⁵³

3.5.4. Saldırının Tespiti ve Yargılama

Saldırı suçuna esas teşkil edecek bir saldırının tespiti bakımından yapılan tartışmalar, bu fiilin BM Şartı'nın “açık” bir ihlalini oluşturup oluşturmadığını belirlemek için hangi politik kurumun ya da yargı kurumunun, içsel ya da dışsal olarak yetkilendirileceği hususunda yoğunlaşmıştır. Özellikle de Güvenlik Konseyi'ne Statü'nün 16. maddesinde düzenlendiği şekliyle soruşturmaları erteleme hakkı gibi önemli bir yetki tanınmışken, saldırının tespiti hususunda da böyle bir yetkinin tahsis edilip

³⁵¹Tütüncü, **a.g.e.**, s. 175, 176.

³⁵²Ancak maddenin 2. bendinde “*Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler açıkça hukuka aykırıdır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Yine Mahkeme'nin yetkisi dahilinde olan savaş suçları bakımından da bu tür suçlara ilişkin durumlarda (korunan kişilere karşı kötü muamele yahut işkence gibi) hukuka aykırılık oldukça açık ve belirgindir. Dolayısıyla bu noktada verilecek emirler de her şekilde hukuka aykırı olacaktır, bkz., Gaeta, **a.g.e.**, s.185.

³⁵³Jan Guardian, Superior Orders Under the Rome Statute: a Flawed Development, (Çevrimiçi), <https://acontrarioicl.com/2013/08/01/superior-orders-rome-statute/> 17 Haziran 2018.

edilmeyeceği mahkemenin bağımsızlığı ekseninde tartışmalara sebebiyet vermiştir.³⁵⁴ Ancak UCM'nin Güvenlik Konseyi'nin bu hususa yönelik kararının yokluğunda, lider niteliğinde bir kişiye saldırı suçundan mahkumiyet kararı vermesi halinde ise bu durum BM çatısı altında bir “anayasal kriz”e yol açabilecektir. Böyle bir durum kaçınılmaz olarak ilgili tüm kurumların güvenilirliğini zayıflatacak ve mahkeme kararını reddetmek için kötü niyetli devletlere olanak tanıyacaktır.³⁵⁵

Ayrıca Konsey'in tespit yetkisinin devletlerin yalnızca insancıl yahut meşru amaçlarla hareket etmesi halinde bir koruma sağlayabileceği ve bu bakımdan daha adil bir durumun oluşabileceği de iddia edilebilir. Daha önce de değinildiği üzere kuvvet kullanımı bakımından doktrinde bahsedilen bu tür durumlar yakın bir saldırı karşısında erken veya önleyici meşru müdafaa olaylarını içerebileceği gibi, vatandaşların veya rehinelere kurtarılması; sıcak takip, insani müdahaleler, devlet dışı aktörlere karşı veya terörist grupları barındıran devletlere karşı ya da topraklarının terörist saldırılara üs olarak kullanılmasına izin veren devletlere karşı silahlı tepkiler; ulusal kurtuluş savaşlarına katılım; barış veya insani krizlerin ihlallerine ve bölgesel tepkileri içerebilecektir.³⁵⁶

Saldırının tespiti için kabul edilebilecek diğer organlar olan Genel Kurul veya UAD'nin birtakım sorunlarla karşılaşacağı ortadadır. Genel Kurul'a bu hususta yetki verilmesi halinde³⁵⁷ söz konusu tespit kararının daha tarafsız olacağı söylenebilirse

³⁵⁴ Beth Van Schaak, “Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression”, **Columbia Journal of Transnational Law**, C.49, S.3, 2010, s. 560. Bu bakımdan Amerikan Görevlilerini Koruma Kanunu kapsamında BM Barış Gücü operasyonlarında görev alacak görevlilerin UCM'de yargılanmayacağına ilişkin olarak Başkanın Kongre'de bu hususu doğrulaması gerekli olup, bu hususun kanıtlanması halinde operasyona destek sağlanacaktır. Keza Roma Statüsü'nü onaylamış bir devlete ABD'nin herhangi bir şekilde askeri destekte bulunmayacağı da belirtilmiştir, bkz. Sibylle Scheipers, **Negotiating Sovereignty and Human Rights: International Society and the International Criminal Court**, Manchester, Manchester University Press, 2017, s.3. Ayrıca bkz. U.S. Bilateral Agreements Relating to ICC, **AJIL**, C. 97, S. 1, 2003, s. 200-203.

³⁵⁵ **A.e.**, s.564.

³⁵⁶ Bkz. Beth Van Schaak, “The Crime of Aggression and Humanitarian Intervention on Behalf of Women”, **International Criminal Law Review**, C.11, S.3, 2011, s.477-493.

³⁵⁷ Nitekim Güvenlik Konseyi'nin görevlerini yerine getirememesi durumunda, Genel Kurul'un barış ve güvenlikle ilgili konuları ele alması mümkündür. Zira UAD'nin Certain Expenses kararında Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin işlevlerine ilişkin oldukça açıklayıcı bir tavsiye kararı verilmiş olup, bu kararda,

de, bu organın beklenen karara vakit kaybetmeden ulaşması oldukça zor olabilecektir. Zira burada oy hakkına sahip küçük devletler farklı kaygılarla yönlendirilmeye açık olacak ve alınacak kararın daha politize bir hale gelmesine sebebiyet verebilecektir.

Her ne kadar UAD en zorlayıcı koşullarda bile bir saldırı fiili bakımından herhangi bir devleti hiçbir zaman kınamamış olsa da, bu husus bakımından yetkin olduğuna yönelik uluslararası hukukta genel bir anlayış mevcuttur.³⁵⁸ Ancak UAD İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar konusundaki kararında, Divan'ın UAD Şartı'nın 65 (1) maddesinde yer alan "*mahkeme görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir*" düzenlemesine rağmen her istendiğinde görüş vermekle yükümlü olmadığını ifade etmiştir.³⁵⁹ Bununla birlikte, Divan'ın içtihatlarında bu takdir yetkisi temelinde bir danışma görüşünü asla reddetmediği ve sadece "zorlayıcı nedenler" in varlığı halinde bir görüş vermeyi reddedebileceği belirtilmelidir. Dolayısıyla bu bakımdan UAD'nin uygun bir filtre görevi görmesinin önünde bir engel esasen yoktur.

Sonuçta Kampala değişiklikleri ile Statü'ye eklenen saldırı suçunun yargılanmasını düzenleyen madde 15 bis ve 15 ter'e göre Statü'ye taraf olan bir devlet bakımından savcının bu suçun koğuşturulmasına ilişkin makul bir sebebin olduğu kanaatine varması halinde Güvenlik Konseyi'nden bu yönde bir karar çıkıp çıkmadığına

BM Şartı md. 24'te yer alan ve uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğun Güvenlik Konseyi'nde olduğunu düzenleyen hükmün belirttiği sorumluluğun, münhasıran verilmiş bir sorumluluk olmadığını altı çizilmiştir. Bu bağlamda zorlama tedbirlerine ilişkin kararların sadece Güvenlik Konseyi tarafından alınacağı düzenlenmiş olsa da, Genel Kurul'un Şart'ın 14. maddesi uyarınca uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokabilecek durumlarda sorunun kaynağına bakılmaksızın barışçıl yollarla çözülmesi için gereken önlemleri alabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu konuda belirli bir karar alınabilmesi için md. 12'de öngörülen hüküm gereğince Güvenlik Konseyi bu konuda görevlerini yerine getiriyorsa, Konsey talep etmedikçe Genel Kurul herhangi bir tavsiyede bulunamayacaktır. Bkz. Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p.151, s.15,16, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>, 12 Şubat 2018.

³⁵⁸ Van Schaack, **Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression**, s.564.

³⁵⁹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, s. 156, par. 44, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-BI.pdf> 19 Nisan 2018.

bakacağı ve bu hususta BM Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunacağı öngörülmüştür. Güvenlik Konseyi'nin bu yönde bir tespit kararı mevcutsa koğuşturma devam edecek,³⁶⁰ şayet yoksa bildirim yapıldığından itibaren altı ay sonra Ön Yargılama Dairesi'nin yetkilendirmesi halinde koğuşturmaya (Güvenlik Konseyi bu konuda aksine bir karar vermedikçe) başlayabilecektir. Bir diğer alternatif ise Statü'ye taraf olsun veya olmasın bütün devletler bakımından Mahkeme'ye BM Güvenlik Konseyi tarafından VII. Bölüm çerçevesinde alınan bir karar uyarınca ilgili devlet hakkında bir saldırı suçu yargılaması başlatma bildirimidir.³⁶¹

Ancak söz konusu maddelerde yargılamaya yetkisine ilişkin bu değişikliklerin nasıl gerçekleşeceğine dair birtakım farklı düzenlemelere gidilmiştir. Her ne kadar bu değişikliklerin kabulü noktasında Statü'nün 120.maddesi bu Statüye çekince konulamayacağını hüküm altına almış olsa da,³⁶² saldırı suçunun Statü'nün kabulünden sonra tanımlandığı göz önüne alındığında Statü'ye taraf devletler bakımından bu madde bakımından bir kabul usulü gerekli görülmüştür. Bu bakımdan 15 bis maddesinin 4. bendinde Statü'yü onaylamış devletler bakımından bir devre dışı bırakma seçeneği öngörülmüş olup, madde hükmü şu şekildedir:³⁶³

“Bir Taraf Devlet, daha önceden bir saldırı fiilinden kaynaklanan saldırı suçu üzerinde Mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmediğine yönelik Yazı İşleri Bürosu Başkanı'na bir bildirimde bulunmamışsa, Mahkeme, madde 12 uyarınca, söz konusu Taraf Devlet tarafından işlenen saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini

³⁶⁰ Bu düzenleme UCM'ye taraf dahi olmayan üç ülkenin bulunduğu Konsey'in yetkilerini artırma çabası olarak görülmektedir, bkz. Gabriel Maria Lentner, The Role of the Security Council in connection with the Crime of Aggression, s.16, (Çevrimiçi) https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/lentner.pdf, 5 Mayıs 2018.

³⁶¹ Michael P. Scharf, “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, **Harvard International Law Journal**, C.53, S.2, 2012, s.364. Bu bakımdan diğer suçlardan farklı olarak Mahkeme'nin yargı yetkisi üzerinde böyle bir ayrıma gidilmesinin ve özellikle Güvenlik Konseyi üyelerinin lehine böyle bir taviz verilmesinin Mahkeme'nin istikrarını zedeleyen bir durum olduğu belirtilmiştir, Novak, **a.g.e.**, s. 47.

³⁶² Donald M. Ferencz, “Bringing the Crime of Aggression within the Active Jurisdiction of the ICC”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, C.42, S.1, 2009, s.534, dpn.13.

³⁶³ Hector Olasolo, Lucia Carcano, “The ICC Preventive Function with Respect to the Crime of Aggression and International Politics”, **Harvard International Law Journal**, C.58, S.1, 2017, s.68.

kullanabilir. Böyle bir bildirim geri alınması her zaman mümkün olup, Taraf Devlet tarafından bu husus üç yıl içinde değerlendirilir."³⁶⁴

Maddenin 5. bendinde ise Statü'ye taraf olmayan devlet bakımından bu devletin vatandaşı tarafından yahut onun toprakları üzerinde bu suçun işlenmesi halinde Mahkemenin yargı yetkisini kullanamayacağı düzenlenmektedir.

Bu düzenlemelerin haricinde 121. maddenin 5. fıkrasına göre:

"Bu Statünün 5-6-7 ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler, onay veya kabul araçlarının bildirilmesinden bir yıl sonra, değişiklikleri kabul etmiş taraf devletler için yürürlüğe girer. Mahkeme, değişikliği kabul etmeyen bir taraf devletin uyrukları tarafından veya ülkesinde meydana gelen bir suç ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanamaz."

Dolayısıyla Statü'ye taraf bir devlet hakkında yapılacak bir yargılama hususunda, devlet bu yargı yetkisi bakımından bağışık olmayı istediği takdirde, yukarıda değinilen 15 bis maddesindeki usuli işlemleri yerine getirerek yahut 121.maddede öngörüldüğü şekliyle değişiklikleri onaylamayarak mahkemenin yargı yetkisini kabul etmediğini ifade edebilecektir. Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler ise Güvenlik Konseyi tarafından yapılan bildirimler hariç, mağdur veya saldırgan statüsünden bağımsız olarak Mahkeme'nin saldırı suçu konusundaki yargı yetkisine dahil değildir.

3.5.5. Saldırı Suçunun Yürürlüğe Girmesi

Değişikliklerin Taraf Devletler için nasıl yürürlüğe gireceği ve Taraf Devletlerin bu değişikliğin uygulanabilmesi için özellikle değişiklikler bakımından özel bir itirazda bulunup bulunmayacağı hususları saldırı ile ilgili değişikliklerin

³⁶⁴ Kaya, **a.g.e.**, s. 468. Bu bildirim pek tabii devletin herhangi bir saldırı eylemi gerçekleştirilmeden önce sunulmalıdır. Diğer halde kötünietli devlet bakımından böyle bir bildirim geçersiz addedilecektir.

müzakeresinde dile getirilmiştir.³⁶⁵ Bir değişiklik yürürlüğe girdiğinde Roma Statüsü'nün md.121 (4) hükmü uyarınca normalde bütün tarafları hatta henüz onaylamamış olanları bile bağlamaktadır. Ancak aynı maddenin 5. bendinde 5.,6.,7. ve 8. maddelerde yapılacak değişikliklerin sadece değişikliği kabul eden veya onaylayan devletleri bağlayacağına ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Bu bakımdan saldırı suçunda bazı taraf devletlerin (Fransa veya İngiltere gibi yurtdışında askeri güç kullanan/kullanmakta olan devletler gibi) kendi vatandaşlarının fiilleri veya topraklarında gerçekleşen fiiler bakımından yargılamaya tabi olmamaları adına bazı değişiklikleri onaylamayacağı öngörülmüş ve Mahkeme'nin bu suçtan yargı yetkisinin toptan reddedilmeden yürürlüğe girebilmesi için bir alternatif olarak müzakere edilmiştir.³⁶⁶

Saldırı suçuna ilişkin kabul edilen düzenlemeler, madde 15 bis ve 15 ter'de yer alan değişikliklerin yürürlüğe girebilmeleri için 5. fıkrayı temel almıştır; böylece değişikliklerin en az 30 taraf devletçe onaylanmış olması ve ayrıca Mahkemenin saldırı suçu bakımından yargı yetkisini kullanmaya başlaması için de Taraf Devletler Meclisi'nce oy birliği veya en az 2 / 3'lük bir oy nisabıyla bu yönde bir karar alması gerekli görülmüştür.³⁶⁷

³⁶⁵ Akande, **Prosecuting Aggression: The Consent Problem and The Role Of The Security Council**, s.10,11.

³⁶⁶ **A.e.**

³⁶⁷ Bu kararın sadece 1 Ocak 2017'den sonra alınabileceğine yönelik bir düzenleme getirilmiş, takiben 4-14 Aralık tarihlerinde düzenlenen Taraf Devletler Meclisinin altıncı oturumunda, saldırı suçuna ilişkin olarak 17 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla mahkemenin yargı yetkisi aktive edilmiştir, bkz., Assembly activates Court's jurisdiction over crime of aggression, (Çevrimiçi) <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350> 21 Temmuz 2018. Ayrıca bkz., Status of Ratification and Implementation of the Kampala Amendments on the Crime of Aggression, (Çevrimiçi) <https://crimeofaggression.info/the-role-of-states/status-of-ratification-and-implementation/> 21 Temmuz 2018.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SALDIRI SUÇUNUN İÇ HUKUKTA DÜZENLENMESİ

4.1. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

Saldırı suçunun belirlenmesi, diğer uluslararası suçların karşılaşmadığı bazı çekişmeli unsurları bir araya getirmektedir. En önemli farklılıklardan biri, saldırı suçu için bireysel cezai sorumluluğun, bir saldırı eyleminin varlığına yapısal olarak bağlı olmasıdır. Zorluk, saldırının tarihsel olarak devlet eylemleriyle bağlantılı olan bir saldırı fiilinin ayrılmaz bir parçası olmasıdır. Başlangıçta, yerel mahkemeler *par in parem imperium non habet* (eşitin eşit üzerinde egemenliği yoktur)³⁶⁸ ilkesi uyarınca diğer devletlerin eylemlerini yargılamaktan kaçınmış olsa da,³⁶⁹ uluslararası ceza hukukunun gelişimi ile birlikte bu zihniyetin kırılmaya başlandığı söylenebilecektir. İç hukukta yargılama yapabilme olanağı bakımından, özellikle II. Dünya Savaşından sonra bazı devletlerin saldırı suçu çerçevesinde düzenlemeler yaptığı gözlemlenebilir.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, Sayapin'in bu düzenlemeler için geliştirdiği ayrımının başarılı bir sınıflama yaptığı görülmektedir. Bu bakımdan, çalışmamızda bu sınıflandırma kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır.³⁷⁰

³⁶⁸Bu ilke, ilk olarak kilise hukukundan kaynaklanmış, daha sonra eşit egemenlik ilkesi olarak modern uluslararası hukukta yer almıştır. Özellikle devlet bağımsızlığının ortaya çıkışı noktasında söz konusu ilkeye önem addedilmektedir.

