

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Yurdanur Firdevs KILIÇ

ANKARA, 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Yurdanur Firdevs KILIÇ

Prof. Dr. Türkân YALÇIN

ANKARA, 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ANA BİLİM DALI

SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Türkân YALÇIN

TEZ JURİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Türkân YALÇIN

.....

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

.....

Dr. Öğ. Üyesi Hale AKDAĞ YÜKSEL

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Savunması Tarihi: 19.06.2020

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Türkân YALÇIN danışmanlığında hazırladığım “Savaş Suçları Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri (Ankara.2020) ” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 09.07.2020

Adı-Soyadı ve İmza

Yurdanur Firdevs KILIÇ

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
I. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMI	9
A. GENEL OLARAK	9
B. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ	21
C. ULUSLARARASI SUÇLA İLİŞKİLİ KAVRAMLAR	26
D. SAVAŞ VE SİLAHLI ÇATIŞMA KAVRAMLARI İLE SAVAŞ SUÇLARI	32
E. TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI SUÇLAR.....	47
II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ	55
A. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE DUYULAN İHTİYAÇ.....	55
B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNE KRONOLOJİK BİR BAKIŞ.....	71
1. Genel Olarak	71
2. Nürnberg Askerî Mahkemesi.....	73
3. Tokyo Askerî Mahkemesi.....	80
4. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi	84
5. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi	90
C. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ	94
1. Genel olarak	94
2. Zaman Bakımından Yargı Yetkisi	101
3. Kişi Bakımından Yargı Yetkisi	103
4. Uluslararası Hukuktan Kaynaklanan Bağışıklıklar	108
5. Yer Bakımından Yargı Yetkisi	112
III. ULUSLARARASI HUKUKTA CİNSEL ŞİDDET.....	117
A. GENEL OLARAK	117
B. ROMA STATÜSÜ'NDEN ÖNCEKİ DÜZENLEMELERDE CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ.....	125
C. ROMA STATÜSÜ'NDE TANIMLANAN DİĞER CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ.....	135
1. Genel Olarak	135
2. Soykırım Suçu Niteliğindeki Cinsel Şiddet Fiilleri	137
3. İnsanlığa Karşı Suç Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri	141

IV. ROMA STATÜSÜ'NÜN 8(2)(B)(XXII) VE (E)(IV) MADDELERİNDE TANIMLANAN SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ.....	145
A. GENEL OLARAK	145
B. ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALAR VE ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR AYRIMI.....	146
C. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	157
D. MAĞDUR VE MADDİ KONU	163
E. FAİL	173
F. İŞTİRAK	179
G. SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİNİN MADDİ UNSURU	192
1. Genel Olarak	192
2. Irza Tecavüz.....	194
3. Cinsel Kölelik	210
4. Fuhşa Zorlama	216
5. Gebeliğe Zorlama	225
6. Zorla Kısırlaştırma.....	230
7. Cenevre Sözleşmelerini Ciddi Şekilde İhlal Eden Diğer Cinsel Şiddet Fiilleri	234
H. SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİNİN MANEVİ UNSURU	238
İ. CEZA SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER	243
1. Genel Olarak.....	243
2. İsnat Yeteneğini Etkileyen Durumlar	244
3. Amirin Emrini İfa	248
4. Meşru Savunma	253
5. Zorunluluk Hâli/Tehdit.....	254
6. Hata	257
7. İlgilinin Rızası.....	261
SONUÇ.....	268
KAYNAKÇA	272
ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR.....	293

DAVALAR.....	300
ÖZET.....	304
ABSTRACT.....	306



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AsCK	: Askerî Ceza Kanunu
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBD	: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
B.	: Baskı/Basımevi
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ed.	: Editör
GÜ	: Galatasaray Üniversitesi
GÜHF	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
ICC	: International Criminal Court
ISIL	: Indian Society of International Law
İÜHFEM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCE	: Joint Criminal Enterprise

NATO	: North Atlantic Treaty Organization
No.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TJ	: Trial Judgement
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UCD	: Uluslararası Ceza Divanı
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
UN	: United Nations
Yay.	: Yayıncılık/Yayınevi
Yay.Haz.	: Yayına Hazırlayan
yy.	: Yüzyıl
v.	: versus (-e karşı)

GİRİŞ

Savaşlar, insanlık tarihinin gördüğü en yıkıcı olaylardır.¹ Doğanın insanüstü gücü bile, insan eliyle gerçekleştirilen savaşların yıkıcılığına erişemez. Taraflar silaha bir kez başvurduklarında, artık her türlü suçun, ölçüsüzce işlenebileceği yanılığına düşerler.²

Toplumun düzeni, yalnızca savaşın özünü oluşturan çatışma nedeniyle bozulmaz. Savaşlar nedeniyle ekonomik dengeler değişir, aile ve toplum yapısal değişikliklere uğrar, birey ve toplum psikolojisi olumsuz yönde etkilenir, ekolojik denge bozulur, göç hareketleri kaçınılmaz olur, eğitim ve sağlık gibi temel haklara ulaşmak lüks hâle gelir; en nihayetinde kamu düzenini sağlamak neredeyse imkansızlaşır.

¹ Kurtuluş Savaşı'na liderlik eden, büyük askerî deha Gazi Mustafa Kemal Atatürk, savaşı, cinayete benzetmiş ve şöyle söylemiştir: *“Mutlaka şu veya bu sebepler için milleti savaşa sürüklemek taraftarı değilim. Savaş zorunlu ve hayati olmalıdır. Hakiki düşüncem şudur: Ulusu savaşa götürünce vicdan azabı duymamalıyım. Öldüreceğiz diyenlere karşı, ‘ölmeyeceğiz’ diye savaşa girebiliriz. Ancak, ulusun hayatı tehlikeye girmedikçe, savaş bir cinayettir.”*. Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri (I-III), Atatürk Araştırma Merkezi Yay., C. II, Ankara 1997, s. 128.

² Hugo **GROTIUS**, Savaş ve Barış Hukuku, (Çev. Seha L. Meray), Say Yay. İstanbul 2011, s. 25.

“Suç için ise, bütün bu olayların, bileşik etkisinden daha yatkın bir çevre tasavvur olunamaz.”³

Birinci Dünya Savaşı’yla birlikte insanlık tarihinin gördüğü en büyük iki felaketten biri olarak değerlendirebileceğimiz İkinci Dünya Savaşının, uluslararası kamuoyunda yarattığı infialde, savaş suçu teşkil eden fiillerin en fazla ve en ağır şekilde gerçekleştirilmesinin de payı büyüktür. Uluslararası toplumu derinden etkileyen bu fiiller içinde en çok dikkat çekenlerin, cinsel şiddet fiilleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer pek çok suçta da olduğu gibi, cinsel şiddet içeren savaş suçlarının uluslararası hukuktaki gelişimi, bu fiillerin işlenmesine paralel olarak gerçekleşmiştir. İkinci Dünya Savaşı’nda elim hadiselerin yaşandığı 1945’lerden; kadınların, askerî ve politik hedeflerin bir parçası olarak devamlı suretle ırzına geçildiği, zorla hamile bırakıldığı, cinsel amaçlarla hapsedildiği yıllar olan 1990’lara kadar, kadına yönelik şiddet, uluslararası toplumun gündemini meşgul etmemiştir.⁴

Şüphesiz ki tarih, savaşlarda gerçekleşmiş sayısız cinsel şiddet suçlarıyla doludur. Ancak, savaşlarda gerçekleşen cinsel şiddet fiillerine gösterilen

³ Sulhi **DÖNMEZER**, Kriminoloji, B. 6, İÜHF Matbaası, İstanbul 1981, s. 363.

⁴ Alice **EDWARDS**, Violence Against Women under International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2011, s. 7.

müşamahanın, bir savaş taktiği hâline dönüşmesiyle birlikte cinsel şiddet suçları çok daha vahim bir hâle gelmiştir.⁵

Uluslararası toplumun gündeminde olsun veya olmasın, dünyanın her yerinde, silahlı çatışma dönemlerinde sürekli olarak cinsel şiddet uygulanmaktadır. Savaşlar günümüzde, eskiden olduğu gibi kısıtlı muharebe meydanlarında ve ordular arasında cereyan etmemekte; evlerde, okullarda, sivil toplumların ve giderek artan bir oranla kadınların bedenleri üzerinde gerçekleşmektedir.⁶ Cinsiyete özgü olarak şekil alan şiddetin bu türünde, kadın olmak bir risk faktörüdür. Kadınlar ve kız çocukları, yaşları, etnik kökenleri, politik bağlılıklarından bağımsız olarak, sadece cinsiyetleri nedeniyle bu şiddetin mağduru olurlar.⁷

Feminist yaklaşıma göre; savaş, zaten derin olan kadın-erkek ayrımını daha da derinleştirmekte, erkeğin gücünü simgeleyen savaşlar erkeğin otoritesini artırarak

⁵ Courtney **MCCAUSLAND**, “*From Tolerance to Tactic: Understanding Rape in Armed Conflict as Genocide*” Michigan State International Law Press, C. 25, S.1, 2017, s. 155, 156.

⁶ Noleen **HEYZER**, Women, War and Peace: Mobilizing for Security and Justice in the 21st Century, Ed. Emiko Noma, University of San Diego, 2004, s. 17.

⁷ Shattered Lives, Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath, Human Rights Watch/Africa, Human Rights Watch Women's Rights Project, 1996, s. 1.

cinsiyetler arası mesafeyi daha da ileri boyutlara taşımaktadır. Savaşlardaki bu eril kültür, kadını savaşın en önemli mağduru hâline getirmektedir.⁸

Öte yandan cinsel şiddetin tek mağduru, kadınlar değildir.⁹ BM Genel Sekreteri'nin *Çatışmadan Kaynaklanan Cinsel Şiddetin Giderilmesi Hakkındaki Kılavuz Notunda* yer aldığı üzere: Kadınlara, erkeklere, kız veya erkek çocuklarına yönelik çatışma veya çatışma sonrası zamanlı cinsel şiddet vakaları, çatışmanın kendisiyle ya da çatışmayla ilintili olarak ortaya çıkan diğer durumlarla doğrudan/dolaylı bağlantı hâlinindedir. Çatışma kaynaklı cinsel şiddet, diğer tüm görünümünün yanı sıra, ırza tecavüz, hamileliğe zorlama, zorla kısırlaştırma, düşüğe zorlama, fuhşa zorlama, cinsel istismar, insan ticareti, cinsel kölelik, sünnete zorlama, hadım etme, çıplaklığa zorlama ve benzeri ağırlıktaki diğer cinsel şiddet fiilleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Şartlara göre değişmekle birlikte bu fiiller; savaş suçu, insanlığa karşı suç, soykırım suçu, işkence suçu veya insan haklarının diğer ağır ihlallerini oluşturabilirler.¹⁰

⁸ M. Necip **ARMAN** – Didem **ŞERBETÇİ**, “*Postkolonyal Feminist Teoride Milliyetçilik, Militarizm ve Savaş Karşıtlığı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 14, S. 3, 2012, s. 65-83.

⁹ Türkân **YALÇIN**, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 89.

¹⁰ United Nations, Secretary-General, “*Guidance Note on Reparations for Conflict-Related Sexual Violence*”, 2–3 Haziran 2014, s. 2, 3. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/docs/2014/unsg-guidance-note-reparations-for-conflictrelated-sexual-violence-2014-en.pdf?la=en&vs=1356> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)

Cinsiyet veya toplumsal cinsiyet temelli suçlarda istismar, savunmasız mağdurlar ve kudretli saldırganlar arasındaki güç ve istibdat dinamiklerinden kaynaklanmaktadır.¹¹ Barış zamanında ayrımcılık unsuru taşıyan normlar ve uygulamalar, savaş zamanlarında kendilerini katlarlar.¹² Silahlı çatışmanın varlığı, cinsel şiddetin ağırlığının ve yaygınlığının bir kuvvet çarpanıdır. Yani barış döneminde de toplumu derinden sarsan nitelikteki cinsel suçlar; savaş zamanlarında çok daha yaygın ve çok daha sarsıcı şekilde uygulanırlar.

İç hukukun yargı yetkisindeki cinsel suçlarda, mağdurların suçu bildirmekte, yetkililerin suçu kovuşturmakta, faillerinse suçu itiraf etmekte diğer suçlara kıyasla daha az istekli olduğu görülmektedir.¹³ Barış dönemlerinde dahi toplumun konuya yaklaşımı nedeniyle diğer suçlardan ayrılan cinsel şiddet fiillerinin, toplumsal düzenin varlığının sıfıra yaklaştığı savaş ortamlarında, işlenmesi hayli kolaylaşırken; soruşturulması da bir o kadar güçleşmektedir.

Cinsel şiddet fiilleri, toplumun yapısını geri dönülmez bir şekilde tahrip ettiğinden, üzerinde önemle ve hassasiyetle durulması gereken türden fiillerdir. Bu çalışmayla “*bireyin, bedensel, zihinsel, toplumsal ve sosyal var olma simgelerini ve*

¹¹ Separate Opinion of Judge Luz Del Carmen Ibáñez **CARRANZA**, (No: ICC-01/04-01/06 A7 A8), s. 24, § 40 https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2019_05634.PDF (Erişim Tarihi 22.09.2019)

¹² Kelly D. **ASKIN**, “*Comfort Women - Shifting Shame and Stigma from Victims to Victimizers*”, International Criminal Law Review, C. 1, S. 1 ve 2, 2001, s. 8.

¹³ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 8.

bunlarda somutlaşan değerleri çiğneyen cinsel şiddetin”¹⁴, uluslararası hukuktaki görünümlerinden biri olan savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiillerinin ortaya konması amaçlanmıştır.

Uluslararası ceza hukukundaki örf ve âdet kurallarının çoğu, ağırlıklı olarak savaş suçları olmak üzere, uluslararası suçların iç hukuk yargılamaları sayesinde gelişmiştir. Uluslararası ceza hukuku, ulusal ceza hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun bir sentezi olan melez ve nispeten genç bir daldır.¹⁵ Bu nedenle, çalışmada öncelikle, bu melez alanın sınırlarını ortaya koymanın faydalı olacağından hareketle, savaş suçlarının üst başlığı olan uluslararası suç kavramı ve bununla ilişkili diğer kavramlardan, bu çalışmayla sınırlı ve ilgili olanları ifade edilecektir.

Türkiye’nin Roma Statüsü’ne taraf olmamasının da doğurduğu bir sonuç olarak bu konuda ulusal hukukçularca yapılan çalışmalar, kısıtlı sayıdadır. Ancak, Türkiye Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’ne taraf olmamakla birlikte, Mahkeme’nin faaliyetlerini yakından takip etmekte, New York ve Lahey’de düzenlenen taraf

¹⁴ Meryem **ERDAL**, “*Cinsel İşkence Konusundaki Yaklaşımlar ve Cinsel İşkencenin Hukuksal Değerlendirilmesi*”, Kadına Yönelik Şiddet ve Hekimlik Sempozyumu, Ankara Tabip Odası Yay., 2003, s. 173.

¹⁵ Antonio **CASSESE** - Guido **ACQUAVIVA** - Mary **FAN** - Alex **WHITING**, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 2.

devletler toplantılarına katılım sağlamaktadır.¹⁶ Ayrıca, Türkiye'nin, Roma Statüsü'ne bu çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla üye olmaması, vatandaşlarının Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanamayacağı anlamına gelmemektedir. Bunun yanında, Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası toplumun huzur ve refahı için önem arz eden bir kurumdur. Bu kurumun bünyesinde bulunmak günümüz çağdaş hukuk devletleri için neredeyse olmazsa olmaz bir gerekliliktir. Bu nedenle, Uluslararası Ceza Mahkemesine duyulan ihtiyaç ortaya konmuş ve Statü'ye taraf olmayan devletler açısından da Mahkeme'nin yargı yetkisinin doğabileceği durumlar açıklanmıştır. Bu başlıkla amaçlanan, Türkiye'nin Roma Statüsü'ne taraf olması ya da olmaması durumlarındaki muhtemel kazanç ve kayıplarını ortaya koymaktır.

Uluslararası ceza hukukunun gelişimi, Uluslararası Ceza Mahkemesinden önce kurulan *ad hoc* mahkemelerden kopuk olarak değerlendirilemeyeceğinden, müteakiben kronolojik olarak bu mahkemelere yer verilmiştir. Bu başlıkla uluslararası ceza hukukunun dayanaklarını açığa kavuşturmak ve kuvvetlendirmek hedeflenmiştir.¹⁷ Ancak çalışmanın kapsamı itibarıyla genel bilgiler verilmekle yetinilmiş olup, çalışmanın konusu açısından önem arz eden hususlara değinilmeye özen gösterilmiştir.

Cinsel şiddet fiilleri dört çekirdek uluslararası suçtan üçüyle doğrudan bağlantılıdır. Yani fiil, şartları oluştuğu takdirde, soykırım, insanlığa karşı suç veya

¹⁶ <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Erişim Tarihi 08.03.2019)

¹⁷ Cengiz BAŞAK, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 8.

savaş suçu olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle, çalışmanın asıl konusu olan savaş suçu kapsamındaki cinsel şiddet fiillerine geçmeden önce soykırım ve insanlığa karşı suç kapsamındaki cinsel şiddet fiillerine, savaş suçlarından farkını ortaya koymak gayesiyle değinilmiştir.

Son olarak, Roma Statüsü'nün 8(2)(b)(xxii) ve (e)(iv) maddelerinde yer alan “ırza tecavüz, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama,¹⁸ hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama ve Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması” fiilleri, uluslararası ceza hukuku disiplini dâhilinde incelenecektir. Birçok kavram, tüm suç tipleri için ortak olarak değerlendirilebileceğinden, tekrara düşmemek ve konu bütünlüğünü sağlamak adına maddi unsur hariç olmak üzere tek bir başlık altında incelenmiş, farklılık arz eden hususlar varsa ayrıca belirtilmiştir. Her bir suç tipinin maddi unsuru, güncel Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarından da yararlanmak suretiyle ifade edilmiştir. Cinsel şiddet fiillerinin haksızlık içeriği nedeniyle ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlere gidilmesinin neredeyse imkânsız olduğu ortaya konularak, çalışma sonlandırılmıştır.

¹⁸ Fiile, resmî Türkçe çevirisinden aynen alındığı için metinde geçtiği şekilde yer verilmiştir. Ancak, Roma Statüsü'nün İngilizce metninde yer alan “*forced prostitution*” ifadesine, cinsiyetsiz bir anlam ifade etmesi ve daha doğru bir karşılık olması nedeniyle bu çalışmada, “*fuhşa zorlama*” olarak yer verilecektir.

I. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Devletlerin, toplumlarının temel gereksinimleri doğrultusunda oluşturdıkları kamu düzenleri olduğu gibi; başta egemen devletler olmak üzere, uluslararası hukukun süjelerinin oluşturdıkları uluslararası topluluğun da bir kamu düzeni vardır. Bütün devletlerin ya da büyük bir çoğunluğun karşılıklı anlaşmasıyla birlikte kabul edilen kurallar, yalnızca her devletin kendi çıkarını değil, devletlerin oluşturduğu evrensel birliğin çıkarlarını da korumaktadır. Uluslararası hukuku çiğneyen bir devlet de esasında kendi barış ve dirliğinin geleceğini baltalamaktadır.¹⁹ Belirli değer ve yararları ulusal düzeyde koruyan ceza hukukuna benzer şekilde, uluslararası kamu düzeninde belirli değer ve yararları korumak için son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulabilecek araç, uluslararası ceza hukukudur.²⁰

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası toplumun temel ortak değerleri olan barış, güvenlik ve refahı korumaya yönelik kurallar bütünüdür. Ulusal kamu düzenini ihlal ettiği için ceza yaptırımına tabi tutulan fiiller, ulusal suçları oluştururken; uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil eden, uluslararası toplumda huzur ve düzeni bozarak,

¹⁹ GROTIUS, s. 21, 22.

²⁰ Durmuş **TEZCAN** - Mustafa Ruhan **ERDEM** – Murat **ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yay., B. 4, Ankara 2017, s. 25, 26.

uluslararası toplumu, bir bütün olarak mağdur ettiği kabul edilen fiiller, uluslararası suçları oluşturur.²¹

Nürnberg Birleşik Devletler Askerî Mahkemesince, “*Uluslararası suç, ciddi olarak uluslararası ilginin konusu olarak düşünülen, evrensel olarak suç kabul edilen ve bu nedenden dolayı olağan durumlarda söz konusu eylem üzerinde yargı yetkisi bulunan devletin münhasıran yargı yetkisine terk edilemeyecek eylemlerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır.²²

“*Âdet veya sözleşmeyle tesis edilen bir uluslararası norm aracılığıyla suç hâline getirilen davranış tipleri*”²³ olarak tanımlanan dar anlamdaki uluslararası suçlar, yalnızca doğrudan hedef alınan bireylere değil uluslararası toplumun barış ve güvenliğine de zarar verdiğinden, tüm insanlığı ilgilendirmektedirler. Bu nedenle, bu

²¹ Mesut Hakkı **CAŞIN**, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C. 1, Legal Yay., İstanbul 2013, s. 340; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 41.

²² Kriangsak **KITTICHAISAREE**, International Criminal Law, Oxford University Press, 2001, s. 3; Olgun **DEĞİRMENCİ**- Erdal **HAZAR**, “*Mülkilik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/2, s. 32.

²³ M. Cherif **BASSIOUNI**, International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, Sijthoff & Noordhoff, 1980, s. 3.

fiillerin cezalandırılabilmesi için ulusal kanunlarla düzenlenmiş olmalarına ihtiyaç yoktur.²⁴

Uluslararası suçlarda, davranışın sınıraşan nitelikte olması mutlak değildir. Bir devletin içinde gerçekleşen silahlı çatışmalar da savaş suçu sayılabilir. İç silahlı çatışmalar olarak da ifade edilen, olayların tek bir devletin sınırları içerisinde ve o devletin vatandaşları arasında geçmesi durumunda dahi, barış ve istikrarın bozulma etkisi sınıraşan niteliktedir. Ayrıca uluslararası suçlardan söz edilebilmesi için, suçun süjelerinden birinin devletle ilişkili olması da gerekmez. Kısacası, bir fiilin uluslararası suç olarak nitelendirilmesindeki belirleyici unsur, eylemin ağırlığı ya da tarafının devlet olması değildir. Bir suçun “uluslararası” olarak nitelendirilmesi, devletlerin iradelerinin bir tezahürüdür.²⁵

Uluslararası ceza hukukunun konusunu oluşturduğu kabul edilen üç farklı alan bulunmaktadır. Bunlar: yabancılık unsuru taşıyan olaylar, uluslararası adli iş birliği ve son olarak çekirdek uluslararası suçlardır.

²⁴ BM Hukuk Komisyonuna göre gerçek ya da dar anlamdaki uluslararası suçlar, “ırk ayrımcılığı (*apartheid*), soykırım (*jenosid*), esaret yasağı gibi, insan varlığının korunması için temel önem taşıyan uluslararası yükümlülüklerin ağır ve geniş çaplı ihlali”dir. Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 42.

Farklı yazarların uluslararası suç tanımlamaları için bkz. Olgun **DEĞİRMENCİ**, “Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 260.

²⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 43, 44.

Yabancılık unsuru ²⁶ taşıyan olaylar: Ceza kanununun yer bakımından uygulanmasının bir görünümü niteliğinde olan bu alanda, bir olayın, devletin iç hukuk kurallarına göre o devletin yargılama yetkisine girip girmediğine ve olaya hangi ceza yasasının uygulanması gerektiğine yanıt aranır. Gerçek anlamda bir çatışma hukuku olarak nitelendirilen bu alanda devletin, birden fazla ceza kanunundan hangisini uygulayacağı hakkında bir düzenleme yapması olası gözükse de hiçbir egemen devlet, yabancı devletin ceza kanununu uygulamayı tercih etmez. Özel hukuk dallarından farklı olarak, yabancı devlet kanunlarının uygulanmasına ceza hukuku alanında uzun yıllardır süregelen bir direnç mevcuttur.²⁷ Yabancı ülkenin ceza kanunu, fiilin suç

²⁶ “*Yabancı unsur ile ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka, diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan bağlantısı ifade edilir.*” Bkz. Aysel **ÇELİKEL** – Bahadır **ERDEM**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yay., B. 12, İstanbul 2012, s. 8.

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. Mesut **AYGÜN**, “*Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*”, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1029.

Yabancılık unsuru taşıyan olaylara örnekler için bkz. Ergin **NOMER**, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yay., B. 19, İstanbul 2011, s. 4-7.

²⁷ Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, B. 8, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 626.

olarak tespit edilmesinde, verilecek cezanın belirlenmesinde²⁸ ve cezalandırma yaşının tespitinde²⁹ dikkate alınabilir. Türkiye’de yapılacak yargılamalar açısından, Türkiye mahkemeleri, münhasıran, Türk ceza hukuku kurallarını uygular.³⁰ Bu bakımdan

²⁸ Feridun **YENİSEY**, Milletlerarası Ceza Hukuku, Beta Yay., İstanbul 1998, s. 54.

2007 yılında yapılan değişiklik öncesinde İsviçre Ceza Kanunu, faile ve mağdura göre kişisellik ilkesini düzenleyen 5 ve 6. maddelerinde, lehe olan yabancı kanunun uygulanmasına izin vermekteydi. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 30.

²⁹ DÖNMEZER – ERMAN, III, s. 633.

³⁰ Yer bakımından uygulama başlıklı, TCK m. 8 şöyledir: “(1) Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır. (2) Suç; a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye’nin kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır.”.

TCK m. 8, olaya uygulanacak birden fazla ceza normu arasındaki çatışmayı çözmeyi değil, cezalandırma yetkisinin sınırlarını belirlemeyi amaçlar.³¹

Uluslararası adli iş birliği: Uluslararası ya da sınıraşan suçlar³² olarak adlandırılan suçlarla mücadele edebilmenin yolu uluslararası iş birliğine dayanan antlaşmalar akdetmekten geçer. İstinabe yoluyla adli yardımlaşma, kolluk teşkilatları arasındaki iş birliği usulleri, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve tanınması, kovuşturmaların ülkeler arasında aktarımı gibi unsurlardan oluşan bu alan, giderek

³¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 30.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında yabancı kanunun ulusal hukuktaki yargılamaya etkisi hakkında özet bilgi için bkz. Türkân **YALÇIN** – Timuçin **KÖPRÜLÜ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yayınevi, B. 7, 2019, s. 120, 121.

³² Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdem İzzet **KÜLÇÜR**, “*Uluslararası Suçlar, Sınıraşan Suçlar ve Yabancılık Unsuru Kavramlarına Dar ve Geniş Anlamda Bir Bakış*”, Suç ve Ceza Dergisi, S. 1, 2, 2016, s. 19-25.

artan ulus aşan ilişkiler nedeniyle önem kazanmaktadır.³³ Uluslararası adli iş birliğinin en eski şeklini, geri verme³⁴ kurumu oluşturmaktadır.³⁵

Çekirdek Uluslararası Suçlar: Uluslararası ceza mahkemelerince ele alınan suçlar farklılık gösterse de doğrudan doğruya uluslararası hukukun uygulama alanını oluşturan ve uluslararası mahkemelerce cezalandırılabilen; insanlığa karşı suçlar, soykırım (*jenosid*), saldırı suçu (saldırgan suç veya barışa karşı suç) ve savaş suçlarıdır. Dar anlamda uluslararası ceza hukuku bu alandan oluşur. Bu alanın cezalandırılabilirliği, başta uluslararası sözleşmeler olmak üzere, uluslararası örf ve âdetten ileri gelmektedir.³⁶

³³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 29-31.

³⁴ “*Suçluların geri verilmesi; ülkesinde suç işlenen devletin yargılama hakkına dayanarak, başka bir ülkeye kaçan sanığın yargılanması veya mahkûm olmuş kişinin cezasının infazı için bu devletten istenmesi yönündeki işlemlerdir.*” Timuçin **KÖPRÜLÜ**, Suçluların Geri Verilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2001, s. 3

³⁵ DÖNMEZER – ERMAN, III, s. 486.

³⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 31. Uluslararası suçu, yalnızca bu çekirdek alandaki suçlardan ibaret kabul eden yazarlar için bkz. KÜLÇÜR, s. 14.

Öğretide, yukarıda belirtilenlerden başka suçların da uluslararası suç niteliğinde olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır. *Cassese*, devletçe desteklenen veya hoş görülen terör eylemleri ve işkenceyi de bu kategoride değerlendirmektedir.³⁷

Uluslararası sözleşmelerle kurulmuş organlarca, iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikteki ceza hukuku, ulus üstü (*süprasyonel*) ceza hukuku olarak adlandırılmaktadır. Ancak günümüz için ulus üstü bir ceza hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Geniş yetkilerle donatılmış ulus üstü bir örgüt olan Avrupa Birliği'nin dahi üyesi olduğu devletlere doğrudan uygulanabilir kural koyma yetkisi

³⁷ Uluslararası hukukta emredici (*jus cogens*) nitelikte bir kural olarak kabul edilen işkence yasağına karşı, egemen devletlerin dahi aksi yönde bir kural öngörmelerinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bu yasakla çatışan başka bir hukuk kuralı, batıl olur. Ayrıca, *jus cogens* niteliği gereğince, devletler antlaşmaya taraf olmasa dahi, işkence yasağı kuralıyla bağlıdır. İşte bu nedenlerle işkence, bazı yazarlar tarafından uluslararası bir suç olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 46.

Benzer görüşteki diğer yazarlar için bkz. KÜLÇÜR, s. 15, 16.

bulunmamaktadır.³⁸ Öte yandan BM Güvenlik Konseyi'nin bazı kararlarının³⁹ içeriğinin ulus üstü olması nedeniyle, uluslararası ceza hukukunun konusunu oluşturduğu söylenebilir.⁴⁰

³⁸ Euronun tedavüle konulması sırasında, kalpazanlığa yönelik ceza verilmesine ilişkin kurallar içeren, 14.06.2000 tarihli ve L 140/1-3 sayılı Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesi 5/a maddesinde her bir üye devletin sayılan hususların cezalandırılabilirliğini sağlamak üzere gerekli önemleri alması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000F0383:EN:HTML> (Erişim Tarihi: 13.10.2019).

AB Hukukunun doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu görüşü için bkz. Aslan GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, Ed. Reşat Volkan GÜNEL, Beta Yay., B. 8, İstanbul 2015, s. 7.

³⁹ 28.09.2001 tarihli ve 1373 sayılı karar <https://www.unodc.org/pdf/terrorism/Global/en/1r1373en.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2019)

12.07.2002 tarihli ve 1422 sayılı kararı [https://undocs.org/S/RES/1422\(2002\)](https://undocs.org/S/RES/1422(2002)) (Erişim Tarihi:13.10.2019)

⁴⁰ Ilias BANTEKAS, “*Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law*”, International Criminal Law Review, C. 6, S. 1, 2006, s. 134; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 38.

Sınıraşan suçlar⁴¹ da uluslararası sözleşmelerle yasaklanmış olmakla birlikte, cezalandırılmaları ulusal mahkemelerin yetkisine bırakılmıştır. İnsan ticareti⁴², göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu ticareti, kara para aklanması gibi suçlar, birden çok devletin menfaatini ilgilendirmektedir ve bu suçlarla mücadele için uluslararası iş birliği gerekir. Ancak bu suçlar, uluslararası toplumun temel değerlerine bir bütün olarak etki etmediğinden, uluslararası hukukta uluslararası suç olarak kabul edilmezler. Bu saydığımız suçların cezalandırılması, ulusal hukuk kurallarınca cezalandırılabilir olmalarına bağlıdır. Oysa, uluslararası suç olarak kabul edilen fiillerde, ulusal hukuk bu fiilleri, herhangi bir yaptırımla cezalandırmasa ve hatta emretse dahi bu fiiller

⁴¹ Öğretide, antlaşma suçları (*treaty crimes*) olarak da yer almaktadır. Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 49; William A. **SCHABAS**, Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş (Çev. Gülay ARSLAN), Cambridge University Press, B. 2, İstanbul 2004, s. 43.

⁴² İnsan ticareti suçunun, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 7(2)(c)maddesinde yer alan köleleştirme suçuna dahil edilebileceği durumlarda uluslararası suç, aksi hâlde sınıraşan suç olarak tanımlanabileceği hakkında bkz. Sezin **VURAL**, İnsan Ticareti Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2018, s. 32-24.

cezalandırılabilir.⁴³ 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesine göre de bir devlet, hukukça yasaklanan eylemlerin, kendi ulusal hukukunda cezalandırılmıyor olmasına dayanarak, uluslararası mahkeme önünde bu eylemlerin meşruluğunu iddia edemeyecektir.⁴⁴

Uluslararası hukukun kapsamını oluşturan fiiller uluslararası antlaşmalar veya örfi hukuk kurallarıyla yasaklanmış olmakla birlikte, ihlalin cezai yaptırımı belirlenmemiştir. Ayrıca, Roma Statüsü hariç olmak üzere, diğer mahkemelerin kurucu antlaşmalarında suçun unsurları, ceza hukuku için gerekli belirlilikte ortaya konulmamıştır. Benzer bir durum usul kuralları açısından da geçerlidir. Bu nedenle

⁴³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 48.

Kavramı geniş anlamıyla kabul eden yazarlarca bu suçlar da uluslararası suçtur. *“Uluslararası suç kavramı; örf ve âdet hukuku kuralı veya sözleşme ile oluşturulan bir uluslararası ceza normu tarafından yaratılan suçları veya uluslararası sözleşmelerle, uluslararası toplumun korunan menfaatlerini ihlal ettiğinden dolayı önleme, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma görevi ulusal hukuk sistemlerine verilen suçları ifade etmektedir.”* Bu tanım ve diğer tanımlar için bkz. DEĞİRMENCİ, *“Uluslararası Suç Kavramı”*, s. 260.

⁴⁴ *“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”* Antlaşma metni için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 03.12.2019)

uluslararası ceza mahkemeleri yargılamalarını, uluslararası örfi kurallara, yazılı olmayan genel hukuk ilkelerine ve bazı ulusal hukuk kurallarına dayandırmışlardır.⁴⁵

Uluslararası ceza hukukunun gelişimine karşı en önemli direnç, devletlerin egemenlik kaygılarından doğmaktadır.⁴⁶ Ancak, uluslararası ceza hukukuna, tam da bu noktada ihtiyaç duyulmaktadır. Uluslararası suçların, tek bir kişi tarafından işlenmesi teoride mümkün olsa da, ihlal ettikleri hukuki değerlerin ağırlığı dikkate alındığında bu suçlar, bireysel olarak işlenmesi mümkün olmayacak genişlikte ve yoğunluktadır. Yani bu suçlar kuvvetle muhtemel egemen bir teşkilatlanmanın koruması veya desteğiyle işlenebilir. Devletin göz yumduğu, desteklediği veya emrettiği bu fiilleri kendiliğinden yargılaması olası olmadığından, ulus üstü bir müdahaleye ihtiyaç bulunmaktadır.

⁴⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 54, 55.

⁴⁶ Arzu **ALİBABA**, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, AÜFHD, C. 49, S. 1-4, Ankara 2001, s. 181; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 55.

B. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

18 Mayıs 1899’da Hollanda’nın La Haye kentinde gerçekleştirilen Birinci Barış Konferansı sonunda imzalanan Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne İlişkin La Haye Sözleşmeleri ve 1907 yılında La Haye Sözleşmeleri’ne Ek Tüzüklerle, savaş esnasında uyulması zorunlu kurallar belirlenmiştir. Burada, devletlere birtakım yükümlülükler getirmek maksadıyla hareket edilmiş; bireylere ceza sorumluluğu doğurma niyeti güdülmemiştir. Sözleşmelerde yasaklanan fiillerin “suç” olarak nitelendirilmesi güç olsa da bu kurallar, savaş suçları söz konusu olduğunda hukuki bir dayanak olarak ele alınmaya başlamıştır. Bu da Sözleşmeleri, uluslararası ceza hukukunun gelişiminde önemli bir yere koymaktadır.⁴⁷

1899-1907 yılları arasında La Haye’de, yasaklanan savaş fiillerinin yazılı hâle getirilmesi sağlanmıştır. Ancak, denetimden ve müeyyideden yoksun bu kuralların önleyici bir etkisinin olmadığı, çok geçmeden patlak veren Birinci Dünya Savaşı’yla birlikte net bir şekilde açığa çıkmıştır.⁴⁸

Birinci Dünya Savaşı sonrası artan siyasi temelli şiddet eylemleri nedeniyle, uluslararası ceza hukuku yönünü, savaş suçlarından terörizme çevirmiştir. 1927’de başlayan bir dizi konferans süreci, Yugoslav Kralı *Alexander* ve Fransız Dışişleri Bakanı *Louis Barthou*’nun, Marsilya’da suikast sonucu öldürülmesi üzerine, 1937’de

⁴⁷ BANTEKAS, s. 122; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 281-283.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet GÖNLÜBOL, Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, B. 3, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 64-70.

⁴⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 284.

“Terörizmle Mücadele ve Terörizmin Önlenmesine Dair Sözleşme” ve *“Uluslararası Bir Ceza Mahkemesi’nin Teşkili Hakkında Sözleşme”* tasarılarının yapılmasına neden olmuş, ancak 1939’da başlayan İkinci Dünya Savaşı nedeniyle, iki Sözleşmenin de onay aşaması tamamlanamamıştır.⁴⁹

Devlet egemenliğinin en belirgin göstergelerinden biri olan cezalandırma yetkisi ve kamusal yaptırım gücünün en somut göstergesi olan ceza yaptırımı, özündeki ulusal nitelikten ötürü, uluslararası ceza hukukuyla ters düşmektedir. Ancak, özellikle İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan büyük yıkım, devletleri, insanlığın korunması yönünde adımlar atmaya zorlamıştır.⁵⁰ Bu nedenle, İkinci Dünya Savaşı, uluslararası ceza hukukunda, kritik ve köklü değişikliklerin meydana geldiği bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Şiddetin, insan haklarını en ağır şekilde ihlal ettiği bu dönemde işlenen birçok uluslararası suç içerisinde, özellikle Almanya ve Japonya devletlerinin kamu görevlilerince işlenen suçlar, kurulan mahkemelerce gözler önüne serilmeye çalışılmıştır.

Çekirdek uluslararası suçlar olarak ifade edilen suçların, yasal düzenlemeleri İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ancak gerçekleştirilebilmiştir.⁵¹ Savaşın dört galip devleti tarafından imzalanan,

⁴⁹ Nimet **GÜLLER** – Hamide **ZAFER**, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Bonn Almanya 2006, s. 3.

⁵⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 25, 26.

⁵¹ Robert **CRYER**, *“The Doctrinal Foundations of International Criminalization”*, in: M. Cherif BASSIOUNI, International Criminal Law, C. I, Third Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 115.

8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması ile kurulan Nürnberg⁵² Uluslararası Askerî Mahkemesinin 11 Aralık 1946 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan ⁵³ statüsü, uluslararası ceza hukukunun doğum belgesi olarak nitelendirilmektedir. Statü, uluslararası ceza hukukunda, bireylere cezai sorumluluk getiren fiillere, “barışa karşı suçlar”, “insanlığa karşı suçlar” ve “savaş suçları” olmak üzere üç başlık altında yer vermiştir.⁵⁴ Savaş suçlarından bağımsız olarak,

⁵² Şehir ismi kimi kaynaklarda Nürnberg, kimi kaynaklarsa Nüremberg olarak geçmektedir. Bu çalışmada T.C. Dışişleri Bakanlığınca esas alınan isim olan Nürnberg kullanılacaktır. Bkz. <http://nurnberg.bk.mfa.gov.tr/Mission> (Erişim Tarihi: 15.11.2019)

⁵³ Bu tasdik işlemi kimi yazarlarca Birleşmiş Milletlerin, Nürnberg Statüsü’nün 6. maddesinde yer alan, bireysel ceza sorumluluğunu tanıdığı anlamıyla yorumlanabileceği şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. I.I. **KARPETZ**, “*International Criminal Law and International Crimes*,” Touro Journal of Transnational Law 1, No. 2 (Spring 1990) s. 327.

Ayrıca bu tasdik işleminin, Nürnberg Statüsü’nün hukukiliğine dair meşru şüpheleri yatıştırdığı hakkında bkz. Philippe **SANDS**, “*Pinochet’den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü*”, Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg’ten Lahey’e, Alfa B., 2014, s. 73.

⁵⁴ Gerhard **WERLE** - Florian **JESSBURGER**, Principles of International Criminal Law, Third Edition, Oxford University Press, 2014, s. 6; DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 239; CRYER, s. 115.

insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlar olmak üzere bu iki yeni uluslararası suç kategorisi ilk kez Nürnberg yargılamalarında⁵⁵ oluşturulmuştur.⁵⁶

1948 yılına gelindiğindeyse Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndan, ilk olarak Nürnberg Statüsü'nde yer alan ilkelerin düzenlenmesi, sonrasında kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması ve ceza kanunu yapılması talep edilmiştir. 1949 yılında imzalanan dört Cenevre Sözleşmesi diğer bir önemli gelişmedir.⁵⁷ 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1948 yılında imzalanan Soykırım Sözleşmesi'nden farklı olarak, herhangi bir coğrafi sınırlamaya yer vermemiştir.⁵⁸

Uluslararası ceza kanunu kodifiyesi ve kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması yönünde 1954 yılında başlatılan girişimler soğuk savaş nedeniyle sonuçsuz kalmış; bu dönemdeki çalışmalar, sınıraşan suçlar ve işkence suçuyla sınırlı olarak gelişim göstermiştir. 1972 tarihli *Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi*⁵⁹ uluslararası ceza hukukunun çekirdek suçlarını oluşturmaya en yakın sözleşme olarak

⁵⁵ Aynı sürecin sonucu olmaları nedeniyle hem Nürnberg hem de Tokyo Mahkemeleri yerine kullanılmaktadır. Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 292.

⁵⁶ ALİBABA, s. 185.

⁵⁷ CRYER, s. 115.

Ayrıca, Cenevre Sözleşmeleri hakkında özet bilgi için bkz. DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Suç Kavramı”, s. 240.

⁵⁸ SANDS, s. 76.

⁵⁹ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

değerlendirilmektedir.⁶⁰ Sözleşmeyle, kendisine ayrımcılık suçu isnat edilen bir kişinin, Sözleşmeye taraf ülkelerden herhangi birinde yargılanabileceği belirtilerek, evrensel bir yaklaşım belirlenmiş, böylece ulusal yargılamalarla, hedeflenen uluslararası yargılama arasında bir köprü kurulmuştur.⁶¹

Soğuk savaşın sona ermesiyle, uluslararası ceza mahkemesi oluşturma fikri yeniden değer kazanmış, 1991 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu'na, İnsanlığın Güvenliğine ve Barışa Karşı Suçlar Taslak Kodu ve 1996'da nihai metni yayımlanmıştır. Uluslararası hukukta bireyin cezai sorumluluğunun dayanağı olarak, metnin 2. maddesi görülmektedir.⁶²

Nispeten yeni bir alan olarak ifade edilen, uluslararası ceza hukukunun ilgilendiği suçlar, zaman içerisinde genişlemiştir. İkinci Dünya Savaşına kadar yalnızca savaş suçları uluslararası ceza hukukunun konusunu oluştururken, Nürnberg ve Tokyo Askerî Mahkemelerinin kuruluşuyla birlikte insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlar, uluslararası suçlara dâhil edilmiş ve nihayet 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'yle birlikte soykırım suçu da uluslararası suç olarak kabul edilmiştir.⁶³

İşkence ve bazı uluslararası terörizm çeşitlerinin de uluslararası suç kapsamında değerlendirilmesi yönünde artan bir eğilim olduğu bu çalışmada daha önce de ifade edilmiştir. Bu çalışma açısından belirgin ve önemli olan husus, Sözleşmeye konu tüm

⁶⁰ DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 240.

⁶¹ SANDS, s. 76.

⁶² DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 241.

⁶³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 53.

diğer suçlardan önce, ilk uluslararası suç olarak, savaş suçlarının kabul edilmiş olmasıdır.

C. ULUSLARARASI SUÇLA İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

İnsan hakları hukuku, bireylerin ve grupların haklarını zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın koruma altına almayı amaçlayan kuralların bir bütünüdür ve bu bütün oldukça geniş bir yelpaze teşkil etmektedir. İnsan hakları hukuku, yaşam hakkı ve düşünce özgürlüğü, eğitim hakkı ve sosyal güvenlik hakkı, çevre hakkı ve gelişme hakkı gibi birinci, ikinci ve üçüncü kuşak hakları koruma altına almaktadır.⁶⁴

Savaş dışı koşulları düzenleyen *insan hakları hukuku*, uluslararası ceza hukukuyla yakından ilgili bir disiplindir. Savaş hariç olmak üzere, olağanüstü rejim koşulları bu hukukun alanına girmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki savaş hâlinde dahi, savaş eylemi niteliği taşımayan hareketler ve olaylar açısından insan hakları hukuku kuralları geçerlidir.⁶⁵ İnsan hakları hukuku, çatışmanın başlamasıyla uygulanırlığını kaybetmemekte, uluslararası insancıl hukuk kurallarıyla birlikte uygulanmaya devam edilmektedir. Uluslararası insancıl hukuk kuralları, silahlı

⁶⁴ Melike **BATUR YAMANER**, “*Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi*”, Erdoğan Teziç’e Armağan, GÜ Yay. Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2007, s. 380.

⁶⁵ **BATUR YAMANER**, s. 381.

çatışmalarda “*lex specialis*” durumları nedeniyle öncelikle uygulanacak⁶⁶; savaşa dair olmayan eylemler açısındansa insan hakları hukuku kuralları uygulama bulacaktır. İnsan hakları sözleşmelerinde belirtilen korumanın silahlı çatışma hâlinde sona erdirilemeyeceği, her iki hukuk dalını ilgilendiren haklar olduğu Uluslararası Adalet Divanı (UAD) kararında⁶⁷ da vurgulanmıştır.⁶⁸

Uluslararası hukukta, *savaş hukuku*, *silahlı çatışma hukuku* ve *insancıl hukuk* terimleri çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmaktadır. Ancak her bir kavram, farklı amaçla kullanıldığı gibi farklı içerikleri de barındırmaktadır. Bu bakımdan savaş hukukunun, savaşa başvurma hukuku (*jus ad bellum*); savaşın ve savaşa maruz kalanların hukuku (*jus in bello*) ve savaşın sonlandırılması ve barış anlaşmalarının

⁶⁶ Murat BAŞER, *İnsancıl Hukuk: Yeni Savaşlar, Yapısal Sorunlar ve Korunmayan İnsan Hakları*, Gazi Kitabevi, Ankara 2014, s. 36, 37.

⁶⁷ 09.07.2004 tarihli ve “*İşgal altındaki Filistin topraklarına Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçları*” konulu istişari görüşün 106. paragrafı. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2019)

⁶⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 39.

İnsancıl hukukun, insan hakları bağlamında genel bir incelemesi için bkz. BAŞER, s. 75-90.

Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki için bkz. Ümmühan Elçin ERTUĞRUL, *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler*, Yetkin Yay., Ankara 2017, s. 31-33.

yapılması hukuku (*jus post bellum*) olmak üzere üç ana konuyu düzenlediği kabul edilmektedir.⁶⁹

Silahlı çatışma hukuku, silahlı bir çatışmanın varlığı hâlinde kullanılabilecek yöntemle, geçerli olan kuralları belirlemek ve çatışmalara aktif bir şekilde dâhil olmayanları korumak için geliştirilen normlarla ilgilidir. Savaş hukukuysa, bunlara ilave olarak, savaşın hangi durum ve koşullarda meşru olarak nitelendirilebileceğine ilişkin ilke ve kurallarla⁷⁰ savaş sonrası yapılacakları kapsamaktadır.

1949 Cenevre Sözleşmeleriyle birlikte başlayan, çatışmalarda bireylerin korunmasına yönelik anlayışı vurgulamak maksadıyla *savaş hukuku* kavramı yerini, *uluslararası insancıl hukuk* kavramına bırakmıştır. Öte yandan, *uluslararası insancıl hukuk* kavramının, savaşanlar arasında ve savaşanlarla tarafsızlar arasında geçerli olacak bütün kuralları bünyesinde barındırmadığı gerekçesiyle, *geleneksel savaş hukuku* kavramının yerini dolduramadığı eleştirisinde bulunan yazarlarca, *silahlı çatışma hukuku* kavramı tercih edilmektedir.⁷¹

⁶⁹ Ali Bilgin **VARLIK**, “Savaşı Tanımlamak: Terminolojik Bir Yaklaşım”, *Avrasya Terim Dergisi*, S. 2, 2013, s. 118, 119.

⁷⁰ Mehmet Cengiz **UZUN**, “Savaşın Değişen Yüzü Karşısında Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar”, *Erdoğan Teziç’e Armağan*, GÜ Yay. Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2007, s. 746.

⁷¹ Bkz. Hüseyin **PAZARCI**, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 127, 128.

Silahlı çatışma hukuku kavramının, silahlı çatışmanın, hukukî bir dayanağı olduğu yanılığına yol açma tehlikesini önlemek ve silahlı çatışmaların yarattığı koşulların insan hakları ihlallerine yönelik etkilerini vurgulamak amaçlarına uygun olarak bu çalışmada, bu üç kavram arasından *insancıl hukuk* kavramının kullanılması tercih edilecektir.

*İnsancıl hukuk (humanitarian law)*⁷² “Savaş veya silahlı çatışma durumlarının etkilerini sınırlandırmak amacıyla insanlara (çarpışan ve siviller) yapılması gerekli olan asgari davranış ve yardıma dair kurallar bütününe içeren hukuk dalı”⁷³ olarak tanımlanabilir. İnsancıl hukukun amaç ve kapsamı uluslararası ceza hukukundan farklıdır. Bu iki kavramın kesiştikleri nokta, insancıl hukukun bazı ihlallerinin savaş suçu olarak, uluslararası ceza hukukunun konusunu oluşturmasıdır.⁷⁴

Geniş anlamda *jus in bello* olarak da ifade edilen insancıl hukukun amacı, savaşta kullanılan araçlara kısıtlama getirerek, savaşın yıkıcı etkilerini, özellikle sivil nüfus açısından azaltmaktır. İki bölümden oluşan bu hukukun esasını Lahey Sözleşmeleri ve Cenevre Sözleşmeleri⁷⁵ oluşturmaktadır. Lahey Hukuku olarak adlandırılan alt dal,

⁷² Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin tanımı şöyledir: “*Uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalardan kaynaklanan insancıl sorunların çözümüne yönelik andlaşma ya da örf ve âdet ile öngörölmüş kuralların bütünüdür.*” Bkz. BATUR YAMANER, s. 379.

⁷³ Ayşe Nur TÖTÜNCÜ, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Beta Yay., İstanbul 2006, s. 1.

⁷⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 38, 39.

⁷⁵ 1949 tarihli Sözleşme ile 1977 tarihli Ek Protokoller.

savaşan tarafların, harekât esnasındaki hakları ve yükümlülükleriyle zarara sebep olma seçimlerindeki sınırları; Cenevre Hukuku olarak isimlendirilen alt dalıysa, savaş dışı kimselerle (yaralı ve hasta çatışanlar ile savaş esirleri), savaşa katılmayanların (sivillerin) korunmasına yönelik kuralları içermektedir.⁷⁶

Uluslararası insancıl hukukta emsal niteliğinde uygulama bulmanın zorluğu ve her iki disiplinin temel değerlerinin, amaçlarının ve terminolojilerinin benzer olması nedeniyle, uluslararası ceza mahkemeleri, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukukunun yorumlanmasında, insan hakları hukukundan yararlanmaktadırlar.⁷⁷ Ayrıca, uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyulmasını sağlayacak etkin mekanizmaların yokluğu nedeniyle, uluslararası insan hakları denetim organlarınca, bu kuralların uygulanabileceği de öne sürülmektedir.⁷⁸

⁷⁶ Marco **SASSÒLI** - Antoine A. **BOUVIER** - Anne **QUINTIN**, How Does Law Protect In War?, C. 3., Geneva: ICRC, s. 1; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 39; BATUR YAMANER, s. 380; BAŞAK, s. 14, 15.

⁷⁷ **Prosecutor v. Kunarac**, Trial Judgement, (IT-96-23/1), 22 February 2001, § 467 <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> (Erişim Tarihi: 04.03.2020); Robert **CRYER** - Hakan **FRIMAN** – Darryl **ROBINSON** - Elizabeth **WILHMSHURST**, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 14.

⁷⁸ Uluslararası insancıl hukukun insan hakları denetim mekanizmaları tarafından uygulanması hakkında bkz. BATUR YAMANER, s. 382, 383.

Sınıraşan suç⁷⁹ (*transnational crime*) kavramı da uluslararası ceza hukukunda çok kullanılan bir terim olmakla birlikte, uluslararası suç (*international crime*) kavramından farklı bir anlam taşımaktadır.⁸⁰ BM Genel Sekreterliğince, 1994 yılında “*icrası, önlenmesi, doğrudan veya dolaylı etkileri birden fazla ülke ile ilgili suçlar*”

⁷⁹ Sınıraşan suçla uluslararası suç arasındaki farklar hakkında bkz. KÜLÇÜR, s. 25-35.

“Sınıraşan suç” terimi, “*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*” Sözleşmesinin resmî Türkçe çevirisi olan “*Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*”da kullanılmıştır. Sınıraşan suç teriminin, anlatılmak istenen kavramı yeterli düzeyde karşıladığı için tercih edildiği hakkında bkz. DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 242.

⁸⁰ Çekirdek uluslararası suçlar dışındaki uluslararası suç tasnifleri hakkında bkz. DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 245-255.

olarak tanımlanan sınıraşan suçlar, 18 ayrı kategoride ifade edilmiştir.⁸¹ Suçun işlenmesiyle oluşan zarar dikkate alındığında, ulusal sınırları aşarak, uluslararası toplumu etkileyen fiiller günbegün arttığından; uluslararası suç başlığı altında değerlendirilebilecek, farklı hukuki menfaatleri ihlal eden fiillerin sayısının da artma eğiliminde olduğu rahatlıkla söylenebilir.⁸²

D. SAVAŞ VE SİLAHLI ÇATIŞMA KAVRAMLARI İLE SAVAŞ SUÇLARI

Savaşın tanımı, kavramın oluşumu (ontolojik), kavrama ilişkin bilginin kaynağı, kapsamı, doğası (epistemolojik) ve bu kapsamdaki tanımlamalarda farklı inceleme düzey ve birimlerinin kullanılması⁸³ ve savaşın niteliğinin tarih boyunca değişime uğraması gibi nedenlerle farklılık göstermiştir.

M.Ö. 400-320 yılları arasında yaşamış *Sun Tzu*, en mükemmel zaferin muharebe etmeden savaşı kazanmak olduğu tespitini yapmış ve Savaş Sanatı adlı ünlü eserinde; “*Savaş bir ölüm-kalım meselesidir, güvenlik içinde yaşamaya ya da yok olmaya giden bir yoldur. Bu yüzden, asla her ne olursa olsun ihmal edilemeyecek bir inceleme konusudur.*” demiştir.⁸⁴

Prusyalı General *Carl Von Clausewitz*’ın meşhur tanımıyla “*Savaş, siyasetin, başka araçlarla (şiddet) devamıdır.*”⁸⁵

Çağının askerî dehalarından biri olan Mustafa Kemal Atatürk, “*Harp ve muharebe demek; yalnız iki ordunun değil, iki milletin bütün mevcudiyetleri ile yekdiğeri ile karşı karşıya gelmesi ve birbirleriyle vuruşması demektir.*”⁸⁶ demiştir.

⁸¹ Söz konusu kategoriler şunlardır:

- a. Suçtan elde edilen malvarlığı değerlerini aklama (*money laundering*),
- b. Uyuşturucu madde kaçakçılığı,
- c. Ulusal mevzuatta tanımlanan şekliyle kamu görevlilerinin rüşvet suçu ve yolsuzluk,
- d. Para aklamak için yasal işlere dâhil olma (*infiltration of legal business*),
- e. Hileli iflas,
- f. Sigorta dolandırıcılığı,
- g. Bilişim suçları,
- h. Fikri mülkiyet haklarının ihlali,
- i. Yasadışı silah kaçakçılığı,
- j. Terörist eylemler,
- k. Hava araçlarının kaçırılması,
- l. Deniz haydutluğu,
- m. Karada kaçırma,
- n. İnsan ticareti,
- o. İnsan organlarının ticareti,
- p. Kültür ve sanat eserleri kaçakçılığı,
- q. Çevre suçları,
- r. Örgütlü gruplar tarafından işlenen diğer suçlar.

Atatürk'ün bu tanımı, döneminin egemen savaş türü olan “*topyekûn savaşı*” anlatmaktadır.

NATO'nun “*Terim ve Tanımlar Sözlüğü AAP 6 (2012) (Allied Administrative Publication-Müttefik İdari Yayını)*” ve ABD Savunma Bakanlığı, “*Askerî Terimler Sözlüğü JP I-02 (2012) (Joint Publication-Müşterek Yayın)*” ve ABD Genel Kurmay

Bkz. Gerhard O. W. **MUELLER**, “*Transnational Crime: Definitions and Concepts*”, in: Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses Ed. Phil Williams – Dimitri Vlassis, Italy 2001, s. 14; DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 244. Ayrıca, *infiltration of legal business* kavramı hakkında bkz. Michael J. **PALMIOTTO** - Prabha **UNNITHAN**, Policing & Society: A Global Approach, Delmar Cengage Learning, 2011, s. 269.

⁸² DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 259.

⁸³ VARLIK, s. 117.

⁸⁴ Sun **TZU**, Savaş Sanatı (Çev. Pınar ERTURAN), Remzi Kitabevi, İstanbul 2017, s. 11.

⁸⁵ Carl Von **CLAUSEWITZ**, Savaş Üzerine (Çev. Selma KOÇAK), Doruk Yay., 2011, s. 28.

⁸⁶ Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Daire Başkanlığı, “*Barış ve Savaş Kavramındaki Gelişmeler*” Güncel Konular, Genelkurmay ATASE Başkanlığı Yay., Güncel Konular Serisi No.: 1, Ankara 1980, s. 3. Sadeleştirilmiş Türkçesi için bkz. Mustafa Kemal **ATATÜRK**, Nutuk, Bizbize Yay., Ankara 2008, s. 502.

Başkanlığı, *"Müşterek Harekât Talimnamesi JP 3-0"* gibi resmi askerî yayınlarda savaşın tanımına yer verilmemiştir.⁸⁷

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'ndaysa savaş; *"Devletin bekasını temin etmek, milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek amacıyla, başta askeri güç olmak üzere Devletin maddi ve manevi tüm güç ve kaynaklarının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasını gerektiren silahlı mücadeledir."* şeklinde tanımlanır.

Kavramın belirleyici özelliklerinden faydalanılarak yapılan tanıma göre savaş: *"Devletler veya devlet grupları tarafından, millî güç unsurlarının tamamının veya bir kısmının kullanılması suretiyle icra edilen ve taraflarca savaş niteliği kabul edilen, kuvvet kullanılmasını içeren, düşmanca niyet ve/veya eylem"*dir.⁸⁸

Savaş yasağının bir ilke olarak ilk karşımıza çıkışı, 1928 yılında Paris'te imzalanan Briand-Kellogg⁸⁹ Paktı'yladır. Bu yasağın gelişiminde, Birinci Dünya Savaşı sonrasında Versay Antlaşması'yla ulusal çıkarlarını en üst düzeye çıkaran galip devletlerin, kazanımlarını korumak adına uyguladığı statükocu bir dış politikanın etkisi

⁸⁷ VARLIK, s. 116.

⁸⁸ VARLIK, s. 114.

⁸⁹ Pakt, oluşumuna önyak olan iki devletin dışişleri bakanları Aristide Briand (Fransa)ve Frank Billings Kellogg'un (ABD) soyadlarıyla anılmaktadır.

olduğu konusunda tutarlı görüşler varsa da bu yasağın savaşın yıkıcı etkisinden bağımsız olarak ortaya çıktığı iddia edilemez.⁹⁰

Devletler arasında veya uluslararası alanda güç veya kuvvet kullanımının 1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması'yla⁹¹ yasaklanmasının, İkinci Dünya Savaşı sonrasına rastlaması da tesadüfi değildir. Zaten Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın sunuş bölümünde geçen “*Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketi...*” ifadesiyle açıkça, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları kastedilmektedir.⁹²

⁹⁰ Büyük güçlerin Versay sonrasında elde ettikleri kazanımları koruma refleksiyle hareket ettikleri eleştirisi için bkz. Mehmet Sait **DİLEK**, “*Büyük Güçlerin Politikaları ve Briand-Kellogg Paktı*”, Uluslararası İlişkiler, C. 10, S. 37, (Bahar 2013), s. 145-169.

⁹¹ Antlaşmanın Türkçe metni için bkz.

<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (Erişim Tarihi: 26.01.2020)

⁹² Klevis **KOLASI**, “*Savaşın Değişen Niteliği ve Jus ad Bellum ve Jus in Bello'ya Etkisi*”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 35, Ankara 2017, s. 8.

Uluslararası hukuktaki egemen görüşe göre, savaşın faili kural olarak ⁹³ devletlerdir ve savaş, ilanı zorunlu bir hukuki durumdur.⁹⁴ Ancak uygulamada, savaş ilan ettikleri hâlde savaşmayan devletler ve savaştıkları hâlde ilanda bulunmayan devletler olmuştur.⁹⁵ Çatışmaların, uzun süredir devlet dışı aktörler tarafından yürütüldüğü gerçeğiyle birlikte savaş kavramı, uluslararası hukuk alanında yetersiz kalmıştır. Bu kapsamda, Roma Statüsü *silahlı çatışma* kavramını; BM Antlaşmasıysa *kuvvet kullanımı* kavramını esas almaktadır.⁹⁶

⁹³ Bir devletin ülkesi içinde gerçekleşen ayaklanma ve iç savaş durumlarıyla sömürge rejimi altındaki ulusların *self-determination* ilkesi uyarınca gerçekleştirdikleri mücadeleler, kuvvet kullanma yasağı dışındadır. Bkz. PAZARCI, IV. Kitap, s. 112, 113.

⁹⁴ Uluslararası hukukta savaş ilanının zorunluluğuna dair tek hüküm, 1907 tarihli III. La Haye Sözleşmeleri 1. maddesidir. Bkz. Funda **KESKİN ATA**, “Uluslararası Hukukta Savaş ve Barış”, Mülkiye Dergisi, S. 38 (3), 2014, s. 85, 86.

⁹⁵ 3 Ekim 1935’te İtalya’nın Habeşistan’a; II. Dünya Savaşı esnasında, 1 Eylül 1939’da SSCB ve Almanya’nın Polonya’ya; 7 Aralık 1941’de Japonya’nın Pearl Harbour’daki ABD donanmasına saldırıları, savaş ilanı yapılmaksızın gerçekleştirilmiştir. Bkz. VARLIK, s. 118.

Türkiye ve Latin Amerika devletleri, İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya’ya savaş ilan etmelerine karşın çatışmaya girmemişlerdir. Bkz. KESKİN ATA, s. 86.

