

SALDIRGANLIK SUÇUNDA KAMPALA UZLAŞMASI

Prof. Dr. Claus Krefß* - Leonie von Holtzendorff**

Çeviren: Doç. Dr. Ozan ERÖZDEN***

ÖZET

‘Tarihsel’ sıfatı belki olur olmaz yerlerde kullanılır oldu, ama Kampala’da yapılan Roma Statüsü’nün Birinci Gözden Geçirme Konferansı’nda saldırganlık suçuna ilişkin öneri paketinin 11 Haziran 2010 tarihinde kabul edilmesi ‘tarihsel’ sıfatını gerçekten hakediyor. Bu, onyıllardır süren hazırlık çalışmalarını somut bir sonuca ulaştıran ve Roma Statüsü’nü tamamlayan bir gelişme oldu. Yazarlar Kampala uzlaşmasına giden yoldaki önemli aşamaları içeriden bir gözle tasvir ve tahlil ederken, varılan uzlaşmayı çığır açıcı olarak niteliyor ve devamının getirilmesi halinde Robert Jackson’un ünlü Nuremberg vadinin hayata geçirilmiş olacağını savunuyorlar.

GİRİŞ

Roma’da 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün¹ (UCM Roma Statüsü) onaya sunulduğu 17 - 18 Temmuz gecesini o diplomatik konferansta bulunanlardan hiçbirisi unutmayacaktır. Delegelerin büyük çoğunluğu, saatler durdurulduktan sonra kabul edilen uzlaşma paketini büyük coşkuyla kutlamışlardı. Kampala’da UCM Roma Statüsü Birinci Gözden Geçirme Konferansı’nda

* Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku profesörü (Köln Üniversitesi, Almanya); 1998’den bu yana Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) müzakere sürecindeki Alman delegasyonu üyesi; ‘Princeton Süreci’nde saldırganlık suçunda bireysel fiiller (individual conduct) konusundaki müzakerelerin alt-koordinatörü; 2010’da Kampala’da düzenlenen UCM Gözden Geçirme Konferansı’nda saldırganlık suçuna ilişkin bazı açıklayıcı beyanlarda (understandings) gayri resmi istişareler Odak Noktası (Focal Point). Bu makalede dile getirilen düşünceler kişiseldir.[e-mail: claus.kress@uni-koeln.de]

** Doktora öğrencisi (danışman: Prof. Claus Krefß), Köln Üniversitesi, Almanya. [e-mail: leonie@holtzendorff.de]

*** Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

¹ A/CONF.183/9, 17 Temmuz 1998 tarihli ve 10 Kasım 1998, 12 Temmuz 1999, 30 Kasım 1999, 8 Mayıs 2000, 16 Ocak 2001, 17 Ocak 2001 tutanaklarla (proces-verbaux) düzeltilmiş metin. (Statü 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe girmiştir).

saldırganlık suçunun tanımı konusunda uzlaşmanın sağlandığı 11 - 12 Haziran 2010 gecesi de aynı ölçüde nefes kesiciydi. Saatler yine, Konferansın son gününün gece yarısında durdurulmuştu. Konferans Başkanı Büyükelçi Christian Wenaweser bir uzlaşmaya varılabilmesi için tüm gayretini ortaya koymuştu, ama yine de hiç kimse bir son dakika itirazının gelip gelemeyeceğinden tam emin olamıyordu. Tüm dikkatlerin üzerinde toplandığı Fransız ve Birleşik Krallık delegasyonlarından herhangi bir itiraz gelmediği anlaşılınca, Konferans Başkanı uzlaşma kararına varıldığını ilan eden vuruşu yapmak üzere, tokmağını havaya kaldırdı. Tam o anda Japon delegasyonu söz istedi. Delegasyon şefi sözlerine “çok üzülerək” kelimeleriyle başladığında, Konferans salonunda tüm nefesler tutulmuştu. Ancak, bu sözlerin devamında Japonya'nın bazı itirazlarına rağmen varılan uzlaşmayı bozmak istemediği beyan edildiğinde, büyük bir rahatlama yaşandı. Başkan tokmağı masaya vurdu ve delegeler Benjamin Ferencz'in oğlu Donald'ın çaldığı gayda eşliğinde coşkulu bir kutlamaya koyuldular.²

14

Kampala Gözden Geçirme Konferansı'nın en sonunda salona hâkim olan hava Roma'da on yıldan biraz uzun bir süre önce yaşananla kıyaslanır nitelikteyse de, bir önemli farkın altını çizmek gerekli. Roma'dakinin aksine Kampala'daki uzlaşma oybirliğiyle sağlandı ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD), her ne kadar karar alma sürecinin bir parçası olmasa da, ileri sürdüğü bazı çekincelerin dikkate alınması için ciddi çaba sarf edildiğini hissetti. Bu makalede, saldırganlık suçuna ilişkin neredeyse bir yüzyıldır sürmekte olan tartışmanın Kampala'da nasıl sonuçlandırıldığını aktaracağız. Bunun yanında, yeni filizlenmeye başlayan uluslararası ceza adaleti sistemini daha da güçlendirmeye yarayacak çığır açıcı bir gelişme olarak nitelendirdiğimiz bir konuda ilk değerlendirmemizi yapacağız.

² Donald Ferencz'in bu tartışmaya yaptığı en son akademik katkı için bkz. 'Bringing the Crime of Aggression Within the Active Jurisdiction of the ICC', 42 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 531-542.

1. Bağlayıcı Emsal Kararın Ardından Onyıllar Süren Bekleyiş: Nuremberg'den Roma'ya

Dar anlamında (*stricto sensu*) uluslararası ceza hukuku³ Nuremberg'de ortaya çıkmıştır ve saldırganlık suçu bu özel anın tam da merkezinde yer alır.⁴ Öncelikle Amerikalıların 'haksız yere savaş, diğer tüm daha önemsiz suçları bünyesinde barındıran bir suçtur' şeklindeki düşüncesiyle⁵ şekillenen Londra Şartı (London Charter) bir yandan Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ni (International Military Tribunal - IMT) oluştururken diğer yandan 'barışa karşı işlenen suçlar'⁶ tanımlamaktadır. Nitekim IMT, saldırgan nitelikte bir savaş yürütmeyi 'en üst düzey uluslararası suç' olarak belirler.⁷ Bu kararın hemen ertesinde Amerikan Başsavcı Robert Jackson ABD Başkanı'na saldırgan nitelikte savaş yürütme yasağının 'emsal karar'⁸ (judicial precedent) üzerinden 'yaptırımı olan bir kural' haline dönüştüğünü rapor eder.⁹ Ne var ki, Jackson'un o andan itibaren saldırgan nitelikte savaş yasağını çığneyen herkesin

³ Dar anlamında (*stricto sensu*) uluslararası ceza hukuku bireysel ceza sorumluluğunu doğrudan uluslararası hukuk alanına taşımaktadır. Bkz. C. Kreß, 'International Criminal Law', in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck-Encyclopedia of Public International Law* (forthcoming), par. 10; bu yazının sanal ortamdaki örneğine <http://www.mpepil.com> adresinden erişilebilir (5 Ekim 2010).

⁴ Nuremberg öncesi gelişmeler hakkında yararlı bir özet için bkz. J. Nyamuya Maogoto, 'Aggression: Supreme International Offence still in Search of Definition', 6 *Southern Cross University Law Review* (2002) 278-317, s. 278-289.

⁵ *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, June 6, 1945, sub IV.; <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp> (5 Ekim 2010).

⁶ Londra Şartı'nın 6(a) maddesi barışa karşı işlenen suçları şu şekilde tanımlamaktadır: 'saldırgan nitelikte ya da uluslararası antlaşma, sözleşme ve garantileri ihlal eden bir savaşı planlamak, hazırlıklarını yapmak ya da kıskırtmak veya bu nitelikteki eylemlerden birini gerçekleştirmek üzere yapılan bir plana ya da komploya katılmak'; 82 UNTS 280.

⁷ 'To initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime, it is the supreme crime' (saldırı savaşı başlatmak basit bir uluslararası suç değildir, en ağır suçtur), bkz. 'Judicial Decisions, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences', 41 *American Journal of International Law* (1947), 186.

⁸ Bu emsal kararın 'kanunsuz suç olmaz' (*nullum crimen*) ilkesini ihlal edip etmediğine ilişkin tartışmanın kısa bir özeti için bkz. C. Kreß, 'Nulla Poena Nullum Crimen Sine Lege', in Wolfrum, a.g.e., par. 16; bu yazının sanal ortamdaki örneğine <http://www.mpepil.com> adresinden erişilebilir.

⁹ a.g. rapor.

uluslararası ceza hukuku yaptırımlarına maruz kalacağına ilişkin verdiği meşhur söz,¹⁰ çok uzun bir süre tutulmayacaktır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurul'unun (BMGK) Nuremberg ilkelerini uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul etmesine¹¹ ve Nuremberg'deki emsal üzerine Tokyo Mahkemesi hükümlerinin¹² eklenmesine rağmen, 'en üst düzey uluslararası suç hem tanımlanmadan bırakılır, hem de kısa süre içinde Nuremberg ilkelerinin kodifiye edilmesi çabalarının önündeki en büyük engel olarak belirir.¹³ 1974 yılında BM Şartının 39. maddesi çerçevesinde 'saldırganlık fiili'nin tanımının oybirliğiyle kabul edilmesiyle bu engel kalkmış gibi gözükse de, esasta değişen bir şey olmamıştır.¹⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (International Law Commission - ILC) hazırladığı İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar Yasası (*Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*) taslağının 16. maddesinde saldırganlık suçunun uluslararası hukukta suç sayılan fiillerden olduğu tespit edilmesine rağmen,¹⁵ 1990'dan sonra özel nitelikli makro suçları yargılamak için oluşturulan uluslararası nitelikteki mahkemelerin hiçbirisi saldırganlık suçunu yargılamakla görevlendirilmedi. Bu suçun yargı organlarının konu yönünden (*ratione materiae*) yetki alanı içine alınmamış olması Saddam Hüseyin tarafından işlenen suçları yargılamak üzere Irak Özel Mahkemesi'nin (daha sonraları Irak Yüksek Mahkemesi adını

¹⁰ ABD'li Başsavcının Açış Konuşması, bkz. *Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany* (Buffalo: William S. Hein & Co., 2001), s. 45.

¹¹ UN Doc. A/RES/95 (1946), par. 1, 11 Aralık 1946.

¹² Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu hukuki gelişmeye yaptığı katkıya ilişkin yakın tarihteki mükemmel bir değerlendirme için bkz. N. Boister and R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 115.

¹³ E. Wilmshurst, 'Aggression', in R. Cryer, H. Friman, D. Robinson and E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn., Cambridge: Cambridge University Press, 2010), s. 314.

¹⁴ UN Doc. A/RES/3314 (XXIX)'a ek, 14 Aralık 1974 (Res. 3314).

¹⁵ A/51/10 (1996); 1996 taslak yasası bu suçun unsurlarını tanımlamıyordu. Suçun unsurlarını belirlemeye yönelik bir (tartışmalı) girişim 1991 Taslak Yasası'nın (A/46/10 (1991)) 15. maddesi düzenlemesiyle gerçekleştirilmişti. Bu konuda bkz. Nyamuya Maogoto, a.g.e., s. 304-309.

almıştır) oluşturulmasıyla iyice göze batar hale geldi.¹⁶ Saldırganlık suçu karşısında uluslararası hukukun eli kolu bağlı durumdaydı.

UCM Roma Statüsü'nün kabul edilmesi sorunun çok sınırlı bir bölümünü çözebildi. Roma süreci saldırganlık suçunun tanımı konusunda uzlaşmanın imkânsızlığını bir kez daha göz önüne sererken, görüşmelere katılan devletler UCM önündeki yargılama sürecinde BMGK'nin muhtemel rolü konusunda da aralarında bölünmüşlerdi. Neyse ki, Roma Konferansı'nda saldırganlık suçunun UCM'nin konu yönünden yetkisine dâhil olması gerektiği konusunda kuvvetli bir irade oluşmuştu.¹⁷ Bunun sonucunda, UCM Roma Statüsü'nün 5/1/d ve 5/2 maddelerindeki şu ara formüle erişildi:

Madde 5: Mahkemenin Yargı Yetkisine Giren Suçlar

1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü'ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir:

[...]

(d) Saldırı suçu.

2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, 121 ve 123. Maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkeme'nin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra kullanır. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Şartının ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.

Bu ara formül, UCM'yi en az yedi yıl boyunca saldırganlık suçuna ilişkin yargılama yapmaktan alıkoyacak olsa da,¹⁸ Roma Statüsü'nün 5/1/d maddesi saldırganlık suçunun teamüli uluslararası hukukta yeri olduğunu zımnen teyid etti.¹⁹ Saldırganlık suçuna ilişkin Roma ara

¹⁶ C. Kreß, 'The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression', 2 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2004) 347-352.

¹⁷ Roma'daki tartışmaların açıklayıcı bir özeti için bkz. G. Westdickenberg and O. Fixson, 'Das Verbrechen der Aggression im Roemischen Statut des Internationalen Gerichtshof', in J.A. Frowein et al. (eds), *Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel* (Berlin et al.: Springer, 2003), s. 496-498.

¹⁸ UCM Roma Statüsü m. 123(1).

¹⁹ Bu görüş Birleşik Krallık Lordlar Kamarası tarafından da benimsenmiştir: *R. v. Jones at al.* (2006) UKHL 16, §§ 12, 19 (Lord Bingham), §§ 44, 59 (Lord Hoffmann); § 96 (Lord Rodger); §97 (Lord Carswell); § 99 (Lord Mance).

formülü Konferansın Nihai Belge'sinin F Kararı'nın yedinci paragrafıyla takviye edilmekteydi:

Komisyon [Hazırlık Komisyonu] saldırganlığa ilişkin bir düzenleme için, saldırganlık suçun tanımı, unsurları ve UCM'nin bu suça ilişkin yetkisini hangi koşullar altında kullanacağı konularını da kapsar biçimde öneriler hazırlar. Komisyon bu önerileri Gözden Geçirme Konferansı'nda Taraf Devletler Asamblesi'ne, saldırganlık suçuna ilişkin bir düzenlemenin Statü'de yer almasını sağlamak amacıyla yönelik olarak sunar. Saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeler Taraf Devletler açısından Statü'nün ilgili maddeleri uyarınca hüküm doğuracaktır.²⁰

2. Uzlaşmaya Giden Yol: Roma'dan Kampala'ya

A. 2002 Tartışma Belgesi (Discussion Paper) ve 2009 Önerileri

Yukarıda anılan görev tanımı çerçevesinde, UCM Hazırlık Komisyonu konu üzerinde çalışmaya başladı. Komisyon 1999 bahar aylarından 2002 yazına kadar toplam 10 toplantı yaptı. Üçüncü toplantıda Saldırganlık Çalışma Grubu (Working Group on Aggression) oluşturuldu. Grubun koordinatörlüğünü ilk önce Tuvako Manongi (Tanzanya) üstlendi. Onun ardından, şimdi UCM'de yargıç olarak görev yapan Silvia Fernandez de Gurmendi (Arjantin) koordinasyonu devraldı. Bu çalışma grubu fazla yol kat edemedi, ama yürüttüğü faaliyetler koordinatörün hazırladığı 11 Temmuz 2002 tarihli Tartışma Belgesi'nde (Discussion Paper)²¹ tarafların konu hakkında savundukları pozisyonların yararlı bir özetinin yer almasını sağladı. Bu metin konu üzerindeki tartışmanın daha sonraki aşamalarında gözetilen parametreleri ortaya koyduğu için, ilgili bölümlerini olduğu gibi aktarıyoruz:

1. İşbu Statü'ye [Roma Statüsü/ç.n.] göre bir kişi, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin

²⁰ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, Vol. I, Final Documents, Annex I, s. 72.

²¹ Tartışmanın bu aşaması hakkında yapılmış en güzel açıklama için bkz. R.S. Clark, 'Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court', 15 *Leiden Journal of International Law (LJIL)* (2002) 859-890. Son koordinatörün görüşleri için bkz. S. Fernandez de Gurmendi, 'The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court', 25 *Fordham International Law Journal* (2001-2002) 589-605.

kontrol sağlayabilecek konumdayken, isteyerek ve sonuçlarını bilerek niteliği, vehameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartının açık ihlalini oluşturacak bir saldırganlık fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da icrasını emreder ya da bunlara aktif olarak iştirak ederse “saldırganlık suçu”nu işlemiş olur.

1. Seçenek : Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “özellikle, saldırı savaşı ya da amacı veya sonuçları itibarıyla bir başka Devletin ülkesini tümüyle ya da kısmen işgal etmek ya da kendi ülkesine katmak amacı güden veya bu sonucu doğuran bir fiil gibi”.

2. Seçenek: Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “ve saldırı savaşı ya da amacı veya sonuçları itibarıyla bir başka Devletin ülkesini tümüyle ya da kısmen işgal etmek ya da kendi ülkesine katmak amacı güden veya bu sonucu doğuran bir fiil düzeyine varan”.

3. Seçenek: Yukarıdakilerden hiçbiri.

2. Fıkra 1’deki “saldırganlık fiili” terimi, ilgili Devlet tarafından işlendiği tespit edilen ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı kararında belirtilen nitelikte bir fiil olarak anlaşılmalıdır,

1. Seçenek: Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “4. ve 5. fıkralara uygun olarak”.

2. Seçenek: Yukarıdaki metne şu ibare eklenecektir “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin önceden bu nitelikte tanımladığı.”

3. 25. maddenin 3, 28 ve 33. fıkrası hükümleri saldırganlık suçunda uygulanmaz.

4. Savcının saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturma başlatmak istemesi halinde, Mahkeme öncelikle Güvenlik Konseyinin ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bir tespit yapıp yapmadığını araştıracaktır. Güvenlik Konseyi’nin bir bu şekilde tespiti yoksa, Mahkeme, gerekli işlemleri yapması için Güvenlik Konseyi’ni soruşturma konusu olaydan haberdar edecektir.

5. Güvenlik Konseyi’nin bir Devletin saldırganlık fiili işlediği konusunda bir tespitte bulunmaması halinde:

Öneri (a) ya da kendisine durumun bildirilmesinden itibaren altı ay içinde Statü'nün 16. maddesini işletmemesi halinde.

Öneri (b) öneri (a) metinde yer almasın.

1. Seçenek: Mahkeme davaya bakabilir.

2. Seçenek: Mahkeme davaya bakmayı reddetmelidir.

3. Seçenek: Mahkeme, Şart'ın [BM Şartı/ç.n.] 12, 14 ve 24. maddeleri hükümlerine istinaden, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'ndan (12) ay içinde bir tavsiye kararı almasını talep eder. Bu şekilde bir tavsiye kararı alınmazsa Mahkeme davaya bakabilir.