³⁶⁹Nidal Nabil Jurdi, "The Domestic Prosecution of the Crime of Aggression After the International Criminal Court Review Conference: Possibilities and Alternatives", **Melbourne Journal of International Law**, C.14, S.2, 2016, s.3.

³⁷⁰Bkz. Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s.202-222. Her ne kadar Sayapin "vatana ihanet modeli" olarak ayrı bir model dahil olmak üzere dört sınıflandırmada bulunsa da, çalışmamız kapsamında bu modelin de nesnel savaş modeli ile aynı temele sahip olması bakımından tek başlık altında inceleme yapılması uygun görülmüştür. Werle ise eserinde bu bakımdan ikili bir sınıflandırmaya giderek karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri; Devletin Ulusal Güvenliğine İlişkin Düzenlemeler ve Barışa Karşı Suçlar Düzenlemeleri olarak iki ana başlıkta irdelemiştir. Bkz. Gerhard Werle, "The Crime of Aggression between International and Domestic Criminal Law", **Presentation at the XVth International Congress on Social Defence: Criminal Law between War and Peace: Justice and Cooperation in Military Matters in International Military Interventions**, 2009, s. 16-23.

4.1.1. Nuremberg ve Tokyo Modeli

Nuremberg ve Tokyo yargılamalarının içtihatları, birçok devlet için saldırı suçu bakımından yapılacak düzenlemelere emsal teşkil etmiştir. Yargılamalar sonrasında bu model, Bağımsız Devletler Topluluğu tarafından saldırı suçu özelinde yasal bir standart oluşturmuştur. Genel olarak, suçun unsurlarının BDT Parlamentolar Meclisi tarafından 17 Şubat 1996'da kabul edilen Model Ceza Kanunu'nun ortak kökeninden kaynaklandığı ve özel olarak Nuremberg ve Tokyo içtihatlarının Sovyet sonrası uluslararası ceza hukuku teorisinde yer alan mirasının bu devletlerin iç hukukunda görünüm kazandığı belirtilebilir.³⁷¹ Model, askeri personel veya teçhizat, yahut suçun mağdurları veya süre bakımından büyüklük olarak herhangi bir standart, nesnel bir “minimum eşik” öngörmemektedir.³⁷²

Ulusal ceza kanunlarında saldırı suçuna yer veren yirmi beş devletin ceza kanunlarının büyük çoğunluğunda, saldırı suçu, Nuremberg içtihatları çerçevesinde, saldırı savaşının planlanması, hazırlanması, başlatılması ve yürütülmesi şeklinde tanımlanmıştır. Almanya Ceza Kanunu'nun Özel Kısmının 1. Bölümünün “Barışa Karşı Suçlar” başlıklı 80. maddesinde “Saldırı Savaşına Hazırlık” ve (a) bendinde “Saldırı Savaşını Teşvik” tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.³⁷³ Söz konusu düzenlemeler 31

³⁷¹Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s.205,206.

³⁷²A.e., s.207. Bu husus bakımından Polonya Ceza Kanununun 16. bölümünün Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar ile Savaş Suçları başlığında düzenlenen md.117 örnek olarak gösterilebilecektir. Maddenin ilk fıkrasında herhangi bir saldırı savaşını başlatan yahut yürüten kişinin 12 yıldan 25 yıla kadar hapis cezası yahut müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

³⁷³ Federal Almanya Ceza Kanunu'nun 80. maddesi Türkçe'ye şöyle çevrilebilir: “Her kim Federal Almanya Cumhuriyetinin katılması amacıyla saldırı savaşını hazırlar ve böylelikle Federal Almanya Cumhuriyeti için savaş riski yarattırsa müebbet hapis cezası veya en az 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılır.” Federal Almanya Ceza Kanunu'nun 80(a) bendi ise “Her kim bu kanunun geçerli olduğu yerlerde saldırı savaşını bir toplantıda yahut yazılı vasıtalar aracılığı ile açıkça teşvik ederse üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar Almanya'da bu maddeler bakımından bir yargılama yapılmamış olsa da, iki olay üzerinde yargı yetkisinin kullanılması oldukça tartışılmıştır. Madde bakımından ilk uygulama ihtimali, 1999'da Yugoslavya'ya karşı uygulanan kuvvet kullanmanın, bireysel cezai sorumluluk tesis edip etmeyeceği bakımından doğmuştur. İkinci olay ise Almanya'nın Irak'a karşı uygulanan kuvvet kullanımının bu kapsamda değerlendirip değerlendirilemeyeceği olmuştur. Bkz. Claus Kreß, “The German Chief Federal Prosecutor's Decision Not to Investigate the Alleged Crime of Preparing Aggression against Iraq”, **Journal of International Criminal Justice**, C.2, 2004, s.247.

Aralık 2016 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Alman kanun koyucu 80. maddeyi yürürlükten kaldırmakla birlikte Roma Statüsü ile uyumlu hale getirmek amacıyla 80(a) maddesinin başlığı ve içeriğindeki “Saldırı Savaşına Hazırlık” ibaresi “Saldırı Suçuna Hazırlık” olarak değiştirilmiştir.

Federal Meclis bu değişikliğin gerekçesi olarak, Roma Statüsü’ne taraf devletlerin saldırı suçunun unsurları konusunda mutabakata vardıklarını ve Kampala’daki değişiklikleri ilk imzalayan devletlerden birisi olan Alman Devletinin tamamlayıcılık ilkesi bağlamında Alman mevzuatını da uyumlu hale getirmeyi amaçladığını belirtmiştir.³⁷⁴

80. maddenin kanundan çıkarılması ile saldırı suçunun suç olmaktan çıkarılması amaçlanmamış, mülga düzenleme yerine Toplumlar Ceza Kanunu’na yeni bir madde eklenmiştir.³⁷⁵ Kanun teklifinde, saldırı suçunun Alman merciler tarafından takip edilmesinin sağlanması için Toplumlar Ceza Kanunu’na eski düzenlemenin yerine geçecek olan bir madde eklenmesi öngörülmüştür.³⁷⁶ Nitekim, Toplumlar Ceza Kanunu’na, “Saldırı Suçu” başlığını taşıyan 3. bölümünde yer alan aynı başlıklı 13. madde eklenmiştir. Bu düzenleme uyarınca “*Her kim bir saldırı savaşı yürütür veya türü, ağırlığı ve kapsamı bakımından Birleşmiş Milletler Şartı’ni açıkça ihlal edecek nitelikte başkaca saldırı eylemlerinde bulunursa, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*”.

Maddenin ikinci benti gereğince: “*Her kim birinci bent uyarınca bir saldırı savaşı veya diğer saldırı eylemlerini planlar veya başlatırsa, müebbet hapis cezası ya da on yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Birinci cümledeki suç/eylem sadece aşağıdaki hallerde cezalandırılır:*

1. Saldırı savaşı yürütülmüş veya diğer saldırı eylemleri gerçekleştirilmiş ise

³⁷⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches, (Çevrimiçi) <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/086/1808621.pdf>, s. 1, 3 Ekim 2018.

³⁷⁵ Halbe Wahrheiten zum "Angriffskrieg, (Çevrimiçi) <https://www.br.de/nachricht/angriffskrieg-100.html>, 3 Ekim 2018.

³⁷⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches, (Çevrimiçi) <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/086/1808621.pdf>, s. 1, 3 Ekim 2018.

2. *Bu eylem ile Federal Alman Cumhuriyeti için bir saldırı savaşı tehlikesi veya diğer saldırı eylemleri tehlikesi yaratılmışsa*”.

Maddenin üçüncü bentinde saldırı eyleminin tanımı bulunmaktadır. Buna göre: *“bir saldırı eylemi, bir devlet tarafından (başka) bir devletin egemenliğine, ülkesel dokunulmazlığına veya siyasal bağımsızlığına yönelik olan veya Birleşmiş Milletler Şartı’na aykırı diğer silahlı kuvvet kullanımudur”*.

4. bent ise şu şekilde düzenlenmiştir: *“Sadece, gerçekten bir devletin siyasi veya askeri eylemlerini kontrol etme ya da yönlendirme durumunda olan kişiler 1. ve 2. bentlerdeki suçlara iştirak eden olabilir”*. Son olarak düzenlemede 5. bent ise: *“İkinci bentin hafif hallerinde verilecek ceza beş yıldan az özgürlüğü bağlayıcı hapis cezası olamaz”* şeklinde belirtilmiştir.

Toplumlar Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde Kanun’un uygulama alanı bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre: *“Bu Kanun, toplumlar hukukuna karşı yöneltilmiş olan bütün içerdiği suçlar bakımından bunlar yurtdışında işlenmiş ve ülkeyle (Almanya ile) bağlantısı olmasa da uygulanır. 13. maddedeki suçların yurtdışında işlenmiş olması halinde, bu suçlar bakımından, failin Alman vatandaşı olması veya eylemin Federal Alman Cumhuriyeti’ne karşı yöneltilmiş olması durumunda, suçun işlendiği yer hukukundan bağımsız olarak bu Kanun hükümleri uygulanır”* denilerek, bu Kanundaki diğer suçlar adına öngörülen evrensel yargı yetkisi³⁷⁷, saldırı suçunda öngörülmemiş ve failin Alman vatandaşı olması yahut fiilin Almanya’ya karşı işlenmiş olması şartı aranmıştır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun *“Saldırı Savaşının Planlanması, Hazırlanması, Başlatılması ve Yürütülmesi”* başlıklı 353. maddesi saldırı savaşını Nuremberg Statüsü’ne benzer şekilde düzenlemiştir. Maddeye göre: *“1. Saldırı savaşının*

³⁷⁷ Bu bakımdan Almanya, iki Ruandalı savaş suçlusunu evrensel yargı yetkisine dayanarak, Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde gerçekleştirdikleri fiiller bakımından yargılamış ve suçlu bulmuştur. Bkz. Rwandan rebel leaders jailed in Germany for war crimes, (Çevrimiçi) <https://www.theguardian.com/global-development/2015/sep/28/rwanda-rebel-leaders-jailed-in-germany-for-war-crimes>, 3 Ekim 2018.

*planlanması, hazırlanması veya başlatılması yedi yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. Saldırı savaşının yürütülmesi on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.*³⁷⁸

4.1.2. Toprak Bütünlüğü veya Politik Bağımsızlık Modeli

Hukuki dayanak olarak BM Şartı md. 2 (4)'e dayanan bu modelde, korunan çıkarlar arasında “herhangi bir Devletin toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığı” açıkça ifade edilmektedir. Bununla birlikte, korunan menfaatler bakımından “Birleşmiş Milletler’in Amaçları” na da atıfta bulunulabilir. Herhangi bir tereddüte izin vermeyen bu emredici hükmün merkeze alındığı bu modelin Nuremberg ve Tokyo'daki düzenlemelere nazaran çok daha geniş bir şekilde düzenlenmiş olduğu belirtilebilir. Bununla birlikte, Nuremberg ve Tokyo modeli büyük ölçüde İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki uluslararası hukuk sistemine dayanırken, bu ulusal ceza hukuku modeli BM Şartı ilkesi üzerine kuruludur. Bu nedenle söz konusu model, daha ilerici olarak görülmektedir. Nitekim Finlandiya Ceza Kanunu'nun 12. bölüm 1. kısmı yahut Norveç Ceza Kanunu'nun 93. bendinde örnekleri görülebileceği üzere, Nuremberg ve Tokyo modeli ile kıyaslandığında toprak bütünlüğü ya da politik bağımsızlık modelinin dikkate değer avantajı, Şart'taki düzenleme neticesinde devletlerin mevzuatlarında yer alan hükümlerin mevcut jus cogens normlarından türetilmesidir. Şarttaki md.2(4) kapsamında, kuvvet kullanımının zaman içinde evrimleşebileceğinden, bu değişimin seyri sırasında, resmi değişiklikler olmaksızın bile ulusal ceza kanunlarının ilgili hükümleri koruyucu değerlerini muhafaza edeceklerdir. Roma Statüsü'ne taraf devletler

³⁷⁸Diğer örnekler için bkz. Ayrıca; Ermenistan Ceza Kanunu'nun 384-385. maddeleri, Azerbaycan Ceza Kanunu'nun 100-101. maddeleri, Bulgaristan Ceza Kanunu'nun 409. maddesi, Gürcistan Ceza Kanunu'nun 404-405. maddeleri, Makedonya Ceza Kanunu'nun 415. maddesi, Polonya Ceza Kanunu'nun 117. maddesi, Tacikistan Ceza Kanunu'nun 395-396. maddeleri de bu doğrultuda düzenlenmiştir. Bkz. Criminal Codes, (Çevrimiçi), <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 3.10.2018.

bakımından ise bu yasama modeli Roma Statüsü'nün ilgili hükmü ile BM Şartı'nın oldukça uyumlu düzenlemeleri göz önüne alındığında, paralellik göstermektedir.

Yine de, bu yasama modelinin, Şart ile aynı yakın bağlantısından dolayı, ceza hukuku hükümlerinin gerektirdiği seviyede makul olmadığı görülmektedir. Aynı zamanda, ceza hukuku bakımından kriminalizasyon amacına yönelik olarak kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi arasında bir kıyaslama yapılması gerekliliği mevcut iken, 3314 sayılı kararda bu hususa yönelik olarak bir düzenleme yapılmaması düzenlemeler bakımından önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.³⁷⁹

Bu modeldeki düzenlemelerde yer alan tanımların devletin varlığı, yabancı devletler ile ilişkileri, bağımsızlık ve egemenliğinin korunması gibi ulusal hukuki değerleri koruma amaçları çerçevesinde hüküm altına alınmaları sebebiyle eylemin savaş riski yaratma özel kastıyla işlenmesi ve eylemin hükümetin isteği veya rızası dışında yapılmış olması şartı aranmaktadır. Hükümetin isteği yahut rızası olmaksızın bu suçun gerçekleşmeyeceği göz önüne alındığında, bu modeldeki tanımların saldırı suçlarının ulusal düzeyde yargılanması için yeterli bir temel oluşturmadığı ve daha çok sembolik bir anlama sahip oldukları belirtilebilir.³⁸⁰

4.1.3. Nesnel Savaş Modeli

Toprak bütünlüğü ya da politik bağımsızlık modeli suçun manevi unsurunu vurgularken, “nesnel savaş modeli”, silahlı çatışmanın başlatılmasından sona ermesine kadar, güç kullanımının cezalandırılabilirliği ile ilgilidir. Nesnel savaş modeli ile ilgili

³⁷⁹Sayapın, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s.211.

³⁸⁰Bkz. Werle, **a.g.e.**, s.15-17. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 85,86, dpn.9. Kanada Ceza Kanunu'nun 46 (1)(b) ve (c), Çin Ceza Kanunu'nun 102. maddesi, Fransız Ceza Kanunu'nun 411(4). maddesi, Japon Ceza Kanunu'nun 81 ve 82. maddeleri, Meksika Ceza Kanunu'nun 123. maddesi bu kapsamdadır.