⁹⁶ Antlaşma metninde savaş ifadesine, yalnızca Birinci ve İkinci Dünya Savaşını ifade ederken, yer verilmiştir. Bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (Erişim Tarihi: 26.01.2020)

Devletler arası kuvvet kullanımını düzenleyen kurallar, uluslararası ilişkiler literatüründe *jus ad bellum* (savaşa başvurmanın hukuku) ile *jus in bello* (savaş fiilen icra edilirken uygulanan kurallar) terimleriyle ifade edilmektedir.⁹⁷

Jus in bello olarak da adlandırılan, savaş hukukunun ikinci dalında, savaş çıkmasından sonra nasıl yürütülmesi gerektiğiyle ilgilenilmektedir. Başta Uluslararası Kızılhaç Komitesi olmak üzere, öğreti tarafından da insancıl hukuk olarak nitelendirilen bu dalda iki temel bölüm mevcuttur. Bunlar, silahlı çatışmalarda meşru kabul edilen silah savaş ve yöntemleriyle işgal edilen toprakların idaresini konu edinen La Haye hukuku ve silahlı çatışmalar nedeniyle mağdur olabilecek kimseleri korumayı amaçlayan Cenevre hukukudur.⁹⁸

Roma Statüsünde yer verilen savaş suçları bakımından, savaşa başvurmanın haklılığının (*jus ad bellum*) bir önemi yoktur. Statü'nün savaş suçlarını belirleyen 8. maddesi, kuvvete başvurma hakkından bağımsız olarak, silahlı çatışmanın varlığıyla geçerlilik kazanır.⁹⁹

⁹⁷ KOLASI, s. 3.

⁹⁸ İki hukuk dalı da adını, kendileriyle aynı isimdeki sözleşmelerden almaktadır. Bkz. Mehmet Cengiz UZUN, s. 745, 746.

⁹⁹ R. Murat ÖNOK, Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği Ankara, s. 36. http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 26.01.2020)

Silahlı çatışma kavramı *Dusko Tadić*'in yargılamasında Üst Yargılama Dairesi tarafından, “Devletler arasında silahlı güce başvurulduğunda ya da hükümet otoriteleriyle silahlı gruplar arasında ya da bir devlet içinde bu tür gruplar arasında, uzayan silahlı şiddet bulunduğunda orada bir silahlı çatışmanın var olduğu sonucuna varırız.” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁰⁰

Birleşmiş Milletler Şartı'ndan bu yana, devletler açısından meşru bir araç olma özelliğini yitiren savaş kavramının, insani bir yönünün olmadığı da kabulü gerekir. Öte yandan gerçek dünyada atılan tüm adımlara rağmen silahlı çatışmaların varlığı ortadan kaldırılamamıştır. Meşru ve insani olmadığı gerekçesiyle savaşı, hukuk alanının dışında tutmak, savaş nedeniyle yaşanacak mağduriyetleri en aza indirme fırsatının heba edilmesi anlamına gelecektir. Belirtmekte yarar vardır ki uluslararası insancıl hukuk, savaşı onaylayan ya da uygulanabilir kılan bir araç değildir.¹⁰¹ Birbirlerine karşı silaha başvurmuş devletler arasında dahi hukuka uygun hareket etme gerekliliği etkisiz kılınamaz.¹⁰²

Uluslararası literatürde savaş suçlarının cezalandırılması konusunda üç görüş hakimdir. Buna göre ilk olarak, savaşa ilişkin kurallardan herhangi birinin ihlali savaş suçudur. İkinci görüş yalnızca, Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerinin savaş suçunu oluşturduğunu savunmaktadır. Son olarak, uluslararası ceza hukuku metinlerinde

¹⁰⁰ **Prosecutor v. Dusko Tadić**, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 Ekim 1995), § 70; Gökçen **ALPKAYA**, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 115.

¹⁰¹ BAŞAK, s. 10.

¹⁰² GROTIUS, s. 23.

düzenlendiği takdirde, savaşa ilişkin kural ve âdetlerin ihlali savaş suçunu oluşturabilir. Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin Statülerinin hazırlanmasında ve buralarda yapılan yargılamalarda, bu üçüncü görüş üzerinde oluşan fikir birliği, günümüzde de devam etmektedir.¹⁰³

Uluslararası ceza hukukunun geldiği son noktayı temsil eden Roma Statüsü savaş suçlarına 8. maddesinde yer vermiştir. Hükme göre savaş suçları şu dört ayrı bentte gruplandırılmıştır. Buna göre:



¹⁰³ Kelly D. **ASKIN**, “*Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court*”, Criminal Law Forum, S. 10, 1999, s. 51.

Tarihi süreçte yapılan farklı tasnifler için bkz. BAŞAK, s. 171-178.

Jellinek’in statü ilişkisine dayalı haklar sınıflandırması için bkz. Fatih **KARAOSMANOĞLU**, İnsan Hakları, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2012, s. 92-94.

i) “12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’nin çok ciddi şekilde ihlali, başka bir deyişle, Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre korunan şahıs ve mallardan herhangi birine karşı işlenen fiiller”¹⁰⁴

¹⁰⁴ “i) Kasten öldürme;

ii) Biyolojik deneyler dahil işkence veya insanlık dışı muamele;

iii) İnsan vücuduna veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma;

iv) Askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak malların yaygın yok edilmesi veya sahiplenilmesi;

v) Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, düşman devlet silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması;

vi) Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, kasti olarak adil ve olağan yargılanma hakkından yoksun bırakılması;

vii) Hukuka aykırı sürgün, nakletme ya da hapsedme;

viii) Rehine alınması.”

ii) “Uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri”¹⁰⁵

¹⁰⁵ “i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivil bireylere ya da sivil nüfusa karşı kasten saldırı yöneltilmesi;

ii) Askeri olmayan, yani askeri maksatlı olmayan sivil hedeflere karşı kasten saldırı düzenlenmesi;

iii) Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku çatısı altında, siviller ya da sivil nesnelere sağlanan korumadan yararlanma hakları olduğu sürece, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne göre, barış gücü ya da insan yardımı tahsis edilmiş görevli personel, tesis, malzeme, birlik veya araçlara kasten saldırı yöneltilmesi;

iv) Tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelerin zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak saldırı başlatılması;

v) Savunmasız veya askeri hedef oluşturmayan kent, köy, yerleşim yeri ve binaların bombalanması veya bu yerlere herhangi bir araçla saldırılması;

vi) Silahını bırakmış, kendisini savunma araçlarından yoksun ve isteğiyle teslim olmuş bir askeri öldürme veya yaralama;

vii) Teslim bayrağını, Birleşmiş Milletler veya düşman bayraklarını, askeri rütbelerini ve üniformalarını, yine aynı şekilde Cenevre Sözleşmeleri’nin ayırt edici amblemlerini, uygunsuz şekilde kullanarak ölüme veya ciddi yaralanmaya sebebiyet verme;

-
- viii) İşgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının devlet sınırları içinde veya dışında sürülmesi veya nakli;
- ix) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya yardım amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı düzenlenmesi;
- x) Karşı tarafın hakimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması;
- xi) Düşman devlet ya da orduya bağlı bireylerin haince öldürülmesi veya yaralanması;
- xii) Savaş esirlerine yaşama şansı verilmeyeceğini ilan etme; (karşı tarafta canlı bırakılmayacağını ilan etme)
- xiii) Savaşa dair ihtiyaçlar zorunlu olarak gerektirmedikçe, düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması;
- xiv) Düşman taraf uyruklu kişilerin, Mahkemelerdeki hak ve eylemlerinin ortadan kaldırıldığını, askıya alındığını veya kabul edilemez olduğunu ilan etme;
- xv) Düşman taraf vatandaşlarını, savaş başlamadan önce, ordu mensubu olsalar bile, kendi devletlerine karşı savaş hareketlerinde yer almaya zorlama;
- xvi) Saldırı sonucu ele geçirilse bile, bir kenti ya da yeri talan etme;
- xvii) Zehir veya zehirli silahların kullanılması;
- xviii) Boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazlar kullanılması;

xix) Çekirdeği tam kapatmayan veya yarararak ayrılan mermiler gibi insan vücuduna kolayca giren veya vücutta parçalanan mermi kullanılması;

xx) Gereksiz yaralanmaya veya ıstıraba yol açan veya 121 ve 123. maddeler hükümlerine uygun olarak bu tüzüğe bir ek şeklinde dahil edilmesi ve geniş yasaklamaya tabi olması halinde, kendiliğinden ve ayırım yapmadan uluslararası savaş hukuku ihlalleri oluşturan silah, mermi, malzeme veya savaş yöntemleri kullanılması;

xxi) İnsan onuruna hakaret eder nitelikte, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlar;

xxii) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması;

xxiii) Belli noktaları, alanları veya askeri güçleri askeri operasyonlardan muaf tutmak için, bir sivilin veya diğer korunmuş bir kimsenin varlığının kullanılması;

xxiv) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde, Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlerini kullanan binalara, malzemeye, sağlık ve ulaşım birimlerine kasten saldırı düzenlenmesi;

xxv) Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dahil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasının, bir savaş yöntemi olarak kullanılması;

xxvi) 15 yaşından küçük çocukların ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması.”

iii) “Uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmada, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları ile hastalık, yaralanma, gözaltı veya herhangi bir başka nedenle savaş dışı kalmış olanlar dahil olmak üzere çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere karşı işlenen fiiller”¹⁰⁶



¹⁰⁶ “i) Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, zalimane muamele ve işkence;

ii) İnsan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar;

iii) Rehine alınması;

iv) Kanuna dayalı ve gerekliliği genel kabul görmüş yargısal garantileri haiz bir Mahkeme kararı olmadan cezalandırma ve infaz.”

iv) “Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası karakterde olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri”¹⁰⁷

¹⁰⁷ “i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı veya sivil nüfusa karşı kasten saldırı düzenlenmesi;

ii) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi;

iii) Silahlı çatışma hukukuna göre, sivillere ve sivil nesnelere sağlanmış korumaya hak kazanmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne uygun bir şekilde insani yardımda veya barış gücü görevinde bulunan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi;

iv) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi;

v) Saldırı sonucu ele geçirilse dahi, bir kenti ya da yeri talan etme;

vi) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri’ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması;

vii) 15 yaşından küçük çocukların, ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması;

viii) Çatışmadan kaynaklanan nedenlerden dolayı, sivillerin güvenliği veya askeri nedenler gerektirmedikçe sivillerin yer değiştirilmesi talimatı verilmesi;

E. TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI SUÇLAR

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK, Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının birinci kısmında “*Uluslararası Suçlar*”a yer vermiş ve böylelikle uluslararası suç kavramı, Türk ceza hukuku öğretisine girmiştir. Burada yer alan suç tipleri, soykırım (m. 76), insanlığa karşı suçlar (m. 77), göçmen kaçakçılığı (m. 79), insan ticareti (m. 80) olmak üzere dört tanedir.¹⁰⁸ Bu suçlara Özel Kısımın en başında yer verilmesi, suçların ihlal ettikleri değerlerin ağırlıklarını ortaya koymak bakımından doğru bir tercihtir. Ancak, bu dört suç tipine bir arada ve uluslararası suçlar başlığı altında yer verilmesi öğretilerde eleştirilmektedir. Zira, ilk bölümde yer alan iki suç gerçek anlamda uluslararası suç olmakla birlikte, ikinci bölümde yer alan suçlar, sınıraşan suçlardır. Ayrıca, öğretilerde ağırlıklı olarak uluslararası suç olarak nitelendirilen suç tiplerine yer verilmemesi de başka bir eleştiri konusudur. Roma

ix) *Karşı tarafın savaşanlarını haince öldürme veya yaralama;*

x) *Savaş esirlerine yaşama şansı verilmeyeceğini ilan etme; (karşı tarafta canlı bırakılmayacağını ilan etme)*

xi) *Karşı tarafın hakimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması;*

xii) *Savaşa dair ihtiyaçlar zorunlu olarak gerektirmedikçe, düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması.”*

¹⁰⁸ Bu suçlara ilave olarak m. 78’le, *soykırım ve insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurma ve örgüte üye olma suçu* düzenlenmiştir.

Statüsü'yle belirlenen savaş suçları buna en belirgin örnektir ve bu önemli bir eksikliktir.¹⁰⁹

TCK'nın “İnsanlığa karşı suçlar” başlıklı 77. maddesinin (f), (g) ve (h) fıkralarında bu çalışmanın konusunu oluşturan fiillerin bir kısmına yer verilmişse de burada geçen insanlığa karşı suç tanımının ve bu suça vücut veren eylemlerin ne uluslararası uygulamalarla ne de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'yle uyum içerisinde olduğu söylenebilir.¹¹⁰

5237 sayılı TCK'da savaş suçlarına yer verilmediği gibi, 1930 tarihli AsCK'da, savaş suçları açısından kısıtlı hükümler bulunmaktadır.¹¹¹ Üstelik bu suçlar savaş suçu olarak nitelendirilmemekte, askerî suç olarak tanımlanmaktadır.¹¹² Türkiye, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne taraftır. Ancak, devletlere genel yükümlülükler getiren antlaşmalar, kişisel ceza sorumluluğu için mutlak nitelikte olan, kanunilik ilkesi

¹⁰⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 51.

¹¹⁰ Yusuf **AKSAR**, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C. 2, Seçkin Yay., B. 4, Ankara 2017, s. 188.

¹¹¹ AsCK m. 122 “*ganimet almak suçu*”; m. 123 “*yağmacılık suçu*”; m. 125 “*zaruret olmaksızın başkasının mal ve mülkünü imha ve tahrip etmek suçu*”; m. 126 “*zorla yağmacılık suçu*”; m. 127 “*muharebe meydanlarında ölülerin, esirlerin ve yaralıların mallarına tecavüz etmek suçu*”; m. 128 “*ahaliye kanunsuz tasarrufta bulunma suçu*”; m. 159 “*muharebe meydanında hıyanet ve muhاریplerin mallarına tecavüz etmek suçu*”.

¹¹² ÖNOK, UCD Rapor, s. 37.

belirliliğinde değildir. Bu nedenle Türkiye'nin yargı yetkisinde işlenen savaş suçu oluşturan fiillerin, Cenevre Sözleşmeleri kapsamında savaş suçu kabul edilerek yargılanması mümkün olmayacağından, yargılamada, Askerî Ceza Kanunu'ndaki kısıtlı hükümler¹¹³ veya TCK'da yer alan adi suç tipleri dikkate alınacaktır.

Silahlı bir çatışma durumunda, çatışan taraflardan birinin sahip olduğu orantısız üstünlüklerden güç alarak korumasız bir köyü yağmalamasıyla, TCK m. 148'de düzenlenen yağma suçu arasında fark olduğu kolay kabul edilebilir bir gerçektir.¹¹⁴

Öte yandan, Roma Statüsü'nde yer alan savaş suçlarına Türk hukukunda yer verilmemiş olması nedeniyle, savaş suçu işleyen kişinin TCK veya ilgili ulusal mevzuat hükümleri doğrultusunda cezalandırılması, ilk bakışta Statü'nün gerekliliklerine bir aykırılık oluşturmaz. Statü'ye taraf devletlerin dahi yükümlülüğü Statü'de yer alan suç tiplerinin aynılarını ulusal hukuklarına aktarmak değil; Statü'nün yasakladığı fiilleri yasaklamak ve cezalandırmaktır. Ancak, Türk hukuku dikkate alındığında, Statü'de yer verilen savaş suçlarına hükmedilecek cezalar, uluslararası hukuka kıyasla hafif kalabileceğinden, Uluslararası Ceza Mahkemesi yeniden yargılama yapma yetkisini kullanabilecektir.¹¹⁵

¹¹³ AsCK'nın, Statü'de yer alan hükümleri karşıladığının tartışmalı olduğu hakkında bkz. Faruk **TURHAN**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi”, Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 134.

¹¹⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 51, 52.

¹¹⁵ ÖNOK, UCD Rapor, s. 17-19.

Roma Statüsü 8(2)(b)(xxii) maddesinde yer verilen suç tiplerinin bir kısmına TCK'da eşdeğer ifadelerle yer verilmekteyken; bir kısmınınsa tam karşılığı bulunmaktadır.¹¹⁶

Irza tecavüz suçuna vücut veren fiillere cinsel saldırı (TCK m. 102/2)¹¹⁷ ve çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/2)¹¹⁸ başlıklarında yer verilmiştir. Suçların nitelikli hâllerinin uygulanması durumunda, verilecek ceza 18 yıla kadar çıkabilecektir.

Cinsel kölelik fiilinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hâline (TCK m. 109/5)¹¹⁹ ilk bakışta denk düştüğü düşünülebilir. Ancak cinsel kölelik başlığı altında detaylı olarak da inceleneceği üzere, bu fiil çoğu zaman, süre bakımından uzunca bir ihlali bünyesinde barındırır. 765 sayılı TCK'da yer alan "*kız, kadın veya erkek kaçırmak*" suçuna karşılık olarak yapılan bu düzenlemenin, mağdurun hürriyetinin ve cinsel özgürlüğünün adeta bir köle gibi elinden alındığı

¹¹⁶ Uluslararası belgelerde geçen ancak TCK'da yer almayan suç tipleri için bkz. YALÇIN, s. 208.

¹¹⁷ Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâli hakkında detaylı bilgi için bkz. Fahri Gökçen **TANER**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2017, s. 162-173.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâli hakkında bilgi ve Yargıtay kararları için bkz. Erdal **BAYTEMİR**, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2007, s. 99-324.

¹¹⁸ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 317-321; BAYTEMİR, s. 403-557.

¹¹⁹ BAYTEMİR, s. 905, 906.

cinsel kölelik fiili için yeterli ağırlıkta olmadığı söylenebilir. Cinsel kölelik suçu için tek bir cinsel şiddet fiili yeterli olsa dahi, bu suça genellikle, hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin çok defa cinsel saldırıya uğraması şeklinde rastlanıldığından, TCK m. 102/2 veya 103/2, TCK m. 109/5 ve TCK m. 43 hükümlerinin birlikte uygulanmasını gerektirecektir.¹²⁰

Fuhşa zorlama suçu bakımından TCK m. 227/4 hükmüne gidilebilir. Ancak, silahlı çatışmanın yarattığı baskı ortamının suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak değerlendirilebilmesi için “*kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi*” ağırlaştırıcı nedenine dayanılması, biçimsel kanunilik ilkesine aykırılık oluşturabilir.¹²¹

Gebeliğe zorlama başlığı altında detaylı olarak inceleneceği üzere bu suç için, istenmeyen bir gebeliğin oluşması ve bu gebeliğin sonlandırılmasının önlenmesi gerekir. İlk bakışta bu durumun, TCK bakımından vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı (m. 102/2 ve m. 103/2) ve cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak (m. 109/5) suçlarına vücut vereceği değerlendirilebilirse de üzerinde düşünüldüğünde durumun daha farklı olduğu anlaşılabacaktır. Öncelikle TCK, ne cinsel saldırının gebe bırakmak amacıyla yapılmış olmasına ne de cinsel saldırı sonucunda da mağdurun hamile kalmasına bir hukuki sonuç bağlamıştır. Ayrıca, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hükmünde de bir bebeğin dünyaya gelmesi neticesinin,

¹²⁰ Benzer bir değerlendirme için bkz. ÖNOK, UCD Rapor, s. 44

¹²¹ Bu nitelikli hâle düzenli ordu mensupları bakımından hükmedilebileceği hakkında bkz. ÖNOK, UCD Rapor, s. 44.

suçun oluşması ya da suçun ağırlaştırılması bakımından bir önemi yoktur. Bu durumda gebeliğe zorlama suçunun TCK’da tam olarak karşılık bulduğunu söylemek güçtür.¹²²

TCK’da gebe kadına karşı işlenen tüm suçlarda, gebeliğin devam ettirilmesine değil, gebeliğin sonlandırılmasına sonuç bağlanmıştır. Tüm dünyada olduğu gibi¹²³ Türkiye’de de gebeliğin devamını sağlamak adına kürtaj karşıtı görüşler birçok kişi tarafından desteklenmekte, zaman zaman da kamuoyu gündemini meşgul

¹²² Mağduru hamileliğe zorlayan kişinin, onu hamile bırakan kişi olmaması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşacağı ve bu suç için öngörülen cezanın savaş suçları bakımından yetersiz kalacağı hakkında bkz. ÖNOK, UCD Rapor, s. 44.

¹²³ <https://www.amerikaninsesi.com/a/amerika-kurtaj-yuruyus-baskan-donald-trump-beyaz-saray/5259304.html> (Erişim Tarihi: 24.02.2020);
<https://tr.sputniknews.com/abd/201905161039069218-kurtaji-yasaklayan-alabama-senatosuna-tepki-dinmiyor/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020);
<https://www.politico.eu/article/italy-abortion-divide-politics-gives-new-life-to-anti-abortion-campaign/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020);
<https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/athens-metro-advertises-anti-abortion-campaign/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

etmektedir.¹²⁴ Dini, siyasi, sosyal, ailevi otoritelerin yapmış olduğu bu türden açıklamaların, kadınların kendi bedenleri üzerinde verecekleri kararda, iradelerini etkilediği bir gerçektir.¹²⁵ Ancak bu tür durumlar, tehdit veya cebir seviyesine ulaşmadıkça ceza hukukunun ilgi alanına dahil değildir. Uluslararası hukukta, ulusal hukuklarda pek karşılaşılamayacak bir saikle hareket edilen bu suç tipinin, TCK hükümlerine göre cezalandırılması mümkün gözükmemektedir.

AsCK'nın "*Askerlik haysiyetine ve şerefine dokunan suçlar ve cezaları*" başlıklı 11. bölümünde yer verilmiş olan "*ırza ve iffete tecavüz edenler*" başlıklı 152. maddesi, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanunun 38. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.¹²⁶ Kanunun ilk metninde hüküm, "*Irza ve iffete tecavüz eden askerî şahıslar hakkında Türk ceza kanununun sekizinci babında yazılı cezalar tatbik olunur. Birinci fıkrada yazılı fiiller emirleri altında bulunanlara karşı yapılırsa kanunen muayyen olan ceza,*

¹²⁴ "*Tecavüze uğrayan doğursun, gerekirse devlet bakar.*"; "*Tecavüzcü, kürtaj yaptıran tecavüz kurbanından daha masum.*"; "*Tecavüze uğrayan da kürtaj yaptırmamalı. Bosna'da kadınlar tecavüze uğradı ama doğurdular.*"; "*Kadın ahlaklı olsun, kürtaj yapmak zorunda kalmasın.*"; "*Anası tecavüze uğruyorsa neden çocuk ölsün? Anası ölsün.*" <https://www.sozcu.com.tr/2016/gundem/akpnin-kadin-karnesi-1170432/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

¹²⁵ Bilal **SAMBUR**, "*Kürtaj: Hayat mı, Hürriyet mi?*", Liberal Düşünce Dergisi, Y. 17, S. 67, Yaz 2012, s. 29, 30.

¹²⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1632.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

Türk ceza kanununun 417 inci maddesi mucibince yarıya kadar arttırılır.”¹²⁷
ifadeleriyle yer almaktaydı.

Harp esirleri, Askerî Ceza Kanunu’nun “*Muharebe meydanlarında ölülerin, esirlerin, yaralıların mallarına tecavüz edenler*” başlıklı 127. maddesiyle, yalnızca mala karşı suçlar bakımından korunmaktadır. Askerî Ceza Kanunu’nun gerek şimdiki metni gerekse önceki metinleri, Cenevre Sözleşmelerince korunan kimselere, cinsel şiddet suçlarında özel bir koruma sağlamamaktadır.

Savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri ulusal hukukta, Roma Statüsünden farklı olarak isimlendirilse dahi fiilin haksızlık içeriğine uygun oranda ceza verilmesi durumunda, tamamlayıcılık ilkesi gereği Uluslararası Ceza Mahkemesince yeniden yargılama yapılmayacaktır. Ancak, gebeliğe zorlama fiilinde olduğu gibi, mevzuatın suçu cezalandırmada yetersiz kalacağı durumlarda, Uluslararası Ceza Mahkemesinin soruşturma ve kovuşturma yetkisini kullanması söz konusu olabilecektir.¹²⁸

¹²⁷ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1520.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

¹²⁸ ÖNOK, UCD Rapor, s. 40.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ

A. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNE DUYULAN İHTİYAÇ

Uluslararası ceza hukukunun alanına giren bu suçlarla mücadele için sarf edilen emek ve kat edilen yol azımsanamayacak kadar önemlidir. Ancak, insan haklarının geniş çaplı ve ağır ihlalleri olan uluslararası suçları önlemek ve cezalandırmak hususunda uluslararası toplumun yetersiz kaldığı eleştirisi, haksız bir eleştiri olarak nitelendirilemez.¹²⁹ Ulusal ceza hukukunun etki alanında kalan ve doğal olarak uluslararası ceza hukukundan çok daha düşük şiddette ve sayıda ihlale neden olan suçların, uluslararası suçlara göre, çok daha etkin soruşturulduğu ve cezalandırıldığı bir gerçektir.

Uluslararası ceza hukuku ihlallerinin yargılanmasında, ulusal mahkemelerce etkin bir yargılama gerçekleştirilmediğinden, ulusal makamlara güven asgari seviyededir.¹³⁰ Bunun en belirgin örneklerinden biri, Birinci Dünya Savaşı sonrası, Alman savaş suçlularının, Leipzig kentinde kurulan mahkemelerde yargılanmalarıdır.¹³¹ Versay Antlaşması öncesinde yapılan görüşmelerde, müttefiklerce kurulan *Savaş Yetkililerinin Sorumlulukları ve Cezaların Uygulanması* adlı soruşturma komisyonu 895 kişinin savaş suçu işlediğine karar verdi. Ancak, Versay Antlaşması'yla kurulması planlanan yargı organları ve komisyon arasında bir

¹²⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 263.

¹³⁰ SCHABAS, s. 15.

¹³¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 263.

bağlantı bulunmadığından, komisyonun kararları bağlayıcı nitelikten yoksundu. Komisyonca, Barış Konferansına sunulan geniş içerikli rapora karşın Leipzig’te sadece 12 asker yargılandı.¹³² Yargılanan askerlerden altısının, “*amirin emrini ifa*” ve “*askerî zorunluluk*” savunmalarının sınırları zorlanarak beraat etmesi sağlandı.¹³³ Geri kalan 6 fail hakkında, isnat edilen suçların cezalarına oranla oldukça hafif cezalara hükmedildi. Dahası, verilen cezaların hepsi, infaz edilmeden kısa süre içerisinde affedildi.¹³⁴

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinden kaçmayı başaran ve çoğunluğunu Nazi destekçisi savaş suçlularının oluşturduğu kişilerin, ulusal makamlarca yargılanmalarına oldukça ender rastlanmaktadır. Bu nedenle, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşuna kadar olan zaman dilimi için savaş suçlularının

¹³² Tefvik **ODMAN**, “*Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı*”, AÜHFD, S. 1, C. 45, 1996, s. 133, 134.

¹³³ M. Cherif **BASSIOUNI**, “*The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*”, The American Journal of International Law, C. 88, No. 4, October 1994, s. 786, TEZCAN – ERDEM -ÖNOK, s. 275.

¹³⁴ Walter Gary Sr. **SHARP**, “*International Obligations to Search for and Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia*”, 7 Duke Journal of Comparative & International Law, S. 411, 1997, s. 417, 418.

yargılanmasının, galip devletlerin intikam amaçlarına ya da olağandışı gelişmelere bağlı olarak gerçekleştirilebildiği söylenebilir.¹³⁵

Her devletin, kendi ülkesinde işlenen suçları; faile veya mağdura göre şahsilik ilkeleri ve evrensel yargı yetkisi gereği, ülkesinin ötesinde gerçekleşen suçları soruşturabilmesi teorik olarak mümkündür. Bu nedenle uluslararası ceza yargısına ihtiyaç olmadığı iddiası öne sürülebilir. Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasındaki temel ilke mülkilik olup; söz konusu ilkenin, devletin egemenliğine duyulan saygının bir göstergesi olması, delillere ulaşmada kolaylık ve ulusal makamların yargılamaya yardımcı araçlara sahip olması gibi avantajlar nedeniyle suçun, ulusal makamlarca soruşturulmasının daha etkin ve geçerli olduğu sonucuna da varılabilir. Ancak, öğretime baskın görüş, ulusal makamların, uluslararası ceza hukukunun ihlalleri söz konusu olduğunda yeterince güvenilir olmadığı yönündedir. Birinci Dünya Savaşı sonrasındaki Leipzig yargılamaları bunun en net örneğidir.¹³⁶

Uluslararası yargıya duyulan ihtiyaç belirli durumlarda daha da netlik kazanmaktadır. Bu durumlardan ilki olarak, devletlerin, çoğu zaman kendilerince desteklenen fiiller icra eden bireyleri, işlemiş oldukları suçlardan ötürü yargılamadaki

¹³⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 263.

¹³⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 274, 275.

isteksizlikleri olduğu söylenebilir.¹³⁷ İsteksizliğin nedeni, yargılamanın devletin kendi güvenliği açısından tehlike oluşturma ihtimali ve faillerin devlet içerisinde korudukları yüksek mevkilerinden kaynaklanabilir.¹³⁸ Eski Yugoslavya'nın yıkılmasından sonra kurulan Sırbistan'da, askerî ve idarî kadrolarda bulunan birçok uluslararası suç şüphelisi, iktidarlarını devam ettirmişlerdir.¹³⁹

İkinci olarak, devletlerin içinde bulundukları olağanüstü durumlar, uluslararası suçlar hakkında bir soruşturma başlatmaya ya da devam ettirmeye imkân veremeyebilir. Yıkıcı bir iç savaş sonrası ülkedeki yargı sistemi işlevsiz hâle gelmiş olabilir. Ruanda'da yaşanan durum da bunun en güncel örneği niteliğindedir.¹⁴⁰

Yargılamanın devletin güvenliği için büyük bir tehdit teşkil etmesi de pekâlâ mümkündür. Dünya çapında korku yaratan terör örgütlerinin başındaki kişilerin yargılanması, yargılayan devleti terör eylemlerinin hedefi hâline getirebilir. Bu tür

¹³⁷ Uğur **BAYILLIOĞLU**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”, AÜHFD, C. 56, S. 1, 2007., M. Yasin **ASLAN**, “Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri”, AÜHFD, C. 56, S. 4, 2007, s. 57; Hans-Heiner **KÜHNE**, “Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesi”, Hukuk Kurultayı 2000 (12–16 Ocak 2000), s. 268; Yusuf **AKSAR**, Evrensel Yargı Kuruluşları, Ankara 2007, s. 132.

¹³⁸ M. Cherif **BASSIOUNI**, “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, Law and Contemporary Problems, C. 59, No. 4, Autumn 1996, s. 20; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 275.

¹³⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 275.

¹⁴⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 275.

durumlarda devletler, yargılamanın ülkelerinden farklı bir yerde yapılmasını, kendi çıkarlarını da gözetenek daha uygun bulacaklardır.¹⁴¹

Siyasi uzlaşu uğruna, adaleti sağlama amaç ve görevinin feda edilmiş olması da diğeri bir acı gerçektir. Çatışmaları sona erdirmenin ya da despotik rejimlerin iktidardan el çekmesini sağlamanın politik bedeli, suçluların cezasız bırakılması olmuş ve mağdurların hakları siyasi pazarlık konusu olarak kullanılmıştır.¹⁴²

Bir diğeri politik gerçekse, devletlerin kendi çıkarlarına bir zarar geldiği takdirde harekete geçmeleri; buna karşılık, uluslararası insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda bunları görmezden gelmeleridir.¹⁴³ Bunun yanında, uluslararası bir suçtan ötürü çıkarlarına zarar gelen devletin ulusal mahkemelerinde yapılacak bir yargılamanın tarafsız bir şekilde gerçekleştirilme ihtimali oldukça düşüktür.¹⁴⁴

¹⁴¹ Jonathan I. **CHARNEY**, “*International Criminal Law and the Role of Domestic Courts*” The American Journal of International Law, Cambridge University Press, C. 95, No. 1 (January 2001), s. 122.

¹⁴² BASSIOUNI, Searching for Peace, s. 11, 12.

¹⁴³ Antonio **CASSESE**, International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, s. 4.

¹⁴⁴ Ahmed Hamdi **TOPAL**, “*Uluslararası Terörizm ve Uluslararası Ceza Mahkemesi*”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 1, S. 3, 2005, s. 81; Muzaffer Yasin **ASLAN**, “*The Role of International Criminal Law in the Global War on Terrorism*”, Ankara Law Review, C. 2, No. 1, Summer 2005, s. 37.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası suçların yargı yetkisinin münhasıran ulusal makamlara bırakılması, bahse konu suçların cezasız kalmasına¹⁴⁵ ya da yargılanan kişilerin çatışan taraftan olması hâlinde, yargılamanın gerektirdiğinden çok daha ağır cezalandırılmasına sebep olabilecektir. Bu noktada Uluslararası Ceza Mahkemesi, cezasızlık olgusuyla baş edilmesinde ve sürecin ateşleyicisi ve derinleştiricisi olarak toplumların geçmişleriyle hesaplaşmalarında etkin bir rol oynayabilir¹⁴⁶.

Uluslararası Ceza Mahkemesinden önceki uluslararası suçları yargılamak maksadıyla kurulan *ad hoc* nitelikteki mahkemelere yönelik en önemli eleştiri, bu mahkemelerin seçici/ayırıcı adalet (*selective justice*) veya tercihe bağlı adalet (*preferential justice*) dağıtmasıydı. Özel mahkemeler yapılarının zorunluluğu nedeniyle, belirli zaman ve yerde işlenen suçları kovuşturmak maksadıyla görev yapmaktadırlar. Geçmişte işlenmiş suçlar ve daha da vahim olanı gelecekte işlenebilecek suçlar

¹⁴⁵ “Tek bir kişi öldüren bir kimsenin yargılanma ihtimali, yüz bin kişi öldüren bir kimseye göre daha fazladır.” José Ayala LASSO, Eski BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri, bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 275.

¹⁴⁶ Mithat **SANCAR**, Geçmişle Hesaplaşma Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yay., B. 2, İstanbul 2008, s. 79.

nezdinde bir görevi bulunmamaktadır.¹⁴⁷ Bu nedenle de caydırıcılık niteliğine sahip değildir.¹⁴⁸

Uluslararası Ceza Mahkemesi öncesinde kurulan dört *ad hoc* mahkeme de büyük devletlerin siyasi iradeleriyle kurulmuş ve yargılamalar da bu siyasi iradelerin istekleri doğrultusunda sürdürülmüştür. Ancak, olması gereken, uluslararası suçların kovuşturulmasının, objektif ölçütlere göre ve standart bir uygulama çerçevesinde gerçekleştirilmesidir.¹⁴⁹

Ad hoc mahkemeler, belirli bir zamanda ve belirli bir bölgede işlenen suçları kovuşturmak maksadıyla kurulup; kuruluşlarından önceki suçları kovuşturduklarından, olağanüstü mahkeme statüsündedir. Ancak, sürekli nitelikteki Uluslararası Ceza Mahkemesi olağan bir mahkeme niteliğindedir.¹⁵⁰

Ad hoc mahkemelerin caydırıcılık özelliğinden yoksunluğu, doğal hâkim ve kanunilik ilkelerine aykırılığı; uluslararası nitelikte daimî bir ceza mahkemesi kurulmasının haklılığına yönelik hukuki gerekçeler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵¹

¹⁴⁷ KÜHNE, s. 268; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 277, 278.

¹⁴⁸ Metin FEYZİOĞLU, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu Yay., 2003, s. 761.

¹⁴⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 278.

¹⁵⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 280.

¹⁵¹ FEYZİOĞLU, s. 761.

Son olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası bir antlaşmayla kurulduğundan, uluslararası toplumun ortak rızasına dayanmaktadır. Bu irade, Uluslararası Ceza Mahkemesinin meşruiyetini toplum nezdinde artırmaktadır. Ayrıca bu iradeyi gösteren devletlerin, Uluslararası Ceza Mahkemesi için elzem nitelikteki iş birliğine ilişkin hususlara, istekle katkıda bulunmaları çok daha olasıdır.¹⁵²

Devletlerin, uygulamalarında fiziksel (savaş gelenekleri), normatif (ulusal yasama, askerî mevzuat), diplomatik (itiraz, ihbar) ve yargısal (iç hukuk kararları) alanları da dikkate alması gerekmektedir. Oysa uluslararası hukuk uygulamaları, uluslararası örf ve âdet hukukunu uygulayan mahkemeler ve yargılamalar doğrultusunda şekil almaktadır.¹⁵³

Gönlübol'a göre uluslararası teşkilatlanmayı gerektiren iki sebep vardır. Bunlardan ilki, uluslararası alanda başta iktisadi dayanışma olmak üzere dayanışmanın devletin varlığının devamı için zorunlu bir hâl alması, diğeryse savaşların mahiyetinin değişmesidir. İktisadi yeterliliği ne kadar gelişmiş olursa olsun, bütün devletler birbirlerine ihtiyaç duyarlar. Günümüzde hiçbir devletin yalnız yaşayamayacağı gerçeğinin yanında, hiçbir devletin de savaşa tek başına girme macerasına atılmayacağı kolaylıkla söylenebilir. Günümüz savaşları, geçmiş yüzyıllarda cereyan eden ve yalnızca bir avuç asker arasında geçen savaşlardan çok daha tahripkâr bir mahiyettedir. Savaşların değişen bu mahiyeti devletleri, doğabilecek tehlikeyi önlemek ve barışı

¹⁵² KÜHNE, s. 269; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 280.

¹⁵³ CASSESE ve diğerleri, s. 5.

devamlı kılmak adına uluslararası kuruluşlar vasıtasıyla, çatışmayı önleyici sistemler kurmaya teşvik etmiştir.¹⁵⁴

Ancak, cinsel şiddet içeren savaş suçları söz konusu olduğunda bu tür eylemlere, ulus üstü kuruluşlarda bile rastlanabilmektedir. Barışı koruma operasyonları, kompleks sosyal sistemlere yapılan bir müdahaledir ve karmaşık sistemlere yapılan müdahalelerden, tek bir sonuç alınamaz. Kompleks bir sisteme yapılan müdahaleye sistemin, birden fazla farklı yanıt verdiği artık bilinen bir gerçektir. Bu yanıtların bazılarını istenilen sonuçlar oluştururken; bazılarınıysa istenmeyen/öngörülemeyen sonuçlar oluşturur.¹⁵⁵ Bu anlamda cinsel şiddet içeren suçu oluşturan fiiller, barışı koruma operasyonlarının istenmeyen sonuçları olarak karşımıza çıkabilir.

Birleşmiş Milletlerin barışı koruma operasyonlarını yürüten kişilerinin en yüksek ahlaki ve etik standartlara sahip olması beklenir. Ancak, BM personelinin gerçekleştirdiği cinsel istismar ve cinsel şiddet vakaları neredeyse devamlılık arz eden bir sıklıkla gerçekleşmektedir. 1992 yılında Somali’de icra edilen barışı koruma

¹⁵⁴ GÖNLÜBOL, s. 5, 6. Benzer nitelikteki görüşler için bkz. GROTIUS, s. 22, 23.

¹⁵⁵ Chiyuki AOI - Cedric de CONING - Ramesh THAKUR, “*Conclusion: Can Unintended Consequences be Prevented Contained and Managed*”, Ed. Chiyuki AOI - Cedric de CONING, Ramesh THAKUR, *Unintended Consequences of Peacekeeping Operations*, United Nation University Press, 2007, s. 273.

operasyonlarında yer alan görevliler, savaş sonrası ortamda, seks ticaretinde artışa neden olan bir etken olarak gözlemlenmiştir.¹⁵⁶

Haiti, Mozambik, Doğu Timur, Bosna, Kosova ve Kamboçya’da icra edilen görevlerden edinilen gözlemlere göre, barışı koruma görevlilerinin bölgeye gelmesiyle birlikte seks işçisi talebinde bir artış gözlemlenmektedir. Ayrıca barışı koruma operasyonları süresince çoğu zaman, ırza tecavüz, kadın ve çocuk ticareti, cinsel kölelik ve çocuk istismarı gibi vakalar da gerçekleşmektedir.¹⁵⁷ İşte bu örnekler, barışı koruma operasyonlarının istenilmeyen sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradan çıkarılması gereken sonuç, silahlı çatışma ortamının yarattığı düzensizliğin, alınan tüm tedbirlere rağmen, özellikle cinsel nitelik barındıran suçlara neden olabileceği gerçeğidir.

Roma Statüsü’ne taraf devletler, Uluslararası Ceza Mahkemesiyle, üst düzey devlet yöneticilerinden halka zulmedenlerin ya da meşru olmayan diktatörlerin, cezai alanda dokunulmazlıklarının bulunmadığını göstermek istemiştir. Ayrıca ulusal

¹⁵⁶ Graça **MACHEL**, “*The Impact of Armed Conflict on Children*”, International Conference On War-Affected Children Expert of the Secretary General of the United Nations, Winnipeg Canada, September 2000, 1996, s. 16, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/INTERNATIONAL%20CONFERENCE%20ON%20WAR.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

¹⁵⁷ Elisabeth **REHN** - Ellen Johnson **SIRLEAF**, Women, War, Peace: The Independent Experts’ Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women’s Role in Peace-bulding, Progress of the World’s Women, United Nations Development Fund for Women, 2002, s. 11.

sınırların ötesinde ve farklı hukuk düzenlerinde ortak uygulanabilir bir düzenleme yapılması, ceza hukuku teorisyenlerinin ve uygulayıcılarının dünya toplumu için gerçekleştirdikleri önemli bir başarıdır.¹⁵⁸ Bu niteliğiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal ceza hukuku düzenlerinin yenilenmesinde bir rol model etkisine de sahiptir.¹⁵⁹

Roma Statüsü'nün nihai oylamasına 148 devlet katılmış ve oylama; 120 kabul, 21 çekimser¹⁶⁰ ve 7 ret oyuyla sonuçlanmıştır. Ret oyu veren ülkelerden biri de ABD'dir. ABD'ye eşlik edenler arasında Çin Halk Cumhuriyeti¹⁶¹ ve İran¹⁶² bulunmaktadır.¹⁶³

¹⁵⁸ Albin **ESER**, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü'nün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri” (Çev. Faruk TURHAN), Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 5.

¹⁵⁹ ESER, s. 35.

¹⁶⁰ Bkz. TURHAN, s. 124.

¹⁶¹ Çin'in, Statü'ye ilişkin eleştirileri hakkında bkz. Silvia **TELLENBACH**, “Roma Statüsü Kabul Edilmeli midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri”, Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 72, 73.

¹⁶² İran, Statü'yü imzalamış ancak onaylamamıştır. İran'ın Statü'ye taraf olmama nedenlerine ve İslam hukukuyla, Roma Statüsü'nün uyumuna ilişkin bkz. TELLENBACH, s. 75.

¹⁶³ ESER, s. 10.

Amerika Birleşik Devletleri, Roma Statüsü görüşmeleri boyunca, Uluslararası Ceza Mahkemesinin etkinliğini engelleyici bir strateji yürütmüştür.¹⁶⁴ Statü’yü imzalamak için son günü bekleyen ABD, dönemin devlet başkanı *Bill Clinton*’ın ifadesiyle, Statü’ye etki etme şansını yakalamıştır. Ancak, etkilerinin yetersiz kaldığını düşündüklerinden olacak ki, Statü’nün yürürlüğe girmesine çok az bir zaman kala ve imzanın üzerinden bir buçuk yıldan fazla geçmesine rağmen, BM Genel Sekreteri Kofi Annan’a, Amerika’nın Statü’yle bağlı olmadığını bildirerek, uluslararası hukukta az rastlanır bir durum olan, imzayı geri çekmek suretiyle Statü’den çekilmişlerdir.¹⁶⁵ ABD’nin, Statü’ye karşı çıkmasındaki en önemli nedenin, Statü’nün, taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının da yargılanmasına imkân tanınması olduğu düşünülmektedir.¹⁶⁶ Zira ABD, diğer devletlerle, gerektiğinde mali yardımı kesme tehdidini de kullanarak, kendi vatandaşlarının Uluslararası Ceza Mahkemesine

¹⁶⁴ TURHAN, s. 124.

¹⁶⁵ Bkz.

https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en#12 (Erişim Tarihi: 29.10.2019).

ABD’nin Statü’den çekilme sürecine ilişkin detaylı bilgi hakkında bkz. SCHABAS, s. 37-40.

¹⁶⁶ ABD ve diğer devletlerin itirazları için bkz. Durmuş TEZCAN, “*Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı*” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12–16 Ocak 2000), s. 276, 277.

yargılanmak üzere verilmesini engelleyen ikili anlaşmalar yapma ihtiyacını hissetmiştir.¹⁶⁷

Statü, öncelikli olarak ona taraf olan devletleri bağlasa da BM Güvenlik Konseyi kararı ve geçici tanıma kurumları, Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının da Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanabilmesini sağlamaya elverişlidir.¹⁶⁸

Uluslararası Ceza Mahkemesinin şartlar olduğu takdirde, Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarını da yargılama yetkisine sahip olduğu gerçeği bizi, Türkiye'nin Statü'ye taraf olmasının, olmamasından daha olumlu olacağı sonucuna götürmektedir. Öncelikle Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası suç oluşturan her fiili yargılama hevesiyle hareket etmemektedir. Mahkeme'nin yargı yetkisi ancak şartların kümülatif bir hâlde gerçekleşmesi durumunda doğacaktır. İkinci olarak, Statü'ye taraf olan devlet Uluslararası Ceza Mahkemesinin işleyiş ve gelişimine katkıda bulunabilme şansını yakalayacaktır. Üçüncü olarak Avrupa Birliği üyeliği için olmazsa olmaz bir şart olarak koşulan Roma Statüsü, birliğe üyelik talebi bulunan Türkiye için bir engel teşkil etmektedir. Son olarak, Statü'ye taraf olan devletler, ulusal ceza hukukunu, Roma Statüsü'nde kabul edilen uluslararası suçları yargılayabilecek

¹⁶⁷ TELLENBACH, s. 72.

ABD'nin Statü'ye yönelik tutumuna ilişkin diğer sebepler için bkz. BAŞAK, s. 58.

¹⁶⁸ TURHAN, s. 133.

şekilde düzenlemesi gerekeceğinden, TCK'da bulunmayan suç tiplerinin oluşturulmasıyla, ulusal hukukun gelişimine de katkı sağlanmış olacaktır.¹⁶⁹

Roma Statüsü'nün teorik yeterliliğinin aksine, Uluslararası Ceza Mahkemesinin uluslararası hukuka pratikteki faydası ne yazık ki istenilen seviyede değildir. 2002 yılında görevine başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi, ilk soruşturmasını ancak 2005 yılında gerçekleştirebilmiş; o zamandan bu zamana kadar 12 farklı ülkede¹⁷⁰, 19 olayı incelemeye alabilmiştir. Bunlar haricinde Afganistan, Filipinler, Filistin, Gine, Kolombiya, Irak/İngiltere, Nijerya, Ukrayna, Venezüella hakkında savcılık makamının ön araştırmaları devam etmektedir.¹⁷¹ Başlamış olan yargılamalarda, çıkarılan 32

¹⁶⁹ TELLENBACH, s. 77, 78; ESER, s. 33; TURHAN, s. 133, 134.

Türkiye'nin Roma Statüsü'ne taraf olmamasına ilişkin gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi bkz. FEYZİOĞLU, s.767-771.

AİHM'in Türkiye ile ilgili kararları göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası hukukun ihlali niteliğindeki fiiller hakkında iç hukuk yollarının etkili olmadığı ve faillerin cezasız kaldığı yönündeki eleştiri için bkz. Mualla Buket **SOYGÜT**, “*Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü'nün 8. Maddesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları*”, Erdoğan Teziç'e Armağan, GÜ Yay. Armağan Serisi No.5, İstanbul 2007, s. 714.

¹⁷⁰ <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

¹⁷¹ <https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

yakalama kararından sadece 15 tanesi gerçekleştirilebilmiştir.¹⁷² Mahkemenin kendi kolluk kuvveti olmaması nedeniyle, devletlerin yardım ve iş birliğine muhtaç olan Uluslararası Ceza Mahkemesinin, Sudan Devlet Başkanı *Ömer el-Beşir* hakkındaki yakalama kararını ¹⁷³ uzun yıllar gerçekleştirememiş olması ilk göze çarpan başarısızlıktır.¹⁷⁴

Benzer şekilde Mahkeme, Afganistan’la ilgili soruşturmasında, Afgan Hükümetinden bilgi talebine olumlu bir karşılık alamamıştır. Ayrıca, Filistin Özerk Yönetimi, 2009 yılında, mahkemenin yetkisini kabul ettiğini bildirmiş ancak bu kez de Mahkeme, bu yetkiye sahip olup olmadığı konusunda tereddüt yaşamış ve konuyu

¹⁷² <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/TheCourtTodayEng.pdf>

(Erişim Tarihi: 28.02.2020)

¹⁷³ Tutuklama kararları için bkz. <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-1>(Erişim Tarihi: 28.02.2020); <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-95> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

¹⁷⁴ BAŞER, s 236; <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47893273> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

Sudan’da ordunun yönetime el koymasıyla 30 yıldır iktidarını sürdüren Ömer el-Beşir, 11 Nisan 2019 tarihinde görevden alınarak tutuklandı. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47893272> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

BM'ye mektupla bildirmiştir. BM'dense bu yetkinin tespitine yönelik bir yanıt alınamamıştır.¹⁷⁵

Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bugün karşılaştığı en önemli sorun, BM Güvenlik Konseyinin beş daimî üyesinden üçünün, ABD, Rusya ve Çin'in, Roma Statüsü'ne taraf olmamalarıdır. Hatta ABD, BM Güvenlik Konseyinin 1422 sayılı ve 12 Temmuz 2002 tarihli kararıyla¹⁷⁶, BM Barışı Koruma Kuvvetleriyle Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin görevlilerinin bir yıl süreyle Mahkeme'nin yargı yetkisinden bağışık tutulmasını dahi sağlayabilmiştir.¹⁷⁷

Bu olumsuz gelişmelere rağmen Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal hukuk düzenlerinin etkisiz ya da ilgisiz kaldığı insancıl hukukun ihlallerinin yegâne yargılama yeri olduğu gibi mensubu olduğu devletlerin desteği veya emriyle hareket ettiği için ulusal hukuk düzeni tarafından yargılanmayacağı kabulüyle hareket etmekte olan kimseleri caydırabilecek nitelikteki tek mahkemedir. Bu nedenle Uluslararası Ceza Mahkemesinin etkililiği tartışılabilir olmakla birlikte gerekliliği yadsınamaz niteliktedir.

¹⁷⁵ BAŞER, s. 237.

¹⁷⁶ Bkz. http://www.iccnw.org/documents/FS-1422and1487Chronology_26March2008.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

¹⁷⁷ BAŞER, s. 237.

B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNE KRONOLOJİK BİR BAKIŞ

1. Genel Olarak

Uluslararası ceza mahkemesi kurulması fikrini bireysel bir öneri olarak ileri süren ilk kişi, 1870-71 Almanya-Fransa savaşı sonrası, yaşanan vahşetin etkisinde kalan Uluslararası Kızıl Haç Örgütü Başkanı *Gustave Moynier*'dir.¹⁷⁸

1474 yılında Almanya'nın Breisach kentinde kurulan ve kentin valisi Peter von Hagenbach'ı, "*Tanrının ve insanların kanunlarını ihlal ederek askerlerine masum sivil halkın ırzına geçirtip öldürtmekten ve yağma ettirtmekten*" mahkûm eden Roma Germen İmparatorluğu Mahkemesi kimi kaynaklarca ilk uluslararası *ad hoc* mahkeme olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁹ Ancak mahkemenin, aynı imparatorluk mensubu hâkimlerden kurulmasından ötürü uluslararası niteliğinden şüphe edilmekle birlikte, bu imparatorluğun bir çok müttefik devletten oluşması nedeniyle, uluslararası bir nitelik

¹⁷⁸ ESER, s. 6.

¹⁷⁹ Bkz. TEZCAN, s. 272, 273; Ahmet **TETİK** – Mehmet Şükrü **GÜZEL**, Kızılhaç ve Kızılhaç Belgeleriyle Osmanlılara Karşı İşlenen Savaş Suçları, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2013, s. 23.

Yargılama hakkında detaylı bilgi için bkz. Gökhan **GÜNEYSU**, "*Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 833-849.

taşıdığı da öne sürülmektedir.¹⁸⁰ Ortaçağ uluslararası hukuku münferit bir deneyimden ibaret sayılabilecek bu adım; 1648 Westphalia Barışında kutsallığı vurgulanan devlet egemenliğinin gölgesinde kalarak, unutulmuştur.¹⁸¹

Uluslararası ceza mahkemesi kurulmasına yönelik bir diğer adımsa, Birinci Dünya Savaşının bitimiyle imzalanan Versailles Antlaşması'nın 227. maddesiyle, Alman İmparatoru *II. Wilhelm*'in; ABD, Fransa, İngiltere, İtalya ve Japonya devletlerinin hâkimlerinden oluşturulacak, özel görevli bir mahkemede "*uluslararası ahlâkın ve sözleşmelerin mukaddesiyetinin en ağır ihlali*" suçundan yargılanmasının öngörülmesidir. Hollanda'nın, kendisine sığınan *II. Wilhelm*'i iade etmemesi nedeniyle, bu yargılama gerçekleştirilememişse de bu durum, uluslararası ceza mahkemesi fikrinin politik alanda da yer bulabildiğini ortaya koymaktadır.¹⁸²

Uluslararası ceza mahkemesi fikrinin, uluslararası hukuk alanındaki ilk adımı olarak görülen ve 1937 yılında hazırlanarak imzaya açılan, *Terörizme Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi* kurulmasına ilişkin konvansiyon, 1935-1941 yılları arasında gerçekleşen İtalya-Etiyopya savaşı nedeniyle neticeye ulaşamamıştır.¹⁸³

¹⁸⁰ Gregory S. **GORDON**, "*The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law*", *The Hidden Histories of War Crimes Trials* (Edited by Kevin Jon **HELLER** and Gerry **SIMPSON**), Oxford University Press, 2013, s. 42.

¹⁸¹ SCHABAS, s. 15.

¹⁸² ESER, s. 7. Bkz. TEZCAN, s. 273.

¹⁸³ ESER, s. 7.

İşte tüm başarısızlıklar yüzünden -veya belki de bu başarısızlıklar sayesinde- uluslararası alanda bir ceza mahkemesi kurulması gayretleri uzun çabalar sonunda nihayete ermiş ve 1945 yılının Ağustos’unda teorik bir karar aşamasından gerçek bir mahkeme olma aşamasına geçilerek, *Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi* kurulmuştur.¹⁸⁴

2. Nürnberg Askerî Mahkemesi

İkinci Dünya Savaşının bitimiyle birlikte net bir şekilde anlaşılrsa da henüz savaş devam ederken bile Nazi rejiminin ve mensuplarının, iktidarları boyunca ve savaş süresince işledikleri suçlardan ötürü yargılanacaklarına dair çeşitli gelişmeler olmuştur. Londra’da, 13 Ocak 1942 tarihinde imzalanan *St. James Deklarasyonu*’yla savaş suçlarını belgelemek üzere BM Savaş Suçları Komisyonu kurulmuştur. Müteakiben, müttefik devletlerin yargılama iradelerini ortaya koyan 30 Ekim 1943 tarihli *Moskova Deklarasyonu* ve 8 Ağustos 1945 tarihli “*Avrupa’daki Savaş Suçlularının Takibi, Cezalandırılması ve Uluslararası Askerî Mahkeme’nin (Nürnberg) Statüsü’ne Dair Londra Deklarasyonu*”¹⁸⁵ yayımlanmıştır.¹⁸⁶

¹⁸⁴ ESER, s. 7.

¹⁸⁵ ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa temsilcilerinin, 8 Ağustos 1945’te Londra’da imzaladıkları Londra Antlaşmasına ek olarak hazırlanmıştır. ODMAN, s. 136-137.

¹⁸⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 287; GÜLLER – ZAFER, s. 4. Bu tarihi yargılamanın nerede yapılacağına dair karar süreci hakkında bkz. Timuçin **KÖPRÜLÜ**, Ulusal ve Uluslararası Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, AÜSBF, 2008, s. 31.

Mahkeme'ye yönelik itirazlardan ilki, devletler hukukunda yer alan klasik anlayışa göre devletlerin devletleri yargılayamaması nedeniyle, devlet adına hareket eden siyasi ve askerî yetkililerin de yargılanamayacağıdır. Ancak bu itiraz, her devletin kendi egemenliği altında bulunan kişileri yargılama yetkisine sahip olduğu ve Almanya'nın mağlup olması nedeniyle, yargılama yetkisinin müttefik devletlere geçtiği itirazıyla karşılık bulmuştur.¹⁸⁷

Alman liderleri, savaş suçlarından yargılayan galip Müttefik Devletler Mahkemesinin yetkisi, sanıklardan biri olan *Robert Ley* tarafından da 1945 yılının Ekim ayında, uzun ve etkili bir yazıyla reddedilmiştir. Ayrıca, mahkemenin hukuki dayanağı konusundaki rahatsızlık ve tereddüt yalnızca sanıklara ait değildir. İngiltere ve ABD'de de bu konuda bir görüş birliğine varamamıştır. Nürnberg Mahkemesi, Ley tarafından, bir deneme ve hatta neredeyse doğaçlama bir tiyatro olarak nitelendirilmiştir. Ancak, tüm bu açık sakıncalarına rağmen Nürnberg Mahkemesinin, modern uluslararası adaletin daimî unsuru olarak görev yapmakta olan Uluslararası Ceza Mahkemesinin esasını oluşturduğu da bir gerçektir.¹⁸⁸

Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nden, uluslararası suçların yargılanmasını gerektiren sonraki zamanlarda da bir kaynak olarak faydalanılmıştır. Tokyo savaş

¹⁸⁷ Seha L. **MERAY**, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. 2, Ajans Türk Matbaası, B. 4, Ankara 1975, s. 632, 633.

¹⁸⁸ Richard **OVERY**, "*Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası*", Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), *Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg'ten Lahey'e*, Alfa B., 2014, s. 13, 14.

suçlarının yargılanma sürecini başlatan, General *Douglas McArthur*'un 19 Ocak 1946 tarihli direktifinin esasını, Nürnberg Statüsü oluşturmaktadır.¹⁸⁹

Savaş suçlularının yargılanması hakkında 1942 yılında esaslı bir şekilde düşünmeye başlayan İngiliz Hükümeti, yargılamadan tamamen vazgeçerek, düşman liderlerin bir an evvel idam mangasıyla infazını sağlamayı, en makul çözüm yolu olarak görmüştür. İngiltere'nin savaş dönemi başbakanı olan *Winston Churchill*, o tarihte bile uygulaması bulunmayan “*kanun kaçağı*” fikrini öne sürerek, düşman liderlerinin yakalandıkları anda infaz edilmeleri gerektiğini iddia etmiştir. Öte yandan, eski Dışişleri Bakanı *Henry Stimson*, sanığın kendisine isnat edilen suçtan haberdar edileceği, savunma yapabileceği ve tanık gösterebileceği bir mahkeme kurulması gerektiğini savunmuştur.¹⁹⁰

Savaşın, devletlerin eşit haklara sahip süljeler olarak başvurabileceği anlaşmazlıkların hukuka uygun çözüm yollarından bir tanesi olarak kabul edildiği bir dönemde; Mahkeme, suç isnadını, saldırı savaşı olarak belirlemiş ve bu isnadı yapmak için uluslararası hukukun geriye dönük olarak, yeniden yazılması gerekmiştir. Çünkü, ancak isnadın saldırı savaşı üzerine kurulması sayesinde, Nazi hükümetinin iktidara geldiği tarihten itibaren yaptığı tüm eylemler, soruşturma kapsamına alınabilecektir.

¹⁸⁹ DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 239; WERLE – JESSBURGER, s. 11.

¹⁹⁰ OVERY, s. 15, 16.

Ayrıca bu isnat, *Hitler*'in egemen bir devletin başı sıfatıyla, yargılamadan bağışıklık talep etmesinin de önünde bir engel olarak nitelendirilmiştir.¹⁹¹

Uluslararası antlaşmalarla belirlenen savaş suçları hariç olmak üzere sanıkların gerçekleştirdiği fiiller, işlendikleri zaman için suç olarak nitelendirilmeyen fiillerdi. Kovuşturmaya yetkili suçların bizzat Mahkemece oluşturulması, yasama ve yargı görevlerinin tek makam tarafından icrası olacağından, Batı hukuk geleneğini uygulayan devletler nezdinde onay bulmuyordu. Geriye dönük adaletin lehinde olan görüşse, işlenen fiillerin, işlendiği sırada cezai nitelik taşıdığının ve rejim tarafından korunmadıkça, kovuşturma konusu oluşturacağının faillerce bilindiği savı üzerine temellendirilmiştir. Bu savlar, hukuki dayanaktan uzaktır, ancak Mahkemenin amacı, uluslararası hukuku uygulamaktan ziyade, insan hakları ihlallerinin tazminini sağlamak ve insan haklarına dair sınırlar çizmektir.¹⁹²

Nürnberg Mahkemesi, hukukun uygulanacağı bir kurumdan ziyade, siyasi bir hareket niteliğindedir. 1945 yılının Mayıs ayında göreve getirilen Amerikalı savcılar, hangi suçlar üzerinde yetkili olduklarını ve verecekleri cezaları bilmemekteydiler. Uzun uğraşlar ve tartışmalar sonunda sanık listesi hazırlanabilmiş, ancak başta gelen sanıkların ölümüyle birlikte, yargılama fikri zayıflamış; yaz ortasına doğru, bugün dahi anlamlandırılmayan, yalnızca Alman siyasi ve askerî liderlerinin yargılanması fikri kabul edilebilir bulunmuştur.¹⁹³

¹⁹¹ OVERY, s. 23, 24.

¹⁹² OVERY, s. 27, 28.

¹⁹³ OVERY, s. 18, 19.

08 Ağustos 1945'te Londra'da toplanan ABD, İngiltere, Fransa ve SSCB temsilcileri¹⁹⁴, devletlerin yanı sıra bireylerin de uluslararası hukuk anlamında sorumlu tutulduğu, Avrupa Mihver Devletleri Büyük Savaş Suçlularının Takibi ve Cezalandırılmasına İlişkin Londra Antlaşması'nı imzalamışlardır. Bu antlaşmayla kurulduğu ilan edilen Nürnberg Mahkemesinde, tarihte ilk olarak bir devletin askerî ve sivil üst düzey yetkilileri yargılanmış ve cezalandırılmışlardır.¹⁹⁵

19 Ekim 1945 tarihinde yayımlanan iddianamede dört suç tipi temel alınmaktadır. Bunlar, saldırı savaşı için gizli plan ve antlaşmalar yapmak suçu, barışa karşı suç, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardır. Bu iddianamede davacı dört devletten biri olan Sovyetler Birliği'nin, son on yıllık süre içinde belirtilen suçlardan üçünü kasten işlemiş olması,¹⁹⁶ yargılamalarda, “*galiplerin adaletinin*”¹⁹⁷ işletildiğinin bir göstergesidir.

¹⁹⁴ Antlaşmayı sonradan, savaşta tarafsız kalmış devletlerden; Avustralya, Belçika, Çekoslovakya, Danimarka, Etiyopya, Haiti, Hindistan, Hollanda, Honduras, Lüksemburg, Norveç, Panama, Paraguay, Polonya, Uruguay, Yeni Zelanda, Yugoslavya, Yunanistan, Venezüella da imzalamıştır. Bkz. Ahmet Hamdi **TOPAL**, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, XII Levha Yay., İstanbul 2009, s. 71.

¹⁹⁵ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 71, 72.

¹⁹⁶ OVERY, s. 28, 29.

¹⁹⁷ Nürnberg Mahkemesine yönelik eleştirilere katılmayan görüş için bkz. ESER, s. 8, 9.