4. Seçenek: Mahkeme,

Öneri (a) Genel Kurul'dan

Öneri (b) herhangi dokuz üyenin olumlu oyuyla harekete geçen Güvenlik Konseyi'nden,

Şart'ın 96. ve Adalet Divanı Statüsü'nün 65. maddeleri uyarınca, ilgili Devletin bir saldırganlık fiili işleyip işlemediği hukuki meselesine ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın tavsiye görüşünü almasını talep edebilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediği yönünde görüş bildirmesi halinde davaya bakabilir.

5. Seçenek: Mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı'nın Divan Statüsü'nün II. Başlığı çerçevesinde önüne gelen bir olayda ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bulgulara eriştiğini tespit ederse davaya bakabilir.²²

UCM Roma Statüsü'nün 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, Taraf Devletler Asamblesi²³ saldırganlık suçuna ilişkin çalışmalara devam edilmesi ve bir sonuca erişilmesi konusundaki arzusunu ifade etti ve Saldırganlık Suçu Özel Çalışma Grubu'nu (*Special Working Group on the Crime of Aggression - SWGCA*) oluşturdu.²⁴ SWGCA ilk toplantısını Eylül 2003'te yaptı ve çalışmalarını Şubat 2009'da tamamladı. Aşağıda görüleceği üzere,

²² UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, 11 Temmuz 2002.

²³ UCM Roma Statüsü m. 112.

²⁴ Taraf Devletler Asamblesi'nin 3. Genel Kurulu'nda oybirliğiyle kabul edilen 9 Eylül 2002 tarihli ICC-ASP/1/Res. 1 sayılı kararı, ICC-ASP/1/3, 328.

SWGCA tarafından saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeye yönelik geliştirilen öneriler (2009 önerileri) ‘saldırganlık suçu görüşmelerinde bir dönüm noktası’²⁵ oluşturdu ve Kampala uzlaşmasına giden yolu açtı. SWGCA’nın 2009 önerileri şöyleydi:

1. Statü’nün [UCM Roma Statüsü/ç.n.] 5. maddesinin 2. fıkrası mülğadır.

Statü’nün 8. Maddesini müteakiben aşağıdaki hüküm eklenmiştir:

Madde 8 bis

Saldırganlık Suçu

1. İşbu Statüye göre, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumdaki bir kişinin, niteliği, vahameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartının açık ihlalini oluşturacak bir saldırganlık fiilini planlaması, hazırlaması, başlatması ya da icrası “saldırganlık suçu”dur.

2. Fıkra 1’deki “saldırganlık fiili”, bir Devlet tarafından başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ya da bağımsızlığına karşı silahlı güç kullanması ya da Birleşmiş Milletler Şartı’yla uyumsuz şekilde davranmasıdır. Aşağıda sayılan fiillerin her biri, bir savaş ilanı olup olmadığına bakılmaksızın, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca saldırganlık fiilidir

(a) Bir Devletin bir başka Devletin ülkesine silahlı güçlerini sokması veya saldırması (invasion or attack) ya da bu akın veya saldırı neticesinde, geçici dahi olsa, bir başka Devletin ülkesini tümüyle ya da kısmen işgal etmesi ya da zorla kendi ülkesine katması;

(b) Bir Devletin silahlı güçleriyle bir başka Devletin ülkesine karşı bombardıman düzenlemesi ya da bir Devletin bir başka Devletin ülkesine karşı herhangi bir silah kullanması;

²⁵ Bu ifade ilk olarak S. Barriga tarafından, SWGCA’nın faaliyetlerine ilişkin en kapsamlı açıklamaları içeren şu makalede kullanılmıştır, ‘Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression’, in R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review* (Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, 2010) 621-643, s. 640.

- (c) Bir Devletin silahlı güçleriyle bir başka Devletin limanlarını veya sahillerini blokaj altına alması;
- (d) Bir Devletin silahlı güçleriyle bir başka Devletin kara, deniz veya hava güçlerine ya da deniz veya hava filolarına saldırması;
- (e) Bir Devletin toprağında o Devletin rızası çerçevesinde bulunan bir başka Devletin, barındıran Devlete karşı aralarındaki anlaşma hilafına silahlı güç kullanması ya da anlaşmanın sona ermesine rağmen silahlı güçlerini bulundurmaya devam etmesi;
- (f) Bir Devletin ülkesini, üçüncü bir Devlete saldıracak bir Devlete, saldırı fiilini gerçekleştirme üzere kullandırması;
- (g) Bir Devlet tarafından veya bir Devlet hesabına, bir başka Devlete karşı, yukarıda sayılan fiiller derecesinde silahlı saldırı düzenleyen çetelerin, grupların, düzensiz güçlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi ya da gönderilmesine önemli ölçüde müdahil olunması.
3. *Statü'nün 15. maddesini müteakiben aşağıdaki hüküm eklenmiştir:*

Madde 15 bis

Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi

1. Mahkeme saldırganlık suçunda yargı yetkisini, 13. madde hükümlerine uygun olarak, işbu maddedeki düzenlemeler çerçevesinde kullanır.
2. Savcı saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturma başlatmak için makul sebepler bulunduğu kanaatine varırsa, öncelikle Güvenlik Konseyi'nin ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bir tespiti olup olmadığını araştıracaktır. Savcı Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ni Mahkemeye intikal eden durum hakkında, gerekli bilgi ve belgeleri de sunmak suretiyle bilgilendirir.
3. Güvenlik Konseyinin bu şekilde bir tespitte bulunmuş olması halinde, Savcı saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmayı başlatabilir.
4. **(1. Alternatif)** Güvenlik Konseyinin bir tespitte bulunmamış olması durumunda Savcı soruşturmaya devam etmeyecektir,

1. Seçenek – fıkra bu şekilde kalacaktır.

2. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir: Güvenlik Konseyi Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü kapsamında bir kararla Savcıdan saldırganlık fiiline ilişkin soruşturmayı yürütmesini talep etmediği müddetçe.

4. (2. alternatif) Durumun bildirilmesini takip eden [6] ay içinde böyle bir tespit yapılmaması halinde Savcı saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmaya başlayabilir,

1. Seçenek – fıkra bu şekilde kalacaktır.

2. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir: Ön Yargılama Dairesi'nin 15. madde düzenlemesine uygun biçimde saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturmanın başlatılmasına izin vermesi kaydıyla;

3. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir: Genel Kurul'un 8 bis maddesinde anılan Devletin bir saldırganlık fiili işlediğini tespit etmesi kaydıyla;

4. Seçenek – fıkraya şu ibare eklenecektir: Uluslararası Adalet Divanı'nın 8 bis maddesinde anılan Devletin bir saldırganlık fiili işlediğini tespit etmesi kaydıyla.

5. Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez.

6. İşbu madde düzenlemeleri 5. maddede anılan diğer suçlara ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumlarına etki eder şekilde yorumlanamaz.

4. Statü'nün 25. maddesinin 3. fıkrasını müteakiben aşağıdaki hüküm eklenmiştir:

3 bis. Saldırganlık suçunda işbu madde hükümleri sadece bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumda bulunan kişilere uygulanır.

5. Statü'nün 9. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

1. Suçun unsurları, Mahkeme'ye 6, 7, 8 ve 8 bis. maddelerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında yardımcı olur.

6. Statü'nün 20. maddesinin 3. fıkrasının başı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir; fıkranın geri kalan kısmı aynen korunmuştur:

3. 6, 7, 8 ve 8 bis maddelerinde yasaklanan fiillerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmış hiç kimse, aynı fiilden dolayı Mahkeme tarafından yargılanamaz. Ancak önceki mahkemedeki yargılamalar.²⁶

B. SWGCA Bünyesinde Çalışmalara Dair Bazı Kayda Değer Noktalar

SWGCA'nın başkanlığını Lihtenştayn'lı Büyükelçi Christian Wenaweser yürüttü. Wenaweser, maiyetinde bulunan ve Stefan Barriga'nın mükemmel maestroluğunda çalışan seçkin ekibinin de yardımıyla, müzakereleri tam da gerektiği gibi, otorite, uzmanlık, sabır ve güler yüzlülüğü tam dozunda kullanarak yürüttü. Lihtenştayn'lı ekip, adım adım ilerleyen gayretleriyle, mevcut birçok engele rağmen SWGCA'nın üstlendiği görevi tamama erdirmesinin çok muhtemel olduğu inancını yerleştirdi. En başta alınan çok isabetli bir kararla çalışmaların büyük kısmı gayri resmi (informal) bir çerçevede yürütüldü. 2004 – 2007 arasında yapılan dört toplantıda delegeler Princeton Üniversitesi Woodrow Wilson Merkezi Lihtenştayn Self-Determinasyon Enstitüsü (Liechtenstein Institute on Self-Determination) ve Enstitü Müdürü Wolfgang Danspeckgruber'in coşkulu misafirperverliğiyle ağırlandılar. Princeton Süreci katılımcı nitelikteydi, Statüye taraf olmayan devletlerin (non-States Parties) temsilcileri ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının uzmanları tartışmalara aktif olarak katıldılar.²⁷ Princeton süreci öte yandan özellikle şeffaf bir biçimde yürütüldü. Süreçteki resmi olmayan istişareler bir dizi

²⁶ ICC-ASP/8/Res.6.

²⁷ Statüye taraf olmayan devletler bu olanağı bol bol kullandılar. G.W. Bush'un başkanlığı döneminde ABD yönetimi bu kuralın tek –ve üzücü- istisnasını oluşturdu. STK camiası içinden katılanların oranı toplantıdan toplantıya değişti. Bir diğer üzücü ve bir o kadar şaşırtıcı olan, Uluslararası Af Örgütü'nün (Amnesty International) ve İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün (Human Rights Watch) görev tanımlarının buna izin vermediği savıyla müzakerelere anlamlı biçimde müdahil olmaktan kaçınmalarıydı. Bu durum, zaman zaman, bu iki önemli STK'nın, belki bilmeden ve istemeden, tüm sürece kuşkucu yaklaşan birkaç delegasyonla birlikte hareket ettiği izlenimini yarattı. Ne var ki, daha az çekingen davranan birkaç başka STK tüm süreç boyunca derin uzmanlıklarını devlet temsilcileriyle paylaştı. Özellikle Jutta Bertram-Nothnagel ve Noah Weisbord'un entelektüel birikimleriyle yaptıkları katkı övgüye değer.

Çalışma Grubu Raporu'yla (Working Group Reports)²⁸ geniş ölçüde belgelendi ve birkaç akademik konferansa konu oldu.²⁹ Böylelikle, uluslararası doktrin de müzakereleri yakından izleme ve kayıtlar açıklandıkça üzerinde yorum yapma imkânına kavuştu.³⁰ Daha da

²⁸ Raporlar şu eserde toplu olarak yayınlanmıştır: S. Barriga, W. Danspeckgruber, S. Wenaweser (eds), *The Princeton Process on the Crime of Aggression* (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2009).

²⁹ İki önemli örnek için bkz. Torino Uluslararası Ceza Adaleti Konferansı, Mayıs 2007 (Bellelli, a.g.e.) ve Saldırganlık Suçu Sempozyumu, Eylül 2008, *Case Western Reserve Üniversitesi Hukuk Fakültesi* (41 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 267- 467).

³⁰ Saldırganlık suçuna ilişkin akademik yayınların sayısı son on yıl içinde önemli ölçüde artmıştır. Yer kısıtı nedeniyle bu yayınların tümüne burada atf yapılmıyoruz. 29. Dipnotta sayılan kaynaklara ek olarak, bazı çok eleştirel çalışmaları da içeren bir seçki için bkz.: M. Kamto, *L'agression en droit international* (Paris: A. Pedone, 2010); R.S. Clark, 'Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over it', 20 *European Journal of International Law* (2009) 1103-1115; *id.*, 'The Crime of Aggression and the International Criminal Court', in J. Doria, H.-P. Gasser and M.C. Bassiouni (eds), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisishchenko* (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009) s. 661- 699; M.J. Glennon, 'The Blank-Prose Crime of Aggression', 35 *The Yale Journal of International Law* (2009) 71- 114; C. Kreß, 'Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus', 20 *European Journal of International Law* (2009) 1129- 1146; A. Paulus, 'Second Thoughts on the Crime of Aggression', 20 *European Journal of International Law* (2009) 1117- 1128; S.D. Murphy, 'Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court', 20 *European Journal of International Law* (2009), 1147- 1156; R. Schaeffer, 'The Audacity of Compromise. The UN Security Council and the Pre-Conditions to the Exercise of Jurisdiction by the ICC with Regard to the Crime of Aggression', 9 *International Criminal Law Review* (2009) 411- 433; L. May, *Aggression and Crimes Against Peace* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008); A. Reisinger Coracini, "Amended Most Serious Crimes": A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court? 21 *LJIL* (2008) 699- 718; N. Weisbord, 'Prosecuting Aggression', 49 *Harvard International Law Journal* (2008) 161- 220; N. Blokker, 'The Crime of Aggression and the United Nations Security Council', 20 *LJIL* (2007) 867-894; A. Cassese, 'On Some Problematic Aspects of the Crime of Aggression', 20 *LJIL* (2007) 841- 849; C. McDougall, 'When Law and Reality Clash - the Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression', 7 *International Criminal Law Review* (2007) 277- 333; O. Solera, *Defining the Crime of Aggression* (London: Cameron May, 2007); T. Stein, 'Aggression als Verbrechen im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs - "A Bridge too Far"?' in H. Müller-Dietz et al. (eds), *Festschrift für Heike Jung* (Baden-Baden: Nomos, 2007) s. 935-944; M. Stein, 'The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's Power to Determine Aggression?' 16 *Indiana International and Comparative Law Review* (2005) 1- 36; J.N. Boevig, 'Aggression, International Law and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute', 43 *Columbia Journal of Transnational Law* (2005) 557- 611; A. Paulus, 'Peace through Justice? The Future of the Crime of Aggression in a Time of Crisis', 50 *Wayne Law Review* (2004) 1- 35, M. Politi and G. Nesi (eds), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression* (Aldershot: Ashgate, 2004); R. Fife, 'Criminalizing Individual Acts of Aggression by States', in M. Bergmsö (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide* (Leiden: Nijhoff, 2003) 53- 73; D.D. Nsereko, 'Defining the Crime of Aggression: An Important

önemlisi, Princeton Süreci gerçekçi bir tavırla yürütüldü ve süreçte hukuki teknik konular üzerinde yoğunlaşıldı. Güvenlik Konseyinin muhtemel rolü ne olmalı, şeklindeki temel soru(n) göz ardı edilmedi, ancak konu üzerindeki kemikleşmiş görüş ayrılıklarının tekrar tekrar ortaya konmasına nispeten az zaman harcandı. Bunun yerine, entelektüel enerjinin büyük bölümü siyasi açıdan daha az nazik olan başka bazı konulardaki görüş ayrılıklarının giderilmesine hasredildi.

SWGCA'nın bu suçu mevcut teamüli uluslararası hukuk sınırları içinde ele almayı genel bir ilke olarak benimseyip benimsemediği çok açık değildi. Bilindiği üzere, Roma'da UCM'nin konu yönünden yargı yetkisine giren suçları mevcut uluslararası teamüli hukukla uyumlu şekilde tanımlama konusunda bir uzlaşmaya varılmıştı³¹ ve bu uzlaşma saldırganlık suçunu da kapsıyordu.³² Bu temel yaklaşım biri teknik diğeri doğrudan içeriğe ilişkin iki güçlkle karşılaştı. İlk olarak, delegasyonların çoğunun saldırganlık suçunun tanımında, üzerinde uzlaşılmış olan UCM Statüsü'nden mümkün olduğunca uzaklaşmama eğiliminde olduğu ortaya çıktı. Bu durum, UCM Statüsü'nün 3. Bölümünde düzenlenen 'Genel İlkeler'le birlikte uygulanabilecek bir tanım geliştirme gerekliliğini ortaya çıkardı. Ne var ki, saldırganlık suçunu da kapsar şekilde ortaya çıktığında UCM Statüsü henüz mevcut değildi. İkinci ve daha önemli olarak, suçun özellikle devlete ilişkin bölümü açısından teamüli uluslararası hukukun statüsünün ne olduğunu tam olarak saptamak güçtü. Bu nedenle, Princeton Sürecinde uluslararası teamuli hukuka daha az atıf yapıldı. Ancak, Nuremberg ve Tokyo içtihadının suçun tanımlanmasında önemli bir yol gösterici olduğu da asla inkâr edilmedi.

Agenda Item for the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court', *Acta Juridica* (2003) 265-286; M. Schuster, 'The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword', 14 *Criminal Law Forum* (2003) 1- 57; R.L. Griffiths, 'International Law, the Crime of Aggression, and the *Ius ad Bellum*', 2 *International Criminal Law Review* (2002) 301- 374; I.K. Mueller-Schieke, 'Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court', 14 *LJIL* (2002) 409-430; T. Meron, 'Defining Aggression for the International Criminal Court', 1 *Suffolk Transnational Law Review* (2001) 1- 15; and, M. Hummrich, *Der völkerrechtliche Tatbestand der Aggression* (Baden-Baden: Nomos, 2001).

³¹ A. Zimmermann, 'Article 5', in O. Triffterer (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court* (2nd edn., Munich-Oxford-Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008), par. 1.

³² Westdickenberg and Fixson, *a.g.e.*, s. 500- 503.

C. Üç Zorlu Konu Paketi

SWGCA çalışmaları daha en başlarda üç “paket”e bölündü: bireysel fiiller (individual conduct), devlet fiilleri (state conduct) ve yargı yetkisinin kullanım koşulları.³³

1. Bireysel Fiiller

Bu paketlerden birincisinde uzlaşma diğerlerine nazaran daha kolay sağlandı. İlk görüşmeler sonrası 2002 Öneri Belgesi’nde yer alan ‘tekçi’ (monist) yaklaşımın³⁴ bir kenara bırakılması kararlaştırıldı. Bu yaklaşım, suçun birey tarafından işlenmesi için gerekli davranışı torba terim niteliğindeki “etkin katılım”la (active participation) tanımlıyordu. Bunun yerine, UCM Roma Statüsü’nün 3. Bölümü’ne mümkün olduğunca sadık kalma ilkesiyle de uyumlu biçimde, ‘planlamak, hazırlamak, başlatmak ya da icra etmek’ (planning, preparation, initiation or execution) şeklindeki Nuremberg formülü³⁵ benimsendi. Bu tanımda yer alan fiiller UCM Roma Statüsü’nün 25. maddesinin 3. fıkrasında sıralanan değişik iştirak biçimleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Bu farklı iştirak biçimleri arasındaki ayrımı gözetmesi nedeniyle, bu yaklaşım ‘farklılaşmış’ (differentiated) olarak adlandırılmaktadır.