önemli bir sorun, üzerinde fikir birliği sağlanmış uluslararası silahlı çatışmaların tanımının uluslararası hukukta bulunmamasıdır.³⁸¹

Devletlerin dışsal ve uluslararası tezahürlerini inceleyen diğer iki modelin aksine, bu modelin aynı zamanda vatana ihanet suçu gibi devletlerin vatandaşları ile aralarındaki bağ ile de ilgilendiği görülmektedir. Vatana ihanet suçu, saldırı suçu ile dolaylı bir ilişkidir. Çünkü bu suç, diğer devletlerin de dahil olabileceği nitelikte bir suç olarak yine anılan korunan hukuki menfaatlerin ihlali yolu ile gerçekleşir. Bu bağlamda, uluslararası hukuka göre değil, ulusal hukuk uyarınca bir suçtur, ancak bu modelin amacına uygun olarak, uluslararası savaşların ortaya çıkmasını engellemek ve bireylerin cezai sorumluluğunu tesis etmek amacı ile bu çatı altında bir değerlendirme yapılması uygundur.³⁸²

Bu modeller bakımından geniş bir değerlendirme yapılması elzemdir. Coracini incelemesinde farklı ülkelerin mevzuatlarından doksan adet yasa incelemiştir. Özellikle saldırı suçu bakımından Doğu Avrupa ve Orta Asya ülkelerinde suçun tayini bakımından belirli bir katılım biçiminden bahsedildiğinin altını çizen yazar, bu katılım biçimlerini, saldırı savaşını kışkırtmak, savaşa teşvik, ya da silahlı çatışmanın yahut saldırgan savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da yürütülmesi olarak belirtmektedir. Bununla birlikte, ulusal ceza kanunlarının çoğunluğu, uluslararası hukuk bağlamında saldırı suçunu içermez.³⁸³

³⁸¹Romanya Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde, savaşın suçlaştırılmasına yönelik neredeyse evrensel bir yaklaşım belirlenmiştir, şöyle ki, ilk olarak NATO, Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyi Üye Devletlerinden birine karşı gerçekleştirilen fiillere ilişkin düzenleme yer almakta ancak aynı zamanda düzenlemelerde Romanya ile savaşmayan diğer devletlerin güvenliği de korunmaktadır. İlgili yabancı bir devletten gelen talep üzerine cezai işlem başlatılacağı için, talepte bulunan yabancı devletin uluslararası hukuk uyarınca kendi “saldırı” veya “hasmane hareket” yorumlamalarına dayanacağı varsayılabilir. Bkz. Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, s.214.

³⁸²A.e., s.221,222.

³⁸³Astrid Reisinger Coracini, “National Legislation on Individual Responsibility for Conduct Amounting to Aggression”, **International Criminal Justice-Law and Practice from the Rome Statute to It's Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge,2010, s.549. Bu ülkelerin bir kısmında, ilgili mevzuat önerileri tartışılmış, ancak İsveç örneğinde, suçla ilgili uluslararası düzeyde bir tanım birliğinin mevcut olmaması sebebiyle herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Saldırı suçunun uluslararası düzeyde tanımlanması için süregelen müzakerelerin ışığında, ulusal tanımların bazı yönleri özellikle dikkat çekmektedir. Her şeyden önce, saldırı suçuyla ilgili iç düzenlemelerin, suç tanımındaki liderlik unsurunu yansıtmadığı gözlemlenebilir. Bununla birlikte saldırı suçu gibi ifa edilmesinde kendine has özelliklerin bulunduğu bir suç bakımından ise devletler ulusal ceza kanunlarındaki genel hükümlerin bu suça uygulanması bakımından kağıt üzerinde herhangi bir sorun görmemişlerdir.

Bazı devletler seçici bir yaklaşım belirlerken, diğer bazı devletler ise bunun ötesine geçerek ek sorumluluk türleri getirmişlerdir. Suçun tanımlanmasında belirli eylem biçimlerinin dahil edilmesine rağmen, hiçbir ulusal ceza kanunu, kendi ceza kanununun genel hükümlerinin uygulanmasını dışlamayacağından, potansiyel norm çelişkileri, yorumlama yoluyla çözülecektir.

Saldırı suçu düzenlemesinde yer alan eklerde geçen ulusal yargı yetkisi bahsedilen yoruma ilişkin olarak bazı zorluklar barındırmaktadır. Bu bakımdan, Roma Statüsü'nün 10.maddesinde de düzenlendiği üzere kabul edilen tanımın, saldırı suçu için bir teamül oluşturduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiğini hatırlatılmaktadır.³⁸⁴ Statü'deki düzenlemelerin her ne kadar iç hukukta saldırı suçu bakımından yargılamaları teşvik ettiği söylenemezse de, böyle bir yargılamanın yasaklanmadığı da belirtilmelidir. Bu konuda verilecek hükmü uluslararası andlaşmalar hukukuna veya teamül hukukuna bırakmaktadır. Gerçekten de Konferansta kabul edilen 5. anlayış, saldırı suçu bakımından yargılama yapılmasının ne bir hak ne de yükümlülük olduğuna işaret etmektedir.³⁸⁵ Bununla birlikte, BM Güvenlik Konseyi'nin bir saldırı eylemi gerçekleştiğine karar vermesi halinde, yerel mahkemelerin saldırı suçunu yargılamasını önlemek için hiçbir engel bulunmamaktadır.³⁸⁶

³⁸⁴Md.10: “Bu bölümdeki hiçbir hüküm, bu Statü'nün amaçlarından farklı olarak, mevcut veya gelişmekte olan uluslararası hukuk normlarını, hiçbir surette sınırlayıcı veya haleldar edecek şekilde yorumlanamaz.”

³⁸⁵Jurdi, **a.g.e.**, s.15.

³⁸⁶**A.e.**, s.19.

Daha önce de belirtildiği üzere, UHK, 1996 tarihli metinde saldırı suçu için münhasır yargı yetkisi rejimi öngörmüştür. Öngörülen bu rejimde, varsayıldığı şekliyle yalnızca UCM saldırı suçunu yargılayabilecektir. Bu yaklaşım, bir egemen devletin diğerini yargılayacak konumda olmayacağı için, *par in parem imperium non habet* ilkesi ile de tutarlı şekilde düzenlenmiştir. 1996 tarihli düzenlemelerde belirtilen münhasır yargı yetkisine ilişkin istisna, bir devletin saldırı suçundan dolayı kendi vatandaşlarını yargılamasına izin verilmesidir.³⁸⁷ Böyle bir düzenlemenin konu hakkındaki müphemliği gidermesi bakımından gerekli olduğuna katılmaktayız. Şöyle ki, bir devlet kendi vatandaşı bakımından elbet böyle bir yetkiye öncelikli olarak sahip olacaktır. Statüde belirtildiği anlamda ciddi bir yargılama ile, devlet adil bir şekilde bu vatandaşı cezalandırabilecektir. Ancak başka bir devletin vatandaşı saldırı suçu bakımından yerel mahkemede yargılama iki devlet arasındaki ilişkileri olabildiğince kötü etkileyecek, dolayısıyla bu kişinin yargılanmasının bir ön koşul olarak belirtilmesi uygulanabilir olmayacaktır.

Taraf Devletler Meclisi, devletlerin saldırı suçuna yönelik iç hukuklarındaki düzenlemeler veya kovuşturmalar bakımından doğabilecek sıkıntılara ilişkin sorulara çözüm bulmalıdır. Bu bakımdan Veroff tarafından sunulan çözüm önerileri şunlardır;

- saldırı suçuyla ilgili özel UCM yargı yetkisi veya önceliği tesis etmek;
- Devletlerin suça ilişkin iç hukuka yönelik kapsama çabalarına ilişkin savcılığın olumsuz görüşünü yansıtan ve 5. anlayışı destekleyen resmi bir açıklama;
- saldırı yerine diğer suçlar için kovuşturmaları teşvik etme;
- yerel kovuşturmalara rehberlik etmek için çok yönlü bir liste oluşturma.³⁸⁸

³⁸⁷Julie Veroff, “Reconciling the Crime of Aggression and Complementarity: Unaddressed Tensions and a Way Forward”, **Yale Law Journal**, C.125, S.3, 2016, s.762. Gerçekten de bir devletin ulusal mahkemesinin başka bir devleti yargılaması *parem imperium non habet*’e aykırılık oluşturacaktır.

³⁸⁸A.e., s.761.

4.2. Saldırı Suçu Bakımından Ulusal Mahkemelerde Görülen Davalar

4.2.1. R v. Jones Davası

İlk bakışta saldırı suçu ile ilgili olarak dolaylı bir etkileşime sahip bulunan bu dava, sonrasında uluslararası ceza hukuku bakımından iz bırakan davalardan biri haline gelmiştir. Davaya konu olay Mart 2003'te gerçekleşmiştir. Failler, İngiltere'deki Kraliyet Hava Kuvvetleri üssüne girerek yakıt tankerleri ve bomba römorklarına zarar vermişler ve bu nedenle kişiler, sivil itaatsizlik ve askeri bölgelere izinsiz girerek, mevcut askeri eşyalara zarar vermek ile suçlanmışlardır.³⁸⁹ Sanıklar her ne kadar işledikleri fiilleri kabul etseler de, çok daha ağır başka bir suçu engelleme adına bu davranışları gerçekleştirdiklerini belirtmişlerdir: “saldırı suçu”. Gerçekten de İngiltere'nin Irak devletine karşı bir saldırı suçu işleminin önüne geçebilmek için söz konusu fiilleri gerçekleştirdiklerini belirten sanıklar, zaruret halinden yararlanmaları gerektiğini dile getirmişlerdir. Sanıklar, saldırı suçunun teamül hukuku kapsamında uzun yıllardır suç olarak kabul edildiğini ve İngiltere'nin böyle bir suç ile ilgili düzenleme yapıp yapmadığına bakılmaksızın suçun İngiliz iç hukukunda yer aldığını ve dolayısıyla iç hukuka doğrudan doğruya uygulanabilir olduğunu belirtmişlerdir. Mahkeme tam da bu noktada, uluslararası teamül hukukunun İngiliz hukukunun bir parçası değil, kaynaklarından biri olduğunu belirterek, saldırı suçunun doğrudan doğruya uygulanabilir bir suç olduğu argümanını reddetmiş³⁹⁰ ve ayrıca uluslararası teamül hukukunun sadece anayasanın izin verdiği ölçüde İngiliz mahkemelerinde uygulanabilir olduğunu

³⁸⁹Hilal Elver, “Irak Savaşı Bir “Saldırı Suçu” Mudur? İngiltere Lordlar Kamarası'nın Bir Kararı”, **Uluslararası İlişkiler**, C.4, S.14, 2007, s.89,90.

³⁹⁰Judgments - R v. Jones (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly R v. J (Appellant)), Etc., Par.11, (Çevrimiçi), <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-1.htm>, 10 Mayıs 2018.

belirtmiştir. ³⁹¹ Diğer hukuk sistemlerinde nasıl düzenlendiğine bakılmaksızın, Mahkeme'ye göre, uluslararası hukuk, İngiliz hukuku bakımından Parlamentonun müdahalesinin yokluğunda, İngiliz mahkemesinde yargılanabilir bir suç yaratamayacaktır. Uluslararası hukuk, bu noktada ancak Parlamentonun yasama işlevi bakımından geçerli bir hukuki zemin oluşturabilecektir.³⁹²

Bu noktada yargıçlardan Lord Hoffman konuyla ilgili görüşünü şu şekilde belirtmiştir; *“iç hukuktaki suçlar bu ülkenin sadece yürütme organının taraf olduğu uluslararası bir fikir birliğinin sonucu olarak ortaya çıkmamalıdır; öncelikle parlamentoda görüşülmeli, bir statüde tanımlanmış olmalı ve önceden belirlenmiş bir tarihte yürürlüğe girerek vücut bulmalıdırlar...”*³⁹³ Mahkeme, hangi davranışın toplumda kabul edilebilir sınırların dışında olduğunun ve cezai yaptırım olarak düzenleneceğine karar vermenin ne hakimlerin ne de yöneticilerin görevi olduğunu, bu görevin parlamentoda bulunan halkın temsilcilerine ait olduğunu belirtmiştir.³⁹⁴ Bu gerekçeler ışığında mahkeme, saldırı suçunun İngiliz hukuku bakımından bir suç oluşturmadığını ve dolayısıyla sanıkların zaruret halinden yararlanamayacağını belirterek, iddialarını oybirliği ile reddetmiştir. Görüleceği üzere kararda İngiltere'nin söz konusu savaşta yer alması yahut savaşın hukukiliği irdelenmemiştir. Nitekim, uluslararası hukuka aykırılığı bu derece açık bir fiil bakımından böyle bir incelemenin yapılmaması talihsiz bir durum olsa da, saldırının tespiti açısından tarafsız bir uluslararası organın tespitinin varlığının, ne derece önemli olduğunu gözler önüne sermiştir. Ancak yine de savaş karşıtı eylemlerin yargı organlarınca incelenmesi, ilerde sivil toplum ve kamuoyunun hukuku da şekillendirmeye başlayacağını göstergesi olarak kabul edilmelidir.

³⁹¹A.e., par. 23.

³⁹²A.e.

³⁹³A.e., par .62.

³⁹⁴A.e., par.29, Elver, a.g.e., s.96.

4.2.2. Alexandrov ve Yerofeyev Davası

Saldırı suçunun tanımı, unsurları, yargılaması ve yürürlüğü tartışıldığında, 2015-2016 yılları arasında Ukrayna'da Kiev Golosyyvsky Bölge Mahkemesi, saldırı suçu bakımından Nuremberg ve Tokyo yargılamalarından sonra ilk kez hüküm kurmuş ve mahkumiyet kararı vermiştir. Uluslararası hukuk bakımından gözardı edilen bu yargılamanın sanıkları ise Yevgeny Yerofeyev and Alexander Alexandrov olmuştur. Bu kişiler, eski Rus Özel Kuvvetleri askerleri ve bir proto devlet olan Luhansk Halk Cumhuriyeti³⁹⁵ mensubu olup, Rusya, sanıkların kendi devletinde aktif askerlik hizmetlerinden ayrılan gönüllüler olduklarını belirtmiştir. Rusya takiben, söz konusu bölgeye devletin asker gönderdiğini iddialarını reddetmiştir.³⁹⁶ Sanıklar hakkındaki mahkumiyet kararı Ukrayna Ceza Kanunu'nun bir saldırı savaşının planlanması, hazırlanması ve sürdürülmesini düzenleyen 437.maddesi 2. fıkrasına dayandırılmıştır. İlgili madde hükmü şu şekildedir:

“1. Bir saldırı savaşının ya da silahlı çatışmanın planlanması, hazırlanması veya sürdürülmesi ya da bu tür amaçlar için komplo kurma, yedi ila on iki yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Bir saldırı savaşı veya saldırgan askeri operasyonlar yürütmek, - on ila onbeş yıl süreyle hapis cezası ile cezalandırılır.” Bununla birlikte kendilerine yöneltilen isnadlar arasında silah, mühimmat veya patlayıcıların yasadışı kullanımı (madde 263) Ukrayna Devlet sınırını yasadışı olarak geçme (madde 332) ve terör eylemi ifası (madde 258) da yer almıştır.

Mahkeme yargılamada bu kişilerin Rusya vatandaşı olduğunu doğrularak, Ukrayna topraklarına gönderildiğini, burada Ukrayna ordusuna karşı silahlı kuvvet kullanarak yasadışı bir çatışmada bulduklarını doğrulamıştır. Burada belirtilen

³⁹⁵Ukrayna'nın belirli bir bölümünde egemenlik iddia eden bir oluşumdur.