Savaş ve işgal boyunca oldukça sık rastlanıldığı belgelenen cinsel şiddet içeren suçların hiçbir çeşidine, Mahkemenin Statüsü'nde yer verilmediğinden 24 Nazi liderinin¹⁹⁸ yargılamasında, Mahkeme tarafından bu suçlar kovuşturulamamıştır. Ancak Mahkeme kayıtlarında cinsel şiddet suçlarına dair birçok kanıt yer almaktadır.¹⁹⁹

30 Ekim ve 01 Eylül 1946 tarihli Nürnberg Mahkemesi karar ve hükmünde geçtiği üzere, Lahey Sözleşmesi, isnat edilen fiilleri suç olarak tanımlamadığı gibi, verilecek cezayı da belirlememiş ve herhangi bir mahkemeyi de yetkili kılmamıştır.²⁰⁰

¹⁹⁸ Yargılanan kişi sayısı, alınan kaynakta 22 olarak geçmektedir. Ancak, diğer kaynaklarda 24 olarak belirtildiğinden bu şekilde yer verilmiştir. Yargılanan kişilerin isimleri ve görevleri hakkında ayrıntılı bilgi almak için, <https://www.hukukihaber.net/dinlence/tarihi-nurnberg-mahkemesi-ve-yargilanan-kisiler-h70386.html> (Erişim Tarihi:14.10.2019)

¹⁹⁹ Kelly D. ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles*”, Berkeley J. Int'l Law., C. 21, S. 2, 2003, s. 301.

²⁰⁰ Andrew CLAPMAN, “*Karmaşıklık, suç ortaklığı ve tamamlayıcılık: Nürnberg duruşmalarından yeni Uluslararası Ceza Divanı'nın şafağına doğru*”, Ed. Philippe SANDS, (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg'ten Lahey'e, Alfa B., 2014, s. 36.; Nürnberg yargılamaları için bkz. The American Journal of International Law C. 41, No. 1 (January 1947), s. 172-333.

Tüm bu olumsuzluklara rağmen yapılan yargılamalar sonucunda, 11 ölüm, 3 müebbet, 7 hapis cezası ve 3 beraat kararı verilmiştir.²⁰¹

Nürnberg ve sonrasında gerçekleşen uluslararası hukuk kapsamındaki gelişmelerin, oldukça makul ve gerekli olduğu kolaylıkla nitelendirilebilecekse de aynı fiilin veya kuralın birden çok alanda sorumluluğa sebebiyet vermesi nedeniyle bu gelişmeler oldukça da karmaşıktır.²⁰²

Galip devletlerin, mağluplar üzerinde yargı yetkisini dayattıkları Nürnberg modeli, Güvenlik Konseyi vasıtasıyla, tüm uluslar adına hareket eden çok yönlü bir adalet anlayışına yol açmıştır.²⁰³

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na hazırlanan raporda kodifikasyonu sağlanan ve Nürnberg ilkeleri olarak anılan 7 ilke daha sonra pozitif uluslararası hukuka ve hatta ülkelerin kendi mevzuatlarına aktarmasıyla iç hukuka etki etmiştir. Birinci ilkeye göre, uluslararası hukukta suç oluşturan bir fiili ika eden herkes, cezai sorumluluk altındadır. Fiilin, iç hukukta suç teşkil etmediği durumlarda bile sorumluluğun devam edeceği ikinci ilkeyle belirlenmiştir. Resmî sıfat veya görev nedeniyle, cezai sorumsuzluk veya bağışıklık tanınmayacağı üçüncü ilkede; amirin emrini ifanın, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul görmeyeceği dördüncü ilkede yer almıştır. Beşinci ilkeyle, sanığın

²⁰¹ TEZCAN, s. 274. Sanıkların aldıkları cezalar hakkında farklı bir bilgi için bkz.

<https://www.hukukihaber.net/dinlence/tarihi-nurnberg-mahkemesi-ve-yargilanan-kisiler-h70386.html> (Erişim Tarihi:14.10.2019)

²⁰² CLAPMAN, s. 37.

²⁰³ CLAPMAN, s. 61.

adil yargılanma hakkı; altıncı ilke, kovuşturmakla görevlendirilen üç suç kategorisi; son olarak yedinci ilkeyle suç ortaklığının da suç sayılması düzenlenmiştir.²⁰⁴

Nürnberg yargılamaları hakkındaki en çarpıcı durum, yargılamanın keyfiligi ve hukuki dayanaktan yoksunluğu değil; uluslararası savaş ve insan hakları hukukunun, çağdaş bir temele kavuşturulmasıdır. Öte yandan şiddetin hâlâ engellenememiş olduğu gerçeği, Nürnberg yargılamalarının ve sonrasında geliştirilen hukuki mekanizmanın başarısızlığı olarak görülmemelidir. Esas neden; gücün, adalet karşısında her daim zafer kazanma eğiliminde olduğu gerçeğiyle açıklanabilir.²⁰⁵

3. Tokyo Askerî Mahkemesi

Nürnberg Mahkemesinin işlerliğinin sağlanmasıyla birlikte sıra Japon kuvvetlerin yargılanmasına gelmiş ve General *Douglas MacArthur* tarafından, Müttefik Kuvvetler Başkomutanı sıfatıyla ve özel yetkiye dayanarak çıkarılan bir kararnameyle 19 Ocak 1946 tarihinde Uluslararası Uzakdoğu Askerî Mahkemesi (*International Military Tribunal for the Far East at Tokyo*) kurulmuştur.²⁰⁶

Çok taraflı uluslararası antlaşmaya dayanan Nürnberg Mahkemesinden farklı olarak, idari bir işlemle kurulan Tokyo Mahkemesinin temeli doğrudan uluslararası

²⁰⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 294.

²⁰⁵ OVERY, s. 33.

²⁰⁶ ODMAN, s. 137.

hukuka dayanmamaktadır. Ancak, Mahkemenin uyguladığı hukuk ve kompozisyonu, onu uluslararası bir niteliğe büründürmektedir.²⁰⁷

Tokyo Mahkemesi de tıpkı Nürnberg gibi, yalnızca belirli suç tiplerini yargılama yetkisine sahip olması bakımından özel (*ad hoc*); yargılamakla yetkilendirildiği suçların işlenmesinden sonra kurulmuş olması nedeniyle olağanüstü nitelikte bir mahkemedir.²⁰⁸

Mahkemeler, asli yargı yetkisine sahip olduğundan, ulusal yargı mercilerinin yerine karar vermişlerdir. Barışa karşı suç, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere üç suç tipi üzerinde yetkilidirler. Mahkemelerin verebilecekleri cezalar: ölüm cezası, ömür boyu ya da süreli hapis cezasıdır. Mahkemelerin kararları kesin olup, bu kararlara karşı denetim yolu öngörülmemiştir.²⁰⁹

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri, *kanunilik* ve *doğal hâkim* ilkeleri açısından sorunludur. Nürnberg Statüsü 6. maddesinde sayılan fiiller, bahse konu fiillerin ifasından sonra düzenlenmiştir. Suçlar işlendiği anda, bu fiilleri açıkça suç olarak nitelendiren bir uluslararası hukuk kuralı mevcut olmadığı gerçeğinden bahisle, yargılamalar esnasında mahkemenin, hukuki ilkelere aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak mahkeme, kişilerin yaptıklarının haksız nitelikte olduğunu bilmeleri gerektiğini, başka devletlere saldırınları cezalandırmamanın asıl adaletsizliği oluşturacağını öne

²⁰⁷ Alexandar **ZAHAR** - Göran **SLUITER**, International Criminal Law, Oxford University Press, 2007, s. 6.; TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 73.

²⁰⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 289.

²⁰⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 290, 291; GÜLLER – ZAFER, s. 7.

sürerek, itirazları reddetmiştir. Mahkeme, kanunilik ilkesini, pozitivist yaklaşım yerine, amaçsal bir yaklaşımla ele almış ve kararını doğal hukuk ²¹⁰ öğretisine dayandırmıştır.²¹¹

Her iki Mahkeme de yalnızca mağlup devletlerin savaşla ilgili suçlarını yargılamakla görevlendirildiklerinden, objektif adaleti sağlamak amacına hizmet etmemişlerdir.²¹² İkinci Dünya Savaşının hafızalara kazınan önemli yıkımlarının başında, Japonya'ya atılan atom bombası ve sivil kayıplar gelmektedir. Ancak bu ihlal, herhangi bir yargılama konusu olarak değerlendirilmemiştir.²¹³

Nürnberg Mahkemesi Statüsü'ne benzer şekilde Tokyo Askerî Mahkemesi Statüsü'nde de cinsel şiddet içeren savaş suçları yer almamaktadır. Ancak Nürnberg'in aksine Tokyo Mahkemesinde görülen davanın iddianamesinde bu suçlara yer verilmiştir. General *Iwane Matsui*, Komutan *Shunroku Hata* ve Dışişleri Bakanı

²¹⁰ *Grotius*'a göre birçok kimsenin, farklı zamanlarda ve farklı yerlerde, aynı olgunun doğruluğunu desteklemiş olmalarının evrensel bir nedeni bulunmaktadır. Bu evrensel neden ya doğanın ilkelerinden çıkarılacak doğru bir sonuç ya da herkesin üzerinde anlaştığı genel bir istektir. Bunlardan ilki doğal hukuku, ikincisiyse uluslararası hukuku ifade eder. Bkz. GROTIUS, s. 26.

²¹¹ Elif UZUN, “*Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü*”, AÜSBD, 2003/2, s. 29; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 295.

²¹² TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 289.

²¹³ Elif UZUN, s. 26.

Hirota, cinsel saldırı suçu dâhil olmak üzere yönetiminde bulunan insanların işledikleri bir dizi suçtan sorumlu tutulmuştur. Hollandalı kadınları, Japon ordusuna cinsel hizmete zorlayan kişiler de fuhşa zorlama suçundan hüküm giymişlerdir.²¹⁴

Bir başka davadaysa, Japonya Ordusu komutanlarından olan General *Tomoyuki Yamashita* birliği üzerindeki hakimiyetini kaybetmek ve birliğindeki personelin neden olduğu tecavüz, cinayet ve yağma fiilleriyle suçlanmıştır. *Yamashita*, tamamen kopan iletişim nedeniyle birliğindekilerin yaptıkları hakkında bir bilgi sahibi olmadığını, birliğinin dağılmış ve kontrol dışı hâle gelmiş olması sebebiyle bahse konu fiilleri bilse bile engelleyebilmesinin mümkün olmadığını; hâlihazırda savaşıma devam ederken ve askerî müdahaleler planlamakla meşgulken, mahiyetindeki personelin üzerindeki kontrolünü kaybetmiş olması nedeniyle suçlanamayacağını ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, söz konusu suçların oldukça geniş alanda ve uzunca bir süre boyunca cereyan etmesi nedeniyle *Yamashita*'nın, bilinçli olarak görmek istemediği sürece, suçları bileceği veya bilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda, bilinçli bir şekilde görmezden gelmenin, komutan sorumluluğu için bir mazeret oluşturmayacağı, bir komutanın suçları doğrudan emir verdiği için ya da bunlardan bizzat haberdar olduğunun kanıtlanmasının da gerekmediği, fiillerin geniş alanda ve uzun bir zaman diliminde gerçekleşmesinin, bilgi sahibi olunması için yeterli olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, *Yamashita*'yı birliğinin kontrolünü kaybetmekten suçlu bulmuş ve ölüm cezasına mahkûm etmiştir.²¹⁵

²¹⁴ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 302.

²¹⁵ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 302, 303.

Ayrıca yargılama hakkında detaylı bilgi için bkz. CASSESE ve diğerleri, s. 422-431.

Mayıs 1946 - Ekim 1948 tarihleri arasında, üst düzey görevli 25 Japon'un yargılanması sonucu Mahkeme, 7 ölüm, 7 müebbet, 11 ağır hapis cezasına karar vermiştir.²¹⁶

Tokyo Mahkemesi, ırza tecavüz fiilinin bir savaş suçu olarak kovuşturulabileceğini; askerî ve sivil yetkililerin etki sahası içerisinde gerçekleşen, bildikleri ya da bilmeleri gereken fiiller nedeniyle sorumlu tutulabileceğini ortaya koyması nedeniyle önem arz etmektedir.²¹⁷ Hatta, komutan sorumluluğu olarak da adlandırılan, üst düzey yetkililerin, astlarının fiillerinden sorumlu tutulması bakımından bu dava, uluslararası hukuk tarihinde bir ilk niteliğindedir.²¹⁸ Böylelikle, komutan ya da yöneticileri yasal sorumluluktan kurtarmanın tek çaresi olarak, sorumluluğu altında bulunan kişilerin fiillerini önlemek, engellemek ve cezalandırmak kalmıştır.²¹⁹

4. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

Cinsel suçların tazminine yönelik yeni gelişmelerdeki birincil itici güç 1993 yılında Hollanda'nın Lahey kentinde kurulan, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesidir.²²⁰ Eski Yugoslavya'nın cinsel şiddet suçları açısından önemi, bu tür

²¹⁶ TEZCAN, s. 274.

²¹⁷ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 74.

²¹⁸ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 77.

²¹⁹ ASKIN, "*Prosecuting Wartime Rape*", s. 303.

²²⁰ Kelly D. ASKIN, "*A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003*", Human Rights Brief 11, S. 3, 2004, s. 16.

fiillerin en fazla sayıda işlendiği silahlı çatışma olmasının yanı sıra cinsel şiddetin münferit olarak araştırıldığı bir çatışma olmasından da kaynaklanmaktadır.²²¹

Eski Yugoslavya ve Ruanda, silahlı çatışmalarda yaşanan cinsel şiddet vakalarının ne yazık ki tek örneği değil,²²² ancak en belirgin örnekleridir.

Hırvatistan ve Slovenya'nın 25 Ocak 1991'de ve 6 Mart 1992 tarihinde de Bosna-Hersek'in, Yugoslavya'dan ayrıldıklarını ve bağımsızlıklarını ilan etmelerinin ardından Avrupa, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki en kanlı sahnelerle tanık olmuştur. Birçok insan hakları ihlalinin yaşandığı bu dönemde, en çok öne çıkan ihlal, kadınlara yönelik sistematik cinsel şiddet eylemleridir.²²³

Yaşananların vahameti o derece yüksektir ki durum *“Dünya bu zamana kadar seksin, bütün bir ırkı yok etme aracı olarak, bu kadar bilinçli şekilde, bu kadar utanmazca, bu kadar ayrıntılı bir şekilde, bu kadar açık, bu kadar sistematik, bu derece*

²²¹ Sandesh **SIVAKUMARAN**, *“Sexual Violence Against Men in Armed Conflict”*, The European Journal of International Law, C. 18, S. 2, 2007, s. 265.

²²² Nicola **DAHRENDORF** -Pamela **SHIFMAN**, *“Sexual Violence in Conflict and Post Conflict: A Need for More Focused Action”*, Refugee Survey Quarterly, C. 23, S. 2, 2004, s. 8.

²²³ Elif **UZUN**, s. 29.

teknik ve psikolojik kurnazlıkla birlikte kullanıldığına tanık olmamıştır." sözleriyle ifade edilmiştir.²²⁴

BM'nin yaşanan olaylara yönelik ilk tepkisi olayları kınamak olmuş ve BM Şartı'nın VII. Bölümüne dayanılarak, 25 Mayıs 1993 tarihli ve 827 sayılı kararla Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia-ICTFY*) kurulmasına kadar uzanan bir süreç izlenmiştir.²²⁵

Bu süre boyunca, BM'nin çözümleyemediği sorunlardan biri de çatışmalarda, binlerce sivil kadının tecavüze veya diğer cinsel şiddet türlerine uğramasına engel olunamamasıdır. Bu suçlar politik bir hareket olarak değerlendirilmemiş ve çatışmanın politik hesabına dâhil edilmemiştir. Sonradan anlaşıldığı üzere aslında bu suçlar, stratejik bir harbin parçasıdır. Ruanda ve Eski Yugoslavya'daki çatışmalarda yaşanan cinsel şiddet basın tarafından daha çok ele alındıkça, şiddetin diğer görünümüne kıyasla cinsel şiddet, daha önemli bir konuma yükselmiştir. Böylece, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri bu suçları incelemek zorunda bırakılmışlardır.²²⁶

²²⁴ Catherine A. **MACKINNON**, "*Turning Rape into Pornography: Postmodern Genocide*", Mass Rape: The War against Women in Bosnia-Herzegovina, Ed. Alexandra STIGLMAYER, University of Nebraska Press, Lincoln and London 1993, s. 74, 75.

²²⁵ ODMAN, s. 141; Elif UZUN, s. 29.

²²⁶ Inger **SKJELSBÆK**, "*Sexual violence in times of war: A new challenge for peace operations?*", International Peacekeeping, C. 8, S. 2, 2001, s. 69, 70.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne göre Mahkeme, Hırvatistan, Bosna Hersek, Kosova ve Makedonya'da, 1 Ocak 1991 tarihinden itibaren işlenen, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, savaşta uyulması gereken kanun ve âdetlerin ihlallerini oluşturan suçlar, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere dört grup suç üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Statü'nün 5(g) maddesinde, sadece ırza tecavüz fiili insanlığa karşı işlenen suçlar arasında yer alabilmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki, uluslararası kamuoyunun yoğun çabaları sayesinde silahlı çatışmalarda meydana gelen ırza tecavüz fiilleri, tarihte ilk kez, bireysel sorumluluğa neden olabilecek bir suç olarak kabul edilmiştir.²²⁷

Statüsü'nün ilk paragrafında geçen "*Güvenlik Konseyi tarafından BM Sözleşmesinin VII. Bölümüne dayanılarak kurulan...*" ifadesinde belirtildiği üzere Mahkeme, BM Güvenlik Konseyi'nin tali bir organı olarak kurulmuştur. Barışın tehdidi, bozulması ve saldırı fiilleri gerçekleştiğinde yapılacakları ve alınacak önlemleri düzenleyen 39-51. maddelerden oluşan bu bölümde, Güvenlik Konseyi'ne mahkeme kurma yetkisi veren açık bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkemenin kurulmasında, BM Şartı'nın 41. maddesinde yer alan ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya sağlanması için kuvvet kullanmayı içermeyen tedbirlerin

²²⁷ Statü'de ayrıca, failin ister hükümet ister devlet başkanı olsun, resmî görevi nedeniyle cezai sorumluluk dışında tutulamayacağı, üstlerin bilgisi dâhilinde işlenen suçlarda amirlerin de sorumlu tutulacağı, emir alarak suç işlemiş olmanın kişileri sorumluluktan kurtarmayacağı da düzenlenmiştir. TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 92.

alınabileceğini belirten düzenlemenin, sınırlayıcı değil örnekleyici nitelikte olduğu yorumuna dayanılmaktadır.²²⁸

EYUCM'nin yürüttüğü en önemli yargılamalardan biri olan *Dusko Tadić* davasında sanık *Tadić*, Mahkeme'nin yargı yetkisine, çatışmanın niteliğinin uluslararası olmadığı gerekçesiyle itiraz etmiştir.²²⁹ Savcı, Yugoslavya'da yaşanan çatışmaların, uluslararası olarak değerlendirilmesi gerektiğini; kaldı ki ulusal olarak nitelense dahi, Statü'nün 3 ve 5. maddelerinin bahse konu suçları yargılamak için Mahkeme'yi yetkilendirdiğini ileri sürmüştür. Dava Dairesi, sanığın itirazını, Statü'nün 3 ve 5. maddelerinin hem ulusal hem de uluslararası nitelikteki çatışmalara uygulanabilir olması nedeniyle reddetmiş; çatışmanın niteliğinden bağımsız olarak yargı yetkisinin bulunduğunu, çatışmanın niteliğine dair bir belirleme yapmak zorunda olmadığını ifade etmiştir.²³⁰

İstinaf Mahkemesi, Yugoslavya'da yaşanan çatışmanın niteliğini tartışmış ve 19 Mayıs 1992'den sonra gerçekleşen çatışmaların uluslararası nitelikte olduğunu tespit

²²⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 304-306.

Uluslararası ceza mahkemesi kurulmasına ilişkin yasal dayanağın tartışılması için bkz. ODMAN, s. 143-151.

²²⁹ *Tadić*'in itirazı ve Mahkeme'nin cevabı hakkında bilgi için bkz. Fatma TAŞDEMİR, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 176-178.

²³⁰ *Dusko Tadić*, § 65.

etmiştir.²³¹ Mahkemenin uluslararası ceza hukuku alanındaki önemi, *Tadić* Davası'na ilişkin istinaf kararında, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda da kimi kuralların ihlalinin savaş suçunu oluşturacağının tespit edilmiş olmasından ileri gelmektedir.²³²

Eski Yugoslavya Mahkemesince kovuşturulan *Furundžija* Davasında²³³, bir kadına defalarca aynı saldırgan tarafından cinsel saldırıda bulunulması konu edilmiştir. Yugoslavya'daki çatışmalar esnasında gerçekleşen bu olay, tek bir cinsel saldırı suçunun dahi savaş suçu olabileceğini göstermiştir.²³⁴

24 yıl süreyle Hollanda'nın Lahey şehrinde yargılama sürdüren EYUCM, 2017 yılı sonunda görevini tamamlamış ve devam eden/edebilecek faaliyetleri açısından Uluslararası Ceza Mahkemesini yetkili kılmıştır.²³⁵

²³¹ Detaylı bilgi için bkz. ALPKAYA, s. 117-119.

²³² Bkz. *Dusko Tadić*, § 72; CRYER ve diğerleri, s. 265; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 31; SCHABAS, s. 28.

²³³ Yargılama hakkında özet bilgi için bkz. CASSESE ve diğerleri, s. 38-41.

²³⁴ Cherie **BOOTH**, “*Uluslararası Ceza Divanı'ndan Beklenenler ve Muhtemel Sonuçlar: Yugoslavya ve Ruanda'da Çıkarılan Dersler*”, Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg'ten Lahey'e, Alfa B., 2014, s. 138.

²³⁵ Mahkeme faaliyetleri hakkında özet bilgi ve sayısal değerlendirmeler için bkz. <https://tr.euronews.com/2017/12/21/eski-yugoslavya-uluslararasi-ceza-mahkemesi-nin-son-gunu> (Erişim Tarihi: 29.08.2019)

5. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Nisan-Temmuz 1994 tarihleri arasında Ruanda'da, Hutuların, Tutsi azınlıklara karşı girişmiş oldukları soykırım ve iç savaş sırasında yaşanan acı olaylar üzerine, BM Güvenlik Konseyi'nin 8 Kasım 1994 tarih ve 955 sayılı kararıyla kurulmuştur.²³⁶

Ruanda'daki kadınlara, bireysel veya toplu olarak, hatta kimi zaman, keskin sopalar veya silah namluları kullanılarak tecavüz edilmiştir. Neredeyse tüm olaylarda, işkenceye maruz kalan ve yakınlarının ölümüne, evlerinin yıkılmasına ya da yağmalanmasına şahitlik eden kadınlara, bir de cinsel şiddet uygulanmıştır. Bazı kadınlar, tecavüz öncesi veya sonrası çocuklarını öldürmeye zorlanmıştır. Kadınlar, bir yerden başka bir yere sürüklendikleri bu dönemde, devamlı suretle bireysel ya da toplu tecavüzlerin mağduru olmuşlardır. Kimi kadınlar, sırf ırza tecavüz maksadıyla evlerde tutsak bırakılmıştır. Hamile ya da yeni doğum yapmış kadınlar da bu şiddete maruz bırakılmış ve hatta bu durum, onların ölümüne kadar varmıştır. Üç ay gibi bir sürede birçok kadın ölümün eşiğine gelmiş, kimisi, acılarının dinmesinin tek yolu olarak ölümü gördüğünden, bunun için yalvarmıştır. Tüm bu vahşetten kurtulmayı başaranlar, milislerin bazen ölü bedenlere dahi tecavüz ettiğini ve onları çıplak ve bacakları ayırık bir vaziyette bıraktıklarını ifade etmişlerdir.²³⁷

Ruanda'da yaşanan cinsel şiddet olaylarının çok büyük bir bölümü, Tutsi kadınları üzerinde gerçekleştirilmekle birlikte Tutsi bir erkekle evli olan, karşıt politik

²³⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 319; TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 93.

²³⁷ Shattered Lives, s. 39, 40.

görüşü destekleyen veya Tutsileri korumaya çalışan Hutu kadınları da cinsel şiddet mağduru olmuşlardır.²³⁸ Yaşanan soykırım, aslında yalnızca Tutsileri değil mülteci durumundaki tüm Ruandalıları etkilemiştir. *Muhimmana* ve Interahamwe unsurlarının, Mugonero hastanesinde çalışan Tutsi kadınlarına topluca tecavüz etmeleri sırasında, 15 yaşındaki bir Hutu olan *BJ*'ye de “*hataen*” tecavüz etmişlerdir.²³⁹

Ruanda ulusal hukukunda kürtajın yasak olması sebebiyle doktorlar, ırza tecavüz sonucu hamile kalan kadınlara ya yan etki olarak düşüğe sebep olacak başka tedaviler uygulamışlar ya da ancak gizli kapaklı bir şekilde gebeliği sonlandırabilmişlerdir.²⁴⁰

01 Ocak - 31 Aralık 1994 tarihleri arasında Ruanda'nın egemenlik alanı içerisinde işlenen ve Ruanda vatandaşlarının komşu devletlerin sınırları içerisinde işledikleri, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin

²³⁸ Shattered Lives, s. 3.

Ruanda'da yaşanan olaylarda Tutsi olarak doğan kimseler de soykırım suçunu işlemişlerdir. Tutsi olarak doğan ancak Hutu olduktan sonra maddi anlamda ve siyaseten güçlenen, Hutulara sadakatini göstermek adına Tutsilerin öldürülmesi için radyo yayınları yapan *Frodouald Karamira*, 24 Nisan 1998 soykırım suçundan ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Bkz. KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 103, 104.

²³⁹ ***Prosecutor v. Mikaeli Muhimana***, Case No: ICTR-95-1B-T, Trial Chamber III, 28 April 2005, § 284-287. <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1b/trial-judgements/en/050428.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2020).

Olay hakkında bilgi için ayrıca bkz. KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 318-321.

²⁴⁰ Shattered Lives, s. 3.

ortak 3. maddesi ve buna ek II. Protokolde yer alan kuralların ihlallerini kovuşturmak üzere özel, olağan üstü ve sivil bir mahkeme olarak kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, yalnızca gerçek kişileri yargılamakla yetkilidir.²⁴¹

Mahkeme'nin kuruluşunun yasal dayanağı olarak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinde olduğu gibi, BM Şartı'nın VII. Bölümü görülmektedir.²⁴²

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 3(g) maddesinde ırza tecavüz insanlığa karşı bir suç olarak kabul edilmiş; savaş suçlarını düzenleyen 4(e) maddesindeyse ırza tecavüz ve fuhşa zorlama fiilleri, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve II No.lu Ek Protokol'ün ihlalleri kapsamında düzenlenmiştir. Bu bakımdan Statü, Eski Yugoslavya Mahkemesi Statüsü'yle kıyaslandığında, cinsel suçlar açısından daha kapsamlıdır.²⁴³

Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinden ancak 50 yıl sonra, uluslararası ceza mahkemelerine tekrar işlerlik kazandırılabilmiştir. 1993 yılında Eski Yugoslavya ve 1994 yılında Ruanda'da kurulan uluslararası ceza mahkemeleriyle birlikte, uluslararası ceza hukukunun kapsamı silahlı iç çatışmaya kadar genişletilmiştir. Ayrıca, Ruanda

²⁴¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 320, 321; TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 97.

²⁴² TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 319.

²⁴³ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 98.

davalarıyla, silahlı unsurların bir parçası olmayan bireylere de uluslararası hukukun uygulanacağı kesinleşmiştir.²⁴⁴

Savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar tanımlamaları bir olmasa da soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları üzerinde yargılama yetkisine sahip Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, örfi hukukun yorumlanmasında ve suçlara ilişkin antlaşma maddelerinin aydınlatılmasında önemli bir rol üstlenmişlerdir.²⁴⁵

İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri, cinsel şiddeti büyük oranda görmezden gelirken, Ruanda ve Eski Yugoslavya Mahkemeleri, cinsel şiddetin farklı görünüşleri olan, soykırım, eziyet, işkence ve kötü muamele; kölelik ve savaş suçlarını başarılı bir şekilde kovuşturmuşlardır.²⁴⁶

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinde eski Başbakan *Jean Kambanda* ve altısı bakan seviyesinde olmak üzere, birçok üst düzey yönetici yargılanmıştır.²⁴⁷ Mahkeme, 2019 yılına kadar, 58 davayı hükme bağlamış; 5 davayı ulusal ve 8 adet firari sanıklı davayı da uluslararası yargılama makamlarına devretmiştir.²⁴⁸

²⁴⁴ CLAPMAN, s. 43-45.

²⁴⁵ CRYER, s. 116, 117.

²⁴⁶ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 288.

²⁴⁷ CRYER ve diğerleri, s. 114, 115.

²⁴⁸ Dava dosyalarının listesi ve yargılamalara ilişkin dokümanlara ulaşmak için bkz.

<https://unictr.irmct.org/en/cases> (Erişim Tarihi: 29.08.2019)

Ayrıca, Ruanda yargılamalarıyla birlikte, silahlı unsurların bir parçası olmayan bireylere de uluslararası hukukun uygulanacağı kesinleşmiştir.²⁴⁹

C. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

1. Genel olarak

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Nürnberg ve Tokyo ile başlayan, Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin son aşamasını oluşturan bir sürecin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵⁰

20. yy.da kurulan *ad hoc* nitelikteki mahkemeler, daimî bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulabilirliğini gösterdiği gibi, kurulması gerekliliğini de gözler önüne sermiştir.²⁵¹

Bu bilinçle harekete geçen uluslararası toplum, geçtiğimiz yüzyılda yaşanan daha önce benzeri görülmemiş vahşet ve vahim olayların bir daha yaşanmasının önüne geçebilmek maksadıyla 17 Temmuz 1998 tarihinde, uluslararası toplumun tümünün varlığını tehdit eden ve uluslararası kamuoyu vicdanını yaralayan en ağır ihlalleri yargılamak üzere daimî bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması için düğmeye

²⁴⁹ CLAPMAN, s. 43-45.

²⁵⁰ ALİBABA, s. 181.

²⁵¹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 103.

basmıştır.²⁵² Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu statüsü olan Roma Statüsü 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁵³ Statüye, 28 Şubat 2020 tarihi itibarıyla taraf devlet sayısı 123'tür.²⁵⁴

T.C. Dışişleri Bakanlığının resmî internet sitesinde Mahkemeye, “*Uluslararası Ceza Divanı (UCD), uluslararası ilgiye mazhar en ciddi suçlar olan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ile saldırı suçunun faillerini yargılamak ve hesap verilebilirliği sağlamak amacıyla kurulan ilk daimi uluslararası ceza mahkemesidir.*” şeklinde yer verilmektedir. Türkiye, Statü’ye henüz taraf değildir,²⁵⁵ ancak Uluslararası Ceza Mahkemesinin faaliyetleri Türkiye tarafından yakından takip edilmekte ve New

²⁵² Hakan **KARAKEHYA**, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk*” AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 135.

²⁵³ Statü’nün hazırlanma süreci detaylı bilgi için bkz. SCHABAS, s. 29-42.

²⁵⁴ Bkz. https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx (Erişim Tarihi: 20.02.2020)

²⁵⁵ Türkiye, Statü’ye saldırı suçu ve insanlığa karşı suçların tanımının yeterince açık olmaması ve Mahkemenin yargı yetkisine uyandırıcı kaçakçılığı ve terör suçlarının da eklenmesi teklifinin kabul edilmemesi nedeniyle taraf olmamıştır. Türkiye’nin Statüye ilişkin tutumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYILLIOĞLU, s. 59-67; TEZCAN, s. 277.

York ve Lahey’de düzenlenen taraf devletler asamblesi toplantılarına katılım sağlanmaktadır.²⁵⁶

Uluslararası Ceza Divanının üstlendiği görevlerden biri de geride bırakılan yüzyılda yapılan zulümleri ve insanlığın alçalabileceği seviyeyi acı da olsa hatırlatmaktır.²⁵⁷ Geçmişteki acıların benzerlerinin yaşanmaması maksadıyla kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargı yetkisini tamamlayıcılık ilkesine dayandırmaktadır.

Uluslararası suçları yargılamanın, Uluslararası Ceza Mahkemesinden başka yolları da bulunmaktadır. İlk olarak, ulusal mahkemeler, mülkilik veya faile ya da mağdura göre şahsılık ilkeleri gereğince bağlantılı oldukları suçları, kendileri yargılama yoluna gidebilirler. Bir diğer yol, devletlerin, evrensel yargı yetkisine dayanarak, uluslararası suçları soruşturmasıdır.²⁵⁸ Üçüncü alternatifse, belirli suçları

²⁵⁶ <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 07.04.2019)

²⁵⁷ BOOTH, s. 127.

²⁵⁸ CASSESE, ICL, s. 6-9.

Aralarında açık bir bağlantı bulunmadıkça, devletlerin evrensel yargı yetkisini kullanma yolunu tercih etmedikleri hakkında bkz. ALİBABA, s. 182.

kovuşturma ya da suçun failini geri verme yükümlülüğü doğuran çok taraflı uluslararası antlaşmalar yapmaktır.²⁵⁹

Özetle, uluslararası suçlar, failin tabi olduğu devletin mahkemesinde; evrensel yargı yetkisine dayanarak hareket eden yabancı mahkemelerde ve uluslararası ceza mahkemelerinde olmak üzere üç farklı mahkemede yargılanabilir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi hariç olmak üzere, diğer uluslararası mahkemeler, iç hukukun üstünde bir yargı yetkisine sahipti. Ancak, tamamlayıcılık ilkesi, ulusal ceza hukukuna, uluslararası ceza hukukuna göre öncelik ve üstünlük tanıdığından, Uluslararası Ceza Mahkemesinin üstünlüğü, yalnızca ulusal yargılamaların hakkaniyetle yapılıp yapılmadığını takdir etme noktasında devreye girecektir.²⁶⁰

Uluslararası Ceza Mahkemesinin soruşturma yetkisinde bulunan suçların, ulusal hukuklarını Statü'ye uygun hâle getirmeyen devletlerce kovuşturulmaları ya da gerektiği gibi soruşturulmaları mümkün olamayacağından, *tamamlayıcılık ilkesi* işlerlik kazanacaktır. Ancak, Roma Statüsü taraf devletlere, Statü'deki suç tiplerinin aynılarını iç hukuka dâhil etme zorunluluğu getirmemektedir. Tamamlayıcılık ilkesi

²⁵⁹ Belirli suçların faillerinin, bir ülkeye sığınarak, yargılamadan kaçmalarını önlemek amacıyla yapılan antlaşmalar, zaman içerisinde sınıraşan suçlar kavramının doğmasına da sebep olmuştur. Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 264, 265; CASSESE, ICL, s. 9.

²⁶⁰ SANDS, s. 71.

gereği önem arz eden husus, Statü'yle yasaklanmış olan davranış türlerinin ulusal hukukta da yasaklanması ve etkin bir şekilde kovuşturulabilmesidir.²⁶¹

Ceza hukuku ve suçluların özgürlüklerine yönelik tehdit hakkı, devletin egemenlik algısının çekirdeğini oluşturmaktadır.²⁶² İşte bu nedenle, devletlerin, egemenlik algılarına yönelik bir tehdit niteliğinde değerlendirdikleri ceza yargılamalarında, üstünlük yerine tamamlayıcılık rolünün üstlenilmesi, Roma Statüsü'nün daha fazla devletçe kabulüne yönelik haklı bir adımdır.²⁶³

Bu ilkeyle, ulusal ceza yargısına saygı duyulduğu açığa vurulurken; yalnızca ulusal yargının acziyeti²⁶⁴ hâlinde korkulması gereken bir model tasarlanmıştır. Ulusal

²⁶¹ ÖNOK, UCD Rapor, s. 9.

²⁶² KÜHNE, s. 269.

²⁶³ FEYZİOĞLU, s. 761.

Tamamlayıcılık ilkesinin tercih edilmesini, evrensel yargı yetkisi kurumunun Statü'nün oluşturulduğu yıllarda yeterince gelişmemiş olmasıyla açıklayan görüş için bkz. M. Cherif **BASSIOUNI**, *"Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice"* Virginia Journal of International Law, C. 42, S. 1, 2001, s. 105-108.

Mahkeme'nin görevinin, uluslararası toplumu ilgilendiren en ağır suçların yargılanması olması nedeniyle, yargı yetkisinin evrensellik ilkesine dayandırılması gerektiği konusundaki görüşler için bkz. TURHAN, s. 128.

²⁶⁴ Ulusal ceza yargısının isteksiz ve yetersiz sayıldığı durumlar (Roma Statüsü m. 17) hakkında bkz. TURHAN, s. 132, 133.

yargının yetersiz veya isteksiz olması durumunda, yargılama önceliği Uluslararası Ceza Mahkemesine geçecekse de ulusal egemenlikten yapılacak böylesi bir feragat, uluslararası suçlarla mücadele menfaati için haklı ve kabul edilebilir bir durum olarak benimsenmektedir.²⁶⁵

Öte yandan tamamlayıcılık ilkesi “*non bis in idem*” kuralının bir istisnası niteliğindedir. Statü’nün, *Aynı Eylem Nedeniyle Birden Fazla Yargılama Yapılamaz* başlıklı 20. maddesinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanarak suçsuz bulunan ya da cezalandırılan kişilerin gerek Uluslararası Ceza Mahkemesi gerekse başka mahkemeler önünde yeniden yargılanmayacağı ilk iki fıkrasında belirtilmiştir. Öte yandan üçüncü fıkra da diğer mahkemelerce yapılan yargılamanın “*Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapılmış olması hâlinde*” veya “*Uluslararası hukuk tarafından tanınan usul normlarına göre bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmamış ve söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması hâlinde*” Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisini kullanacağı ifade edilmiştir.²⁶⁶

Sıradan bir er olarak görev yapmış olan *Dusko Tadić*’in, Eski Yugoslavya Mahkemesince yargılanmasında, benzer fiilleri işlemiş yüzlercesinin içinden yalnızca birinin yargılanıyor olması bir nevi piyangoya benzetilerek eleştirilmiştir. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesinin, ulusal mahkemelerin tamamlayıcısı olduğu

²⁶⁵ ESER, s. 31; TURHAN, s. 131, 132.

²⁶⁶ EYUCM Statüsü’ndeki benzer hüküm nedeniyle madde başlığının “*non bis in idem*” yerine “*bis in idem*” olarak okunması gerektiği değerlendirilmesi hakkında bkz. ALPKAYA, s. 112.

gerçeğinden hareket edersek, faillerin tamamının yargılanmasında, ulusal mahkemelere de en az Uluslararası Ceza Mahkemesi kadar görev düşmektedir. Nürnberg deneyiminde de belirtildiği üzere amaç, suç teşkil eden tüm fiillerin cezalandırılması değil, toplumun yıllarca şahit olduğu suçlar için teskin edilmesini ve hukuk düzeninin tesis edilmesini, örnek cezalarla sağlamaktır.²⁶⁷

Uluslararası Ceza Mahkemesi, küçük gruplarca ya da ferdî olarak işlenen suçları yargılama yetkisine sahip değildir. Mahkeme yalnızca, uluslararası toplumun genelini ilgilendiren, en ağır nitelikteki suçları yargılamaktan sorumludur. Böylelikle, herhangi bir iç çatışma içinde bulunan devletlerin, Statü'ye taraf olmaktan çekinmelerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.²⁶⁸ Statü'nün olabildiğince fazla devlet tarafından kabul edilmesi amaçlandığı için birbirine çok zıt özellikler barındıran, Kıta Avrupası hukuk sistemi ve Anglo-Sakson hukuk sisteminin unsurları birleştirilerek yeni bir düzen elde edilmiştir.²⁶⁹

Uluslararası Ceza Mahkemesinin süreklilik gösteren yapısı sayesinde, yeknesak bir uluslararası ceza hukuku kuralları bütününe ulaşılabilceği değerlendirilmektedir.²⁷⁰

²⁶⁷ Bert V.A. **ROLING**, “*Criminal Responsibility for Violations of The Laws of War*”, directed by Antonio CASSESE, *Respect for Human Rights in Armed Conflicts: the Existing and the Emerging Law*, Napoli 1979, s. 22.

²⁶⁸ TURHAN, s. 131.

²⁶⁹ BAYILLIOĞLU, s. 55.

²⁷⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 55.

2. Zaman Bakımından Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini kullanmasının ön koşulları olarak nitelendirilecek hususlar, Roma Konferansında en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin etkili bir yargılama yetkisine sahip olmasını destekleyen devletler, Statü'nün onaylanmasıyla birlikte başka bir işleme gerek kalmaksızın yargı yetkisinin doğması gerektiğini ileri sürerken; egemenlik algısı nedeniyle Uluslararası Ceza Mahkemesine şüpheli yaklaşan devletler, her bir olay için Mahkeme'nin yargı yetkisinin taraf devletin açık kabul beyanına dayanması gerektiğini iddia etmişlerdir.²⁷¹

Statü'nün zaman bakımından yargı yetkisini (*ratio temporis*) belirleyen 11. maddesine göre, Uluslararası Ceza Mahkemesi, yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2002'den sonra işlenen suçlar bakımından yetkilidir. Bu tarihten sonra Statü'ye taraf olan devletler içinse, ilgili devletin Statü'yü onayladığı tarihten itibaren işlenen suçlar hakkında yargı yetkisine sahip olacaktır. Ayrıca devletler, isterlerse yapacakları bir bildirimle onay tarihinden önce olacak şekilde, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini tanıdığını açıklayabilir. Ancak bu tarih her hâlükârda, Statü'nün yürürlüğe girdiği tarihten daha eski olmayacaktır. Yargı yetkisinin bu şekilde düzenlenmesiyle

²⁷¹ TURHAN, s. 127.

ulaşılmak istenen amaç, devletlerin geçmişlerinden korkmaksızın Statü'ye taraf olmalarının sağlanmasıdır.²⁷²

Statü'nün zaman bakımından yargı yetkisinin bir istisnası niteliğindeki hüküm madde 124'te yer almaktadır. Bu hükme göre, Statü'ye taraf olan bir devlet, Statü'nün kendisi için yürürlüğe girme tarihinden itibaren 7 yıl süresince, vatandaşlarınca veya kendi topraklarında işlenen savaş suçları bakımından Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmediğini, Statü'ye onay verdiği sırada bildirebilir. “*Opt-out*” olarak adlandırılan ve Mahkeme'nin yargı yetkisini zayıflatıcı nitelikteki bu düzenleme, Fransa'nın ısrarları üzerine Statü'ye dâhil edilmiştir. Beklendiği üzere Fransa, onay esnasında bu hakkı kullanmıştır.²⁷³

Bu durum, ilk bakışta Statü için bir zayıflık işareti olarak yorumlanabilir ancak, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1994 Tasarısı'nda, tüm savaş suçları için “*opt-in*” olarak ifade bulan ve yalnızca Statü'ye taraf devletin açıkça beyan etmesi hâlinde,

²⁷² Devletlerin, Statü'ye taraf olduktan sonra, geriye dönük olarak yargı yetkisini tanınması durumu, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilebilir. Ancak, Statü'nün yetkisine giren suçların, uluslararası sözleşmeler ve uluslararası teamül kuralları gereğince suç olarak kabul edilmesi ve bireyin cezai sorumluluğunu gerektirmesi nedeniyle, kanunilik ilkesine aykırılık taşıdığı iddiasının desteksiz kaldığı hakkında bkz. TURHAN, s. 125-127.

²⁷³ TURHAN, s. 126.

Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabilmesini sağlayan düzenlemeyle kıyaslandığında önemli bir gelişme olarak yorumlanabilir.²⁷⁴

Savaş suçları bakımından işlenen fiillerin, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisine girmesi için öncelikle fiilin, savaş hukukunun geçerli olduğu, yani çatışmaların başlangıcından, barış antlaşmasının imzalanmasına kadar geçen süre zarfında icra edilmesi gerekmektedir. Öte yandan fiil ile silahlı çatışma arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.²⁷⁵ Bu bakımdan, silahlı çatışmalarla eş zamanlı gerçekleşmiş olsa dahi, çatışmalarla herhangi bir bağı kurulamayan, münferit bir ırza tecavüz veya düşüğe zorlama olayını, savaş suçu olarak nitelendirmek mümkün olamayacaktır.

3. Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Geride bıraktığımız yüzyılda yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin ve bu ihlallerden sorumlu kimselerin rahatça dolaşabilmelerinin; uluslararası suçlarda, gerçek kişilerin ceza sorumluluğuna gidilebilecek bir düzenlemenin öngörülmemiş olmasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir.²⁷⁶ Uluslararası ceza hukuku,

²⁷⁴ TURHAN, s. 126.

²⁷⁵ BAŞAK, s. 179, 180.

²⁷⁶ Ümit **KOCASAKAL**, “Uluslararası Daimi Ceza Mahkemesi Süreci”, Güncel Hukuk Dergisi, S. 20, Ağustos 2005, s. 17.

uluslararası toplumu en ağır ihlallere karşı korumakla görevli olduğundan, failleri, bireysel olarak cezalandırmayı amaçlar.²⁷⁷

Uluslararası ceza hukukuyla ilgili kapsamlı çalışmaları olan *Schwarzenberger*²⁷⁸, uluslararası ceza hukukunun 6 farklı anlamda kullanıldığını tespit etmiştir. Ancak yazar bu tespitlerinin hiçbirinde, uluslararası ceza hukukunu, bireylere cezai sorumluluk yükleyen bir alan olarak nitelendirmemiştir. Yazarın çalışmasını yaptığı yıl olan 1950’de, uluslararası hukukta bireylerin cezai sorumluluğu fikrinin henüz çok yeni olması nedeniyle, böyle bir tespitte bulunmamış olması doğal karşılanabilir. Ancak günümüzde uluslararası ceza hukuku, uluslararası toplum tarafından oluşturulan ve bireylerin cezai sorumluluğunu doğuran bir hukuk dalı olarak görülmektedir.²⁷⁹

²⁷⁷ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 56.

²⁷⁸ *Schwarzenberger*, uluslararası ceza hukukunun: (1) ulusal ceza hukuklarının yargı alanlarının sınırlarını belirleme görevini gerçekleştiren, (2) ulusal ceza hukuklarına, uluslararası yükümlülükler getiren, (3) uluslararası ceza hukukunca belirlenen, ancak muhakeme ve cezalandırma işleminin ulusal hukuk tarafından yapılan fiillerden oluşan bir hukuk dalını; ayrıca (4) tüm uygar uluslarca cezalandırılan, hayata, özgürlüğe, malvarlığına karşı suçlar gibi ortak suçları (5) uluslararası geri verme ve uluslararası adli yardımlaşma gibi ulusal ceza adaletinin sağlanmasına yardımcı olan kurumları (6) uluslararası toplumun hak ve menfaatlerini ihlal ettiği gerekçesiyle, uluslararası toplum tarafından suç olarak nitelendirilen fiilleri ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 233, 234.

²⁷⁹ DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 233-235.

Uluslararası suçlar söz konusu olduğunda devletler, kendi vatandaşlarının ulusal veya uluslararası mahkemelerde yargılanmasına sıcak bakmamaktadır. Mağdurun, devletin kendisi veya vatandaşlarından biri olmadığı durumlarda, etkin bir yargılama gerçekleştirilmediğinden, uluslararası toplumca korunan hukuki menfaatlerin ihlalinin cezasız kalması söz konusu olmaktadır.²⁸⁰ Uluslararası suçlarda bireyin ceza sorumluluğuna başvurulmasının gerekliliği de devletlerin bu suçları işleyen kendi vatandaşlarını yargılamakta isteksiz davranmalarından doğmuştur.²⁸¹

Uluslararası ceza hukukunda bireyin ceza sorumluluğu, tarihsel açıdan, pratikten teoriğe doğru bir gelişme göstermiştir. Savaşlar son bulduğunda, galiplerin mağlupları yargılama hırsları sonucunda, sorumlular uluslararası hukuka göre yargılanmaya çabalanmış, bu çabalardan oluşan pratik, uluslararası hukuk belgelerine yansımış ve bireylerin ceza sorumluluğu bazı belgelerde kabul edilmiştir.²⁸²

Bireyin ceza sorumluluğuna yönelik ilk örneklerden biri, Alman İmparatoru *II. Kaiser William*'ın, 28 Haziran 1919 tarihli Versay Barış Antlaşması'nın 227. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*antlaşmaların kutsallığı*” ve “*uluslararası ahlâka*

²⁸⁰ DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 236.

²⁸¹. Yusuf **AKSAR**, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış*”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. I, S. 3, 2005, s. 1, 2.

²⁸² DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 236.

karşı suçlar”²⁸³ kapsamında yargılanmasını düzenleyen metindir.²⁸⁴ Ancak, söz konusu antlaşma maddesi kâğıt üzerinde kalmış; bir mahkeme kurulmadığı gibi yargılama da yapılamamıştır.²⁸⁵

Yargılamanın gerçekleştirilememesinin başlıca nedeni Amerika’nın muhalif tutumudur. Devlet egemenliği, devlet başkanının yargılama bağımsızlığı, uluslararası nitelikte emsal bir mahkemenin örneğinin bulunmaması, yargılamanın ancak ulusal makamlarca yapılabileceği gibi gerekçeler²⁸⁶ öne süren ABD, uluslararası ceza yargılaması konusunda oluşmuş olan politik iradeyi zayıflatmıştır.²⁸⁷ Hollanda Kralı’nın kuzeni olan, *II. William*’ın iade edilmesine yönelik talebin, Hollanda tarafından reddedilmesiyle, savaşın sorumlusu olarak görülen kişinin yargılanması mümkün olmamıştır.²⁸⁸ İtilaf Devletleri, savaşta işlenen suçlardan sorumlu olarak gördüğü 900 kişinin iadesini talep ettiyse de, Almanya’nın vatandaşını kendi

²⁸³ Uluslararası suç terimi Antlaşma’da yer almasa da bu iki suç, uluslararası suç kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. DEĞİRMENCİ, “*Uluslararası Suç Kavramı*”, s. 246.

²⁸⁴ WERLE - JESSBURGER, s. 2, 3.

Buradaki durum gerçek bir cezai kovuşturma değil, ahlâki kusurlardan biriydi; ancak yargılama gerçekleşseydi, cezalandırmanın gerçekleşeceğine dair bkz. CRYER, s. 115.

²⁸⁵ KITTICHAISAREE, s. 15; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 285.

²⁸⁶ KITTICHAISAREE, s. 15.

²⁸⁷ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 285.

²⁸⁸ ALİBABA, s. 184; KARAKEHYA, 137.

yargılamak istemesi sebebiyle teslim etmede direnmesi üzerine yargılamanın, tatmin edici bir sonuca varılamadığı takdirde Antlaşma'dan doğan yetkilerin kullanılacağı çekincesiyle, Alman Devletine bırakılmasına karar verilmiştir. Leipzig'te açılan 13 davada yalnızca 6 kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş lakin bu kararlar da yerine getirilmemiştir.²⁸⁹ Tüm bu olumsuz gelişmeler karşısında dahi Antlaşma, uluslararası hukukta bireyin cezai sorumluluğu düşüncesinin, ilk kez açıkça bir uluslararası metinde yer alması nedeniyle önem arz etmektedir.²⁹⁰

30 Ekim 1943 tarihli Moskova Bildirisini yayımlayan Müttefik Devletler, tüm savaş suçlularının yargılanacağını ilan etmişler; yargılama hakkında iki farklı yöntem izlemişlerdir. Olağan savaş suçluları olarak adlandırdıkları; işkence, katliam gibi suçları işleyen kişilerin, suçu işledikleri ülkelerin, ulusal mahkemeleri önünde yargılanmasını hedeflemişlerdir.²⁹¹

Sorumlu tutuldukları suçların belirli bir coğrafyayla kısıtlanamayacağını değerlendirdikleri ve büyük savaş suçluları olarak adlandırdıkları ikinci grubunsa,

²⁸⁹ GÜLLER – ZAFER, s. 2, 3; SCHABAS, s.18.

²⁹⁰ WERLE – JESSBURGER, s. 4; GÜLLER – ZAFER, s. 3.

²⁹¹ M. Yasin **ASLAN**, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yay., Ankara 2014, s. 41.

kurulacak uluslararası bir mahkeme önünde yargılanması öngörülmüştür.²⁹² Benzer bir hüküm Londra Antlaşmasının ilk maddesinde de yer almıştır. ²⁹³

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün giriş kısmında belirtildiği üzere Mahkeme, “uluslararası toplumu bir bütün olarak rahatsız eden en ağır suçlardan” sorumlu kişileri yargılama yükümlülüğüne bir nevi davettir.²⁹⁴

Mahkemenin kişi bakımından yargı yetkisi, Statünün 26. maddesiyle düzenlenmiş olup, fiili işlediği esnada 18 yaşını doldurmamış kişiler bakımından yargı yetkisinin olmadığı belirtilmiştir.

4. Uluslararası Hukuktan Kaynaklanan Bağışıklıklar

Uluslararası hukukta, Nürnberg yargılamalarından bu yana, failin resmî sığata sahip olması, görevin ifası nedeniyle ya da sırasında işlenen suçlarda, kişinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan bir neden olarak kabul edilmemektedir.²⁹⁵

²⁹² M. Yasin ASLAN, Savaş Suçları, s. 41

²⁹³ Antlaşma metni için bkz.

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf (Erişim Tarihi: 05.04.2019)

²⁹⁴ BOOTH, s. 140.

²⁹⁵ TEZCAN – DURMUŞ -ÖNOK, s. 436.

Kendinden önceki uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde de yer alan ve Roma Statüsü'nün 27. maddesinde “*resmî sıfatın önemsizliği*”²⁹⁶ başlığı altında yapılan düzenlemeyle Statü'nün resmî sığata dayalı bir ayırım gözetilmeksizin herkese eşit uygulanacağı; devlet ya da hükümet başkanı vasıflarının, meclis üyesi, hükümet temsilcisi gibi resmî sıfatların cezai sorumluluktan muafiyet sağlamayacağı ve cezada indirim nedeni oluşturmayacağı belirlenmiştir.²⁹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki, kişinin resmî sıfatı nedeniyle ceza sorumluluğundan muaf olmaması, uluslararası mahkemede yargılanırken, konumunun getirdiğı bağışıklık ve dokunulmazlıklardan yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir.²⁹⁸

Yargılamadan bağışıklık, fonksiyonel (*ratione materiae*) ve kişisel bağışıklık (*ratione personae*) olarak iki farklı şekilde gerçekleşmektedir. Fonksiyonel bağışıklık devlet adına icra edilen davranışları koruduğundan, devlet adına görev yapan herkesi kapsar ve kişiyi değil de davranışın kendisini koruduğı için daimidir. Ancak; yapılan işlemin niteliğinin resmî olup olmadığı inceleme konusu olduğundan, bu bağışıklık mutlak değildir.²⁹⁹

²⁹⁶ Roma Statüsünün İngilizce metninde “*Irrelevance of official capacity*” başlığıyla yer alan metin, resmî Türkçe metinde “*Resmi unvan ile ilişki kurulmaması*” olarak çevrilmiştir.

²⁹⁷ TEZCAN – DURMUŞ -ÖNOK, s. 437.

²⁹⁸ TEZCAN – DURMUŞ -ÖNOK, s. 436.

²⁹⁹ CRYER ve diğerkleri, s. 423; TEZCAN – DURMUŞ -ÖNOK, s. 438.

Devletin bazı üst düzey temsilcilerine, şahsen tanınan kişisel bağışıklık, fonksiyonel bağışıklıktan daha geniş bir dokunulmazlık sağlamaktadır. Eylemin niteliğinden bağımsız olan kişisel bağışıklık, kişi bakımından mutlak olmakla birlikte, görev süresinin sona ermesiyle birlikte ortadan kalkmaktadır. Kişisel bağışıklıktan yararlanan kimselerin, uluslararası suç işlemleri hâlinde, görevde oldukları süre boyunca başka devletlerce yargılanmaları mümkün değildir.³⁰⁰

Anglo-sakson hukuk sistemini işleten ülkelerce benimsenen “*devlet tasarrufu öğretisi*”nde, bağlı bulunulan devletin resmî üyesi sıfatıyla yerine getirilen resmî nitelikteki eylemlerden ötürü, sorumlu tutulamayacağı anlayışı savunulmaktadır. Öte yandan bu durum, uluslararası hukukta rağbet gören bir uygulama değildir. İngiltere’de görülen *Pinochet* davasıyla³⁰¹ birlikte, uluslararası bir suçun, devlet görevi nedeniyle yerine getirilmiş resmî bir eylem sayılamayacağı fikri öğretide egemen olmuştur.³⁰²

³⁰⁰ CRYER ve diğerleri, s. 423; TEZCAN – DURMUŞ -ÖNOK, s. 438.

³⁰¹ Dava hakkında detaylı bilgi için bkz. Colin **WARBRICK** - Dominic **MCGOIDRICK** - Hazel **FOX**, “*The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State*”, International and Comparative Law Quarterly, S. 48 C. 1, 1999 s. 207-216.

³⁰² TEZCAN – DURMUŞ -ÖNOK, s. 439.

Resmi sıfatın ya da resmi görev esnasında suç işlemenin, uluslararası ceza mahkemeleri açısından sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı hakkında bkz. Murat **ÖNOK**, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 251-253.

Fonksiyonel bağışıklığın aksine, kişisel bağışıklığın, diğer devletlerin ulusal yargı organları nezdinde, mutlak nitelikte olduğu hem öğretide hem de uygulamada kabul edilmiştir. Bu kapsamda hâlen görevde olan bir kişinin yabancı devletlerin mahkemelerinde yargılanması mümkün değildir. İspanyol Yargıtayının 1999 tarihli *Fidel Castro* kararında ve Fransız Yargıtayının 2001 tarihli *Kaddafi* kararında devlet başkanlarının, diğer devletlerin ulusal mahkemelerinde yargılanmaktan bağışık olduğu vurgulanmıştır. Esasen, *jus cogens* nitelikte olan uluslararası suç oluşturan fiillerin işlenmesi yasağı olup, suç faillerinin yargılanma usulü değildir. Öte yandan, uluslararası hukukun ihlallerini yargılamanın *jus cogens* nitelikte olduğundan hareketle, bu suçların faillerinin her iki bağışıklık türünden de yararlanamayacakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından belirtilmiştir.³⁰³

Uluslararası ceza mahkemeleri bakımından kişisel bağışıklıklara da sınırlama getirilmiştir. Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinde, yasama yetkisini ele geçiren devletlerce, EYUCM ve RUCM bakımından, BM üyesi devletlerin uymakla yükümlü oldukları Güvenlik Konseyi kararıyla kişisel bağışıklıklar kaldırılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesinde de Roma Statüsü'yle akdi sorumluluk altına giren devletlerin, kişisel bağışıklığın bir yargılama engeli olamayacağını kabul ettikleri sonucuna varılmaktadır.³⁰⁴ Yani uluslararası ceza hukukunun kabul gören eğilimi, yargılama yetkisi bakımından hiçbir kimseye ayrıcalık ve bağışıklık tanınmaması yönündedir. Zaten uluslararası suçların arkasında genel itibariyle, ulusal hukukça bağışıklık ve

³⁰³ CRYER ve diğerleri, s. 427.

³⁰⁴ CRYER ve diğerleri, s. 439-441.

dokunulmazlıklardan yararlananların bulunması gerçeği, Uluslararası Ceza Mahkemesinin gerekliliğini ortaya koyan etkenlerden biridir.

Son olarak, Statü'ye taraf devletler açısından, 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi'nde yer alan ayrıcalık ve bağışıklıkların uygulama alanı bulmayacağı³⁰⁵ ancak, Türkiye gibi Statü'ye taraf olmayan devletler açısından Statü'nün 27. maddesi geçerli olmayacağından, görevlilerin dokunulmazlık ve bağışıklıkları devam edeceği söylenebilir.³⁰⁶

5. Yer Bakımından Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisine dair çerçevenin çizilmesi sırasında birbirinden farklı, çok sayıda görüş ortaya atılmıştır. Almanya, her devletin ulusal hukukunda evrensel yargılama yetkisinin olduğu suçlar bulunması nedeniyle, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları açısından Uluslararası Ceza Mahkemesinin evrensel yargılama yetkisini haiz olmasını önermiştir.³⁰⁷ ABD, yargı yetkisinin devreye girmesi için hem suçun işlendiği yer devletin hem de suçlanan

³⁰⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 446.

³⁰⁶ Steffen **WIRTH**, “Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute”, Criminal Law Forum, C. 12, S. 4, 2001, s. 453.

³⁰⁷ UN Doc. A/AC.249/1998/DP.2, 23 Mart 1998 <https://www.legal-tools.org/doc/5e6109/pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

kişinin tabiiyetinde bulunduğu devletin rızasının aranması gerektiğini öne sürmüştür.³⁰⁸

Tüm bu tartışmalar sonunda Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü'ne göre Mahkeme'nin yargı yetkisi, sanığın vatandaşı olduğu veya suçun işlendiği yerin Statü'ye taraf olması hâlinde; Statü'ye taraf olmayan devletler içinse Mahkemenin yargı yetkisinin *ad hoc* kabulüyle, kullanılabilecek şekilde düzenlenmiştir.³⁰⁹ Bu durumda, mağdurun Statü'ye taraf bir ülkenin vatandaşı olması hâli (mağdura göre şahsılık ilkesi), Statü açısından vücut bulmamıştır. Ayrıca, günümüzde birçok ulusal hukukta yer bulan evrensel yargılama yetkisine de Roma Statüsü'nde yer verilmemiştir.³¹⁰

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine giren bir suçun yargılamasının başlaması için ilk seçenek, m. 13'te belirtildiği üzere Statü'ye taraf olan bir devletin, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir durumu, Mahkeme'nin savcılığına bildirmesidir. İkinci seçenek (m. 15), herhangi bir uluslararası örgütün, hükümet dışı

³⁰⁸ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records Volume II, Rome, 15 June -17 July 1998, s. 361
http://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1998_icc/docs/english/vol_2.pdf&lang=EF (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

³⁰⁹ James **CRAWFORD**, “Roma Statüsü'nün Kaleme Alınışı”, Ed. Philippe SANDS, (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg'ten Lahey'e, Alfa Basımevi, 2014, s. 119, 120.

³¹⁰ TURHAN, s. 127.

kuruluşun ya da başka bir güvenilir kaynağın verdiği bilgiye dayanarak, Savcı'nın re'sen (*ex-officio*) soruşturma açmasıdır. Son olarak, BM Güvenlik Konseyi, BM Sözleşmesi'nin 13. Maddesi, (b) fıkrası gereğince, işlenen suçların BM Sözleşmesi VII. Bölüme göre dünya barışını ihlal veya tehdit edebilecek nitelikte olması durumunda Uluslararası Ceza Mahkemesinden kovuşturma talep edebilir. Doğrudan BM Sözleşmesi'ne dayanan bu yetki, suçun Statü'ye taraf devletin topraklarında veya Statü'ye taraf devlet vatandaşlarınca işlenmesi şartından muaftır. Sözleşmeye taraf olmayan devletleri de sözleşme hükümleriyle bir nevi bağlayan bu durum, hukuka uygunluk konusunda tereddüte sebep olmaktadır. Ancak BM Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne dayanarak kurulan *ad hoc* mahkemelerin bir uluslararası hukuk gerçeği olduğu göz önüne alındığında, yeni bir *ad hoc* mahkeme kurmak yerine, Uluslararası Ceza Mahkemesini yetkilendirmenin seçildiği görülebilir. Bu kanaldan gelen soruşturma talepleri hakkında savcı, soruşturma başlatıp başlatmama takdir yetkisine sahiptir.³¹¹

Ayrıca, Statü'ye taraf olmayan devletler de geçici olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyabileceklerdir. “*Opt-in*” (seçenekli dâhil olma) rejimi olarak da nitelendirilen bu düzenleme sayesinde devletler, kendi topraklarında suç işlenmiş veya kendi vatandaşının suç faili olduğu durumlarda, Mahkeme'ye yapacağı bir bildirimle Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyabilecektir. Tanınan bu geçici yetki belirli suçlar için değil belirli durumlar (*situation*) için geçerlidir. Böylelikle, geçici yetki talep eden

³¹¹ TURHAN, s. 129, 130.

