



T.C.

**YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

Yüksek Lisans Tezi

Elif Kardelen ŞEN

ARALIK - 2018

**MİLLETLERARASI HUKUKTA VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA
SOYKIRIM SUÇU**

ELİF KARDELEN ŞEN

TARAFINDAN

**ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE
SUNULAN TEZ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

KASIM 2018

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Elif Kardelen ŞEN

ÖZET

MİLLETLERARASI HUKUKTA VE TÜRK CEZA KANUNU'NDA SOYKIRIM SUÇU

ŞEN, ELİF KARDELEN
YÜKSEK LİSANS, KAMU HUKUKU
Tez Yöneticisi: Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇELEN

Kasım 2018, 209 sayfa

“Milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak” şeklinde tanımlanan soykırım, fiili olarak tarihin en eski dönemlerinden beri insanlığın bir gerçeği olmakla birlikte, bu fiilin bir suç olarak tanımlanması ve milletlerarası hukukta düzenlenmesi ancak 20. yüzyılda söz konusu olabilmıştır. Bu çerçevede, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi BM’ye üye devletlerce kabul edilmiş ve bu sözleşme gereğince devletlere bu suç tipi ile ilgili önleyici ve cezalandırıcı görev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Türkiye de bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmek üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda gerekli düzenlemeyi yapmıştır.

ABSTRACT

THE CRİME OF GENOCİDE İN İNTERNATİONAL LAW AND THE TURKİSH CRİMİNAL CODE

ŞEN, ELİF KARDELEN

LL.M., Department of Public Law

Supervisor: Assis. Prof. Dr. Ömer ÇELEN

November 2018, 211 sayfa

Genocide defined in the form of eliminating national, ethnic, racial, or religious group partly or completely has been considered human reality since ancient times, but this activity has been regarded as actual crime and regulated in International Law only in 20th century. In this frame, UN Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide has been accepted by the members of UN and pursuant to this Convention, states have undertaken preventive and punitive duties and responsibilities. In this regard, Turkey has made necessary amendments in the Turkish Criminal Law numbered 5237 to fulfill its obligation.

THA

İnsanlık ailesinin tüm soykırım mağdurlarına...

TEŞEKKÜR

Değerli tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇELEN'e ve kıymetli dostum Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ'e araştırma sürecindeki tavsiyeleri, tenkitleri ve destekleri için şükranlarımı sunarım.

Ayrıca hukuk eğitimimi tamamlamamda sonsuz emeklerini esirgemeyen, beni lisansüstü eğitime teşvik eden ve tez çalışmam boyunca da destekleriyle yanımda olan annem Yüksel ŞEN ve babam Recepcan ŞEN'e; çalışmamın bilgisayar ortamına aktarılmasında en büyük yardımı sağlayan sevgili nişanlım Ömer GÜLER'e teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İTHAF	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
MİLLETLERARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIMIN SUÇ OLARAK KABUL EDİLME SÜRECİ.....	6
A. SOYKIRIM KAVRAMI, TANIMI, TARİHİ SÜREÇTE KULLANIMI.....	6
B. SOYKIRIMIN MİLLETLERARASI HUKUKTA SUÇ OLARAK KABUL EDİLME SÜRECİ.....	10
1. Birinci Dünya Savaşı'na Kadar Yaşanan Gelişmeler	14
2. Birinci Dünya Savaşı Sonrasında Yaşanan Gelişmeler.....	16
3. İkinci Dünya Savaşı Sonrasında Yaşanan Gelişmeler	19
C. SOYKIRIM SUÇUNUN YARGILANMASINA YÖNELİK MİLLETLERARASI MAHKEMELER.....	23
1. Ad Hoc Mahkemeler	24
a. SSÖCS'nin Kabul Edilmesinden Önce Kurulan Mahkemeler.....	24
(1). Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi	24
(2). Uzakdoğu Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi.....	26
(3). Nüremberg ve Tokyo Mahkemelerine Yöneltilen Eleştiriler	27
b. SSÖCS'nin Kabul Edilmesinden Sonra Kurulan Mahkemeler	30
(1). Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi.....	30
(2). Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi.....	31
2. Daimi Mahkemeler	32
a. Milletlerarası Ceza Mahkemesi	32
b. Milletlerarası Adalet Divanı.....	33

D. SOYKIRIM SUÇUNUNUN TÜRK HUKUKUNDA YER ALMA SÜRECİ	34
1. Osmanlı Dönemi	35
a. Sözde Ermeni Soykırımı İddialarına Konu Olan Dönem.....	35
b. Soykırım Suçunu Oluşturan Fiillerin Osmanlı Hukuku'ndaki Yeri	40
2. Cumhuriyet Dönemi	45
a. 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanunu ve Soykırım Suçu	45
b. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve Soykırım Suçu	46
İKİNCİ BÖLÜM	
SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİ.....	47
A. SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİNİN HAZIRLANMASI VE KABUL EDİLMESİ.....	47
B. SÖZLEŞMEYE GÖRE SOYKIRIM SUÇU	50
1. Suçun Tanımı.....	53
2. Suçla Korunan Hukuki Değer	55
3. Suçun Unsurları	56
a. Soykırım Suçunun Maddi Unsuru	56
b. Soykırım Suçunun Manevi Unsuru	57
c. Hukuka Aykırılık.....	58
4. Suçun Özel Görünüş Halleri.....	58
a. Genel Değerlendirme.....	58
b. Soykırım Yapmak İçin Anlaşmak	59
c. Soykırımda Bulunulmasını Doğrudan ve Aleni Surette Tahrik	60
d. Soykırımda Bulunmaya Teşebbüs	61
e. Soykırıma İştirak	62
f. İçtima	63
5. Soykırım Sözleşmesi'nde Devletlere Atfedilen Yükümlülükler.....	63
6. Soykırım Sözleşmesi'nde Bağışıklık.....	64
7. Soykırım Sözleşmesi'nin Devletler İçin Bağlayıcılığı	67
8. Soykırım Sözleşmesi'nde Cezai Sorumluluğu Engelleyen Sebepler	68
a. Akıl Hastalığı.....	69
b. Sarhoşluk Ya Da Başka Bir İradenin Etkisinde Olma.....	69
c. Meşru Müdafaa.....	70
d. Cebir ve Zorunluluk Hali.....	70
e. Hata.....	71
f. Üst-Amirin Emrini İfa	72
C. SOYKIRIM SUÇUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİ'NİN KABUL EDİLMESİNDEN SONRAKİ HUKUKİ SÜREÇ ...	74
1. Ad Hoc Mahkemeler	76
a. Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi	78

b. Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi	84
2. Daimi Mahkemeler	89
a. Milletlerarası Ceza Mahkemesi	92
b. Milletlerarası Adalet Divanı	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA SOYKIRIM SUÇU	102
A. SOYKIRIM SUÇUNUN TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALMA SÜRECİ	102
B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA SOYKIRIM SUÇU	103
1. Suçun Tanımı	103
2. Suçla Korunan Hukuki Değer	113
3. Suçun Unsurları	115
a. Maddi Unsurlar	115
(1). Suçun Faili	115
(2). Suçun Mağduru	117
(3). Suç Fiilleri	127
I. Kasten Öldürme	131
II. Kişilerin Bedensel ve Ruhsal Bütünlüklerine Ağır Zarar Verme ..	133
III. Grubun Tamamen veya Kısmen Yok Edilmesi Sonucunu Doğuracak Şartlarda Yaşamaya Zorlanması	137
IV. Grup İçinde Doğumlara Engel Olmaya Yönelik Tedbirlerin Alınması	139
V. Gruba Ait Çocukların Başka Bir Gruba Zorla Nakledilmesi	141
b. Manevi Unsur	144
c. Hukuka Aykırılık	153
(1). Kanun Hükmünü Yerine Getirme	155
(2). Meşru Savunma	155
(3). Hakkın Kullanılması ve İlginin Rızası	157
4. Kusurluluk	158
a. Genel	158
b. Amirin Emrini İfa	160
c. Zorunluluk Hali	163
d. Cebir ve Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi	164
e. Haksız Tahrik Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi	165
f. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri	166
g. Yaş Küçüklüğü	168
h. Akıl Hastalığı	169
i. Sağır ve Dilsizlik	170
j. Geçici Nedenler, Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma	171
5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	172
a. Teşebbüs	172

b. İçtima	177
c. İştirak	179
(1). Faillik	180
(2). Şeriklik	185
(a). Azmettirme	186
(b). Yardım Etme	187
(3). Soykırım Suçunu İşlemek İçin Örgüt Kurmak.....	188
6. Muhakeme ve Yaptırım.....	188
a. Görevli Mahkeme	188
b. Soruşturma ve Kovuşturma.....	189
c. Cezayı Etkileyen Haller	190
d. Yaptırım	190
e. Zamanaşımı.....	190
SONUÇ	192
KAYNAKÇA	203

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ASAM	Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BM	Birleşmiş Milletler
BMESK	Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi
C	Cilt
Çev	Çeviren
BM	Birleşmiş Milletler
BMGK	Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EYMCM	Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi
Hacettepe HFD	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
m	madde
MAD	Milletlerarası Adalet Divanı
MC	Milletler Cemiyeti
MCGK	Milletler Cemiyeti Genel Kurulu
MCK	Milletler Cemiyeti Konseyi (Genel Kurul)
MCM	Milletlerarası Ceza Mahkemesi
M.Ö	Milattan önce
M.S	Milattan sonra
MSAD	Milletlerarası Sürekli Adalet Divanı
NMACM	Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi

para	paragraf
RMCM	Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi
s	sayfa
S	Sayı
SDS	Sırp Demokrat Partisi
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
SSÖCS	Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi)
TAA	Türkiye Adalet Akademisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
TTK	Türk Tarih Kurumu
UHİM	Uluslararası Hak İhlalleri İzleme Merkezi
UMACM	Uzakdoğu Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi
v	versus
vb	ve benzeri
Y	Yıl
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YFC	Yugoslavya Federal Cumhuriyeti

GİRİŞ

ABD’li tarihçi Prof. Dr.Justin McCarty, Ölüm ve Sürgün isimli kitabında oldukça dramatik bir tespitte bulunur: “Osmanlı halkının geçmişi hakkındaki geleneksel görüş, tarihin düzeltilmesi şart olan ender safhalarından biridir. Tashih edildiğinde ulaşılacak tarih edildiğinde ulaşılacak tarih tedirgin edicidir, çünkü Türkler’in mağduriyet hikayesi ortaya çıkacaktır.¹” Justin McCarty “tashih edildiğinde ulaşılacak (doğru) tarih” bilgilerinin neden tedirgin edici olacağını da söyler: “1800 yılında Anadolu, Balkanlar ve Güney Rusya bölgesinde muazzam bir Müslüman yurdu bulunmaktaydı. Müslümanlar bu toprakların sadece yöneticileri olmakla kalmıyor, aynı zamanda halkının da çoğunluğunu hatta Balkanlar’ın büyük kısmı ile Kafkasya’nın bazı yöreleri gibi çoğunlukta olmadıkları yerlerde bile, bölge nüfusunun azımsanmayacak kadar yüksek oranını teşkil ediyorlardı(...) 1923 yılına gelindiğinde ise Müslüman toprağı olarak sadece Anadolu, Trakya ve Güney Kafkasya’nın bazı bölgeleri kalmıştı. Balkanlar’daki Müslümanlar hemen hemen yok olmuş, yani ölmüş veya göçe zorlanmıştı(...) aynı kader Kırım, Kuzey Kafkasya ve Rusya Ermenistanı’nda yaşayan Müslümanları da bulmuştu, onlar da artık en sade deyimle yok olmuşlardı. Çoğunluğu Türk olan milyonlarca Müslüman ölmüş, milyonlarcası da şimdi Türkiye dediğimiz yere kaçmışlardı. 1821-1922 arasında, beş milyondan fazla Müslüman topraklarından sürülmüştü. Beş buçuk milyon Müslüman da ölmüştü; bir kısmı savaşlar sırasında katledilmiş, geriye kalanı da mülteci olup açlık ve hastalıktan kırılmıştı².

Ölüm, sürgün, katliam, kıyım, savaşlar, bir ırkın (Türkler) ve bir dinin (Müslümanlar) mensuplarını toptan imha etme, bir milleti neredeyse bir kıta büyüklüğündeki koca bir coğrafyadan izlerini tümenden silme, soyunu kurutma. Gerçekten tedirgin edici, gerçekten sarsıcı.

Justin McCarty basit bir tarih anlatısı, öylesine bir göç hikayesi, sıradan bir ölüm ve sürgün kitabı koymuyor önümüze. Çok daha fazlasını yapıyor ve büyük bir suçu, adeta adı konmamış bir soykırım gerçeğini açığa çıkarıp tüm çıplaklığıyla gözler önüne seriyor.

¹ MCCARTY, Justin, Ölüm ve Sürgün, (Çev: Fatma Sarıkaya), TTK Yayınları, Ankara, 2012, s. 3.

² MCCARTY, s. 1.

Üstelik bunu belgelerle, haritalarla, resmi raporlar, istatistikler ve gerçekten can yakıcı, sarsıcı, dramatik, trajik yaşanmışlıklarla ifade ediyor.

Justin McCarty'nin anlatısına konu olan Müslümanların ve Türkler'in Balkanlar ve Kafkaslar'daki hikayesi dönemsel olmakla birlikte, bu olaya trajik rengini veren asıl hadise sayılan soykırım gerçeği, elbette ki dönemsel değildir. Savaşlar ve savaşlara eşlik eden şiddet ve kıyımlarla yazılabilecek olan insanlık tarihi, bir anlamda bu savaşlara eşlik eden savaş suçları, insanlık suçları ve soykırım suçlarının da tarihidir.

Evet; ne yazık ki savaşlar ve savaşlara eşlik eden savaş suçları ve soykırım suçları geçmişten günümüze bütün bir tarihin en büyük ve yaygın gerçeğidir. 1492 yılından itibaren 400 yıl boyunca, yaklaşık 70 milyon Amerika yerlisi (Kızılderililer) kıtaya çıkan ve yerleşen Avrupalılar ve Amerikalılar tarafından katledilmiştir. Josef Stalin yönetimindeki Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde (SSCB) 1934-1939 yılları arasında 15 milyon insan, Adolf Hitler yönetimindeki Almanya'da 1939-1945 yılları arasında 2 milyon insan, Mao Tze Dong yönetimindeki Çin'de 1966-1969 yılları arasında 15 milyon insan, Kim İl Sung yönetimindeki Kuzey Kore'de 1948-1994 yılları arasında 2 milyon insan, Charles De Gaulle yönetimindeki Fransa tarafından Cezayir'de 1954-1962 yılları arasında 2 milyona yakın insan, İngiltere Krallığı tarafından 1849-1938 yılları arasında Avustralya'da 1 milyon civarında insan, Leonid Brejnev yönetimindeki SSCB tarafından 1972-1982 yılları arasında Afganistan'da 1 milyon civarında insan, Benito Mussolini yönetimindeki İtalya tarafından 1936 yılında Etiyopya ve Yugoslavya bölgelerinde 500.000'e yakın insan, Richard Nixon yönetimindeki ABD tarafından 1969-1974 yılları arasında Vietnam'da 100.000'e yakın insan, Fransisco Franco yönetimindeki İspanya'da 1936-1975 yılları arasında 120.000'e yakın insan, Hafız Esad yönetimindeki Suriye'de 1980-2000 yılları arasında 50.000'e yakın insan, günümüzde Beşar Esad yönetimindeki Suriye'de 10 milyon insan savaşlar, çatışmalar, işgaller, sürgünler, toplu katliamlar, toplama kampları, açlık, hastalık, işkence vb. yöntemlerle savaş suçlarına, insanlık suçlarına, soykırıma maruz bırakılmıştır³. Aynı suçlar, 1963 yılında Kıbrıs'ta

³ <https://www.msxlabs.org/forum/siyasal-bilimler/100308-dunyadaki-soykirimlar-ve-tarihleri.html>, 10.03.2017

Rumlar tarafından adanın Müslüman Türk halkına⁴ ve 1992 yılında Ermeniler tarafından Hocalı'da Müslüman Türklere karşı da⁵ işlenmiştir.

Görüldüğü gibi savaşlar ve savaşlara eşlik eden savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları asla dönemsel ve bölgesel olmamıştır. Bu suçlar dünya çapında bütün bir milletlerarası toplumu, bütün insanlığı, beşeri medeniyetin tümünü tehdit ve tahrip etmiş ve etmekte olan suçlardır. Ancak, bu suçlar kadar trajik olan bir diğer gerçek ise yukarıda saydığımız örneklerden sadece Hitler Almanyası'nda işlenen savaş suçları ve insanlık suçlarının hukuk önüne getirilebilmiş olmasıdır. Sadece bu örneklerde değil mesela yine hemen hemen aynı dönemde yaşanmış olan iki büyük suç da hukuk önüne getirilememiştir. Bunlardan birinde ABD'nin 1944 yılında Japonya'da Hiroşima ve Nagazaki'ye atom bombaları atması sonucu 150 bin insan hayatını kaybetmiş⁶, nükleer saldırının etkileri insan nesillerini, tabiatı, kültürü, kısacası bir milleti, ırkı, medeniyeti temelinden sarsmıştır. Diğer de en az bunun kadar büyük bir suçtur. Fakat bu da hukuk önüne getirilemediği gibi dünya kamuoyunun gündeminden de bir şekilde uzak tutulmuştur. Oysa ABD ve İngiltere ittifakı, bu olayda, sığınmacılarla birlikte nüfusu 1.200.000'e çıkan Almanyanın Dresden şehrine üç gün boyunca tahrip gücü yüksek çeşitli tür ve miktarlarda bombalar atmak suretiyle 200.000 civarında insanın öldürülmesine sebep olmuştur⁷. Bundan daha trajik olanı ise, bu suçu işleyen aynı devletlerin, Almanyayı kendi kurdukları olağanüstü bir mahkemede savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle yargılamasıdır.

Her şeye rağmen Nazi Almanyası'nın işlediği suçların bir mahkeme önüne getirilebilmesi yine de insanlık adına bir kazançtır. Çünkü bu sayede milletlerarası toplum hukuk alanında bir kazanım elde ederek yeni bir sürece girmiştir. Bu süreç, önce savaş suçları ve insanlığa karşı suçların, sonra da soykırım suçunun yeni suç tipleri olarak milletlerarası hukuk literatürüne dahil olması ve yine önce ad hoc ceza mahkemelerinin, sonra da daimi

⁴ www.mfa.gov.tr, "Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı", (T.C. Dışişleri Bakanlığı web sitesi), 10.03.2017

⁵ www.hurriyet.com.tr>gundem, "23 Yıl Önceki Hocalı Katliamı Nedir, Azerbaycan'da Neler Yaşandı?", 10.03.2017

⁶ <http://www.hurriyet.com.tr>/gundem/hirosimanin-acilari-ankarada-16059835, 10.07.2017

⁷ <http://www.cumhuriyet.com.tr>/haber/diger/17208/Savas_ve_olum.html, 10.07.2017

bir ceza mahkemesinin milletlerarası hukuk sistemine dahil edilmesiyle bugüne ulaşmıştır. Bu sürecin pratikteki yansıması ise 1991-1995 yılları arasında eski Yugoslavya Cumhuriyeti (bugünkü Bosna Hersek) topraklarında ve yine 1994 yılında iç savaş esnasında Ruanda Cumhuriyeti'nde yaşanan şiddet ve katliamların hukuk önüne getirilmesinde ortaya çıkmış ve bu iki olay için kurulan ad hoc mahkemeler yaşananları soykırım olarak kayda geçirmeyi başarmıştır.

Gerçekten de savaş suçları, saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu bugün artık milletlerarası suçlar kategorisinde kabul edilip, çeşitli milletlerarası hukuk metinleri ve mekanizmaları vasıtasıyla hukuk önüne getirilip, yargılanması sağlanabilecek suçlar durumundadır. Özellikle 20. yüzyılda yaşanan savaşların tahrip gücünün eskiye oranla da daha fazla artmış olması ve dünya çapında iletişim imkanlarının çok daha gelişmiş ve yaygınlaşmış hale gelmesi, bu tür hadiselerde kamuoyunun daha çabuk ve etkili bir şekilde harekete geçmesini sağlamış, bu da milletlerarası toplumu, hukuk mekanizmalarını kaçınılmaz bir şekilde harekete geçirmeye sevk etmiştir.

Soykırım suçu da, söylediğimiz gibi, savaş suçları, saldırı suçu ve insanlığa karşı suçlar gibi, fakat onlardan ayrı ve farklı tipte bir milletlerarası suçtur. Soykırım suçunu diğerlerinden ayıran en önemli özellik, bu suçun manevi unsurunu oluşturan özel kasttan kaynaklanmaktadır. Soykırım suçu, suç oluşturan fiillerin yöneltildiği insanları kendi iradi tercihlerinin gereği olmayan, doğumla gelen, yaratılışlarının bir neticesi olan, (kolaylıkla) değiştiremeyecekleri ve aslında her yönüyle insanlık ailesinin, beşeri medeniyetin bir kazanımı, çeşitliliği, zenginliği olan; milli, etnik, ırki, dini kimlikleri gibi saf özelliklerinden dolayı suçun hedefi haline getirmekte ve bu suçla, bu gruplara mensup bireylerin tamamen veya kısmen imhası amaçlanmaktadır. Tam da bu sebepten ötürü, soykırım suçu diğer bütün suçlardan daha farklı bir suç niteliği taşımakta olup, Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi (RMCM)'nin Kambanda Kararı'nda "*suçların suçu*" olarak tanımlanmıştır⁸. Ayrıca soykırım suçunu oluşturan fiiller aslında ceza hukukunun konusunu oluşturan diğer pek çok suç teşkil eden fiili bir arada bulundurması sebebiyle de dikkat çekici ve önemlidir.

⁸ BAYILLIOĞLU, Uğur, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisine Giren Suçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 55.

İşte sayılan bu sebeplerden dolayı, bu tez çalışmasının konusu da soykırım suçu olarak belirlenmiştir. Birinci bölüm, “*Milletlerarası Hukukta Soykırım Suçu*” genel başlığı altında soykırım kavramının tanımı ve soykırımın diğer suç çeşitlerinden farklılığının ortaya konularak milletlerarası hukukta ayrı bir suç çeşidi olarak düzenlenmesine ayrılmıştır. Bu bölümde ayrıca soykırım suçunun yargılanmasını sağlayan çeşitli ad hoc ve daimi milletlerarası ceza mahkemelerinin kuruluş süreçleri, statüleri ve kararlarına kısaca yer verilmiştir.

İkinci bölümde Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi⁹ çerçevesinde soykırım suçunun tanımı, suçun unsurları, soykırım suçunun özel görünüş halleri, soykırım suçunda cezai sorumluluğu engelleyen sebepler ile SSÖCS’nin kabul edilmesinden sonraki süreçte milletlerarası hukukta yaşanan gelişmelere yer verilmiştir.

Üçüncü bölüm, soykırım suçunun Türk Ceza Kanunu’ndaki yerine ayrılmıştır. Esasında, soykırım suçunu oluşturan fiiller Türk Ceza Kanunu’nda çeşitli maddelerde yine suç fiilleri olarak (kasten öldürme, kasten yaralama vb.) ele alınmış olmakla birlikte, soykırım suçu, milletlerarası hukukta olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nda da ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmiş ve gerekli şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca çalışmamızda, soykırım suçu ile ilgili olarak henüz herhangi bir ülke mahkemesinde, milli hukuklarda yargılama ve içtihat bulunmadığı için, Türk Ceza Kanunu’nun soykırım suçu ile ilgili düzenlemesi, bu konuda daha önce yargılama yapmış olan çeşitli ad hoc mahkemelerin kararları ve içtihatları ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alınmıştır.

Büyük ihtimalle, savaşlar ve şiddet bundan sonraki zamanlarda da dünyanın bir gerçeği olarak yaşamaya devam edecek ve korkarız ki daha önceki dönemlerde savaşlara eşlik etmiş olan savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları sonraki yıllarda da acımasız yüzünü gösterecektir. Fakat umudumuz, insanlık vicdanının ve milletlerarası toplumun bu suçlara karşı tepkisinin ve mücadelesinin de hukuk alanında elde edilen kazanımlar ve beşerî bilincin gelişmişliği ile giderek daha hızlı, kararlı, etkili bir şekilde ortaya konulacağı yönündedir.

⁹ Bu çalışmada bundan sonra SSÖCS veya Soykırım Sözleşmesi şeklinde anılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIMIN SUÇ OLARAK KABUL EDİLME SÜRECİ

A. SOYKIRIM KAVRAMI, TANIMI, TARİHİ SÜREÇTE KULLANIMI

Soykırım (Genocide) terimi, antik Yunanca 'da ırk anlamına gelen “*genos*” kelimesi ile Latince'de öldürmek anlamına gelen “*cide*” kelimesinin bir araya getirilmesiyle türetilmiş¹⁰ olup, sözlükte “*Jenosit*” teriminin karşılığı olarak insan soyunu kurutma, ırkı yok etme, katliam kelimeleri yer almakta ve “*milli, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi için adam öldürme, bedeni ve akli melekelerin esaslı olarak zarara uğratılması gibi sebeplerle insan topluluğunun ortadan kaldırılmasına yönelik eylemler*” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹. Bununla birlikte milletlerarası literatürde kavrama yüklenen anlama ve yine milletlerarası hukuk metinlerinde yapılan tanımlara baktığımızda, kelime anlamı olarak sözlükte yer verilen karşılığın yetersiz olduğu ve kastedilen içeriği tam anlamıyla karşılamadığı da ortadadır. Bu durum, kavrama yönelik olarak doktrinde bir tartışma ve eleştiri konusudur. Yapılan eleştirilerin ağırlık noktası terimin sadece “*öldürmek*” fiilini kapsadığı ve soykırım suçunun hukuk metinlerinde yer alan tanımının içerdiği diğer fiilleri dışarıda bıraktığı yönündedir. Gerçekten de soykırım kavramı, suçun tanımının yapıldığı ilk milletlerarası hukuk metni olan ve aynı zamanda sonraki bütün hukuk metinlerinin de dayanağı olan Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin (SSÖCS) 2. maddesinde “*Milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri soykırım suçunu oluşturur*” şeklinde tanımlanmakta ve bu fiiller grup üyelerine yönelik olarak öldürme, ciddi surette bedeni veya zihni zarar verme hayat şartlarının kasten değiştirilmesi, doğumları engellemek amacıyla tedbirler alınması ve çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi olarak sıralanmaktadır. Görüldüğü gibi, bu tanımda Genocide/Jenosit/Soykırım suçunun tanımı (suçun maddi unsurları) terimin sözlük anlamından daha geniş olup, sadece öldürmekten ibaret değildir. Dolayısıyla, “*genocide*” teriminin sözlük anlamı suçun maddi unsurundaki tek bir fiili gösterir nitelikte olup bütün anlamlarını karşılamakta yetersiz bulunmaktadır. Terimin bu

¹⁰ BAYILLIOĞLU, s. 37.

¹¹ YILMAZ, Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 379.

anlamdaki yetersizliği, doktrinde bu terim yerine başka bir adlandırma (mesela insanlığa karşı suç kavramı) ile aşılmaq istenmiş; fakat çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, soykırım ile kastedilen suçun insanlığa karşı işlenen (diğer) suçlardan farklı bir suç tipi olduğunun anlaşılmaması ile, bu terim sözleşmede kastedilen anlam ile özdeşleşmiş bir şekilde kullanılma yoluna gidilmiştir. Bu sebeple, terimin sözlük anlamına yönelik olarak doktrinde bir takım eleştiriler bulunmakla birlikte, bugün artık yazı dilinde ve milletlerarası hukuk metinlerinde Genocide/Jenosit/Soykırım kavramı salt öldürme olarak değil, Sözleşme’de yer verilen tanımıyla tam olarak anlaşılmaktadır ¹².

Milletlerarası literatürde soykırım kavramı ilk defa Polonyalı hukukçu Raphael Lemkin tarafından kullanılmıştır¹³. Lemkin’i soykırım kavramını kullanmaya sevk eden olay, İkinci Dünya Savaşı esnasında Hitler’in Yahudileri bir plan çerçevesinde toptan imha etmeyi amaçlayan politikalarına bizzat şahit olmasıdır¹⁴.

Lemkin, 1944 yılında yayınlanan “*Axis Rule in Occupied Europe*” (İşgal Altındaki Avrupa’da Mihver Yönetimi) adlı eserinde, Alman işgali altındaki topraklarda Naziler’in özellikle Yahudiler’e ve Çingeneler’e yaptığı uygulamaları inceleyerek, değerlendirmelerini soykırım başlığı altında sunmuş ve kavramsallaştırmıştır. Bu anlamda, Lemkin’e göre “soykırım¹⁵: milli grupların yok edilmelerini ve hayatlarını sürdürebilmelerini sağlayan kurumların tahribini amaçlayan çeşitli eylemlerin eş güdümlü bir planıdır. Planın amacı milli grupların kültür, dil, milli duygular, din ve ekonomik varlığının siyasi ve sosyal kurumlarını parçalamak ve bu gruplara mensup bireylerin kişisel güvenlik, özgürlük, sağlık, esenlik ve de hayatlarının yok edilmesi olmalıdır. Soykırım, bir varlık olarak milli gruba yönelmeli ve suçu oluşturan eylemler

¹² BAYILLIOĞLU, s. 37.

¹³ LEMKİN, Rafael Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupaion, Analysis of Government, Proposal For Redress, Washington, (Carneqie Endowment For World Peace), 1944; BESİRİ, Arzu, Soykırım Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 4’den naklen.

¹⁴ BESİRİ, s. 4.

¹⁵ BERBERER, Halil Murat, Soykırım Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2007, s. 5’den naklen.

bireysel özelliklerinden ötürü değil o milli gruba mensup oldukları için kişilere yönelmelidir.”

Görüldüğü gibi Lemkin’in soykırım kavramına yüklediği anlam o dönemde oldukça geniştir. Lemkin, yok edilmek üzere hedef alınan grubu günümüzdeki kapsamından farklı olarak sosyal, ekonomik, siyasi özellikleri sebebiyle de suçun konusu olarak kabul etmiştir¹⁶. Bununla birlikte, diğer toplu katliam/öldürme eylemlerinden farklı olarak, *belirli özellikleri taşıyan belli bir grubu yok etme fiilinin objesi olarak kabul etmesi ve bu yok etme fiilinin belli bir planın icrası suretiyle gerçekleştirilmesini esas alması* bakımından da soykırım suçunun insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi diğer suçlardan ayrılmasında çok önemli bir rol oynamıştır.

Gerçekten de Lemkin’e kadar olan dönemde hukuk literatüründe soykırım diye bir kavram, soykırım diye bir suç yoktur¹⁷. Bugün artık soykırım suçu olarak nitelendirdiğimiz fiiller, XX. yüzyılın başlarında *İnsanlığa Karşı Suçlar* kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim dönemin İngiltere Başbakanı Winston Churchill’in, Naziler’in yaptıkları ile ilgili olarak 1942 yılında söylediği “*Bizler adı konulmamış bir suça hazır bulunuyoruz*” şeklindeki söz¹⁸, bunun bir göstergesidir.

Yine Naziler’in işlediği suçları yargılamak üzere 1945 yılında kurulan Nüremberg Askeri Ceza Mahkemesi’nin Nazi komuta heyetini, o dönemde henüz ayrı bir suç tipi olarak tanımlanmadığı için soykırım suçundan değil de insanlığa karşı suçlardan yargılaması da bu kapsamdadır¹⁹.

Lemkin’in ilk kullanımından sonra, soykırım kavramının bir hukuk metninde ilk defa yer alması, Londra’da kurulan Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi savcısının iddianamesinde söz konusu olmuştur²⁰. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, o tarihte

¹⁶ BERBERER, s. 5.

¹⁷ DEĞİRMENCİ, Olgun, “*Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK. m. 76)*”, TBB Dergisi, S. 70, Mayıs-Haziran 2007, Ankara, s. 50.

¹⁸ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “*Suçların Suçu: Soykırım*”, TBB Dergisi, Y.23, S. 90, Eylül-Ekim 2010, Ankara, s. 142.

¹⁹ KOCAOĞLU, s. 142.

²⁰ DEĞİRMENCİ, s. 51.

henüz soykırım diye ayrı bir suç tipi kabul edilmediği için, günümüzde soykırım suçu olarak kabul edilen fiiller mahkeme'nin statüsünde genel olarak İnsanlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenmiştir²¹.

Soykırım kavramının milletlerarası alanda bir belgede ilk esaslı kullanımı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK)'nın oybirliği ile kabul ettiği 96(1) sayılı karardır. Bu kararda *“Cinayet nasıl birey olarak insanların hayat hakkının (right to life) inkarıysa, soykırım da bütün bir insan grubunun varoluş hakkının (right to existence) inkarıdır. Böylesine bir inkar insanlığın tamir edilemeyecek şekilde vicdanını sarstığı gibi, bu insan gruplarının insanlığa yaptığı kültürel ve diğer katkıları en büyük bir biçimde zarara uğratar, ayrıca ahlak kanunları ile Birleşmiş Milletler'in ruhuna ve amaçlarına tamamıyla aykırıdır. Irki, dini, siyasi ve diğer gruplara karşı bir bütün veya parça olarak işlenmiş pek çok soykırım örnekleri meydana gelmiştir. Soykırım suçunun cezalandırılması uluslararası bir önemdedir.”* denilmek suretiyle hem soykırım kavramı tanımlanmış hem de soykırımın ayrı bir suç tipi olarak cezalandırılmasının önemi ve gerekliliği vurgulanmıştır²².

BM'nin 1946 tarihli ve 96(1) sayılı kararının ardından 9 Aralık 1948 tarihinde 206(III) sayılı BMGK kararı doğrultusunda kabul edilen Soykırım Sözleşmesi, soykırım kavramının ve soykırım suçunun hukuki anlamda açıkça tanımlandığı ve kayıt altına alındığı ilk milletlerarası hukuk metni olmuştur. Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde tanımlanan soykırım kavramı Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi (EYMCM) Statüsü'nün 4. maddesinde, Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi (RMCM) Statüsü'nün 2. maddesinde ve Milletlerarası Ceza Mahkemesi (MCM)'nin yolunu açan Roma Statüsü'nün 6. maddesinde aynı şekilde yer almıştır.

²¹ DEĞİRMENCİ, s. 51.

²² KOCAOĞLU, s. 143.

B. SOYKIRIMIN MİLLETLERARASI HUKUKTA SUÇ OLARAK KABUL EDİLME SÜRECİ

Savaş, çatışma ve şiddet neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir ve insanlık tarihi yazılırken belki bir anlamda insandan insana yönelen şiddetin tarihi yazılmaktadır²³. Antik çağlarda savaşlar bütünüyle imha şeklinde cereyan ederken²⁴, ilerleyen dönemlerde kitlesel öldürme, katliamlar, etnik temizlik hareketler savaşlara eşlik etmiştir. M.Ö. 146 Yılında Kartaca'nın yakılıp yıkılması, M.S 72'de Kudüs'ün neredeyse yok edilmesi, Haçlı Seferleri, Cengiz Han'ın pek çok savaşta sivil halka yönelik katliamları, Avrupa'yı kasıp kavuran 30 Yıl Savaşları bu tür imha, yok etme, kitlesel öldürme, etnik temizlik hareketlerine verilebilecek örneklerdir²⁵.

Bununla birlikte savaş esnasında işlenen suçların ve maksadını aşan şiddet uygulamalarının cezalandırılması ve önlenmesi arzusu ve çabasının da yine savaşların ve çatışmaların tarihi kadar eski olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, M.Ö 5. yüzyılda eski Yunan'da savaş esirlerine karşı insanlık dışı uygulamalarda bulunmakla suçlanan askeri yetkililerin yargılanarak cezalandırıldığı²⁶, yine milattan önceki yıllarda Hindistan'da yazılmış olan Manu metinlerinde dönemin savaş hukukuna ilişkin birtakım kurallara yer verildiği, Cengiz Han'ın savaşta uygulanacak kuralları işaret eden bir emirname yayınladığı bilinmektedir²⁷.

İnsanlığın uzun savaşlar ve çatışmalar tarihi göstermiştir ki, yok etmeye ilişkin eylemler genellikle savaşlardan sonra galipler tarafından gerçekleştirilmiştir²⁸. Bu anlamda, soykırımı savaşların eşlik ettiğini söylemek savaş suçları, saldırı suçları, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ile savaşların çoğu kez iç içe yaşandığını ifade etmek mümkündür.

²³ ÇOBAN, Ebru, "Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği", Uluslararası İlişkiler Dergisi, C. 5, S. 17, Bahar 2008, Ankara, s. 48.

²⁴ TAKIMSU, Mehmet, Ermeni İddialarının Soykırım Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 67.

²⁵ DEĞİRMENCİ, s. 60.

²⁶ ARSLAN, Muzaffer Yasin, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 21.

²⁷ DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 36.

²⁸ BESİRİ, s. 10.