Burada, daha ilk aşamalarda saldırganlık suçunun ancak lider kadro tarafından işlenebilecek bir suç olduğu, bireyin eylemlerinden çok işgal ettiği mevkiin önemli olduğu konusunda bir uzlaşma oluşmuştu. 2002 Tartışma Belgesi ve 2009 Önerileri bu şartı ‘bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumdaki bir kişi’ cümlecigiyle ifade eder. Nuremberg’e kadar geri giden bu formül³⁶, saldırganlık suçunu uluslararası hukukta suç sayılan diğer fiillerden ayırır.

³³ Bkz. SWGCA 2007 Raporu, § 5 vd.; Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 109 vd.

³⁴ Suçun birey unsuruna yönelik ‘tekçi’ (monist) yaklaşımla ‘farklılaşmış’ (differentiated) yaklaşım arasındaki ayrım için bkz. Claus Krefß, Discussion Paper 1, in Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 184 vd.

³⁵ Nuremberg formülünün (bkz. yukarıda dipnot 6) ‘icra etmek’ (executing) yerine ‘[savaş/ç.n.] açmak’ (waging) deyimini kullandığını belirtmek gerekli.

³⁶ Kullanılan bu dilin teamüli müktesebatı (customary *acquis*) tümüyle kapsar olup olmadığı konusunda bir tartışma yürütüldü. Bkz. K. Heller, ‘Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression’, 18 *European Journal of International Law* (2007) 477-497, ve C. Krefß, ‘The Crime of Aggression before the First Review of the ICCSt.’, 20 *LJIL* (2007) 851- 865, at 855.

‘Farklılaşmış’ yaklaşımın benimsenmesine karar verilmesiyle, lider kadroda yer alma şartının mutlaklığını vurgulamak üzere UCM Roma Statüsü’ne eklenecek yeni bir hüküm taslağının (25(3)*bis* fıkrası) hazırlanması da zorunlu hale geldi.³⁷ Bu hüküm, saldırgan devletin birliklerinde savaşan basit bir askerin, UCM Roma Statüsü’nün madde 25(3)(c) hükmü uyarınca suça iştirak eden kişi sayılamayacağını açıkça ortaya koymaktadır.

2002 Tartışma Belgesi’nin 3. paragrafının amaçladığının aksine, UCM Statüsü’nün 3. Bölümü’nün saldırganlık suçuna ilişkin başka herhangi bir düzenlemesinin içeriğine ya da uygulanabilirliğine hâlel gelmedi. Bu hükümlerden hangisinin saldırganlık suçu açısından ne kadar pratik öneme sahip olduğu her bir düzenleme tekil olarak ele alınarak tespit edilmeli. UCM Statüsü m. 28 ve 33’ün daha fazla pratik önem kazanması pek ihtimal dâhilinde değil. 2002 Tartışma Belgesi’nin aksine, 2009 Önerileri suçun manevi unsurunu ayrıca tanımlamıyor, bu tanımlamayı Statü’nün 30. maddesinin uygulaması dolayısıyla gerçekleştiriyor. Yine de, aşağıda da ele alacağımız üzere³⁸, saldırganlık suçunun unsurlarına ilişkin taslak madde 8 *bis* taslak metniyle Statü’nün 30. maddesi arasındaki karşılıklı bir etkileşim gerçekleşeceğine ilişkin emareler taşıyor.

28

2. Devlet Fiilleri

BM Güvenlik Konseyinin ulus-aşırı devlet-dışı yoğun şiddeti uluslararası barışa yönelik bir tehdit olarak nitelemeye niyetlendiği bir aşamada ve bu tarz şiddetin BM Şartının 51. maddesinde öngörülen silahlı saldırı düzeyine vardığı genellikle kabul edilirken³⁹, saldırganlık suçunun ulus-aşırı gayri resmi örgütler tarafından gerçekleştirilen bazı şiddet fiillerini⁴⁰ kapsamaması gerektiği ileri

³⁷ Bkz. 2009 Önerileri *sub* 4. Bulunan bu çözümün eleştirisi için bkz. K. Ambos, ‘The Crime of Aggression after Kampala’, 53 *German Yearbook of International Law* (2010). Bu çözümün sağladığı yararlar hakkında bkz. Kreß, a.g.e. (yukarıda dipnot 30), s. 1134.

³⁸ Manevi unsurlar bir ölçüde UCM Statüsü’nün “Suçun Unsurları” bölümü içinde ele alınıyordu. Bkz. aşağıda 3.D başlığı.

³⁹ Savaşın önlenmesine ilişkin hukukun (*ius contra bellum*) bu yönüne ilişkin hâlihazırda yürüyen tartışmaya yönelik bazı atıflar için bkz. C. Kreß, ‘Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts’, 15 *Journal of Conflict & Security Law* (2010) 245- 274, s. 248 (dipnot 9-12).

⁴⁰ Bu konuya dikkat çeken bir çalışma için bkz. C. Stahn, ‘International Law at a Crossroads? The Impact of September 11’, 62 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

sürülebilir. Ne var ki, saldırganlık suçuna ilişkin müzakerelerde devletler mevcut teamüli uluslararası hukukun sınırları içinde kalmayı tercih ettiler. 2002 Tartışma Belgesi saldırganlık suçunun kolektif bileşenini devlet fiilleriyle sınırlı tuttu. Uluslararası nitelikte bir haksız fiilin varlığı şartı (lider kadro şartıyla birlikte) saldırganlık suçunu diğer uluslararası hukukta suç sayılan diğer fiillerden ayıran bir özelliktir.

Müzakerelerin daha ilk başlarında saldırganlık suçuna esas oluşturacak devlet fiilinin hukuka aykırı silaha başvurma olacağı açıklığa kavuşmuştu. Dolayısıyla, uluslararası hukukun, saldırganlık suçuna ilişkin ikincil normla korunacak birincil normları, BM Şartının 2. maddesinin 4. fıkrasında yer alan kuvvete başvurma yasağı⁴¹ ile teamuli uluslararası hukuktaki aynı nitelikteki yasaktır. Bu nokta üzerinde varılan uzlaşma, devlet fiillerine ilişkin müzakerelerde yegâne tartışma dışı kalan oldu. Bu çerçevede üzerinde en ateşli tartışmaların döndüğü, iç içe geçmiş durumdaki iki başlık da saldırganlığı bir suç olarak tanımlama amacına bağlı olarak hukuka aykırı silah kullanmanın en iyi şekilde nasıl tanımlanabileceğiyle ilgiliydi.

Derin görüş ayrılıklarına konu olan bu iki başlıktan birincisi, 3314 sayılı Karar⁴² ekinde yer alan ‘saldırganlık fiili’ tanımına atıf yapıлып yapılmayacağıydı. İkincisi, saldırganlık suçunun devletlerin hukuka aykırı silaha başvurma fiillerinden belli başlılarıyla sınırlı olarak tanımlanıp tanımlanmayacağıydı. Aslında daha ayrıntılı olan tabloyu biraz basitleştiresek, taraflardan birisi (daha çok Bağlantısızlar Hareketi mensubu olan devletler) herhangi başka bir ek koşul olmaksızın 3314 sayılı Karar ekinin 3. maddesinde sayılan fiillere atıf yapan daha geniş bir tanımdan yanaydı. Diğer taraf ise (birçok NATO üyesi ülke bu safta yer almaktaydı) suç sayılan fiilin tanımlanmasında bazı ek şartların da aranması gerektiğini ileri sürüyordu.⁴³ Konunun hassaslığı dikkate alındığında, SWGCA’nın devlet fiilinin tanımında her iki

(2002) 183- 255, s. 250; ayrıca bkz. A. Cassese, *International Criminal Law* (2nd edn., Oxford: Oxford University Press, 2008), s. 157.

⁴¹ Her ne kadar BM Şartının 2. maddesinin 4. fıkrası kuvvete başvurma yanında kuvvete başvurma tehdidini de yasaklamaktaysa da, bu nitelikte bir tehdit, uluslararası suça konu olacak bir fiil değildir.

⁴² Bkz. yukarıda dipnot 14.

⁴³ Diğer seçenekler için bkz. 2002 Tartışma Belgesi par. 1.

tarafın önerilerini birleştiren bir uzlaşma sağlayabilmiş olması takdire değer. Uzlaşma formülü 3314 sayılı Karara atıfla birlikte, bazı ek şartları da içermektedir.⁴⁴

Madde 8bis (2)'de 3314 sayılı karara atfın yapılma şekli dahi farklı görüşler arasında bulunan bir uzlaşma formülünü yansıtır. 3314 sayılı Kararın ekinin 1. maddesi dilini benimseyen atfın birinci cümlesi, maddenin geri kalanı açısından geçerli düzenlemeyi ifade eden başlık hükmüdür (chapeau clause). İkinci cümle, 3314 sayılı Kararın ekinin 3. maddesindeki fiilleri sıralayarak, başlık hükmü adeta örneklerle açıklar. Bu yazım tekniği Mahkemeye, sayılan örneklerde açıkça zikredilmeyen bir devlet fiilinin de başlık hükmün kapsamına girip girmediğini araştırma imkânını verir.⁴⁵ Son olarak, ikinci cümlede 'Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca' cümlecığının eklenmesi yapıcı bir karmaşa yaratmakta, çünkü 3314 sayılı Kararın ekinin 1. ve 3. maddeleri hariç hangi hükümlerinin ne şekilde UCM bakımından devreye gireceği sorusunu yanıtızsız kalmaktadır. Bu soruyu yanıtlama aşamasında Mahkeme, UCM Statüsü'nün 21(3) ve 67(1)(i) maddelerinde atıf yapılan ilgili insan hakları standartlarını da içine alan normatif çerçeveden yararlanacaktır. Böylelikle, 3314 sayılı Kararın ekinin 2. maddesinin silaha önce başvuranın fiiline yüklediği karine sadece Güvenlik Konseyi'nin karar alma mekanizması açısından geçerli olacak, UCM'nin yargı faaliyetini belirlemeyecektir.

Michael Glennon bir makalesinde incelikli bir biçimde, 2009 Önerilerinin 8 bis (2) maddesindeki 'saldırganlık fiili' tanımını, hukuka aykırılık unsurunu içermediği gerekçesiyle eleştirdi. Ona göre, bu durum, meşru müdafaa halinde askeri güce başvurulması da m. 8 bis anlamında saldırganlık suçu olarak nitelenebilir.⁴⁶ Bu eleştiri bir yazım tekniği güçlüğüne işaret etmesi bakımından yerindedir, ancak

⁴⁴ Bkz. 2009 Önerileri m. 8 bis 1. ve 2. fıkraları.

⁴⁵ R.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', 2 *Goettingen Journal of International Law* (2010) 689- 711, s. 696. Madde 8 bis a ve g fıkraları arasında yer alan liste bu nedenle 'yarı-kapalı' sayılabilir. Bu durum bizce, uluslararası hukuktaki belirginlik ilkesini zedelemez (belirlilik ilkesi hakkında bkz. Kreß, a.g.e. (yukarıda dipnot 8), par. 29-31), çünkü başlık hüküm yeterli derecede hukuki belirginlik sağlamaktadır. Farklı bir görüş için bkz. Ambos, a.g.e.

⁴⁶ Glennon, a.g.e., 88- 90.

dikkatli bir inceleme yazım tekniğinden hareketle bu şekilde bir sonuca varılmasının yersiz olduğunu ortaya koyacaktır. Söz konusu güçlük, 3314 sayılı Kararın ekinin 1. ve 3. maddelerinin ‘saldırganlık fiili’ni tanımlarken meşru müdafaa hali gibi fiilin haksızlığını ortadan kaldıran durumları dikkate almıyor gibi görünmesinden kaynaklanmaktadır. Fiilin haksızlığını ortadan kaldıran hallere ancak 3314 sayılı Kararın ekinin 6. maddesindeki ‘bu tanımın içeriği Şart’ın [BM Şartı/ç.n.] kapsamını, Şart’ın kuvvete başvurmayı hukuka uygun saydığı haller de dahil olmak üzere, b genişletir ya da daraltır şekilde anlaşılabilir’ ibaresiyle dolaylı biçimde değinilmektedir. Bu yazılış şekli, 3314 sayılı Kararın ekinin 1. ve 3. maddeleri anlamında ‘saldırganlık fiili’nin, 3314 sayılı Kararın ekinin 6. maddesinde belirtilen gibi, kuvvete başvurmayı hukuka uygun kılan sebeplerin bulunduğu halleri kapsar biçimde anlaşılması imkânını ortadan kaldırır. Glennon’un isabetle belirttiği üzere, böylece, 2009 Önerileri 8 *bis* maddesi kapsamında yorum yoluyla ‘hukuka uygun saldırı fiili’ tanımlama imkânı ortaya çıkmıştır. Ne var ki, böylesi garip bir kavramın yorum yoluyla yaratılmasının önüne, 3314 sayılı Kararın ekinin 1, 3 ve 6. maddelerinin -yine 3314 sayılı Kararın ekinin 8. maddesi gereğince- birbirleriyle uyumlu olacak şekilde yorumlanmasıyla geçilebilir. Silahlı güce başvurma fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenlere yer vermemesi 3314 sayılı Kararın ekindeki ‘saldırganlık fiili’ tanımının olumsuz yönlerinden birisidir. ‘Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca’ ibaresi bu olumsuzluğu m. 8*bis* bünyesine de taşımaktadır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, 2009 Önerileri içindeki haliyle madde 8*bis* ‘saldırganlık fiili’ne kendiliğinden (per se) herhangi bir hukuki sonuç bağlamıyor. 2009 Önerilerinde ‘saldırganlık fiili’ saldırı suçuna girecek devlet fiillerinin taşınması gereken iki unsurdan sadece birisini oluşturuyor. Bu tanım çerçevesinde, madde 8 *bis* 2. fıkrasında geçen ‘saldırganlık fiili’ alt unsuru, madde 8 *bis* 1. fıkrasında geçen ‘açık alt unsurundan kopartılarak değil, bilakis bir arada değerlendirilmelidir.’⁴⁷

⁴⁷ Scheffer tarafından dile getirilen (bkz. D. Scheffer, ‘The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute’, 23 *LJIL* (2010), 897 - 904, s. 898- 901), saldırı suçuna (*crime*) ve saldırı fiiline (*act*) arasında ayırım yapıldığı iddiası da bu iki fıkra hükümlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Saldırganlık suçu kapsamındaki devlet fiillerini sadece 3314 sayılı Karar'a atıfla tanımlamak birçok sebepten çok sorunlu olurdu. 3314 sayılı Kararın ekinin 1 ve 3. maddelerindeki 'saldırganlık fiili' tanımı, daha sonraları uluslararası hukukta saldırganlık suçunun devlet fiili unsurunu tanımlamak üzere oluşturulmuş değildi. Düzenleme kaleme alınırken böyle bir niyetin var olmadığı, 3314 sayılı Kararın ekinin 5(2). maddesinin ilk cümlesinin sadece 'saldırı savaşı'ni barışa karşı bir suç olarak nitelendirmesinden de anlaşılabilir.⁴⁸ Bu nedenle –ve başka nedenlerle de-⁴⁹ 3314 sayılı Kararın ekinin 1 ve 3. maddelerinin bünyelerinde teamüli uluslararası hukukta saldırganlık suçunun devlet fiili unsurunu barındırdığını ileri sürmek güçtür.

Daha da ötesi, 3314 sayılı Karara atıf yapmakla yetinmek, saldırganlık suçunu tanımlamada asıl karşılaşılan sorunu çözmez. Uluslararası hukukun birincil normları olan BM Şartı ve uluslararası teamüli hukuk gereğince kuvvete başvurma'nın yasağının, bu yasağın özde neye yönelik olduğu son derece açık olsa da, niteliği hukuken tartışmalı olan bir gri alanla çevrili olduğu inkâr edilemez.⁵⁰ Bu gri alan her ne kadar devletler arasında barış ve güvenliğe ilişkin geçerli hukukun mükemmellikten uzak olduğunu gösterse de, buradaki eksiklikleri gidermenin yolu uluslararası ceza hukuku cenahından açılan arka kapıdan dolanmak değildir. Dolayısıyla, (Kampala Konferansı'nın hazırlık çalışmalarında Norveç Odak Noktası [Norwegian Focal Point] olan Büyükelçi Rolf Fife'in düşüncelerini başka bir biçimde ifade etmek gerekirse) 3314 sayılı Karar'a atıfla yetinmek, saldırganlık suçunun tanımını sağlam temellere oturtmamak ve dolayısıyla UCM'yi siyasi tartışmalara açık bir arena haline getirmek riskini ortaya çıkartacaktır.⁵¹

Tüm bu sakıncalara rağmen, devletlerin büyük çoğunluğu klasik 'saldırı savaşı' konseptini kullanmak yerine 3314 sayılı Karara atıf yapılmasını tercih ettiler.⁵² Bu arada, bir uzlaşma sağlayabilmek için 3314 sayılı Karara atıf yapmanın gerekli olduğu da ortaya çıkmıştı. Bu

⁴⁸ Daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. T. Bruha, *Die Definition der Aggression* (Berlin: Duncker & Humblot, 1980), s. 126 vd.

⁴⁹ Genel olarak bkz. Wilmshurst, a.g.e., s. 320 vd.

⁵⁰ Bu gri alanı veciz biçimde ortaya koyan bir çalışma için bkz. Wilmshurst, a.g.e., s. 322- 325.

⁵¹ Fife, a.g.e., s. 73.

⁵² Belirtilmelidir ki, 'saldırı savaşı' konseptine 2002 Tartışma Belgesi'ndeki 8 *bis* maddesi taslağının 1. ve 2. seçeneklerinde başvurulmuştur.

durumda müzakereciler, bağlayıcı nitelikte bir kolektif kast şartı⁵³ getirmekle kuvvete başvurma şeklinde ortaya çıkan devlet fiilinin yeteri kadar ciddi ve hukuka aykırılığı konusunda fazla tartışmaya yer bırakmayan nitelikte olması gerektiğini savunan devletleri tatmin edecek bir ek şart düzenlemek arasında bir tercih yapmak durumunda kaldılar. Sonuçta, ikinci seçeneğin benimsenmesine dair geçici bir uzlaşma sağlanabildi. 2009 Önerilerinde yer aldığı haliyle 8 *bis* maddesinin 1. bendinin son fıkrası saldırganlık fiilinin ‘niteliği, vehameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartının açık bir ihlalini oluşturur nitelikte’ olması şartını getirir.⁵⁴ ‘Vahamet’ (gravity) ve ‘kapsam’ (scale) kriterleri açısından ‘yeteri ölçüde ciddi’ olma şartına bağlıyken, ‘nitelik’ (character) kriteri yukarıda sözü edilen gri bölgeye işaret eder.⁵⁵

2009 Önerilerinde yer aldığı haliyle 8 *bis* maddesinin devlet fiilleri unsuruna ilişkin formülasyonu muhtemelen hiç kimseyi tam anlamıyla tatmin edememiş olsa da, bunun nihai metinde yer alması en muhtemel formül olduğu kısa sürede anlaşıldı ve dolayısıyla Kampala’ya parantez içine alınmaksızın yollandı.

