T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ULUSLARARASI KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SALDIRI SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Hasan Utku ŞATIROĞLU

Ankara- 2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ULUSLARARASI KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SALDIRI SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Hasan Utku ŞATIROĞLU

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Ülkü Halatçı ULUSOY

Ankara- 2015

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ULUSLARARASI KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SALDIRI SUÇU

Yüksek Lisans Tezi
Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ülkü Halatçı ULUSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi .....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (……/……/201…)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Hasan Utku ŞATIROĞLU

İmzası

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SALDIRI SUÇU

İÇİNDEKİLER…….……..i

KISALTMALAR……...iii

GİRİŞ……...1

BİRİNCİ BÖLÜM

KUVVET KULLANMANIN YASAKLANMASI..... 4
I. I. Dünya Savaşı'ndan Önceki Dönem..... 4
A. Haklı Savaş Doktrini..... 4
B. 1899 ve 1907 Lahey Konvansiyonları..... 13
II. Milletler Cemiyeti Dönemi..... 14
A. Milletler Cemiyeti Misakı..... 14
B. Briand Kellogg Paktı'na Kadar Olan Gelişmeler..... 19
C. Briand - Kellogg Paktı..... 21
III. Birleşmiş Milletler Sistemi ve Güncel Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma..... 25
A. Birleşmiş Milletler Andlaşması..... 25
B. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda Kuvvet Kullanma Yasağının İstisnaları..... 33
1. Güvenlik Konseyi Tarafından BM Andlaşması'nın VII. Bölümü Çerçevesinde Kararlaştırılan Tedbirler..... 34
2. Meşru Savunma..... 37
a. Genel Olarak..... 37
b. Meşru Savunma Hakkının Doğal Bir Hak Olarak Nitelendirilmesi..... 38
c. Meşru Savunma Hakkını Kullanmanın Şartları..... 41
(1) Silahlı Saldırı..... 41
(2) Diğer Koşullar..... 48
IV. 3314 (1974) Sayılı Saldırı'nın Tanımı Kararı..... 51

İKİNCİ BÖLÜM

SALDIRI FİİLİNİN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ..... 62
I. Nüremberg Yargılaması'nın Tarihçesi..... 62
A. Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu..... 62
B. Londra Andlaşması (8 Ağustos 1945)..... 67
II. Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü..... 68
III. Nüremberg Kararı..... 70
A. Genel Olarak..... 70
B. Kararın İncelenmesi..... 71
1. Saldırı Fiilinin Varlığı..... 72
a. Genel Olarak..... 72
b. Avusturya'nın İstilası..... 74
c. Çekoslovakya'nın Ele Geçirilmesi..... 76
d. Polonya'ya Saldırı..... 77
e. Danimarka ve Norveç'in İstilası..... 79

f. Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un İstilası 82
g. Yugoslavya ve Yunanistan'a Saldırı 83
h. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ne Karşı Saldırı Savaşı..... 85
i. Birleşik Devletler'e Karşı Savaş 86
2. İhlal Edilen Uluslararası Andlaşmalar 87
a. Genel olarak..... 87
b. 1899 ve 1907 Lahey Konvansiyonları..... 88
c. Versay Andlaşması..... 88
d. İkili Garantörlük, Tahkim ve Saldırmazlık Andlaşmaları..... 89
e. Kellogg-Briand Paktı 89
3. Nüremberg Şartı'nın Olaya Uygulanışı 89
4. Nüremberg Yargılaması'nın Eleştirisi 96
5. Nüremberg Yargılaması'nın Kanunilik İlkesi Bakımından Eleştirisi 96
a. Kanunilik İlkesi..... 97
b. İlkenin Tarihçesi 99
c. İlkenin Amacı..... 101
d. Common Law Sistemi'nde Kanunilik İlkesi 104
e. Uluslararası Ceza Hukukunda Kanunilik 105
f. Nüremberg Yargılaması ve Kanunilik İlkesi 110

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA STATÜSÜ BAKIMINDAN SALDIRI SUÇU..... 113
I. Genel Olarak..... 113
II. Saldırı Fiili..... 116
A. Tanım 116
B. 8bis/2'de Sayılan Saldırı Fiilleri..... 118
C. BM Andlaşması'nın Açık İhlali 123
III. Kişisel Cezai Sorumluluk..... 125
A. Maddi Unsur..... 125
B. Fail 129
C. Manevi Unsur 133
D. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler 136
1.Amirin Emrini İfa 136
2. Fiili ve Hukuki Hata 140
E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri..... 143
1. Suça İştirak..... 143
2. Teşebbüs..... 145
IV. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Saldırı Suçu Üzerindeki Yargı Yetkisi 146
A. Saldırı Fiilinin Tespiti Bakımından Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi İlişkisi..... 146
B. Saldırı Suçuna İlişkin Yargılama Şartları 147
1. Devlet Başvurusu ve Savcının Re'sen Soruşturma Açması 148
2. Güvenlik Konseyi Başvurusu..... 154

SONUÇ..... 158

KAYNAKÇA 162

ÖZET..... 177

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

Alm.: Almanca

BM: Birleşmiş Milletler

Bkz.: Bakınız

Fr.:Fransızca

İng.: İngilizce

m.: madde

No: Number

para.: Paragraf

s.: sayfa

SSCB: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği

UAD: Uluslararası Adalet Divanı

UCM: Uluslararası Ceza Mahkemesi

Vol: Volume

yy.: yüzyıl

GİRİŞ

Bireyler tarafından kuvvet kullanılması ulusal hukuk sistemlerinde uzun süredir yasaklanmış ve kesin kurallara bağlanmıştır. Buna karşın uluslararası hukuk düzeninde devletler bakımından aynısını söylemek zordur. Konuyla ilgili olarak uluslararası hukuk bağlamında uzun süredir düzenlemeler yapılsa da görece kesin düzenlemeler ve evrensel bir yasak için Birleşmiş Milletler'in kuruluşunu beklemek gerekmiştir.

Uluslararası hukuk düzeninde kuvvet kullanımının yasaklanmasının nispeten geç olmasının nedeni, uluslararası hukuk kurallarını oluşturan bir üst otoritenin ve tek elden yaptırım uygulayacak bir organın bulunmaması ve dolayısıyla uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemlerine oranla daha az gelişmiş olmasıdır. Buna ek olarak, kuvvet kullanmanın düzenlenmesinin gecikmesinin bir başka nedeni ise, siyasi gerçeklikler gözönüne alındığında uluslararası ilişkilerde güç dengelerinin taşıdığı önemdir.

Savaş ile ilgili düzenlemeler yapılması bir yana savaş yazılı tarihin başlangıcından bu yana – muhtemelen yazılı tarihin başlangıcından da öncesinde – insanlığın en büyük problemlerinden bir tanesi olmuştur. Buna rağmen savaş tarihte çok önemli bir yer tutmakta olup Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1880 yılında da belirttiği üzere, "savaş karşıtlarına ve doğurduğu nefrete rağmen insanlık savaştan

vazgeçecek gibi görünmemektedir."[1]

Ancak İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı büyük yıkım ve hafızalarda bıraktığı derin izler saldırı savaşının tekrarlanmasının engellenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu amaçla Nüremberg ve Tokyo Askeri Mahkemeleri'nde saldırı savaşı planlamak, hazırlamak, başlatmak ve yürütmek suç olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda, tarihte ilk defa kişiler bir devlet politikasından dolayı yargılanmışlardır. Saldırı fiilini devletin değil kişilerin işlediği kabul edilmiştir.

Çalışmada öncelikle kuvvet kullanmanın düzenlenmesi haklı savaş kuramından başlayarak tarihsel arka planıyla incelenecektir. Bu çerçevede kuvvet kullanmanın uluslararası andlaşmalar yoluyla düzenlenmesi ile Birleşmiş Milletler sistemindeki kuvvet kullanma tehdidi ve kuvvet kullanma yasağı ayrıntılı olarak açıklanacaktır. BM sisteminde kuvvet kullanma yasağının günümüzde geçerli iki önemli istisnasından biri olan meşru savunma hakkı saldırı suçu bakımından özel önem arzettiği için daha ayrıntılı incelenecektir.

Ardından ikinci bölümde saldırı suçuyla ilgili ilk yargılama olması dolayısıyla Nüremberg Yargılaması ayrıntılı olarak incelenecek, Nüremberg Yargılaması ile benzerliği ve tezin sınırları da gözönünde bulundurularak Tokyo Yargılaması'na kapsam dışı bırakılacaktır. Bu bağlamda Nüremberg Yargılaması'na karşı yöneltilmiş en önemli eleştirilerden biri olarak yargılamanın suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturduğu değerlendirmesine ayrıca değinilecektir.

[1] Institute of International Law, The Laws of War on Land, Oxford, 9 September 1880. Erişim için: https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=B06FB334DC14CBD1C12563CD00515767, Erişim tarihi: 02.08.2015.

Üçüncü ve son bölümde ise, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü bağlamında saldırı suçu incelenecektir. Bu bağlamda Statü'de saldırı suçunu tanımlayan madde 8bis ve bu maddede düzenlenen saldırı fiilleri açıklanacaktır. Ardından saldırı suçunun faili ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisine ayrıca değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KUVVET KULLANMANIN YASAKLANMASI

I. I. Dünya Savaşı'ndan Önceki Dönem

A. Haklı Savaş Doktrini

Savaşa ilişkin ilk düzenlemelere Antik Hindistan, Çin ve Babil Talmudu'nda rastlanmaktadır. Bu düzenlemelerle örneğin, Hindistan'da hükümdarın genelde sadece toprak genişletmek için savaşa girmemesi öngörülmüş; Çin'de ise, savaş sadece eşit devletler arasında olabilecek hukuki bir kurum olarak tanımlanmıştır. Yunan öğretisi ve felsefesinde de savaşa başvurmanın düzenlenmesi konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede Antik Yunan'da hiçbir savaşın tarafların birbirlerine geçerli, yeterli ve makul bir mazeret olarak gördükleri belirli bir nedeni açıklamadan ve zararlarının karşılanmasını veya karşılanmamış isteklerini talep etmeden yapılmayacağı kabul edilmekteydi.[2]

20. yy.'a kadar olan süreçte kuvvet kullanmanın sınırlandırılması konusunda en çok tartışma – en azından Batı medeniyetinde - haklı savaş *(bellum justum)* doktrini üzerine yapılmıştır. Hıristiyanlar savaş konusunda esasen pasifist bir tutum benimsemekle birlikte, Roma İmparatorluğu'nun Hıristiyanlığı kabulü sonucu bu tutumu büyük ölçüde terk etmişler ve bu tutum değişikliği neticesinde haklı savaş doktrini doğmuştur.[3] Ancak bu doktrinin kökleri Yunan ve Antik Roma'ya dayanmaktadır.

[2] Ian BROWNLIE, **International Law and the Use of Force by States**, Oxford University Press, New York, 1963, s. 3, 4.
[3] Malcolm N. SHAW, **International Law, Sixth Edition,** Cambridge, 2008, s. 1119.

Haklı savaş doktrininin ortaya çıkışı Antik Roma'ya dayanmaktadır. Antik Roma'da savaşa başvurmak için *fetiale* adı verilen bir rahip grubunun onayı gereklidir. Bu rahip grubu savaşın nedenlerini ilan etmekle görevlidir. Her ne kadar bu dönemde hukuken *fetiale*lerin izni olmadan bir savaşa girilmesi yasak olsa da *fetiale*lerin aslında hükümdarlarının hizmetkarı (servant) olmaları nedeniyle savaşın gerçek nedenlerinden çok formalitelere uyma anlamında görev ifa ettikleri kabul edilmektedir.[4] *Cicero,* bir talebin karşılanması isteği veya bir uyarı ile savaş ilanına yönelik resmi bir bildirim yapılmadan hiçbir savaşın "haklı" olamayacağını ifade etmiştir.[5] Bir başka deyişle savaşa başvurmak için ilk koşul, karşı tarafa uygun cevap verebilmesi için makul bir süre verilmesi kaydıyla, Roma'ya yöneltilmiş olan sorunun ortadan kaldırılması için bir talepte bulunulması, ikinci koşul ise resmi bir savaş ilanının yapılmasıdır.[6]

Erken dönem Hıristiyan Kilisesi savaşı herhangi bir biçimde ahlaki kabul etmemiş ve pasifist bir tutum sergilemiştir. Hıristiyanlık Roma İmparatorluğu'nun resmi dini haline geldiğinde ise, Kilise bu görüşü değiştirmeye zorlanmıştır.[7] Böylece haklı savaş doktrini Antik Roma'dan sonra Hıristiyan teolojisi ve Kilise Hukuku tarafından geliştirilmiştir. Bu dönemde *St. Augustine* (354 – 430) bir savaşın "haklı" olması durumunda izin verilebilir olduğunu söylemiştir.[8] *St. Augustine* "Tanrı Devleti" adlı kitabında, her savaşın acı bir olay olduğunu, fakat düşmanın elinde çekilen zulmün/ uğranılan haksızlığın "haklı savaşları sürdürme gerekliliğini"

[4] BROWNLIE, 1963, s. 4; Yoram, DINSTEIN, **War Aggression and Self-Defence**, Fourth Edition, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 63, 64.
[5] DINSTEIN, 2005, s. 63, BROWNLIE, s. 4.
[6] DINSTEIN, 2005, s. 64.
[7] BROWNLIE, 1963, s. 5; DINSTEIN, 2005, s. 64.
[8] Inis L. CLAUDE JR, **"**Just Wars: Doctrines and Institutions", **Political Science Quarterly,** Vol. 95, No. 1, 1980, ss. 83-96, s. 87.

zorunlu kıldığını ifade etmiştir.[9] *Augustine*'e göre savaş, yanlışın düzeltilmesi ve barış durumunun tekrar sağlanması için yapılır. Bu durumdan daha fazlasını elde etmek için yapılamaz ve saldırı savaşı haksızdır.[10]

St. Augustine'in düşüncelerini takip edenlerden biri olan *St. Thomas Aquinas (*1225 – 1274) bu fikirleri geliştirmiştir. *Aquinas,* bir savaşın "haklı" olması için üç koşul öne sürmüştür. Bunlar (1) savaşın özel olarak değil de bir hükümdarın yetkisi altında yapılması *(auctoritas principis),* (2) savaş için bir "haklı neden"in *(causa justa)* olması ve (3) objektif bir haklı nedenin olmasından öte iyiyi yüceltmek ve kötüyü engellemek için iyi niyetin olmasıdır *(intention recta).*[11] Bu anlayış doğal olarak savaşa başvurmak için "haklı nedenlerin" neler olduğu tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. *Aquinas* bir tarafın haklı nedeni olması için karşı tarafın mutlaka suçlu olması gerektiğini ileri sürmüş,[12] başka bir ifadeyle cezalandırılması gereken şeyin yanlış fiilden çok yanlışı yapanın suçluluğu olduğunu söylemiştir.[13]

Pierino Belli (1502 - 1575) bir savaşın "haklı" olabilmesi için beş koşul öne sürmüştür. Bunlar haklı bir kişi, haklı konu, haklı neden, haklı niyet ve tam yetkidir. Önemli bir nokta olarak *Belli,* savaşın amacının sadece barışı sağlamak olduğunu söylemiştir.[14] *Belli,* savaş haklı bir nedene dayansa bile savaşa neden olan durumun ortadan kaldırılmasıyla birlikte savaşın sona erdirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[15] *Belli,* kendisine ya da bir müttefike yöneltilmiş bir zararın ya da karşı tarafın öç

[9] İfadenin İngilizce çevirisi "the wrong suffered at the hands of the adversary imposed "the necessity of waging just wars" şeklindedir. Bkz. DINSTEIN, 2005 s. 64.
[10] SHAW, s. 1119.
[11] DINSTEIN, 2005 s. 65; BROWNLIE, 1963, s. 6.
[12] Fulya A. EREKER, "İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kuramı", **Uluslararası İlişkiler,** Cilt: 1, Sayı: 3, 2004, ss. 1-36. s. 12.
[13] SHAW, s. 1119.
[14] BROWNLIE, 1963, s. 8.
[15] BROWNLIE, 1963, s. 8.

almasının engellenmesi, devletin veya bir başkasının hükümdarının savunulması gibi durumlarda da savaşa başvurmanın doğru olabileceğini söylemiştir.[16]*Belli*'nin bu görüşleri bireysel ve kolektif meşru müdafaaya benzemektedir. *Belli,* sadece kendi yasalarına bağlı olan bağımsız bir milletin gerekli olduğunda savaşa başvurma hakkı olduğunu da ifade etmiştir.[17]

Ulus devletin ortaya çıkışıyla birlikte modern uluslararası hukukun doğması sonucu haklı savaş devletlerin egemenliğiyle yakından bağlantılı hale gelmeye başlamıştır. Bu süreçte ünlü uluslararası hukukçular sadece "haklı savaşın" izin verilebilir olduğunu ifade ederek kilise hukukçularıyla benzer şekilde savaşın haklı nedenlerinin ortaya koyulması gerektiğini düşünmüşlerdir. Savaşa başvurmadan önce uyuşmazlığın barışçı çözümü amacıyla ciddi bir teşebbüste bulunulması koşulu da bu dönemde ortaya çıkmaya başlamıştır.[18]

Francisco de Vitoria (1483 - 1546) sadece gerçek anlamda devletlerin savaşa başvurma hakkına sahip olduklarını buna karşılık devlet niteliğinde olmayan küçük birimlerin bu hakka sahip olmadıklarını söylemiştir.[19] Ona göre din farklılığı, imparatorluk sınırlarını genişletme amacı, hükümdarın kişisel şöhreti ya da savaştan elde edeceği başka bir yarar savaş için haklı bir sebep değildir. *Vitoria*'ya göre savaşa başvurmanın tek haklı sebebi bir haksızlığa maruz kalmaktır. *Vitoria,* bu şekilde daha önceden yapılan bir haksızlığın cezalandırılması durumunda saldırı savaşının da haklı olabileceğini ileri sürmüştür.[20] *Vitoria* küçük bir haksızlığa karşı savaşa başvurmak yerine bu haksızlığın ölçüsüne uygun bir ceza verilmesi

[16] BROWNLIE, 1963, s. 8.
[17] BROWNLIE, 1963, s. 8.
[18] SHAW, s. 1119.
[19] BROWNLIE, 1963, s. 9.
[20] EREKER, s. 14.

gerektiğini ifade etmiş[21] bu sözleriyle bir anlamda orantılılık ilkesine değinmiştir. Buna karşılık *Vitoria* İspanyolların Amerikan yerlilerine karşı giriştiği silahlı mücadeleye ilişkin olarak, Amerikan yerlilerinin İspanyolların seyahat ve Hıristiyanlığı yayma haklarını ihlal ettiklerini, bunun da savaşa başvurmak için haklı bir neden olduğunu söylemiştir.[22] Bununla birlikte, yazar İspanyolların bu süreçte yaptıkları zulümlerden dolayı dehşete düştüğünü de ifade etmiştir.[23]

Balthasar Ayala (1548–1584) hükümdarın en temel savaş nedeninin, isyancılara ve onun egemenliğinden feragat edenlere karşı savaşmak olduğunu ifade etmiştir. *Jesuit Francisco Suarez*'e (1548 - 1617) göre ise, bir tarafın itibar ya da onuruna karşı ağır bir zarar verilmesi bir "haklı neden"dir.[24]

Kilise Hukuku zamanında haklı savaş doktrininin uygulaması ve yorumu Katolik Kilisesi tarafından yapılmıştır. Bu sebeple kilise hukukunun etkisi azaldığında haklı savaşın yorumu konusunda nihai bir otoritenin yokluğu durumu ortaya çıkmıştır. Modern uluslararası hukuk ve devletlerin egemen eşitliğinin ortaya çıkışı ile birlikte, bir savaş her iki tarafı için de "haklı" olabilir mi sorusu ortaya çıkmıştır.[25]

Vitoria ve *Grotius* bu soruya olumlu yanıt vererek bir savaşın iki taraf için de haklı olması durumunun imkansız olmadığını ifade etmişlerdir. Keza *Ayala* da bir savaşın her iki taraf için de haklı olabileceği düşüncesindedir.[26]*Alberico Gentili*

[21] BROWNLIE, 1963, s. 9.
[22] DINSTEIN, 2005, s. 65.
[23] Stephen C. NEFF, A Short History of International Law", in **International Law**, edt. by Malcolm, D. EVANS, Oxford University Press, 2006, s. 36.
[24] DINSTEIN, 2005, s. 65.
[25] DINSTEIN, 2005, s. 66.
[26] BROWNLIE, 1963, s. 10.

(1552 - 1608) ise, soruyu bir adım öteye taşıyarak bir tarafın haklı olduğu bir savaşta diğerinin daha haklı olabileceğini söylemiştir.[27]

Dinstein verdiği örnekte, Ruritania devletinin Arcadia devletinin onuruna hakaret ettiği durumda (*Suarez'in* tezi çerçevesinde) Arcadia'nın haklı bir nedeninin olacağını, Arcadia'nın Ruritania'ya saldırması durumunda ise Ruritania'nın haklı neden olarak meşru müdafaaya başvurabileceğini ifade etmiştir.[28]

16. yy.'da yavaş yavaş egemen eşit devletlerin ortaya çıkışıyla birlikte haklı savaş konusunda da düşünceler değişmiştir. Savaşa başvurmada izlenmesi gereken usul savaşa başvurulmasını hukuki hale getirmeye başlamıştır. Bu durumun nedeni sadece kendi rızasıyla bağlı olan egemen devlet anlayışıdır.[29] Görüşleri tam da bu dönemi yansıtan *Niccolo Machiavelli* haklı savaşla ilgili değerlendirmeler yapmaktansa "gerekli olan savaşın haklı olduğunu" ve tüm egemen birimlerin savaş nedenleri konusunda karar verebileceklerini" ifade etmiştir.[30] *Gentili* ise savaşın egemenler arasında haklı bir nedene dayanarak yapılması gerektiğini söylemiş ve savaşın hukuk-dışı değil hukuk tarafından düzenlenen bir kurum olduğunu ifade etmiştir.[31]

Jesuit Francisco Suarez, haklı savaşla ilgili *Thomas Aquinas*'ın (1) egemenin otoritesi, (2) haklı neden, (3) doğru niyet olarak sıraladığı üç koşula bir dördüncüsü olarak (4) uygun yöntem'i eklemiştir.[32] *Suarez,* savaşın üç çeşit haklı sebebinin olabileceğini ifade etmiştir. Bunlar: (1) bir hükümdarın bir diğerinin malına el

[27] DINSTEIN, 2005, s. 66.
[28] DINSTEIN, 2005, s. 66.
[29] SHAW, s. 1120
[30] BROWNLIE, 1963, s. 10, 11.
[31] BROWNLIE, 1963, s. 11, 12.
[32] Larry MAY, **Aggression and Crimes Against Peace**, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 28, 29.

koyması ve malını geri vermeyi reddetmesi, (2) ulusların ortak haklarının makul bir neden olmadan ihlal edilmesi ve (3) hükümdarın şan ve şöhretinin ağır ihlalidir.[33] *Suarez*, *Vitoria*'ya benzer şekilde saldırı savaşının "kötülüğün cezalandırılması amacıyla" yapıldığında haklı olabileceğini söylemiştir.[34]

Hugo Grotius (1583 – 1645) savaşa barışı sağlamak için girişileceğini ve savaşa yol açmayacak hiçbir uyuşmazlığın olmadığını ifade etmiştir.[35] *Grotius*'a göre savaş doğal hukuka ve uluslararası hukuka aykırı değildir.[36] *Grotius,* savaşın bir haksızlığı düzeltmek için başvurulan hukuki ve cezai bir süreç olduğunu, egemen devletlerin arasında yapılan savaşın özel savaştan ayırt edilmesi gerektiğini söylemiştir.[37] *Grotius,* savaşın tek haklı nedeninin bize karşı daha önce bir haksızlık işlenmesi[38] olduğunu söyledikten sonra savaşı haklı gösteren nedenlerini şöyle sıralamıştır: (1) bizim olan bir şeyi savunma (meşru savunma), (2) bize borçlu olunan bir şeyi elde etmeye çalışma, (3) cezalandırma.[39] *Grotius* ancak tehlike kaçınılmazsa ve kesinse bir savunma savaşına girilebileceğini, sadece böyle bir tehlikenin var sayılmasının yeterli olmadığını ifade etmiştir. Ancak *Grotius,* savaşa girişen devletlerin kendilerini savunma hakları olduğu kadar, uğradıkları haksızlıkların öcünü almak, bunları cezalandırmak haklarının da olduğunu söylemiştir. İşte bu sebeple devletlerin gözünü korkutan bir saldırı kaçınılmaz değil uzak bile olsa devlete bu saldırıyı önleme hakkı tanınmalıdır.[40] Bu çerçevede devlete karşı yapılan davranıştan belirli bir zarar doğmuşsa ya da bu davranış ile daha büyük

[33] BROWNLIE, 1963, s. 13.
[34] EREKER, s. 18.
[35] Hugo GROTIUS, **Savaş ve Barış Hukuku,** Çeviren: MERAY, Seha L., Say Yayınları, İstanbul, 2011, s. 31.
[36] GROTIUS, s. 40.
[37] BROWNLIE, 1963, s. 13.
[38] GROTIUS, s. 73.
[39] GROTIUS, s. 74.
[40] GROTIUS, s. 76.

bir tehlike meydana gelmişse savaşa başvurulabilecektir.[41] Bir başka ifadeyle *Grotius,* devlete karşı belirli bir zarar doğduğunda veya tehlike meydana getirildiğinde, bu devletin savaşa başvurma hakkının olduğunu söylemiştir. *Grotius*'un bu düşüncesinin devletlere savaşlarını "haklı" olarak nitelendirme konusunda geniş olanaklar sağladığı söylenebilir.

Haklı savaş doktrinine göre iki tarafın da savaşa başvurması haklı olabiliyorsa bu durumda haklı savaş doktrini tarafların savaşa başvurmalarını engellemekte zayıf kalır. Buna ek olarak haklı savaş doktrini objektif kriterlere yeterince yer vermemekte ve devletlerin savaşa başvurmalarını engelleyememektedir.

Avrupa Devletleri, 1648 yılında 30 yıl savaşlarını sona erdiren Westphalia Andlaşması'nı imzalamışlardır. Bu Andlaşmayla Papalık ve Kutsal Roma İmparatorluğu'nun Avrupa içi devletlerarası ilişkileri düzenlemedeki etkinlikleri ortadan kalkmış ve sürekli ve istikrarlı bir Avrupa barışını sağlamak için bir Avrupa Kamu Hukuku sistemi kurulması amaçlanmıştır. Westphalia Andlaşması ve pozitivizmin de yükselmesi sonucunda 1815'e kadar uluslararası hukukta "haklı savaş" kavramı bir süreliğine yok olmuştur. Devletler egemen ve eşit olarak kabul edildiklerinden birbirlerinin savaş nedenlerinin haklı olup olmadığını değerlendirememişlerdir.[42]

Westphalia Andlaşması'ndan 1815'e kadar geçen süreçte haklı savaş doktrinine fazla önem atfedilmemiştir. 17. yy.'da Avrupalı devletlerin üst bir otorite ya da hukukla bağlı olmadıkları yönündeki anlayış devletlerin kendileri için fayda

[41] GROTIUS, s. 182.
[42] BROWNLIE, s. 14.

gördükleri zaman savaşa başvurabilecekleri anlayışına yol açmıştır.[43] Dönemin hukukçularından *Emerich de Vattel* (1714 - 1767) 1758 yılında yazdığı Ulusların Hukuku *(Le Droit des gens)* adlı kitabında dönemin anlayışı ile aynı doğrultuda olarak devletlerin iradesinden kaynaklanan uluslararası hukuk savaşın iki taraf için de haklı olduğunu varsayar demiştir.[44]

19. yy.'da savaşla ilgili olarak yazılmış en önemli eserlerden bir tanesi kuşkusuz Prusyalı bir general olan *Carl von Clausewitz*'in yazdığı "Savaş Üzerine" adlı kitaptır.[45] *Clausewitz* savaşı, "karşı tarafı isteklerimizi karşılamaya zorlama amacıyla yapılan şiddet eylemi" olarak tanımlamıştır. Savaş, aynı zamanda politikanın - başka araçlarla - devamı olarak nitelendirilebilir. *Clausewitz*'e göre, teorik olarak iki tür savaş vardır. Bunlar bir tarafın diğer tarafa karşı tamamen zafer kazanacağı *mutlak savaş* ve *sınırlı savaş*tır. *Clausewitz*'e göre, pratikte sadece *sınırlı savaş* mümkün olup *mutlak savaş* yapmak savaşın politik nedenlerini görmezden gelmek olacağından saçmalıktır.[46] *Clausewitz* savaşı, 19. yy.'a uygun biçimde, haklı savaş kuramının dinsel ve ahlaki değerlendirmelerinden uzak, devletlerin siyasal amaç ve stratejileri doğrultusunda uygulanan devletlerarası bir siyasal eylem olarak görmüştür.[47]

19. ve 20. yüzyıllarda haklı savaş ve haksız savaş kavramları arasındaki farkları belirleme çabası yavaş yavaş terk edilmiştir. Devletler kendilerince savaşlarına haklı nedenler bulmaya devam etmekle beraber, bunun uluslararası

[43] BROWNLIE, 1963, s. 14–16.
[44] BROWNLIE, 1963, s. 17.
[45] Sergey SAYAPIN, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, Asser Press, The Hauge, 2014, s. 24; EREKER, s. 27.
[46] SAYAPIN, s. 24.
[47] Tayyar ARI, **Uluslararası İlişkiler ve Dış Politika**, 4. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001, s. 388'den aktaran EREKER, s. 27.

hukuk bakımından değeri azalmıştır. Uluslararası hukuk savaşın içsel haklılığıyla ilgilenmeyi bırakmıştır.[48]

Birinci Dünya Savaşı ile birlikte güçler dengesi sistemi sona ermiş ve haklı savaş kavramı tekrar tartışma konusu olmuştur. Saldırı savaşının tekrar yaşanmasını engellemek ve dünya barışını sağlamak üzere uluslararası bir kurum kurma çabaları sonuç vermiş ve Milletler Cemiyeti kurulmuştur.

B. 1899 ve 1907 Lahey Konvansiyonları

Çok taraflı andlaşmalar yoluyla savaşa başvurmanın sınırlandırılması ilk olarak 1899 ve 1907 Lahey Konvansiyonları yoluyla olmuştur. Hem 1899 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü'ne ilişkin (I) No'lu Lahey Konvansiyonu'nun[49] hem de 1907 tarihli Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümüne ilişkin (I) No'lu Lahey Konvansiyonu'nun[50] 2. maddesine göre devletler *"ciddi bir anlaşmazlık ya da uyuşmazlık durumunda silaha başvurmadan önce uyuşmazlıklar elverdiği ölçüde bir veya daha çok dost devletin dostça girişimine veya arabuluculuğuna başvurmayı kabul ederler."* Görüldüğü üzere, savaşa başvurma serbestisi son derece küçük bir sınırlandırmaya tabi tutulmuştur. Bir uyuşmazlık ortaya çıktığında barışçı çözümlere gitme veya doğrudan kuvvete başvurma konusunda takdir yetkisi devletlere bırakılmıştır.[51]

---

[48] *Thomas Joseph Lawrence* savaşın haklı ve haksız nedenleri arasındaki farklar konusunda biraz da abartarak şunları söylemiştir: "(bu farklar) ahlak ve teolojiye ilişkindir ve bir uluslararası hukuk kitabında bu farklarla ilgili bir tartışmanın yer alması aile hukukuna ilişkin bir kitapta evlenmenin etik olup olmamasının tartışılması gibidir." Bkz. DINSTEIN, 2005, s. 67.

[49] Convention (I) for the Pacific Settlement of International Disputes (Hague I) (29 July 1899), Erişim: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague01.asp>, Erişim tarihi: 19.03.2015.

[50] I Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, Erişim: <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp>, Erişim tarihi: 19.03.2015.

[51] DINSTEIN, 2005, s. 79.

1907 tarihli Sözleşme Borçlarının Geri Alınmasında Kuvvete Başvurmanın Sınırlandırılmasına ilişkin (II) No'lu Lahey Konvansiyonu'nda[52] taraflar -bir hükümet tarafından diğer bir hükümete vatandaşlarına ilişkin borçlardan dolayı ileri sürülen- borçların geri alınmasında *karşı tarafın tahkim teklifini reddettiği, tahkim teklifini kabul edip bu aşamada uzlaşmayı engellediği veya tahkim kararına uymadığı durumlar hariç olmak üzere* silahlı kuvvete başvurmamayı yükümlenmişlerdir. Bu durumda da savaşa başvurma konusunda son derece küçük bir sınırlandırma öngörülmüştür. Öncelikle karşı taraf tahkimi kabul etmediğinde veya tahkimin gereklerini yerine getirmediğinde devlet savaşa başvurabilecektir. İkinci olarak da Konvansiyon devletler arası borçlarda geçerli olmayacak sadece devletin kendi vatandaşının (vatandaşı olmadığı devlete karşı olan) borcunun arkasında durması durumunda uygulanabilir olmaktadır.[53]

II. Milletler Cemiyeti Dönemi

A. Milletler Cemiyeti Misakı

Milletler Cemiyeti Misakı[54] savaşı ya da kuvvete başvurmayı tamamen yasaklamamakla birlikte, savaşa başvurulmasını belirli bir usüle bağlı kılmıştır. Misak, tarafları "aralarındaki ilişkilerin kopmasına neden olacak nitelikteki" uyuşmazlıkları tahkim, yargısal yollar veya Milletler Cemiyeti Konseyi'nin soruşturması yoluyla çözmeleriyle yükümlü tutmuştur.[55] Bir başka deyişle, Misak esasında uyuşmazlıkların barışçı çözümü yükümlülüğü getirmekte ve bu barışçı

[52] Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force Fort he Recovery of Contract Debts (Hague, II); October 18, 1907, Erişim: <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague072.asp>, Erişim tarihi: 20.03.2015.
[53] DINSTEIN, 2005, s. 79.
[54] Aslan GÜNDÜZ, **Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 72.
[55] SHAW, s. 1121.

çözüm sürecinin başarısız olması durumunda ise, savaşa başvurmaya izin vermektedir. Misak bu anlamda zamanın uluslararası örf-adet hukukuna uygundur.[56]

Misak'ın, 10. maddesi tarafları, diğer tarafların "ülke bütünlüklerine" ve "*mevcut* siyasal bağımsızlıklarına" saygı göstermek ve onları dışarıdan gelebilecek saldırılardan korumakla yükümlü tutmuştur. Bu madde göz önüne alındığında her ne kadar ilk bakışta savaş meşru müdafaa durumu haricinde yasaklanmış gibi görünse de Misak'ın diğer maddeleriyle birlikte ele alındığında savaş yasaklanmamıştır.

Misak'ın savaşa başvurmayı kısıtlayan ve uyuşmazlıkların barışçı çözümü yükümlülüğünü getiren hükümler temel olarak 10 – 16. maddeler arasında düzenlenmektedir.

Misak'ın 10. maddesine göre Cemiyet üyeleri, bütün Cemiyet üyelerinin toprak bütünlüğüne ve mevcut siyasi bağımsızlığına saygı gösterecek ve dış saldırılara karşı koruyacaktır. Böyle bir saldırı tehlikesi veya tehdidi olduğunda Konsey bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayacak yolları belirtir. Buna karşılık Misak'ın 15. maddesinin 7. paragrafı Milletler Cemiyeti Konseyi'nin bir uyuşmazlıkla ilgili oybirliğiyle (uyuşmazlık taraflarının oyları haricinde) karar alamaması durumunda Cemiyet üyelerinin hukuku ve adaleti korumak için *gerekli görecekleri biçimde* davranmak haklarının saklı olduğunu ifade etmiştir. İşte bu iki madde birbirleriyle çelişkili ifadeler içermektedir. Misak'ın 15/6 maddesi belli durumlarda savaşa başvurmaya izin verirken, 10. madde meşru müdafaa haricinde savaşı yasaklamaktadır.[57] Bu iki maddeyi bağdaştırmak amacıyla çeşitli yorumlar yapılmış olsa da Misak'ın hazırlık çalışmalarına bakıldığında m. 10'un, m. 15/7'ye

[56] BROWNLIE, 1963, s. 56.
[57] BROWNLIE, 1963, s. 62, 63.

göre ikincil konumda olduğu sonucuna varılabilir. Ancak *Brownlie*'ye göre her ne kadar Misak'ı hazırlayanların amacı m. 10'u m. 15/7 karşısında ikincil konuma koymak olsa da bu Misak'taki çelişkiyi ortadan kaldırmamaktadır.[58]

Milletler Cemiyeti döneminde devletler birçok kez 10. maddenin ihlal edildiği yönündeki iddialarla Cemiyet organlarına başvurularda bulunmuştur. Ancak Konsey eyleme ilişkin hiçbir kararında m. 10'a başvurmamıştır.[59] Sonuç olarak 10'uncu maddeye her ne kadar uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmamış da olsa maddenin devletlere saldırgan savaşa başvurmama konusunda bir yükümlülük yüklediği söylenebilir.[60]

Misak'ın 12. maddesine göre Cemiyet üyelerinin aralarındaki ilişki kopmasına yol açma ihtimali olan uyuşmazlıkları ya tahkime, ya yargısal çözümleme usulüne ya da Konsey'in soruşturmasına havale ederler. Taraflar bahsedilen hakem kararı, yargısal karar ya da Konsey'in soruşturma raporunun verilmesinden itibaren 3 ay geçinceye kadar hiçbir halde savaşa başvuramazlar.

Misak'ın 13/4 maddesine göre Cemiyet üyelerinin verilecek herhangi bir hakem ya da mahkeme kararını iyi niyetle yerine getirmeyi kabul ettikleri ve bu kararlara uyan Cemiyet üyesine karşı savaşa gitmeyeceklerini kabul ederler.

Misak'ın 15/1 maddesine göre taraflar uyuşmazlığı tahkim veya yargısal çözüme götürmezlerse uyuşmazlığı Konsey'e havale etmek zorundadırlar. Taraflar konuyu Konsey'e havale ettiklerinde öncelikle Konsey tarafları uzlaştırmaya çalışır. Bu uzlaştırma çabası başarılı olmazsa Konsey uyuşmazlığın Konsey'e

[58] BROWNLIE, 1963, s. 63.
[59] BROWNLIE, 1963, s. 64, 65.
[60] BROWNLIE, 1963, s. 65.

gönderilmesinden itibaren 6 aylık bir süre içerisinde konuyla ilgili olarak bir rapor hazırlar.

Konsey'in raporu eğer ki oybirliğiyle kabul edilmişse, (uyuşmazlığın taraflarının oyları haricinde) artık bu rapor bağlayıcıdır ve Cemiyet üyeleri bu rapora uyan taraflara karşı "savaşa girmemekle" yükümlüdürler.[61]

Ancak Konseyin raporu oyçokluğuyla kabul edilmişse bu karar tavsiye niteliğindedir ve taraflar gerekli tedbirleri alabilirler.[62]

Misak'ın 15/8 maddesine göre eğer Konsey uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine uyuşmazlığın taraflardan birinin münhasıran kendi milli yetkisine giren bir konudan ortaya çıktığı sonucuna varırsa, uyuşmazlığın çözümü hakkında bir tavsiyede bulunmaz.

Misak'ın 16. maddesine göre üye devletlerden biri Misak'ın 12, 13 veya 15. maddesine aykırı olarak savaşa başvurursa diğer üye devletler o devlete karşı ticari ya da ekonomik yaptırımlar uygulamayı kabul ederler. Maddenin 2. paragrafına göre bu durumda Konsey Cemiyet üyelerinin Cemiyet yükümlülüklerini korumak için kullanılacak silahlı kuvvetlere bireysel olarak ne gibi etkin kara, deniz ve hava kuvvetleri katkısı yapabileceklerini ilgili hükümetlere tavsiye eder. Ancak uygulamada devletler kendi ekonomilerini de düşünerek bu önlemleri uygulamaktan çekinmişlerdir.[63]

[61] Milletler Cemiyeti Misakı, m. 15/6.
[62] Milletler Cemiyeti Misakı, m. 15/7.
[63] BROWNLIE, 1963, s. 58.

Milletler Cemiyeti Misakı'nda yukarıda da incelendiği üzere devletlerin savaşa başvurma serbestileri ortadan kaldırılmamış yalnızca sınırlandırılmıştır.[64] Milletler Cemiyeti Misakı, esas alındığında hukuki olarak savaşa başvurmayı olanaklı kılan durumlar ise şunlardır:[65]

a. Madde 15/7'ye göre Konsey'in oybirliğiyle (uyuşmazlığın taraflarının oyları haricinde) tavsiyede bulunamaması durumunda taraflar istedikleri önlemi almakta serbest kalmaktadırlar.

b. Madde 15/8'e göre Konsey bir uyuşmazlığın taraflardan birinin münhasıran milli yetkisine giren bir konudan ortaya çıktığı sonucuna varırsa bir tavsiyede bulunma yetkisi olmamaktadır. Ancak bu durumda – görünüşte – milli meseleden uluslararası bir uyuşmazlık çıkması ihtimali göz ardı edilmektedir.

c. Madde 12'ye göre Konsey 6 ay içerisinde bir tavsiyede bulunamazsa ya da bir hakemlik kararı veya bir yargısal karar makul bir sürede alınamazsa taraflar istedikleri önlemi alabilmektedirler.

d. Madde 13 ve 15 devletlere, hakemlik kararı, yargısal karar veya Konsey tarafından oybirliğiyle yapılmış tavsiyeye uyan devletlere karşı savaşa başvurmayı yasaklamaktadır. Madde 12'de uyuşmazlıkla ilgili hakemlik kararı, yargısal karar veya tavsiyeden itibaren 3 ay içerisinde *her durumda* savaşa başvurmayı yasaklamaktadır. İşte bu 3 aylık sürenin geçmesinin ardından bir karar ya da tavsiyeye *uymayan devletlere karşı* savaşa başvurulabilecektir.

[64] DINSTEIN, 2005, s. 80, SHAW, s. 1122.
[65] A. MÖLLER; H.M. PRATT; F. B. KELLOG, **International Law in Peace and War, I - II**, London: Stevens & sons, 1931–1935, s. 88'den aktaran: DINSTEIN, 2005, s. 81.

e. Savaşa başvurmaya ilişkin bütün bu kısıtlamalar sadece Cemiyet üyeleri arasında geçerlidir. Bir Cemiyet üyesi ile Cemiyete üye olmayan bir devlet arasındaki uyuşmazlıklarda ya da ikisi de Cemiyet üyesi olmayan devletler arasındaki uyuşmazlıklarda Madde 17'ye göre taraflar bu uyuşmazlık bakımından Cemiyet üyelerinin yükümlülüklerini Konsey'in uygun göreceği şartlarla kabul etmeye davet edilirler. Ancak taraf olmayan devletler doğal olarak bu yükümlülükleri kabul etmeme durumunda savaşa başvurma konusunda bir kısıtlamaya tabi olmayacaklardır.

B. Briand Kellogg Paktı'na Kadar Olan Gelişmeler

Milletler Cemiyeti döneminde uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı sınırlandırmaya yönelik birçok tasarı hazırlanmıştır. Bunlardan ilki 27 Eylül 1923 tarihli Ortak Yardımlaşma Andlaşması Tasarısı'dır.[66] Tasarının ilk maddesi saldırı savaşının bir uluslararası suç olduğunu beyan etmektedir.[67] Bu madde bir savaşın hangi durumda saldırı savaşı olarak değerlendirilmeyeceğini de düzenlemiştir. Bu maddeye göre, bir savaş eğer uyuşmazlığa taraf olan devlet, Konsey'in oybirliğiyle kabul ettiği tavsiyeyi, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın kararını veya aleyhinde verilmiş tahkim kararını kabul etmeyen bir devlete karşı ise ve ilk devlet yukarıda sayılan tavsiye veya kararı kabul ediyorsa ve yine ilk devlet karşı tarafın siyasi bağımsızlığını ve ülke bütünlüğünü ihlal etmezse, saldırı savaşı olarak değerlendirilmez.[68] Tasarı 29 devlete sunulmuş ancak yürürlüğe girmemiştir.[69]

[66] SAYAPIN, s. 31.
[67] BROWNLIE, 1963, s. 68; SAYAPIN, s. 31.
[68] BROWNLIE, 1963, s. 68.
[69] BROWNLIE, 1963, s. 69; SAYAPIN, s. 31.