Gerçekten de, insanlık tarihinin bilinebilen binlerce yıllık bölümü savaşlar ve bu savaşların getirdiği yıkımlar ve acılarla doludur. Bu kadar fazla savaş, şiddet ve yıkım toplumların, kültürlerin hatta medeniyetlerin mahvolmasına yol açmış, yaşanan derin acılar bütün insanlığın nefretini kazanmıştır. Bu büyük travmadan etkilenen insanlık vicdanı elbette milletlerarası kamuoyunu da harekete geçirmiş ve insanlığa bu büyük acıları yaşatanların yine insanlık önünde yargılanarak cezalandırılması düşüncesini beslemiştir²⁹.

Neticesi soykırımın ayrı bir suç tipi olarak tanımlanmasına ve kabul edilmesine kadar gidecek olan sürecin temeli de buraya dayanmaktadır. Milletlerarası toplumun huzur ve düzenini bozduğu için milletlerarası toplumu, hatta bütün insanlığı mağdur ettiğine inanılan fiillerin milletlerarası suç olarak kabul edilmesi³⁰ ve yine milletlerarası toplumun güç birliği ile ortak ve üst bir mahkemede yargılanması süreci zaman içinde *milletlerarası suç* kavramını doğurmuş ve Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasını gerekli kılmıştır.

Soykırımın milletlerarası hukuk suçu olarak kabul edilme süreci, yukarıda da değinildiği gibi, birbiriyle ilintili iki gelişme sayesinde işlemiştir. Bunlardan biri, milletlerarası toplumu, dolayısıyla bütün insanlığı derinden yaralayan fiillerin milletlerarası bir suç olarak kabul edilmesinin sağlanması, diğeri de milletlerarası suç olarak kabul edilen fiillerin birbirlerine olan farklılıklarına göre farklı kategorilere ayrılarak tanımlanmasıdır.

Soykırımın suç olarak kabul edilme sürecinin tarihi seyrine ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir. Ancak, daha öncesinde bu süreci hazırlayan ve olgunlaştıran gelişmelerden biri olan *savaş suçları*, *insanlığa karşı suçlar*, *saldırı suçu* ve *soykırım suçunun* dört ayrı suç kategorisi olarak belirlenmesi ve birbirinden ayrılmasına kısaca değinmek faydalı olacaktır.

²⁹ TÖNGÜR, Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 4

³⁰ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 53.

Savaş suçlarına ilişkin düzenlemelerin daha I. Dünya Savaşı öncesinde başladığı³¹, çeşitli devletler arasında, savaş sırasında işlenen suçların cezalandırılmasını öngören çeşitli anlaşmalar yapıldığı³² bilinmektedir. Ancak savaş suçlarının ayrı bir suç çeşidi olarak yargılanıp cezalandırılması konusundaki en önemli adımlar II. Dünya Savaşı sonrasında atılmıştır. Bu çerçevede Nürnberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi (1945) ve Tokyo Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi (1946) yargılamaları oldukça önemlidir. Savaş suçları Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 6/b maddesinde ve Tokyo Mahkemesi Statü'sünün 5/b maddesinde düzenlenmiştir. Ardından, 1949 tarihinde imzalanan dört Cenevre Sözleşmesi ve bunlara ek 1977 tarihli protokoller ile savaş sırasında işlenen suçlara ilişkin düzenlemelere gidilmiştir. Aynı şekilde, savaş suçları Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi (1993) Statüsü'nün 2. ve 3. maddelerinde, Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi (1994) Statüsü'nün 4. maddesinde ve nihayet Milletlerarası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nün (1998) 8. maddesinde ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir³³.

İnsanlığa karşı suçların ayrı bir suç tipi olarak milletlerarası hukuk metinlerinde yer alması da savaş suçlarına benzer şekilde 2. Dünya Savaşı sonrasında mümkün olmuş; Nürnberg Mahkemesi Statüsü (m. 6/c), Tokyo Mahkemesi Statüsü (m. 5/c), Yugoslavya Mahkemesi Statüsü (m. 5), Ruanda Mahkemesi Statüsü (m. 3), ve Roma Statüsü (m. 7) birbirlerine göre bazı farklılıklarla birlikte bu suçları düzenlemiştir³⁴.

Saldırı savaşının uluslararası ilişkiler çerçevesinde birtakım anlaşmalarla yasaklanması I. Dünya Savaşı'ndan sonra gündeme gelmişse de saldırı savaşını planlayan ve yürüten gerçek kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler II. Dünya Savaşı'ndan sonra yapılabilmektedir. Bu düzenlemelerin kaynağı, daha önceki suçlarda olduğu gibi yine Nürnberg ve Tokyo Statüleridir. Saldırı suçu Roma Statüsü (m. 5) ile Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisine giren suçlardan biri olarak kabul edilmiş, fakat

³¹ BYERS, Michael, (çev. Bilgin Hasret Dikici), Soykırımdan Son Kırma Savaş Hukuku, Detay Yayınları, İstanbul, 2007, s. 148.

³² AZARKAN, Ezeli "Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları", Hukuk ve Adalet Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak-Mart 2004, s. 53.

³³ BAYILLIOĞLU, s. 33-34.

³⁴ BAYILLIOĞLU, s. 30.

bu suç tipi için Mahkeme'nin yargılama yetkisinin devreye girmesi (milletlerarası düzeyde ortak bir tanımda henüz anlaşılamadığı için) suçun tanımından sonraya bırakılmıştır. Bu doğrultuda, saldırı suçunun tanımı ve unsurlarının belirlenmesi için bir Hazırlık Komisyonu kurulmuş olup, çalışmalar günümüzde de devam ettirilmektedir³⁵.

Soykırımın insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından ayrıştırılarak farklı bir suç tipi olarak kabul edilme sürecinin en önemli unsuru hiç kuşkusuz ki Naziler'in II. Dünya Savaşı sırasında işlediği fiiller olmuştur. Bu dönemde Nazi Almanyası'nda yürürlükte olan antisemitik politikalar neticesinde milyonla ifade edilecek sayıda Yahudi öldürülmüş, sürgüne gönderilmiş, toplama kamplarında eziyet ve işkencelere maruz bırakılmıştır. Naziler'in uyguladığı şiddet ve insanlık dışı muameleler medyanın da etkisiyle dünya kamuoyunun yüksek ilgisi altında olağanüstü bir tepkiye neden olmuş ve bu suçları işleyenlerin cezalandırılması yönünde genel bir kabul ve beklenti oluşmuştur³⁶.

Savaştan sonra kurulan Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi bu suçları işleyenleri gerçekten yargılamış, mahkeme savcısı hazırladığı iddianamede "*insanlığa karşı suçlar*" ve "*savaş suçları*" ile birlikte *soykırım* kavramını da kullanmıştır. Fakat çalışmanın ilerleyen bölümünde değinileceği üzere, suçun muhatapları soykırım yerine insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları işlemiş olmaları sebebiyle cezalandırılmıştır. Çünkü, henüz o yıllarda soykırım diye bir suç tipi herhangi bir hukuk metninde tanımlanmış değildi. Soykırım suçu olarak nitelenebilecek fiiller daha çok insanlığa karşı suçlar içinde değerlendiriliyordu³⁷.

Özetlemek gerekirse; soykırımın ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi, soykırım suçunu oluşturan fiillerin yukarıda anılan üç ayrı suç tipinden ve özellikle insanlığa karşı suçlardan ayrıştırılması sayesinde olmuştur. Bu anlamda I. Dünya Savaşı'ndan sonra bireyleri cezai sorumluluk kapsamında insanlığa karşı suçlardan dolayı yargılama girişimleri başlatılmış; ancak bu girişimler II. Dünya Savaşı'na kadar bir sonuç vermemiş;

³⁵ BAYILLIOĞLU, s. 35- 36.

³⁶ ARSLAN, s. 34.

³⁷ AKTAN, Gündüz, "*Devletlerarası Hukuka Göre Ermeni Meselesi*", Türkiye Günlüğü Dergisi, S.64, Ankara, 2001, s. 7.

nihayet II. Dünya Savaşı sonrası kurulan Nüremberg Mahkemesi'nde insanlığa karşı suçlar mahkemenin yargılama kapsamı içine aldığı üç suç tipinden birisi olabilmıştır³⁸. Bu sürecin bir adım sonrası, soykırımın da ayrı bir suç tipi olarak milletlerarası hukuk metinlerinde yer almasıdır. Kısacası, soykırım suçunun ayrı bir suç tipi olarak kabul edilme sürecini I. Dünya Savaşı öncesi, sonrası ve II. Dünya Savaşı sonrası yaşanan gelişmeler şeklinde ele almak doğru olacaktır.

1. Birinci Dünya Savaşı'na Kadar Yaşanan Gelişmeler

Milletlerarası suçlar ile bu suçları yargılayacak milletlerarası üst bir mahkemenin tanımlanması ve oluşturulması sürecinin ilk ve önemli örneklerinden biri, 15. yüzyılda Almanya'nın Yukarı Ren bölgesinin Breisach şehrinde idarecilik yapan Landvogt Peter Von Hagenbach'ın milletlerarası nitelikteki Roma Germen İmparatorluğu Mahkemesi'nde yargılanmasıdır³⁹. Hagenbach, yalnızca kendisinin yargılanması için kurulan bu özel mahkemede 1474 yılında *“tanrı ve insanlığın kurallarını ayaklar altında çiğneyerek masum sivil halka karşı işlenen ırza geçme, öldürme ve yağma suçları”*ndan yargılanmış ve ölüm cezasına mahkûm edilmiştir⁴⁰.

Bundan sonra yaşanan dikkat çekici bir diğer önemli gelişme Kızıl Haç Örgütü Milletlerarası Komitesi'nin 1870-1871 yılları arasında yaşanan Alman-Fransız Savaşı'ndan sonra, savaş suçlarının milletlerarası bir ceza yargılamasına tabi tutulmasını talep etmesidir⁴¹. Bu maksatla komitenin kurucusu olan Gustave Moynier 1877 yılında bir *“Milletlerarası Ceza Mahkemesi Sözleşmesi Tasarısı”* hazırlayarak komiteye sunmuş⁴²; ancak milletlerarası alanda ilk defa *“Milletlerarası Ceza Mahkemesi”* kavramının da kullanıldığı bu komisyon önerisi, dönemin hukukçuları

³⁸ HAMZAYEVA, Feride, İnsanlığa Karşı Suçlar Bağlamında Soykırım Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kıbrıs, 2013, s. 14.

³⁹ TEZCAN, Durmuş, *“Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”*, Hukuk Kurultayı/2000, C. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 272-273.

⁴⁰ ÖNOK, R. Murat, Tarihi Perspektifi ile Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 23.

⁴¹ GÜLLER, Nimet / ZAFER, Hamide, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, GSI, Bonn, 2006, s. 1.

⁴² ÖNOK, s. 24.

tarafından uygulanamaz bulunduğu için⁴³, 1. Dünya Savaşı'na kadar olan sürede dünya devletleri tarafından dikkate alınmamıştır⁴⁴.

Birinci Dünya Savaşı'na yaklaşırken yaşanan son ve belki de en önemli gelişme 1899 ve 1907 yıllarında gerçekleştirilen La Haye Konferansları'dır⁴⁵. Rus Çarı II. Nikola'nın teklifi üzerine 26 devlet temsilcisinin katılımıyla 18 Mayıs 1899'da La Haye'de toplanan I. La Haye Konferansı'nda milletlerarası bir ceza mahkemesinin kurulması yönünde yapılan girişimler başarısız olsa da konferans sonunda *"Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne İlişkin La Haye Sözleşmeleri"* imzalanarak, bireyin bir milletlerarası hukuk öznesi olduğu yönünde milletlerarası camiada bir fikir birliği sağlanmıştır⁴⁶. Birinci konferansta birçok meselenin tam manasıyla halledilememesi üzerine, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin teklifiyle ve 44 devletin 356 temsilcisinin katılımıyla 1907 yılında yine La Haye'de toplanan 2. La Haye Konferansı'nda imzalanan sözleşmeler ile silahlı çatışma hukuku ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve bu sözleşmelerde açıkça suç olarak öngörülüp yasaklanan fiillere milletlerarası topluluğun hoşgörüsüyle yaklaşmayacağı ifade edilerek, milletlerarası suçların kanunilik unsuru ortaya konmuştur. Bununla birlikte, bu konferansta da milletlerarası bir mahkeme kurulması yönünde ilerleme sağlanamamıştır⁴⁷.

Görüldüğü gibi, 1899 ve 1907 La Haye Konferansları ile kabul edilen sözleşmeler savaş hukukunun ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, kişilerin işledikleri ağır savaş suçlarından dolayı yargılanması gerektiğine dair içerdikleri hükümler⁴⁸, bireyin bir milletlerarası hukuk öznesi olduğu yönünde milletlerarası camiada bir fikir birliği sağlanması, milletlerarası suçların kanunilik unsurunun belirlenmesi ve milletlerarası bir ceza

⁴³ ARSLAN, s. 21.

⁴⁴ GÜLLER/ZAFER, s. 1-2.

⁴⁵ SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 250

⁴⁶ BERBERER, s. 11.

⁴⁷ BESİRİ, s. 12.

⁴⁸ AZARKAN, Ezeli, Nüremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 115.

mahkemesi kurulması yönünde milletlerarası toplumun talebini bir kez daha ortaya koyması bakımından son derece önemli bir fonksiyon icra etmiştir.

2. Birinci Dünya Savaşı Sonrası'nda Yaşanan Gelişmeler

“Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne İlişkin La Haye Sözleşmeleri” ile alınan kararlara ve ortaya koyulan iyi niyetli tutuma rağmen, 20. Yüzyıl büyük bir felaketle; adına I. Dünya Savaşı denilen yaygın, dramatik kitlesel bir acıyla başladı. Amerika dışında bütün kıtaların etkilendiği bu savaşta 60 milyon insan silah altına alınmış, savaş sonunda bunlardan 9 milyonu hayatını kaybetmiş, 21 milyonu yaralanmıştır⁴⁹.

La Haye Konferansları'nda alınan kararlar devletler arasındaki uyuşmazlıkların savaşa başvurmadan çözülebilmesini sağlamaya yetmemiş, o konferanslar esnasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenen savaş hukuku ağır bir biçimde ihlal edilmiş, ciddi insan hakları ihlalleri ve savaş suçları işlenmişti. Bununla birlikte I. Dünya Savaşı sonunda ortaya çıkan bu tablo, savaş sonrasında, ilgili kişilerin işledikleri suçlardan dolayı milletlerarası bir mahkemede yargılanması fikrini bir kez daha dünya kamuoyunun gündemine taşıdı.

Bunun üzerine, savaşın galipleri konumundaki itilaf devletleri⁵⁰ tarafından, savaş esnasında işlenen suçların ve bu suçları işleyen kişilerin tespit edilmesi ve bunlara verilecek cezaların belirlenmesi konularını müzakere ederek bir rapor hazırlamak üzere bir komisyon kurulması kararlaştırıldı. Komisyon'un raporu 18 Ocak 1919' da başlayan Paris Barış Konferansı'nda değerlendirilerek, 28 Haziran 1919'da Paris'in Versailles isimli banliyösünde İtilaf Devletleri ile Almanya arasında imzalanan Versailles Barış Anlaşması'na konulan bir madde ile anılan savaş suçlarının sorumlusu olarak görülen Alman Kralı II. Wilhelm'i yargılamak üzere bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması kararlaştırıldı⁵¹. Ancak II. Wilhelm'in kuzeni olan Hollanda Kralı'na sığınması ve

⁴⁹ BERBERER, s. 12.

⁵⁰ İtilaf Devletleri: ABD, SSCB, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya, Japonya ve Diğerleri

⁵¹ GÜLLER/ZAFER, s. 2.

Hollanda'nın kendisini yargılanmak üzere iade etmemesi üzerine söz konusu mahkeme fiilen kurulamadı ve yargılama yapılamadı⁵².

Akim kalan bu olaydan sonra, II. Dünya Savaşı'na kadar geçen 20 yıllık sürede milletlerarası niteliği haiz olan bir mahkeme kurulması ve milletlerarası suçları işleyenlerin bu mahkemede yargılanması düşüncesi ve gayreti var olmaya devam etti. Bu çerçevede, devletlerarası uyuşmazlıkların barışçı yollardan çözümüne ilişkin 1924 tarihli Cenevre Protokolü'nü, o zamanki ismiyle Milletler Cemiyeti Genel Kurulu (MCGK)'nın 24.09.1927 tarihli *“saldırı savaşının suç teşkil ettiği ve uyuşmazlıkları çözmede bir araç olarak kullanılamayacağı”* yönündeki kararını, yine uyuşmazlıkların çözümünde savaşa başvurmayı yasaklayan 27.08.1928 tarihli Briand-Kellog Paktı'nı insancıl hukukun ihlalini ve savaşı önlemeye dair önemli adımlar olarak kabul etmek mümkündür⁵³.

Milletlerarası suçların tanımlanması ve milletlerarası bir ceza mahkemesinde yargı konusu yapılması sürecinde karşımıza çıkan son örnek, II. Dünya Savaşı'nın hemen öncesinde, 1934 yılında Fransa'da gerçekleştirilen diplomatik bir suikasttır. Yugoslavya Kralı I. Alexandre ve Fransa Dışişleri Bakanı'nın öldürülmesi, Milletlerarası Ceza Mahkemesi fikrini bir kez daha gündeme taşımış, bununla ilintili olarak 16 Kasım 1937 tarihinde Milletler Cemiyeti (MC) tarafından *“Tedhişçiliğin (Terörizmin) Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme”* ile bu sözleşmenin eki konumundaki *“Milletlerarası Tedhiş Suçlarını Cezalandırmakla Görevli Milletlerarası Ceza Divanı'nın Kurulmasına Dair Antlaşma”* kabul edilmiştir. Ancak, II. Dünya Savaşı'nın başlaması ile bu girişim de yarım kalmıştır⁵⁴.

Birinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasında yaşanan bu gelişmeler milletlerarası hukuk literatürünü zenginleştirirken, II. Dünya Savaşı'na doğru giden süreçte eş zamanlı gerçekleşen iki kritik hadise de hem dünya düzeninde yeni bir alt üst oluşu ve ardından kurulacak yeni düzeni, hem de milletlerarası hukuk sistemindeki yeni yapılanmayı içten içe hazırlıyor ve haber veriyordu. Bunlardan ilki, Alman Sosyalist İşçi Partisi'nin 1933 yılında Adolf Hitler liderliğinde Almanya'da iktidara gelmesiydi. (Nasyonel)

⁵² TÖNGÜR, s. 5.

⁵³ BERBERER, s. 54.

⁵⁴ TÖNGÜR, s. 5.

Sosyalistler, uygulayacakları politikalarla bir yandan Almanya'yı totaliter bir devlet haline getirecek, diğer yandan da işleyecekleri antisemitist fillerle o zamana kadar adı konmayan bir suç tipine dünya kamuoyunun dikkatinin çekilmesine sebep olacaklardı. Diğer hadise ise yine 1933 yılında düzenlenen Ceza Hukuku Birleştirme Madrid Konferansı'nda, Raphael Lemkin isimli bir hukukçunun ileride adı konacak olan soykırım suçunu çağrıştıracak şekilde *“ırki, dini veya sosyal toplulukların yok edilmesinin milletlerarası hukukta suç olarak ifade edilmesi”* yönünde bir teklifi dünya hukuk camiasının gündemine getirmesiydi. Lemkin, bu teklifi ile o dönem adlarını *“barbarlık”* ve *“vandalizm”*⁵⁵ olarak belirlediği iki yeni suç tipinden bahsetmişti. Bu teklif o dönemde ülkelerin “devlet egemenliği” hassasiyetinden kaynaklanan ve ülke içinde işlenen suçların milletlerarası bir mahkemede yargılanması durumunda egemenliklerine zarar geleceği yönündeki yaklaşımları sebebiyle kabul edilmedi⁵⁶. Ancak, Lemkin'in tanımladığı bu suç tipleri, soykırım suçunun adeta erken bir habercisi idi ve hukuk literatüründe bir kere yerini almıştı.

Artık ikinci büyük savaş kapıdaydı. Bu zamana kadar sayısız savaşlar ve kitlesel katliamlarla sarsılan insanlık vicdanı, bazı suçların milletlerarası toplumun huzur ve düzenini bozması, insanlığın milli, dini, ırki, siyasal, kültürel birikimini yok etme kapasitesi taşıması sebebiyle bütün insanlığı tehdit etmesi, insanlık haysiyetini ve vicdanını ağır biçimde zedelemesi itibarıyla diğer suçlardan ayrılarak milletlerarası suç olarak kabul edilip, yine milletlerarası bir mahkemede yargılanması fikrinde bütünüyle birleşmiş, belki de son bir kıvılcımı bekliyordu. Bekleyiş çok sürmedi, II. Dünya Savaşı o kıvılcımı büyük bir aleve dönüştürmekte gecikmedi.

⁵⁵ Barbarlık: Milli, ırki, dini ya da sosyal toplulukların kasten yok edilmesi. Vandalizm: Milli, ırki, dini ya da sosyal toplulukların bir ifadesi olarak bu topluluklara özgü kültürel ve sanatsal çalışmaların yok edilmesi. (BERBERER, s. 16.)

⁵⁶ BERBERER, s. 16.

3. İkinci Dünya Savaşı Sonrasında Yaşanan Gelişmeler

1939 yılında Almanya'nın Polonya'yı işgali ile başlayan, giderek bütün Avrupa'ya yayılan ve nihayet Sovyetler Birliği (SSCB), Amerika Birleşik Devletleri, Çin ve Japonya'nın da katılımıyla dünya çapında büyük bir coğrafyayı etkileyen İkinci Dünya Savaşı, yüksek teknoloji silahların kullanımı ve özellikle şehirlere yönelik hava saldırılarının meydana getirdiği yaygın tahribatlar sebebiyle milyonlarca sivil ve askerin hayatını kaybetmesine, yaralanmasına kısacası büyük bir trajediye, insanlık dramına yol açtı.

Bununla birlikte döneme damgasını vuran ve neredeyse İkinci Dünya Savaşı ile özdeşleşen olay, Naziler'in Yahudilere ve Çingenelere yönelik suçları oldu. Daha savaş devam ederken Almanlar'ın işlediği zulmün boyutları açığa çıkmaya başlayınca, dünya kamuoyunun da tepkisiyle sorumluların yargılanması görüşü ağırlık kazanmaya başladı⁵⁷.

Bunun üzerine Müttefik Devletler (savaşın galipleri)⁵⁸, 13 Ocak 1942'de Londra'da St. James Sarayı'nda imzalanan St. James Deklarasyonu ile BM Savaş Suçlarını Araştırma Komisyonu'nu kurdular. Bu komisyonun amacı savaş suçlarının kapsamlı bir şekilde takibi ile savaş suçları ve insanlığa karşı suçları belgelemektir. Komisyon çalışmalarını sürdürürken, Müttefik Devletler bu defa da 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Bildirisi'ni yayınladılar. Bu bildiri ile, dünya kamuoyuna savaşın çıkmasına sebep olanlarla birlikte savaş sırasında insanlık dışı fiilleri işleyenlerin yargılanarak cezalandırılacağı ilan ediliyordu⁵⁹. Bildiride, savaş suçlularının kovuşturulmasına ilişkin iki usul öngörülmüştü. Buna göre; adi savaş suçluları, işledikleri yerin ülke mahkemeleri ve bu mahkemelerin tabi olduğu ülke kanunları önünde, üst düzey yönetici sıfatına haiz olan büyük savaş suçluları ise Avrupa ve Uzakdoğu'da kurulacak olan ad hoc nitelikli milletlerarası askeri mahkemeler tarafından yargılanacaktı⁶⁰.

Çalışmalarını sürdüren Komisyon, 1944 yılı sonunda hazırladığı bir rapor ile, Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Mahkemesi kurulması yönünde bir teklif sundu. Komisyon

⁵⁷ TAKIMSU, s. 77.

⁵⁸ Müttefik Devletler: ABD, SSCB, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya

⁵⁹ GÜLLER/ZAFER, s. 4.

⁶⁰ BERBERER, s. 19.

önerisinde, ABD temsilcisinin belirttiği şekilde, “*insanlığa karşı işlenen suçlar*” ibaresi yer alıyordu⁶¹.

Nihayet 5 Haziran 1945 tarihinde Almanlar yenilgiyi kabul ederek teslim bildirisi imzaladılar. Bu bildiri ile, Alman Devleti yöneticileri, savaş suçu işleyen Nazi yetkililerini Müttefik Devletler’e teslim etmeyi kabul etmiş oluyorlardı⁶².

Bütün sürecin sonunda, 26 Haziran-8 Ağustos 1945 tarihleri arasında Müttefik Devletler tarafından Londra’da düzenlenen Londra Konferansı’nda, ileride gerçekleştirilecek yargılamaların dayanağını oluşturacak bir hukuki metin “*Martens Hükmü*” ne atıfla hazırlandı. Böylece, bir suçun önceden açıkça tanımlanmadığı hallerde, uygar halkların teamülü, insanlık hukuku ve kamu vicdanının emirlerinden çıkan milletlerin hukuk ilkelerinin uygulanması öngörüldü. “*Martens Hükmü*” bir savaş hukuku kavramı idi ve savaş hukuku, sadece savaş sırasında ülke dışındaki sivillere karşı işlenen suçlardan dolayı bir ülke sorumlularının milletlerarası yargıya tabi olmasını öngörüyordu. Oysa, Naziler’in ülke sınırları içinde de çok ağır suçları vardı ve bunların milletlerarası bir mahkemeye taşınmasına ABD ve İngiltere “*egemenlik hakkı*”nın zedeleneyeceği gerekçesiyle pek sıcak bakmıyordu⁶³.

Gerçekten de, Avrupa’da 30 Yıl Savaşları’nın ardından imzalanan ve günümüze kadar süren egemen milli-devletler sisteminin kurucusu olan 1648 tarihli Westphalia Antlaşması’ndan beslenen, yukarıda sözünü ettiğimiz dönemde de yürürlükte olan milletlerarası hukuk doktrinine göre, devletlerin kendi vatandaşlarına karşı kötü muamelelerinin kendi iç hukuklarına tabi olması, bir başka devletin herhangi bir ülkenin kendi vatandaşına karşı muameleleri hakkında şikayet etme yahut bunu milletlerarası hukuk alanında kovuşturma girişimi devletlerin egemenlik haklarına saygısızlık olarak görülüyor ve içişlerine müdahale olarak kabul ediliyordu⁶⁴.

⁶¹ TAKIMSU, s. 78.

⁶² BERBERER, s. 20.

⁶³ BERBERER, s. 18- 19.

⁶⁴ BERBERER, s.18.

Konferans görüşmeleri esnasında bu sorun, “saldırı” kavramıyla, yani “savaşı başlatma” ile ilişkilendirilerek aşıldı. Bu sayede, milletlerarası hukuk doktrininde uygulamada olan klasik devlet egemenliği anlayışına bir anlamda istisna getirilerek, savaşa atıf yapmak suretiyle, bir diğer ülkenin iç işlerine karışılabilceği ve ülke içinde işlenen suçların yargılanabileceği konusunda anlaşma sağlandı⁶⁵.

Gelinen noktada, ABD, SSCB, İngiltere, Fransa 8 Ağustos 1945 tarihinde “Avrupa’daki Savaş Suçlarının Takibi, Cezalandırılması ve Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi’nin (Nüremberg) Statüsü’ne Dair Londra Deklarasyonu” nu imzaladılar⁶⁶. Sözleşme ekindeki “Milletlerarası Askeri Mahkeme Statüsü” ile de Nüremberg’de kurulacak olan milletlerarası askeri mahkeme’nin yetki ve işleyişi belirlendi⁶⁷.

Görüldüğü gibi, 19. yüzyıldan 20. yüzyıla uzanan süreçte savaşlar, çatışmalar, kitlesel katliamlar, adı koyulmamış soykırımlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla ağır biçimde yaralanan insanlık vicdanı milletlerarası toplumu harekete geçmeye zorlamış, özellikle iki büyük dünya savaşının yol açtığı yıkımlar hukukun ve bilhassa milletlerarası hukuk sisteminin gerekliliğini ve önemini ortaya koymuş, nihayet İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan şiddet olayları ve Nazi Almanyası’nda Yahudiler’in katledilmesi, milletlerarası hukuk ve milletlerarası ceza yargısına ilişkin düşüncelerde köklü değişiklikler meydana getirmişti⁶⁸. Öyle ki, 1945’ten itibaren milletlerarası hukuk artık milli devletlerin kendi sınırları içinde egemenliklerinin mutlak sayıldığı kurallar bütünü olmaktan çıkmakta ve dünya hukuku haline gelmekteydi⁶⁹.

Milletlerarası ceza yargısı anlayışındaki önemli değişikliklerden biri de, bireylerin milletlerarası hukuktaki sorumluluğu konusunda yaşanmaktaydı ve bunun kaynağı Nüremberg Statüsü idi. Nüremberg Statüsü ile birlikte, klasik devlet egemenliğinin gerektirdiği ve devlet egemenliğine bağlı yetkiler çerçevesinde gerçekleştirilen

⁶⁵ BERBERER, s. 20.

⁶⁶ GÜLLER/ZAFER, s. 4.

⁶⁷ BERBERER, s. 20.

⁶⁸ GÜLLER/ZAFER, s. 3.

⁶⁹ ALPKAYA, Gökçen, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 7.

eylemlerden dolayı bireyin sorumlu tutulamayacağı, bu eylemler sebebiyle sadece devletin yargılanabileceği yönündeki görüş değişikliğe uğramıştı. Yeni durumda, artık devletin savaş suçlarından doğan sorumluluğunun yanında bireyin de bu tür suçlardan sorumlu tutulacağı kabul edilmekteydi. Bireyin milletlerarası hukuktaki sorumluluğunun hukuki kaynağı olarak da Nüremberg Statüsü'nün “bireyin savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçlardan dolayı sorumluluğunu” belirten hükümleri gösteriliyordu⁷⁰.

Özetlersek, İkinci Dünya Savaşı'nın bitmesi ile birlikte hem insanlık tarihi hem de hukuk tarihi yeni bir dönemece giriyordu. Bu yeni dönemde dünya hukuk literatürü yeni suç tipleriyle tanışırken, dünya hukuk sistemi de milletlerarası ceza mahkemeleri gerçeği ile karşı karşıya kalıyordu. “*Mihver Devletleri*”⁷¹ denilen grubun önde gelen iki devletinden Nazi Almanyası'nın savaş suçu işlediği iddia edilen üst düzey askeri ve sivil yöneticilerinden, Müttefik kuvvetlerince yakalanabilmiş olanlar Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi'nde, Japon İmparatorluğu'nun savaş suçu işlediği iddia edilen askeri ve sivil yöneticilerinden yine Müttefik kuvvetlerince yakalanabilmiş olanlar da Uzakdoğu (Tokyo) Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi'nde yargılanarak çeşitli cezalara çarptırılacaklardı⁷².

Geçici nitelikteki bu iki mahkemenin önemi milletlerarası suçların kabul edilmesi, bireylerin milletlerarası cezai sorumluluklarının olduğunun tescil edilmesi ve sürekli nitelikli bir milletlerarası ceza mahkemesi fikrinin oluşmasına katkı sağlamasından kaynaklanmaktadır⁷³. Ayrıca, bu iki mahkeme, özellikle de Nüremberg Mahkemesi, ileride göreceğimiz gibi soykırımın yeni ve ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi ve milletlerarası hukukta yer alması sürecinin en önemli unsurları arasında yer alacaktır.

⁷⁰ BERBERER, s. 21.

⁷¹ Mihver Devletleri: Almanya, İtalya, Japonya, Macaristan, Romanya, Slovakya, Yugoslavya

⁷² AYBAY, Rona, Uluslararası Yargı, Alfa Basım Yayın, İstanbul, 2013, s. 79.

⁷³ AKSAR, Yusuf, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 19.

C. SOYKIRIM SUÇUNUN YARGILANMASINA YÖNELİK MİLLETLERARASI MAHKEMELER

Soykırımın ve soykırım suçunun milletlerarası hukukta yer alma sürecini önce soykırımın milletlerarası hukuk metinlerinde yer alması, sonra soykırımın (insanlığa karşı suçlardan ayrıştırılarak) bir suç tipi olarak milletlerarası hukukta tanımlanarak kabul edilmesi ve nihayet soykırım ve diğer milletlerarası suçların yargı konusu edilebileceği ad hoc nitelikli mahkemeler ile bunlardan sonra oluşturulan daimi bir milletlerarası ceza mahkemesinin kurulmasının sağlanması şeklinde kronolojik olarak ele almak doğru ve uygun olacaktır.

Bu çerçevede denilebilir ki soykırımın milletlerarası bir hukuk metninde yer almasının ilk örneği, Nürnberg Mahkemesi savcısının mahkemeye sunduğu iddianamedir. Her ne kadar mahkeme statüsünde ve kararlarında soykırım olarak yer almasa da Nürnberg (ve Tokyo) Mahkemeleri, soykırım suçunu oluşturan fiilleri o dönem için “*insanlığa karşı suçlar*” başlığı altında yargı konusu ederek, cezalandırmışlardır. Bu mahkemelerin statüleri, yargılamaları, verdikleri kararlar ve bütün bunlar üzerinden yürütülen tartışmalar çok geçmeden meyvesini vermiş ve kısa zaman içinde BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kabul edilerek, soykırım suçu millederarası hukukta yerini almıştır.

Soykırım suçu milletlerarası hukukta açıkça tanımlanarak kabul edildikten sonra pratik yargıda ilk uygulama örnekleri Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi yargılamaları olmuştur. Bu mahkemeler de önceki iki mahkeme gibi ad hoc nitelikli mahkemeler olarak işlev görmüştür.

Soykırım suçu ve diğer milletlerarası suçların daimi bir mahkemede yargı konusu yapılabilmesinin yolunu Roma Statüsü açmış ve bu statüye dayanarak kurulan daimi nitelikli Milletlerarası Ceza Mahkemesi 20. yüzyılın son çeyreğinde dünya hukuk sistemindeki yerini almıştır.

Soykırım suçunun yargılanmasına yönelik milletlerarası mahkemeleri ad hoc nitelikli olanlar ve daimi nitelikli olanlar şeklinde iki bölüm halinde incelemek mümkündür. Bunlardan ad hoc nitelikli olan mahkemeleri de, Soykırım Sözleşmesi’nin kabul edilmesinden önce kurulanlar ve Soykırım Sözleşmesi’nin kabul edilmesinden sonra kurulanlar şeklinde iki ayrı başlıkta ele almak doğru olacaktır.

1. Ad Hoc Mahkemeler

a. SSÖCS'nin Kabul Edilmesinden Önce Kurulan Mahkemeler

(1). Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi

Dünyanın ilk milletlerarası ceza mahkemesi olan Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi⁷⁴, yargılama faaliyetlerine 19 Kasım 1945 tarihinde başlamış ve 13 Nisan 1949 tarihinde kadar sürdürmüştür⁷⁵. Bununla birlikte Mahkeme'de açılan 24 davdan 22'si sadece 10 ay sonra, 1 Ekim 1946'da hükme bağlanmıştır⁷⁶. Bütün yargılama faaliyetlerinin tamamlanmasının neticesinde, haklarında hüküm verilen 22 sanıktan 12'si ölüm cezasına çarptırılmış, 3'ü hakkında ömür boyu hapis, 2'si hakkında 20 yıl, biri hakkında 15 yıl, biri hakkında 10 yıl hapis cezası verilmiş, 3 sanık da aklanarak beraat etmiştir⁷⁷.

Mahkeme İkinci Dünya Savaşı'nın galip devletlerince (ABD, İngiltere, Fransa, SSCB) atanmış 4 yargıç ve yedeklerinden oluşmuş, savcılık görevini yine galip devletlerce atanmış 4 başsavcı yerine getirmiş, kararlar oyçokluğuyla alınmıştır. Mahkeme'nin yetki alanına giren suçlar Nüremberg Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesinde barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere 3 ayrı kategori halinde sayılmıştır⁷⁸. Statüde zaman bakımından yetkiye ilişkin bir kurala yer verilmemekle birlikte, sadece 1 Eylül 1939-8 Ağustos 1945 tarihleri arasında işlenen suçlar ele alınmıştır⁷⁹.

⁷⁴ AYBAY, s. 81.

⁷⁵ ÇINAR, Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004, s. 15.

⁷⁶ GÜLLER/ZAFER, s. 6.

⁷⁷ AYBAY, s. 81.

⁷⁸ KILIÇ, Ali Şahin, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", AÜHFD, C.58, S.3, Ankara, 2009, s. 621.

⁷⁹ GÜLLER/ZAFER, s. 6.

Geçici nitelik ile sonradan kurulması sebebiyle olağanüstü (Ad Hoc) özellik taşıyan⁸⁰ Nürnberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü, “insanlığa karşı suçlar” ın tanımlandığı ilk milletlerarası hukuk belgesi olma özelliğine sahiptir⁸¹. Kendisi *ad hoc* bir mahkeme olmasına rağmen, ileride daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi kurma yönündeki çabalar açısından tam bir dönüm noktası olmuştur. Mahkeme ile savaş suçlarında “bireysel sorumluluk” kavramı kabul edilmiştir. Böylece, yalnız devletlerin değil, bireylerin de milletlerarası hukuka uymak zorunda oldukları ortaya çıkmıştır. Diğer yandan, “devlet başkanlarının yargılanmaması” yönündeki ayrıcalığı savaş suçları bakımından ortadan kaldırmıştır⁸². Nürnberg Mahkemesi yargılamaları ile savaş suçu yanında, “barışa karşı suçlar” ve “insanlığa karşı suçlar” adı altında iki yeni suç tipi ihdas edilmiştir⁸³.