Ayrıca, Güvenlik Konseyi'nin, UCM'nin davaya bakmasını engelleme yetkisi hakkında bkz. TURHAN, s. 130, 131.

devletin yalnızca belirli suçları seçerek, hakkını kötüye kullanma ihtimalinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.³¹²

Statü’de yer alan bir başka düzenlemenin sonucu olarak, Statü’ye taraf devletlerden herhangi biri, suçla bağlantısı olmasa dahi, savcıya suç duyurusunda bulunabilmektedir. Tamamlayıcılık ilkesi gereğince, yargılama yetkisi öncelikle, ilgili devletlerdedir. Ancak, yargılama yetkisine sahip devletlerden hiçbirinin, soruşturma yapmak konusunda bir iradesinin bulunmaması veya soruşturma yapabilecek bir düzenin sağlanamadığı durumlarda soruşturma ve kovuşturma, Uluslararası Ceza Mahkemesince gerçekleştirilecektir. Yani, devletler taraf olup olmamalarına bakılmaksızın, ancak Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları itinayla soruşturmaları şartıyla, davanın Mahkemece kabul edilebilirliği kararına etkide bulunabileceklerdir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi genel ve otomatik bir nitelik kazanmaktadır.³¹³

Mahkeme’nin yargı yetkisine giren suçlar hakkında herhangi bir bilgi edinen Savcı, kendiliğinden (*motu proprio*) soruşturma başlatabilir. Hangi suçların ön inceleme gerektirdiğine Savcı kendisi karar vermekle birlikte; ayrıntılı soruşturma, Ön-Dava Dairesinin onayına tabidir. Devletlerin bu aşamada herhangi bir veto yetkisi bulunmamaktadır.³¹⁴

³¹² TURHAN, s. 127; Usul ve Delil Kuralları 44(2).

³¹³ CRAWFORD, s. 120.

³¹⁴ CRAWFORD, s. 121.

Tüm bu seçeneklerin yanı sıra Uluslararası Ceza Mahkemesi, Statü'yle belirlenen yer bakımından yargı yetkisini geniş yorumlama eğilimindedir. 2018 yılının Ağustos ayında, Arakanlı Müslümanlara yönelik toplu tecavüz, katliam ve Bangladeş'e sınır dışı etme gibi birçok ihlali araştıran Birleşmiş Milletler yetkilileri, Myanmar'da işlenen suçların mimarı olarak işaret ettikleri Genelkurmay Başkanı ve beş diğer generalin yargılanmasını talep etmiştir. Mahkeme'nin Roma Statüsü'ne taraf olmayan Myanmar sınırları içerisinde gerçekleşen ihlallere yönelik yargı yetkisi bulunmamaktadır. Myanmar'ın, Uluslararası Ceza Mahkemesinin geçici yetkisini kabul etmemesi durumunda veya BM Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın, Mahkeme yargı yetkisini kullanamayacaktır. Ancak, Uluslararası Ceza Mahkemesi, mağdurların Myanmar'dan Bangladeş'e sınır dışı edilmesi nedeniyle, ihlalin Bangladeş'te de devam ettiğine ve Bangladeş'in Statü'ye taraf olması nedeniyle, yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Yani Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisini belirlerken, yalnızca suçun işlendiği yeri değil, suçtan etkilenen devletleri de göz önünde bulundurmaktadır.³¹⁵

³¹⁵ Bkz. Request Under Regulation 46(3) of The Regulations of The Court, Pre-Trial Chamber I, No. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, s. 42, § 73, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03510.PDF (Erişim Tarihi: 29.10.2019).

Öte yandan, bahse konu olaylar hakkında soruşturma açmayı gerektirecek önemde sebep bulunamadığına dair karar hakkında bkz. Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of Myanmar, Summary of the Prosecutor's request for authorisation of an investigation pursuant to article 15 of the Rome Statute, 4 July 2019, s. 18, § 51. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-07-04-otp-summary-request-Bangladesh-Myanmar-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

III. ULUSLARARASI HUKUKTA CİNSEL ŞİDDET

A. GENEL OLARAK

Biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet kavramları, savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri bakımından önem arz eden kavramlardır. Cinsiyet (sex) kadın ve erkek arasındaki biyolojik farklılıklara değinmek maksadıyla kullanılan bir kelimedir. Bireyin, doğuştan getirmiş olduğu, morfolojik farklılığı, yani kadın veya erkek olarak değişen genital kimliğini ifade eder.³¹⁶ Öte yandan İngilizcede ilk anlam olarak cinsiyeti ifade eden *gender* kelimesi, Türkçede literatürde de kullanıldığı anlamıyla, toplumsal cinsiyet şeklinde yer bulmaktadır. Toplumsal cinsiyet, tavır ve davranışlar, karakter, fiziki ve entelektüel yeterlilik gibi konularda yalnızca kadın veya erkek cinsine ait olmaları nedeniyle toplumun bu iki cinsten kültürel kabul ve beklentilerini ifade eder. Toplumsal cinsiyet temelli kabul ve beklentiler, genellikle kadınlar üzerinde kendi başına hareket ve karar alma, ekonomik, sosyal ve politik düzenlemeler içerisinde yer alma, kendilerini ilgilendiren durum ve koşullarla ilgili olarak karar verme gibi konularda bir dezavantaj oluşturmaktadır. Toplumsal cinsiyet temelli

³¹⁶ Anna **GREAR**, “*Sexing the Matrix*”, Gender, Sexualities and Law, Ed. Jackie Jones - Anna Gear - Rachel Anne Fenton - Kim Stevenson, Routledge Yay., Oxon 2011, s. 40.

ekonomik, siyasi ve kültürel roller, eşitlik için gerekli olan tüm alanlarda, sorumluluğun kadın ve erkek arasında paylaşılmasını engeller.³¹⁷

Cinsel şiddet içeren suçlar açısından bu iki kavram da önemlidir. Şiddetin, cinsler üzerine dağılımı biyolojik ve toplumsal cinsiyet üzerinden şekillenmektedir. Öncelikle bazı suçların mağdurları, biyolojileri nedeniyle yalnızca kadınlar olmaktadır.

Kadının toplumsal rolünün farkında olan çatışan taraflar, bu olguyu hem saldırmak hem de korumak maksadıyla kullanmaktadırlar. Yani düşman, kadınlara tecavüz etmek isteyen kimseler olarak gösterilirken, savaşıyan diğer taraf açısından savaşın esas nedeni, kadınları korumak olarak görülmektedir.³¹⁸ Bu nedenle kadınlar, saldıran taraf için bir ganimet; savunan taraf içinse korunması gereken bir hazine olarak

³¹⁷ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comments No. 16; The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights, § 14; EDWARDS, s. 14.

Toplumsal cinsiyeti ataerkillik ve feminizm kavramlarıyla birlikte açıklayan görüş için bkz. YALÇIN, s. 24-28.

Kadınların yaşamın her alanında eşit haklara sahip olmasını ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin yaşama geçirilmesini amaçlayan *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi*'nin, yürürlüğe girmesinden sonra, Türkiye'de gerçekleşen eşitliğe dayalı gelişmeler için bkz. Nazan **MOROĞLU**, Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi, XII Levha Yay., İstanbul 2009, s. 34-54.

³¹⁸ Arus **YUMUL**, “Savaş ve Kadın”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 1, 2004, s. 40.

anlamlandırılmakta ve kadını elde etmek veya kadını savunmak, savaşa sebep olan birçok etken içerisinde güçlü bir şekilde yer bulmaktadır.

Cinsel şiddetin akla gelen ilk mağdurları kadınlar olsa da erkeklere uygulanan cinsel şiddet eylemleriyle de sıkça karşılaşmaktadır. Çalışmanın devamında daha detaylı olarak inceleneceği üzere, toplumun erkeğe biçtiği rollerin etkisinden faydalanarak, karşı tarafı aşağılamak ve toplumun moral gücünü kırarak kendi üstünlüklerini dayatmak isteyen çatışan taraflar, erkeklere de cinsel şiddet uygulamıştır.

Şiddetin en çirkin görünümü olarak nitelendirilebilecek cinsel şiddet, tüm toplumlar için; bireyin beden ve ruh sağlığını, toplumsal çevresini, mahremiyetini ve kişiliğini toptan etkileyen bir saldırı niteliğini haiz olup, bireyin cinsel özgürlüğü ve bütünlüğünün yanı sıra, kişiliğini de hedef almaktadır.³¹⁹

Esasen tüm canlılara has bir duygu olan cinsellik doğada, tabiatın kanunlarına tabidir ve etik bir değer taşımaz. Ancak sosyal bir varlık olan insan için cinsellik etik bir değer de arz etmektedir.³²⁰ İşte bu nedenle cinsel şiddet, bireyin ve toplumun etik değerlerine yönelik bir saldırıdır.

Cinsel şiddet, bir Birleşmiş Milletler Raporu'nda kısaca "*cinsel yollarla ya da cinselliği hedef almak suretiyle gerçekleştirilen fiziki ya da psikolojik şiddet*" şeklinde tanımlanmış ve bireyin, toplum önünde, çıplak hâlde dans etmeye zorlanması, cinsel

³¹⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 10.

³²⁰ Zeki HAFIZOĞULLARI, "*Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*" Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005, s. 357.

organının yaralanması veya kadının memesinin kesilmesi şeklinde örneklendirilmiştir.

321

Bir başka tanıma göreyse, ceza yasalarına; kamu ahlâkı, genel adap, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri görülüp, ihlâl ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzenin varlığına zarar verdiği kabul olunan, dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlâk kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemlere cinsel suçlar adı verilir.³²²

Uluslararası suçları da kapsayacak genişlikte ve yeterlikte bir cinsel şiddet tanımı *“mağdur üzerinde meşru olmayan bir şekilde fiziki ya da psikolojik hakimiyet kurularak cinsel yolla veya cinselliği hedef almak suretiyle gerçekleştirilen, cinsel nitelik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren her türlü fiziki ya da psikolojik saldırı, müdahale ve istismar”* olarak yapılabilir.³²³

³²¹ Gary J. **McDOUGALL**, Contemporary Forms of Slavery, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery –Like Practices During Armed Conflict, United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998, s. 8, § 21-22.

Raporun tamamı için <http://www.awf.or.jp/pdf/h0056.pdf> (Erişim Tarihi: 07.04.2019)

³²² Cahit **CAN**, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara 2002, s. 486, 487.

³²³ Öykü Didem **AYDIN**, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD, S. 2, 2004, s. 155; TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 12.

Tanımı örneklendirecek olursak, mağdurun ağzına bir odun parçasının zorla sokulması cinsel nitelik arz etmezken; mağdurun ağzına, failin penisinin sokulması cinsel nitelik taşımaktadır. Öte yandan mağdura bir odun parçasıyla vurmak cinsel nitelik taşımayan bir şiddet hareketiyken; mağdurun cinsel organına veya anüsüne odun parçası sokmak, cinselliği hedef alan, cinsel nitelik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren bir saldırı olacaktır.

Bir davranışın cinsel olup olmadığının tespitine yönelik farklı görüşler bulunmaktadır.³²⁴ Korunan hukuki değerin, genel ahlâk ve adap yerine cinsel özgürlük olarak kabul edilmesiyle birlikte, failin cinsel arzusunu esas alan sübjektif yaklaşım, yerini objektif yaklaşıma bırakmıştır.³²⁵ Ancak objektif yaklaşımın da katı bir şekilde uygulanması durumunda, kişiler arasındaki ilişki nedeniyle cinsel olarak atfedilemeyecek davranışların (sporcuların birbirlerinin popolarına vurmaları gibi) dahi cinsel davranış olarak nitelendirilmesi sorununa yol açabilir. Buradaki makul çözüm öncelikle davranışın, objektif olarak cinsel nitelikte olup olmadığına bakılması; sonrasında, eğer varsa, kişiler arası ilişkiyle, bu davranışın sağlamasını yapmaktır. Bir kadının memesine dokunulması objektif olarak cinsel bir davranış olmakla birlikte, bu davranışın doktor tarafından bir muayene esnasında yapılması durumunda, cinsellik içeren bir davranış oluşmamaktadır. Fakat aynı davranışın, muayene esnasında

³²⁴ Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 94-105.

³²⁵ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 106, 107.

cinsellik hedef alınarak gerçekleştirilmesi gibi istisnai hâller açısından, sübjektif yaklaşım esas alınmalıdır.³²⁶

Cinsel içerikli fiziksel saldırılar başta olmak üzere, mağdurun cinsel utanç hissine yönelik sözlü veya sözlü olmasa dahi psikolojik baskı yaratabilecek diğer cinsel içerikli davranışların da cinsel şiddet niteliğinde olduğu değerlendirildiğinde, sayısız şiddet biçimi sıralanabilir. Cinsel şiddet, tüm bu ihtimallerin bir üst başlığıdır. Diğer yandan, silahlı çatışmalar esnasında işlenen cinsel şiddet eylemlerinde, mağdur ve fail arasında, dengeden hayli uzak güç ilişkileri mevcuttur. Yaygın ve sistematik saldırıların bir parçası ve aynı zamanda bir savaş aracı olarak da kullanılan cinsel şiddet eylemleri, barış zamanında işlenen cinsel nitelik taşıyan suçlardan farklı görünümde karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, ırza tecavüz başta olmak üzere, bizzat kişiye veya yakınlarına yönelik tecavüz tehdidi, cinsel kölelik, cinsel taciz, düşük yapmaya zorlama, zorla kısırlaştırma, tıbbi cinsel deneylere tabi tutma, cinsel organların yaralanması veya sakat bırakılması, sapkın ve aşağılayıcı davranışlara maruz bırakma, mağdurların birbirleriyle ve özellikle aile fertleriyle cinsel ilişki kurmaya zorlanmaları, cinsel işkence, cinsel içerikli hakaret veya aşağılanma gibi birçok örnek verilebilir.³²⁷

Silahlı çatışmalarda görülen cinsel şiddetin en çok dikkat çeken özelliği yaygın ve kitlesel bir uygulama şeklinde gerçekleştiriliyor olmasıdır. Savaş veya silahlı çatışmayla cinsel şiddet arasındaki ilişki, tarafların cinselliğe ve cinsel şiddete yükledikleri anlam etrafında şekillenmektedir. Hukuki açıdan sağlıklı bir inceleme yapabilmek için, saldırgan ya da saldırganların amaç ve saikleriyle saldırının taşıdığı

³²⁶ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 112, 113.

³²⁷ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 13.

özellikler dikkatle ele alınmalıdır.³²⁸ Gebeliğe zorlama ve düşüğe zorlama eylemlerine baktığımızda; biri doğumun engellenmesi, birisi de istenmeyen bir doğumun zorla gerçekleştirilmesidir. Birbirine zıt bu iki eylem, karşımıza cinsel nitelikli savaş suçu olarak çıkmaktadır. İşte birbirine zıt bu eylemlerin, ikisine birden, silahlı çatışmalarda rastlanmasının nedeni suç işlemedeki amaç ve saikin farklılığıdır.

Silahlı çatışmadan uzak günlük hayatlarda cinsel saldırıların önemli bir kısmı, cinsel tatmin, karşı cinse duyulan öfke veya güç gösterisi sebepleriyle gerçekleşmektedir.³²⁹ Oysa silahlı çatışmalarda yaşanan cinsel şiddetin nedenini sayılanlarla sınırlandırmak hele ki cinsel tatmine bağlamak, bizi gerçek nedenleri göz ardı etme hatasına düşürür. Suçla mağdur edilen ve edilmek istenen yalnızca bireyin kendisi değildir. Her bir çatışmanın iç dinamiklerine bağlı olarak sebepler farklılaşmaktadır. Cinsel saldırıda amaç yalnızca cinsel arzuların tatminine yönelik olabileceği gibi; mağdurun kişiliğinde, ailesini ve toplumu aşağılamak, küçük düşürmek ve yok etmek; çatışmanın karşı tarafında direnç hâlinde olan bireylerin direncini kırmak; yaratılan korku ve terör ortamından faydalanılarak toplum düzenini bozmak ve hatta yaşadıkları toprakları terk etmelerini sağlamak olarak çeşitlenmektedir.³³⁰

Savaş, cinsel şiddeti yalnızca sistematik eylemler sebebiyle arttırmaz, cinsel şiddet, savaş ortamının yarattığı atmosfer ve yol açtığı fırsatlar nedeniyle de

³²⁸ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 14.

³²⁹ Özcan **KÖKNEL**, Bireysel ve Toplumsal Şiddet, Altın Kitaplar Yay., B. 2, İstanbul 2000, s. 204.

³³⁰ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 14, 15.

artmaktadır. Planlanmış ya da rastgele; organize edilmiş ya da fırsat üzerine, cinsel şiddet her koşulda, büyük bir terör, panik ve yıkım meydana getirir.³³¹

Uzun yıllar boyunca, silahlı çatışmanın istenmeyen ama kaçınılmaz bir sonucu olarak gösterilmeye çalışılan cinsel şiddet hakkında Uluslararası Af Örgütü Genel Sekreteri Irene Khan, durumu şu cümlelerle ifade etmiştir.

“Çatışmalarda kadına yönelik şiddet ‘doğal’ olarak gelişmez, emredilir, uygulanır veya göz yumulur. Bu şiddet ısrarla sürmektedir, çünkü suç işleyenler, bu nedenle başlarının ağrımayacağını, cezalandırılmayacaklarının farkındadır... Gelenek, kültür ve din kadının omuzlarına, yaşadığı toplumun ‘onurunu’ yüklemektedir. Amacın kadınları cezalandırmak, aşağılamak ya da sindirmek olmasının yanı sıra, bütün topluluğu terörize etmek, küçük düşürmek ve ‘yenmek’ için, bir kadının cinselliğini aşağılamak ya da fiziki bütünlüğüne zarar vermek artık bir yöntem hâline gelmiştir.”³³²

Günlük hayatta cinsel suç işleyen fail, tanınmamak ve yakalanmamak için her türlü aleniyetten kaçarken; silahlı çatışmada işlenen cinsel şiddet eylemleri, bireyle birlikte toplumu da yıkmak amacı güttüğünden, törensel ve teşhirci nitelikte, mağdurun evinde veya herkesin izleyebileceği meydanlarda gerçekleştirilmekte ve beklenen etki en üst düzeye çıkarılmaktadır.³³³

³³¹ ASKIN, “Prosecuting Wartime Rape”, s. 288.

³³² <https://m.bianet.org/bianet/kadin/50580-savaslarin-isimsiz-kayıplari-kadınlar>
(Erişim Tarihi: 08.03.2019)

³³³ ERDAL, s. 186, 187.

Cinsel şiddetin önemli oranda bir kısmının kadınlar üzerinde gerçekleştiği gerçeğini yok saymamakla birlikte, bunu yalnızca kadına dair bir sorun olarak görmek, değerlendirmelerde ve hatta sorunun çözümünde hataya düşülmesine neden olacaktır. Etnik temizlik, soykırım, öç alma, terörü yaygınlaştırma, direnişi kırma, savaşan askerleri ödüllendirme gibi birçok nedenle gerçekleştirilse de tüm bu gerekçelerin hizmet ettiği strateji, mağdurun üyesi olduğu toplumu, değer yargıları üzerinden parçalamak ve bozguna uğratmaktır.³³⁴

B. ROMA STATÜSÜ'NDEN ÖNCEKİ DÜZENLEMELERDE CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

Tarihî perspektifte, kadının, erkek tarafından sahip olunan veya yönetilen bir mülk olarak görülmesi nedeniyle, savaşlarda gerçekleşen ırza tecavüz fiilleri, kadına karşı bir savaş suçu değil de mala karşı suçlar içerisinde yer bulmaktaydı. Kadın, besi hayvanları ya da mal-mülk gibi, savaşın yasal bir ganimeti olarak kabul edilmekteydi.³³⁵ Hatta dönemin savaş kuralları, kuşatılan bir şehrin teslim olmayı reddetmesi durumunda, ele geçirildiği takdirde şehrin kadınlarına tecavüz edilmesine izin vermekteydi.³³⁶

³³⁴ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 19, 20.

³³⁵ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 296.

³³⁶ Mary Deutsch **SCHNEIDER**, “*About Women, War and Darfur: The Continuing Quest for Gender Violence Justice*”, North Dakota Law Review, C. 83, S. 3, 2007, s. 922.

13. yy.da silahlı çatışmaların hukuki ve ahlâki temellendirmesinin yapılarak, belirli kurallara bağlanmasıyla birlikte cinsel saldırılara yönelik kurallar da oluşturulmaya başlanmıştır. II. Richard, 1385; V. Henry, 1419 yıllarında, askerlerce gerçekleştirilen ırza tecavüz fiillerini, iç hukukta ölüm cezasıyla cezalandırmışlardır.³³⁷ Peter von Hagenbach, komutasındaki askerlerin işlediği ırza tecavüz suçu da dâhil olmak üzere, uluslararası bir askerî mahkemede, savaş suçlarından yargılanmış ve ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Avusturya Arşidükü tarafından kurulan, müttefik şehir ve devletlerin vatandaşı 28 hâkimden oluşan bu mahkeme, ilk uluslararası savaş mahkemesi olarak kabul edilmektedir.³³⁸ Verilen ceza, ırza tecavüz fiillerinin, örfî savaş suçu olarak cezalandırılabilir nitelikte olduğunu göstermesi bakımından oldukça önemlidir.³³⁹

Kadına yönelik cinsel saldırı ve kölelik, yüzyıllar boyunca savaşmak için teşvik niteliğinde olmuştur. Örf ve âdet hukuku tecavüz fiillerini yasaklamaya başladığında, cinsel şiddet de resmî olarak desteklenmeyen bir eğilime kavuşmuş; ancak tecavüzü, savaştan önce erkeklerin saldırganlığını ve güç arzusunu artıran bir teşvik; savaştan sonraysa hak edilmiş bir ödül, gerginliği azaltan ve rahatlatan bir etken olarak gören kimselerce, konulan bu kurallar çoğu kez görmezden gelinmiştir. Tecavüzün açık bir

³³⁷ Theodor MERON, “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law.” The American Journal of International Law, C. 87, S. 3, 1993, s. 425.

³³⁸ ÖNOK, Tarihi Perspektifleriyle UCD, s. 22-24.

³³⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 58; ASKIN, “Prosecuting Wartime Rape”, s. 299.

şekilde yasaklandığı zamanlarda bile, bu suçlar savaşın kaçınılmaz bir sonucu, silahlı çatışmanın yan etkileri olarak varsayılmış ve nadiren cezalandırılmıştır.³⁴⁰

Kadına yönelik cinsel saldırıların, mülkiyet hakkına yönelik suçlar içerisinde çıkarılarak; erkeğin şeref ve namusuna yönelik suçlar içerisinde değerlendirilmeye başlanması da bu döneme denk gelmektedir. 14-17 yy. döneminde önde gelen hukukçular, savaş zamanlarında gerçekleşen cinsel şiddetin cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır. İtalyan hukukçu *Lucas de Pena* (1325-1390), savaş dönemlerinde gerçekleştirilen ırza tecavüz fiillerinin barış dönemlerinde gerçekleşenler gibi ağır şekilde cezalandırılmaları gerektiğini; *Alberico Gentili* (1552-1608) savaş döneminde kadınlara yönelik cinsel saldırıların, mağdur savaşan statüsünde olsa dahi yasaklanması gerektiğini; uluslararası hukukun öncüsü *Hugo Grotius* (1583-1645), cinsel şiddetin savaş zamanlarında da cezalandırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.³⁴¹ Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki bu görüşler ne

³⁴⁰ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 296.

³⁴¹ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 299.

Hugo Grotius, savaş zamanlarında cinsel şiddetin yasaklanmasının, tüm ulusların benimsediği bir kural değil, en uygar devletlerce uygulanan bir kural olduğunu tespit ettikten sonra, Hristiyanlar arasında bu yasağın, yalnızca bir askerî disiplin kuralı değil aynı zamanda uluslararası hukuk kuralı olarak da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. GROTIUS, s. 256.

yazık ki azınlıkta kalmıştır. 16 ve 17. yy.larda hâlâ tecavüzü, savaşın doğal bir sonucu olarak gören anlayış devam etmiştir.³⁴²

19. yy.da değişen savaş hukuku kurallarına paralel olarak savaşlarda gerçekleştirilen cinsel şiddet fiilleri de yeni düzenlemeye tabi tutulmuştur. 1863 yılında Lieber Kanunu olarak bilinen “*Savaş Alanındaki ABD. Ordularının İdaresi İçin Talimatlar*”³⁴³ adlı düzenlemede, kara savaşına ilişkin örfi hukuk kuralları kodifiye edilmiş ve ırza tecavüzün cezası ölüm olarak belirlenmiştir. Her ne kadar askerî disipline yönelik olan ve uluslararası nitelikte olmayan bir düzenleme olsa da Lieber Kanunu, hem başka devletlerin iç hukuk düzenlemelerine³⁴⁴ hem de uluslararası nitelikteki düzenlemelere³⁴⁵ öncülük etmesi açısından önem taşımaktadır.³⁴⁶ Ayrıca bu düzenleme, uluslararası hukuk ilkelerinin insan haklarından ziyade savaş kuralları temelinde geliştiğini göstermektedir.³⁴⁷

³⁴² TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 59.

³⁴³ Orijinal adı “*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*”dir.

³⁴⁴ İtalya (1896), Rusya (1904), Fransa (1901 ve 1912) bkz. TÜTÜNCÜ, s. 5.

³⁴⁵ 27 Temmuz 1874 tarihli Brüksel Bildirisi’ndeki, “*işgal kuvvetlerinin sivil halkın dini inançlarına, namusuna ve malına saygı göstermesi*” hükmü bunlardan biridir.

³⁴⁶ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 59, 60; BAŞAK, s. 14.

³⁴⁷ Volkan MAVİŞ, “*İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri*”, TBBD, S. 130, s. 21.

Birinci Dünya Savaşı, 1914 yılında patlak verdiği sırada, savaşıla ilgili usul ve araçlar, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'yle düzenlenmişti. Bu Sözleşme “*aile onuru ve haklarına ... saygı gösterilmelidir*”³⁴⁸ şeklinde, üstü kapalı bir ifadeyle, cinsel şiddeti yasaklamaktaydı.³⁴⁹ Birinci Dünya Savaşı'nda uygulanan vahşetin bir sonucu olarak Müttefik Kuvvetler, savaş suçlarını araştırmak ve savaş suçlularının cezalandırılmalarına yönelik tavsiyelerde bulunmak üzere 1919'da Savaş Suçları Komisyonunu³⁵⁰ oluşturdu. Komisyon, raporunda savaşın kısmi ve hafif ihlallerine yönelik 32 tespitte bulundu ve bunlardan ikisi ırza tecavüzle kadın ve kız çocuklarının fuhşa zorlamak maksadıyla kaçırılmasıydı. Böylelikle, silahlı çatışmalarda yaşanan cinsel şiddet ilk kez bir uluslararası rapora konu olmuştur. Bu durum 20. yy. başlarında,

³⁴⁸ Laws and Customs of War on Land (Hague, IV) Article 46 “*Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated*”. Metnin tamamı için bkz. <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0631.pdf> (Erişim Tarihi: 14.03.2019)

³⁴⁹ Lieber Kanunu'ndan kısa bir süre sonra kabul edilmesine rağmen, ırza tecavüzün, bir şiddet suçu yerine daha yumuşak bir ifadeyle aile onuru ve şerefine yönelik bir suç olarak değerlendirilmesi, cinsel şiddetin ikincil önemde bir suç olarak konumlandırılması nedeniyle geriye bir adım olarak görülmekte ve eleştirilmektedir. Bkz. TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 60, 61.

³⁵⁰ “*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*”, The American Journal of International Law, C. 14, S. 1/2, 1920, s. 95–154. www.jstor.org/stable/2187841 (Erişim Tarihi: 14.04.2019)

cinsel şiddet içeren suçların, savaş suçları arasında yer almasını güçlendiren bir hareket olarak değerlendirilebilecekse de savaş suçlarının uygulanabilirliğine yönelik ilgi ne yazık ki asgari düzeydeydi.³⁵¹

İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan tecavüzler de firari ya da asi askerlerce gerçekleştirilen münferit eylemler olarak görülmüş ve silahlı çatışmaların kaçınılmaz sonuçları olarak tanımlanmıştır. Galiplerin savaş ganimeti olarak gördükleri kadınlara tecavüz etmeleriye bir ödül olarak varsayılmıştır.³⁵²

İkinci Dünya Savaşı'nın uluslararası hukuktaki en önemli yansımalarından biri kabul edilen ve uluslararası silahlı çatışmalarda izlenmesi gereken kurallarla; yaralıları, tutsak alınan siviller ve çatışma dışı olanlara nasıl davranılacağını düzenleyen, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, kadına yönelik cinsel şiddetin yasaklanmasını amaçlamıştır.³⁵³ Harp Hâlindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi 12. maddesinde *“Kadınlar, cinsiyetlerinin gerektirdiği bütün hususi ihtimamlarla muamele görecektir”* hükmüne; Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol'ün (1. Protokol), Kadınların Korunması başlıklı 76.

³⁵¹ ASKIN, *“Prosecuting Wartime Rape”*, s. 300; Belirlenen 32 suça ilişkin, Osmanlı Devletine yöneltlen suçlamalar ve sonuçları hakkında bkz. TETİK - GÜZEL, s. 89-95.

³⁵² TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 53.

³⁵³ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 79.

maddesinde “Kadınlar özel saygıya konu olacak ve özellikle ırza tecavüz, zorla fuhuş ve diğer her tür ahlak dışı saldırıya karşı korunacaktır.” hükmüne yer verilmiştir.³⁵⁴

Uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen, 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesinde her türlü adam öldürme, sakatlama, işkence, zalimane muamele, kişi haysiyetini alçaltıcı davranışlar nerede ve ne zaman olursa olsun yasaklanmıştır. I No.lu Ek Protokol 75(2)(b) ve II No.lu Ek Protokol 4(2)(e) bentlerinde “Kişinin onuruna yönelik saldırılar, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muameleler, tecavüz, fuhşa zorlama ve çeşitli hayasız saldırı biçimleri” yasaklanmıştır.³⁵⁵

1949 Cenevre Sözleşmeleri’nde cinsel şiddet fiillerinin açık veya üstü örtülü bir şekilde yasaklandığı başka ifadeler de bulunmaktadır.³⁵⁶ Uluslararası hukuktaki köşe taşlarından biri kabul edilen bu Sözleşmelerin, bazı cinsel şiddet fiillerine yönelik açık bir koruma getirdiği inkâr edilemez. Ancak Sözleşmeler, cinsel şiddet türlerine tahdidi bir koruma sağlaması; korunan hukuki değer olarak cinsel dokunulmazlık ya da cinsel özgürlük yerine, aile onuru ve hakları, kişi haysiyeti gibi değerleri esas alması; ırza tecavüz gibi fiillerin yalnızca kadınlarla sınırlandırılarak, erkeklerin bu tür fiillerden

³⁵⁴ Yay.Haz. Melike **BATUR YAMANER** - A. Emre **ÖKTEM** - Bleda **KURTDARCAN** - Mehmet C. **UZUN**, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, GÜHF Yay., S. 42, s. 30, 236; Metnin tamamı için <https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2019)

³⁵⁵ Bkz. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, s. 233, 267; TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 80.

³⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 78-86.

zarar görebileceği hususunun göz ardı edilmesi; savaş suçlarının bir şiddet fiili olarak ele alınmaması gerekçeleriyle eleştirilmektedir.³⁵⁷

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Akayesu* Davası'nda cinsel şiddet “zorlayıcı şartlar altında bulunan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel eylem” şeklinde ifade edilmiştir.³⁵⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Kvocka* Davası'nda, *Akayesu* Davasına atıfta bulunularak cinsel şiddetin, cinsel saldırıdan daha geniş; cinsel kölelik ve cinsel taciz gibi türleri de içine alan bir üst kavram olduğu ve fiziksel müdahalenin zorunlu bir şart olmadığı vurgulanmıştır.³⁵⁹

Tarih boyunca, silahlı çatışmaların kaçınılmaz sonuçlarından biri olarak görülmüş cinsel şiddet, Balkanlarda yaşanan silahlı çatışmalarla birlikte oldukça farklı bir işlev yüklenerek adeta bir silaha dönüştürülmüş ve saldırı yöntemi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Cinsel şiddetin yarattığı etki ve yıkımları sonraki nesillere de aktardığı dikkate alındığında, ölümden bile acı neticeler doğurduğu kolaylıkla fark

³⁵⁷ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 81-83.

³⁵⁸ **Prosecutor v. Akayesu**, Case No: ICTR-96-4-T, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, § 598. <http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2019)

³⁵⁹ **Prosecutor v. Miroslav Kvocka et al.** (Trial Judgement), IT-98-30/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 November 2001, § 180. Raporun tamamı için <https://www.refworld.org/cases,ICTY,4148117f2.html> (Erişim Tarihi: 17.09.2019)

edilebilmektedir. İstenilen sonuca ulaşmakta oldukça etkin bir araç olan ve güvenlik riski de hayli az olan cinsel şiddet; lojistik destek veya eğitimli personel gereği dahi duymadığından, maliyetsiz bir silahtır.³⁶⁰

20. yy., her iki dünya savaşına ve sayısız ulusal, uluslararası, hibrit savaşa ev sahipliği yapmasından ötürü tarihteki en kanlı yüzyıl olarak anılmaktadır. Tarih boyunca çığırından çıkmış bir hâlde artışıını sürdüren cinsel şiddet içeren suçlar bu yüzyılda, şekil ve amaç değişikliğine uğramıştır. Hazırlıksız, rastgele ve münferiden gerçekleşen ırza tecavüz veya diğer cinsel şiddet fiilleri barış zamanlarında her daim gerçekleşmiştir. Birliklerin, tüm disiplin, düzen ve ahlâkını yitirdiği; işlenen suçların bir engelle karşılaşmadığı savaş zamanlarındaysa tecavüz, planlı ve stratejik bir suç işleme görünümüyle karşımıza çıkmaktadır.³⁶¹

Modern dönem savaşlarında en çok zarar gören kesim sivil nüfus olmakla birlikte, bu kesimin erkekleri ve kadınları genellikle benzer türde şiddete maruz kalmaktadırlar. Yani, her iki cins de öldürölür, işkenceye uğrar, hapsedilir, yerinden edilir, aç bırakılır, iş gücü sömürüsüne maruz kalır. Ancak kadınlar ilaveten, cinsel temelli bir şiddete de maruz kalmaktadırlar. Cinsel nitelikli suçların ağırlıklı bir kısmı kadınlara yönelirken, gebeliğe zorlama, düşük yapmaya zorlama gibi fiillerin mağduru doğal olarak yalnızca kadınlar olmaktadır.³⁶²

³⁶⁰ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 15, 16.

³⁶¹ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 9.

³⁶² ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 297; SKJELSBÆK, s. 72.

İkinci Dünya Savaşı'nda Nazi ordusunun Rus ve Polonya topraklarında gerçekleştirdiği cinsel şiddet fiilleri, savaşın Almanlar aleyhine bir hâle gelmesiyle birlikte, bu kez de intikam amaçlı cinsel saldırılarla karşılık bulmuştur.³⁶³ Cinsel saldırının uzunca bir süre uluslararası mahkemelerce, bağımsız bir suç olarak değerlendirilmemesinin önemli nedenlerinden biri de İkinci Dünya Savaşı örneğinde olduğu gibi, bu suçun hem kazanan hem de kaybeden taraflarca işlenmiş olmasının getirdiği koşullardır.³⁶⁴

Cinsel saldırının, Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesince bir savaş suçu olarak kabul edilmesi ancak 1996 yılında gerçekleşebilmiştir. O zamana kadar mahkeme önüne diğer suçlarla birlikte getirilen ve işkence kapsamında değerlendirilen cinsel saldırı, bu değişiklikle birlikte ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Mahkemesi'nin 2001 yılında 3 Sırp vatandaşı, Bosnalı kadınlara tecavüz suçundan 12 ila 28 yıl arasında değişen hapis cezalarıyla mahkûm etmesiyle birlikte, cinsel saldırı ilk kez uluslararası düzeyde cezalandırılmıştır.³⁶⁵

Geleneksel uluslararası hukuk, binlerce yıllık bir geçmişe dayanırken; kodifiye edilmiş uluslararası insancıl hukuk yalnızca bir yüzyılı aşkın bir süredir var olmaktadır. 19. yy. ortalarından önce savaş suçlarına ulusal askerî mevzuatta yer verilmekte veya bu suçlar dinî kurallarla düzenlenmekteydi. Uluslararası insancıl hukuk yasalaştırılmadan çok önce dahi savaşa dair örf ve âdet hukuku tecavüzü yasaklamaktaydı. Ancak gerçek durum bu yasaklamalardan oldukça farklıydı.

³⁶³ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 64, 65.

³⁶⁴ YUMUL, s. 41.

³⁶⁵ YUMUL, s. 41.

Birleşmiş Milletlerin kurulması ve insancıl hukuk ve insan hakları hukuku alanında başlayan geniş ölçekli çalışmalara rağmen, 20. yy. silahlı çatışmalarında kadınların durumu en vahim seviyedeydi.³⁶⁶

Geçtiğimiz yüzyılda, Bangladeş, Bosna-Hersek, Burma, Çeçenistan, Filistin, Haiti, Irak, Kongo, Kosova, Kuveyt, Liberya, Peru, Ruanda, Sierra Leone, Somali, Sudan, Uganda gibi ülkelerde silahlı çatışmalarda cinsel şiddet fiillerine sıklıkla rastlanılmış olup; günümüzde de rastlanılmaya devam edilmektedir.³⁶⁷

C. ROMA STATÜSÜ'NDE TANIMLANAN DİĞER CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

1. Genel Olarak

Roma Statüsü, cinsel nitelik taşıyan saldırıların kovuşturulmasına imkân tanıyarak, mağdurlar için bir himaye görevi üstlenmektedir.³⁶⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesinin uygulamaları da cinsel şiddet içeren uluslararası suçlar bakımından büyük önem arz etmektedir.

³⁶⁶ ASKIN, “*Prosecuting Wartime Rape*”, s. 297-300.

³⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. TOPAL, Cinsel Suçlar, 53-56.

³⁶⁸ BOOTH, s. 133.

Uluslararası ceza hukukunda erişilen seviyenin son basamağını temsil eden Uluslararası Ceza Mahkemesi, cinsel şiddeti, “*kişinin rızası olmaksızın cinsel dokunulmazlığını hedef alan cinsel nitelikli eylemler*” olarak tanımlamaktadır.³⁶⁹

Soykırım suçu ve insanlığa karşı suç kavramları uluslararası hukukta yer almadan önce, cinsel şiddet fiilleri savaş suçu kapsamında cezalandırılmaktaydı. Cinsel şiddet fiillerinin savaş dışı dönemleri de kapsayacak şekilde ve farklı saiklerle işlenmesi nedeniyle, uluslararası hukuk da bu fiillerle ilgili olarak mevzuatını genişletmiştir.³⁷⁰

Roma Statüsü, ırza tecavüz, cinsel kölelik, fuhşa zorlama, gebeliğe zorlama ve diğer cinsel şiddet fiillerine Statü’nün, 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) ve 8(2)(e)(vi) maddelerinde hem insanlığa karşı suç hem de savaş suçu olarak yer vermiştir. Hatta koşulları olduğu takdirde, cinsel şiddet eylemleri soykırım suçu dahi vücut verebilir.³⁷¹

Zorla kısırlaştırma suçunda olduğu gibi kimi cinsel şiddet fiillerinin hem soykırım suçu hem insanlığa karşı suç hem de savaş suçu olması mümkündür. Bu nedenle çalışmanın konusunu oluşturan savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiillerine geçmeden önce soykırım suçu ve insanlığa karşı suç oluşturan cinsel şiddet fiillerine değinilecektir.

³⁶⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 12.

³⁷⁰ Bkz. MAVİŞ, s. 23.

³⁷¹ DAHRENDORF – SHIFMAN, s. 10.

2. Soykırım Suçu Niteliğindeki Cinsel Şiddet Fiilleri

Soykırım “önceden hazırlanmış bir planın uygulanmasının neticesi olan değişik fiillerle, bir ulusal grubun temel yaşamsal kurumlarının, o grubun yok edilmesi amacıyla tahrip edilmesi” olarak ifade edilebilir. Soykırımla hedeflenen, sosyal ve siyasi kurumların parçalanması, dile yönelik, kültürel ve ulusal duyguların zayıflatılması, ulusal grubun ekonomik varlığına, bireylerin güvenlik, özgürlük ve sağlıklarına saldırmaktır. Soykırım fiili, bireyin kişiliğine değil de ulusal grubun varlığına karşı işlendiğinden; mağdurun kişiliği değil, bir gruba mensubiyeti kurban olarak seçilmesine neden olmaktadır.³⁷²

Roma Statüsü’nün 6. maddesinde, çekirdek uluslararası suçların ilki olarak yer alan soykırım “ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır: (a) grup üyelerini öldürmek; (b) grup üyelerine ciddi bedensel ya da ussal zarar vermek; (c) fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak; (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak; (e) grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmek” olarak belirlenmiştir. Madde metnine bakıldığında, cinsel şiddetin soykırım görünümü olarak “grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak” ifadesiyle (d) fıkrası göze çarpmaktadır.

³⁷² KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 7.

Ayrıca diğer soykırım tanımları için bkz. KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 18-22.

Ancak bu hükmün uluslararası ceza yargılamalarında etkin bir şekilde kullanıldığı söylenemez. Hüküm, henüz Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından ele alınmamış ve yalnızca Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Akayesu* kararında tartışılmıştır. Mahkeme kararda, grup içindeki doğumları önlemeye yönelik tedbirlerin alınmasını; cinselliğe zarar verme, kısırlaştırma, zorla doğum kontrolü, farklı cinsiyetteki kişilerin birbirinden ayrılması ve evlenmenin yasaklanması olarak örneklendirmiştir.³⁷³

Ayrıca Mahkeme, “*Gruba mensubiyetin babanın kimliğine bağlı olduğu ataerkil toplumlarda, ırza geçme suçunda olduğu gibi, bunun sonucunda gruba mensup kadının diğer bir grup mensubunca kasten hamile bırakılıp, esasen o gruba mensup olmayan bir çocuğun doğumunun istenmesi*” ve “*şartları olduğu takdirde, ırza geçme sonucunda mağdurun geçirdiği travma sebebiyle doğum yapmak istememesi*” hâllerinin, grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler olduğunu tespit etmiştir.³⁷⁴

Mağdurun cinsiyetinin bir öneminin olmadığı bu fiilde, mağdurun cinsel bütünlüğüne zarar veren failin soykırım suçundan sorumlu tutulabilmesi için, grup içindeki doğumları engellemekle birlikte grubu imha etmeye de kastetmiş olmalıdır.³⁷⁵

Grup içindeki doğumları önlemeye yönelik tedbirler almak suretiyle soykırım suçunun uluslararası yargılamalarda karşımıza çıkmayışının temel sebebi, tedbir

³⁷³ *Akayesu*, § 507.

³⁷⁴ *Akayesu*, § 508.

³⁷⁵ KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 172.

sayılan fiillerin, bedenlen veya zihnen ciddi şekilde zarar verme suçu olarak kabul edilmesidir. Ayrıca doğumları engelleme kastını ortaya koymak, bedensel veya zihinsel zarar verme kastını ortaya koymaktan çok daha güç olduğundan, bu durum soruşturma makamlarınca isnat kolaylığı açısından tercih edilmektedir.³⁷⁶

1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nde “*tecavüz*” doğrudan zikredilmemiştir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokollere göre savaş suçu olarak kabul edilen tecavüzün, soykırım olarak nitelendirilmesinde Bosna Savaşı'nın etkisi yadsınamaz. Tecavüz eylemlerinin soykırım fiiliyle ilişkilendirilmesine yönelik tartışmalar, Bosna'daki silahlı çatışmaların uluslararası alanda ses getirmesi sonrasında başlamıştır. Ve nihayet Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin, *Jean-Paul Akayesu*³⁷⁷ hakkındaki 1998 tarihli kararıyla, ırza tecavüz fiili bir soykırım suçu olarak tanınmıştır.³⁷⁸

³⁷⁶ Guénaél **METTRAUX**, “*Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*”, Harvard International Law Journal, C. 43, S. 1. 2002, s. 303, 304.

³⁷⁷ *Jean Paul Akayesu*, Nisan 1993-Haziran 1994 tarihleri arasında Ruanda'da bulunan Taba isimli bir bölgenin belediye başkanlığını yapmıştır. Ülkede meydana gelen iç savaş sırasında bölgedeki insanları kışkırtarak soykırıma sebep olmuş ve bu soykırım sırasında binlerce Tutsi kadın cinsel şiddet mağduru olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. <https://trialinternational.org/latest-post/jean-paul-akayesu/> (Erişim Tarihi: 28.11.2019)

³⁷⁸ Tuğçe **KELLEÇİ**, “*Cinsiyetçi Milliyetçilik ve Savaşlarda Cinsel Şiddetin Kullanımı: Bosna Örneği*”, Alternatif Politika, S. 9 (3), 2017, s. 432.

Akayesu Davasında, ırza geçme başta olmak üzere diğer cinsel şiddet fiillerini, ilk başta işkence olarak ele alan ³⁷⁹ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, *“İddianamede belirtilen ırza geçme ve cinsel şiddet içeren diğer fiiller hakkında Daire, bu fiillerin, aynı şekilde bu fiillerle beraber işlenen benzer fiillerin kısmen veya tamamen belirli bir grubu imha özel kastıyla işlendiği için soykırım olduğu görüşünün altını önemle çizmeyi istemektedir. Gerçekten ırza geçme veya cinsel şiddet elbette mağdurlar üzerinde Daire’ye göre en kötü şekilde, ciddi bedensel veya ruhsal zararlara sebep olmaktadır. Daire, önündeki delillerin ışığında ırza geçme ve cinsel şiddet fiillerinin sadece Tutsi kadınlarına yönelik ve yukarıdaki şekillerde olduğu konusunda ikna olmuştur. Bu ırza geçmeler, Tutsi kadınlarında, ailelerinde ve topluluklarında fiziksel ve psikolojik imhalara neden olmuştur. Özellikle Tutsi kadınlarını hedef alan cinsel şiddet, aslında Tutsi grubunun tamamen imhasına yönelik bir sürecin ögesi olmuştur.”*³⁸⁰ şeklindeki tespitiyle bu fiillerin soykırım teşkil ettiğine karar vermiştir.

Akayesu Davası, alenen cinsel saldırı içeren soykırım isnadının yapıldığı ve cinsel saldırının da ilk defa insanlığa karşı suç sayıldığı dava olarak uluslararası hukuk açısından büyük önem arz etmektedir.³⁸¹

³⁷⁹ KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 157.

³⁸⁰ Akayesu, § 731

³⁸¹ Ines Monica Weinberg **RE ROCA**, "Ten Years and Counting: The Development of International Law at the ICTR," New England Journal of International and Comparative Law 12, S. 1, 2005, s. 74; BOOTH, s. 134.

3. İnsanlığa Karşı Suç Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri

Roma Statüsü'nün 7. maddesinde³⁸² “*herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen*” fiiller insanlığa karşı suç olarak belirlenmiştir.

Statü, suçların içtimai hâli için herhangi bir düzenleme öngörmemiştir.³⁸³ Bu nedenle, Roma Statüsü'nde hem insanlığa karşı suçlar hem de savaş suçları başlığı altında aynı isimlerle yer verilen cinsel şiddet fiillerinin birbirinden ayrıldığı noktaya temas etmekte fayda vardır. Fiilin, “*herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya*

³⁸² Madde 7 - “*‘İnsanlığa karşı suçlar’, herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır: (a) öldürme; (b) toplu yok etme; (c) köleleştirme; (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsetme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) işkence; (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) paragraf 3’te tanımlandığı şekliyle, herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) zoraki kayıplar; (j) ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu; (k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.*”

³⁸³ ESER, s. 14.

sistematik bir saldırının parçası olarak” işlenmesi durumunda insanlığa karşı suç oluşmaktadır. Bu durumda hamileliğe zorlama suçu, ancak sivil nüfusa karşı, yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak yapıldığı takdirde insanlığa karşı suç oluşturur ve bu suç, savaş suçuna göre “*lex specialis*” konumdadır. Öte yandan bir silahlı çatışma durumunda gerçekleşen ırza tecavüz suçu, sivillere karşı yaygın veya sistematik bir saldırı olmadığı sürece, insanlığa karşı suçun unsurları bakımından eksik kalacağından, koşulları oluştuğu takdirde savaş suçu teşkil edecektir.³⁸⁴

Konuya açıklık getirmek adına Uluslararası Ceza Mahkemesinin savaş suçları bakımından yargı yetkisini belirleyen 8(1) maddesine³⁸⁵ de değinmekte fayda vardır. Bu madde, ancak ciddi müzakereler sonrasında son şekline kavuşturulabilmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisinin kısıtlı olmasını isteyen 13 devlet “*yalnızca bir plan veya politikanın parçası olarak işlendiği durumları*” yargı yetkisi eşiği olarak belirlemek isterken; 72 devlet “*özellikle bir plan veya politikanın parçası olarak işlendiği durumlar*” ifadesini tercih etmiş; 10 devletse herhangi bir yargı yetkisi

³⁸⁴ Benzer örnekler ve mahkeme kararları için bkz. BAŞAK, s. 170.

³⁸⁵ “*Bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların büyük çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargı yetkisi vardır.*”

“*The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.*”

eşği getirilmemesini önermiştir. ³⁸⁶ Bir görüşe göre düzenlemenin kabul edilen hâlinde, rastlantısal eylemler, münferit suçlar ve daha az önemli diğer saldırılar Mahkeme'nin yargı yetkisine dâhil edilmemiştir. Ancak, bu ifade yalnızca fiilin Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanabilir olmasıyla ilgili olduğundan, suçun kurucu unsuru olarak değerlendirilmemelidir. ³⁸⁷

Öte yandan daha doğru olduğunu düşündüğümüz görüş, Mahkeme'nin insanlığa karşı suçlar üzerindeki yargı yetkisinde kullandığı ifadelerden farklı olarak, savaş suçlarına yönelik yargı yetkisini belirlerken tercih ettiği “*başta olmak üzere*”³⁸⁸ ifadesiyle, maddede yazılı fiillerin, mutlak suretle bu çerçevede işlenmiş olmasının aranmayacağı, ancak bu çerçevede işlenmiş olan fiillerin Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisine mutlaka gireceğinin vurgulanmak istendiğini savunmaktadır. Yani savaş sırasında işlenen münferit fiiller de savaş suçu teşkil edebilir ve Mahkeme, devletler üzerine düşen yargılama görevini yerine getirmediği takdirde yargı yetkisini kullanabilir. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesinin münferit fiilleri

³⁸⁶ Press Release, 13 July 1998, Meeting of Key Conference Committee Shows Continuing Differences on Important Provisions of International Criminal Court Statute <https://www.un.org/press/en/1998/19980714.I2884.html> (Erişim Tarihi: 04.12.2019)

³⁸⁷ ASKIN, “*Crimes within the jurisdiction of the ICC*”, s. 50; SCHABAS, s. 47.

³⁸⁸ Statü'nün İngilizce metninde “*in particular*” olarak yer alan ve bilhassa, özellikle anlamındaki kelime grubu metnin Türkçe çevirisinde “*başta olmak üzere*” şeklinde yer bulmuştur.

yargılamasının ne kadar gerekli ve etkili olduğunun, ayrı bir analiz gerektirdiğini de göz ardı etmemek gerekir.³⁸⁹



³⁸⁹ Herman Von **HEBEL** – Darryl **ROBINSON**, “*Crimes within the Jurisdiction of the Court*”, The Making of the Rome Statue – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 124; Murat **ÖNOK**, “*UCD’nin Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk*”, Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 202.

IV. ROMA STATÜSÜ'NÜN 8(2)(B)(XXII) VE (E)(IV) MADDELERİNDE TANIMLANAN SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİ

A. GENEL OLARAK

Roma Statüsü, Savaş Suçları başlıklı 8. maddesinde, uluslararası silahlı çatışmalarda işlenebilecek savaş suçlarını 34 ayrı bentte; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda işlenebilecek olanlarıysa 16 ayrı bentte sıralamıştır. Yani Statü'yle, uluslararası silahlı çatışmalarda daha geniş; uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda nispeten dar bir koruma sağlanmıştır.

Ancak, bu çalışmanın konusunu oluşturan cinsel şiddet fiilleri hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, suç olarak kabul edilmiştir. Statü'nün 8(2)(b)(xxii) ve (e)(iv) maddelerinde aynı ifadelerle yer verilen bu fiiller ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama ve Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması olmak üzere 6 tanedir.

Roma Statüsü'nün 8(2)(b)(xxii) ve (e)(iv) maddelerinde geçen cinsel şiddet fiilleri korunan hukuki değer, mağdur ve maddi konu, fail ve şeriklik gibi kavramlarla, manevi unsur ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler bakımından benzer özellikler taşıdığından aynı başlık altında, maddi unsurlar bakımından, her bir suç tipi farklı başlıklar altında incelenmiştir.

Silahlı çatışmanın niteliğinin uluslararası olup olmaması, cinsel şiddet fiilleri bakımından suçun varlığına etki eden bir husus değildir. Ancak hem somut olaya

uygulanacak hükmün belirlenmesi hem de Roma Statüsü'nün savaş suçlarında bu ayrıma gitmesi nedeniyle, suçun unsurlarına geçmeden önce uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaların sınırlarını çizmek uygun olacaktır.

B. ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALAR VE ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR AYRIMI

Roma Statüsü'nde, savaş suçlarının uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından iki ayrı şekilde düzenlenmiş olmasının nedeninin, devletlerin kendi menfaatlerini önde tutması ve insancıl hukukun üstünlüğü konusunda uluslararası toplumda yeterli bilincin oluşmaması³⁹⁰ olduğu iddia edilmektedir.

Ancak, geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası toplumun tanık olduğu gelişmeler göstermektedir ki çatışmaları uluslararası ya da uluslararası olmayan olarak ayırt etmek giderek daha da zorlaşmaktadır. Savaşta, sivil halkın korunması ve

³⁹⁰ SOYGÜT, s. 728.

insan hakları ihlallerinin önlenmesi bakımından ağır ihlaller ve diğer savaş suçları arasında da ayırım yapmak gereksizdir.³⁹¹

Roma Statüsü'nde uluslararası silahlı çatışmalarda 34; uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda 16 farklı suç tipi öngörülmesi; uluslararası hukukta egemen görüş olan silahlı çatışmanın niteliğinden bağımsız olarak suçların düzenlenmesi gerekliliğine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu çalışmanın konusunu oluşturan cinsel şiddet içeren savaş suçlarına her iki düzenlemede de aynı ifadelerle yer verilmesi, uluslararası hukukta giderek daha da güçlenen bu görüşün bir yansıması niteliğindedir.³⁹² Bu çalışma açısından, silahlı çatışmanın uluslararası veya uluslararası

³⁹¹ Yusuf **AKSAR**, “*Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 1, S. 3, UCM Özel Sayısı, 2005, s. 48.

Savaş suçlarını, ulusal ceza hukukuna dâhil eden ve bunun için Cenevre Sözleşmelerini iç hukuka dâhil etme yolunu izleyen devletlerin, çatışmaların niteliği hakkında bir ayrıma gitmediği hakkında bkz. SOYGÜT, s. 729.

Uluslararası ve ulusal olarak farklı hukuk kurallarının uygulanmasının, bireylerin korunması açısından bir fayda sağlamayacağı hakkındaki görüş ve gerekçeler için bkz. Yusuf **AKSAR**, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge Yay. London & New York, 2004, s. 124-135.

³⁹² ÖNOK, UCD Rapor, s. 36.

olmayan ayrımı suçun oluşmasında değil, yalnızca uygulanacak hükmün belirlenmesinde önem taşıyacaktır.

Ancak, savaş suçunun oluşması, bir çatışmanın varlığına bağlı olduğundan, çatışmaların başlangıç ve bitiş eşiklerinin çizilmesi önem taşır. Yüzyıllardır uygulanagelmiş olması, tarafların statüsü, coğrafi farklılık, çatışmanın şiddetinin büyüklüğü gibi birçok faktör nedeniyle uluslararası silahlı çatışmanın varlığının tespiti görece kolaydır. Asıl belirsizlik, değinileceği üzere uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda doğmaktadır.

Silahlı çatışma, iki veya daha fazla devletin veya bir devlet içindeki belirli silahlı grupların, kuvvet kullanmak suretiyle karşıt savlarını birbirlerine kabul ettirme girişimleridir.³⁹³

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 2. maddesi gereğince “*sözleşmecî devletlerden ikisi ya da birkaçı arasında çıkacak, ilan edilmiş savaş ya da her türlü silahlı çatışma hâlinde, savaş hâli taraflardan birince tanınmasa ve hatta sözleşmecî devletlerden birinin ülkesinin tamamının veya bir kısmının işgale uğraması hâlinde, işgal hiçbir askerî direnişle karşılaşmasa bile*” insancıl hukuk kuralları uygulama bulur.³⁹⁴

EYUCM’de görülen *Tadić* Davasında silahlı çatışma, “*devletler arasında silahlı güce başvurulduğunda ya da hükümet otoriteleriyle örgütlü silahlı gruplar arasında*

³⁹³ ÖNOK, “*UCD’nin Görev Alanı*”, s.194.

³⁹⁴ Akif Emre ÖKTEM, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, B. 2, Der Yay., İstanbul 2011, s. 77.

ya da bir devlet içinde bu tür gruplar arasında uzayan silahlı şiddet bulunması” durumu olarak tanımlanmıştır.³⁹⁵

Geçmişteki Kamboçya, Somali, Ruanda, Aceh-Endonezya, Darfur-Sudan, Çeçenistan gibi ülkelerde gerçekleşen çatışmalarda olduğu gibi günümüzde de çatışmaların çoğu uluslararası olmayan bir niteliktedir. Buralarda gerçekleşen insan hakları ihlalleri, uluslararası olmayan çatışmalarda işlenen savaş suçlarının da uluslararası insancıl hukukun ihlali olarak tanınmasının zorunluluğunu ortaya koymaktadır.³⁹⁶

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Tadić* kararında, “uluslararası silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda insanlık dışı olarak görüldüğü için yasaklanan fiillerin, iç silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda insani olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağı” belirtilmiştir.³⁹⁷

İç silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda, hareket alanlarının daralması ya da askerî faaliyetlerinin sekteye uğramasından korkan devletler, insancıl hukuk kurallarının iç silahlı çatışmalarda da uygulanmasına sıcak bakmamaktadır. Bu kurallar uygulandığı takdirde devletler, silahlı örgütlerin, devlet karşısında daha meşru bir statüye kavuşmasından çekinmektedirler. Devletlerin bu örgütleri, iç hukuk kuralları doğrultusunda ele almak istemesi karşısında, insancıl hukukun geliştirdiği pragmatik yaklaşım, teknik anlamda savaş niteliğine sahip olmayan silahlı çatışmalarda insancıl

³⁹⁵ ALPKAYA, s. 115; *Dusko Tadić*, § 70.

³⁹⁶ SOYGÜT, s. 710.

³⁹⁷ *Dusko Tadić*, § 119.

hukukun uygulanmasının tarafların hukuki statülerinde bir değişikliğe yol açmamasıdır.³⁹⁸

Uluslararası olmayan silahlı çatışmaların insancıl hukukun ilgi alanına dâhil edilmesi sorunu, 1912 yılına kadar dayanmakla birlikte ancak 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesiyle sınırlı bir düzenlenme elde edilebilmiştir. Uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalar için dolaylı bir koruma sağlayan ortak 3. madde, uluslararası çatışmalarla iç çatışmaları birbirinden ayırmakla birlikte, iç silahlı çatışmalara asgari bir insancıl hukuk düzenlemesi getirmektedir. Ancak, düzenleme, iç silahlı çatışmaların tanımını vermediği gibi, şiddet olaylarının hangi seviyeden sonra iç çatışmaya ve iç çatışmanın da hangi şartlardan sonra uluslararası çatışmaya dönüştüğü sorusunu cevapsız bırakmıştır.³⁹⁹

Bütünüyle iç silahlı çatışmalara özgülenmiş bir uluslararası hukuk düzenlemesi için 1977 Cenevre Sözleşmeleri II. Protokolü beklemek gerekmiştir.⁴⁰⁰ Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi, 1977 tarihli II Numaralı Ek Protokolle birlikte uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uyarlanmıştır.⁴⁰¹ 1977/II. Protokol m. 1/1'de iç silahlı çatışma *“taraf devletlerden birinin silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komutanlığın sevk ve idaresi altında, devlet ülkesinin bir bölümü üzerinde sürekli ve düzenli askerî harekât yürütebilecek derecede denetim sağlamış örgütlü muhalif silahlı*

³⁹⁸ Mehmet Cengiz UZUN, s. 752.

³⁹⁹ ÖKTEM, s. 82-85.

⁴⁰⁰ ÖKTEM, s. 83.

⁴⁰¹ BAŞAK, s. 17.

kuvvetler ya da gruplar arasındaki çatışmalar” olarak tanımlanmaktadır. Protokolün, *“münferit ve dağınık şiddet olayları ve benzer olaylar gibi iç gerilim ve karışıklık hâllerinde”* uygulanmayacağı m. 1/2’de açıkça belirtilmiştir. Özetle Protokol, ulusal kurtuluş mücadelelerinin de dâhil olduğu uluslararası silahlı çatışmalar ile iç gerilim ve karışıklık hâlleri arasında kalan silahlı çatışmalara uygulanabilir niteliktedir.⁴⁰²

II. Ek Protokol, ortak 3. maddenin aksine, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların alt eşiği hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedir. Protokol, alt sınırı beş temel kritere dayandırmıştır. Bu kapsamda:⁴⁰³

- Protokol, bir tarafın devlet diğer tarafın devlet dışı unsurlardan oluştuğu yüksek yoğunluklu silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulacaktır. Bağımsız silahlı gruplar arasında gerçekleşen ve devletin müdâhil olmadığı iç silahlı çatışmalar, Protokol’ün ilgi alanı dışında kalmaktadır.

- Bilfiil çift taraflı ve kolektif bir silahlı çatışmanın varlığı gerekmektedir. Devletin silahlı kuvvetleri, geniş yorumlanarak, silahlı tüm unsurlar (düzenli ordu, emniyet teşkilatı vb.) olarak değerlendirilecek; devlet dışı unsurların faaliyetlerinin koordineli olmayıp bireysel eylem niteliği taşıdığı durumlarda Protokol geçerli olamayacaktır.

- Devlet dışı unsurlar, bir toprak parçası üzerinde sürekli ve uyumlu askerî harekât yürütebilecek düzeyde egemenlik kurmalıdır. Ayrıca bu topraklar, tutukluların

⁴⁰² ÖKTEM, s. 89.

⁴⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Cengiz UZUN, s. 755.

korunması, hasta ve yaralıların tedavisi gibi Protokol hükümlerinin uygulanmasına imkân sağlayacak genişlik ve yeterlikte olmalıdır.