³⁹⁶Ukraine finds Russian 'soldiers' guilty of waging war, (Çevrimiçi), <http://www.bbc.com/news/world-europe-36070383> 13 Mayıs 2018.

ifadelerden bu yönde bir kanaat olduğu varsayılsa bile Rusya'nın bir saldırı politikası olduğuna değinilmeksizin, herhangi bir sembolün bulunmadığı üniformalar giyerek bir terörist örgütün faaliyetleri çerçevesinde söz konusu fiilleri işlemiş oldukları belirtilmiştir.³⁹⁷

Uluslararası hukuk bakımından saldırı suçu devlet eliyle gerçekleştirilebilecek bir suç olarak kabul edilmekte ve yetkili bir organın bir saldırı tespitinde bulunması gerekmektedir. Lakin, her ne kadar bazı uluslararası organlarca Rusya'nın Ukrayna topraklarındaki faaliyetleri saldırı olarak değerlendirilse de, söz konusu kararın bu çerçevenin dışında verildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bu suçun bir liderlik suçu olduğuna yönelik uluslararası hukuktaki fikir birliğine karşılık, bu kişilerin siyasi veya askeri bakımından etkin bir konumda bulunmadıkları açıktır, ancak anılan madde düzenlemesi değinilen hususlar bakımından herhangi bir yükümlülük getirmemiştir. Tam olarak da bu noktada, saldırı suçunun iç hukuktaki yargılamaları bakımından devletler arasında ortak bir fikir birliği ve ortak bir düzenlemenin bulunmasının ne kadar hayati olduğu görülmektedir. Uluslararası anlamda böyle bir işbirliğinin yokluğu, bu örnekte olduğu gibi, suç bakımından yargı organlarının tamamen politize hale gelmesine sebebiyet verecektir. Nitekim mahkemenin kararı sonrasındaki gelişmeler bunu apaçık göstermektedir: 14 yıl hapis cezası ile cezalandırılan iki sanık (ki yargılama esnasında avukatları öldürülürken, mahkemede görevli hakime de saldırı düzenlenmiştir)³⁹⁸, Rus Mahkemesi tarafından mahkum edilen Ukrayna vatandaşı Nadiya Savchenko ile ülkelerin liderleri tarafından affedilerek kendi ülkelerine iade edilmiş ve böylece verilen mahkumiyet kararı infaz edilmemiştir.³⁹⁹

³⁹⁷ Sergey Sayapin, A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the Alexandrov and Yerofeyev Case, s.2,3 (Çevrimiçi), https://www.academia.edu/36256520/A_Curious_Aggression_Trial_in_Ukraine_Some_Reflections_on_the_Alexandrov_and_Yerofeyev_Case 10 Mayıs 2018.

³⁹⁸ Ukrainian lawyer of captured Russian soldiers found dead, (Çevrimiçi), <https://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-lawyer-death/ukrainian-lawyer-of-captured-russian-soldiers-found-dead-idUSKCN0WR0WF>, 12 Mayıs 2018.

³⁹⁹ Two Russian Citizens Jailed in Ukraine Freed, Return to Moscow, (Çevrimiçi), <https://sputniknews.com/europe/201605251040223448-russians-jailed-ukraine-land-moscow/>, 13 Mayıs 2018.

4.3. Türk Mevzuatında Saldırı Suçu

Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye ilişkisine bakıldığında, Türkiye hala Mahkeme Statüsü'ne taraf olmamakla birlikte, Taraf Devletler Meclisi oturumlarını yakinen takip etmekte olduğu gözlemlenmektedir.⁴⁰⁰ Türk delegasyonu mahkemenin kurulma süresince de gelişmeleri yakinen izlemiş, bağımsız ve adil bir mahkemenin kurulmasını desteklediklerini beyan etmişlerdir.

Bu çerçevede 2005'te Türk Ceza Kanununda Birinci Bölüm Uluslararası Suçlara ayrılarak, soykırım ve insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir. Bununla birlikte yine suçluların yabancı ülkelere iadesi noktasında Anayasada Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne iadenin söz konusu düzenlemelerin dışında kalacağı belirtilerek ileride Statü'ye taraf olunmasına yönelik somut olarak adım atılmıştır.⁴⁰¹ Nitekim, 2004'te Mahkemeye taraf olma isteği açık bir şekilde dile getirilmiştir.⁴⁰²

Konu bakımından yargı yetkisi özelinde, Türkiye de dahil olmak üzere bir grup delegasyon, terör suçlarının dünyanın barışı, güvenliği ve esenliğine karşı en ciddi ihlalleri doğurduğundan bahisle mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmesini önermiştir. Bununla birlikte terör suçları Statü'nün kapsamına girmese de, muhtemel olarak dahil edilmesine ilişkin olarak Mahkeme'nin yargı yetkisinin gözden geçirilmesi isteği dile

⁴⁰⁰ Turkey's Relations with the International Criminal Court (ICC), (Çevrimiçi), http://www.mfa.gov.tr/turkey_s-relations-with-the-international-criminal-court-icc_en.mfa 16 Mayıs 2018.

⁴⁰¹TC Anayasası md. 38: "(Değişik: 7.5.2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez" şeklindedir. Bununla birlikte TCK md.18'de de "Geri verme" başlıklı hükmün altında da, aynı düzenleme mevcut iken, söz konusu madde 23.04.2016 tarihinde yürürlükten kaldırılmış, yine bu tarihte kabul edilen Cezai Konularda Adli İşbirliği Kanunu "İadenin kabul edilemeyeceği hâller" başlıklı madde 11'de "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması" şeklindeki düzenlemeye yer vermiştir.

⁴⁰² Türkiye UCM'ye taraf oluyor, (Çevrimiçi), <http://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiye-ucmye-taraf-oluyor/a-2525862> 3 Mart 2018.

getirilmiştir. ⁴⁰³ Görüşmelerde savcının re'sen harekete geçebilmesi hususunu desteklemediklerini de belirterek, savcılığın bu şekilde politik ve hukuku iddialar karşısında bu sorumluluğu taşıyamayacağı da dile getirilmiştir.⁴⁰⁴

Roma Statüsü'nün hazırlanmasında Türk delegasyonun bir diğer bildirim de Statü'de düzenlenen savaş suçları özelinde olmuştur. Roma Konferansı'nda Türk delegeler, özellikle savaş suçları bakımından bu suçların Mahkemenin yargı yetkisinin dahilinde olmasının hayati nitelikte olduğunu belirtmişlerdir. Yargılama kriteri olarak suçlara ilişkin yüksek bir eşiğin belirlenmesi gerektiği de ifade edilmiştir.⁴⁰⁵ Heyet, “Mahkemenin, ulusal güvenliğin sürdürülmesi bakımından veya terörizmin ortadan kaldırılması için tasarlanan önlemler de dahil olmak üzere, iç çatışmalarla hiçbir ilgisi olmamalıdır” diyerek, bir iç silahlı çatışma bağlamında işlenen suçlarla ilgilenen Madde 8 (2) (c) ve (d) 'nin dahil edilmesine karşı çıkmıştır.⁴⁰⁶ Ancak yine de savaş suçlarına ilişkin söz konusu hükümler kabul edilerek, mahkemenin söz konusu düzenleme çerçevesindeki yetkisi hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte terörizm suçuyla yakın bağları dolayısıyla ⁴⁰⁷ yasadışı uyuşturucu ticaretinin de düzenlemede yer alması gerektiğini belirten Roma Konferansı Nihai Yasası'nın önerisi, bu bakımdan suçun dahilini isteyen devletler bakımından olumlu bir gelişme olarak addedildiyse de, terörizm noktasında böyle bir dahlin, öncelikli olarak uluslararası toplum tarafından uzlaşmış bir terör tanımına bağlı olduğunun üzerinde durulmuştur.

⁴⁰³ Comments by Turkey with regard to the terrorist crimes, (Çevrimiçi), <https://www.legal-tools.org/doc/d0ff0d/pdf/> 15 Mayıs 2018.

⁴⁰⁴United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June -1 7 July 1998 Official Records Volume II, 2002, s.330, par.52, (Çevrimiçi), http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf 23 Mart 2018.

⁴⁰⁵ A.e. s.330, par.48.

⁴⁰⁶Bu noktada bir iç çatışma olup olmadığına yönelik değerlendirmenin nasıl yapılacağı belirsiz olduğu dile getirilmiştir. A.e. s.169, par.7.

⁴⁰⁷Söz konusu iki suçun da, genellikle birbirleriyle güçlü bağlantılara sahip olduğu ve uluslararası toplum için büyük bir tehdit oluşturduğu belirtilmelidir. Sixth Committee - 11 - Press Release GA/L/3080 12th Meeting (PM) 22 October 1998, (Çevrimiçi), <https://www.un.org/press/en/1998/19981022.gal3080.html> 5 Mayıs 2018.

Gözden Geçirme Konferansı'nda da yukarıda bahsedilen ve savaş suçları bakımından bildirimde bulunan devlet tarafından mahkemenin yargı yetkisini yedi yıllık bir erteleme imkanını yansıtan 124. madde ile ilgili olarak, hükmün Statü'de muhafaza edilmesi gerektiğini belirten Türkiye delegasyonun bu ifadesi de konferans sonunda kabul edilmemiştir.⁴⁰⁸

Saldırı suçu bakımından ise, suçla ilgili benimsenecek kesin tanım çerçevesinde heyet şu şekilde bildirimde bulunmuştur: *“Saldırı suçu bakımından, Mahkeme'nin bu suça ilişkin yargı yetkisini nasıl kullanacağı önemli bir husustur. Bu konudaki bazı tasarıların, eğer kabul edilirlerse, Mahkemenin siyasileşmesine yol açabileceğine ve görevine olan güveni sarsacağına inanıyoruz. Bizim görüşümüze göre, Mahkeme, saldırı suçuyla ilgili olarak, savcının re'sen başlatacağı yahut bir devletin müracaatıyla ileri sürülen olaylar bakımından saldırgan olduğu iddia edilen devlete yönelik yargılama yetkisini ancak suç üzerinde değişiklikleri kabul etmiş devletler için kullanabilir. Ayrıca, iddia edilen bir saldırı eylemine ilişkin bir soruşturma, ancak BM Güvenlik Konseyi'nin bir saldırı eyleminin gerçekleştiğine karar verdiği durumlarda başlatılmalıdır. Kanaatimizce Savcı, iddia edilen bir saldırı eylemi ile ilgili olarak, ancak Güvenlik Konseyi tarafından önceden olumlu bir tespit yapılmışsa, soruşturma başlatılmalıdır.”*⁴⁰⁹

Türk mevzuatında saldırı suçuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda konuyla dolaylı olarak bağlantılı addedilebilecek önemli bir düzenlemenin bulunduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki Anayasa'nın başlangıç metninde yer alan yurttan sulh, cihanda sulh ilkesi⁴¹⁰ 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almış olmakla birlikte, devlet yönetiminde ve her türlü devlet

⁴⁰⁸Statement by, Mr. Ismail Aramaz, Head of the Turkish Delegation, s.3, (Çevrimiçi), https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-gendeba-Turkey-ENG.pdf, 7 Mayıs 2018.

⁴⁰⁹A.e.

⁴¹⁰Düzenleme şu şekildedir: *“Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarında illî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve “Yurtta sulh, cihanda sulh” arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu;”*

faaliyetinde yönlendirici bir nitelik taşımaktadır. Söz konusu ilke, sadece bir özdeyiş değil, aynı zamanda üstün bir hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir.⁴¹¹ 1982 Anayasası'nın 176'ncı maddesine göre “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir.*” Dolayısıyla bu ifade, Anayasa metninin bir parçasıdır ve anayasal bir ilke olarak kabulü gerekir.⁴¹²

1982 Anayasası savaş ve barış durumlarıyla ilgilenmeyen bir anayasa değildir. Anayasa'nın “Savaş hali ilânı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme”⁴¹³ başlıklı 92'nci maddesi şu şekildedir: “*Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir.*” Devam eden bentte ise ani bir saldırı hali düzenlenir: “*Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir.*” Her ne kadar “ani bir silahlı

⁴¹¹Hamze Eroğlu, Yurtta Sulh, Cihanda Sulh, (Çevrimiçi) <http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-02/yurtta-sulh-cihanda-sulh> 7 Mayıs 2018.

⁴¹²Tolga Şirin, Anayasa ve Saldırı Savaşı Yasağı, (Çevrimiçi), <https://www.tolgashirin.com/single-post/saldirisavasi>, 7 Mayıs 2018.

⁴¹³Söz konusu hüküm, uluslararası hukuk bakımından iki noktada önem arz etmektedir: İlki, savaş hali ilanına ve yabancı ülkeye asker gönderimi yahut yabancı asker kabulünde TBMM'nin milletlerarası hukukun meşru saydığı haller çerçevesinde karar verebileceğini ifade ederken, taraf olunan milletlerarası andlaşmaların gerektirdiği haller dışında denmektedir. Böylece, madde metninden andlaşmalarda farklı bir düzenleme öngörülmesi halinde, bu yetkinin başka bir organ eliyle kullanılabilmesi anlaşılmaktadır. (Bu bakımdan özellikle NATO ve üye devletlerle yapılacak andlaşmalar Bakanlar Kurulu'nun yetkisinde olmuştur. Ancak, bazı andlaşmaların yapılması açısından düzenlenen 11425 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, 2/7/2018 tarihli 703 sayılı KHK'nin 181'inci maddesiyle, “Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun” şeklinde değiştirilmiştir. Bu bakımdan önceki kanunda yer alan NATO üyesi devletler ve teşkilat ile ilgili andlaşmalara katılma ve onaylamada Bakanlar Kurulu'na yetki veren madde söz konusu değişiklik ile kaldırılmıştır).

saldırı” ifadesi söz konusu düzenlemede yer alsa da, saldırının tanımına ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir.

Madde bakımından, savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanımı düzenleyen bu madde çerçevesinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası uluslararası hukuka uygun olmayan şekilde bir kuvvet kullanımı yoluna başvurulmayacağını düzenlemiştir.

Saldırı suçu bakımından Türk mevzuatında özel olarak bir hükme yer verilmesi de, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş belirli suçlara değinmek yerinde olacaktır. Bu suçlar, Sayapın’ın yukarıda değinilen tanımları çerçevesinde toprak bütünlüğü ve bağımsızlık modeli başlığı altında incelenebilecek 302. maddede düzenlenen “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu” ile⁴¹⁴ nesnel savaş modelinde incelenebilecek 304. maddede düzenlenen “Devlete Karşı Savaşa Tahrik suçu”dur.⁴¹⁵ TCK’nın “Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama” başlıklı 306. maddesi⁴¹⁶ de yine bu kapsamda incelenebilecektir. Bu suçun sonucunda savaşın vuku bulması halinde, failin cezasının müebbet olacağı da belirtilmiştir. Madde metninde saldırı savaşı ifadesi kullanılmamıştır. Ancak, meşru müdafaa halinde madde hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmesi ile, söz konusu hasmane hareketlerin saldırgan niteliğinin hükmün ruhu bakımından kabul edildiği belirtilebilir.⁴¹⁷ Bununla

⁴¹⁴Madde 302: “(1) Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil işleyen kimse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” Bu bakımdan Sonay Evik, bu suçun “siyasi nitelikte değerlere zarar vermeye yönelik saldırılar” olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, saldırı suçu ile temelde aynı değerleri korumaya yönelik olduğu belirtilebilecektir. Vesile Sonay Evik, “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.65, S.4,2016, s.1727.

⁴¹⁵Madde 304: “(1) Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için yabancı devlet yetkililerini tahrik eden veya bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapan kişi, on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Mülga ikinci cümle: 29/6/2005 – 5377/37 md.)”

⁴¹⁶Madde 306: “(1) Türkiye Devletini savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde, yetkisiz olarak, yabancı bir devlete karşı asker toplayan veya diğer hasmane hareketlerde bulunan kimseye beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.”

⁴¹⁷Yılmaz, **a.g.e.**, s. 85,86, dpn.9.

birlikte madde metninde yetkisiz bir kişi tarafından işlenebileceği belirtilen suç bakımından saldırı suçunun özgü niteliği göz önüne alınmamaktadır.⁴¹⁸

Sonuç olarak, her ne kadar bazı fiiler ve koruduğu değerler bakımından, saldırı suçu ile TCK'daki düzenlemelerin arasındaki ortaklık tartışılabilir olsa dahi, söz konusu düzenlemeler arasında herhangi bir paralellik olduğu söylenemeyecektir.⁴¹⁹



⁴¹⁸ Nitekim, suçun yargılanmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olduğu yine madde metninde belirtilmiştir. Bu sebeple her ne kadar yetkin konumda bulunmasa dahi etkin konumda olabilecek kişiler bakımından maddenin uygulanmasının da bu noktada büyük bir engelle karşılaştığı belirtilebilir.