Nürnberg Mahkemesi savcısı, hazırladığı iddianamede Naziler’in liderlerini “soykırım” suçu işlemekle itham etmiş ancak bu kavram mahkeme statüsünde yer almadığı için sanıklar mahkeme statüsünün 6. maddesinde yer alan “insanlığa karşı suçlar”dan yargılanarak savaş öncesi ve savaş sırasında sivil halkın öldürülmesi, köle olarak kullanılması, sürülmesi ve diğer insanlık dışı muamelelere tabi tutulması fiilleri ile savaş suçları bağlamında siyasi, dini ya da ırki nedenlerle yapılan zulümleri işlemekten mahkum edilmiştir⁸⁴. Özellikle Goering Davası’nda Mahkeme, Goering’in hem siyasi hem de askeri bir lider oluşuna dayanarak sivillerin köle olarak kullanmak, Museviler’e ve diğer ırklara karşı girişilen soykırım politikalarının hazırlayıcısı olmak, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal ve insanlığa karşı suçları işlemekten kendisini suçlu bulmuş ve ölümle cezalandırmıştır. Ancak Hermann Goering idam saatinden kısa bir süre önce intihar etmiştir⁸⁵.

⁸⁰ ŞEN, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 20.

⁸¹ HAMZAYEVA, s. 15.

⁸² TÖNGÜR, s. 7.

⁸³ BERBERER, s. 23.

⁸⁴ SCHABAS, William, (çev: Gülay arslan), Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 22.

⁸⁵ AZARKAN, s. 184.

Milletlerarası hukuk literatürüne kazandırdığı suç tipleri ile Nüremberg Mahkemesi Statüsü, kendisinden sonra kurulmuş olan bütün milletlerarası ceza mahkemelerinin statülerinin hazırlanmasında bir örnek oluşturması itibariyle oldukça önemli bir fonksiyon icra etmiştir⁸⁶.

(2). Uzakdoğu Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi

İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında kurulan bir diğer ad hoc mahkeme de Tokyo'daki Uzakdoğu Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi'dir. Nüremberg Mahkemesi'nin savaşın galipleri olan devletlerin kendi aralarında oluşturdukları bir milletlerarası anlaşma ile kurulmasına karşılık, Tokyo Mahkemesi, Uzakdoğu Bölgesi Müttefik Kuvvetler Yüksek Komutanı olan ABD'li General Douglas Mac Arthur'un 19 Ocak 1946 tarihinde yayınladığı bir "*emirname*" ile kurulmuştur⁸⁷. Nüremberg Mahkemesi'nde mahkemeyi kuran dört devletin her birinden birer yargıç ve birer savcı görev yapmışken, Tokyo Mahkemesi'nde Uzakdoğu Bölgesi Müttefik Devletleri'nden (ABD, SSCB, İngiltere, Fransa, Çin, Hindistan, Avustralya, Kanada, Hollanda, Yeni Zelanda, Filipinler) 11 yargıç ile⁸⁸, ABD'li başsavcıya bağlı 10 savcı yardımcısı görev yapmıştır. Mahkeme, kararlarını oyçokluğu ile almıştır⁸⁹.

Nüremberg Statüsü'ndeki kurallar örnek alınarak oluşturulan bu statü ile kurulan Tokyo Milletlerarası Uzakdoğu Mahkemesi'nin yargı yetkisine, Mahkeme Statüsü'nün 2. bölüm 5. maddesinde yer verilen "barışa karşı suçlar", "konvansiyonel savaş suçları" ve "insanlığa karşı suçlar" dahil edilmiştir⁹⁰. Mahkeme, 3 Mayıs 1946 ile 12 Kasım 1948 tarihleri arasında gerçekleştirdiği yargılamalar sonucunda, bu suçları işlemek iddiasıyla yargılanan 25 Japon sanığın hepsini suçlu bulmuş, bunlardan 7'sine ölüm cezası vermiş,

⁸⁶ ÇINAR, s. 15.

⁸⁷ AYBAY, s. 82.

⁸⁸ BERBERER, s. 25.

⁸⁹ KILIÇ, s. 621.

⁹⁰ ÇINAR, s. 16.

geri kalanların 16'sı ömür boyu, biri 20 yıl hapis, biri de 7 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır⁹¹.

(3). Nüremberg ve Tokyo Mahkemelerine Yöneltilen Eleştiriler

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nüremberg ve Tokyo'da kurulan askeri nitelikli bu ad hoc mahkemeler, zamanımız mahkemelerinden ve bu mahkemelerin yargı niteliklerinden elbette bariz farklılıklar göstermektedirler. Nüremberg ve Tokyo mahkemeleri özellikle kazananların adaletini temsil etmeleri⁹², doğal yargıç ilkesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmeleri⁹³, kuruluşları, statüleri, yargılamaları, kararlarının temyize kapalı olması ve benzeri eleştirileri⁹⁴ büyük oranda haklı çıkarmakla birlikte, bu mahkemeleri milletlerarası ceza hukukunun doğum belgesi olarak tanımlamak⁹⁵, soykırım suçu da dahil olmak üzere milletlerarası suçların hukuk literatürüne kazandırılmasına katkı sağlamak ve ileride kurulacak olan daimi nitelikli milletlerarası ceza mahkemesinin yolunu açmak bakımından önemli ve değerli bulmak hiç de yanlış olmayacaktır.

Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri'ne yöneltilen eleştirilerin başında, adı geçen mahkemelerin “suçta ve cezada kanunilik” ilkesini ihlal ettikleri hususu yer almaktadır.

Bilindiği üzere, ceza hukuku, öngördüğü yaptırımlar itibariyle kişi hürriyetine etkili bir şekilde müdahale imkanı sağlamaktadır. Bu nedenle, bu gücün kötüye kullanılmasını önleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır ki, ceza hukuku alanında bireyin hukuki güvenliğini sağlayan bu mekanizma, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”dir⁹⁶.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç sayılan fiiller ile bu fiillerin işlenmesi halinde uygulanacak olan yaptırımların önceden kanun tarafından açıkça belirlenmesini ifade

⁹¹ AYBAY, s. 83.

⁹² TÖNGÜR, s. 8.

⁹³ AYBAY, s. 84.

⁹⁴ KÖCHLER, Hans, (Çev:Funda Keskin, Erdem Denk), Küresel Adalet Mi, Küresel İntikam Mı? Dönüm Noktasındaki Uluslararası Cezai Yargı, Alkım Yayınevi, Ankara, 2005, s. 41, 231-251.

⁹⁵ ŞEN, s. 20.

⁹⁶ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 50.

etmektedir⁹⁷. Buna göre; suçta kanunilik ilkesinin gereği olarak, hangi fiillerin suç teşkil ettiği kanunda açıkça gösterilmelidir. Bu nedenle, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden kimseye ceza verilemez. Cezada kanunilik ilkesi gereğince de bir kimseye kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil nedeniyle hangi türde ve miktarda cezai yaptırım uygulanacağı ancak kanunla belirlenebilir. Bu nedenle, hiç kimse belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmeleyen bir ceza ile cezalandırılmaz⁹⁸.

Bu anlamda özellikle Nüremberg Mahkemesi hem statüsü hem de yargılamaları ile çokça eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden, konumuz bakımından en önemli olanı, “suçta kanunilik” ilkesini ihlal ettiği yönünde olanıdır⁹⁹. Kanunilik ilkesi ceza hukukundaki tanımı itibarıyla “suç ve cezaların ancak kanun ile koyulması ve usulüne uygun olarak ilan edilmek suretiyle herkes tarafından öğrenilmesinin temin edilmesi” ni ifade eder. Oysa, Nüremberg Statüsü’nün 6. maddesinde Mahkeme’nin yargı yetkisi dahilinde sayılan fiillerin işlendiği zaman bu fiilleri açıkça suç sayan herhangi bir milletlerarası hukuk hükmü olmadığı halde, bu suçlar Nüremberg Mahkemesi’nin yargı yetkisine girdiği belirlenen fiillerin işlenmesinden sonra (ex post facto) ihdas edilmiştir. Böylece “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi ihlal edilerek geçmişe dönük kanunlaştırma yapılmış, işlendiği zaman herhangi bir hukuk metninde suç olarak görülmeyen bir fiil, işlendikten sonra ihdas edilen bir hüküm ile suç kabul edilerek geriye doğru cezalandırılmıştır¹⁰⁰.

Daha önce de değinildiği gibi, Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri (statüleri ve) yargılamaları ile o zamana kadar milletlerarası hukukta yer almayan iki yeni suç tipi (barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlar) ihdas edilmiştir¹⁰¹. Dolayısıyla yukarıdaki bilgiler doğrultusunda ele alındığında, Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri’nin yetkileri kapsamına aldıkları suçların o güne kadar hiçbir yerde düzenlememiş olduğu ve bu

⁹⁷ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 93.

⁹⁸ ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 15.

⁹⁹ ÇINAR, s. 15.

¹⁰⁰ ÖNOK, s. 48.

¹⁰¹ BERBERER, s. 23.

sebeple de suçta ve cezada kanunilik prensibini hiçe saymak suretiyle yargılamalarını gerçekleştirdikleri¹⁰² apaçık ortadadır.

Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin gerçekleştirdiği ihlallerden bir diğeri de, yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri ile ilgili olarak, “geçmişe yürüme yasağı” kapsamında “ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması” gerekliliğidir. Buna göre geçmişe yürüme yasağı, işlendiği zaman cezalandırılmayan bir fiilin yeni çıkarılan bir kanunla geçmişe yürürlü olarak cezalandırılmayacağını gerektirmektedir¹⁰³.

İddia edilen fiiller işlendikten sonra kurulan, işlendiği dönemde suç olarak tanımlanmamış fiilleri sonradan yeni suç tipleri ihdas ederek suç olarak tanımlayan savaş sonrası bu iki ad hoc mahkemenin bir de geriye yürüyen yargı yetkisine sahip olması, kararlarının meşruiyeti açısından büyük sorun oluşturmuştur. Nüremberg Mahkemesi'ni inceleyen Amerikalı hukukçu Quincy Wright, bu durumu “Ceza davalarında ex post facto yasaların uygulanmasının, milletlerarası hukuka göre adaletin reddedilmesi anlamına geldiği genel olarak kabul edilmiş görünmektedir.” şeklinde ortaya koymuştur¹⁰⁴.

Bu mahkemelere yöneltilen bir diğer önemli eleştiri, “tabii hakim” ilkesine aykırılık konusudur. Bilindiği üzere, tabii hakim ilkesi, “sanığın işlediği iddia edilen suç anında görevli olan hakim ve mahkemenin huzuruna çıkarılması¹⁰⁵” demek olup, Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri bu ilkeye aykırı biçimde sanıkların söz konusu suçları işlemelerinden sonra kurulmuş özel ve olağanüstü mahkemelerdir¹⁰⁶.

Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri, tarafsızlığa riayet etmemek ve galiplerin adaletini uygulamak uygulamak yönüyle de eleştirilmiştir. Çünkü, yukarıda da vurgulandığı üzere, bu mahkemelerde sadece galip devletlerin görevlendirdiği hakim ve savcılar görev

¹⁰² ŞEN, s. 21.

¹⁰³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 65.

¹⁰⁴ KÖCHLER, s. 239.

¹⁰⁵ ŞEN, s. 72.

¹⁰⁶ BOZKURT, M. Uğur, “Uluslararası Ceza Hukuku İlkeleri Kapsamında Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemelerine Yönelik Eleştiriler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi”, s. 81. <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/guvenlikstrtj/article/view/5000098902/5000092158>, 08.07.2018.

yapmış, üstelik çift taraflı bir eylem olan savaşta iddia edilen savaş suçları ile insanlığa karşı suçları sadece mağlup devletlerin askerleri işlemiş gibi yalnızca savaş kaybeden devletlerin yetkilileri yargılanmıştır¹⁰⁷.

Her iki mahkeme, askeri özelliklerinin baskın oluşu¹⁰⁸, bağımsız bir ceza mahkemesinden çok bir işgal mahkemesi gibi görev yapması¹⁰⁹ ve Alman topraklarında işlenmiş bulunan fiilleri yargılama yetkisini Almanya mahkemelerinden alıp milletlerarası bir mahkemeye devreden anlaşmada Alman Devleti'nin imzasının bulunmaması; böylece egemenlik hakkına aykırılık oluşturmaları bakımından da¹¹⁰ eleştirilmiştir.

İşte bu eleştiriler bakımından esasında kendilerinin hukuki dayanaktan yoksun olduğunun farkında olan bu ad hoc mahkemeler, yargı konusu yaptıkları fiilleri işleyenleri cezalandırmak için gerekli olan hukuki dayanağı "*opinio juris*"; yani "söz konusu fiillerin tüm devletler tarafından haksız kabul edilmesi" ilkesinden aldıklarını suçlarda "*opinio juris*"in varlığı kabul edilecek olsa bile, bu ortak kabul, hukukun evrensel bir ilkesi olan "ceza normlarının fail aleyhine geçmişe uygulanamayacağı" esasına aykırılığı ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Ceza hukukunda emir ve yasaklar ile yaptırımlar, dayanaklarını "*opinio juris*"ten değil, önceden kabul edilen kanunlardan ve milletlerarası sözleşmelerden alır¹¹¹.

b. SSÖCS'nin Kabul Edilmesinden Sonra Kurulan Mahkemeler

(1). Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi

EYMCM, 1990 yılında (eski) Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılması sonucunda, federal yapı içindeki etnik unsurlar (Sırlar, Hırvatlar, Boşnaklar) arasında yaşanan savaş esnasında işlenen suçların faillerinin kovuşturulması maksadıyla BMGK'nın 22.09.1993 tarih ve 808 sayılı kararıyla kurulmuş, statüsü BMGK'nın

¹⁰⁷ BOZKURT, s.82; PARLAK, Melis Türkan, "*Galiplerin Adalet: Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri*", s. 50-51, http://abmyod.aydin.edu.tr/makaleler/sayi37_38_39_40/galiplerin-adaleti-nurnberg-ve-tokyo-askeri-ceza-mahkemeleri.pdf, 08.07.2018.

¹⁰⁸ BERBERER, s. 25.

¹⁰⁹ BOZKURT, s. 78.

¹¹⁰ PARLAK, s. 50.

¹¹¹ ŞEN, s. 22.

15.05.1993 tarih ve 827 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 15.08.1994 tarihinde göreve başlamıştır¹¹².

Mahkemenin zaman bakımından yetkisi, eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin toprakları üzerinde 01.01.1991 tarihinden itibaren işlenen suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir¹¹³.

Mahkeme'nin konu bakımından yetkisi statünün 2-5. maddelerinde düzenlenmiş olup, bunlar; 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlalleri(m.2), Savaş Hukuku'nun ve Savaş Hukukuna İlişkin Yapılageliş Kuralları'na aykırı davranışlar(m.3), Soykırım Suçu (m.4) ve İnsanlık Aleyhine Suçlar(m.5) olarak belirlenmiştir¹¹⁴.

Başlangıçta Mahkeme'nin görev süresinin 31.12.2010 tarihinde sona ermesi öngörülmüş, ancak yargılamaların henüz tamamlanamamış olması sebebiyle bu süre günümüzde de (2018 yılı itibarıyla) devam etmektedir.

EYMCM, Soykırım Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden sonra kurulan ilk milletlerarası (ad hoc) ceza mahkemesidir. Bu bakımdan, bir yandan statüsünde yer alan suç tipleri, yargılamalar esnasında verdiği kararlar ve geliştirdiği içtihatlar ile, diğer yandan da daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması sürecindeki etkisi ile milletler alanında çok önemli bir fonksiyon icra etmiştir

(2). Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi

RMCM, Ruanda'da 1994 yılında Tutsiler ve Huular arasında yaşanan iç savaş esnasında işlenen soykırım ve ağır insan hakları ihlallerinin faillerinin kovuşturulması amacıyla BMGK'nın 18.12.1994 tarih ve 955 sayılı kararı ile kurulmuştur¹¹⁵.

RMCM'nin kuruluşunda ve işleyişinde EYMCM'nin statüsü örnek alınmıştır. Buna göre, RMCM'nin konu bakımından yetkisi statüsünde soykırım suçu(m.2), insanlığa karşı

¹¹² ÇAKMAK, Cenap/ATILGAN, Cansu, "BM, Bosna Soykırımı ve Küresel Adalet", Bilge Strateji Dergisi, C.4, S.7, Güz 2012, Ankara, s. 17.

¹¹³ BERBERER, s. 70.

¹¹⁴ AYBAY, s. 102-103.

¹¹⁵ ÖNDER, Orhan, Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu, Yapısı ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Ankara, 2014, s. 42, 43.

suçlar(m.3), Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3.maddelerinin ve 2 nolu Ek Protokol'ün ihlalleri (m.4) ile sınırlandırılmıştır¹¹⁶.

Mahkemenin zaman bakımından yetkisi, Ruanda'da ve komşu ülkelerde yine Ruanda vatandaşları tarafından 01.01.1994 ve 31.12.1994 tarihleri arasında işlenen soykırım ve diğer suçlara ilişkin fiilleri kovuşturmak olarak belirlenmiştir¹¹⁷. Mahkeme 2003 yılına kadar görev yapmış ve bu süre zarfında gerçekleştirdiği yargılamalar esnasında verdiği kararlar ve geliştirdiği içtihatlar ile hem Soykırım Sözleşmesi'nin açıklanması ve pratikte uygulanmasına dair çok önemli bir fonksiyon icra etmiş, bunun yanında daimi nitelikli milletlerarası ceza mahkemesinin kurulması sürecinde etkili olmuştur.

2. Daimi Mahkemeler

Soykırım suçunun yargılanmasına yönelik daimi nitelikli milletlerarası mahkemelerden biri Milletlerarası Adalet Divanı, diğeri Milletlerarası Ceza Mahkemesi'dir. Bunlardan, MAD, esasında gerçek kişileri yargılayan bir ceza mahkemesi olmayıp, konumuzla ilgisi bakımından, soykırım konusunda devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde görevli olan bir mahkemedir. MCM ise statüsünde de yer aldığı şekilde soykırım suçu ile diğeri milletlerarası suçların faillerini yargılamaya yetkili bir ceza mahkemesidir.

a. Milletlerarası Ceza Mahkemesi

BMGK'nın 18.07.1998 tarihinde kabul ettiği¹¹⁸ ve 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren Roma Statüsü ile kurulan Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin¹¹⁹ konu bakımından yargı yetkisi, statüsünde soykırım suçu(m.6), insanlığa karşı suçlar(m.7), savaş suçları(m.8) ve saldırı suçu(m.5) şeklinde sınırlandırılmıştır¹²⁰.

Daimi nitelikli bir mahkeme olarak görev yapan MCM'nin yargı yetkisi, ülkelerin milli mahkemelerinin yargı yetkisini tamamlayıcı niteliktedir. Mahkemenin zaman

¹¹⁶ ÖNDER, s. 59, 61.

¹¹⁷ ÖNDER, s. 42,43.

¹¹⁸ AKSAR, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 135.

¹¹⁹ GÜLLER/ZAFER, s. 19.

¹²⁰ GÜLLER/ZAFER, s. 33

bakımından yetkisi, statüsü yürürlüğe girdikten sonra (01.07.2002) işlenen suçları kapsamaktadır. Mahkemenin yer bakımından yetkisi “mülkîlik sistemi” ve “faile göre şahsîlik sistemi” çerçevesinde düzenlenmiştir. Mahkemenin kişiler bakımından yargı yetkisi gerçek kişilerle sınırlıdır¹²¹.

MCM’yi kuran Roma Statüsü’nün 6.maddesinde soykırım suçu düzenlemesi, SSÖCS’nin 2.maddesinde yer alan düzenleme ile aynıdır. MCM, soykırım suçunu işlemekten mahkum edilen şahsa, statüsü gereğince 20 yılı aşmamak kaydıyla muvakkat süreli hapis veya müebbet hapis cezası vermekle yetkilidir.(m.77)

MCM’yi kuran Roma Statüsü’nün 119.maddesi, MCM’nin kararları veya statüye taraf devletler arasında statünün uygulanması ve yorumlanması konularında meydana gelecek bir anlaşmazlığın çözümü konusunda Milletlerarası Adalet Divanı’nı yetkili kabul etmiştir.

b. Milletlerarası Adalet Divanı

1922 yılında göreve başlayan Milletlerarası Sürekli Adalet Divanı’nın devamı olarak, 1946 yılında Milletlerarası Adalet Divanı ismiyle yeniden yapılandırılarak görevine devam eden Divan¹²², Birleşmiş Milletler’in daimi nitelikli yargı organı olarak BM ile organik yönden bağlantılı fakat işlevi bakımından tamamen bağımsız bir şekilde görev yapmaktadır¹²³.

BM Antlaşması ve kendi statüsü gereğince MAD’ın iki temel görevi vardır. Bunlardan ilki, devletler tarafından kendisine sunulan hukuki uyuşmazlıkları milletlerarası hukuk kurallarına uygun şekilde çözümlemek, ikincisi de BM Genel Kurulu veya BM Güvenlik Konseyi ile diğer BM organlarının sorduğu hukuki konularda danışma görüşü sunmaktır¹²⁴.

¹²¹ GÜLLER/ZAFER, s. 31,32

¹²² AKSAR, s. 41, 43.

¹²³ BAŞAK, Cengiz, Uluslararası Örgütler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 139.

¹²⁴ AKSAR, s. 39.

MAD, gerçek kişileri yargılayan bir mahkeme olmadığı için, soykırım suçu faillerinin yargılanmasına dair bir yetkisi yoktur. Bununla birlikte, Soykırım Sözleşmesi'nin 9.maddesi, MCM Roma Statüsü'nün 119.maddesi ve BM Antlaşması'nın 94.maddesi uyarınca konumuzla ilgisi bakımından, soykırım suçu ile ilgili olarak gerek Soykırım Sözleşmesi'nin gerekse Roma Statüsü'nün uygulanması ve yorumlanmasında devletler arasında yaşanacak olan anlaşmazlıkların/uyuşmazlıkların çözümünde yetkili bir mahkemedir.

Soykırım suçunun yargılanmasına ve bu konuda devletler arasında yaşanacak olan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik görevleri açısından ad hoc nitelikli EYMCM ile RMCM ve daimi nitelikli MCM ve MAD, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

D. SOYKIRIM SUÇUNUN TÜRK HUKUKUNDA YER ALMA SÜRECİ

Soykırım suçunun ve soykırım suçuna ilişkin kanuni düzenlemelerin Türk hukukunda yer alma sürecini Osmanlı Dönemi ve Cumhuriyet Dönemi şeklinde iki bölüm halinde ele almak mümkündür.

Esasında Osmanlı döneminde, milletlerarası hukukta ve dolayısıyla Osmanlı hukukunda henüz soykırım kavramı ve soykırım suçu mevcut değildir. Bununla birlikte, konumuz açısından, bu dönemi önemli kılan iki gelişme söz konusudur. Bunlardan ilki, sonucu soykırımın suç olarak kabul edilmesine varacak olan ve milletlerarası suçlar ile bu suçları yargılayacak olan milletlerarası bir ceza mahkemesinin kurulmasına giden yolda, milletlerarası hukuk sisteminin oluşması sürecidir. İkincisi ise Osmanlı Devleti'nin son yıllarında yaşanan bir tehcir hadisesi sebebiyle, Ermeniler'in bugünden geçmişe uzanan sözde soykırım iddialarıdır.

Söz konusu döneme ait milletlerarası hukuk sürecinin oluşumuna yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği için çalışmanın bu bölümünde, Osmanlı dönemi ile ilgili olarak iki konuya yer vermek uygun olacaktır. Bu anlamda, ilk olarak söz konusu tehcir hadisesi ile ilgili sözde soykırım iddiaları kısaca ele alınacaktır. İkinci olarak da, o dönemde doğrudan soykırım ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, bugün için soykırım suçunu oluşturan fiillerin Osmanlı hukukundaki karşılığına kısaca değinilecektir.

Soykırım suçuna ilişkin kanuni düzenlemelerin Türk hukukunda yer alması, Cumhuriyet döneminde gerçekleşmiştir. Bu dönem, bu çalışmada kendi içinde iki alt başlıkta

incelenecektir. Bu anlamda, ilk olarak Türkiye'nin milletlerarası hukuk alanında çeşitli sözleşmelere taraf olduğu fakat bunların gereğini henüz kendi iç hukukuna aktarmadığı 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem ele alınacaktır. İkinci olarak da, Soykırım Sözleşmesi bağlamında Türk hukukunda gedeli düzenlemelerin yapıldığı 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun oluşum sürecine değinilecektir.

1. Osmanlı Dönemi

a. Sözde Ermeni Soykırımı İddialarına Konu Olan Dönem

1914 yılında Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması ile Osmanlı Devleti, Almanya ile birlikte, İtilaf Devletleri'ne karşı savaşa girdi. Osmanlı Devleti'nin, başını İngiltere, Rusya ve Fransa'nın çektiği büyük devletler ile birden fazla cephede savaşa girmesini fırsat bilen Ermeniler, söz konusu devletlerin de kışkırtmasıyla bu durumu bir fırsat bilerek, büyük Ermenistan hayali ile Osmanlı Devleti'ne karşı harekete geçtiler. Kurdukları Hınçak ve Taşnak örgütleri ile bir yandan terör ve tedhiş hareketleri ile diğer yandan bizzat Rus ordusu içinde yer alarak Osmanlı Devleti'nin özellikle doğu vilayetlerinde saldırı, terör, cinayet, yağma, tecavüz, katliam hareketleri gerçekleştirdiler. Ermeni çeteleri ve Rus ordusu ile birlikte hareket eden Ermeni kuvvetleri, sadece ayaklanma hareketleri ile kalmayarak, Osmanlı ordusunu arkadan vurmak, Osmanlı topraklarında halkın güvenliğini tehlikeye atmak, doğu vilayetlerinin diğer bölgeler ile irtibatını kopararak ele geçirmek gibi eylemlere giriştiler. Ermeni çetelerinin bu girişimleri giderek ülke geneline yayıldı ve doğu vilayetleri başta olmak üzere Maraş, Bitlis, Kayseri, Trabzon, Ankara, Sivas, Adana, Urfa, İzmit, Adapazarı, Bursa ve daha pek çok ilde yüz binlerce Osmanlı vatandaşı Müslüman feci şekilde katledildi¹²⁵.

Olayların kontrol edilemez boyutlara ulaşması üzerine, Osmanlı Devleti 24 Nisan 1915'te yayınladığı bir talimatname ile Ermeni isyanlarını organize eden Ermeni komitelerinin elebaşları ile isyanlarda ve katliamlarda rol alan çetelerin önemli elemanlarının tutuklanmasına karar verdi. Bu kararın gereği olarak tutuklanan Ermeniler'in sayısı, o dönemde 82.880 Ermeni'nin yaşadığı İstanbul'da sadece 2.345 kişi ile sınırlı kaldı. Bu durum bile, Osmanlı Devleti'nin bütünüyle Ermeniler'e karşı değil sadece terör, isyan, katliam hareketlerine karışan Ermeniler'e karşı bir tedbir uygulamasında bulunduğu

¹²⁵ TAKIMSU, s. 31, 35.

göstergesidir¹²⁶. Ermeniler'in her yıl 24 Nisanda dünya gündemine soykırım olarak getirdikleri tarih, aslında bu olayla ilgilidir. Soykırım fiillerinin gerçekleştirildiğini iddia ettikleri tehcir hareketinin başlamasına henüz bir aydan fazla bir zaman vardır¹²⁷.

Bu rağmen, Ermeniler'in çıkardıkları isyanlar ve işledikleri katliamlar durmadığı gibi, olaylarda herhangi bir azalma da görülmedi. Öyle ki, Amerika'da yayınlanan bir Ermeni gazetesi olan Gochnak, 24 Mayıs 1915 tarihli sayısında Ermeniler'in yaptığı katliamlardan övgüyle söz ederek "*Van'da sadece 1.500 Türk'ün kaldığını*" okurlarına müjdeliyordu¹²⁸.

Nihayet, Osmanlı Devleti cephelerin, ahalinin ve ülkenin güvenliğini sağlamak maksadıyla, Dahiliye Nezareti'nin hazırladığı 26 Mayıs 1915 tarihli ve 270 numaralı tezkereye dayanarak, 27 Mayıs 1915 tarihinde kısaca Tehcir Kanunu olarak bilinen Sevk ve İskan Kanunu'nu geçici olmak kaydıyla yayınladı¹²⁹. Ayrıca, kanunla birlikte yayınlanan çeşitli genelgelerle tehcire tabi tutulacak nüfusun yerleştirileceği bölgeler, bu kişilerin sevk esnasında can ve mal güvenliğinin nasıl sağlanacağı, "*Göç Ödeneği*"nden karşılanmak üzere iaşelerinin temini, geride bıraktıkları mallarının korunması, değerlerinin tespit edilerek dönüşlerinde kendilerine ödenmesi, gidecekleri yerlerde ihtiyaç duyacakları konut, araç gereç, tarım ve hayvancılık malzemelerinin temin edilmesi¹³⁰ ile tehcir esnasında yol güzergahında emniyetlerinin sağlanması ve bu gruplara karşı saldırıya, hırsızlığa, tecavüze ve diğer kanunsuz eylemlere girişeceklerle karşı alınacak tedbirler ile bu fiilleri işleyenlere verilecek cezalar da ayrıntılı olarak belirlendi ve yayımlandı¹³¹.

27 Mayıs 1915 tarihli Sevk ve İskan Kanunu ile başlatılan tehcir, 25 Kasım 1915 tarihinde Anadolu'daki vilayetlere gönderilen bir emirle geçici olarak durduruldu ve nihayet 1916

¹²⁶ TAKIMSU, s. 36.

¹²⁷ GÜRÜN, Kamuran, Ermeni dosyası, TTK Basımevi, Ankara, 1983, s. 210-211.

¹²⁸ AKTAN, Gündüz, "*Devletler Hukukuna Göre Ermeni Sorunu*", s. 15, www.eraren.org/bilgibankasi/tr/index2_1_1.htm.

¹²⁹ TAKIMSU, s. 37.

¹³⁰ AKTAN, s. 16.

¹³¹ TAKIMSU, s. 38.

yılı sonu itibariyle de fiilen ve tamamen sona erdirildi. 1. Dünya Savaşı'ndan sonra da, tehciye tabi tutulan Ermeniler'e istedikleri yerlere geri dönme izni çıktı, ayrıca geride bıraktıkları gayrimenkulleri geri almaları için gerekenler yapıldı¹³².

Bununla birlikte alınana bütün tedbirlere rağmen, tehciye tabi tutulan Ermeni nüfusun bir kısmının çeşitli sebeplerle hayatını kaybettiği bir gerçektir. Ancak, bu ölümlerin, Osmanlı Devleti'nin uyguladığı bir soykırım politikasının sonucu olarak gerçekleşmediği de hem yayınlanan kanun ve genelgeler hem de tehcir sonrasında yapılan çeşitli çalışmalarla ortaya koyulmuştur. Söz konusu ölümlerin büyük bir kısmı, sevk esnasında vaki olan iklim ve coğrafya şartlarının zorluğundan, bir kısmı da her türlü tedbire rağmen Ermeni konvoylarını korumakla görevli askerlerin savaş şartları dolayısıyla yetersizliğinden kaynaklanmıştır¹³³.

Sözde Ermeni soykırımı iddialarına dayanak oluşturan tarihi arka planı bu şekilde özetledikten sonra, konuyu Soykırım Sözleşmesi çerçevesinde kısaca şöyle ele almak mümkündür.

Bilindiği üzere, Soykırım Sözleşmesi 2. maddede *“Bu sözleşme bakımından milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri soykırım suçunu oluşturur.”* demek suretiyle soykırım suçunu açıkça tanımlamıştır.

Buna göre, Ermeniler'in sözleşme kapsamında koruma altına alınan gruplardan biri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, Ermeniler'in 1. Dünya Savaşı boyunca Osmanlı Devleti'ne karşı silahlı isyan ve Osmanlı halkına karşı terör ve katliam hareketlerine girişerek Ruslar ve diğer İtilaf Devletleri saflarında savaşa katılması ülke toprakları içinde belli bölgeleri ele geçirerek bağımsızlık ilanı çabasında bulunması göz önüne alındığında, sözleşme kapsamında belirtilen gruplardan sayılamayacağı, çünkü siyasi bir grup şeklinde hareket ettikleri açıkça görülmektedir.

Elbette ki, *“Bir grubun siyasi emelleri nedeniyle siyasi grup olması, aynı zamanda milli, dini, ırki veya etnik grup olmasını etkilemez...ancak siyasi grup olmak o grubun maruz*

¹³² AKTAN, s. 17.

¹³³ AKTAN, s. 17.

kaldığı olayların, grup olmasından değil de siyasi nedenlerden kaynaklandığını gösterir. Bir grubun siyasi ve silahlı faaliyette bulunduğu kanıtlandığı andan itibaren Sözleşme tarafından soykırıma karşı korunması gereken gruplar içinde ulunmasına imkan kalmıyor.¹³⁴”

Osmanlı Devleti’nde Ermeniler’in “*millet-i sadıka*” olarak nitelendirildikleri, Ermeni vatandaşların devlet bürokrasisinde memur, kaymakam, vali, paşa, büyükelçi hatta dış işleri bakanı olarak görev yaptıkları; ticari hakları ve işletmeleri olduğu, dini kurumlarının faal olduğu bilinen gerçeklerdir. Bütün bunlar Ermeniler’in Osmanlı Devleti tarafından milli, etnik, ırki veya dini bir grup oldukları için değil Ermeni nüfus içinden bazılarının silahlı ve siyasi kanun dışı faaliyetlerinden dolayı tehciire tabi tutulduğunu ortaya koymaktadır¹³⁵. Bu durum, soykırım suçunun iki temel unsurunun; kast ve saik unsurlarının tehcir uygulamasından söz konusu olmadığını yani Osmanlı Devleti’nin Ermeniler’i milli, etnik, ırki veya dini bir grup olarak kısmen veya tamamen yok etme kastının olmadığını ve bu grubu milli, etnik, ırki veya dini özelliğinden dolayı ve ırkçı bir nefret saikiyle değil siyasi ve silahlı isyan ve terör faaliyetleri sebebiyle tehciire tabi tuttuğunu açıkça göstermektedir.

Osmanlı Devleti’nin Ermeniler’i yok etme kastı taşımadığının göstergelerinden biri de, bizatihi Osmanlı Devleti’nin konu ile ilgili yapmış olduğu yargılamalar ile Osmanlı Devleti yetkililerini yargılayan yabancı bir mahkemenin ulaştığı neticedir. Buna göre, Osmanlı Devleti, tehcir esnasında Ermeniler’e saldıran çetelerin mensuplarını ve yine tehcir esnasında görevini layıkıyla yerine getirmeyen görevlileri divan-ı harbe sevk ederek yargılamış ve 1397 kişi, çoğu idam olmak üzere çeşitli cezalara çarptırılmıştır¹³⁶. Öte yandan, İstanbul’da bulunan İngiliz işgal kuvvetleri olaylarla ilgili tutuklanan devlet görevlisi 118 sanığı Malta Adası’na nakletmiş, yapılan kovuşturma neticesinde İngiliz Kraliyet Başsavcısı, Amerikan Büyükelçiliği ile Anadolu’daki çeşitli ülkelerin konsolosluklarından elde edilen belgeleri de inceleyerek hazırladığı raporunda “*Şu ana kadar sağlanan yazılı tanıklıklarda, sanıklara yüklenen suçları belli bir kesinlikte ortaya koyan bilgiler elde edilmediğinden, bana sunulan davaların başarısı hakkında bir*

¹³⁴ AKTAN, s. 12.

¹³⁵ AKTAN, s. 13.

¹³⁶ AKTAN, s. 18.

beyanda bulunamayacağını bildiririm.” demek suretiyle iddiaların geçersizliğini ortaya koymuştur¹³⁷.

Osmanlı Devleti’nin Ermeniler’i tehciire tabi tutarak kısmen ya da tamamen yok etme kastı bulunmadığının bir başka delili de, Ermeniler’in tehcir kapsamındaki durumunda görülmektedir. Osmanlı Devleti’nin tehcir uygulaması sadece Rus ordusu ile birlikte hareket eden ve Ortodoks Ruslar ile dindaş olan Gregoryan Ermeniler’in bir bölümünü kapsamakta, Ruslar ile ortak hareket etmeyen Gregoryan Ermeniler ile diğer Katolik ve Protestan Ermeniler’i kapsamamakta, ayrıca Osmanlı Ülkesi içindeki çeşitli şehirlerde isyan ve terör eylemlerine karışmamış Ermeniler dini aidiyetleri her ne olursa olsun tehcir kapsamı dışında tutulmuştur¹³⁸.