3. Yargı Yetkisinin Kullanım Koşulları

Siyasi açıdan bakıldığında, Güvenlik Konseyinin muhtemel rolü müzakerelerdeki en nazik konudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun (ILC) hazırladığı 1994 tarihli UCM Statüsü Taslağı’nın 23(2) maddesi, UCM’nin saldırganlık suçuna ilişkin bir

⁵³ Bu nitelikte bir düzenleme açısından farklı seçenekler hakkında bir değerlendirme için bkz. C. Kreß, ‘The German Chief Federal Prosecutor’s Decision Not to Investigate the Alleged Crime of Preparing Aggression Against Iraq’, 2 *JICJ* (2004) 245- 264, s. 256- 259.

⁵⁴ 2002 tartışma belgesi ‘açık’ (manifest) yerine ‘aleni’ (flagrant) terimini kullanır. Daha sonraki aşamalarda bu terim değişikliğinin neden yapıldığının ‘resmi’ bir açıklaması yok gibi. Princeton’da 2006 yılında düzenlenen toplantı raporunun 20. paragrafında “‘aleni’ yerine ‘açık’ teriminin konması yönünde genel bir eğilim oluştu’ denilmekle yetiniliyor. Bkz. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 144.

⁵⁵ SWGCA’ya 2005 yılında sunulan ‘Tartışma Belgesi 3’, ek şartın yerine getirdiği bu ikinci işleve nedense çok dikkatli ifadelerle atıf yapmaktadır. Ne var ki, ek şartın oraya konulmasıyla güdülen amaçlardan birisi bir ek şart olması gerektiğini düşünen devletlerin tatmin edilmesidir. Bu durum, 2008 SWGCA 2008 yılı toplantısı raporunun şu bölümünde açıkça ortaya konuyor: ‘Ek şart getirilmesini savunan delegasyonlar, teamüli uluslararası hukukta saldırganlık olarak nitelendirilen fiillerden sadece en ağırlarının Mahkeme’nin yargı yetkisine girmesi, dolayısıyla yeteri kadar vahim olmayan ve gri bölgede yer alan fiillerin dışarıda bırakılması gerektiğini ileri sürdüler’. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 87 (par. 68).

kovuşturma başlatabilmesini, Güvenlik Konseyi'nin önceden bir saldırganlık fiilinin varlığını tespiti şartına bağlama önerisini getiriyordu.⁵⁶ Ne var ki, bu öneri ILC içinden de 'statüye taraf devletler arasında Güvenlik Konseyi üyesi olanlar ve olmayanlar, özellikle de Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olanlar ve bu sıfatı taşımayanlar açısından bir eşitsizlik yaratacağı' gerekçesiyle eleştirilmişti.⁵⁷ Bu eleştirinin müzakerelere katılan devletlerin ezici çoğunluğu tarafından benimsenmesi de gösteriyordu ki, ILC içinden gelen, bu tarz bir düzenlemenin 'Devletlerin Statüye taraf olma konusunda istekli davranmamalarına yol açma' yolundaki uyarıları hatalı değildi.⁵⁸ Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık fiili nitelemesi yapma konusunda yetkili tek merci olup olmaması sorunu son on yıl içinde büyük ilgiye mazhar oldu. Bu tartışmayı burada yeniden ele almak niyetinde değiliz. Konu hakkındaki yoğun uluslararası akademik tartışmanın ışığında, ne BM Şartının 39. maddesinin ne de UCM Statüsü'nün 5(2) maddesinin Güvenlik Konseyi'ni bu tespiti yapacak yegâne merci olarak belirlemeyi zorunlu kıldığını belirtmek yeterli olacaktır.⁵⁹

34 Tüm bunlara rağmen, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri ILC'nin önerisini canı gönülden benimsediler ve görüşmelerin son anına kadar savundular. Güvenlik Konseyi'ni bu konuda tek yetkili merci olarak görmek isteyen beş daimi üyeyle, Konsey'in bu konuda UCM Statüsü m. 16'da öngörülenin haricinde hiçbir rolü olmaması gerektiğini savunanlar arasındaki uçurumu ortadan kaldıracak bir ara formülün bulunması gerçekten çok güçlü. 2009 Önerilerinde madde 15 *bis* (4) taslak önerisinin bol seçenek içerir biçimde hazırlanmış olması SWGCA'nın da, bekleneceği üzere, bu ana sorunu çözememiş olduğunun bir göstergesidir. Böylelikle, Güvenlik Konseyi'nin

⁵⁶ Metin için bkz. M.C. Bassiouni (ed.), *The Legislative History of the International Criminal Court: An Article-by-Article Evolution of the Statute* (Ardsley: Transnational Publishers, 2005), s. 130.

⁵⁷ *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May to 22 July 1994*, UN Doc. A/49/10, 43, s. 87 vd.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Doğru hukuki tavrın ne olacağına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Schaeffer, a.g.e., s. 412 vd.; McDougall, a.g.e., s. 279 vd.; Stein, a.g.e., s. 5 vd. Glennon'un Güvenlik Konseyi'nin tek merci olması görüşünü savunmak üzere yaptığı son girişim de (bkz. Glennon, a.g.e., s. 105-109) ek bir yeni argüman ortaya koyamadı. Glennon'un savunduğu görüşler esas olarak hukuk *politikasına* ilişkin ve bu konuyla sınırlı olarak dahi ikna edici değillerdi.

rolünün ne olması gerektiğine ilişkin tartışmanın sonuçlandırılması Kampala'ya bırakıldı.

Ne var ki konuya ilişkin ortaya koydukları seçenekler açısından 2002 Tartışma Belgesi'yle 2009 Önerilerinin karşılaştırılması, SWGCA'nın bu dikenli yolda ne kadar önemli mesafe kat ettiğini ortaya koyuyor. SWGCA'nın üçüncü zorlu pakete ilişkin yaptığı çalışmalardaki elde ettiği en önemli başarı, Güvenlik Konseyinin saldırganlık suçu kovuşturmalarında Güvenlik Konseyi'nin rolünün, her ne olursa olsun, sadece prosedüral konularla sınırlı olması gerektiği yolunda bir uzlaşmayı sağlamış olmasıdır.⁶⁰ SWGCA'nın üyeleri bireysel ceza sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla sınırlı olarak, saldırganlık suçunda devlet fiili unsurunun şartlarının yerine gelip gelmediğini tespit etmek yetkisinin münhasıran UCM'de olduğu konusunda uzlaştılar. 'Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez'⁶¹ şeklinde ifade edilen hüküm uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin bir saldırganlık fiilinin mevcut olduğuna ya da olmadığına ilişkin yapacağı tespitler, bu bağlamda özellikle 3314 sayılı Karar ekinin 2 ve 4. maddelerinde öngörülenler, UCM açısından bağlayıcı olmayacaktır. Üçüncü pakette ikinci önemli başarı, UCM Statüsü m. 13'te sayılan her üç harekete geçirme mekanizmasının saldırganlık suçuna da uygulanması konusunda varılan uzlaşmadır. 2009 önerileri m. 15 *bis* (1) bu uzlaşmayı açıkça ifade eder.

Güvenlik Konseyi'nin muhtemel rolü konusundaki görüş ayrılığının, yargı yetkisinin kullanılması koşullarıyla ilişkili bir diğer sorunla yakından bağlantılı olduğu SWGCA bünyesindeki müzakerelerde mesafe kat edildikçe daha iyi anlaşıldı. Bu, saldırganlık suçlamasına muhatap olan devletin saldırganlık suçuna ilişkin yeni düzenlemeleri onaylamamış olsa dahi Mahkeme'nin saldırganlık suçuna ilişkin yetkisini işletip işletemeyeceği sorunuuydu. Saldırganlıkla suçlanan devletin yeni düzenlemeleri onaylamaması halinde kendisine karşı bu kuralların işletilemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin UCM'nin Konsey'in oluru bulunmayan

⁶⁰ Clark, a.g.e., 700.

⁶¹ Bkz. 2009 Önerileri m. 15 *bis* (5) taslağı. Bu önemli kayıt UCM Statüsü m. 15 *bis* (9) ve m. 15 *ter* (4) taslakları yoluyla Kampala uzlaşmasında da yer aldı. Bkz. aşağıda 4.F başlığı.

hallerde de kovuşturma yapması düzenlemesine ses çıkarmayacaklarını öngörmek hiç de mantığa aykırı değildi. Bu, UCM'nin saldırganlık suçuna ilişkin yetkisinin Güvenlik Konseyi merkezli ve rıza merkezli formüller arasında bir ara formül oluşturulmasını engelliyordu.

Uzlaşmaya giden yolun nereden geçtiğini bulabilmek, hem siyaset hem de hukuk açısından malum sebeplerden dolayı, hiç de kolay değildi. Siyasi açıdan, birçok delegasyon (sadece Bağlantısızlar Hareketine mensup devletler değil) UCM Statüsü m. 12'nin herhangi bir değişiklik olmaksızın uygulanmasını istiyordu.⁶² UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesini (Güvenlik Konseyinin kovuşturmanın başlamasına olur verdiği durumlar haricinde) ilgili devletin saldırganlık suçu hükümlerini tanıması şartına bağlamak isteyenler bu görüşlerini, esas itibarıyla, UCM Statüsü'nün 121(5) maddesinin ikinci cümlesinin böyle bir şartın kabulünü hukuken zorunlu kıldığı gerekçesine dayandırıyorlardı. Ne var ki bu gerekçe hem söz konusu cümlelerin yorumu açısından hem de m. 121(5)'in yeni hükümlere uygulanabilirliği açısından son derece tartışmalıdır. Esasında bu tartışma da UCM Statüsü'nün 5(2). ve 121. maddelerinin saldırganlık suçu kovuşturmalarında ilgili devletin oluru ve saldırganlık suçuna ilişkin herhangi bir yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesi hallerine ilişkin barındırdıkları “temel karmaşa”dan kaynaklanmaktadır⁶³. Müzakerelerin nihai aşamasını tam olarak anlayabilmek ve Kampala'da varılan uzlaşmanın önemini takdir edebilmek açısından, SWGCA bünyesinde UCM Statüsü'nün 5(2) maddesi ile 121. maddesinin bir arada yorumlanmasına ilişkin dört farklı modelin savunulduğunu unutmamak gerekir.⁶⁴

⁶² UCM Statüsü'nün yargı yetkisinin kullanılmasında rejiminin arkasında yatan öykü için bkz. H.-P. Kaul and C. Krefß, 'Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court: Principles and Compromises', 2 *Yearbook of International Humanitarian Law* (1999) 143- 175.

⁶³ Terim konunun önde gelen uzmanlarından birisinin yakın tarihli bir yayınından ödünç alınmıştır. Bkz. R.S. Clark, 'Ambiguities in Articles 5(2), 121 and 123 of the Rome Statute', 41 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 413- 427, s. 413.

⁶⁴ Bu görüşlerin büyük çoğunluğu 2005 Princeton toplantısı raporunda yer almıştır: Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 167- 169 (par. 5- 17). Nihai tablo için bkz., *ibid.*, s. 50- 51 (par. 6-11) ve s. 56- 57 (par. 31- 37). Burada, aşağıda açıklanacak bu dört farklı modelin Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi ihtimalini içermediğini önemle belirtmek gerekli. Bu

‘Kabul Modeli’ (Adoption Model) UCM Statüsü’nün 121(3) maddesi hükmünün uygulanmasıyla yetinilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu madde şu şekildedir:

121. maddenin 3’ten 7’ye kadar olan paragraf hükümleri, bir Gözden Geçirme Konferansında ele alınmış Statü değişikliklerinin kabul edilmesinde ve yürürlüğe girmesinde uygulanır.

‘Kabul Modeli’nde Mahkeme, bir Taraf Devletler Asamblesi ya da Gözden Geçirme Konferansı’nda yeni hükümlerin kabul edilmesi durumunda, UCM Statüsü m. 12 uyarınca yargı yetkisini kullanmaya başlayacaktır. Bu yorum, UCM Statüsü m. 5(2)’nin lafzının, tıpkı m. 121(3) gibi, sadece ‘kabul’ deyimini içermesine dayandırılmaktadır. Bu yorumun sorunlu yönü, UCM Statüsü’nün saldırganlık suçu bağlamında *kabul (adoption)* ve *yürürlüğe girme (entry into force)* arasında bir ayırım yapmadığı durumlarda, örneğin UCM Statüsü’nün 122. maddesinde öngörülen hallerde, yetersiz kalmasıdır. Aynı şekilde, bu formülün benimsenmesi halinde devletlerin saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri imzalamasına herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamaktadır. Ne var ki, konunun siyasi önemi dikkate alınır, böyle bir sonuç şaşırtıcı olacaktır.

‘Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’ (Article 121(5) Model with a Negative Understanding) yelpazenin diğer ucunda yer alan görüştür. UCM Statüsü’nün 121(5) maddesi şöyledir:

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

‘Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’, saldırganlık suçu faillerinin vatandaşı olduğu devletin ya da saldırganlık suçu ülkesi üzerinde işlenen devletin saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmemesi hallerinde UCM’nin yargı yetkisini

noktada, SWGCA’nın tüm üyeleri UCM’nin yargı yetkisini devlet olurunun herhangi bir biçimine bağlı olmaksızın kullanması konusunda uzlaşmışlardı. Bkz. *ibid.*, s. 55- 56 (par. 28- 29).

kullanamayacağını ifade eder.⁶⁵ Bu yorumun en temel ve önemli sorunlu noktası, UCM Statüsü m. 5(2)'nin 'yürürlüğe girme'den söz etmemesidir. Bu maddeyi, lafzı itibarıyla, UCM Statüsü m. 121(5) yönelik biçimde okumak güçtür. Öte yandan, eğer saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeler UCM Statüsü m. 121(5) kapsamı dışında gerçekleşen bir değişiklik olarak kabul edilirse, bu değişikliğin UCM Statüsü m. 121(5)'in öngördüğü üzere '(b)u Statünün 5-6-7 ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler'den sayılıp sayılmayacağı noktası belirsiz kalır. Söz konusu değişikliğin ya bu maddeleri etkilemediği ya da yargı yetkisinin kullanılması koşullarına ilişkin olması sebebiyle bu maddelerin kapsamının ötesine geçtiği iddia edilebilir. Son olarak, bu model saldırganlık suçunun, Statüye sonradan eklenecek diğer suçlardan farklı olarak, UCM Statüsü m. 5(1)(d) itibarıyla zaten Statüye mündemiç olduğunu göz ardı etmektedir.

'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' (Article 121(5) Model with a Positive Understanding)'ne göre, UCM Statüsü m. 121(5)'in ikinci cümlesi, UCM Statüsü m. 12(2) uygulanması açısından saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmeyen taraf devletleri Statüye hiç taraf olmamış devletlerle aynı konuma getirmek şeklinde sınırlı bir etkiye sahiptir.⁶⁶ Bu yorumun en önemli sonucu, failin vatandaşı olduğu devletin saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmemesi halinde UCM'nin yargı yetkisini kullanamayacağı iddiasının kategorik olarak ileri sürülememesidir. Bu durumda, eğer suçun ülkesi üzerinde işlendiği devlet ilgili düzenlemeleri kabul etmişse, Mahkeme UCM Statüsü m. 12(2) uyarınca yargı yetkisini kullanabilecektir.⁶⁷

⁶⁵ Yukarıda dipnot 64'te belirtildiği gibi, bu modeli savunanlar UCM Statüsü m. 125(2) düzenlemelerini Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi hallerinde uygulanmamasını talep ediyorlardı. Bu düzenleme her ne kadar üç harekete geçirme mekanizması arasında bir fark gözetmiyorsa da, bu düzenlemenin UCM Statüsü m. 13(b) uyarınca Güvenlik Konseyinin devreye girdiği hallerde uygulanmaz olan m. 12(2)'yle bağlantılı olduğu ileri sürülebilir.

⁶⁶ Bu modelin saldırganlık suçu çerçevesini aşan nitelikte bir açıklaması için bkz. A. Reisinger Coracini, "Amended Most Serious Crimes": A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?, 21 *LJIL* (2008) 699- 718, s. 707- 714.

⁶⁷ Bu, saldırıya uğrayan devletin ülkesinin UCM Statüsü m. 12(2) anlamında suçun işlendiği yer olduğu görüşüne dayanır. Bu, SWGCA mensupları tarafından genel olarak paylaşılan görüştür. Bkz. Barriga, Danspeckgruber, Wenaweser, a.g.e. 28, s. 57 (par. 38 and 39).

UCM Statüsü m. 121(5)'in ikinci cümlesinin en esnek yorumu 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' tarafından ortaya konulandır. Bu yorum, Statüye hiç taraf olmamış devletlerle saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri kabul etmeyen taraf devletler arasında adil olmayan bir fark yaratılmasının önüne geçer. 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' böyle bir ayırım yapılması sonuca kaçınılmaz biçimde yol açmaktadır. Yukarıda da görüldüğü üzere, bu modele göre UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesi, m. 12(2) hükümlerine bir istisna oluşturur. Ne var ki, bu istisna sadece taraf devletlere uygulanır niteliktedir, çünkü UCM Statüsü m. 121(5)'in ikinci cümlesinde sadece taraf devletlerden söz edilmektedir.⁶⁸ Bu ayırımı yapmak zorunda olmaması 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'nin üstünlüğünü oluşturur. Yine de, 'olumlu anlam'ın söz konusu maddenin ikinci cümlesinin lafzından doğrudan çıkarılamayacağını inkar etmek mümkün değildir.⁶⁹ Madde 121(5)'in ikinci cümlesinin 'olumlu' okunmasına ilişkin bu genel sorunun yanı sıra, 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli', salt saldırganlık suçuna ilişkin olarak uygulanmak üzere düşünülmüş bir model olarak, 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' ile birlikte aynı genel sorunla karşılaşmaktadır: Ne UCM Statüsü m. 5(2) ne de UCM Statüsü m. 121(5) salt saldırganlık suçuna ilişkin olarak uygulanmak üzere kaleme alınmıştır.