⁴¹⁹ Yılmaz, **a.g.e.**, s.86, dpn.9.

SONUÇ

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası hukukun karmaşık yapısında, cezasızlık geleneğine karşı en güçlü araç olarak ortaya çıkar. Bu hukuk dalı, özellikle uluslararası topluma karşı ağır ihlallerde bulunan hiyerarşik üstler bakımından cezasızlık fenomeninin ortadan kaldırılması adına ulusüstü bir adalet sistemi tahayyül etmektedir. Bundan mütevellit uluslararası toplumda barışın ve huzurun sağlanmasında son dönemde güçlü bir araç teşkil eder.

Elbette insanlık bu noktaya oldukça sancılı süreçlerden geçerek gelmiştir. Gerçekten de 20. yüzyıla kadar tarih sahnesinde görmüş olduğumuz düzenlemeler ve yargılamalar müstesna örnekleri oluşturmakla birlikte, bu şekilde emsallerin var olması hukukun geldiği noktanın bir anda oluşmadığını ancak insanların adalete olan ihtiyaçlarının her daim var olduğunu göstermektedir.

20. yüzyılın ilk yarısında insanlık, savaşın yok ediciliğine tanık olmuş ve bu iki savaşın ardından belirli düzenlemeler yapılmıştır. I. Dünya Savaşı'nın ardından kazananların yıkıcı intikam saikleri ile birlikte yapılan yargılamalar ve düzenlemeler oldukça üstünkörü ve temelsiz bir şekilde gerçekleşmiş ve herhangi bir yapısal değişime yol açamamıştır. II. Dünya Savaşı ise özellikle kitle imha silahlarının da yıkıcı etkisini göstermesi sebebi ile bir çok alanda kilometre taşı oluşturmuş ve savaşın sorumluları olarak öne çıkan bireyler açısından uluslararası toplumda adaletin tesisinin gerekliliği konusunda bir fikir birliği oluşturmuştur.

Bu bakımdan gerçekleşen Nuremberg ve Tokyo yargılamalarının günümüz ceza hukukunun temel ilkeleriyle ne kadar bağdaşmaz olduğu herkesin ortak kanaati olsa da, bu yargılamaların bireysel cezai sorumluluğun tesisinde uluslararası ceza hukukunun temelini oluşturdukları ve özellikle saldırı suçu bakımından bir emsal teşkil ettikleri açıktır.

Savaş sonrası kurulan BM'nin kuvvet kullanmayı ve hatta tehdidini bile yasaklaması ile aynı gün Nuremberg yargılamaları için Londra Şartı imzalanmış olup, böylece hem BM Madde 2/4 hükmü ile devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanma ve tehdidi iki istisna hariç yasaklanmış, hem de barışa karşı suçlar başlığı altında saldırı suçu için bireysel cezai sorumluluk tesis edilmiştir. Saldırının belirli bir tanımının eksikliği, yargılamalarda her zaman öne çıkarılmışsa da, Genel Kurul ancak 1974 yılında Saldırının Tanımı kararını kabul edebilmiştir.

Bu tanım bireylerin fiillerinden ziyade devletler için düzenlenmiş olsa da hem Güvenlik Konseyi hem de Genel Kurul kararlarında oldukça az kullanmıştır. Bu hususun en büyük nedenlerinden biri, meşru müdafaa istisnası ve bu hükme dayanan geniş yorumlardır. Bu bakımdan meşru müdafaa halini düzenleyen Şart'ın 51. maddesine ilişkin yorum farklılıklarının uluslararası hukukta çok daha net bir çerçeveye ihtiyaç duyduğu söylenmelidir. Özellikle de insani müdahaleyi “yasallaştırmak” için son zamanlarda yapılan girişimler başarısız olmuş, ancak 2005 BM Zirvesi ile insanlığın savaş suçlarından, insanlığa karşı suçlardan, etnik temizlikten ve soykırımdan korunmalarına yönelik olarak bu suçlar için verilecek tepki koruma sorumluluğu altında düzenlenmeye çalışılmıştır.⁴²⁰

Roma Statüsü, güçlü devletlerin desteği olmaksızın da uluslararası toplumun talepleri doğrultusunda ilerlenebileceğine iyi bir örnek teşkil etmiştir. Bu açıdan söz konusu düzenleme hem ABD'nin ısrarlı muhalefetine rağmen beklenenden daha büyük bir destekle kabul edilmiş, hem de bu sayede cezasızlık kültürünün yok edilmesi için yürütülen çalışmalar oldukça ciddi bir hal almıştır.⁴²¹ Saldırı suçunun Statü'de yer alması, bu suçun doğası gereği Mahkeme'nin yetkisindeki diğer suçlara zemin hazırlaması sebebiyle UCM'nin kuruluş amaçları bakımından özel bir önem arz etmiştir.

Bu bağlamda saldırının bir suç olarak tanımına gidilen yolda yapılan tartışmalar ve tarafların verdikleri tavizler oldukça önem arz etmektedir. Saldırının

⁴²⁰ 2005 World Summit Outcome, par. 138.

⁴²¹ James Crawford, “Roma Statüsü'nün Kaleme Alınışı”, **Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği: Nürnberg'ten Lahey'e**, çev. Hazal Ungan Çalışkan, İstanbul, Alfa, 2016, s. 93.

tanımını destekleyen devletler her ne kadar çok değerli çalışmalar yapmış ve bu destekleri sebebiyle tanımın kabulü mümkün olmuşsa da, güçlü devletlerin konuyla ilgili endişeleri çok daha cesur bir tanımın yapılmasının önüne geçmiştir.⁴²²

Saldırı suçunun düzenlendiği 8 bis maddesinin ilk fıkrasında, saldırı suçunun “*bir devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkin bir şekilde kontrol veya icra edebilecek bir kişi tarafından niteliği, ağırlığı ve ölçüğü itibarıyla BM Şartı’nu açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesi*” olduğu vurgulanmıştır. Bu tanımın içeriğinde yer alan Şart’ın “açıkça” ihlali oldukça belirsiz bir eşik olup, hangi saldırıları yargılama kapsamı dışında tutacağı bilinmemektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeye göre Mahkeme önüne gelen durumlar bakımından her somut olayı kendi koşulları çerçevesinde değerlendirmeye özen göstermeliyse de, böyle bir tutum ceza hukuku bakımından belirlilik ilkesine aykırı bir hal oluşturacaktır.⁴²³

Nitekim, özellikle hızla gelişen silah sanayi ve savunma teknolojileri ile birlikte, II. Dünya Savaşı’nın ardından gerçekleşen saldırı tipleri bakımından hükümde belirtildiği üzere “açıkça” bir ihlal görmemiz ne kadar olanaklıdır? Kuvvet kullanımının yasak olduğu ve bir teamül kuralı haline geldiği günümüzde, hiçbir devlet artık bir diğerine savaş ilan etmediği gibi, açıkça topraklarını işgal de etmemektedir. Yakın tarihe baktığımızda, devletlerin birtakım meşru /ahlaki sebepler adına bulunduğu müdahaleler, genel olarak “açık” bir ihlal niteliği taşımamaktadır. Kaldı ki terörizm, kimyasal, biyolojik, nükleer saldırılar yahut siber saldırılar, insansız hava araçları veya otonom silahlara ilişkin herhangi bir düzenlemenin Roma Statüsü’nde yer almaması⁴²⁴ bu suçlara

⁴²²Paulus, a.g.e., 1118.

⁴²³Understandings Regarding the Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, par. 6,(Çevrimiçi), <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> 5 Haziran 2018.

⁴²⁴ Bkz. Kutlay Telli, **Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 36-48. Bu bakımdan, siber saldırıların etkilerinin de fazlasıyla büyük olduğu düşünülmektedir. Son dönemde önemli bir saldırı olarak, Natanz’daki İran’a ait nükleer tesise yönelik müdahale belirtilebilir. Bilgisayar virüsü Stuxnet tarafından saldırıya uğrayan tesiste virüs yaklaşık 60.000 bilgisayarı felç etmiştir. Gerçekten de Uranyum santralinin hedef alınması ile olası sonuçları bakımından sadece İran’ın egemenliğini ihlal edilmemiş, aynı zamanda insan uygarlığının güvenliği de tehlikeye atılmıştır. Rus bilgisayar güvenlik şirketi Kaspersky Lab, bu tür karmaşık saldırıların yalnızca “Devlet desteği” ile gerçekleştirilebileceği ve İsrail ile ABD’nin dahil olabileceğinden şüphe edildiğini belirtmiştir.

ilişkin yargılama yapılamamasına sebep olacak; bu fiillerin yorum yoluyla insanlığa karşı suçlar yahut saldırı suçu altında incelenmesine neden olacaktır. Bu durum, ceza hukukunda yorumun çerçevesini yine düzenlemenin lafzı çizdiği göz önüne alındığında kıyas yasağına aykırılık oluşturabilecektir.⁴²⁵

Bir diğer husus ise, özellikle demokrasiyi yeni deneyimleyen çoğu devlette görüldüğü üzere, bir devletin diğer devlete yönelik “açık” silahlı saldırılarının yarattığı ihlallerden daha fazla ihlale bir devletin kendi vatandaşlarına uyguladığı fiillerin sebep olmasıdır. Gerçekten, son dönemde elde edilen istatistik veriler, iç savaşlar veya devlet politikaları sonucu zulüm gören insanların sayısının, devletlerarası savaşlarda hayatını kaybeden insan sayısından fazla olduğunu göstermektedir. Nitekim terörist grupların yahut şirketlerin dahil olduğu ulusüstü örgütlerin giderek artan etkilerine karşın sadece devlet fiillerine odaklanan uluslararası suç yaklaşımı, hukukun çok daha büyük bir resme bakmasını engellemektedir. Bu oluşumların bir devlet ülkesinde silahlı saldırı eylemlerini gerçekleştirdikleri hallerde, kendilerini destekleyen devlet kadar büyük bir sorumluluğu haiz bulunduğunu belirtmek kanımızca yanlış bir iddia olmayacaktır. Dolayısıyla saldırı suçunun sadece devletin eylemlerini etkin bir şekilde kontrol veya icra edecek kişiler ile sınırlandırılması ne yazık ki yetersiz bir düzenleme olup, diğer unsurların sağlanması halinde bu sorumluluğun belirtilen gruplar için de genişletebileceği bir düzenleme adalet bakımından bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkemenin yargı yetkisi bakımından, genel kural, savcının re’sen harekete geçtiği hallerde ve taraf devlet başvurularında, failin vatandaşlığının bulunduğu devletin yahut suçun işlendiği devletin Statü’ye taraf olması hallerinde işlem yapılabilmesi iken, Güvenlik Konseyi’nin VII. Bölüm kapsamındaki başvuruları halinde ise mahkeme devletin Statü’ye taraf olup olmadığına bakmaksızın yargı yetkisini haiz

Maskun Maskun, “The Crime of Aggression: Complexities in Definition and Elements of Crime”, **Mimbar Hukum**, C.25, S.2,2013, s.368.

⁴²⁵ Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, **TAAD**, Y.3, S.11, 2012, s.98.

olacaktır. Ancak saldırı suçunun Statü'nün kabulünden sonra yargı yetkisine dahil edilmesiyle, suç bakımından yargı yetkisi hususunda özel parantez açılmış olup, Güvenlik Konseyi havaleleri hariç olmak üzere, değişiklikleri kabul etmeyen yahut değişiklikleri onaylamasına rağmen kabul etmediğine dair bildirimde bulunan devletler bakımından, saldırı suçu özelinde yargılama mümkün olmayacaktır. Bu şekilde Mahkeme, saldırı suçu bakımından değişiklikleri kabul etmeyen veya onaylamayan bir devletin vatandaşları tarafından yahut bu devletin topraklarında gerçekleştirilen saldırı fiilleri bakımından yargılama yetkisini haiz değildir. Gerçekten de, güçlü devletlerin söz konusu yorum için direnişleri, bu yaklaşımın reddinin, değişikliğin yürürlüğünün tamamen reddedilmesi anlamına geleceğini göstermiştir. Şu an için bu durum, bir BM Güvenlik Konseyi başvurusunun olmadığı hallerde, UCM'nin yalnızca Lihtenştayn, Arjantin veya İzlanda gibi ülkelerin vatandaşları tarafından işlenen saldırı fiilleri bakımından yargı yetkisine sahip olduğu, ancak Fransa'yı, Birleşik Krallık'ı ve Kampala değişikliklerini onaylamayan diğer önemli Taraf Devletler bakımından yargı yetkisine sahip olmadığını ifade etmektedir, dolayısıyla, saldırı suçu bakımından yakın zamanda bir yargılama beklemek ne yazık ki mümkün gözükmemektedir.⁴²⁶

Güvenlik Konseyi'nin mahkeme üzerindeki etkileri ise ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Gerçekten de yukarıda değinildiği üzere, Güvenlik Konseyi üyelerinden yalnızca İngiltere ve Fransa'nın UCM Statüsü'ne taraf olması oldukça ironiktir.⁴²⁷ Özellikle ABD, Statü'nün hazırlanmasında etkin bir şekilde tartışmalara katılarak öne çıkmış ve özellikle Güvenlik Konseyi'nin rolü ile mahkemenin yargı yetkisi gibi konularda oldukça faal olarak çalışmış, ancak kendi vatandaşlarının

⁴²⁶ Bkz. Benjamin Dürr, The Challenges of Prosecuting Wars of Aggression, (Çevrimiçi) <https://grojil.org/2018/01/29/the-challenges-of-prosecuting-wars-of-aggression> 27 Nisan 2018.

³⁷ devletin saldırı suçu bakımından değişikliklere taraf olduğu belirtilmelidir: Bkz. Amendments on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court, (Çevrimiçi) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en, 4 Ekim 2018.

⁴²⁷ Her ne kadar Rusya Statü'yü imzalamış ancak onaylamamış idiyse de yakın zamanda (UCM'nin Kırım'ın ilhakına yönelik hazırladığı rapor sonrası) imzasını geri çektiği belirtilmelidir. Russia withdraws signature from international criminal court statute, (Çevrimiçi), <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/16/russia-withdraws-signature-from-international-criminal-court-statute>, 10 Haziran 2018.

yargılanması ihtimalinin yarattığı korku ile taraf olmamayı seçmiştir.⁴²⁸ Bu bakımdan Konsey'in en büyük üç üyesinin taraf bile olmadıkları bir Statü üzerindeki yetkileri gerçekten mahkemenin bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Çalışmamızda da bahsedildiği üzere Güvenlik Konseyi'nin özellikle Statünün 16. maddesi uyarınca soruşturmaları erteleme hakkını haiz olması ise oldukça tehlikelidir. Zira özellikle saldırı suçu gibi politika ile bu kadar iç içe bir suçun yargılanması noktasında, bu yetkinin soruşturmaları engelleyebileceği belirtilmelidir.

Kampala Konferansı'nda kabul edilen saldırı suçuna ilişkin 15 bis ve 15 ter maddeleri diğer suçlara ilişkin genel düzenlemelerden farklılık arz etmektedir. Savcı, soruşturmaya başlamadan evvel, Güvenlik Konseyi'nin bu noktada bir saldırı fiili tespiti yapıp yapmadığını kontrol etmekte ve böyle bir tespitin yokluğu halinde, savcı 6 ay herhangi bir işlem yapamamaktadır. Güvenlik Konseyi tarafından havale edilmeyen hallerde, savcı bu sürenin sonunda Ön Yargılama Dairesi'nden, soruşturmaya devam edilmesine yönelik icazet almak zorundadır. Dolayısıyla saldırı üzerindeki yargı yetkisi Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyelerinin ortak rızasıyla başlayan bir kovuşturma halini almıştır. Bu ABD, İngiltere, Fransa, Rusya veya Çin ya da onların müttefikleri tarafından yapılan saldırılara karşı soruşturmanın hiçbir zaman gerçekleşmeyeceği anlamına gelecektir.⁴²⁹

Saldırı suçunun yargılanması bakımından düzenleme önemli olduğu kadar mahkemenin işleyişi ve bağımsızlığı da önemlidir. Nuremberg'deki ve Tokyo'daki Mahkemelerden farklı olarak, UCM'nin çoğunlukla çatışma zamanlarında çalışmakta olduğu göz önüne alındığında Mahkeme kaçınılmaz olarak aktif çatışma ortamlarına çekilmekte ve önyargılı bir aktör olarak değerlendirilmektedir. UCM ayrıca liberal

⁴²⁸ Bu bakımdan UCM Statüsü'nü onayladığı takdirde bazı devletlere verilen yardımın kesileceği ABD tarafından belirtilmiştir.