Ayrıca, aynı dönemde ve aynı bölgelerde Ruslarla yürütülen savaş ve yine Ermeni çetelerin saldırılarından korunması maksadıyla tehciire tabi tutulan Türkler’in varlığı da bilinmekte olup, yine göç yollarındaki çeşitli olumsuzluklar sebebiyle Ermeniler’den daha fazla sayıda sivil Türk nüfustan ölüm mevcudu bulunması da Ermeniler’e yönelik bir soykırım kastı bulunmadığını göstermektedir¹³⁹.

Öte yandan, tehcir kavramı *“bir yerden başka bir yere göç ettirmek”* anlamına gelmekte olup, *“bir etnik ya da dini grubu ülke dışına zorla göndermek”* anlamına gelen sürgün (deportation, exile, proscription) kavramından farklıdır. Osmanlı Devleti’nin Ermeni vatandaşlarına savaş sırasında uyguladığı tehcir o zamanlar bir Osmanlı toprağından (Anadolu) yine bir başka Osmanlı toprağına (Suriye) ülke içinde bir yer değiştirme uygulamasıdır. Bu yönüyle de soykırım suçu kapsamında ele alınması mümkün değildir¹⁴⁰.

Benzer bir durum İkinci Dünya Savaşı esnasında ABD’de yaşanmıştır. ABD, Japonya ile olan savaşını gerekçe göstererek esasında ülke içinde hiçbir kanun dışı eylemi olmayan Japon vatandaşlarını sırf Pasifik kıyısındaki bölgelerde yaşıyor olmalarından

¹³⁷ AKTAN, s. 18, 23.

¹³⁸ AKTAN, s. 22.

¹³⁹ AKTAN, s. 29.

¹⁴⁰ TAKIMSU, s. 41.

kaynaklanan muhtemel güvenlik riski sebebiyle Amerika'nın iç bölgelerindeki çöllere nakletmiş ve bu tehcir uygulaması sırasında binlerce masum Japon hayatını kaybetmiştir¹⁴¹. Buna rağmen o günden bugüne ABD hakkında herhangi bir soykırım suçlaması yapılmamıştır.

Sonuç olarak, 1915 yılında Osmanlı Devleti tarafından bir tehcir kanunu çıkarılmış, ülkenin özellikle soğu vilayetlerinde yaşayan Ermeniler'in önemli bir kısmı bu kanun kapsamında yine ülke toprakları içinde başka bir bölgeye nakledilmiş, bu nakil sırasında tehcire tabi tutulan vatandaşların bir kısmı olumsuz çevre, iklim ve yol şartları sebebiyle hayatını kaybetmiştir. Ancak Ermeniler milli, etnik, ırki veya dini özelliklerinden dolayı değil Ermeniler'den bir kısmı silahlı isyan, katliam, tecavüz, yağma fiillerini işledikleri, Osmanlı Devleti ile savaşan Rus ordusu ile birlikte hareket ettikleri, Osmanlı halkına saldırdıkları, kamu düzenini ve ülke güvenliğini tehdit ettikleri için tehcire tabi tutulmuşlardır¹⁴². Bu sebeple tehcir uygulamasının da tehcir esnasında yaşanan birtakım olumsuzlukların da soykırım suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

b. Soykırım Suçunu Oluşturan Fiillerin Osmanlı Hukukundaki Yeri

Bütünü ile ele alındığında Osmanlı hukukunun şeri ve örfi hukukun birlikteliğinden oluştuğunu söylemek mümkündür. Şeri hukuka Kuranı Kerim, sünnet, icma ve kıyas kaynaklık ederken örfi hukuku da toplumun milli ve dini müktesebatından yansıyan örf, adet, gelenek ve görenekler oluşturmuştur¹⁴³. Bu anlamda, Osmanlı Devleti'nde hukukun diğer alanlarında olduğu gibi ceza hukuku alanında da şeri (islami) hukuk kurallarının geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁴⁴.

Osmanlı hukukunun bu ikili yapısı çalışmanın bu bölümünde esas alınacak olan son dönem Osmanlı hukuk sisteminde de kendini göstermiştir. Bu çerçevede, Osmanlı hukuk sisteminin belirli kurallara bağlanarak sistemleştirilmesi çalışmalarını yansıtan 1840

¹⁴¹ TAKIMSU, s. 42.

¹⁴² TAKIMSU, s. 45.

¹⁴³ KUNDAKÇI, Sibel Kavaklı, *"Nefy (sürgün) Cezası Üzerine Bir Değerlendirme"*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S. 11, Ankara, 2017, s. 596.

¹⁴⁴ KOÇ, Yunus/TUĞLUCA, Murat *"Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı"*, Türk Hukuk Tarihi Dergisi, Y. 2006 (Güz), S. 2, İstanbul, s. 12.

tarıhli Ceza Kanunnamesi ile daha sonra çıkarılan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, şeri kurallar ile rfi kuralların bir araya getirilmiş olması ile öne ıkmıřtır¹⁴⁵.

nceki bölümlerde de vurgulandığı üzere Osmanlı dönemine karşılık gelen zaman diliminde ne milletlerarası hukukta ne de Osmanlı hukukunda soykırım kavramı ile soykırım suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak, Osmanlı ceza hukukunda bugünkü anlamıyla soykırım suçunu oluşturan suç fiillerine yönelik olarak (soykırım suçunun manevi unsuru bağlamında değerlendirilmeden) birtakım düzenlemeler olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümü, işte bu doğrultuda ele alınacaktır.

Osmanlı ceza hukukunda suçlar, Osmanlı ceza hukukunun esas kaynağı olarak İslam ceza hukukuna uygun şekilde, geneli itibariyle iki grupta toplanmıştır. Buna göre; ilk grupta cezası Kuran ve Sünnet tarafından belirlenmiş olan suçlar yer almakta, bu suçlar da kendi içinde kamu düzenini ve toplum hayatını korumak üzere belirlenen (had cezası gerektiren) suçlar ile kul hakkında, yani şahıslara karşı işlenen (kısas ve diyet cezası gerektiren) suçlar olmak üzere ayrıca ikiye ayrılmaktadır. İkinci grupta yer alan suçlar ise rfi hayatın işleyişi çerçevesinde düzenlenerek, cezası yargı sistemi ve/veya siyasi idare tarafından belirlenen (tazir cezası gerektiren) sulardır¹⁴⁶.

Grldğı zere, Osmanlı ceza hukukunda suçlar ve cezalar genel olarak üç başlık altında toplanmıştır. Bunlar; had suçları ve cezaları, kısas ve diyet suçları ve cezaları (cinayet suçları cezaları), tazir suçları ve cezalarıdır¹⁴⁷.

Had kelimesi sözlük anlamı itibariyle “*sınır, ölçü*” demek olup¹⁴⁸, terim olarak ise “*Allah hakkı (kamu hakkı) olarak uygulanması gereken, miktarı belli ceza*”¹⁴⁹ demektir. Buna göre; had cezalarını gerektiren suçlar şunlardır: zina, iffete iftira, iki içmek, hırsızlık, yol

¹⁴⁵ ATALAY, İbrahim Orkun, “*Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku zerine Bir Deneme*”, EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Y. 2007, İzmir, s. 240-241.

¹⁴⁶ BULUT, İlhan, “*İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Hataen ldrme Suçu*”, YBHD, Y. 3, S. 2018/1, Ankara, s. 44.

¹⁴⁷ KUNDAKÇI, s. 596.

¹⁴⁸ YILMAZ, s. 278.

¹⁴⁹ BULUT, s. 44, 45.

kesmek-eşkialık, dinden dönme ve isyan (meşru hükümete, iktidara, devlete)¹⁵⁰. Osmanlı hukuk sisteminde cinsel saldırı suçu da had cezası ile cezalandırılacak olan zina suçu içinde değerlendirilmiştir¹⁵¹.

Had suçlarına uygulanacak cezalar şunlardır: Zina suçunu işleyen evli ise recm (taşlanarak öldürölme), bekar ise 100 sopadır. İffete iftira (zina suçlaması yapma) suçu ile içki içmenin cezası 80 sopadır. Hırsızlık suçunun (belirli şartların bulunması kaydıyla) cezası bir elin kesilmesidir. Yol kesme (eşkialık) suçunun cezası sadece mal yağması söz konusu ise bir elin kesilmesi, sadece öldürme varsa kılıçla öldürme, her ikisi mevcutsa salb edilme (el ve ayakların çaprazlama kesilmesi) cezasıdır. Bir Müslümanın dinini terk etmesi suçunda nasihat edilerek tövbe etmesi için süre verilir. Durumun değişmemesi halinde erkek ise ölüm, kadın ise hapis cezası verilir. Hükümete/devlete isyan suçunun cezası, suçun niteliğine göre ölüm ya da tazir cezası şeklinde verilir¹⁵².

Kıyas ve diyet cezası uygulanacak olan suçlar; şahsa, şahsın hayat hakkına ve/veya vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlardır¹⁵³. Bu anlamda, kıyas ve diyet cezası gerektiren suçlar kasten adam öldürme, kasta benzer adam öldürme, hataen adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs, bir organa zarar verme yahut yaralama suçlarıdır¹⁵⁴.

Kıyas ve diyet gerektiren suçların cezası kıyas ve diyet cezaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kıyas cezasının verilebilmesi için failin fiilini bilerek ve isteyerek işlemesi gerekmekte ve bu durumda fail, işlemiş olduğı fiilin aynısı ile cezalandırılmaktadır. Diyet ise, *“bir şahsın haksız yere öldürölmesi, sakat bırakılması yahut yaralanması halinde ceza ve kan bedeli olarak mağdura ya da mirasçılara ödenen mal veya parayı ifade etmektedir¹⁵⁵.”* Buna göre; *“diyet, kasten öldürme ve yaralama suçlarında kıyasın herhangi bir nedenle uygulanamaması durumunda bedel, kasten öldürme ve yaralama*

¹⁵⁰ BULUT, s. 44, 45.

¹⁵¹KONAN, Belkis, *“Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”*, s. 152, 168, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/otam/article/view/5000085123/5000079209>, 20.03.2018.

¹⁵² BULUT, s. 46-47.

¹⁵³ BULUT, s. 45.

¹⁵⁴ BULUT, s. 45.

¹⁵⁵ BULUT, s. 47, 48.

dışındaki öldürme ve yaralama suçlarında ise asli ceza olarak devreye girmektedir¹⁵⁶.” Diyet 100 deve, 10.000 dirhem gümüş, 1000 dinar altın gibi değişik miktarlarda tayin edilebilmektedir¹⁵⁷.

Tazir kelime anlamı olarak “*tehdit etme, azarlama*” demektir¹⁵⁸. Osmanlı hukuk literatüründe tazir suçları şahıs hakları ve kamu düzeninin korunması bakımından cezası siyasi otoriteye bırakılan suçlara karşılık gelmektedir¹⁵⁹. Bu anlamda faiz, hakaret, sövme, bazı yasak şeylerin yenmesi veya içilmesi, yalan söylenmesi, ölçü ve tartıda hile yapılması, kanunlara aykırı hareket etmek gibi fiiller¹⁶⁰ ile çocuk düşürmek ve gayrimüslimlerin hukukuna aykırı hareket etmek¹⁶¹ tazir suçları arasında yer almaktadır. Tazir suçlarının cezası esas olarak ikaz, hapis, sürgün, para cezası, kürek cezası, pranga cezası ve hırsızlık gibi tekrarlanan suçlarda idam cezası şeklinde uygulanmaktadır¹⁶².

Osmanlı hukuk sisteminde suç ve ceza konusunu bu şekilde kısaca özetledikten sonra, bu tez çalışması kapsamında değinilmesi gereken bir husus da Osmanlı’da gayrimüslimlerin yargılanması konusudur. Osmanlı hukukunda gayrimüslimlere aile, şahıs ve miras gibi özel hukuka ve dini inançlarına ait alanda meselelerini kendi mahkemelerinde (zımmilere ait mahkemeler) ve kendi hukuklarına göre çözme imkanı verilmiştir. Buna göre, davalı ve davacının gayrimüslim olması şartıyla evlenme, boşanma, miras, din adamlarının görevlendirilip ayrılması gibi konular bu mahkemelerde ve kendi inanç ve hukukları çerçevesinde ele alınabilirdi. Ancak, her iki zımminin ya da bunlardan birinin istemesi durumunda bu davalara Osmanlı (kadı) mahkemesi de bakabilir, yahut taraflardan birisi Müslüman ise doğrudan kadı mahkemesi bakardı. Ceza davalarında ise, zımmi mahkemelerin bir yetkisi olmayıp iltizam, emanet, istihkak, kavga, hırsızlık, yol kesme,

¹⁵⁶ BULUT, s. 48.

¹⁵⁷ BULUT, s. 48.

¹⁵⁸ YILMAZ, s. 734.

¹⁵⁹ BULUT, s. 45.

¹⁶⁰ BULUT, s. 45.

¹⁶¹ KUNDAKÇI, s. 596, 601, 603.

¹⁶² BULUT, s. 48.

öldürme, yaralama gibi ceza hukuku alanına giren davalara failin yahut mağdurun etnik, ırki, dini kimliğine bakılmaksızın şer'i mahkeme bakardı¹⁶³.

Bilindiği üzere, Osmanlı Devleti; Asya, Anadolu, Avrupa (Balkanlar), Arap Coğrafyası, Afrika bölgesi gibi çok geniş bir coğrafyada hüküm sürmüş, bu sebeple de toplum yapısı içinde farklı etnik, ırki, dini unsurların yer aldığı, fakat bütün bu unsurların Osmanlı Devleti vatandaşı olarak tek bir millet sistemi içinde bir arada yaşadığı bir yapıya sahiptir. Buradan hareketle ve yukarıdaki bilgiler doğrultusunda, Osmanlı ceza hukukunun devletin sınırları içinde her yerde ve herkes için aynı şekilde geçerli olan hükümlerden oluştuğunu, bu hukuk sistemi içinde, Osmanlı şeri mahkemelerinde ceza hukuku bakımından etnik, ırki, dini kökeni ne olursa olsun bütün vatandaşların eşit olduğunu söylemek mümkündür¹⁶⁴.

Bugün itibariyle soykırım suçu kapsamına yer alan fiillerin Osmanlı ceza hukukundaki karşılığına bu çerçevede bakıldığında öncelikle iki noktanın altını özellikle çizmek gerekecektir. Bu anlamda, Osmanlı hukuk sistemi farklı etnik, ırki, dini unsurları tek bir millet kavramı altında toplamakla vatandaşlarına yargı önünde eşitlik getirmiş, öte taraftan bu çok kültürlü yapısı içinde toplum düzeninin korunmasını sağlamak maksadıyla gayrimüslim vatandaşlarına *“onların hakkına riayet etmemeyi bir suç sebebi”* sayarak özel bir koruma daha sağlamıştır. Tazir suçları içinde yer alan ve doğrudan devlet düzenini bozmaya yönelik suçlar kapsamında değerlendirilen¹⁶⁵ *“gayrimüslimlerin hukukuna riayet etmemek”* fiilini soykırım suçunun *“milli, etnik, ırki, dini bir grubun mensuplarını tamamen veya kısmen yok etmek maksadıyla”* şeklinde ortaya koyulan manevi unsurunun birebir karşılığı olarak kabul etmesek de, bu ibareye oldukça yaklaşan bir düzenleme olarak dikkate almak da pek yanlış olmayacaktır.

Sonuç itibariyle soykırım suçuna esas anlamını veren manevi unsur dışarıda bırakılmak şartıyla, soykırım sözleşmesinin 2.maddesinde sıralanan ve soykırım suçunu oluşturan fiillerden bir kısmının, fiilin niteliğine ve şiddetine göre Osmanlı ceza hukuku kapsamında had, kısas/diyet yahut tazir cezaları ile cezalandırıldığını söylemek

¹⁶³ KOÇ/TUĞLUCA, s. 21, 22.

¹⁶⁴ KOÇ/TUĞLUCA, s. 24.

¹⁶⁵ KUNDAKÇI, s. 601.

mümkündür. Buna göre; Soykırım Sözleşmesi m.2/a doğrultusunda adam öldürmek suçunun kısas ve diyet cezası ile, m.2/b doğrultusunda kişilerin bedeni veya ruhi bütünlüğüne ciddi zarar vermek suçu kapsamında yaralama, tecavüz suçlarının fiilin niteliğine göre had veya kısas/diyet yahut tazir cezası ile, Soykırım Sözleşmesi m.2/d çerçevesinde doğumlara engel olmak kapsamında sayılabilecek çocuk düşürmek suçunun tazir cezası ile cezalandırıldığını söylemek mümkündür.

2. Cumhuriyet Dönemi

Yukarıda da belirttiği üzere, soykırım suçuna ilişkin düzenlemelerin Türk hukukunda yer alması, Cumhuriyet döneminde gerçekleşmiştir. Bu dönemi, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun kabul edildiği 1926 tarihinden 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2005 yılına kadar olan süreç çerçevesinde kendi içinde iki bölüm halinde ele almak uygun olacaktır.

a. 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanunu ve Soykırım Suçu

01.03.1926 tarihinde kabul edilen ve 2005 tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği süre zarfında yürürlükte olan 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda soykırım suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda soykırım suçuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesini, milletlerarası hukuk sisteminin gelişimi çerçevesinde 1948 yılına kadar olan zaman diliminde normal karşılamak mümkündür. Çünkü 765 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 1926 yılından Soykırım Sözleşmesi'nin BMGK'da kabul edildiği 1948 yılına kadar olan sürede milletlerarası hukuk sisteminde de soykırıma ve soykırım suçuna ilişkin doğrudan herhangi bir düzenleme yoktur. 1948 tarihine kadar geçen zaman diliminde görev yapan ad hoc nitelikli iki milletlerarası askeri ceza mahkemesi de (Nüremberg, 1945/ Tokyo, 1946) statülerinde doğrudan soykırım suçuna yer vermemiş, bugün için soykırım suçunu oluşturduğu kabul edilen fiilleri insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları içerisinde yargı konusu yapmıştır.

Türkiye, BMGK tarafından 1948 tarihinde kabul edilen ve 12.01.1951 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi kararlaştırılan Soykırım Sözleşmesi'ni 23.03.1950 tarihli ve 5630 sayılı kanun ile çekince koymaksızın onaylamış ve onamaya ilişkin kanun 29.02.1950 tarihli ve 7469 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye,

Soykırım Sözleşmesi'nin 5.maddesinin “*Sözleşmecı devletler...kendi anayasalarında ön görülen usule uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarmayı taahhüt eder.*” Şeklinde belirttiği düzenlemeyi 765 sayılı ceza kanununda yapmamış, bunun için yaklaşık 50 yıl geçmesi gerekmiştir.

Türkiye'nin Soykırım Sözleşmesi'nin, 23.03.1950 tarihinde onaylamakla birlikte, iç hukukunda buna ilişkin bir düzenleme yapmak için bu kadar uzun bir süre beklemesini, bu çalışmanın “*Daimi Mahkemeler*” başlıklı bölümünde ifade edilen gerekçelerle açıklamak mümkündür. Burada da kısaca değinmek gerekirse, Türkiye milletlerarası hukukta yer bulan pek çok düzenleme ile milletlerarası mahkemelere karşı tutumunu, imza atma ve taraf olma şeklinde, medeni dünyanın bir üyesi olarak açık ve net biçimde ortaya koymuştur. Ancak bu sözleşmeler ve mahkemeler ile ilgili olarak kendi iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapma konusunda temkinli davranması daha önce de belirtildiği üzere Türkiye'nin söz konusu mahkemeler ile mahkemelerin özüne ilişkin olumsuz yaklaşımından değil; bu tür sözleşmeler ile mahkemelerin oluşum sürecinde yaşanan tartışmalara ve politik süreçlere ilişkin kaygılarından kaynaklanmıştır.

b. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve Soykırım Suçu

Türk hukukunda soykırım suçu, ilk kez 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında 2001 tarihli Dönmezer Tasarısı ile gündeme gelmiş ve yapılan çalışmalar neticesinde 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 76.maddesi ile soykırım suçu Türk hukukunda yerini almıştır.

Soykırım suçu, 5237 sayılı TCK'nın “*Özel Hükümler*” başlıklı İkinci Kitabının “*Uluslararası Suçlar*” başlıklı Birinci Bölümünde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 76/1.maddesinde soykırım suçu tanımlanırken Soykırım Sözleşmesi'nin ikinci maddesinde yer verilen düzenleme esas alınmakla birlikte, TCK'da soykırım suçunun tanımına “*bir planın icrası suretiyle*” ifadesi eklenerek, soykırım suçunun ancak planlı ve sistemli bir şekilde işlenebileceğine vurgu yapılmıştır.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ve soykırım suçu konusu çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİ

A. SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİNİN HAZIRLANMASI VE KABUL EDİLMESİ

Nüremberg (1945) ve Tokyo (1946) yargılamalarından sonra geçen iki yıl, soykırımın ayrı bir suç tipi olarak kabul edilerek milletlerarası hukuk literatüründe kabul görmesi bakımından önemli tartışmalara ve gelişmelere sahne olmuştur. Bu sürecin önemli unsurlarından biri, hiç kuşkusuz ki, Naziler'in işlediği suçların savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardan farklı ve daha ağır bir suç tipine dikkatleri çekmiş olmasıdır. Bununla birlikte dünya kamuoyu ve hukuk çevrelerinde bu yönde sürdürülen tartışmalar, Lemkin'in soykırımın suç olarak kabul edilmesi yönündeki ısrarlı mücadelesi ve giderek daha fazla sayıda akademisyen, yazar ve politikacının da bu doğrultuda görüş birliğine varması soykırımın ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi ve cezalandırılması yönünde süreci hızlandıran etkenlerdendir¹⁶⁶.

Neticede, Lemkin ve diğer hukukçuların yürüttükleri tartışmalarla, Naziler'in işlediği fiillerin insanlığa karşı suçlardan farklı ve daha ağır bir suç olduğu, bu tür suçların artık soykırım suçu olarak yeni bir suç kategorisi ile tanımlanması gerektiği, oysa Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin statülerinin buna imkan vermediği, bu tür suçlar bir daha işlendiğinde bunları soykırım suçu olarak yargılamayı sağlayacak bir hukuki dayanağın halihazırda da bulunmadığı açıkça anlaşılmış ve bir çözüm arayışına girilmiştir. Nüremberg ve Tokyo Mahkemeleri'ne yöneltile eleştiriler de bu mahkemelerin kararlarının meşruiyetini ciddi biçimde tartışmaya açmış, bu eleştirilerdeki haklılık payı, bundan sonra işlenebilecek olan soykırım fiillerinin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlaline yol açmayacak şekilde yargılanabilmesi için ilgili mahkemenin hukuki dayanağını oluşturacak bir milletlerarası hukuk metnini gerekli ve mecburi hale getirmiştir.

Milletlerarası toplumda ve hukuk çevrelerinde oluşan bu olumlu havanın neticesinde, Küba, Panama ve Hindistan delegasyonlarının girişimde bulunup, soykırım konusunu

¹⁶⁶ KOCAOĞLU, s. 143.

BM Genel Kurulu'nun 1946 yılındaki ilk olağan döneminde gündeme almasını önermeleriyle çalışmalar başladı¹⁶⁷. Genel Kurul'da ele alınacak karar taslağını hazırlama görevini Lemkin'in de içinde bulunduğu BM Genel Sekreterliği'nin üç kişilik İnsan Hakları Bölümü üstlendi. Nihayet Lemkin tarafından kaleme alınan karar taslağı iki bölümden oluşuyordu. İlk kısım, soykırımı ilişkin tanımlama ve nitelendirmenin yapıldığı giriş bölümü, ikinci kısım ise soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması için milletlerarası iş birliği yapılması yönünde BMGK'nın tavsiyelerde bulunacağı sonuç bölümünden meydana geliyordu¹⁶⁸.

BM Genel Sekreterliği İnsan Hakları Bölümü tarafından hazırlanan ve Raphael Lemkin tarafından kaleme alınan BM Karar Taslağı, soykırım tanımına bazı akademisyenlerin tavsiyeleriyle¹⁶⁹ siyasi gruplar da dahil edilerek, şu şekilde ifade edilmişti: *“Soykırım fiillerinin işlendiği pek çok örnek ırki, dini, siyasi ve diğer grupların tamamen ya da kısmen yok edilmesiyle ortaya çıkmıştır. Soykırım suçunun cezalandırılması milletlerarası bir meseledir. Üye devletlere bu suçun önlenmesi ve cezalandırılması için devletler arasında milletlerarası iş birliği tavsiye eder. Genel Kurul'un takip eden ilk olağan oturumunda sunulmak üzere bir soykırım konvansiyonu tasarısının hazırlanmasına yönelik gerekli çalışmaları yapmaları Ekonomik ve Sosyal Konsey'den talep eder.”*¹⁷⁰

O dönemde kuruluşunun üzerinden henüz bir yıl geçmiş bulunan Birleşmiş Milletler Örgütü, kendi olağan takvimine uygun olarak 23 Ekim 15 Aralık 1946 tarihleri arasında Genel kurul toplantısını gerçekleştirmek üzere ABD'nin New York şehrinde toplandı. Gündeminde o tarihe kadar ön hazırlıkları tamamlanmış olan Soykırım Karar Taslağı'nı ele almak da vardı. Yapılan müzakereler neticesinde, BMGK 11 Aralık 1946 tarihli 96/1

¹⁶⁷ TAKIMSU, s. 87.

¹⁶⁸ HAMZAYEVA, s. 30.

¹⁶⁹ DURAN, Batuhan, Soykırım Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanununda Düzenlenişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 27.

¹⁷⁰ HAMZAYEVA, s. 30.

Sayıli Karar'ı kabul etti. Bu karar ile, soykırım kavramı hem tanımlanmış hem de ilk defa resmîyet kazanarak milletlerarası bir hukuk belgesine girmiş oluyordu¹⁷¹.

Söz konusu karar ile milletlerarası hukuka göre suç olarak nitelendirilen soykırım şu şekilde tanımlanmıştır: “...Soykırım bütün bir insan grubunun varoluş hakkının inkarıdır. Böylesine bir inkar insanlığın tamir edilemeyecek şekilde vicdanını sarstığı gibi, bu insan gruplarının insanlığa yaptığı kültürel ve diğer katkıları en büyük bir biçimde zarara uğratar... Irki, dini, siyasi ve diğer gruplara karşı bir bütün veya parça olarak işlenmiş pek çok soykırım örnekleri meydana gelmiştir. Soykırım suçunun cezalandırılması milletlerarası bir önemdedir.”¹⁷²

BMGK'nın 96/1 sayılı kararı, soykırımın tanımlanması ve soykırım suçunun milletlerarası bir suç olarak kabul edilerek cezalandırılması sürecinde tarihi önemde bir karardır. Her ne kadar BMGK kararlarının bağlayıcı bir özelliği olmasa da BM'nin Milletlerarası Adalet Divanı (MAD)'nın 1996 yılındaki danışma görüşünde ifade ettiği gibi, söz konusu kararlar bir hukuk kuralının meydana gelmesine ya da bir davranışın “hukuk kuralı oluşturduğuna dair inancın” (opinio juris) oluşmasına kaynaklık edebilir. Ayrıca, Genel Kurul kararlarının oluşması sırasında gerçekleşen tartışmalar da daha sonra milletlerarası anlaşmalara yol gösterici niteliğe sahip olabilmektedir. Bu bakımdan, 96/1 sayılı karar, BMGK'nın bir süre sonra kabul edeceği Soykırım Sözleşmesi'nin temelini oluşturması yönünden son derece değerli ve önemlidir¹⁷³.

BMGK, bu kararla birlikte, bir yandan içtihatlarla oluşturulan prensipleri ve statüleri (Nüremberg, Tokyo, v.b.) kanunlaştırmak ve dünya barışı ile milletlerarası güvenliği sağlamak için bu kurallara dayanan milletlerarası bir ceza kanunu taslağı hazırlamada BM Devletler Ceza Hukuk Komitesi'ni görevlendirirken¹⁷⁴, diğer yandan da soykırım

¹⁷¹ BERBERER, s. 26.

¹⁷² KOCAOĞLU, s. 143.

¹⁷³ DEĞER, Ozan, “Soykırım Suçu Ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek V. Sırbistan-Karadağ Kararı”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, C. 6, S. 22, Yaz 2009, Ankara, s. 68-69.

¹⁷⁴ GÜLLER/ZAFER, s. 8.

suçunun önlenmesi ve cezalandırılmasını sağlamak üzere bir sözleşme taslağı hazırlamak için BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'ni (BMESK) görevlendirdi¹⁷⁵.

BMESK, taslak hazırlığı için kendi bünyesinde ABD, SSCB, Çin, Fransa, Lübnan, Polonya ve Venezuela temsilcilerinden oluşan bir ad hoc komite kurarak, çalışmalarını iki yıl boyunca yoğun tartışmalar eşliğinde sürdürdü. Bu süre sonunda hazırlanan sözleşme taslağı, müzakereler sırasında komite tarafından kabul edilen ve kabul edilmeyen değişiklik teklifleri ile birlikte BM Genel Kurulu'na sunuldu¹⁷⁶.

6 Aralık 1948 tarihinde Fransa'nın Paris şehrinde toplanan BMGK'da gerçekleştirilen görüşmeler neticesinde, 96/1 sayılı karardaki “*siyasi gruplar*” kavramı çıkarılarak, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (SSÖCS/Soykırım Sözleşmesi), hazır bulunan 56 üye devletin oybirliği ile BMGK'nın 9Aralık 1948 tarihli ve 260/A (III) sayılı kararı olarak 12 Ocak 1951 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere kabul edildi¹⁷⁷

B. SÖZLEŞMEYE GÖRE SOYKIRIM SUÇU

BMGK tarafından 1948 tarih ve 260/A (III) sayılı karar ile kabul edilen SSÖCS, yürürlüğe girdiği 12 Ocak 1951 tarihinden itibaren, milletlerarası hukukta artık soykırım suçunun ve cezalandırılmasının hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

SSÖCS, daha giriş bölümünden itibaren, milletlerarası hukukun medeni ülkelerce kabul edilmiş olan evrensel ve egemen ilkelerine vurgu yapmaktadır. Soykırım Sözleşmesi'nin giriş bölümünde yer verilen “*Birleşmiş Milletler'in ruhu ve amacı*”, “*soykırımın medeni dünya tarafından lanetlenen, milletlerarası hukuka göre bir suç olarak beyan edilmesi*”, “*soykırımın insanlık için büyük kayıplar meydana getirdiği*” ve “*insanlığı bu tür bir iğrenç musibetten kurtarmak için milletlerarası işbirliği gerektiği*” şeklindeki ifadeler, sözleşmenin evrensel bir uygulama alanına sahip olduğunu ve bütün bir milletlerarası topluma yönelik hukuki menfaatinin bulunduğunu ifade etmektedir¹⁷⁸.

¹⁷⁵ DEĞER, s. 69

¹⁷⁶ TAKIMSU, s. 89

¹⁷⁷ HAMZAYEVA, s. 31

¹⁷⁸ KOCAOĞLU, s. 156.

Nitekim Milletlerarası Adalet Divanı (MAD), 1951 tarihli “Soykırım Sözleşmesi’ne Konulan Çekinceler Üzerine Tavsiye Kararı”nda bu duruma açıklık getirerek, soykırım suçunun yasaklanmasının bir “*jus cogens*”¹⁷⁹ olduğunu ve “*erga omnes*”¹⁸⁰ yükümlülük taşıdığını belirtmiştir¹⁸¹.

Anlaşmalar Hukuku Üzerine Viyana Sözleşmesi, *jus cogens*’i “*genel milletlerarası hukukun buyurucu normu*” olarak tanımlamakta ve “*genel milletlerarası hukukun buyurucu normlarından biriyle çatışan antlaşmaları yok hükmünde*” saymaktadır¹⁸². Buna göre *jus cogens*’in iki ayırt edici özelliği söz konusudur. İlki, bu tür normların milletlerarası toplumun bütününe benimsenmiş olması, diğeri de bu normlara aykırı hiçbir norm konulamamasıdır¹⁸³.

Jus cogens normların getirdiği yükümlülükler, *erga omnes* özelliğe sahiptir, yani herkese karşı ileri sürülebilir niteliktedir¹⁸⁴. *Erga omnes* yükümlülükler, milletlerarası toplumun bütün üyelerine yönelik yükümlülüklerdir, bu nedenle, bu yükümlülüklerin ihlali, milletlerarası toplumun her üyesinin bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini ve söz konusu ihlalin durdurulmasını isteme hakkını doğurur. Nitekim, MAD, kendi önüne getirilen (Bosna Hersek, Sırbistan ve Montenegro’ya Karşı) Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası’nda “... mahkememiz, Sözleşme’nin amaç ve hedefini takip ederek, Sözleşme’de hükme bağlanan haklar ve mükellefiyetlerin *erga omnes* haklar ve yükümlülükler olduğu kanaatine varmıştır. Bundan dolayı, mahkeme, her devletin soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümlülüğünün Soykırım Sözleşmesi tarafından yer yönünden sınırlandırılmadığını bildirir.” şeklinde karar vererek, bu durumu açıkça teyit etmiştir¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Üstün hukuk; Kocaoğlu, “Suçların Suçu: Soykırım”, s. 156.

¹⁸⁰ Herkese yönelik, herkese doğru akan, herkesle ilişki içinde bulunan; Kocaoğlu, “Suçların Suçu: Soykırım”, s. 156.

¹⁸¹ KOCAOĞLU, s. 155-156.

¹⁸² KOCAOĞLU, s. 156.

¹⁸³ PAZARCI, Hüseyin, Milletlerarası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 81.

¹⁸⁴ ASLAN, Gündüz, Milletlerarası Hukuk, 5. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 36.

¹⁸⁵ KOCAOĞLU, s. 157’den naklen.

Özetlemek gerekirse, SSÖCS'nin giriş bölümünde ve MAD'ın Soykırım Sözleşmesi ile ilgili olarak sunduğu danışma görüşünde vurgulandığı gibi, soykırım suçu milletlerarası hukuk bakımından jus cogens ve erga omnes özelliklere sahiptir. Bu nedenle, SSÖCS, milletlerarası toplumun bütününe yönelik hukuki menfaatlere sahip olmakla evrensel bir uygulama alanına sahiptir. Bir başka deyişle SSÖCS, tüm devletler için, antlaşmalardan doğan yükümlülükleri bulunmasa dahi bağlayıcı niteliktedir ve bu suçu işleyenlere karşı her devletin yargı uygulamasının yapılabilmesini isteme hakkı vardır.

Soykırım Sözleşmesi bir giriş bölümü ve 19 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin 1. maddesinde soykırım suçunun barış zamanında da işlenebilecek ve cezalandırılacak bir suç olduğu belirtilmiştir. Bu vurgu dikkat çekicidir çünkü Nüremberg Mahkemesi Statüsü'nde, soykırımın da içinde yer aldığı insanlığa karşı suçlar, savaş suçunun işlenmesi esnasında ya da savaş suçu ile bağlantılı olarak ele alınmaktaydı. Soykırım Sözleşmesi, daha birinci maddesinde *“ister barış zamanında isterse savaş zamanında”* demek suretiyle, soykırımın önlenmesi ve cezalandırılmasının uygulanma imkanını genişletmiştir¹⁸⁶.

Soykırım suçunun tanımı sözleşmenin ikinci maddesinde yer almaktadır. Sözleşmenin üçüncü maddesi soykırım suçunu oluşturan fiilleri düzenlemiştir. Dördüncü madde gerçek kişilerin sorumluluğunu belirtirken, üst düzey devlet yöneticileri ya da kamu görevlilerinin bu suçtan yargılanamaz ve cezalandırılmaz olmadıklarını ifade etmiştir. Ayrıca, sözleşmenin 1., 4., 5., 6., 7., 8., 9. maddeleri devletlerin bu konudaki sorumluluklarını ortaya koymaktadır. Kalan maddeler de Sözleşme'ye ilişkin diğer prosedürleri içermektedir.

¹⁸⁶ DURAN, s. 7.

1. Suçun Tanımı

SSÖCS'nin ikinci maddesinde soykırım suçunun tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Madde 2- Bu Sözleşme bakımından, milli, etnik, ırki veya dini bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri, soykırım suçunu oluşturur.