'Madde 121(4) Modeli', saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri UCM Statüsünün değiştirilmesi olarak değerlendirir, yukarıda sayılan sebeplerden en az birine dayalı olarak, bunların UCM Statüsü m. 121(5) anlamında 'Bu Statünün 5-6-7 ve 8. maddelerinde yapılan değişiklikler'den olmadığını savlar. Bu yorum, UCM Statüsü m. 121(4)'ün uygulanmasını gerekli kılar. Bu düzenleme şöyledir:

5. paragrafta öngörülen durum hariç olmak üzere, bir değişiklik, bütün taraf devletlerin sekizde yedisinin onaylama veya kabul belgelerini

⁶⁸ Belirtmek gerekir 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'ni savunan devletlerin büyük çoğunluğu Statüye hiç taraf olmayan devletlerle Statüye taraf ancak saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemeleri benimsemeyen devletler arasında bir ayırım yapılmasından rahatsızdılar ve bu ayırımı ortadan kaldıracak bir sonuca varmak için istekliyidiler. Ayrıca bkz. Aşağıda dipnot 119.

⁶⁹ 'Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'nin etkileyici şekilde savunan bir çalışma için bkz. Reisinger Coracini, a.g.e.

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne tevdi etmesinden bir yıl sonra, tüm taraf devletler için yürürlüğe girer.

Yukarıda söylenenler ışığında, 'Madde 121(4) Modeli'nin de, UCM Statüsü m. 5(2)'nin lafzının 'değişiklik'lerden söz etmemesi sorunuyla karşılaşacağı aşikârdır. Ayrıca, UCM Statüsü m. 121(5)'te öngörülen usulle yeni suçların Statü kapsamına alınması durumlarıyla karşılaştırıldığında, saldırganlık suçuna ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girmesine m. 121(4) hükümlerini uygulamak garip olur. Mahkeme, UCM Statüsü m. 121(5)'in ilk cümlesi uyarınca, yeni kabul edilen bir suç için yargı yetkisini ilk onay belgesinin tevdi tarihinden ancak bir yıl sonra kullanabilecekken, saldırganlık suçu söz konusu olduğunda, bu suç UCM Statüsü m. 5 itibarıyla hâlihazırda Mahkeme'nin yargı yetkisi içindeyken, Mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi için taraf devletlerin sekizde yedisinin onayı şartının yerine gelmesi beklenecektir.

Ne yazık ki yukarıda izah edilen karmaşık yorum sorununu [Roma Konferansı'nın/ç.n.] hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) başvurarak halletmek mümkün değildir. Roger Clark'ın (kendisi UCM Statüsü'nün 13. Bölümü müzakerelerine doğrudan katılmıştır) gösterdiği üzere, metinleri kaleme alanların UCM Statüsü m. 5(2)'nin m. 121 ile birlikte ne şekilde uygulanacağı konusunda herhangi bir irade beyanları yoktur (bu maddelerin her biri iki farklı çalışma grubu tarafından kaleme alınmıştır.⁷⁰ Bu kördüğümü çözmek üzere, Kampala'dan çok önce hem SWGCA içinden hem de dışarıdan 'özel bir yürürlüğe girme mekanizması' düzenlenmesi önerileri gelmiştir.⁷¹

D.Suçun Unsurları Taslağında Uzlaşma

Roma Konferansı Nihai Belgesi'nin F Kararı, taraf devletlere UCM Statüsü m. 9 anlamında "Suçun Unsurları"nın da (Elements of Crime) benimsemeleri konusunda yol gösteriyordu.⁷² Buna paralel olarak, Hazırlık Komisyonu bünyesindeki Saldırganlık Çalışma Grubuna "Unsurlar"ın içeriğinde neler olması gerektiğine ilişkin bazı düşünceler iletilmişti. 2002 Tartışma Belgesi de bu konuda bir taslak

⁷⁰ Clark, *a.g.e.*, s. 421- 425.

⁷¹ Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, *a.g.e.*, s. 51 (par. 11); Reisinger Coracini, *a.g.e.*, s. 716.

⁷² *Supra* note 20.

metin içeriyordu.⁷³ Unsurlar hakkındaki diğer çalışmalar, m. 8 *bis* konusunda geçici bir uzlaşmaya varılmasına dek ertelenmişti. 2009'da bu konuda uzlaşma sağlanınca, Avustralya ve Samoa delegasyonları⁷⁴ bir ilk taslak hazırlama işine giriştiler.⁷⁵ Nisan 2009'da İsviçre'nin Montreux kentinde yapılan gayri resmi toplantıda bu taslak etraflıca tartışıldı. Bu toplantı sonucunda oluşturulan metin ve buna ilişkin detaylı açıklamalar⁷⁶ Haziran 2009'da New York'ta Princeton Club'de yapılan bir ara toplantıda tüm delegasyonlara iletildi. Bu toplantıda, nihai karara Kampala'da varılmak üzere, aşağıdaki taslak metin üzerinde anlaşmaya varıldı:

Giriş

1. Madde 8 *bis*'in ikinci fıkrasında geçen tüm fiiller saldırganlık fiili olarak nitelendirilecektir.
2. Failin kuvvet kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'nı ihlal eder nitelikte olup olmadığına ilişkin bir hukuki değerlendirme yaptığının kanıtlanması şartı aranmayacaktır. (yazarların notu: orijinal metindeki dipnot buraya alınmamıştır)
3. "Açık" (manifest) terimi nesnel bir nitelendirmedir.
4. Failin kuvvet kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'nı "açıkça" ihlal eder nitelikte olup olmadığına ilişkin bir hukuki değerlendirme yaptığının kanıtlanması şartı aranmayacaktır.

Unsurlar

1. Fail bir saldırganlık fiilini planlar, hazırlar, başlatır ya da icra eder.
2. Fail bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini yönlendirebilecek ya da bunlar üzerinde etkin kontrol sağlayabilecek konumdaki bir kişidir. (yazarların notu: orijinal metindeki dipnot buraya alınmamıştır)
3. Saldırganlık fiili -bir Devlet tarafından başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ya da bağımsızlığına karşı silahlı

⁷³ Bkz. yukarıda dipnot 22; taslak, yukarıdaki metinde dipnotta atf yapılan kaynakta mevcut değildir.

⁷⁴ Unsurlar konusundaki kuramsal temellere ilişkin Samoa delegesinin akademik katkısı için bkz. Roger S. Clark, a.g.e.

⁷⁵ 2009 SWGCA Toplantısı raporunda bu girişim zikredilir. Bkz. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 58 (par. 42).

⁷⁶ Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 36- 42.

güç kullanması ya da Birleşmiş Milletler Şartı'yla uyumsuz şekilde davranması- icra edilmelidir.

4. Fail somut koşullar itibarıyla bu kuvvet kullanımının Birleşmiş Milletler Şartı'yla uyumsuz nitelikte olduğunu bilmelidir.

5. Saldırganlık fiili niteliği, vahameti ve kapsamı itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini oluşturmalıdır.

6. Fail somut koşullar itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalinin oluştuğunu bilmelidir.⁷⁷

Suçun Unsurları taslağı münhasıran suçun tanımı konusuyla ilgilenir. Unsurlar, UCM'nin yargı yetkisine giren diğer suçlar için geçerli olan suç unsurlarının genel yapısına göre oluşturulmuş ve UCM Statüsündeki bunlara ilişkin "Genel Giriş" ışığında okunmalıdır.⁷⁸ Saldırganlık suçunun Unsurları taslağında suç tanımındaki bazı kilit kavramların tanımlamasından özellikle kaçınılmış olmasına rağmen, iki noktada önemli açıklamalar getirilmiştir.

Üçüncü Unsur, devlet fiilinin icra edilmiş olması gereğini açıkça ortaya koyar. Dolayısıyla, saldırganlık fiilinin planlanması veya hazırlanmasının erken evrelerindeki bireysel fiiller, ancak açıkça hukuka aykırı bir devlet fiili icra edilirse bireysel ceza sorumluluğu doğuracaktır. Devletler bu noktada, önceden var olan teamüli uluslararası hukuk sınırları içinde kalma isteklerini ortaya koymuşlardır. Yine de, en azından bazı hallerde tamamlanmamış devlet fiillerine iştirakin, UCM Statüsü m. 25(3)(f) uyarınca teşebbüs sayılıp sayılmayacağı sorusu sorulabilir.⁷⁹ Bu, teşebbüs kavramının çok genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu satırların yazarlarından bir tanesi, 'kolektif bir fiile teşebbüs' konusundaki ciddi şüphelerini daha önce beyan etmiştir.⁸⁰

Giriş bölümündeki ikinci ve dördüncü fıkralarla birlikte okunması gereken dördüncü ve altıncı taslak unsurlar, UCM Statüsü m. 32(2)'nin saldırganlık suçuna nasıl uygulanması gerektiği konusunda

⁷⁷ ICC-ASP/8/Res. 6.

⁷⁸ Barriga, Danspeckgruber, Wenaweser, a.g.e., s. 38 (par. 1- 3).

⁷⁹ Belirtilmelidir ki, 2002 Tartışma Belgesi'nden farklı olarak, 2009 önerileri bu düzenlemenin saldırganlık suçuna uygulanmasını dışlamamaktadır.

⁸⁰ "Tartışma Belgesi 1" metin için bkz. Barriga, Danspeckgruber, Wenaweser, a.g.e., s. 192.

önemli açıklamalar getirir. Devletin silahlı güce başvurmasının açık hukuka aykırılığı konusunda yanılıya düşmüş olmanın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ilkesi getirilmiştir. İlk bakışta, hukuki nitelendirmede yanılıya düşmenin bir savunma olarak ileri sürülmesi imkânının ortadan kaldırılması çok ağır bir kural gibi görülebilir. Ne var ki, açık hukuka aykırılığın bir objektif şart olarak belirlenmiş olması, zaten kuvvete başvurma yasağının ‘gri bölge’inde kalan silaha başvurma eylemlerinin devlet fiili unsuru kapsamının dışında kalması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, açıkça hukuka aykırılık objektif şartı, hukuken niteliği tartışmalı vak’alarda (kısmen) hukuki nitelendirmede yanılığın savunmasının işlevini görmektedir.⁸¹ Dolayısıyla, bu savunmanın ayrıca zikredilmesi ne gerekli ne de arzulanır olur.

4. Kampala’da Nihai Karşılaşma

2009 önerileri SWGCA bünyesinde gerçekleştirilen önemli ilerlemeyi yansıtıyor,⁸² bu da UCM Statüsü Birinci Gözden Geçirme Konferansı’nın başarısı için umut yatıyordu. Ne var ki, 31 Mayıs 2010 günü delegasyonlar Kampala’ya vardığında, bu umudun somut sonuçlara dönüşüp dönüşmeyeceği halen belirsizdi. En azından Kampala haricindeki başkentlerde şüpheliğin egemen olduğunu söylemek herhalde haksızlık olmaz. Konferansın başarılı olabilmesi için yerine gelmesi gereken üç şart şunlardı: Taraf devletler 2009 Önerileri’ndeki 8 *bis* maddesi taslağında ve Unsurlar taslağında şekillenen, suçun tanımına ilişkin vardıkları uzlaşmaya uymalıydı. Taraf devletler saldırganlık halinde Mahkeme’nin yargı yetkisine ilişkin (Güvenlik Konseyi’nin muhtemel rolü hakkındaki ana sorunu

⁸¹ Objektif açık hukuka aykırılık prensibiyle sübjektif hukuki nitelendirmede hata savunmasının işlevsel eşdeğerliği konusunda daha ayrıntılı bir açıklama için bkz. Kreß, a.g.e. (yukarıda dipnot 53), s. 260- 261.

⁸² Gözden Geçirme Konferansı’nda müzakerelere temel teşkil eden, 25 Mayıs 2010 tarihli *Conference Room Paper on the Crime of Aggression (RC/WGCA/1)* süreçte elde edilen ilerlemeyi son derece usta bir biçimde özetler. Bu belge, 2009 Önerilerini ve Unsurlar taslağını özlü biçimde sunmakta ve Roma Statüsü’nde saldırganlık suçuyla ilgili yapılacak değişiklikler taslağı, Suçun Unsurları bölümünde yapılacak değişiklikler taslağı ve yapılan değişikliklerin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin esaslar taslağını da içeren biçimde, bir nihai karar taslağı için elverişli bir yapı sunuyordu. Konferansın sonunda kabul edilen belge bu yapıya uygun oluşturuldu. Bkz. The final document RC/Res.6, Annex II. Amendments to the Elements of Crimes, adopted by consensus at the 13th plenary meeting, on 11 June 2010, advance version, 28 June 2010, 18:00, 1-6, s. 5; http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf [5 Ekim 2010].

da içeren) bir çözüm geliştirmeliydi. Son olarak da, sonuçta ortaya çıkacak olan paket taraf devletlerle Statüye henüz taraf olmayan devletler arasında ciddi bir sürtüşmeye yol açmamalıydı. Kâğıt üzerinde, nihai kararın üçte iki çoğunlukla alınması mümkündü (UCM Statüsü m. 121(3)), ancak oylamaya katılma yolunda kuvvetli bir siyasi iradenin varlığı şüpheliydi. Karar almak için gerekli çoğunluğu sağlayacak sayıda devletin salonda mevcut bulunup bulunmayacağı dahi şüpheliydi. Bu durum, uzlaşma sağlamak için “oylamaya gitmek” kozunu oynamayı da neredeyse imkânsız kılıyordu. Hal böyle olunca, tartışmayı mümkün olduğunca yargı yetkisinin kullanılması koşullarına odaklamak ve ilk olarak devlet kabulü konusunda bir uzlaşma sağlamaya çalışmak en iyi müzakere stratejisi olarak kendini gösterdi. Bir kez bu konuda uzlaşmaya varıldığında, Fransa ve Birleşik Krallığın saldırganlık konusunda Güvenlik Konseyi’nin münhasır yetkisi konusundaki katı tutumlarından vazgeçecekleri umulabilirdi. Neyse ki, özellikle Çalışma Grubu Başkanı ile Konferans Başkanının yaratıcı yol göstericiliği sayesinde, bu strateji sonuçta başarılı oldu.⁸³

44 *A. Perde Açılıyor: Umut Vaat Etmeyen Seçeneklerin Elenmesi*

Saldırganlık suçu üzerine çalışmalar ilk aşamada ilgi duyan delegasyonların kuliste Saldırganlık Suçu Çalışma Grubu (Working Group of the Crime of Aggression - WGCA) Başkanı’yla ikili temasları şeklinde başladı. İlk resmi toplantı 4 Haziran 2010 Cuma günü yapıldı. Bu toplantıda söz alanların hepsi, tarihi bir fırsatın yakalanmış olduğunu ve bunun değerlendirilmesi gerektiğini vurguladılar. Kampala’da hemen herkes tarafından paylaşılan hızlı ve kararlı şekilde ilerleme gerekliliğine binaen, Konferans Başkanı’nın birinci *Revised Conference Room Paper*’ında⁸⁴, Güvenlik Konseyi’nin hareketsiz kalması halinde BM Genel Kurulu’nun devreye girmesi ve yine aynı durumda Uluslararası Adalet Divanı’na prosedüral bir rol verilmesine ilişkin iki uzlaşma önerisinin, gündemden çıkarılması

⁸³ Ürdün’ün ABD Büyükelçisi ve Taraf Devletler Asamblesi’nin ilk Başkanı Prens Zeid Ra’ad Zeid El-Hüseyn WGCA’da müzakerelere başkanlık yaptı. Taraf Devletler Asamblesi’nin hâlihazırdaki Başkanı Christian Wenaweser ise Gözden Geçirme Konferansı’nın Başkanıydı.

⁸⁴ RC/WGCA/1/REV.1, 6 Haziran 2010.

önerildi.⁸⁵ Bu seçenekler arada geçen zaman içinde potansiyellerini tüketmiş olduğundan, bu öneriye itiraz eden olmadı.

B. İlk Perde: Arjantin, Brezilya ve İsviçre'nin Açılış Hamlesi

6 Haziran 2010 Pazar günü Arjantin, Brezilya ve İsviçre'nin, daha sonra 'ABİ Önerisi'⁸⁶ olarak anılacak bir gayri resmi belgeyi (non-paper) sunmasıyla müzakerelerin son aşaması başlamış oldu. Bu belge, UCM Statüsü'nün 13. maddesinde öngörülen kovuşturma başlatma usullerinden Güvenlik Konseyi'ne ilişkin olanını diğer iki usulden ayırması nedeniyle, devlet onayı konusundaki görüş farklılıklarını uzlaştırmaya yönelik yaratıcı bir teşebbüs olarak değerlendirildi.⁸⁷ Buna göre, kovuşturmanın Güvenlik Konseyi'nin inisiyatifıyla başlaması usulünün yürürlüğe girmesi UCM Statüsü m. 121(5)'in ilk cümlesi uyarınca düzenlenecekti ve UCM Statüsü m. 13(b)'ye uygun olarak yargı yetkisinin kullanılabilmesi için başka bir koşul gerekmeyecekti. Buna karşılık, kovuşturmanın diğer iki usule göre başlatılabilmesi usulü UCM Statüsü m. 121(4) uyarınca düzenlenecekti. Bu çerçevede, yargı yetkisinin kullanılabilmesi koşulları UCM Statüsü m. 12(2) tarafından düzenlenmiş olacaktı. 7 Haziran 2010 Pazartesi günü 'ABİ Önerisi' yaratıcı içeriğiyle çok övgü topladı ve bu olumlu hava müzakerelerin devamında da etkili oldu. Kovuşturmanın Güvenlik Konseyinin inisiyatifıyla başlatılması seçeneğinin diğer iki kovuşturma başlatma seçeneğinden ayrılması önerisi Başkan'ın 7 Haziran 2010 günlü *Conference Room Paper on the Crime of Aggression* içinde yer aldı.⁸⁸ Ne var ki, bu öneri büyük ölçüde 'Madde 121(4) Modeli'ne dayandığı için 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' taraftarlarınca desteklenmesi pek ihtimal dâhilinde değildi. Fransa ve Birleşik Krallığın desteğini alma ihtimali ise daha da düşüktü. Dolayısıyla müzakerelerin devamında daha hamleler gelmesi gerekiyordu.

⁸⁵ Bu seçeneklerin formülasyonu için bkz. 2009 Önerileri m. 15 *bis* par. 4, alternatif 2, 3. ve 4. seçenekler.