1924 yılında ise Birleşik Krallık ve Fransa tarafından Milletler Cemiyeti üyelerine bir "Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümüne ilişkin Protokol" tasarısı önerilmiştir. Protokol, Milletler Cemiyeti Asamblesi tarafından 2 Ekim 1924 tarihinde kabul edilmiştir.[70] Protokolün 2. maddesinde tarafların (1) saldırı fiillerine karşı koyma veya (2) Milletler Cemiyeti Misakı ve bu Protokol'e uygun olarak Milletler Cemiyeti Konseyi ya da Asamblesi ile uygun olarak hareket etme durumları haricinde bir devlete karşı hiçbir durumda savaşa başvurmayacakları düzenlenmiştir.[71] Bu düzenleme Birleşmiş Milletler Andlaşması'ndaki sisteme benzemektedir. Her iki düzenlemede de savaşa sadece meşru müdafaa veya bir uluslararası örgütün kararı ile başvurulabilir.[72] Protokol'ün 8. maddesi taraflara bir devlete karşı saldırı ya da saldırı tehdidinde bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü getirmektedir. Protokol'ün 10. maddesi ise, Milletler Cemiyeti Misak'ı veya bu Protokol'deki yükümlülüklerine aykırı hareket ederek savaşa başvuran devletlerin saldırgan olduğunu düzenlemiştir. Protokol yeterli onay sayısına ulaşamadığından yürürlüğe girmemiştir.[73]

1925 yılında Almanya, büyükelçileri aracılığıyla garanti andlaşmaları yapmak için Fransa, Belçika, Birleşik Krallık ve İtalya Hükümetlerine bir konferans düzenlemek istediğini iletmiştir. Bunun üzerine 5 Ekim – 16 Ekim 1925 tarihleri arasında İsviçre'nin Locarno kentinde bir konferans düzenlenmiştir. Bu konferansın sonucunda Almanya, Belçika, Fransa, Birleşik Krallık ve İtalya arasında birçok

[70] BROWNLIE, 1963; s. 69, SAYAPIN, s. 32.
[71] BROWNLIE, 1963, s. 69.
[72] BROWNLIE, 1963, s. 70.
[73] BROWNLIE, 1963, s. 70.

garanti ve tahkim andlaşması imzalanmıştır.[74] Bunların içinde en önemlisi anılan devletlerin hepsinin yer aldığı bir ortak garanti andlaşmasıdır. Bu andlaşmanın 2. maddesiyle taraflar birbirlerine saldırma ve birbirlerini istila etmeme yükümlülüğü altına girmişlerdir. Bu yükümlülüğün istisnaları ise haklı savunma, Versay Andlaşması'na ilişkin istisnalar ve Milletler Cemiyeti Misakı'nın 16. ve 15/7. maddelerinde düzenlenen durumlardır.[75]

C. Briand - Kellogg Paktı

1928 yılında imzalanan ve milli siyasetin bir aracı olarak kuvvet kullanılmasını yasaklayan Briand-Kellogg Paktı kuvvet kullanmanın düzenlenmesinin dönüm noktalarından bir tanesidir.[76] "Milli Siyasetin Bir Aracı Olarak Savaşın Terkedilmesine İlişkin Genel Andlaşma"[77] diğer adlarıyla Briand-Kellogg Paktı ya da Paris Misakı dönemin Fransız Dışişleri Bakanı Aristide Briand ve ABD Dışişleri Bakanı Frank Kellogg'un çabaları sonucunda 27 Ağustos 1928'de Paris'te imzalanmıştır. 24 Temmuz 1929'da yürürlüğe giren Pakt halen yürürlüktedir.[78]

1920'lerde ABD, Japonya ve bazı Avrupa Devletleri arasında yapılan uyuşmazlıkların barışçı çözümüne ilişkin bir dizi iki taraflı andlaşma yapılmıştır. Briand-Kellogg Paktı da önceleri Fransa ve ABD arasında savaşın yasaklanmasına

[74] Bu konferansın sonrasında yapılan tüm andlaşmalar 1 Aralık 1925'te Londra'da imzalanmış ve kısa süre sonra onaylanmıştır. Bkz. SAYAPIN, s. 33, 34.
[75] BROWNLIE, 1963, s. 71.
[76] DINSTEIN, 2005, s. 83, SAYAPIN, s. 35.
[77] Briand – Kellogg Paktı'nın İngilizce orijinal metni için, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp, Erişim tarihi: 17.03.2015; Türkçe metin için, GÜNDÜZ, s. 81.
[78] SHAW, s. 1122.

ilişkin bir iki taraflı andlaşma olarak planlanmıştır.[79] Fransa ve ABD arasında yapılması planlanan andlaşmanın ilk paragrafı şu şekildedir:

"Yüksek Sözleşmeci Güçler, savaşa başvurmayı red ve takbih ettiklerini ve birbirleriyle ilişkilerinde savaşı milli siyasetin bir amacı olarak görmekten vazgeçtiklerini Fransız ve ABD Halklarının adına resmi surette beyan ederler."[80]

Fransa Dışişleri Bakanı Briand'ın andlaşmaya ilişkin ABD'ye yaptığı teklife cevap olarak ABD Dışişleri Bakanı Kellogg, andlaşmanın iki taraflı olarak yapılması yerine dünyadaki büyük güçlerin de taraf olacağı çok taraflı bir andlaşmaya dönüştürülmesini ve andlaşmanın tüm devletlerin katılımına açık olmasını önermiştir.[81] Fransa andlaşmanın çok taraflı yapılması önerisini kabul etmiştir. Buna karşılık Fransa, ABD ile iki taraflı olarak yapılacak bir andlaşmada, savaşa başvurmanın şartsız olarak yasaklanmasını kabul edeceğini ancak çok taraflı bir andlaşma söz konusu olduğunda sadece saldırı savaşının yasaklanmasını kabul edebileceğini ifade etmiştir. Fransa buna gerekçe olarak Milletler Cemiyeti üyeliğinden, 1925 Locarno Andlaşmalarını ve benzer iki-taraflı andlaşmalardan doğan yükümlülüklerinin savaşın tamamen yasaklanması durumunda etkileneceğini ileri sürmüştür.[82] ABD Dışişleri Bakanı bu gerekçeye karşı çıkmış ve Milletler Cemiyeti'nin amacının da – Briand-Kellogg Paktı gibi – savaşları engellemek olduğunu ve Milletler Cemiyeti'ne üyeliğin Briand-Kellogg Paktı'yla neden bağdaşmadığının açık olmadığını ifade etmiştir.[83]

---

[79] Frank B. KELLOGG, "The War Prevention Policy of The United States", **Advocate of Peace through Justice,** Vol. 90, No. 4, 1928, ss. 238-244, s. 238.
[80] KELLOGG, s. 242.
[81] KELLOGG, s. 242.
[82] KELLOGG, s. 242.
[83] SAYAPIN, s. 35.

Neticede Briand-Kellogg Paktı ilk taslağa göre daha sınırlayıcı bir şekilde kabul edilmiştir. Paktın ilk maddesi şöyledir:

"Yüksek Akit Taraflar, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için savaşa başvurmayı red ve takbih ettiklerini ve birbirleriyle ilişkilerinde savaşı milli siyasetin bir aracı olarak görmekten vazgeçtiklerini milletleri adına resmi surette beyan ederler."[84]

Bu metne ABD-Fransa arasında yapılması planlanan andlaşmanın taslağından farklı olarak *milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için* ifadesi eklenmiştir.

Paktın ikinci maddesi tarafların aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların "barışçı araçlar dışında hiçbir surette" çözümlenmeye veya giderilmeye çalışılmayacağını düzenlemektedir.

Briand-Kellogg Paktıyla birlikte uluslararası hukuk *jus ad bellum*dan *jus contra bellum*a doğru gelişmiştir.[85] Artık savaşa başvurmanın yasak olması bir uluslararası hukuk kuralı haline gelmiştir. Ancak Pakt, savaşı genel olarak yasaklamasına rağmen aşağıdaki durumlarda savaş hukuki olmaya devam etmektedir:[86]

a. Meşru müdafaa savaşları: Paktta meşru müdafaa hakkı ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Paktı imzalayan devletler arasındaki resmi yazışmalarda meşru müdafaa hakkının muhafaza edileceğinden bahsedilmiştir.[87] Buna ek olarak Paktın giriş kısmında *"(...) milli menfaatlerini savaşa başvurmak suretiyle*

[84] GÜNDÜZ, s. 82.
[85] Michael MHOWARD, **Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?, Restraints on War 1,** Oxford University Press, 1979, s. 11'den aktaran DINSTEIN, 2005, s. 83.
[86] DINSTEIN, 2005, s. 83.
[87] DINSTEIN, 2005, s. 83.

geliştirmeye çalışacak olan Devletlerin bu Andlaşmayla sağlanacak menfaatlerden mahrum edileceğine (...)" ifadesi vardır. Bir başka ifadeyle eğer bir devlet bir diğerine karşı savaşa başvurursa artık Briand-Kellogg Paktı'nın sağladığı savaşa başvurma yasağının kendisine sağladığı menfaatlerden yararlanamayacak ve kendisine karşı savaşa başvurulması Pakta aykırı olmayacaktır.

b. Uluslararası siyasetin bir aracı olarak savaş: Paktın birinci maddesi savaşa milli siyasetin bir aracı olarak başvurulmasını yasaklamıştır. Bu durum Milletler Cemiyeti'nin himayesinde savaşa başvurmaya olanak vermektedir. Çünkü böyle bir durumda savaşa milli siyasetin bir aracı olarak başvurulmamış olacaktır. "Milli siyasetin aracı" ifadesinden yola çıkarak dini, ideolojik ve benzer (milli siyasetin aracı olmayan) amacıyla savaşa başvurulabileceği bir hakemlik kararı ya da yargı kararına uyulmasını sağlamak amacıyla savaşa başvurulabileceği ve uluslararası hukukun ihlalinden doğan durumlara karşı savaşa başvurmanın – bu durumlar milli siyasetin değil uluslararası siyasetin bir aracı olduğundan – mümkün olduğu gibi yorumlar yapıldıysa da bu görüşlere katılmak mümkün değildir.

c. Taraf olmayan devletler: Pakt sadece tarafları bağladığından taraf olmayan devletler arasındaki veya taraf devletler ile taraf olmayan devletler arasındaki uyuşmazlıklarda savaşa başvurma serbestisi devam etmektedir.

d. Savaş teriminin belirsizliği: Savaş teriminin tam olarak tanımlanmamış olması belirsizlik yaratmıştır ve savaşa varmayan kuvvet kullanma hallerinin yasaklanmadığı konusunu tartışmaya açmıştır.

1939 yılı itibariyle 67 devletin 63'ü Briand-Kellogg Paktı'nı onaylamıştır, ki bu da Pakta neredeyse evrensel bir etki vermiştir.[88] Pakt sık sık devlet uygulamasına da konu olmuş savaşa ilişkin sınırlamalar içeren birçok iki taraflı ve çok taraflı andlaşmaya temel oluşturmuştur.[89] Ancak ne Milletler Cemiyeti Misakı ne de Briand-Kellogg Paktı İkinci Dünya Savaşı'nı engelleyememiştir.

III. Birleşmiş Milletler Sistemi ve Güncel Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma

A. Birleşmiş Milletler Andlaşması

Modern uluslararası hukuk düzeninin temel amaçlarından biri BM Andlaşması m. 1/1'de düzenlendiği üzere uluslararası barış ve güvenliğin korunmasıdır. Bu amaçla BM Andlaşması m. 2/4, devletlerin uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanımını ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmasını yasaklamıştır. Bu yasak günümüzde, UAD'nin Nikaragua Kararı'nda da belirttiği üzere bir uluslararası örf ve adet kuralı haline gelmiş olup, doktrinin büyük çoğunluğu tarafından *jus cogens* norm olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bu yükümlülük BM Andlaşması m. 103 uyarınca BM üyesi devletlerin diğer andlaşmalardan doğan yükümlülüklerine nazaran üstündür.[90]

BM Andlaşması'nda düzenlenen bu yasağın getirdiği en önemli yeniliklerden biri, Briand-Kellogg Paktı'nın aksine sadece savaşı değil, kuvvet kullanma tehdidini

[88] Gerhard WERLE, **Principles of International Criminal Law: Third Edition**, Oxford University Press, Oxford, 2014, para. 1440.
[89] Devlet uygulamasına iyi bir örnek, Stimson Doktrini'nin ortaya çıkışıdır. 1931'de Japonya'nın Mançurya'yı işgalinde ABD Dışişleri Bakanı Henry Stimson ABD'nin Briand-Kellogg Paktı'na aykırı ülkesel değişiklikleri tanımayacağını ifade etmiş ve bu doktrin de zamanla bir uluslararası örf-adet hukuku haline gelmiştir. WERLE, para. 1440.
[90] SAYAPIN, s. 76.

ve kuvvet kullanmayı yasaklamasıdır. Bu sayede devletlerin savaşa varmayan silahlı zorlama eylemleri de yasak kapsamına sokulmuştur. BM Andlaşması'nın 2/4 maddesi günümüzde kuvvet kullanmayla ilgili en temel normdur. Bu nedenle madde 2/4 ile ilgili olarak "Barışın BM Andlaşması'ndaki mihenk taşı"[91] ve "BM Andlaşması'nın kalbi"[92] gibi ifadeler kullanılmıştır. Uluslararası Adalet Divanı da bu hükmü Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetler Davası'nda (Kongo Kararı) "BM Andlaşması'nın köşetaşlarından biri" olarak nitelendirmiştir.[93]

BM Andlaşması m. 2/4 hükmü şöyledir: *"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar."*

BM Andlaşması m. 2/4 hükmü, Andlaşma'nın VII. Bölümüyle, özellikle de 39. ve 51. maddeleri ile yakından ilgilidir. Bu sebeple bu maddelerle birlikte değerlendirilmelidir. Tam bu noktada m. 2/4 ve bahsedilen diğer maddelerde birbiriyle ilgili olan ama bazı farklılıklar da içeren kavramlara yer verildiği dikkat çekmektedir. Bu kavramlar "kuvvet kullanma", "kuvvet kullanma tehdidi", "barışın tehdidi", "barışın bozulması", "saldırı fiili" ve "silahlı saldırı"dır. Bilindiği üzere bu

[91] Claude H. M. WALDOCK, "The Regulation of the Use of Force by Individual States, International Law", **Recueil des Cours,** Cilt: 81, 1952, ss. 451-517, s. 492.
[92] Louis HENKIN, "The Reports of The Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated", **American Journal of International Law,** Cilt: 65, 1971, ss. 544-548, s. 544.
[93] Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgment of 19 December 2005, (Bundan sonra Congo Judgment olarak anılacaktır) para. 148.

kavramlar BM Andlaşması'nda tanımlanmamaktadır ve ne doktrinde ne de devlet uygulamasında tam anlamıyla açıklığa kavuşturulabilmiştir.[94]

Bu maddede yer alan "kuvvet kullanma" kavramının ne anlama geldiği önemlidir. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edildiği üzere bu kavram bir devlet tarafından diğer bir devlete, bu devletin vatandaşlarına veya kamusal ya da özel mülkiyetine karşı, kendi silahlı kuvvetleri, düzensiz silahlı birlikler veya diğer savaş metodları (uygulanabilir insancıl hukuk bağlamındaki) aracılığıyla silahlı veya askeri kuvvetlerin kullanılması veya kullanılması tehdidi olarak tanımlanabilir.[95] Yukarıdaki ifadeden de anlaşıldığı üzere kuvvet kullanma silahlı kuvvet kullanımıyla sınırlıdır.[96]

BM Andlaşması'nın 2/4 maddesi ekonomik baskı ya da zorlama eylemlerini yasaklamamaktadır.[97] BM Andlaşması'nın hazırlık çalışmalarında Brezilya 6 Mayıs 1945 tarihinde San Francisco Konferansı'nda kuvvet kullanma yasağının ekonomik zorlama veya ekonomik baskıyı da kapsaması için bir öneri yapmış ancak bu öneri açıkça reddedilmiştir.[98] Buradan m. 2/4'ün ekonomik zorlamayı yasaklamadığı sonucu çıkmaktadır.[99] Yine BM Genel Kurulu'nun 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı "Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi"nde m. 2/4'ten sadece silahlı kuvvet kullanımıyla ilgili olarak

[94] Oliver DÖRR; Albrecht RANDELZHOFER, Article 2 (4), in **Charter of the United Nations:** A Commentary, Volume I,(3rd Edition), Edited By: SIMMA, B.; KHAN D.-E., NOLTE, G.; PAULUS, A.; WESSENDORF, N., (Assistant Editor), Oxford University Press, 2012, (Bundan sonra Dörr 2012 olarak anılacaktır), s. 208.
[95] SAYAPIN, s. 80.
[96] Yoram DINSTEIN, **War Aggression and Self-Defence**, Fifth Edition, Cambridge University Press, New York, 2012, para. 236; BROWNLIE, 1963, s. 362.
[97] Yücel ACER, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu,** Roma Yayınları, Ankara, 2004, s. 56.
[98] Bruno SIMMA, **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Oxford University Press, Oxford, 1994, s. 112'den aktaran: SAYAPIN, s. 80.
[99]DINSTEIN, 2005, s. 86; Christine, GRAY,"The Use of Force and International Legal Order"**,** in **International Law, 2nd Edition,** edt. by Malcolm D. EVANS, Oxford University Press, 2006, ss.589-619, s. 618.

bahsedilmiştir.[100] Buna karşılık ekonomik, siyasi ve diğer tip karışmalar ise, "karışmama – müdahale etmeme" başlığı altında yer almaktadır.[101]

Brownlie'ye göre m. 2/4 silahlı olmayan fiziksel kuvveti de kapsamaktadır.[102] Buna örnek olarak baraj kapaklarını açıp nehrin aşağı kısmında kalan devletin zarar görmesini sağlama ve sınırın diğer tarafında bir yangın başlatma gösterilmektedir. Günümüzde de benzer bir örnek olarak büyük yıkıcı etkisi olan siber saldırılara dikkat çekilmekte ve siber saldırıların kuvvet kullanma olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir.[103]

BM Andlaşması madde 2/4 bir devletin başka bir devlete karşı sadece doğrudan kuvvet kullanımını değil bir devletin başka bir devlet veya başka kişi ya da gruplar aracılığıyla gerçekleştirdiği dolaylı kuvvet kullanımını da yasaklamaktadır. Dolaylı kuvvet kullanımına örnek olarak bir devletin düzensiz birlikler, paralı askerler ve asiler aracılığıyla gerçekleştirdiği eylemler verilebilir.[104]

Devletler doğrudan kuvvet kullanma yoluna gitgide daha az başvurmaktadırlar. Buna karşılık devletler artan bir oranda diğer bir devletin ülkesindeki şiddet eylemlerine katılmakta veya bu eylemleri desteklemektedirler. Devletlerin dolaylı kuvvet kullanma yollarına başvurmalarının nedeni olarak gerginliklerin tırmanması riskini azaltma, kamuoyunun savaşa karşı olması, geleneksel bir savaş için yetersiz askeri kaynak ve doğrudan kuvvet kullanma

[100] BM Genel Kurulu: 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı "Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi", m. 1. Bkz. UN Doc. A/RES/25/2625.
[101] Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi m. 3, para. 2.
[102] BROWNLIE, 1963, s. 362, 363,376,377.
[103] Matthew C.WAXMAN, Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4), **Yale Journal of International Law**, Vol: 36, Issue 2, 2011, ss. 421 - 459, s. 421.
[104] Oliver DÖRR, "Use of Force, Prohibition of", **Max Planck Encyclopedia of International Law**, 2011, (Bundan sonra DÖRR, 2011 olarak anılacaktır) para. 15.

yolunda kuvvet kullanma yasağının ihlalinin daha bariz olması örnek gösterilebilir.[105] Günümüzde özellikle güçlü devletler diğer devletlerin topraklarını ele geçirmeye çalışmaktan vazgeçmişler, bunun yerine diğer devletlerin hükümetlerine odaklanmışlardır.[106] Bu amaçlara ulaşabilmek için de geleneksel savaşlar yerine devletler diğer devletteki hükümet karşıtı güçleri desteklemeyi tercih etmektedirler.

Günümüzde m. 2/4'ün "dolaylı kuvvet kullanma"yı da yasakladığı kabul edilmektedir. Ancak devletlerin dolaylı kuvvet kullanma eylemlerini gerçekleştirdiği kişi ve grupların eylemlerine ne derecede ve ne şekilde katılmasının kuvvet kullanma teşkil edeceği ve bu kişi ve grupların eylemlerinin hangi durumlarda devlete atfedilebileceği tartışmalıdır.

Genel Kurul'un kabul ettiği 2625 (XXV) Dostça İlişkiler Bildirisi'nin kuvvet kullanmaya ilişkin bölümünün sekizinci paragrafında, her devletin diğer bir devletin ülkesine saldırı/tecavüz amaçlı düzensiz birlikler, silahlı çeteler ve paralı askerler gönderilmesini organize etmekten ve organize edilmesini desteklemekten kaçınma yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.[107] Uluslararası Adalet Divanı da *Kongo Kararı*'nda Dostça İlişkiler Bildirisi'nin bu ifadesinin uluslararası örf-adet hukukunun tespiti olduğunu açıklamıştır.[108] Divan, *Nikaragua Kararı*'nda da – bu kişi ve gruplara devlet tarafından yapılan - her türlü yardım eyleminin kuvvet kullanma olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Divan'a göre bu grupların

[105] Oliver DÖRR, Albrecht Randelzhofer, Article 2 (4), içinde: Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I,(3rd Edition), Edited By: Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf, (Assistant Editor), Oxford University Press, 2012, (Bundan sonra DÖRR 2012 olarak anılacaktır), s. 211.
[106] Richard A. FALK, **Legal Order in a Violent World,** Princeton University Press, 1968, s. 112.
[107] Friendly Relations Declaration. UN Doc. A/RES/25/2625.
[108] Congo Judgment, para. 162.

silahlandırılması ve eğitilmesi kuvvet kullanma tehdidi veya kuvvet kullanma olarak nitelendirilebilecekken finansal destek kuvvet kullanma olarak nitelendirilemez.[109]

BM Andlaşması'nın 2/4 maddesi, kuvvet kullanımını devletlerin uluslararası ilişkilerinde yasaklamaktadır.[110] Bu sebeple bir devletin silahlı kuvvetlerinin kendi ülkesi içinde kullanımını, isyancıların ülke içinde bir silahlı çatışma başlatmalarını veya devletin bu kişilere karşı silahlı mücadelesini yasaklamaz.[111] Yine bir devlet ülkesi üzerinde başka bir devletin silahlı kuvvet kullanmasına rıza gösterebilir. Devletin bu rızası gerçek/orijinal olduktan sonra diğer devletlerin devletin rızasına uygun şekildeki silahlı kuvvet kullanmaları kuvvet kullanma yasağını ihlal etmez.[112]

Kuvvet kullanma yasağı *devletlerin* uluslararası ilişkilerinde geçerli bir yasak olduğundan bir devletin kendi ülkesini korumak amacıyla ülkeye izinsiz giren kişilere ve hava ve deniz araçlarına karşı giriştiği askeri faaliyetler de kuvvet kullanma yasağını ihlal etmez.[113]

Ancak bir hava veya deniz aracına açık denizde yapılan bir saldırı söz konusuysa durum değişmektedir. Devlet uygulamasında bir başka devletin hava veya deniz aracına – özel veya devlet aracı olması fark etmeksizin – yapılan saldırılar devlete karşı yapılmış kabul edilmekte olup kuvvet kullanma yasağının kapsamına

[109] UAD'ye göre *kontralara* finansal destek her ne kadar kuvvet kullanma olarak nitelendirilemese de Nikaragua'nın içişlerine karışmadır. Case Concerning Military And Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America) Nicaragua Judgment, Judgment Of 27 June 1986 (Bundan sonra Nicaragua Judgment olarak anılacaktır), para. 228.
[110] DINSTEIN, 2005, s. 85.
[111] DÖRR, 2011, para. 21.
[112] BROWNLIE, 1963 s. 317.
[113] Oscar SCHACHTER, "The Right of States to Use Armed Force", **Michigan Law Review,** Cilt: 82, ss. 1620-1646, s. 1626.

girmektedir.[114] Hatta Petrol Platformları Davası'nda UAD başka bir devlet gemisinin mayınlanmasının "silahlı saldırı" teşkil edebileceğini ifade etmiştir.[115]

Madde 2/4 kuvvet kullanma tehdidini de yasaklamaktadır. Bu kuvvet kullanma tehdidi ancak kuvvet kullanmanın hukuka aykırı olduğu durumlarda yasak olacaktır. Yoksa hukuka uygun bir kuvvet kullanımının olası olduğu durumlarda bu kuvveti kullanma tehdidi hukuka aykırı değildir.[116] UAD, 1996 tarihli Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu Danışma Görüşü'nde[117] de aynı doğrultuda görüş belirtmiştir.[118] Çoğu zaman kuvvet kullanma tehdidi ile tehdit edilen devlet arasında bağlantı kurmak kolay olmamaktadır. Bu sebeple hedefteki devletin belirli bir davranışı gerçekleştirmesi veya gerçekleştirmemesine yönelik spesifik bir tehdit m. 2/4'e aykırı olacaktır.[119]

Madde 2/4'teki bir başka önemli nokta ise kuvvet kullanımına ya da tehdidine devletlerin "toprak bütünlüğü" ve "siyasal bağımsızlığına" karşı başvurulmaması ifadesidir. Bu ifadelerin lafzi yorumu sonucunda "toprak bütünlüğünü" ve "siyasal bağımsızlığı" ihlal etmeyen kuvvet kullanma eylemlerinin m. 2/4'ü ihlal etmeyeceği savunulmuştur. Hatta devletin ülkesinin bir bölümünün kalıcı olarak kaybedilmesi durumu dışındaki durumlarda kuvvet kullanma yasağının ihlal edilmeyeceği iddia

[114] DÖRR, 2012, 217.
[115] Case Concerning the Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment Of 6 November 2003 (Bundan sonra Oil Platforms Judgment olarak anılacaktır), para. 72.
[116] DINSTEIN, 2005, s. 86.
[117] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996 (Bundan sonra Nuclear Weapons Advisory Opinion olarak anılacaktır), Bu kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.Gökçen ALPKAYA, "Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,** Cilt: 64, Sayı: 3, ss. 221-237, 2009, UAD kararda nükleer silahların sadece bulundurulmasının kuvvet kullanma tehdidine aykırı olduğunu ifade etmekten kaçınmıştır, bkz. GRAY, 2006, s. 619.
[118] Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 246.
[119] DÖRR, 2012, s. 218.

edilmiştir.[120] Bunun haricinde vatandaşların kurtarılması, demokrasinin desteklenmesi ve self-determinasyon amacıyla kuvvet kullanılmasının m. 2/4 ile uyumlu olup olmadığı tartışılmıştır.[121]

Ancak çoğunluk tarafından da kabul edilen görüşe göre "toprak bütünlüğü" ve "siyasal bağımsızlık" kavramları sınırlayıcı değildir ve devletlerarası kuvvet kullanma tamamen yasaktır.[122] BM Andlaşması'nın hazırlık çalışmalarında da "toprak bütünlüğü" ve "siyasal bağımsızlık" kavramları andlaşma metninde yer almamaktadır. Ancak sonraki aşamalarda bu kavramların önemini vurgulanmak amacıyla söz konusu kavramlar andlaşma metnine dahil edilmiştir ve bu yapılırken hiçbir şekilde m. 2/4'ün kapsamını daraltma amacı güdülmemiştir.[123]

UAD tarafından ele alınan Korfu Boğazı Davası'na konu olayda, Birleşik Krallık Arnavutluk karasularında iki gemisinin batırılmasından kimin sorumlu olduğuna ilişkin olarak kanıt toplama amacıyla zorla karışma (*forcible intervention*) yapmıştır. Birleşik Krallık bu eyleminin m. 2/4'ü ihlal etmediğini çünkü bu eylemin Arnavutluk'un "toprak bütünlüğünü veya siyasal bağımsızlığını ihlal etmediğini" ileri sürmüştür.[124] Ancak UAD, bu iddiayı reddetmiş ve kuvvet kullanma politikası olarak karışma hakkının geçmişte en büyük suistimallere yol açtığını ve kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.[125] Divan bu görüşünü Nikaragua

[120] DINSTEIN, 2005, s. 87.
[121] GRAY, 2006, s. 619.
[122] BROWNLIE, 1963, 267.
[123] DINSTEIN, 2005, s. 87.
[124] Philippa WEBB, "The Use of Force and The Emerging International Judicial System", in A. BYRNES; M. HAYASHI; C. MICHAELSEN, **International Law in the New Age of Globalization**, **Brill,** Nijhoff**,** 2013, s. 126.
[125] The Corfu Channel Case Judgment of April 9th, 1949, s.35.
Erişim:http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf, Erişim tarihi: 27.04.2015.

Davası'nda da tekrarlamıştır.[126] Yine Eritre – Etiyopya Sınır Komisyonu (*Eritrea – Ethiopia Claims Commission*) kuvvet kullanılmasına neden olan toprak talebi haklı bir talep olsa bile bu amaçla kuvvete başvurmanın uluslararası hukuku ihlal edeceğini söylemiştir.[127]

B. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda Kuvvet Kullanma Yasağının İstisnaları

BM Andlaşması'nda, m. 2/4'te düzenlenen kuvvet kullanma yasağı bakımından günümüzde geçerli iki istisnadan söz etmek mümkündür.[128] Bunlar BM Andlaşması'nın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı ve BM Güvenlik Konseyi'nin BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde kararlaştıracağı silahlı kuvvet kullanılmasını içeren zorlama tedbirleridir. Biz, Güvenlik Konseyinin VII.

---

[126] Nicaragua Judgment, para. 202.
[127] SHAW, s. 1128.
[128] BM Andlaşmasında kuvvet kullanma yasağına istisna getiren fakat fiilen uygulanmamış iki hüküm daha bulunmaktadır. Birincisi, BM Andlaşması m. 106'da düzenlenmiştir. Bahsedilen hüküm şu şekildedir:"*Güvenlik Konseyine, kendi kanısına göre 42. madde uyarınca üzerine düşen sorumlulukları yüklenmesi olanağını verecek olan ve 43. maddede sözü edilen özel anlaşmalar yürürlüğe girinceye değin, 30 Ekim 1943'de Moskova'da imzalanan Dört Ulus Bildirgesi'nin tarafları ile Fransa, işbu Bildirge'nin 5. maddesi uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekebilecek her türlü eyleme Birleşmiş Milletler adına birlikte girişmek üzere birbirlerine ve eğer durum gerektiriyorsa Birleşmiş Milletler'in öteki üyelerine danışacaklardır.*" İkincisi ise BM Andlaşması m. 53 ile birlikte değerlendirilmesi gereken m. 107 hükmüdür. Söz konusu hükümler sırasıyla şu şekilde kaleme alınmıştır:

BM Andlaşması m. 53: "*1. Güvenlik Konseyi, gerekirse, kendi yetkisi altında alınan zorlayıcı önlemlerin uygulanması için bölgesel anlaşma ya da kuruluşlardan yararlanır. Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın bölgesel anlaşmalar uyarınca ya da bölgesel kuruluşlar tarafından hiçbir zorlama eylemine girişilmeyecektir; bu maddenin 2. fıkrasında verilen tanıma göre düşman devlet sayılan tüm devletlere karşı 107. Madde uyarınca alınan ya da böyle bir devletin saldırı politikasına yeniden girişmesine karşı bölgesel anlaşmalar çerçevesinde yöneltilen önlemler, ilgili hükümetlerin isteği üzerine örgütün böyle bir devlet tarafından girişilecek yeni bir saldırıyı önleme görevini üstlenmesi mümkün oluncaya dek, bunun dışındadır.*
2. Bu Madde'nin 1. fıkrasında kullanıldığı şekliyle düşman devlet terimi, İkinci Dünya Savaşı sırasında, işbu Andlaşma'yı imzalamış herhangi bir devletin düşmanı olmuş olan herhangi bir devleti anlatır."
BM Andlaşması m. 107: "*İşbu Andlaşma'nın hiçbir hükmü, Andlaşma'yı imzalayan herhangi bir devletin İkinci Dünya Savaşı sırasında düşmanı durumunda olan bir devlete karşı, bu konuda sorumluluk sahibi hükümetlerin sözkonusu savaşın sonucu olarak giriştiği ya da girişilmesini uygun bulduğu bir eylemi ne etkiler, ne de engeller.*" II. Dünya Savaşındaki düşman devletlerin BMÖ'ye üye olmasının ardından bu hükmün anlamını yitirdiği yönünde bkz. Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, (IV. Kitap), s. 121.

Bölüm çerçevesinde kararlaştırdığı silahlı kuvvet kullanılmasını içeren zorlama tedbirlerini ana hatlarıyla açıkladıktan sonra, çalışma konumuz bakımından teşkil ettiği önem dolayısıyla BM Andlaşması m. 51'de düzenlenen meşru müdafaayı ayrıntılı olarak ele alacağız.

1. Güvenlik Konseyi Tarafından BM Andlaşması'nın VII. Bölümü Çerçevesinde Kararlaştırılan Tedbirler

BM Andlaşması'nın 24. ve 12. maddeleri çerçevesinde, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında birincil sorumluluk Güvenlik Konseyi'ne aittir. Konsey, BM Andlaşması m. 39'a göre barışın tehdit altında olduğunu, bozulduğunu ya da bir saldırı fiilinin varlığını saptarsa silahlı kuvvet kullanılmasını içeren tedbirlerin alınmasına karar verebilir. Belirli kapsam ve boyuttaki her kuvvet kullanımı veya tehdidi en azından barışın tehdidine neden olduğundan Güvenlik Konseyi m. 2/4'ün ihlalini teşkil eden herhangi bir durumda bu tür zorlama tedbirlerini kararlaştırabilir. BM Andlaşması m. 25 ile BM üyesi devletler Güvenlik Konseyi kararlarının yürütülmesini yükümlenmişlerdir.[129] Dolayısıyla bir üye devlet, BM Güvenlik Konseyinin Andlaşmanın VII. Bölümü çerçevesi kabul ettiği silahlı kuvvet kullanılmasını içeren zorlama tedbirlerine başvurulmasına izin veren bir karara uygun olarak hareket ediyorsa bir başka devlete karşı kuvvet kullanma yetkisini haizdir.

Aslında BM Andlaşmasının VII. Bölümünde öngörülen kuvvet kullanılmasını içeren tedbirlerin uygulanması bakımından BM kurulurken planlanan, barışın tehdidi, bozulması ve saldırı fiilinin varlığı hallerine cevap vermek üzere BM

[129] BM Andlaşması m. 25:"*Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Andlaşma uyarınca,Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.*"

Güvenlik Konseyinin emrinde bir silahlı güç bulunmasıydı (m. 43). Ancak Güvenlik Konseyi'nin emrine gerekli silahlı kuvvetleri vermek üzere BM Andlaşması m. 43'de öngörülen özel anlaşmaların üye devletlerle akdedilememesi neticesinde bahsedilen mekanizma hiçbir zaman hayata geçirilememiştir.[130] Bu nedenle uygulamada BM Güvenlik Konseyi BM Andlaşması m. 42'de öngörülen eylemlere fiilen bizzat girişemediğinden, bu tür önlemlerin uygulanması konusunda genellikle üye devletleri yetkilendirmiş; bu usul de gerek BM'nin diğer organlarının gerekse üye devletlerin önemli bir itirazıyla karşılaşmadan yerleşmiştir. Ayrıca BM Andlaşması m. 42'de bu madde kapsamında girişilecek önlemlerin BM üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebileceğinin öngörülmesi ve m. 48'de de Güvenlik Konseyi kararlarının yürütülmesi için gerekli tedbirlerin BM üyelerinin tamamı ya da bir kısmı tarafından alınacağının düzenlenmesi bu uygulamanın BM Andlaşmasında da temellerinin bulunduğunun ileri sürülmesine yol açmıştır.[131]

Kuvvet kullanma yasağının temel öneme sahip bir ilke olması ve bu ilkenin *jus cogens* niteliği gereği, bu istisna kapsamında kuvvete başvurulabilmesi için Güvenlik Konseyi'nin açık ve net bir yetkilendirme içeren bir kararı gerekmektedir. Yoksa Güvenlik Konseyi'nin bir olayın veya durumun BM Andlaşması'nın VII. Bölümü'ne başvurulmasını gerektirecek şekilde barışın tehdidini, bozulmasını veya saldırı fiilinin mevcudiyetini içerdiğini saptaması ve/veya silahlı kuvvet

[130] Christine GRAY, **International Law and the Use of Force**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, (Bundan sonra Gray 2008 olarak anılacaktır) s. 254; Melda SUR, **Uluslararası Hukukun Esasları,** Güncellenmiş 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 210.
[131] DÖRR, 2012, s. 221.

kullanılmasını içermeyen tedbirler kararlaştırması, bu olay veya durum karşısında BM üyesi devletlerin kuvvete başvurmasını hukuka uygun kılmayacaktır.[132]

Genel Kurul da 1950 yılında aldığı "Barış İçin Birlik" kararıyla bazı durumlarda uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin tavsiye verebilme yetkisine sahip olmuştur.[133] "Barışın bozulması, tehdidi veya saldırı" durumlarında Güvenlik Konseyi sürekli üyelerin vetosu yüzünden asli görevi olan uluslararası barışın ve güvenliğin korunması görevini yerine getiremezse, Genel Kurul konuyu derhal ele alıp gerekli gördüğünde uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması için silahlı kuvvet kullanma da dâhil olmak üzere üye devletlere uygun tavsiyelerde bulunabilir.[134] Bu kararla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin kolektif güvenlik sistemi üzerindeki tekeli zayıflamıştır.[135] Ancak bu durum Genel Kurul'un m. 41 ve m. 42'de düzenlenen zorlama tedbirlerine ilişkin karar alabileceği şeklinde bir kabule neden olmamıştır. Genel Kurul daha sonra kendini tavsiyelerle sınırlandırmış ve kendisinin bağlayıcı karar alabileceği veya kuvvet kullanımına yetki verebileceği şeklinde bir yorum yapmamıştır.[136]

---

[132] DÖRR, 2011, para. 42.

[133] SUR, s. 185, 186; Christina BINDER, "Uniting for Peace Resolution", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2013, para. 1.

[134] UNGA Resolution 377 (V), 3 Kasım 1950, (UN Doc. A/1775), s. 10. Bu karar Kore Krizi sırasında oluşturulmuştur. Kriz sırasında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) Çin'in Tayvan rejimi tarafından temsilini protesto etmek amacıyla Konsey'in Haziran ve Temmuz 1950'deki oturumlara katılmamıştır. Ancak Güvenlik Konseyi SSCB'nin yokluğunda Kuzey Kore'nin Güney Kore'ye karşı gerçekleştirdiği eylemleri "barışın bozulması" olarak nitelendirmiştir. Konsey 27 Haziran 1950 (UN Doc. S/1511) ve 7 Temmuz 1950'de (UN Doc. S/1588) aldığı kararlarla üyelere Güney Kore'ye yardım etmelerini tavsiye etmiştir. Ancak SSCB temsilcisinin 1 Ağustos 1950'de oturumlara katılmaya devam etmesi ve veto yetkisini kullanmasıyla konuyla ilgili başka karar alınamamıştır. Bunun üzerine Genel Kurul'da Batı Blok'u devletlerinin desteği ve Doğu Blok'u devletlerinin karşı çıkmasıyla "Barış İçin Birlik Kararı" kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BINDER, para. 1–35.

[135] BINDER, para. 1.

[136] Dominik ZAUM, "The Security Council, The General Assembly, And War The Uniting For Peace Resolution" in **The United Nations Security Council and War, The Evolution Thought and Practice** since 1945, Edited by: LOWE, V.; ROBERTS, A.; WELSH, J.; ZAUM,D., Oxford University Press, 2010, s. 167-168.

2. Meşru Savunma

a. Genel Olarak

Meşru savunma hakkının uluslararası örf-adet hukukundaki geleneksel tanımının ortaya çıkışı 1837 tarihli *Caroline* olayı ile olmuştur.[137] İsyancılar ve isyancıları destekleyen Amerikalılar, İngiltere'nin egemenliği altında bulunan ve Amerika ile Kanada arasındaki sınırı teşkil eden Niagara Nehri'nin üzerinde bulunan Navy Adası'nı ele geçirmişlerdir. Sonrasında da *Caroline* adlı gemiyle bu adaya mühimmat ve insan taşımaya başlamışlardır. İngiliz güçleri bu gemiye 29 Aralık 1837 tarihinde gemi bir ABD limanındayken saldırarak imha etmişler ve bu olayın sonucunda da iki kişi hayatını kaybetmiştir.[138]

Olayın devamında ABD Dışişleri Bakanı meşru savunmanın hangi durumlarda mümkün olacağını ifade etmiştir. Dışişleri Bakanı Webster, Lord Ashburton'a yazdığı 24 Nisan 1841 tarihli mektupta[139] meşru savunmanın olabilmesi için ani, karşı konulamaz, başka bir yola başvurmayı olanaksız kılacak ve düşünmeye hiçbir zaman bırakmayacak bir durumun olması gerektiğini söylemiştir. Webster mektubunda ayrıca meşru savunma eyleminin, eyleme başvurmayı gerektiren sebeplerle sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir.

BM Andlaşması'nın 2/4 maddesinde düzenlenen kuvvet kullanma yasağının en önemli istisnası meşru savunma hakkıdır. Bu hak BM Andlaşması'nın VII. bölümünde 51. maddede düzenlenmiştir.

---

[137] SHAW, s. 1131.
[138] R.Y. JENNINGS, "The Caroline and McLeod Cases", **The American Journal of International Law**, Cilt. 32, No. 1, 1938, ss. 82-99, s. 82 – 84.
[139] Mr. Webster'ın Lord Ashburton'a yazdığı mektup için bkz. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web2 Erişim tarihi: 05.06.2015.

Madde 51: *"Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halelgetirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."*

b. Meşru Savunma Hakkının Doğal Bir Hak Olarak Nitelendirilmesi

BM Andlaşması'nın 51. maddesi meşru savunma hakkını düzenlemekle birlikte, devletler ve yazarlar arasında bu hakkın kapsamı hakkında derin görüş ayrılıkları vardır.[140] Bu tartışmanın merkezinde m. 51'in meşru savunma hakkını tamamen düzenleyip düzenlemediği yer almaktadır. Daha geniş bir meşru savunma hakkını savunanlar m. 51'deki "doğal hak" ifadesinin uluslararası örf-adet hukukuna gönderme yaptığını ve uluslararası örf-adet hukukunda da meşru savunma hakkının m. 51'de düzenlenenden daha geniş olarak "silahlı saldırı"ya maruz kalınması haricinde de meşru savunma hakkının bulunduğunu ifade etmektedirler. Daha geniş bir meşru savunma hakkının aleyhinde olanlar ise m. 51'in bu tarz bir yoruma tabi tutulmasının maddenin düzenleniş amacına aykırı olduğunu belirtmektedirler.

Corten'e göre, Andlaşma'nın hazırlandığı sırada meşru savunmaya ilişkin belirli bir uluslararası örf-adet hukuku kuralı olduğunu iddia etmek güçtür. Ancak bir uluslararası örf-adet hukuku kuralı olduğu kabul edilse bile bu kuralın muhakkak m.

[140] GRAY, 2006, s. 625.