- a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;*
- b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;*
- c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek;*
- d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;*
- e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek”*

Bu aşamada maddenin değerlendirmesine geçmeden önce, bir noktaya açıklık getirmekte fayda vardır. “Soy” önceliğine dayalı “*genocide*” kavramı ile “ırk” önceliğine dayalı “*racisme*” kavramının içerik bakımından birbirine yakın olmaları, bazı durumlarda birbirlerinin yerine kullanılmalarına yol açmakta ya da aralarındaki farkın tam olarak anlaşılamaması bazı karışıklıklara sebep olabilmektedir. Irkçılık, genetik ortaklık esasına dayanan bir içeriğe sahiptir, dolayısıyla ırkçılık söz konusu olduğunda ırklar arası bir hiyerarşi kurulmakta, hiyerarşinin en üstünde yer alan “*üstün*” kabul edilmektedir. Buradan hareketle, ırkçılık, hakim grubun diğerine sosyo-ekonomik baskı, siyasi ve ekonomik ayrımcılık, örtülü şiddet, ırk ayrımcılığı, etnik temizlik ve soykırım uygulamaları ile hayat bulmaktadır. Bir başka deyişle ırkçılık, farklı davranış kategorilerini içeren bir politikaya dönüşebilmekte ve soykırım bunlardan sadece bir tanesi olmaktadır. Yani soykırım, ırkçılığın en fazla şiddet içeren nihai aşaması, en keskin uygulaması olarak tanımlanmakta ve bu aşamada sistematikleşmiş ve kurumsallaşmış bir

ırkçılıktan söz edilmiş olunmaktadır. Kısacası bu iki kavram birbirini tamamlar nitelikte olup, ırkçılık olguya; soykırım ise o olguya bağlı eyleme karşılık gelmektedir¹⁸⁷.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesine tekrar dönecek olursak, madde metninde dikkat çeken ilk husus, soykırım suçunun muhatabı olarak “*grup*” kavramına vurgu yapılarak, bu grupların sınırlı sayıda tanımlanmasıdır. Bununla birlikte, *Sözleşme*'de “*milli, etnik, ırki veya dini*” şeklinde kavramsallaştırılan grupların tespitine ilişkin herhangi bir ölçüt yoktur. Bu durum, Sözleşme adına önemli bir eksiklik olup, yıllar sonra Soykırım Sözleşmesi'nin uygulandığı ilk mahkeme olan Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin (RMCM) Akayesu Kararı'nda açıklık kazanmıştır. Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına atıf yaparak, bu grupların ortak özelliğini reddi mümkün olmayan, irade dışında, süreklilik arz eden yapılar¹⁸⁸ şeklinde yorumlayıp, söz konusu dört grubun ortak ölçütünü “*doğuştan gelen sabit yani daimi bir aidiyete haiz olmaları*” şeklinde belirlemiştir¹⁸⁹. Mahkeme, buradan hareketle ve MAD'ın 1955 tarihli Nottebohm Kararı'nı da örnek alarak, bu grupları şu şekilde tanımlamıştır¹⁹⁰:

“Milli (National) Grup: Haklar ve görevlerin karşılıklılığı ilkesi ile birleştirilmiş ortak bir vatandaşlığa dayalı hukuki bir bağı paylaşan insanlar topluluğu.

Etnik (Ethnic) Grup: Üyeleri ortak bir dili veya kültürü paylaşan insan topluluğu.

Irki (Racial) Grup: Coğrafi bir bölgenin dilsel, kültürel, milli ve dini faktörleriyle ilintisiz olarak sadece kalıtımsal özelliklere dayanan insan topluluğu

Dini (Religious) Grup: Ortak bir dini, mezhebi veya tapınma biçimini paylaşan insan topluluğu.”

Görüldüğü gibi daha önceki süreçte Lemkin, diğer bazı akademisyenler, doktrinde yürütülen tartışmalar ve Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık aşamalarında bulunan

¹⁸⁷ TÖNGÜR, s. 30-31.

¹⁸⁸ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Rifat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 526.

¹⁸⁹ Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para 96; KOCAOĞLU, “*Suçların Suçu: Soykırım*”, s. 146'dan naklen.

¹⁹⁰ KOCAOĞLU, s. 146.

hukukçular tarafından gündeme getirilmesine rağmen hem Soykırım Sözleşmesi'nde hem de Ruanda Mahkemesi'nin değerlendirmesinde siyasi, kültürel, ekonomik, vb. gruplar soykırım suçuna karşı korunan gruplara dâhil edilmemiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinden anlaşılması gereken bir diğer husus, soykırım suçunun bireylerden ziyade, bireylerin oluşturduğu gruba yönelik olduğudur. Buna göre, soykırım suçunun mağdurları bireysel özelliklerinden dolayı değil, söz konusu gruplardan birine mensup olmaları sebebiyle failin hedefidir. Dolayısıyla, mağdurların kesin olarak bu gruplardan herhangi birinin üyesi olup olmaması, suçun faili açısından önemlidir ancak, mağdurlar söz konusu gruplardan birinin üyesi olmasa bile failde böyle bir algı varsa, suçun oluşması için bu da yeterlidir¹⁹¹.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde soykırım suçu tanımlanırken vurgulanan bir diğer nokta da “*grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak*” ibaresidir. Buna göre, Sözleşme, soykırım suçunun oluşması için grubun tamamen ortadan kaldırılmasını (imha) şart koşmamış, kısmen imhayı da yeterli kabul etmiştir. Burada, “*kısmen*” tabirinin anlaşılmasında, grubun hedef alınan kısmı ile hayatta kalanları arasındaki kıyas, önemli bir ölçüttür. Mağdurların sayısı ile ulaşılmak istenen hedef arasında mantıklı bir oran bulunması halinde “*kısmen*” tabiri karşılanmış olacaktır. Dolayısıyla “*kısmen veya tamamen*” tabiri yalnızca aritmetik anlamıyla değil, söz konusu grupların değişik kıstaslar çerçevesindeki ağırlığına göre tespit edilmelidir¹⁹².

2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suçun hukuki konusu, suç ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaattir¹⁹³. Bu anlamda, belli değerler bir toplumda önemli görülerek hukukun himayesine dahil edilebilir, bu değerlerden bazıları çok daha önemli görülerek ceza hukukunun koruması altına alınabilirler. Aynı durum milletlerarası toplum için de geçerlidir. Bir başka deyişle, milletlerarası toplumda da birtakım değerler ceza hukukunun koruması altına alınırlar ki, bu değerleri ihlal eden fiiller aynı zamanda

¹⁹¹ ÖZARSLAN, Bahadır Bumin, “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Açısından Hocalı Katliamı”, Hacettepe HFD, S. 4 (1), Ankara, 2014, s. 196.

¹⁹² ÖZARSLAN, s. 196.

¹⁹³ BERBERER, s. 45.

milletlerarası suçları oluşturlar¹⁹⁴. İşte soykırım suçu bu çerçevede değerlendirilen suçlardan biri, hatta en önemlisidir.

BMGK'nın 96/1 sayılı kararının gerekçesinde “*cinayet nasıl birey olarak insanların hayat hakkının (right to life) inkarıysa, soykırım da bütün bir insan grubunun varoluş hakkının (right to existence) inkarıdır.*” denilmek suretiyle soykırım suçunun vahameti vurgulanmış; devamında “*böylesine bir inkar insanlığın vicdanını tamir edilemeyecek şekilde sarstığı gibi, bu insan gruplarının insanlığa yaptığı kültürel ve diğer katkıları en büyük bir biçimde zarara uğratar.*” denilerek soykırım suçunun yasaklanmasında insanlığın korunmasının önemine dikkat çekilmiştir.

Gerçekten de soykırım suçu, milletlerarası suçlar içinde en ağırı olarak kabul edilmiş, RMCM Kambanda Kararı'nda soykırımı “*Suçların Suçu*” (the crime of crimes) olarak nitelendirmiştir¹⁹⁵.

İşte, bütün bu sebeplerden ötürü, soykırım suçu ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer, insanlığın ve insanlık medeniyetinin korunmasıdır. Çünkü, bu suç insan gruplarının yok edilmesi suretiyle insanlığın devamını tehlikeye sokmakta, milletlerarası toplumu oluşturan gruplardan birini ortadan kaldırmayı hedeflemekle de bütün bir insanlık medeniyetini tehdit etmektedir.

3. Suçun Unsurları

a. Soykırım Suçunun Maddi Unsuru

Soykırım suçunun maddi unsurunu oluşturan fiiller Soykırım Sözleşmesi'nde (m.2), EYCM Statüsü'nde (m.2/2) ve MCM'yi kuran Roma Statüsü'nde (m.6) sınırlı şekilde sayılmıştır. Bunlar;

- (1). Grubun mensuplarını öldürmek,
- (2). Grup mensuplarına ciddi surette bedeni veya zihni zarar vermek,
- (3). Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziki varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak hayat şartlarını kasten değiştirmek,

¹⁹⁴ BAYILLIOĞLU, s. 55.

¹⁹⁵ BAYILLIOĞLU, s. 55.

(4). Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak,

(5). Gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmek.

Soykırım suçunu oluşturan ve yukarıda belirtildiği üzere Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde 5 fıkra ile düzenlenen tüm eylemler icra yoluyla işlenebileceği gibi, bu eylemlerden bazıları (örneğin öldürmek) ihmal yolu ile de işlenebilmektedir. Öte yandan 2. maddede sayılan eylemlerden (1), (2) ve (5). bentlerinde yer alanlar neticeli suçlardır. Bu üç bentte sayılan eylemlerin soykırım suçunu oluşturmaları için eylemin gerçekleşmesi halinde neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir. 2. maddenin (3). ve (4). bentlerinde sıralanan eylemler içinse söz konusu zorunluluk aranmamaktadır¹⁹⁶. 2. maddenin (5). bendinde yer alan eylemde fiziki imha söz konusu değildir. Ancak, çocukların nakli süreklilik taşımalıdır¹⁹⁷. Ayrıca bu bentte yer verilen eylemle ilgili olarak dikkat çeken husus, bu eylemin kültürel bir boyutunun da bulunmasıdır¹⁹⁸.

b. Soykırım Suçunun Manevi Unsuru

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde soykırım suçunu tanımlarken kullanılan “...milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacı” ifadesi, soykırım suçunun oluşabilmesi için aranan manevi unsurunu belirtir. Buradan hareketle, soykırım suçu ancak kasıtlı işlenebilecek bir suç olup¹⁹⁹, bu suçun taksirle işlenebilmesi söz konusu değildir²⁰⁰.

Bir eylemin görünürde soykırımı çağrıştırmaması, soykırım suçunun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Eylem tesadüfi olarak yahut yok etme niyeti olmaksızın gerçekleştirilmiş ise burada soykırım suçundan bahsetmek mümkün değildir²⁰¹. Bu anlamda soykırım suçu manevi unsurunu açısından milletlerarası ceza hukukunun konusu içine giren diğer suçlardan farklılık arz eder. Çünkü bu suçun işlenmesi için “*genel kasta (general*

¹⁹⁶ DEĞER, s. 70.

¹⁹⁷ ÖZARSLAN, s. 199.

¹⁹⁸ ÖZARSLAN, s. 199.

¹⁹⁹ TÖNGÜR, s. 32.

²⁰⁰ ÜNAL, Şeref, Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, TTK Basımevi, Ankara, 2011, s. 380.

²⁰¹ TÖNGÜR, s. 32.

intent)”ek olarak “*özel kast (special intent/ dolus specialis)*” gerekmektedir. Bu özel kast, sanığın yargılandığı suçun sonucunu açık olarak istemesi demektir²⁰². Soykırım suçu için *dolus specialis*; “*milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek kastı*”dır²⁰³. Yani soykırım suçunun faili, olayların tabii gelişimi içinde, sonucun soykırıma müteallik olarak gerçekleşmesine sebep olmayı isteyen bir kasıtlı hareket etmiş olmalıdır. Nitekim RMCM’nin Kayishema Kararı’nda bir grubu yok etme kastının genel değil, soykırıma yönelik özel bir kast olması gerektiği²⁰⁴, yine EYMCM’nin Jelisic Kararı’nda özel kastın soykırım suçunun oluşması için gerekliliği çok açık bir şekilde ortaya koyulmuştur²⁰⁵.

c. Hukuka Aykırılık

Bir fiilin hukuka aykırı olması, onun bütün hukuk sistemine aykırı olması anlamına gelir. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise işlenen fiile hukuk düzeni tarafından ceviz verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir²⁰⁶. Soykırım suçu gibi bütün bir milletlerarası toplumu, insanlığı, insanlık medeniyetini tehdit eden bu yönüyle milletlerarası suçlar içinde en ağırı olarak kabul edilip, “*suçların suçu*” şeklinde nitelendirilen bu suçun hukuka aykırılığı milletlerarası hukuk düzeni tarafından apaçık ortaya koyulmuştur. Bu sebeple, soykırım suçunu hukuka uygun hale getiren bir sebebin varlığı söz konusu değildir²⁰⁷.

4. Suçun Özel Görünüş Halleri

a. Genel Değerlendirme

Soykırım Sözleşmesi’nin 3.maddesinde, cezalandırılacak eylemler beş bent halinde sıralanmıştır. Buna göre:

²⁰² KOCAOĞLU, s. 153.

²⁰³ KOCAOĞLU, s. 153.

²⁰⁴ TÖNGÜR, s. 32.

²⁰⁵ KOCAOĞLU, s. 154.

²⁰⁶ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 250, 252.

²⁰⁷ KOCA, Mahmut, “*Türk Ceza Kanununda Soykırım Suçu*”, TAA Dergisi, S. 1, Nisan 2010, Ankara, s. 22.

“Madde 3- Aşağıdaki eylemler cezalandırılır:

- a. Soykırımda bulunmak*
- b. Soykırım yapmak için anlaşmak*
- c. Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette tahrik*
- d. Soykırımda bulunmaya teşebbüs*
- e. Soykırıma iştirak”*

Görüldüğü gibi, Soykırım Sözleşmesi’nin 2.maddesinde yer verilen fiillerden herhangi birini maddede belirtilen maksat ve kast doğrultusunda gerçekleştirmek üzere işleyenler soykırımda bulunmak, soykırım için anlaşmak, soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette tahrik etmek, soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek ve soykırıma iştirak etmekten cezalandırılacaktır. Bir başka deyişle, Soykırım Sözleşmesi’nin 2.maddesinde sıralanan fiilleri doğrudan gerçekleştirmekle (yani soykırımda bulunmakla) birlikte, bu suça teşvik, teşebbüs ve iştirak de cezalandırılacak eylemler kapsamına alınmıştır.

Soykırımda bulunmak fiili, bu çalışmada Soykırım Sözleşmesi’nin 2.maddesi kapsamında yer verilen fiillerin açıklanması çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alındığı için, bu bölümde soykırım suçu ile ilgili olarak “*anlaşma, tahrik, teşebbüs, iştirak*” konuları değerlendirilecektir.

b. Soykırım Yapmak İçin Anlaşmak

soykırım yapmak için anlaşma Soykırım Sözleşmesi’nde cezalandırılacak bir fiil olarak yer aldıktan sonra, konunun ne şekilde anlaşılacağına ilişkin ayrıntılı hükümler ad hoc mahkemelerin, özellikle de RMCM’nin çeşitli kararlarında ortaya koyulmuştur. Bu anlamda, RMCM Musema Kararı’nda soykırım yapmak için anlaşmayı, soykırım suçu işlemek için iki ya da daha fazla kişinin anlaşması olarak tanımlamış ve soykırım suçu için anlaşılan kişilerde kısmen veya tamamen milli, etnik, ırki veya dini grubun imhası kastının bulunması gerektiğini belirtmiştir²⁰⁸.

²⁰⁸ Prosecutor v. Musema, ICTR Trial Chamber, para. 191,192; KÖPRÜLÜ, s. 207’den naklen.

RMCM'nin Nahimana Kararı²⁰⁹ ve Niyitegeka Kararı²¹⁰, soykırım yapmak için anlaşma kararının varlığının ispatlanabilmesi için açık veya resmi bir anlaşmanın bulunmasının gerekmediğini, böyle bir anlaşmanın varlığının grubu oluşturan kişilerin ortak veya koordineli hareketlerinden (korunan gruba yönelik saldırıyı planlama, grubun imhasının tartışıldığı toplantılara katılma, bu toplantıda yapılan konuşmalar, suç aletlerinin temin edilmesine dair söz verme) çıkarılabileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca RMCM, Kambanda Kararı'nda, sanığın hem soykırım yapmak için anlaşmadan hem de bu anlaşmanın bir sonucu olarak soykırım suçu işlemekten dolayı cezalandırılmasına hükmetmiştir²¹¹.

c. Soykırımda Bulunulmasını Doğrudan ve Aleni Surette Tahrik

Soykırımda bulunmaya doğrudan ve aleni surette tahrik, Soykırım Sözleşmesi'nin 3/c maddesinde olduğu gibi, MCM Statüsü'nün 25/e maddesinde de bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, başkaları tarafından soykırım teşkil edebilecek bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi, aleni ve doğrudan tahrikte bulunan kimse cezalandırılacaktır²¹².

RMCM, Akayesu Kararı'nda soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette tahrikin manevi unsuru olarak, bir başkasını soykırım suçu işlemeye kışkırtmak olarak ifade etmiş ve tahrik eden kişide milli, etnik, ırki veya dini bir grubun kısmen veya tamamen imhası şeklindeki özel kastın bulunması gerektiğine hükmetmiştir²¹³.

²⁰⁹ Prosecutor v. Musema, ICTR Trial Chamber, para. 1045; KÖPRÜLÜ, s. 208'den naklen.

²¹⁰ Prosecutor v. Musema, ICTR Trial Chamber, para. 427; KÖPRÜLÜ, s. 208'den naklen.

²¹¹ Prosecutor v. Musema, ICTR Trial Chamber, para. 40/1,2; KÖPRÜLÜ, s. 209'den naklen.

²¹² BAYILLIOĞLU, s. 138,141.

²¹³ Prosecutor v. Musema, ICTR Trial Chamber, para. 560; KÖPRÜLÜ, s. 216'den naklen.

d. Soykırımda Bulunmaya Teşebbüs

İcrasına başlanan ancak elde olmayan sebeplerle tamamlanamayan suçlara teşebbüs suçları denilmektedir. Bu anlamda teşebbüs, suçun icraya başlanmasıyla tamamlanması arasında söz konusu olan hukuki bir durumdur²¹⁴.

Teşebbüste subjektif unsurları yönünden tamam olan bir suçun objektif unsurları itibarıyla eksik kalması söz konusudur²¹⁵. Yani, fail suç işleme iradesini ortaya koymuş ve amacına ulaşmasa da kanunun suç saydığı bir fiili gerçekleştirmeye kalkışmıştır. Böylece suçun subjektif unsuru tamamlanmıştır. Ancak, her halükarda failin düşündüğü netice gerçekleşmemiş, dolayısıyla maddi zarar veya tehlike doğmamıştır. Bu yönüyle de suçun objektif unsurları eksik kalmıştır²¹⁶.

Teşebbüse ilişkin bu hususlar, MCM Statüsü'nün 25/3-f maddesinde *“Bu Statü'ye uygun olarak, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı...böyle bir suçu işlemek üzere maddi adımlar atması ancak şahsın elinde olmayan sebeplerle suçun gerçekleşmemesi halinde cezai sorumluluk taşıyacak ve cezalandırılabilir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2.maddesinde yer verilen soykırım fiilleri arasında teşebbüs bakımından bir ayırım yapılması gereklidir. Çünkü, suçun maddi unsurunu oluşturan bu fiillerden bazılarının (grubun tamamen veya kısmen fiziki açıdan imhasına yol açacağı öngörülen hayat şartlarına kasten maruz bırakılması, grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirlerin dayatılması) salt gerçekleştirilmiş olması suçun tamamlanması için yeterli olup, eğer bu davranışlar gerçekleştirilmişse suç tamamlanmış olacaktır. Bu bakımdan, bahsedilen iki durumda da salt hareket suçu söz konusu olduğu için teşebbüs mümkün değildir. Buna karşılık, diğer fiiller (grup üyelerini kasten öldürmek, grup üyelerine ciddi bedeni veya zihni zarar vermek, gruba ait çocukları başka bir gruba

²¹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 390.

²¹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 390.

²¹⁶ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 273

nakletmek) bakımından suçun tamamlanması için bu neticelerin gerçekleşmesi aranacağından suça teşebbüs mümkündür²¹⁷.

MCM Statüsü'nün 25/3-f maddesi, soykırımı teşebbüsün cezalandırılacağını belirtmekle beraber, önemli bir düzenlemeye daha yer vermiştir. Buna göre; *“Suçun işlenmesinden vazgeçen veya suçun tamamlanmasını önleyen bir şahıs, suç amacından tamamen ve gönüllü olarak vazgeçmesi halinde, suçun işlenmesi teşebbüsünden dolayı sorumlu olmayacaktır.”*

e. Soykırımı İştirak

Sözlük anlamıyla *“ortak”* demek olan şerik kavramı, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleştirilmesini oluşturmayacak şekilde suça katkıda bulunulmasını ifade ederken, *“ortaklık, katılma”* anlamına gelen iştirak kavramı ise, şerikliğe göre daha geniş bir kavram olup, şerikliği de kapsayacak şekilde, suçun gerçekleştirilmesine yönelik yapılan her türlü katkıyı ifade etmektedir²¹⁸. Bir başka deyişle, kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin değişik şekillerdeki katılımıyla işlenmesine suça iştirak denir ve suça iştirak olarak adlandırılan bu halde suçun işlenişine katılanlar cezalandırılırlar²¹⁹.

Soykırımı iştirak, Soykırım Sözleşmesi (m.3/e) ve MCM Statüsü (m.25/3-b,c,d,) ile EYMCM Statüsü (m.4/3-e) ve RMCM Statüsü (m.3/2-e) tarafından cezalandırılacak fiiller arasında sayılmıştır. MCM Statüsü, iştirak şekillerini suçun işlenmesini emretme, teşvik etme, ikna etme, yardımda bulunma, gerekli araçları temin etme olarak sıralamıştır.

Soykırımı iştirak konusu ile ilgili mahkeme kararları incelendiğinde, bu konuda temel şartın, RMCM'nin Musema Kararı'nda belirttiği üzere, sanığın soykırımı iştirakten sorumlu olabilmesi için soykırım suçunun işlendiğinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanması gerekliliğinin olduğu görülmektedir²²⁰.

²¹⁷ DEĞER, s.70.

²¹⁸ ÇELEN, Ömer, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, s. 60.

²¹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 422 .

²²⁰ Prosecutor v. Musema, ICTR Trial Chamber, para. 173, 174; KÖPRÜLÜ, s. 232'den naklen.

Şerikin soykırım kastı taşıması gerekip gerekmediği hususunda ad hoc mahkemelerin kararları aynı doğrultudadır. Buna göre, RMCM Akayesu Kararı'nda soykırıma iştirak eden kişinin soykırım suçuna ilişkin özel kastı taşımasının gerekmediğine hükmederek, soykırıma yardım ettiğini bilmesi ve istemesinin yeterli olduğunu belirtmiştir²²¹. EYMCM de Kristic Kararı'nda benzer tavrı ortaya koymuş ve yardım ve teşvik şeklindeki iştiraktan dolayı şerikin sorumlu tutulabilmesi için asli failin kastını bilmesinin yeterli olduğuna hükmetmiştir²²².

Öte yandan, soykırım suçuna katılan bir failin bütün suçlara iştirak etmesi şart olmayıp, bu eylemlerden herhangi birine katılması soykırım suçundan cezalandırılması için yeterlidir²²³.

f. İctima

Soykırım suçu, sahip olduğu manevi unsur kapsamında taşıdığı özel kast sebebiyle, pek çok ülke tarafından kendi ceza kanunlarında bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Soykırım suçunu bağımsız bir suç tipi olarak düzenleyen ülkelerin ceza kanunlarına göre, soykırım suçunda fail, soykırım suçunun cezasını aldıktan sonra ayrıca kasten öldürme ve yaralamadan dolayı ceza almayacak²²⁴ ancak soykırım suçunu oluşturan kasten öldürme ve kasten yaralama açısından, mağdur sayısı kadar suç oluşacak ve gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır²²⁵.

5. Soykırım Sözleşmesi'nde Devletlere Atfedilen Yükümlülükler

Soykırım Sözleşmesi'nde devletlere atfedilen yükümlülükler, çeşitli açılardan sözleşmenin 1., 4., 5., 6. ve 9. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmenin 1. maddesi sözleşmeciler devletlere barış zamanında veya savaş zamanında olsun soykırımı önleme ve cezalandırma görevini ve sorumluluğunu yüklemiştir. Sözleşmenin 5. maddesi

²²¹ Prosecutor v. Akayesu, ICTR Trial Chamber, para. 540; KÖPRÜLÜ, s. 228'den naklen.

²²² Prosecutor v. Kristic, ICTY Trial Chamber, para. 141; KÖPRÜLÜ, s. 230'den naklen.

²²³ ÖZARSLAN, s. 202.

²²⁴ DEĞİRMENCİ, s. 103.

²²⁵ ÖNOK, R. Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 187.

sözleşmecı devletlere 1. maddede getirilen görev ve sorumluluğun ne şekilde işlevsel hale getirileceğini düzenlemiş, bu doğrultuda sözleşmecı devletlere, sözleşmedeki hükümleri kendi anayasalarında öngörülen usule uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarma yoluyla iç hukuklarına aktarma zorunluluğunu getirmiştir. Sözleşmenin 6 .maddesi faillerin yargılanmaları konusunu düzenlemekte olup, yargılamanın suçun işlendiği ülke mahkemesinde ya da yargılama yetkisine sahip bulunan milletlerarası bir ceza mahkemesinde gerçekleştirileceğini hükme bağlamıştır. Bu maddede yer verilen “faillerin suçun işlendiği ülkedeki devletin yetkili bir mahkemesinde yargılanması” ifadesi “faillerin iadesi” konusunun da gündeme gelmesini ve düzenlenmesini gerektirdiği için sözleşmenin 7. maddesi, suçun failini suçun işlendiği ülke topraklarını terk etmesi ve başka bir ülkeye kaçması/sığınması durumunda, söz konusu devlete, faili suçun işlendiği devlete iade etme zorunluluğunu getirmişti. Böylece, bu madde ile devletler arasında genellikle ikili antlaşmalar ile düzenlenen suçluların iadesi meselesinde antlaşmaların yokluğu halinde konun güvence altına alınması amaçlanmıştır. Sözleşmenin 9. maddesi sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya devletin sorumluluğu konularında sözleşmecı devletlere uyuşmazlıkların çözümünde MAD’a başvurma imkanını ve yükümlülüğünü getirmiştir²²⁶.

6. Soykırım Sözleşmesi’nde Bağışıklık

Bu arada, Soykırım Sözleşmesi’nin 4.maddesini değerlendirmeyi sona bırakmış bulunmaktayız. Bunun sebeplerinden bir tanesi maddenin ikili anlamına vurgu yapmak diğeri de madde ile ilgili olarak sözleşmenin hazırlık dönemindeki bir tartışmayı hatırlatmaktır. Sözleşme’nin 4.maddesi bir taraftan gerçek kişilerin sorumluluğunu düzenlemekte diğer taraftan devlet görevlilerinin durumuna açıklık getirmektedir. Bu anlamda “soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler anayasaya göre sorumlu yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır.” denilmek suretiyle, sözleşmecı devletlere suçun faillerini devletteki makam ve görevlerine veya anayasal dokunulmazlıklarına yahut başkaca sıfatlarına bakmaksızın yargı önüne çıkarma yükümlülüğü getirilmektedir. Öte yandan maddede yer alan “anayasaya göre sorumlu” ifadesi bir bakıma maddenin sınırlayıcı hükmü olarak da dikkat çekmektedir. Bu durum sözleşmenin hazırlandığı dönemde bu madde ile ilgili

²²⁶ DEĞER, s. 74,76.

olarak gündeme getirilen bir tartışma ve itirazdan kaynaklanmaktadır. Sözleşme'nin hazırlandığı dönemde, kralların yargılanabilmesine itiraz eden devletler (İngiltere, Hollanda, İsveç, vd.) “*anayasaya göre sorumlu kişiler*” ibaresi ile kendileri açısından söz konusu olan riski ortadan kaldırmayı amaçlamışlardır. Aynı dönemde İngiltere'nin tüzel kişilerin de yargılanabilmeleri konusundaki önerisi ise devletlerin ya da hükümetlerin cezai sorumluluğa sahip olamayacağı, çünkü tüzel kişilerin soyut varlıklar olarak cezai sorumluluğa sahip kabul edilmelerinin cezanın şahsiliği ilkesini karşılayamayacağı gerekçeleri ile kabul edilmemiştir²²⁷.

Soykırım Sözleşmesinin 4.maddesi, “*soykırım suçunu işleyenler anayasaya göre sorumlu yöneticiler veya kamu görevlileri...de olsa cezalandırılır*” demek suretiyle bu suçu işleyen kişilerin resmi unvan, statü ve devletteki görevleri sebebiyle cezadan bağışıklıklarının bulunmadığını açık bir şekilde ortaya koymuştur. MCM Statüsü de bu bakımdan sözleşme ile uyumlu bir düzenleme getirmiştir. MCM Statüsü'nün 27.maddesi doğrudan bu konu ile ilgili olup şu şekildedir;

“Madde 27- Resmi Unvan İle İlişki Kurulamaması

1. *Bu statü resmi unvan ayırımı yapılmadan herkese eşit şekilde uygulanacaktır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memuru hiçbir şekilde bu statü altında cezai sorumluluktan muaf tutulamaz veya resmi unvan cezanın azaltılması için bir neden teşkil etmez.*

2. *Bir şahsın resmi ünvanıyla bağlantılı bağışıklık veya usul kuralları, milli veya milletlerarası hukuk altında olsun veya olmasın, Mahkeme'nin böyle bir şahıs üzerinde yargı yetkisini kullanmasını engellemez.”*

Görüldüğü üzere, MCM Statüsü 27.madde, devlet veya hükümet yöneticileri ile resmi görevlilerin soykırım suçundan dolayı cezadan bağışıklıkları olamayacağını açık bir şekilde ifade ettiği gibi, bu tür görev ve ünvanlarının cezanın azaltılması için de uygun bir sebep olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

EYMCM Statüsü (m.7/2) ile RMCM Statüsü (m.6/2) de Soykırım Sözleşmesi (m.4) ve MCM Statüsü (m.27) ile uyumlu olup, soykırım suçunu işleyen kişilerin resmi unvan ve

²²⁷ DEĞER, s. 74-75.

görevlerinin cezada bağışıklık sağlamadığı gibi, cezanın azaltılmasına da sebep kabul edilemeyeceğini ortaya koymuştur.

EYMCM'nin Blaskic Kararı'nda Temyiz Dairesi, *“Resmi görevlilerin devletin organları olduğu ve resmi eylemlerinin devlete atfedilebileceğini, bunların devlet adına işledikleri fiillerden dolayı kendilerinin cezalandırılmayacağını ifade etmiş...milletlerarası örf adet hukukunun her egemen devletin iç organizasyonunu koruduğunu...bunun milletlerarası hukukta devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayandığını ifade etmiş...ancak bu kuralın birkaç istisnası olduğunu belirterek, anılan istisnaların savaş suçlarının, insanlığa karşı işlenen suçların ve soykırımın yasaklanması gibi milletlerarası ceza hukuku normlarından kaynaklandığını ve milletlerarası ceza hukukundan kaynaklanan normlar altında, anılan suç tiplerinden sorumlu olanların resmi görevleri sebebiyle bu suçları işleseler bile milli veya milletlerarası yargıdan kaynaklanan bağışıklığı ileri süremeyeceklerini²²⁸”* ifade etmiştir.

EYMCM, aynı yöndeki kararını Miloseviç Davası'nda da tekrarlamıştır. Dönemin Yugoslavya Federal Cumhuriyeti cumhurbaşkanı olan ve savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar, soykırım suçları sebebiyle yargılanırken karar duruşmasından kısa bir süre önce ölen Slobodan Milosevic'in durumunu Statüsü'nün 7/2.maddesi doğrultusunda ele alan Dava Dairesi, *“Resmi görevden kaynaklanan bağışıklıkların bazı durumlarda işlemeyeceği konusundaki kuralın geçmişinin, 2. Dünya Savaşı sonrasında gelişen kişisel cezai sorumluluk doktrinine bağlanmış ve Nüremberg Şartı'nın 7.maddesi ile Tokyo Mahkemesi'nin 6.maddesini dayanak olarak göstererek, birçok düzenlemede bu kurala yer verilmesinin örf adet hukukunun bir parçası haline gelmesini sağladığını ifade etmiş, ayrıca o tarihte henüz yürürlüğe girmeyen Roma Statüsü'ne atıf yaparak Statü'nün büyük bir destek gördüğünü ve bu bağlamda çok önemli bir belge olduğunu, öte yandan Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun Barişa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar Tasarısı'nın da aynı derecede önemli olduğunu ve bu iki belgenin de devlet başkanlarının milletlerarası mahkemelerin yargı yetkisine giren suçlarda resmi*

²²⁸ KÖPRÜLÜ, s. 335 ,336.

*pozisyonlarının cezai sorumluluklarını engellemeyeceği yönündeki örf adet hukuku karakteri taşıdığını*²²⁹” belirtmiştir.

Benzeri bir değerlendirmeyi RCM de Kambanda Davası’nda yapmıştır. Sanık Jean Kambanda, yargı konusu olan olayların yaşandığı tarihlerde Ruanda Cumhuriyeti Geçici Hükümeti’nin başbakanlık görevini (08.04.1994-17.07.1994) yürütmüş ve RCM Statüsü’nün 6/1 ve/veya 6/3. maddelerine göre sorumluluğu olduğu iddiasıyla yargılanmış, yapılan yargılama neticesinde suçlu bulunmuştur. Üstelik, Dava Dairesi’nin kararında, Kambanda’nın Ruanda’nın başbakanı olmasına rağmen şiddet olaylarını engelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak değerlendirilmiştir²³⁰.

7. Soykırım Sözleşmesi’nin Devletler İçin Bağlayıcılığı

Dikkat edilirse Soykırım Sözleşmesi’nin devletlere yüklediği yükümlülükleri ele alırken sözleşmeye uygun olarak sürekli “*Sözleşmeciler Devletler*” tabirini kullandık. Bu demektir ki konunun bir de sözleşmeye taraf olmayan devletlerle ilgili boyutu var.

Soykırım Sözleşmesi’nin devletler için bağlayıcılığı konusuna iki farklı görüşten söz etmek mümkündür. Bunlardan, “*Milletlerarası hukukta kurallar, yalnızca söz konusu kurallar ile bağlı olmayı kabul eden özneler bakımından hukuki etki doğurma gücüne sahiptir.*” şeklinde temellendirilen yaklaşıma göre, Soykırım Sözleşmesi’nin 5. maddesinde yer verilen “*gerekli düzenlemelerin iç hukuka aktarılması*” yükümlülüğü yalnızca sözleşmeye taraf olan devletler için söz konusu olup, diğer devletler için bir bağlayıcılığı olmamalıdır²³¹.

Milletlerarası hukukta egemen olan ve soykırım suçunun evrenselliğine yaslanan diğer yaklaşım, “*opinio juris*” yani “*soykırım suçunu oluşturan fiillerin tüm devletler tarafından haksız kabul edildiği*” ilkesine vurgu yaparak, soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması hükmünün “*teamül hukuku*”nun bir parçası haline geldiğini, bu nedenle de sözleşmenin devletlere getirdiği yükümlülüklerin bütün devletler için bağlayıcı

²²⁹ KÖPRÜLÜ, s. 337, 338.

²³⁰ KÖPRÜLÜ, s. 336

²³¹ DEĞER, s. 77.

olduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşım MAD tarafından da desteklenmektedir. Nitekim MAD, bu doğrultuda verdiği bir tavsiye kararında²³² soykırım suçunun yasaklanmasının bir jus cogens olduğunu ve erga omnes yükümlülük taşıdığını belirtmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi jus cogens, milletlerarası hukukun bir buyruk kuralı olup iki özelliği söz konusudur. Bunlardan biri, bu tür normların milletlerarası toplumun bütününe benimsenmiş olması diğeri de bu normlara aykırı hiçbir norm koyulamamasıdır²³³. Öte yandan yine milletlerarası hukuka göre, jus cogens normların getirdiği yükümlülükler erga omnes etkiye sahiptir yani milletlerarası toplumun bütün üyelerine yönelik olup bu yükümlülüklerin ihlali durumunda, milletlerarası toplumun her bir üyesinin bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini ve söz konusu ihlalin durdurulmasını isteme hakkı vardır²³⁴. İşte, soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması söz konusu olduğunda “jus cogens niteliğe sahip bir kuralın tüm özneler için erga omnes niteliğe sahip olduğu” görüşü, Soykırım Sözleşmesi’nin taraf olsun veya olmasın bütün devletler için bağlayıcı olduğu sonucunu doğurmaktadır²³⁵.

8. Soykırım Suçunda Cezai Sorumluluğu Engelleyen Sebepler

Genel anlamıyla “Cezai sorumluluğu engelleyen sebepler, suçun tüm unsurlarının gerçekleşmesine rağmen failin, bir veya daha fazla sebep yüzünden işlediği fiilden dolayı cezalandırılmasının engellenmesi”dir²³⁶. Bu açıdan bakıldığında, Soykırım Sözleşmesi soykırım suçunda cezai sorumluluğun kalktığı hallere ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Bununla birlikte, bu konu ile ilgili bir düzenlemeyi MCM Statüsü’nde bulmak mümkündür.

MCM Statüsü, soykırım suçunda cezai sorumluluğu engelleyen sebepleri 31.maddede “Cezai Sorumluluktan Kurtulma” başlığı altında akıl hastalığı, sarhoşluk ya da başka bir maddenin etkisinde olma, meşru müdafaa, cebir/baskı sonucu meydana gelme şeklinde dört bent halinde düzenlenmiştir. Buna göre, MCM Statüsü 31.madde kapsamında,

²³² KOCAOĞLU, s. 155, 156.

²³³ PAZARI, s. 81.