⁸⁶ Bkz. *Non-paper submitted by Argentina, Brazil and Switzerland as of 6 June 2010*. Yazarların elinde metni bulunan bu öneri, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

⁸⁷ Bkz. yukarıda 3.C.3 başlığı.

⁸⁸ Bkz. RC/WGCA/1/Rev.2, 7 Haziran 2010, madde 15 *bis* ve 15 *ter* taslakları.

C. İkinci Perde: Kanada'nın Cevabı

8 Haziran 2010 günü Kanada, 'menü yaklaşımı' adını verdiği bir öneriyle 'ABİ Önerisi'ni cevapladı.⁸⁹ Kanada önerisi 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'ni Güvenlik Konseyi'nin bir saldırganlık fiili tespiti yapması gerektiği haller için bir 'tercih' (opt-in) mekanizmasına dönüştürüyordu. Buna göre, Ön Yargılama Dairesi'nin olur vermesi ve 'tüm ilgili devletler'in bu yönde tercih bildirmesi üzerine Mahkeme soruşturmayı başlatabilecekti. Güvenlik Konseyi'nin söz konusu tespiti yapmadığı hallerde, bu öneri sıkı bir karşılıklılık esasına dayalı devlet onayı mekanizmasının yargılama yetkisini belirlemesi anlamına gelecekti. Tahmin edileceği üzere, Kanada önerisi 'ABİ Önerisi'nin taraftarları arasında ciddi bir memnuniyetsizlik yarattı. Bu durumda, her iki "kamp"ın karşılıklı müzakerelere girişmesi kaçınılmaz oluyordu.

D. Üçüncü Perde: Orta Yolu Bulmak

9 Haziran 2010 Çarşamba günü öğleden sonra, karşılıklı görüşmeler, kolaylık açısından 'ABİK Gayri Resmi Belgesi' olarak anılacak (oysa başka ilgili delegasyonlar da orta yolu bulma çabalarına aktif katılmışlardı) bir ortak deklarasyonla sonuçlandırıldı.⁹⁰ 'ABİK Gayri Resmi Belgesi', artık üzerinde tam bir uzlaşma sağlanmış olan Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi halinde Mahkeme'nin yargı yetkisini başka herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kullanacağı ilkesini başlangıç noktası olarak belirliyordu. Bu Belge, dolayısıyla, doğrudan diğer iki harekete geçirme mekanizması üzerinde yoğunlaşıyordu. Bu deklarasyon nihai uzlaşmaya giden yolu açmış olduğu için, burada aynen naklediyoruz:

Madde 15 bis

Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi

(Devlet başvurusu, *prorio motu*)

4. (2. alternatif)

⁸⁹ Yazarların elinde metni bulunan bu öneri, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

⁹⁰ Bkz. *Declaration (Draft of 9 June 2010 16h00)*. Yazarların elinde metni bulunan bu öneri, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

...

4bis Mahkeme bir Taraf Devletin vatandaşları tarafından ya da ülkesi üzerinde işlenen saldırganlık suçu üzerindeki yargı yetkisini, bu Taraf Devlet işbu maddenin 4. fıkrasında belirtilen şekilde Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmediğine ilişkin bir deklarasyon iletmediği hallerde, 12. madde uyarınca kullanır.

4ter Anılan deklarasyon Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne 31 Aralık 2015 gününden önce teslim edilir. Roma Statüsü'nü bu tarihten sonra imzalayan ya da onaylayan Devletler, imza ya da onayı müteakiben bu deklarasyonu iletir. Deklarasyonu uygun görülen her zaman geri çekmek mümkündür. Bu durumda, Mahkeme, 1. fıkra hükümleri uyarınca ilgili Devlet hakkında yargı yetkisini kullanabilir.

4cor Statü'nün tarafı olmayan bir Devletin vatandaşları tarafından ya da toprakları üzerinde saldırganlık suçunun işlenmesi söz konusu olduğunda, Mahkeme bu maddede belirtilen şekillerde yargı yetkisini kullanamaz.

'ABİK Gayrı Resmi Belgesi', böylece, saldırganlık suçunu UCM Statüsü m. 12 hükümlerine tabi tutmak fikrini benimsiyor, ancak buna iki önemli *askıya alma hali* ekliyordu. Birincisi, her Taraf Devlet sistemin dışında kalma hakkına sahip olmalıydı. İkincisi, Mahkeme, saldırganlık suçunun Statü'nün tarafı olmayan devletlerin vatandaşları tarafından ya da ülkeleri üzerinde işlenmesi halinde yargı yetkisine sahip olmamalıydı. Bu yaratıcı uzlaşma formülü, 'Madde 121(4) Modeli'ni UCM Statüsü m. 12'nin uygulanmasında başlangıç noktası olarak alıyor, ancak devlet olurunun bulunmamasına ilişkin iki hal düzenleyerek 'Madde 121(4) Modeli'nin sonuçlarını önemli ölçüde yumuşatıyordu. Mahkemenin yargı yetkisinin kullanılabilmesinin bir "aktivasyon şartı"na bağlanması tabloyu tamamlayan noktaydı. UCM Statüsü'nün m. 121(5) düzenlemesi yürürlüğe girmede referans noktası haline dönüşürken, taslak m. 15 *bis* (1) yargı yetkisinin kullanılabilmesi açısından ek bir koşul getiriyor, 'bu maddenin her bir Taraf Devlet açısından yürürlüğe girmesinden sonra' beş yıl geçmesini öngörüyordu. 'ABİK Gayrı Resmi Belgesi' kısa sürede büyük destek aldı. Önerinin, Taraf Devletler arasında bir uzlaşmanın temellerini atıyor olması itibarıyla, Konferansın son iki gününün dinamiklerine etkisi çok büyüktü. Ancak, Fransa ve Birleşik Krallığın

bu uzlaşma içinde yer almasının ayrıca sağlanması gerekiyordu, çünkü ‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ ‘2. Alternatif’i benimsemek suretiyle, Güvenlik Konseyi’nin münhasır yetkisi fikrini reddetmekteydi. Bu iki devletin, Güvenlik Konseyi’nin Statü’ye taraf olmayan diğer üç daimi üyesiyle birlikte, ‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ni bağırılarına basmaları pek beklenemezdi. Nitekim, bu öngörünün yerindeliği kısa sürede ortaya çıktı.

E. Perde Arası: ABD ile Yakın Temas

‘ABİK Gayrı Resmi Belgesi’ni ortaya çıkaran müzakereler devam ederken başka konulara ilişkin istişareler de yürüyordu. 4 Haziran 2010 günü yaptığı açılış konuşmasında, aynı zamanda ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri olan ABD Delegasyonu Başkanı, ABD’nin m. 8 *bis* taslağındaki saldırganlık suçu tanımından duyduğu memnuniyetsizliği ifade etti.⁹¹ Ona göre, hukuka uygun fiillerin de suç tanımına girmesi ve teamüli uluslararası ceza hukukundan ayrılması iki riskli konuydu. Ancak, m. 8 *bis* taslağındaki ifadenin değiştirilmesini şart koşmadan, bu iki noktanın ilgili düzenlemeye yönelik yapılacak açıklayıcı beyanlarla (understandings) ele alınması seçeneğine değinmesi önemliydi. Bu saptamalara uygun olarak, 7 Haziran 2010 günü, ABD Delegasyonu m. 8 *bis* taslağına iliştirilmek üzere uzun bir açıklayıcı beyanlar listesini resmen ilettili.⁹² Madde 8 *bis* taslağı üzerindeki daha önceden var olan güçlü uzlaşmayı ve müzakerelerde bir hayli yol alınmış olmasını dikkate alan birçok delegasyon, bu öneriler üzerinde yeniden müzakerelere başlama konusunda anlaşılır bir çekingenlik içindeydi. Ancak, Kampala’ya açık ve yapıcı bir ruhla gelmiş olduğu bariz olan bir ABD Delegasyonu ile işbirliği yapmaktan kaçınmanın pek akıl karı olmayacağı duygusu da mevcuttu. Bu nedenle, Alman Delegasyonu’na bu açıklayıcı beyan taslakları üzerinde yürütülecek müzakereler için Odak Noktası (Focal Point) olma ve uzlaşmaya varmada ihtimalleri ele alma görevi verildi.⁹³

⁹¹ Harold Hongju Koh’un demecininin tam metni için bkz.

<http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> [5 Ekim 2010].

⁹² WGCA’ya Savunma Bakanlığı İkinci Yardımcısı William K. Lietzau tarafından sunulan başlıksız belge; belge metni yazarlarda mevcuttur.

⁹³ İlk yazar Alman Delegasyonu içinde bu sıfatı üstlenmiş, ikinci yazar da kendisine bu görevde yardımcı olmuştur.

8 ve 9 Haziran tarihlerinde yürütülen yoğun ikili ve çok taraflı istişareler sonucunda, m. 8 *bis* taslağını teamüli uluslararası ceza hukukundan ayırmayı ve bazı devlet fiili çeşitlerini açıkça saymak suretiyle saldırganlık suçu tanımını dışında bırakmayı hedefleyen öneriler üzerinde uzlaşmaya varılmasının ihtimal dâhilinde olmadığı anlaşıldı. Ne var ki, kuvvet kullanmaya dair bazı devlet fiillerinin saldırganlık suçu tanımının dışında bırakılmasını müzakere etmekten imtina etmek, bu konuda mutlaka ABD’den farklı düşünmek anlamına gelmiyordu. Bu noktanın özellikle ABD’nin kuvvet kullanımı içeren insani müdahaleleri m. 8 *bis* kapsamı dışında tutmak konusunda yaptığı öneri açısından vurgulanması çok önemli. Bu noktadaki esas kaygı, uluslararası güvenlik hukukunun ana konularını diplomatik bir müzakere sürecinin sonlarında, alelacele kaleme alınacak açıklayıcı beyanlarla çözümlenmeye çalışmanın uygun bir yöntem olmamasıydı.

Bu nedenle Alman Delegasyonu ‘minimalist yaklaşım’ benimseme kararı aldı ve ABD Delegasyonu açısından önemli olduğu anlaşılan, daha genel ifadelerle kaleme alınmış iki öneri üzerinde uzlaşma sağlama arayışına girdi. 9 Haziran 2010 tarihinde Odak Noktası, aşağıdaki iki açıklayıcı beyanı konuyu çözümlenmek için tek bir gayrı resmi istişare oturumunda bir araya gelmiş delegasyonlara sundu:

1. Açıklayıcı Beyan X

Bir saldırganlık fiilinin işlenip işlenmediğinin belirlenmesinde her bir durum, kuvvete başvurma nedeni ve ilgili fiillerin ve sonuçlarının vahametini de kapsar biçimde, tüm özellikleriyle ele alınır; ve hukuka aykırı kuvvete başvurma hallerinin ancak en ciddi ve tehlikeli olanları saldırganlık fiilini teşkil eder.

2. Açıklayıcı Beyan Y

Bir saldırganlık fiilinin Birleşmiş Milletler Şartının açık bir ihlali olup olmadığı belirlenmesinde, fiilin nitelik, vahamet ve kapsam unsurlarının her biri tek başına ve birbirlerinden bağımsız olarak “açık” tanımlamasını destekler nitelikte olmalıdır.⁹⁴

⁹⁴ Bkz. *Non-Paper on possible further understandings (Annex III of the Conference Room Paper)*. Yazarların elinde metni bulunan bu gayrı resmi belge, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir.

Her iki öneri de genellikle iyi karşılandı, ancak bazı formüle edilmiş noktalarına ilişkin tartışmalar yapıldı. Açıklayıcı Beyan X taslağına ilişkin olarak İran Delegasyonu 3314 sayılı Karar ekinin 2. maddesinin diline sadık kalınması önerisini getirdi. ABD Delegasyonu bu öneriyi benimseyince, daha sonra Gözden Geçirme Konferansı tarafından altıncı Açıklayıcı Beyan (Understanding) olarak benimsenecek şu metin ortaya çıktı:

Saldırganlık hukuka aykırı kuvvet kullanımının en ciddi ve en tehlikeli biçimidir; ve bir saldırganlık fiilinin işlenip işlenmediğinin belirlenmesinde her bir durum, kuvvete başvurma nedeni ve ilgili fiillerin ve sonuçlarının vahametini de kapsar biçimde, Birleşmiş Milletler Şartı çerçevesinde ele alınır.⁹⁵

Açıklayıcı Beyan Y Kanada Delegasyonunun talebi üzerine yeniden formüle edildi. Kanada, bir devletin bir silahlı güce başvurma fiilinin bir unsur açısından ‘neredeyse açık’ (almost manifest) fakat diğer iki unsur açısından ‘tamamen açık’ (definitely manifest) olarak değerlendirilebileceği hallere dikkat çekiyordu. Böylesi bir fiil de madde 8 *bis* (1)’de öngörülen koşulları sağlamış oluyordu, ama Açıklayıcı Beyan Y’nin dili bu olasılığı dışlıyordu. Kanada’ya göre, Mahkeme böyle bir durumda bir unsurun ‘hemen hemen’ (almost) yerine geldiğini saptamalıydı. Yani, Kanada’ya göre önemli olan üç unsurun bileşimiydi. Dolayısıyla, Kanada Açıklayıcı Beyan Y’nin şu şekilde ifade edilmesini öneriyordu:

Bir saldırganlık fiilinin Birleşmiş Milletler Şartının açık bir ihlali olup olmadığının belirlenmesinde, fiilin nitelik, vahamet ve kapsam unsurları “açık” tanımlamasını destekler nitelikte olmalıdır.

ABD, aşağıdaki cümlelerin eklenmesi şartıyla, bu öneriyi benimsedi:

Unsurlardan hiçbiri tek başına açık nitelemesini yapmak için yeterli sayılamaz.

Bu cümlelerin metne konması talebinin ardında yatan mantık, bir unsurun mevcut fakat diğer iki unsurun mevcut olmadığı hallerde açık hukuka aykırılık nitelemesi yapılabilmesinin önüne geçmekti. Taslak madde 8 *bis* (1)’de ‘ve’ bağlacının kullanılıyor olmasının bu hallerde

⁹⁵ RC/Res.6, Annex III. sub 6.

açık hukuka aykırılık nitelmesi yapmanın önüne geçeceği düşünülmüştü.

Açıklayıcı Beyan Y'nin Kanada ve ABD'nin önerileri doğrultusunda iki cümle halinde yeniden formüle edilmesine itiraz gelmedi ve böylece Gözden Geçirme Konferansı'nda kabul edilen yedinci Açıklayıcı Beyan oluştu.⁹⁶

Bu açıklayıcı beyanın ikinci cümlesini yanlış okumamak önemli. 'Unsurlardan hiçbiri tek başına (...) yeterli sayılamaz' ifadesi, Mahkeme'nin açık hukuka aykırılık nitelmesi yaparken sadece iki unsurun varlığını saptamakla yetinebileceği anlamına gelmez. Aksine, Açıklayıcı Beyan'ın ilk cümlesi açıkça ortaya koymaktadır ki, Mahkeme her zaman üç unsuru, her biri aynı derece mevcut olmasa bile, bir arada ele almalıdır.⁹⁷

Bu satırların yazarları, yedinci Açıklayıcı Beyan'ın 'vahamet' ve 'kapsam' ölçütlerinin az ya da çok yerine getirilebileceği olgusuna yargıçların dikkatini çekmek açısından yararlı olduğunu düşünüyorlar. Ne var ki 'nitelik' ölçütü söz konusu olduğunda skalada aşağı yukarı oynama yapmak mümkün değil, çünkü bu unsur (en azından öncelikle) 'gri bölge' sorununu çözmek üzere tanzim edildi. Dolayısıyla, yargıçlar her halde devletin silahlı kuvvete başvurusunun fiilinin hukuka aykırılık niteliğinin makul ölçüde belirgin olduğunu tespit etmelidirler. Yedinci Açıklayıcı Beyan, burada gösterildiği üzere, bu yorum önünde bir engel teşkil etmez.

8 *bis* maddesine iki açıklayıcı beyanın eklenmiş olmasının gelecekte yargı faaliyetini kolaylaştırıp kolaylaştırmayacağı konusunda bir hüküm vermek için henüz çok erken.

Ancak, 'ABİK Gayrı Resmi Belgesi'nin müzakerelerin en can alıcı konusundaki görüş ayrılıklarını gideriyorken, ABD'nin ortaya attığı bir meselenin uyum içinde çözüme kavuşturulmasının genel uzlaşmaya giden yolu dikenlerinden biraz daha arındırdığı söylenebilir.

⁹⁶ RC/Res.6, Annex III. sub 7.

⁹⁷ Bu (incelikli) nokta muhtemelen ne R. Heinsch ("The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?" 2 *Göttingen Journal of International Law* (2010) 713- 743, s. 728- 729) ne Scheffer, a.g.e., s. 900 tarafından anlaşılabilirliği değildir.

F. Kapanış Sahnesi: Bir Yaz Gecesi Draması

10 Haziran 2010 Perşembe günü geç saatlerde Büyükelçi Wenaweser⁹⁸ büyük ölçüde 'ABİK Gayrı Resmi Belgesi'ni yansıtan bir gayrı resmi belgeyi sundu.⁹⁹ Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesini uzlaşmaya daha da yaklaştırmak adına, bu yeni öneri Mahkeme'nin yargı yetkisinin ortaya çıkması açısından Statü'de yapılacak değişiklikleri 30 devletin onaylaması şeklinde ek bir şart getiriyordu.¹⁰⁰ İlginçtir ki, karar taslağı aynı zamanda değişikliklerin UCM Statüsü'nün 121(5) maddesi uyarınca yürürlüğe gireceği hükmünü de içeriyordu.¹⁰¹ Daha da önemlisi, belgede bir Taraf Devletin başvurusu olmasına ya da UCM Savcısı'nın res'en (*proprio motu*) soruşturma başlatmasına rağmen Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık tespiti yapmaması halinde ne olacağına ilişkin ana soruna ilişkin bir çözüm yoktu.

Başkan, ancak son gün öğleden sonra kaçınılmaz tercihi yapan yeni bir gayrı resmi belge sundu. Bu noktada artık, Güvenlik Konseyi'nin münhasır yetkisini içeren bir önerinin uzlaşma yaratması ya da üçte iki çoğunluk sağlaması mümkün değildi. Uzlaşmayı sağlamanın tek yolu bu fikri terk etmektir ve Başkan'ın 11 Haziran 2010 günü saat 16.30'da sunduğu gayrı resmi belge tam da bunu yapıyordu. Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin, özellikle de Fransa ve Birleşik Krallık'ın tepkisinin ne olacağı bilinmiyordu. Belgedeki bir fıkra, Mahkeme'nin yargı yetkisinin devreye girmesi açısından bir ek şart daha getirilebilmesine olanak sağlıyordu. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesine verilecek son bir taviz değişikliklerin kabul edilmesi önündeki bir diğer engele dönüşebilirdi. Artık müzakereler bu noktada yoğunlaşacaktı.