- Yoğun, koordineli ve süreklilik arz eden bir nitelikte askerî saldırı planlama ve uygulama kapasitesine ve silahlı örgütler için yeterli kabul edilen düzeyde hiyerarşik örgütlenme yapısına sahip bir örgütün varlığı ve *de facto* egemenlik kurduğu toprak üzerinde sağlamış olduğu etkin bir disiplinin varlığı aranmaktadır.

- Son olarak, az sayıda ve düzensiz olarak gerçekleşen münferit şiddet hareketleri, ani ayaklanmalar ya da bunlara benzer durumlarda ortaya çıkan iç gerginlikler, II. Ek Protokol'e göre silahlı çatışma sayılmayacaktır.

Devletin müdahalesi sonucu çok sayıda gözaltı veya tutuklamayla sonuçlanan ve temel hak ve özgürlüklerin bir kısmının sınırlandırıldığı, bilhassa sıkıyönetim ve olağanüstü hâl rejimlerinde gözlemlenen durumlarsa iç gerginlik olarak nitelendirilmektedir.⁴⁰⁴ Uygulamada, münferit ve seyrek nitelikte başlayan gerilim, zaman içerisinde, yaygın, sistematik, sürdürülebilir şiddet düzeyine ulaşarak, bir silahlı çatışma hâlini almaktadır.⁴⁰⁵

Öte yandan uluslararası olmayan silahlı çatışmaların üst eşiği kapsamında iki temel kriter bulunmaktadır: Taraf devletler arasında cereyan eden *de jure* ve *de facto* nitelikteki silahlı çatışmalar, taraflardan biri *de jure* savaşın varlığını reddetse dahi çatışmanın niteliği uluslararası olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, kısmen veya tamamen işgal durumlarında, işgal eden kuvvetlerin herhangi bir direnişle karşılaşmamış olması

⁴⁰⁴ Mehmet Cengiz UZUN, s. 755.

⁴⁰⁵ ÖKTEM, s. 85.

da Cenevre Sözleşmeleri'nin uygulanmasına engel teşkil etmez. İki devlet arasında gerçekleşen silahlı çatışmanın her türü uluslararası olarak nitelendirileceğinden, artık uluslararası olmayan silahlı çatışmadan bahsetmek imkânsız hâle gelecektir.⁴⁰⁶

Bir devletin ulusal sınırları içerisinde gerçekleşen silahlı çatışmalara, üçüncü bir devletin de müdahil olması ya da meşru iktidara karşı ayaklanan grubu, üçüncü bir devletin desteklemesi veya bu grubun üçüncü bir devlet adına hareket etmesi durumunda artık iç silahlı çatışmadan bahsedilemeyecektir. Bu durumda silahlı çatışmanın niteliği artık “uluslararasılaşmış”tır. Eski Yugoslavya Cumhuriyeti ve Kosova Kurtuluş Örgütü arasındaki silahlı mücadeleye NATO'nun dâhil olması bunun en belirgin örneklerinden biridir.⁴⁰⁷

Ulusal bağımsızlık savaşlarında, teknik anlamıyla “*self-determinasyon*” ilkesi kapsamında, sömürgeci devletlere karşı girişilen mücadelelerde de uluslararası silahlı çatışma hükümleri uygulanmıştır. Ancak günümüzde sömürge rejimleri uygulamasının, en azından uluslararası ilişkiler bakımından, artık kalmadığı gerçeğinden hareketle mevcut silahlı çatışmaları ulusal kurtuluş hareketi olarak yorumlamak oldukça zordur. Bu nedenle, açıkça savaştan statüsü verilmeyen, bölücü ya da ayrılıkçı hareketlere karşılık girilen silahlı çatışmalarda, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hukuku hükümleri geçerlidir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Mehmet Cengiz UZUN, s. 756.

⁴⁰⁷ PAZARCI, IV. Kitap, s. 143-146.

⁴⁰⁸ Mehmet Cengiz UZUN, s. 757; PAZARCI, IV. Kitap, s. 145-146.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmayı genel olarak *“hükümet dışı silahlı grupların birbirleri arasında ya da devlete karşı, münferit ve seyrek görülen şiddet eylemlerinden, sürdürülebilir ve düzenli operasyonlar yapmalarını sağlayan kolektif örgütlenme düzeyine kadar artan yoğunluklarda çatışma hâlinde bulunması”* olarak ifade etmiştir. Buna ek olarak, bir bölge üzerinde belirli bir asgari kontrol icra etmekte olan silahlı gruplar için bu durumun, statüsünde değişikliğe yol açmayacağını ancak, hangi yasal hükümlerin uygulanabilir olduğu konusunda değişikliğe yol açacağını vurgulamıştır.⁴⁰⁹

Ulusal sınırlar içerisinde cereyan eden her silahlı olay, insancıl hukuk tarafından ele alınamaz. Aksi hâlde, devlet egemenliği ihlal edildiği gibi pratikte uygulanması neredeyse imkânsız bir yaklaşım ortaya çıkar. Bu nedenle bir iç silahlı çatışmanın, uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak nitelendirilebilmesi için çatışmanın şiddet ve ciddiyetinin belirli bir düzeye ulaşmış olması aranmaktadır. Yani, küçük çaplı, düzensiz veya anlık olarak gelişen iç çatışmalar, Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesi kapsamına girmemektedir. Bir iç silahlı çatışmanın ortak 3. madde kapsamında değerlendirilmesi için ayaklananların, düzenli ve sorumlu bir örgütlenmeye gitmiş olmaları ya da bu örgütlenmeyi gerçekleştirmek üzere geçerli adımlar atmış olmaları aranmaktadır. Ayrıca ayaklanan unsurların Cenevre

⁴⁰⁹ ICRC, Violence and the Use of Force, Hague, July 2011, s. 26-30
https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2019)

Sözleşmeleri'nin hükümleriyle bağlı olma iradelerinin yanında bu hükümleri gerçekleştirebilme kapasitesinin varlığı da gerekmektedir.⁴¹⁰

Sokak hareketleri gibi, düşük düzeyli gerginlikler ve terörizm gibi münferit ve öngörülemeyen şiddet olaylarını aşan, fakat savaşan taraf statüsünün tanınması düzeyine varmayan tüm uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında ortak 3. madde uygulanmaktadır.⁴¹¹ Bu düzenleme haricinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, 1954 tarihli Silahlı Bir Çatışma Hâlinde Kültürel Değerlerin Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi'nin 4. ve 19. maddelerinde; 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne ek 1977 tarihli II No.lu Protokol'de ve 1998 Roma Statüsü madde 8 (2) (c-e) olmak üzere üç ayrı yerde daha düzenlenmektedir.⁴¹²

Roma Statüsü madde 8(2)(f)'deyse uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya dair *“Paragraf 2 (e) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve bu yüzden gösteriler, düzensiz ve münferit şiddet hareketleri gibi iç karışıklık ve gerginliklere ya da benzer nitelikteki eylemlere uygulanmaz. Bir devletin toprakları üzerinde, hükümet otoriteleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalara uygulanır.”*

⁴¹⁰ Mehmet Cengiz UZUN, s. 754.

⁴¹¹ TAŞDEMİR, s.92, 93.

⁴¹² Madde metinleri ve karşılaştırması hakkında detaylı bilgi için bkz. Ercüment **TEZCAN** - Fatma **TAŞDEMİR**, Silahlı Çatışmalar Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Suriye İç Savaşının Analizi, Ankara Strateji Enstitüsü Yay., Ankara 2013, s. 25-28.

hükmü yer almaktadır. Statü, II Numaralı Ek Protokol m. 1'den⁴¹³ uygulama eşiği bakımından farklılık göstermektedir. Söz konusu maddede belirtilen sorumlu bir komutanın yönetiminde ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askerî harekât yürütmeye izin veren ve Protokol'ü uygulayacak düzeyde denetim sağlayan, ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar gibi hususlar yeni düzenlemede yer almamaktadır. Ayrıca iç silahlı çatışmanın yalnızca hükümet otoriteleriyle örgütlü

⁴¹³ Madde 1- Maddi Uygulama Alanı

1. *12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesini, mevcut uygulama koşullarını değiştirmeden, geliştiren ve tamamlayan işbu Protokol 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokolün (1. Protokol) 1. Maddesince kapsanmayan ve bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkan verecek şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesinin ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalarda uygulanır.*

2. *İşbu Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmaz.*

gruplar arasında değil aynı zamanda bu grupların kendi aralarında da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.⁴¹⁴

C. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Her suçun bir hukuki konusu vardır. Suçun doğrudan ihlal ettiği, hukuki varlık veya menfaat⁴¹⁵ olarak tanımlanan bu kavram, somut bir varlığa sahip olmadığından doğrudan doğruya zarar görmez veya tehlikeye uğramaz. Bu değerleri ihlalin anlamı, fiili gerçekleştiren kişinin bu değerleri tanımaması ve geçersiz kılmaya çalışmasıdır.⁴¹⁶

Cinsel şiddet fiillerinde korunan hukuki değer, cinsellik kavramıyla doğrudan ilişkilidir ve beşerî cinsellik, öğrenilmiş üç farklı şeyin: akli faaliyet, sosyal etkileşim ve bedenî aktivitenin koordinasyonunu zorunlu kılan bir kültürel inşadır. Yani insanlar,

⁴¹⁴ TAŞDEMİR, s. 122-131.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar ayrımı hakkındaki örnek kararları için bkz. ERTUĞRUL, s. 46.

⁴¹⁵ Nevzat **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 72.

⁴¹⁶ İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2007, B. 2, s. 165.

kiminle, ne zaman ve nerede bir cinsel davranış⁴¹⁷ kuracaklarını, öğrenirler. İnsanların, cinsel davranışlarına anlam yüklemeksizin hareket etmeleri de beklenemez. Zaten cinsellik, çoğu zaman bir başkasına ihtiyaç duyduğundan toplumsallaşma için bir çıkış noktası niteliği de taşımaktadır. Bazı ayrıkçı bitki ve hayvan türleri hariç olmak kaydıyla, insanlarda ve hayvanlarda bulunan güdüler arasında, bir başkası tarafından uyarılmaya ihtiyaç duyan tek güdü, cinsel güdüdür.⁴¹⁸

Toplum hâlinde yaşamaya başlayan insanlar, cinsel güdülerini bir düzene sokmak ihtiyacı hissetmişler ve kendilerini sınırlamak durumunda kalmışlardır. Toplumsal düzeni sarsacak karışıklıkların önüne geçmek amacıyla, toplumsal düzenin gereğini yerine getiren uygar insan, içgüdüsüne karşı durmak zorunda kalır. Buradan cinsel suça vücut veren davranışların, insanın biyolojik doğasına uygun olmasına karşın toplumsal doğasına aykırı olduğu sonucuna varılabilir.⁴¹⁹

Toplum gibi sürekli değişen bir olgu olan cinselliğin, geçtiğimiz yüzyıllar içinde biyolojik niteliği sönükleşirken; sosyal niteliği daha belirgin hâle gelmiştir. Uzunca bir

⁴¹⁷ Cinsel davranış, “tıp, psikoloji ve hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verilerine uygun olarak objektif anlamda erojen, diğer ifade ile cinsel hisleri uyandırıcı olarak nitelendirilen davranışlar” olarak tanımlanabilir. Bkz. Durmuş **TEZCAN** - Mustafa Ruhan **ERDEM** – Murat **ÖNOK**, 5237 sayılı Kanuna Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., B. 4, Ankara 2006, s. 228, 229.

⁴¹⁸ CAN, s. 32, 33.

⁴¹⁹ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 35.

Cinsel güdülerin toplum tarafından biçimlendirilmesi hakkında bkz. CAN, 299-302.

süre yasaklar ve kurallara konu olan cinsellik; nihayetinde özgürleşmenin konusu hâline gelmiştir.⁴²⁰

Cinsel şiddet içeren suç fiilleri uzunca bir dönem şiddet suçu olarak nitelendirilmemiştir. Suça, “*aile şerefi ve hakları*”, “*kişi haysiyeti üzerinde alçaltıcı davranış*” veya “*aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranış*” başlıkları altında yer verilmesi, cinsel şiddeti, mağdur açısından utanç veren ve onu damgalayıcı bir sebep olarak gören yerleşik zararlı düşüncelere güç vermekte;⁴²¹ cinsel şiddet fiillerinin mağdurlarının onur ve şerefine lekelenildiği algısını doğurmaktadır.⁴²²

Benzer bir durum 765 sayılı TCK’da yer almaktaydı. Cinsel şiddet fiilleri mülga TCK’da “*Adab-ı Umumiye ve Nizam-ı Aile Aleyhine İşlenen Cürümler*” başlığı altında düzenlenmekteydi.⁴²³ 5237 sayılı TCK’daysa, söz konusu suçlar, “*Kişilere Karşı Suçlar*” kısmında, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” bölümünde yer almaktadır. Bu farklılığın en önemli gerekçesi, cinsel suçlarla korunan hukuki yararın, kişinin cinsel tercihlerini özgür ve serbest bir şekilde belirleyebilmesi anlayışına dayandırılmasıdır. Korunan hukuki değer, genelde vücut dokunulmazlığı, özeldeyse

⁴²⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 34.

⁴²¹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s.83.

⁴²² McDOUGALL, s. 6, § 16.

⁴²³ Cinsel şiddet fiillerinin, genel ahlâk ve aile düzeni başlığı altında düzenlenmesine yönelik eleştiri için bkz. YALÇIN, s. 86-91.

kişinin cinsel dokunulmazlığı olduğu, suç tipiyle korunan hukuki konunun bireyin cinsel hürriyeti olduğu ağırlıklı olarak kabul edilen görüştür.⁴²⁴

⁴²⁴ CAN, s. 482, 483.

Son zamanlarda öğretilde daha çok uzlaşıldığı üzere, suçla korunan hukuki değerin, “*cinsel özgürlük*” olarak belirlenmesi daha doğru bir yaklaşım olarak görüldüğünden, çalışmamızda da bu şekilde yer verilecektir.

Korunan hukuki değerin cinsel özgürlük olarak tespiti hakkında bkz. YALÇIN, s. 93-99. Benzer diğer görüşler için, Ersan **ŞEN**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006, s. 393; Nevzat **TOROSLU** – Yüksel **ERSOY**, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), Ankara 2004, s. 17; Serap **KESKİN KIZIROĞLU**, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar*”, Ord.Prof.Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, Ankara 2008, s. 1000; Erdener **YURTCAN**, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kazancı Hukuk Yay., B. 2, İstanbul 2006, s. 208. Özlem **YENERER ÇAKMUT**, “*Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi*”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, S. 2-I, s. 49-54; Handan **YOKUŞ SEVÜK**, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*”, TBBD, S. 57, 2005, s. 243.

Cinsel özgürlük kavramının anayasal temelleri hakkında bkz. TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 31-34.

Cinsel şiddetle, mağdurun rızası dışında fiziki veya manevi bütünlüğü üzerinde cinsel davranışlarda bulunularak, cinsel özgürlüğü hedef alınmaktadır.⁴²⁵ Irza tecavüz başta olmak üzere cinsel şiddet fiilleri, insan haysiyetine yönelik bir saldırı olmasının yanında, esasen fiziki bir saldırıdır. Bu nedenle cinsel suçlarla ilgili hukuki düzenlemelerde, mağdurun vücut bütünlüğü yanında cinsel özgürlüğü de korunan hukuki değer olarak ele alınmalıdır. Cinsel suçların korumayı amaçladığı hukuki değerler, şeref, ahlâk kuralları, cinsel hayata ilişkin kişisel-moral varlıklar ve en önemlisi kişisel özgürlüğün bir parçası olan cinsel özgürlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel hayata ilişkin kişisel-moral varlıkların biri iffet, diğeri cinsel şereftir. İffet, “*cinsel ilişkiler bakımından kişinin kendi saygınlığı konusundaki içsel duyguyu*”; cinsel şerefse, “*cinsel hayat açısından bireyin sahip olduğu saygınlığı*” ifade etmektedir. Toroslu, cinsel özgürlüğü “*İnsanın, örf ve âdet ya da hukukun çizdiği sınırlar içerisinde ve cinsel ilişkileri bağlamında kendi bedenini dilediği biçimde kullanabilmesi hakkıdır.*” şeklinde ifade etmiştir.⁴²⁶

⁴²⁵ Yazar, suçla korunan hukuki değeri “*cinsel dokunulmazlık*” olarak ele almıştır.

TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 13.

⁴²⁶ TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 323.

Toroslu’nun tanımın, günümüz Türkçesine uyarlanmış hâli için bkz. CAN, s. 473, 474.

En güncel tanımıyla cinsel özgürlükse “*hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapabilme özgürlüğü*”dür.⁴²⁷

Kişi, içinde bulunduğu fiziksel ve zihinsel durumdan bağımsız olarak, her şart ve koşulda, cinsel özgürlüğünün tek ve mutlak sahibidir.⁴²⁸ Cinsel özgürlüğün hem negatif hem de pozitif bir yönü bulunmaktadır. Kişiyi hukuka aykırı nitelikteki cinsel müdahalelerden koruyan, negatif yönü; kişinin cinsel kimliğini özgür bir şekilde ifade edebilme hakkını güvence altına alan yönüyle pozitif yönünü oluşturmaktadır. Cinsel özgürlüğün negatif görünümü, öğretide kimi yazarlarca “*cinsel dokunulmazlık hakkı*” olarak ifade edilmektedir.⁴²⁹

Ceza hukukunun da medeni hukuk gibi cinsel özgürlüğün hem negatif hem de pozitif yönünü koruması gerektiğini düşünenler olsa da ceza hukukunun rolünün ancak, kişileri istemedikleri müdahalelerden korumak olduğunu kabul etmek daha anlamlıdır. Yani ceza hukukuyla koruma altına alınan, “*kişinin, üçüncü kişilerin kendi cinsel bütünlüğüne müdahale teşkil eden davranışlardan uzak kalma özgürlüğü*”dür.⁴³⁰

⁴²⁷ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 32.

Hukukun izin verdiği sınırlar hakkında AİHM’nin örnek bir kararı için bkz. *Laskey, Jaggard and others v. United Kingdom*, (Application no. 21627/93; 21628/93; 21974/93) (19.02.1997), § 43.

⁴²⁸ Wilfred **BOTTKE**, “*Sexuality and Crime: The Victims of Sexual Sexual Offenses*” Buffalo Criminal Law Review, C. 293, 1999-2000, s. 298.

⁴²⁹ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 33.

⁴³⁰ TANER, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, s. 33, 34.

D. MAĞDUR VE MADDİ KONU

“Belirli bir suçla zarara uğratılan veya tehlikeye maruz bırakılan hak veya yararın sahibi olarak tanımlayabileceğimiz” mağdur; cinsel şiddet içeren suçlarda da olduğu gibi kimi zaman suçun maddi konusuyla birleşmektedir.⁴³¹

Savaş hukuku kurallarının ağır ihlalleri olan savaş suçları, askerler ve siviller tarafından, askerlere ve sivillere yönelik işlenebilir. Yani bu suçların failleri de mağdurları da asker ve/veya sivil olabilir.⁴³² Cinsel şiddet fiilleri açısından da durum farklı değildir. Kuşkusuz ki asker şahısların fail, sivillerin mağdur olduğu olaylar çok daha sık gerçekleşmektedir. Ancak, çatışma dışı kalmış bir askerin, savaş esiri statüsüyle korunması gerekirken, düşman askerlerince zorla kısırlaştırılması ya da düşman topraklarına düşen bir uçağın pilotunun ırzına sivillerce tecavüz edilmesi örneklerinde olduğu gibi, fail ve mağdur tarafların statüsü değişebilmektedir.

Cinsel şiddetin ilk akla gelen mağdurları, her zaman kadınlar olmuştur. Savaş ve çatışma dönemlerinde kadınlar için asıl tehdidin, silahlar değil de cinsel şiddet olduğunu söylemek çok da yanlış olmayacaktır.⁴³³

Evlerini terk etmek zorunda kalan, ailelerinden ve toplumlarının diğer bireylerinden koparılan kadınlar, kuşkusuz ki saldırılara daha açık hâle gelmektedirler. Ancak, kadına yönelik cinsel şiddetin çok daha önemli bir sebebi toplumsal cinsiyet

⁴³¹ Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1994, s. 461.

⁴³² **DÖNMEZER** – **ERMAN**, II, s. 539.

⁴³³ **TOPAL**, Cinsel Suçlar, s. 42.

kaynaklıdır. Neslin ve kültürel kimliğin devamlılığını sağladığı kabul edilen kadın, toplumsal tahribatı en kısa ve kolay yoldan elde etmek isteyen düşman için, açık ve öncelikli bir hedef hâlinedir.⁴³⁴

Cinsel şiddet söz konusu olduğunda kadınlar ve kız çocukları barış zamanında dahi kolaylıkla hedef alınmışlarken; çatışmalar nedeniyle yer değiştirmek zorunda kalanlar için durum daha da kırılgan bir hâl almaktadır.⁴³⁵

Öte yandan durum, asker kadınlar için de benzer sonuçlar doğurmaktadır. Irak yakınlarında bulunan bir askerî üste kalan ABD ordusu mensubu kadın askerlerin, vücudun aşırı su kaybı (*dehidrasyon*) nedeniyle hayatlarını yitirmeleri üzerine yapılan incelemede, cinsel bir saldırıya uğrayabilecekleri korkusuyla, geceleyin tuvalet ihtiyaçları doğmasın diye gün içerisinde yeterli miktarda su içmedikleri sonucuna varılmıştır. Irak ve Kuveyt'ten altı ay gibi bir zaman dilimi içerisinde bildirilen cinsel şiddet eylemi sayısı 83'tür. Savaş gazileri hakkında yapılan bir araştırmada da kadın askerlerin üçte birinin cinsel şiddet vakasıyla karşılaştığı, bu durumun sivil nüfusa oranla 10 kat fazla olduğu tespit edilmiştir.⁴³⁶ Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde,

⁴³⁴ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 42.

Tecavüzü, savaşın simgesel bir metaforu olarak niteleyen görüş için bkz. YALÇIN, s. 31, 32.

⁴³⁵ DAHRENDORF - SHIFMAN, s. 8.

⁴³⁶ Serving in a rape zone: female soldiers die of dehydration to avoid rape
<http://go.galegroup.com/ps/i.do?v=2.1&u=ankara&it=r&id=GALE|A151379274&p=AONE&sw=w> (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

asker olmanın da kişileri cinsel şiddete karşı korumakta yetersiz kalabildiği anlaşılmaktadır.⁴³⁷

Kongo iç savaşının çocuk askerleriyle ilgili olarak hazırlanan bir raporda, asker olan kız çocuklarının neredeyse tamamının cinsel saldırıya uğradıkları ya da cinsel yönden sömürüldükleri yer almaktadır. Köyüne gelen isyancı bir grubun, annesine ve büyük kız kardeşlerine tecavüz etmesi üzerine, asker olursa korunabileceğini düşünerek orduya katılan 12 yaşında bir kız çocuğuna, mensubu bulunduğu birliğin askerleri tarafından defalarca kez tecavüz edilmiştir. 14 yaşında, babasının kim olduğunu bile bilmediği bir çocuk sahibi olan bu çocuk, bir şekilde ordudan kaçmayı başarmış ancak bu kez de gidecek hiçbir yeri kalmamıştır. Üstlerinin cinsel istismarına karşı çıkan kız çocuklarıysa, şiddetin farklı görünümüleriyle karşılaşmışlardır.⁴³⁸

Irza tecavüz, cinsel kölelik, cinsel şiddet, zorla kısırlaştırma ve insan ticareti gibi fiillerde, erkeklerin de mağdur olabilecekleri ya da oldukları açıksa da çoğu zaman saldırganlar, cinsiyetleri ve cinsiyetlerine özgü hamilelik gibi sonuçlar nedeniyle öncelikli olarak kadınlara yönelmişlerdir. “*Namus lekesi*” ve utanç, cinsel şiddetin bir

⁴³⁷ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 43.

⁴³⁸ Amnesty International, Democratic Republic of Congo Children at War, s. 11, 12. <https://www.amnesty.org/download/Documents/100000/afr620342003en.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2019)

sonucu olarak ortaya çıkarken, kadın mağdurlar, toplumlarında, dışlanma ve evlenilemez olarak görülme durumuyla baş başa kalmaktadırlar.⁴³⁹

Erkeğin, erkeğe uyguladığı cinsel şiddetse, genellikle diğer suçların içerisine gizlenmiş durumdadır. Bu suçlar, başka isimler altına saklansa da bu onların varlıklarını değiştirmez. Mağdurlar açısından neye tanık olduklarını anlatmak, neye maruz kaldıklarını anlatmaktan daha kolaydır. Komisyon raportörleri veya araştırma birimleri çoğu zaman cinsel şiddeti, işkence ve kötü muamele hanesine kaydeder ve insan hakları birimleri, erkeklerin mağduru olduğu bu fiillerin adını koyma konusunda geç kaldıkları için eleştirilmektedir. Tüm bunlara karşın kısmen az sayıda bulgu, raporlarda yer alır ve sayılar belirsiz hâldedir. Cinsel şiddetin varlığı bilinir ancak hangi boyutta olduğu bilinemez.⁴⁴⁰

Erkeklerin yaşadıkları cinsel şiddet eylemlerinin; utanma, suçluluk duygusu, damgalanma endişesi ve korku nedeniyle kadınlara kıyasla daha az ortaya çıktığı

⁴³⁹ Christine **CHINKIN**, “*Gender-related Violence and International Criminal Law and Justice*”, The Oxford Companion to International Criminal Justice, Yay.Haz. Antonio CASSESE, Oxford University Press, 2009, s. 76.

İrzina tecavüz edilen kadına, tecavüz eden erkek tarafından verilebilecek en büyük telafi olarak gören zihniyetin uygulaması olan 765 sayılı TCK’nın “*tamir edici evlilik*” uygulaması hakkında bkz. Fahri Gökçen **TANER**, “*Kadının Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm*”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Gülriz UYGUR – Nadire ÖZDEMİR, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 247-250.

⁴⁴⁰ SIVAKUMARAN, s. 254.

düşünülmektedir.⁴⁴¹ Cinsel suçların çoğu örf ve âdetler yüzünden ortaya çıkmaz. Bu tür suçlarda, mağdurun faili cesaretlendirdiği ithamı ya da soruşturma/kovuşturma sebebiyle mağdur olunan suçun herkes tarafından öğrenilecek olması, mağduru suçu saklamaya itmektir.⁴⁴² Erkeğe biçilen toplumsal cinsiyet rolleri, cinsel şiddetin mağduru olmayı, kadınlara nazaran daha da utanılır bir durum olarak algılamalarına neden olduğundan, kara rakamların⁴⁴³ çok daha yüksek olması olasıdır.

Savaş ve çatışma dönemlerinde gerçekleşen cinsel şiddet olaylarına, daha çok tutukluluk süresince ve diğer işkence çeşitleriyle birlikte rastlanmaktadır.⁴⁴⁴ 1994 yılı *Uzmanlar Komisyonu Sonuç Raporu*, Bosna-Hersek'teki savaş sırasında erkeklerin mağduru olduğu, çoğu tutuklu kamplarında gerçekleşen, birçok cinsel saldırıya yer vermiştir. Hadım etme ve diğer cinsel yaralama fiillerinin işlendiği olaylarda tutuklular, diğer tutukluların ve görevlilerin önünde cinsel hareketler yapmaya, hatta bazıları, diğerlerinin testislerini ısırma zorlanmışlardır. Bir başka olayda, çıplak bir şekilde sıraya dizilen Boşnak erkeklerinin karşısına çıplak Sırp kadınlar konulmuş ve erekte olanlar hadım edilmiştir. Görgü tanığı, Sırp bir kadının bir tutukluyu hadım

⁴⁴¹ SIVAKUMARAN, s. 253.

⁴⁴² Füsün **SOKULLU AKINCI**, *Viktimoloji (Mağdur Bilim)*, Beta Yay., B. 2, İstanbul 2008, s. 164.

⁴⁴³ Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Timur **DEMİRBAŞ**, *Kriminoloji*, Seçkin Yay., B. 6, Ankara 2016, s. 91-98.

⁴⁴⁴ R. Charli **CARPENTER**, “*Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations*”, *Security Dialogue*, C. 37, S. 1, Mart 2006, s. 94.

ettiğini ifade etmiştir. Eski bir tutuklu, testislerine elektrik şoku verildiğini ve bir baba-oğulun ensest ilişkiye zorlandığını belirtmiştir.⁴⁴⁵

Irak'taki Ebû Garip Cezaevindeki⁴⁴⁶ işkencenin bir kanıtı olarak basında yer alan fotoğraflarla, ABD askerlerinin, hırpalanmış tutukluları, birbirlerine cinsel ilişki benzeri hareketler yapmaya zorladıkları ortaya çıkmıştır. Askerler, bunun için tutuklulara karşı köpekleri kullanmışlar, onları tecavüz ve ölümlle tehdit etmişlerdir. Tutuklulara kötü muamele, tutukluları kötü muameleden koruma görevini ihmal, tutuklulara yönelik şiddet, tutukluları cinsel eylemler esnasında izlemek gibi hayasızca hareketlerle suçlanan sanıklar; mahkemede, tutukluların çıplak bırakılmasının, askerî istihbarat elde etmek amacıyla yapıldığını, eylemlerinin bölük komutanının emirleri olduğunu iddia etmişlerdir. Askerî savcı, sanığın doğru ve yanlış ayırabilecek bir yetişkin olduğunu; ayrıca bir erkeği mastürbasyon yapmaya zorlamanın yanlış

⁴⁴⁵ The 1994 Final Report of the Commission of Experts, s. 59.
http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf
f (Erişim Tarihi:24.03.2019)

⁴⁴⁶ *Ebû Garip* Cezaevinde yaşanan cinsel ve ırkçı nitelikteki fiiller için bkz. İsis **NUSAIR**, “*Gendered, Racialized, and Sexualized Torture at Abu Ghraib*”, *Feminism and War: Confronting U.S. Imperialism* Ed. Robin L. Riley, Chandra Talpade Mohanty and Minnie Bruce Pratt, Zed Books, London & New York 2008, s. 179-193.

olduğunu bilmek için herhangi bir eğitime ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. Askerî mahkemede yargılanan *Ivan L. Frederick II*, sekiz yıl hapse mahkûm edilmiştir.⁴⁴⁷

Öte yandan değinilmesi gereken bir başka durum da cinsel nitelikli suçların mağdurlarına, diğer suç mağdurlarından farklı davranıldığıdır. Bu suçlarda, kişinin vücut dili, kıyafeti ve tarzı, hareketleri ve tavrı ya da bir başka ihmalinin, saldırganı kışkırttığı varsayılır. Toplum, yanlış bir şekilde utancı, failin değil de mağdurun omuzlarına yükler.⁴⁴⁸

Saldırgan yerine mağdurun suçlu görüldüğü tek suç türü, cinsel şiddet içeren suçlardır. Saldırganın onursuzluğunu simgelemesi gereken cinsel şiddet, mağdurun “*namusunu kirleten*” bir durum olarak görülmektedir. Böylelikle ağır bir utanç duygusu içerisinde bırakılan mağdur; hayatı boyunca başka mağduriyetlerle de karşılaşmaktadır.⁴⁴⁹ Örneğin daha önce yaralanmış bir kadınla evlenmek kimse için sorun oluşturmazken; daha önce cinsel saldırıya uğramış bir kadınla evlenmek birçok toplumda ve çoğu kişi için bir utanç meselesidir. Kimse yağmaya maruz kalan bir mağduru suçlamazken, tecavüze uğrayan bir kimse ayıplanmakta ve ahlaki açıdan kınanmaktadır. Bu durum mağdurlar için, süreklilik arz eden bir mağduriyet sürecine sebep olmaktadır.

⁴⁴⁷ <https://trialinternational.org/latest-post/ivan-l-frederick-ii/> (Erişim Tarihi. 23.03.2019) <https://www.theguardian.com/world/2004/oct/22/usa.iraq> (Erişim Tarihi. 23.03.2019)

⁴⁴⁸ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 8.

⁴⁴⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 50; YALÇIN, s. 209-213.

Uluslararası Ceza Mahkemesinde devam etmekte olan *Ntaganda* davası, mağdurun niteliklerinin ortaya konması bakımından da önem arz eden bir davadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından 2006 yılından beri aranan eski bir Kongolu general olan *Bosco Ntaganda*, Kongo’da gerçekleşen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan sorumlu tutulmaktadır. Ruanda destekli isyancı bir grubun başı olarak, 2009 yılında onun için savaşımlarla birlikte Kongo ordusuna katılmış, 2012 yılında bir ayaklanmaya sebep olmuş ve M₂₃ adında yeni bir isyancı grubun başına geçmiştir. M₂₃, yargısız infaz, ırza tecavüz, cinsel kölelik ve çocukların zorla silah altına alınması da dâhil olmak üzere birçok suça karışmıştır. *Ntaganda*, Mart 2013 tarihinde M₂₃ unsurlarının arasındaki çatışmayı müteakiben Ruanda’daki ABD büyükelçiliğine teslim olmuştur. Lahey’e getirilen *Ntaganda*’nın yargılamasına Eylül 2015 tarihinde başlanmış⁴⁵⁰ ve 8 Temmuz 2019 günü üç hâkimden oluşan mahkeme heyeti tarafından *Ntaganda*, Kongo’nun doğusunda yer alan Ituri eyaletinde 2002 ve 2003 yıllarında gerçekleşen ihlaller nedeniyle, 13 ayrı savaş suçu ve 5 ayrı insanlığa karşı suçtan mahkûm edilmiştir. Temyiz yargılaması sonuçlandığında bu dava, Uluslararası Ceza Mahkemesinin cinsel şiddet fiilleri bakımından verdiği ilk nihai karar olabilecektir.⁴⁵¹

Temyiz incelemesi (*confirmation hearing*) esnasında *Ntaganda*, silahlı kuvvetinin çocuk askerlerine ırza tecavüz ve cinsel kölelik savaş suçlarını işlediğine

⁴⁵⁰ <https://www.hrw.org/topic/international-justice/bosco-ntaganda> (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

⁴⁵¹ <https://www.hrw.org/news/2019/07/08/icc-congo-warlord-guilty-crimes-against-humanity> (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

yönelik suçlamaya “*silahlı kuvvetlerin mensuplarınca aynı silahlı kuvvetlerin mensuplarına karşı işlenen fiillerin ne uluslararası insancıl hukuk ne de uluslararası ceza hukukunun yargılaması kapsamına girmeyeceğinden*” bahisle itiraz etmiştir.⁴⁵²

Cenevre Konvansiyonlarıyla koruma altına alınanların, yaralanma, hastalık, esir düşme veya herhangi bir sebeple savaş dışı kalmış olan (*hors de combat*) askerler ile sivil nüfus olduğu belirlenmiştir.⁴⁵³ Temyiz Dairesi, 22 Mart 2016 tarihinde, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisinde ırza tecavüz ve cinsel kölelik savaş suçlarının mağdurları bakımından herhangi bir kısıtlama olup olmadığı sorusunun, suçun yargılanabilir olması bakımından önemli bir yasal sorun olduğunu tespit etmiştir.⁴⁵⁴

Ntaganda çocuk askerleri kastederek, silahlı bir kuvvetin bir parçası olmanın; 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesinde geçtiği üzere “*silahlı çatışmada aktif rol almayan kişiler*”le kıyas götürmeyeceğini iddia etmiştir. Böylelikle, ırza tecavüz ve cinsel kölelik savaş suçlarının mağdurlarının, ortak 3. maddede sayılan “*silâhlarını terkedenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar*” ya da “*muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen*

⁴⁵² The Appeals Chamber “*Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda*”, (ICC-01/04-02/06 OA5), 15 June 2017, s. 4, § 4. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_03920.PDF (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

⁴⁵³ BAŞAK, s. 16.

⁴⁵⁴ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 5, § 9.

kimseler” haricinde olamayacağı hususunda ilk derece mahkemesinin yanlışa düşüp düşmediği, temyiz yargılamasının esas meselesi olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁵⁵

Temyiz Mahkemesi uygulanacak hukuku⁴⁵⁶ ortaya koyduktan sonra; Statü’nün 8(2)(b)(xxii) ve (e)(vi) maddelerinde Cenevre Sözleşmeleri’ne yapılan atfın yalnızca “*diğer cinsel şiddet fiilleri*” bakımından geçerli olduğunu; ırza tecavüz ve cinsel kölelik suçu da dâhil olmak üzere maddelerde sayılan cinsel şiddet suçlarındaysa, Sözleşme’ye dayanılmadığını tespit etmiştir.⁴⁵⁷

Ayrıca Mahkeme, ırza tecavüz ve cinsel kölelik fiillerinin savaş suçu oluşturması için çatışmayla bağlantısının olması gerektiğini, silahlı çatışmalar esnasında gerçekleşen her ırza tecavüz ve cinsel kölelik suçunun savaş suçu oluşturmayacağını da belirtmiştir.⁴⁵⁸

Uluslararası Ceza Mahkemesine göre, uluslararası hukukta cinsel şiddete karşı korunanlar, çatışma dışı kalmış (*hors de combat*) muhalif silahlı kuvvetlerin mensuplarıyla ya da çatışmada doğrudan yer almayan sivillerle sınırlı değildir. Kararda, hukukun genel ilkelerinden biri olarak uluslararası hukukun ağır ihlallerinden

⁴⁵⁵ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 7, § 16.

⁴⁵⁶ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 8-10, § 18-20.

⁴⁵⁷ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 10, § 22.

⁴⁵⁸ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 11, § 23.

doğan durumları tanımamanın gerekliliği ve “hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesi vurgulanmıştır.⁴⁵⁹

Böylelikle *Ntaganda*’nın, silahlı bir kuvvetin üyelerinin ancak bu kuvvetin elemanı olmaktan çıktığında, silah bıraktığında ya da çatışma dışı kaldığında, bu sözleşmelerin koruması altına girebileceğine dayandırdığı temyiz talebi⁴⁶⁰ Mahkemece reddedilmiştir.⁴⁶¹

E. FAİL

Nürnberg yargılamaları esnasında da vurgulandığı üzere, uluslararası hukukun ağır ihlallerini gerçekleştirenler, soyut kurumlar değil her zaman gerçek kişilerdir.⁴⁶² Bununla birlikte, devletlerin uluslararası hukukta suç faili olup olamayacakları da önemle tartışılan bir husus olmuştur. Bu tartışmalar sonucunda devletlere uygulanan, uluslararası hukuktaki yaptırımların, ceza niteliği taşımadığı ve devletlerin cezai sorumluluğunun olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁶³ Zaten, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş amacı da devletlerin sorumluluğuyla ilgili mekanizmaların

⁴⁵⁹ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 11, 12, § 24.

⁴⁶⁰ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 13, 14, § 31.

⁴⁶¹ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 30, § 70.

⁴⁶² *Dusko Tadić*, § 173-174.

⁴⁶³ “Devlet Suçları” kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 403-405.

yetkili ve görevli bulunmadığı bireysel ceza sorumluluğu konusundaki boşluğu doldurmaktır.⁴⁶⁴

Öte yandan tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna, iç hukuklarında bu türden cezai sorumluluk bulunmayan devletlerce⁴⁶⁵ karşı çıkılmış; yaşanan tartışmalar sonrası, Mahkeme'nin misyonu göz önünde bulundurularak tüzel kişiler, kişi bakımından yargı yetkisine (*ratione personea*) dâhil edilmemiştir.⁴⁶⁶

Nürnberg Mahkemesi, örgüt veya grupları yargılama yetkisine de sahipti. Ancak, bir uluslararası mahkemenin suç örgütü olarak kabul ettiği örgütlere üye olan kimselerin, ulusal mahkemelerce bu suçtan mahkumiyetini sağlayacak hiyerarşik ilişkinin yokluğu ve *örgüt yoluyla işlenen suçun*, kişisel ceza sorumluluğu ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle EYUCM ile terk edilen bu anlayış,⁴⁶⁷ Roma Statüsü'yle de sürdürülmüştür.

⁴⁶⁴ SOYGÜT, s. 712.

⁴⁶⁵ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmeyen başlıca hukuk sistemleri olan Federal Almanya, İtalya, İsviçre, İspanya, Portekiz, Avusturya, Lüksemburg, Polonya, Rusya hakkında detaylı bilgi için bkz. Zeynel T. **KANGAL**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 73-88.

⁴⁶⁶ ÖNOK, Tarihi Perspektifleriyle UCD, s. 246, 247. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun lehinde ve aleyhinde görüşler için bkz. **KANGAL**, s. 146-148.

⁴⁶⁷ ALPKAYA, s. 107.

Savaş suçları bakımından, herkes fail olabilir. Bu suçlar askerî personel tarafından sivil nüfusa veya düşman askerlerine karşı işlenebildiği gibi sivillerce, düşman askerlerine veya sivil halka karşı da gerçekleştirilebilir.⁴⁶⁸

Silahlı çatışmalarda yaşanan cinsel şiddet fiillerinin faili dendiğinde akla ilk olarak düşman devlet askerleri gelmekteyse de fail, düşman ülkenin sivil vatandaşları, dost devletlerin askerleri ve hatta kendi ülke vatandaşları bile olabilmektedir.⁴⁶⁹

İkinci Dünya Savaşı'nda müttefik devlet vatandaşı olmalarına rağmen, Amerikan askerleri, Fransa vatandaşı kadınlara yönelik cinsel şiddet içeren saldırılar gerçekleştirmişlerdir.⁴⁷⁰ İkinci Dünya Savaşı boyunca cinsel köle olarak mağdur edilen “rahatlama kadınlarının”, savaş sonrası yeni “müşterileri” müttefik devletlerin askerleri olmuştur.⁴⁷¹ İç savaşlarda da durum failer açısından benzer şekildedir.

⁴⁶⁸ CASSESE, ICL, s. 50.

⁴⁶⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 38.;

⁴⁷⁰ Madeline **MORRIS**, “*By Force of Arms: Rape, War, and Military Culture*”, Duke Law Journal, C. 45, S. 4, 1996, s. 655.

⁴⁷¹ Afreen R. **AHMED**, “*The Shame of Hwang v. Japan: How the International Community Has Failed Asia's ‘Comfort Women’*” Texas Journal of Women and the Law C. 14, S. 1, 2004, s. 140.

Peru'daki kadınlar hem devlet yanlısı hem de muhalif güçler tarafından saldırıya uğramışlardır. Çoğu kez aynı kadınlar, her iki tarafça da mağdur edilmişlerdir.⁴⁷²

İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi Ordusu mensupları, Rus ve Polonya vatandaşı kadınlarının ırzına tecavüz etmiş, ordu karargâhları yakınlarında kurulan kamplarda onları cinsel köleliğe zorlamışlardır. Almanların, Yahudi kadınlarla birlikte olmaları, Nazi dönemi Almanya'sında yasaklanmış olmasına karşın⁴⁷³, savaş zamanında cinsel şiddete uğrayan kadınlar, Yahudi asıllılar olmuşlardır. Savaşın Almanlar aleyhine dönmesiyle birlikte, bu kez de Ruslar tarafından Almanlara karşı ırza tecavüz fiilleri başlamıştır. Olanlar üzerine bir Rus yetkili, "*Almanlar daha kötüsünü Rusya'da yaptılar. Bu sadece bir intikam*" şeklinde cevap vermiştir.⁴⁷⁴ Bu sözlerden de yola çıkılarak söylenebilir ki, savaş zamanı cinsel şiddet mağduru olan

⁴⁷² Hannah **PEARCE**, "*An Examination of the International Understanding of Political Rape and the Significance of Labeling It Torture*", International Journal of Refugee Law C. 14, S. 4, 2002, s. 536. Ayrıca bkz. The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/general958.pdf> (Erişim Tarihi: 18.03.2018)

⁴⁷³ 15 Eylül 1935 tarihli, Alman Kanının ve Alman Şerefine Korunması Kanunu hakkında bkz. CAN, 370, 371.

⁴⁷⁴ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 64, 65; Kelly D. **ASKIN**, War Crimes Against Women: Prosecutions in International War Crimes Tribunals, Martius Nijhoff Publishers, Hauge 1997, s. 60.

toplumlar, koşullar değiştiğinde aynı suçun faili konumuna kolaylıkla geçebilmektedirler.

Savaşlarda yaşanan cinsel nitelikli suçlarda failin, mağdurca tanınan kişiler olması bile mümkündür. Bosna Hersek'te yaşanan olaylar göstermiştir ki fail, savaş öncesinde mağdurun komşusu, meslektaşı veya aile dostu olabilmektedir. Boşnak asıllı 18 yaşındaki *Aida*, kendisine tecavüz eden kişilerin öğretmenleri olduğunu; Obudovac'taki kampta tutulan bir başka kadınsa, faillerin aynı hastanede beraber çalıştıkları doktorlar olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷⁵

Bu konuda ele alınması gereken bir diğer husus da bu türden suçların kadınlar tarafından da işlenebileceği gerçeğidir. Irak'ta bulunan Ebû Garip Cezaevindeki olaylarda faillerden biri Amerikalı kadın asker *Lynndie England*'tır.⁴⁷⁶ Ruanda'da yaşayan iç savaş esnasında kadın ve aileden sorumlu bakan olarak görev yapan *Pauline Nyiramasuhuko* hakkında, Hutuları, Tutsi kadınlara tecavüz edilmesi yönünde kışkırttığı ve bunun için de resmî yetkilerini kullandığı gerekçesiyle dava açılmıştır.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Tamara L. **TOMPKINS**, “*Prosecuting Rape as a War Crime: Speaking the Unspeakable*”, Notre Dame L. Rev., C. 70, S. 4, 1995, s. 866, 867.

⁴⁷⁶ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 40.

⁴⁷⁷ **The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko & Others**, Case No. ICTR-98-42-A, s. 324, 328. http://www.europeanrights.eu/public/provvedimenti/OKRUANDA-ICTR_-Nyiramasuhuko_et_al..pdf (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

Bosna’da yaşanan olaylarda, etnik milliyetçilik öylesine çarpıcı niteliktedir ki; Bosna’lı kadınların bedenlerinin savaş meydanı hâline getirilmesi konusunda emirler veren Yüksek Komuta Konseyi’nin bir üyesi de *Bilijana Plavsic* adında bir kadındır.⁴⁷⁸

Çatışma bölgelerinde güvenliği tesis etmek ve bölgedeki sivillere yardım etmek üzere görevlendirilen BM Barış Gücü askerleri ve insani yardım kuruluşlarının çalışanları hakkında dahi, ırza tecavüz dâhil olmak üzere cinsel şiddet iddiaları gündeme gelmiştir.⁴⁷⁹ NATO sözcülerinin ifadesiyle, silahlı çatışmaların “*ikincil zayıatı*” olarak adlandırılan,⁴⁸⁰ çatışmanın ana gayesinden uzak ve yetkililerce destek görmeyecek sonuçlar ortaya çıkması da olasıdır.

Bu durum, kimi zaman cinsel şiddet görünümünden, fuhuş görünümüne bürünmektedir. Bosna Hersek, Kosova, Liberya, Somali, Sierra Leone, Batı Afrika, Doğu Timor, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ülkelerindeki BM personelinin adı fuhuş iddialarına karışmıştır. Askerî bölgelerin, birer açık genelev gibi kullanıldığı bile iddia edilmiştir. Bu durumu oluşturan etkenler irdelendiğinde, ailelerinden ve üyesi oldukları toplumlardan ayrı düşen genç kızlar ve kadınların, cinsel istismara açık hâle geldikleri tespit edilmiştir. Çatışmaların sebep olduğu düzensizlik, açlık, yokluk ve

⁴⁷⁸ KELLEÇİ, s. 431.

⁴⁷⁹ Anthony J. **MILLER**, “*Legal Aspects of Stopping Sexual Exploitation and Abuse in U.N. Peacekeeping Operations*”, Cornell International Law Journal C. 39, S. 1, 2006, s.71-96; Anna **SHOTTON**, “*A Strategy to Address Sexual Exploitation and Abuse by United Nations Peacekeeping Personnel*”, Cornell International Law Journal C. 39, S. 1, 2006 s. 97-108.

⁴⁸⁰ CRAWFORD, s. 110.

imkansızlıklar, temel ihtiyaçlarını dahi karşılayamayan mültecilerin, cinsel yönden istismar edilebilecekleri kırılgan şartları oluşturmaktadır. Böylece, para, yiyecek ve hatta otomobille bir tur atmak veya film izlemek gibi son derece ufak menfaatler karşılığında cinsel ilişkiye girildiğı ve cinsel ilişkiye girilen kız çocuklarının yaşının sekize kadar düştüğü ifade edilmiştir. Liberya’da gerçekleşen bu duruma BM, bölgede görev yapanları geri çekerek yerine, tamamı kadın personelden oluşan 103 kişilik bir ekip göndermekle tepki vermiştir.⁴⁸¹

Özetle, savaş suçu teşkil eden cinsel şiddet suçlarının failleri, büyük oranda erkek ve düşman silahlı kuvvetleri olsa da bu fiiller cinsiyet, yaş ve savaşan taraf fark etmeksizin, suçu işlemeyi isteyen herkes tarafından gerçekleştirilebilir.

F. İŞTİRAK

Ulusal ceza hukukunda yer alan doğrudan fail, müşterek fail, dolaylı fail kavramları, uluslararası hukukta da uygulanmakta ve diğerk ulusal hukuk düzenlerinde de farklı içeriklerle benzer kurumlara yer verilmektedir. ABD, Avustralya, Avusturya, Fransa, İtalya gibi devletlerde, suça iştirak edenlerin farklı kategorilerde değerkendirilmediğı ve faille aynı şekilde cezalandırıldığı, *eşitlik sistemi* benimsenmiştir. Birçok devletteyse, faillik ve suça iştirak arasında maddi ve manevi suç ortaklığı ayırımına gidilmekte ve hakimlerin bu hususu ceza tayininde göz önünde bulundurması istenmektedir. Türkiye, Almanya ve Rusya gibi ülkelerde, suça iştirakin her bir türü farklı bir kategori olarak kabul edilmekte ve yasal düzenlenmelerde farklı

⁴⁸¹ <http://www.radikal.com.tr/hayat/liberyali-yorgun-savasci-kadin-sefkatine-muhtac-804755/> (Erişim Tarihi: 21.03.2019)

ceza sorumluluğuna gidilmektedir. Tüm bu sistemlerin bir karması olan uluslararası ceza hukukundaysa, farklı iştirak türleri arasında cezalandırma açısından bir farklılığa, Roma Statüsü'nde yer verilmemiştir.⁴⁸² Ancak bu durum, faille şerik arasında veya şeriklerin farklı türleri arasında eşitlik sisteminin benimsendiği anlamına gelmez. Usul ve Delil Kuralları m. 145(1)(c)'de "*failin suça katılma derecesinin*" cezanın tayininde dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir.⁴⁸³

Uluslararası ceza hukukunda faillik-şeriklik ayrımı, ulusal hukuklardan farklı bir önem arz etmektedir. Çünkü uluslararası hukukun ihlallerinin çok önemli bir kısmında sorumluluğun büyük kısmı, fiili bizzat gerçekleştiren kimselerde değil, bu eylemlerin gerçekleştirilebilmesini mümkün veya mutlak kılan, perde arkasındaki, üst düzey yönetici ve şahıslardadır. Bu nedenle, bu kişilerin ceza sorumluluğunu gerçeğe uygun olarak sağlamaya yönelik tespitler daha da fazla önem kazanmaktadır. Ulusal hukuka göre yardım eden olarak nitelendirilebilecek şerikler, uluslararası hukuka göre asli fail statüsünde değerlendirilebilirler.⁴⁸⁴

İştirak söz konusu olduğunda, ağ ne kadar uzağa atılabilir ya da atılmalıdır? Bu soru üzerinde kafa yormak, başta siyasi karar alma yetkisini elinde bulunduranlar olmak üzere hepimizi, farklı ülkelerde yaşayan insanların hayatları üzerindeki etkimizi sorgulamamıza yol açacaktır. İnsan hakları savunucuları, sessiz kalmayı da suç

⁴⁸² Antonio CASSESE, "*The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*", European Journal of International Law, S. 10, C. 1, 1999, s. 179-180; TEZCAN - ERDEM – ÖNOK, s. 447, 448.

⁴⁸³ ÖNOK, UCD Rapor, s. 50.

⁴⁸⁴ CASSESE, "*The Statute of the ICC*", s. 180; TEZCAN - ERDEM – ÖNOK, s. 448.

ortaklığı kavramına dâhil ederek, bu düşünceyi çok daha ileri bir noktaya taşımaktadırlar.⁴⁸⁵

Siyasi ve ekonomik hayatta alınan kararların, ulusal sınırların çok ötesinde etki alanlarına sahip olduğu göz önüne alındığında, uluslararası hukukun sorumluluk alanına giren suçlara, hareketimiz veya hareketsizliğimizle iştirak edebileceğimiz bir gerçektir. Zaten Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü de suç ortağı sayılmak için, yardım ve yataklık yapanların ötesinde, suça “*bir şekilde destekte bulunanlar*”ın yeterli olacağını öngörmektedir. Yani Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nde suç ortaklığı, esas failleri aşacak şekilde ve oldukça geniş olarak düzenlenmiştir.⁴⁸⁶

Roma Statüsü’nün “*Cezaların şahsiliği*” başlıklı 25. maddesinde fail ve şerikle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda (3)(a) bendinde “*Tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi hâlinde*” kişilerin ceza sorumluluğu altında olacakları ifade edilmiştir. Metinde sırasıyla; doğrudan, müşterek ve dolaylı/dolayısıyla faillik kurumları işaret edilmiştir.

⁴⁸⁵ CLAPMAN, s. 54, 55.

⁴⁸⁶ CLAPMAN, s. 52-54.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin ilk mahkûmiyet kararı olan ve müşterek failliğe dayandırılan *Lubanga* kararında⁴⁸⁷, bu kurumun uygulama şartları şu şekilde belirtilmiştir:⁴⁸⁸

i) Sanık ve en az bir müşterek fail arasında, olayların olağan akışına göre dava konusu suçun işlenmesiyle sonuçlanacak bir anlaşma veya ortak bir plan bulunmalıdır.

ii) Suçun işlenmesiyle sonuçlanan ortak plana sanık tarafından esaslı bir katkı sağlanmış olmalıdır.

iii) Sanık, suçun işlenmesini kastetmiş veya ortak plana uymanın, olayların olağan akışına göre neticenin ortaya çıkaracağının bilincinde olmalıdır.

iv) Sanık, ortak planın uygulanmasına esaslı bir katkı sağladığını bilmelidir.

v) Sanık, bir silahlı çatışmanın varlığı nedeniyle oluşan fiilî durumun ve kendi davranışıyla bu fiilî durum arasındaki ilişkinin farkında olmalıdır.

Roma Statüsü 25(3)(c) maddesinde, ulusal hukuktaki yardım etme fiiline karşılık gelen hususlar düzenlenmiştir. Buna göre, gerçekleşen veya teşebbüs derecesinde kalan bir suçun işlenmesini; emreden (*ordering*), teşvik eden (*soliciting*) veya ikna eden (*inducing*) kişiler, cezai sorumlulukla karşılaşabileceklerdir.⁴⁸⁹ Teşvik ve ikna

⁴⁸⁷ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, (ICC-01/04-01/06), §. 33, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03947.PDF (Erişim Tarihi: 02.05.2019)

⁴⁸⁸ Koşullar için ayrıca bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 450.

⁴⁸⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 456.

etme kavramları açısından TCK'daki azmettirme kavramına denk düşen düzenlemede, sorumluluğun doğması için asıl fiilin icra hareketlerine başlanmış olması şarttır.⁴⁹⁰

Ulusal hukuklarda azmettirme veya dolaylı faillik içerisinde değerlendirilen emretme fiiline, kendisinden önceki uluslararası ceza mahkemeleri statülerinde⁴⁹¹ olduğu gibi, Roma Statüsü'nde de ayrı bir sorumluluk türü olarak yer verilmiştir. Bu hüküm, Statü'nün 28. maddesinde yer alan “*komutan ve diğer üstlerin sorumluluğu*” hususunu tamamlamaya yönelik bir düzenlemedir. 28. maddedeki sorumluluk amirin ihmaline dayanmaktayken, 25(3)(b) maddesindeki sorumluluk, icrai davranışa yöneliktir.⁴⁹² Öte yandan, emretme fiilinin cezalandırılabilmesi için suçun işlenmesi ya da en azından icra hareketlerine başlanması gerekmektedir.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Sonuçsuz kalan azmettirme hakkında bkz. Devrim **AYDIN**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yay., Ankara 2009, s. 171, 172.

⁴⁹¹ EYUCM Statüsü m. 7/1 ve RUCM Statüsü m.6/1

⁴⁹² TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 456, 457.

⁴⁹³ Roma Statüsü m. 25(3)(b): “*Meydana gelen veya teşebbüs edilen böyle bir suçun işlenmesini emretmesi, teşvik etmesi veya suçun işlenmesine ikna etmesi hâlinde;*”. Türk hukukunda emretme adında bir sorumluluk türüne yer verilmediğinden, failin ancak azmettirme hükümlerine göre cezalandırılabileceğini ve netice doğurmayan azmettirminin ulusal hukuka uygun olmadığı hakkında bkz. ÖNOK, UCD Rapor, s. 51. Kural olarak, şeriklerin cezalandırılması için failin kararlaştırılan suçun icrasına başlamış olması gerektiği hakkında bkz. Devrim AYDIN, İştirak, s. 106, 107.

Roma Statüsü m. 25(3)(c) hükmünde, Uluslararası Ceza Mahkemesi yetkisine giren bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunulması, bir kimseyi suça kışkırtmak, suç için gerekli araçları temin etme de dâhil olmak üzere, suçun işlenmesine ve teşebbüse yardımcı olunması da cezai sorumluluk doğuran bir durum olarak belirlenmiştir. Bu madde, ulusal hukuktaki yardım etme iştirak türüne denk düşmektedir.⁴⁹⁴

Roma Statüsü m. 25(3)(d)'de yer alan düzenlemede, ortak bir amaçla hareket eden bir grup tarafından işlenen veya işlenmeye teşebbüs edilen suça herhangi bir katkıda bulunan kişiler de cezai sorumluluk altındadır. Bunun için katkının, kasıtlı olmak şartıyla; eylemin grubun suç faaliyeti veya amacını daha da ilerletmek amacıyla yapılması ya da grubun suç işleme niyetinin bilincinde olarak yapılması gerekmektedir. Ulusal hukuktaki yardım etmeden farklı olarak, asıl fail tarafından icra edilen suçun maddi unsurunun gerçekleştirilmesine bir katkıda bulunmuş olması aranmaz. Genel planın icrasına yapılan herhangi bir katkı yeterlidir. Bir savaş sırasında, kötü muamelede bulunmak üzere açılan bir esir kampının, kurulmasını emreden komutan,

⁴⁹⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 455.

kampın amacını bildiği hâlde malzemelerini temin eden şahıslar, kampın güvenliğini sağlayanlar, suçtan sorumlu tutulurlar.⁴⁹⁵

Başkalarının işledikleri fiillerden ötürü, özellikle lider konumda yer alan kişilerin nasıl sorumlu tutulabilecekleri uluslararası ceza hukukunun sıklıkla karşılaştığı meselelerden biridir.⁴⁹⁶ Hiçbir mağdura bizzat el sürmeksizin, oldukça geniş bir alanda ve sistematik bir düzen içerisinde işlenen suçların, planlamasını yapan veya doğrudan

⁴⁹⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 460-464; ÖNOK, UCD Rapor, s. 51-53.

Öğretide kimi yazarlarca bu hükmün, EYUCM ve RUCM içtihadında “*joint criminal enterprise*” olarak yer verilen “*ortak suç girişi*” olduğu savunulmaktaysa da Roma Statüsü m. 25(3)(d) hükmünün, bir şeriklik düzenlemesi olduğundan bahisle, faillik türü olan JCE kurumundan farklı olduğu hakkında bkz. R. Murat ÖNOK, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 187-188.

Joint criminal enterprise kavramı hakkında detaylı bilgi, komplo kurmadan farkı, kategori ve unsurları, kuruma yönelik eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖNOK, Yapısal Suçlar, s. 87-184.

⁴⁹⁶ Steffen WIRTH, “*Committing Liability in Internaitonal Criminal Law*”, The Emerging Practice of the International Criminal Court (Ed. Gören Sluiter – Carsten Stahn), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2009, s.329.

failleri harekete geçiren askerî ve siyasi liderlerin sorumluluğu, *örgütsel hâkimiyete dayalı dolaylı faillik* kurumu aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.⁴⁹⁷

Bu kapsamda Uluslararası Ceza Mahkemesince, dayanağını Statü'nün 25. maddesinden alan *örgütsel hâkimiyete dayalı dolaylı faillik* sorumluluğu için aranan koşullar şunlardır.⁴⁹⁸

i) İlgili suç tipinin gerektirdiği tüm sübjektif unsurlar, dolaylı failin şahsında gerçekleşmiş olmalıdır. Yani, özel kast gerektiren bir suç tipinde, arka plandaki fail için de suça özgü amaç veya saik unsuru kanıtlanmalıdır.

ii) Dolaylı fail, örgüt içerisinde emirlerine yarı-otomatik itaati sağlayan fiili şartların bilincinde olmalıdır.

iii) Hiyerarşik biçimde organize olmuş bir güç yapısı olmalıdır. Bu kapsamda, emrin yerine getirilmesini garanti edecek sayı ve nitelikte (özgür ve sorumlu olmayan, ikame edilebilir) ast bulunmalıdır.

iv) Suçların işlenmesi, yüksek makamdaki kişilerin emirlerine otomatik olarak itaat etmeyi sağlayan mekanizma aracılığıyla temin edilmelidir.

v) Dolaylı fail konumunda bulunan kişi ya mutlak hâkimiyete sahip, ikame edilemez bir kişi ya da en azından örgütün bir kısmından sorumlu orta düzey bir yönetici olmalıdır.

⁴⁹⁷ ÖNOK, Yapısal Suçlar, s. 518.

⁴⁹⁸ ÖNOK, Yapısal Suçlar, s. 524-530.

Suçta, ihmali bir davranışla iştirak etmek de pekâlâ mümkündür. Manevi unsurun da bulunması şartıyla, ihmalin suçun işlenmesine önemli bir katkı sunması hâlinde, neticeyi önleme yükümlülüğü olan şahsın ihmalle suça iştirak ettiği söylenebilir.⁴⁹⁹

Cinsel şiddet içeren savaş suçlarının niteliği, müşterek ve dolaylı faillerce gerçekleştirilmeye uygundur. Cinsel kölelik, fuhşa zorlama, gebeliğe zorlama, zorla kısırlaştırma fiilleri esasen tek kişiyle işlenebilen suçlardan olmakla birlikte, gerçekleşen olaylarda, mağdur sayısının fazlalığı ve ihlalin uzun müddet devam ettiği de göz önünde bulundurulduğunda, müşterek (arizi-muhtemel iştirak) olarak gerçekleştirilmeleri neredeyse bir zorunluluktur.⁵⁰⁰

Cinsel şiddet içeren savaş suçlarında dolaylı faillik kurumuna da sıklıkla rastlanabilir. Zaten savaşın yarattığı koşullar, özellikle sivililerin ve savaş dışı kalmış askerlerin, suçta bir araç olarak kullanılmasını daha da mümkün kılar. Fiili icra edenin iradesi üzerinde mutlak bir hakimiyet ele geçiren dolaylı fail, ırza tecavüz başta olmak üzere, diğer cinsel şiddet fiillerinin gerçekleşmesinde etkili olabilir. Ebû Garip Cezaevinde gerçekleşen olaylarda, enstest ilişkiye zorlanan mahkumların durumunda olduğu gibi, cebir ve tehditle fiili bizzat gerçekleştirmek zorunda kalan kişi aslında fail değil, suçun mağdurudur.