²³⁴ ASLAN, s. 36.

²³⁵ DEĞER, s. 77, 78.

²³⁶ KÖPRÜLÜ, s. 279.

soykırım suçunda cezai sorumluluğu engelleyen sebepleri kısaca şu şekilde el almak uygun olacaktır:

a. Akıl Hastalığı

MCM Statsü m.31/a gereğince, *“Yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını kontrol kabiliyetini ortadan kaldıracak bir akıl hastalığı ya da kusuru olması halinde, kişinin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.”*

Soykırım suçu ile ilgili olarak akıl hastalığı ilk kez EYMCM’nin Celebici Kararı’nda yer almıştır. Bosnalı Sırplar’ın tutulduğu Celebici Hapishanesi’nde gardiyan olarak görev yapmış olan sanık Esad Landzo’nun davasına bakan EYMCM Birinci Dairesi, verdiği kararda akıl hastalığı ile davranışları yönlendirme kabiliyetinin azalması arasındaki ayrım da dikkat çekerek, akıl hastalığının cezai sorumluluğu kaldıran bir hâl olduğunu ifade etmiş, ancak davranışları yönlendirme kabiliyetinin azalmasının cezai sorumluluktan kurtulmaya yetmeyeceğini, sadece cezada indirim sebebi olarak kabul edilebileceğini karara bağlamıştır²³⁷.

b. Sarhoşluk ya da Başka Bir Maddenin Etkisinde Olma

MCM Statüsü m.31/b gereğince *“Divanın yargı yetkisine giren bir suçu oluşturan bir eylemi gerçekleştirmesine yol açacağını bilerek ya da riskini göz ardı ederek sarhoş ya da uyuşturucu etkisi altına kendi isteğiyle girme dışında, yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir veya eylemin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını fark etme kabiliyetini ortadan kaldıracak şekilde sarhoş ya da bir başka maddenin etkisinde olması halinde, kişinin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.”*

Bilindiği üzere, akıl hastalığı gibi, kişinin kendi iradesi dışında alkol, uyuşturucu veya benzeri diğer maddeleri alması durumundan kaynaklanan sarhoşluk hali de bütün hukuk sistemlerinde cezai sorumluluğu engelleyen durumlar arasında sayılmaktadır.

Soykırım suçu ile ilgili olarak, EYMCM’nin Kvocka Davası’nda, sanık Zigic’in avukatlarının, müvekkillerinin iddianamede yer alan fillerin bir çoğunu işlerken sarhoş

²³⁷ KÖPRÜLÜ, s. 284, 286.

olduğunu ileri sürmeleri karşısında verdiği karar, konunun anlaşılması bakımından son derece açık ve nettir: “Savunma, uyuşturucu veya alkol etkisi altında suç işlenmesinin cezayı azaltan bir sebep olması gerektiğini, çünkü sanığın akli melekelerinin zayıfladığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda, Dava Dairesi, birçok ülkede akli zayıflığın cezayı indiren bir sebep olduğunu kabul etmekle birlikte, akli melekeler alkol veya uyuşturucu kullanımına bağlı olarak zayıfladığında dikkate alınması gereken, kişinin kendisini bilinçli ve gönüllü olarak böyle bir hale sokup sokmadığıdır. Sarhoşluk ancak kişi zorla veya tehditle sarhoş edildiğinde hafifletici bir sebep olacaktır. Bu anlamda Zigic’in iradi sarhoşluğunun hafifletici sebep olarak iddia edilmesi kabul edilemez. Dahası özellikle şiddetin kural olduğu ve silahların taşındığı bir ortamda iradi olarak alkol veya uyuşturucu alma, hafifletici sebepten ziyade ağırlatıcı sebep olmalıdır.”²³⁸”

c. Meşru Müdafaa

MCM Statüsü m.31/c doğrultusunda, “Kendisine veya koruma altındaki bir şahsa veya diğer bir şahsa veyahut eşyaya karşı tehlikenin oranına uygun olarak yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını veya savaş suçlarında kendisinin veya bir başka şahsın hayatında hayati öneme haiz veya bir askeri görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul surette hareket edilmesi halinde, kişinin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Askeri kuvvetler tarafından yerine getirilen savunma amaçlı bir harekate katılım, bu alt paragrafta cezai sorumluluğu kaldırmak için başlı başına bir sebep oluşturmayacaktır.”

Nitekim EYMCM, Kordic/Cerkez Kararı’nda MCM Statüsü’nün 31/3.maddesine atıfla “Meşru müdafaa, geniş bir tanımla, kişinin kendisini veya başkasını veya kendisinin veya başkasının malvarlığını saldırılara karşı makul, gerekli ve orantılı bir şekilde savunması yönündeki fiillerdir.” şeklinde karar vermiştir²³⁹.

d. Cebir ve Zorunluluk Hali

MCM Statüsü m.31/d kapsamında, “Divan’ın yargı yetkisine giren suçu oluşturduğu iddia edilen eylemin, şahsa veya başka bir şahsa yakın ölüm veya sürekli veya yakın fiziki

²³⁸ KÖPRÜLÜ, s. 290, 291.

²³⁹ KÖPRÜLÜ, s. 299, 300.

zarar tehdidinden ortaya çıkan bir baskı sonucu meydana gelmesi ve önlenmesi gereken zarardan daha fazlasına yol açmaya niyetlenmemek şartıyla bu tehdidi önlemek için şahsın gerektiği kadar ve makul ölçüde davranması halinde, kişinin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Böyle bir tehdit:

(I). Başka şahıslar tarafından yapılmış; veya

(II). O şahsın kontrolü dışındaki şartlarla oluşmuş olabilir.”

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bazı hukuk sistemlerinde cebir ve zorunluluk hali ortak bir isimlendirme ile ve bir arada anılmakla birlikte, ikisi arasında önemli farklar vardır. Buna göre cebirde baskı kişiden, zorunluluk halinde tabii sebeplerden kaynaklanmakta; yine cebirde kişi suç olan fiili bir başkasının baskısı altında işlerken zorunluluk halinde kendisine yönelmiş tehdidi bertaraf etmek için bunu yapmaktadır²⁴⁰.

EYMCM, Erdemovic Kararı’nda “sıkı şartlar dahilinde ve inandırıcı delillerle ispatlanması şartıyla tehdidin cezai sorumluluğu engelleyen bir hal olacağına” hükmetmiş, davayı inceleyen Temyiz Dairesi de “cebir veya zorunluluk hali savunmasının, masum sivillerin, insanlığa karşı işlenen suçlarda ve savaş suçlarında mağdur olmaları durumunda işlemeyeceğine” karar vermiştir²⁴¹.

e. Hata

MCM Statüsü, cezai sorumluluğu engelleyen sebeplerden bir diğerini m.32’de düzenlemiştir. Buna göre, MCM Statüsü gereğince “Maddi Hata veya Kanun Hatası” (m.32) cezai sorumluluğu engelleyen sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir.

MCM Statüsü 32/1.madde “Maddi hata, sadece suçun manevi unsurunu (kasti) ortadan kaldırdığında cezai sorumluluğu yok eden bir esas olacaktır.” demektedir, 32/2.madde ise “Belli bir eylem biçiminin mahkemenin yargı yetkisine giren bir suç olup olmadığı hususundaki kanun hatası cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir unsur olamaz. Ancak kanun hatası, suçun gerektirdiği manevi unsuru ortadan kaldırdığı takdirde veya

²⁴⁰ KÖPRÜLÜ, s. 299, 300.

²⁴¹ KÖPRÜLÜ, s. 307.

33.maddede öngördüğü şekliyle cezai sorumluluğu kaldıran bir unsur olabilir.” demektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, maddi hatanın da (suçun maddi unsuruna ilişkin hata), kanun hatasının da (failin, işlediği fiilin MCM’nin yargı yetkisine girmediği konusundaki hatalı algısı) cezai sorumluluğu engelleyen bir sebep olması, hatanın suçun manevi unsurunu ortadan kaldırmasına bağlıdır. Bu arada, EYMCM Statüsü ile RMCM Statüsünde bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır²⁴².

f. Üst-Amirin Emrini İfa

MCM Statüsü’nde cezai sorumluluğu engelleyen sebeplerden sonuncusu, m.33’te “*Üst Makam Emirleri ve Kanunun Tanımı*” başlığı ile tanımlanmıştır. Buna göre;

“Madde 33-Üst Makam Emirleri ve Kanunun Tanımı

1. Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suçun bir hükümetin ya da bir üstün emrine uyan askeri ya da sivil bir şahıs tarafından işlenmesi aşağıdaki hususlar haricinde şahsı cezai sorumluluktan kurtaramayacaktır;

(a). Şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni zorunluluk ise,

(b). Şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde, ve

(c). Emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

2. Bu maddenin amaçları bakımından soykırım ve insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiği kabul edilir.”

Görüldüğü üzere, MCM Statüsü 33/1.madde ile, önce mahkemenin yargı yetkisine giren bir suç işleyen bir şahsın, en azından ilkesel olarak a,b,c bentleri kapsamında bulunmak şartıyla cezai sorumluluktan masum kabul edilebileceğini, ancak 33/2.madde gereğince de soykırım ve insanlığa karşı suçların bu istisnai hükmün dışında olduğunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle, MCM Statüsü 33.madde doğrultusunda, yargı yetkisine giren suçlar bakımından soykırım suçu ile insanlığa karşı işlenen suçlarda üst amirin

²⁴² KÖPRÜLÜ s. 311, 317.

emrini ifayı cezai sorumluluktan kurtaran haller dışında bırakıp, sadece savaş suçlarında ve m.33/1 gereğince a,b,c bentlerinde sayılan şartların bir arada bulunması durumunda üst amirin emrini ifayı cezai sorumluluktan kurtaran bir hal olarak kabul etmektedir.

MCM Statüsü'nün kabul ettiği bu yaklaşım, milletlerarası hukuk literatürünün oluşumuna kaynaklık eden daha önceki ad hoc nitelikli milletlerarası ceza mahkemelerinin statüleri ile de uyumludur. Bu anlamda, NMACM Statüsü'nün 8.maddesi "*Sanığın, hükümetin veya hiyerarşik amirin emirlerine uygun olarak hareket etmesi onu sorumluluktan kurtaramaz, fakat adaletin gerektirdiği hallerde, bu durum cezayı azaltıcı neden olarak dikkate alınır.*" şeklinde düzenlenmiş olup²⁴³, yine UMACM de önüne gelen Jalvit Atoll Davası'nda yapılan "*Japon İmparatorluk Ordusu personeli tarafından amirin emrinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu*" savunmasına karşı yine NMAC ile benzer şekilde "*sıradan anlayış ve zekaya sahip herkesin verilen infaz kararının hukuka aykırılığını anlaması gerektiğine*" işaret etmiş ve emrin açıkça hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle amirin emri savunmasını reddetmiştir²⁴⁴.

EYMCM Statüsü (m.7/4) ile RMCM Statüsü (6/4) de aynı şekilde²⁴⁵, amirin emrini ifayı suç işleyen astlar için bir savunma gerekçesi olarak kabul etmemekte, ancak mahkeme adaletin gerektirdiği kanaatini taşıyorsa cezada indirim sebebi olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir²⁴⁶.

Sonuç olarak, MCM'nin yargı yetkisi içine giren suçlardan soykırım suçu ile insanlığa karşı işlenen suçlarda amirin emrini ifa cezai sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edilmemekte, fakat mahkemenin adaletin gerektirdiği kanaatini taşıdığı durumlarda cezada indirim sebebi olarak kabul edilebilmektedir.

Son olarak, konuyla ilgisi bakımından, doktrinde yer alan bir yaklaşıma değinmek de faydalı olacaktır. Buna göre, doktrin tartışmalarında bazı yazarlar (Tezcan, Erdem, Önok) "*Soykırım saikiyle belirli kimselerin öldürülmesini ermeden amirinin emrini ifa eden*

²⁴³KÖŞÜRGELİ, Barış, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde Amirin Emri Ve Kavramın Tarihi Gelişimi*" TAAD, Y. 7, S. 30, s. 456, Nisan 2017, Ankara.

²⁴⁴ KÖŞÜRGELİ, s. 458.

²⁴⁵ KÖPRÜLÜ, s. 327.

²⁴⁶ KÖŞÜRGELİ, s. 458.

*astın sorumluluğu kendi kastına göre belirlenmelidir. Şayet, amirin saikini biliyorsa, soykırımı iştirak; bilmiyorsa alelade kasten öldürmeden sorumlu tutulmalıdır.*²⁴⁷” şeklinde bir görüş ortaya koyarak, “soykırım suçunu oluşturan bir fiili emreden amirinin emrini ifa eden astın, amirinin saikini bilmediği halde bu fiili icra etmesi”nin soykırım olarak değil, alelade kasten adam öldürmek kapsamında değerlendirilmesini ifade ettikleri anlaşılmaktadır. Ancak Soykırım Sözleşmesi ve MCM Statüsü’nün 33.maddesi çerçevesinde bu görüşün hatalı olduğu görülmektedir. Çünkü Soykırım Sözleşmesi bütünüyle dikkate alındığında, soykırım suçunu oluşturan fiilleri işleyenlerin amirin emrini ifa gerekçesi veya başka hiçbir şekilde soykırım suçu kapsamında cezai sorumluluktan masum olma imkanının bulunmadığı ve yine bu sözleşme ile uyumlu bir şekilde, MCM Statüsü’nün 33.maddesinin 2.bendi gereğince, “soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiğinin kabul edildiği”, dolayısıyla soykırım suçunu oluşturan bir fiili işleyen astın, amirin emrini ifa etme kapsamında 33.maddenin 1.bendi çerçevesinde sağlanan cezai sorumluluktan kurtulma şartlarına haiz olamayacağı apaçık ortadadır.

C. SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİ’NİN KABUL EDİLMESİNDEN SONRAKİ HUKUKİ SÜREÇ

Daha önceki bölümlerde değindiğimiz gibi, soykırımın suç olarak kabul edilme süreci, milletlerarası hukukun oluşumu ve bununla eş zamanlı olarak önce milletlerarası suçların belirlenmesi, ardından soykırımın bu suçlardan farklılığı vurgulanarak ayrı bir suç kategorisi olarak tanımlanması, sonra da bu suçları yargılamaya yetkili milletlerarası bir ceza mahkemesinin kurulmasının sağlanması şeklinde gelişerek günümüze gelmiştir.

Bu süreçte, SSÖCS’nin hazırlanması ve kabulünü önemli bir aşama olarak kabul etmek gerekmektedir. Çünkü Sözleşme ile hem soykırım suçu milletlerarası hukukta ayrı bir suç tipi olarak tanımlanmış ve kabul edilmiş hem de sözleşmenin 6.maddesi ile soykırımın bir suç olarak “suçun işlendiği ülkedeki devletin yetkili bir mahkemesi veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan Sözleşmecî Devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan milletlerarası bir ceza mahkemesinde yargılanması”nın önü açılmıştır. Bu arada SSÖCS’nin kabul edilmesinden yaklaşık sekiz ay sonra, 12 Ağustos 1949 tarihinde

²⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 72.

Cenevre Sözleşmeleri imzalanmıştır. Cenevre Sözleşmeleri, aşağıda değinileceği gibi, milletlerarası daimî bir ceza mahkemesi kurulmadan önce görev yapan ad hoc mahkemelerin hukuki meşruiyet arayışında başvuracakları temel hukuk metinlerinden biri olmak yönüyle oldukça önemlidir.

SSÖCS'nin ve Cenevre Sözleşmeleri'nin kabulünden BMGK, içtihatlarla oluşturulan prensipleri ve statüleri hukuki bir zemine oturtmak ve dünya barışı ile milletlerarası güvenliği sağlamak için bu kurallara dayanan milletlerarası bir ceza kanunu taslağı hazırlamakla BM Devletler Ceza Hukuku Komitesi'ni²⁴⁸ ve milletlerarası bir ceza mahkemesi statüsü hazırlamak üzere de BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nu görevlendirmiştir²⁴⁹.

Çeşitli sebepler ve özellikle Soğuk Savaş döneminin olumsuz etkileri yüzünden çok uzun yıllar boyunca akim kalan çalışmalar 1989 yılında Trinidad Tobago'nun uyuşturucu kaçakçılarının yargılanması talebi ile yaptığı başvuru ve 1990 yılında Irak'ı Kuveyt'i işgali ile hareketlenen BMGK'nu 1942 yılında BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu'ndan bir kez daha milletlerarası bir ceza mahkemesi statü taslağı hazırlanmasını istemeye sevk etmiştir²⁵⁰.

1993 yılında Eski Yugoslavya'da başlayan savaş ve hemen ardından 1994 yılında Ruanda'da yaşanan iç savaş esnasında gerçekleşen ve milletlerarası toplumu derinden sarsan olaylar Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarının tamamlanmasını beklemeden yargı mekanizmasını harekete geçirmeyi ve bu sayede ağır hukuk ihlallerini sonlandırarak sorumlularını mahkeme önüne çıkarmayı zorunlu kılmıştır. Bu maksatla toplanan BMGK, 1993 yılında ad hoc nitelikli Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesini, 1994 yılında da yine ad hoc nitelikli Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi'ni kurmuştur²⁵¹.

²⁴⁸ GÜLLER/ZAFER, s. 8.

²⁴⁹ ALİBABA, Arzu, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", AÜHFD, C.49, S.1-4, Ankara, 2000, s.188.

²⁵⁰ ALİBABA, s. 188.

²⁵¹ TÖNGÜR, s. 9, 12.

Bu iki ad hoc mahkemenin kurulmasından kısa bir süre sonra BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu nihayet çalışmalarını tamamlayarak milletlerarası bir ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin statü taslağını görüşülmek üzere 1994 yılında BMGK'na sunmuştur. BM bünyesinde kurulan çeşitli komisyonlarda uzun süre tartışılarak son şekli verilen taslak metin 15 Haziran- 17 Temmuz 1998 tarihleri arasında Roma'da toplanan "*Tam Yetkili Temsilcilerden Oluşan Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı*"nda nihai haliyle 120 devletin olumlu, 7 devletin olumsuz, 20 devletin de çekimser oyu ile Milletlerarası Ceza Mahkemesi ('ni kuran Roma) Statüsü olarak 18 Temmuz 1998 tarihinde tüm devletlerin imzasına açılmıştır. 31 Aralık 2000 tarihine kadar imzaya açık kalan sözleşmeye yapılan katılımlar sonucunda MCM 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla Hollanda/La Haye'de kurulmuştur²⁵². MCM'yi kuran Roma Statüsü ve bizzat MCM, soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması bakımından günümüz milletlerarası hukuk sisteminin en önemli imkân ve araçlarından bir tanesidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere SSÖCS'nin kabulünden sonra, soykırım suçu ve diğer milletlerarası suçları yargılamak üzere daimî bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulmasına giden süreçte öne çıkan en önemli aşama, 1993 ve 1994 yıllarında kurulan iki ad hoc mahkemedir. Statüleri, içtihatları ve kararları ile hem SSÖCS'nin eksikliklerini tamamlayan hem de soykırım suçunun yargılanmasında ilk pratik yargı örneklerini oluşturan bu iki mahkeme ileride kurulacak olan MC için de dikkate değer katkılar sunmuştur. Bu itibarla soykırım suçunu doğrudan yargı konusu yapan ad hoc nitelikli Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri'ne biraz daha yakından bakmakta fayda vardır.

1. Ad Hoc Mahkemeler

Hatırlanacağı üzere daha önce soykırımın da içinde yer aldığı insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu yargılamak üzere kurulan Nüremberg ve Tokyo Mahkemeler, 2. Dünya Savaşının galibi olan devletler tarafından kurulmuş askeri nitelikli milletlerarası ceza mahkemeleri olup, bu anlamda kendileri ve kararlarının meşruiyeti itibarıyla ciddi eleştirilere muhatap olmuşlardı.

Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri, BMGK tarafından, BM Antlaşması'nın 7. bölümü çerçevesinde ad hoc nitelikli olarak kurulmuştur. Ancak söz konusu antlaşmanın

²⁵² KARAKEHYA, Hakan, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk*", AÜHFD, C. 57, S. 2, Ankara, 2008, s. 141.

maddelerinin Güvenlik Konseyi'ne ad hoc nitelikli de olsa milletlerarası bir ceza mahkemesi kurma yetkisini verip vermediği, ilgili mahkemelerin hukuki meşruiyeti bakımından son derece önemli olup, bu mahkemelere yönelik eleştirilere de kaynaklık etmiştir. Gerçekten de BM Antlaşması'nın 7. bölümü bu konuda yeterince açık değildir. *“Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve BM üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler ekonomik ilişkilerin ve demir yolu, hava, deniz, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir.”* şeklinde olup, madde bu haliyle Güvenlik Konseyi'ne söz konusu mahkemeleri oluşturmak için imkan verir nitelikte görünmemektedir²⁵³.

Bununla birlikte o dönemde eski Yugoslavya'da ve Ruanda'da yaşanan hadiseler dayanılır ve kabul edilir düzeyde değildir. Yugoslavya'nın dağılmasından sonra bölgede etnik gruplar arasında barış ve güven sağlamak maksadıyla BM tarafından görevlendirilen BM Koruma Gücü (The United Nations Protection Force/UNPROFOR) çatışmaları sona erdirmeye ve güven ortamını temin etmede yetersiz kalmış, benzeri maksatla Ruanda'da kurulan BM Ruanda Görev Gücü (The United Nations Assistance Mission for Rwanda/UNAMIR) görevli 10 askerin olaylar esnasında öldürülmesi üzerine geri çekilmişti. Meselelerin önemi ve aciliyeti, milletlerarası toplumun yüksek hassasiyeti Birleşmiş Milletler'i bir an önce harekete geçmeye zorluyordu. İşte böylesi bir ortamda harekete geçen BMGK, antlaşmanın 41. maddesi ile birlikte bu tür durumlarda silahlı müdahale dahil her çeşit tedbirin alınabileceğini öngören 42. ve 43. maddeleri de esas alarak, BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nün kendisine verdiği zorlayıcı yetkilerle iki ad hoc mahkeme kurma kararını aldı²⁵⁴.

Bu şekilde kurulan Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüleri'nde Cenevre Sözleşmesi'ne atıfta bulunulması, mahkemelerin hukuki durumlarına bir dayanak teşkil edilmesi bakımından önemli ve dikkat çekicidir. Buna göre; EYMCM Statüsü, Mahkeme'nin yargı yetkisini 1949 tarihli

²⁵³ ÖNDER, Orhan, Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu, Yapısı ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Ankara, 2014, s. 36-37.

²⁵⁴ ÖNDER, s.38,40.

Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerini, savaş kanun ve teamüllerinin ihlalini gerçekleştirenleri, soykırım ve insanlığa karşı suçları işleyenleri yargılamak²⁵⁵, RCM Statüsü de Mahkeme'nin yetkisini soykırım, insanlığa karşı suçlar ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3.maddesi ile buna ilave olarak Ek 2. Protokol'ün ihlallerini yargılamak²⁵⁶ şeklinde belirlemiştir. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri'nin konumuz açısından önemi, bunların milletlerarası hukukta “örf ve adet hukuku” olarak kabul edilmesinde ve böylelikle taraf olmayanlara da uygulanabilmesinde yatmaktadır²⁵⁷.

Bu kısa bilgiler ışığında, Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerini konumuz açısından biraz daha ayrıntılı olarak şöyle inceleyebiliriz:

a. Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi

1990 yılında (eski) Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılması ile birlikte, federal yapı içindeki Sırlar ve Hırvatların peş peşe bağımsızlıklarını ilan etmelerinin ardından birlik içindeki son etnik/dini unsur olan Boşnaklar da (Bosna Hersek) 1 Mart 1992'de bağımsızlıklarını açıkladılar. Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi, Bosna Hersek Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını 6 Nisan 1992'de tanıdı²⁵⁸.

Eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nden (YFC) bağımsızlığını ilan eden Bosna Hersek, kendi içinde parçalı bir nüfus dağılımına (Müslüman Boşnak, Ortodoks Sırp, Katolik Hırvat, vd.) sahipti²⁵⁹. Ancak bu nüfus yapısı, bağımsızlığa giden süreçte Bosna Hersek için büyük bir problem haline gelecekti. Çünkü Büyük Sırbistan ve Büyük Hırvatistan hayallerinin arasında kalan Boşnaklar, beraber yaşadıkları Sırların ve Hırvatların ihanetlerine uğrayacaktı. Hırvatlar, Boşnaklara karşı Sırlarla iş birliğine girerek katliamlara katılacaklar ve Bosna Hersek topraklarında Hersek Hırvat Cumhuriyeti'ni kuracaklardı. Ardından Bosna Hersek'teki Sırların partisi olan SDS

²⁵⁵ BESİRİ, s.22.

²⁵⁶ ÖNOK, s.84.

²⁵⁷ ÖZSOY, Şule, “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, s.123, todaie.edu.tr, 13.03.2017.

²⁵⁸ BERBERER, s. 66.

²⁵⁹ TÜRKÖLMEZ, Fadime / TÜRKAN, Hüseyin, 20. Yüzyılda BMGK Daimi Temsilcisi 5 Devletin İşlediği Soykırım ve Katliamlar, 2. Baskı, UHİM Yayını, İstanbul, 2014, s. 226.

(Sırp Demokrat Partisi)'nin lideri Radovan Karadzić, Boşnaklara hitaben *“Referandumdan ‘evet’ çıkarsa yok olacaksınız”* diyerek savaşın ve soykırımın fitilini ateşleyecekti²⁶⁰.

Gerçekten de Bosna Hersek'te üstelik de 20.yüzyılın ortalarında yaşanan soykırım, Sırların tarihi Büyük Sırbistan projesinin hayata geçirilme planı ve uygulamasından başka bir şey değildi. Nitekim Sırp liderlerin henüz olayların başında yaptıkları açıklamalar bütün bu olup bitenlerin ne için yaşandığının itirafı niteliğindeydi. Sırbistan Devlet Başkanı Slobodan Milosević, *“Tanrı bazı milletleri üstün ve seçkin yaratmıştır. Bazılarını değersiz ve üstün olana itaat eden bir konumda yaratmıştır. Hristiyan Avrupa'nın en dindar ırkı olan Sırların Müslümanlardan daha üstün oldukları bir gerçektir. Müslümanlar yok olmaktan kurtulmak istiyorlarsa, üstün olana itaat etmeye mecburlar.”* diyerek soykırım niyetini ve planlarını açıkça ifade ediyordu. Aynı şekilde Radovan Karadzić de *“Biz tek din ve tek kültürlü bir Avrupa için savaşıyoruz. Amacımız Balkanlar'daki İslam kalıntılarını yok etmek ve Anadolu'ya kadar sürmektir. Bu büyük mücadelemizde Avrupa ve Batı dünyası bizi tam olarak desteklemeli.”* demek suretiyle milli, etnik, ırki ve dini bir grubu (Müslüman Boşnaklar) kısmen veya tamamen imha etmek üzere amacını, planını, uygulamalarını hiçbir tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve kesinlikte ortaya koyuyordu²⁶¹.

Bu şartlar altında Bosna Hersek topraklarını işgal eden Sırlar tarafından 1992-1995 yılları arasında gerçekleştirilen soykırımda 250.000'den fazla insan hayatını kaybetti, 2 milyondan fazla insan da göç etmek zorunda bırakıldı. 170.000 kişi sakat kaldı, 50.000 kadın tecavüze uğradı, 1000'e yakın cami, medrese ve tarihi eser yok edildi²⁶².

Bosna Hersek'e yönelik olarak Sırlar tarafından 1992 Nisan'ında başlatılan saldırılar esnasında gerçekleştirilen vahşetin boyutları öylesine büyüdü ki, dünya kamuoyunda meydana gelen infial, BM'nin ağır işleyen mekanizmasını bir şekilde harekete geçmeye mecbur bıraktı. Böylece BMGK 6 Ekim 1992 tarihinde, Bosna Hersek'te işlenen katliamları araştırmak üzere bir Uzmanlar Komisyonu kurulmasına karar verdi.

²⁶⁰ TÜRKÖLMEZ/TÜRKAN, s. 225.

²⁶¹ TÜRKÖLMEZ/TÜRKAN, s. 225.

²⁶² TÜRKÖLMEZ/TÜRKAN, s. 225-226.

Komisyon başkanlık eden dünyaca ünlü milletlerarası hukuk uzmanı Mısırlı Cherif Bassiouni'nin sonrasında ifade ettiği gibi BM'den yeterli finansal destek alınmadan ve özellikle ABD ve AB tarafından uygulanan çeşitli engellemelere rağmen çalışmalarını sürdüren komisyon, konuyla ilgili olarak 65.000 sayfalık belge, 300 saatlik video kaydı ve 3.300 sayfalık analiz raporları hazırlamayı başarmış ve bu bilgileri, hazırladığı nihai rapor ile birlikte daha sonra (kurulacak olan) Mahkeme (EYMCM)'nin savcısına ulaştırmıştır. Komisyonun hazırladığı raporda yer verilen değerlendirmeler kısaca şu şekildedir: *“Komisyona ulaşan raporlar ve yine Komisyonun yaptığı araştırmalar bu çatışmadaki kurban sayısının oldukça fazla olduğunu göstermektedir. İşlenen suçlar son derece korkunç ve vahşidir...İşlenen vahşetin büyüklüğü son derece açıktır. Komisyon Cenevre Sözleşmeleri'nin ve diğer milletlerarası insancıl hukuk kurallarının ağır bir şekilde ihlal edildiği bilgi ve delillerine ulaşmıştır; bu bilgi ve deliller Milletlerarası Mahkeme'nin Savcılık Makamı'na ulaştırılmıştır...Etnik Temizlik uygulamaları, cinsel saldırı ve tecavüz bazı taraflarca öylesine sistematik bir şekilde sürdürülmüştür ki, bunların önceden planlanmış bir politikanın ürünü olduğu açıktır. Bu tür suçların işlenmesini önlemedeki sürekli başarısızlık ve bu suçların faillerini kovuşturma ve cezalandırmadaki sürekli başarısızlık da bir ihmâl politikasının varlığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır...”*²⁶³

Uzmanlar Komisyonu'nun 10 Şubat 1993'te BMGK'na sunduğu bu raporda, aynı zamanda, ad hoc nitelikte bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması düşüncesi de destekleniyordu. Bunun üzerine, BMGK 22 Şubat 1993 tarih ve 808 sayılı kararla, eski Yugoslavya'da 1991 yılından itibaren işlenen suçların faillerinin kovuşturulması maksadıyla milletlerarası bir ceza mahkemesi kurulmasını kararlaştırdı. Yapılan hazırlıkların ardından, 25 Mayıs 1993 tarihinde BMGK'nın 827 sayılı kararıyla Mahkeme'nin statüsü kabul edildi, 25 Eylül 1993 tarihinde hakimler belirlendi²⁶⁴ ve

²⁶³ ÇAKMAK, Cenap / ATILGAN, Cansu, “BM, Bosna Soykırımı ve Küresel Adalet”, Bilge Strateji Dergisi, C. 4, S. 7, Güz 2012, Ankara, s. 14-15.

²⁶⁴ ALPKAYA, Gökçen, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 26, 27, 48.

Mahkeme savcısı da 15 Ağustos 1994 tarihinde göreve başladı²⁶⁵. EYMCM'nin merkezi, Hollanda'nın La Haye şehrinde²⁶⁶.

EYMCM Statüsü'nün 1.maddesi, Mahkeme'nin eski Yugoslavya sınırları içinde 1991 yılından itibaren milletlerarası insancıl hukuk kurallarını ciddi bir biçimde ihlal eden kişileri yargılama yetkisine sahip olduğu ve 6. maddesi uyarınca da bunun sadece gerçek kişileri ifade ettiği belirtilmiş, ayrıca 7. maddede statüde yer alan suçlardan birini planlamış, azmettirmiş, işlemiş veya planlanmasına, hazırlanmasına, işlenmesine herhangi bir şekilde yardım ve iştirak etmiş olanların sorumlu olacağı kabul edilmiştir²⁶⁷.

EYMCM Statüsü'nün 8. maddesine göre Mahkeme'nin yer bakımından yargı yetkisi eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin toprakları, hava sahası ve karasuları olarak belirlenmiş, zaman bakımından yetkisi 01.01.1991 tarihinden itibaren işlenen suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²⁶⁸.

EYMCM'nin konu bakımından yetkisi, Statü'nün 2-5. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, Mahkeme eski Yugoslavya toprakları üstünde işlenmiş olan insancıl hukuka ciddi biçimde aykırı eylemlerin sorumlularını yargılamaya yetkilidir. Bunlar; 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlalleri (m.2), Savaş Hukuku'na ve Savaş Hukuku'na İlişkin Yapılageliş Kuralları'na aykırı davranışlar (m.3), Soykırım Suçu (m.4) ve İnsanlık Aleyhine Suçlar (m.5) olarak belirlenmiştir²⁶⁹.

Mahkemenin görev süresinin 31.12.2010 tarihinde tamamlanması öngörülmüş fakat BMGK'nın 22 Aralık 2010 tarih (1966) sayılı kararı ile bu süre 31.12.2014 tarihine kadar uzatılmış olup²⁷⁰, buna rağmen yargılamalar yine de tamamlanamamış ve günümüzde halen devam etmektedir.

²⁶⁵ ÇAKMAK/ATILGAN, s. 17.

²⁶⁶ ALPKAYA, s. 51.

²⁶⁷ BERBERER, s. 71.

²⁶⁸ BERBERER, s. 70.

²⁶⁹ AYBAY, s. 102,103.

²⁷⁰ AYBAY, s. 103.

EYMCM, üç Yargı Dairesi ve bir Temyiz Dairesi halinde görev yapmakta olup, Statü’ye göre (m.9) Mahkeme ile herhangi bir ülke mahkemesi arasında “*yarışan yetki*” söz konusudur. Buna göre; ülke mahkemelerine göre EYMCM’nin önceliği kabul edilmiştir. Yani yetki ve görev alanına giren suçlarla ilgili olarak EYMCM’nin yetkisinin ülke mahkemelerinden öncelikli olduğu, istenmesi halinde ülke mahkemesinin bakmakta olduğu davayı EYMCM’ye devredeceği, EYMCM önünde yargılanmış kişilerin aynı suçtan dolayı ülke mahkemelerinde yargılanamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, EYMCM’nin görevine giren bir suç ülke mahkemesi tarafından “adi” bir suç sayılarak hüküm kurulmuşsa veya bu yargılama tarafsız ve bağımsız bir organ tarafından yürütülmemişse ya da sanığı milletlerarası ceza sorumluluğundan kurtarmak amacıyla yapılmışsa ayrıca dikkatli ve özenli bir şekilde yürütülmemişse, kişinin EYMCM önünde yeniden yargılanacağı (m.10) belirtilmiştir²⁷¹.

EYMCM Statüsü’nün 7.maddesine göre devlet başkanları dahil, üst düzey yöneticiler, en alt düzeydeki askerler ya da siviller dahil herkes Mahkeme’nin yetkisine giren suçlar ile ilgili olarak yargılanabilecek olup, yine Statü’ye (m.24) göre, verilecek cezalar özgürlüğü bağlayıcı cezalarla (hapis) sınırlı tutulacaktır²⁷². Ayrıca Statü’nün 7.maddesi ile amirin emrini ifa eden astların, emrin ifasını hukuka uygunluk sebebi olarak ileri süremeyecekleri, ancak bu durumun Mahkeme tarafından takdiren ve adil olduğu ölçüde cezada indirim sebebi olarak görülebileceği belirtilmiştir²⁷³.

EYMCM, gerek statüsünde tanımlanan suçlar, gerekse yargılamalar esnasında verdiği kararlar ve geliştirdiği içtihatlar ile milletlerarası ceza hukukuna önemli katkılar sağlamıştır. Milletlerarası Ceza Hukuku’nun önemli isimlerinden biri olan Theodor Meron’a göre, Mahkeme’nin milletlerarası hukukun gelişimine yaptığı en önemli katkı, taraf olsun veya olmasın bütün devletlerin uymakla yükümlü bulunduğu teamül hukuku olarak Cenevre Sözleşmeleri ’ne atıf ve vurgu yapmış olmasıdır²⁷⁴. Öte yandan, Mahkeme, insanlığa karşı suçlar kavramına, ahlaki/etik tartışmaların alanından

²⁷¹ AYBAY, s. 100,101.

²⁷² AYBAY, s. 101,102.

²⁷³ BERBERER, s. 71.