⁹⁸ WGCA çalışmalarını tamamladıktan sonra, henüz çözüme kavuşturulamamış konuları tekrar Konferans Başkanı'nın ellerine bıraktı. WGCA Raporu için bkz. RC/20 (28 Haziran 2010 tarihli geliştirilmiş versiyon); http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-20-ENG-Annex.II.WGCA.report.pdf [5 Ekim 2010].

⁹⁹ Bkz. *Non-Paper by the President of the Assembly, 10 June 2010 23:00*. Yazarların elinde metni bulunan bu gayrı resmi belge, resmi bir çalışma grubu belgesi olarak sirküle edilmemiştir. Daha önceki *Non-Paper by the President of the Assembly, 10 June 2010, 12:00* (yazarlarda mevcuttur) 'ABİK GAYRI Resmi Belgesi'nin özünü yansıtmaktaydı, ancak yazım tekniği açısından daha geliştirilmesi gerekliydi.

¹⁰⁰ 6 Haziran 2010 (saat: 23:00) tarihli gayrı resmi belgede m. 15 *bis* (1) *bis* ve m. 15 *ter* (2) taslakları.

¹⁰¹ *Ibid.*

Gece yarısını biraz geçe artık karar alma zamanı gelmişti. Başkan ‘1 Ocak 2017’den sonraki bir tarihte, Statü’de değişiklik yapmak için gerekli çoğunlukla Taraf Devletlerce alınacak bir karar’ şeklinde ek bir şart içeren son uzlaştırma önerisini sundu. Karar taslağının metni aşağıdaki gibidir:

Saldırıcılık Suçu

Gözden Geçirme Konferansı

Roma Statüsü’nün 12. maddesinin 1. fıkrasına *atıfla*,

Roma Statüsü’nün 5. maddesinin 2. fıkrasına *atıfla*,

Ayrıca 17 Temmuz 1998 tarihli Bir Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı’nın F kararının 7. fıkrasına *atıfla*,

Taraf Devletler Asamblesi’nin ICC-ASP/1/Res.1 sayılı ve saldırıcılık suçuna dair çalışmaların devamına ilişkin kararına *atıfla* ve Saldırıcılık Suçu Özel Çalışma Grubu’na saldırıcılık suçuna ilişkin bir düzenleme önerileri geliştirdiği için *minnettarlığını ifade ederek*, Taraf Devletler Asamblesi’nin, Gözden Geçirme Konferansı’na değerlendirmeye alınmak üzere saldırıcılık suçuna ilişkin bir düzenleme önerilerini havale ettiği ICC-ASP/8/Res.6 sayılı kararını *kayda alarak*,

Mahkeme’nin saldırıcılık suçuna ilişkin yargı yetkisini bir an evvel etkin hale getirmek *kararlılığıyla*,

1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (metinde Statü olarak anılacaktır) 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Statü’de, işbu karara Ek I’de bulunan değişiklikleri yapma *kararını alır*. Değişiklikler imza ya da onaya tabidir ve 121. maddenin 5. fıkrası uyarınca yürürlüğe girerler. Taraf Devletlerden her biri imza ya da onaydan önce madde 15 *bis*’de öngörülen bir deklarasyon yapabilir;

2. *Ayrıca* Suçun Unsurları’na işbu karara Ek II’de bulunan değişiklikleri yapma *kararını alır*;

3. *Ayrıca* yukarıda belirtilen değişikliklerin yorumlanmasına yönelik olan ve işbu karara Ek III’de bulunan açıklayıcı beyanların kabulü *kararını alır*;

4. Öte yandan Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmaya başlamasından yedi yıl sonra bu değişiklikleri gözden geçirme kararını alır;

5. Tüm Taraf Devletleri Ek I'de bulunan değişiklikleri imzalamaya ya da onaylamaya davet eder.

Ek I

(...)

Madde 15 bis

Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi

1. Mahkeme saldırganlık suçunda yargı yetkisini, 13 maddenin (a) ve (c) bentleri hükümlerine uygun olarak, işbu maddedeki düzenlemeler çerçevesinde kullanabilir.

2. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin olarak yargı yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından imzalanması ya da onaylanmasından bir yıl geçtikten sonra kullanabilir.

3. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini, 1 Ocak 2017'den sonraki bir tarihte, Statü'de değişiklik yapmak için gerekli çoğunlukla Taraf Devletlerce alınacak bir karara tabi olan bu maddeye uygun olarak kullanacaktır.

4. Mahkeme, bir Taraf Devletin saldırganlık fiilinden kaynaklanan saldırganlık suçu üzerindeki yargı yetkisini, o Taraf Devlet'in daha önceden kayda geçirttiği bir deklarasyonla Mahkeme'nin bu konudaki yargı yetkisini kabul etmediğini beyan etmiş olmaması koşuluyla, 12. maddeye uygun olarak kullanır. Taraf Devlet bu deklarasyonu dilediği zaman geri alabilir ve her halde üç yıl içinde bu konuyu değerlendirmeye alır.

5. Statü'ye taraf olmayan bir Devletin vatandaşlarınca ya da ülkesi üzerinde işlenen saldırganlık suçunda Mahkeme'nin yargı yetkisi yoktur.

6. Savcı saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturma başlatmak için makul sebepler bulunduğu kanaatine varırsa, öncelikle Güvenlik Konseyinin ilgili Devletin saldırganlık fiili işlediğine ilişkin bir tespiti olup olmadığını araştıracaktır. Savcı Birleşmiş Milletler Genel

Sekreteri'ni Mahkemeye intikal eden durum hakkında, gerekli bilgi ve belgeleri de sunmak suretiyle bilgilendirir.

7. Güvenlik Konseyinin bu şekilde bir tespitte bulunmuş olması halinde, Savcı saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmayı başlatabilir.

8. Durumun bildirilmesini takip eden altı ay içinde böyle bir tespit yapılmaması halinde Savcı, Ön Yargılama Dairesi'nin 15. maddede düzenlenen prosedüre uygun biçimde saldırganlık suçuna ilişkin bir soruşturmanın başlatılmasına izin vermesi ve Güvenlik Konseyi'nin 16. madde uyarınca aksine bir karar almaması kaydıyla, saldırganlık suçuna ilişkin soruşturmaya başlayabilir.

9. Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez.

10. İşbu madde düzenlemeleri 5. maddede anılan diğer suçlara ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumlarına etki eder şekilde yorumlanamaz.

...

Madde 15 ter

Saldırganlık Suçunda Yargı Yetkisinin İşletilmesi

(Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla)

1. Mahkeme saldırganlık suçunda yargı yetkisini, 13 maddenin (b) bendi hükümlerine uygun olarak, işbu maddedeki düzenlemeler çerçevesinde kullanabilir.

2. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin olarak yargı yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından imzalanması ya da onaylanmasından bir yıl geçtikten sonra kullanabilir.

3. Mahkeme saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini, 1 Ocak 2017'den sonraki bir tarihte, Statü'de değişiklik yapmak için gerekli çoğunlukla Taraf Devletlerce alınacak bir karara tabi olan bu maddeye uygun olarak kullanacaktır.

4. Mahkeme haricindeki bir makam tarafından saldırganlık fiilinin tespit edilmiş olması Mahkeme'nin bu Statü uyarınca varacağı sonucu önceden belirlemez.

5. İşbu madde düzenlemeleri 5. maddede anılan diğer suçlara ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumlarına etki eder şekilde yorumlanamaz.

Delegasyonların nihai istişarelerde bulunmalarına olanak sağlamak için genel kurula son bir kez ara verildi. Ara bitince Başkan salona döndü ve daha fazla tartışmaya imkân vermeden son önerisinin oybirliğiyle onaylanıp onaylanmadığını sordu. Makalenin okurları öykünün geri kalanını biliyor. Kampala Konferans Merkezi'nin Viktorya Gölü manzaralı terasında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Birinci Gözden Geçirme Konferansı delegeleri kutlamalara başladı.

5. Kampala Uzlaşması: Dönüm Noktasını Tevazu Mümkün Kıldı

Saldırganlık suçunun UCM Statüsü'ne konulması hukuk politikası açısından tartışmalı bir konuydu ve müzakere süreci boyunca eleştiriler eksik olmadı.¹⁰² Burada bu tartışmayı sürdürmek uygun olmaz.¹⁰³ Onun yerine, Kampala uzlaşmasının ana unsurları üzerinde bir ilk değerlendirme niteliğindeki şu gözlemleri sunuyoruz.

A. Suçun Tanımı

Bir yasal tanımın değerlendirilmesinde 'en yüksek kodifikasyon standardı'¹⁰⁴ esas alınır, UCM Statüsü madde 8 *bis* taslağı¹⁰⁵ muhtemelen geçer not alamaz. Maddede 3314 sayılı Karar'ın ekinin 3. Maddesine yapılan atıf sorunludur. Bir devletin hukuka aykırı silaha başvurma fiilinin özü de, kolektif kast şartı üzerinden muhtemelen çok daha iyi ifade edilirdi.¹⁰⁶ Ne var ki, saldırganlık suçunun tanımı için

¹⁰² Paulus ve Glennon'un düşünceli katkıları için bkz. Paulus and Glennon, a.g.e.

¹⁰³ Yakın tarihli bir düşünce alışverişi için bkz. A. Paulus, 'Second Thoughts on the Crime of Aggression', 20 *EJIL* (2009) 1117- 1128, ve Kreß, a.g.e. (dipnot 30), s. 1129- 1146.

¹⁰⁴ Meron, a.g.e., s. 3.

¹⁰⁵ RC/Res.6, Annex I *sub* 2; yukarıda 3.C.1. başlığında göstermiş olduğumuz gibi, m. 8 *bis* taslağı UCM Statüsü m. 25(3) *bis* taslağıyla birlikte okunmalıdır (*ibid.*, Annex I *sub* 5.). Buna ek olarak, m. 8 *bis* taslağının yanında Unsurlar taslağı ile (*ibid.*, Annex II, ve yukarıda 3.D. başlığı) 6. ve 7. Açıklayıcı Beyanlar (*ibid.*, Annex III, *sub* 6. and 7., ve yukarıda 4.E başlığı) kabul edilmiştir.

¹⁰⁶ Bu eleştirinin daha detaylı ifade edildiği bir çalışma için bkz. Kreß, a.g.e. (dipnot 30), s. 1136-1142.

bu derece yüksek bir standart belirlemek, bu suçu tanımlamaktan vazgeçmekle neredeyse eşdeğerdir. Değerlendirmeyi daha gerçekçi bir kıstasla yaparsak, ne kadar büyük bir başarı elde edildiğini teslim edebiliriz. Suçun dar biçimde tanımlanması, UCM Statüsü'nü kaleme alanların UCM'nin yargı yetkisini ancak kolektif bir hukuki müdahaleyi haklı kılacak derecede ağır fiillerle sınırlı tutmak yolundaki iradeleriyle uyumludur. Daha net söylemek gerekirse, 'açık hukuka aykırılık' şartı, kuvvete başvurma yasağının birincil normunun içeriğinin –maalesef– önemli ölçüde belirsiz olması olgusunu dikkate alıyor.

Böylelikle UCM yargıçlarının eline, güncel uluslararası güvenlik hukukunun ana sorunlarının uluslararası ceza adaleti arka kapısından içeri sızarak Mahkemeyi işgal etmesinin önüne geçecek araçlar verilmiştir. Öte yandan, özellikle ek şartlara ilişkin düzenlemeleri kullanmak suretiyle tanımın hukuken daha da geliştirilmesi mümkündür. Gelecekte normun içeriğinin geliştirilmesinde uluslararası teamüli hukukun ne derece katkısının olacağı da görülecek. Her halde, devlet yöneticileri, hukuka aykırılığı makul ölçüde belirgin biçimde silaha başvurdukları haller için 2017'den itibaren ceza kovuşturmasına uğrama ihtimaliyle karşı karşıya olduklarından artık haberdarlar. Müzakereler bundan çok daha geri bir noktada da sonuçlanabilirdi.

B. Yargısal Rejim

1. Güvenlik Konseyi'nin Yetkisi

Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık suçu şüphesi barındıran bir olayı UCM'ye gönderme yetkisi tartışmasız kabul ediliyordu. Nitekim m. 15 *ter* taslağı bu yetkiyi tanıyor. Bu hükmün Konsey'in bir saldırganlık fiilinin mevcudiyetine ilişkin bir tespitte bulunması şartını içermemesi ilginçtir. Böylece, Konsey'in, BM Şartı m. 39'a göre çok sert bir tanımlamada bulunmaksızın bir soruşturma başlatmak üzere yeşil ışık yakmak isteyebileceği düşüncesi somutlaştırılmıştır.¹⁰⁷ Bu yetkinin Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı m. 39 ve UCM Statüsü m. 13(b) bağlamındaki uygulamasını nasıl etkileyeceği uluslararası

¹⁰⁷ Değişik 'yeşil ışık yakma' seçenekleri Kampala Konferansı'ndan önce de tartışılmıştır. Bkz. D. Scheffer, 'A Pragmatic Approach to the Crime of Aggression', in Belleli, a.g.e., 609- 619.

güvenlik hukukunun gelecekteki dönüşümü açısından ilgi çekici bir sorudur. Mahkeme'nin yargı yetkisinin Güvenlik Konseyi üzerinden harekete geçirilmesinin, devletlerin Kampala değişikliklerini onaylaması şartına bağlanmamış olması önemlidir.¹⁰⁸ 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli' taraftarı devletlerin dahi Konsey'in saldırganlık suçunda Konsey'in UCM'nin evrensel yargı yetkisini devreye sokabilmesi fikrine yatkın olması dikkate değerdir.¹⁰⁹

2. (Yumuşatılmış) Kabul Mekanizması

Müzakerelerin en çetin geçen kısmı Güvenlik Konseyi'nin saldırganlık suçuna ilişkin kovuşturmalarda münhasır yetkisinin olup olmayacağı sorununa ilişkin olanıydı. Taraf devletlerin başvurusu üzerine ya da res'en başlatılan soruşturmalara ilişkin UCM Statüsü m. 15 *bis* taslağı münhasır yetkiyi kabul etmiyor ve Ön Yargılama Dairesi'nin tüm hallerde bir soruşturmanın başlatılmasına izin vermesi şartıyla özel bir yargısal filtre getirmekle yetiniyor.¹¹⁰ Bu, UCM Statüsü'nün uluslararası ceza hukukunun herkese eşit uygulanması hedefiyle uyumlu önemli bir gelişmedir. Ancak, Güvenlik Konseyi'nin münhasır yetkisi üzerinde ısrar edenlerin elleri çok güçlüydü ve dolayısıyla bu itirazı bertaraf edebilmek için yüksek bir bedel ödenmesi gerekmiş olması hiç de şaşırtıcı değil. Kısmen bu nedenle, UCM Statüsü m. 15 *bis* çok karmaşık bir düzenleme getiriyor. Düzenlemenin karmaşıklığı, öte yandan, UCM Statüsü m. 121'le beraber ele alınması halinde UCM Statüsü m. 5(2)'nin anlamının belirsizleşmesinden ve bu belirsizlik nedeniyle müzakereler sırasında meydana gelen tartışmalardan kaynaklanıyor.¹¹¹ Kampala

¹⁰⁸ Bu, ikinci Açıklayıcı Beyan'la ortaya konmuştur; bkz. RC/Res.6, Annex III *sub* 2. Ne var ki, Mahkemenin yargı yetkisi en az otuz Taraf Devletin onayı ve 1 Ocak 2017'den sonraki bir tarihte alınacak aktive etme kararına bağlanmıştır; bkz. UCM Statüsü m. 15^{ter} (2) ve (3) taslakları. Otuz Taraf Devletin onayı şartının tamamlanmasından itibaren bir sene geçtikten sonra, ancak aktivasyon kararından önce işlenen bir saldırganlık fiilinde Mahkeme'nin yargı yetkisinin olup olmayacağı sorusunun karşılığı tam belli değildir. UCM Statüsü m. 15 *bis* (2) ve (3) taslakları bu durumda Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabilmesine olanak sağlarken, birinci Açıklayıcı Beyan (RC/Res.6, Annex III *sub* 1.) tam tersini öngörüyor. Bu sorunun pratik önemi muhtemelen çok büyük değil, dolayısıyla bu makalede bu konu üzerinde durmayacağız.

¹⁰⁹ Bu olgu, UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesinin soruşturmanın Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla başlaması hallerine uygulanmayacağı yorumunun geçerli olacağına işaret ediyor.

¹¹⁰ UCM Statüsü m. 15 *bis* (8). Ön Yargılama Dairesi hakkında bkz. UCM Statüsü m. 34(b) ve m. 39(1).

¹¹¹ Bkz. Yukarıda 3.C.3 başlığı.

uzlaşmasının kabulü esnasında Japonya, UCM Statüsü m. 15 *bis*'in 'bu derece belirsiz bir hukuki temele' dayandırılmasından üzüntü duyduğu beyanında bulundu.¹¹² Bu kaygı üzerinde çok ciddi olarak durulmalı. Bu konuda bu makalenin sınırları içinde bir cevap bulmaya çalışmak çok cüretkâr bir çaba olur. Biz, yine de, konuya bir ölçüde ışık tutmak yolunda mütevazı bir girişimde bulunacağız. Bunun, Kampala uzlaşmasının en nazik parçasına yönelik yapıcı bir tartışmaya katkıda bulunması ideal olacaktır.

UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) taslağının birinci cümlesi UCM Statüsü m. 12'nin saldırganlık suçunda uygulanmasını öngörüyor. Ne var ki, bu maddenin uygulanması daha önceden Mahkemenin bu konudaki yargı yetkisini kabul etmediğini önceden deklare etmemiş bir Taraf Devletçe icra edilen bir saldırganlık fiilinin mevcudiyeti halinde söz konusu olacaktır. Bu, her şeyden önce, Statü'ye taraf olmayan bir devletçe işlenen bir saldırganlık fiilinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanamayacağı anlamına gelir. Bu kısıtlama, UCM Statüsü m. 15 *bis* (5) düzenlemesini kısmen gereksiz hale getiriyor. 5. fıkranın 4. fıkraya yönelik olarak getirdiği, saldırganlık suçunda yargı yetkisini kabul etmediğini beyan etmeden saldırganlık suçu düzenlemelerini imzalayan bir Taraf Devlet'in Statü'ye taraf olmayan bir devlete *karşı* icra ettiği bir saldırganlık fiilinde Mahkemenin yine yargı yetkisine sahip olmayacağı şeklindeki ek bir kısıtlamadır.¹¹³

UCM Statüsü m. 15 *bis* (4), aynı zamanda, saldırganlık suçuna ilişkin yargı yetkisini kabul etmediğini önceden beyan eden bir Taraf Devletin icra ettiği saldırganlık fiillerinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanamayacağını düzenleyerek, UCM Statüsü m. 12'nin uygulanmasına bir engel daha getiriyor. Ne var ki, bu düzenleme Mahkeme'nin bir Taraf Devletçe icra edilen saldırganlık fiilinden kaynaklanan saldırganlık suçunda ancak o Taraf Devletin saldırganlık

¹¹² Bkz. *Statement by Japan (11 June 2010)*; (metin yazarlarda mevcuttur).