51'e aykırı olmasına gerek yoktur.[141] Buna karşılık *Brownlie,* m. 51 hükmünün Andlaşma'nın hazırlandığı sıradaki uluslararası örf-adet hukukuna uyumlu göründüğünü belirtmektedir.[142] Madde 51 meşru savunma hakkını "bir silahlı saldırıya karşılık" olarak sınırlandırmıştır. Bu sebeple hiçbir sınırlamaya tabi olmayan bir meşru savunma hakkının uluslararası örf-adet hukuku olarak varlığını sürdürmesi tuhaf olacaktır ve m. 51'i bir anlamda işlevsiz ve hükümsüz kılacaktır.[143]

Doktrinde hâkim olan görüş, m. 51'in "silahlı saldırıya karşılık" olarak yapılan meşru savunma dışında diğer her türlü meşru savunmayı yasakladığıdır. Bu görüşe göre, BM'nin amaçları devletlerin bireysel olarak kuvvet kullanmasını olabildiğince kısıtlamayı hedeflemektedir.[144] Madde 51'de yer alan "doğal/ inherent" ifadesi ise, bu hakkın BM üyesi olmayan devletlere de uygulanabileceğini ifade eder. Ancak m. 51'in önceki uluslararası örf-adet hukuku teşkil eden meşru savunma hakkının yerini aldığı görüşü, meşru savunma hakkının kapsam ve sınırlarını yorumlamada uluslararası örf-adet hukukuna başvurmayı engellememektedir.[145]

Madde 51'in meşru savunmayı münhasıran düzenlediği yorumu, devlet uygulaması ve UAD tarafından da teyit edilmiştir.[146] Nikaragua Kararı'nda UAD silahlı saldırının meşru savunma için *sine qua non* koşul olduğunu belirtmiştir.[147] UAD yine aynı kararda bir devletin diğer devlete karşı, kendisine haksız fiilde

[141] Olivier CORTEN, **The Law Against War, The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law,** Hart Publishing, 2010, s. 410.
[142] BROWNLIE, 1963, s. 273.
[143] GRAY, 2006, s. 625.
[144] CORTEN, s. 411; GRAY, 2008, s. 118; Georg Nolte, Albert Randelzhofer, Ch.VII Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression, Article 51, içinde: The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II (3rd Edition),Edited By: SIMMA, B.; KHAN D.-E., NOLTE, G.; PAULUS, A.; WESSENDORF, N., (Assistant Editor), Oxford University Press, 2012, s. 1403; Sertaç Hami BAŞEREN, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları,** Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
[145] NOLTE ve RANDELZHOFER, s. 1403.
[146] GRAY, 2008, s. 118.
[147] Nicaragua Judgment, para. 236, 237.

bulunduğu için kuvvet kullanmasının hukuki olacağı tek durumun haksız fiilde bulunan devletin fiilinin "silahlı saldırı" teşkil etmesi olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre günümüzde geçerli olan uluslararası hukuka göre –hem uluslararası örf-adet hukuku hem de BM sistemi – devletlerin "silahlı saldırı" teşkil etmeyen fiillere karşılık kolektif meşru savunmaya başvurma hakları yoktur.[148] UAD Petrol Platformları Kararı'nda da silahlı saldırının bireysel meşru savunma için gerekli olduğunu ve de bu gerekliliğin hem BM Andlaşması m. 51'den hem de kuvvet kullanımına ilişkin uluslararası örf-adet hukuku kurallarından anlaşıldığını ifade etmiştir.[149]

UAD Nikaragua Kararı'nda, m. 51'de düzenlenen meşru savunma hakkının maddenin doğal hak (ing. inherent right, fr. droit naturel) ifadesiyle de onayladığı üzere bir uluslararası örf-adet hukuku kuralı olduğunu teyit etmiştir. UAD, devletler tarafından kabul edilen Genel Kurul kararlarının da bu hakkın bir uluslararası örf-adet hukuku olma niteliğini kanıtladığını ifade etmiştir. Divan, meşru savunma hakkının bir uluslararası örf-adet hukuku kuralı teşkil ettiğine dair Genel Kurul'un 2625 (XXV) sayılı "Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi"ni örnek göstermiş ve bu bildiride geçen "yukarıdaki paragraflardaki hiçbir hüküm BM Andlaşması'nda düzenlenen kuvvet kullanmanın hukuki (lawful) olduğu durumların kapsamını daraltacak veya genişletecek şekilde yorumlanamaz" ifadesine atıf yapmıştır. Divan'a göre bu meşru savunmanın uluslararası örf-adet hukuku olduğunu göstermektedir.[150]

[148] Nicaragua Judgment, para. 211.
[149] Oil Platforms Judgment, para. 51.
[150] Nicaragua Judgment, para. 193.

c. Meşru Savunma Hakkını Kullanmanın Şartları

Meşru savunma hakkının genel kabul gördüğü üzere üç şartı vardır. Bunlar:

(1) Bir silahlı saldırıya karşılık olması

(2) Kullanılan kuvvetin derecesinin gerekli ve orantılı olması

(3) Güvenlik Konseyi'ne rapor verilmesi ve Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına ilişkin tedbirleri alınca sona ermesi

(1) Silahlı Saldırı

Silahlı saldırı kavramının tanımı devletlerin meşru savunmaya sadece "silahlı saldırıya" maruz kalmaları durumunda başvurabilecekleri düşünüldüğünde meşru savunmanın en önemli noktasıdır. Silahlı saldırı kavramı saldırı kavramıyla yakın ilişki içerisindedir. BM Andlaşması'nda "silahlı saldırı" ve "saldırı" kavramlarına m. 1/1, 39, 51 ve 53'te yer verilmektedir. Ancak her iki kavramın tanımyla ilgili olarak da BM Andlaşması'nda herhangi bir hüküm yoktur. Saldırının tanımına ilişkin 3314 (XXIX) sayılı 1974 tarihli BM Genel Kurulu Kararı da "silahlı saldırıyı" tanımlamamakta, sadece m. 39'daki "saldırı fiili" kavramını tanımlamaktadır. Zaten kararın hazırlık çalışmalarında da silahlı saldırının tanımının yapılmayacağı ifade edilmiştir.[151] Kararın hazırlık çalışmalarında ABD, saldırının tanımının özellikle m. 51 olmak üzere BM Andlaşması'nın diğer maddelerine halel getirmeyeceğini ifade etmiştir. Yine ABD ve SSCB, "saldırı fiili" ile "silahlı saldırı" kavramlarının

[151] Tom RUYS, **Armed Attack and Article 51 of the UN Charter, Evolutions in Customary Law and Practice**, Cambridge, 2013,s. 129.

birbirinden farklı olduğunu ifade etmişlerdir.[152] Her ne kadar "silahlı saldırı" ve "saldırı" kavramları birbirleriyle tamamen örtüşmese de aralarındaki fark çok küçüktür.[153] Bununla birlikte kavramlardan "silahlı saldırı"nın daha dar olduğu kabul edilmektedir.[154]

Silahlı saldırı teşkil etmeyip saldırı teşkil eden durumlara ise çeşitli örnekler verilmiştir. *Randelzhofer* silahlı kuvvet kullanımı olmaksızın yapılan ilhak ve işgalin silahlı saldırı teşkil etmediğini ancak saldırı teşkil ettiğini ifade etmektedir.[155] *Dinstein* ise örnek olarak "savaş tehdidi"nin saldırı teşkil ettiğini ancak silahlı saldırı teşkil etmediğini ifade etmektedir.[156] Ancak 3314 sayılı (1974) Saldırı'nın Tanımı kararı ve Roma Statüsü m. 8/bis'teki düzenlemelere göre *Dinstein* ve *Randelzhofer*'ın verdiği örnekler saldırı fiili teşkil etmemektedir. *McCoubrey* ve *White* bu konuda şöyle söylemektedirler:

"Bu kavramlar aynı seviyedeki silahlı kuvvetin farklı hallerini yansıtmaktadırlar, saldırı tarihi nedenlerden dolayı devlet ve kişisel sorumluluk ile ilgiliyken, silahlı saldırı, görece yeni bir kavram olarak, mağdur devletin ve müttefiklerinin verebileceği ani karşılığa ilişkindir."[157]

[152] NOLTE, RANDELZHOFER, s. 1407.
[153] NOLTE, RANDELZHOFER, s. 1408. Karşıt görüş için bkz. Carrie MCDOUGALL, **The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court,** Cambridge University Press, 2013, s. 69.
[154] GRAY, 2008, s. 130.
[155] Albrecht RANDELZHOFER, "Article 51", içinde: Bruno Simma ve Hermann Mosler, Albrecht Randelzhofer, Christian Tomuschat & Rüdiger Wolfrum, **The Charter of United Nations: A Commentary, 2. Baskı**, Oxford University Press, 2002, s. 788'den aktaran MCDOUGALL, s. 69.
[156] Yoram DINSTEIN, 'A Survey of Self-Defense in International Law' içinde: M. Cherif Bassiouni & Ved P. Nanda (eds.), **A Treatise on International Criminal Law, Volume I: Crimes and Punishment**, Springfield: Charles C. Thomas, 1973, s. 273'dan aktaran MCDOUGALL, s. 69.
[157] Hilaire MCCOUBREY; Nigel D. WHITE, **International Law and Armed Conflict**, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Ltd, 1992, s. 39'dan aktaran MCDOUGALL, s. 69.

UAD Nikaragua Kararı'nda Saldırı'nın Tanımı Kararı'nı kastederek "silahlı saldırı" teşkil edebilecek fiiller hakkında bir anlaşma olduğunu ifade etmiştir. Divan, silahlı saldırının sadece düzenli silahlı birlikler tarafından uluslararası sınırları geçerek yapılan saldırılar değil, ancak Saldırının Tanımı Kararı'nın 3/g paragrafında ifade edildiği üzere, devletin düzensiz silahlı birlikler tarafından gerçekleştirilen saldırılara dâhil olması şeklinde de yapılabileceğini ifade etmiştir.[158]

Nikaragua Davası'nda, UAD 1974 Saldırının Tanımı Kararı'nın 3/g paragrafında sayılan fiilleri uluslararası örf-adet hukukunda silahlı saldırının ne anlama geldiğini yorumlamada kullanmıştır. UAD'ye göre silahlı saldırı, bir devlet adına veya bir devlet tarafından silahlı çetelerin, grupların, düzensiz birliklerin ya da paralı askerlerin gönderilmesi şeklinde de olabilmektedir. Bu durumda silahlı eylemlerin "silahlı saldırı boyutuna" erişebilecek ağırlıkta olması aranmaktadır. Ancak mahkeme isyancılara yapılacak silah yardımının, lojistik yardımın veya diğer tür yardımların silahlı saldırı düzeyine erişebileceğini göz önüne almamıştır. Haliyle bu tip eylemlerin silahlı saldırı olarak bir devlete atfedilebilmesi için o devletin olaya belirli bir düzeyde müdahil olması gerekmektedir.[159]

Önem arz eden bir başka konu silahlı saldırının kaynağı, bir başka ifadeyle kim tarafından gerçekleştirilebileceğidir. Madde 51'in bu konudaki ifadesi *"(...) Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde (...)*" şeklindedir. Yani m. 51 silahlı saldırının kaynağı hakkında bir ipucu vermemektedir. Ancak m. 51 aslen silahlı saldırının kaynağının bir devlet olması

[158] Nicaragua Judgment, para. 195.
[159] Nicaragua Judgment, para. 195.

durumunu düzenlemektedir.[160] Tartışmalı olan nokta ise, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşılık olarak meşru savunma hakkının mevcut olup olmadığı ve devlet dışı aktörlerin saldırılarının bir silahlı saldırı teşkil edip edemeyeceğidir.[161]

UAD, Nikaragua Kararı'nda sadece devlete isnat edilebilir olan eylemlerin "silahlı saldırı" teşkil edebileceğini ifade etmiştir.[162] Bu konu özellikle 11 Eylül 2001'de gerçekleştirilen terörist saldırılar ve ardından kabul edilen 1368 ve 1373 sayılı Güvenlik Konseyi kararlarından sonra daha çok önem kazanmıştır.

Güvenlik Konseyi, 11 Eylül olaylarına ilişkin olarak verdiği 1368[163] ve 1373[164] sayılı kararlarında durumun "uluslararası barış ve güvenliğe karşı tehdit" oluşturduğunu ifade etmiştir. Konsey, 1368 sayılı kararında "BM Andlaşması gereğince doğal bir hak olan bireysel ve kolektif meşru savunma hakkı"nın var olduğunu ifade etmiştir.[165] 1373 sayılı kararında ise, yine meşru savunma hakkının varlığını tekrarlamış, Andlaşma'nın VII. bölümüne göre hareket ettiğini vurgulayarak "terörist eylemlerin gerçekleştirilmesinin engellenmesi için gerekli önlemlerin alınmasına" karar vermiştir. Güvenlik Konseyi'nin bu kararına göre, - eylemin "silahlı saldırı" teşkil edip etmediği tartışmaları bir yana bırakılırsa –

[160] Gray, 2006, s. 629.
[161] Burada kastedilen bir saldırının hiçbir devlete atfedilemediği durumlarda dahi meşru savunma hakkının ortaya çıkıp çıkamayacağı, bir başka deyişle devletin hiçbir şekilde dahil olmadığı durumlarda meşru savunmanın mümkün olup olmadığıdır.
[162] Nicaragua Judgment, para. 71.
[163] Security Council Resolution 1368, UN Doc. S/RES/1368 (2001).
[164] Security Council Resolution 1373, UN Doc. S/RES/1373 (2001).
[165] *Gray* ve *Dinstein*'a göre bu ifade zımni olarak terörist saldırıların "silahlı saldırı" teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. GRAY, 2006, s. 626; DINSTEIN, 2005, s. 207. Ancak *Sayapin* 11 Eylül 2001'de gerçekleştirilen terörist saldırıların bir "silahlı saldırı" teşkil edemeyeceğini çünkü kaçırılan yolcu uçaklarının "askeri silah" ya da "savaş yöntemi" olarak değerlendirilemeyeceğini söylemektedir. *Sayapin'e* göre Güvenlik Konseyi'nin m. 51'e yaptığı göndermenin nedeni ise saldırının askeri ya da silahlı olması değil saldırının etkilerinin bir "silahlı saldırı" boyutunda olmasıdır. Bu durum Güvenlik Konseyi'nin 11 Eylül 2001 terörist saldırısıyla ilgili olarak aldığı 1368 ve 1373 sayılı kararlarında "saldırı" ya da "silahlı saldırı" ifadelerini kullanmak yerine "uluslararası barış ve güvenliğe karşı tehdit" ve "meşru savunma" terimlerini kullanmasının nedenlerinden biri olabilir.

devlet dışı aktörler tarafından yapılan geniş çaptaki saldırılar bir devlete atfedilemese bile mağdur devlete bir meşru savunma hakkı sağlayabilmektedir.

UAD tarafından 11 Eylül saldırılarından sonra verilen bir karar olan 2004 tarihli "İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Konusundaki Danışma Görüşü"nde de yine m. 51'in bir devlet tarafından diğer bir devlete yapılacak silahlı saldırıları kapsadığı ifade edilerek Nikaragua Kararı'ndaki görüş yinelenmiştir.[166]

Yine UAD 2004 tarihli Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler Kararı'nda da silahlı saldırının gerçekleşmesi için bir devlet katılımının gerekli olduğunu ifade etmiştir.[167] UAD bu Kararı'nda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin ülkesine müdahalede bulunan Uganda'nın uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanıp kullanmadığını incelemiştir. Uganda, uluslararası hukuka aykırı olarak kuvvet kullandığı iddiası karşısında meşru savunma hakkını kullandığı savunmasında bulunmuştur. Bunun üzerine UAD Uganda'nın meşru savunma hakkı bulunup bulunmadığını incelemiştir. UAD Kongo'nun Uganda'ya saldıran paramiliter gruplara bir desteğinin olmadığını tespit etmiş ve bu sebeple bu paramiliter grupların yaptığı saldırıların bir "silahlı saldırı" teşkil edip etmeyeceğini saptamaya gerek görmeyerek[168] Uganda'nın meşru savunma hakkının olmadığını saptamıştır. Bir başka deyişle UAD Kongo ile paramiliter gruplar arasında bir bağ tespit edememiş ve silahlı eylemlerin Kongo'ya isnat edilemeyeceğini belirlemiştir.

[166] Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion Of 9 July 2004, para. 139.
[167] Congo Judgment, para. 146, 160; Karl ZEMANEK, Armed Attack, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law,** 2013, para. 14.
[168] Congo Judgment, para. 147.

Divan'ın Uganda'nın kendisine saldıran paramiliter gruplara karşı olası bir meşru savunma hakkının varlığını telaffuz etmekten kaçınması UAD'nin zımni olarak devlet dışı aktörlere karşı meşru savunma hakkını kabul etmediği anlamına gelmektedir.[169] Çünkü eğer ki UAD'ye göre devlet dışı aktörlere karşı bir meşru savunma hakkı mümkün olsaydı, Uganda'nın Kongo'ya karşı meşru savunma hakkı olup olmadığını incelerken Kongo'nun ülkesinden Uganda'ya saldıran paramiliter grupların saldırılarını değerlendirmesi gerekirdi.

Yargıç *Simma* ayrık görüşünde[170] Divan'ın 2004 tarihli İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Konusundaki Danışma Görüşü'nde de "silahlı saldırı"nın sadece bir devlet tarafından diğer bir devlete karşı yapılabileceğini kabul ettiğine dikkat çekmiştir.[171] Madde 51'in sınırlayıcı yorumu meşru savunma konusundaki mevcut durumu iyi yansıtmaktadır. Ancak *Simma*'ya göre konu hem devlet uygulamasındaki hem de *opinio juris'*teki son gelişmeler ışığında değerlendirildiğinde Divan'ın bu konuyu yeniden gözden geçirmesi gerekmektedir. 1368 ve 1373 sayılı Güvenlik Konseyi kararları da devlet dışı aktörlerin eylemlerinin "silahlı saldırı" teşkil edebileceğini doğrulamaktadır.[172]

Yargıç *Koojmans* da ayrık görüşünde *Simma* ile benzer şekilde devlet dışı aktörlerin saldırılarının "silahlı saldırı" teşkil edebileceğini savunmaktadır.[173]

---

[169] Robert UERPMANN-WITTZACK, Armed Activities on the Territory of the Congo Cases, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2013, para. 8.
[170] Case Concerning Armed Activities On The Territory Of The Congo (Democratic Republic Of The Congo V. Uganda) Judgment Of 19 December 2005, Separate Opinion Of Judge Simma, Erişim: http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10467.pdf, Erişim tarihi: 10.06.2015 (Bundan sonra Simma Seperate Opinion olarak anılacaktır).
[171] Simma Seperate Opinion, para. 10.
[172] Simma Seperate Opinion, para. 11.
[173] Case Concerning Armed Activities On The Territory Of The Congo (Democratic Republic Of The Congo V. Uganda) Judgment Of 19 December 2005, Separate Opinion Of Judge Kooijmans,

Koojmans günümüzde bir ülkenin belli bir bölümü veya tamamında hükümet otoritesi yokluğunun terörizm ile birlikte anıldığına dikkat çekmiş ve eğer ki "silahlı saldırılar" düzensiz gruplar tarafından da yapılsa ve bir devlete isnat edilemese bile bu durumun bu saldırıların "silahlı saldırı" olma niteliğini değiştirmeyeceğini ifade etmiştir.[174]

Koojmans ve *Simma*'nın görüşlerine atıf yaptığı *Dinstein*, durumu şöyle özetlemektedir: *"Utopia'nın Arcadia tarafından yapılan bir saldırıya karşı meşru savunma hakkı varsa, silahlı grupların veya teröristlerin Arcadia'nın ülkesinden yaptıkları silahlı saldırılara karşı da aynı hakkı vardır."*[175] Burada *Dinstein*'a katılmamak mümkün değildir. Öncelikle devlet dışı aktörlerin her saldırısı değil de sadece belirli bir ağırlık gerektiren "silahlı saldırılarına" karşı meşru savunma hakkı mevcut olacaktır. İkinci olarak ise, meşru savunmanın diğer şartlarından "gereklilik" şartının bu durumda da gözetilmesi gerekeceğinden meşru savunmada bulunan devletin kendisine yöneltilen silahlı saldırıyı önlemek dışında başka bir eylemde bulunması mümkün olmayacaktır. Bir başka deyişle meşru savunmanın gereklilik, orantılılık gibi tüm şartlarına dikkat edildiğinde, eylemleri hiçbir devlete atfedilemeyen devlet dışı aktörlere karşı meşru savunma eyleminde bulunmak bir sakınca teşkil etmemektedir.

Eylemleri hiçbir devlete atfedilemeyen devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru savunma eylemine başvurmak için uluslararası hukukta yerleşmiş olan ilkelere ek olarak şu şartların gerçekleşmesi gerektiği öne sürülebilir: (1) saldırıların

---

Erişim: http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10463.pdf, Erişim tarihi: 10.06.2015(Bundan sonra Kooijmans Seperate Opinion), para. 29.

[174] Kooijmans Seperate Opinion, para. 30.

[175] DINSTEIN, 2005, s. 245.

geniş çapta olması, (2) başka bir devletin ülkesinde gerçekleşmesi, (3) bu devletin devlet dışı aktörlerle mücadele edememesi veya etmeye isteksiz olması, (4) tehditle başa çıkabilmek için dışarıdan kuvvet kullanımının zorunlu olması, (5) devlet dışı aktörlerin faaliyet gösterdikleri devletten rıza alınamaması, (6) meşru savunmada kullanılacak kuvvetin bu devletin hükümetine yöneltilebilmesi için sadece saldırganın bu hükümetle bağlantısının olması ve bunun saldırının sonlandırılması veya engellenebilmesi için gerekli olması.[176]

(2) Diğer Koşullar

Meşru savunma hakkının m. 51'de açıkça düzenlenmeyen ancak uluslararası örf adet hukukundan gelen başka koşulları da vardır. UAD'nin Nikaragua Kararı,[177] Nükleer Silahlar Danışma Görüşü,[178] Petrol Platformu Kararı[179] ve Kongo Kararı'nda[180] belirttiği üzere bu şartlar gereklilik ve orantılılıktır. Bu şartların ortaya çıkışı yukarıda değinilen 1837 Caroline Olayı'na kadar gitmektedir.[181] Meşru savunmanın bu iki koşuluna ek olarak aciliyet koşulunun da olduğu kabul edilmektedir.[182]

Gereklilik ve orantılılık şartları meşru savunmanın sınırı bakımından büyük önem arz etmektedir. Meşru savunma hakkına başvurulan tüm durumlarda gereklilik ve orantılılık kriterlerini göz önüne almak gerekmektedir.[183] Hukuka uygun meşru savunma, maruz kalınan bir silahlı saldırıyı engellemek veya püskürtmek ile sınırlı

[176] Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, bkz. SHAW, s. 1137.
[177] Nicaragua Judgment, para. 194.
[178] Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 41.
[179] Oil Platforms Case, para. 74.
[180] Congo Judgment, para. 147.
[181] GRAY, 2008, s. 148.
[182] DINSTEIN, 2005, s 209.
[183] Nicaragua Judgment, para. 237.

olmalı ve bir misilleme niteliğinde ya da cezalandırıcı bir mahiyet içermemelidir.[184] Keza meşru savunmanın kapsamı silahlı saldırının ağırlığıyla orantılı olmalıdır.[185]

Meşru savunmanın sadece saldırının püskürtülmesiyle sınırlı olması, savunma eyleminde kullanılan silahların saldırıda kullanılanlarla benzer olması anlamına gelmemektedir. Bazı durumlarda saldırıyı püskürtme saldırıdan daha fazla kuvvet kullanılmasını da gerektirebilir.[186] Keza devletler meşru savunmada bulunurlarken düşman güçleri kendi topraklarından kovmanın ötesinde saldırının sonlanmasını güvence altına almak için onları sınır ötesinde de bir süre takip edebilirler.[187] Burada önemli olan nokta saldırının sonlandırılmasıdır.

Gereklilik şartının özünü oluşturan nokta saldırıya karşı bir kuvvet kullanma eylemine girişilmesinden başka bir alternatifin olmamasıdır. Bu bir anlamda saldırıya karşı kuvvet kullanılması seçeneğinin son çare olması anlamına gelir. Barışçı çözümün gerçekleştirilmesi için iyi niyetle çaba sarf edilmelidir.[188] UAD Petrol Platformları Kararı'nda ABD'nin İran'a ait olan petrol platformlarına saldırmasının gerekli olmadığını söylemiştir. UAD buna gerekçe olarak, ABD'nin Sea Isle City ve USS Samuel B. Roberts adlı gemilerine yapılan saldırılara karşı İran'a, saldırının İran'a ait petrol platformlarından yapıldığına dair hiçbir şikâyette bulunmadığını göstermiştir.[189]

---

[184] *Robert Ago* bu durumu şöyle ifade etmiştir: "Bu davranışla (meşru savunma) ilgili amaçlanan davranış, bu kavramın var oluş nedeni (raison d'être), bir saldırıyı püskürtmek ve saldırının tekrarlamasını engellemektir (buna ek) başka hiçbir şey değildir. Bkz. CORTEN, s. 484, 485.
[185] Congo Case, para. 147.
[186] DINSTEIN, 2012, para. 697, 703.
[187] NOLTE ve RANDELZHOFER, s. 1426.
[188] Nicholas ROSTOW, "Nicaragua and the Law of Self-Defense Revisited", **Yale Journal of International Law**, No: 11, 1985 -1986, ss. 437 – 461, s. 455.
[189] Oil Platforms Case, para. 76.

Gereklilik şartının gerçekleşmesi için saldırının meşru savunmada bulunacak devlete yöneltilmiş olması gerekir. Bir başka deyişle bu saldırı bir kaza ya da hata sonucu yapılmış olmamalıdır. UAD de Petrol Platformu Kararı'nda bu doğrultuda olarak meşru savunmaya neden olacak saldırının spesifik olarak belirli bir ülkeye yöneltilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir.[190]

Yine gereklilik şartı münferit saldırılarda önem kazanmaktadır. Böyle durumlarda devletin barışçıl yolları tüketmesi gerekmektedir. Ancak topyekun savaş gibi durumlarda artık meşru savunmada bulunacak devletten meşru savunma eyleminde bulunmadan önce barışçıl yollara başvurması beklenemez.[191]

Orantılılık ise saldırıya uğrayan devletin saldırıya cevap vermesi gerekli olduğu durumlardaki saldırının ağırlığı ile verilecek cevabın boyutuyla ilgilidir. Savunma eyleminin boyutu, süresi ve savunma eyleminin hedefinin saldırıyla orantılı olması gerekmektedir.[192]

Bu iki kavramı birbirinden ayırmak zordur ve aralarındaki farklar her zaman açık değildir. Keza UAD de iki kavramı çoğu zaman birlikte kullanmaktadır. Bir meşru savunma eyleminin *gerekli* olmadan *orantılı* olması ve *orantılı* değilse de *gerekli* olması zor görünmektedir.[193] Son olarak UAD gereklilik ve orantılılık şartlarının katı ve objektif olması gerektiğini ve takdire yer vermeyecek kriterlere sahip olması gerektiğini ifade etmiştir.[194]

[190] Oil Platforms Case, para. 64.
[191] DINSTEIN, 2005, s. 237.
[192] GRAY, 2008, s. 150.
[193] GRAY, 2008, s. 150.
[194] Oil Platforms Case, para. 73.

Aciliyet prensibi ise saldırı eylemiyle meşru savunma eylemi arasında makul olmayan bir zamansal kopukluk olmaması gerektiğini ifade eder. Ancak bazı durumlarda saldırıya hemen cevap verilmesi fiziki açıdan mümkün olmamakta bazen de yapılacak eylemlere karar verilmesi zaman almaktadır. İşte bu gibi durumlar zamansal kopukluk yaratmamaktadır.[195] Örnek olarak Körfez Savaşı'nda Irak Kuveyt'e 2 Ağustos 1990'da saldırmış, BM Güvenlik Konseyi "gerekli tüm önlemlerin alınmasına" ancak 15 Ocak 1991'de karar verebilmiştir.[196] Arada geçen süre uluslararası toplumun konuyu değerlendirmesi ve gereken tepkiyi verebilmesi için makul bir süre olduğundan zamansal bir kopukluk söz konusu değildir. Yine Birleşik Krallık ve Arjantin arasındaki 1982 Falkland Adaları Savaşı da bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu savaşta Falkland Adaları Birleşik Krallık topraklarına uzak bir konumda olduğundan Birleşik Krallık'ın silahlı kuvvetlerini Falkland Adaları'na göndermesi zaman almıştır.

IV. 3314 (1974) Sayılı Saldırı'nın Tanımı Kararı

Uluslararası hukuk bağlamında saldırı, bir devlete karşı savaş başlatan ya da mağdur devletin savaş başlatmasına sebep olabilecek bir durum yaratan devlet fiilidir. Saldırının "kuvvet kullanma" içermesi gerekip gerekmediği, "kuvvet kullanma tehdidi" veya kuvvet kullanmayla ilgisiz bir fiille gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı üzerine henüz bir uzlaşı sağlanamamıştır.[197]

Milletler Cemiyeti öncesi dönemde devletler kendi aralarında iki taraflı veya çok taraflı saldırmazlık andlaşmaları (non-aggression pacts) yapmışlardır.

[195] BAŞEREN, s. 134.
[196] DINSTEIN, 2005, s. 210.
[197] Yoram DINSTEIN, "Aggression", **Max Planck Encyclopedia of International Law**, 2009, s. 1

Sonrasında saldırı kavramı Milletler Cemiyeti Misakı'nda da yer almıştır. Milletler Cemiyeti Misakı'nın 10. maddesi gereğince Cemiyet üyeleri, bütün Cemiyet üyelerinin toprak bütünlüğüne, mevcut siyasi bağımsızlığına saygı gösterecek ve dış *saldırılara* karşı koruyacaktır. Milletler Cemiyeti Dönemi'nde 1933 yılında SSCB ve komşu ülkelerin imzaladığı iki taraflı uluslararası andlaşmalardan oluşan Saldırının Tanımı Konvansiyonu imzalanmıştır.[198] Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesinde de bir *saldırı* savaşının planlanması, hazırlanması, başlatılması veya yürütülmesi barışa karşı suç olarak nitelendirilmiştir. Yine Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün 5. maddesinde de Nüremberg Şartı'na benzer şekilde *saldırı* savaşı barışa karşı suçlardan sayılmıştır.

BM Andlaşması'nda "saldırı" iki farklı yerde düzenlenmiştir.[199] Birincisi, BM'nin amaçlarından "milletlerarası barış ve güvenliği sağlama" amacının düzenlendiği 1. maddenin 1. paragrafıdır. Maddenin anılan paragrafı "milletlerarası barış ve güvenliği muhafaza etmek ve bu maksatla (…) *saldırı* fiilini veya barışın başka suretle bozulması halini ortadan kaldırmak üzere, müşterek tedbirleri almak (…)" şeklinde düzenlenmiştir. İkinci olarak VII. Bölüm'de yer alan 39. maddedir. Madde *"Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu veya saldırı fiilinin vuku bulduğunu tespit ederse milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunur veya 41 ve 42'nci maddeler gereğince hangi*

[198] Benjamin B. FERENCZ, "Defining Aggression: Where it Stands and Where it's Going**", The American Journal of International Law**, Cilt. 66, No. 3, 1972, ss. 491-508, s. 492.

[199]Konumuz açısından doğrudan ilgili olmamakla birlikte saldırı terimi BM Andlaşması'nın Bölge Anlaşmaları başlıklı VIII'inci bölümde düzenlenmiş bulunan 53. maddede de kullanılmıştır. 53. madde II. Dünya Savaşı'nda düşman olan devletlere karşı girişilecek eylemlerle ilgilidir. Bu maddeye göre Güvenlik Konseyi II. Dünya Savaşı'ndaki düşman devletlere karşı m. 107 uyarınca veya bu devletlerin yeniden saldırı politikasına girişmesine karşı bölgesel andlaşmalar çerçevesinde alınacak önlemler üzerinde yetkili olamayacaktır. Funda KESKİN, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 1998, s. 42.

tedbirler alınacağını kararlaştırır" şeklinde düzenlenmiştir.[200] Ancak BM Güvenlik Konseyi 39. maddeyi uygularken bir *saldırı* fiilinin gerçekleştiği tespitini günümüze kadar hiç yapmamıştır.[201]

Güvenlik Konseyi'nin bir uyuşmazlıkta 39. maddede anılan durumlardan hangisinin gerçekleştiğini tespit ederken geniş bir takdir yetkisi vardır ve Güvenlik Konseyi yapacağı tespitin niteliğinden bağımsız olarak VII. bölümde yer alan tedbirlerden istediğini alabilir. İşte bu sebeple Güvenlik Konseyi'nin bir durumu tespit ederken "saldırı fiilinin vuku bulduğunu" tespit etme zorunluluğu yoktur.

Genel bir saldırı tanımı yapma çabaları 1974 yılında sonuç vermiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 14 Aralık 1974 tarihinde 3314 (XXIX) sayılı "Saldırının Tanımı Kararı"nı konsensüsle kabul etmiştir. Karar temelde SSCB tarafından 1933 yılında önerilen Saldırının Tanımı Tasarısı, ve 1950'li ve 1960'lı yıllarda bir grup gelişmekte olan devlet ve yine bir grup batılı devlet tarafından önerilen tasarılar temel alınarak oluşturulmuştur.[202] Bu tanım bir Genel Kurul kararı olmasından dolayı bağlayıcı değildir. Ancak m. 2/4'e oranla daha kesin ifadeler içermektedir[203] ve saldırı fiiliyle ilgili olan her durumda uluslararası örgütlerin ve devletlerin bu tanımdan yararlanacakları söylenebilir.[204]

[200] BM Andlaşması'nın meşru savunma hakkını düzenleyen 51'inci maddesinde de *"(...) Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silahlı saldırıya hedef olması (...)" durumundan* bahsetmektedir. Ancak silahlı saldırı saldırıdan farklı bir kavram olduğundan saldırının tanımı bağlamında üzerinde durulmayacaktır.
[201] DINSTEIN, 2009, s. 2, 3.
[202] FERENCZ, 1972, s. 495.
[203] SAYAPIN, s. 105.
[204] ASLAN, s. 120.

Öncelikle kararın 5. maddesinin 2. paragrafı "saldırı savaşı" ile "saldırı" arasında bir ayrım yapmıştır. Bu hükme göre "saldırı savaşı" uluslararası barışa karşı suç, "saldırı" ise uluslararası sorumluluğa yol açacak bir fiil olarak nitelendirilmiştir. Yani savaşa varmayacak boyuttaki saldırı eylemi bireysel cezai sorumluluk doğurmayacak, ancak devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacaktır.

Saldırının Tanımı Kararı'nda öncelikle saldırının genel bir tanımı yapılmış sonrasında ise saldırı fiili teşkil eden bazı fiiller tüketici olmayacak şekilde sayılmıştır.

Kararın 1. maddesi şöyledir:

"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 kullanılmasıdır."

Bu madde, BM Andlaşması m. 2/4 ile büyük benzerlik teşkil etmektedir. BM Andlaşması m. 2/4 şöyledir:

"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar."

İki metin arasında şu farklılıklar göze çarpmaktadır:[205] (i) kuvvet kullanma tehdidi saldırı teşkil etmemektedir, (ii) m. 2/4'te belirtilen toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığa ek olarak "devletin egemenliğinden" bahsedilmiştir, (iii) kuvvet kullanma sadece BM'nin *amaçlarıyla* bağdaşmayacak şekilde değil, BM Andlaşması'nın herhangi bir maddesiyle bağdaşmayacak herhangi bir şekilde yasaklanmıştır. Bu iki metin arasındaki en önemli fark ise, 1974 tarihli tanımda kuvvet kullanma tehdidinin bir saldırı teşkil etmemesidir. Tanım sadece silahlı kuvvet kullanmayı kapsamına alarak ekonomik veya siyasi yaptırımlar gibi diğer zorlama önlemlerini kapsam dışı bırakmıştır.[206]

Kararın 3. maddesi saldırı teşkil eden bazı fiilleri tüketici olmayarak[207] sıralamıştır. 3. maddeye göre bu fiillerin saldırı teşkil etmesi için bir savaş ilanına gerek yoktur. Bu fiiller şunlardır:

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

b. Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması

[205] DINSTEIN 2009, s. 3.
[206] M. Cherif BASSIOUNI; Benjamin FERENCZ, **The Crime Against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC**, s. 223; MCDOUGALL, s. 75.
[207] Madde 4'e göre bu fiiller tüketici değildir.

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 sonuncusuyla 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 fiille önemli ölçüde karışılması (müdahil olunması)

Bu paragraflardan (g) paragrafı UAD tarafından Nikaragua Kararı'nda açıkça uluslararası örf-adet hukukunun ifadesi olarak nitelendirilmiştir.[208] Maddenin diğer paragraflarını ile ilgili UAD önüne somut bir olay gelmediğinden bu hükümlerin saldırı fiili teşkil etmeleri bakımından uluslararası örf-adet hukuku oluşturup oluşturmadıkları konusunda UAD'nin görüşü henüz mevcut değildir.

Kararın 4. maddesine göre Güvenlik Konseyi BM Andlaşması hükümlerine göre başka fiillerin de saldırı teşkil ettiği tespitini yapabilir. Bu madde hem yukarıda

[208] Nicaragua Judgment, para. 195.

sayılan fiillerin *numerus clausus* olmadığını tekrarlamakta hem de Güvenlik Konseyi'nin bu konudaki takdir yetkisinin devam ettiğini ifade etmektedir. Bir başka deyişle saldırı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde Güvenlik Konseyi son kararı vermeye yetkilidir.

5. madde'nin 1. paragrafı siyasi, ekonomik, askeri veya başka türlü hiçbir sebebin saldırıya haklılık gerekçesi sağlayamayacağını belirtmektedir. Maddenin üçüncü paragrafı ise saldırıdan kaynaklanan hiçbir ülkesel kazanım veya özel avantajın, hukuken tanınmayacağını düzenlemiştir.[209] Bu hüküm devletlerin gerçekleştirdiği askeri işgallerin sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün devletlerin davranışlarını değiştireceği öngörülmemektedir.[210]

5. maddenin 2. paragrafı ise özel bir önem arzetmektedir. Çünkü paragraf saldırı savaşının barışa karşı suç oluşturduğunu, saldırının ise uluslararası sorumluluğa neden olduğunu ifade etmektedir. Bu maddeyle ilgili birçok delegasyon görüş bildirmiştir. SSCB temsilcisi bu hükmün bir hata olduğunu bir saldırı savaşı ile saldırı fiili arasında belirli bir fark olmadığını ifade etmiştir ve her türlü saldırı fiilinin barışa karşı suç olması gerektiğini belirtmiştir. Yugoslavya temsilcisi ise, hükmün saldırı fiilinin barışa karşı suç olmadığı, saldırı savaşının ise uluslararası sorumluluk doğurmadığı gibi saçma bir anlama yol açtığını ifade etmiştir. Son olarak Dördüncü Özel Komite Başkanı *Bergt Broms* 5/2'ye ilişkin tartışmaların, savaş olmadan meydana gelen bir saldırı fiilinin gelecekte yapılacak bir

[209] Hüküm Stimson Doktrini'nin yansıması olarak görülebilir. Stimson Doktrini uluslararası hukuka aykırı biçimde kuvvet kullanımı sonucu oluşan devletlerin ve ülke kazanımlarının tanınmaması yönünde bir siyasi ilkedir. Bkz. SUR, s.131.
[210] BASSIOUNI ve FERENCZ, 2008, s. 226.

düzenlemeyle bu fiilin suç olarak düzenlenmesini engellememesi gerektiğini ifade etmiştir. *Broms* konunun bu platformda yeterince tartışılmadığını ve İnsanlığın Güvenliğine ve Barışa Karşı Suçlar Taslağı'nda açıklığa kavuşturulması gerektiğini ifade etmiştir.[211]

Kararın 6. maddesine göre bu tanımda yer alan hiçbir hüküm, kuvvet kullanmanın hukuka uygun olduğu durumlarla ilgili hükümler de dahil olmak üzere, BM Andlaşması'nın kapsamını herhangi bir biçimde genişletecek veya daraltacak şekilde yorumlanamayacaktır. Bir başka deyişle bir devlet meşru savunma hakkı çerçevesinde veya Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından verilmiş bir bağlayıcı karara göre kuvvet kullandığında saldırı fiili gerçekleşmez.

Kararın 2. maddesi BM Andlaşması'na aykırı olarak ilk silahlı kuvvet kullanmanın bir saldırının *prima facie*[212] kanıtını teşkil ettiğini düzenlemiştir. Ancak Güvenlik Konseyi diğer ilgili şartları değerlendirerek aksi yönde karar verebilir. 2. maddede bahsedilen bir başka önemli nokta Güvenlik Konseyi'nin saldırı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki tespiti yapmasıyla ilgili olan 2. cümlede geçen "söz konusu fiillerin veya sonuçlarının yeterli ağırlıkta olmaması da dahil olmak üzere" ifadesidir. Bu ifadeye göre saldırı fiilinin gerçekleşebilmesi için

[211] Richard L. GRIFFITHS, "International Law, the Crime of Aggression and the Ius Ad Bellum", **International Criminal Law Review**, 2002, s. 363.

[212] *Prima facie* kanıtın anlamı konusunda da görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Bir grup devlet ilk silahlı kuvvet kullananın saldırgan olduğuna ilişkin "saldırganlık karinesinin" aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğu görüşünde iken diğer bir grup devlet ise bu karinenin ilk bakışta saldırgan tarafın belirlenmesine yarayan bir araç olduğunu ve Güvenlik Konseyi bu konuda karar verene kadar saldırı fiilinin varlığının kanıtı olmadığı görüşünü paylaşmıştır. Bkz. BASSIOUNI ve FERENCZ, 2008, s. 223; Jack I. GARVEY, "The UN Definition of "Aggression": Law and Illusion in the Context of Collective Security", **Virginia Journal of International Law**, Cilt. 77, No: 2, 1977, ss. 177–199, s. 189.

kendisinin ve sonuçlarının belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle küçük çaptaki olaylar saldırı olarak nitelendirilmeyecektir.[213]

Kararın 7. maddesi şöyledir:

"İşbu tanımda ve özellikle 3. maddede yer alan hiçbir hüküm, Birleşmiş Milletler Andlaşması'ndan kaynaklanan ve Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği ile ilgili Milletlerarası Hukuk Prensipleri Hakkında Bildiri'de zikredilen self-determinasyon, özgürlük ve bağımsızlık hakkından zorla mahrum edilen halkların, özellikle sömürge idaresi ve ırkçı rejimler veya yabancı tahakkümünün diğer biçimleri altında yaşayan halkların bu hakkına herhangi bir şekilde halel (nakise) getirmediği gibi bu halkların o amaçla yaptıkları mücadeleye ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın prensiplerine uygun şekilde ve yukarıda anılan bildiriye göre yardım arama ve alma hakkına da bir halel getirmez."

Kararın en tartışmalı hükmü kuşkusuz bu maddedir. Çünkü BM Andlaşması devletler arası kuvvet kullanmaya meşru savunma ve BM Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı kararı dışında izin vermemektedir. Madde 7 bir devletin bir halkın self-determinasyon hakkını kullanmasına yardım etmesi durumunda kuvvet kullanmaya izin vermektedir, ancak bu kuvvet kullanma meşru savunma veya BM Güvenlik Konseyi'nin verdiği bağlayıcı karar durumları dışında yapılırsa bu durum BM Andlaşması'na aykırılık oluşturmaktadır.[214] Bu maddede geçen "zorla mahrum edilen", "yabancı tahakkümü" ve "yardım arama ve alma" ifadelerinin belirsizliği madde üzerinde uzlaşılmasını mümkün kılmıştır. *Bassiouni* ve *Ferencz*'e göre bu madde üzerinde konsensüsün mümkün olmasının nedeni metnin son derece belirsiz

[213] GRAY, 2008, s. 182; BASSIOUNI ve FERENCZ, 2008, s. 224.
[214] DINSTEIN, 2009, s. 4.

olmasıdır. Taraflar bu sayede olası bir uyuşmazlıkta metni istedikleri gibi yorumlayabileceklerini düşünmüşlerdir.[215]

Güvenlik Konseyi BM Andlaşması'nın 39. maddesine göre bir durumun saldırı teşkil ettiği yönünde bir değerlendirme hiç yapmadığından bu konuda 1974 Saldırının Tanımı kararına da hiç dayanmamıştır.