⁴²⁹ Allain, Jones, **a.g.e.**, s.104.

demokrasi ilkelerini tüm devletlere aktarmaya çalışmak ve uluslararası adalet sağlamak için “herkese uygun tek çözüm” ilkesinin kabulü bakımından da eleştirilmektedir.⁴³⁰

UCM'nin şu ana kadar yaptığı yargılamalar da tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar son dönemde farklı coğrafyalar çerçevesinde büyük devletlere yönelik soruşturma hazırlıkları gerçekleşse dahi,⁴³¹ UCM, sadece Afrikalıları yargıladığı veya yargılayabildiği iddiası ile karşı karşıyadır. Hatta dünyanın diğer bölgelerindeki ciddi insan hakları ihlallerini göz ardı ettiğini iddia eden bazı eleştirmenler tarafından Afrika Mahkemesi olarak addedilmektedir. Bu bakımdan UCM'deki on bir güncel soruşturmanın onunun Afrika ülkelerini kapsadığı belirtilmektedir. Bu nedenle 2013 yılındaki Afrika Birliği zirvesinde liderler oybirliği ile görevde bulunan hiçbir Afrikalı devlet başkanının görev süreleri boyunca yargılanmamasına yönelik bir karar almışlardır. Bu sayede hakkında tutuklama kararı bulunan Sudan devlet başkanı Ömer El Beşir de taraf devletlere yaptığı sayısız ziyarete ve bu devletlerin UCM ile işbirliği içerisinde bulunmasına rağmen, hala mahkemenin huzuruna getirilememiştir.

Yine bu eleştiriler çerçevesinde bazı devletler Statü'den ayrılma isteklerini de ifade etmişlerdir. Nitekim 27 Ekim 2017'de Burundi Cumhuriyeti UCM'den ayrılan ilk ülke olmuştur. Güney Afrika Cumhuriyeti ise UCM'nin bir "rejim değişikliğinin" peşinde olduğunu belirterek, Mahkemeyi terk etme niyetini bildirmiştir. Ancak hükümetin bu kararına karşı dava açılmış ve yerel mahkeme, hükümetin bu kararı alırken meclis onayı almak zorunda olduğunu kabul ederek çekilme bildirimini iptal

⁴³⁰ Catherine Gegout, “The International Criminal Court: Limits, Potential and Conditions for the Promotion of Justice and Peace”, **Third World Quarterly**, C.34, S.5, 2013, s.812.

⁴³¹ Bu konuda son dönemde oldukça ses getiren gelişmelerden biri UCM'nin ABD'nin Afganistan'daki fiilleri çerçevesinde savaş suçları işlendiğine yönelik soruşturma hazırlığıdır. UCM Savcılığı, Romanya, Litvanya ve Polonya'daki tesislerde yaşananlara benzer şekilde, Afganistan'daki ABD silahlı kuvvetleri tarafından savaş suçları ve insanlığa karşı suçların işlendiğine yönelik makul sebeplere sahip olduğunu açıklamıştır, bkz. Kip Hale, Why the U.S. Can No Longer Ignore the ICC, (Çevrimiçi) <https://www.foreignaffairs.com/articles/afghanistan/2017-11-16/why-us-can-no-longer-ignore-icc> 23 Haziran 2018. Litvanya ve Romanya'nın AİHM'de görülen söz konusu davaları için bkz. Case Of Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland (Application no. 7511/13); Case Of Abu Zubaydah v. Lithuania (Application no. 46454/11).

edilmesine karar vermiştir.⁴³² Gambia da ayrılma iradesini gösteren ülkelerden biri iken, liderlerinin değişmesi ile birlikte bu iradenin geri alındığı belirtilmiştir.⁴³³

Bu gelişmeler çerçevesinde söylenebilir ki esasen bir saldırının hukuk tarafından cezalandırılması ve engellenmesi ancak devletlerin düşünce biçimlerini ve hareket tarzlarını değiştirmeye yönelik iradelerine bağlıdır. Bu yönde bir isteğin özellikle uluslararası toplumda belirli kesimlerde olduğu söylenebilecektir. Nitekim Kampala uzlaşması, güçlü devletlerin liderliği yahut icazeti ile değil, bu yönde kararlılıkla ilerleyen az sayıda kişinin çabaları sonucu gerçekleşmiştir. Artık devletler ve sivil toplum örgütleri bir “barış kültürü” hakkında konuşmaya başlamışlardır. Barış içinde yaşama hakkının en temel insan hakkı olduğunun kabulü ile birlikte, geçmiş kuşakları korkunç bir drama sürükleyen savaş etiğinin, saldırının uluslararası suç olarak doğru bir şekilde yargılandığı bir “barış-ahlak” etiği ile değiştirilmesinin önemi anlaşılmıştır.⁴³⁴ Bu sebeple yapılan düzenlemeler bütün eleştirilecek yönlerine rağmen hukuka aykırı kuvvet kullanımının uluslararası suç teşkil eden bir fiil sayılması uluslararası hukukun barışa doğru giden yolda ilerlediğinin bir göstergesidir.⁴³⁵

⁴³² Bkz. South Africa's decision to leave ICC ruled 'invalid', (Çevrimiçi) <http://www.bbc.com/news/world-africa-39050408> 16 Haziran 2018.

⁴³³ UN: Gambia formally reverses withdrawal from ICC, (Çevrimiçi), <https://www.news24.com/Africa/News/un-gambia-formally-reverses-withdrawal-from-icc-20170214>, 16 Haziran 2018.

⁴³⁴ Benjamin Ferencz, “Can Aggression be Deterred by Law?”, **Pace International Law Review**, C.11, S.2, 1999, s.358.

⁴³⁵ William Schabas, “The Human Right to Peace”, **Harvard International Law Journal**, C.58,2017, s.31,32.

KAYNAKÇA

- Abass, Ademola: **International Law: Text, Cases, and Materials**, 2.bs, New York, Oxford University Press, 2014.
- Acer, Yücel: **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Ankara, Roma Yayınları, 2004.
- Akande, Dapo: The Contribution of the International Court of Justice to the Law of the Use of Force, (Çevrimiçi) <https://www.ejiltalk.org/the-contribution-of-the-international-court-of-justice-and-the-law-of-the-use-of-force/>, 7 Ağustos 2018.
- Akande, Dapo, Shah, Sangeeta: “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, **EJIL**, C.21, S. 4, s.815-852.
- Akande, Dapo: “Prosecuting Aggression: The Consent Problem And The Role Of The Security Council”, **Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict**, The James Martin 21th Century School University of Oxford, 2010, s. 1-41.
- Aksar, Yusuf: **Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court**, London, Routledge, 2004.

- Aksar, Yusuf: **Evrensel Yargı Kuruluşları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Alder, Murray Colin: **The Inherent Right of Self-Defence in International Law**, yy., *Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice*, Springer, C.19, 2013.
- Allain, Jean, Jones, John R.W.D.: “A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, **EJIL**, C. 8, S.1, 1997, s. 100–117.
- Alpkaya, Gökçen: **Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Ambos, Kai: “The Crime of Aggression after Kampala”, **German Yearbook of International Law**, C.53, 2010, s. 473-509.
- Antonopoulos, Constantine: “Whatever Happened to Crimes Against Peace?”, **Journal Of Conflict And Security Law**, C.6 S.1,2001, s. 33–62.
- Arend, Anthony Clark, Beck, Robert J.: **International Law and The Use of Force- Beyond the UN Charter Paradigm**, New York, Routledge,2013.

- Aslan, Yasin M.: “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, **TBB Dergisi**, S. 79, 2008, s.235-274.
- Ata, Ferudun: “Divân-ı Harb-i Örfî Mahkemelerinde Ermeni Tehciri Yargılamaları”, **Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, S.15, 2004, s.297-323.
- Aybar, Mehmet Ali: **Vietnam Günlüğü**, İstanbul, İletişim, 2012.
- Aybay Rona, Uzun Elif: **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Balint, Jennifer: **Genocide, State Crime and the Law: In the Name of the State**, Routledge, Abingdon, 2012.
- Balint, Jennifer: “The Ottoman State Special Military Tribunal for the Genocide of the Armenians: ‘Doing Government Business’”, ed. Kevin Jon Heller, Gerry Simpson, **The Hidden Histories of War Crimes Trials**”, New York, Oxford University Press, 2013, s.77-100.
- Balta, Evren: “Uluslararası Savaş”, **Küresel Siyasete Giriş- Uluslararası İlişkilerde Kavramlar, Teoriler, Süreçler**, ed. Evren Balta, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s. 257-280.

Bantekas, Ilias, Nash, **International Criminal Law**, 3.bs, Abindgdon, Routledge-Susan: Cavendish, 2007.

Barriga, Stefan, Grover, “A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression”, **The Leena: AJIL**, C.105, No:3,2011, s. 517-553.

Bass, Gary Jonathan: **Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals**, New Jersey, Princeton University Press, 2000.

Bassiouni, M. Cherif: **The Legislative History of International Criminal Court**, C.1 New York, Transnational Publishers Ardsley, 2005.

Batur Yamaner, Melike, **12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Öktem**, A. Emre, **Protokolleri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Kurtdarcan, Bleda, Fakültesi Yayınları, ty.
Uzun, Mehmet C.,

Bayıllıoğlu, Uğur: “Uluslararası Adalet Divanı’nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, C.55, S.2, 2006, s. 27-63.

- Beigbeder, Yves: **International Criminal Tribunals: Justice and Politics**, UK, Palgrave Macmillan, 2011.
- Bensouda, Fatou: “Challenges Related to Investigation and Prosecution at the International Criminal Court”, **International Criminal Justice-Law and Practice from the Rome Statute to It’s Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s. 131-164.
- Bilke, Elif: “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1 S.5, 2017, s. 1-27.
- Bonaf, Beatrice I.: **The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Borges de Macedo, Paulo Emílio Vauthier: “The Law of War in Francisco Suárez: The Civilizing Project of Spanish Scholasticism”, **Revista da Faculdade De Direito da UERJ**, çev. Ana Beatriz Miranda Fernandes, Morgan Paul Faske, C.2, S.22, 2012, s. 1-25.
- Bosco, David: **Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics**, New York, Oxford University Press, 2014.

- Bozkurt, Enver: **Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı**, Nobel Yayınevi, Ankara, Ocak 2013.
- Byers, Robert J.: “Notes on Just War Theory: Whose Justice, Which Wars?”, **Ethics & International Affairs**, C.10, 1996, s. 115-130.
- Çağiran, Mehmet Emin: **Uluslararası Örgütler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Caniklioğlu, Erhan: “Uluslararası Politika ve Birleşmiş Milletler sisteminde Önalıcı Kuvvet Kullanma”, **Güvenlik Bilimleri Dergisi**, C.4, S.2, 2015, s. 123-148.
- Carter, Linda E.: “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, **Santa Clara Journal of International Law**, C.8, S.1, 2010, s. 165-198.
- Cassese, Antonio: “Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, **EJIL**, C.10, S.1, 1999, s. 23-30.
- Chomsky, Noam: If the Nuremberg Laws were Applied..., (Çevrimiçi), <https://chomsky.info/1990/> 22 Mart 2018.
- Clark, Roger S.: “Complementarity and the crime of aggression”, ed. Carsten Stahn, Mohamed M. El Zeidy, **International Criminal Court**

and Complementarity, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s.721-744.

Cohen, Aviv: “Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism”, **Michigan State International Law Review**, C.20, S.2, 2013, s.219-257.

Craven, Matthew: Between law and history: The Berlin Conference of 1884-1885 and the Logic of Free Trade”, **London Review of International Law**, C.3, S.1, 2015, s.31-59.

Crawford, James: “Roma Statüsünün Kaleme Alınışı”, **Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği: Nuremberg’ten Lahey’e**, çev. Hazal Urgan Çalışkan, İstanbul, Alfa, 2016.

Crawford, James, Peel, Jacqueline Olleson, Simon: “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, **EJIL**, C.12 S.5, 2001, s. 963-991.

Cryer, Robert, Friman, Håkan, Robinson, Darryl, Wilmshurst, Elizabeth: **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2.bs, New York, Cambridge University Press, 2010.

- D'Amato, Anthony: "Israel's Air Strike upon the Iraq Nuclear Reactor", **The AJIL**, C.77, 1983, s.584-588.
- Dalar, Müge: "Yeni Savaşlar Yeni Mi? Schmitt ve Kelsen Bağlamında Bir Değerlendirme", **Mülkiye Dergisi**, C.38, S.3,2014, s. 7-28.
- Değirmenci Olgun, **Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu**, Ankara, Seçkin Mavuş Ali: Yayınevi, 2016.
- Denk, Erdem: Uluslararası İlişkilerin Hukuku: Vestfalyan Sistemden Küreselleşmeye, **Küresel Siyasete Giriş- Uluslararası İlişkilerde Kavramlar, Teoriler, Süreçler**, ed. Evren Balta, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s.51-75.
- Dinstein, Yoram: **War, Agression and Self – Defence**, New York, Cambridge University Press, 5.bs, 2011.
- Dixon, Martin: **Textbook on International Law**, 7.bs, Oxford, Oxford University Press, 2013.

- Doğan, İlyas: **Devletler Hukuku**, 3.bs, Ankara, Astana Yayınları, 2016.
- Doğan, Nejat: Birleşmiş Milletler ve Meşru Güç Kullanımı, **Birleşmiş Milletler: BM Sistemi ve Reformu**, ed. Nejat Doğan, Cenap Çakmak, Halil Kürşad Aslan,Ankara, Siyasal Kitabevi,2014, s.55-81.
- Drago, Luis M., Nettles, H. Edward: “The Drago Doctrine in International Law and Politics”, **The Hispanic American Historical Review**, C. 8, S. 2, 1928, s.204-223.
- Draper, Gerald: “Christianity and War”, **Reflections on Law and Armed Conflicts**, ed. Micheal A. Meyer, Hilarie McCoubey, The Hague, Kluwer Law International,1998, s.1-81.
- Dürr, Benjamin: The Challenges of Prosecuting Wars of Aggression, (Çevrimiçi) <https://grojil.org/2018/01/29/the-challenges-of-prosecuting-wars-of-aggression>, 27 Nisan 2018.
- Elver, Hilal: “Irak Savaşı Bir “Saldırı Suçu” mudur? İngiltere Lordlar Kamarasının Bir Kararı”, **Uluslararası İlişkiler**, C.4, S.14,2007, s. 85-119.

Emir, Nergiz: “Uluslararası Ceza Mahkemesi’ nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2,2015, s. 118-143.

Ereker, Fulya A.: “İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı”, **Uluslararası İlişkiler**, C.1, No:3, 2004, s. 1-36.

Erkiner, Hakkı Hakan: “Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştığı Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1, s.51-146.

Erim, Nihat: Milletlerarası daimî adalet divanı ve Türkiye II, Musul Meselesi, (Çevrimiçi)
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/239/2099.pdf> 8 Ağustos 2018.

Eroğlu, Hamze: Yurtta Sulh, Cihanda Sulh, (Çevrimiçi)
<http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-02/yurtta-sulh-cihanda-sulh>,7 Mayıs 2018.

- Ertan, Ali Erhan, Özgün, “I. Dünya Savaşı’nın Ardından Yenidünya Düzenine Doğru: Tevfik Orçun: 1919 Paris Barış Konferansı”, **Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi**, 2016, C.20, S.189, s. 551-572.
- Ersan Asar, Bilge: **Yabancı Devletlerdeki Yargulamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Fein, Helen: **Human Rights and Wrongs – Slavery, Terror, Jenocide**, Abingdon, Routledge, 2016,
- Ferencz, Benjamin: **International Crimes Against Peace**, (Çevrimiçi) <http://www.benferencz.org/pre1970.html#internationalcrimes>, 30 Mayıs 2018.
- Ferencz, Benjamin: “Can Aggression be Deterred by Law?”, **Pace International Law Review**, C.11, S.2, 1999, s. 341-360.
- Ferencz, Donald M.: “Bringing the Crime of Aggression within the Active Jurisdiction of the ICC”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, C.42, S.1, 2009, s. 530-542.
- Fernández De Gurmendi, Silvia A.: “The International Criminal Court And The Crime Of Aggression: From The Preparatory Commission To The

Assembly Of States Parties And Beyond- An Insider's View”, ed. Mauro Politi, Giuseppe Nesi, **The International Criminal Court And The Crime Of Aggression**, Abingdon, Routledge, 2017, s.175-189.