¹¹³ Bu ek kısıtlama, saldırıya uğradığı iddiasını ileri süren Statü'ye taraf olmayan devletin UCM Statüsü m. 12(3) uyarınca ad hoc bir kabul beyanında bulunduğu yorumuyla dolanılamaz. UCM Statüsü m. 15 *bis* (5), UCM Statüsü m. 12(3)'e kıyasla özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir ve dolayısıyla Statü'ye taraf olmayan devletlerin UCM Statüsü'nün saldırganlık suçuna karşı geliştirdiği asimetrik fayda sağlamalarına yönelik kullanılamaz. Bu konuda mütereddit bir yorum için bkz. A. Reisinger Coracini, 'The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction over the Crime of Aggression - at Last ... in Reach ... over Some', 2 *Göttingen Journal of International Law* (2010) 745- 789, s. 780- 781.

suçu düzenlemelerini imzalaması ya da onaylaması halinde yargı yetkisini kullanabileceği anlamına *gelmez*.¹¹⁴ Madde 15 *bis* (4) taslağının lafzı böyle bir kısıtlamaya işaret etmediği gibi, maddenin kaleme alınış süreci de böyle bir çıkarsama yapmaya izin vermez.¹¹⁵ ‘Yargı yetkisini kabul etmeme beyanı’ düşüncesi, yargısal rejimi UCM Statüsü m. 12(2) düzenlemesine bırakmayı savunanlarla (ABİ Önerisi) sıkı bir kabul rejimini savunanlar (Kanada Önerisi) arasındaki görüş ayrılığını gidermek için ortaya atıldı. Taraf Devletlerden mutlaka bir kabul beyanı talep edilmemesi, buna karşılık yargı yetkisini kabul etmeme beyanında bulunma olanağının tanınması, iki farklı yargı rejimi önerisi arasında ‘yumuşatılmış kabul rejimi’ şeklinde bir orta yolun yaratılması ve dolayısıyla bir uzlaşma imkânının yaratılmasıdır.

Yine de saldırganlık iddiasıyla karşılaşan devletin saldırganlık düzenlemelerini imzalamış olması şartının Gözden Geçirme Konferansı’nda kabul edilen kararın (1) numaralı bendinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorulabilir. Karar metninin bu bölümü, saldırganlık düzenlemelerinin ‘121. maddenin 5. fıkrası uyarınca yürürlüğe’ gireceğini öngörüyor. Bu ifade atıf yapılan maddenin (UCM Statüsü m. 121(5)/ç.n.) *ikinci cümlesini de* içerir biçimde okunabilir ve bu düzenlemenin olumsuz bir yorumuyla, saldırganlık iddiasına muhatap olan devletin saldırganlık düzenlemelerini imzalamış olması şartının yerine gelmesi gerekli sayılabilir. Eğer UCM Statüsü m. 121(5)’e yapılan atıf bu sonucu doğuracak olsaydı, ‘yargı yetkisini kabul etmeme beyanı’ mekanizması uzlaşma yaratan bir öneri olmaktan çıkardı. Dahası, UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) taslağının esas işaret ettiği nokta, UCM’nin yargı yetkisini, ilke olarak ‘12. maddeye uygun şekilde’ kullanmasıdır. Saldırganlık iddiasına muhatap olan devletin her halde imza ya da onayının bulunması arandığında, bu ilke zarar görecektir. Bu durumda, UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) düzenlemesiyle Gözden Geçirme Konferansı kararının ilk uygulama fıkrası arasında açık bir zıtlık bulunduğunu inkâr etmek mümkün olmayacaktır. Oysa, konu daha yakından incelendiğinde, bu çelişik yorumdan kaçınılabilir. Gözden Geçirme Konferansı kararının UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesine sadece yürürlüğe girme

¹¹⁴ Bkz. Clark, a.g.e., s. 704.

¹¹⁵ Bkz. Yukarıda 4.D başlığı.

bakımından atıf yapıyor ve buna ilişkin düzenleme söz konusu maddenin sadece birinci cümlesinde yer alıyor.¹¹⁶ Dolayısıyla, Gözden Geçirme Konferansı kararıyla UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) düzenlemesini, hem söz konusu maddenin lafzı hem de müzakerelerin içeriği itibarıyla, birlikte anlamlandırmak mümkündür ve dolayısıyla bu tercih edilen yorum olmalıdır.

Yargı yetkisini kabul etmeme beyanında bulunmamış bir Taraf Devletin saldırganlık filinden kaynaklanan bir saldırganlık suçunda UCM Statüsü'nün 12(2) maddesi tam olarak nasıl uygulanacaktır? Gözden Geçirme Konferansı kararının saldırganlık suçu düzenlemelerinin UCM Statüsü m. 121(5) uyarınca yürürlüğe gireceğine ilişkin bölümü burada devreye girer. Söz konusu maddenin ilk cümlesine göre, bu düzenlemeye göre yürürlüğe girecek değişiklikler 'değişiklikleri kabul etmiş taraf devletler açısından onay veya kabulün bildirilmesinden bir yıl sonra yürürlüğe girer'. 'Değişiklikleri kabul etmiş Taraf Devletler açısından yürürlüğe' girmek, esas itibarıyla, ilgili Taraf Devletin UCM Statüsü m. 12(2)'de sıralanan yargı yetkisinin doğmasına ilişkin iki koşuldan en az birini Mahkeme açısından sağlaması anlamına gelir. Bu durumda, şu iki sonuçtan birisi doğacaktır: Saldırganlıkla iddiasına muhatap olan Taraf Devlet saldırganlık düzenlemelerini onayladıysa, UCM Statüsü'nün 12(2)(b) maddesi uyarınca, saldırıya uğrayan Taraf Devletin aynı düzenlemeleri onaylayıp onaylamaması davayı etkilemez. Saldırgan Taraf Devlet saldırganlık düzenlemelerini onaylamadıysa, saldırıya uğrayan Taraf Devletin onayının bulunması muhakkak gerekir.¹¹⁷

Böylesi bir yargılama rejimini, mutlak onaya dayalı 'Olumsuz Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli'nden ayırştırmak için, 'yumuşatılmış' onaya dayalı olarak adlandırmak muhtemelen daha doğru olur. Japonya'nın ortaya attığı soru, bu rejimin sağlam bir hukuki temeli olup olmadığıdır. UCM Statüsü m. 15 *bis* (4) taslağı

¹¹⁶ İkinci cümle olumsuz yorumlanırsa, artık yürürlüğe girmeye ilgili olmaktan çıkacak, Mahkeme'nin yargı yetkisinin kullanılmasına sınır getiriyor niteliğe bürünecektir.

¹¹⁷ Saldırıya uğrayan Taraf Devlet de UCM Statüsü m. 12(3) uyarınca *ad hoc* onayla Mahkeme'nin yargı yetkisi bağını kurabilir. Biz, bu makalede bu olasılığı değerlendirmeye almayacağız. Ancak, bkz. Reisinger Coracini, a.g.e., s. 775- 776.

yorumu yukarıda açıklanan modellerden hiçbirisiyle uyumlu değildir.¹¹⁸ Ancak, vurgulanmalıdır ki, aynısı ‘Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’ için de geçerlidir. Taraf Devletlerin Kampala sürecinde UCM Statüsü m. 121(5) düzenlemesinin bu yorumunda uzlaşmak istememiş olmaları, ‘Roma Statüsü’nün 8. Maddesinde yapılacak değişiklikler’e ilişkin kararın ‘olumlu anlayışı’ desteklemiyor olmasından da anlaşılabilir.¹¹⁹ Bu anlayış açısından sadece saldırganlık suçu kapsamında bir uzlaşmanın varlığı da iddia edilemez, çünkü ‘Olumlu Anlayışa Dayalı Madde 121(5) Modeli’nden farklı olarak Statüye taraf olmayan devletlerce ya da bu devletlere karşı icra edilen fiillerden kaynaklanan saldırganlık suçu, UCM Statüsü taslak madde 15 *bis* (4) ve (5) itibarıyla Mahkeme’nin yargı yetkisi dışında bırakılmıştır.

Dolayısıyla, Japonya UCM Statüsü taslak m. 15 *bis*’in öngördüğü yargısal rejimin UCM Statüsü m. 121’in 4. ve 5. bentlerinde öngörülen rejimden farklı, nev’i şahsına münhasır (*sui generis*) bir çözüm olduğunu iddia etmekte haklıdır. Kampala uzlaşmasının yumuşatılmış onaya dayalı mekanizmasının, yargı yetkisinin kullanılabilmesi için, ‘Kabul Modeli’ ve ‘Madde 121(4) Modeli’ni başlangıç noktası olarak aldığı, ardından bunlara UCM Statüsü m. 121(5)’te öngörülen yürürlüğe girme mekanizmasını ve geniş kapsamlı bir *sui generis* koşullar manzumesini eklediği söylenebilir.

Buradaki kritik sorun, Taraf Devletlerin UCM Statüsü m. 121(4)’te öngörülen hantal değiştirme usulünü izlemeksizin de yaratıcı olabilme hukuki kudretine sahip olup olmadıklarıdır. Bizce, böylesi bir yetki Taraf Devletlerin içinde hareket etmek durumunda oldukları hukuki çerçevenin belirsizliğinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkıyor. Kişisel tercihi ne yönde olursa olsun, hiç kimse UCM Statüsü’nün m. 5(2) ve m. 121 düzenlemeleri arasındaki etkileşimi tatmin edici biçimde açıklayacak herhangi bir model bulunmadığını inkâr edemez. UCM Statüsü m. 121’e hukuki muamma yaratan bir atıfla bağlanan ve

¹¹⁸ Bkz. Yukarıda 3.C.3 başlığı.

¹¹⁹ Bkz. *Resolution RC/Res.5*, Adopted at the 12th plenary meeting, on 10 June 2010, by consensus, Advance version 16 June 2010 13:00; http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf [5 Ekim 2010]. Belirtilmelidir ki, söz konusu kararın aynı bölümü Taraf Devletler ve Taraf Olmayan Devletler arasında ayırım yapılmaması konusundaki ortak anlayışı da ifade ediyor; bkz. dipnot 68.

‘bu suçla ilgili olarak Mahkeme’nin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm’ koyma yetkisi tanıyan UCM Statüsü m. 5(2) düzenlemesinin, Taraf Devletlere taslak m. 15 *bis* (4) düzenlemesinde ifadesini bulan *sui generis* rejimi yaratma yetkisini verdiğinin kabulü gerekir. Bu düzenlemenin hukuki temeli belki çok sağlam değildir, ancak mevcut koşullar altında olabileceği kadar sağlamdır. İdeal olanı –ki Japonya bu çağrıyı yapmakta haklıdır-devletlerin UCM Statüsü taslak 15 *bis* (4) düzenlemesinin yorumunda ortak bir anlayış geliştirmeleridir. Ancak, bu ortak anlayış ortaya çıkmasa da, hiç kimse sorunun yargı makamı yoluyla çözüme kavuşturulmasından korkmamalıdır.

‘Yumuşatılmış onaya dayalı rejim’ çerçevesinde UCM’nin yargı yetkisinin, saldırganlık suçu düzenlemelerinin her durumda eşit uygulanabilir olması beklentisini karşılayacak denli geniş olmadığı aşikâr. Mahkeme’nin karşı karşıya olduğu en kayda değer sınırlama, hiç kuşkusuz, Statü’ye taraf olmayan devletlerin fiillerinden kaynaklanan saldırganlık suçunda yargı yetkisinin kategorik olarak tanınmaması. Salt hukuki bir bakış açısından, böyle bir karara varılması zorunlu değildi. Hukuk politikası açısından bakıldığında da böylesi bir kararın ortaya çıkmış olmasına hayıflanmak gerekli. Ancak, saldırganlık suçunun uluslararası hukukta suç sayılan diğer fiillerle aynı şekilde ele alınmasının önünde ciddi bir direncin bulunması da uluslararası arenanın bir gerçeğidir. Bu son derece güç koşullarda, Güvenlik Konseyi’nin yetkisi yanında devlet onayına dayalı bir mekanizmanın da yerleştirilebilmiş olması çok önemlidir. Öte yandan, devlet onayı mekanizmasının UCM Statüsü m. 12(2) düzenlemesinin bir yargı yetkisi kabul etmeme beyanı imkânıyla birlikte düzenlenerek yumuşatılması da, Kampala öncesi gerçekçi beklentileri aşan bir sonuç oldu.

C.Saldırganlık Suçu ve Tamamlayıcılık Complementarity Prensibi

UCM Statüsü’nün tamamlayıcılığı ilkesinin saldırganlık suçunda nasıl uygulanacağı sorununa nispeten az dikkat yöneltildi.¹²⁰ Konu 2004 Princeton toplantısında tartışıldı ve UCM Statüsü’nün 17 ve devamı maddelerinin herhangi bir değişiklik olmaksızın uygulanması görüşü

¹²⁰ Konu üzerindeki çok az akademik incelemeden birisi için bkz. P. Wrangle, ‘The Crime of Aggression and Complementarity’, in Bellelli, a.g.e., 591-607.

ağır bastı.¹²¹ Konu, ‘yargı yetkisinin geniş belirlenmesi halinde Taraf Devletlerin ulusal hukuklarına hükümet yetkililerinin saldırganlık iddiaları nedeniyle başka bir devletin mahkemelerinde yargılanması ihtimalini güçlendirecek –hatalı olacağını düşündüğümüz- bir tanım koymalarına yönelik kaygılarını dile getiren ABD delegasyonu tarafından yeniden gündeme getirildi.¹²² Beşinci Açıklayıcı Beyan, bu ihtimale yönelik zımni bir tepkiyi yansıtıyor. Bu Beyan şöyle:

Bu değişiklikler, başka bir Devlet tarafından işlenen saldırganlık fiiline ilişkin ulusal yargı yetkisinin kullanılması hakkını ya da yükümlülüğünü ortaya çıkarır şekilde anlaşılabilir.¹²³

Dışarıdan bakıldığında bu Açıklayıcı Beyan malumu ifşa ediyor, çünkü UCM Statüsü Taraf Devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde ve yargılama rejimlerinde haklar ya da yükümlülükler ortaya çıkarmak amacıyla kaleme alınmadı. Ne var ki bu Açıklayıcı Beyan’ın kabul edilmesinin ardında yatan niyet daha karmaşık. UCM Statüsü’nün tamamlayıcılığı ilkesinin benimsenmesinin ardındaki temel amaç Taraf Devletlerin, en azından UCM Statüsü m. 12(2)(a) ve (b) düzenlemelerinde anılan hallerden biriyle bağlı bir yargı yetkisinin ortaya çıktığı hallerde UCM Statüsü m. 5’de sayılan bir suça ilişkin yargılama yapma hukuki imkânını kendilerine tanımalarıdır. Beşinci Açıklayıcı Beyan, ilgili devletin saldırganlık fiilinden kaynaklanmadığı sürece saldırganlık suçu açısından aynı amacın geçerli olmadığını belirtiyor. Bu Açıklayıcı Beyan’ın ışığında devletler, saldırganlık suçunda aktif vatandaşlık bağına dayalı olan haricinde yargı yetkisi geliştirme konusunda teşvik edilmediklerini hissedeceklerdir. Bu Açıklayıcı Beyan’ın ulusal yasama organları üzerinde caydırıcı etki yaratıp yaratmayacağını gözlemlemek ilginç olacak.

6. Geleceğe Bakış

Kampala uzlaşmasının herkesi memnun etmediği ortada. Belki de, hiç kimseyi tümüyle memnun etmedi, demek daha doğru olacaktır. Ne var ki, bir yüzyılı aşkın zamandır yürütülen ateşli tartışmalardan sonra, UCM Statüsü’ne Taraf Devletler Mahkeme’nin saldırganlık suçunda

¹²¹ Bkz. Barriga, Danspeckgruber and Wenaweser, a.g.e., s. 201-202 (par. 20 - 27).

¹²² Bkz. 4 Haziran tarihli ABD demeci, yukarıda dipnot 91.

¹²³ RC/Res.6, Annex III sub 5.

yargı yetkisini kullanabilmesinin zeminini hazırladılar ve de bunu oybirliğiyle yaptılar. Nihai uzlaşma, tüm eksikleri ve karmaşıklıklarına rağmen, uluslararası hukukun gelişiminde bir kilometre taşı oluşturuyor. Taraf Devletler ve UCM'yi destekleyen sivil toplum kuruluşları varılan bu uzlaşmanın arkasında durmalı ve UCM'nin yargı yetkisini 1 Ocak 2017'den itibaren işler kılma kararlılıklarını hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya koymalıdır. UCM, o gün gelene dek önündeki bu yeni zorlu göreve hazırlanmalı. Mahkeme, yargı yetkisini saldırganlık suçu söz konusu olduğunda da diğer suçlarda olduğu kadar az siyasetleşmiş şekilde kullanmaya muktedir olduğunu gösterme imkânına kavuşacak. Bunda başarılı olursa, uluslararası kamuoyunun sahip olduğu 'yumuşak gücü' Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamının genişletilmesi yolunda kullanmaya başlayacağını beklemek hiç de mantıksız olmaz. Robert Jackson'un bu makalenin başında atıf yaptığımız ünlü Nuremberg taahhüdü şuydu:

Uluslararası hukuksuzluk ortamında kaçınılmaz hale gelen ardı ardına savaşların önüne geçmek için atılması gereken son adım, devlet yöneticilerini hukuk karşısında sorumlu kılmaktır. Şunu açıkça belirtiyim, her ne kadar bu hukuk ilk olarak Alman saldırganlara karşı uygulanmış olsa da, aynı hukuk başka devletlerin saldırganlığını da, hatta burada hüküm vermek konumunda olanlarınkini de cezalandırmalıdır.¹²⁴

Bu taahhüt hala havada asılı duruyor. Kampala uzlaşması taahhüdün yerine getirilebilmesinin yolunu açtı.

¹²⁴ Bkz. yukarıda dipnot 10.