⁴⁹⁹ CRYER ve diğerleri, s. 302, 303; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 453.

⁵⁰⁰ Fail çokluğu ve iştirak hakkında bkz. Devrim AYDIN, İştirak, s. 23-28.

Çok failli suçlar ile muhtemel iştirak (suça iştirak) arasındaki ilişki hakkında bkz. Türkân YALÇIN SANCAR, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 1998, s. 51-61.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, “*komutanların ve diğer üstlerin sorumlulukları*” başlıklı 28. maddede, kişisel ceza sorumluluğundan ayrı bir sorumluluk şekli daha düzenlemiştir. Öğretide kısaca “*komutan sorumluluğu*” olarak adlandırılan bu düzenleme, kişisel ceza sorumluluğunu aşan bir durum olarak karşımıza çıksa da görev ve yetkilerle oranlı bir sorumluluk, uluslararası hukukun genel ilkelerine ters düşmeyecektir.⁵⁰¹

Bu sorumluluk türüne Nürnberg’de yer verilmemiş; EYUCM Statüsü’nde ise yalnızca tek bir üstün sorumluluğuna gidilecek şekilde yer verilmiş; komuta zincirinin üst basamakları ya da siyasilerin sorumluluğuna gidilmemiştir.⁵⁰²

Roma Statüsü’nde üstün sorumluluğuna gidilmesinin altında yatan ana nedense, denetim ve gözetimi altındaki şahısların, işleyebilecekleri uluslararası suçları önleyebilecek ya da işlediklerini cezalandırabilecek imkâna sahip amir ve üstlerin bireysel ceza sorumluluğuna başvurarak, görevlerini yeri getirmelerini sağlamaktır.⁵⁰³

⁵⁰¹ M. Yasin ASLAN, “*Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu*”, TBBD, S. 73, 2007, s. 244, 245.

⁵⁰² ALPKAYA, s. 110, 111; Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind with Commentaries 1996, 2005, s. 25, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

⁵⁰³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 465.

Savaşlarda yaşanan cinsel şiddet, buna uygun ortam yaratıldığı ve müsaade edildiği için gerçekleşir. Faillerle birlikte şerikler, işledikleri suçlardan sorumlu tutulmadıkça bu şiddet uygulanmaya devam edecektir.⁵⁰⁴

İkinci Dünya Savaşı sırasında Asya’da yaşanan en çirkin saldırılardan biri Çin’in Nanking şehrinde meydana gelmiştir. Japon ordusunun işgali esnasında ırza tecavüz başta olmak üzere, birçok ciddi suç işlenmiştir. Çoğu, genç kızlar olmak üzere, yaşlı kadınlar, hamile kadınlar, hatta ölü insan bedenleri bile cinsel şiddete uğramıştır. Irza tecavüz, cinayet ve yağma suçlarının yaygın bir şekilde işlenmesi nedeniyle, Japon zanlılar, Tokyo Savaş Suçları Mahkemesinde yargılanmış, komuta ve kontrolünde olan birlikler üzerinde gerekli hakimiyeti kuramadıkları gerekçesiyle, ölüm cezasına çarptırılmışlardır.⁵⁰⁵

Roma Statüsüne göre de birlik komutanı ya da birlik komutanı yetkisindeki sivil şahısların, yönetim ve denetimindeki unsurların, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işlemeleri durumunda, koşulları oluşmuşsa ceza sorumluluğu vardır. Komutan sorumluluğu, yetkili kişinin “*silahlı kuvvetlerin bu tür suçları işlemekte veya işlemek üzere oldukları konusunda hâl ve şartlara göre bilgisi olması gerektiği veya bilgisi olduğu hâllerde*” ve “*suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi hâllerinde*” doğabilecektir.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ DAHRENDORF – SHIFMAN, s. 11.

⁵⁰⁵ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 12.

⁵⁰⁶ Roma Statüsü m. 28 (1) (a) ve (b).

Buradaki sorumluluk türü başkasının fiilinden kaynaklanan bir objektif sorumluluk hâli değildir. Denetim ve gözetim sorumluluğuna; emir ve ceza verme yetkisine sahip amir, görevini gerektiği gibi yerine getirmediği için sorumlu tutulacaktır ve sorumluluk için en azından taksir düzeyinde bir kusurun varlığı aranacaktır.⁵⁰⁷

Statü, komutan sorumluluğuna yalnızca bilinen durumları değil, bilinmesi gereken durumları da dâhil etmiştir. “*Bilgisi olması gereken*” durumların tespiti, görev ve sorumlulukların belirlendiği mevzuat; suçun işlendiği ve komutanın bulunduğu durum, ortam ve çevre koşulları dikkate alınarak Uluslararası Ceza Mahkemesi yargıçları tarafından yapılacaktır.⁵⁰⁸ Komutanın, astlarınca gerçekleştirilen suç teşkil eden fiilleri bilme sorumluluğuna kayıtsız kalması veya sonradan öğrendiği fiilleri ilgili birimlere bildirmemesi durumunda o suçlara iştiraktan sorumluluğu doğabilecektir. Sorumluluk, emir komuta zincirindeki en yakın komutanda doğal olarak daha fazladır.⁵⁰⁹

Roma Statüsü m. 28(1)’de düzenlenen “*fiilî yönetim ve denetim*” hâlinde olan amirlerdir.⁵¹⁰ Öte yandan silahlı kuvvetlerin kuruluşlarında, birlik komutanı olan

⁵⁰⁷ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 468.

⁵⁰⁸ M. Yasin ASLAN, “UCD ve Kişisel Ceza Sorumluluğu”, s. 245, 246.

⁵⁰⁹ M. Yasin ASLAN, “UCD ve Kişisel Ceza Sorumluluğu”, s. 246.

⁵¹⁰ 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m. 9: “*Amir: Makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir.*”

amirlerden başka üstler⁵¹¹ de bulunmaktadır. Madde metninin 2. fıkrasında “1. paragrafta tanımlanmayan üst-ast ilişkileri çerçevesinde bir üst” ifadesiyle birlik komutanı olmayan, diğer üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. “Astlarının böyle bir suç işledikleri veya işlemek üzere oldukları yolundaki açık bilgileri bildiği veya bilerek görmezden geldiği hâllerde; kendi etkin sorumluluğu ve denetimi altında olan faaliyetlerle ilgili suçlarda ve suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi hâllerinde” diğer üstler de sorumluluk altındadır.⁵¹²

Savaş esirlerinden sorumlu bir karargâh subayının, esirlere cinsel kölelik yaptırılmasına göz yumması, durumu soruşturma ve kovuşturmayla ilgili kişi ve makamlara bildirmemesi ya da suç teşkil eden fiillerin gerçekleşmemesi için gereken önlemleri almaması gibi durumlarda diğer üstler, Statü’nün m. 28(2) hükmünce, cinsel şiddet içeren savaş suçları açısından sorumlu tutulacaklardır.

⁵¹¹ 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m. 10: “Üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir.”

⁵¹² Roma Statüsü’nün 28. maddesinin 1. fıkrasının askeri amirler; 2. fıkrasının sivil ya da yarı askeri üstler için uygulama niteliği taşıdığı hakkında bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 468.

G. SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİNİN MADDİ UNSURU

1. Genel Olarak

Statü'nün 8(2) maddesinde, Statü'nün amacına uygun olarak savaş suçları, uluslararası silahlı çatışmalar bakımından iki ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından iki olmak üzere toplam dört alt metinde toplanmıştır. Buna göre:

“(a) 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin çok ciddi şekilde ihlali, başka bir deyişle, Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre korunan şahıs ve mallardan herhangi birine karşı aşağıdaki fiiller:

(b) Uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri, yani, aşağıdaki fiillerden herhangi birisi:

(c) Uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmada, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları ile hastalık, yaralanma, gözaltı veya herhangi bir başka nedenle savaş dışı kalmış olanlar dâhil olmak üzere çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere karşı işlenen aşağıdaki fiiller:

(d) Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası karakterde olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri; yani aşağıdaki eylemlerden herhangi biri:” savaş suçunu oluşturmaktadır.

Statü, cinsel şiddet içeren savaş suçlarına (b) ve (d) bentleri altında yer vermiş ve her iki metinde de aynı ifadeleri kullanarak,

“7. maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri’ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması” ifadeleriyle cinsel şiddet içeren savaş suçlarını belirlemiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, *“savaş hukukunun ve teamüllerinin ihlali”* adıyla kısa ve öz bir yargı yetkisi belirleyerek, kısa yoldan bir çözüme ulaşmak yerine, her birini bir diğerinden farklı kılacak detayda çok sayıda savaş suçu oluşturulmuştur.⁵¹³

Suçun unsurlarında yer alan ortak hüküm failin, bir silahlı çatışmanın varlığından haberdar olunarak suç işlemesi şartını aramaktadır. Failin, silahlı çatışmanın yasal bir değerlendirmesini yapmasının veya çatışmanın niteliğinin uluslararası olup olmadığının belirlenmesine gerek olmadığı gibi çatışmanın karakterini uluslararası veya uluslararası olmayan olarak belirleyen unsurların fail tarafından bilinmesine de gerek duyulmayacağı belirtilmiştir. Savaş suçunun meydana gelebilmesi için aranan şart failin, yalnızca silahlı çatışmanın varlığını ortaya koyan gerçek durumların farkında olması, yani davranışın bir silahlı çatışma bağlamında ve onunla ilişkili olarak gerçekleştirilmesidir.⁵¹⁴

Başka bir ifadeyle failin, silahlı çatışmanın varlığını ya da niteliğini hukuki bir şekilde değerlendirmesi beklenmez. Zaten bu konudaki yanılması da ancak hukuki hata

⁵¹³ CLAPMAN, s. 47.

⁵¹⁴ Bkz. Elements of Crimes, Article 8 introduction (s. 13) ve 8 (2) (b) (xxii)-1-6 (28-30), <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (Erişim Tarihi: 18.09.2019)

olarak nitelendirilebilir. Günlük hayatta bir silahlı çatışmanın gerçekleşmekte olduğunu, çatışmayı doğuran maddi şartları fiilen bilmesi gerekli ve de yeterlidir.⁵¹⁵ Bu iki unsur, savaş suçlarını olağan suçlardan ayıran yeterli ve gereğine uygun bir irtibattır.⁵¹⁶

Roma Statüsü'nde suçun, ihmal suretiyle işlenip işlenemeyeceğine dair özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Statü'nün birçok yerinde geçen “*hareket*” (*conduct*) ifadesi, hareketin hem olumlu hem de olumsuz yönünü barındırdığından, yapılması gereken bir hareketin yapılmaması durumunda da cezai sorumluluk doğacaktır.⁵¹⁷ Irza tecavüz sonucu hamile kalmış bir kadın esiri, kürtaj olmak istediği hâlde kürtaj yapmayan görevli doktor, şartları oluşmuşsa gebeliğe zorlama suçunu işlemiş olacaktır.

2. Irza Tecavüz

Irza tecavüz suçuyla ilgili hususlara geçmeden önce, bu kavrama açıklık getirmekte yarar vardır.

⁵¹⁵ ÖNOK, “*UCD’nin Görev Alanı*”, s. 203.

⁵¹⁶ *Bosco Ntaganda*, The Appeals Chamber, s. 3, 4, § 2.

⁵¹⁷ ESER, s. 27.

Irz kelimesi “Bir kimsenin, başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffeti” olarak tanımlanmaktadır. İffet⁵¹⁸ ise “Cinsel konularda ahlak kurallarına bağlılık, namus” olarak ifade bulmaktadır.⁵¹⁹

Cinsel özgürlüğün iffet veya namus gibi ahlaki kavramlar üzerinden korunması; mağdurun bir bakımdan “ırzına geçilmiş, kirletilmiş ve kullanılmış” bir kimse olarak, ikinci kez mağdur edilmesine yol açar niteliktedir. Ayrıca, toplumun bazı kesimlerince yalnızca kadına atfedilen ırz ve namus kavramları, kadın hakları bakış açısınca da eleştirilmektedir.⁵²⁰ Türkiye’de “ırz”, kadın üzerinden tanımlanan ancak “erkeğe ait bir değer” olarak anlam bulan bir kavramdır. Bu anlayışa göre kadın, bir birey olmak yerine, birilerine ait bir nesne olarak görüldüğünden, kadına yönelik gerçekleştirilen saldırının, erkeğin ırzına yönelik olduğu kabul edilmektedir.⁵²¹

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında “cinsel saldırı”⁵²² suçunu düzenleyerek “ırza geçme”

⁵¹⁸ İffet kelimesinin âyetteki karşılığının “ferc” olduğu, ferc kelimesininse hakikat olarak cinsel organlar, mecaz olarak da iffet ve namus demek olduğu hakkında bkz.

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/N%C3%BBr-suresi/2821/30-ayet-tefsiri> (Erişim

Tarihi: 26.06.2020)

⁵¹⁹ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

⁵²⁰ Öykü Didem AYDIN, s. 160-162.

⁵²¹ Bkz. YALÇIN, s. 101.

⁵²² Nitelikli cinsel saldırı suçunun isimlendirilmesinin, İspanyol ve Fransız Ceza Kanunlarıyla karşılaştırması hakkında bkz. TANER, s. 163, 164.

suçuna yer vermediği gibi kanun metninde yer alan diğer “ırz” ifadelerini⁵²³ ve 434. maddede olduğu gibi failin mağdurla evlenmesi durumunda cezanın ertelenmesini öngören uygulamaları terk etmiştir.⁵²⁴

Ulusal hukukun aksine uluslararası ceza hukukunu ele alan Türkçe kaynaklarda bir terim birliği bulunmamaktadır. Vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleşen cinsel şiddet fiiline, “ırza geçme”⁵²⁵, “ırza tecavüz”⁵²⁶ ve “tecavüz”⁵²⁷ olmak üzere üç farklı ifadeyle yer verilmektedir.

Türkiye henüz Roma Statüsüne taraf olmadığından, Statünün iç hukuka dahil edilen resmî bir çevirisi de bulunmamaktadır. TBMM internet sitesinden ulaşılabilen gayriresmî çevirisindeyse “ırza geçme” olarak yer bulmaktadır.⁵²⁸

⁵²³ 765 sayılı TCK m. 49/2 “*Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu*”

⁵²⁴ 765 sayılı TCK’dan 5237 sayılı TCK’ya “Kadın”ın

Serüveni:Toplumsal/Yasal/Yargısal Algı başlıklı bölüm için bkz. YALÇIN, s. 81-349.

⁵²⁵ Bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 510.

⁵²⁶ Bk.z TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 306.

⁵²⁷ Bkz. YUMUL, 40, 41.

⁵²⁸ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm (Erişim

Tarihi: 26.06.2020)

İç hukuka dahil edilen sözleşmelerden biri olan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin⁵²⁹ “*tecavüz dahil olmak üzere, cinsel şiddet*” başlıklı 36. maddesinde ve giriş bölümünde, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin karşılığı olarak, “ırz” kelimesine yer verilmeksizin, yalnızca “*tecavüz*” kullanılmıştır.

Tecavüz kelimesinin ilk anlamı “*saldırı*”, ikinci anlamıysa “*namusuna saldırma, sarkıntılık*” olarak geçmektedir.⁵³⁰ Literatürde tecavüz, “*mülkiyet hakkına tecavüz*”, “*marka hakkına tecavüz*”, “*hakkı olmayan yere tecavüz*”, “*sınıra tecavüz*” gibi ifadelerle, yani hukuken korunan bir değerle birlikte kullanılmaktadır. 5237 sayılı TCK bakımından cinsel saldırı suçunun nitelikli hâline denk düşen cinsel şiddet fiilinin, Roma Statüsündeki karşılığına, yalnızca “*tecavüz*” olarak yer verilmesi, her ne kadar anlatılmak istenileni karşılarsa da vuruculuktan uzaktır. Çünkü buradaki tecavüz, kadın veya erkek fark etmeksizin herkeste mevcut olan, ceza hukukuyla koruma altına alınan değerlerden birine yöneliktir. Yukarıda belirttiğimiz sakıncalarına rağmen bunu en iyi ifade eden kelime de “ırz”dır. Öte yandan “ırza geçme” kavramınıysa, fiilin etken yapısı nedeniyle, failin yalnızca erkek olabileceği durumları çağrıştırması ve 765 sayılı TCK dönemine ait bir isimlendirme olması nedenleriyle tercih etmemekteyiz.

“Irz” kavramına, toplumun bazı kesimlerince atfedilen cinsiyetçi anlamı kesin olarak reddettiğimizi bir kez daha belirtmekte fayda vardır. Zaten, Roma Statüsü de

⁵²⁹ <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0510.pdf> (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

⁵³⁰ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

vücuda organ veya sair cisim sokulması fiilini, olması gerektiği şekilde, eşitlikçi bir dille, kaleme almıştır.

Ulusal hukukta yapılan düzenlemeleri gerekli ve yerinde bulsak da⁵³¹ Cinsel saldırı suçundan daha dar bir anlam ifade etmesi⁵³² nedeniyle ve ihlal edilen değerin önemini vurgulamak adına, Roma Statüsünün İngilizce metninde “*rape*” olarak geçen fiile, bu çalışmada, “*ırza tecavüz*” olarak yer vermeyi tercih etmekteyiz.

Savaşlarda yaşanan ırza tecavüz fiilleri,⁵³³ suç sebeplendirme yaklaşımları bakımından 4 ana başlıkta değerlendirilebilir. Bunlardan birincisi, askerin savaşıma ikna edilmesi maksadıyla, tecavüzlerin cinsel ödül olarak kullanılması; ikincisi

⁵³¹ Irz kelimesine, 5237 sayılı TCK’da yer verilmemesinin uygunluğu hakkında bkz. TANER, s. 162, 163.

⁵³² TCK’da yer alan “*cinsel saldırı*” ifadesi hem “*ırza geçme*” hem de “*ırza tasaddiyi*” içerdiğinden, “*rape*” fiilinin karşılığının olarak “*ırza geçme*” olarak kullanması hakkında bkz. KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 151.

⁵³³ Birleşmiş Milletler istatistiklerine göre 1994 yılında Ruanda’daki soykırım esnasında yalnızca üç ay gibi sürede 100.000-250.000 kadın⁵³³; Sierra Leone’nin iç savaş içinde bulunduğu 1991-2002 yılları arasında, 60.000’den fazla; 1989-2003 yılları arasında Liberya’da 40.000 civarında, 1992-1995 yılları arasında Eski Yugoslavya’da 60.000’e yakın ve son olarak 1998’den bu yana Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde 200.000’e yakın sayıda kadın, ırza tecavüz suçunun mağduru olmuştur. Bkz. Larissa PELTOLA, “*Rape as a Weapon of War and Genocide*”, s. 3 <https://www.cmc.edu/sites/default/files/humanrights/Rape%20as%20a%20tool%20of%20war.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2018)

çatışmanın taraflarının, silahlı çatışma hukuku dışına çıkan fiillerinin engellenmesi ve cezalandırılması yerine “hoşgörü” gösterilmesi; üçüncüsü, ırza tecavüz fiillerinin emir-komuta yapısındaki zafiyetten yararlanan bireysel eylemler olarak gözlemlenmesi ve son olarak da Bosna örneğinde olduğu gibi, tecavüzün bir savaş taktiği olarak kullanılmasıdır.⁵³⁴

Özellikle etnik milliyetçilik etkisi altında başlayan ve devam eden savaşlarda, kadın bedeni bir hedef hâline gelmektedir. Bu bakış açısına sahip toplumlarda, kadının, ulusun biyolojik üreticisi, kültürel formların aktarıcısı, uğrunda savaşmaya ve ölmeye geçecek kültürel bir metafor olarak görülmesi, toprak işgaline benzer bir şekilde kadın bedeninin işgalini düşman için cazip hâle getirmektedir.⁵³⁵

Uygulanan cinsel şiddetle⁵³⁶ hedeflenen, kadının yalnızca bedeni değildir. Birincil olarak amaçlanan utanç vermektir ki birçok ırza tecavüz vakası bu amacı gerçekleştirmek adına ailesinin gözü önünde gerçekleştirilmektedir. İkincil amaç,

⁵³⁴ Gruplandırma ve detaylı bilgi için bkz. Cherly **BERNARD**, “*Rape as Terror: The Case of Bosnia*”, *Terrorism and Political Violence*. C. 6, S. 1, 1994, s. 29-43.

⁵³⁵ KELLEÇİ, s. 417, 418.

⁵³⁶ AIHM kararlarında, ırza geçme, cinsel kölelik, fuhşa zorlama, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma, cinsel şiddet içeren fiiller olarak geçmektedir. Bkz. MAVİŞ, s. 13-54.

kadının taşıdığı kültürel kodları yıkarak etnik temizlik hedefini gerçekleştirmektedir.⁵³⁷ Tecavüz, aynı zamanda düşmanın (bizzat çatışan tarafın) savaşma gücünü kıran bir psikolojik harp unsuru olarak da kullanılmaktadır.

Başta ırza tecavüz olmak üzere cinsel şiddet, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda politik bir baskı aracı olarak da kullanılabilir. Peru'daki iç savaş esnasında, isyancılara yakın görülen veya sempatican olarak değerlendirilen kadınlara karşı, hükümet yetkililerince sıklıkla cinsel şiddete başvurulmuştur.⁵³⁸

Cinsel şiddet, gücün kötüye kullanımının bir çeşidi olup; mağduru aşağılamak, utandırmak, küçük düşürmek ve korkutmak arayışındadır. Namus kavramına özellikle cinsellik üzerinden değer atfeden toplumlarda cinsel şiddet, düşmanın bireysel olarak mağdur edilmesinin yanında, toplumun da aşağılanması bir aracı olarak kullanılabilir. Burada saldırganın amacı cinsel nitelikten uzak olup hedeflenen, birey üzerinden toplumu küçük düşürmektir.⁵³⁹ Bu niyetle, saldırganlar cinsel şiddetin

⁵³⁷ Diana **MILILLO**, "Rape as a Tactic of War: Social and Psychological Perspectives", *Affila: Journal of Women and Social Work*, C. 21, S. 2, 2006, s.196-205.

Ayrıca bkz. <https://www.unicef.org/sowc96pk/sexviol.htm> (Erişim Tarihi: 17.09.2019)

⁵³⁸ Eleştiri için bkz. CARPENTER, s. 95.

⁵³⁹ Sharon A. **HEALEY**, "Prosecuting Rape under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia", *Brooklyn Journal of International Law* C. 21, S. 2, 1995, s. 338, 339.

dozunu artırmak ve mağduriyeti daha da çekilmez bir hâle getirmek üzere, aile bireylerini, cinsel ilişkiye girmeye zorlamaktadırlar. Ruanda’da yaşanan bir olayda, 12 yaşındaki Tutsi asıllı bir erkek çocuk, diğer aile bireylerinin gözleri önünde, annesinin ırzına geçmeye zorlanmıştır.⁵⁴⁰

Silahlı çatışmalarda yaşanan ırza tecavüz olaylarında erkeklere yönelik birçok farklı saldırı çeşidi uygulanmaktadır. Kurbanlar, bizzat saldırganlarla ya da başka kimselerle oral ve anal sekse zorlanmakta; kimi zaman anal yoldan cisim sokularak fiil gerçekleştirilmektedir.⁵⁴¹ Irak’ta Ebû Garip Cezaevinde yaşanan olayları araştırmak için görevlendirilen Tümgeneral *Antonio M. Taguba*’nın raporunda, bacasına “*Ben bir tecavüzçüyüm*” yazılan bir tutuklunun, başka bir tutuklu olan 15 yaşındaki bir kız çocuğuna tecavüze zorlandığı ve çıplak hâlde fotoğraflandığı; erkek tutukluların ırza tecavüzle tehdit edildiği yer almaktadır.⁵⁴²

Cesić, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi heyeti önünde, iki Müslüman erkek kardeşi, diğer insanlar önünde oral seks yapmaya kasten zorladığı itirafında bulunmuştur. Kardeşlerin birbirlerine yumruk atmalarını istemesiyle başlayan bu işkence, yeterince sert yumruk atamadıkları gerekçesiyle, silah zoruyla

⁵⁴⁰ Sherrie L. **RUSSELL-BROWN**, “*Rape as an Act of Genocide*”, *Berkeley Journal of International Law* C. 21, S. 2, 2003, s. 353.

⁵⁴¹ Yazar, mağdurların başkasının ırzına geçmesi için zorlanması suçunun ayrı bir ismi olmadığını eleştirmekte ve “*tecavüze zorlama*” olarak ifade edilmesini önermektedir. SIVAKUMARAN, s. 263.

⁵⁴² Taguba Report, (Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade), s. 17 <https://fas.org/irp/agency/dod/taguba.pdf> (Erişim Tarihi: 24.03.2019).

cinsel ilişki pozisyonu almaları istenerek, cinsel şiddet görünümünde devam etmiştir. Kardeşlerin birbirine oral seks yaptıklarından emin olması için bir kişiyi görevlendiren *Cesić*, kendisi dönene kadar bu durumun devam etmesini istemiş ve dönüşü 45 dakika sürmüştür.⁵⁴³

Irza tecavüzün mağduriyetlerinden biri de cinsel yolla bulaşan hastalıklara maruz kalmaktır. Bazı olaylarda cinsel yolla bulaşan hastalığı olan saldırganlar, hastalığı bulaştırmak saikiyle ırza tecavüz etmektedirler.⁵⁴⁴ Ruanda'da yaşanan soykırım sırasında cinsel şiddete maruz kalan kadınların üçte ikisinin HIV virüsü taşıdığı tahmin edilmektedir.⁵⁴⁵

Akayesu yargılamasında hazırlanan ilk iddianame, cinsel şiddet suçlarını içermemekteydi. Cinsel şiddet içeren suçlar, mağdur kadınların konuşmaması nedeniyle, suç ispatının mümkün olamayacağına dayanarak savcı tarafından iddianameye dâhil edilmemişti. Mahkemenin tek kadın hâkimi *Navanethem Pillay*, farklı suçlardan tanık olarak çağırılan kadınlardan ikisini sorguladığında tanıklar, cinsel şiddet suçları hakkında başlarından geçen ve tanık oldukları olayları anlatmışlardır. Ortaya çıkan gerçekler sonrasında savcılar, cinsel şiddet içeren suçları soruşturmak için başlangıçta istekli davranmamışlarsa da başsavcıya gönderilen ve ortak yetkili olduğu Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin cinsel şiddet içeren

⁵⁴³ **Prosecutor v. Cesić**, Sentencing Judgment, (IT-95-10/1-S), § 13, 14. <http://www.icty.org/x/cases/cesic/tjug/en/ces-tj040311e.pdf> (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

⁵⁴⁴ SIVAKUMARAN, s. 264.

⁵⁴⁵ DAHRENDORF - SHIFMAN, s. 8.

suçları da inceleyecek şekilde düzen almasını talep eden onlarca mektup üzerine, bu suçları da iddianameye dâhil etmiştir.⁵⁴⁶

Irza tecavüz, *Akayesu* Davasında, Yargılama Dairesi tarafından “zorlayıcı koşullar altında bulunan bir kişiye karşı işlenen cinsel içerikli fiziksel istismar” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, ırza tecavüzün, işkenceye benzer şekilde; yıldırma, itibarsızlaştırma, utandırma, ayrımcılık yapmak ve cezalandırmak maksadıyla kullanıldığı ifade edilmiştir.⁵⁴⁷

Furundžija Davasında, Dava Dairesi hem insanlığa karşı suç hem de savaş suçu olarak geçen ırza tecavüz fiilinin tanımlanması sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Uluslararası antlaşmaların incelenmesi ve bu konuda bir örf âdet hukuku olup olmadığının belirlenmesi maksadıyla ilgili diğer davalara bakıldıktan sonra Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, ne bir uluslararası antlaşma veya örf-âdet hukukuyla ne de uluslararası ceza hukuku ya da uluslararası hukukun genel ilkeleriyle böyle bir tanımlamaya gidilebileceğini belirtmiştir. Böylelikle o zaman için Mahkeme, ırza tecavüz suçunun kesin bir tanımına ulaşmak için çağdaş ve güçlü yasal sistemlerdeki ceza hukuku genel ilkelerine bakmak gerektiğini ortaya koymuştur.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Bkz. Rhonda **COPELON**, “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law”, McGill Law Journal 46, S. 1, Kasım 2000, s. 224, 225; Kelly D. **ASKIN**, “A Decade of the Development of Gender Crimes”, s. 17.

⁵⁴⁷ TAŞDEMİR, s. 185; CHINKIN, s. 79; *Akayesu*, § 597, 598.

⁵⁴⁸ CASSESE, ICL, s. 34, 35.

EYUCM tarafından kovuşturulan bir başka dava olan *Kunarac* davasıdaysa, ırza tecavüzün maddi unsurları,

“i) mağdura veya üçüncü bir kişiye karşı, cinsel şiddet içeren tehdit veya cebir ya da kuvvet kullanma tehdidiyle gerçekleştirilen,

ii) Mağdurun vajina ya da anüsüne, saldırganın penisi veya saldırgan tarafından kullanılan herhangi bir objenin veya

iii) Mağdurun ağız boşluğuna, saldırganın penisinin,

iv) Az dahi olsa cinsel penetrasyonu” olarak tanımlanmıştır.⁵⁴⁹

Öte yandan fiili suç olmaktan çıkaran rıza kavramına da “Bu fiil için verilen rıza, çevresel koşulların değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan mağdurun özgür iradesiyle, gönüllü olarak verilmelidir.”⁵⁵⁰ ifadesiyle yer verilmiştir.

Akayesu davasında yapılan ırza tecavüz suçunun tanımı, *Delalić*⁵⁵¹ ve *Musema*⁵⁵² yargılamalarında aynen kabul edilirken, EYUCM’de görülen *Kunarac*⁵⁵³ davasında Mahkeme, zorlayıcı şartlardan çok mağdurun cinsel özgürlüğüne ve şahsi bütünlüğüne vurgu yapmıştır. *Furundžija* davasındaki vücudun kısımları yaklaşımını almış ve bu

⁵⁴⁹ CASSESE ve diğerleri, s. 194; *Kunarac*, § 437.

⁵⁵⁰ *Kunarac*, § 460.

⁵⁵¹ **Prosecutor v. Delalic and others**, Trial Judgement, (IT-96-21), 16 November 1998, § 479. (IT-96-23/1), https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf (Erişim Tarihi: 04.03.2020)

⁵⁵² *Musema* (ICTR-96-13), TJ, 27 Ocak 2000, § 965.

⁵⁵³ *Kunarac*, § 460.

amaç için gösterilen rızanın, mağdurun, çevresel koşullar bağlamında değerlendirdiği özgür iradesinin gönüllü bir sonucu olarak verilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Yani suçun oluşması için penetrasyonun gerçekleşmesi ve mağdurun rızasının yokluğunun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Çatışma zamanı şartlarının vahameti değerlendirildiğinde anlamsız kalacağından, uluslararası ceza hukuku, mağdurun direnç göstermesini aramamaktadır.

Jean-Pierre Bemba Gombo'nun yargılamaları sırasında Uluslararası Ceza Mahkemesi Dava Dairesi, ırza tecavüzün hem savaş suçu olarak hem de insanlığa karşı suç olarak aynı unsurlara sahip olduğunu, yalnızca kavramsal unsur (*contextual elements*) bakımından birbirinden ayrıldığını ifade etmiştir.⁵⁵⁴ Ardından bu suçu maddi (*actus reus*) ve manevi unsurları (*mens rea*) başlıkları altında incelemiştir.

Suçun oluşması için gereken iki maddi unsurdan ilki “*bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlali*”dir. Bu ihlal iki şekilde ırza tecavüz suçuna vücut verebilmektedir. İlk olarak saldırganın veya mağdurun vücudunun herhangi bir yerine, cinsel organ vasıtasıyla, ikinci olarak mağdurun anal veya genital boşluğuna sair bir cisim/vücudun herhangi bir kısmı vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Her iki durumda da suçun oluşması için hareket, az dahi olsa penetrasyonla sonuçlanmalıdır.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Trial Chamber III, “*Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, (ICC-01/05-01/08), 21 March 2016, s. 52, § 98, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF (Erişim Tarihi 13.10.2019)

⁵⁵⁵ *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Chamber, § 99.

Roma Statüsü Suçun Unsurları metnine göre de ırza tecavüz suçunun oluşması için “*Mağdurun ya da failin vücudunun bir kısmının, bir cinsel organ vasıtasıyla ya da mağdurun anal veya genital boşluğunun sair bir cisim veya vücudun diğer herhangi bir kısmıyla, az dahi olsa penetrasyonla sonuçlanacak şekilde failin, mağdurun vücudunu ihlal etmesi*” gerekmektedir.⁵⁵⁶

Uluslararası ceza mahkemelerinde bu zamana kadar yapılmış olan ırza tecavüz tanımlamalarının en güncel ve gelişmiş olan bu unsurda, madde metninin dipnotunda⁵⁵⁷ da belirtildiği üzere cinsiyetler arası ayrımı engelleyici bir dil kullanılmıştır.⁵⁵⁸ Ayrıca, ırza tecavüz denildiğinde ilk aklımıza gelen ve en sık karşılaşılan şekliyle, failin erkek, mağdurunsa kadın olduğu vakaların dışında kalan vakaların da tanıma dâhil edildiği sonucuna varılabilir. Gerçekten de “*failin vücudunun bir kısmının, bir cinsel organ vasıtasıyla*” ihlal edilmesi ifadesiyle, failinin kadın olduğu ırza tecavüz suçları işaret edilmektedir.

⁵⁵⁶ Bkz. Elements of Crimes, ICC, Article 8 (2) (b) (xxii)-1 War crime of rape Elements 1, s. 28 <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf> (Erişim Tarihi: 21.09.2019)

⁵⁵⁷ “*The concept of ‘invasion’ is intended to be broad enough to be gender-neutral.*”; “*İhlal kavramının, cinsiyetsiz olacak kadar geniş olması hedeflenmiştir.*”

⁵⁵⁸ Suçun unsurlarında yer alan İngilizce ifade “*invasion*”, Türkçede “*istila, saldırı, akın, tecavüz*” gibi ifadelerle karşılık bulsa da cinsiyetler arası ayrımı giderecek genişlikte ifade edildiği vurgulandığı için, kelimenin karşılığına “*ihlal*” olarak yer verilmesinin daha uygun olacağını değerlendirmekteyim.

Bu durum, *Jean-Pierre Bemba Gombo*'nun yargılamaları sırasında Dava Dairesi tarafından, “*ihlal*”in aynı cinsiyet penetrasyonlarını da içerdği ve kadın ya da erkek mağdur ya da failleri de kapsadığı açık bir şekilde vurgulanmıştır.⁵⁵⁹

Bir cinsel organ vasıtasıyla gerçekleştirildiği takdirde, vücudun herhangi bir yerine yönelik az dahi olsa penetrasyonla yapılacak olan ihlalin ırza tecavüz olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda, penetrasyon şartının gerçekleşmesine müsaade edecek nitelikteki tüm vücut boşluklarının, cinsel bir organ vasıtasıyla ihlali durumunda suçun oluştuğu söylenebilir.

Vücudun genital ve anal boşlukları söz konusu olduğundaysa, vücudun herhangi bir kısmının veya sair bir cismin sokulması suretiyle suç gerçekleşmiş olur. Her ne kadar ilk akla gelen erkek cinsel organı olsa dahi, parmak, el veya ayak, kol veya bacak, burun veya dil gibi herhangi bir organın mağdurun vücudunun anal veya genital bölgesine az dahi girmiş olması durumunda suç oluşmuştur.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Dava Dairesi, EYUCM kararlarında da yer aldığı üzere, ağız boşluğu da dâhil olmak üzere vücudun herhangi bir yerine, cinsel organ vasıtasıyla gerçekleştirilen ihlalin, ırza tecavüze vücut vereceğini, bu fiilin, insan haysiyeti üzerinde anal ya da genital penetrasyon kadar aşağılayıcı bir durum meydana getireceğini vurgulamıştır.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Chamber, § 100.

⁵⁶⁰ *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Chamber, § 101.

Maddi unsurun diğeri şartı, mağdurun ya da failin vücut ihlalinin suçu meydana getirdiği durum ve şartları ortaya koymaktadır.⁵⁶¹ Hareketin suça vücut vermesi, dört durumdan bir veya birden fazlasının gerçekleşmesi şartına bağlıdır.⁵⁶² Bu kapsamda ihlal, cebirle; kendisine veya bir başkasına yönelik şiddet, tutuklama, göz altına alma, psikolojik baskı veya gücün kötüye kullanılacağı gibi cebir veya şiddet tehdidiyle; zorlayıcı çevresel koşulların avantajından yararlanarak veya samimi bir rıza veremeyecek durumda olan bir kimseye karşı gerçekleştirilmiş olmalıdır.⁵⁶³

İkinci maddeye baktığımızda, *ilk ele alınan seçenek*, suçun cebirle (*by force*) işlenmesidir. Burada kastedilen maddi cebir, şiddet hareketidir.⁵⁶⁴ Bir kimsenin başka bir kimsenin ırzına tecavüz etmesi için silah vasıtasıyla zorlanması buna en belirgin örnektir. Bunun dışında, kişinin karşı koyamayacağı fiziksel bir müdahaleyle de bu suçun oluşması pek tabii mümkündür. Ebû Garip Cezaevinde yaşanan olaylar, bu durumun örneği niteliğindedir.

İkinci seçenek, mağdurun kendisine veya bir başkasına zarar verilmesi veya bununla tehdit edilmesi durumudur. Gerçekten de maddede sayılan durumlar,

⁵⁶¹ Trial Chamber II, “*Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga*”, (ICC-01/04-01/07), 7 March 2014, § 964.

⁵⁶² Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 102.

⁵⁶³ Elements of Crimes, ICC, Article 8 (2) (b) (xxii)-1 War crime of rape Elements 2, s. 28; Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, s. 53, 54, § 102.

⁵⁶⁴ Maddi ve manevi cebir ayrımları ve örnekleri için bkz. YALÇIN – KÖPRÜLÜ, s. 362, 363.

mağdurun iradesini ortadan kaldıran bir zorlama içerir. İç hukukta, cebir, şiddet, korkutma ve tehdidin düzenlendiği TCK m. 28’de “*karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı*” ifadesine yer verilmiştir. Ancak ikinci maddenin devamında da ele alınacağı şekilde, silahlı çatışma ortamı, zorlayıcı çevresel etmenleri tek başına doğurmaya yetkindir. Bu nedenle, Roma Statüsü’nde mağdurlardan bir saldırıya karşı koyması veya saldırıdan kurtulması beklenerek şekilde yükümlülükler getirilmekten kaçınılması makuldür.⁵⁶⁵

Üçüncü seçenek, “*zorlayıcı koşullar*”la ilgidir. Ancak bu şart, diğer cinsel şiddet fiilleri için de geçerli, ortak bir unsur olduğundan ve rıza kavramıyla bağlantısından ötürü, ilgilinin rızası başlığı altında incelenecektir.

Irza tecavüz suçu için farklı bir manevi unsura gerek bulunmamaktadır. Roma Statüsü m. 30, kasıt ve bilmeyi aramaktadır. Kasıt için failin ırza tecavüz fiilini bilinçli bir şekilde yapmış olduğu kanıtlanmalıdır. Kasıt, failin penetrasyonu gerçekleştirme için harekete kalkıştığı an itibariyle gerçekleşmiştir.⁵⁶⁶

Öte yandan “*bilmek*”, failin suçun unsurlarında belirtilen dört ihtimalin, yani suçun, cebirle; kendisine veya bir başkasına yönelik şiddet, tutuklama, göz altına alma, psikolojik baskı veya gücün kötüye kullanılacağı gibi cebir veya şiddet tehdidiyle;

⁵⁶⁵ Ulusal hukukta rıza temelli; uluslararası hukukta zorlama temelli anlayış hakkında bkz. Andreanne **CHARPENTIER-GARANT**, Understanding and Prosecuting Crimes of Enforced Prostitution under the Framework of the Rome Statute, Universiteit Utrecht, s. 45-48.

⁵⁶⁶ Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, s. 55, § 111.

zorlayıcı çevresel koşulların avantajından yararlanarak veya samimi bir rıza veremeyecek durumda olan bir kimseye karşı gerçekleştirildiğinin farkında olduğunun kanıtlanmasını gerektirmektedir.⁵⁶⁷

3. Cinsel Kölelik

“*Cinsel kölelik*” teriminin, uluslararası ceza hukuku metinlerinde ilk yer alışı Roma Statüsü’yle gerçekleşmiştir. Cinsel kölelik hizmeti, kölelik ve ırza tecavüz fiilleri oldukça eskiye dayanmakla birlikte, cinsel köleliğin uluslararası bir suç olarak ifade edilmesi görece yenidir.⁵⁶⁸

Cinsel kölelik fiilinin en bariz örneği, Japon Silahlı Kuvvetleri tarafından İkinci Dünya Savaşı esnasında gerçekleştirilen ve “*rahatlama kadınları*” olarak adlandırdıkları durumdur. 1995 yılında Kore ve Japonya’nın daveti üzerine bölgeyi ziyaret eden Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörü, “*rahatlama kadınlarının*” durumunun, açık bir şekilde cinsel kölelik ve kölelik benzeri eylemler içerisinde yer aldığını vurgulamıştır.⁵⁶⁹ Köleliğin Güncel Görünümleri Hakkındaki Çalışma Grubunun BM Özel Raportörü cinsel köleliği “*bir veya birden fazla kişi üzerinde, ırza tecavüz veya cinsel şiddetin diğer görünümlerinden biriyle ulaşılan*

⁵⁶⁷ Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 112.

⁵⁶⁸ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 7.

⁵⁶⁹ UN Special Rapporteur on Violence Against Women, E/CN.4/1996/53/Add.1, 4 January 1996, § 8, s. 4. <http://www.awf.or.jp/pdf/h0004.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2019)

*cinsellik de dâhil olmak üzere, aidiyet hakkına bağlı güce, az veya çok sahip olma durum veya koşulu olarak” tanımlamıştır.*⁵⁷⁰

Cinsel kölelik, mağdurun, cinsel sömürü maksadıyla köleleştirilmesi olduğundan, kölelik ve tecavüz suçlarının kötü bir birleşimini oluşturur. Bununla birlikte birçok seks kölesi, onlara cinsel yönden ihtiyaç duyulmadığı zamanlarda, günlük işler yapmak zorundadırlar.⁵⁷¹

Silahlı çatışmalarda yaşanan cinsel şiddet fiilleri arasında belki de en çok yanlış anlaşılan ve nitelendirilen cinsel köleliktir. Çünkü ırza tecavüzün nerede son bulduğu ve cinsel köleliğin nerede başladığını belirgin bir şekilde ortaya koymak güçtür. Her iki fiil, birbirinden farklı zamanlarda, eş zamanlı olarak ya da birbiri ardına gerçekleşebilir. Cinsel kölelik, bir cinsel saldırı⁵⁷² sonrasına eklemlenebilir ya da tekrar eden cinsel saldırılar bir cinsel kölelik hâlini alabilir.⁵⁷³

Bir tecavüzcünün birden çok kişiye birbiri ardına tecavüz etmesi cinsel kölelik suçuna vücut vermezken, birden çok kişinin, bir mağdura karşı süregelen bir şekilde tecavüzü cinsel kölelik suçunu oluşturabilir. Birden fazla failin varlığı toplu tecavüz ya da cinsel kölelik gibi tekrarlanan tecavüzlerde farklılık göstermez. Ancak bir mağdur,

⁵⁷⁰ Bkz. KITTICHAISAREE, s. 182.

⁵⁷¹ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 15.

⁵⁷² Burada cinsel saldırı ifadesi TCK m. 102’de belirtilen şekliyle, geniş anlamında kullanılmıştır.

⁵⁷³ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 11.

münhasıran bir saldırgan tarafından alıkonulmuşsa bu durum ırza tecavüzden çok cinsel kölelik tanımına uygundur.⁵⁷⁴

Kasıt, ihlalin süresi ve diğer unsurlar, suçların ayrımında dikkate alınması gereken unsurlardır. Her ırza tecavüz, mağdurun vücudu üzerinde kısmen veya tamamen bir hakimiyet gerektirdiğinden cinsel kölelik suçuyla benzeşir. Cinsel kölelik suçu denildiğinde, mağdurun belirgin şekilde kendi vücudu üzerindeki hakimiyetini kaybettiği, saldırganların kişisel bir eşyası gibi muamele gördüğü durumlar akla gelmelidir.⁵⁷⁵

Köleleştirme, Roma Statüsü'nün 7(2)(1)(c) maddesinde “*kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti dâhil kullanılması*” şeklinde tanımlanmıştır. Cinsel kölelik içinse failin buna ilave olarak bir ya da birden fazla kimseye, bir veya daha fazla kez cinsel şiddet uygulaması gerekmektedir. Bununla birlikte genellikle bir kadın, yalnızca bir erkeğin cinsel kölesi olurken; fahişelikte birden fazla kimseyle cinsel birliktelik yaşamaya zorlanır. Öte yandan cinsel şiddet mağduru, içinde yaşayacağı toplumun değer yargılarından daha az etkilenmek adına fuhuş mağduru olmaktansa, cinsel kölelik mağduru olmayı,

⁵⁷⁴ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 11.

⁵⁷⁵ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 11, 14.

yeğleyebilir.⁵⁷⁶ Cinsel şiddet öylesine ağır bir mağduriyet yaratır ki; bazen mağdurlar, suçun görünümlerinden birini diğerine tercih etmek zorunda kalabilirler.

Roma Statüsü Suçun Unsurları metninde yer aldığı üzere cinsel kölelik fiili “*Failin, kişi veya kişiler üzerinde, satın alma, satma, ödünç verme, takas yapma ya da bunlara benzer diğer özgürlükten alıkoyma hâlleri gibi mülkiyet hakkına bağlı olan yetkilerden birini veya tamamını kullanması*” hâlinde suçun maddi unsurunun bir safhası gerçekleşmiş olur. Buraya kadar köleleştirme⁵⁷⁷ suçunun unsuruyla aynı olan durum, “*failin, bu kişi veya kişilerle, bir veya birden fazla kez cinsel münasebette bulunması*” koşuluyla birlikte cinsel kölelik niteliğine bürünecektir.⁵⁷⁸

Suçun unsurlarından ilkinde sayılan hâller örnekleyici niteliktedir. Kölelik, bir mülkiyet ilişkisini zorunlu kılmakla birlikte, bu ilişkinin muhakkak devren kazanıma dayandırılması eksik kalacaktır. Bu nedenle “*benzer diğer özgürlükten alıkoyma hâlleri*” ifadesiyle, hür bir kişinin köle statüsüne sokulması durumunda olduğu gibi, mülkiyetin aslen elde edilmesi de dâhil olmak üzere, karşılaşılabilecek farklı durumlar, yoruma açık bir şekilde düzenlemeye dâhil edilmiştir.

⁵⁷⁶ Melanie **O'BRIEN**, “‘Don't Kill Them, Let's Choose Them as Wives': The Development of The Crimes of Forced Marriage, Sexual Slavery and Enforced Prostitution in International Criminal Law”, The International Journal of Human Rights, C. 20, S. 3, 2016 s. 393.

⁵⁷⁷ Bkz. Elements of Crimes, ICC, Article 7(1)(c) Elements 1, s. 6,

⁵⁷⁸ Bkz. Elements of Crimes, ICC, Article 7(1)(c) Elements 1, s. 28.

Bosco Ntaganda, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından cinsel kölelik fiiliyle suçlanan ilk kişidir ve işlemiş olduğu savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar nedeniyle Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından 30 yıl mahkumiyetle cezalandırılmış olup temyiz yargılaması devam etmektedir.⁵⁷⁹

Öte yandan, Roma Statüsü'nde münferit olarak yer verilmeyen ve cinsel kölelik suçuna benzer unsurlar içeren evliliğe zorlama fiili de çatışmalarda rastlanılan farklı bir cinsel şiddet türüdür. Uganda'da yaşanan iç savaşta kadınlar, bedelsiz cinsel ilişki yaşamayı hedefleyen isyancılarla evlenmeye zorlanmıştır.⁵⁸⁰

Evliliğe zorlama (*forced marriage*), cinsel köleliğin bir başka görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. 1997-98 yıllarında Sierra Leone'de hakimiyet kuran Silahlı Kuvvetler Devrimci Konseyi [*The Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*] isimli isyancı grubun üyelerinin, 2007 yılında Sierra Leone Özel Mahkemesinde yargılanması esnasında evliliğe zorlama fiili ilk kez ele alınmıştır. Savcı evliliğe zorlama fiilinin, Statü'nün 2(i) maddesinde yer alan insanlığa karşı suçlar kategorisindeki “*diğer insanlık dışı eylemler*” suçuna vücut verdiğini; bu suçun unsurlarının cinsel eylemlerden bağımsız olduğunu ve cinsel eylemlerin evliliğin genellikle bir parçası olsa dahi, bu durumun o evliliğin kendisine has ayırt edici bir özelliği olduğunu iddia etmiştir. Savcılık makamı, ayrıca bir cinsel kölenin, sanığın

⁵⁷⁹ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1494> (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

⁵⁸⁰ Olivia **BENNETT** - Kitty **WARNOCK** -Jo **BEXLEY**, *Arms to Fight, Arms to Protect: Women Speak out about Conflict*, London: PANOS, 1995, s. 96; SKJELSBÆK, s. 7.

karısı gibi davranmak gerekliliğinin olmaması sebebiyle, zorla evlendirmeyi, cinsel kölelikten ayırmıştır.⁵⁸¹

Mahkemeye göre cinsel kölelik, köleliğin özel bir görünümüdür. Köleliği yasaklayan normlar, uluslararası örf ve âdet hukukuna dâhil olduğundan köleleştirme, yerleşik bir insanlığa karşı suçtur. Cinsel istismar amacıyla köleleştirmeyse, tıpkı iş gücü sömürüsü amacıyla köleleştirme gibi *jus cogens* niteliktedir. Kölelikte mağdurun rızasının veya serbest iradesinin yokluğunu arayan Mahkeme, cinsel kölelik fiilini, aidiyet ilişkisi ve cinsel boyut olmak üzere iki unsur üzerine kurmuştur. Kölelik ilişkisinin kurulması için herhangi bir ödeme ya da takas yapılmasının gerekmediği; dahası aidiyet unsuru için, özel bir bölgeye hapsedilmenin aranmayacağı ve hayatlarından endişe ettikleri için herhangi bir yere gidemeyen veya gidecek bir yeri olmayanların kalıcı kontrol altında tutulması durumlarında da aidiyet ilişkisinin kurulmuş sayılacağı belirtilmiştir. Evliliğe zorlama fiiline hiçbir uluslararası mahkeme statüsünde insanlığa karşı suç olarak yer verilmediğini tespit eden Mahkeme, bu fiilin bağımsız bir suç olmadığına işaret etmiştir. Kaldı ki somut olayda, sahte dahi olsa evlenilen bir mağdura rastlanmamıştır. Yargılamalar sonucunda, sanıkların sözde eşleriyle olan ilişkilerinin bir sahiplik ilişkisi olduğu, sanığın mağdur üzerinde, cinselliği de kontrol eden bir nüfuza sahip olduğu tespit edilmiştir.⁵⁸²

Temyiz Mahkemesi, evliliğe zorlama fiilinin, “*diğer insanlık dışı eylemler*” altında yer alan bir suç olduğu ve cinsel şiddet veya cinsel kölelik altında

⁵⁸¹ O'BRIEN, s. 389, 390.

⁵⁸² *Brima, Kamaru, Kanu*; (AFRC Case), § 697-713. <https://www.legal-tools.org/doc/87ef08/pdf/> (Erişim Tarihi 27.08.2019)

değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Evliliğe zorlama suçunun mağdurlarının, tekrarlanan ırza tecavüz ve diğer cinsel şiddet fiilleri, angarya, bedensel ceza, hürriyetten yoksunluk kaynaklı yaralanmalara katlandığını ortaya koyan Mahkeme; evliliğe zorlamanın, kölelik, işkence ve ırza tecavüz suçlarıyla benzer yoğunlukta olduğunu; bu suçun, kölelik, ırza tecavüz ve insan ticareti gibi suçları içerebileceğini de vurgulamıştır.⁵⁸³

Esasen, evliliğe zorlama fiili, faillerin, cinsel kölelik fiiline, yasal bir görünüm kazandırma gayretlerinden başkaca bir şey değildir. Faillerin, bu yasal görünüm vasıtasıyla suçu işleyebilecekleri düşüncesinin önüne geçebilmek için, bu fiilin münferit bir suç olarak ele alınmasının, cinsel şiddetin engellenmesinde daha etkili bir adım olması mümkündür.

4. Fuhşa Zorlama

İkinci Dünya Savaşı ve öncesinde (1932-1945) Japonya tarafından işgal edilen, başta Kore, Filipinler, Tayland, Vietnam, Malezya, Çin, Endonezya, Singapur ve bazı Pasifik adalarında 200.000 kadın seks kölesi olarak kullanılmıştır.⁵⁸⁴ Savaş bittikten sonra, savaş öncesi toplumlarına geri dönen bu kadınlar, onları, yaşadıkları acıların sorumlusu olarak gören kimselerce, utanç içinde acı dolu bir ömür geçirmek zorunda bırakılmışlardır.⁵⁸⁵ Normal bir hayat süremeyen bu kadınların bir kısmı intihar etmiş;

⁵⁸³ **AFRC** Case Appeal Judgment, § 197-203. <https://www.legal-tools.org/doc/4420ef/pdf/> (Erişim Tarihi 28.08.2019)

⁵⁸⁴ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 13.

⁵⁸⁵ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 6.

Japon hükümetleriyse kurulan genelevlerin ve gerçekleştirilen fiillerin varlığını uzun yıllar boyunca inkâr etmişler⁵⁸⁶ savunma yapmak durumunda kaldıklarındaysa kampların tamamen sivil şahıslarca işletilen genelevler olduğunu, buradaki kadınların kendi istekleriyle ve para karşılığı fuhuş yaptıklarını iddia etmişlerdir.⁵⁸⁷

Askerlerin cinsel ihtiyaçlarını her istediklerinde karşılayabilmeleri için kurulan “*rahatlama kadınları*” sistemi ordu açısından pratik faydalar ortaya çıkarmıştır. Kadınlar, zorunlu sağlık uygulamalarına tabi tutularak, askerler, hastalık ve enfeksiyona karşı korunmuştur.⁵⁸⁸ İşgal edilen bölgelerde halk önünde gerçekleşen cinsel şiddet fiilleri, halkın işgale yönelik direnişini artırır. Ancak Japonya’da, kadınların, bulundukları toplumdan ayrılarak, sözde toplama kampları adı altında tecavüz kamplarına konulmasıyla, işgal karşıtı düşünce ve eylemlerin güçlenmesinin de önüne geçilmiştir. Ayrıca, kurulan bu kamplar sayesinde uygulanan cinsel şiddet, uluslararası kamuoyundan da saklanabilmiştir.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ SANCAR, s. 209.

⁵⁸⁷ Grace LAI, “*Comfort Women in Japan and Korea*” Dalhousie J. Legal Stud., C. 11, 2002, S. 43, 44.

04 Ağustos 1993 tarihinde, Japon birliklerinin söz konusu kampların kurulması ve işletilmesinde, doğrudan veya dolaylı olarak yer aldıkları, mağdurların zor kullanılarak buralarda çalıştıkları Japon hükümet yetkilisi *Yohei Kona* tarafından kabul edilmiş ve ülkesi adına özür dilenmiştir. Bkz. LAI, s. 44, 45.

⁵⁸⁸ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 12, 13.

⁵⁸⁹ COPELON, s. 222.

Fiillerin işlendiği bölgelerin *tecavüz kampları* yerine *rahatlama istasyonları* ve mağdur kadınların *cinsel köle* yerine *seks işçisi* olarak isimlendirilmeleri, suçu daha az görünür kılmaya yararmıştır. Tokyo'daki yargılamalarda cinsel şiddet fiillerinin bahsi geçmemesinin bir nedeninin de kullanılan dil olduğu düşünülmektedir.⁵⁹⁰

Kim Hak-Sun adında Koreli bir kadın, 14 Ağustos 1990 tarihinde, yaşayan son aile üyesini kaybettikten sonra, “*namus lekesini*” reddetmiş; savaşta yaşanan ırza tecavüz mağdurlarından hayatta kalanlarının utanma hissini geride bırakmış ve çektiği çileleri açıkça ifade ederek İkinci Dünya Savaşından beri süregelen 50 yıllık sessizliği bozan ilk “*rahatlama kadını*” olmuştur.⁵⁹¹

Japon İmparatoru *Hirohito*'nun 1989'da ölümüyle birlikte, Japonya'nın kendi tarihiyle hesaplaşmasına yönelik bir süreç başlamış oldu. 1990'ların ortalarında “*Violence Against Women in War Network*” adıyla kurulan kadın hareketi, Aralık 2000'de “*Women's International War Crimes Tribunal 2000 for the Trial of Japanese Military Sexual Slavery*” adlı uluslararası mahkemenin Japonya'da toplanmasına ön ayak oldu. Mahkemenin amacı, Tokyo Askerî Mahkemesinin yargılamadığı savaş suçlarının açığa çıkarılması ve Japonya'nın, sorumluluğun inkârına dayanan resmî politikasından ötürü hesap vermeye zorlanmasıydı. Mahkeme, savaş sırasında işlenmiş ancak gölgede bırakılmış cinsel şiddet içeren suçların açığa çıkmasına yardımcı olmuş, böylelikle unutma ve unutturmaya yönelik çabalara ciddi bir darbe vurmuştur. Tüm bunların siyasi alandaki yansıması Japonya Başbakanı *Junichiro Koizumi*'nin, İkinci Dünya Savaşının Japonya açısından sona erişinin 60. yıl dönümü olan 2005

⁵⁹⁰ COPELON, s. 223.

⁵⁹¹ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 13.

Ağustos’unda, Japonya’nın işlediği suçlar nedeniyle acı çeken ülkelerden ve zarar görenlerden özür dilemesi olmuştur.⁵⁹²

Fuhşa zorlamadan farklı olarak; fuhuş, 18 yaşından büyük bir kimsenin, yaşamını sürdürebilmesinin bir aracı olarak, gönüllü cinsel davranışlara katılmasıdır ve genellikle doğrudan temaslı cinsel hizmetleri ifade eder.⁵⁹³ Fuhuş kavramı, seks işçilerinin baskı ve zorlama olmaksızın yer aldıkları bir düzende, istedikleri zaman ayrılabilirdikleri, cinsel hizmetin şeklini ve kurallarını (kondom kullanımı⁵⁹⁴, partner sayısı, belirli cinsel ilişki türlerini reddetmek gibi) belirleyebildikleri, kendi içerisinde bir yasallığı barındırır. Ancak, bu şartlar altında bile birçok seks işçisi gerçek adını kullanmamakta, ailelerine ve arkadaşlarına fuhuş yaptıklarından bahsetmemektedirler. Yani fuhuş, kapalı kapılar ardında, gizli evlerde, genelevlerde veya internet üzerinden

⁵⁹² SANCAR, s. 210.

⁵⁹³ CHARPENTIER-GARANT, s. 12.

⁵⁹⁴ ASKIN, “*Comfort Women*”, s. 15.

gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, fuhşun gönüllü mü zorunlu mu olduğu barış şartlarında dahi ilk bakışta anlaşılabilirlikte değildir.⁵⁹⁵

“*Rahatlama kadınları*”, kendilerine yapılan muamelenin “*kölelik*” benzeri uygulama olması nedeniyle, “*fuhuş*” ile bağlantılı bir terminolojiyi reddetmektedirler. Japonca’da “*jugun ianfu*” terimi, uluslararası literatürde “*comfort women*” olarak kullanılmaktadır. Ancak rahatlama anlamı ifade eden “*comfort*” sözcüğü, teselli (*solace*) ve tedavi (*care*) kelimelerini çağrıştırdıkları hâlde, gerçek durum, tam tersi bir yöndedir. İşte bu sözde “*rahatlama kadınları*”, geçmişte fuhşa zorlama (*enforced prostitution*) suçuyla ilişkilendirilmişlerdir, ancak son dönemde cinsel kölelik (*sexual slavery*) ifadesinin kullanılmasının daha uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁹⁶

Fuhşa zorlama fiilini, uluslararası hukukta yasaklayan ilk metin 1919 Paris Barış Konferansı’nda hazırlanan Savaş Yazarlarının Sorumluluğu ve Cezaların Uygulanması Hakkındaki 1919 Komisyonu raporudur. Daha sonrasında fuhşa zorlama fiili, Cenevre Konvansiyonları ve Ek Protokollerinde “*kadınlar, özellikle ırza tecavüz, fuhşa zorlama*

⁵⁹⁵ Bkz. Parliamentary Assembly, Committee on Equal Opportunities for Women and Men), “Prostitution –which stance to take?”, Doc 11352, 9 July 2007, §16; <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11596&lang=en> (Erişim Tarihi: 05.12.2019).

Kölelik karşıtlarınca (*abolitionist*) fuhşun gönüllüsü veya zorlanmış yoktur. Fuhuş için mutlaka bir zorlayıcı etken vardır. Seks işçileri cinsel şiddet ve istismar mağdurudurlar. *Abolitionist* açıdan fuhşun değerlendirilmesi hakkında bkz. CHARPENTIER-GARANT, s. 13-17.

⁵⁹⁶ Bkz. ASKIN, "Comfort Women", s. 13-15.

ve diğer küçük düşürücü muameleler başta olmak üzere, onurlarına yönelik her türlü saldırıya karşı korunacaktır.” ifadesiyle de açık bir şekilde yasaklanmıştır. Ancak fiilin herhangi bir tanımının bulunmaması nedeniyle, yasal gelişmelerin teorik bir bakış açısıyla ele alınmasını hayli güçleştirmiştir.⁵⁹⁷ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’nin dördüncüsü olan, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin 27. maddesiyle de yasaklanan fuhşa zorlama fiili, “*maddi veya başka bir fayda elde etmek*” unsurunu düzenlemediği için, günümüz cinsel kölelik suçunun tanımı için daha uygun düşmektedir.⁵⁹⁸

Her ne kadar, cinsel şiddet suçları Nürnberg’de göz ardı edilse de Tokyo Mahkemesi, bu konuda Nürnberg’i takip etmemiştir. Fuhşa zorlama fiili, Yugoslavya Mahkemesinin Statüsü’nde zımnen; Ruanda ve Sierra Leone Mahkemelerinin Statülerindeyse açık bir şekilde yasaklanmıştır. Ancak ne yazık ki bu mahkemelerde, fuhşa zorlama fiiliyle suçlanan ya da bu fiil nedeniyle cezalandırılan kimse bulunmamaktadır.⁵⁹⁹ Silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda, fuhşa zorlama olarak nitelendirilebilecek somut durumların neredeyse tamamının, cinsel kölelik fiilinin

⁵⁹⁷ CHARPENTIER-GARANT, s. 25.