Finney, Patrick: **Remembering the Road to World War Two**, Abingdon, Routledge, 2011.

Fisher, Kirsten J. **Moral Accountability and International Criminal Law- Holding Agents of Atrocity Accountable to the World**, Abingdon, Routledge, 2011.

Franck, Thomas M.: **Recourse to Force – State Action Against Threats and Armed Attacks**, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Franck, Thomas M.: “Humanitarian Intervention”, **The Philosophy of International Law**, ed. Samantha Besson, John Tasioulas, New York, Oxford University Press, 2010, s. 531-549.

Gaeta, Paola: “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, **EJIL**, C.10, 1999, s. 172–191.

- Gegout, Catherine: “The International Criminal Court: Limits, Potential and Conditions for the Promotion of Justice and Peace”, **Third World Quarterly**, C.34, S.5, 2013, s. 800–818.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 8.bs, İstanbul, C.1, Legal Yayıncılık, 2012.
- Gewehr, Joachim: Defining Aggression for the International Criminal Court: A Proposal, **Cape Town University Faculty Of Law Thesis in International Law**, 2003.
- Glasius, Marlies: **The International Criminal Court**, Abingdon, Routledge, 2006.
- Glennon, Micheal: “The Blank-Prose Crime of Aggression”, **Yale Journal of International Law**, C.35, S.1, 2010, s. 71-114.
- Gomaa, Mohammed M.: “The Definition of the Crime of Aggression and the ICC Jurisdiction over that Crime”, ed. Mauro Politi, Giuseppe Nesi, **The International Criminal Court And The Crime Of Aggression**, Abingdon, Routledge, 2017, s.55-77.
- Graefrath, Bernhard: “Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court”, **EJIL**, C.1, S.1,1990, s.67-88.

- Greppi, Edoardo: “State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases”, **International Criminal Justice-Law and Practice from the Rome Statute to It’s Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s.499-517.
- Grotius, Hugo: **Savaş ve Barış Hukuku**, çev. Seha Meray, İstanbul, Say Yayınları, 2011.
- Grzebyk, Patrycja: **Criminal Responsibility for the Crime of Aggression**, Abingdon, Routledge, 2013.
- Guardian, Jan: Superior Orders Under the Rome Statute: a Flawed Development, (Çevrimiçi), <https://acontrarioicl.com/2013/08/01/superior-orders-rome-statute/> 17 Haziran 2018.
- Guilfoyle, Douglas: **International Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 2016.
- Guthrie, Charles, Quinlan, Micheal: **Just War: The Just War Tradition: Ethics in Modern Warfare**, London, Bloomsbury,2007.

- Günel, Hüseyin: **Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar**, Ankara, Dost Kitabevi, 2015.
- Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk**, ed. Reşat Volkan Günel, 6.bs, İstanbul, Beta Basım, 2013.
- Gürkan, Uluç: “Malta Yargılaması ve Önemi”, **Tesam Akademi Dergisi**, C.2, S.1, 2015, s. 29 – 50,
- Gürsoy Sökmen, Müge: **Irak Dünya Mahkemesi Nihai İstanbul Oturumu**, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2006.
- Guzman, Margaret D. “Justifying Extraterritorial War Crimes Trials, Criminal Law and Philosophy”, **Temple University Legal Studies**, C.43, 2016, s. 1-20.
- Hale, Kip: Why the U.S. Can No Longer Ignore the ICC, (Çevrimiçi), <https://www.foreignaffairs.com/articles/afghanistan/2017-11-16/why-us-can-no-longer-ignore-icc> 23 Haziran 2018.
- Haskos, Steven
Nicholas: “An Argument for the Deletion of the Crime of Aggression from the Rome Statute of the International Criminal Court”, **Pace International Law Review**, C.23, S.1, 2011, s. 249-268.

- Haveman, Roelof, “Criminology In A State of Denial – Towards A Criminology of Smeulers, Alette: International Crimes: Supranational Criminology, Methodology”, **Antwerp: Intersentia.**, 2008, s. 3-26.
- Heller, Kevin Jon: **The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 2011.
- Janis, Mark W.: **An Introduction to International Law**, 2.bs, Little, Brown, 1993.
- Jaspers, Karl: **Suçluluk Sorunu: Almanya’nın Siyasal Sorumluluğu Üzerine**, çev. A. Emre Zeybekoğlu, İstanbul, İthaki Yayınları, 2015.
- Kant, Immanuel: **Ebedi Barış Üzerine Bir Deneme**, çev. Yabuz Abadan, Seha L. Meray, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:14, 1960.
- Karadereli, Cem: “Aquino Thomas”, **Savaş Kuramları - Temel Düşünürler ve Yaklaşımlar**, ed. Erhan Büyükkıncı, İstanbul, Adres Yayınları, 2015, s.54-77.
- Kardeş, Ertan M. **Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi**, İstanbul, İletişim,

2015.

Katoğlu, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavraminin Sınırları”, **AÜHFD**, C.61, S.2, 2012, s. 657-693.

Kaul, Hans-Peter: “International Criminal Court (ICC) Historical Background and Objectives of the Court”, **Oxford Public International Law -Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2015, s.1-26.

Kaya, İbrahim: **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 3.bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Kaya, İbrahim, Acer, Yücel: **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 7.bs, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Keçelioğlu, Elvan: “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, **TAAD**, Y.3, S.11, 2012, s.77-100.

Keith, A. Berriedale: “The League of Nations and Mosul”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, C. 8, S.1, 1926, s. 38-49.

Kelman, Herbert C., Hamilton, Lee: **Crimes of Obedience**, New Haven, Yale University Press, 1989.

- Kelsay, John: “Al-Shaybani and the Islamic Law of War”, **Journal of Military Ethics**, C.2, S.1, 2003, s. 63-75.
- Keskin, Funda: **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 1998.
- Kingsbury, Benedict, Roberts, Adam: “Uluslararası İlişkilerde Grotiyen Düşünce”, **Hugo Grotius ve Uluslararası İlişkiler**, ed. Hedley Bull, Benedict Kingsbury, Adam Roberts, çev. Burç Beşgül, İstanbul, Röle Akademik Yayıncılık, 2015, s. 1-65.
- Kirsch, Philippe, Holmes, John T.: “The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference”, **Canadian Yearbook of International Law**, 1999, s. 3-39.
- Koskeniemi, Martti: “Between Impunity and Show Trials”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**, C.6, S.1, 2002, s. 1-32.
- Kostic, Drew: “Whose Crime is it Anyway-The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, C.22, S.1, 2011, s.109-142.

- Kravik, Andreas
Motzfeldt: The Assembly of State Parties to the International Criminal Court Decides to Delete Article 124 of the Rome Statute, 2016, (Çevrimiçi) <https://www.ejiltalk.org/the-assembly-of-state-parties-to-the-international-criminal-court-decides-to-delete-article-124-of-the-rome-statute-2/>, 20 Nisan 2018.
- Kreß, Claus, von Holtzendorff, Leonie: “The Kampala Compromise on the Crime of Aggression”, **Journal of International Criminal Justice**, C.8, S.5,2010, s. 1179-1217.
- Kreß, Claus: “The German Chief Federal Prosecutor’s Decision Not to Investigate the Alleged Crime of Preparing Aggression against Iraq”, **Journal of International Criminal Justice**, C.2, 2004, s. 245–264.
- Kul, Muhammet Celal: **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Lackey, Douglas: “A Modern Theory of Just War”, **The University of Chicago Press**, C.92, S.3,1982, s. 533-546.
- Leebaw, Bronwyn **Judging State-Sponsored Violence, Imagining Political Change**, USA, Cambridge University Press, 2011.
- Lentner, Gabriel Maria: **The Role of the Security Council in connection with the Crime of Aggression**, (Çevrimiçi), https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Persona

l/Reinisch/Internetpublikationen/lentner.pdf 5 Mayıs 2018.

- Lewis, Mark: **The Birth of New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment, 1919–1950**, New York, Oxford University Press, 2014.
- Luban, David: “The Legacies of Nuremberg”, **Social Research**, C.54, S. 4, 1987, s. 779-829.
- Machiavelli, Niccolò: **The Art of War**, ed. Ellis Farnsworth, çev. Neal Wood, Washington, De Capo Press, 2001.
- Maftai, Jana: “Reflections on the International Responsibility of States for Wrongful Acts” **Acta Universitatis Danubius. Relationes Internationales**, C.8, S.1, 2015, s. 37-55.
- Maga, Tim: **Judgment at Tokyo: The Japanese War Crimes Trials**, USA, University Press of Kentucky, 2001.
- Mansell, Wade, Openshaw, Karen: **International Law: A Critical Introduction**, Portland, Hart Publishing, 2013.

- Maogoto, Jackson: “Early Efforts to Establish an International Criminal Court”, ed. Doria, José, Gasser, Hans-Peter, Bassiouni, M. Cherif, **The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 3-23.
- Maskun, Maskun: “The Crime of Aggression: Complexities in Definition and Elements of Crime”, **Mimbar Hukum**, C.25, S.2, 2013, s. 366-375.
- May, Larry: **Aggression and Crimes Against Peace**, New York, Cambridge University Press, 2008.
- McDougall, Carrie: **The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court**, New York, Cambridge University Press, 2013.
- McMahan, Jeff: “Laws of War”, **The Philosophy of International Law**, ed. Samantha Besson, John Tasioulas, New York, Oxford University Press, 2010, s. 493-511.
- Mevis, Paul, Reijntjes, Jan M.: “Hang the Kaiser! But for What, and Would It Be Justice?”, **Erasmus Law Review**, No. 2, 2014, s. 98-107.

Mills, Zachary: “Does the World Need Knights Errant to Combat Enemies of All Mankind? Universal Jurisdiction, Connecting Links, and Civil Liability”, **Washington and Lee Law Review**, C.66, S.3, 2009, s. 1315-1367.

Muehlheuser John L.: Self-defense by Any Other Name is Still Self-defense, (Çevrimiçi) <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a440072.pdf> 27 Nisan 2018.

Mumcu, Özgür: “Koruma Sorumluluğu, İnsancıl Müdahale ve Kuvvet Kullanma Hukuku”, **Suriye Krizinin Hukuki Boyutları**, ed. Mehmet Karlı, Bleda Rıza Kurtdarcan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No: 76, t.y., s. 17-25.

Murphy, Sean D.: “Criminalizing Humanitarian Intervention”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, C.41, S.2, 2009, s. 341-377.

Murphy, Sean D.: “Immunity Ratione Materiae of State Officials From Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exception?” Symposium on the Present and Future of Foreign Official Immunity, **AJIL UNBOUND**, C.112, 2018, s.4-8.

- Murphy, Sean D.: “The Crime of Aggression at the ICC”, **George Washington University Law School Public Law and Legal Theory**, Paper No. 2012-50, 2012, s. 1-45.
- Nissel, Alan: The ILC Articles on State Responsibility: Between Self-Help and Solidarity, **NYU Journal of International Law And Politics**, C.38, 2006, s. 355-371.
- Novak, Andrew: **The International Criminal Court- An Introduction**, Springer, USA, 2015.
- Nussbaum, Arthur: “Just War: A Legal Concept?”, **Michigan Law Review**, C..42, No.3, 1943, s. 453-479.
- O’Connell, Mary Ellen, “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the Niyazmatov, Mirakmal: ICC Statute”, **Journal of International Criminal Justice**, C.10, S.1, 2012, s. 189-207.
- Öktem, A. Emre: **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. bs, İstanbul, Derin Yayınları, 2011.
- Olasolo, Hector, “The ICC Preventive Function with Respect to the Crime of Carcano, Lucia: Aggression and International Politics”, **Harvard International Law Journal**, C.58, S.1, 2017, s. 66-70.

- Orend, Brian: “Kant’s ethics of war and peace”, *Journal of Military Ethics*, C.3, S.2, 2004, s.161-177.
- Overy, Richard: Nuremberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası, ed. Philip Sands, **Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği: Nuremberg’ten Lahey’e**, çev. Hazal Ungan Çalışkan, İstanbul, Alfa Yayınları, 2016.
- Örnek, Serdar: **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı: 1991 ve 2003 Irak Harekatları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özel, Ahmet: “Klasik İslâm Devletler Hukukunda Ülke Kavramı ve Günümüzdeki Durum: İbn Teymiyye’nin Mardin Fetvası ile Benzeri Diğer Bazı Fetvalar”, **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi** C.43, S.2,2014, s.41-64.
- Paust, Jordan J.: “Aggression Against Authority: The Crime of Oppression, Politicide and Other Crimes Against Human Rights”, **Case Western Reserve University**, C. 18, S.2, 1986, s. 283-306.
- Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 14.bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Petreski, Milorad: “The International Public Law and The Use of Force by States”, **Journal of Liberty and International Affairs**, C.1, S.2, 2015,

s. 1-9.

- Pirim, Zeynep Ece: “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, C.32, S.2, 2012, s. 147-182.
- Politi, Mauro: “The ICC and the Crime of Aggression A Dream that Came Through and the Reality Ahead”, **Journal of International Criminal Justice**, C.10, S.1, 2012, s. 267-288.
- Randelzhoferr, Albrecht: “Use of Force”, **Encyclopedia Of Public International Law, War And Neutrality Peace Treaties(N-Z)**, ed. Rudolf Bernhardt, C.4, Amsterdam, North-Holland Publishing Company,1982, s.265-276.
- Rayfuse, Rosemary: “The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating Disorders at the International Law Commission”, **Criminal Law Forum**, C.8, S.1, 1997, s. 43-46.
- Reisinger Astrid, Coracini, “National Legislation on Individual Responsibility for Conduct Amounting to Aggression”, **International Criminal Justice-Law and Practice from the Rome Statute to It’s Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s. 547-578.

- Roht Ariaza, Naomi: “Case Studies: Europe-Overview”, **Impunity and Human Rights in International Law and Practice**, ed. Naomi Roht Ariaza, Oxford University Press, 1995, s.73-81.
- Rolling, Bert V.A.: **Criminal Responsibility For Violations of the Laws of War**, s.11,12, (Çevrimiçi)
<http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201976/RBDI%201976-1/Etudes/RBDI%201976.1%20-%20pp.%208%20%C3%A0%2026%20-20Bert%20Roling.pdf>
27 Ocak 2018.
- Ruys, Tom: “Justiciability, Complementarity and Immunity: Reflections on The Crime of Aggression”, **Utrecht Law Review**, C.13, S.1,2017, s. 18-33.
- Ruys, Tom: **'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Sato, Hiromi: **The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility**, Heidelberg, Springer, 2011.
- Sav, Özden: **Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Savaş ve Barış Hukuku**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.

- Sayapin, Sergey: **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2014.
- Sayapin, Sergey: **A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the Alexandrov and Yerofeyev Case**, (Çevrimiçi), https://www.academia.edu/36256520/A_Curious_Aggression_Trial_in_Ukraine_Some_Reflections_on_the_Alexandrov_and_Yerofeyev_Case 10 Mayıs 2018.
- Schabas, William: **An Introduction to the International Criminal Court**, 4.bs, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Schabas, William: **Genocide in international law: The Crime of Crimes**, 2.bs, Cambridge University Press, 2003.
- Schabas, William: “The Human Right to Peace”, **Harvard International Law Journal**, C.58, 2017, s. 28-32.
- Scharf, Michael P.: “Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation”, 2011, (Çevrimiçi), <https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/6/special-tribunal-lebanon-issues-landmark-ruling-definition-terrorism->

and 25 Mayıs 2018.