Saldırının Tanımı Kararı'na ilişkin en çok dile getirilen eleştiri, kullanılan ifadelerin belirsizliğidir. İkinci olarak belirli bir ağırlıktaki silahlı kuvvet kullanma fiillerin saldırı teşkil edeceğine ilişkin – Roma Statüsü'ndeki *açık ihlal* hükmü benzeri - bir hükmün olmaması sorun yaratmaktadır. Çünkü hangi ağırlıktaki silahlı kuvvet kullanımının saldırı fiili teşkil edeceği sorusu cevapsız kalmıştır.[216]

Saldırının Tanımı Kararı'nın 3/a maddesi, 1. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde Almanya'nın Avusturya ve Çekoslovakya'yı işgali gibi durumları silahlı bir kuvvet kullanımı mevcut olmadığı için dışarıda bırakmaktadır. Madde 3/f ile ilgili ise "bir devletin yardımı ile kuvvet kullanma" fiili ile "doğrudan kuvvet kullanmayı" karıştırdığı yönünde eleştiriler yapılmıştır. Madde 3/g silahlı grupların "gönderilmesi" fiilini saldırı kabul ederken; bu grupların "desteklenmesi" veya "organize edilmesi" ile ilgili bir ifade içermemesinden dolayı eleştirilere uğramıştır.[217] İlgili maddedeki "bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması" ibaresi de belirsiz olduğu için eleştirilmiştir.[218]

---

[215] BASSIOUNI ve FERENCZ, s. 227.
[216] V.,CASSIN; W.,DEBEVOISE; H., KAILES; T. W. THOMPSON, "The Definition of Aggression", **Harvard International Law Journal**, Cilt. 16, 1975, ss. 589 – 613, s. 607.
[217] FERENCZ, s. 37, 38.
[218] CASSIN, s. 605.

Son olarak belirtilmelidir ki bu karar Güvenlik Konseyi'ne saldırı fiilleri konusunda yol göstermesi için hazırlanmış olmakla birlikte; 3314 sayılı karar 2010 yılında gerçekleştirilen Kampala Değişiklikleri ile Roma Statüsü'ne eklenen madde 8bis'in temelini oluşturmakta olup Statü'nün 8bis/2 maddesi de büyük oranda Saldırının Tanımı Kararı'nın 1 ve 3. maddelerinden oluşmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

SALDIRI FİİLİNİN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ

I. Nüremberg Yargılaması'nın Tarihçesi

A. Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu

Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu 20 Ocak 1943'de Londra'da gerçekleştirilen bir diplomatik konferans sonucunda kurulmuştur. Bu komisyonun kurulmasına yol açan süreçte birçok devlet ve sürgündeki hükümet savaş suçları işlenmesini kınayan deklarasyonlar yayınlamıştır.[219]

13 Ocak 1942'de Londra'da Birleşik Krallık Hükümeti'nin kontrolü altında Müttefik Devletler arasında bir konferans düzenlenmiştir. Konferansa dokuz sürgündeki hükümet temsilcisi katılmıştır. Bunun yanında dokuz devlet de misafir olarak konferansta bulunmuştur.[220] Konferansın sonucunda savaş suçlarının cezalandırılacağının açıklandığı bir deklarasyon yayınlanmıştır.

---

[219] George A. FINCH, "Retribution for War Crimes", **The American Journal of International Law**, Vol. 37, No. 1,s. 84. Komisyon'un adındaki Birleşmiş Milletler ifadesi Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurulmasından önce kullanılmıştır ve Komisyon'un Birleşmiş Milletler Örgütü ile bir ilgisi yoktur. Bkz. Cherif M., BASSİOUNİ, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 10, 1997, (From Versailles), s. 21.

[220] Konferansa Belçika, Çekoslovakya, Fransa (Özgür Fransa), Yunanistan, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Polonya ve Yugoslavya hükümetlerinin temsilcileri ile misafir statüsünde olarak Birleşik Krallık, Avustralya, Kanada, Hindistan, Yeni Zelanda, Güney Afrika Birliği, ABD, SSCB ve Çin hükümetlerinin temsilcileri katılmıştır. Bkz. William F. FRATCHER, "American Organization for Prosecution of German War Criminals", **Missouri Law Review**, Vol.13, 1948, s. 48; M. E.

Konferansın amacını Birleşik Krallık Dışişleri Bakanı *Anthony Eden* "ülkelerinde meydana gelen acı ve korkunç olaylara karşı bu ülkelerin hükümetlerinin tavırlarını açıkça ortaya koymak" olarak açıklamıştır.[221] Delegeler konferans sonunda 1942 St. James Deklarasyonu olarak adlandırılan Savaş Suçlarının Cezalandırılmasına İlişkin Ortak Deklarasyon'u[222] imzalamışlardır. Bu deklarasyonda başlıca şu hususlara yer verilmiştir:

"Saldırgan politikasını ortaya çıkaran Almanya mevcut savaşın başlamasından bu yana ele geçirdiği topraklarda hapse atma, toplu sınır dışı etme, rehinelerin öldürülmesi ve toplu katliamlar yaptığı bir terör rejimi kurmuştur."

"Bu şiddet eylemleri benzer şekilde Alman Devleti'nin müttefikleri tarafından da uygulanmakla birlikte bazı devletlerde bu eylemler devlet yönetiminin işbirliği ile gerçekleştirilmektedir."

"Deklarasyonu imzalayan devletler suçlu veya sorumluların milliyetleri ne olursa olsun bulunup adalete teslim edilecekleri, yargılanacakları ve verilen cezaların uygulanacakları konusunda uluslararası dayanışma ruhu içinde kararlıdırlar."[223]

Bu deklarasyonun ardından 7 Ekim 1942'de ABD ve Birleşik Krallık, Birleşmiş Milletler hükümetleri tarafından seçilen ve Birleşmiş Milletler vatandaşlarından oluşan *Birleşmiş Milletler Savaş Suçlarını Araştırma Komisyonu*

BATHURST, "The United Nations War Crimes Commission", **The American Journal of International Law,** Vol. 39, No. 3, 1945, s. 565.

[221] BATHURST, s.565.

[222] Deklarasyonun tam metni için bkz. 1948 History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, s. 89, 90.
Erişim:<http://www.cisd.soas.ac.uk/Files/docs/23225039-history-of-the-unwcc-chapter-5.pdf> (16.09.2014).

[223] BATHURST, s. 565, 566; FRATCHER, s. 48.

kurulması yönünde teklif sunulmasına ilişkin anlaşmalarını duyurmuşlardır.[224] ABD Başkanı Roosevelt'in aynı gün basına yapılan açıklamasında hükümetlerin amacının toplu misilleme olmadığı ve suçlu bulunacak kişilerin düşman devletlerin toplam nüfusuna göre çok küçük bir oran olacağı ifade edilmiştir. Roosevelt bu bağlamda amacın elebaşlarını yargılamak olduğunu da belirtmiştir.[225] 27 Aralık 1941 ve 6 Ocak 1942'de ise SSCB Dışişleri Bakanı Molotov Almanların işlediği suçların kayıt altına alındığını ve cezalandırılacağını açıklamıştır.[226]

Bu deklarasyonun ardından 20 Ekim 1943'de Londra'da Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonunu kuran bir andlaşma imzalanmıştır.[227] SSCB Komisyonda eski İngiliz sömürgelerinin çokluğundan yakınarak Komisyonda yer almayı reddetmiştir.[228] Temelde vakaları araştıran bir organ olmakla birlikte, Komisyonun danışma işlevleri de vardır. Komisyonun asıl görevi, Birleşmiş Milletler vatandaşlarına karşı işlenmiş savaş suçlarını araştırmak, ifadeleri toplamak ve bu suçların işlenmesinden sorumlu kişileri mümkün olduğunca tespit ederek bu suçların yöneltildiği milletlerin hükümetlerine raporlamaktır.[229] Komisyonun resmî tarihine göre, Komisyonun görevlerinden en önemlisi saldırgan savaşın bir suç fiiline sebebiyet verip vermediğinin araştırılmasıdır.[230]

---

[224] FINCH, s. 84.
[225] FINCH, s. 84.
[226] FRATCHER, s. 48.
[227] BATHURS, s. 567.Komisyon'da Avustralya, Belçika Kanada, Çin, Çekoslovakya, Fransa, Yunanistan, Hindistan, Lüksemburg, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Birleşik Krallık, ABD ve Yugoslavya temsilcileri yer almış olup, delegeler diplomatlar ve seçkin hukukçulardan oluşmaktadır. Bkz. BATHURS, s. 568.
[228] Elizabeth BORGWARDT, **A New Deal for The World, America's Vision for Human Rights,** Harvard University Press**,** 2007, s. 430.
[229] BATHURST, s. 568.
[230] 1948 History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, s.180.
Erişim: <http://www.cisd.soas.ac.uk/substrand/history-of-the-united-nations-war-crimes-commission-and-the-development-of-the-laws-of-war,77444094> (18.09.2014).

Komisyon başlangıçta tüm üye devletlere; kendi ülkeleri veya vatandaşlarına karşı işlenen savaş suçlarını soruşturmak amacıyla hemen bir savaş suçları ofisi kurmalarını önermiştir. Bu ofisler kurulduktan sonra bir ulusal ofis eğer ki savaş suçu işlendiğini düşünüyorsa bu bilgileri Komisyon'a göndermiştir. Komisyon da kısıtlı bir yetki ile savaş suçu işlenip işlenmediği konusunu değerlendirmiştir. Ancak Komisyonun bu değerlendirmesinden sonra tüm soruşturma aşaması üye devletler tarafından kendi ulusal yasaları ve sınırları içerisinde yapılmıştır. Komisyon'un bu aşamadaki görevi sulh hâkimine benzetilmektedir.[231]

Komisyondan büyük beklentiler olmasına rağmen pratik amaçlarla, bu hükümetler arası soruşturma komisyonu politik düşüncelerin etkisi altında kalmış ve müttefikler tarafından kendisinden beklenen rolü tam anlamıyla yerine getirememiştir.[232]

Sürgündeki hükümetlerin belirsiz durumlarından dolayı Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu'nun politik etkisi ve desteği çok az olmuştur.[233] Müttefikler Komisyona yeterli mali kaynak veya soruşturmalarını yürütebilmesi için gereken personel desteğini vermemişlerdir. Kuruluşundan birkaç ay sonra Komisyon başkanı Komisyon'un verilen görevlerini yerine getiremeyeceğini açıklamıştır. Başkanın uyarısından sonra bile yeni hükümet desteği çok az olmuştur.[234]

Komisyon hükümetlerin arasındaki koordinasyon sorunlarından da etkilenmiş, buna rağmen topladığı bilgileri 8178 dosyada bir araya getirmiştir. Bu

[231] BATHURST, s. 568.
[232] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 21, 22.
[233] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 22.
[234] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 22.

dosyalarda, iddia edilen savaş suçlarına ve suçlularına ilişkin kayıtları toplamış ve hükümetler arasında bir nevi takas merkezi görevi görmüştür.[235]

Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu her ne kadar savaş suçları iddialarıyla ilgili bilgiler topladıysa da kurumsal olarak ne Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'ne, ne müttefik işgal güçleri tarafından 10 No'lu Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu'na göre yapılan yargılamalara ne de Tokyo Uzakdoğu Askeri Mahkemesi'ne bağlı değildir.[236] Buna rağmen Komisyon'un topladığı bilgiler bazı hükümetler tarafından ulusal yargılamalarda kullanılmıştır.[237]

Komisyon'un kamuoyu oluşturmada ve Nazilerin işlediği uluslararası suçları ortaya çıkartmada çok büyük etkisi olmamıştır. Nüremberg yargılamasında yardımcı savcı olan Telford Taylor, Savaş Suçları Komisyonu'nun kurulmasının kamuoyunda şaşılacak derecede küçük bir etkisi olduğunu hatırladığını ve kendisinin Nüremberg'de tanıkları dinleyene ve belgeleri okuyana kadar Holokost'un farkına bile varmadığını ifade etmiştir.[238]

1942 St. James Deklarasyonu ve Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu, Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'ne giden yoldaki ilk adım olarak değerlendirilebilir.[239]

[235] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 22.
[236] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 23.
[237] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 23.
[238] Elizabeth BORGWARDT, "A New Deal for the World,: America's Vision for Human Rights", **Harvard University Press,** 2007, s. 220.
[239] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 21.

B. Londra Andlaşması (8 Ağustos 1945)

Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu faaliyetlerini sürdürürken 1943'de Moskova'da SSCB, ABD ve Birleşik Krallık dışişleri bakanları savaş sonrasında Nazi savaş suçlularının durumu ile ilgili bir karara varmak üzere toplanmışlardır.[240] Birleşik Krallık, Hitler ve Himmler gibi başlıca savaş suçlularının yakalandığı anda idam edilmesini savunmuştur. Birleşik Krallık'a göre bu kişilerin suçları o kadar kesindir ki bu suçlar yargısal faaliyetin kapsamını aşmaktadır.[241] Buna karşılık Stalin; Hitler, Hitler'in yakın danışmanları ve başlıca askeri liderleri yargılamak için özel bir mahkeme kurulmasını savunmuştur.[242] Benzer şekilde ABD ve Fransa da savaş suçlularının yargılanması için bir uluslararası mahkeme kurulmasını istemişlerdir. ABD ve Fransa, mahkemenin tarihi kayıt altına almasını, dünyayı eğitmesini ve gelecekteki olası suçlara karşı bir caydırıcılık teşkil etmesini istemişlerdir. Birleşik Krallık sanıkların yargılamaları bir propaganda aracı olarak ve kendilerini aklamak için kullanacaklarından korkmuştur. Birleşik Krallık'ın bu korkusunun haklı olduğu yargılamalarda ortaya çıkmıştır.[243]

Görüşmeler sonucunda Churchill, Roosevelt ve Stalin tarafından Moskova Deklarasyonu imzalanmıştır. Deklarasyonda savaş bittikten sonra uluslararası suçlardan sorumlu olanların yargılanacakları açıklanmıştır:

"Almanya'da herhangi bir hükümet zamanında bir ateşkes sağlandığı zaman, yaşanan vahşet, katliam ve infazlardan sorumlu olan ya da bu eylemlere rıza

[240] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 23; Sergey, SAYAPIN, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, The Hauge, 2014, s. 40.
[241] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 23; SAYAPIN, s. 40.
[242] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s .23; SAYAPIN, s. 40.
[243] BASSIOUNI, From Versailles, 1997, s. 24; SAYAPIN, s. 40.

gösteren kişiler, Alman memurları ve Nazi partisi üyeleri, bu iğrenç eylemleri gerçekleştirdikleri ülkelere geri gönderilecek ve orada tekrar kurulmuş olan özgür ülkelerin özgür hükümetlerinin yasalarıyla yargılanacaklardır."[244]

"Yukarıdaki deklarasyon, suçlarının belli bir coğrafi yeri olmayan Alman suçluların müttefik devletlerin hükümetlerinin ortak kararıyla yargılanmalarına halel getirmez."[245]

Üstteki iki paragraftan anlaşılacağı üzere başlıca savaş suçluları Müttefik Devletlerin tümünün ortak kararıyla yargılanacaklardır ki bu görevi de oluşumunda birden çok devlet olan Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi yerine getirmiştir.

Moskova Deklarasyonu Nüremberg Şartı'nın da çıkış noktasıdır. Keza Londra'da, Londra Andlaşması'nı hazırlamak üzere toplanan hukukçular görevlerini Moskova Deklarasyonu'nu yürürlüğe koymak olarak açıklamışlardır.[246] 8 Ağustos 1945'te de Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'ni kuran Londra Andlaşması imzalanmıştır.

II. Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü

Moskova Deklarasyonu'nda bahsedilen ilk grup savaş suçlularının-bir başka deyişle başlıca savaş suçluları dışındakiler-yargılanmaları müttefik savaş komisyonları ve ceza mahkemeleri tarafından yapılmıştır. Başlıca savaş suçlularının yargılanması konusunda ise, ABD'nin Mihver Devletlerin savaş suçlularını soruşturma komisyonu başkanı Robert H. Jackson'ın ABD Başkanı'na verdiği

[244] 1943 Moskova Deklarasyonu, erişim:<http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> (05.09.2014).
[245] 1943 Moskova Deklarasyonu.
[246] BORGWARDT, 2007, s. 29.

raporda bir plan önerilmiştir. Bu planla ilgili olarak Robert Jackson Birleşik Krallık, Fransa ve Sovyetler Birliği temsilcileriyle görüşmüş ve sonucunda da 8 Ağustos 1945'de Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'ni kuran Londra Andlaşması imzalanmıştır.[247] Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı (Nüremberg Şartı) Londra Andlaşması'na ek olarak hazırlanmıştır.[248]

Mahkemenin yargı yetkisinin bulunduğu suçlar Nüremberg Şartı'nın 6. maddesinde sayılmıştır. Barışa karşı suçlar, maddenin (a) bendinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Barışa Karşı Suçlar: Bir tecavüz harbinin (saldırgan savaşın) veya antlaşmalar, garantiler veya milletlerarası anlaşmaların ihlali suretiyle vukubulan bir harbin idaresi, hazırlanması, çıkarılması veya idamesi (sürdürülmesi) veya evvelki fiillerden herhangi birinin tahakkuku (gerçekleşmesi) için mukarrer (kararlaştırılmış) bir plana veya bir komplo'ya iştirak etmek.[249]

1945'de saldırı kelimesi ile ifade edilmek istenen, uluslararası hukuk alanında kesin değildi. Bu sebeple *saldırı savaşının* tanımı da, ne Nüremberg Şartı'nda ne de Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin 1 Ekim 1946 tarihinde verdiği karar metninde yapılmıştır.[250] Suçun tanımında yer alan "saldırı savaşı" ile "milletlerarası anlaşmaların ihlali suretiyle vukubulan savaş"ın idaresi,

[247] Quincy WRIGHT, "The Law of the Nuremberg Trial", **The American Journal of International Law**, Vol. 41, No. 1, 1947, s. 39.
[248] Londra Antlaşması için bkz. <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp> (25.09.2014), Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü için bkz.<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (25.09.2014).
[249] Durmuş TEZCAN; Mustafa Ruhan ERDEM; Rifat Murat ÖNOK, **Uluslararası Ceza Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 329; Rifat Murat, ÖNOK, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Turhan Yayınevi,Ankara, 2003, s. 42. Maddenin orijinali şu şekildedir: Crimes Against Peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.
[250] SAYAPIN, s. 41.

hazırlanması, çıkarılması veya idamesi seçimlik fiiller olarak düzenlenmiştir. Mahkeme'nin kararında, saldırı savaşında ihlal edilen uluslararası andlaşmalar, 1899 ve 1907 Lahey Konvansiyonları, 1919 Versay Andlaşması, ortaklık, garanti, tahkim ve saldırmazlık andlaşmaları ve 1929 Kellog-Briand Paktı'ydı. O zamanki birçok devlet, özellikle de Almanya ve Almanya'nın saldırdığı devletlerin çoğu bu andlaşmalara taraftı. Bu durum karşısında Nüremberg Şartı'nın "saldırı savaşı" ve "uluslararası andlaşmaların ihlali suretiyle vukubulan savaş" ayrımı önemini yitirmektedir. Keza bu ayrım yargılamalarda da bir fark yaratmamıştır.[251]

Ancak Nüremberg Statüsü'nü hazırlayanların bu zayıflığın farkında oldukları ve Statü'nün bu düzenlemesi sebebiyle Müttefik Devletlerin vatandaşlarının da yargılanma riski bulunduğu ve Müttefik Devletlerin mahkemelerde sadece Alman vatandaşlarının yargılanmasına izin vermesinin bir nedeninin bu yargılanma riskini ortadan kaldırmak olduğu iddia edilmektedir.[252]

III. Nüremberg Kararı

A. Genel Olarak

Nüremberg Yargılaması, 20 Kasım 1945'de başlayıp 1 Ekim 1946'ya kadar sürmüştür.[253] Yargılamalarda 24 kişi hakkında soruşturma açılmış ancak çeşitli nedenlerle 21 sanık duruşma salonunda mevcut bulunmuştur.[254] Sanıkların tümü iki

[251] SAYAPİN, s. 42.
[252] SAYAPIN, s. 42.
[253] WRIGHT, s. 41.
[254] Mahkeme Gustav Krupp von Bohlen'in sağlık sorunları nedeniyle yargılanamayacağına karar vermiştir. Martin Bormann yakalanamadığı için yargılama yokluğunda yapılmıştır. Sanıklardan Robert Ley ise tutukluluk halindeyken intihar ettiğinden hakkında yargılama yapılamamıştır.

veya daha fazla suç işlemekten yargılanmışlardır. Yargılamalar Nüremberg Adalet Sarayı'nda yapılmıştır.[255]

Nüremberg yargılamasında barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan yargılama yapılmıştır.

Barışa karşı suçlarla ilgili iddianameyi Birleşik Krallık savcısı sanıklara yöneltmiştir. 16 sanık bu suçları işlemekle suçlanmıştır.[256] Hess, Reader, Funk Neurath ve Doenitz barışa karşı suçları işlemekten suçlu bulunmuştur. Bunlardan Hess, Raeder ve Funk ömür boyu hapis cezasına çarptırılırken Neurath 15 yıl hapis cezasına Doenitz ise 10 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.[257]

B. Kararın İncelenmesi

Mahkeme kararının barışa karşı suçlarla ilgili bölümüne şu tespitiyle başlamıştır:

"*İddianamedeki sanıkların saldırgan savaş planladığı ve yürüttüğüne ilişkin suçlamalar en ağır düzeydeki suçlamalardır. Savaş özü itibariyle kötüdür. Sonuçları sadece savaşan devletlerle sınırlı değildir ve tüm dünyayı etkiler.*

[255] Yargılamanın Nüremberg'de yapılmasının sebebinin bu şehrin Hitler'in başlıca ideolojik programlarını başlattığı yer olması sebebiyle seçildiği konusunda bkz. TEZCAN; ERDEM; ÖNOK; s. 328; Murat ÖNOK, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Turhan Yayınevi,Ankara, 2003, s. 41. Mahkeme'nin kurulması planlanan yerler olarak önce Berlin sonra Münih düşünülmüş; ancak bu şehirlerdeki kaynakların yetersizliği ve şehirlerin savaştan çok zarar görmesi sebebiyle yargılamanın buralarda yapılması çok zor olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık Nüremberg şehrinin her ne kadar yüzde doksanı harabeye dönmüş olsa da mucizevi bir şekilde mahkeme binası zarar görmemiştir. Bu bina tahminlere göre o zaman Almanya'da ayakta kalabilmiş en büyük mahkeme binasıdır. Buna ek olarak hapishane şartları da çok uygundur ve hapishane 1200 mahkum kapasitesinde olmakla birlikte; mahkeme binasına doğrudan bağlıdır. Yine bu bölgenin Amerikan işgal bölgesinde olması ve Amerika'nın savaş sonrasında en iyi durumda olması da Nüremberg'in şeçilmesinde bir başka nedendir. Bkz. Ann TUSA; John, TUSA, **The Nuremberg Trial,** 2010, s. 83, 84.

[256] WRIGHT, s. 41.

[257] International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment of 1 October 1946,(bundan sonra 1946 Nuremberg Judgment olarak anılacaktır), para. 529, erişim: <http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf> (01.09.2014).

Bir saldırı savaşını başlatmak sadece bir uluslararası suç değil aynı zamanda diğer savaş suçlarından farklı olarak içinde hepsinin (diğer uluslararası suçların) birikmiş kötülüklerini içeren en üst uluslararası suçtur.''[258]

Nüremberg Mahkemesi barışa karşı suçlar kapsamında iki iddiayla ilgili olarak yargılama yapmıştır. Bunlardan ilki saldırı savaşı gerçekleştirmek için bir plan ya da komploya iştirak etmek ikincisi ise, saldırı savaşının idaresi, hazırlanması, çıkarılması veya idamesi fiillerini gerçekleştirmektir. Mahkeme önce saldırgan savaşla ilgili bir planın ya da saldırı savaşının varlığının irdelenmesini ardından da sanıkların kişisel sorumluluğunun olup olmadığının değerlendirilmesini uygun görmüştür.[259]

1. Saldırı Fiilinin Varlığı

a. Genel Olarak

Hitler, Kavgam[260] adlı eserinin birçok yerinde Almanya'nın yeni topraklara ihtiyacı olduğunu ve bu yeni toprakların Almanya'ya dâhil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kitabın ilk sayfasında Alman-Avusturya'nın Alman anavatanına dâhil edilmesi gerektiğini söylemiştir.[261] Hitler Almanya'ya dâhil edilmesini gerekli gördüğü toprakları da öncelikle Rusya ve ona komşu olan devletler olarak belirlemiştir.[262]

[258] 1946 Nuremberg Judgment, para. 421.
[259] 1946 Nuremberg Judgment, para. 421.
[260] Adolf HITLER, **Mein Kampf**, New York, 1941
[261]HITLER, s. 3. Hitler buna aynı kanı taşıyan insanların aynı imparatorluk içinde olması gerektiğini gerekçe göstermiştir.
[262] 1946 Nuremberg Judgment, para. 422.

5 Kasım 1937'de yapılan bir toplantıda Hitler Almanya'nın yeni yaşam-alanına (Alm. *Lebensraum*, İng. *living-space*) gereksinim duyduğunu ve Almanya için soru'nun en düşük maliyetle mümkün olan en büyük zaferin nasıl elde edileceği olduğunu ifade etmiştir. Hitler Almanya'nın askeri ve politik durumunu geliştirmek için Çekoslovakya ve Avusturya'nın eşzamanlı ele geçirilmesinin ilk hedefleri olması gerektiğini ifade etmiştir.[263]

Yine Hitler, 23 Kasım 1939 tarihinde üst düzey komutanlarıyla bir toplantı yapmıştır. Bu toplantıda komutanlarına düşüncelerinden bahsetmek istediğini ve kararını bildireceğini söylemiştir.[264] Toplantının yapıldığı tarihte Avusturya ve Çekoslovakya Alman topraklarına katılmış ve Polonya da Alman orduları tarafından işgal edilmiştir. Bu sebeple geçmişe dönük bir değerlendirme olması bağlamında Hitler'in düşünceleri savaşın saiki konusunda önem arzetmektedir. Hitler geçmişe dönük olarak yaptığı değerlendirmede, Avusturya'nın Almanya'ya dahil edilmesinden bir yıl sonra diğer aşamaların Bohemya, Moravya ve Polonya olduğunu düşündüğünü ve batı sınırlarının tamamlanması gerektiğini ancak tek seferde bunun mümkün olmadığını söylemiştir. Başlangıçta batıya mı yoksa doğuya mı saldırması gerektiğine karar veremediğini ifade eden Hitler, öncelikle doğuya saldırılmasına karar verdiğini belirtmiştir.[265]

Bu toplantıda ifade edilenler ışığında Mahkeme Avusturya ve Çekoslovakya'ya karşı girişilen eylemlerin ve Polonya'ya karşı açılan savaşın

[263] 1946 Nuremberg Judgment, para. 423.
[264] 1946 Nuremberg Judgment, para. 423.
[265] 1946 Nuremberg Judgment, para. 423.

başından beri saldırgan niyetlerle yapıldığını ve hepsinin bir plan dâhilinde gerçekleştirildiğini ifade etmiştir.[266]

Mahkeme saldırının planlanması ile ilgili savlarını temellendirirken yukarıda belirtilenler haricinde 23 Mayıs 1939 ve 22 Ağustos 1939'da yapılan toplantılara da atıfta bulunmuştur.[267]

b. Avusturya'nın İstilası

Avusturya'nın istilası Almanya'nın saldırgan fiillerinin ilk aşamasıdır. Avusturya, Alman İmparatorluğuna dâhil edildiğinde Çekoslovakya zayıflatılmış olacak ve Almanya'nın yaşam-alanı artacaktır. Hitler 21 Mayıs 1935, 1 Mayıs 1936 ve 11 Temmuz 1936'da sırasıyla Avusturya'ya saldırma gibi bir niyetinin olmadığını, barışçıl ilişkilerin sürdürüleceğini ve Avusturya'nın tam bağımsızlığını kabul ettiğini bildirmiştir.[268]

Avusturya'da, Avusturya'nın Alman İmparatorluğu'na dâhil edilmesini savunan Nasyonel Sosyalist hareket faaliyet göstermiştir. Bu hareket amacına ulaşmak için bir darbe girişimi[269] de dâhil olmak üzere yasadışı faaliyetler yürütmüştür. Bu faaliyetler Almanya tarafından Avusturya'nın içişlerine karışmak için bir bahane olarak kullanılmışlardır. Yukarıda bahsedilen 5 Kasım 1937'de yapılan toplantıyı takip eden günlerde Avusturya'dakibu karışıklık daha da artmıştır. İki ülke arasındaki ilişkilerin kötüleşmesi üzerine Avusturya Şansölyesi Schuschnigg 12 Şubat 1938'de Hitler'le görüşmüştür. Bu toplantıda Schuschnigg, Hitler

[266] 1946 Nuremberg Judgment, para. 424.
[267] 1946 Nuremberg Judgment, para. 423.
[268] 1946 Nuremberg Judgment, para. 425.
[269] 25 Temmuz 1934'de Şansölye Dollfuss'un öldürülmesine de neden olan başarısız darbe girişiminden sonra Avusturya Nasyonel Sosyalist Partisi yasadışı ilan edilmiştir.

tarafından Avusturya'nın istila edilmesiyle tehdit edilmiştir. Bu tehdit karşısında Schusschnigg Hitler'in isteklerini kabul etmiş ve hükümlü Nazilere karşı siyasi affı kabul etmiş ve Avusturyalı bir Nazi olan Seyss-Inquart'ı polis gücünün idaresi de dâhil olmak üzere güvenlik ve içişleri bakanı yapmıştır. Bu olayların ardından Almanya'nın tehditleri sonlanmamış ve bu tehditler Schusschnigg'in istifasını istemeye kadar gitmiştir. Tehditler sonunda Schusschnigg istifa etmiş ve yerine Seyss-Inquart getirilmiştir. 12 Mart 1938'de Alman orduları herhangi bir direnişle karşılaşmadan Avusturya'ya girmiştir. 13 Mart 1938'de Avusturya Parlamentosunda Avusturya ile Alman İmparatorluğu'nun yeniden birleşmesini düzenleyen bir kanun çıkarılmıştır. Seyys-Inquart Avusturya Devlet Başkanı Miklas'ın bu kanunu imzalamasını istemiş; ancak Miklas imzalamayı reddedip istifa etmiştir. Seyss-Inquart başkanlığa getirilmiş ve kanunu Avusturya adına imzalamıştır[270].

Mahkemede savunma makamı tarafından Almanya ile Avusturya'nın birleşmesinin uzun süredir istendiği ve iki toplum arasında bu birleşmeyi olanaklı kılacak büyük benzerliklerin olduğu ve de sonuç olarak bu birleşmenin kan dökülmeden gerçekleştiği iddia edilmiştir.

Mahkeme, kararında, bu hususların doğru bile olsalar konuyla ilgisiz olduklarını ve maddi gerçeklerin ve bu birleşme için kullanılan yöntemlerin bir saldırganın yöntemleri olduğunu belirtmiştir. Bunu kanıtlayan en önemli unsur ise Almanya'nın silahlı kuvvetlerinin herhangi bir direniş durumunda her an kullanılmaya hazır olmasıdır[271].

[270] Nuremberg Judgment para. 427.
[271] Nuremberg Judgment para. 427.

c. Çekoslovakya'nın Ele Geçirilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere 5 Kasım 1937'de düzenlenen konferansta Çekoslovakya'nın ele geçirilmesi planlanmıştır. Avusturya örneğinde olduğu gibi, Almanya bu amacını gerçekleştirirken öncelikle Çekoslovakya'ya birçok kez ikili ilişkilerinin ve Çekoslovakya'nın egemenliğinin zarar görmeyeceği garantisini vermiş ve ardından tehdit yoluyla Çekoslovakya'yı Almanya'ya dâhil etmiştir.

Hermann Göring 11 ve 12 Mart 1938'de[272] Çekoslovakya Berlin Büyükelçisi M. Mastny'ye Avusturya ile ilgili yaşanan gelişmelerin Almanya ve Çekoslovakya arasındaki ilişkilere zararlı bir etkisi olamayacağını ifade etmiştir. Yine 12 Mart'ta Konstantin von Neurath, Mastny'e Almanya'ın 1935'de Locarno'da imzalanan Alman-Çekoslovak Tahkim Andlaşması'na bağlılığını sürdüreceğini açıklamıştır.

21 Nisan 1938'de Hitler ve Alman Silahlı Kuvvetleri Yüksek Komutanlığı Başkanı Wilhelm Keitel arasında bir görüşme yapılmıştır. Bu görüşmede Çekoslovakya'nın Almanya'ya karşı politikasının düşmanca bir hale gelmesi durumunda Çekoslovakya'ya her an saldırabilmeye hazır olunması kararlaştırılmıştır. 28 Mayıs 1938'de Hitler Çekoslovakya'ya karşı tüm askeri hazırlıkların ülkeyi 2 Ekim'den itibaren işgal edebilecek şekilde yapılmasını istemiştir.[273]

29 Eylül 1938'de Hitler, Mussolini, Birleşik Krallık ve Fransız başbakanları tarafından imzalanan ve Çekoslovakya'nın temsil edilmediği Münih Paktı'nda Çekoslovakya'nın Südet bölgesinin Almanya'ya dâhil edilmesi kararlaştırılmıştır.[274]

[272] Avusturya'nın Alman İmparatorluğu'na dâhil ediliş tarihi.
[273] 1946 Nuremberg Judgment, para. 429.
[274] 1946 Nuremberg Judgment, para. 429.

14 Mart 1939'da Çekoslovakya Başkanı Hacha ve Dışişleri Bakanı Chvalkovsky Hitler'in davetiyle Berlin'e gelmiş ve Ribbentrop, Göring ve Keitel'in de hazır bulunduğu bir toplantıya katılmışlardır. Toplantıda Başkan Hacha'ya eğer Çekoslovak vatandaşlarının Alman İmparatorluğu ile işbirliği yapmalarına rıza gösteren bir andlaşmayı imzalarsa Bohemya ve Moravya'nın yıkılmaktan kurtulacağı söylenmiştir. Alman birliklerinin hâlihazırda Çekoslovakya'ya girmek için emir aldıkları ve herhangi bir direnişin fiziksel müdahaleyle karşılaşacağı bildirilmiştir. Göring de Prag'ı havadan tamamıyla yok edeceği tehdidinde bulunmuştur. Hacha ve Çekoslovakya Dışişleri Bakanı bu tehditler karşısında sabah saat 4.30'da andlaşmayı imzalamışlardır. Buna müteakip 15 Mart'ta Alman birlikleri Bohemya ve Moravya'yı ele geçirmiş ve 16 Mart'ta da Bohemya ve Moravya'nın Alman İmparatorluğu'nun himayesine girdiğine ilişkin bir kararname düzenlenmiştir.[275]

d. Polonya'ya Saldırı

Almanya ile Polonya arasında 1925'de Locarno'da her türlü uyuşmazlıkların çözümü için bir tahkim andlaşması imzalanmıştır. Yine 26 Ocak 1934'de Almanya ile Polonya arasında bir saldırmazlık andlaşması imzalanmıştır.[276]

Hitler değişik zamanlarda Polonya ile olan ilişkilerinin uyum ve barış içinde olduğuna ve Çekoslovak sorununun halledilmesinden sonra Almanya'nın artık herhangi bir bölgesel sorunu olmadığını ifade etmiştir,[277] Hitler bu konularda güvenceler verirken aynı anda 24 Kasım 1938'de Danzig Serbest Şehri'ne saldırı planlanması için emir vermiştir.

[275] 1946 Nuremberg Judgment, para. 429.
[276] Bu andlaşmayı sanıklardan von Neurath imzalamıştır. 1946 Nuremberg Judgment, para. 429.
[277] 1946 Nuremberg Judgment, para. 430.

23 Mayıs 1939'da Berlin'de yapılan bir toplantıda Hitler, Polonya'ya saldırma düşüncesini açıklamıştır.[278] Hitler Polonya'dan vazgeçmenin mümkün olmadığını, durumun Çekoslovakya gibi olmayacağını ve uygun ilk fırsatta Polonya'ya saldırmaları gerektiğini ifade etmiştir. Hitler Polonya'yla savaşın kaçınılmaz olduğunu ifade etmiştir.[279] Hitler 22 Ağustos 1939'da yapılan bir toplantıda batılı güçlerle savaşmaya kararlı olduğunu ve bu mücadelenin ölüm kalım mücadelesi olduğunu ve ön planda da Polonya'nın yok edilmesinin olacağını ifade etmiştir. Hitler savaş emrinin muhtemelen 26 Ağustos'ta verileceğini söylemiştir.[280]

1939 Ağustos'unun son günleri Hitler'i Polonya'ya saldırmaktan vazgeçirme çabalarıyla geçmiştir. 29 Ağustos'ta Hitler bu çabaların bir sonucu olarak Birleşik Krallık büyükelçisi aracılığıyla Polonya temsilcisini tam yetkili olarak gelmesi koşuluyla 30 Ağustos'ta Berlin'de görüşmeye çağırmıştır. Ancak Polonya Hükümeti daha önce Avusturya ve Çekoslovakya temsilcilerinin akıbeti sebebiyle temsilci göndermeme kararı almıştır.[281]

Tüm bu görüşmeler bir sonuç vermemiş ve 31 Ağustos'ta, 1 Eylül'de Polonya'ya saldırılması şeklindeki nihai emrini vermiş ve 1 Eylül 1939'da Almanya Polonya'ya saldırmıştır.

Mahkeme 1 Eylül 1939'da başlatılan savaşın açıkça "saldırgan savaş" olduğuna karar vermiştir[282].

[278] 1946 Nuremberg Judgment, para. 429.
[279] 1946 Nuremberg Judgment, para. 431.
[280] Hitler konuşmasının devamında *"savaşı başlatma ve savaş açmada önemli olan doğruyu yapmak değil, zaferdir"* demiştir. Bkz. 1946 Nuremberg Judgment, para. 432.
[281] 1946 Nuremberg Judgment, para. 433.
[282] 1946 Nuremberg Judgment, para. 434.

e. Danimarka ve Norveç'in İstilası

31 Mayıs 1939'da Almanya ve Danimarka arasında bir saldırmazlık andlaşması imzalanmıştır. Buna rağmen Almanya Danimarka'yı 9 Nisan 1940'ta işgal etmiştir.[283]

2 Eylül 1939'da, Almanya'nın Polonya ile savaştığı sırada, Almanya Norveç'e, ülkesine saygı göstereceğini bildiren bir güvence vermiştir. 3 Ekim 1939'da Erich Raeder Norveç'teki askeri üslerin ele geçirilmesiyle ilgili bir bildiri (*memorandum*) hazırlamıştır. Yine bu bildiriden üç gün sonra Dönitz de bu konuyla ilgili bir bildiri hazırlamıştır. 1939'un Ekim ve Kasım aylarında Norveçli bir örgüt[284] aracılığıyla ülkeyi ele geçirme planları yapılmıştır. Aralık ayı başında ünlü Norveçli politikacı Vidkun Quisling,[285] Berlin'i ziyaret etmiş ve Norveç'te bir askeri darbe yapılması konusunu görüşmüştür.[286] 27 Ocak 1940'ta Keitel tarafından yine Norveç'in istilasına ilişkin bir bildiri hazırlanmıştır. 1 Mart'ta Hitler verdiği talimatta İskandinavya'daki gelişmelerin Norveç ve Danimarka'nın Alman silahlı kuvvetleri tarafından işgal edilmesini gerekli hale getirdiğini ifade etmiştir. Sonrasında 9 Nisan 1940'ta Danimarka ve Norveç Alman orduları tarafından işgal edilmiştir.[287]

---

[283] 1946 Nuremberg Judgment, para. 434.
[284] Rosenberg Organization.
[285] Vidkun Quisling, Almanya'nın Norveç'e saldırma tarihi olan 9 Nisan 1940'da ülkede bir darbe gerçekleştirmiş ve 15 Nisan 1940'a kadar ülke yönetiminde kalmıştır. Quisling, Norveç halkından Alman işgaline karşı direnmemelerini istemiş; ancak bu isteği Norveç direnişini engellememiştir. Bkz. Stein U., LARSEN, **Charisma From Below?The Quisling Case in Norway, Totalitarian Movements and Political Religions**Vol. 7 No.2,2006, s. 239; Lars, BORGERSRUD, "9 April Revised: On The Norwegian History Tradition After Magne Skodvin On Quisling And The Invasion Of Norway İn 1940", **Scandinavian Journal of History**, Vo. 39 No.3, s. 355. "Quisling" ismi İkinci Dünya Savaşı'nda yaptıklarından dolayı o kadar ünlenmiştir ki İngilizce'de "quisling" kelimesi "ülkesini işgal eden düşmana yardım eden kişi" olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Cambridge Dictionaries Online, erişim: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/quisling> (05.10.2014); Oxford Dictionaries, erişim: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/quisling> (05.10.2014).
[286] 1946 Nuremberg Judgment, para. 434.
[287] 1946 Nuremberg Judgment, para. 435.

Bu bilgiler ışığında Ekim 1939'dan itibaren Norveç'in istilasının üzerinde düşünüldüğü açıktır.[288]Ancak mahkemeye sunulan savunmada Almanya'nın Norveç'in Müttefik devletler tarafından istilasının önüne geçmek amacıyla Norveç'e saldırmak zorunda bırakıldığı iddia edilmiştir.

Mahkeme bu savunmaya karşılık yabancı bir ülkeye karşı önleyici fiilin sadece "meşru müdafaa için başka hiçbir yola başvurma ihtimali ve düşünme zamanı bırakmayan ani ve karşı konulmaz bir gereklilik" durumunda haklı olabileceğini[289] hatırlatmıştır.

Müttefiklerin Norveç'i işgal edeceği görüşünün Almanya'da bu dönemde ne kadar göz önüne alındığı tartışmalıdır. Quisling, Müttefiklerin Norveç'e hükümetin örtülü rızasıyla müdahale edeceğini iddia etmiştir. Oslo'daki Alman Deniz Kuvvetleri Ataşesi bu görüşü paylaşırken, Alman elçisi bu görüşe itiraz etmiştir. 13 Ocak 1940 tarihli Alman Deniz Operasyonları Savaş Günlüğü'nde, Deniz Operasyonları Kurmay Başkanı en faydalı çözümün Norveç'in tarafsızlığının sürdürülmesi olduğunu ifade etmiştir. Ancak o da Norveç'in İngilizler tarafından Norveç Hükümeti'yle yapılan örtülü anlaşmadan dolayı işgal edileceği görüşüne sahiptir. Hitler de 1 Mart 1940'taki talimatında, Danimarka ve Norveç'e yapılacak saldırının İskandinavya ve Baltık'a Birleşik Krallık tarafından erişilmesini engellemesi gerektiğini söylemiştir.[290]

---

[288] 1946 Nuremberg Judgment, para. 435.

[289] John B. MOORE, **A Digest of International Law II**, 412'den aktaran, 1946 Nuremberg Judgment, para. 435. Meşru müdafaaya ilişkin bu açıklama aynı zamanda 27 Temmuz 1842'de ABD Dışişleri Bakanı Daniel Webster'ın Caroline Olayı'na ilişkin olarak Lord Ashburton'a gönderdiği mektupta meşru müdafaanın şartlarına ilişkin yaptığı açıklamadır. Webster'ın bu açıklaması için bakınız: Robert Y. JENNINGS, **The Caroline and McLeod Cases**, American Journal of International Law *Vol. 32*, 1938, s. 89; Webster'ın Lord Ashburton'a gönderdiği mektubun tam metni için bkz: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web2> (25.09.2014).