⁵⁹⁸ Bkz. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the **Prosecutor v. Bosco Ntaganda** (ICC-01/04-02/06), Trial Chamber VI, 4 January 2017, s. 24, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_00011.PDF (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

⁵⁹⁹ CHARPENTIER-GARANT, s. 29.

altında da değerlendirilebileceği ve kölelik olarak çok daha kolay nitelendirilip, isnat edilebileceği anlaşılmaktadır.⁶⁰⁰

Fuhşa zorlama suçuna, uluslararası hukuk metinlerinde açıkça yer verilmekle birlikte, bu suç yeterince iyi anlaşılamamakta ve yeterli sıklıkla da uygulanmamaktadır.⁶⁰¹ Bu suç hakkında uluslararası ceza mahkemelerince yapılan tek yargılama Batavia’da kurulan Hollanda Geçici Askerî Mahkemesince gerçekleştirilmiştir.⁶⁰²

Washio Awochi adında bir Japon, Pearl Harbour baskını sonrası, Hollanda Doğu Hint Adalarının işgali üzerine, Batavia’da bir otel ve ona bitişik bir kulüp-restoranı işletmek üzere satın almış; servis görevlisi olarak aldığı Hollandalı kadınları ve kız çocuklarını, geceleri fuhuş yapmaya zorlamıştır. Fuhuştan habersiz bir şekilde işe giren çalışanlar, durumu öğrenmeleri üzerine işten ayrılmak istediklerinde, Japon polisi tarafından, tutukluluk veya sınır dışı edilmekle tehdit edilmiş, bazıları ağır fiziki saldırıya uğramışlardır. Her gece en az iki müşteri almaya zorlanan bu mağdurlar arasında yaşları 12-14 arasında değişen kız çocukları da bulunmaktadır. Yargılaması sırasında *Washio Awochi*, Japon yetkililerin emirleri doğrultusunda bir genelev işlettiğini; orada “*çalışan*” kadınlara karşı, tehdit, cebir veya hile kullanmadığını; ayrılmak isteyenlere engel olmadığını, yalnızca bir kıza şiddet uyguladığını ancak bunu fuhşa zorlamak sebebiyle değil başka bir sebeple yaptığını beyan etmiştir. Hollanda

⁶⁰⁰ McDOUGALL, § 33.

⁶⁰¹ McDOUGALL, § 31.

⁶⁰² Gerçekleştirilen yargılamaları sorgulamak için <https://www.icc-cpi.int/pages/crm.aspx> (Erişim Tarihi: 28.11.2019)

Geçici Askerî Mahkemesi, *Washio Awochi*'yi “*fuhşa zorlama savaş suçundan*” 10 yıl hapse mahkûm etmiştir.⁶⁰³

Fuhşa zorlama ve cinsel kölelik fiilleri birbiriyle oldukça yakından ilişkilidir. Hatta kimi kaynaklarda iki suç birbirinin yerine kullanılmaktadır.⁶⁰⁴ Bu durum Roma Statüsü'nün taslak çalışmaları esnasında da tartışma yaratmıştır. Kimilerine göre cinsel kölelik, fuhşa zorlama suçunu da içine alan daha geniş bir kavramdır ve fuhşa zorlama fiillerinin cinsel kölelik olarak adlandırılması, suç davranışı bakımından hassasiyet yaratacağından daha uygun düşecektir. Diğerleriyle, fuhşa zorlama suçunun, cinsel kölelik suçundan, farklı unsurlara sahip, başka bir suç olduğunu ve fuhşa zorlamanın, cinsel kölelik altına dâhil edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.⁶⁰⁵ Çoğunluk, fuhşa zorlama suçunun, cinsel kölelik altına dâhil edilmemesini, kölelik benzeri uygulamalar dışındaki yani faille mağdur arasında mülkiyet ilişkisinin kurulmadığı koşulları da

⁶⁰³ Trial of **Washio Awochi**, Netherlands Temporary Court-Martial at Batavia (Judgment Delivered On 25th October 1946), s. 122, 123. <https://www.legal-tools.org/doc/34df8e/pdf/> (Erişim Tarihi: 04.11.2019); McDOUGALL, § 62.

⁶⁰⁴ Rahatlama kadınlarının durumu hakkında fuhşa zorlama ifadesini kullanan bir örnek için bkz. David **BOLING**, “*Mass Rape, Enforced Prostitution, and the Japanese Imperial Army: Japan Eschews International Legal Responsibility.*” Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies, C. 1995, S. 3, 1995, s.1-56.

⁶⁰⁵ Valerie **OOSTERVELD**, “*Sexual Slavery and The International Criminal Court: Advancing International Law*”, Michigan Journal of International Law, C. 25, S. 3, 2004, s. 618.

dâhil edebilmek adına bu suça Roma Statüsü'nde münferiden yer verilmesine karar vermiştir.⁶⁰⁶

Fuhşa zorlama, uygulanan cinsel şiddetin sonucu olarak, maddi ya da benzer bir başka çıkar sağlanması bakımından cinsel kölelikten ayrılır. Mağdur, fahişelik yaptırmak maksadıyla tutulduğu sırada, cinsel köle olarak da kullanılmış olabilir. Burada ayırt edici olan, elde edilen fazladan menfaattir. Bu menfaat suçu ayırt etmeye yaradığı gibi saldırganın motivasyonu açısından da belirleyicidir.⁶⁰⁷

Roma Statüsü Suçun Unsurları 8(2)(b)(xxii)-3 maddesinde yer alan ilk unsura *“failin, bir veya birden fazla kişiye karşı, cebir; kendisine veya bir başkasına yönelik şiddet, tutuklama, göz altına alma, psikolojik baskı veya gücün kötüye kullanılacağı gibi cebir veya şiddet tehdidiyle; zorlayıcı çevresel koşulların avantajından yararlanarak veya samimi bir rıza veremeyecek durumda olan bir kimseye karşı, bir veya birden fazla cinselliğe dayalı eyleme sebep olması”* şeklinde yer verilmiştir.⁶⁰⁸ Bu unsur, ırza tecavüz ve cinsel kölelik suçlarının unsurlarında yer verilen bazı ifadelerin birleşiminden oluşmaktadır.

⁶⁰⁶ Barbara **BEDONT** - Katherine **HALL-MARTINEZ**, *“Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court”*, Brown Journal of World Affairs Winter/Spring 1999, C. 6, S.1, s. 73.

⁶⁰⁷ O'BRIEN, s. 397.

⁶⁰⁸ <https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (Erişim Tarihi: 01.11.2019)

Fuhşa zorlamayı diğer cinsel şiddet suçlarından ayıran ikinci unsur, “*Fail veya bir başka kişinin, cinsel nitelikteki eylemler için veya eylemlerle bağlantılı olarak maddi ya da başka bir fayda elde etmesi veya elde etmeyi umması*” durumudur. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, faydanın fail tarafından elde edilmesi hâlinin yanında bir başka kişinin de bu faydayı elde etmesi durumunda suç oluşacaktır. Faydanın niteliğinin maddi olabileceği açıkça belirtilmekle birlikte, maddi olmayan fayda elde edilmesi durumu da unsura dâhil edilmiştir. Asker bir şahsın bir üst rütbeye terfi ettirilmesi ya da yerine nöbetinin tutulması gibi faydalar maddi nitelikte olmayan faydaya örnek olarak verilebilir. Ayrıca fail veya başka bir kişinin, bu faydayı elde etmiş olması gerekmez; elde etmeye yönelik teşebbüs hareketiyle de suç tamamlanmış olacaktır. Yani maddi bir fayda elde etmek üzere anlaşılan failin, fuhuş sonrası parasını alamamış olması durumunda dahi suç oluşacaktır.

5. Gebeliğe Zorlama

Çatışmalarda gerçekleşen cinsel şiddet kadın ve erkekleri birlikte etkilemekle birlikte, iki cins arasındaki biyolojik farklılık sebebiyle ortaya çıkan sonuçlar farklı olmaktadır.⁶⁰⁹ Roma Statüsü’ndeki cinsel nitelikli suçların düzenlenmesinde cinsiyet temelli bir ayrım yapılmamıştır. Ancak kuşkusuz ki gebeliğe zorlama suçu yalnızca kadınlara karşı işlenecek bir suçtur.

Eski Yugoslavya örneğinde en belirgin şekilde karşımıza çıkan gebeliğe zorlama eylemi, etnik ve dinî açıdan homojen nitelikteki Büyük Sırbistan’ı kurma hedefiyle hareket eden Sırların, Bosnalı kadınlara uyguladıkları bir cinsel şiddet örneğidir. Balkanlarda ve dünyanın birçok yerinde hâlen devam eden anlayışa göre çocuğun soy

⁶⁰⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 45.

bağı babaya göre belirlenmektedir.⁶¹⁰ Bunun sonucu olarak, Sırp bir saldırganın cinsel saldırısı sonucu hamile kalan bir kadın, farklı etnik kökende bir çocuk dünyaya getirecektir. Bunu sağlamak adına, doğurgan dönem olan 20-30 yaş aralığındaki kadınlara, toplama kamplarında, gebe kalıncaya dek tecavüz edilmiş ve kadınlar, gebeliği sonlandıramayacakları hâle gelinceye kadar alıkonulmuşlardır.⁶¹¹ BM Genel Kurulu, Sırpların uyguladığı cinsel şiddetin, soykırım niteliğinde olduğu tespitinde bulunmuştur.⁶¹²

Kongo'daki çatışmalarda cinsel saldırı sonrasında hamile kalan kadınlar, doğumu gerçekleştirmenin, uğradıkları cinsel saldırıyı görünür hâle getireceğinin ve hayatlarının eskisinden de zor olacağı gerçeğinin farkında oldukları hâlde, gebeliklerini sonlandırmayı tercih etmemişlerdir. Kongo ağırlıklı olarak Katoliklerin yaşadığı bir ülkedir ve kürtaj, Kongo devletinin yasalarına aykırıdır. Kongo Ceza Kanunu'na göre, kürtaj olan ve bir kadının kürtaj olmasına yardım eden kişi cezalandırılmaktadır.

⁶¹⁰ Bülent **DİKEN** - Carsten Bagge **LAUSTSEN**, "*Becoming Object: Rape as a Weapon of War*", Body Society, C. 11, S. 1, 2005, s. 115.

⁶¹¹ Anne M. **HOEFGEN**, "*There Will Be No Justice Unless Women Are Part of That Justice: Rape in Bosnia, the ICTY and Gender Sensitive Prosecution*", Wisconsin Women's Law Journal, C. 14, S. 2, 1999 s. 161, 162.

⁶¹² <http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-115.htm> (Erişim Tarihi 12.03.2018)

İlaveten kürtaj, gebelik ırza tecavüz sonucu meydana gelmiş olsa dahi, toplum tarafından kabul gören bir davranış değildir.⁶¹³

Gebeliğe zorlama fiili, Roma Statüsü'nün 7(2)(1)(f) maddesinde “*uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla, bir kadının arzusu hilafına, zorla hamile bırakılması anlamına gelir; ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanamaz.*” ifadeleriyle yer bulmaktadır.

Gebeliğe zorlama suçu, zorla hamile bırakmak (ki bu ırza tecavüze karşılık gelmektedir) ve alıkoymak veya kürtaja ulaşımını engellemek suretiyle bebeğini doğuma kadar taşımaya zorlamak olmak üzere iki ayrı şiddet fiilini bünyesinde barındırmaktadır.⁶¹⁴

Roma Statüsü, m. 7(2)(1)(f) ile hamileliğe zorlama fiilini, yalnızca “*uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla*” gerçekleştirilmesi durumunda insanlığa karşı suç olarak ifade etmektedir. Diğer hiçbir suçta, bir fiilin insanlığa karşı suç oluşturması için özel kast veya saik aranmazken, hamileliğe zorlama fiilinde bu unsura yer verilmesinin nedeni kürtaja karşı olan dini görüşlerle ilişkilidir. Suçu bu özel kastla sınırlayan sebep, maddenin devamı olan, “*...ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları*

⁶¹³ The War within the War, Sexual Violence Against Women and Girls in Eastern Congo, Human Rights Watch, s. 66. Rapor için <https://www.hrw.org/reports/2002/drc/Congo0602.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2019)

⁶¹⁴ CHINKIN, s. 77.

etkileyecek şekilde yorumlanamaz.” ifadesiyle de kendisini açık etmektedir.⁶¹⁵ Kaldı ki mağdurun kendisindeki kürtaj karşıtı inanç veya toplumun bu konudaki yoğun baskısı nedeniyle, Kongo örneğinde olduğu gibi kimi zaman fail, hamileliğe zorlama suçunun ikinci adımı olan gebeliğin doğuma kadar devamını sağlamak için hiçbir şey yapmak zorunda kalmaz.

Kuzey Uganda’da, bir çocuk asker olarak alındığı silahlı grup içerisinde liderliğe kadar yükselen *Dominic Ongwen*, gebeliğe zorlama suçunun insanlığa karşı suç ve savaş suçu olmak üzere iki görünümünden de yargılanmıştır.⁶¹⁶ Savunma, suçun unsurunun, hamile kadının gebeliğinin zorla devam ettirilmesinden ziyade mağdurunun zorla gebe bırakılmasını gerektirdiği iddiasında bulunmuş ve bu durumun savcı tarafından tartışılmadığı ve tespit edilmediği gerekçesiyle hükme itiraz etmiştir.⁶¹⁷

İlgili hüküm maddesinden de anlaşılacağı üzere suç, zorla hamile bırakılmış bir kadının yasadışı hapsedilmesidir. Dolayısıyla özgürlüğünden alıkonulması, özel bir kasta dayanmalıdır. Esasen, gebeliğe zorlama suçu failin, kadının gebeliğine olan etkisine dayanmamaktadır. Failin, sadece kadının hamile olduğunu ve bu hamileliğin

⁶¹⁵ CHINKIN, s. 77.

⁶¹⁶ <https://www.theguardian.com/law/2017/jan/16/trial-ex-child-soldier-dominic-ongwen-to-hear-prosecution-case-icc-uganda> (Erişim Tarihi: 06.11.2019); Situation in Uganda in the Case of the *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, No.: ICC-02/04-01/15, Pretrial Chamber III, 23 March 2016, § 9, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02331.PDF (Erişim Tarihi: 06.11.2019).

⁶¹⁷ *Dominic Ongwen*, Pretrial Chamber, § 98.

zor kullanarak gerçekleştirildiğini bilmesi gereklidir. Kadının hamileliğinin devam edip etmeyeceğine karar veremeyeceği bir durumun içine sokulması bu suçun özünü oluşturmaktadır.⁶¹⁸

Failin gebelik sonucuna yönelik olarak özel bir kast taşıdığının veya gebeliğin, herhangi bir şekilde kadının hapsiyle bağlantılı olduğunun kanıtlanması gerekli değildir. Suçun tanımında belirtilen “uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali” ve “bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme” özel kastları böylesi kısıtlayıcı bir yorum gerektirmez.⁶¹⁹

Uluslararası Ceza Mahkemesi, evliliğe zorlama, ırza tecavüz, cinsel köle ve köle olarak kullanma, işkence etme de dâhil olmak üzere, uluslararası hukuku ciddi şekilde ihlal eden *Dominic Ongwen*’in, savunmasında yer alan iddialarının aksine, şüpheyi giderecek yeterlikte delille ortaya konulan, gebeliğe zorlama suçunu işlediğine karar vermiştir.⁶²⁰

⁶¹⁸ *Dominic Ongwen*, Pretrial Chamber, § 99.

⁶¹⁹ *Dominic Ongwen*, Pretrial Chamber, § 100.

⁶²⁰ *Dominic Ongwen*, Pretrial Chamber, § 101.

6. Zorla Kısırlaştırma

Eski Pers fresklerinde, savaştan zaferle dönen askerlerin düşmanlarının penisleriyle dolu tabakları ellerinde taşıdıkları resmedilmektedir.⁶²¹ Güçle özdeşleştirilen erkeklik organının kesilmesiyle amaçlanan, savaşın mağluplarının aşağılanmasıdır.

Kısırlaştırma ile sıkça karıştırılan kastrasyon/hadım etme günümüzde, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması yoluyla cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacıyla yapılan tıbbi bir müdahaledir.⁶²²

Kısırlaştırma (*sterilization*), ulusal hukukta “*bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mâni olmadan izalesi için yapılan müdahale*” olarak tanımlanmaktadır.⁶²³ Zorla kısırlaştırmaysa, kişinin rızasına aykırı olarak, üreme yeteneğinin sonlandırılması anlamına gelmektedir.⁶²⁴

⁶²¹ Augusto **DELZOTTO** - Adam **JONES**, “*Male-on-Male Sexual Violence in Wartime: Human Rights’ Last Taboo?*”, Annual Convention of the International Studies Association, 23–27 Mart 2002, <http://adamjones.freeservers.com/malerape.htm> (Erişim Tarihi: 24.03.2019); SIVAKUMARAN, s. 265.

⁶²² Özlem **YENERER ÇAKMUT**, “*Türk Ceza Yasası’nda Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 1, İstanbul 2008, s. 712.

⁶²³ Bkz. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesi.

⁶²⁴ TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 213.

1941 Mart ayından, 1945 Ocak ayına kadar, başta Auschwitz ve Ravensbruck kamplarında olmak üzere Naziler, Yahudiler üzerinde kısırlaştırma yöntemleri uygulamışlardır. Kullanılan yöntemler, milyonlarca insanın asgari süre ve çabayla kısırlaştırılması amacına hizmet eden, cerrahi müdahale, x-ray ışını ve çeşitli ilaçların kullanılması aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Vahşice ve deneysel yöntemlerle kısırlaştırılan binlerce kişi, fiziksel ve zihinsel açıdan büyük acılar çekmiş ve hatta kimileri hayatını kaybetmiştir.⁶²⁵ Savaş dışı zamanlarda, kimi devletler öjenik hareketlerinin bir aracı olarak, kendi vatandaşlarına dahi zorla kısırlaştırma işlemi uygulamışlardır.⁶²⁶

En belirgin örneğini Nazi dönemi Almanya'sında bulan zorla kısırlaştırma suçunun uluslararası hukukta yasaklanması ancak Roma Statüsü'yle

⁶²⁵ ASKIN, War Crimes Against Women, s. 89.

⁶²⁶ İsveç hükümetinin, 1935-1976 yılları arasında %90'ı kadın olmak üzere, 63 bin İsveçliyi kısırlaştırması hakkında bkz. <https://haber.sol.org.tr/dunyadan/isvecte-zorla-kisirlastirma-haberi-27139> (Erişim Tarihi: 05.11.2019)

Japonya'nın, 1948-1996 yılları arasında uygulanan Irk Koruma Kanunu kapsamında zorla kısırlaştırdığı mağdurlardan özür dilemesi hakkında bkz. <https://tr.sputniknews.com/yasam/201904241038858734-48-yillik-utanc-kanunu-japonya-zorla-kisirlastirilan-vatandaslarindan-ozur-diledi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2019)

Çek Cumhuriyeti'ndeki Roman kadınların zorla kısırlaştırıldığını iddiası hakkında bkz. <https://www.dw.com/tr/roman-kad%C4%B1lara-zorla-k%C4%B1s%C4%B1rla%C5%9Ft%C4%B1rma/a-2524231> (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

gerçekleştirilebilmiştir.⁶²⁷

Roma Statüsü Suçun Unsurları 8(2)(b)(xxii)-5 ve 8(2)(e)(vi)-5 maddelerinde yer alan zorla kısırlaştırma suçunun oluşması için “*Failin, bir veya birden fazla kişiyi, biyolojik üreme yeteneğinden mahrum bırakması*” gerekmektedir. Maddenin dipnotunda da belirtildiği üzere, üreme yeteneği üzerinde kalıcı etkiye sahip olmayan doğum kontrol yöntemleri bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. İlk unsurdan da anlaşılacağı üzere, hareket, cerrahi müdahalelerle sınırlandırılmadığından, bu suç, üreme yeteneğinden mahrum bırakmayı sağlayacak her türlü hareketle işlenebilen, serbest hareketli bir suçtur.⁶²⁸

Silahlı çatışma bağlantılı olarak kadınlara yöneltilen cinsel şiddet fiilleri ağırlık ve yoğunluğundan ötürü, kimi zaman mağdurların üreme yeteneklerinin kaybolması neticesine de yol açmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sırasında, cinsel köle olarak kullanılan ya da fuhşa zorlanan kadınların birçoğu uygulanan cinsel şiddet sonucunda, çocuk yapma yetilerini tamamen yitirmişlerdir.⁶²⁹ Ancak burada kastedilen suç, zorla kısırlaştırma değildir. Kısırlık, işlenen başka fiillerin yan sonucu olarak doğmaktadır.

“Suçun varlığı için gerekli olanın ötesinde zararlı veya tehlikeli bir netice gerçekleştiği zaman cezanın ağırlaşması sonucunu doğuran suç tipine ‘neticesi

⁶²⁷ MAVİŞ, s. 31.

⁶²⁸ TOPAL, Cinsel Suçlar, 214.

⁶²⁹ TOPAL, Cinsel Suçlar, 215.

*nedeniyle ağırlaştırılmış suç’ denilmektedir.”*⁶³⁰ Bir başka tanımla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç: failin, kastedilen neticeden daha ağır veya daha başka bir neticeye neden olduğu durumlardır.⁶³¹ Farklı ulusal hukuk düzenlerinde benzer kurumlar bulunmakla birlikte; Roma Statüsü’nde bu veya benzeri bir kuruma yer verilmemiştir.⁶³² Cinsel kölelik veya fuhşa zorlama suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir sonucu olarak çocuk yapma yetisinin yitirilmesi durumunda, Roma Statüsü m. 78 gereğince suçun vahametine dayanılarak, cezanın belirlenmesinde bu durum dikkate alınabilecektir.⁶³³

Fiili suç olmaktan çıkaran hukuka uygunluk nedenlerinin yer verildiği ikinci unsurda, *“Fiilin, söz konusu kişi veya kişilerin tıbbi veya hastanede tedavileriyle gerekçelendirilmemesi ya da içten rızaları doğrultusunda gerçekleştirilmemesi”*

⁶³⁰ Muharrem **ÖZEN**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998, s. 183.

⁶³¹ Diğer neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç tanımları için bkz. Koray **DOĞAN**, Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2011, s. 1-5.

⁶³² Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler için bkz. **DOĞAN**, s. 69-81.

⁶³³ 765 sayılı TCK’daki ırza geçme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlleri için bkz. **ÖZEN**, s. 208-213.

düzenlenmiştir. İçten rızanın, hileyle elde edilmiş rızayı kapsamayacağı da belirtilmiştir.⁶³⁴

7. Cenevre Sözleşmelerini Ciddi Şekilde İhlal Eden Diğer Cinsel

Şiddet Fiilleri

Cinsel şiddet suçları denince akla ilk olarak ırza tecavüz gelse de cinsel şiddetin çıplaklığa zorlama, cinsel deneylere maruz bırakma, cinsel aşağılama, cinsel tehdit gibi birçok dışavurumu bulunmaktadır.⁶³⁵

Eski Yunan'dan bu yana süregelen bir yöntem olan “*düşmanı kadınlaştırmak*”, onları aşağılamak maksadıyla kullanılmıştır. Erkekler, kadın kıyafeti giydirilmek ya da cinsel kimliğini baz alan küfürler edilmek suretiyle cinsel şiddete maruz bırakılmaktadırlar. Erkek savaş esirlerine karşı gerçekleştirilen homoseksüel tecavüz, düşmanı kadınlaştırmaya yönelik başka bir fiildir.⁶³⁶ Homoseksüel ilişki, Müslüman toplumlarda, çarpık bir ilişki olarak nitelendirilir ve ayıplanır. Ebû Garip Cezaevi örneğinde olduğu gibi, erkeklerin homoseksüel ilişkiye ya da böyleymişçesine poz vermeye zorlanmaları, mağdurlar için katlanılamaz bir durumdur. Erkeklerle, kadın iç

⁶³⁴ Bkz. Elements of Crimes, ICC, Article 8 (2)(e)(vi)-5 War crime of enforced sterilization, s. 38 <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf> (Erişim Tarihi: 05.11.2019); TOPAL, Cinsel Suçlar, 213, 214; Olgun DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri”, TBBD, 2010, s. 86.

⁶³⁵ CHINKIN, s. 78.

⁶³⁶ YUMUL, s. 42-44.

çamaşırı giydirmek fiili de “*düşmanı kadınlaştırmak*” emeline hizmet etmektedir. Çıplaklığın dahi mahrem sayıldığı ve utanılacak bir durum olarak görüldüğü bu toplumlarda, yapılan bu fiiller, erkekleri sarsarak, onları psikolojik açıdan çökertmeyi amaçlamaktadır.⁶³⁷

Sırp siyasetçi *Stakić*’in yargılaması esnasında bir görgü tanığı; bir odada tutulan insanların yarısının diz çökmüş vaziyette; diğer yarısının onların karşısında emekler hâlde, cinsel ilişkiymişçesine bir durumda bekletildiklerini ifade etmiştir.⁶³⁸

Akayesu Davasında bir tanık, sanığın, bir öğrencinin kalabalık önünde soyunuk bir vaziyette jimnastik hareketler yapmaya zorlanmasına yönelik olarak Interahamwe⁶³⁹ mensuplarına emir verdiğini ifade etmiştir. Mahkeme bunun cinsel şiddet suçuna vücut verdiğini belirttikten sonra, silahlı çatışma durumlarında cebrin, fiziki olarak gözlenmesinin gerekmediğine işaret etmiştir.⁶⁴⁰ Yani burada suçun oluşması için, öğrencinin kıyafetlerinin bir başkasının fiziki müdahalesiyle çıkarılmış

⁶³⁷ Pınar UYAROĞLU YILDIZ, “*Ebu Garip İşkence Fotoğrafları: Şiddetin Politik İkonografisi*”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, S. 43, 2007, s 24.

⁶³⁸ *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Judgment, Case No: IT-97-24, § 241, <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf> (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

⁶³⁹ Ruanda iç savaşı esnasında ülkenin her yerinde örgütlenerek, Tutsileri ve ılımlı Hutuları öldüren, aşırı milliyetçi Hutuların kurmuş olduğu yarı askeri bir örgüttür. <https://www.tarihotesi.com/ruanda-soykirimi/> (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

⁶⁴⁰ *Akayesu*, § 688.

olması aranmamıştır. Daha önce de belirtildiği gibi çatışma ortamı, zorlayıcı koşulları kendiliğinden doğurmaktadır.

Nisan 1999 tarihinde, yerinden edilmiş kimselerle birlikte Grastika'dan Priştine'ye giden bir konvoy içerisindeki Arnavut uyruklu bir genç kız, biri elinde bıçak olan, kamuflaj pantolonlu; diğeryse polis olan iki kişi tarafından, konvoydan çıkarılmıştır. Biri, kızını alıp, ağaçlık alan içerisine götürürken, diğeri yol kenarında onu beklemiş; kamuflajlı olan döndüğündeyse, polis olan ağaçlık bölgeye gitmiştir. Bu süre boyunca, çığlık atan genç kız, yalın ayak ve çıplak olarak, yalnızca bir battaniyeye sarılı vaziyette geri dönmüştür. Ağaçlık alanda olanlara dair, bir kanıt elde edilemeyen bu olayda, Mahkeme, cinsel saldırı suçuna hükmedememiştir.⁶⁴¹ Benzer nitelikteki diğer cinsel eylemleri Roma Statüsü'nde tanımlanmamıştır. Statü'de, cinsel şiddet eylemlerini maddede belirtilenlerle kısıtlamamak için, torba hüküm mahiyetinde bu hükme yer verilmiştir.⁶⁴² Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, cinsel şiddet suçlarında belirli suçların kanıtlanamaması durumunda, failin, suçun sübuta erdirilememesi nedeniyle cezasız kalmasının önüne geçilebilmesi maksadıyla bu torba hükme dayanılabilecektir.

⁶⁴¹ **Prosecutor v. Vlastimir Đorđević**, Case No. IT-05-87/1-T, Trial Chamber II, 23 February 2011, § 832.

https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf

(Erişim Tarihi: 06.11.2019)

⁶⁴² TOPAL, Cinsel Suçlar, s. 215; DEĞİRMENCİ, “Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri”, s. 72.

Öte yandan, daha önce de belirtildiği gibi, cinsel şiddet fiillerini sınırlandırmak neredeyse imkânsızdır. Çünkü, cinselliği hedef alan, cinsel nitelik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren sayısız saldırı çeşidi üretilebilir. Bu nedenle Roma Statüsü, ağırlık bakımından diğer şiddet eylemlerine eşdeğer olmak kaydıyla, her türlü saldırının cinsel şiddet suçunu oluşturacağı bu hükme yer vermiştir.

Küfür ya da sövme, “*bir kimsenin namus, onur ve kişiliğine yönelik sözle yapılan saldırı*”⁶⁴³ olarak tanımlanan ve çoğu kez kişinin cinselliğini hedef alan söz öbeğidir. Sırf bu açıdan bakıldığında bir cinsel şiddet hareketi olarak nitelendirilebilir. Ancak, madde metninde ifade edildiği üzere, fiilin savaş suçu oluşturması, maddede yer alan diğer cinsel şiddet eylemlerine eşdeğer bir ağırlığa sahip olması şartına bağlanmıştır. Bu nedenle, bir savaş esirine yalnızca küfür içeren bir ifade kullanması nedeniyle, kişinin cinsel şiddet suçu işlediğini söylemek orantısız olacaktır. Ancak şunu da gözden kaçırmamak gerekir ki, bu suç sözle dahi işlenebilir. Bu bakımdan, kişinin cinselliğine yönelik sözlü saldırıların, basit küfür ve hakaretin üzerine çıkarak; cinselliği üzerinden mağdurun onurunu kırmaya yönelik ağır ve uzun süreli ifadelerin dahi, koşulları oluştuğunda bu suça vücut verebilmesi mümkündür.

Roma Statüsü Suçun Unsurları, 8(2)(b)(xxii)-6 ve 8(2)(e)(vi)-6 maddelerinde düzenlenen Cenevre Sözleşmeleri’ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet fiilleri suçu için “*Fail, zorla veya şiddet korkusu, zorlama, alıkoyma, psikolojik baskı veya sahip olunan yetkinin kötüye kullanılması korkusundan kaynaklanan güç veya baskı tehdidiyle ya da zorlayıcı ortamdan ya da gerçek anlamda kendi kararını verme imkânının olmayışından faydalanarak bir veya daha fazla kişiye yönelik cinsel nitelikli*

⁶⁴³ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 06.11.2019)

bir eylem gerçekleştirmeli veya bu kişilerin cinsel nitelikli eylemde bulunmasına sebep olmalı”; “Failin davranışı, Cenevre Sözleşmeleri’ni ciddi şekilde ihlal eden suçlara benzer bir ağırlık taşımalı” ve “Fail, gerçekleştirdiği fiilin ağırlığına sebep teşkil eden maddi şartların bilincinde olmalı”dır.⁶⁴⁴

H. SAVAŞ SUÇLARI KAPSAMINDAKİ CİNSEL ŞİDDET FİİLLERİNİN MANEVİ UNSURU

Roma Statüsünden önceki hiçbir uluslararası statü, kanun veya tüzükte, ceza sorumluluğu bakımından manevi unsura yer verilmemiştir. Bu bakımdan Roma Statüsü, bir ilk niteliğindedir.⁶⁴⁵

Ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi uluslararası ceza hukukunda da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, Statü’nün 25. maddesinde yer verildiği üzere iki temele dayanmaktadır. Birincisi, hiç kimse, kendisi tarafından işlenmeyen bir eylemden ötürü sorumlu tutulamaz; ikincisiyse, failin sorumluluğu kusurun varlığına bağlıdır.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Bkz. Elements of Crimes, ICC, Article 8(2)(b)(xxii)-6; 8(2)(e)(vi)-6, War Crimes of Sexual Violence <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (Erişim Tarihi: 06.11.2019)

⁶⁴⁵ Sarah FINNIN, “Mental Elements Under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court a Comparative Analysis”, International and Comparative Law Quarterly, S. 61, Nisan 2012 s. 325, 326.

⁶⁴⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 402, 403.

Roma Statüsü'nün manevi unsur (*mental element*) başlıklı 30. maddesi⁶⁴⁷, genel hüküm niteliğindedir ve cezai sorumluluğa hükmedilebilmesi için failin, suç teşkil eden fiili veya fiilin doğuracağı neticeleri bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Uluslararası ceza hukukunda, Türk ceza hukukunda ve ulusal ceza hukuku sistemlerinin büyük çoğunluğunda olduğu gibi; kast, olası kast, bilinçli taksir, bilinçsiz/basit taksir şeklinde dörtlü bir kusur derecelendirmesi yoktur. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi, yargı yetkisinde bulunan suç tiplerinin manevi

⁶⁴⁷ “1. Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde cezai sorumluluğu ve mesuliyeti bulunur.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır:

(a) hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması;

(b) netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması.

3. Bu maddenin amacına uygun olarak "bilgi", hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağının farkında olunması demektir.

"Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır.”

unsurlarını açıklamayı tercih etmiştir. Roma Statüsü 30. maddenin ilk fıkrasına⁶⁴⁸ göre, bir kimsenin Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçtan sorumlu tutulabilmesi için, suç fiilinin kasten ve bilerek⁶⁴⁹ gerçekleştirilmesi gerekir.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ “Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi hâlinde cezai sorumluluğu ve mesuliyeti bulunur.”

“Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.”

⁶⁴⁹ Ulusal hukukta kast, bilme ve isteme unsurlarından oluşurken, Roma Statüsünde kastın içine bilme dâhil edilmemiştir. Statü taslağının görüşülmesi esnasında her iki kavramın da gerekli olduğu hususunda Fransızların ısrarı ve unsura ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Catherine **ELLIOTT**, “The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law”, 11 Criminal Law Forum, 2000, s. 35–38.

⁶⁵⁰ Daha önce de belirtildiği üzere uluslararası ceza hukuku, birbirine zıt özellikleri barındıran iki hukuk sisteminin bir karması niteliğindedir. Statü, kast kavramının geçtiği yerlerde bilme unsuruna da yer vermiştir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, bilme kastın içinde yer alan bir unsurdur. Ancak ABD'nin etkisiyle Statü, *Common Law* sistemindeki şekliyle ele aldığından kastın yanında bilmeye de yer vermiştir. Bu durum iç hukuk açısından kasta denk düşmektedir. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 400.

30. maddenin ikinci fıkrasına göre fail, bir davranışa ilişkin olarak, o davranışta bulunmayı istemişse; neticeye ilişkin olarak, neticeye sebep olmayı amaçlamışsa veya yaşamın olağan akışına göre neticenin gerçekleşeceğini bilincindeyse, kasıt vardır.⁶⁵¹

“Neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğini farkında olması” ifadesi, Kıta Avrupası hukukundaki *“dolus eventualis”* kavramından çok Ortak hukuktaki *“oblique intent”* kavramına denk düşmektedir. İlkinde fail, neticenin gerçekleşmesinin mümkün olduğunu görmekte ve bunu göze almaktadır; ikincisindeyse durum, öngörülen neticenin gerçekleşmesinin neredeyse mutlak olmasıdır. Bu bakımdan Türk ceza hukuku öğretisi açısından, *“oblique intent”* doğrudan kast⁶⁵²; *“dolus eventualis”* kavramıysa olası kast şeklinde değerlendirilebilir.

⁶⁵¹ “Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır: (a) hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması; (b) netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğini farkında olması.”

“For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.”

⁶⁵² WERLE - JESSBURGER, s. 306; TEZCAN – ERDEM - ÖNOK, s. 401. Burada düzenlenen hususun ikinci dereceden doğrudan kast olduğu hakkında bkz. Vladimir-Djuro **DEGAN**, “On the Sources of International Criminal Law”, Chinese Journal of International Law, C. 4, S. 1, 2005, s. 60.

Bilmenin ne anlama geldiği, 3. fıkra⁶⁵³ “*Bu maddenin amacına uygun olarak ‘bilgi’, hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağının farkında olunması demektir. ‘Bilmek’ ve ‘bilerek’ kavramları buna göre yorumlanır.*” ifadeleriyle açıklanmıştır.

Uluslararası ceza hukukunda, kusur sorumluluğu sıkı bir şekilde kasta dayandırılmaktadır.⁶⁵⁴ Roma Statüsü, kusur sorumluluğunu esas olarak kasta dayandırmış olmakla birlikte, madde metninde geçen “*aksi belirtilmedikçe*” ibaresinden, istisnai de olsa kusurun farklı türlerine dayanan sorumluluğunu da kabul ettiği sonucuna varılmaktadır. Statü’de taksirin bir tanımı bulunmamaktadır. Zaten maddelerin hiçbirinde de taksir kavramına açıkça yer verilmemiştir. Kast sorumluluğuna ilişkin tek istisnanın, Statü’nün “*üstün sorumluluğu*” başlıklı 28. maddesinde yer aldığı değerlendirilmektedir.⁶⁵⁵

⁶⁵³ “*For the purposes of this article, ‘knowledge’ means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. ‘Know’ and ‘knowingly’ shall be construed accordingly*”

⁶⁵⁴ Asgari kusur dereceleri hakkında farklı görüşler için bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 402.

⁶⁵⁵ Roger S. CLARK, “*The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences*”, Criminal Law Forum, C. 12, S. 3, 2002, s. 315.

İ. CEZA SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER

1. Genel Olarak

Saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, korsanlık, kölelik ve işkence gibi suçlara ilişkin normların “*jus cogens*” düzeyine ulaştığı yönünde görüşler vardır. Bu nitelendirmeye bağlanan sonuçlarsa bu suçlarda, faillerin yargılanması ya da geri verilmesi yükümlülüğünün bulunmasıdır.⁶⁵⁶

Ayrıca bu suçların failleri; zamanaşımı, dokunulmazlık gibi kurallardan yararlanamadıkları gibi, emrin ifası gibi hukuka uygunluk nedenlerinden de muaf değillerdir. Olağanüstü hâl zamanlarında da askıya alınamayan bu yükümlülüklerin, savaş ve barış zamanlarında uygulama alanları evrenseldir.⁶⁵⁷ Ancak, Roma Statüsünde, amirin emrini ifa gibi bazı kurumlara yalnızca savaş suçları bakımından yer verilmiş olması, bu suçlarda dahi ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlere gidilebileceğini göstermektedir.

Öte yandan savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri özelinde değerlendirildiğinde; ceza sorumluluğunu kaldıracak ya da azaltacak nedenlere gidilmesi pratikte pek de mümkün değildir. Bu nedenle bu başlık altında daha çok ceza

⁶⁵⁶ Uluslararası hukuka, “*aut dedere aut judicare*” (geri ver ya da yargıla) ilkesi, 1949 tarihli Cenevre Kara Savaşında Yaralılara ve Hastalara İlişkin Sözleşmenin 49/2. maddesiyle girmiştir. Bkz. Hüseyin **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, B. 16, Ankara 2017, s. 619.

⁶⁵⁷ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 42.

sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin imkânsızlığı ortaya konmaya çalışılacaktır.

2. İsnat Yeteneğini Etkileyen Durumlar

İsnat yeteneğini etkileyen hâller, genel olarak beş başlıkta toplanabilir. Bunlar, yaş küçüklüğü ya da büyüklüğü, sağır-dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu etkisi altında suç işlemedir.⁶⁵⁸

Uluslararası ceza hukukunda yaş küçüklüğünün, isnat yeteneğine etkisine ilişkin olarak herhangi bir kural belirlenmiş değildir. Zaten, ceza sorumluluğu için bir yaş sınırı belirlemek, her devletin, kendi şartlarını göz önünde bulundurarak alabileceği bir karardır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi de ceza yasasını ihlal eden çocuk için, asgari bir yaş sınırının belirlenmesini ve yaş sınırının altındaki çocukların cezai sorumluluğuna gidilmemesini taraf devletlere yüklemektedir.⁶⁵⁹

Roma Statüsü'nün 26. maddesi gereğince, Uluslararası Ceza Mahkemesi, fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişileri, yargılamakla yetkili değildir.

⁶⁵⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 414.

Yazar, “*kusur yeteneği*” ifadesini kullanmışsa da “*isnat yeteneği*” kullanımı daha yerinde bir ifade olduğu için bu şekilde kullanılacaktır. Kusur, bir yetenek olmadığı gibi; isnat yeteneği de kusurluluğunun ön şartı değil, failin cezalandırılabilmesi için taşınması gereken bir niteliktir. Bkz. YALÇIN – KÖPRÜLÜ, s. 296.

⁶⁵⁹

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

Günümüzde, uluslararası ceza hukukunun alanına giren ihlallerin çoğunun, yaşı küçük kimseler eliyle gerçekleştirildiği itirazıyla, tek bir yaş sınırı yerine, kademeli bir düzenleme yapılması gerektiği, Roma Statü görüşmeleri esnasında birçok devlet tarafından ileri sürülmüştür. Ancak bu durum, hafifletilmiş ceza sorumluluğu, cezada indirim, özel infaz rejimleri gibi ilave tedbirler alınmasını zorunlu kılacağından, birçok devletin ulusal hukukuyla da uyumlu olan 18 yaş sınırı, tek sınır olarak belirlenmiştir.⁶⁶⁰

İsnat yeteneğini etkileyen bir başka durum olan sağır ve dilsizlik konusunda da Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁶⁶⁰ Bu durum, kendisinden önce kurulan uluslararası ceza mahkemelerinde farklıydı. EYUCM ve RUCM Statülerinde bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Sierra Leone Özel Mahkemesindeyse 15 yaş sınır olarak alınmıştır. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 415.

Çağdaş ulusal hukuk düzenlerinde, yaş sınırına yönelik örnek alınabilecek düzenlemelerin varlığı nedeniyle ek düzenleme yapmanın zahmet gerektirmediğine ve çocuğun yaş sınırı konusunda Statü içerisindeki tutarsızlığa yönelik eleştiriler hakkında bkz. SOYGÜT, s. 713.

Böyle bir durumda Mahkeme, 21(1)(c)⁶⁶¹ maddesi hükmünden hareketle, ulusal kanunlarda yer alan cezayı hafifleten nedenleri uygulayarak ya da m. 78(1)⁶⁶² gereği “*mahkûm kimsenin kişisel durumları*” dikkate alınarak, cezayı tayin etme yoluna gidebilir.⁶⁶³

Cezai sorumluluktan kurtulma başlıklı Statü’nün 31(1) maddesinde, akıl hastalığı, geçici neden ve madde etkisinde olma hâli açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “*gerçekleştirdiği eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını kontrol yeteneğini ortadan kaldıracak bir zihnî hastalığı ya da kusuru olması hâlinde*” failin cezai sorumluluğu doğmaz. Düzenleme yalnızca, irade yeteneğini tümüyle ortadan kaldıran durumları işaret etmektedir. İrade yeteneğini azaltan durumlar söz konusu olduğunda, bu durum hâkim

⁶⁶¹ Madde 21 Uygulanacak Hukuk

“1. Mahkeme:

.....

(c) *Bu tüzük ile, uluslararası hukuk ve uluslararası kabul görmüş norm ve standartlara uygun olmaları hâlinde, suç üzerinde normal olarak yargı yetkisi bulunan devletin iç mevzuatı dâhil olmak üzere, dünyadaki hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensiplerini uygular.*”

⁶⁶² Madde 78 Cezanın Tespiti “1. Mahkeme, ceza tayin ederken Mahkeme, Usul ve Delil Kurallarına uygun olarak, suçun vahameti ile sanığın bireysel koşulları gibi faktörleri göz önüne alır.”

⁶⁶³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 415.

tarafından dikkate alınacaktır. EYUCM uygulamaları da bu yönde gerçekleşmiştir. Ayrıca, madde metniyle, yalnızca fiilin işlendiği esnadaki akıl hastalığı hâli düzenlenmiş olup; fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve savunmaya esaslı bir şekilde engel teşkil eden ve olumsuz yargılama şartı olan akıl hastalığına değinilmemiştir.⁶⁶⁴

Statünün 31(1)(b) bendiyle failin davranışlarının, hukuka aykırılığını ya da niteliğini idrak edebilmesine, fiilin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını denetleyebilmesine geçici süreyle engel olan, alkol ya da başka bir madde etkisinde olması durumunda cezai sorumluluk taşımayacağı düzenlenmiştir. Ancak iç hukukta da olduğu gibi failin, suç teşkil eden fiili gerçekleştirmesine yol açacağını bilerek ya da böyle bir riski göz ardı ederek, kendi isteğiyle madde etkisi altına girmesi durumunda bu korumadan yararlanamayacaktır. Bu hüküm çağdaş ulusal hukuklarda kendisine yer bulan “*actio libera in causa*” kuramının uluslararası hukukta ifade bulmuş hâlidir.⁶⁶⁵

Öte yandan Statü’de, yaş büyüklüğüne de ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, yaşlılığa bağlı olarak ortaya çıkan bazı durumlar, akıl hastalığı içerisinde değerlendirilebilecektir. Bu durumda failin yaşı, Usul ve Delil Kuralları m. 145(1)(c)’de, ifade edildiği üzere, yalnızca cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 416.

⁶⁶⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 416.

⁶⁶⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 414.

3. Amirin Emrini İfa

Ulusal hukuk düzenlerinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak yer verilen amirin emrini ifa kurumu, uluslararası ceza hukuku açısından oldukça önemlidir. Bu kuruma uluslararası hukukta ilk olarak Nürnberg Statüsünde yer verilmiş, amirin emrini ifa eden kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı, Mahkeme'nin hakkaniyet ilkesi çerçevesinde verilecek cezada indirim yapabileceği ifade edilmiştir.⁶⁶⁷

Uluslararası ceza hukukunun ilgi alanına giren suçların önemli bir bölümü, katı hiyerarşik düzen içerisinde hareket eden kişilerce işlenmektedir.⁶⁶⁸ Ulusal askerî hukuk, yapısal bütünlük ve etkililiği sağlamak üzere askerleri, emirlere sıkı sıkıya bağlı kişiler olması hedefiyle yetiştirir.⁶⁶⁹ Ancak uluslararası hukuk, insan haklarını ihlal eden bir emir alan askerlerin, emrin hukuka uygunluğu konusunda durup düşünmelerini talep etmektedir. Bu durumda, emri yerine getirmekle yükümlü kimseler ya askerî hiyerarşiye riayet edecek ve emre uyacaklar ya da hukuku ihlal etmeme yükümlülüğüne uygun davranarak, açıkça suç olan bir emri yerine getirmeyi reddedecek ve askerî itaatsizlik nedeniyle cezalandırılacaklardır.⁶⁷⁰ İkilemin güçlüğü, *Albert Venn Dicey* tarafından, döneminin uygulamalarını yansıtan “*ast, emre itaatsizlik*

⁶⁶⁷ KÖPRÜLÜ, Soykırım, s. 326.

⁶⁶⁸ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 417.

⁶⁶⁹ CASSESE, ICL, s. 240, 241.

⁶⁷⁰ Julian SEAL, “*Superior Orders as a Defense before the International Criminal Court*”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, C. 12, 2012-2013, s. 209.

*ederse, askerî bir mahkeme kararıyla kurşuna dizilebilir; emre itaat ederse, bir hâkim ve jüri tarafından asılmasına karar verilebilir” sözleriyle ifade edilmiştir.*⁶⁷¹

Savaş suçlarında, amirin emrini ifa eden astı, sorumsuz tutmak; suçun işlenmesine kusurlu iradeyle iştirak eden astların manevi sorumluluğunu göz ardı etmek; zalimane fiilleri bizzat gerçekleştiren kimseleri cezasız bırakmak; ortaya çıkan tüm cezai sorumluluğu yalnızca bir kişide toplamak gibi hakkaniyetsiz bir durum ortaya çıkarır.⁶⁷²

Tarih boyunca emrin hukuka uygunluğunun kontrolüne yönelik farklı teoriler geliştirilmiştir.⁶⁷³ İkinci Dünya Savaşına kadar olan süreçte, genel olarak *respondant superior* ilkesi uygulanmıştır. Bu ilkede astın almış olduğu emri yerine getirmemek gibi bir seçeneği bulunmamaktadır, bununla birlikte sorumluluk tamamen üste aittir. Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra yapılan Leipzig yargılamalarında (*Llandovery Castle* davası) Mahkeme, 1872 tarihli Alman Askerî Ceza Kanunu’nun, amirin emrinin hukuka aykırı olduğunu bilen astı cezalandırmaya müsaade etmesini dikkate alarak,

⁶⁷¹ A. V. **DICEY**, Introduction to the Study of Law of the Constitution, B. 8, London 1959, s. 194.

⁶⁷² TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 418.

⁶⁷³ Teorilerle ilgili genel bilgi için bkz. Olgun **DEĞİRMENCİ**, “*Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa*”, TAAD, S. 10, Temmuz 2012, s. 465-467.

astı sorumlu tutmuştur.⁶⁷⁴ Ancak, Leipzig yargılamalarındaki bu durumun, uluslararası hukukun o dönemki uygulamalarını gerçekçi bir şekilde yansıttığı söylenemez.⁶⁷⁵

İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan yargılamalar sırasında, amirin emrini ifa savunmasına dayanılması durumunda, tüm sorumluluğun emir komuta zincirinin en üstünde bulunan kişiye -bir anlamda *Hitler*'e- yüklenilmesi gibi, kabul edilemez bir sonuç çıkacağından endişe edilmiştir.⁶⁷⁶

20. yy.ın ikinci yarısından itibaren de amirin emrini ifanın tek başına hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı fikri ağırlık kazanmıştır. Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinin statülerinde, suçun amirin emrine dayanılarak işlenmiş olmasının, yalnızca adaletin gerektirdiği hâllerde, iradenin etkilenmiş olması gerekçesiyle, hafifletici sebep olarak alınabileceği düzenlenmiştir.⁶⁷⁷

Roma Statüsü de kural olarak amirin emrini ifanın, astın ceza sorumluluğunu kaldırmayacağını düzenlemiş olmakla birlikte, kendisinden önce gelen

⁶⁷⁴ Uluslararası hukukta amirin emrini ifa kavramına olan yaklaşımın İkinci Dünya Savaşıyla birlikte değiştiği tarihi süreç hakkında ve *Llandovery Castle* davası hakkında bkz. Yağmur Müge **AKMAN**, *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, AÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 46-62.

⁶⁷⁵ SEAL, s. 229.

⁶⁷⁶ James W. **GRAYSON**, "*The Defence of Superior Orders in the International Criminal Court*", *Nordic Journal International. Law*, S. 64, 1995, s. 248; SEAL, 230.

⁶⁷⁷ M. Yasin **ASLAN**, "*Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu*", *TBBD*, S. 73, 2007, s. 247; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 418, 419.

mahkemelerden farklı olarak, Statü'nün 33. maddesinde düzenlenen istisnai durumların gerçekleşmesi şartıyla, ceza sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağını kabul etmiştir. Bu bakımdan fail açısından hükümetin ya da üst makamın emirlerine uymanın hukuki bir zorunluluk olması; failin, emrin hukuka aykırılığını bilmemesi ve emrin hukuka açıkça aykırı olmaması durumları, kümülatif bir şekilde gerçekleştiği takdirde, astın sorumluluğu doğmayacaktır.⁶⁷⁸

Kendinden önceki mahkemelerin statülerinin aksine Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, amirin emrini ifayı, cezayı hafifletici bir neden olarak düzenlememiştir. Ancak hâkim, Statü'nün 78(1) maddesinde yer alan “*sanığın bireysel koşulları*”na dayanarak, cezayı takdir ederken bu durumu dikkate alabilecektir.⁶⁷⁹

Statü'nün 33(2) maddesinde, soykırım ve insanlığa karşı suçların açıkça hukuka aykırı kabul edileceği belirtilmiştir. Statü'nün dayandığı bu mutlak karine nedeniyle teknik olarak yalnızca savaş suçları bakımından bu savunmaya dayanılabilmesi

⁶⁷⁸ SEAL, s. 248, 249; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 421; M. Yasin ASLAN, *Kişisel Ceza Sorumluluğu*, s. 249; AKMAN, s. 64.

TCK bakımından, bağlayıcı gayrimeşru emri yerine getiren kişinin sorumlu tutulmayacağı ancak amirin, azmettiren ya da dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği hakkında bkz. Devrim AYDIN, *İştirak*, s. 161.

⁶⁷⁹ M. Yasin ASLAN, “*UCD ve Türkiye’ye Etkileri*”, s. 248.

mümkündür.⁶⁸⁰ Ancak, savaş suçlarının niteliği göz önüne alındığında, bu savunmanın uygulama alanı bulabileceği durumların oldukça sınırlı olacağı rahatlıkla söylenebilir.⁶⁸¹

Statü'nün 33(1) maddesinde belirtildiği üzere, amirin emrini ifa kurumuna gidebilmek için emrin, hukuka açıkça aykırı olmaması gerekir. Hatta, emrin açıkça hukuka aykırı olması durumunda failin, emrin hukuka aykırılığını bilip bilmemesi önem arz etmemektedir.⁶⁸² Bu çalışmanın konusunu oluşturan savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiillerinin hukuka aykırılıkları, ilk bakışta açıkça belirlenebilir nitelikte olduğundan, amirin emrini ifa savunmasının geçerliliği neredeyse imkansızdır. Ancak Ebû Garip Cezaevinde yaşanan olaylarda olduğu gibi, faillerin, yaptıklarının üstlerinin emri olduğu ve askerî istihbarat elde etmek

⁶⁸⁰ SCHABAS, s. 48.

Roma Statüsünde, savaş suçlarının bu kapsama alınmamasının nedenleri hakkında bkz. AKMAN, s. 68, 69.

⁶⁸¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 421, 422; SEAL, s. 249.

⁶⁸² Olgun **DEĞİRMENCİ**, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu” Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 120, Aralık 2012, s. 83. Emrin hukuka aykırılığının belirlenmesinde esas alınacak hukuk, ulusal değil uluslararası hukuktur. Bkz. Andreas **ZIMMERMAN**, “Superior Orders”, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Ed. Antonio CASSESE - Paola GAETA - John, R.W.D. Jones, C. 1, s. 970.

maksadıyla yapıldığı gibi, kendilerince yasal mazeretlere her zaman başvurmaları olasıdır.

4. Meşru Savunma

Statü'nün 31(1)(c) maddesinde düzenlendiği üzere, *“Kendisine ve başka bir şahsa veya eşyaya karşı yönelmiş bir tehlike ile orantılı bir şekilde; yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını ya da savaş suçlarında hayati öneme haiz eşyayı veya askerî bir görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul hareket etmesi hâlinde”* cezai sorumluluk doğmayacaktır. Ancak, askerî kuvvetlerce yürütülen savunma amaçlı bir operasyona katılım, bu hükme göre cezai sorumluluğu ortadan kaldırmak için tek başına yeterli olmayacaktır.

Statü, yaşam hakkına yönelik saldırıların yanında, malvarlığına yönelik saldırıları da meşru savunma kapsamına dâhil etmiştir. Ancak malvarlığına yönelik saldırılardaki meşru savunmayı sadece savaş suçlarında kabul etmiş ve eşyanın hayati öneme sahip olmasını veya askerî bir görevin yerine getirilmesinde önem arz etmesini şart koşturmuştur.⁶⁸³ Zaten, meşru savunma şartlarının insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunda oluşması mantıken imkansızdır.⁶⁸⁴

Savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri özelinde meşru savunma kurumunu ele alacak olursak, ırza tecavüz, cinsel kölelik, fuhşa zorlama, gebeliğe zorlama fiillerinin hiçbirisi, saldırıyı defetmek için başvurulabilecek fiiller değildir.

⁶⁸³ M. Yasin ASLAN, *“UCD ve Kişisel Ceza Sorumluluğu”*, s. 249.

⁶⁸⁴ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Uluslararası*, s. 424.

Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılamalarda da cinsel şiddet içeren savaş suçlarına yönelik böyle bir savunmaya dayanan bir örnek de bulunmamaktadır.

5. Zorunluluk Hâli/Tehdit

Statü'nün 31(1)(d) hükmüne göre *“Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçu oluşturduğu iddia edilen eylemin, kendisine veya başka bir şahsa karşı yakın ölüm veya sürekli veya yakın fiziksel zarar tehdidi kaynaklı bir baskı sonucu meydana gelmesi ve önlenmesi gereken zarardan daha fazlasına yol açmayı kastetmemiş olmak koşuluyla, bu tehdidi önlemek için, şahsın gereği kadar ve makul ölçüde davranması hâlinde.”* cezai sorumluluk doğmayacaktır. Madde metninde bahsedilen tehdit, failden başka kişilerce gerçekleştirilebilir [m. 31(1)(d)(i)] veya failin denetimi dışındaki koşullar böyle bir tehdidi ortaya çıkarmış olabilir [m. 31(1)(d)(ii)]. İlk koşul, TCK'daki tehdit kurumuna (TCK m. 28); ikinci durumsa zorunluluk hâline (TCK m. 25/2) denk düşmektedir.⁶⁸⁵

Zorunluluk hâli, tehlikeye katlanmak bakımından hukuki bir yükümlülüğü bulunmayan kimsenin, bilerek neden olmadığı ve kendisinin veya başkasının şahsına yönelmiş ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, tehlikeyle orantılı bir fiille ortadan kaldırılmasıdır.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 426, 427.

⁶⁸⁶ Bu tanım ve diğer zorunluluk hâli tanımları için bkz. Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 5-7.

Ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da söz konusu iki kurumun hukuka uygunluk nedeni mi, kusurluluğu kaldırıcı neden mi olduğu tartışılmalıysa da bu tartışmanın uluslararası hukuk için pratik bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁸⁷

Tehdit altında hareket etme kavramı, EYUCM'nin *Drazen Erdemović* kararında yer bulmuştur. *Erdemović*, Doğu Bosna ve Srebrecina'da yüzlerce silahsız Boşnak Müslümanı öldürmekle suçlanmıştır. Mahkeme, *Erdemović*'i suçlu bulmuş ancak infaz eylemlerine komutanının zoruyla katıldığını kabul etmiştir. Bu nedenle karar, amirin emrini ifa ve tehdit kavramları hakkında bir tartışmaya yol açmıştır. Yargılamalar esnasında *Erdemović* hem amirin emrini ifaya zorunlu olduğunu hem de kendisinin, eşinin ve çocuklarının hayatından korku duymasına sebep olacak fiziksel ve ruhsal tehdit altında olduğunu iddia etmiştir. Statü, amirin emriyle birlikte gelişen zorunluluk hâli ve tehdit bakımından bir düzenleme getirmemesine rağmen Mahkeme, amirin emrinden kaynaklanan manevi cebir ve/veya zorunluluk hâli savunmasının tamamıyla geçersiz sayılamayacağına işaret etmiştir. Amirin emriyle gelişen zorunluluk hâlinin sadece asta, emre itaat etmekten başka bir ihtimal bırakmayan olağanüstü bir baskı olduğunun kanıtlanması durumunda, savunma olarak değerlendirilebileceği şeklinde katı bir yorum getirilmiştir. *Erdemović*'in savunmasını delil yetersizliği nedeniyle

⁶⁸⁷ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 425. Zorunluluk hâli ve tehdit arasındaki farklar için bkz. TOROSLU, Zaruret Hali, s. 91-92. Birbirinden farklı nitelikteki bu kurumlara bir arada yer verilmesini eleştiren görüş için bkz. ESER, s. 28.

geçersiz bulan Mahkeme, 10 yıl mahkumiyete hükmetmiştir.⁶⁸⁸ Temyiz yargılamaları sırasında, amirin emrini ifa, zorunluluk hâli ve tehdit konularında yargıçlar arasında büyük fikir ayrılıkları oluşmuşsa da yaşanan olayların vahametini göz ardı etmemekle birlikte, *Erdemović*'in olaylara katılmada gösterdiği isteksizlik ve yaşananlardan duyduğu memnuniyetsizlik nedeniyle cezası 5 yıla düşürülmüştür.⁶⁸⁹

Bu içtihadı rağmen öğreti, insan öldürme fiili şeklindeki uluslararası suçlarda dahi, zorunluluk hâli/tehdidin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olabileceğini savunmaktadır.⁶⁹⁰

Öte yandan cinsel şiddet içeren savaş suçları açısından zorunluluk hâline dayanılması mantıken mümkün gözükmemektedir. Cinsel şiddet fiillerine girebilecek davranışların çeşitliliği dikkate alındığında her biri için zorunluluk hâlinin imkânsız olduğunu peşinen söylemek zor olsa da fail, mevcut bir tehlikeden kurtulmak amacıyla, bir kimsenin ırzına geçtiğini, onu gebeliğe zorladığını veya mağdura cinsel

⁶⁸⁸ ***Prosecutor v. Drazen Erdemović***, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgement of Trial Chamber, (29 November 1996) s. 24, <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf> (Erişim Tarihi: 06.12.2019)

⁶⁸⁹ ***Prosecutor v. Drazen Erdemović***, Case No. IT-96-22-Tbis, Sentencing Judgement of Trial Chamber , (5 March 1998), s. 18, 19, <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts980305e.pdf> (Erişim Tarihi: 06.12.2019); SEAL, s. 244-247.

⁶⁹⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 429; CASSESE, ICL, s. 250; CRYER ve diğerleri, s. 339, 340.

kölelik yaptırmak zorunda kaldığını iddia edemez. Çünkü bu fiillerin özü, tehlikeden kurtulmaya yarar sağlayacak nitelikte değildir. Ancak tehdit kurumu açısından durum farklıdır. Cinsel şiddet içeren savaş suçlarının hepsi tehdit hâlinde işlenebilir niteliktedir. Bir üst, bir astını ya da bir kimse başka bir kimseyi, ırza tecavüz, zorla kısırlaştırma ya da diğer cinsel şiddet fiillerinden herhangi birini yapması hususunda tehdit edebilir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, tehlike karşısında uğranılacak zararı “ölüm ya da ciddi bedensel zarar” olarak belirlemiştir. Ayrıca korunmak istenen değer, feda edilen değere üstün ya da eşit olmalıdır.⁶⁹¹ O hâlde savaş suçları kapsamındaki cinsel şiddet fiillerinin tehditle işlenebilmesi için kişinin, yaşamına, özgürlüğüne, vücut bütünlüğüne ya da cinsel özgürlüğüne yönelik bir tehdide maruz kalması gerekmektedir. Malvarlığına yönelik bir tehdit nedeniyle cinsel şiddet içeren savaş suçu işlendiği takdirde, korunma hareketi ile tehlike arasında oran bulunmayacağından, kişinin tehdit savunmasına dayanması yersiz olacaktır.

6. Hata

Statü’nün, 32. maddesinde maddi ve hukuki hata birlikte düzenlenmiştir. 1. fıkrada “*Maddi hata, sadece suçun manevi unsurunu (kastı) ortadan kaldırdığında, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir esas olacaktır.*” hükmü bulunmaktadır. Madde metninden anlaşıldığı üzere, fail, tipik fiilin maddi unsurlarından en az birini bilmiyorsa, kasten hareket ettiği söylenemez. Çünkü kast, maddi unsurların tümünü

⁶⁹¹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 429.

bilmeyi gerektirir ve bilmeme, hata teorisine vücut vermektedir.⁶⁹² TCK’da da “*Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata da maddi hatadır. Yani, ulusal hukuk düzenlerinde, somut olayda gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu düşünerek fiili gerçekleştiren bir kimse, sorumluluktan kurtulmaktadır. Ancak, Roma Statüsü’nün 32(1) maddesi hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı kapsamamaktadır.⁶⁹³

Uluslararası ceza hukukunda, en çok rastlanılan maddi hata, sivil hedeflerin askerî hedefler sanılarak vurulmasıdır.⁶⁹⁴

Birçok ulusal hukuk düzeninde olduğu gibi uluslararası hukukta da kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (*ignorantia legis non excusat*) ilkesi geçerlidir.⁶⁹⁵ Öte yandan, uluslararası hukuk, askerî hukuk ve ulusal hukuk düzeni tarafından kurumsal bağlılığı ve etkinliği sağlamak üzere, itaat bilinci içerisinde eğitilen askerlerin, aldıkları emirlerin hukuka aykırılığı konusunda durup düşünmelerini istemektedir.⁶⁹⁶

⁶⁹² Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 8, Ankara 2015, s. 257.

⁶⁹³ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 431; CRYER ve diğerleri, s. 342.