²⁷⁴ MERON, Theodor “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, American Journal of International Law 88, No.1 (1994), 79-80; ÇAKMAK/ATILGAN, s. 23’den naklen.

milletlerarası ceza hukukunun alanına taşıyarak önemli bir işlerlik kazandırmıştır. Milletlerarası insancıl hukukun temel kavramlarını açıklığa kavuşturan ve geliştiren mahkeme, milletlerarası ve milletlerarası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir milletlerarası hukuk kuralları ayrımını yumuşatarak, mahalli nitelikte de olsa silahlı çatışmalara milletlerarası kuralların uygulanabilmesinin yolunu açmıştır. Genel ve teorik katkılarının yanında, Mahkeme'nin pratikteki en önemli katkısı cinsel şiddet içeren suçlara yönelik tutumu olmuştur. Mahkeme'nin cinsel saldırı failleri aleyhine aldığı cesur kararlar sayesinde savaş zamanlarının en korumasız grupları arasında yer alan kadınlara yönelik ağır suçlar ilk kez böylesine ciddi bir şekilde yargılama konusu olmuştur. Bu anlamda Mahkeme'nin Tadic Kararı²⁷⁵, özellikle cinsel saldırı suçlarının milletlerarasılaştırılması ve bu çerçevede kovuşturulabilir suçlar kapsamına alınması açısından büyük önem taşır. Nitekim, Tadic Kararı'nda Mahkeme, tecavüzü insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirmiştir²⁷⁶. Yine Mahkeme, çoğu kez tecavüzü işkence fiili ile birlikte değerlendirme yoluna giderek zanlının daha ağır ceza almasını amaçlamıştır²⁷⁷. Mahkeme, Foca Davası ve benzeri diğer davalarda işkencenin resmi bir görevli tarafından yapılmış olmasının şart olmadığını belirtmiş²⁷⁸, ayrıca emir altında işkence yapmak geçerli ve kabul edilebilir bir mazeret olarak dikkate alınmamıştır. Böylece, tecavüz ilk kez bir işkence yöntemi olarak bir davada birincil suç sayılmıştır. Öte yandan, Mahkeme, yine Foca Davası'nda köleleştirme fiilini insanlığa karşı suçlar kategorisinde kabul ederek, köleleştirmenin süresini de dikkate almamıştır²⁷⁹. Mahkeme ayrıca, Srebrenica'da yaşananların bir soykırım olduğuna hükmetmiştir²⁸⁰.

EYMCM'nin en önemli özelliklerinden biri de, BM üyesi olan bütün devletlerin mahkeme karşısında bazı yükümlülükler taşıması ve Mahkeme'nin kovuşturma amacıyla zorunlu birtakım yetkilerle donatılarak, bu yetkileri bakımından bütün devletler

²⁷⁵ ÇAKMAK/ATILGAN, s. 25.

²⁷⁶ ÇAKMAK/ATILGAN, s. 23.

²⁷⁷ ÇAKMAK/ATILGAN, s. 25.

²⁷⁸ BANKS, Angela M. Overview of Sexual Violence and International Criminal Law, (Lahey: Women's Initiatives for Gender Justice, 2005), 14; ÇAKMAK/ATILGAN, s.25'den naklen.

²⁷⁹ ÇAKMAK/ATILGAN, s. 22-26.

²⁸⁰ TÜRKÖLMEZ/TÜRKAN, s. 238.

karşısında milletler üstü bir otorite olarak belirmesidir²⁸¹. Mahkeme'nin gerek bu otoritesi, gerekse yarışan yetki pozisyonu ile taşıdığı hukuki yapısı, hem RMCM'nin kurulmasında örnek teşkil etmiş hem de daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması yönündeki fikirleri kuvvetlendirmede etkili olmuştur²⁸².

b. Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi

1890 Brüksel Konferansı ile Almanya'ya, 1. Dünya Savaşı'nın ardından da Belçika'ya verilen Ruanda'da, Belçika hükümeti önce %9 nüfus oranına sahip olan Tutsiler'i %90 nüfus oranına sahip Hutular'a karşı destekleyerek, ırka dayalı bazı ayrıcalıklar verdi. Bu dönemde Tutsiler ülkenin eğitilmiş, zengin, yönetici, elit tabakası haline getirildi. Ülkedeki herkese ırkını gösteren kimlik kartları dağıtıldı²⁸³. Ruanda'da 1950'li yıllardan itibaren hürriyet ve bağımsızlık talep eden akımların güçlenmeye başlaması üzerine Belçika hükümeti sayıları daha fazla olan Hutular'ı desteklemeye başladı. Seçimleri Hutu milliyetçisi PARMEHUTU (Hutu Hürriyet Hareketi)'nin kazanmasından sonra 1962 yılında ülke, (Belçika'dan) bağımsızlığını ilan etti²⁸⁴.

Ruanda'da Hutular'ın seçimleri kazanarak iktidara gelmeleriyle birlikte bu sefer Tutsiler'e dönük ayrımcı politikalar yürürlüğe koyuldu. Bunun üzerine çıkan olaylarda pek çok Tutsi öldürüldü veya sürgüne zorlandı. Öyle ki 1980 yılına kadar komşu ülkelerdeki Tutsi nüfusu 500.000'i bulmuştu. Özellikle Uganda'da yoğunlaşan Tutsiler, Ruanda'da iktidarı ele geçirmek için zaman zaman sınırdan içeri sızıp şiddet eylemlerinde bulunuyor, misilleme olarak Hutular da ülkede kalan Tutsiler'e saldırıyorlardı. Bu olayların getirdiği birikim sonucu 1994 yılında ülkede iç savaş çıktı²⁸⁵.

Ruanda iç savaşı, 6 Nisan 1994 günü, devlet radyosundan yapılan anonslarla başladı. O gün, bir Hutu olan devlet başkanının uçağı düşürüldü. Fanatik Hutu Interahamwe örgütünün üyeleri ellerindeki listelere bakarak, eğitilmiş Tutsiler ve ılımlı Hutular başta olmak üzere katliama başladılar. Hutu milisleri ellerine geçen her aletle Tutsiler'i

²⁸¹ ALPKAYA, s. 58.

²⁸² TÖNGÜR, s. 10.

²⁸³ BESİRİ, s. 24.

²⁸⁴ BERBERER, s. 74.

²⁸⁵ BESİRİ, s. 24.

öldürmeye başladılar. Parası olan Tutsiler, kurşun parası vererek acısız ölümü satın alıyorlar, diğerleri ise en acımasız şekilde öldürülüyorlardı. Öldürmekten yorulan Hutular, Tutsiler'in kaçmasını önlemek maksadıyla aşıl tendonlarını kesiyor, dinlendikten sonra katliamlarını devam ettiriyorlardı. Kilisede rahipler, hastanede doktorlar ellerindeki Tutsiler'i cellatlarına teslim ediyorlardı. Bu şekilde 1994 yılı Nisan ayından Haziran ayına kadar geçen 100 gün içinde bölgede 800.000 civarında insan vahşice öldürüldü, 2.000.000 insan komşu ülkelere mülteci olarak sığınmak zorunda bırakıldı²⁸⁶.

Bütün bu yaşananların ardından, BM İnsan Hakları Komisyonu, muhtemel soykırım eylemleri ve milletlerarası insancıl hukukun ağır ihlallerine dair delillerin değerlendirilmesi maksadıyla Mayıs 1994'te toplandı. Sonrasında Ruanda'da meydana gelen kitlesel insan hakları ihlallerini araştırmak üzere özel bir raportör görevlendirilerek, ayrıca BMGK Uzmanlar Komisyonu atandı. Kısa süre sonra, 1994 sonbaharında Raportör ve Komisyon, soykırımın mahvettiği ülkeyi, köpekler ve diğer hayvanların parçaladığı ceset yığınlarını bizzat görerek insanlığa karşı suçlar ve soykırımın açık delillerini içeren raporlarını hazırlayarak, bu suçları işleyenler ve planlayanların yargılanmasını sağlayacak bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulmasını teklif ettiler. Bu arada Ruanda hükümeti de soykırım ve diğer insancıl hukuk ihlallerinde bulunanların yargılanmasının ülkede barışa ve uzlaşmaya olumlu katkılarının bulunacağını ileri sürerek, BM'den yargısal bir mekanizmanın kurulmasını talep etti.²⁸⁷

İlgili Komisyon ve Raportör'ün önerisi, Ruanda Hükümeti'nin talebi ve gerçekleştirilen eylemlerin ağırlığı ile, BMGK'nın 18 Aralık 1994 tarih ve 955 Sayılı Karar'ı ile Ruanda Milletlerarası Ceza Mahkemesi nihayet kuruldu²⁸⁸. Bu karar ile Statüsü'nün 1.

²⁸⁶ BERBERER, s. 75.

²⁸⁷ ÖNDER, s. 41, 42.

²⁸⁸ "Ruanda hükümeti başlangıçta milletlerarası bir ceza mahkemesi kurulmasını istediği halde, RMCM'nin kuruluşuna ilişkin 955 sayılı karar alınırken, o dönem BMGK'nın geçici üyesi de olan Ruanda, Mahkeme'nin kuruluşuna dair hazırlanan karara karşı şu gerekçelerle olumsuz oy kullandı; Hutu iktidarının soykırım için organize faaliyetleri 1990 yılında başlamış olmasına rağmen, Mahkeme'nin 1994 yılında meydana gelen olayları kovuşturmakla sınırlandırılmış olması, Mahkeme'nin sadece gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisi nedeniyle kamusal oluşumlar ile diğer sivil grupların yargı kapsamı dışında kalması, Mahkeme'nin personel kadrosunun böylesine büyük bir yargılama için yetersiz tutulması, Mahkeme'nin cezalandırma yetkisi içine ölüm cezasının dâhil edilmemiş olması"; ÖNDER, s. 43, 44'den naklen.

maddesinde Mahkeme'nin yetkisi şöyle tanımlandı: “*Milletlerarası Mahkeme (RMCM), 1 Ocak 1994 ve 31 Aralık 1994 tarihleri arasında Ruanda’da işlenen soykırım ve diğer ciddi milletlerarası insancıl hukuk ihlallerinin sorumluları ve Ruanda vatandaşlarının sorumlu olduğu, komşu ülkelerde işlenen soykırım ve diğer benzer ihlallerin kovuşturulması için bu Statü’deki hükümlere uygun olarak kovuşturma yetkisine sahip olacaktır*”²⁸⁹.

EYMCM’nin kuruluşunda olduğu gibi RMCM’nin kuruluşu da BM Antlaşması’nın 7. maddesine dayandırılmıştır. Aynı şekilde, RMCM’nin kuruluşunda ve işleyişinde EYMCM’nin statüsü örnek alınmıştır²⁹⁰. Üstelik bu iki mahkeme arasında sadece model alma türünden daha ileri bir ilişki mevcut olup, yapısal bir bağlılık da bulunmaktadır. Bu anlamda, kuruluşundan 2003 yılına kadar geçen zaman zarfında bu iki mahkeme için tek bir savcılık makamı görev yapmış, EYMCM’nin Temyiz Dairesi, RMCM için de hizmet görmüştür²⁹¹. Yine EYMCM ile benzer şekilde, RMCM ile ülke mahkemeleri arasında yarışan yetki söz konusudur²⁹².

Mahkeme’nin konu bakımından yetkisi Statüsü’nün 2. maddesinde (1948 tarihli SSÖCS’ne uygun biçimde) soykırım suçu, 3.maddesinde insanlığa karşı suçlar, 4.maddesinde Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3.maddesinin ve 2 nolu Ek Protokol’ün ihlalleri ile sınırlandırılmıştır. Mahkeme’nin kişi bakımından yargı yetkisi de gerçek kişilerle sınırlıdır²⁹³. RMCM de tıpkı EYMCM gibi ad hoc nitelikli sivil bir mahkemedir²⁹⁴.

EYMCM’nin kovuşturduğu suçlar bakımından delillere ulaşması ve adli kolluk yardımı almada zorlanması karşısında RMCM, Ruanda Hükümeti ve komşu ülkeler tarafından daha fazla desteklendiği için nispeten daha uygun şartlarda görevini yerine getirme imkanı bulmuştur. Ancak burada da diğer milletlerarası ceza mahkemelerinde olduğu

²⁸⁹ ÖNDER, s. 42-43 .

²⁹⁰ GÜLLER/ZAFER, s. 13.

²⁹¹ ŞEN, s. 27.

²⁹² BESİRİ, s. 26.

²⁹³ ÖNDER, s. 59,61.

²⁹⁴ TÖNGÜR, s. 12.

gibi, suç politikası ve devletlerin siyasi tercihleri Mahkeme'nin yargılama süreçlerini olumsuz şekilde etkilemiştir²⁹⁵. Bununla birlikte yaşanan idari, mali, siyasi her türlü zorluğa rağmen Mahkeme önemli içtihatlarda bulunmuş ve önemli kararlar verebilmiştir²⁹⁶.

RMCM'nin içtihatlarının ve kararlarının milletlerarası ceza hukuku ve konumuz (soykırım suçu) bakımından en büyük önemi, 1948 tarihli SSÖCS'ne yaptığı katkılardadır. Mahkeme Akayesu Davası'nda 1948 SSÖCS bağlamında soykırım tanımını yorumlamış ve tanımda yer alan “*milli, etnik, ırki, dini grup*” kavramını tanımlamıştır²⁹⁷. Mahkeme ayrıca soykırımın tanımında, soykırım suçunun silahlı bir çatışma ile bağlantılı olması unsurunun aranmasının gerekmediğini vurgulamıştır²⁹⁸.

Mahkeme, yine Akayesu Davası'nda “*ırza geçme*” suçunu tanımlamış²⁹⁹, ayrıca Kambanda Davası'nda tecavüz ve cinsel şiddetin de soykırımı vücut verebileceğinin altını çizmiştir³⁰⁰.

Mahkeme, Akayesu Kararı'nda fiilin grup üyesi bir veya daha çok kişiye karşı işlenmesinin gerektiğini, yani soykırım suçunun oluşması için bir kişinin bile öldürülmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir³⁰¹.

Mahkeme, Rutaganda ve Musema Kararları'nda “*grubun fiziki varlığının kısmen veya tamamen yok edilmesi, grubun üyelerinin hayatına derhal son vermek değil de, grubun yok edilmesine yol açacak şekilde yiyecek vermeme, evden çıkarmama, gerekli tıbbi*

²⁹⁵ ŞEN, s. 27.

²⁹⁶ AYBAY, s. 106.

²⁹⁷ AYBAY, s. 106.

²⁹⁸ GÜLLER/ZAFER, s. 14.

²⁹⁹ AYBAY, s. 106.

³⁰⁰ BERBERER, s. 78.

³⁰¹ Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.521; DURAN, s. 28'den naklen.

hizmetlerin asgarinin altına düşürülmesi olabilir.” diyerek, sanıkları soykırım suçundan suçlu bulmuştur³⁰².

Mahkeme, Kayishema ve Ruzindana Kararları’nda, işlenen cinayete soykırım diyebilmek için özel kastın arandığını ifade etmiş, suçluların sergilediği davranışların ve olaylara katılımlarının yeterli deliller olabileceğini belirterek bunun için özel kastın var olduğu düşüncesiyle hareket etmiş, soykırım suçunun işlendiğine hükmetmiştir³⁰³.

Mahkeme, Bagosora adlı eski bir askeri yetkiliyi, Tutsiler ile ılımlı Hutular’ın katliamını planlayan fanatik bir Hutu komisyonuna liderlik yapmaktan dolayı soykırım suçundan suçlu bulmuştur³⁰⁴.

Mahkeme’nin yürüttüğü Kambanda Davası, bir hükümet başkanının soykırım suçundan mahkum olduğu ilk dava özelliğini taşımaktadır³⁰⁵. Ayrıca, Mahkeme, Ruanda İçişleri eski Bakanı Kalimanzira’yı da soykırım ve soykırıma iştirakten suçlu bularak 30 yıl hapis cezasına mahkum etmiştir³⁰⁶.

Sonuç olarak, EYMCM ve RMCM statüleri, geliştirdikleri içtihatlar ve verdikleri kararlar ile SSÖCS’nin yorumlanması ve uygulanması bakımından milletlerarası ceza hukukuna önemli katkılarda bulunmuşlardır. Bu mahkemeler vasıtasıyla soykırım suçunun kapsamı açıklığa kavuşturulmuş, soykırım suçunu işleyen devlet başkanı, hükümet başkanı, üst düzey askeri ve sivil kamu görevlileri ile her düzeyden siviller milletlerarası bir ceza mahkemesi önünde yargılanabilmiştir. Nihayet, bu iki mahkemenin açtığı yolda daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi (ve statüsü) kurulmasında kararlı adımlarla yürümek mümkün olmuştur.

³⁰² Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR, Trial Chamber, para.157; Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para.52; DURAN, s. 33’den naklen.

³⁰³ Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para.91; DURAN, s. 20’den naklen.

³⁰⁴ BESİRİ, s. 27.

³⁰⁵ AYBAY, s. 106.

³⁰⁶ BESİRİ, s. 27.

2. Daimi Mahkemeler

Önceki bölümlerde de değindiğimiz gibi milletlerarası bir ceza mahkemesi kurulması düşüncesi ve girişimleri, milletlerarası toplumun gündemine pek çok defa değişik vesilelerle gelmiş; ancak bunlardan fiilen hayata geçirilebilenlerin yargı yetkileri ,ad hoc nitelikli olmaları sebebiyle, zaman ve yer bakımından sınırlı olmuştur.

Daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması yolunda ilk dikkat çekici öneri Fransız hukukçu Gustave Moynier'den gelmiştir. Kızıl Haç Milletlerarası Komitesi'nin de kurucusu olan Moynier, 1870-1871 yılları arasında yaşanan Alman-Fransız Savaşı'ndan sonra, savaş suçlularının milletlerarası bir ceza yargılamasına tabi tutulmasını talep ederek, Milletlerarası Ceza Mahkemesi Sözleşmesi Tasarısı hazırlamış, fakat bu öneri dönemin hukukçuları tarafından uygulanamaz bulunduğu için hayata geçirilememiştir³⁰⁷.

Bugünkü Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşunu başlatan adım, 1947 yılında atılmıştır. Aynı zamanda Nüremberg Milletlerarası Askeri Ceza Mahkemesi hakimlerinden biri olarak görev yapan Henri Domedieu de Vabres, Cenevre Sözleşmeleri'nin kabul edilmesinin ardından, 1947 yılında Birleşmiş Milletler'e , daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması yönünde bir öneri sunmuştur. Bunun üzerine BM Genel Kurulu aynı tarihte Milletlerarası Hukuk Komisyonu'ndan, Nüremberg Statüsü'nden hareketle bir milletlerarası ceza mahkemesi statüsü taslağı hazırlamasını istemiş ve bu maksatla Cenevre Komitesi'ni kurmuştur. Komite'nin hazırladığı taslak devletler tarafından kabul görmeyince yeni bir çalışma için New York Komitesi görevlendirilmiştir. Ancak, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasına denk gelen bu dönemde esmeye başlayan soğuk savaş rüzgarları bu çalışmayı da olumsuz yönde etkilemiş ve BMGK taslak statüyü rafa kaldırarak 1954 yılında çalışmalara ara vermiştir³⁰⁸.

Uzun süren suskunluk döneminin ardından süreç yeniden 1989 yılında BMGK'nın Milletlerarası Hukuk Komisyonu'ndan uyuşturucu maddelerin yasa dışı ticareti ile uğraşan kişileri yargılamak üzere bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması yönünde

³⁰⁷ GÜLLER/ZAFER, s. 1,2.

³⁰⁸ KILIÇ, s. 624,625.

çalışma yapmasını istemesi ile başlamıştır. Yürütülen tartışmaların ardından BMGK 1993 yılında bir statü hazırlanması istemiş Komisyon 1954 yılındaki taslak metin üzerinde çalışarak, hazırladığı metni 1994 yılında Genel Kurul'a sunmuştur. BMGK, bu taslak metin üzerinde nihai çalışmaları yapmak üzere bir ad hoc komite kurmuş, bu komitenin yürüttüğü çalışmalar 1996,1997,1998 yıllarında toplanan bir hazırlık komisyonu tarafından değerlendirilmiştir³⁰⁹.

Komisyonların çalışmaları devam ederken BMGK 1996 tarih ve 51/207 sayılı kararıyla 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında Roma'da Diplomatik Tam Yetkili Temsilciler Konferansı'nın gerçekleştirileceğini açıklamış³¹⁰, ve yukarıda belirtilen ad hoc komite ve komisyonların çalışmaları da tamamlanarak 1998 Roma Konferansı'na hazır hale getirilmiştir³¹¹.

Nihayet, 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında İtalya'nın Roma şehrinde düzenlenen Milletlerarası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı'nda, tarihte ilk defa, milletlerarası toplum tarafından Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) kabul edilerek 18 Temmuz 1998 tarihi itibarıyla devletlerin imzasına açılmıştır³¹². Konferansa 160 devlet, 17 devletler üstü organizasyon, 250 sivil toplum kuruluşu katılmış; katılan devletlerden 120'si Statü'nün lehinde oy kullanarak imzalamış, 21 devlet çekimser kalmış 7 devlet ise Statü için olumsuz oy kullanarak imza atmamıştır. Türkiye, Statü'ye çekimser kalmıştır. Statü 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir³¹³.

Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne olumsuz oy veren devletler ABD, Çin, Libya, Irak, İsrail, Katar ve Yemen'dir. ABD, daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi kurulması fikrini sürekli destekler gibi görünürken, iş kurulma aşamasına geldiğinde tam aksi yönde hareket etmiştir. ABD, bu tutarsız tavrını sonradan Statü'nün imzalanması aşamasında da ortaya koymuştur. Dönemin ABD devlet başkanı Bill Clinton 31.12.2000 tarihinde

³⁰⁹ TÖNGÜR, s. 13.

³¹⁰ GÜLLER/ZAFER, s. 18.

³¹¹ KILIÇ, s. 625.

³¹² AKSAR, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 135.

³¹³ GÜLLER/ZAFER, s. 18, 19.

Statü'yü imzalamış (fakat ABD'yi resmen yükümlülük altına sokmamak için parlamentosunda onaylatmamış), ondan sonra göreve gelen ABD başkanı George W. Bush, 06.05.2002 tarihinde ABD'nin imzasını geri çekmiştir. Takip eden günlerde de ABD, Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin yetkisini azaltacak veya Mahkeme'yi etkisiz hale getirecek birtakım girişimlerde ve faaliyetlerde bulunmaya devam etmiştir³¹⁴.

ABD'nin Milletlerarası Ceza Mahkemesi'ne karşı olumsuz tavrının altında, dünyanın hemen hemen her tarafında görev yapan askerlerini bu mahkemede çeşitli milletlerarası suçlardan yargılanması endişesi ile, kurulacak mahkemenin kendi kontrolü altında çalışmasını sağlamak istemesi yatmaktadır. Ancak, ABD'nin endişelerinin ve Mahkeme'yi etkisiz kılma çabalarının milletlerarası hukuk düzenlemeleri dikkate alındığında kabul edilemeyeceği ve hiçbir hukuki dayanağının bulunmadığı da ortadadır³¹⁵.

Türkiye, Roma Statüsü'ne karşı çekimser kalmıştır. Ancak Türkiye'nin çekimser tavrı, ABD'nin olumsuz tutumunun aksine son derece haklı gerekçelere dayanmaktadır. Her şeyden önce Türkiye, gerek milletlerarası hukuk düzenlemelerine gerekse milletlerarası mahkemelere karşı olumlu ve yapıcı bir tavra sahiptir. Mesela; Türkiye 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne taraftır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi TBMM tarafından 1954 yılında onaylanmıştır, yine Türkiye bu çalışmanın da konusu olduğu üzere SSÖCS'yi iç hukukuna aktarmak için gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Bu anlamda daimi bir milletlerarası ceza mahkemesi fikri de esas itibariyle Türkiye tarafından desteklenmektedir fakat Milletlerarası Ceza Mahkemesi'ni kuran statünün hazırlık çalışmaları esnasında ısrarla gündeme getirilen bazı düzenlemelerin statüde yer almamasından dolayı imzadan kaçınarak çekimser kalmıştır. Yine de Statü'yü imzalamamakla birlikte, Türkiye, Sonuç Belgesi'ni imzalamış ve Sonuç Belgesi ie kurulan Hazırlık Komisyonu'nun çalışmalarına katılma hakkı elde etmiştir³¹⁶.

³¹⁴ AKSAR, Yusuf, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri"*, AÜHFD, C.52, S.2, Ankara, 2003, s. 132.

³¹⁵ AKSAR, s. 132, 134.

³¹⁶ BAYLLIOĞLU, Uğur, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye"*, AÜHFD, C. 56, S. 1, Ankara, 2007, s. 60, 63.

Türkiye'nin Roma Statsü'ne çekince koymasının sebeplerinin başında terörizm ve uyuşturucu madde suçlarının MCM'nin yetkisinin dışında bırakılması, saldırı ve insanlığa karşı suçların tanımı konusunda ceza hukuku anlamında bir kesinliğin olmaması, bir devletin bir başka ülkedeki terör faaliyetlerini desteklemek gibi bir tutum içinde bulunması durumunun statüde dikkate alınmaması gibi konular gelmektedir. Görüldüğü üzere, Türkiye tarafından Statü'ye yapılan itirazlar fikre yönelik olmaktan ziyade teknik unsurlara ilişkindir³¹⁷.

Daimi mahkemeler konusunda ele almamız gereken bir diğer örnek de Milletlerarası Adalet Divanı'dır. BM Antlaşması'nın 92.madde düzenlemesine göre BM'nin temel yargı organı olarak kabul edilen MAD, Soykırım Sözleşmesi'nin 9.maddesinde de yer aldığı üzere devletlerarasındaki hukuki uyuşmazlıkların milletlerarası hukuk kurallarına uygun bir şekilde çözümlenmesi ile görevlidir.

Bu bilgiler doğrultusunda, Milletlerarası Ceza Mahkemesi ile Milletlerarası Adalet Divanı'nı konumuzla ilgili olarak biraz daha ayrıntılı olarak şu şekilde ele almak mümkündür.

a. Milletlerarası Ceza Mahkemesi

BMGK'nın 18 Temmuz 1998 tarihinde kabul ettiği ve 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Roma Statüsü ile kurulan Milletlerarası Ceza Mahkemesi daimi bir mahkeme olup, Statüsü'nde yer verilen ağır suçları yargılamakla görevlidir. Mahkeme'nin yargı yetkisi, görevleri, konumu ve yapısı bu Statü hükümleriyle belirlenmiştir³¹⁸.

MCM'ni kuran Roma Statüsü, Mahkeme'nin kuruluş amacını, görevini, milletlerarası toplum ve bütün insanlık için anlam ve fonksiyonunu bu çalışmanın başından itibaren bizim de vurguladığımız ilkeler çerçevesinde Statü'nün Giriş Bölümü'nde çok açık bir şekilde şöyle ifade etmiştir:

“Taraflar Devletler Bu Statü'de,

³¹⁷ BAYILLIOĞLU, s. 63.

³¹⁸ Milletlerarası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü m. 1.

Bütün insanların ortak bağlarla birleştiği, ortak bir miras içinde kültürlerin bir araya geldiği ve bu hassas mozağin her an kırılmasının endişe duyulduğunun bilincinde olarak,

Bu yüzyıl içinde milyonlarca çocuk, kadın ve erkeğin, insanlık vicdanını derinden yaralayan, hayal bile edilemeyecek kötülüklerin kurbanı olduğunu hatırlatarak,

Bu tür ağır suçların dünyadaki barış, güvenlik ve esenliği tehdit ettiğinin farkında olarak,

Milletlerarası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçların cezasız kalmaması ve bunların etkin bir şekilde kovuşturulmasının ülkeler seviyesinde ve milletlerarası işbirliğini güçlendirmek suretiyle alınacak önlemlerle, güvence altına alınması gerektiğini teyit ederek,

Bu suçların faillerinin cezasız kalmasına son verme ve böylece bu tür suçları önleme konusunda kararlı olarak,

Her devletin milletlerarası suç işleyenler üzerindeki yargı yetkisini kullanmasının görevi olduğunu hatırlatarak,

(...)

Şimdiki ve gelecek nesillerin iyiliği için milletlerarası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren çok ciddi suçlar üzerindeki yargı yetkisini haiz bir şekilde Birleşmiş Milletler Sistemi ile ilişki içinde bağımsız ve sürekli bir Milletlerarası Ceza Divanı'nın (Mahkemesi'nin) kurulması hususunda kararlı olarak,

Bu Statü altında kurulacak olan Ceza Divanı'nın (Mahkeme'nin) milli yargı yetkisinin tamamlayıcısı olduğunu vurgulayarak,

Milletlerarası adaletin uygulanmasını ve ona duyulan daimi güveni teminat altına almaya karar verilerek,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.”³¹⁹

³¹⁹ Milletlerarası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Giriş Bölümü.

Roma Statüsü 13 Bölüm ile 128 maddeden oluşmaktadır³²⁰. NMACM Statüsü'nün 30 maddeden, EYMCM Statüsü'nün 34 maddeden, RCMCM Statüsü'nün 32 maddeden oluştuğu³²¹ dikkate alınır, Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün tam da olması gerektiği gibi ne kadar ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği daha iyi anlaşılacaktır.

Roma Statüsü'nün genel yapısı şöyledir:³²²

- I. Bölüm (madde 1-4): Mahkeme'nin kurulması
- II. Bölüm (madde 5-21): Yargı Alanı, Kabul Edilebilirlik ve Uygulanabilir Hukuk
- III. Bölüm (madde 22-23): Ceza Hukukunun Genel Prensipleri
- IV. Bölüm (madde 34-52): Mahkeme'nin Oluşumu ve İdaresi
- V. Bölüm (madde 53-61): Soruşturma ve Kovuşturma
- VI. Bölüm (madde 62-76): Duruşma
- VII. Bölüm (madde 77-80): Cezalar
- VIII. Bölüm (madde 81-85): Kanun Yolları
- IX. Bölüm (madde 86-102): Milletlerarası İşbirliği ve Adli Yardım
- X. Bölüm (madde 103-111): Cezanın İnfazı
- XI. Bölüm (madde 112): Taraf Devletler Kurulu
- XII. Bölüm (madde 113-118): Finansman
- XIII. Bölüm (madde 119-128): Son Hükümler

Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nin işleyişi ve uygulayacağı hukuk sistemi, dünyadaki yaygın iki büyük hukuk sistemi olan Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemlerinin bir uzlaşısı ile belirli unsurlarının bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş bir sistem olup, bu yönüyle milletlerarası ceza adaleti sisteminde yeni bir tarz ortaya konmuştur³²³. Ayrıca, mahkemenin bu milletlerarası niteliğini korumak ve adil bir yaklaşım sergilemek için, mahkemede görev yapacak hakimlerin seçiminde dünyanın ana hukuk sistemlerini temsil, eşit coğrafi temsil, erkek ve kadın hakim sayısında adil bir oran, cinsel suçlar ile kadın ve

³²⁰ GÜLLER/ZAFER, s. 21.

³²¹ AYBAY, s. 109.

³²² GÜLLER/ZAFER s. 21,22.

³²³ BAYILLIOĞLU, s. 55.

çocuklara karşı işlenen suçlarda özel uzmanlık, hakimlerin devletler hukukunda ve ceza hukukunda tecrübeli ve mahkemenin resmi dillerinden³²⁴ en az birine hakim olmaları gibi kriterler belirlenmiştir³²⁵.

MCM; Başkanlık, Ön Yargılama Bölümü, Esas Yargılama Bölümü, Kanun Yolu Bölümü, Savcılık Bürosu ve Kalem olmak üzere 6 organdan ibaret olup, Mahkeme’de toplam 18 daimi hâkim görev yapmaktadır³²⁶.

Statüsü gereği MCM’nin yargı yetkisi ülkelerin milli mahkemelerinin yargı yetkisini tamamlayıcı niteliktedir (m. 1). Mahkeme’nin zaman bakımından yetkisi statüsü yürürlüğe girdikten sonra işlenmiş suçları kapsamaktadır (m. 11). Mahkeme’nin yer itibarıyla yetkisi “*mülkilik sistemi*” ve “*faile göre şahsılık sistemi*” çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Mahkeme, Statü’ye taraf devletlerin egemenlik alanında işlenen suçlar (mülkilik sistemi) ile Statü’ye taraf olan devletlerden birinin vatandaşı tarafından işlenen (faile göre şahsılık sistemi) suçları yargılamaya yetkilidir (m.12). Mahkeme’nin kişiler bakımından yargı yetkisi gerçek kişiler ile sınırlı olup (m.25), 18 yaşından küçük olan failleri yargılama yetkisine sahip değildir (m.26). Ayrıca, Statü’de devlet başkanlığı da dâhil olmak üzere hiçbir resmi konum ve sıfatın cezai sorumluluktan bağışıklık veya cezada indirim sebebi olamayacağı belirtilmiştir (m.26)³²⁷.

Mahkeme’nin konu bakımından yargı yetkisi, milletlerarası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren çok ciddi dört ana suçla sınırlıdır. Bunlar; soykırım suçu (m.6), insanlığa karşı suçlar (m.7), savaş suçları (m.8) ve saldırı suçu (m.5)’dur³²⁸. Saldırı suçu, MCM Statüsü’nün kabul edildiği tarihte henüz tanımlanmadığı için, Statü’nün 5.maddesinin 2.fıkrasında “*mahkeme saldırı suçları ile ilgili yargı yetkisini 121. ve 123. maddelere göre bu suçlara ilişkin yargı yetkisini öngören şartlar ve suçun tanımı yapıldıktan sonra*

³²⁴ MCM’nde “*Resmi Dil*” olarak kabul edilen diller: Arapça, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Çince, Rusça’dır. Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü, madde 111.

³²⁵ GÜLLER/ZAFER, s. 23, 24.

³²⁶ GÜLLER/ZAFER s. 22, 23.

³²⁷ GÜLLER/ZAFER, s. 31, 32.

³²⁸ GÜLLER/ZAFER, s. 33.

o hükümlere uygun olarak yerine getirecektir” denilmiş; bu konudaki gerekli düzenleme BMGK’nın 11 Haziran 2010 tarihli RC/RES 6 sayılı kararı ile yapılmıştır³²⁹.

Konumuzla da ilgili olarak soykırım suçu MCM Statüsü’nün 6.maddesinde düzenlenmiştir. Statü’deki soykırım suçu düzenlemesi SSÖCS’deki suç tanımı ile aynıdır. Madde-6’da yer aldığı şekliyle soykırım suçu *“Bir milli, etnik, ırki veya dini grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır:*

- (a). Grup üyelerini öldürmek,*
- (b). Grup üyelerine ciddi fiziki veya ruhsal zarar vermek,*
- (c). Fiziki olarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle grubun hayat şartlarını ağır biçimde kötüleştirmek,*
- (d). Grup içinde doğumları önlemek için tedbirler koymak,*
- (e). Grup içindeki çocukları zorla başka bir gruba nakletmek”³³⁰*

MCM, soykırım suçunun da yer aldığı, 5. maddede belirtilen ve 6, 7, ve 8. maddelerde açıkça tanımlanan suçlar için suçu işlemekten mahkum edilen şahsa:

- “(a). Azami 30 yılı aşmamak kaydıyla muvakkat süreli hapis; veya,*
 - (b). Suçun ağırlığının ve sanığın şartlarının el vermesi halinde müebbet hapis;*
- ayrıca,*

- (a). Usul ve delil kurallarında öngörülen kriterlere göre para cezası,*
- (b). Üçüncü tarafların iyi niyetinden kaynaklanan haklarına hâlel getirmeksizin, suçtan doğrudan veya dolaylı kaynaklanan mallar, varlıklar ve kazançlara el koyma cezası verebilir³³¹. ”*

³²⁹ AYBAY, s. 112.

³³⁰ MCM Roma Statüsü, m. 6.

³³¹ MCM Roma Statüsü m. 77.

Mahkeme'nin yargı yetkisinin kullanılmak üzere nasıl harekete geçirileceği konusu, Statü'nün 13, 14 ve 15. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; Mahkeme'nin yargı yetkisi Statü'ye taraf bir devletin 5.maddede yer verilen bir suç veya suçların işlendiğine dair MCM savcısına başvuruda bulunması veya BM Antlaşması'nın 7.bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından yine Statü'nün 5.maddesinde yer verilen bir suç veya suçların işlendiğine dair MCM savcısına başvuruda bulunması veya MCM savcısının re'sen harekete geçmesi ile mümkün olabilecektir³³². Bu arada, BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme'ye yapılacak başvuruda suç işlediği iddia edilecek olan devletin Roma Statüsü'ne taraf olup olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim, BM Güvenlik Konseyi'nin Darfur Bölgesi'ndeki durumla ilgili olarak Sudan Devleti hakkında mahkeme savcısına yaptığı 31 Mart 2005 tarihli başvuru bu konuda bir örnek teşkil etmektedir³³³.

MCM, Statüsü'nün yürürlüğe girdiği 2002 tarihinden 1 yıl sonra 2003 yılından itibaren fiilen çalışmaya başlamış olup, statüsünde yer verilen suçlarla ilgili olarak Uganda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Sudan ile ilgili iddiaları incelemektedir³³⁴.

Konumuzla ilgili olarak, MCM'nin statüsü ile ilgili olarak vurgulanması gereken önemli bir nokta da Mahkeme'nin kararları veya Statü'ye taraf devletler arasında Statü'nün uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin bir anlaşmazlığın nasıl çözüleceği düzenlemesidir. Bu konuya Statü'nün 119.maddesinde “Anlaşmazlıkların Çözümü” alt başlığı altında yer verilmiştir. Buna göre:

“Anlaşmazlıkların çözümü:

- 1. Mahkeme'nin yargıya ilişkin görevleri konusunda ortaya çıkacak her anlaşmazlık (yine) Mahkeme'nin kararı ile çözülür.*
- 2. İki veya daha çok taraf devlet arasında bu Statü'nün uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin bir anlaşmazlık, görüşmelerin başlamasından itibaren 3 ay içinde çözüme kavuşturulmaz ise Taraf Devletler Asamblesi'ne (m.112) götürülür. Asamble*

³³² MCM Roma Statüsü, m. 13, 14, 15.