[290] 1946 Nuremberg Judgment, para. 435.

Ancak Raeder'in 3 Ekim 1939 tarihli bildirisi Müttefiklerin engellenmesine herhangi bir atıf yapmayıp Almanya'nın "stratejik ve operasyonel pozisyonunu" geliştirme üzerine temellenmektedir. Bu bildirinin adı "Norveç'te Üsler Kazanmak"tır. Aynı gözlemleri, Dönitz 9 Ekim 1939'daki bildirisinde yapmıştır. 13 Mart'ta Jodl günlüğüne, Hitler operasyon için hala emir vermediğini ve hala bir bahane aramakta olduğunu yazmıştır. Yine 14 Mart günü, günlüğüne Hitler'in operasyon için nasıl bir bahane bulacağına karar vermediğini yazmıştır. 23 Mart ve 26 Mart 1939'da iki askeri yetkili daha Birleşik Krallık'ın Norveç'e çıkartma yapmasının pek olası görünmediğini söylemişlerdir.[291]

Almanlar tarafından ele geçirilen belgeler kesin bir şekilde Müttefiklerin Güney Norveç'teki liman ve havaalanlarını ele geçirmeyi planladıklarını göstermektedir. Hatta ele geçirilen planlardan birinde bir konvoyun 5 Nisan 1940'ta İngiltere'den yola çıkması ve aynı gün Norveç sularında mayınlama yapması öngörülmektedir. Ancak İngilizlerin bu planı 8 Nisan'a ertelenmiş olup, sözü geçen olaylardan hiçbirinin Alman işgalinin nedeni olmadığı söylenebilir. Norveç, Almanya'nın İngiltere ve Fransa'ya daha etkili bir saldırı yapabilmek amacıyla üslerini kullanmak gerekçesiyle işgal edilmiştir.[292]

Norveç'e saldırı planlarının yapılma zamanlarına bakıldığında, bu planların yakın bir Müttefik çıkartmasını engellemek amacıyla yapılmadığı görülmektedir. Bu saldırı en lehe yorum yapıldığında bile muhtemelen ilerideki bir Müttefik işgalini engellemeye yöneliktir.[293]

[291] 1946 Nuremberg Judgment, para. 436.
[292] 1946 Nuremberg Judgment, para. 436.
[293] 1946 Nuremberg Judgment, para. 437.

f. Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un İstilası

Belçika ve Hollanda'yı ele geçirme planı, 1938 Ağustos'unda Çekoslovakya'ya olan saldırı hazırlanırken yapılmıştır. Bu devletlerin hava üsleri Fransa ve İngiltere'ye yapılacak olan saldırılarda önem teşkil etmektedir. Hitler Mayıs 1939'da, Polonya'ya saldırmaya karar verdiğinde bunun İngiltere ve Fransa ile bir savaşa yol açabileceğinin farkındadır. Bu sebeple komutanlarından Hollanda ve Belçika hava üslerinin ele geçirilmesini ve tarafsızlık deklarasyonlarının görmezden gelinmesini söylemiştir. 22 Ağustos 1939'da askeri liderlerine İngiltere ve Fransa'nın Hollanda ve Belçika'nın tarafsızlık statüsünü bozacak bir hareket yapmayacaklarını düşündüğünü söylemiştir. Aynı zamanda da Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'a tarafsızlıklarını gözeteceğini bildirmiş, daha sonra Polonya'nın işgalinden sonra 6 Ekim 1939'da bu bildirisini yinelemiştir. General Brauchitsch 7 Ekim'de, Hollanda ve Belçika bölgesinin ani işgali için hazırlık yapılmasını emretmiştir.

23 Kasım 1939'da bir konferansta Hitler, Ruhr bölgesine "aşil tendonu" benzetmesini yaparak, İngiltere ve Fransa'nın, Belçika ve Hollanda'dan geçerek Ruhr'a saldırması durumunda Almanya'nın büyük bir tehlike altına gireceğini söylemiştir. Hitler bu sebeple onlardan önceden davranmak gerektiğini ifade etmiş ve Fransa ve İngiltere'ye en uygun ve yakın zamanda saldıracağını bunun için de Belçika ve Hollanda'nın tarafsızlığının önemsiz olduğunu söylemiştir.[294]

10 Mayıs 1940'ta Alman orduları Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'u işgal etmişlerdir. Alman büyükelçileri aynı gün Hollanda ve Belçika hükümetlerine

[294] 1946 Nuremberg Judgment, para. 437.

onları Birleşik Krallık ve Fransız ordularına Ruhr'a saldırmaları için geçiş izni vermekle suçlayan bir muhtıra vermişlerdir. Almanya böylece işgalini haklı göstermeye çalışmıştır. Ancak mahkeme önünde Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un İngiltere ve Fransa tarafından işgalini engellemek için bir Alman saldırısı yapılmasını haklı gösterecek hiçbir delil yoktur. Birleşik Krallık ve Fransız kurmayları bu ülkelerle ilgili planlar yapmışlardır; ancak bu planların amacı ülkeleri olası bir Alman işgalinde savunmaktır.

Mahkeme Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un istilasının hiçbir şekilde haklı bir nedene dayanmadığını söylemiştir. Ayrıca bu fiilleri uzun süredir düşünülmüş olan politikaların uygulanması olarak görmüş ve bu fillerin açıkça bir saldırgan savaş olduğuna hükmetmiştir.[295]

g. Yugoslavya ve Yunanistan'a Saldırı

12 Ağustos 1939'da Hitler, Ribbentrop ve İtalya Dışişleri Bakanı Ciano ile olan bir konuşmasında tüm tarafsızların tek tek tasfiye edilmesi gerektiğini söylemiş ve bu konuda İtalya'nın Yugoslavya'ya saldırması gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşın Hitler, 1 Haziran 1939 ve 6 Ekim 1939'da Yugoslavya'ya barışın sürdürülmesi konusunda güvence vermiştir.

28 Ekim 1940'ta İtalya Yunanistan'a saldırmış ancak askeri operasyonlar başarılı olmamıştır. Hitler ise 12 Kasım 1940'ta Yunanistan anakarasını ele geçirmek için gerekli hazırlıkların yapılmasını istemiştir. 3 Mart 1941'de İngiliz kuvvetleri Yunanistan'ın İtalya'ya karşı direnişine yardım etmek amacıyla Yunanistan'a gelmişlerdir. Bu gelişme üzerine 18 Mart 1941'de Hitler ve

[295] 1946 Nuremberg Judgment, para. 438.

kurmaylarının bulunduğu bir toplantıda Raeder; tüm Yunanistan'ın barışçıl bir çözüm olması durumunda bile işgal edilmesi gerektiğini söylemiş, Hitler de bu görüş üzerine herhangi bir uzlaşmanın ön koşulunun Yunanistan'ın tamamen işgali olduğunu ifade etmiştir.[296]

25 Mart 1941'de Yugoslav bakanlar Viyana'da Üç Güç Paktı'na (*Tripartite Pact*) bağlılıklarını ifade etmişlerdir ve Almanya tarafından Yugoslavya'nın bağımsızlık ve toprak bütünlüğüne saygı gösterileceği cevabını almışlardır. Ancak 26 Mart tarihinde bu bakanlar bir askeri darbe ile görevden uzaklaştırılmış ve yeni hükümet bu paktı reddetmiştir. Bunun üzerine 27 Mart'ta Hitler Yugoslavya'nın Yunanistan'a ve sonrasında SSCB'ye saldırının planlanmasıyla ilişkili olarak belirsiz bir durumda olduğunu ifade etmiştir. Hitler yeni hükümetin olası bir bağlılık bildirisini beklemeyeceğini ve Yugoslavya'nın askeri ve ulusal bütünlük olarak yok edilmesi için gerekli tüm hazırlıkların yapılmasını istemiştir.[297]

6 Nisan'da Alman kuvvetleri Yunanistan ve Yugoslavya'yı hiçbir bildirim yapmadan işgal etmişlerdir. Bu işgal o kadar hızlı bir şekilde olmuştur ki savaşa başlamak için bir olay ya da herhangi bir politik açıklama öne sürecek zaman bile olmamıştır.

Yugoslavya ve Yunanistan'a karşı yapılan saldırı savaşının Ağustos 1939'dan itibaren düşünüldüğü açıktır.[298]

[296] 1946 Nuremberg Judgment, para. 439.
[297] 1946 Nuremberg Judgment, para. 439.
[298] 1946 Nuremberg Judgment, para. 439.

h. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ne Karşı Saldırı Savaşı

23 Ağustos 1939'da Almanya ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) arasında bir saldırmazlık andlaşması imzalanmıştır. Ortaya konulan delillere göre, SSCB bu andlaşmaya uymuştur. Yine Moskova'daki Alman büyükelçisinin edindiği bilgiye göre, Sovyetler Birliği sadece Almanya tarafından saldırıya uğraması durumunda savaşa girecektir.

Almanya 1940 yazının sonlarına doğru SSCB'ye karşı saldırı için hazırlıklar yapmaya başlamıştır. 18 Aralık 1940'ta Hitler Barbarossa Operasyonu'yla[299] ilgili tüm hazırlıkların 15 Mayıs 1941'e kadar tamamlanmasını istemiştir. Hitler Alman silahlı kuvvetlerinin Sovyet Rusya'ya, İngiltere ile olan savaş bitmeden hemen önce saldırmaya hazırlanmalarını ve SSCB'ye saldırma niyetlerinin fark edilmemesi için büyük bir özen gösterilmesini emretmiştir.

Almanya SSCB'nin ekonomik durumu, enerji ve ulaşım sistemi ve ele geçirilecek olan topraklarda askeri-ekonomik birimler kurulmasıyla ilgili araştırmalar yapmıştır. Bu planlar SSCB'nin bağımsız bir devlet olarak yok edilmesini ve Estonya, Letonya, Belarus ve diğer bölgelerin İmparatorluk bölgeleri[300] haline getirilmesini tasarlamıştır.

Hitler Kavgam adlı eserinde, yeni toprak kazanımları olacaksa bunun çoğunluğunun Rusya topraklarında olması gerektiğini yazmıştır.[301] 16 Temmuz 1941'de Hitler bunu başarmak için 100 yıl savaşmak gerekirse bile Urallar'ın batısında herhangi bir askeri gücün olmaması gerektiğini söylemiştir. Hitler tüm

[299] Almanya tarafından SSCB'ye karşı yürütülen operasyona verilen ad.
[300] Reich Commissariats.
[301] 1946 Nuremberg Judgment, para. 441.

Baltık bölgesinin, Kırım ve bitişik bölgelerinin, Volga, Bakü bölgelerinin ve Kola Yarımadası'nın Alman İmparatorluğu'na katılması gerektiğini söylemiştir.[302]

22 Haziran 1941'de Almanya herhangi bir savaş ilanı yapmadan Sovyet topraklarını işgal etmeye başlamıştır.[303] Delillere göre Mahkeme Almanya'nın doğuya doğru genişlemek amacıyla SSCB'nin politik ve askeri gücünü yok etmeyi planladığına hükmetmiştir.[304] Mahkemeye göre, bu açıkça saldırı savaşıdır.[305]

i. Birleşik Devletler'e Karşı Savaş

Japonya'nın Birleşik Devletler filosuna 7 Aralık 1941'de Pearl Harbor'da saldırmasından dört gün sonra Almanya, Birleşik Devletler'e savaş ilan etmiştir. ABD'ye saldırı aslında gelecekteki bir plan olarak düşünülmüştür. 1940'ta Berlin'de tartışılması gereken konuları özetlerken Hava Kuvvetleri İrtibat Subayı Binbaşı von Falkenstein, bu ihtimalden ileriki bir tarihte Amerika'ya karşı yürütülecek savaş olarak bahsetmiştir. Ancak Almanya'nın ABD'yi savaşın dışında tutma politikası Almanya'nın Japonya'ya ABD'ye karşı destek vermesine engel olmamıştır. 4 Nisan 1941'de Hitler, Japon Dışişleri Bakanı Matsuoka'ya Japonya'nın Singapur'a saldırısının ABD ve Japonya arasında bir savaşa neden olması durumunda Almanya'nın herhangi bir gecikme olmadan hareket edeceğini ifade etmiştir.

Ribbentrop 28 Kasım 1941'de, Pearl Harbor'dan 10 gün önce Japon Büyükelçisini Birleşik Krallık ve ABD'yle savaşa girmesi yönünde teşvik etmiş ve

[302] 1946 Nuremberg Judgment, para. 441.
[303] 1946 Nuremberg Judgment, para. 440.
[304] 1946 Nuremberg Judgment, para. 440.
[305] 1946 Nuremberg Judgment, para. 441.

Japonya'nın ABD ile savaşa girmesi durumunda Almanya'nın anında savaşa dâhil olacağını söylemiştir.[306]

Pearl Harbor saldırısı gerçekleştikten sonra Berlin'de bir tören sırasında Japon Büyükelçisi Oshima'ya bir Alman madalyası takdim edilmiş ve Hitler Japonya'nın ABD ile olabildiğince müzakere edip sonrasında herhangi bir savaş ilanı olmadan ağır bir şekilde saldırması şeklindeki taktiğini beğendiğini ifade etmiştir.

Hitler ve meslektaşlarının ABD ile bir savaşı aslında düşünmedikleri ve kendi çıkarlarına uygun görmedikleri doğrudur. Ancak 1941'de bu görüş değişmiş ve Japonya ABD ile savaşa girmesine varacak bir politika benimsemesi için her şekilde teşvik edilmiştir. Japonya, ABD'ye Pearl Harbor'da saldırarak saldırgan savaş başlattığı zaman, Nazi Hükümeti Japonya'nın yanında olarak savaş ilan etmiş ve Almanya'nın savaşa girmesine neden olmuştur.[307]

2. İhlal Edilen Uluslararası Andlaşmalar

a. Genel olarak

Mahkeme hâlihazırda saldırı savaşı planlamak veya yürütmekten belirli sanıkları suçlu bulmuştur. Bu sebeple daha ileri bir araştırma yürütüp bu savaşların hangilerinin anlaşma, garanti ve uluslararası andlaşmalara aykırı olarak yürütüldüğünün incelenmesi gerekli değildir.[308]

[306] 1946 Nuremberg Judgment, para. 441.
[307] 1946 Nuremberg Judgment, para. 442.
[308] 1946 Nuremberg Judgment, para. 442.

Mahkeme'nin bu gerekçesi şöyle açıklanabilir. Barışa karşı suçlar kapsamında işlenen suç fiillerinin hepsi zaten saldırı savaşıdır ve statüye göre suç teşkil etmektedir. Bu sebeple bu savaşların anlaşma, garanti ve uluslararası andlaşmalara aykırı olup olmamasının incelenmesi suçun niteliği ve verilecek cezalar açısından bir şey değiştirmeyecektir. Eğer ki savaşlardan bazıları saldırı savaşı olmayıp, sadece anlaşma, garanti ve uluslararası andlaşmalara aykırı olsaydı o zaman mahkemenin ileri bir inceleme yapıp bunu ortaya çıkartması gerekirdi.

Ancak belirtmek gerekir ki mahkeme yine de hangi andlaşmaların ihlal edildiği konusunda bir inceleme yapmıştır.

b. 1899 ve 1907 Lahey Konvansiyonları

1899 Lahey Konvansiyonu'nda tarafların silahlı kuvvete başvurmadan önce şartların elverdiği ölçüde bir ya da birkaç dost gücün dostane girişimine veya arabulucuğuna başvurmaları öngörülmüştür. Yine 1907 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne ilişkin Konvansiyon'da âkit devletlerin aralarındaki savaş durumlarının, savaş nedenlerinin açıklandığı bir savaş ilanı ya da savaş ilanlı bir ültimatom şeklinde önceden açık bir uyarı olmadan başlamamasını öngörmektedir. Almanya bu iki konvansiyona da taraftır.[309]

c. Versay Andlaşması

Versay Andlaşması Almanya tarafından Ren Bölgesinin silahsız statüsünün ihlali, Avusturya'nın bağımsızlığına saygı gösterilmesi maddesinin ihlali, Memel bölgesinin ve Danzig Serbest Şehri'nin statülerinin ihlali ve Alman İmparatorluğu'na

[309] 1946 Nuremberg Judgment, para. 442.

katılması, Çekoslovakya'nın bağımsızlığıyla ilgili maddeye aykırı olarak Bohemya ve Moravya'nın ele geçirilmesi ve nihayet andlaşmanın askeri, denizcilik ve havacılık ile ilgili hükümlerinin 1935'te reddi olmak üzere birçok anlamda ihlal edilmiştir.[310]

d. İkili Garantörlük, Tahkim ve Saldırmazlık Andlaşmaları

1925 yılında Locarno'da akdedilen ikili garantörlük andlaşmaları Almanya ile Belçika, Fransa, Birleşik Krallık ve İtalya arasında ülkesel *status quo*nun devamını garanti altına almaktadır. Bundan başka yine Locarno'da, Almanya ile Çekoslovakya, Belçika ve Polonya arasında tahkim andlaşmaları yapılmıştır. Almanya ile Hollanda ve Danimarka arasındaki tahkim ve arabuluculuk andlaşması 1926'da, Almanya ile Lüksemburg arasındaki tahkim ve arabuluculuk andlaşması ise, 1929'da imzalanmıştır. Almanya ile Danimarka ve Rusya arasındaki saldırmazlık andlaşması ise 1939 yılında yürürlüğe girmiştir.[311]

e. Kellogg-Briand Paktı

Diğer adıyla Paris Paktı 1928'de Almanya, ABD, Belçika, Fransa, Birleşik Krallık, İtalya, Japonya, Polonya ve diğer birçok devlet tarafından imzalanmıştır. Aşağıda bu andlaşma ayrıntılı şekilde incelenecektir.

3. Nüremberg Şartı'nın Olaya Uygulanışı

Mahkemenin yargı yetkisi, Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı'nda yer almaktadır. Mahkemeye gore, Nüremberg Şartı'nın yapılması Alman İmparatorluğu'nun koşulsuz olarak teslim olduğu devletlerin egemen yasama

[310] 1946 Nuremberg Judgment, para. 442, 443.
[311] 1946 Nuremberg Judgment, para. 443.

yetkisinin uygulanmasıdır ve bu devletlerin işgal edilen bölgelerdeki kesin yasama hakkı uygar dünya tarafından kabul edilmiştir.[312]

Mahkeme'ye göre Nüremberg Şartı galip devletlerin takdiri bir yetki kullanması değil; Şart'ın yazılması esnasında var olan uluslararası hukukun ifadesidir ve bu bağlamda kendisi de uluslararası hukuka bir katkıdır.

Nüremberg Şartı bir saldırı savaşının ya da uluslararası andlaşmaları ihlal eden bir savaşın planlanmasını veya yürütülmesini bir suç saymaktadır ve bu sebeple de saldırı savaşının Londra Andlaşması'nın ve Nüremberg Şartı'nın yürürlüğe girmesinden önce suç olup olmadığının veya hangi kapsamda suç olduğunun incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak mahkeme bu hukuki sorunun önemine binaen bu konudaki görüşlerini açıklamıştır.

Mahkeme önünde savunma makamı tarafından hukukun temel ilkelerinden olan *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* yani önceden var olan bir kanun olmadan ceza verilemeyeceği prensibi, bir başka deyişle kanunsuz suç olmaz prensibi ileri sürülmüştür. Savunma tarafından, gerçekleştiği anda suç olmayan bir fiilin suç addedilip ceza verilmesinin uygar milletlerin hukuklarına aykırı olduğu ve hiçbir egemen gücün iddia edilen suçlar işlendiği sırada saldırgan savaşı suç olarak düzenlemediği, hiçbir statünün saldırgan savaşı tanımlamadığı, saldırgan savaşın işlenmesine karşın hiçbir ceza kararlaştırılmadığı ve suçluların yargılanması ve cezalandırılması için hiçbir mahkemenin kurulmadığı ifade edilmiştir.

Mahkeme bu itirazlar karşısında öncelikle, kanunsuz suç olmaz ilkesinin egemenliği sınırlandıran bir ilke olmadığını ancak hukukun genel ilkelerinden biri

[312] 1946 Nuremberg Judgment, para. 443, 444.

olduğunu söylemiştir. Mahkeme, sözleşmeleri ve garantileri hiçe sayarak ve uyarı yapmadan komşu devletlere saldıranların cezalandırılmasının adaletsiz olduğunu öne sürmenin yanlış olduğunu ve bu durumda saldırganın kendisinin yanlış yaptığını bildiğini ve asıl adaletsiz olanın bu yanlışın cezalandırılmamasına izin verilmesi olduğunu söylemiştir. Alman Hükümeti'ndeki görevleri düşünüldüğünde sanıklar Almanya'nın imzaladığı, uluslararası uyuşmazlıklarda savaşa başvurmayı yasaklayan sözleşmeleri ve saldırıları planlarken uluslararası hukuku hiçe sayarak hareket ettiklerini bilmektedirler. Mahkeme sadece bu görüş dikkate alındığında kanunsuz suç olmaz ilkesinin olaylara uygulanabilir olmadığı görüşündedir.[313]

Mahkemeye göre bu görüş, 1939'daki uluslararası hukukun durumu düşünüldüğünde de geçerlidir. 27 Ağustos 1928 tarihli Briand-Kellogg Paktı, Almanya, İtalya ve Japonya'nın da aralarında olduğu 63 devlet arasında bağlayıcıdır. Paktın giriş bölümünde âkit devletlerin:

"İnsanlığın refahını geliştirme görevini derinden duyarak:

Milletleri arasında mevcut olan barışçı ve dostane ilişkilerin devamlı hale getirilmesi amacı ile, savaşın milli siyasetin bir aracı olarak görülmesinden samimi bir şekilde vazgeçilmesi zamanının gelmiş olduğuna kanaat getirerek;

Birbirleriyle ilişkilerine bütün değişikliklerin sadece barışçı vasıtalarla ve barışçı ve düzenli bir süreç sonucu yapılmaya çalışacağına (...)

[313] 1946 Nuremberg Judgment para. 444.

(...) milli siyasetin bir aracı olarak savaştan hep birlikte vazgeçme hususunda dünyanın medeni milletlerini birleştireceklerinden ümitli olarak bir andlaşma yapmaya karar verdiler."

Pakt'ın ilk iki maddesi şöyledir:

"Madde 1: Yüksek Âkit Taraflar, milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için savaşa başvurmayı red ve takbih ettiklerini ve birbirleriyle ilişkilerinde savaşı milli siyasetin bir aracı olarak görmekten vazgeçtiklerini milletleri adına resmi surette beyan ederler.

Madde 2: Yüksek Âkit Taraflar, mahiyeti ve kaynağı ne olursa olsun, aralarında ortaya çıkabilecek bütün uyuşmazlıkların veya ayrılıkların hiçbir surette barışçı araçlar dışında çözümlenmeye veya giderilmeye çalışılmayacağı konusunda mutabıktırlar".[314]

Mahkeme, bu paktın imzalanmasından sonra savaşa başvuracak herhangi bir devletin ulusal bir politika olarak savaşa başvurmasının Paktın ihlali anlamına geleceğini ifade etmiştir. Bir ulusal politika aracı olarak savaştan feragat etme, zorunlu olarak böyle bir savaşın uluslararası hukuka aykırı olduğu anlamına gelir. Bu tarz bir savaşı planlayanlar veya yürütenler ise böyle davranarak suç işlemektedirler. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için bir ulusal politika olarak savaş kavramı saldırı savaşını kapsamaktadır ve bu sebeple Pakt tarafından hukuka aykırı hale getirilmiştir.

[314]Aslan GÜNDÜZ, **Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 81, 82.

Paktın saldırı savaşının suç olduğunu açıkça ortaya koymadığı ya da saldırı savaşını yargılamak üzere mahkemeler kurmadığı öne sürülmüştür. Mahkeme bu bağlamda aynısının Lahey Konvansiyonu'nda yer alan savaş kurallarıyla ilgili olarak da geçerli olduğunu ileri sürmüştür. 1907 Lahey Konvansiyonu savaşın yürütülmesine ilişkin belirli yöntemlere başvurmayı yasaklamıştır. Bu yasaklar Konvansiyon tarihinden daha önce de uzun süredir uygulanmaktadır. Lahey Konvansiyonu bu yöntemlerin suç olduğunu belirtmemiş, bunlara karşı cezalar öngörmemiş veya bu konvansiyonu ihlal edenleri yargılamak ve cezalandırmak için bir mahkeme kurulması gerektiğinden bahsetmemiştir. Ancak askeri mahkemeler yıllarca bu konvansiyonun ortaya koyduğu kuralları ihlal edenleri yargılamışlardır. Mahkemeye göre, saldırgan savaş yürütenlerin yaptığı da hukuki olarak eşit düzeyde olmakla birlikte (saldırı suçu) Lahey Konvansiyonu'nun bir kuralının ihlalinden çok daha önemlidir.[315]

Mahkeme, bu tip uluslararası andlaşmaların yargılama yönteminden çok hukukun genel ilkeleriyle ilgilenmesi gerektiğini söylemiştir. Savaş hukuku sadece sözleşmelerde değil, devletlerin evrensel olarak kabul gören uygulamalarında ve hukukçular tarafından yapılıp askeri mahkemelerde uygulanan hukukun genel ilkelerinde de bulunur.

Mahkeme, Milletler Cemiyeti tarafından desteklenen 1923 tarihli ikili yardım andlaşması taslağının 1. fıkrasında, saldırı savaşının bir uluslararası suç olduğu ifadesine ve 1924 Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümüne İlişin Cenevre Protokolü'nde geçen saldırı savaşının bir uluslararası suç olduğu ifadelerine dikkat çekmektedir.[316]

[315] 1946 Nuremberg Judgment, para. 445.
[316] 1946 Nuremberg Judgment, para. 445.

Bahsedilen ikili yardım andlaşması taslağı ve 1924 Cenevre Protokolü hiçbir zaman onaylanmamıştır.[317] 24 Eylül 1927 tarihli Milletler Cemiyeti Genel Kurulu'nda tüm delegasyonların bulunduğu bir toplantıda saldırı savaşını ilgilendiren bir deklarasyon oybirliğiyle kabul edilmiştir. Bu deklarasyonun giriş bölümünde saldırı savaşının bir uluslararası suç olduğu ifade edilmiştir. 18 Şubat 1928 tarihli 6. Pan-Amerikan Konferansında da saldırı suçunun insan türüne karşı bir uluslararası suç olduğu ifade edilmiştir.[318]

Mahkeme, Versay Andlaşması'nın 227. maddesinin Eski Alman İmparatoru'nu "uluslararası ahlak ve sözleşmelerin kutsallığına karşı en büyük suç"u işlemekten yargılamak için bir uluslararası mahkeme kurulmasını öngördüğüne işaret etmiştir. Andlaşma'nın 228. maddesinde Alman Hükümeti, Müttefik Güçlerin savaş yasalarını ve geleneklerini ihlal ettiği iddia edilen kişileri yargılama hakkı bulunduğunu kabul etmiştir.[319]

İkinci önemli nokta olarak savunma tarafından, uluslararası hukukun egemen devletlerin eylemleriyle ilgilendiği ve kişilere karşı bir ceza öngörmediği ve devletin eylemi söz konusu olduğunda bu eylemi gerçekleştirenlerin kişisel olarak sorumlu olmadığı ve devletin egemenliği ilkesi tarafından koruma altında olduğu öne sürülmüştür.[320]

Mahkeme, bu itirazın reddedilmesi gerektiğini ve uluslararası hukukun devletler gibi kişilere karşı da ödev ve yükümlülükler yüklemesinin uzun süredir

[317] Bu belgenin onaylanmadığı için hukuken mevcut addolunamayacağına ilişkin olarak bkz. İlhan LÜTEM, **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara, 1951.
[318] 1946 Nuremberg Judgment, para. 445.
[319] 1946 Nuremberg Judgment, para. 446.
[320] 1946 Nuremberg Judgment, para. 446.

kabul edildiğini belirtmiştir. Uluslararası hukuka karşı suçlar soyut varlıklar tarafından değil, insanlar tarafından işlenmektedirler ve uluslararası hukuk kuralları ancak bu suçları işleyenleri cezalandırarak uygulanabilir. Versay Andlaşması'nın yukarıda bahsedilen 228. maddesi de kişisel sorumluluğa ilişkindir.[321]

Mahkeme'ye göre, uluslararası hukukun belli şartlar altında devlet yetkililerini koruma ilkesi yine uluslararası hukuk tarafından suç olarak nitelendirilen durumlarda uygulanamaz. Nüremberg Şartı'nın özü kişilerin kendi hükümetleri tarafından empoze edilen sadakat yükümlülüğünü aşan uluslararası ödevleri olduğudur. Savaş hukukunu devlet otoritesine bağlı olarak hareket ederken ihlal edenler, devletin yetki verme eylemi uluslararası hukuka aykırı hale gelirse bu dokunulmazlıktan yararlanamazlar.[322]

Bu tartışmadan ayrı olarak Nüremberg Şartı'nın 7. maddesi sanıkların resmi görevlerinin cezai sorumsuzluk sebebi ya da cezayı hafifletici neden olarak ileri sürülemeyeceğini düzenlemektedir.

Üçüncü olarak sanıkların Hitler'in emirleri altında hareket ettikleri ve bu sebeple bu emirleri gerçekleştirmekten dolayı sorumlu tutulamayacakları savunması yapılmıştır. Nüremberg Şartı'nın 8. maddesi gereğince sanığın hükümetinin veya üstünün emrine göre hareket etmesi onu sorumluluktan kurtarmaz ancak cezayı hafifletici bir neden olarak düşünülebilir.[323]

Mahkeme'ye göre, bu madde tüm milletlerin hukuklarıyla uyumludur. Bir askerin uluslararası hukuka aykırı olarak öldürme veya işkence yapma emri alması

[321] 1946 Nuremberg Judgment, para. 447.
[322] 1946 Nuremberg Judgment, para. 447.
[323] 1946 Nuremberg Judgment, para. 447.

uluslararası hukuk bakımından hiçbir zaman bu vahşi fiiller için bir savunma teşkil etmemiştir. Buna rağmen Şart bu emrin cezayı hafifletici neden olarak ileri sürülebileceğini düzenlemektedir. Birçok ülkenin ceza hukukunda değişik derecelerde var olan gerçek ölçü; emrin varlığı değil ancak gerçekte ahlaki seçimin mümkün olup olmadığıdır.[324]

4. Nüremberg Yargılaması'nın Eleştirisi

Nüremberg Yargılaması'na karşı öne sürülen eleştiriler, (1) kanunilik ilkesinin ihlal edildiği, (2) mahkemeye, galip devletlerin hakimleri dışında hakim kabul edilmediği ve mahkemenin aslında uluslararası değil bölgesel bir mahkeme olduğu, (3) silahların eşitliği ilkesinin gözetilmediği, (4) galip devletlerin işlediği suçların ve Nazilerin Almanlara karşı işledikleri suçların mahkemenin yargı yetkisi dışında bırakıldığı, (5) kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiği şeklinde sınıflandırılabilir. Biz çalışma konumuzu göz önünde bulundurarak barışa karşı suçlar veya saldırı suçuyla ilgili olarak kanunilik ilkesine ilişkin yapılan eleştirileri inceleyeceğiz.

5. Nüremberg Yargılaması'nın Kanunilik İlkesi Bakımından Eleştirisi

Nüremberg Yargılaması'nda barışa karşı suçlar veya saldırı suçuyla ilgili olarak yapılan en önemli eleştiri *kanunsuz suç olmaz* ilkesinin ihlal edildiğidir. Gerçekten de ilk defa Nüremberg Şartı'na kadar bir saldırı savaşı başlatmak ne bir uluslararası andlaşma ile ne de ulusal hukukta suç olarak düzenlenmiştir.

[324] 1946 Nuremberg Judgment, para. 447.

Doktrinde bir grup yazar Nüremberg Yargılaması'nda *nullum crimen sine lege* ilkesinin ihlal edildiğini savunurken, diğer bir grup yazar da ihlal edilmediğini savunmaktadır. Yargılamalarda bu ilkenin ihlal edilip edilmediğini incelemeye geçmeden önce *nullum crimen sine lege* ilkesi ve daha kapsayıcı bir ilke olan kanunilik ilkesi incelenecektir.

Nüremberg Yargılaması'nda, kişiler tarihte ilk defa devlet politikası olarak nitelendirilebilecek eylemlerden dolayı yargılanmıştır.

a. Kanunilik İlkesi

Nüremberg Yargılaması'nda barışa karşı suçlar veya saldırı suçuyla ilgili olarak yapılan en önemli eleştiri kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*) ilkesinin ihlal edildiğidir. Gerçekten de ilk defa Nüremberg Şartı'nda düzenlenene kadar bir saldırı savaşı başlatmak ne bir uluslararası andlaşma ile ne de herhangi bir devletin ulusal hukukunda suç olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde bir grup yazar Nüremberg Yargılaması'nda *nullum crimen sine lege* ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürerken diğer bir grup yazar da ihlal edilmediğini savunmaktadır. Yargılamalarda bu ilkenin ihlal edilip edilmediğini incelemeye geçmeden önce *nullum crimen sine lege* ilkesi incelenecektir.

Nullum crimen sine lege Latince kanunsuz suç olmaz anlamına gelmekte olup *nulla poena sine lege* ise, kanunsuz ceza olmaz anlamına gelmektedir. Bu kavramlardan özellikle *nullum crimen sine lege* yani kanunsuz suç olmaz ilkesi - her ne kadar kanunsuz suç olmaz anlamına gelse de - kanunilik ilkesiyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

Kanunilik ilkesini incelemeden önce ceza hukukuna ilişkin iki doktrini kısaca açıklamak faydalı olacaktır. Ulusal ceza kanunlarında kanunilik ilkesi konusunda maddi adalet (*substantive justice*) ya da katı/sıkı kanunilik (*strict legality*) teorisi benimsenir. Maddi adalet teorisine göre, hukuk düzeninin amacı topluma zarar veren ya da topluma karşı tehlike teşkil eden davranışların, o davranışın kanunen suç olup olmadığına bakılmaksızın, engellenmesi ve cezalandırılmasıdır. Burada birincil amaç, toplumu korumak ve hukuk düzenine aykırılık teşkil edecek davranışa karşı önlemleri almaktır. Bu düzen bireye oranla toplumu daha fazla gözetir *(favor societatis).* Buna karşılık katı kanunilik teorisi; bir kişinin, ancak işlediği davranış kanunlar tarafından suç olarak addedilirse cezalandırılabileceğini benimser.[325] Bu teori ise sanık lehinedir (*favor rei / favor reo*). Günümüzde Kıta Avrupası sisteminde ve ülkemizde bu ikinci teori benimsenmiştir ve aşağıda da kanunilik ilkesi büyük ölçüde bu teoriye göre anlatılacaktır.

Kanunilik ilkesi, Latince ifadesiyle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, suçların ve cezaların fiil işlenmeden önce kanun tarafından açık ve kesin olarak belirlenmesi kuralıdır. İlkenin yedi unsuru veya sonucu olduğundan bahsedilebilir:

Bunlar: (1) suç ve cezaların sadece kanunlar tarafından belirlenmesi (2) ceza kanunlarının lehe olmadıkça geçmişe yürümezliği, (3) ceza kanunlarının dar yorumu (strict constrution of legal rules), (4) ceza kanunlarının yorumunda (failin aleyhine)[326] kıyas yasağı, (5) ceza kanunlarının açık olması (specifity), (6) ceza

[325] Antonio CASSESE, **International Criminal Law,** Oxford University Press, New York, 2008, s. 36, 37.
[326] TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, s. 451.

kanunlarının belirli (kesin) olması (prohibition of ambiguity) ve (7) örf ve adete dayanarak suç ve ceza yaratılmasının yasak olmasıdır.

b. İlkenin Tarihçesi

İlkenin ortaya çıkışı hakkında doktrinde çeşitli görüşler vardır. Kanunilik ilkesinin ilk olarak Hammurabi kanunları ya da Roma hukukunda ortaya çıktığı iddia edilmiştir.[327] İlkenin ilkel şekilde ortaya çıkışı 1215 Magna Carta Libertatum'da olmakla beraber[328] burada da günümüzde kullanılan anlamıyla beyan edilmemiştir.[329]

İlkenin tam anlamıyla kabul edilmesi için aydınlanma çağını beklemek gerekmiştir. İlkenin bu dönemde uygulanmasında aydınlanma döneminde egemenin mutlak iktidarının despotik yönetimlere yol açacağı endişesi[330] ve polis devletinin sınırsız iktidarına karşı bireyin korunması düşüncesi[331] etkili olmuştur.

Kanunilik ilkesi *Monstesquieu*'nun kuvvetler ayrılığı kuramı çerçevesinde ortaya çıkmıştır. *Montesquieu*'ya göre, bireyle devlet arasındaki sınır ancak kanun tarafından çizilebilir ve birey kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabilir.[332] Kuvvetler ayrılığı kuramı kanunların kıyas ve yorumunu, yargının yasamaya ait alana

---

[327] Sulhi DÖNMEZER; Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,Genel Kısım** Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 20; Aly, MOKHTAR, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects", **Statute Law Review,** 26(1), ss. 4-45, s. 44.

[328] Veli Özer ÖZBEK; Mehmet Nihat KANBUR; Koray DOĞAN; Pınar BACAKSIZ; İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler,** Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012, s. 68. Bazı yazarlara göre, ilkenin İngiliz kökeninin reddedilmesinin bir nedeni de İngiliz Hukuku'nun büyük ölçüde *common law*'a dayanmasına karşın *nullum crimen sine lege* ilkesindeki *lege* kelimesininyazılı hukuk (kanun) anlamına gelmesidir. Bkz. Stefan GLASER, "Nullum Crimen Sine Lege", **Journal of Comparative Legislation and International Law,** Vol. 24, 1942, ss. 29-42, s. 30.

[329] Faruk EREM; A., DANIŞMAN; Mehmet Emin ARTUK, **Türk Ceza Hukuku,** Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 94. Magna Carta Libertatum'un neden kanunilik ilkesinin bir ifadesi olarak görülemeyeceği için bkz. Claus KRESS, **Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege,** Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, s. 3.

[330] MOKHTAR, s. 45.

[331] ÖZBEK, s. 68.

[332] EREM; DANIŞMAN; ARTUK, s. 94.

müdahalesi anlamına geleceğinden dolayı reddetmektedir.[333] *Montesquieu,* bu doktrini yönetenlerin gücünü kısıtlamak ve yasama ve yargının haklarını korumak olarak da tasavvur etmiştir.[334]

1764'te Beccaria; Voltaire, Montesquieu ve Rousseau'nun düşüncelerini ceza hukukuna uygulamıştır.[335] *Beccaria* cezaların mutlaka kanunlara dayanması gerektiğini idarenin bu yetkiye sahip olmaması gerektiğini savunmuştur.[336] *Beccaria* yargıçların kanunları yorumlamak iktidarına sahip olmadığını çünkü yargıcın kanun koyucu olmadığını ifade etmiştir.[337] Bu dönemde ilke; hem hükümdarların gücünün kısıtlanması ve yasama ile yargının haklarının korunması olarak hem de bireylerin yürütmenin ve yargının keyfiyetine karşı korunması olarak anlaşılmıştır.[338]

Kanunilik ilkesinin önemi 18. yy.'dan sonra artmıştır. Bunun nedeni ise, dönemin Avrupa'sındaki siyasi mücadeleler olmuştur. Bu dönemde kanunilik ilkesi monarşik rejimlerin mutlak gücünü kısıtlama ve yetkilerin kötüye kullanılmasını engelleme anlamına gelmiştir.[339]

Nullum crimen, nulla poena sine praevia poenali yani suç fiilinin işlendiği zamanda var olan ceza hukukunun ihlalinden doğmayan suç olmazifadesini Latince olarak ilk defa Alman hukukçu *Anselm Feuerbach* 1801 tarihli *Lehrbuch des*

[333] EREM; DANIŞMAN; ARTUK, s. 94.
[334] CASSESE, s. 37.
[335] MOKHTAR, s. 46.
[336] ÖZBEK, s. 68.
[337] EREM; DANIŞMAN; ARTUK**,** s. 94.
[338] CASSESE, s. 37.
[339] Cherif M. BASSIOUNI, **International Criminal Law,** Third Edition, Volume I, Sources Subjects and Contents, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, s. 76.

Peinlichen Rechts adlı kitabında ifade etmiştir.[340]*Feuerbach* cezanın önleyici etki yapabilmesinin bireylerin suç işlediklerinde hangi cezaya çarptırılacaklarını açık olarak önceden bilmeleri ile mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bu ise, ancak kanunun açık olarak suçları ve cezaları belirlemesiyle imkan dahiline girer. *Feuerbach* cezanın amacının genel önleme olduğunu ve bu amaca da ancak kanunilik ilkesiyle ulaşılabileceğini ifade etmiştir.[341]

İlke günümüzde kabul edilen anlamıyla ilk kez 1787 tarihli Avusturya ceza yasasında[342] sonrasında ise 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde, 1789 tarihli Birleşik Devletler Anayasası'nda ve 1791 tarihli Fransız Anayasası'nda yer almıştır.[343]

Sonuç olarak kanunilik ilkesinin bugün kullanılan anlamıyla ortaya çıkışı ve uygulanmaya başlanması 18. yüzyılda olmuş[344] ilkenin ortaya çıkışında Fransız Devrimi ve 18. yüzyıl filozofları büyük rol oynamıştır.[345]

c. İlkenin Amacı

İlkenin amaçlarından biri ceza adaletinin rastlantılara, keyfi ihtiraslara terk edilmemesi ve işlediği fiilin suç olup olmadığını bilmeyen bireyin tereddüt içinde kalmamasıdır.[346] İlke sayesinde hakimin herhangi bir eylemi suç sayma ve

[340] MOKHTAR, s. 46, EREM; DANIŞMAN; ARTUK, s. 94; DÖNMEZER; ERMAN, s. 21.
[341] EREM; DANIŞMAN; ARTUK**,** s. 95.
[342] Bu yasada geçen ifade şöyledir: "sadece mevcut kanunda sayılmış hukuku aykırı fiiller suç olarak nitelendirilir." Bkz. MOKHTAR, s. 46, dipnot 24.
[343] EREM; DANIŞMAN; ARTUK, s. 94.
[344] DÖNMEZER; ERMAN, s. 21.
[345] MOKHTAR, s. 47.
[346] M.E. ARTUK; A. GÖKÇEN; A.C. YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2009**,** s. 108. Keza bu sayede kişilerin yasak eylemleri önceden bilmesi sağlanır ve ancak bu ilkenin varlığı şartıyla kişiyi işlediği fiilden dolayı kusurlu saymak mümkün olabilir. Bkz. DÖNMEZER; ERMAN, s. 17. Yine benzer yönde bir görüşe göre ilkenin amacı fiili işledikleri zaman

cezalandırma yetkisi sınırlandırılmış ve keyfilik önlenmiş olur. Bireyler de hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini öğrenme ve buna göre davranma olanağına kavuşurlar.[347] Bireyler yürütmenin keyfi gücüne ve yargının muhtemel ölçüsüz takdir yetkisine karşı korunurlar.[348]

Doktrinde kanunilik ilkesi "biçimsel kanunilik" ve "öze ilişkin kanunilik" olmak üzere de ikiye ayrılmaktadır.[349] Biçimsel kanunilik ilkesi şimdiye kadar incelenen ve genellikle anlaşılan *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesini ifade eder ve incelendiği üzere suç ve cezaların kanunda yer alması önem arzeder.[350] Başka bir deyişle sadece kanunda suç olarak öngörülen fiiller cezalandırılabilir.