⁶⁹⁴ Devrim **AYDIN**, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nde Suçun Manevi Unsuru ve Hata*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 27, Şubat 2012, s. 21.

⁶⁹⁵ CASSESE, “*The Statute of the ICC*”, s. 155.

⁶⁹⁶ SEAL, s. 209.

Yaşamlarını arazide geçiren askerlerin, birer hukukçu olmadığı gerçeği de göz önüne alındığında, verilen emirlerin hukuka uygunluğu noktasında başarılı bir ayırma gidemeyebileceklerini göz ardı etmemek gerekir.⁶⁹⁷ Zaten hukuki hataya dayanan savunma da en çok, askerlerin almış oldukları hukuka aykırı bir emri, sehven hukuki bir emir olarak değerlendirip uyguladıkları durumlarda yapılmaktadır.⁶⁹⁸

Statü'nün 31(2) maddesinde, hukuki hata *“Belli bir eylem biçiminin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç olup olmadığı konusundaki kanun hatası, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir unsur olamaz. Ancak kanun hatası, suçun gerektirdiği manevi unsuru ortadan kaldırdığı zaman veya 33. maddede öngörüldüğü şekliyle cezai sorumluluğu kaldıran bir unsur olabilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, hukuki hataya en çok düşülen durum, amirin emrini ifa sebebiyle gerçekleştiğinden, düzenlemede de bu maddenin şartlarına atıfta bulunulmuştur. Bu kapsamda, açıkça hukuka aykırı olmayan bir emrin hukuka aykırılığını bilmeyen ve emre itaat yükümlülüğü bulunan kişi, işlediği fiil nedeniyle ceza sorumluluğu altına girmeyecektir.⁶⁹⁹

Ceza sorumluluğunu kaldıran hukuki hatanın bir diğer koşulu, hata nedeniyle, suç için gereken manevi unsurun oluşmamasıdır. Buradan anlaşılması gereken, kişinin fiilin haksızlık içeriği konusunda yanılığa düşmesidir. Statü'de taksirli sorumluluğa yer verilmediğinden, failin düştüğü yanılığ, objektif açıdan kaçınılabılır olarak nitelense dahi, cezai sorumluluğunun doğması mümkün gözükmemektedir.

⁶⁹⁷ SEAL, s. 239.

⁶⁹⁸ SEAL, s. 219.

⁶⁹⁹ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 431.

Uluslararası hukukta failin, hukuki hatadan yararlanıp yararlanmayacağı, ihlal edildiği öne sürülen kuralın hukuka aykırılığının evrensel kabulünün belirsizliği, bu kuralın koruduğu hukuki değerin önemi, failin eğitim düzeyi ve askerî hiyerarşideki konumu gibi unsurlara bakılarak karar verilecektir.⁷⁰⁰

Uluslararası suçları oluşturan fiillerin (adam öldürme, işkence, ırza tecavüz, köleleştirme, sürgün gibi) önemli bir kısmı, tüm ulusal hukuk düzenlerince cezalandırılan fiillerdir. Dolayısıyla, hukuki hata savunmasına dayanılması hayli zor gözükmemektedir.⁷⁰¹

Hukuki hata, kimi yazarlarca kural üzerinde hata olarak adlandırılmakta, doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişinin icra ettiği fiilin hukuk düzeniyle çatıştığını bilmemesi durumunda doğrudan kural üzerinde hata; fiili yasaklayan normu doğru bilmesine ve yorumlamasına karşın, fiili hukuka uygun hâle getiren bir nedenin varlığında hataya düşmesiye dolaylı kural üzerinde hata olarak ifade edilmektedir.⁷⁰²

Cinsel şiddet içeren savaş suçlarında da hukuka aykırılık niteliğinin oldukça açık olması nedeniyle, hukuki hatanın gerçekleşmesi muhtemel değildir. Hukuki hatanın ortaya çıkması bakımından en muhtemel durum, rızanın varlığı konusunda yanlışlık durumu yani dolaylı kural üzerinde hata olacaktır. Dilini bilmediği gebe kadınların,

⁷⁰⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Uluslararası, s. 431.

⁷⁰¹ CASSESE, “*The Statute of the ICC*”, s. 155.

⁷⁰² Devrim GÜNGÖR, “*Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata*”, TBBD, C. 68, 2007, s. 135, 136.

gebeliğe son verme konusundaki istekleri kendisine yanlış şekilde aktarılan bir doktorun, maddi hataya düştüğü söylenebilir. Failin, para karşılığında cinsel ilişkiye rızası olduğu yanlışlığıyla, cinsel köle olarak bir yerde tutulan mağdurlarla birlikte olması durumunda, ırza tecavüz suçunda maddi hataya düştüğünü iddia edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, ırza tecavüz ve cinsel kölelik suçlarında, özellikle savaş ortamında rıza kavramı çok daha ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu konu, rıza başlığı altında daha geniş bir şekilde incelenecektir.

Öte yandan normun ihlalinin uzun süre devam ettiği, gebeliğe zorlama, fuhşa zorlama, cinsel kölelik gibi fiillerin nitelikleri gereği, maddi hataya düşülmesi pek olası değildir.

7. İlgilinin Rızası

Cinsel suçlar söz konusu olduğunda, “*Cebir yoksa rıza vardır*” anlayışının, silahlı çatışmanın zorlayıcı koşullarının bulunmadığı durumlar için dahi doğru kabul edilemeyeceği açıktır.⁷⁰³

Çatışmalarda cinsel şiddetin, yıldırma, itibarsızlaştırmak, utandırmak, ayrımcılık yapmak ve cezalandırmak maksadıyla kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda; mağdurun kendisinin veya bir başkasının hayatından endişe etmesi nedeniyle, suça karşı gelmesi ya da suçla mücadele etmesi pek mümkün değildir. Cebir, silahlı çatışmanın özünde var olan bir sonuçtur. Uluslararası suçları

⁷⁰³ Bkz. YALÇIN, s. 213-218.

“*Rıza Karşısındaki Duvar: Reddedilemeyen bir Miras Olarak Direnme Yükümlülüğü*” başlıklı çalışma için bkz. TANER, *Cinsel Suçlarda Dönüşüm*, s. 257-262.

oluşturan cinsel şiddet olayları, ulusal hukukta görülen davalardan farklı olduğundan, uluslararası yasalardaki tanımlamaların, ulusal yasalara göre çok daha az sınırlayıcı olması beklenebilir.⁷⁰⁴

Akayesu Davasında zorlayıcı koşullarla ilgili olarak “Zorlayıcı koşulların, fiziksel gücün görünümü ile kanıtlanması gerekmez. Tehdit, korkutma, gasp veya korku ve çaresizlikle mücadeleye yol açan diğer zorlamalar, silahlı çatışmalar veya *Interahamwe* askerî unsurların varlığı hâlinde, mülteci Tutsi kadınları arasında kendiliğinden gelişmektedirler.” ifadelerine yer verilmiştir.⁷⁰⁵ Savaşın oluşturduğu zorlayıcı çevresel şartların avantajlarını kullanarak dahi fiilin gerçekleştirilmesi durumunda suç oluşacaktır. Bu duruma örnek verecek olursak, suya ya da besine ulaşmasının yolunun, faille cinsel ilişkiye girmekten geçtiğini bilen mağdurun, aç veya susuz kalmamak için cinsel ilişkiye razı gelmesi durumunda dahi ırza tecavüz suçu gerçekleşecektir.

Düşman askerî unsurlarının, sivil nüfusun arasında olmasının yanında failin ırza tecavüz suçunu işleyebilecek avantajları doğuran diğer durumların da göz ardı edilmemesi gerektiği *Jean-Pierre Bemba Gombo*’nun yargılamasında vurgulanmıştır. Suçun işlenmesine karışan kişilerin sayısal çokluğu, çatışma esnasında ve hemen akabinde ırza tecavüz suçunun işlenmiş olması ya da bu suçun diğer suçlarla birlikte işlenmiş olması gibi durumlarının da zorlayıcı şartlar olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Dava Dairesine göre, zorlayıcı şartların varlığı için, failin hareketini bu tür zorlayıcı şartlardan bir avantaj elde etmesi üzerine gerçekleştirdiğinin

⁷⁰⁴ CHINKIN, s. 79.

⁷⁰⁵ *Akayesu*, § 688.

kanıtlanması gerekmektedir.⁷⁰⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, mağdurun rızasının yokluğu, Roma Statüsü'nde, suçun yasal bir unsuru olarak yer almamaktadır. Statü'nün hazırlık çalışmaları göstermektedir ki, mağdurun rızasının olmadığına makul şüphenin ötesinde kanıtlanmasının gerekliliği durumunda, birçok dava, adaletin gereğini yerine getirme çabalarının etkisizleşmesine neden olabilecektir.⁷⁰⁷ Bu nedenle Dava Dairesi; cebrin, şiddet veya baskı tehdidinin veya zorlayıcı şartların avantajlarının⁷⁰⁸ kullanıldığına kanıtlanması durumunda, kovuşturmada mağdurun rızasının yokluğunun kanıtlanmasına gerek bulunmadığını değerlendirmektedir.⁷⁰⁹

Suçun unsurlarında, rızası geçerli olmayanlara da ayrıca değinilmiştir. “*Samimi bir rıza veremeyecek durumda olan kimseler*”le ilgili olarak dipnotta “*Tabii, suni veya yaşa bağlı ehliyetsizlik nedeniyle samimi bir rıza veremeyecek durumda olanlar anlaşılır.*” açıklaması yapılmıştır.⁷¹⁰ Bu tür durumlarda Mahkeme yalnızca mağdurun; tabii, suni veya yaşa bağlı ehliyetsizlik nedeniyle geçerli bir rıza vermekten yoksun

⁷⁰⁶ Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 104.

⁷⁰⁷ Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 105.

⁷⁰⁸ “*force*”, “*threat of force or coercion*”, or “*taking advantage of coercive environment*”

⁷⁰⁹ Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 106.

⁷¹⁰ Bkz. Elements of Crimes, ICC, Article 8(2)(b)(xxii)-1 War crime of rape, dipnot 51, s. 28.

olduğunu kanıtlayacaktır.⁷¹¹ Yani bundan önce belirtilen üç koşulun ispatına ihtiyaç duyulmayacaktır.

Öte yandan Dava Dairesi gerek Roma Statüsü'nde gerekse Suçun Unsurları metninde, rızaya ehliyet yaşının kaç olduğuna dair bir düzenlemenin bulunmadığına işaret ettikten sonra, somut yargılama açısından bu dört şarttan birinin varlığının, suçun oluşması için yeterli olduğunu belirtmekle yetinmiş ancak kararda, rıza ehliyet yaşını tartışmamıştır.⁷¹²

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 1. maddesiyle, *“Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”* tespitinden sonra; 4. maddesinde, ceza sorumluluğu için bir yaş sınırı belirlenmesi gerektiğini ve bu yaş sınırının altındaki kişilere ceza verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷¹³ Öte yandan ceza hukukunun konusunu oluşturan fiillere gösterilecek rızanın geçerliliği, cezalandırma yaşından da; rüşet yaşından da farklı bir olgudur. Her devletin ulusal hukukunda; kadın ve erkek için

⁷¹¹ Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 107.

⁷¹² Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber, § 108.

⁷¹³ https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarinaDairSozlesme.pdf (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

evlenme yaşı, rüşt yaşı, oy hakkını kazanma yaşı gibi hususlar birbirinden bağımsız olarak ve farklı yaşlarla düzenlenmiştir.⁷¹⁴

Statü’de yer alan ehliyetsizlikler, iç hukukta ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler olarak yer verilen düzenlemelerin geniş bir ifadesi olarak değerlendirilebilir. Gerçekten bir fiile rıza gösterebilmek için öncelikle o rızayı vermeye ehil olmak gerekmektedir. Akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik durumu, tabii; alkol veya uyuşturucu etkisinde olmak, suni; yaş küçüklüğü veya yaşlılık da yaşa bağlı ehliyetsizliğe örnek olarak verilebilir. İç hukukta, cinsel özgürlüğün tam olarak kazanıldığı yaş 18 olmakla birlikte, 15 ve üstü yaşlarda cinsel fiillere gösterilen rıza, şikâyet şartına bağlamak suretiyle zımni olarak tanınmaktadır.⁷¹⁵ Ancak, 15-18 yaş aralığındaki çocukların rızaları cinsel ilişki bakımından geçerli değildir.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Farklı ülkelerin evlenme, rüşt ve seçilme yaşlarıyla ilgili 1983 yılında yapılmış bir derleme için bkz. Nokta Haftalık Haber Dergisi, 6-12 Haziran 1983, “*Gençler Sandık Başında*” isimli haberi.

⁷¹⁵ 15 yaşın üzerindeki çocuklar açısından rızanın geçerliliği hakkında bkz. Handan **YOKUŞ SEVÜK**, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005, s. 282; Murat **AYDIN**, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2014, s. 23; Beşir **ASLAN**, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, Seçkin Yay, B. 3, Ankara 2014, s. 341.

⁷¹⁶ TCK’nın bu düzenlemesi hakkında farklı görüşler için bkz. Meral **EKİCİ ŞAHİN**, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yay., İstanbul 2012, s. 133.

Öte yandan iç hukukta; kısırlaştırma, kastrasyon ve gebeliğin sonlandırılması fiilleri için kişinin rızası, açıkça düzenlenmiştir. Kısırlaştırma için kişinin reşit olması gerekirken, gebeliğin sonlandırılması içinse herhangi bir yaş sınırı belirlenmemiştir. Bu nedenle küçüklerin gebeliğinin sonlandırılması için küçüğün rızasıyla birlikte, velinin izni, vesayet altındaki ayırt etme yeteneği bulunmayan kişiler bakımındansa vasinin rızası ve sulh hâkiminin iznine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu fiillerde gösterilen rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan başkasının (kısırlaştırmada diğer eşin rıza göstermesi gibi) rıza açıklamasına hukuken bir değer atfedilemez. Kişinin rızasına uygun olarak yapılan fiillerde tipiklik ortadan kalkacağından suç oluşmayacaktır.⁷¹⁷

Erginliğin, mevsim şartlarına bağlı olarak değişen biyolojik bir durum olduğu gerçeğinin yanında, her devlet, eğitim düzeyi, sosyo-kültürel yapı, cinsiyet gibi faktörleri göz önünde bulundurarak, cinsel fiillere gösterilecek rıza yaşını açık veya zımni hükümlerle ulusal hukukunda düzenlemeye gitmektedir.⁷¹⁸ Rıza ehliyetinin kanunla, özel bir yaş olarak düzenlenmesi hâlinde; başkaca bir hususa bakılmaksızın bu yaştan küçük olanların rıza ehliyetinin bulunmadığı sonucuna ulaşılır. Rıza ehliyet yaşının özel olarak düzenlenmediği hâllerdeyse, rıza ehliyetinin olup olmadığı öğreti ve uygulama eliyle belirlenmektedir.⁷¹⁹

⁷¹⁷ EKİCİ ŞAHİN, s. 347-355.

⁷¹⁸ Kadın-erkek evlenme yaşı, rüşt, ceza ehliyeti ve oy verme yaşıyla ilgili olarak, 1983 yılına ait bir derleme için bkz. Nokta Haftalık Haber Dergisi, 6-12 Haziran 1983, S. 45, s. 33.

⁷¹⁹ EKİCİ ŞAHİN, s. 132, 133.

Roma Statüsü'nde cinsel nitelikteki eylemlere rıza gösterme yaşının kaç olacağı belirlenmiş değildir. Zaten her ulus için değişkenlik gösteren böylesi bir durum için, uluslararası hukukta keskin sınırlar koymak verimli bir düzenleme olmayacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisine giren olaylarda rızanın geçerliliğinin tartışılması durumunda kanımca izlenebilecek iki farklı yol bulunmaktadır. İlk olarak, mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilebilir. İkinci olaraksa, rızaya ehliyet yaşı, mağdurun ulusal hukukundan yararlanmak suretiyle belirlenebilir.



SONUÇ

Birleşmiş Milletler Antlaşmasıyla, Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın devletlerin kuvvet kullanması, 1945 yılında yasaklanmış olsa da geçen zaman göstermiştir ki silahlı çatışmalar ve çatışmaların yarattığı şiddet, varlığını devam ettirmektedir.

Savaşlarda yaşanan cinsel şiddet, ilk aklımıza geldiği gibi işgal eden tarafın erkeklerinin, işgal edilen topraklardaki kadınlara yaşattıklarıyla sınırlı değildir. Cinsel şiddet; erkekler tarafından kadınlara, erkekler tarafından erkeklere, kadınlar tarafından kadınlara ve kadınlar tarafından erkeklere uygulanabilen bir şiddet türüdür. Üstelik bu şiddetin faili veya mağduru olmak için, çatışan iki taraf mensubu olmaya da gerek yoktur. *Ntaganda* örneğinde olduğu gibi failer ve mağdurlar, aynı kuvvetin mensubu dahi olabilirler. Hatta, Birleşmiş Milletlerin barışı destekleme harekâtlarında olduğu gibi kimi zaman, düzeni tesis için görevlendirilen kimseler dahi, bu cinsel şiddet fiillerinin şüphelisi konumunda olabilmektedirler. Bu kapsamda ortaya çıkan sonuç şudur ki cinsel şiddet düşünüldüğünden çok daha geniş kitleler için, sorun teşkil etmeye devam etmektedir.

Roma Statüsü, cinsel şiddet içeren suçlara hem soykırım hem insanlığa karşı suçlar hem de savaş suçları içerisinde yer verdiği için, uluslararası alanda gerçekleştirilen ihlaller hakkında, boşluk bırakılmamış genişlikte yargılama yetkisini haizdir. Roma Statüsü, çoğu ulusal hukukta yer almayan fiilleri de kapsayan ve cinsel şiddetin her türünü soruşturacak şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca, daha önceki uygulamalarda fiili suç olmaktan çıkaran kurumların varlığı da bu Statü ile adeta geçersiz kılınmıştır.

Uluslararası hukukun geldiği son noktayı temsil eden Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası suç oluşturan fiiller açısından, uluslararası toplumu derinden sarsan olaylara müdahale ederek, bir nebze de olsa uluslararası toplum vicdanını rahatlatmakta; ulusal hukuk düzeninin bozulduğu ya da ulusal hukukça yargılama yapılmayacak ayrıcalıklara kavuşmuş statüdeki kişiler için suçu önleyici bir etken olarak varlığını sürdürmektedir.

Küreselleşen dünyada, uluslararası örgütlerin varlığı ve önemi giderek güçlense de hâlâ bu örgütler, çoğu devletin ulusal ve uluslararası alandaki egemenliklerinin üzerine çıkmış değildir. Bu bakımdan Uluslararası Ceza Mahkemesinin etkinliği de özellikle güçlü devletler söz konusu olduğunda sorgulanabilir. Ancak, Uluslararası Ceza Mahkemesinin, kurulduğu tarihten bugüne kadar caydırıcılık sağlayarak önlediği ihlalleri tespit etmek mümkün olmadığı gibi coğrafi bakımdan kısıtlı da kalsa, adaletin gerçekleştirilmesine katkı sağladığı gerçeği yadsınamaz.

Uluslararası Ceza Mahkemesince soruşturması/kovuşturması sürdürülen suçlara bakarak, gerçekleşen ihlallerin yalnızca bunlarla sınırlı kaldığını düşünmek veya tüm ihlallerin ulusal hukuklarca cezalandırıldığını varsaymak ancak gerçeklere kulak tıkamak olacaktır. Dünyanın birçok yerinde silahlı çatışmalar cereyan etmekte ve bu çatışmalarla bağlantılı olarak cinsel şiddet fiilleri de gerçekleşmektedir. Bu aşamada uluslararası hukukun üzerine düşen görev, çatışma nedeniyle ulusal makamlarca gerçekleştirilmeyen/gerçekleştirilemeyen insancıl hukukun ihlallerinin hesabının verileceği Uluslararası Ceza Mahkemesinin etkinliğini artırmak; devletlerin yardımına ihtiyaç duyduğu konularda, Mahkemenin elini güçlendirici mekanizmalar oluşturmaktır.

Uluslararası alanda gerçekleşen ihlallerin önlenmesi bakımından güçlü ve adil işleyen ulusal hukuk sistemlerinin varlığı da oldukça mühimdir. Zaten Roma Statüsü de tamamlayıcılık ilkesi gereği bu görevi öncelikle ulusal hukuka vermektedir.

Türkiye, 7 Mayıs 2004'te, Anayasa'nın 38. maddesine, hâlihazırda yürürlükte olan *“Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşı, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez”* ifadesini ekleyerek, Roma Statüsüne taraf olmak için ilk hazırlıklarını yapmışsa da bu hazırlıkların devamı gelmemiştir. Roma Statüsüne taraf olmak, çağdaş bir hukuk devleti olmanın gereği olduğu kadar, başta cinsel şiddet fiilleri olmak üzere, savaş suçları ve diğer uluslararası suçlarla mücadele bakımından ulusal hukuku geliştirebilecek de bir adımdır.

Savaş ve suç arasındaki ilişki, *Karl Mannheim* tarafından 1930'lu yılların sonlarında çalışılmıştır. *Mannheim* bu iki kavram arasındaki farkı şu şekilde açıklamıştır. *“Suç her zaman yanlıştır; savaş yalnızca koşullara bağlı olarak yanlıştır.”* Ancak, *Mannheim* bu ikisi arasındaki çizginin kolaylıkla bulanıklaşabileceğini; savaş, karşı tarafa zarar verici eylemler içerdiğinden, savaş ve suç arasında geniş perspektifte bir fark bulunmadığını belirtir. Suç, grup içinde; savaşlarsa gruplar arasındaki şiddettir. *“Savaşın tersi, modern anlamıyla barış değil, şiddetin yokluğudur.”*⁷²⁰ Son olarak şunu söylemek gerekir ki; Savaş ortamında, doğru ve yanlış birbirine karışır. Barış zamanında suç sayılan fiiller, savaşta istenilen ve hatta

⁷²⁰ Hermann **MANNHEIM**, War and Crime, London 1941, s. 471-474; Teresa **DEGENHARDT**, *“The overlap between war and crime: unpacking Foucault and Agamben's studies within the context of the war on terror”*, Journal of Theoretical and Philosophical Criminology Between War and Crime, C. 5, S. 2, 2013, s. 29-58.

ödüllendirilen bir niteliğe bürünür. Dış kontrol mekanizmalarının değerlendirmesinin değişmesiyle birlikte, kişi artık suç kabul edilmeyen fiilleri işlemekten kaçınmaz hâle gelir. Savaş bir kez başladığında, suçu önlemek veya azaltmak imkânsızlaşır. Bu nedenle savaş suçlarını önlemenin en kolay, en insancıl, en rasyonel ve en ekonomik yolu savaşı engellemekten geçmektedir.



KAYNAKÇA

AHMED Afreen R., *"The Shame of Hwang v. Japan: How the International Community Has Failed Asia's 'Comfort Women'"* Texas Journal of Women and the Law C. 14, S. 1, 2004, s. 121-150.

AKMAN Yağmur Müge, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2015.

AKSAR Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yay., Ankara 2007.

AKSAR Yusuf, Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court, Routledge Yay. London & New York, 2004.

AKSAR Yusuf, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış"*, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. I, S. 3, 2005, s. 1-14.

AKSAR Yusuf, *"Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu"*, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 1, S. 3, UCM Özel Sayısı, 2005, s. 43-56.

AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C. 2, B. 4, Seçkin Yay., Ankara 2017.

ALİBABA Arzu, *"Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu"*, AÜFHD, C. 49, S. 1-4, Ankara 2001, s. 181-207.

ALPKAYA Gökçen, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2002.

AMBOS Kai, “*Sexual Offences in International Criminal Law, With a Special Focus on the Rome Statute of the International Criminal Court*”, Ed. Morten Bergsmo - Alf Butenschøn Skre - Elisabeth J. Wood, Understanding and Proving International Sex Crimes, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing 2012, s. 143-173.

AOI Chiyuki - CONING Cedric de - THAKUR Ramesh, “*Conclusion: Can Unintended Consequences be Prevented Contained and Managed*”, Ed. Chiyuki AOI - Cedric de CONING - Ramesh THAKUR - Unintended Consequences of Peacekeeping Operations, United Nation University Press, 2007, s. 268-279.

ARMAN M. Necip – ŞERBETÇİ Didem, “*Postkolonyal Feminist Teoride Milliyetçilik, Militarizm ve Savaş Karşıtlığı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 14, S. 3, 2012, s. 65-83.

ASKIN Kelly D., “*A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003*”, Human Rights Brief 11, S. 3, 2004, s. 16-19.

ASKIN Kelly D., “*Crimes Within the Jurisdiction of the International Criminal Court*”, Criminal Law Forum, S. 10, 1999, s. 33-59.

ASKIN Kelly D., “*Comfort Women - Shifting Shame and Stigma from Victims to Victimiziers*”, International Criminal Law Review, C. 1, S. 1 ve 2, 2001, s. 5-32.

ASKIN Kelly D., “*Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles*”, Berkeley J. Int'l Law., C. 21, S. 2, 2003, s. 28-348.

ASKIN Kelly D., War Crimes Against Women: Prosecutions in International War Crimes Tribunals, Martius Nijhoff Publishers, Hauge 1997.

ASLAN Beşir, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, Seçkin Yay, B. 3, Ankara 2014.

ASLAN M. Yasin, “*Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu*”, TBBD, S. 73, 2007, s. 239-255.

ASLAN M. Yasin, “*Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye’ye Etkileri*”, AÜHFD, C. 56, S. 4, 2007, s. 55-79.

ASLAN M. Yasin, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yay., Ankara 2014.

ASLAN Muzaffer Yasin, “*The Role of International Criminal Law in the Global War on Terrorism*”, Ankara Law Review, C. 2, S. 1, Yaz 2005, s. 1-48.

ATATÜRK Mustafa Kemal, Nutuk, Bizbize Yay., Ankara 2008.

AYDIN Devrim, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nde Suçun Manevi Unsuru ve Hata*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 27, Şubat 2012, s. 20-23.

AYDIN Devrim, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Yetkin Yay., Ankara 2009.

AYDIN Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2014.

AYDIN Öykü Didem, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, HPD, S. 2, 2004, s. 152-162.

AYGÜN Mesut, “*Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*”, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066.

BANTEKAS Ilias, “*Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law*”, International Criminal Law Review, C. 6, S. 1, 2006, s. 121–136.

BASSIOUNI M. Cherif, International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, Sijthoff & Noordhoff, 1980.

BASSIOUNI M. Cherif, “*Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability*”, Law and Contemporary Problems, C. 59, No. 4, Autumn 1996, s. 9-28.

BASSIOUNI M. Cherif, “*The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*”, The American Journal of International Law, C. 88, S. 4, Oct. 1994, s. 784-805.

BASSIOUNI M. Cherif, “*Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*” Virginia Journal of International Law C. 42, S. 1, 2001, s. 81-162.

BAŞAK Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

BAŞER Murat, İnsancıl Hukuk: Yeni Savaşlar, Yapısal Sorunlar ve Korunmayan İnsan Hakları, Gazi Kitabevi, Ankara 2014.

BATUR YAMANER Melike, “*Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi*”, Erdoğan Teziç’e Armağan, GÜ Yay. Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2007, s. 379-391.

BATUR YAMANER Melike - ÖKTEM A. Emre - KURTDARCAN Bleda - UZUN Mehmet, Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, GÜHF Yay., C. 12, S. 42.

BAYILLIOĞLU Uğur, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye*”, AÜHFD, C. 56, S. 1, 2007, s. 51-121.

BAYTEMİR Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlâka Karşı Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2007.

BEDONT Barbara - HALL-MARTINEZ Katherine, *“Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court”*, Brown Journal of World Affairs Winter/Spring 1999, C. 6, S. 1, s. 65-85.

BENNETT Olivia - WARNOCK Kitty - BEXLEY Jo, *Arms to Fight, Arms to Protect: Women Speak out about Conflict*, London: PANOS, 1995.

BOLING David, *“Mass Rape, Enforced Prostitution, and the Japanese Imperial Army: Japan Eschews International Legal Responsibility”* Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies, C. 1995, S. 3, 1995, s. 1-56.

BOOTH Cherie, *“Uluslararası Ceza Divanı’ndan Beklenenler ve Muhtemel Sonuçlar: Yugoslavya ve Ruanda’da Çıkarılan Dersler”*, Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), *Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği*, Nürnberg’ten Lahey’e, Alfa B., 2014, s.127-150.

BOTTKE Wilfred, *“Sexuality and Crime: The Victims of Sexual Sexual Offenses”* Buffalo Criminal Law Review, C. 293, 1999-2000, s. 293-315.

CAN Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002.

CARPENTER R. Charli, *“Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations”*, Security Dialogue, C. 37, S. 1, Mart 2006, s. 83-103.

CASSESE Antonio - ACQUAVIVA Guido - FAN Mary – WHITING Alex, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, 2011.

CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.

CASSESE Antonio, *“The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”*, European Journal of International Law, S. 10, C. 1, 1999, s. 144-171.

CAŞIN Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, C. 1, Legal Yay., İstanbul 2013.

CHARNEY Jonathan I., “*International Criminal Law and the Role of Domestic Courts*”, The American Journal of International Law, Cambridge University Press, C. 95, S. 1 (January 2001), s. 120-124.

CHARPENTIER-GARANT Andreanne, Understanding and Prosecuting Crimes of Enforced Prostitution under the Framework of the Rome Statute, Universiteit Utrecht, 2012.

CHINKIN Christine, “*Gender-related Violence and International Criminal Law and Justice*”, The Oxford Companion to International Criminal Justice, Yay.Haz. Antonio CASSESE, Oxford University Press, 2009, s. 75-81.

CLAPMAN Andrew, “*Karmaşıklık, suç ortaklığı ve tamamlayıcılık: Nürnberg duruşmalarından yeni Uluslararası Ceza Divanı’nın şafağına doğru*” Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg’ten Lahey’e, Alfa B., 2014, s. 36-62.

CLARK Roger S., “*The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences*”, Criminal Law Forum, C. 12, S. 3, 2002, s. 291-334.

CLAUSEWITZ Carl Von, Savaş Üzerine (Çev. Selma KOÇAK), Doruk Yay., 2011.

COPELON Rhonda, “*Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law*”, McGill Law Journal 46, S. 1, Kasım 2000. s. 217-240.

CRAWFORD James, “*Roma Statüsü’nün Kaleme Alınışı*”, Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg’ten Lahey’e, Alfa Basımevi, 2014, s. 93-150.

CRYER Robert - FRIMAN Hakan – ROBINSON Darryl – WILHMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007.

CRYER Robert, “*The Doctrinal Foundations of International Criminalization*”, in: M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law, C. I, Third Edition*, Martinous Nijhoff Publishers, 2008, s. 107-128.

ÇELİKEL Aysel – ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yay., B. 12, İstanbul 2012.

DAHRENDORF Nicola - SHIFMAN Pamela, “*Sexual Violence in Conflict and Post Conflict: A Need for More Focused Action*”, *Refugee Survey Quarterly*, C. 23, S. 2, 2004, s. 7-19.

DEGAN Vladimir-Djuro, “*On the Sources of International Criminal Law*”, *Chinese Journal of International Law*, C. 4, S. 1, 2005, s. 45–83.

DEGENHARDT Teresa, “*The overlap between war and crime: unpacking Foucault and Agamben’s studies within the context of the war on terror*”, *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology Between War and Crime*, C. 5, S. 2, 2013, s. 29-58.

DEĞİRMENCİ Olgun, “*Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku*”, *İÜHFM C. LXXI, S. 1*, 2013, s. 229-266.

DEĞİRMENCİ Olgun – HAZAR Erdal, “Mülklik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/2, s. 21-71.

DEĞİRMENCİ Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, TAAD, S. 10, Temmuz 2012, s. 455-484.

DEĞİRMENCİ Olgun, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu” Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 120, Aralık 2012, s. 57-96.

DEĞİRMENCİ Olgun, “Uluslararası Suç Olarak Kadına Karşı Cinsel Şiddet Eylemleri”, TBBD, 2010, s. 27-95.

DEMİRBAŞ Timur, Kriminoloji, Seçkin Yay., B. 6, Ankara 2016.

DICEY A. V., Introduction to the Study of Law of the Constitution, B. 8, London 1959.

DİLEK Mehmet Sait, “Büyük Güçlerin Politikaları ve Briand-Kellogg Paktı”, Uluslararası İlişkiler, C. 10, S. 37, (Bahar 2013), s. 145-169.

DİKEN Bülent - LAUSTSEN Carsten Bagge, “Becoming Object: Rape as a Weapon of War”, Body Society, C. 11, S. 1, 2005, s. 111-128.

DOĞAN Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet Yay., Ankara 2011.

DÖNMEZER Sulhi, Kriminoloji, B. 6, İÜHF Matbaası, İstanbul 1981.

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1994.

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, B. 8, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

EDWARDS Alice, Violence Against Women under International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2011.

ELLIOTT Catherine, “*The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law*”, 11 Criminal Law Forum, 2000, s. 36–38.

EKİCİ ŞAHİN Meral, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yay., İstanbul 2012.

ERDAL Meryem, “*Cinsel İşkence Konusundaki Yaklaşımlar ve Cinsel İşkencenin Hukuksal Değerlendirilmesi*”, Kadına Yönelik Şiddet ve Hekimlik Sempozyumu, Ankara Tabip Odası Yay., 2003, s. 173-200.

ERTUĞRUL Ümmühan Elçin, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler, Yetkin Yay., Ankara 2017.

ESER Albin, “*Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri*” (Çev. Faruk TURHAN), Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 3-35.

FEYZİOĞLU Metin, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu Yay., 2003.

FINNIN Sarah, “*Mental Elements Under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court a Comparative Analysis*”, International and Comparative Law Quarterly, S. 61, Nisan 2012 s. 325-359.

GORDON Gregory S., “*The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law*”, The Hidden Histories of War Crimes Trials (Edited by Kevin Jon HELLER and Gerry SIMPSON), Oxford University Press, 2013, s. 13-49.

GÖNLÜBOL Mehmet, Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, B. 3, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

GRAYSON James W., "*The Defence of Superior Orders in the International Criminal Court*", Nordic Journal International. Law, S. 64, 1995, s. 243-260.

GREAR Anna, "*Sexing the Matrix*", Gender, Sexualities and Law, Ed. Jackie Jones - Anna Gear - Rachel Anne Fenton - Kim Stevenson, Routledge Yay., Oxon 2011, s. 39-52.

GREEN Lezlie L., "*Gender Hate Propaganda and Sexual Violence in the Rwandan Genocide: An Argument for Intersectionality in International Law*", Columbia Human Rights Law Review, C. 33, S. 3, 2002, s. 733-776.

GROTIUS Hugo, Savaş ve Barış Hukuku, (Çev. Seha L. Meray), Say Yay. İstanbul 2011.

GÜLLER Nimet – ZAFER Hamide, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Bonn Almanya 2006.

GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk, Ed. Reşat Volkan GÜNEL, Beta Yay., B. 8, İstanbul 2015.

GÜNEYSU Gökhan, "Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 833-849.

GÜNGÖR Devrim, "*Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata*", TBBD, C. 68, 2007, s. 135-160.

HAFIZOĞULLARI Zeki, “*Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*” Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005, s. 1-8.

HAFIZOĞULLARI Zeki– ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 8, Ankara 2015.

HEALEY Sharon A., “*Prosecuting Rape under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia*”, Brooklyn Journal of International Law C. 21, S. 2, 1995, s. 327-384.

HEBEL Herman Von – ROBINSON Darryl, “*Crimes within the Jurisdiction of the Court*”, The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague 1999, s. 79-126.

HEYZER Noeleen, Women, War and Peace: Mobilizing for Security and Justice in the 21st Century, Ed. Emiko Noma, University of San Diego, 2004.

HOEFGEN Anne M., “*There Will Be No Justice Unless Women Are Part of That Justice: Rape in Bosnia, the ICTY and Gender Sensitive Prosecution*”, Wisconsin Women's Law Journal, C. 14, S. 2, 1999, s. 155-180.

KANGAL Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin Yay., Ankara 2003.

KARAKEHYA Hakan, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk*”, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s.133-163.

KARAOSMANOĞLU Fatih, İnsan Hakları, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2012.

KARPETZ I.I., “*International Criminal Law and International Crimes*”, Touro Journal of Transnational Law 1, S. 2 (Spring 1990) s. 325-334.

KELLEÇİ Tuğçe, “*Cinsiyetçi Milliyetçilik ve Savaşlarda Cinsel Şiddetin Kullanımı: Bosna Örneği*”, Alternatif Politika, S. 9 (3), 2017, s. 409-441.

KESKİN ATA Funda, “*Uluslararası Hukukta Savaş ve Barış*”, Mülkiye Dergisi, S. 38(3), 2014, s. 83-99.

KESKİN KIZIROĞLU Serap, “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar*”, Ord.Prof.Dr. Sulhi DÖNMEZER Armağanı, Ankara 2008, s. 995-1004.

KITTICHAISAREE Kriangsak, International Criminal Law, Oxford University Press, 2001.

KOCASAKAL Ümit, “*Uluslararası Daimi Ceza Mahkemesi Süreci*”, Güncel Hukuk Dergisi, S. 20, Ağustos 2005, s. 17-19.

KOLASI Klevis, “*Savaşın Değişen Niteliği ve Jus ad Bellum ve Jus in Bello’ya Etkisi*”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 35, 2017, s. 1-29.

KÖKNEK Özcan, Bireysel ve Toplumsal Şiddet, Altın Kitaplar Yay., B. 2, 2000.

KÖPRÜLÜ Timuçin, Suçluların Geri Verilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2001.

KÖPRÜLÜ Timuçin, Ulusal ve Uluslararası Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, AÜSBE, Ankara 2008.

KÜHNE Hans-Heiner, “*Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesi*”, Hukuk Kurultayı 2000 (12–16 Ocak 2000), s. 265-271.

KÜLÇÜR Erdem İzzet, “*Uluslararası Suçlar, Sınırışan Suçlar ve Yabancılik Unsuru Kavramlarına Dar ve Geniş Anlamda Bir Bakış*”, Suç ve Ceza Dergisi, S. 1, 2, 2016, s. 7-45.

LAI Grace, “*Comfort Women in Japan and Korea*”, Dalhousie J. Legal Study, C. 11, 2002, s. 32-64.

MACKINNON Catherine A., *“Turning Rape into Pornography: Postmodern Genocide”*, Mass Rape: The War against Women in Bosnia-Herzegovina, Ed. Alexandra STIGLMAYER, University of Nebraska Press, Lincoln & London 1993, s. 73-81.

MANNHEIM Hermann, War and Crime, London 1941.

MAVİŞ Volkan, *“İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu Kapsamındaki Cinsel Şiddet Fiilleri”*, TBBD, S. 130, s. 13-54.

MCCAUSLAND Courtney, *“From Tolerance to Tactic: Understanding Rape in Armed Conflict as Genocide”* Michigan State International Law Press, C. 25, S.1, 2017, s. 150-191.

McDOUGALL Gary J., Contemporary Forms of Slavery, Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery –Like Practices During Armed Conflict, United Nations Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998.

METTRAUX Guénaél, *“Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”*, Harvard International Law Journal, C. 43, S. 1. 2002, s. 237-316.

MERAY Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, C. 2, Ajans Türk Matbaası, B. 4, Ankara 1975.

MERON Theodor, *“Rape as a Crime Under International Humanitarian Law.”*, The American Journal of International Law, C. 87, S. 3, 1993, s. 424–428.

MILLER Anthony J., *“Legal Aspects of Stopping Sexual Exploitation and Abuse in U.N. Peacekeeping Operations”*, Cornell International Law Journal C. 39, S. 1, 2006, s.71-96.

MILILLO Diana, “*Rape as a Tactic of War: Social and Psychological Perspectives*”, Affila: Journal of Women and Social Work, C. 21, S. 2, 2006, s.196-205.

MOROĞLU Nazan, Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi, XII Levha Yay., İstanbul 2009.

MORRIS Madeline, “*By Force of Arms: Rape, War, and Military Culture*”, Duke Law Journal, C. 45, S. 4, 1996, s. 651-777.

MUELLER Gerhard O. W., “*Transnational Crime: Definitions and Concepts*”, in: Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses Ed. Phil Williams – Dimitri Vlassis, Italy 2001.

NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yay., B. 19, İstanbul 2011.

NUSAIR Isis, “*Gendered, Racialized, and Sexualized Torture at Abu Ghraib*”, Feminism and War: Confronting U.S. Imperialism Ed. Robin L. Riley - Chandra Talpade Mohanty - Minnie Bruce Pratt, Zed Books, London & New York 2008, s. 179-193.

O'BRIEN Melanie, “*'Don't Kill Them, Let's Choose Them as Wives': The Development of The Crimes of Forced Marriage, Sexual Slavery and Enforced Prostitution in International Criminal Law*”, The International Journal of Human Rights, C. 20, S. 3, 2016, s. 386-406.

ODMAN Tevfik, “*Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı*”, AÜHFD, S. 1, C. 45, 1996, s. 131-151.

OOSTERVELD Valerie, “*Sexual Slavery and The International Criminal Court: Advancing International Law*”, Michigan Journal of International Law, C. 25, S. 3, 2004, s. 606-651.

OVERY Richard, “*Nürnberg Duruşmaları: Uluslararası Hukukun İnşası*”, Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg’ten Lahey’e, Alfa B., 2014, s. 13-33.

ÖKTEM Akif Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, B. 2, Der Yay., İstanbul 2011.

ÖNOK Murat, “*UCD’nin Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk*”, Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 171-244.

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

ÖNOK R. Murat, Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği, Ankara 2010.

ÖNOK R. Murat, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yay., Ankara 2019.

ÖZEN Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2007, B. 2, s. 165.

PALMIOTTO Michael J.- UNNITHAN Prabha, Policing & Society: A Global Approach, Delmar Cengage Learning, 2011.

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, B. 16, Ankara 2017.

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap, B. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

PEARCE Hannah, *"An Examination of the International Understanding of Political Rape and the Significance of Labeling It Torture"*, International Journal of Refugee Law C. 14, S. 4, 2002, s. 534-560.

RE ROCA Ines Monica Weinberg, *"Ten Years and Counting: The Development of International Law at the ICTR"*, New England Journal of International and Comparative Law 12, S. 1, 2005, s. 69-80.

REHN Elisabeth - SIRLEAF Ellen Johnson, Women, War, Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-building, Progress of the World's Women, United Nations Development Fund for Women, 2002.

ROLING Bert V.A., *"Criminal Responsibility for Violations of The Laws of War"*, directed by Antonio CASSESE, Respect for Human Rights in Armed Conflicts: the Existing and the Emerging Law, Napoli 1979, s. 9-26.

RUSSELL-BROWN Sherrie L., *"Rape as an Act of Genocide"*, Berkeley Journal of International Law C. 21, S. 2, 2003, s. 350-374.

SAMBUR Bilal, *"Kürtaj: Hayat mı, Hürriyet mi?"*, Liberal Düşünce Dergisi, Y. 17, S. 67, Yaz 2012, s. 23-30.

SANCAR Mithat, Geçmişle Hesaplaşma Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yay., B. 2, İstanbul 2008.

SANDS Philippe, *"Pinochet'den Sonra: Ulusal Mahkemelerin Rolü"*, Ed. Philippe SANDS (Çev. Hazal Ungan ÇALIŞKAN), Uluslararası Ceza Adaletinin Geleceği, Nürnberg'ten Lahey'e, Alfa B., 2014, s. 63-91.

SASSÒLI Marco - BOUVIER Antoine A. - QUINTIN Anne, How Does Law Protect In War?, C. 3, Geneva: ICRC.

SCHABAS William A., Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş (Çev. Gülay ARSLAN), Cambridge University Press, B. 2, İstanbul 2004.

SCHARF Michael P., “*The Case for a Permanent International Truth Commission*”, Duke Journal of Comparative and International Law, C. 7, 1997, s. 375-408.

SCHNEIDER Mary Deutsch, “*About Women, War and Darfur: The Continuing Quest for Gender Violence Justice*”, North Dakota Law Review, C. 83, S. 3, 2007, s. 915-996.

SEAL Julian, “*Superior Orders as a Defense before the International Criminal Court*”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law C. 12, 2012-2013, s. 209-252.

SHARP Walter Gary Sr., “*International Obligations to Search for and Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia*”, 7 Duke Journal of Comparative & International Law, S. 411, 1997, s. 411-460.

SHOTTON Anna, “*A Strategy to Address Sexual Exploitation and Abuse by United Nations Peacekeeping Personnel*”, Cornell International Law Journal C. 39, S. 1, 2006, s. 97-108.

SKJELSBÆK Inger, “*Sexual violence in times of war: A new challenge for peace operations?*”, International Peacekeeping, C. 8, S. 2, 2001, s. 69-84.

SIVAKUMARAN Sandesh, “*Sexual Violence Against Men in Armed Conflict*”, The European Journal of International Law, C. 18, S.2, 2007, s. 253-276.

SOKULLU AKINCI Füsun, Viktimoloji (Mağdur Bilim), Beta Yay., B. 2, İstanbul 2008.

SOYGÜT Mualla Buket, “*Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü’nün 8. Maddesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları*”, Erdoğan Teziç’e Armağan, GÜ Yay. Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2007, s. 709-730.

ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006.

TANER Fahri Gökçen, “*Kadının Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm*”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Gülriz UYGUR – Nadire ÖZDEMİR, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 238-274.

TANER Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2017.

TAŞDEMİR Fatma, Uluslararası Nitelikte-Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

TELLENBACH Silvia, “*Roma Statüsü Kabul Edilmeli midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri*” Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 71-79.

TETİK Ahmet – GÜZEL Mehmet Şükrü, Kızılay ve Kızılhaç Belgeleriyle Osmanlılara Karşı İşlenen Savaş Suçları, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2013.

TEZCAN Ercüment - TAŞDEMİR Fatma, Silahlı Çatışmalar Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Suriye İç Savaşının Analizi, Ankara Strateji Enstitüsü Yay., Ankara 2013.

TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK Murat, 5237 sayılı Kanuna Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., B. 4, Ankara 2006.

TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan – ÖNOK Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2014.

TEZCAN Durmuş, “*Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı*” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12–16 Ocak 2000), s. 271-289.

TOMPKINS Tamara L., “*Prosecuting Rape as a War Crime: Speaking the Unspeakable*”, Notre Dame L. Rev., C. 70, S. 4, 1995, s. 845-890.

TOPAL Ahmet Hamdi, “*Uluslararası Terorizm ve Uluslararası Ceza Mahkemesi*”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 1, S. 3, 2005, s. 77-92.

TOPAL Ahmet Hamdi, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, XII Levha Yay., İstanbul 2009.

TOROSLU Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

TOROSLU Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

TOROSLU Nevzat – ERSOY Yüksel, “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), Ankara 2004, s. 17.

TURHAN Faruk, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi*”, Yay.Haz. Feridun YENİSEY, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 123-134.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yay., İstanbul 2006.

TZU Sun, Savaş Sanatı (Çev. Pinar ERTURAN), Remzi Kitabevi, İstanbul 2017.

UYAROĞLU YILDIZ Pınar, “*Ebu Garip İşkence Fotoğrafları: Şiddetin Politik İkonografisi*”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, S. 43, 2007, s. 11-30.

UZUN Elif, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, AÜSBD, 2003/2, s. 25-48.

UZUN Mehmet Cengiz, “Savaşın Değişen Yüzü Karşısında Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar”, Erdoğan Teziç’e Armağan, GÜ Yay. Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2007, s. 745-767.

VARLIK Ali Bilgin, “Savaşı Tanımlamak: Terminolojik Bir Yaklaşım”, Avrasya Terim Dergisi, S. 2, 2013, s. 14-129.

VURAL Sezin, İnsan Ticareti Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2018.

WARBRICK Colin - MCGOIDRICK Dominic - FOX Hazel, “*The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State*”, International and Comparative Law Quarterly, S. 48 C. 1, 1999 s. 207-216.

WERLE Gerhard - JESSBURGER Florian, Principles of International Criminal Law, Third Edition, Oxford University Press, 2014.

WIRTH Steffen, “Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, Criminal Law Forum”, C. 12, S. 4, 2001, s. 429-458.

WIRTH Steffen, “Committing Liability in International Criminal Law”, The Emerging Practice of the International Criminal Court (Ed. Gören Sluiter – Carsten Stahn), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2009, s.329-337.

YALÇIN SANCAR Türkan, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 1998.

YALÇIN Türkân - KÖPRÜLÜ Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Yayınevi, B. 7, 2019.

YALÇIN Türkân, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yay., Ankara 2019.

YENERER ÇAKMUT Özlem, “*Türk Ceza Yasası ’nda Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 1, İstanbul 2008, s. 710-728.

YENERER ÇAKMUT Özlem, “*Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi*”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, S. 2-I, s. 49-54.

YENİSEY Feridun, Milletlerarası Ceza Hukuku, Beta Yay., İstanbul 1998.

YOKUŞ SEVÜK Handan, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları*”, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005, s. 119-145.

YOKUŞ SEVÜK Handan, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*”, TBBD, S. 57, 2005, s. 243-282.

YUMUL Arus, “*Savaş ve Kadın*”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 1, 2004, s. 39-47.

YURTCAN Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kazancı Hukuk Yay., B. 2, İstanbul 2006.

ZAHAR Alexandar - SLUITER Göran, International Criminal Law, Oxford University Press, 2007.

ZIMMERMAN Andreas, “*Superior Orders*”, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Ed. Antonio CASSESE - Paola GAETA - John, R.W.D. Jones, C. 1, s. 957-974.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

DELZOTTO Augusto - JONES Adam, “*Male-on-Male Sexual Violence in Wartime: Human Rights’ Last Taboo?*”, Annual Convention of the International Studies Association, 23–27 Mart 2002, <http://adamjones.freesevers.com/malerape.htm> (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

MACHEL Graça, “*The Impact of Armed Conflict on Children*”, International Conference On War-Affected Children Expert of the Secretary General of the United Nations, Winnipeg Canada, September 2000, 1996, s. 16, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/INTERNATIONAL%20CONFERENCE%20ON%20WAR.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

PELTOLA Larissa, “*Rape as a Weapon of War and Genocide*” s. 3 <https://www.cmc.edu/sites/default/files/humanrights/Rape%20as%20a%20tool%20of%20war.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2018)

<https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/docs/2014/unsg-guidance-note-reparations-for-conflictrelated-sexual-violence-2014-en.pdf?la=en&vs=1356> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)

<http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 08.03.2019)

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000F0383:EN:HTML> (Erişim Tarihi: 13.10.2019)

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 03.12.2019)

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>

(Erişim Tarihi: 12.10.2019)

<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler->

[Antlasmasi.pdf](#) (Erişim Tarihi: 26 Ocak 2020)

<http://nurnberg.bk.mfa.gov.tr/Mission> (Erişim Tarihi: 15.11.2019)

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1632.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1520.pdf> (Erişim Tarihi: 28.10.2019)

<https://www.amerikaninsesi.com/a/amerika-kurtaj-yuruyus-baskan-donald-trump-beyaz-saray/5259304.html> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

<https://tr.sputniknews.com/abd/201905161039069218-kurtaji-yasaklayan-alabama-senatosuna-tepki-dinmiyor/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

<https://www.politico.eu/article/italy-abortion-divide-politics-gives-new-life-to-anti-abortion-campaign/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

<https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/athens-metro-advertises-anti-abortion-campaign/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

<https://www.sozcu.com.tr/2016/gundem/akpnin-kadin-karnesi-1170432/> (Erişim Tarihi: 24.02.2020)

https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en#12 (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

<https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/TheCourtTodayEng.pdf> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-1> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-95> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47893273> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47893272> (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

http://www.iccnw.org/documents/FS-1422and1487Chronology_26March2008.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

<https://www.hukukihaber.net/dinlence/tarihi-nurnberg-mahkemesi-ve-yargilanan-kisiler-h70386.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2019)

<https://www.hukukihaber.net/dinlence/tarihi-nurnberg-mahkemesi-ve-yargilanan-kisiler-h70386.html> (Erişim Tarihi: 14.10.2019)

<https://unictr.irmct.org/en/cases> (Erişim Tarihi: 29.08.2019)

<http://www.mfa.gov.tr/uluslararası-ceza-divanı-ve-türkiye.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 07.04.2019)

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf (Erişim Tarihi: 05.04.2019)

<https://www.legal-tools.org/doc/5e6109/pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

http://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1998_icc/docs/english/vol_2.pdf&lang=EF (Erişim Tarihi: 11.10.2019)

<http://www.awf.or.jp/pdf/h0056.pdf> (Erişim Tarihi: 07.04.2019)

<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0631.pdf> (Erişim Tarihi: 14.03.2019)

www.jstor.org/stable/2187841 (Erişim Tarihi: 14.04.2019)

<https://www.icrc.org/en/doc/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> (Erişim Tarihi: 06.04.2019)

<https://trialinternational.org/latest-post/jean-paul-akayesu/> (Erişim Tarihi: 28.11.2019)

<https://www.un.org/press/en/1998/19980714.12884.html> (Erişim Tarihi: 04.12.2019)

https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2019)

<https://www.amnesty.org/download/Documents/100000/afr620342003en.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2019)

http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

<https://trialinternational.org/latest-post/ivan-l-frederick-ii/> (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

<https://www.theguardian.com/world/2004/oct/22/usa.iraq> (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

<https://www.hrw.org/topic/international-justice/bosco-ntaganda> (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

<https://www.hrw.org/news/2019/07/08/icc-congo-warlord-guilty-crimes-against-humanity> (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/general958.pdf> (Erişim Tarihi: 18.03.2018)

<http://www.radikal.com.tr/hayat/liberyali-yorgun-savasci-kadin-sefkatine-muhtac-804755/> (Erişim Tarihi: 21.03.2019)

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (Erişim Tarihi: 18.09.2019)

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/N%C3%BBr-suresi/2821/30-ayet-tefsiri> (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0510.pdf> (Erişim Tarihi: 26.06.2020)

<https://www.unicef.org/sowc96pk/sexviol.htm> (Erişim Tarihi: 17.09.2019)

<https://fas.org/irp/agency/dod/taguba.pdf> (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

<http://www.awf.or.jp/pdf/h0004.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2019)

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1494> (Erişim Tarihi: 22.09.2019)

<https://www.icc-cpi.int/pages/crm.aspx> (Erişim Tarihi: 28.11.2019)

[http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11596&lang=en)

[ViewHTML.asp?FileID=11596&lang=en](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11596&lang=en) (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (Erişim Tarihi: 01.11.2019)

<http://www.un.org/documents/ga/res/51/ares51-115.htm> (Erişim Tarihi 12.03.2018)

<https://www.hrw.org/reports/2002/drc/Congo0602.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2019)

<https://www.theguardian.com/law/2017/jan/16/trial-ex-child-soldier-dominic-ongwen-to-hear-prosecution-case-icc-uganda> (Erişim Tarihi: 06.11.2019)

<https://haber.sol.org.tr/dunyadan/isvecte-zorla-kisirlastirma-haberi-27139> (Erişim Tarihi: 05.11.2019)

<https://tr.sputniknews.com/yasam/201904241038858734-48-yillik-utanc-kanunu-japonya-zorla-kisirlastirilan-vatandaslarindan-ozur-diledi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2019)

<https://www.dw.com/tr/roman-kad%C4%B1nlara-zorla-k%C4%B1s%C4%B1rla%C5%9Ft%C4%B1rma/a-2524231> (Erişim Tarihi: 05.11.2019)

<https://www.tarihotesi.com/ruanda-soykirimi/> (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2020)

https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarinaDairSozlesme.pdf (Erişim Tarihi: 25.10.2019)

<http://go.galegroup.com/ps/i.do?v=2.1&u=ankara&it=r&id=GALE|A151379274&p=AONE&sw=w> (Erişim Tarihi: 23.03.2019)

DiğER KAYNAKLAR

Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri (I-III), Atatürk Araştırma Merkezi Yay., C. II, Ankara 1997.

Shattered Lives, Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath, Human Rights Watch/Africa, Human Rights Watch Women's Rights Project, 1996.

Nokta Haftalık Haber Dergisi, 6-12 Haziran 1983, S. 45.



DAVALAR

Separate Opinion of Judge Luz Del Carmen Ibáñez **CARRANZA**, (No: ICC-01/04-01/06 A7 A8), https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2019_05634.PDF (Erişim Tarihi 22.09.2019)

Prosecutor v. Kunarac, Trial Judgement, (IT-96-23/1), 22 February 2001, <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> (Erişim Tarihi: 04.03.2020)

Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995), <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 29.08.2019)

Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, Case No: ICTR-95-1B-T, Trial Chamber III, 28 April 2005, <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1b/trial-judgements/en/050428.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2020)

The Appeals Chamber “*Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Bosco Ntaganda*”, (ICC-01/04-02/06 OA5), 15 June 2017, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_03920.PDF (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

Prosecutor v. Akayesu, Case No: ICTR-96-4-T, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, <http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2019)

Prosecutor v. Miroslav Kvocka et al. (Trial Judgement), IT-98-30/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 November 2001, <https://www.refworld.org/cases,ICTY,4148117f2.html> (Erişim Tarihi: 17.09.2019)

The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko & Others, Case No. ICTR-98-42-A, [http://www.europeanrights.eu/public/provvedimenti/OKRUANDA-ICTR -
Nyiramasuhuko et al..pdf](http://www.europeanrights.eu/public/provvedimenti/OKRUANDA-ICTR-_Nyiramasuhuko_et_al..pdf) (Erişim Tarihi: 19.03.2019)

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, (ICC-01/04-01/06), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03947.PDF (Erişim Tarihi: 02.05.2019)

Prosecutor v. Cesić, Sentencing Judgment, (IT-95-10/1-S), <http://www.icty.org/x/cases/cesic/tjug/en/ces-tj040311e.pdf> (Eriřim Tarihi: 24.03.2019)

Prosecutor v. Delalic and others, Trial Judgment, (IT-96-21), 16 November 1998, (IT-96-23/1), https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf (Erişim Tarihi: 04.03.2020)

Trial Chamber III, “*Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, (ICC-01/05-01/08), 21 March 2016, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF (Erişim Tarihi: 13.10.2019)

Prosecutor v. Brima, Kamaru, Kanu; (AFRC Case), <https://www.legal-tools.org/doc/87ef08/pdf/> (Erişim Tarihi 27.08.2019)

AFRC Case Appeal Judgment, <https://www.legal-tools.org/doc/4420ef/pdf/> (Erişim Tarihi 28.08.2019)

Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06), Trial Chamber VI, 4 January 2017, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_00011.PDF (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

Trial of **Washio Awochi**, Netherlands Temporary Court-Martial at Batavia (Judgment Delivered On 25th October 1946), <https://www.legal-tools.org/doc/34df8e/pdf/> (Erişim Tarihi: 04.11.2019)

Situation in Uganda in the Case of the **Prosecutor v. Dominic Ongwen**, Case No.: ICC-02/04-01/15, 23, Pretrial Chamber III, 23 March 2016, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02331.PDF (Erişim Tarihi: 06.11.2019)

Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgment, Case No: IT-97-24, <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf> (Eriřim Tarihi: 24.03.2019)

Prosecutor v. Vlastimir Đorđević, Case No. IT-05-87/1-T, Trial Chamber II, 23 February 2011, https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf (Eriřim Tarihi: 06.11.2019)

Request Under Regulation 46(3) of The Regulations of The Court, Pre-Trial Chamber I, No. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03510.PDF (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of Myanmar, Summary of the Prosecutor's request for authorisation of an investigation pursuant to article 15 of the Rome Statute, 4 July 2019, <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-07-04-otp-summary-request-Bangladesh-Myanmar-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2019)

Prosecutor v. Drazen Erdemović, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgement of Trial Chamber, (29 November 1996) <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf> (Eriřim Tarihi: 06.12.2019)

Prosecutor v. Drazen Erdemović, Case No. IT-96-22-Tbis, Sentencing Judgement of Trial Chamber , (5 March 1998), <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-tsj980305e.pdf> (Eriřim Tarihi: 06.12.2019)



ÖZET

Savaş gerçeği ve savaşlarda işlenen cinsiyet ve toplumsal cinsiyet temelli suçlar, uluslararası hukukta savaşın yasaklandığı günümüz dünyası için dahi güncelliğini ve önemini hâlâ devam ettirmektedir.

Cinsel şiddet, yalnızca mağdur bireyler üzerinde bir tahribata yol açmakla kalmaz ayrıca toplumların cinselliğe bakışı ve atfettiği önem nedeniyle, toplumların üzerinde de ağır ve nesilden nesile aktarılan bir etkide yıkıma sebep olur. Bu yıkıcılığı nedeniyle cinsel şiddete, dört çekirdek uluslararası suçun üçünde doğrudan yer verilmiştir.

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenebilen cinsel şiddet fiilleri Roma Statüsünde aynı isimlerle yer verilmiş olup, bunlar ırza tecavüz, cinsel kölelik, fuhşa zorlama, gebeliğe zorlama, zorla kısırlaştırma ve Cenevre Sözleşmelerini ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet fiilleri olmak üzere altı başlıkta toplanmıştır.

Barış zamanlarında dahi mağdurların bildirmekte, yetkililerin kovuşturmakta, faillerin itiraf etmekte diğer suçlara nazaran çok daha az istekli olduğu cinsel şiddet suçları, savaş zamanlarında daha da içinden çıkılmaz bir hâl almaktadır.

Her ne kadar Türkiye, bu çalışmanın yapıldığı tarih itibariyle Roma Statüsüne taraf olmasa da gerek vatandaşlarının, Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisine girebileceği durumlar gerekse uluslararası hukukun konuya yaklaşımının iç hukuka sağlayabileceği katkılar göz önünde bulundurularak bu çalışma gerçekleştirilmiştir.

Bu çalışma ile öncelikle uluslararası suç kavramı ortaya konmaya çalışılmış, devamında uluslararası ceza mahkemeleri ve buna paralel olarak cinsel şiddet fiillerinin kodifikasyonu, son olaraksa uluslararası hukukta cinsel şiddet ve savaş suçları

kapsamındaki cinsel şiddet fiilleri, uluslararası ceza hukuku disiplini dahilinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler : Savaş Suçları, Cinsel Şiddet, Irza Tecavüz, Cinsel Kölelik, Fuhşa Zorlama, Gebeliğe Zorlama, Zorla Kısırlaştırma, Cenevre Sözleşmelerini Ciddi Şekilde İhlal Eden Diğer Cinsel Şiddet Filleri.



ABSTRACT

The reality of war and gender and gender-based crimes committed in wars remain current and important, even for today's world where war is prohibited in international law.

Sexual violence not only causes destruction on victimized individuals but also causes destruction on the societies, have an impact serious and transferred generation to generation, due to the society's view of sexuality and the importance it attributes. Because of this destructiveness, sexual violence is directly addressed in three of the four core international crimes.

The acts of sexual violence that can be committed in international and non-international armed conflicts are included in the Rome Statute with the same names, which are listed under six headings: committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, any other form of sexual violence also constituting a serious violation of article 3 common to the four Geneva Conventions.

Even in times of peace, victims are less willing to report, authorities are less willing to prosecute, and perpetrators are less willing to confess relatively other crimes when it comes to sexual violence so that it becomes even more insurmountable in times of war.

Although Turkey is not the party of the Rome Statute, as of the date of this study, this study was conducted in mind that citizens can enter the Court jurisdiction cases as well as contributions of the approach to the subject of international law may provide in domestic law.

With this study, firstly, the concept of international crime was tried to be introduced, and subsequently, the international criminal courts and the codification of sexual violence acts in parallel with the courts, and finally, sexual violence acts in international law and acts of sexual violence subject to war crimes were examined within the discipline of international criminal law.

Key Words : War Crimes, Committing Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilization, any other form of sexual violence also constituting a serious violation of article 3 common to the four Geneva Conventions.