- Scharf, Michael P.: “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, **Harvard International Law Journal**, C.53, S.2, 2012, s. 358-388.
- Scheffer, David: “The International Criminal Court”, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, ed. William A. Schabas, Nadia Bernez, 2011, s.67-83.
- Scheipers, Sibylle: **Negotiating Sovereignty and Human Rights: International Society and the International Criminal Court**, Manchester, Manchester University Press, 2017.
- Schiff, Benjamin N.: **Building the International Criminal Court**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Schmitt, Carl: **Writings on War**, çev. Timothy Nunan, UK, Polity Press, 2011.
- Sellars, Kirsten: ‘Crimes against Peace’ and International Law, New York, **Cambridge University Press**, 2013.

- Sellars, Kirsten: “Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo”, **EJIL**, C. 21, S.4, 2011, s. 1085-1102.
- Shaw, Malcolm: **International Law**, 6.bs, New York, Cambridge University Press, 2008.
- Shukri, Muhammed Aziz: “Individual Responsibility for the Crime of Aggression”, **International Criminal Justice-Law and Practice from the Rome Statute to It’s Review**, ed. Roberto Bellelli, New York, Routledge, 2010, s.519-545.
- Simbeye, Yitiha: **Immunity and International Criminal Law**, Londra, Routledge, 2004.
- Solera, Oscar: **Defining Crime of Aggression**, Londra, Cameron May, 2007.
- Solera, Oscar: “Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice”, **International Review of the Red Cross**, C.84, No 845, 2002, s. 145-171.
- Sonay Evik, Vesile: “Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak Suçu”, **AÜHFD**, C.65, S.4,2016, s. 1725-1747.

- Strapatsas, Nicolaos: “Aggression”, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, ed. William A. Schabas, Nadia Bernez, 2011, s.155-168.
- Tabak, Shana: “Article 124, War Crimes and the Development of The Rome Statute”, **Georgetown Journal of International Law**, C.40, 2009, s. 1069-1099.
- Tacar, Pulat: “State Identity, Continuity, and Responsibility: The Ottoman Empire, the Republic of Turkey and the Armenian Genocide: A Reply to Vahagn Avedian”, **EJIL**, C.23, S.3, 2012, s.821–835.
- Tams, Christian J.: “All’s Well That Ends Well- Comments on the ILC’s Articles on State Responsibility”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, C.62, 2002, s. 759-808.
- Tarhanlı, Turgut: Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk (Çevrimiçi), http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/ttarhanli.pdf, 10 Şubat 2018.
- Telli, Kutlay: **Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İstanbul, On iki levha Yayıncılık, 2015.

Tezcan, Durmuş, Erdem, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Mustafa Ruhan, Önok,

R. Murat

Tezcan, Durmuş: “Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.49, S.1,1994, s. 349-363.

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

Topal, Ahmet Hamdi: “Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesi Kapsamında Barış İçin Birlik Kararı’nın Uygulanabilirliği”, **TAAD**, C.5, S.19, 2014, s. 101-126.

Touchard, Jean: **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Işık Yayınları, çev. İsmail Yerguz, İstanbul, 2015.

Trahan, Jennifer: “Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court’s Crime of Aggression - Considering the Problem of Overzealous National Court Prosecutions”, **Cornell International Law Journal**, C.45, S.3, 2012, s. 569-601.

- Tütüncü, Ayşenur: **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2.bs, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.
- Uerpman-Witzack, Robert: Immunities before International Criminal Courts, s.1-11, (Çevrimiçi) https://epub.uni-regensburg.de/33729/1/Uerpman_Immunities_2016_Preprint.pdf 5 Mayıs 2018.
- Van Schaak, Beth: “The Aggression Amendments: Points of Consensus and Dissension”, **Santa Clara University Legal Studies Research Paper**, 2011, s. 7-11.
- Van Schaak, Beth: “Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression”, **Columbia Journal of Transnational Law**, C.49, S.3, 2010, s. 505-600.
- Van Schaak, Beth: The Crime of Aggression and Humanitarian Intervention on Behalf of Women”, **International Criminal Law Review**, C.11, S.3, 2011, s. 477-493.
- Veroff, Julie: “Reconciling the Crime of Aggression and Complementarity: Unaddressed Tensions and a Way Forward”, **Yale Law Journal**, C.125, S.3, 2016, s. 730-772.
- Vessel, David: “The Lonely Pragmatist: Humanitarian Intervention in Imperfect World”, **Brigham Young University Journal of**

Public Law, C. 18, S.1,2004, s. 1-58.

von Clausewitz, Carl: **Savaş Üzerine**, çev. Şiar Yalçın, yy., May Yayınları, 1975.

Walzer, Micheal: **Haklı Savaş Haksız Savaş**, çev. Mehmet Doğan, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2017.

Weisbord, Noah: “Prosecuting Aggression”, **Harvard International Law Journal**, C. 49, S.1, 2008, s. 161-220.

Weisbord, Noah: “The Mens Rea of The Crime of Aggression”, **Washington University Global Studies Law Review**, C.12, S.3,2013, s. 487-506.

Werle, Gerhard: “The Crime of Aggression between International and Domestic Criminal Law”, **Presentation at the XVth International Congress on Social Defence: Criminal Law between War and Peace: Justice and Cooperation in Military Matters in International Military Interventions**, 2009, s.1-23.

Westra, Joel H.: **International Law and Use of Armed Force: The UN Charter and the Major Powers**, New York, Routledge, 2007.

- Wexler, Leila Sadat: “The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal”, **Cornell International Law Journal**, C.29, S.3, 1996, s. 665-726.
- Williamshurt,
Elizabeth: “Principles of International Law on the Use of Force by States In Self-Defence”, **The Royal Institute of International Affairs**, 2005.
- Wilson, Page: **Agression, Crime and International Security**, Abingdon, Routledge, Contemporary Security Studies, 2009.
- Wouters, Jan, “The International Criminal Court’s Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability?”, ed. Verhoeven, Sten, Doria, José, Gasser, Hans-Peter, Bassiouni, M. Cherif, **The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Demeyere, Bruno:
- Yalçinkaya, Haldun: **Savaş- Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı**, İstanbul, İmge Yayınevi, 6.bs, 2008.
- Yılmaz, Mahmut Esat: **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2011.
- Zemanek, Karl: Armed Attack,
(Çevrimiçi)<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e241> 7 Ağustos 2018.

Zimmermann, Andreas: “Finally ... or Would rather less have been more? : The Recent Amendment on the Deletion of Article 124 of the Rome Statute and the Continued Quest for the Universality of the International Criminal Court”, **Journal of International Criminal Justice**, C.14, S.13, 2016, s. 505-517.

Diğer Kaynaklar:

1948 History of the United Nations War Crimes Commission Development of the Laws of War, (Çevrimiçi), <http://www.unwcc.org/wp-content/uploads/2017/04/UNWCC-history.pdf>, 13 Şubat 2018.

1975 Protocol of Amendment to the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty), (Çevrimiçi), <https://www.state.gov/p/wha/rls/69869.htm> 8 Ağustos 2018.

A Position Paper of the Lawyers Committee for Human Rights, Establishing An International Criminal Court - Major Unresolved Issues in The Draft Statute, 1996, (Çevrimiçi) <http://www.iccnw.org/documents/2PrepCmtEstablishICCLCHR.pdf> 27 Şubat 2018.

Affirmation of The Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal, 1946, Res. 95(I), (Çevrimiçi), <https://documents-dds->

ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement, 15 Nisan 2018.

Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, (Çevrimiçi)
http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf 20 Eylül 2018.

Amendments on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court, (Çevrimiçi)
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en 4 Ekim 2018.

Angola-South Africa, (Çevrimiçi),
<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1976.shtml>, 22 Mart 2018.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, (Çevrimiçi), <http://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>, 14 Şubat 2018.

Assembly activates Court's jurisdiction over crime of aggression, (Çevrimiçi),
<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350>, 21 Temmuz 2018.

Botswana-South Africa, Res. 568 (1985), (Çevrimiçi),
<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1985.shtml>, 22 Mart 2018.

Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p.151, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>, 12 Şubat 2018.

Chapter VII- International Law Commission sixty ninth session, (Çevrimiçi) <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2017/english/chp7.pdf&lang=EFSRAC>, 12 Nisan 2018.

Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, “Report Presented To The Preliminary Peace Conference”, **AJIL**, C.14, S.1/2 ,1920, s.95-154.

Complaint by Angola against South Africa, Res. 546 (1984), (Çevrimiçi) [https://undocs.org/S/RES/546\(1984\)](https://undocs.org/S/RES/546(1984)), 22 Mart 2018.

Complaint by Seychelles, Res. 496 (1981), (Çevrimiçi) [https://undocs.org/S/RES/496\(1981\)](https://undocs.org/S/RES/496(1981)), 22 Mart 2018.

Complaint by Zambia, Res. 424 (1978), (Çevrimiçi), [https://undocs.org/S/RES/424\(1978\)](https://undocs.org/S/RES/424(1978)), 22 Mart 2018.

Convention Defining Aggression, **AJIL**, C. 27, S. 4, s. 192-195.

Criminal Codes, (Çevrimiçi)

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 3.10.2018.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, UN, (Çevrimiçi), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf 25 Mayıs 2018.

Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, Adopted by the Third Session of the International Law Commission, **International Organization**, C.5, S. 4, 1951, s.857-865.

Draft Statute for an International Criminal Court, (Çevrimiçi), http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf, 5 Mart 2018.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches, (Çevrimiçi) <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/086/1808621.pdf>, 3 Ekim 2018.

Fifth report on State Responsibility, (Çevrimiçi) <http://www.gaetanoarangioruiz.it/wp-content/uploads/2017/04/5th-rep-GAR.pdf>, 24 Şubat 2018.

Question of Namibia, Res 36/121, (Çevrimiçi), <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r121.htm>, 22 Nisan 2018 17 Mayıs 2018.

Provocation by Southern Rhodesia, Res 326 (1973), (Çevrimiçi),
[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/326\(1973\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/326(1973)), 5 Şubat 2018.

Halbe Wahrheiten zum "Angriffskrieg", (Çevrimiçi)
<https://www.br.de/nachricht/anriffskrieg-100.html>, 3 Ekim 2018.

Handbook on Ratification and Implementation of the Kampala Amendments to the Rome Statute of the ICC, Liechtenstein Institute on Self-Determination, (Çevrimiçi)
<https://crimeofaggression.info/documents/1/handbook.pdf> 1 Mayıs 2018, s.3.

History of the League of Nations (1919-1946), (Çevrimiçi)
[https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/36BC4F83BD9E4443C1257AF3004FC0AE/\\$file/Historical_overview_of_the_League_of_Nations.pdf](https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/36BC4F83BD9E4443C1257AF3004FC0AE/$file/Historical_overview_of_the_League_of_Nations.pdf) 10 Mart 2018.

Milletler Cemiyeti Misakı, (Çevrimiçi) www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc, 5 Şubat 2018.

International Criminal Tribunal for Rwanda, Res. 955, (1994), (Çevrimiçi)
http://www.unmict.org/specials/ictr-remembers/docs/res955-1994_en.pdf, 25 Mayıs 2018.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Res. 808, (1993), (Çevrimiçi)
<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/ICTY%20S%20RES%20808.pdf>, 25 Mayıs 2018.

Islamic Law of War, The Royal Aal Al-bayt Institute for Islamic Thought, Jordan, 2009.
http://rissc.jo/docs/jihad_final.pdf

Israel Tunisia, Res. 573 (1985), (Çevrimiçi)
<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1985.shtml>, 22 Mart 2018.

Israel Tunisia, Res. 611 (1988), (Çevrimiçi)
[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/611\(1988\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/611(1988)), 22 Mart 2018.

Judgment of 1 October 1946, in The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part.22, (Çevrimiçi)
https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, 5 Mart 2018.

Judgments - R v. Jones (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly R v. J (Appellant)), Etc., (Çevrimiçi)
<https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-1.htm>, 10 Mayıs 2018.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-BI.pdf> ,19 Nisan 2018.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996, p. 226, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> 10 Şubat 2018.

Memorandum submitted by Mr. Ricardo J. Alfaro, (Çevrimiçi) http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_18.pdf&lang=E, 9 Ağustos 2018.

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p.14, (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, 29 Ocak 2018.

Mozambique-Southern Rhodesia, Res. 411 (1977), (Çevrimiçi) [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/411\(1977\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/411(1977)), 22 Mart 2018.

Peace Through Deeds, Res. 380 1050, (Çevrimiçi) [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/380\(V\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/380(V)), 20 Nisan 2018

Preliminary Examination Afghanistan, (Çevrimiçi) <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>, 25 Mart 2018.

Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, (Çevrimiçi), <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, 10 Nisan 2018.

Request by Mozambique Southern Rhodesia, Res.386 (1976), (Çevrimiçi) [https://undocs.org/S/RES/386\(1976\)](https://undocs.org/S/RES/386(1976)), 27 Mart 2018.

Resolution RC/Res.6, (Çevrimiçi), <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>, 10 Mayıs 2018.

Russia withdraws signature from international criminal court statute, (Çevrimiçi), <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/16/russia-withdraws-signature-from-international-criminal-court-statute>, 10 Haziran 2018.

Situations under investigation, (Çevrimiçi) <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>, 20 Eylül 2018.

Sixth Committee - 11 - Press Release GA/L/3080 12th Meeting (PM) 22 October 1998, (Çevrimiçi), bkz. <https://www.un.org/press/en/1998/19981022.gal3080.html>, 5 Mayıs 2018.

South Africa's decision to leave ICC ruled 'invalid', (Çevrimiçi) <http://www.bbc.com/news/world-africa-39050408>, 16 Haziran 2018.

Special Research Report No. 1: Security Council Action Under Chapter VII: Myths and Realities, 1-36, (Çevrimiçi) <https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/lookup-c-glKWLemTIsG-b-4202671.php>, 30 Mart 2018.

Statement by, Mr. Ismail Aramaz, Head of the Turkish Delegation, s.3, (Çevrimiçi), https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-gendeba-Turkey-ENG.pdf, 7 Mayıs 2018.

Status of Ratification and Implementation of the Kampala Amendments on the Crime of Aggression, (Çevrimiçi) <https://crimeofaggression.info/the-role-of-states/status-of-ratification-and-implementation/>, 30 Haziran 2018.

Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, (Çevrimiçi), <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>, 10 Nisan 2018.

The situation in the Middle East, Res 37/123, (Çevrimiçi), <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r123.htm>, 22 Nisan 2018.

The Situation Between Iraq-Kuwait Res. 660 (1990), (Çevrimiçi) [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/660\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/660(1990)), 22 Mart 2018.

Trials of Arbuthnot and Ambrister (Çevrimiçi) https://archive.org/stream/trialsofaarbuthn00arbu/trialsofaarbuthn00arbu_djvu.txt, 15 Ocak 2018.

Trial the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Proceedings, vol. II., s.104,105, (Çevrimiçi) https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, 5 Nisan 2018.

Turkey's Relations with the International Criminal Court (ICC), (Çevrimiçi) http://www.mfa.gov.tr/turkey_s-relations-with-the-international-criminal-court-_icc_.en.mfa , 16 Mayıs 2018.

Two Russian Citizens Jailed in Ukraine Freed, Return to Moscow, (Çevrimiçi) <https://sputniknews.com/europe/201605251040223448-russians-jailed-ukraine-land-moscow/>, 13 Mayıs 2018.

U.S. Bilateral Agreements Relating to ICC, **AJIL**, C. 97, S. 1, 2003, s. 200-203.

Ukraine finds Russian 'soldiers' guilty of waging war, (Çevrimiçi) <http://www.bbc.com/news/world-europe-36070383>, 13 Mayıs 2018.

Ukrainian lawyer of captured Russian soldiers found dead, (Çevrimiçi) <https://www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-lawyer-death/ukrainian-lawyer-of-captured-russian-soldiers-found-dead-idUSKCN0WR0WF>, 12 Mayıs 2018.

UN: Gambia formally reverses withdrawal from ICC, (Çevrimiçi) <https://www.news24.com/Africa/News/un-gambia-formally-reverses-withdrawal-from-icc-20170214>, 16 Haziran 2018.

United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June -1 7 July 1998 Official Records Volume II, 2002, (Çevrimiçi)
http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf, 23 Mart 2018.

World Summit Outcome, Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005 (Çevrimiçi)
http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf, 30 Mayıs 2018.