Öze ilişkin kanunilik ilkesine göre ise, kanunda açıkça öngörülmemiş olsalar bile antisosyal fiiller suç sayılırlar. Bir başka deyişle antisosyal hareketler kanunda açıkça suç halinde öngörülmemiş olsalar bile suç olarak cezalandırılabilirken, kanunda suç olarak öngörülmüş olsa bile antisosyal olmayan fiiller cezalandırılamaz.[351]

Bu iki farklı kanunilik anlayışı yukarıda incelenen maddi adalet ve katı kanunilik ile ilişki içerisindedir. Bunlardan öze ilişkin kanunilik anlayışı maddi adalet teorisinin; biçimsel kanunilik anlayışı ise katı kanunilik teorisinin bir yansımasıdır.

---

bunun meşru olduğu konusunda makul bir inanç taşıyan kişilerin cezalandırılmasını önlemektir. Bkz. TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, s. 451.

[347] ÖZBEK, s. 67.

[348] CASSESE, s. 38.

[349] Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım,** Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, s. 41 vd.

[350] TOROSLU, s. 41.

[351] TOROSLU, s. 41.

Toroslu'nun biçimsel kanunilik ve öze ilişkin kanunilik ilkelerine yönelttiği eleştiriler konumuz bakımından önemlidir. Yazara göre, biçimsel kanunilik ilkesi yürütme ve yargının keyfiyetini önlemeye yöneliktir ve gerçek suçluluk ile yasal suçluluk arasındaki farkı kopuklaştırır ve kanun koyucu devletin keyfiliğine karşı da herhangi bir garanti sağlayamaz. Buna karşılık öze ilişkin kanunilik ilkesi yasal suçluluk ile gerçek suçluluk arasındaki kopukluğu önler ancak bu sefer de maddi suç anlayışına dayandığından bu da bir takım sübjektif kavramlara dayanır.[352]

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Almanya'da maddi adalet anlayışına benzeyen bir teori öne sürülmüştür. "Objektif adalet"[353] yani "materielle gerechtigkeit" (objective justice) adı verilen bu teori temel insan haklarını ihlal eden baskıcı hükümetlere karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu teoriye göre eğer ki pozitif hukuk ile adalet arasındaki tutarsızlık kabul edilemez düzeyde olursa artık pozitif hukuka değil de adalete riayet edilir.[354]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerini karşılaması koşuluyla yazılı olmayan kurallar aracılığıyla bazı davranışların cezalandırılmasına cevaz vermektedir.[355]

---

[352] TOROSLU, s. 41.
[353] TEZCAN;ERDEM; ÖNOK, bu kavramı "maddi adalet" şeklinde Türkçe'ye çevirmişlerdir. Bkz. TEZCAN; ERDEM; ÖNOK,s. 452.
[354] CASSESE, s. 36, 37; TEZCAN; ERDEM; ÖNOK'a göre bu anlayışa göre bir kimse kanunda açık bir düzenlemenin varlığına bakılmaksızın eğer ki suç fiilini gerçekleştirdiği zaman sosyal düzeni ihlal ettiğinin bilincinde ise kanundan bu fiilin suç olarak tanımlanmamış olduğunu öne sürerek fiilinin hukuka aykırı olmadığını savunamaz. bkz. TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, s. 452, 453. *Cassese,* Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin *Streletz ve Kessler* kararında bu anlayışa dayandığını ifade etmektedir. Bkz. CASSESE, s. 36.
[355] TEZCAN; ERDEM; ÖNOK**,** s. 451.

d. Common Law Sistemi'nde Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi genel olarak Kıta Avrupası sistemine daha yakın olmakla birlikte, Common Law sisteminde de geçerli bir ilkedir. Ancak bu ilke Common Law sisteminin özellikleri gereği bazı noktalarda Kıta Avrupası sistemine göre farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıkların en önemlisi Common Law sisteminde bazı suç tiplerinin yazılı metinlerde yer almaması ve bu suç tiplerinin içtihat hukukundan kaynaklanması nedeniyle *belirlilik, öngörülebilirlik* gibi bazı ilkeler bakımından daha esnek bir yaklaşımın söz konusu olmasıdır.[356] Keza İngiliz hukukunda cezaların aleyhe olarak geçmişe yürüdüğü örnekler olmakla birlikte bu durumlar AİHM tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı görülmemiştir.[357]

Kıta Avrupası sistemi ile Common Law sistemi arasında önemli başka bir farklılık ise kanun/ yazılı hukuk (*lex*) ile hukuk (*jus*) arasındaki farklılığa ilişkilidir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde *jus* ile *lex* arasındaki fark belirgin iken, (Almanca'da *Gesetz* ve *Recht*, Fransızca'da ise *loi* ve *droit'*nın kullanımı gibi) İngilizce'de daha genel bir kavram olarak *law* terimi kullanılır.[358] Buna en iyi örnek *nullum crimen sine lege* ve *kanunsuz suç olmaz* ifadelerinin her ikisinde de kanun kavramı ifade edilirken *nullum crimen sine lege'*nin İngilizce ifadesinin *no crime without law* olmasıdır. Kıta Avrupası sisteminde doğal hukuka ya da ahlak kurallarına aykırılığın bir suç yaratması mümkün değilken; Common Law

[356] TEZCAN; ERDEM; ÖNOK, s. 451; CASSESE, s. 38.
[357] CASSESE, s. 38.
[358] İngilizce'de *lex* kavramının *code, statute, act* gibi karşılıkları vardır ancak burada bahsedilen İngilizce'de *lex ve jus* kavramların karşışlıklarının olmaması değil Common Law sisteminin özelliklerinden dolayı *lex* ve *jus* kavramlarının genel olarak *law(hukuk)* şeklinde algılanmasıdır. Bkz. Christoph BURCHARD, "The Nuremberg Trial and its Impact on Germany", **Journal of International Criminal Justice,** 2006, Vol. 4, ss. 800-829, s. 827.

sisteminde ahlak ve hukuk kuralları birbirine daha yakındır ve ahlaka aykırı olan hukuka aykırı olarak nitelendirilmeye daha yatkındır.[359]

e. Uluslararası Ceza Hukukunda Kanunilik

Uluslararası ceza hukukunda kanunilik ilkesi bu dalın kendine özgü birtakım özellikleri nedeniyle farklı anlaşılmakta ve uygulanmaktadır.[360] Bu farklılıklar en başta uluslararası bir yasama organı yokluğundan dolayı kanun niteliğinde bir işlemin olmayışı, belirlilik ilkesi, açıklık ilkesi ve özellikle Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinde tamamen reddedilen örf ve adete dayanarak suç ve ceza yaratılması ilkesi noktalarındadır. Ancak aşağıda incelenecek olan bu farklılıklar bir kenara bırakılıp genel bir çerçeve çizildiğinde uluslararası ceza hukukunda, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde maddi adalet ilkesine riayet edildiği ve ardından yavaş yavaş katı kanunilik anlayışına doğru bir değişim yaşandığı söylenebilir. Günümüzde uluslararası ceza hukukunda da Kıta Avrupası hukuk sistemlerine benzer şekilde katı kanunilik anlayışı görülmektedir.

Kanunilik ilkesinin uluslararası ceza hukukunda ne derecede kabul edilip uygulandığı uluslararası ceza hukukuna ilişkin belgeler incelenerek görülebilir. 1815–1996 yılları arasında uluslararası ceza hukukuna ilişkin olarak 332 adet belge düzenlenmiştir. Bu belgelerin çoğunluğu uluslararası örgütler tarafından hazırlanmış olup sürekli bir politika veya yeknesak bir düzenleme tekniğine sahip

[359] BURCHARD, s. 827.
[360] Kanunilik ilkesinin uluslararası ceza hukukunda, ulusal hukuklardaki şekliyle uygulanması uluslararası ceza hukukunun kendine has özellikleri nedeniyle mümkün olmadığı yönünde bkz. BASSIOUNI, s. 87.

değildirler. Bunun bir sonucu olarak da bu belgeler günümüzde kabul edilen anlamıyla kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirememektedirler.[361]

Belgelerin kanunilik ilkesinin gerektirdiği standartları sağlamamasının önemli bir nedeni bu belgelerin bir uluslararası ceza mahkemesi aracılığıyla doğrudan bireylere uygulanmasını amaçlamamasıdır. Aksine amaç, ulusal hukuk sistemlerinin bu hükümleri kendi hukuk sistemlerinde düzenlemesidir.[362] Bunun sonucu olarak da uluslararası ceza hukukundan, kanunilik ilkesi bakımından, ulusal hukuklardaki dikkat beklenemez. Uluslararası suçlar tanımlanırken çoğu kez suçun unsurları ya da kişisel sorumluluğun şartlarına ilişkin spesifik ifadeler olmadan genel ifadeler kullanılmıştır. Buna ek olarak yukarıda bahsedilen 332 uluslararası ceza hukuku belgesinin hiçbirinde cezaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Başka bir deyişle bu belgeler *nulla poena sine lege* yani kanunsuz ceza olmaz ilkesini içermemektedirler.

Uluslararası ceza hukuku kurallarının ulusal ceza hukuku kurallarından farklı olmasının bir nedeni de bu kuralların sadece sanık için adaletin sağlanmasını amaçlamayıp, aynı zamanda dünya düzeninin muhafazası, uluslararası hukukun doğası, uluslararası norm koyma politikaları ve standartlarının yokluğu, uluslararası sözleşme hazırlama tekniği ve bu kuralların ulusal ceza hukuklarında düzenleneceği düşüncelerini dengelemek durumunda olmasıdır.[363]

[361] BASSIOUNI, s. 87.
[362] Bunun diğer nedenleri de bu belgelerde kanunilik ilkesine yeterince önem verilmemesi ve bu belgelerin çoğu zaman uluslararası ceza hukukunda nadiren uzman olan diplomatlar tarafından hazırlanmasıdır. BASSIOUNI, s. 87.
[363] BASSIOUNI, s. 87.

Uluslararası ceza hukukunun kendine özgü yapısından dolayı kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*) ilkesi yerine uluslararası ceza hukukunda, hukuksuz suç olmaz (*nullum crimen sine iure*) ilkesinin kabul edilmesinin daha doğru olduğu ifade edilmelidir.[364]

Kanunsuz suç olmaz ilkesinin hukuksuz suç olmaz şeklinde kabul edilmesinin ötesinde uluslararası hukukun hangi davranışları suç olarak nitelendirdiği tartışmaya açıktır. Uluslararası hukukta bir fiile genel ya da belirli bir uluslararası hukuk kuralı tarafından izin veriliyorsa bunun sonucunda doğal olarak uluslararası ceza hukuku bakımından bu fiile suç niteliği atfedilemez. Ancak bir fiil genel ya da belirli bir uluslararası hukuk kuralı tarafından yasaklanmışsa- ulusal ceza hukuklarının aksine- bu onun kendiliğinden suç olduğu anlamına gelmez. Bunun ötesinde uluslararası hukukta bazı fiiller ne yasaklanmıştır ne de bunlara izin verilmiştir. Buradaki sorun uluslararası hukuk tarafından yasaklanan davranışların hangilerinin suç teşkil ettiğinin ve hangilerinin suç teşkil etmediğinin saptanmasıdır.[365]

Kanunilik konusunda uluslararası hukukta genel kabul gören bir ilke ise geçmişe yürümezliktir. Uluslararası hukuk; uluslararası andlaşmalar, diplomatik ve yargısal uygulamaların gösterdiği üzere geçmişe yürümezlik konusunda kesindir.[366]

Uluslararası ceza hukukunda uzunca bir süre ceza adaleti konusunda sıkı kanunilik ilkesine değil de "maddi adalet" anlayışına dayanılmıştır.[367] Ancak İkinci

[364] BASSIOUNI, s. 88.
[365] BASSIOUNI, s. 89.
[366] Charles ROUSSEAU, **Principes Generaux du Droit International Public**, Paris : A. Pedone, 1944, s. 486'dan aktaran BASSIOUNI, s. 89.
[367] CASSESE, s. 39.

Dünya Savaşı sonrasında bu doktrin yukarıda belirtildiği üzere yerini katı kanunilik doktrinine bırakmıştır. Bunun nedeni savaş sonrası dönemde birçok uluslararası insan hakları belgesinin kanunsuz suç olmaz ilkesini benimsemesi ve kişisel cezai sorumluluğu düzenleyen uluslararası ceza hukuku belgelerinin ve uluslararası ceza hukukuna ilişkin mahkeme içtihatlarının gelişmesidir.[368]

Kanunilik ilkesini düzenleyen uluslararası insan hakları belgelerinden başlıcalarının ilgili maddeleri şöyledir:

16 Aralık 1966 Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesi:

1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Keza suç işlendiği zaman uygulanması gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz.

2. Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği zaman uluslar topluluğunca tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi:

Article 9. Freedom from Ex Post Facto Laws

"Hiç kimse işlendiği zaman uygulanabilir hukuk tarafından bir suç teşkil etmeyen bir fiil ya da ihmali dolayısıyla suçlu bulunamaz. Suçun işlendiği zamanda

[368] CASSESE, s. 40, 41.

uygulanabilir olan cezadan daha fazla bir ceza verilemez. Eğer suçun işlenmesinden sonraki hukuk daha hafif bir ceza öngörmekteyse suçlu kişi bundan yararlanır."[369]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi:

Madde 7: Cezaların yasallığı

"1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir."[370]

Yukarıdaki maddelerde görüldüğü üzere ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası suçları kanunlaştırmaması durumunda dahi bireylerin uluslararası suçlar nedeniyle cezai sorumluluklarının doğması kanunilik ilkesini ihlal etmeyecektir.

---

[369] No one shall be convicted of any act or omission that did not constitute a criminal offense, under the applicable law, at the time it was committed. A heavier penalty shall not be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offense was committed. If subsequent to the commission of the offense the law provides for the imposition of a lighter punishment, the guilty person shall benefit therefrom.

[370] Burada ilginç bir nokta olarak Almanya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7/2'ye çekince koymuştur. Bu çekinceyle birlikte maddenin 2. paragrafında uluslararası hukuka yapılan gönderme uygulanmayacaktır. Bu durumda Almanya açısından sadece fiilin işlenmesinden önce mevcut olan bir kanunun varlığı durumunda bu fiil cezalandırılabilir olmuştur. Almanya'nın bu tutumu kanunilik ilkesinin en katı haliyle benimsenmesindeki hassasiyet olarak nitelendirilebilir ve bu tutum aynı zamanda Almanya'nın Nüremberg ilkelerini zımni olarak reddetmesidir. Almanya bu çekincesini 5 Ekim 2001 tarihinde geri almıştır. Bkz. Christian TOMUSCHAT, "The Legacy of Nuremberg", **Journal of International Criminal Justice,** 2006, Vol. 4. Issue. 4, ss. 830-844.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde uluslararası suçlara ve hukukun genel ilkelerine gönderme yaparak uluslararası suçların ulusal hukuklarda düzenlenmemesi durumunda ortaya çıkabilecek sakıncaların önüne geçilmiştir. Gerçekten de artık uluslararası suçlar kanunlarda düzenlenmese dahi bu suçlara karşı cezai yaptırımların uygulanması kanunilik ilkesini ihlal etmeyecektir.

f. Nüremberg Yargılaması ve Kanunilik İlkesi

Nüremberg Yargılaması'nda savunma makamı tarafından öne sürülen en önemli itiraz mahkemenin kanunları geçmişe yürüttüğüdür. Bir başka deyişle savunma makamı mahkemenin kuralları *ex post facto* olarak uyguladığını iddia etmiştir.

Bassiouni, bu problemin Nüremberg sürecinde yer alan hukukçular tarafından da tüm sürecin en zayıf noktası olduğunun bilindiğini ifade etmiştir.[371] Bu zayıflığın nedenlerinden biri, yukarıda da belirtildiği üzere, uluslararası hukukun geçmişe uygulanmazlık konusunda kanunilik ilkesinin diğer sonuçlarına oranla daha katı olmasıdır.

Bu savunmaya karşılık olarak mahkeme, fiillerin işlenmesi anında, bu fiiller suç olarak düzenlenmemiş olsa bile, fiilleri cezalandırmanın adalete aykırı olmadığını ifade etmiştir.[372] Mahkemeye göre, "sözleşmelere ve güvencelere aykırı olarak, herhangi bir uyarı yapmadan komşu ülkelere saldıranları cezalandırmanın adaletsiz olacağını öne sürmek kesinlikle yanlıştır ve bu durumda saldırgan yanlış

[371] BASSIOUNI, s. 84.
[372] Nuremberg Judgment, para. 444.

yaptığını bilmelidir ve *asıl* adaletsiz olan *bu fiili işleyenin* cezalandırılmamasına izin verilmemesidir."[373]

Mahkemenin bu ifadesi, toplumu derinen yaralayan, toplumun bütün üyeleri tarafından reddedilen bu fiillerin, işlendikleri sırada suç olarak düzenlenmemiş oldukları halde cezalandırılabileceği düşüncesine dayanmaktadır ve maddi adalet ilkesinin bir ifadesi olarak görülebilir.[374]

Mahkeme savunma makamının kanunilik ilkesine aykırılık itirazına cevap verirken yukarıda belirtilen ve maddi adalet kavramıyla ilişkilendirebileceğimiz muhakemesine ek olarak barışa karşı suçların halihazırda suç olarak düzenlendiğini iddia etmiştir. Mahkemenin bu ikinci iddiası doktrinde genel olarak kabul görmemektedir.[375]

Ancak mahkemenin kanunilik ilkesini ihlal edip etmediğine ilişkin bir yargıya varmak için tekrar Common Law sistemi ile Kıta Avrupası sistemine ilişkin farklılıklara dönmek uygun olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere Kıta Avrupası'nda hukuka aykırı bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için açıkça fiilin suç olduğunu ve cezasını düzenleyen bir kanun olmalıdır. Buna karşılık Common Law sisteminde hukuka aykırı bir fiili suç olarak nitelendirmek daha kolaydır.[376]

İşte bu noktada Kıta Avrupası'nda kabul edilen kanunilik ilkesine itibar edildiğinde mahkemenin kuralları geçmişe yürüttüğü sonucuna varılır. Ancak

[373] Nuremberg Judgment, para. 444.
[374] CASSESE, s. 39.
[375] CASSESE, s. 43.
[376] BURCHARD, s. 828.

Common Law sistemine itibar edilirse şu sorunun cevabının araştırılması gerekir: saldırı fiili ahlaki olarak ayıplanabilen bir davranış mıdır? Cevap olumlu ise geçmişe yürümezlik kuralı ihlal edilmemiştir, ancak olumsuz ise mahkeme kuralları geçmişe yürütmüştür ve kanunilik ilkesini ihlal etmiştir.[377]

[377] BURCHARD, s. 828.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA STATÜSÜ BAKIMINDAN SALDIRI SUÇU

I. Genel Olarak

Saldırı suçu Roma Statüsü'nün 8bis maddesinde şöyle tanımlanmıştır:

1. Bu statünün amacı bakımından "saldırı suçu", bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme pozisyonunda bulunan bir kimse tarafından, karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı'nı açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrasını ifade eder.

2. 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 tarruzdan kaynaklanan her hangi bir askeri işgal veya kuvvet kullanarak başka bir Devletin topraklarının tümünün ya da bir bölümünün ilhakı;

(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 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.

Madde 8bis üç kademeli bir yapıya sahiptir. Öncelikle ilk paragrafta "saldırı suçunun" tanımı yapılmış ve saldırı suçunun işlenebilmesi bir "saldırı fiilinin" gerçekleşmesi önşartına bağlanmıştır. "Saldırı fiili" ise, ikinci paragrafta tanımlanmıştır. Son olarak ise saldırı teşkil eden fiiller yedi madde halinde

sayılmıştır. Maddedeki bütün paragraflar birbirleriyle yakın ilişki içerisindedir ve birlikte yorumlanmalıdırlar.[378]

Madde 8bis/1 fiilin liderlik suçu olma özelliğini ve bir sonraki paragrafta tanımlanan saldırı fiilinin fail tarafından hangi hareketlerle işlenebileceğini düzenlemiştir. Yine bu suçun faili olabilecek kişiler sınırlıdır. Bu kişiler maddede belirtildiği üzere "bir devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme pozisyonunda bulunan" kimselerdir. Bir başka deyişle Uluslararası Ceza Mahkemesi saldırı suçu bakımından düşük mevkideki yetkilileri yargılayamayacaktır. Madde 8bis/2'de ise "saldırı fiili"nin tanımı yapılmıştır. Ancak bu maddede belirtilen "saldırı fiilinin" planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrasında bulunan kişilere bu suçtan dolayı otomatik olarak kişisel cezai sorumluluk yüklenememektedir.[379] Sorumluluğun doğabilmesi için bu saldırı fiilinin karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın açık bir ihlalini teşkil etmesi gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse ufak çapta bir sınır ihlali bir saldırı fiili olarak değerlendirilmeyecektir.[380]

Madde 8 bis/1'deki "(…) saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası (…)" ifadesi Nüremberg Şartı'nın 6/a maddesindeki ifadeyle büyük oranda aynıdır.[381] Roma Statüsü, suçun failinin niteliği konusunda da Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin kararlarına uygunluk göstererek suçun failinin üst düzey yetkililer bir başka deyişle liderler olabileceğini düzenlemiştir.

[378] SAYAPIN, s. 257.
[379] Kai AMBOS, "The Crime of Aggression After Kampala", in **German Yearbook of International Law**, 2010, Cilt. 53, ss. 463–509, s. 15.
[380] SAYAPIN, s. 257.
[381] Nüremberg Şartı'nın 6/a maddesinde; "(…) *waging* of a war of aggression (…)" ifadesi varken Roma Statüsü'nün 8 bis/1 maddesinde; "(…) *execution* (…) of an act of aggression (…)" ifadesi vardır. Yani Roma Statüsü'nde *waging* kelimesi yerine *execution* kelimesi tercih edilmiştir.

Statü son olarak uluslararası hukuka aykırı bir eylem (Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın açık ihlali) ile bireysel suç fiilini (planlama, hazırlama, başlatma veya icra) birleştirmiştir.

II. Saldırı Fiili

A. Tanım

Roma Statüsü'nün 8bis maddesinin 2. paragrafı "saldırı fiilini" tanımlamaktadır. Bu paragraf 1974 Saldırının Tanımı Kararı'nın 1. ve 3. maddelerine göre oluşturulmuştur. Bu sayede mevcut *jus ad bellum* kurallarına uygun bir tanım yapılmıştır. Uluslararası hukuktaki kuvvet kullanmaya ilişkin kuralların hala eksiksiz olmadığı ve belirsizliklere sahip olduğu düşünüldüğünde,[382] Roma Statüsü'nde üzerinde uzlaşılmış bir tanıma yer verilmesi doğru bir tercih olarak görünmektedir. Ayrıca Roma Statüsü'nün 10. maddesi'ndeki "(…) bu Statünün amaçlarından farklı olarak mevcut veya gelişmekte olan uluslararası hukuk normlarını, hiçbir surette sınırlayıcı veya haleldar edecek şekilde yorumlanamaz" hükmü uyarınca Statü farklı bir tanım getirse bile bunun mahkemenin yargı yetkisi dışında bir uygulama alanı olmayacaktır.

8bis/2'nin 2. cümlesinde aşağıda sayılan eylemlerden her birinin BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarih ve 3314(XXIX) sayılı kararına uygun olarak saldırı fiili biçiminde değerlendirileceği düzenlenmiştir. Burada ifade edilmek istenen 8bis/2'deki her ifadenin 1974 Tanımının her maddesiyle uyumlu olması değil, 8bis/2'de sayılan fiillerin 1974 Saldırının Tanımı Kararı'ndan alındığıdır. Keza

[382] MCDOUGALL, s. 96.

"Saldırı Suçu Çalışma Grubu"[383] Şubat 2009 raporunda Genel Kurul'un 3314 sayılı Saldırının Tanımı Kararı'na yapılan atfın bu kararı tamamen Roma Statüsü'ne aktarmak amacını taşımadığını ifade etmiştir.[384] Keza Suçun Unsurları belgesinin saldırı suçuna ilişkin bölümünde "8bis/2'de sayılan herhangi bir fiilin işlenmesi saldırı fiili anlamına gelir" ifadesi vardır ve 3314 sayılı Saldırının Tanımı Kararı'na hiçbir atıfta bulunulmamıştır.[385]

İkinci cümlede ise, yine 1974 Tanımı'na uygun olarak "savaş ilan edilmiş olup olmamasına bakılmaksızın" ifadesiyle saldırı suçunun savaş ilanına gerek olmadan da işlenebileceği düzenlenmiştir.[386] Bir savaşın varlığının tespitinde savaş ilanı yoluyla savaşan tarafların "savaş durumu" yaratma iradelerini temel alan bu şekli yaklaşımın işlevsiz olduğu İkinci Dünya Savaşı öncesindeki dönemde görülmüştür. Nüremberg Mahkemesi, Almanya ve Danimarka hükümetlerinin her ikisinin de bir savaş durumu olmadığı iddialarına karşılık Almanya'nın Danimarka'yı işgalini saldırgan savaş olarak görmüştür.[387] İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana uygulamada da zaten savaş ilanları çok nadir görülmektedir. Bunun haricinde 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 2/1 maddesinde "(…), işbu Sözleşme *harp ilanında yahut iki veya müteaddit Yüksek Akit Taraf arasında çıkabilecek silahlı anlaşmazlık halinde*, harp hali bunlardan biri tarafından

[383] Special Working Group on Crime of Aggression
[384] 2009 SWGCA Report para. 17; Stefan BARRIGA; Claus KRESS, **The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression,** Cambridge University Press, 2012, s. 65.
[385]Rome Statute, Elements of Crimes, s. 43, Erişim için: http://www.icccpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B 45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf, Erişim tarihi: 15.05.2015.
[386] Bu hüküm Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı'nın 5/a maddesinde "(…) ilan edilmiş veya *ilan edilmemiş* bir saldırı savaşı (…) olarak ifade edilirken Nüremberg Şartı'nda savaşın ilan edilip edilmeden yürütülmesine ilişkin bir hüküm yoktur.
[387] Danimarka ve Almanya hükümetlerinin bir savaş durumu olmadığına ilişkin açıklamaları için bkz. Nuremberg Judgment, para. 436, mahkemenin bir saldırı savaşı olduğuna ilişkin tespiti için bkz. Nuremberg Judgment, para. 437, Cornelis Arnold Pompe, **Aggressive War: An International Crime,** Martinus Nijhoff, 1953, s. 25, 26.

tanınmasa dahi uygulanacaktır" hükmüne yer verilmesiyle savaş ilanı hukuki açıdan önemini kaybetmiştir.[388]

B. 8bis/2'de Sayılan Saldırı Fiilleri

Madde 8bis/2'de (a)'dan (g)'ye kadar saldırı fiili olarak değerlendirilebilecek haller sayılmıştır. Burada belirtilen fiillerin tüketici mi yoksa örnekleyici olarak mı sayılması gerektiği hazırlık çalışmaları sırasında tartışma konusu olmuştur.[389] Fiillerin tüketici olması gerektiğini savunanlar aksi bir durumun kanunsuz suç olmaz ilkesinin ihlali anlamına geleceğini ifade etmişlerdir.[390] Aksine fiillerin örnekleyici olması gerektiğini savunanlar ise, uluslararası hukukun gelişimi için yer bırakılması gerektiğini ifade etmişlerdir.[391] Konu, "Saldırı Suçu Çalışma Grubu" tarafından hiçbir zaman tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Doktrinde ise, hakim görüş seçimlik fiillere girmeyen ancak madde 8bis/2'de 1. cümlede yer alan genel tanıma giren fiillerin saldırı fiili teşkil edeceği yani 8bis/2'de sayılan seçimlik fiillerin örnekleyici olduğu yönündedir.[392]

Maddenin (a) paragrafı tipik bir saldırı fiilini düzenlemektedir. Paragrafta istila ve saldırıdan başka –geçici de olsa– bir askeri işgal ve kuvvet kullanımı sonucu ilhak saldırı fiillerine örnek olarak verilmiştir. Maddenin (a) paragrafı devletin ülkesini istila, taarruz, işgal ve ilhaka karşı korumaktadır. BM Andlaşması m. 2/4'e

---

[388] SAYAPIN, s. 263.
[389] Aralık 2007 SWGCA Report para. 18, BARRIGA ve KRESS, s. 558.
[390] Aralık 2007 SWGCA Report para. 20, BARRIGA ve KRESS, s. 558.
[391] 2007 Princeton Report, para. 51, BARRIGA ve KRESS, s. 571.
[392] Bu yönde bkz. Roger S. CLARK, Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010, **Goettingen Journal of International Law**, 2010, ss. 689–711, s. 696; Claus KRESS, "Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus", **The European Journal of International Law**, Vol. 20, No: 4, 2010, ss. 1129–1146, s. 1137; MCDOUGALL, s. 103, Karşıt görüş için bkz. AMBOS, 20.

göre istila ve ilhak bir devletin toprak bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen büyük çapta ihlallerdir. Askeri işgal ise, 1907 Lahey Konvansiyonu'nun (IV) Eki Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri hakkında yönetmeliğin 42. maddesinde düzenlendiği üzere, bir toprak parçasının düşman silahlı kuvvetlerinin fiili otoritesi altında olmasıdır.[393] İstila ise, bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devletin sınırlarını izinsiz olarak geçmesidir.[394] Askeri işgal ve ilhak eylemlerinin istila ve taarruz eylemlerini içinde barındırdığı düşünüldüğünde bu (askeri işgal ve ilhak) ifadelerden ayrıca bahsedilmesi çok gerekli değildir. Bir başka ifadeyle istila ve taarruz olmadan askeri işgal ve ilhak (kuvvet kullanmadan kaynaklanan) olamayacağından bahsedilen ifadelerin çıkarılması maddede bir değişiklik yaratmayacaktır.[395]

Maddenin (b) paragrafında ise, yine bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından diğer bir devletin ülkesine karşı yapılan bombardıman veya diğer herhangi bir şekilde silah kullanımı saldırı fiili olarak düzenlenmiştir. Bu paragrafta bir önceki paragrafın aksine mutlaka bir istila veya ilhak gerçekleşmesine gerek yoktur.[396] Özellikle hava kuvvetleriyle yapılan saldırılar veya uzun mesafeli füze veya roket saldırıları buna örnek olarak verilebilir.

Maddenin (c) paragrafı bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından diğer bir devletin limanlarının veya kıyılarının ablukaya alınmasını saldırı fiili olarak düzenlemektedir. Abluka eskiden beri tipik bir saldırı eylemi olarak nitelendirilmiş

[393] 1907 Lahey Konvansiyonu m. 42, Erişim: https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=01D426B0086089BEC12563CD00516887, Erişim tarihi: 03.06.2015.
[394] SAYAPIN, s. 266.
[395] Bengt BROMS, **Recueil des Cours,** Cilt: 154, 1977, ss. 299-400, s. 348.
[396] BROMS, s. 348.

olup[397] bu hükümle devletin kıyılardaki ve karasularındaki egemenliğinin kısıtlanması engellenmek istenmiştir.

Maddenin (d) paragrafı ise bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine diğer bir devletin silahlı kuvvetleri aracılığıyla yapılan saldırıyı düzenlemiştir.

Maddenin (e) paragrafı bir devletin ülkesinde o ülkeyle yapılan bir anlaşmayla bulunan diğer bir devlet silahlı kuvvetlerinin anlaşmaya aykırı şekilde kullanılması veya anlaşmanın sona ermesinden sonra da devletin ülkesinde kalmaya devam etmesini düzenlemektedir. Bu paragrafın belirleyici özelliği önceden ev sahibi devletin rızasına dayanan bir durum varken misafir devletin sonradan ev sahibi devletin rızasına aykırı bir tavır sergilemesidir.

Maddenin (f) paragrafı, (e) paragrafına benzer şekilde bir devletin ülkesinde yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerinin bulunduğu bir durumu düzenlemektedir. Paragraf bir devletin ülkesinde bu devletin rızasıyla bulunan başka bir devletin üçüncü bir devlete karşı silahlı saldırıda bulunması ve ülkesini kullandıran devletin de buna rıza göstermesinin ülkesini kullandıran devlet bakımından da bir saldırı fiili teşkil edeceğini düzenlemiştir. Bu paragrafa göre, aslında iki ayrı devlet tarafından gerçekleştirilen saldırı fiilleri vardır. İlk olarak kendi ülkesini bir başka devletin saldırı fiilinde bulunması için kullandıran devlet ve ikinci olarak da başka devletin ülkesi aracılığıyla saldırı fiilini gerçekleştiren devlettir. Ancak belirtilmelidir ki diğer devletin ülkesini kullanan devletin gerçekleştirdiği fiili (f) paragrafı düzenlememektedir. Bu sebeple asıl saldırı fiilini gerçekleştiren –diğer devletin ülkesini kullanan– devletin fiili mutlaka madde 8bis'e göre saldırı fiili olmalıdır.

[397] BROMS, s. 350.

Ülkesini kullandıran devletin sorumluluğu için yukarıda belirtildiği üzere saldırıyı düzenleyen devletin eylemlerinin de madde 8bis'e göre bir saldırı fiili olması gerekmektedir. Paragrafa göre ülkesini kullandıran devlet ülkesinin bu şekilde bir saldırı fiili için kullanıldığının farkında olmalıdır.[398] Böyle bir saldırı fiilini farkeden ülkesini kullandıran devlet yetkililerinin derhal bu eylemleri engellemek için gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Eğer bu önlemleri almazlarsa saldırı suçunun diğer şartlarının da sağlanması koşuluyla cezai sorumlulukları doğabilir.[399] Eğer ülkesini kullandıran devletin yetkilileri saldırı fiilinin gerçekleştiğini fark ettikleri andan itibaren bunu engellemek için ellerinden gelen çabayı sarf ederlerse artık sorumlu olmayacaklardır.[400]

Maddenin son paragrafı olan (g) paragrafının Uluslararası Adalet Divanı tarafından da uluslararası örf-adet hukuku olduğu belirtilmiştir. Paragraf şöyledir:

(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 (müdahil olunması).

Günümüzde silahlı çete, grup, düzensiz birlikler veya paralı askerler ifadesinin kapsamına bizzat devlet adına veya devletin kontrolü altında çatışmalara katılmakta olmalarından dolayı özel güvenlik şirketlerinin de dahil olduğu ileri sürülmektedir.[401]

---

[398] BROMS, s. 353.
[399] SAYAPIN, s. 270; BROMS, s. 353.
[400] BROMS, s. 353.
[401] 1949 Cenevre Sözleşmelerinin hükümleri çerçevesinde bu birlikler (g) paragrafında belirtilen silahlı çete veya düzensiz birlikler tanımlarına girmemektedirler. Bkz. SAYAPIN, s. 270. Yine bu

Bu silahlı çetelerin, grupların, düzensiz birliklerin ve paralı askerlerin bir devlet tarafından veya bir devlet adına gönderilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle bu aktörlerin eylemleri devlete atfedilebilmelidir. Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua kararında devletin bu aktörlerin eylemleri üzerinde "etkin denetim"inin olması durumunda bir saldırı fiilinin devlete atfedilebileceğini ifade etmiştir.[402] Somut olayda etkili kontrolün olabilmesi için ABD'nin insan haklarına ve insancıl hukuka aykırı eylemlerin yapılmasını yönetmiş veya yürütmüş olması gerekmektedir.[403] Yani etkili kontrolün olabilmesi için bu aktörlere belirli operasyonları icra etmeleri konusunda doğrudan emirler verilmeli ya da aktörlerin bu eylemleri gerçekleştirmeleri bizzat sağlanmalıdır.[404]

Benzer bir konu Tadic davasında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Temyiz Dairesi'nde de tartışılmıştır. Daire askeri ve paramiliter gruplar gibi düzenli ve hiyerarşik olarak yapılanmış gruplara ilişkin olarak devletin "genel kontrolü"nün yeterli olduğunu ve her bir operasyon için ayrıca emir verilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir.[405] Genel kontrol ile ifade edilmek

---

şirketler paralı askerlerin hukuki tanımına da girmemektedirler. I No'lu Ek Protokol m. 47, https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/issue-mercenaries-case-study.htm, 4 Aralık 1989 tarihli Paralı Askerlerin İşe Alımına, Kullanımına ve Finansmanına karşı Uluslararası Sözleşme, m. 1. İşte bu sebeple özel güvenlik şirketleri "silahlı gruplar" başlığı altında sınıflandırılabilir. Bkz. Michael COTTIER, "Elements for Contracting and Regulating Private Security and Military Companies", **International Review of the Red Cross**, Vol. 88. No. 863, 2006, ss. 637–663. Bu şirketlerin hukuki statüsünün uluslararası hukuk bakımından düzenlenmesi görece yeni olduğundan devletler bu şirketleri uluslararası sorumluluktan kaçmak için kullanma eğilimindedirler.

[402] Nicaragua Judgment, para. 195.

[403] Nicaragua Judgment, para. 115.

[404] Antonio CASSESE, "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", **European Journal of International Law**, Cilt: 18, No: 4, 2007, s. 653.

[405] 15 Temmuz 1999 Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment (Bundan sonra: Tadic Judgment olarak anılacaktır), para. 120, 145. Karara erişim için bkz. http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf, Erişim tarihi: 15.06.2015. Daire özel kişilerin eylemlerinin atfedilebilirliği konusunda ise "etkili kontrol" ölçütünü benimsemiştir. Bkz. Tadic Judgment, para. 118, 141; CASSESE, 2007, s. 657.

istenen ise mühimmat ve finansman sağlanması, grupların eğitimi, operasyonel destek ve askeri operasyonların genel planlanması gibi eylemlerdir.[406]

2001 Devletlerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Sözleşmesi Taslağı'nın 5. 7. ve 8. maddeleri devletlerin bu gibi birliklerin eylemlerinin devlete atfedilebilirliğini düzenlemektedir.[407] Taslağın 8. maddesine göre bir kişinin ya da grubun eylemlerinin devlete atfedilebilmesi için (1) devletin bu kişi veya gruplara talimat verip vermediği, (2) devletin bu kişi veya grupları yönetip yönetmediği, (3) devletin bu kişiler üzerinde kontrole sahip olup olmadığı incelenecektir.[408]

Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarıya ilişkin şerhinde devletin kısmen veya tamamen yönettiği bu tip kuruluşların eylemlerinin devlete atfedilmesinin nedenini devletin bazı resmi yetkilerini bu kurumlara vermesi olarak açıklamaktadır.[409] Madde 5'e göre de bu kuruluşlar normalde devletin kamu gücü kullanarak ifa ettiği işlevleri yerine getirmeye devlet tarafından yetkilendirilirse, bu kuruluşların eylemleri kamu gücünün ifasına ilişkinse ve kamu gücüne ilişkin unsurları devlet organları yerine kullanıyorsa devletin bu eylemlere ilişkin sorumluluğu doğmaktadır.[410]

C. BM Andlaşması'nın Açık İhlali

Roma Statüsü m. 8 bis/1 devletler arası kuvvet kullanmanın ancak karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Andlaşması'nı açıkça ihlal ettiği

[406] Tadic Judgment, para. 131, 137.
[407] Taslağın tam metni için: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.
[408] 2001 Devletin Sorumluluğu Taslağı m. 8.
[409] Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Erişim: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 17.06.2015, s. 42, 43.
[410] Devletlerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Sözleşmesi Taslağı m.5.

durumlarda saldırı fiili teşkil edeceğini düzenlemiştir. Saldırı, hukuka aykırı kuvvet kullanmanın en ciddi ve tehlikeli hali olup saldırı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği her vakada tüm durumların değerlendirilmesini gerektirir. Bu değerlendirmede bu eylemler ve sonuçlarının ağırlığı Birleşmiş Milletler Andlaşması'yla birlikte göz önüne alınmalıdır. Bu eylemin karakter, ağırlık ve boyut unsurlarının her biri BM Andlaşması'nın açık bir ihlalini teşkil etmelidir. Sadece tek bir tanesinin açık ihlal teşkil etmesi yeterli değildir.[411]

Bu ifadenin amacı, sadece küçük çaptaki sınır çatışmaları ve diğer küçük çaptaki olayları (ağırlık ve boyut kriteri) kapsam dışı bırakmak değil; aynı zamanda hukuka aykırılığı tartışılabilir durumda olan olayları (karakter kriteri) da kapsam dışı bırakmaktır.[412] Bir başka deyişle, bu ifade yeterli ağırlıkta olmayan fiilleri ve tartışmaya açık hukuki durumları mahkemenin yargı yetkisinden çıkarmıştır. Bazı yazarlar Kosova'da Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı olmadan yapılan insancıl müdahale tarzı durumların buna örnek teşkil edebileceğini[413] ifade etmekle beraber bazı yazarlar da her türlü insancıl müdahalenin saldırı kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.[414] Yine bazı yazarlar "açık ihlal" ifadesinin hukuki kesinlik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedirler.[415]

Küçük çaptaki/ yeterli ağırlıkta olmayan olayların saldırı suçunun kapsamı dışında bırakılması bu suçun geleneksel anlamına ve *jus ad bellum*a uygundur ve bu konuda doktrinde tartışma yoktur. Ancak hukuka aykırılığı tartışılabilir durumların

[411] Resolution RC/Res.6, Annex III, m. 6, 7., Erişim için: < http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf>, Erişim tarihi: 30.05.2015.
[412] MCDOUGALL, s. 125.
[413] BARRIGA ve KRESS, s. 29.
[414] AMBOS, s. 15, May, s. 273 vd.
[415] Andreas PAULUS, "Second Thoughts on the Crime of Aggression", **European Journal of International Law**, Cilt:20, No: 4, 2010, s. 1121.

da saldırı suçunun kapsamı dışında bırakılması birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu açık ihlal ifadesinin birkaç fonksiyonu vardır.

Kuvvet kullanmanın hukuka aykırılığının tartışmalı olduğu bazı durumlarda mağdur devlet saldırı fiilinin varlığıyla ilgili Uluslararası Adalet Divanı'na başvurma yolunu tercih edebilir.[416] *Jus ad bellum*'un kendi başına ayrı bir tartışma konusu teşkil edeceği bu gibi durumlar da bu sayede mahkemenin yargı yetkisi dışında bırakılmıştır. İşte bu sebeplerle saldırı fiili hem belirli bir ağırlıkta olmalı hem de bu fiilin BM Andlaşması'nı ihlal ettiği tartışmasız olmalıdır.

Bu açık ihlal şartı Roma Statüsü'nün Giriş bölümünün 4. paragrafında da belirtildiği üzere UCM'nin "uluslararası toplumu ilgilendiren en ağır suçlar" ile ilgilenmesi ilkesiyle de uyumludur.[417]

III. Kişisel Cezai Sorumluluk

A. Maddi Unsur

Bir saldırı fiilinin "planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası":

Bu ifade yukarıda da belirtildiği üzere Nüremberg ve Tokyo Şartı'yla uyumlu olup saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması ve icrası fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.

Nüremberg Yargılaması'nda daha çok sanıkların savaşın başlamasına kadar olan fiilleri üzerinde durulmuştur. Hess, Ribbentrop, Jodl, Funk veya von Neurath'ın savaşın başlamasından sonraki hiçbir fiiline saldırı suçu bağlamında atıf

[416] MCDOUGALL, s. 126.
[417] BARRIGA, s. 29.

yapılmamıştır. Bu da saldırı savaşının planlanması ve hazırlanması fiillerinin ne kadar önemli olduğunu ve de bu fiilleri işleyenler savaşı başlatmamış veya icra etmemiş olsalar dahi saldırı suçundan sorumlu tutulabileceklerini göstermektedir.

Planlama sözcüğünün kökeni olan plan "bir işin, bir eserin gerçekleştirilmesi için uyulması tasarlanan düzen", "düşünce, niyet, maksat, tasavvur" anlamında gelmektedir.[418] Bir saldırı fiilinin "planlanması" daha çok kuvvet kullanmanın planlandığı toplantılarda bulunmak gibi fiilleri içermektedir. Planlama spesifik olarak bir saldırı eylemi için bir tasarımın/projenin veya taslağın oluşturulmasıdır.[419] Yani bir saldırı savaşını planlama eyleminden dolayı cezai sorumluluğun doğması için, bu kişinin genel politika açıklamaları yapmasından ziyade spesifik olarak belirli bir savaş planını yapması gerekmektedir.[420] Nüremberg Mahkemesi planlama fiilinin faillerin suç işleme kastlarını açıkça ortaya çıkardığı için özellikle menfur bir fiil olduğunu belirtmiştir.[421]

Saldırı eylemine hazırlanmak ise çatışmaların başlamasından önce planın uygulanması amacıyla yapılan muhtelif eylemlerdir.[422] Bu eylem saldırı için gerekli askeri ve ekonomik durumun yaratılması, sınıra asker yığılması, devlet varlıklarının savaş hazırlığı için kullanılması, saldırı fiilinde bulunmak için askeri ve siyasi

[418] TDK Büyük Türkçe Sözlük, "plan", Erişim: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.557dfeac1117a1.74133725, Erişim tarihi: 20.06.2015.
[419] M. GREENSPAN, "The Modern Law of Land Warfare", in The Academy of Political Science, **Political Science Quarterly,** 1959, s. 455'den aktaran: DINSTEIN, 2013, para. 374.
[420] Patrycja GRZEBYK, **Criminal Responsibility for the Crime of Aggression,** Routledge, 2013, s. 201.
[421] GRZEBYK, s. 201.
[422] GREENSPAN, s. 455'den aktaran DINSTEIN, 2013, para. 374.

ittifaklar yapmak[423] devletin saldırı niyetini gizlemek için diplomatik temaslarda bulunmak gibi fiiller içermektedir.

Önemli olan nokta hazırlık eylemleriyle, ilgili saldırı fiili arasında nedensellik bağı bulunmasıdır. Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi içtihadına göre cezai sorumluluk doğması için bir saldırı fiilinin planlanması ve hazırlanması fiillerinin saldırı fiilinin ortaya çıkmasında önemli bir katkısının olması gereklidir. Örnek vermek gerekirse saldırgan fiile sözlü destek bir saldırı fiilinin planlanması veya hazırlanması seçimlik fiilleri için yeterli değildir.[424]

Roma Statüsü'ne göre bir saldırı fiilinin planlanması ve hazırlanması fiilleri bir savaşın çıkmasına neden olmazlarsa suç teşkil etmeyeceklerdir. Keza tarihte de planlama ve hazırlık fiilleri sadece sonrasında bir savaşın çıkması durumunda cezalandırılmışlardır.[425] Teorik olarak bir saldırı fiilinin planlanması ve hazırlanması fiilleri her ne kadar bu eylemler tamamlandığında işlenmiş olurlarsa da Roma Statüsü Suçun Unsurları metnine göre de geçmiş uygulamayla aynı yönde olarak ancak saldırı fiili gerçekleştiğinde işlenmiş olacaklardır.

Başlamak "bir işe girişmek, harekete geçmek" anlamına gelmektedir. Bir saldırı fiilinin başlatılması ise "çatışmaların/ savaşın başlatılması",[426] "savaşın patlak vermesi"[427] anlamına gelmektedir. Savaşın veya çatışmaların başlatılması tek yanlı bir işlem olup savaş resmi olarak ilan edildiğinde veya ilk kurşun ateşlendiğinde sona

[423] Muhammad A.SHUKRI, **Individual Responsibility for the Crime of Aggression, International Criminal Justice, Law and Practice from the Rome Statute to Its Review,** Edt. by Roberto BELELLI, 2010, Ashgate, s. 528.
[424] MCDOUGALL, s. 188.
[425] GRZEBYK, s. 202.
[426] International Military Tribunal For the Far East, Judgment of 4 November 1948, Erişim: http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf, Erişim tarihi: 23.06.2015, para. 48, 488.
[427] DINSTEIN, 2013, para. 374.

erer. Bundan sonraki fiiller savaşın yürütülmesi/ icrası olarak nitelendirilir.[428] İşte bu sebeple saldırı fiilinin başlatılması en tepedeki devlet liderlerinin veya en üst düzeydeki askeri yetkilinin yapabileceği eylemlerdir.

Nüremberg Kararı'nda da saldırı savaşını *başlatmak* sadece bir uluslararası suç değil en büyük uluslararası suç olarak nitelendirilmiştir.[429] Ancak Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi saldırı savaşını *başlatma* fiiliyle ilgili olarak kimseyi yargılamamıştır. Shukri, mahkemenin bu tutumunun Hitler'i savaş *başlatma* fiilinin tek sorumlusu olarak görmesinden kaynaklandığını ifade etmektedir.[430]

Saldırı fiilinin yürütülmesi/ icrası ise devletin saldırı fiilinin gerçekleştirmesinin doğal sonucudur. Saldırı fiilinin *icrası* diğer fiiller arasında farklı bir yere sahiptir. Çünkü saldırı fiilini icra eden genelde savaş alanındaki askerlerdir. Ancak modern çağda liderler tek bir tuşa basarak büyük yıkımlar meydana getirecek silahlar kullanma imkanına sahiptir.[431] Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri icra etme fiilini silahlı çatışmaların başlamasından sonra yapılan eylemler olarak ele almıştır. Bu doğrultuda bir saldırı fiilinin icrası, saldırı fiilinin *başlaması*ndan sonra saldırı fiilinin devam ettirilmesi ve başarıya ulaşması için gerekli olan tüm gerekli hareketlerdir[432] ve savaş veya çatışmalar sürdükçe devam eder.[433]

---

[428] High Command Trial, The United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al, Judgment of 27 October 1948, Erişim: http://werle.rewi.hu-berlin.de/High%20Command%20Case.pdf, Erişim tarihi: 23.06.2015, para. 485.
[429] Nuremberg Judgement, para. 421.
[430] SHUKRI, s. 528, *Brownlie* de benzer şekilde askeri anlamda Keitel ve Jodl'un savaşı başlatmış gibi göründüklerini ancak her ikisinin de bu eylemlerinde doğrudan Hitler'in emrini yerine getirdiklerini ifade etmiştir. Bkz. BROWNLIE, 1963, s. 200.
[431] Stefan BARRIGA, "Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Individual Responsibility for the Crime of Aggression", **International Criminal Justice, Law and Practice from the Rome Statute to Its Review**, Ed. Roberto BELELLI, 2010, Ashgate, s. 627, 628.
[432] MCDOUGALL, s. 189.
[433] DINSTEIN, 2013, para. 374.

B. Fail

"Bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme pozisyonunda bulunan bir kimse tarafından"

Nüremberg Yargılaması'ndan bu yana düşük mevkideki devlet görevlileri saldırı fiilinden dolayı sorumlu tutulmamaktadırlar.[434] Çünkü bu kişiler kendi görevleri ya da işlevlerinden dolayı çoğu zaman üstlerinin saldırı planlarının ya da niyetlerinin farkında olmamaktadırlar.[435]

Saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması ve başlatılması eylemleri -istisnalar olsa da- genellikle devletin en tepesindeki kişiler tarafından yapılmaktadır. Ancak saldırı fiilinin icra edilmesi/yürütülmesi eylemi için bu geçerli değildir. Bu eylem hem devletin en üst kademelerinde askeri operasyonlara karar veren kişiler tarafından, hem de bu operasyonlarda bizzat görev alan düşük kademedeki askerler tarafından gerçekleştirilebilir.[436]

Nüremberg Şartı'nda barışa karşı suçları düzenleyen 6/a maddesinde bu suçu sadece liderlerin veya devletin eylemlerini kontrol edebilme kapasitesine sahip kişilerin işleyebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Yani suç tanımına göre düşük kademedeki kişileri yargılamak mümkündür. Ancak Nüremberg Şartı'nın 6. maddesinin ilk paragrafı, mahkemenin sadece en önemli savaş suçlularını yargılayacağını düzenlemiştir. Ancak bu madde suçun tanımına ilişkin değil de

[434] Stefan BARRIGA, "Negotiating the Amendments on the crime of aggression," in Stefan BARRIGA; Claus KRESS, **The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression,** Cambridge University Press, 2012, s. 22.
[435] SAYAPIN, s. 222.
[436] Yani teorik olarak saldırı fiilini gerçekleştiren tarafın askeri operasyonlarında yer alan kişiler de saldırı fiilini icra eder. Bkz. GRZEBYK, s. 193.

mahkemenin yargı yetkisine ilişkindir. İşte bu sebeple saldırı suçunun failinin kimler olabileceğine ilişkin tartışmaya bir katkı sağlamamaktadır.

Nüremberg Yargılaması'nı takip eden yargılamalardan High Command ve I.G. Farben yargılamalarını yapan Nüremberg'deki bir Amerikan Askeri Mahkemesi saldırı suçunu sadece politika oluşturma kapasitesine sahip olan kişilerin işleyebileceğini ve bu kişilerin aleti konumundakilerin onların suçları için yargılanamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, sadece politik, askeri ve endüstriyel çevrelerdeki saldırgan politikaların formülasyonu ve yürütülmesine ilişkin sorumluluk taşıyan kişilerin barışa karşı suçlardan sorumlu tutulması gerektiğini ve bu ilkeden ayrılmanın uygunsuz sonuçlar doğuracağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre eğer saldırı suçundan liderler dışındakiler de sorumlu tutulursa savaş alanındaki erden silahlı kuvvetleri yiyecek maddeleriyle destekleyen çiftçi ve hatta askeri sanayinin gerekli malları üretmesine yardımcı olan ev kadını bile bu suçtan sorumlu olabilecektir.[437] Mahkemeye katılmamak mümkün değildir. Keza *Dinstein* da saldırı suçunun failinin sınırlandırılmaması durumunda saldırgan devletin silahlı kuvvetlerinin savaşan tüm kısmının otomatik olarak saldırı suçunun faili konumuna geleceğini ifade etmektedir.[438]

Uluslararası Hukuk Komisyonu da 1950'de saldırı suçunu sadece yüksek düzeydeki askeri personel ve devlet görevlilerinin işleyebileceğini söylemiştir. Keza 1996 Barışa ve İnsanlığın Güvenliği'ne Karşı Suçlar Tasarısı'nın saldırı suçunu

[437] DINSTEIN, 2013, para. 381.
[438] DINSTEIN, 2013, para. 380.

düzenleyen 16. maddesine ilişkin olarak; komisyon saldırı suçunun kesinlikle sadece liderler veya idareciler tarafından işlenebileceğini ifade etmiştir.[439]

Roma Statüsü'nde de konu benzer şekilde düzenlenmiştir. Madde 8 bis'teki "bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme pozisyonunda bulunan bir kimse" ifadesi devletin de facto/ fiili kontrolünü elinde bulunduranlara işaret etmektedir. Önemli olan nokta bu kişilerin saldırgan politika üzerinde etkili kontrolü olmasıdır.

Bu ifade iki şekilde anlaşılabilir. Birincisi saldırgan politika üzerinde etkili kontrol sağlayacak bir makama sahip olmak, ikincisi de makamdan bağımsız olarak saldırgan politika üzerinde etkili kontrol sahibi olmaktır. Uygulamada çoğu durumda bu iki durum birbiriyle kesişir. Ancak bazı devletlerde bazı kişiler resmi bir makam işgal etmemesine rağmen devletin karar alma mekanizmalarının üzerinde ciddi etki uygulayabilme kapasitesine sahiptirler.[440] İşte bu sebeple liderlik şartı sadece siyasi liderler ve hükümet üyelerinin değil aynı zamanda ekonomik liderlere ve dini liderlere kadar uzanabilir.[441]

"*Etkili* bir biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme" ifadesinin bir başka sonucu da makam olarak bu olanağa sahip olan ancak gerçekte bu yeterliliğe sahip olmayan kişilerin bu suçu işleyemeyeceğidir.[442]

Kimlerin bu vasfa sahip olduğu ise her devletin kendi yasaları ve yerleşmiş uygulamaları dikkate alınarak belirlenecektir. Bu tespit yapılırken devletin anayasası,

[439] 1996 Draft Code of Crimes Against the Peace and The Security of Mankind with Commentaries, in Yearbook of the International LawCommission, 1996, vol. II, Part Two, s. 43; DINSTEIN, 2013, para. 382.
[440] MCDOUGALL, s. 179.
[441] AMBOS, s. 21; DINSTEIN, 2013, para. 385; GRZEBYK, s. 196.
[442] MCDOUGALL, s. 179.

ilgili kanunları, tüzük ve yönetmelikleri, kısaca ulusal mevzuatı ve devletin kuvvet kullanmasına yetki veren uygulamaları incelenmelidir. Çoğu durumda saldırı suçundan dolayı sorumlu tutulabilecekler; devlet ve hükümet başkanları, silahlı kuvvetlerden sorumlu bakanlar veya milli savunma bakanları, dışişleri, ekonomi, maliye bakanları, iletişim ve telekomünikasyondan sorumlu yüksek düzey devlet görevlileri, iktidardaki partilerin başkanları, milletvekilleri ve önemli mevkilerdeki diğer kişilerdir.[443]

Özellikle siyasi liderler bir devletin yönetiminde merkezde bulunan kişiler olmaları dolayısıyla devletin saldırgan davranışının en önemli aktörleridirler. İşte bu sebeple bir saldırı suçu işlendiğinde her zaman sorumlular arasında yer almalıdırlar.[444] Bu liderler devletin genel gidişatına, izlediği ideolojiye yön vermekte, yasama işlevini yerine getirmekte ve bu yasaları uygulamaktadırlar. Bu liderler ayrıca devletin silahlı kuvvetlerini yönetmekte, savunma ittifakları yapmakta ve ülkenin savunması için gerekli önlemleri almaktadırlar. İşte bu nedenle siyasi liderler saldırı fiilinin her aşamasında -planlanma, hazırlama, başlatma, icra- son derece önemli yer teşkil ederler.[445]

Bir devletteki askeri liderlerin de devletin saldırgan eylemlerindeki rolü önemlidir. Bu liderler, duruma göre, devletin yönetimini ele geçirmiş veya bir sivil idarenin emri altında bu eylemleri gerçekleştiriyor olabilirler. Siyasi amaçların gerçekleştirilmesi için gerekli olan askeri harekatları geliştirmek, düzenlemek ve uygulamak askeri liderlerin görevidir. Bunlar devletin saldırı fiilinin yapılmasını sağlayacak askeri stratejiler ve taktikler geliştirme, harekat planları yapma, istihbarat

[443] SAYAPIN, s. 223.
[444] SAYAPIN, s. 223.
[445] SAYAPIN, s. 223, 224.

faaliyetleri, askeri manevralar, silahlı kuvvetlere emir ve talimat verme şeklinde olabilir.

C. Manevi Unsur

Madde 8bis/1 özel kastla ilgili bir hüküm içermemektedir. Bu sebeple saldırı suçu için de Statü'nün manevi unsurla ilgili genel hükmü olan 30. madde uygulanacaktır. Manevi unsur başlıklı m. 30 şöyledir:

"1. Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde ceza sorumluluğu vardır ve cezalandırılabilir.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kastı vardır:

(a) Davranışla ilgili olarak davranışta bulunmayı istemesi;

(b) Sonuçla ile ilgili olarak, şahsın o sonuca sebep olmayı amaçlaması veya davranışının olağan etkisiyle sonucun gerçekleşeceğinin farkında olması.

3. Bu maddenin amacına uygun olarak "bilmek", davranışın olağan sonucu olarak bir durumun varlığının veya olayların olağan seyrine göre bir sonuç doğuracağının farkında olunması demektir. "Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır."

Suçların Unsurları metninin manevi unsurla ilgili olan ikinci paragrafı da şöyledir:

"30. maddede belirtildiği üzere, aksi öngörülmediği sürece, kişi ancak maddi unsurlar kasıtla ve bilerek gerçekleştirildiği takdirde, Mahkemenin yargı yetkisi içindeki bir suçtan dolayı sorumlu olur ve cezalandırılabilir. Suç Unsurlarında listelenen herhangi bir davranış, sonuç ya da koşula yönelik bir manevi unsura atıf yapılmadığı takdirde, 30. maddede belirtilen kasıt, bilme ya da her ikisi gibi ilgili manevi unsur geçerlidir."

Öncelikle fail bir saldırı fiilini planlamayı, hazırlamayı, başlatmayı veya icra etmeyi istemiş olmalıdır. İkinci olarak fail bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme pozisyonunda bulunduğunun farkında olmalıdır.[446] Üçüncü olarak da fail BM Andlaşması'na aykırılık oluşturan kuvvet kullanma eyleminin farkında olmalıdır. Ancak failin kuvvet kullanmanın BM Andlaşması'na aykırılık oluşturduğuna dair bir hukuki değerlendirme yapmasına gerek yoktur. Yani failin BM Andlaşması'na aykırı bir fiil işleme kastına sahip olması aranmaz.[447] Örnek olarak konuyla ilgili bir Güvenlik Konseyi kararının olmaması, karşı devletin bir kuvvet kullanma eyleminin ya da pek yakın bir tehdidin olmaması verilebilir. Fail BM Andlaşması'nın açık bir ihlalini teşkil eden maddi olayların farkında olmalıdır. Yine failin, durumun BM Andlaşması'nın "açık" bir ihlalini teşkil edip etmediğini anlamak için bir hukuki değerlendirme yapmasına gerek yoktur. Bu hüküm BM Andlaşması'nın ihlali olan bir durumun "açık" ihlal

[446] MCDOUGALL, s. 190.
[447] F. ANGGADI; G.FRENCH; J. POTTER, "Negotiating the Elements of the Crime of Aggression", in Stefan BARRIGA,; Claus KRESS, **The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression**, Cambridge University Press, 2012, s. 65.

olup olmadığının değerlendirmesinin kişinin sübjektif görüşünden ziyade objektif kriterlere göre yapılması amacıyla konulmuştur.[448]

Keza Suçun Unsurları metninin madde 8/bis'e ilişkin bölümünün giriş kısmının 3. paragrafı da "açık ihlal" teriminin objektif kriterlere göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bu sayede failin hareketinin bir saldırı fiili teşkil ettiğinin farkında olduğu ancak BM Andlaşması'nın açık ihlalini teşkil ettiğinin farkında olmadığı durumlar da saldırı suçu teşkil edecektir. Saldırı suçunun hazırlık çalışmalarında bu duruma örnek olarak, failin kendi devletinin askeri birliklerinin başka bir devletin topraklarına girdiğini bilmesi ancak saldırının boyutunun farkında olmaması örnek gösterilmiştir.[449] Başka bir örnek de başbakan ve dışişleri bakanının asıl amaçları diğer devletin hükümetini devirmek iken, bu amaçlarını gizlemeleri ve savunma bakanına diğer devlette geniş çapta katliamlar olduğu ve bunların engellenmesi gerektiği yönünde bilgi vermeleri ve bunun sonucunda da savunma bakanının bir kuvvet kullanma eylemine girişmesidir.[450]

Hazırlık çalışmalarında da sadece fiili olayların bilinmesinin yeterli olması açıklanmıştır. Bu çalışmalarda, failin devletin gerçekleştirdiği fiilin BM Andlaşması'na aykırı olduğu ve saldırı fiili teşkil ettiğini bilmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir. Bunun nedeni olarak da aksi bir durumun *jus ad bellum*un bilinmesini gerektireceği bunun ise, istenmeyen sonuçlara yol açacabileceği gösterilmiştir. Hazırlık çalışmalarında bu durumda potansiyel failin bilerek kendini hukuki anlamda hataya düşürmesi veya bilerek devletin eylemlerini meşru gösteren hukuki danışmanlara itibar etme riski olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca

[448] ANGGADI, s. 72, 77.
[449] 2009 Chairman's Non-Paper on the Elements of Crimes, para. 20; BARRIGA ve KRESS, s. 683.
[450] MCDOUGALL, s. 192.

manevi unsurun içinde, hukuku bilme şartının da mevcut olmasından bu durumun kanıtlanmasının zorluğundan dolayı ulusal ceza sistemlerinde de kaçınıldığı ifade edilmiştir.[451]

Bu yaklaşım Roma Statüsü'ndeki diğer suçlarla da uyumludur. Savaş suçlarında da[452] bir silahlı çatışmanın mevcudiyeti kanıtlanırken her bir savaş suçu "failin bir silahlı çatışmanın varlığını oluşturan maddi koşulların farkında olması"nı yeterli görmektedir. Keza Suçun Unsurları metninin savaş suçlarına ilişkin girişinin 3. paragrafının a bendinde yer verilen "Failin bir silahlı çatışmanın varlığına ilişkin veya bu çatışmanın uluslararası ya da uluslararası olmayan niteliğine ilişkin bir hukuki değerlendirme yapmasına gerek yoktur" ifadeleri de bunu doğrulamaktadır.

D. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

Roma Statüsü hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasında bir ayrım yapmamaktadır. Saldırı suçu ile ilgili olarak önem arzeden ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler olarak amirin emrini ifa ve hukuki ve fiili hatadır.

1.Amirin Emrini İfa

Uluslararası suçlar boyutları ve ağırlıkları nedeniyle çoğu zaman devlet veya silahlı kuvvetler gibi hiyerarşik bir yapılanma içerisindeki kişiler tarafından işlenmektedir. Bu gibi yapılanmalarda da emirler ve bu emirlere itaat büyük önem arzeder.[453] Ast kendisine verilen emre güvenebilmeli ve bu emirleri uygulamaktan kaynaklanan olayların ortaya çıkardığı sorumluluktan da bir dereceye kadar

[451] 2009 Chairman's Non-Paper on the Elements of Crimes, para. 18; BARRIGA ve KRESS, s. 682.
[452] Örnek olarak Suçun Unsurları metninin kasten öldürmek suretiyle savaş suçuna ilişkin 8/2 (a) (i) maddesinin 5. paragrafında "failin bir silahlı çatışmanın varlığını oluşturan maddi koşulların farkında olması" verilebilir.
[453] WERLE, para. 658.

kurtulmalıdır. Bu durum özellikle silahlı kuvvetlerde ayrı bir önem arzeder. Çünkü askeri operasyonların başarısı askerlerin tam ve mutlak itaatine bağlıdır.[454] Askeri disiplin askerleri savaşmaya sevk etmek ve gerektiğinde de kendi hayatını ülkesi uğruna feda etmesini sağlamak için tasarlanmıştır.

İşte bu noktada bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Çünkü askeri disiplin ve ulusal kanunlar emirlere uygun davranması için askere bir yükümlülük yüklerken yine aynı kanunlar suç fiillerini yasaklamaktadırlar. Kısaca eğer bir asker kanunsuz emri ifa ederse ceza hukukunu ihlal etmiş olacak ve bundan dolayı cezai sorumluluğu doğacaktır. Ancak kanunsuz emri ifa etmeyi reddederse bu sefer de muhtemelen emre itaatsizlikten yargılanacak ve daha da önemlisi emre itaatsizliğin diğer sonuçlarıyla karşılaşacaktır.[455] *Bellot,* verilen emri sorgulamanın savaşı imkansız hale getireceğini, kişileri hukuka uygun davranmaya zorlamamanın da "toplumun sonu" olacağını ifade etmiştir.[456]

Amirin emrini ifanın cezai sorumluluğuyla ilgili iki karşıt görüş ve bu ikisini uzlaştıran bir üçüncü görüş vardır.[457]

Respondeat superior (fr. l'obe´issance passive) yani sadece amirin sorumlu tutulması görüşüne göre amirin emrini ifa ederken suç işleyen bir asker herhangi bir şarta bağlı olmaksızın sorumluluktan kurtulur. Bu görüş II. Dünya Savaşı'na kadar

[454] Yoram DINSTEIN, **The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law**, Oxford, 2012 (Bundan sonra DINSTEIN 2012/2 olarak anılacaktır), s. 5.
[455] DINSTEIN, 2012/2, s. 7.
[456] Hugh H. L. BELLOT, **"**War Crimes: Their Prevention and Punishment, Problems of the War", Cilt. 2, **Papers Read Before The Society In The Year 1916**, ss. 31-55, s. 47.
[457] D. TEZCAN; M.R. ERDEM; R.M. ÖNOK, s. 394; WERLE, 2014, para. 659 vd; DINSTEIN, 2012, s. 8.

uygulanmış olup amacı askeri emirlerin uygulanmasında mutlak itaatin sağlanmasıdır.[458]

Mutlak sorumluluk (*ing. absolute liability, fr. les bai'onnettes intelligentes*) olarak adlandırılan karşıt görüşe göre astın bir suç fiilini kendisine verilen emirlere uygun olarak işlemesinin astın cezai sorumluluğuna hiçbir etkisi yoktur ve astın sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ast amirin verdiği her emri sorgulamalı ve değerlendirmelidir. Eğer bu bir suç fiiliyse bu fiili ifa etmeyi reddetmeli ve bu hareketinden dolayı da cezalandırılamamalıdır.[459]

Hukuka açıkça aykırılık (*ing. the manifest illegality*) görüşüne göre ise kural olarak amirin emrini ifa eden astın ceza sorumluluğu yoktur ancak ast emrin *hukuka aykırı* olduğunu biliyorsa veya emir *hukuka açıkça aykırı* ise astın artık cezai sorumluluğu vardır.[460]

Roma Statüsü'nde ise bu konu üst makam emirleri ve kanunun tanımı başlıklı 33. maddede düzenlenmiştir. 33. madde şöyledir:

"1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümetin veya askeri veya sivil bir üst makamın emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması, aşağıdaki haller dışında, şahsı cezai sorumluluktan kurtaramaz:

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

---

[458] Bu görüş ele alındığında cezai sorumluluk emir komuta zincirinin en üstüne doğru yoğunlaşacak ve II. Dünya Savaşı ele alındığında *Shukri*'nin de belirttiği gibi muhtemelen bizi tek sorumlunun Hitler olduğu gibi bir sonuca götürecektir, WERLE, para. 660.
[459] DINSTEIN, 2012/2, s. 8.
[460] WERLE, para. 662.

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

(c) Emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler açıkça kanunsuzdur."

Maddede ilk paragrafta, hukuka açıkça aykırılık ilkesini benimsenmiş ikinci paragrafta ise soykırım ve insanlığa karşı suçlar her zaman *açıkça hukuka aykırı* kabul edilerek mutlak sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. Maddeye göre (a), (b) ve (c) paragraflarında öne sürülen şartlar birarada bulunmalıdır.

Saldırı suçu bakımından konu incelendiğinde madde 33/2, bir saldırı fiilinin planlanmasının, hazırlanmasının, başlatılmasının veya yürütülmesinin emredilmesini *açıkça hukuka aykırı* kabul etmemiştir.[461] Bu nedenle saldırı suçu bakımından amirin emrini ifa konusunda mutlak sorumluluk değil, hukuka açıkça aykırılık görüşü kabul edilmiştir.

Öyleyse amirin emrini ifa eden kişinin cezai sorumluluktan kurtulması için öncelikle bu emrin açıkça hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Bu şart sağlandıktan sonra kişinin açıkça hukuka aykırı olmayan ancak hukuka aykırı olan eylemin bu hukuka aykırılığını bilmemesi gerekmektedir.

Saldırı suçu bakımından bir devletin kuvvet kullanması BM Andlaşması m. 2/4'e uygunluğu ölçüsünde hukuka uygun olacaktır (maddenin ifadesiyle *hukuka aykırı olmayacak*). İşte bu durumda hiyerarşik yapıda yer alan kişi emre uygun

[461] Bir saldırı fiilinin planlanmasının, hazırlanmasının, başlatılmasının veya yürütülmesinin emredilmesini *açıkça hukuka aykırı* kabul edilseydi mutlak sorumluluk ilkesi geçerli olacaktı.

fiillerinin hukuka aykırı olduğunu bilmeyebilir.[462] Örneğin Genelkurmay Başkanı görev ve yetkilerinden dolayı başbakana karşı sorumludur.[463] Bu sorumluluk m. 33/1(a)'da bulunan "şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk" olması şartını da sağlamakta ve amirin emrinin ifası savunmasının geçerli olabileceği durumlar ortaya çıkarmaktadır.

Ancak saldırı suçunun sadece "devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından" işlenebildiği düşünüldüğünde failin hem bu vasfa sahip olup hem de fiilin hukuka aykırılığından haberi olmaması küçük bir olasılıktır.

Buna ek olarak saldırı fiilinin "Birleşmiş Milletler Andlaşması'nı *açıkça* ihlal etmesi" gerekmektedir. İşte bu ihlalin bulunduğu durumlarda da emir çoğu zaman "açıkça hukuka aykırı" hale geleceğinden somut olayların birçoğunda amirin emrini ifa savunmasının kullanılması çok zor olacaktır. Sonuç olarak saldırı suçunun hem sadece liderlerin işleyebileceği tür bir suç olması hem de saldırı fiilinin BM Andlaşması'nı açıkça ihlal etmesi gerekliliği birlikte düşünüldüğünde amirin emrini ifa savunması çok fazla uygulanma alanı bulamayacaktır.[464]

2. Fiili ve Hukuki Hata

Roma Statüsü'nün 32. maddesinde fiili hata ve hukuki hata şöyle düzenlenmiştir:

[462] SAYAPIN, s. 297.
[463] 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun, m. 7.
[464] GRZEBYK, s. 211.

"1. Fiilde hata, ancak suçun manevi unsurunu ortadan kaldırdığında cezai sorumluluğu kaldırır.

2. Failin belli bir fiilin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç olup olmadığı konusundaki hatası, cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Ancak kuralda hata, suçun varlığı için gerekli manevi unsuru ortadan kaldırdığında veya 33. maddede öngörülen koşulda cezai sorumluluğu kaldırabilir."

Madde 32'nin iki paragrafında da manevi unsurun ortadan kalkması ifadesi vardır. Suçun manevi unsuru eksik olduğunda ise suç tamamlanmamış olacağından bu madde 32'nin gereksiz olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır.[465]

Bazı durumlar failin hataya düşürerek kendi fiilinin hukuka aykırılığına neden olan somut olayları bilmesini engelleyebilir. Örnek olarak silahlı kuvvetler komutanı politikacılar ve gizli servis tarafından komşu bir devletin saldırmaya hazırlandığı konusunda ve önalıcı meşru savunmanın gerekli olduğu konusunda yanılgıya düşürülebilir.[466] *Carl von Clausewitz*'in "savaşın bulanıklığı" (fog of war) olarak adlandırdığı duruma göre taraflar savaş esnasında üstlerindeki baskıdan dolayı yanlış algılamalarda bulunabilir ve aşırı tepkiler verebilirler.[467] Saldırıya uğrayan devletlerin liderleri durum ciddi olsun ya da öyle olmasın büyük bir duygusal gerilim altında kalırlar ve eylemlerinin meşru savunma mı yoksa saldırı fiili mi teşkil ettiğini

[465] Roger S. CLARK, "The Mental Element in International Criminal Law", **Criminal Law Forum**, Vol. 12, Issue. 3, 2001, ss. 291–334, s. 308; Elies V. SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law,** Oxford University Press, 2012, s. 282.
[466] MCDOUGALL, s. 196.
[467] MAY, s. 242, 243.

objektif olarak değerlendiremeyebilirler.[468] İşte bu durumda meydana gelen fiili hata suçun manevi unsurunun eksik olmasına neden olabilir.

Madde 32/2 ise hukuki hatayı düzenlemiştir. Madde öncelikle failin fiilin Uluslarası Ceza Mahkemesi'nin yetkisine girip girmediği konusundaki hatasının cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını düzenlemiştir. 32/2'nin ikinci cümlesi ise hukuki hatanın manevi unsuru ortadan kaldırdığında cezai sorumluluğu *kaldırabileceği*ni düzenlemiştir. Burada *kaldırabileceği* ifadesi önem arzetmektedir. Çünkü 32/1'de fiili hatanın manevi unsuru ortadan kaldırdığı durumlarda cezai sorumluluğu *kaldıracağı* düzenlenmişken 32/2'de hukuki hatanın yine manevi unsuru ortadan kaldırdığı durumlarda cezai sorumluluğu *kaldırabileceği* düzenlenmiştir.[469] *Triffterer* bu kelimelerin bilinçli olarak seçildiğini düşünmektedir. *Triffterer*'e göre hukuki hatanın suçun manevi unsurunu kaldırdığı durumlarda, mahkeme hukuki hatanın kaçınılmaz olup olmadığını inceleyecek ve sadece fail "kaçınılmaz" bir hataya düşmüşse bu durumda cezai sorumluluğun ortadan kalktığına hükmedecektir. Her ne kadar "kaçınılmazlık" ifadesi 32. maddede geçmese de hukukun genel ilkeleri tarafından kabul edilmiş bir kriterdir.[470] Sonuç olarak eğer fail "kaçınılmaz" şekilde bir hukuki hataya düşerse işte o zaman bu hata cezai sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.

[468] GRZEBYK, s. 208.
[469] CLARK, 2001, s. 311.
[470] Otto TRIFFTERER, **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**, Second Edition, Beck/Hart, 2008, s. 312.

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça İştirak

Roma Statüsü'nün 25/3. maddesi suça iştirakı düzenlemektedir. Maddede kısaca suçu bir şahıs vasıtasıyla veya birlikte işleyen; bu yönde emir veren, teşvik eden, suçun işlenmesine ikna eden; suçun işlenmesini kolaylaştıran, suça kışkırtan, suçun işlenmesi için gerekli araçları temin eden ve herhangi başka bir şekilde suçun işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olan kişilerin veya ortak bir amaçla hareket eden bir grubun da cezai sorumluluğu olacağı düzenlenmiştir.

Madde 8bis'le birlikte eklenen 25/3bis maddesi ise saldırı suçuyla ilgili özel bir düzenleme getirmektedir. Madde 25/3bis şu şekildedir:

"Saldırı suçuna ilişkin olarak bu madde hükümleri, yalnızca Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan kişilere uygulanır."

Bu maddeye göre saldırı suçunun sadece "devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan kişilerce" işlenebilme özelliği sadece suçun asli faili için değil suça her türlü iştirak edenler için de geçerli olacaktır. Bunun sonucunda da diğer uluslararası suçlara göre saldırı suçundan dolayı çok daha az kişi sorumlu olacaktır. Örnek vermek gerekirse devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunmayan ancak saldırı fiili için planlar hazırlayan bir bürokrat normalde 25/3(c)'deki suçun işlenmesine yardımdan suça iştirakten sorumlu

olacaksa da 25/3bis'teki özel hüküm nedeniyle saldırı suçundan dolayı cezai sorumluluğu yoktur.[471]

Madde 25/3(a) *"Tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla birlikte veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi halinde"* kişilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu paragrafta diğer bir kişinin yardımına gerek olmadan bir saldırı suçu işlendiğinden bu paragrafta kastedilen bir saldırı fiilinin *başlatılması* veya *icrası*dır. Bu paragrafa ilişkin olarak saldırı suçunu bir kişinin tek başına işleyemeyeceği ve failin her zaman diğer kişilerin yardımına ihtiyaç duyacağı öne sürülebilir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere saldırı suçu sadece "devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan kişiler" tarafından işlenebilir. İşte bu sebeple saldırı fiilinde faile yardım eden kişilerin bahsedilen niteliklere sahip olmadığı durumlarda bu "alt kademedeki" kişiler saldırı suçu bakımından sorumlu olmayacaklar, ancak buna karşılık fail tek başına sorumlu olacaktır.[472]

Madde 25/3(c) suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunması, suça kışkırtması, veya suçun işlenmesi için gerekli araçları temin etme dahil olmak üzere, suçun işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması halinde, madde 25/3(d) ise suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunması halinde kişilerin cezai sorumlulukları olacağını düzenlemiştir.

Madde 25/3(b) ise suçun gerçekleşmesi veya en azından suça teşebbüs edilmesi şartıyla saldırı suçunun işlenmesini emreden, bu suça teşvik eden ve

[471] AMBOS, s. 22.
[472] SAYAPIN, s. 285.

azmettirenlerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Teşvik ve azmettirmeye örnek olarak savaş propagandası verilebilir.

Madde 25 açısından cezai sorumluluğun doğması için saldırı fiilinin gerçekleşmesi veya en azından teşebbüs aşamasının tamamlanmış olması gerekmektedir.[473]

2. Teşebbüs

Roma Statüsü'nün 25/3(f) maddesine göre saldırı suçuna teşebbüs edilmesi de suç olarak düzenlenmiştir. Madde 25/3(f) failin "maddi adımlar atıp, suçun icrasını başlatacak hareketleri yaparak, bir suçu işlemeye teşebbüs etmesi ancak suçun şahsın kastından bağımsız sebepler nedeniyle gerçekleşmemesi halinde" cezai sorumluluğun doğacağını ifade etmiştir. Saldırı suçunun hazırlık hareketlerinin başladığı ancak failin saldırgan niyetinden bağımsız şekilde suçun tamamlanamadığı durumlara örnek olarak hava şartlarının ciddi biçimde değişmesi, saldırıda kullanılacak askeri teçhizatın bozulması veya daha olası bir durum olarak saldırının planlandığı devletin önalıcı meşru savunma hakkını kullanarak saldırıya izin vermemesi verilebilir. İşte bu durumlarda m.25/3(f)'ye göre fail saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

Ancak teşebbüsten dolayı bir kişinin cezai sorumluluk sahibi olması saldırı suçu bakımından pratikte bazı güçlükler barındırmaktadır. Özellikle saldırı suçunun "karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı'nı açıkça ihlal eden

[473] SAYAPIN, s. 286.

bir saldırı fiilini" gerektirmesi fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda "açık ihlalin" tespiti çok zor olacaktır.[474]

IV. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Saldırı Suçu Üzerindeki Yargı Yetkisi

A. Saldırı Fiilinin Tespiti Bakımından Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi İlişkisi

Saldırı suçuna ilişkin hazırlık çalışmalarında en şiddetli tartışmalar Güvenlik Konseyi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi arasındaki duruma ilişkin olmuştur. Konuyla ilgili en önemli nokta saldırı fiilinin tespitini yapmanın Güvenlik Konseyi'ne mi bırakılacağı yoksa mahkemenin Güvenlik Konseyi'nden bağımsız olarak mı bu tespiti yapacağı olmuştur. Bir grup devlet saldırı fiilinin tespitini Güvenlik Konseyi'nin yapması gerektiğini savunurken diğer bir grup devlet ise, bağımsız mahkemeyi savunmuştur.[475]

Sonuç olarak Güvenlik Konseyi'nin hakimiyetine karşı olan devletler mahkemenin bağımsızlığını sağlamak uğruna taraf devletlere istediklerinde saldırı suçuna ilişkin hükümlerden çekilme hakkı veren bir düzenlemeyi kabul etmişlerdir.

Yine UCM ve Güvenlik Konseyi ilişkisine ilişkin bir başka nokta ise, Statü'nün 16. maddesidir. Roma Statüsü'nün 16. maddesi Güvenlik Konseyi'ne UCM'nin soruşturma veya kovuşturma aşamasında olduğu bir davayı yenilenebilir 12 ay sürelerle erteleme yetkisi vermektedir.[476] Güvenlik Konseyi'nin bu erteleme

[474] MCDOUGALL, s. 202.
[475] MCDOUGALL, s. 205.
[476] Roma Statüsü m. 16 şöyledir: *"Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne dayanarak aldığı karar dahilinde, Mahkeme'den talepte bulunmasından*

isteğini BM Andlaşması'nın VII. Bölümüne ilişkin aldığı bir kararda yapması gerekmektedir. Her ne kadar bu durum Güvenlik Konseyi'ne bir davayı süresiz olarak erteleme yetkisi verse de *Bergsmove Pejic'*e göre pratikte Konsey'in bu tespiti yapması çok da kolay değildir. Bu tip bir Güvenlik Konseyi kararı herşeyden önce UCM'den bir uluslararası suçun soruşturma veya kovuşturmasının yapılmamasını isteyecektir ki bu da bu suçların niteliği düşünüldüğünde zordur.[477] İkinci bir nokta ise Yunanistan ve Portekiz[478] ile Bosna Hersek, Yeni Zelanda ve Romanya[479] tarafından sunulan ve saldırı fiilinin tespitinin öncelikli olarak Güvenlik Konseyi'nce yapılması gerektiğini savunan öneriler düşünüldüğünde 12 aylık ertelemenin mahkemenin bağımsızlığı yönünde bir kazanım olduğudur.

B. Saldırı Suçuna İlişkin Yargılama Şartları

2010'da Kampala'da yapılan gözden geçirme konferansında saldırı suçu üzerinde yargı yetkisine ilişkin 15bis ve 15ter maddeleri Roma Statüsü'ne eklenmiştir. Madde 15bis, devlet başvurusu ve savcının *proprio motu* (savcının re'sen harekete geçmesi) yetkisini kullanması durumlarını, 15ter maddesi ise, Güvenlik Konseyi'nin Statü'nün 13/b maddesine göre bir durumu UCM'ye sevk ettiği durumları düzenlemektedir.

---

itibaren 12 ay süreyle, bu Statüye dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılamaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep, aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir."

[477] TRIFFTERER, 2008, s. 599.

[478] Saldırı Suçu Çalışma Grubu'nda Yunanistan ve Portekiz tarafından yapılan öneri için bkz. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=PCNICC/1999/WGCA/DP.1 Erişim tarihi 28.06.2015.

[479] Saldırı Suçu Çalışma Grubu'nda Bosna Hersek, Yeni Zelanda ve Romanya tarafından yapılan öneri için bkz. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=PCNICC/2001/WGCA/DP.1, Erişim tarihi 28.06.2015.

1. Devlet Başvurusu ve Savcının Re'sen Soruşturma Açması

15bis maddesinin getirdiği yenilikler dört başlıkta özetlenebilir: (1) Mahkemenin saldırı suçu açısından zaman bakımından yetkisine ilişkin düzenlemeler, (2) taraf devletlerin saldırı suçu açısından mahkemenin yargı yetkisini kabul etmemelerine olanak veren bir bildirim yapmalarına ilişkin düzenlemeler, (3) savcının *proprio motu* soruşturma başlatmasına ilişkin düzenlemelere saldırı suçu açısından bazı ek şartlar getirilmesine dair düzenlemeler, (4) UCM'nin saldırı suçuna ilişkin özerk yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler.

15bis maddesinin 1. paragrafı Statü'nün UCM'nin yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin 13. maddesine atıf yapmaktadır. Madde 15bis/1, 13. maddenin hükümlerini saldırı suçu açısından diğer uluslararası suçlara göre farklı uygulanmasını sağlamaktadır. 13. maddenin a ve c paragrafları saldırı suçu açısından da uygulanmaya devam edecektir. Maddede atıf yapılmamış olsa da Statü'nün UCM'nin harekete geçirilmesine ilişkin yöntemlerini düzenleyen 14. ve 15. maddeleri de saldırı suçu açısından 15bis maddesiyle birlikte uygulanacaktır.

Kampala'da UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini kullanmaya başlaması iki temel şarta bağlanmıştır. İşte maddenin 2. ve 3. paragrafları UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisinin başlamasına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Maddenin ikinci paragrafına göre UCM yargı yetkisini saldırı suçuna ilişkin değişikliklerin 30 taraf devlet tarafından onaylanması veya kabul

edilmesinden bir yıl sonra işlenen saldırı suçları için kullanabilecektir. 15 Temmuz 2015 tarihi itibariyle 23 devlet bu değişikliklerini onaylamış veya kabul etmiştir.[480]

Saldırı suçuna ilişkin UCM'nin yargı yetkisinin başlamasına ilişkin ikinci şart ise üçüncü paragrafta düzenlenmiştir. Bu hükme göre 1 Ocak 2017 tarihinden önce olmamak üzere Taraf Devletler Asamblesi'nin bu yönde bir karar alması gerekmektedir. Asamblenin alacağı karar Statü'nün değiştirilmesine ilişkin olacağından gereken oy sayısı -Roma Statüsü'nün 121/3 maddesine belirtildiği üzere- taraf devletlerin 2/3'ü kadardır.

Sonuç olarak 30 taraf devlet değişiklikleri - en geç 1 Ocak 2016'da - onaylasa ve 1 Ocak 2017 tarihinde Taraf Devletler Asamblesi değişikliklerin yürürlüğe girmesine ilişkin bir karar alsa bile UCM'nin saldırı suçuna ilişkin yargılama yetkisini kullanabileceği en erken tarih 1 Ocak 2017 olacaktır.

15bis maddesinin 4. paragrafı uyarınca taraf devletler UCM'nin Sekreteryası'na bir bildirim yaparak saldırı suçu açısından UCM'nin yargı yetkisini kabul etmediğini deklare edebilir.[481] Yine aynı paragrafa göre taraf devletler bu bildirimi her zaman geri alabilir. 15/4'ün sunduğu imkan devletlere herhangi bir zaman sınırlaması olmadan kendi vatandaşları tarafından ve kendi toprakları üzerinde işlenen saldırı suçları bakımından UCM'nin yargı yetkisinden muaf olma imkanı vermektedir. Tabii ki saldırı suçuna ilişkin değişiklikleri kabul eden devletlerin çoğunluğunun böyle bir bildirim yapmaları durumunda UCM'nin yargı

[480] Bu konuda güncel bilgi için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en, Erişim tarihi: 15.07.2015.
[481] C. JOHANNES; M. SAFFERLING; L. BÜNGENER, **International Criminal Procedure**, Oxford University Press, 2012, s. 91.

yetkisi pratikte büyük oranda kullanılamaz hale gelecektir. Madde 15bis/4 devletlerin bu bildirimi, değişikliklerin kabulünden itibaren üç yıl içinde yapabileceklerini ifade etmektedir. Statü bu anlamda devletlerin olası saldırı suçundan muaf olma bildirimlerine bir sınırlama getirir.

Yine de unutulmamalıdır ki Roma Statüsü'nün çekilmeyi düzenleyen 127. maddesi uyarınca bir taraf devlet istediği zaman BM Genel Sekreteri'ne bir bildirim yaparak Statü'den çekilebilir. Bildirim daha sonraki bir tarihi içermediği sürece yapılma tarihinden itibaren 1 sene sonra geçerlik kazanır ve geçerlik tarihinden önce başlamış olan soruşturma, yasal işlemler ve UCM tarafından incelenmekte olan konuları etkilemez.

Madde 15bis/5 Roma Statüsü'nün UCM'nin yargı yetkisini kullanmasının önkoşullarını düzenleyen 12. maddesine taraf olmayan devletler bakımından saldırı suçu açısından bazı değişiklikler getirmektedir. Roma Statüsü'nün 12. maddesine göre UCM'nin bir suç üzerinde yargı yetkisine sahip olabilmesi için suçun üzerinde işlendiği devletin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin Statüye taraf olması veya *mahkemenin yargı yetkisini Sekreteryaya sunacağı bir bildirimle kabul etmiş olması* gerekmektedir.[482]

Ancak 15bis/5 maddesine göre saldırı suçu açısından bu durum farklıdır. Maddeye göre saldırı suçunun Statüye taraf olmayan bir devletin *ülkesinde* veya bu *devletin vatandaşı tarafından* işlenmesi halinde UCM yargı yetkisini

[482]Ülkü HALATÇI, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları", **Uluslararası Hukuk ve Politika,** Cilt: 1, No: 3, 2005, ss. 57–76, s. 69–71;A. CASSESE.; P. GAETA; J. R. JONES, **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**, Volume I, Oxford University Press, 2002, s. 612.

kullanamayacaktır.[483] Bu hükmün Statü'ye konması saldırı suçunun Statü'ye taraf olmayan devletler açısından uygulanabilirliğine karşı çıkan küçük ama güçlü azınlığın etkisine iyi bir örnektir.[484]

Statü'ye taraf olmayan bir devlet - madde 13'e göre ad hoc olarak - UCM'nin yargı yetkisini kabul ettiğinde soykırım suçu, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımından kendi ülkesinde işlenen veya kendi vatandaşlarının işlediği suçlar için UCM'nin yargı yetkisi olacakken saldırı suçu bakımından UCM'nin yargı yetkisi olmayacaktır.[485]

Ancak bu durum Roma Statüsü'nü veya Kampala değişikliğini kabul etmeyen devlet vatandaşlarının veya devletin üzerinde saldırı suçu bakımından hiçbir durumda UCM tarafından yargılanamayacakları anlamına gelmemektedir. Statü'nün 13/b maddesi uyarınca Güvenlik Konseyi'nin UCM'ye bir olayı soruşturması için bildirim yaptığı durumlarda Mahkeme Statü'ye taraf olmayan devletler, keza Statüye taraf olup değişiklikleri kabul etmeyen veya değişiklikleri kabul edip bir bildirimle UCM'nin saldırı suçu bakımından yargı yetkisinin dışında kalan devletler üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır. Kısaca Güvenlik Konseyi'nin yaptığı bir bildirimle UCM'yi bir olay bakımından yetkili kıldığı durumlarda 15bis/5 maddesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Savcı'nın re'sen hareket ettiği durumlar ve devletlerin bir olayı savcılığa gönderdiği durumlarla ilgili olarak saldırı suçuna ilişkin olarak soruşturma aşaması şöyle olacaktır. Genel hükümlere göre (m. 15) savcı bir konuyla ilgili inceleme

[483] SAFFERLING ve BÜNGENER, 2012, s. 92.
[484] Roger S. CLARK, "The Crime of Aggression", in **The Law and Practice of International Criminal Court**, Edt by STAHN, Carlsten, Oxford University Press, 2015, s. 792.
[485] SAYAPIN, s. 305.

yaptıktan sonra konuyla ilgili soruşturma açılması için makul dayanaklar olduğuna karar verirse ön inceleme dairesinden soruşturma izni isteyecektir. Ancak madde 15bis/6'ya göre savcı saldırı suçuyla ilgili bir soruşturmaya başlamadan önce BM Genel Sekreteri'ni konuyla ilgili olarak bilgilendirmelidir. İşte bu aşamada savcı madde 15bis/6'ya göre henüz ön inceleme dairesinden soruşturma izni istemeden önce konuyla ilgili olarak BM Genel Sekreterini bilgilendirmelidir. Bu aşamadan sonra savcı aşağıda inceleneceği üzere Güvenlik Konseyi'nin konuyla ilgili durumuna göre hareket edecektir.

Madde 15bis/7'e göre savcının Genel Sekreteri bilgilendirmesinden önce Güvenlik Konseyi'nin saldırı fiili gerçekleştiği yönünde bir kararı varsa bu durumda savcı soruşturmaya devam edecektir.[486] Güvenlik Konseyi'nin saldırı fiili gerçekleştiği yönünde bir kararı varsa savcının ön inceleme dairesinden izin almasına gerek kalmayacaktır. İşte bu durumda savcının 6. paragrafa göre BM Genel Sekreteri'ne yaptığı bildirimin bir anlamı kalmayacak bildirim bir anlamda formalite gereği olacaktır. Güvenlik Konseyi'nin ilgili devletin bir saldırı fiili işleyip işlemediği konusunda tespiti olup olmadığını savcı tespit edecektir.[487] Bir başka ifadeyle savcı her ne kadar Güvenlik Konseyi'nin konuyla ilgili olumlu bir kararının varlığını incelemek durumunda da olsa Güvenlik Konseyi'nden saldırı suçunun soruşturulması için resmi bir izin almaya ihtiyaç duymamaktadır.[488] Güvenlik

[486] BARRIGA, s. 32–33; Gerhard KEMP, **Individual Criminal Liability for the Crime of Aggression**, Intersentia, 2010, s. 225 - 227.
[487] Bu sonuca m. 15bis/6'nın ilk cümlesindeki "savcı (…) öncelikle Güvenlik Konseyi'nin ilgili Devletin saldırı fiilini işlediğine dair bir tespitinin bulunup bulunmadığını araştırır" ifadesinden varılmaktadır.
[488] SAYAPIN, s. 306; SAFFERLING s. 92.

Konseyi'nin saldırı fiilinin varlığına ilişkin tespiti UCM'yi bağlamamaktadır ve UCM konuyla ilgili farklı bir karar alabilir.[489]

Eğer Güvenlik Konseyi'nin durumla ilgili bir tespiti yoksa savcı Genel Sekretere bildirim yaptıktan sonra 6 aylık bir süre boyunca Güvenlik Konseyi'nin konuyla ilgili bir tespit yapmasını bekleyecektir. 6 aylık süre içerisinde Güvenlik Konseyi bir saldırı fiilinin bulunduğu yönünde bir tespit yaparsa yine soruşturmaya devam edebilecektir. Güvenlik Konseyi bir saldırı fiilinin var olduğu tespitinde bulunursa m. 15bis/7'ye göre artık savcının ön inceleme dairesinden izin almasına gerek yoktur.

Güvenlik Konseyi'nin durumla ilgili bir tespit yapmaması durumunu madde 15bis/8 düzenlemektedir. Maddeye göre savcı durumu Genel Sekretere bildirmesinden itibaren 6 aylık süre içerisinde Güvenlik Konseyi konuyla ilgili bir tespitte bulunmazsa savcı artık ön inceleme dairesinin iznini almak kaydıyla soruşturmaya devam edebilecektir.[490] Yani soruşturmanın başlamasına ilişkin kontrol mekanizması bir önceki durumda Güvenlik Konseyi iken burada Ön-İnceleme Dairesidir.[491] Ancak Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması konusundaki başlıca sorumluluğu göz önüne alındığında 6 aylık süre içerisinde konuyla ilgili bir tespit yapması daha olası görünmektedir.

Madde 15bis/9 UCM'nin saldırı fiilinin varlığını tespitindeki görece bağımsızlığını düzenlemektedir. Paragraf şöyledir: "Mahkeme dışındaki bir organ tarafından saldırı fiiline yönelik yapılacak bir tespit, bu Statü kapsamında

[489] CLARK, 2015, s. 792.
[490] SAFFERLING, s. 92; KEMP, ss. 227 -231; SAYAPIN, s. 308.
[491] CLARK, 2015, s. 793.

Mahkemenin kendi tespitlerine halel getirmez." Yukarıda da belirtildiği üzere Güvenlik Konseyi'nin UCM'nin incelemekte olduğu bir konuyla ilgili olarak saldırı fiili bulunduğu yönünde bir tespit yapması mahkemenin farklı bir tespit yapmasını engellemeyecektir.

Son olarak madde 15bis/10, bu maddede düzenlenen özel kuralların sadece UCM'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisine ilişkin olduğunu ve diğer suçlara ilişkin yargı yetkisini etkilemeyeceği ve özellikle de geciktirmeyeceğini[492] öngörmektedir.

2. Güvenlik Konseyi Başvurusu

Roma Statüsüne Kampala değişiklikleri ile eklenen 15ter maddesi Güvenlik Konseyi'nin havalesi üzerine UCM'nin saldırı suçuna ilişkin olarak yargı yetkisini kullanmasını düzenlemektedir. Madde 15ter şöyledir:

"*1. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargılama yetkisini, bu madde hükümlerine bağlı olarak, madde 13 paragraf (b)'ye uygun olarak kullanabilir.*

2. Mahkeme, yargılama yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından onaylanması ya da kabul edilmesinden bir yıl sonra işlenecek saldırı suçları üzerinde kullanabilir.

3. Mahkeme, Statüde bir değişikliğin kabul edilmesi için gerekli olan oy çoğunluğu ile aynı çoğunlukta Taraf Devletin, 1 Ocak 2017 tarihinden sonra alacağı karara bağlı olarak, saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini bu madde kapsamında kullanmaya başlar.

[492] BARRIGA, s. 33.

4. Mahkeme dışındaki bir organ tarafından saldırı fiiline yönelik yapılacak bir tespit, bu Statü kapsamında Mahkemenin kendi tespitlerine halel getirmez.

5. Bu madde, madde 5'de değinilen diğer suçların yargılama şartlarına herhangi bir biçimde halel getirmez."

Madde 15ter madde 15bis'e oranla daha basit bir yöntem tesis etmiştir. Maddenin 2, 3, 4 ve 5. paragrafları m. 15bis'in 2, 3, 9 ve 10. paragraflarıyla aynı olup; 1. paragraf ise Roma Statüsü'nün Güvenlik Konseyi'nin havalesi durumunda yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin genel hükümlerine atıf yapmaktadır. Madde 15ter bu çerçevede 4. paragraf ile UCM'nin saldırı fiilinin varlığına ilişkin bağımsız tespit yapabilme yetkisini, 5. paragraf ile de maddenin saldırı suçu dışındaki suçların uygulanmasına bir halel getirmeyeceğini yinelemektedir. Maddenin 2. ve 3. paragrafları ise mahkemenin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisini kullanabilmesinin önşartlarına ilişkindir.

Madde 15ter'de - yukarıda da belirtildiği üzere - m. 15bis maddesinin 4., 5., 6., 7. ve 8. maddeleri yoktur. İşte bu durum UCM'nin yargı yetkisinin işleyişinde bazı farklılıklara yol açmaktadır. Bu farklılıklar şöyle özetlenebilir:[493]

(1) Madde 15bis'te taraf devletlerin saldırı suçuna ilişkin değişiklikleri kabul etmesi gerekirken m. 15ter'de taraf devletlerin saldırı suçuna ilişkin değişiklikleri kabul edip etmemesi bir fark yaratmamaktadır.

(2) Madde 15bis'te değişiklikleri kabul eden ancak Sekreterya'ya bir bildirim yaparak saldırı suçu üzerinde UCM'nin yargılama yetkisini kabul etmediğini bildiren

[493] SAYAPIN, s. 311.

bir devlet bakımından UCM'nin yargı yetkisi yokken m. 15ter'de bu bildirimin yapılıp yapılmamasının bir önemi yoktur.

(3) Madde 15bis'e göre UCM'nin yetkisi sadece taraf devletlere ilişkin varken m. 15/ter'de UCM'nin taraf olmayan devletlere karşı da yargı yetkisi vardır.

(4) Madde 15ter'de Güvenlik Konseyi konuyu bizzat havale ettiği için savcının m. 15/bis'in aksine Genel Sekretere bir bildirim yapması ve ön dava dairesinden izin almasına gerek yoktur. Yine savcının m. 15bis/6'da belirlenen usul uyarınca Güvenlik Konseyi'nin saldırı fiilinin varlığına ilişkin tespitte bulunup bulunmadığını incelemesine gerek yoktur.

Madde 15ter Güvenlik Konseyi'nin bir saldırı suçunun işlenip işlenmediğinin soruşturulması ve gerektiğinde de kovuşturulması için konuyu UCM'ye havale etmesini düzenlemektedir. Burada yukarıda belirtilenler haricinde son olarak iki önemli nokta vardır. Bunlardan birincisi Güvenlik Konseyi'nin konuyu incelemesi için UCM'ye havalesi bir saldırı fiilinin mutlaka var olduğu anlamına gelmemektedir. Madde 15ter/4'te bu durum "mahkeme dışındaki bir organ tarafından saldırı fiiline yönelik yapılacak bir tespit, bu Statü kapsamında Mahkeme'nin kendi tespitlerine halel getirmez" şeklinde açıkça belirtilmiştir. Zaten Güvenlik Konseyi'nin konuyu havalesi Güvenlik Konseyi'nin saldırı fiilinin varlığı yönündeki bir tespiti değildir. Bilindiği üzere bu tespit BM Andlaşması'nın VII. Bölümünde bulunan 39. maddeye göre yapılır. Oysa ki m. 15ter'in atıf yaptığı m. 13/b'ye göre Güvenlik Konseyi'nin bir veya birden fazla suçun işlenmiş göründüğü bir durumda BM Andlaşması'nın VII. Bölümü'ne uygun hareket ederek konuyu UCM savcısına bildirme yetkisi vardır. Güvenlik Konseyi VII. Bölüme uygun hareket ederken saldırı

fiilinin varlığı yönünde bir tespitte bulunabileceği gibi m. 39'da yer alan uluslararası barışa yönelik tehdit olduğu veya uluslararası barışın bozulduğu yönünde de bir tespitte bulunabilir.

İkinci önemli nokta ise her ne kadar Güvenlik Konseyi havalesi durumunda Statüye taraf olmayan devletler, Statüye taraf olup değişiklikleri kabul etmeyen devletler ve Statüye taraf olup değişiklikleri de kabul eden ancak Sekreteryaya yapılan bir bildirimle saldırı suçu açısından UCM'nin yargı yetkisini kabul etmeyen devletler bakımından UCM'nin yargı yetkisi olduğu yukarıda açıklanmış da olsa saldırı suçu açısından UCM'nin henüz yargı yetkisini kullanmaya başlamadığını hatırlatmakta fayda vardır. Bir başka deyişle saldırı suçuna ilişkin Güvenlik Konseyi havalesini düzenleyen m.15ter'e ancak değişikliklerin otuz taraf devlet tarafından onaylanması veya kabul edilmesinden bir yıl sonra işlenecek suçlarda ve 1 Ocak 2017 tarihinden sonra Taraf Devletler Asamblesi tarafından alınacak bir kararla mahkemenin saldırı suçu açısından yargılama yetkisini kullanabilmesinin kabul edilmesi şartıyla başvurulabilecektir.

SONUÇ

Uluslararası hukukta savaşa başvurmanın kayda değer biçimde düzenlenmeye başlaması - biraz da pragmatik sebeplerle - haklı savaş doktrininin ortaya çıkışıyla olmuş; daha sonrasında ise, ulus devletlerin ortaya çıkışıyla bir süreliğine savaş egemen devletlerin bir hakkı olarak algılanmıştır. İşte bu süreçte haklı savaş doktrini bir süreliğine uygulanmamıştır.

I. Dünya Savaşı'nın getirdiği yıkım ve acılardan sonra yıkımın etkilerini ortadan kaldıracak uluslararası işbirliğinin sağlanması ve savaşın tekrarını engellemek amacıyla evrensel bir örgüt olması hedeflenen Milletler Cemiyeti kurulmuş ve Milletler Cemiyeti Misakı'nda savaşa başvurma belirli şartlara bağlanmıştır. Sonrasında ise, Briand-Kellogg Paktı'yla sözleşmeci taraflar milli siyasetin bir aracı olarak savaşa başvurmama yükümlülüğü altına girmişlerdir.

Ancak savaşa başvurmayı sınırlandırmaya yönelik olan bu düzenlemeler II. Dünya Savaşı'nın çıkmasını engelleyememiştir. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte, devletlerarası ilişkilerde sadece savaş değil, kuvvete başvurma tehdidi ve kuvvete başvurma da yasaklanmıştır. İkinci Dünya Savaşından sonra savaşın ve savaşa başvurmayan kuvvet kullanmanın devletlerarası ilişkilerde yasaklanması bir yana bireylere bu fiillerinden ötürü cezai sorumluluk yüklenmiştir. Kişilerin resmi görevlerinden doğan hiçbir dokunulmazlık ve bağışıklık cezai sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemiştir.

Bireylere saldırı savaşına ilişkin olarak cezai sorumluluk yüklenmesi ve resmi

görevin cezai sorumluluğunu etkilememesi II. Dünya Savaşı'nın ardından kurulan Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri'nin Statülerinde düzenlenmiştir. Nüremberg Statüsü ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nde barışa karşı suçlar adı altında yeni bir suç tipi oluşturulmuş ve saldırgan savaşı planlamak, hazırlamak, başlatmak ve yürütmek suç olarak düzenlenmiştir.

Bu yargılamalardan sonra barışa karşı suçlar veya bir başka ifadeyle saldırı suçu ile ilgili olarak başka bir yargılama yapılmamıştır. Ancak saldırı suçu Nüremberg Yargılamalarından itibaren uluslararası hukukun sürekli olarak gündeminde olmuş ve hem saldırı fiilini tanımlama çalışmaları hem de uluslararası suçlarla ilgili – saldırı suçunun da içinde olduğu – bir taslak hazırlama çalışmaları ve bununla bağlantılı olarak da bir sürekli uluslararası ceza mahkemesi kurulması çabası içine girilmiştir.

Keza bu çabalardan ilki (saldırı fiilini tanımlama çabaları) sonuç vermiş ve 1974 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından saldırı fiili ile ilgili bir tanım yapılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulması çabaları ise 1998 yılında Roma Statüsü'nün kabul edilmesiyle başarıya ulaşmış ve saldırı suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisinin bulunduğu suçlardan biri olarak kabul edilmiştir. Ancak "saldırı suçu"nun tanımı yapılamamış ve daha sonra yapılacak bir gözden geçirme konferansı sonucunda Roma Statüsü'ne eklenmesi kararlaştırılmıştır.

Bu gözden geçirme konferansı da 2010 yılında Kampala'da yapılmış ve saldırı suçuyla ilgili değişiklikler Roma Statüsü'ne eklenmiştir. Saldırı suçu Statü'nün 8bis

maddesinde tanımlanmış ancak bu suç bakımından mahkemenin yargı yetkisini kullanmaya başlaması için yeni bir gözden geçirme konferansı daha yapılması ve 30 devletin değişiklikleri kabul etmesi kararlaştırılmıştır.

Saldırı suçunu düzenleyen 8bis maddesinin "saldırı fiili"ne ilişkin kısmı temelde Genel Kurul'un 1974 tanımından alınmış olmakla birlikte birçok yönden 1974 tanımına nazaran farklılıklar içermektedir. Yine Roma Statüsü'nün genel düzenlemelerinden farklı bir şekilde saldırı suçu bakımından Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine ilişkin olarak farklı düzenlemeler yapılmıştır. Buna ek olarak da taraf devletlere saldırı suçuna ilişkin olarak UCM'nin yargı yetkisini kabul etmediklerine ilişkin Sekreterya'ya bir bildirim yapma imkanı sunulmuştur. Bilindiği üzere bu rejim diğer suçlara ilişkin olarak yoktur.

Kampala'da öngörülen tüm şartlar sağlansa bile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin saldırı suçuyla ilgili bir soruşturma başlatabileceği en erken tarih 1 Ocak 2017'dir. Bunun haricinde Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının işledikleri veya bu devletlerin ülkesinde işlenen saldırı suçları bakımından Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi olmayacaktır.

Statüye taraf bir devletin ülkesinde, statüye taraf olmayan bir devlet vatandaşının işlediği saldırı suçu bakımından – kendi ülkesinde saldırı suçu işlenen devlet istese bile – mahkemenin yargı yetkisinin olmaması kabul edilebilir bir durum değildir.

Saldırı suçunun soruşturulabilmesine ilişkin yukarıda bahsedilen şartlar da göstermektedir ki devletlerin bu konuda birçok çekinceleri ve korkuları vardır. Özellikle suçun sadece "bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından" işlenebileceği de hesaba katıldığında devletlerin ihtiyatlı davranmasının sebebi daha iyi anlaşılabilir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devletler üzerinde bir yaptırım gücü veya kararların sağlanmasını sağlamak üzere bir kolluk kuvveti yoktur. İşte bu sebeple mahkemenin işlevsel olabilmesi için devletlerin mahkemeye desteği ve mahkemeyle uyumlu hareket etmesi hayati önem taşımaktadır. Özellikle saldırı suçunun niteliği göz önüne alındığında bu durum bir kat daha fazla önem arzetmektedir. Eğer devletler mahkemeyle uyumlu çalışırlarsa bu suç bakımından yargı yetkisinin kullanılabilmesi saldırı fiilleri işlemeyi hedefleyenlere karşı büyük bir caydırıcılık sağlayacaktır.

Her ne kadar devletlerin özellikle saldırı suçu bakımından bu şekilde hareket edecekleri öngörülmese de Roma Statüsü gibi bir uluslararası andlaşmada bir "saldırı suçu" tanımının bulunması savaş/ kuvvet kullanma karşıtı kamuoyunun oluşması için çok büyük önem arzetmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ACER, Yücel, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu,** Roma Yayınları**,** Ankara, 2004.

ANGGADI, F.; FRENCH, G.; POTTER, J., **Negotiating the Elements of the Crime of Aggression**, in BARRIGA, Stefan ; KRESS Claus, **The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression**, Cambridge University Press, 2012.

ARI, Tayyar, **Uluslararası İlişkiler ve Dış Politika**, 4. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001.

ARTUK,M.E.; GÖKÇEN,A.; YENİDÜNYA, A.C.; **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

BARRIGA, Stefan ; KRESS, Claus, **The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression,** Cambridge University Press, 2012.

BARRIGA, Stefan, "Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Individual Responsibility for the Crime of Aggression", **International Criminal Justice, Law and Practice from the Rome Statute to Its Review**, Edt. by. Roberto Belelli, Ashgate, 2010.

BARRIGA, Stefan, **Negotiating the Amendments On The Crime Of Aggression,** içinde BARRIGA, Stefan ; KRESS, Claus, **The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression,** Cambridge University Press, 2012.

BASSIOUNI, Cherif M., **International Criminal Law**, Third Edition, Volume I, Sources Subjects and Contents, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

BAŞEREN, Sertaç H., **Uluslarası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları,** Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.

BERGSMO, Morten; PEJIC, Jelena, Article 16 Deferral of Investigation or Prosecution, in: TRIFFTERER, Otto, **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**, Second Edition, 2008.

BORGERSRUD, Lars, **9 April Revised: On The Norwegian History Tradition After Magne Skodvin On Quisling And The Invasion Of Norway İn 1940**, Scandinavian Journal of History, Vo. 39 No.3.

BORGWARDT, Elizabeth, **A New Deal For The World: America's Vision for Human Rights,** Harvard University Press, 2007.

BROWNLIE, Ian**, International Law and the Use of Force by States**, Oxford University Press, New York, 1963.

CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, JOHN R. W. D., **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**, Volume I, Oxford University Press, New York, 2002.

CASSESE, Antonio, **International Criminal Law,** Oxford University Press, New York, 2008.

CORTEN, Olivier, **The Law Against War, The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law,** Hart Publishing, 2010.

DINSTEIN, Yoram, **The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law,** Oxford University Press, New York, 2012.

DINSTEIN, Yoram,**War Aggression and Self-Defence**, Fifth Edition, Cambridge University Press, New York, 2012.

DINSTEIN, Yoram,**War Aggression and Self-Defence**, Fourth Edition, Cambridge University Press, New York, 2005.

DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,** Genel Kısım Cilt I, İstanbul, 1997.

EREM, F.; DANIŞMAN, A.; ARTUK, M. E., **Türk Ceza Hukuku,** Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

FALK, Richard Anderson, **Legal Order in a Violent World,** Princeton University Press, 1968.

GRAY, Christine, **International Law and the Use of Force**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku,** Çeviren: MERAY, Seha L., Say Yayınları, İstanbul, 2011.

GRZEBYK, Patrycja, **Criminal Responsibility for the Crime of Aggression,** Routledge, 2013.

GÜNDÜZ, Aslan**, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler Örnek Kararlar,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

HITLER, Adolf, **Mein Kampf**, New York, 1941.

HOWARD, Michael, **Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?, Restraints on War 1,** Oxford University Press, 1979.

JOHANNES, C.; SAFFERLING, M.; BÜNGENER, L., **International Criminal Procedure,** Oxford University Press, 2012.

KEMP, Gerhard, **Individual Criminal Liability for the Crime of Aggression,** Intersentia, 2010.

KESKİN, Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 1998.

LÜTEM, İlhan, **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O, Ankara, 1951.

MAY, Larry, **Aggression and Crimes Against Peace**, Cambridge University Press, New York, 2008.

MCCOUBREY, Hilaire; WHITE, Nigel D., **International Law and Armed Conflict**, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Ltd, 1992.

MCDOUGALL, Carrie, **The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court**, Cambridge University Press, 2013.

MÖLLER, A.; PRATT, H.M.; KELLOG, F.B., **International Law in Peace and War, I - II**, London : Stevens & Sons, 1931-1935.

NEFF, Stephen C., **War and The Law of Nations, A General History,** Cambridge University Press, 2005.

ÖNOK, Murat, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2003.

ÖZBEK, V. Ö.; KANBUR, M. N.; DOĞAN, K.; BACAKSIZ, P.; TEPE, İ.,**Türk Ceza Hukuku -Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

POMPE, Cornelis A.**, Aggressive War: An International Crime, Martinus Nijhoff**, Martinus Nijhoff, 1953.

ROUSSEAU, Charles, **1 Principes Generaux du Droit International Public**, 1944.

RUYS, Tom, **Armed Attack and Article 51 of the UN Charter, Evolutions in Customary Law and Practice**, Cambridge, 2011.

SAFFERLING, Christoph Johannes Maria; BÜNGENER, Lars, **International Criminal Procedure**, Oxford University Press, 2012.

SAYAPIN, Sergey, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, The Hauge, 2014.

SHAW, Malcolm N., **International Law, Sixth Edition,** Cambridge, 2008.

SHUKRI, Muhammad A., **Individual Responsibility for the Crime of Aggression, International Criminal Justice, Law and Practice from the Rome Statute to Its Review,** Edt. by Roberto Belelli, 2010.

SIMMA, Bruno, **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Oxford University Press, 1994.

SLIEDREGT, Elies V., **Individual Criminal Responsibility in International Law,** Oxford University Press, 2012.

SUR, Melda, **Uluslararası Hukuk,** Güncellenmiş 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

TEZCAN, D.; ERDEM, M.R.; ÖNOK, R.M., **Uluslararası Ceza Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, 2014.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011.

TRIFFTERER, Otto, **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court**, Second Edition, Beck, 2008.

TUSA, Ann; TUSA, John, **The Nuremberg Trial,** 2010.

WEBB, Philippa, "The Use of Force and The Emerging International Judicial System", in **International Law in the New Age of Globalization,** BYRNES A.; HAYASHI M.; MICHAELSEN C.; Brill**,** Nijhoff**,** 2013.

WERLE, Gerhard, **Principles of International Criminal Law: Third Edition**, Oxford University Press, Oxford, 2014.

YILMAZ, Esat Mahmut, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu,** Ankara Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2011.

MAKALELER

AKSAR, Yusuf, "Uluslararası Ceza Mahkemsi ve Amerika Birleşik Devletleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı, 2.

ALPKAYA, Gökçen "Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,** Cilt: 64, Sayı: 3, ss. 221-237.

AMBOS, Kai, "The Crime of Aggression After Kampala" in **German Yearbook of International Law,** 2010, Cilt. 53, ss. 463-509.

BASSIOUNI, Cherif M., "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court" in **Harvard Human Rights Journal,** Vol. 10, 1997, ss. 11 - 62.

BATHURST, M. E., "The United Nations War Crimes Commission", **The American Journal of International Law,** Vol. 39, No. 3, 1945, ss. 565 - 570.

BELLOT, Hugh H. L., **"**War Crimes: Their Prevention and Punishment, Problems of the War"Cilt. 2, **Papers Read Before The Society in The Year 1916**, ss. 31-55.

BINDER, Christina, **"**Uniting for Peace Resolution (1950)"**,Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL 2013.

BORGWARDT, Elizabeth, "Re-examining Nuremberg as a New Deal Institution: Politics, Culture and the Limits of Law in Generating Human Rights Norms**",** **Berkeley Journal of International Law,** Vol. 23, 2005, ss. 401 - 462.

BROMS, Bengt**, Recueil des Cours,** Cilt: 154, 1977, ss. 299-400.

BURCHARD, Christoph, "The Nuremberg Trial and its Impact on Germany", **Journal of International Criminal Justice**, 2006, Vol. 4, ss. 800-829.

CASSESE, Antonio, "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia"**, European Journal of International Law**, Cilt: 18, No: 4, 2007, ss. 649 - 668.

CLARK, Roger S., "The Crime of Aggression", in **The Law and Practice of International Criminal Court**, Ed: STAHN, Carlsten, Oxford University Press, 2015, ss. 778 - 800.

CLARK, Roger S., "Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010", **Goettingen Journal of International Law**, 2010, ss. 689 – 711.

CLARK, Roger S., "The Mental Element in International Criminal Law", **Criminal Law Forum**, Vol. 12, Issue. 3, 2001, ss. 291 – 334.

CLAUDE JR, Inis L., **"**Just Wars: Doctrines and Institutions", **Political Science Quarterly,** Vol. 95, No. 1, 1980, ss. 83-96.

COTTIER, Michael "Elements for Contracting and Regulating Private Security and Military Companies", **International Review of the Red Cross**, Vol. 88. No. 863, 2006, ss. 637 – 663.

DINSTEIN, Yoram, 'A Survey of Self-Defense in International Law' içinde: BASSIOUNI, M. Cherif & Ved NANDA, P. (eds.), **A Treatise on International Criminal Law, Volume I: Crimes and Punishment**, Springfield, 1973.

DÖRR, Oliver, "Use of Force, Prohibition of", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2011, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

DÖRR, Oliver; RANDELZHOFER, Albrecht, Article 2 (4), in **Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I, (3rd Edition)**, Edited By: SIMMA, B.; KHAN D.-E., NOLTE, G.; PAULUS, A.; WESSENDORF, N., (Assistant Editor), Oxford University Press, 2012, ss. 200 - 234.

EREKER, Fulya A., "İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kuramı", **Uluslararası İlişkiler,** Cilt: 1, Sayı: 3, 2004, ss. 1-36.

FINCH, George A., "Retribution for War Crimes" in **The American Journal of International Law**, Vol. 37, No. 1, 1943, ss. 81 – 88.

FRATCHER, William F., "American Organization for Prosecution of German War Criminals" , **Missouri Law Review**, Vol. 13, 1948, ss. 45 – 75.

GARVEY, Jack I., "The UN Definition of "Aggression": Law and Illusion in the Context of Collective Security", **Virginia Journal of International Law**, Cilt. 77, No: 2, 1977, ss. 177 - 199.

GLASER Stefan, "Nullum Crimen Sine Lege", **Journal of Comparative Legislation and International Law,** Vol. 24, 1942, ss. 29 - 42.

GRAY, Christine, "The Use of Force and International Legal Order", in Malcolm D.

EVANS, **International Law,** Oxford University Press, 2006, ss. 589 - 619.

GREENSPAN, Morris, "The Modern Law of Land Warfare", in The Academy of Political Science, **Political Science Quarterly,** 1959.

HALATÇI, Ülkü, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları, **Uluslararası Hukuk ve Politika,** Cilt: 1, No: 3, 2005, ss. 57 – 76,

HENKIN, Louis, "The Reports of The Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated", **American Journal of International Law,** Cilt: 65, 1971, ss. 544 - 548.

JENNINGS, R.Y., "The Caroline and McLeod Cases", **The American Journal of International Law**, Cilt. 32, No. 1, 1938, ss. 82-99.

KARAKEHYA, Hakan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 2.

KELLOGG, Frank B., "The War Prevention Policy of The United States", **Advocate of Peace through Justice,** Vol. 90, No. 4, 1928, ss. 238 - 244.

KRESS, Claus, "Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus", **The European Journal of International Law,** Vol. 20, No: 4, 2010, ss. 1129 - 1146.

KRESS, Claus, **Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege,** Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010.

LARSEN, Stein U., "Charisma From Below? The Quisling Case in Norway"**,** **Totalitarian Movements and Political Religions,** Vol. 7, No.2,2006.

MOKHTAR, Aly, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects", **Statute Law Review,** 26(1), ss. 41 - 45.

NEFF, Stephen C.,"A Short History of International Law" in **International Law**, edt. by EVANS, Malcolm, D., Oxford University Press, 2006, ss. 29 – 55.

NOLTE Georg; RANDELZHOFER Albert, "Ch.VII Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression, Article 51", in **Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I,(3rd Edition)**, Edited By: SIMMA, B.; KHAN D.-E., NOLTE, G.; PAULUS, A.; WESSENDORF, N., (Assistant Editor), Oxford University Press, 2012, ss. 1397 – 1444.

PAULUS, Andreas, "Second Thoughts on the Crime of Aggression", **European Journal of International Law**, Cilt: 20, No: 4, 2009, ss. 1117 – 1128.

RANDELZHOFER, Albrecht, "Article 51", in Bruno SIMMA ve Hermann MOSLER, Albrecht RANDELZHOFER, Christian TOMUSCHAT & Rüdiger WOLFRUM, **The Charter of United Nations: A Commentary, 2. Baskı**, Oxford University Press, 2002, 1397 – 1444.

ROSTOW, Nicholas, "Nicaragua and the Law of Self-Defense Revisited", **Yale Journal of International Law**, No: 11, 1985-1986, ss. 437 - 461.

SCHACHTER, Oscar, "The Right of States to Use Armed Force", **Michigan Law Review,** Cilt: 82, ss. 1620 - 1646.

TEZCAN, Durmuş, "Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, ss. 349 – 363, 1994.

TOMUSCHAT, Christian, "The Legacy of Nuremberg*",* **Journal of International Criminal Justice,** 2006, Vol. 4. Issue. 4, ss. 830 - 844.

UERPMANN-WITTZACK, Robert, **Armed Activities on the Territory of the Congo Cases,** Max Planck Encyclopedia of International Law, 2007.

UERPMANN-WITTZACK, Robert, Armed Activities on the Territory of the Congo Cases**,Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2013.

WALDOCK, Claude H. M.**,** "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law" in **Recueil des Cours,** Cilt: 81, 1952, ss. 451 - 517.

WAXMAN, Matthew C., **"**Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4)", **Yale Journal of International**, Published in Volume 36, Issue 2, ss. 421 – 459.

WRIGHT, Quincy, "The Law of the Nuremberg Trial", in **The American Journal of International Law**, Vol. 41, No. 1, 1947, ss. 38 – 72.

ZAUM, Dominik, "The Security Council, The General Assembly, And War The Uniting For Peace Resolution" in **The United Nations Security Council and War, The Evolution Thought and Practice** since 1945, Edited by: LOWE, V.; ROBERTS, A.; WELSH, J.; ZAUM,D., Oxford University Press, 2010.

ZEMANEK, Karl, Armed Attack, **Max Planck Encyclopedia of International Law**.

BELGELER

1943 Moskova Deklarasyonu, < http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>.

1948 History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, <http://www.cisd.soas.ac.uk/documents/un-war-crimes-project-history-of-the-unwcc,52439517> .

2007 SWGCA Report,

<http://crimeofaggression.info/documents/6/2007_Princeton.pdf>.

Briand – Kellogg Paktı, <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp>.

Devletlerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Sözleşmesi Taslağı,
<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.
Londra Antlaşması, <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>.
Milletler Cemiyeti Misakı, <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp>.
Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü,
<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>.
Roma Statüsü, <http://www.icc-
cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatutEng.pdf>.
UN Doc. A/RES/25/2625 (BM Genel Kurulu: 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı "Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi").

MAHKEME KARARLARI

15 Temmuz 1999 Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment.
Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgment of 19 December 2005.
Case Concerning Armed Activities On The Territory Of The Congo (Democratic Republic Of The Congo V. Uganda) Judgment Of 19 December 2005, Separate Opinion Of Judge Simma.
Case Concerning Armed Activities On The Territory Of The Congo (Democratic Republic Of The Congo V. Uganda) Judgment Of 19 December 2005, Separate Opinion Of Judge Kooijmans.

Case Concerning the Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment Of 6 November 2003 .

Case Concernıng Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua V. United States Of America) Nicaragua Judgment, Judgment Of 27 June 1986.

High Command Trial, The United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al, Judgment of 27 October 1948.

International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment of 1 October 1946.

International Military Tribunal For the Far East, Judgment of 4 November 1948.

Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion Of 9 July 2004.

Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons Advisory Opinion Of 8 July 1996.

UNGA Resolution 377 (V), 3 Kasım 1950, (UN Doc. A/1775).

İNTERNET ADRESLERİ

Erişim:http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague01.asp,Erişimtarihi:19.03.2015.

Erişim:http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp,Erişimtarihi:19.03.2015.

Erişim:http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague072.asp,Erişimtarihi:20.03.2015.

Erişim: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/kbpact.asp, Erişim tarihi: 17.03.2015

Erişim: http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10467.pdf, Erişim tarihi: 10.06.2015

Erişim: http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10463.pdf, Erişim tarihi: 10.06.2015

Erişim:http://www.cisd.soas.ac.uk/Files/docs/23225039-history-of-the-unwcc chapter-5.pdf, Erişim tarihi: 16.09.2014

Erişim:http://www.cisd.soas.ac.uk/substrand/history-of-the-united-nations-war-crimes-commission-and-the-development-of-the-laws-of-war,77444094,Erişim tarihi: 18.09.2014

Erişim: http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp, Erişim tarihi: 05.09.2014.

Erişim: http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp, Erişim tarihi: 25.09.2014.

Erişim: http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp, Erişim tarihi: 25.09.2014.

Erişim:http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, Erişim tarihi: 01.09.2014.

Erişim:http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/quisling, Erişim tarihi: 05.10.2014.

Erişim:http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/quisling, Erişim tarihi: 05.10.2014.

Erişim:http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web2, Erişim tarihi: 25.09.2014.

Erişim:http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B 45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf, Erişim tarihi: 15.05.2015.

Erişim:https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=01D426B0086089BEC12563CD00516887, Erişim tarihi: 03.06.2015.

Erişim:https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/issue-mercenaries-case-study.htm, Erişim tarihi: 15.06.2015.

Erişim:http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf, Erişim tarihi: 15.06.2015.

Erişim:http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf., Erişim tarihi: 15.06.2015.

Erişim: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 17.06.2015.

Erişim:http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.557dfeac1117a1.74133725, Erişim tarihi: 20.06.2015.

Erişim:http://werle.rewi.hu-berlin.de/High%20Command%20Case.pdf, Erişim tarihi: 23.06.2015.

Erişim:http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=PCNICC/1999/WGCA/DP.1, Erişim tarihi: 28.06.2015.

Erişim:http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=PCNICC/2001/WGCA/DP.1, Erişim tarihi: 28.06.2015.

Erişim:https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en, Erişim tarihi: 15.07.2015.

ÖZET

Bu tezin amacı, saldırı suçunun kuvvet kullanmanın düzenlenmesinden başlayarak tarihsel arkaplanıyla birlikte incelenmesi ve özellikle Birleşmiş Milletler dönemindeki saldırı fiiline ilişkin düzenlemeler ile saldırı suçuna ilişkin en önemli ulusararası yargılama olan Nüremberg Yargılamaları'nın incelenmesidir. Tezin nihai hedefi ise günümüzde saldırı suçuna ilişkin en güncel düzenlemenin bulunduğu Roma Statüsü madde 8bis'in ve saldırı suçuna ilişkin Statü'deki diğer düzenlemelerin açıklanmasıdır.

Birinci bölüm devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanma yasağını haklı savaş kuramından başlayarak incelemekte, sonrasında Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler sistemindeki düzenlemeleri açıklamaktadır. Sonrasında BM Andlaşaması'ndaki kuvvet kullanma yasağının istisnaları ve son olarak da Genel Kurul'un 1974 tarihli Saldırının Tanımı kararı incelenmektedir.

İkinci bölümde saldırı fiilinin ilk defa suç olarak düzenlendiği Nüremberg Şartı ve Nüremberg Yargılamaları tarihsel arkaplanıyla birlikte incelenmekte ve Nüremberg Yargılamaları'na ilişkin eleştiriler ve bu eleştirilerden en çok dile getirileni olan kanunilik prensibi açıklanmaktadır.

Üçüncü bölümde ise saldırı suçu Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü çerçevesinde ve özellikle de saldırı suçunun tanımının yapıldığı madde 8bis çerçevesinde değerlendirilmekte ve UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisi açıklanmaktadır.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to examine the crime of aggression with it's historical background starting with the regulation of the use of force and to analyze especially the regulations about the act of aggression in the United Nations era and to analyze the most important international trial about the crime of aggression which is Nuremberg Trial. The ultimate aim of the thesis is the examination of the article 8bis of the Rome Statute and the relevant regulations in the Statute which are the latest regulations about the crime of aggression at the present time.

First section examines the prohibition of the use of force in international relations beginning with the concept of just war, subsequently it clarifies the regulations in the League of Nations and United Nations systems. Afterwards it analyzes the exceptions of the use of force in the UN Charter and lastly it analyzes the 1974 Definition of Aggression.

In the second section Nuremberg Charter and the Nuremberg Trial is examined with it's historical background and the critical views about the Nuremberg Trial and among others the most strong critism against it, the legality principle is explained.

In the third section the crime of aggression is evaluated in the context of the Rome Statute which established the International Criminal Court and especially in the context of article 8bis in which the definition of the crime of aggression is made and the jurisdiction of the International Criminal Court on the crime of aggression is explained.