³³³ AYBAY, s. 112.

³³⁴ BAYILLIOĞLU, s. 55.

anlaşmazlığı kendi çözmeye çalışabilir veya Milletlerarası Adalet Divanı'na söz konusu Divan'ın Statüsü'ne uygun olarak başvurmak dahil çözüm yolları gösterebilir.”

Görüldüğü üzere, SSÖCS'de olduğu gibi Roma Statüsü de yargı kapsamı içinde bulunan suçlarla ilgili olarak devletler arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda Milletlerarası Adalet Divanı'nı işletmektedir. Bu nedenle, konumuzla da ilgisi bakımından son olarak Milletlerarası Adalet Divanı'nı kısaca ele almakta fayda vardır.

b. Milletlerarası Adalet Divanı

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından, 1920 yılında kurulan ve günümüzdeki BM'nin öncülü sayılan, o zamanki adıyla Milletler Cemiyeti (MC)'nin kuruluş amacı, ülkeler arasında yaşanabilecek sorunları diplomasi ve hukuku kullanarak barışçı yollarla çözmektir. Buna uygun olarak da MC Sözleşmesi'nin 14.maddesi, Milletler Cemiyeti Konseyi (MCK)'ne, uyuşmazlığa taraf devletler arasındaki milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkları çözmek ve gerektiğinde de MC Genel Kurulu'na veya Konsey'e hukuki sorunlar konusunda danışma görüşü vermek üzere bir Milletlerarası Sürekli Adalet Divanı (MSAD) Statüsü tasarısı hazırlama yetki ve sorumluluğu vermişti. Bu maksatla görevlendirilen MC Hukukçular Komitesi bir taslak metin hazırladı ve bu metni içeren protokol 16 Aralık 1920 tarihinde MC Genel Kurulu'nda imzaya açıldı. Eylül 1921'de gerekli imzaların tamamlanmasının ardından MSAD 15 Şubat 1922 tarihinde La Haye'de açılışı yapılarak göreve başladı³³⁵.

1939 yılında II. Dünya Savaşı'nın başlaması, MC gibi MSAD için de bir anlamda sonun başlangıcı oldu. Savaşın ardından 1945 tarihli antlaşma ile yeni Birleşmiş Milletler kuruldu, bu antlaşmanın bir gereği olarak Şubat 1946'da daimi nitelikli yeni Milletlerarası Adalet Divanı göreve başladı. Böylece, 18 Nisan 1946 tarihli son Genel Kurul toplantısında alınan kararla Milletler Cemiyeti tasfiye edilirken, MSAD da varlığına son verilerek yerini MAD'a bırakmış oldu³³⁶.

Halen Hollanda'nın La Haye şehrinde bulunan Milletlerarası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler'in daimi nitelikli başlıca yargı organı olarak, BM Antlaşması'na ekli bulunan

³³⁵ AKSAR, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, s. 41,42.

³³⁶ AKSAR, s.42,43.

70 maddelik MAD Statüsü'ne göre çalışmakta ve BM ile organik yönden bağlantılı fakat işlevi bakımından tamamen bağımsız bir şekilde görev yapmaktadır³³⁷.

MAD'ın durumu, BM Antlaşması'nın 92, 93, 94, 95 ve 96. maddeleriyle düzenlenmiştir. Buna göre; Milletlerarası Adalet Divanı, BM'nin başlıca adli organı olup, (eski MSAD'ın Statüsü'ne dayanan ve BM Antlaşması'nın ayrılmaz bir parçasını oluşturan eski statüye uygun olarak çalışır (m.92). BM'nin tüm üyeleri *ipso facto (kendiliğinden, otomatik olarak)* MAD Statüsü'ne taraftırlar (m.93/1). BM üyesi olmayan devletlerin MAD Statüsü'ne taraf olma şartları her seferinde Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul'ca belirlenir (m.93/2)³³⁸.

BM Antlaşması ve kendi statüsü gereğince, MAD'ın iki temel görevi vardır: Bunlardan ilki devletler tarafından kendisine sunulan hukuki uyuşmazlıkları milletlerarası hukuk kurallarına uygun bir şekilde çözümlemek; ikincisi de BM Genel Kurulu veya BM Güvenlik Konseyi ile diğer BM organlarının sorduğu hukuki konularda danışma görüşü sunmaktır³³⁹.

Aslında, devletler arasındaki uyuşmazlıkların bir milletlerarası yargı yoluna götürülmesi milletlerarası hukukta zorunlu değildir. Yani, uyuşmazlığın tarafı olan devletler kendi rızaları ile kabul etmedikçe bu uyuşmazlığın bir milletlerarası yargı organının önüne getirilmesi mümkün değildir³⁴⁰. Nitekim, MAD Statüsü'ne göre devletler ancak kendi rızaları ile Divan'ı yetkili kıldıklarına Divan önünde bir davanın tarafı olabilmektedir(m.34). Yine aynı maddeye göre MAD önünde sadece devletler taraf olabilmekte, başkaca milletlerarası örgütlerin ya da gerçek kişilerin davalı veya davacı olma hak ve yetkileri bulunmamaktadır³⁴¹.

³³⁷ BAŞAK, Cengiz, Uluslararası Örgütler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 139.

³³⁸ BM Antlaşması, m. 92, 93.

³³⁹ AKSAR, s. 39.

³⁴⁰ AKSAR, s. 53: "Bu konuda verilebilecek bir örnek, Yunanistan'ın 1978 yılında Ege Denizi'ndeki kıta sahanlığı konusunu MAD'a götürmek istemesi olmuş, Türkiye'nin Divan'ın yargı yetkisini kabul etmemesi sonucunda MAD, Ege Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nı esastan reddetmiştir".

³⁴¹ PAZARCI, Hüseyin, "Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü", **AÜSBF Dergisi**, C. 51, S. 1-4, Ankara, 1996, s. 382.

Devletler arası uyuşmazlıkların MAD önüne getirilmesi durumu konumuz bakımından BM Antlaşması, MCM Roma Statüsü ve SSÖCS’de de benzeri şekilde yer almaktadır. Buna göre; SSÖCS’nin 9. maddesinde “*Sözleşmeciler Devletler arasında bu sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya 3.maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine Milletlerarası Adalet Divanı önüne götürülür.*” denilmekte; MCM Roma Statüsü’nün 119. maddesinde ise “*İki veya daha çok taraf devlet arasında bu Statü’nün uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin bir anlaşmazlık, görüşmelerin başlamasından itibaren 3 ay içinde çözüme kavuşturulmaz ise, Taraf Devletler Asambesi’ne götürülür. Asamble anlaşmazlığı kendi çözmeye çalışabilir veya Milletlerarası Adalet Divanı’na, söz konusu Divan’ın Statüsü’ne uygun olarak başvurmak dahil başkaca çözüm yolları gösterebilir.*” Şeklinde ifade edilmektedir. Yine BM Antlaşması’nın 94. maddesi de “*Birleşmiş Milletler’in her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Milletlerarası Adalet Divanı’nın kararına uymayı yükümlenir.*” demek suretiyle Milletlerarası Adalet Divanı’nı işaret etmektedir.

Milletlerarası Adalet Divanı’nın soykırım suçuyla ilgili olarak yaptığı ilk ve önemli değerlendirme, BM’nin BM Antlaşması’nın 96.maddesi uyarınca Milletlerarası Adalet Divanı’ndan SSÖCS ile ilgili olarak istediği danışma görüşünde ortaya konmuştur. Divan, 1951 yılında vermiş olduğu “*Soykırım Sözleşmesine Konulabilecek Çekinceler Üzerine Danışma Görüşü*”nde, Sözleşme hükümlerinin jus cogens olduğunu ve erga omnes niteliğinin bulunduğunu belirtmiştir³⁴². Divan ayrıca önüne getirilen Bosna Hersek ve Sırbistan-Karadağ Davası’nda verdiği 27 Şubat 2007 tarihli kararında da aynı şekilde, Sözleşme’de düzenlenen yükümlülüklerin erga omnes yükümlülüklerden olduğu ve her devletin soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümlülüğünün Soykırım Sözleşmesi tarafından yer yönünden sınırlandırılmadığına karar vermiştir³⁴³.

MAD, gerçek kişileri yargılayan bir ceza mahkemesi değildir. Dolayısıyla, soykırım suçu faillerinin yargılanmasına dair bir davaya bakma yetkisini haiz bulunmamaktadır. Divan’ın yetkisi sadece bir devletin Sözleşme’yi ihlal edip etmediğinin ve bu anlamda

³⁴² DEĞER, s. 70, 78.

³⁴³ BERBERER, s. 84.

ilgili devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesiyle sınırlıdır. Bu konuyla ilgili olarak Milletlerarası Adalet Divanına yalnızca 4 adet başvuru yapılmıştır. Bunlar; Pakistan'ın 1973 yılında Hindistan aleyhine yaptığı başvuru, Bosna Hersek'in 1993 yılında eski Yugoslavya aleyhine yaptığı başvuru, Sırbistan-Karadağ'ın 1999 yılında NATO'nun bazı üyeleri aleyhine yaptığı başvuru ve Hırvatistan'ın 1999 yılında eski Yugoslavya'nın gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle Sırbistan-Karadağ aleyhine yaptığı başvurdur³⁴⁴.

³⁴⁴ DEĞER, s. 76, 77.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU'NDA SOYKIRIM SUÇU

A.SOYKIRIM SUÇUNUN TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALMA SÜRECİ

Bilindiği üzere, SSÖCS, BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260/A (III) sayılı kararıyla onaylanarak imzaya açılmış ve 12 Ocak 1951 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere kabul edilmiştir.

Türkiye, SSÖCS'ni 23.03.1950 tarihli ve 5630 sayılı kanun ile çekince koymaksızın onaylamış ve onamaya ilişkin kanun 29.03.1950 tarihli ve 7469 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anılan Sözleşme'nin 5.maddesi *“Sözleşmecî devletler, bu sözleşmenin hükümlerine etkililik kazandırmak ve özellikle soykırımdan veya üçüncü maddede belirtilen fiillerden suçlu bulunan kimselere etkili cezalar verilmesini sağlamak için, kendi anayasalarında öngörülen usule uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarmayı taahhüt eder.”* demek suretiyle taraf devletlere soykırım suçunu ve faillerini cezalandırma yükümlülüğünü kendi mevzuatlarına aktarma görevini vermiştir. Buradan hareketle, Türkiye, Sözleşme'yi imzalamasının üzerinden yaklaşık olarak 50 yıl geçtikten sonra gerekli düzenlemeyi yapmak üzere çalışmalara başlamıştır.

Türk Hukuku'nda soykırım suçu ilk kez, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında, 2001 tarihli Dönmezer Tasarısı ile gündeme gelmiştir³⁴⁵. Soykırım suçunun Tasarı'nın 128.maddesindeki düzenlenme biçimi, koruma altına alınan gruplar bakımından SSÖCS ile MCM, EYMCM, ve RMCM Statülerinden farklılık göstermektedir. Tasarı, soykırım suçunun mağduru olarak kabul edilen ve koruma altına alınan grupları *“millî, etnik, ırkî, dinî veya bunlar dışında bir özellikle belirlenen gruplar”* demek suretiyle çok geniş bir çerçevede ele almıştır. TBMM Adalet Komisyonu'nda bu haliyle kabul edilen madde metni, TBMM Genel Kurulu'nda yapılan müzakereler esnasında, gerek grupların bu kadar geniş tutulmasının millî güvenliğinin ve kamu düzeninin sağlanması maksadıyla yürütülen mücadeleye karşı kullanılma riski taşınması, gerekse taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler ve milletlerarası ceza

³⁴⁵ DEĞİRMENCİ, s. 78.

mahkemelerinin statülerine uygun olmaması sebebiyle yeniden değerlendirilmiş³⁴⁶ ve 15.09.2004 tarihinde verilen bir önergeyle bugünkü şekliyle oluşturulmuştur.³⁴⁷

Nihayet, yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın tümü üzerindeki görüşmelerin tamamlanması neticesinde 26.09.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 76.maddesi ile soykırım suçu Türk hukukundaki yerini almıştır.

B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA SOYKIRIM SUÇU

5237 sayılı TCK'nın "*Özel Hükümler*" başlıklı İkinci Kitabının "*Uluslararası Suçlar*" başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 76.madde'de "*soykırım suçu*" düzenlenmiştir.

756 sayılı ETCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'nın soykırım ve insanlığa karşı suçlara yer vermesi Türkiye'nin milletlerarası sözleşmelere uyumunu sağlaması bakımından önemli olduğu kadar, bu suçlara TCK'nın Özel Hükümlere ilişkin İkinci Kitabın hemen başında yer vermesi, bu konuda örnek alınan Fransız Ceza Kanunu gibi, Türk Ceza Kanunu'nun insancıl değerleri benimsediğini göstermesi bakımından da önemlidir³⁴⁸. Daha açık bir ifadeyle, Türk kanun koyucusu, soykırım ve insanlığa karşı suçları ikinci kitabın en başına koymakla, bu suçların sadece soykırıma maruz bırakılan grupları değil, bütün insanlığı, milletlerarası toplumun tamamını ve tüm insanlık değerlerini tehdit eden en ağır suçlar olduğunu kabul ettiğini ortaya koymuştur³⁴⁹.

1. Suçun Tanımı

5237 sayılı TCK'nın "*soykırım*" başlıklı 76.maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Soykırım

³⁴⁶ GÜLLER, Nimet, "*Roma Statüsü'nde ve Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*", www.ngo-at-work.org/icc2006/reports/Country_repoc Turkey_turk.pdf, 19.07.2017.

³⁴⁷ DEĞİRMENCİ, s. 78.

³⁴⁸ TEZCAN, Durmuş/erdem, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 52.

³⁴⁹ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1.

Madde 76- (1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

a) Kasten öldürme.

b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.

c) Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.

d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.

e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

EYMCM Statüsü, RCM Statüsü ve MCM Roma Statüsü’nde olduğu gibi, TCK’nın soykırım suçunu tarif eden 76.maddesindeki düzenleme de, SSÖCS’nin 2.maddesindeki tanım esas alınarak oluşturulmuştur³⁵⁰. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK’nın 76.maddesinde yer verilen düzenleme SSÖCS’deki tanımlamanın birebir aynısı olmayıp, iki noktada farklılık arz etmektedir. Bu farklılıklardan biri “...*milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi*” maksadından bahsedilmesine rağmen, bu amaca ulaşmak için sayılan grupların üyelerinin “*grup olarak*” hedef alınmasından hiç söz edilmemiştir. Oysa ki daha önce de belirttiğimiz gibi bu ifade sözleşme metninde önemli bir rol oynamakta olup, grup üyelerinin sırf o gruba mensup olmalarından dolayı seçildiğini, suç fiillerinin bu kişilere yönelmekle beraber aslında grubun kolektivitelerini haleldar etme amacını ifade etmektedir. Bir kez daha sözleşmedeki soykırım tanımından

³⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.5

ayrılmış, bu sefer soykırım tanımının unsurlarından bir tanesi göz ardı edilmiştir³⁵¹ şeklindeki bir iddia gündeme getirilmiştir.

SSÖCS madde 2 ile TCK madde 76 karşılaştırmalı olarak okunduğunda, bu iddianın geçerliliğinin olmadığı, yanlış anlaşılmanın sadece iki metin arasındaki cümle düzenlemesinden kaynaklandığı görülecektir. “...*milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadına ulaşmak için sayılan grupların üyelerinin grup olarak hedef alınması*” meselesi SSÖCS’nde madde 2 metninde yer almazken, a,b,c,d ve e fıkralarının her birinde ayrı ayrı ifade edilmiş, TCK’da ise madde 76/1 metninde açıkça belirtilip, buna istinaden sadece a ve b fıkralarında yer verilmemiştir. TCK madde 76/1’de geçen “...*bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi*” ifadesi, sayılan grupların üyelerinin “*grup olarak*” hedef alınması anlamını tam olarak karşılamaktadır. Bu bakımdan, bize göre TCK’nın soykırım suçunu düzenleyen 76.maddesinde soykırım tanımının unsurlarından biri olan “*anılan grup üyelerinin ‘grup olarak’*” hedef alınması meselesi göz ardı edilmek suretiyle SSÖCS’deki soykırım tanımından uzaklaştırılmıştır. Nitekim, bu konu, doktrinde de bu şekilde değerlendirilmiş olup, başkaca bir değerlendirme yapılmamıştır.

5237 sayılı TCK ile SSÖCS arasındaki asıl farklılık, soykırım suçunun tanımına TCK madde 76’da eklenen “*bir planın icrası suretiyle*” ifadesidir. Soykırım suçunun maddi unsurları çerçevesinde suçun “*planlı*” ve “*sistemli*” bir şekilde işlenmesinin gerekli olup olmaması temelinde yürütülen tartışma, aslında Türk Hukukunda olduğu kadar, milletlerarası literatürde de önemli bir yer tutmaktadır³⁵².

TCK’da soykırım suçunun tanımında suçun oluşması için fiilin “*bir planın icrası suretiyle*” işlenmesinin öngörülmesini doğru bulmayan yaklaşımın temel itirazı, planın suçun unsuru haline getirilmesi sebebiyle suçun uygulama alanının daraltılması³⁵³ ve bu

³⁵¹ AKÜN, Verda Neslihan, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım (Jenosid) Suçu”, s.68, www.dergipark.gov.tr/download/article-file/99373 , 19.07.2017.

³⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 66.

³⁵³ KOCAOĞLU, Sinan, “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2005-3/6.pdf , 19.07.2017.

suçun bir planın icrası suretiyle işlenmemesi durumunda soykırım suçu oluşmayacağı için, suç fiillerinin de cezalandırılmayacağı³⁵⁴ noktasında yoğunlaşmaktadır.

Doktrinde tartışmayı bu doğrultuda yürüten yaklaşımın temel sorusu, soykırım suçunun bir plan dahilinde ya da sistemli bir şekilde işlenmesinin gerekip gerekmediği şeklindedir. Bu yaklaşıma göre, bu soruya cevap arayacağımız milletlerarası metinlerin hiç birinde (SSÖCS, EYMCM Statüsü, RMCM Statüsü, MCM Statüsü ve ad hoc mahkemelerin içtihatları) “*bir planın icrası*” şeklinde bir unsura veya şarta yer verilmemiştir. Öte yandan, soykırım suçunun tanımına böyle bir ibarenin eklenmiş olması suçun kapsamını daraltacak, plan adeta suçun unsurlarından biri haline getirilerek hem suçun işlenmesi hem de suç fiillerinin cezalandırılması oldukça zorlaştırılmış olacaktır. Bu nedenle, soykırım suçunun işlenmiş olması için bir planın varlığı gerekli değildir³⁵⁵. Bununla birlikte, planın suçun unsuru olamayacağı yönündeki görüşe göre de (Akün, Değirmenci, Kocaoğlu, Lippman, Kittichaisaree, Werle, vd.) planı suçun unsuru saymamakla birlikte, bir planın veya bu yönde bir siyasetin varlığı, soykırım kastını ispatlamak açısından çok önemli bir faktördür. Nitekim Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi’nin Srebrenica Soykırımı’ndan sorumlu tutarak mahkûm ettiği General Kristić’in mahkûmiyet kararında, böyle bir planın varlığının imha etme özel kastının esaslı bir delili sayılacağı ifade edilmiştir³⁵⁶. EYMCM istinaf dairesinin 19.04.2004 /para.224 sayılı General Kristić kararında Soykırım Sözleşmesi ve örfi milletlerarası hukuk bakımından, saldırının planlı olması yahut geniş veya sistematik bir saldırının parçası olması unsurlarının aranmadığı belirtilmiştir³⁵⁷. Kısacası, EYMCM ve aynı şekilde RMCM açısından maddi unsurlar kapsamında herhangi bir planın varlığı aranmamaktadır³⁵⁸.

Doktrinde, soykırım suçunun tanımında ve suçun oluşması için işlenecek olan fiillerin tespitinde bir planın varlığının aranması gerektiğini savunan yaklaşımın hareket noktası ise, soykırım suçunun bir plan veya organizasyon olmadan işlenmesinin adeta imkansız

³⁵⁴ AKÜN, s. 66.

³⁵⁵ AKÜN, s. 66.

³⁵⁶ AKÜN, s. 66.

³⁵⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 66.

³⁵⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 66.

olduğu ve soykırım suçunun milletlerarası hukukta ve kamuoyu vicdanında en ağır insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, ispatında objektif kriterlere mutlaka ihtiyaç bulunduğu değerlendirmesidir. Doktrinde bu yaklaşımı savunanlara göre (Gürelli, Töngür, Bayıllıoğlu, Bayraktar, Zafer, Tezcan, Erdem, Önok, Schabas), soykırım konusu milletlerarası hukuk kuralları içinde, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarından daha ciddi hak ihlali taşıyan bir suçtur³⁵⁹, bu nedenle suçun unsurları hususundaki kriterlerin teknik olarak karşılanması mümkün olmadıkça soykırım suçundan bahsedilmesi mümkün değildir³⁶⁰. Bu durumda, suç fiillerinin değerlendirilmesinde objektif bir ölçüte ihtiyaç vardır ki TCK'da SSÖCS'den farklı bir şekilde böyle objektif bir unsur (plan) getirilerek, suç girişiminin planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır³⁶¹.

Esasında soykırım suçunun planı ve sistematik karakteri, doktrinde bir planın varlığının aranması gerektiğini doğru bulmayan yaklaşım tarafından da tamamen reddedilmiş değildir. Bu görüş, yukarıda da belirttiğimiz üzere, planın varlığının suçun unsurlarından biri haline getirilmesine itiraz etmekte, fakat bu kapsamda bir suçun bir plan ya da organizasyon olmaksızın icra edilmesinin zorluğuna da dikkat çekmektedir³⁶². Nitekim milletlerarası hukuk literatürü de bu yönde oluşmuştur. Örneğin RCMCM, Akayesu kararında açıkça bir planın varlığının gereğinden açıkça bahsetmese de, Ruzindana ve Kayishema Davası'nda, belirli bir planın varlığının soykırım açısından bir unsur olarak şart koşulmamış olmasına rağmen, bir plan ya da organizasyon olmadan soykırım teşkil eden fiillerin gerçekleştirilmesinin çok zor olduğunu belirtmiştir³⁶³. Neticede milletlerarası örfi hukuk bakımından plan unsurunun varlığı zorunlu olmamakla birlikte, pratikte planlama ve organizasyon olmadan soykırım suçunun işlenmesi mümkün olmayıp, soykırım kastının (imha etme özel kastı) objektif kriterlerle ispatı açısından da

³⁵⁹ TÖNGÜR, s. 29.

³⁶⁰ GÜRELLİ, Nevzat, "İnsanlık Aleyhine Suçlar", Adalet Dergisi, C.68, S.42/1, Ankara, 1951, s. 72.

³⁶¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 66 .

³⁶² AKÜN, s. 66.

³⁶³ BAYILLIOĞLU, Uğur, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisine Giren Suçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Ankara, 2006, s. 84.

soykırım fiillerini içeren saldırının planlanmış olduğunun ortaya konması son derece önemli ve gereklidir³⁶⁴.

Esasında, doktrindeki tartışmanın sebebi, SSÖCS ile onu temel alan diğer milletlerarası metinlerden farklı olarak, TCK madde 76'da soykırım suçunun *tanımına* “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresinin eklenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bir görüş, bunun suçun unsurlarına fazladan bir ekleme olduğunu ve böylece suçun alanını daralttığını öne sürmekte, diğer görüş de bunun suçun tespitine objektif bir ölçüt sunarak önemli bir katkı yaptığını ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, tartışma tümüyle TCK üzerinden yürütülmekte olup, soykırım suçu konusunda Türk kanun koyucusunun düşünce sistematigi değerlendirilmektedir. Bize göre, bu değerlendirmeyi yapmanın ve TCK madde 76 çerçevesinde Türk kanun koyucusunun yaklaşım tarzını anlamanın en önemli imkanı kanunun gerekçesinde bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın soykırım suçunu düzenleyen 76.maddesinin gerekçesi gerek Türk kanun koyucusunun konu ile ilgili düşünce tarzının anlaşılması gerekse tartışmanın bir sonuca ulaştırılması bakımından oldukça önemli ve değerlidir. Gerekçenin yazımında dikkat edilen düzenleme kanun koyucunun mantığını ve maksadını açıkça ortaya koymaktadır. Gerekçede peş peşe sıralanan iki paragraf (3.ve 4.paragraflar), soykırım suçunun manevi ve maddi unsurlarını kısaca sıraladıktan sonra, hem bunların suçun oluşumu bakımından ayırt edici özelliklerini hem de birbirleri ile olan ayrılmaz bağına vurgulayarak adeta birinin diğeri için nasıl gerek şart konumunda bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, gerekçenin yazımında dikkat edilen düzenleme dahi kanun koyucunun mantığını ve maksadını anlamak bakımından yeterlidir.

Gerekçenin 3.paragrafı “...Jenosit (soykırım), (...) ‘insanlığa karşı işlenen suçlar’temel alınarak oluşturulan ve ‘insan öldürme’den farklı bir suçtur. Milli, etnik, ırki ve dini bir grubu veya herhangi bir grubu³⁶⁵ yok etmek maksadı, suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır.” demek suretiyle, soykırım suçunun ancak kastla işlenebileceğini ve bu suçun manevi unsurunun ayırt edici özelliğinin, bir grubu yok etmek özel kastı olduğunu vurgulamaktadır. Ardından gelen 4.paragraf da, “suçun oluşması için gerekli

³⁶⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 66.

³⁶⁵ Gerekçede “veya herhangi bir grup” ibaresi yer almakla birlikte, milli, etnik, ırki ve dini gruplar dışında kalan gruplar daha sonra tasarıdan çıkarılmıştır.

maksadın yanında maddi unsurların da bir özellik taşıması” gerektiğini belirterek, “maddi unsurların, oluşması yönünden, hareketlerin bir planın icrası sonucu gerçekleşmeleri gerektiğini” ifade etmektedir.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu önce soykırım suçunun insanlığa karşı suçlar temel alınarak oluşturulduğunu, sonra da manevi ve maddi unsurlarının taşıdığı ayırt edici özellikler sebebiyle insanlığa karşı suçlar ve insan öldürme suçundan farklı farklı bir suç tipi olduğunu ortaya koymaktadır. Kanun koyucuya göre, soykırım suçunu, insanlığa karşı suçlardan ve insan öldürme suçundan farklı kılan özellikler, işlenen fiillerin *“bir grubu yok etmek maksadı”*nı taşıması ve *“bir planın icrası”* sonucu gerçekleştirilmesidir. Bir başka deyişle, soykırımı bir suç çeşidi olarak var kılan ve onu diğer suç çeşitlerinden ayıran özelliği bir grubu yok etmek özel kastı olduğu kadar, suçun bu ayırt edici karakterini tespit ve ispat etme imkanı veren de yine bu suçun maddi unsurlarının ayırt edici karakterini ortaya koyan bir planın icrası özelliğini taşımasıdır. Nitekim, kanun koyucu, 4.paragrafın devamında bu yaklaşımını açıkça ifade etmektedir: *“Sözleşme 2 nci maddesinde soykırımı “bir insan grubunun imha niyeti” ile belirlemekte ve böylece sübjektif bir ölçüt kullanmaktadır. Tasarı metninde ise meydana getirilmiş “bir planın icrası suretiyle” denilerek objektif bir ölçüt kullanılmış olmaktadır. Böylece suç girişiminin planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır.”*

Burada, bir ara görüş olarak, madde metninde yer alan *“bir planın icrası suretiyle”* ibaresi, soykırım suçunun maddi unsuruna yeni bir unsur ilave etmemiştir. Söz konusu ibare, manevi unsurun ispatını kolaylaştırmaktadır³⁶⁶ şeklinde bir yaklaşım ortaya koyulabilir. Nitekim, EYMCM (Kristic Davası) ile RCM (Ruzindana ve Kayishema Davası) kararlarından örneklerle, milletlerarası ceza mahkemelerinin de bu yönde bir yaklaşım sergilediğini daha önce vurgulamıştık. Fakat bize göre, bu ara yaklaşımın da Türk kanun koyucunun mantığını ve maksadını tam olarak karşıladığını söylemek doğru olmayacaktır.

Bize göre, Türk kanun koyucusu, 5237 sayılı TCK’da yer alan soykırım suçunun tanımına (m. 76/1) *“bir planın icrası”* ibaresini eklemekle suçun tanımına da yeni bir unsur eklemiştir. Bir başka deyişle, istenen sadece manevi unsuru ispatını kolaylaştırmak değil,

³⁶⁶ TURHAN, Faruk, *“Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”*, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 12.

aynı zamanda suçun oluşmasının gerek şartını ortaya koymaktadır. Bu durum, kanun koyucunun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: “*suçun oluşması için gerekli maksadın (yani manevi unsurun/bir grubu yok etmek maksadının) yanın da maddi unsurların da bir özellik taşıması gerekmektedir.*” Yani Türk kanun koyucuya göre, soykırım suçu ancak manevi ve maddi unsurların birlikte gerçekleşmesi sonucu işlenmiş kabul edilecektir ki, bunlar da bir grubu yok etmek maksadı ile işlenecek fiillerin bir planın icrası suretiyle gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Bize göre Türk kanun koyucunun değerlendirmesi ve madde metnini (76/1) bu şekilde düzenlemiş olması son derece isabetlidir. Çünkü, soykırım suçunu oluşturan ve TCK madde 76/1’de beş fıkra halinde sıralanan fiiller, “*bir grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı*” ve “*bir plan*” olmadan gerçekleştirildiğinde de cezasız kalmayacak; insanlığa karşı suçlar, savaş suçu veya adam öldürme suçları kapsamında mutlaka cezalandırılabilecektir. Burada asıl tartışma konusu, SSÖCS ile diğer milletlerarası hukuk metinlerinde soykırım suçunun ayırt edici vasfı olarak sunulan “*bir grubu imha niyeti*” nin nasıl ortaya konulacağı, niyet veya maksat gibi sübjektif bir kriterin ne ile karşılanacağı, niyetin veya maksadın hangi objektif ölçüt ile tespit edilip, suçun gerçekleştiğine karar verileceği olmalıdır.

Görüldüğü gibi, mesele, soykırım suçunun manevi unsuru olan yok etme kastının ispatı noktasında düğümlenmektedir. Gerçekten de, failin, soykırım suçunu oluşturan fiilleri, madde metninde belirtilen gruplardan herhangi birini tamamen veya kısmen yok etme kastı ile işlediğinin ispatı çok zordur. Bu zorluk, milletlerarası mahkemelerin kararlarında da kendini belli etmektedir. Mesela, EYMCM, Blagojevic ve Jokic kararında failin soykırım suçunu oluşturan fiillerin işlenmesinin grubun imhası ile sonuçlanma ihtimalini görmesi veya grubun kesin olarak imha olacağını bilmesinin, failde özel kastın bulunduğu yönünde yorumlamak için yetersiz olduğunu, grubun tamamen veya kısmen imhasının, soykırım suçunu oluşturan fiilin amacı olması gerektiğini belirtmesi³⁶⁷, “bir insan grubunu imha niyeti”nin aslında ne kadar sübjektif bir ölçüt olduğunu ve bunu objektif bir şekilde açığa çıkarmanın da nasıl zor olduğunu göstermesi bakımından son derece önemlidir.

³⁶⁷ DEĞİRMENCİ, s. 95.

Soykırım suçunun manevi unsuru ve aslında ayırt edici vasfı olan bir grubu imha niyetinin, bir başka deyişle soykırım niyetinin, objektif bir şekilde nasıl açığa çıkarılabileceği konu sadece Türk kanun koyucunun değil, milletlerarası literatüre katkı sağlayan yazarların ve konu ile ilgili milletlerarası mahkemelerin de gündemini meşgul etmiştir. Mesela soykırım suçunun teorisyenlerinden R. Lemkin, bir planın varlığının soykırım suçunun olmazsa olmaz unsuru olduğunu belirtmiş, 1985 yılında Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sorunu Hakkında Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Rapor başlıklı bir çalışmada Whitaker, soykırım niyetinin mahkeme tarafından belli deliller ve durumlardan çıkarılabileceğini ifade etmiş; EYMCM Kristic ve Brđjanın kararlarında soykırım suçunun oluşması için gerekli olan özel kastın somut olaylardan veya amaçsal eylemin yapısından çıkarılabileceğini belirtmiş; RMCM de Akayesu kararında Tutsiler’e karşı işlenen zalimce eylemlerin sayısına, yaygın eylemlerin sadece Taba Komünü’ne değil, Ruanda’nın tamamındaki Tutsiler’i hedef almasına, mağdurları belli bir sistem içinde ve kasten Tutsi grubunun üyeleri arasından seçilmesine, diğer gruplara karşı eylemlerin gerçekleştirilmemesine bağlı olarak, makul şüphenin ötesinde sanığın soykırım niyetinin bulunduğu kanaat getirmiştir³⁶⁸.

Bütün bu değerlendirmeler, doktrinde ve mahkemelerin kararlarında soykırım suçunun varlığını sadece yok etme kastı üzerinden ispat etmenin zorluğunu aşma ve daha somut olaylar ve durumlar vasıtasıyla suçun oluşumunu ortaya koyma arayışı ve çabasının mevcut olduğunu göstermektedir. Mahkemelerin bu arayışta dikkat ettikleri en önemli unsur, suç fiillerinin işlenmesinde bir plan veya organizasyon olup olmadığıdır. Nitekim, RMCM örneğin Ruzindana ve Kayishema davasında³⁶⁹, EYMCM Kristic, Jelisic, Blogojevic, Jokic davalarında³⁷⁰ çoğu olaydan bir plan veya politikanın varlığının yok etme kastının ispatında önem kazandığını belirtmişlerdir. Bu açıdan bakınca, Türk kanun koyucunun suç tanımına “*bir planın icrası*” ibaresini eklemesi, suçun tespiti ve ispatını mümkün kılan önemli bir yenilik olarak kabul edilmelidir.

³⁶⁸ DEĞİRMENCİ, s. 96, 101.

³⁶⁹ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para.94; BAYILLOĞLU, s. 84’den naklen.

³⁷⁰ DEĞİRMENCİ, s.97.

Daha önce de vurguladığımız gibi, Türk kanun koyucusunun suçun tanımına “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresini eklemesi, sadece suçun ispatının kolaylaştırılmasına dönük değildir. Bilakis, suçun unsuruna planı da eklemek suretiyle suçun belirlenmesini objektif ölçütlere bağlamak ve böylece suç girişiminin planlı ve sistematik karakterini vurgulamak içindir. Nitekim, kanunun gerekçesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir: “*Sözleşme 2 nci maddesinde soykırımı “bir insan grubunun imha niyeti” ile belirlemekte ve böylece sübjektif bir ölçüt kullanmaktadır. Tasarı metninde ise meydana getirilmiş “bir planın icrası suretiyle” denilerek objektif bir ölçüt kullanılmış olmaktadır. Böylece suç girişiminin planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır.*”

Planın suçun bir unsuru olarak kabul edilmesi ve suç girişiminin planlı ve sistematik bir özelliğe sahip olduğunun öngörülmesi MCM Roma Statüsü’ne Ek Suçun Unsurları Kanunu’nda da ifade edilmiştir. Suçun Unsurları Kanunu’nda, soykırım teşkil eden fiillerin dört numaralı bendinde yer alan “*hareketin, gruba yöneltilmiş benzer hareketlerden oluşan aşikar bir hareketler bütünü bağlamında yer alması gerektiği*” belirtilmiş ve bu ifade ile soykırım teşkil edebilecek fiillerin tasarlanarak, belirli bir plan çerçevesinde işlenmesinin kastedildiği ifade edilmiştir. Bilindiği üzere Suçun Unsurları Kanunu, Roma Statüsü’ne ek ve Statü’de yer alan suçların unsurlarına ilişkin bir düzenlemedir. Bu itibarla, getirdiği düzenlemeler, Statü’de yer alan suç tiplerine ilişkin olarak, Statü metnindeki düzenlemelere ilaveten yeni unsurlar getirdiği gibi, var olan unsurları da açıklayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, “*hareketin, gruba yöneltilmiş benzer hareketlerden oluşan aşikar davranışlar bütünü bağlamında işlenmesi gereği*”, soykırım suçu için bir unsur olarak kabul edilmiştir ki, bu hüküm, plan unsurunun varlığını gerektirmektedir. Böylelikle, MCM açısından, soykırım planının gerekliliği Suçun Unsurları Kanunu ile pozitif hukukta yer almış, bu itibarla da Roma Statüsü’nün soykırım suçuna ilişkin bu düzenlemesi SSÖCS ile ad hoc mahkemelerin statülerinden esaslı bir şekilde ayrılmıştır³⁷¹. Görüldüğü üzere, TCK 76. madde gerekçesinde vurgulanan “*soykırım suçunun planlı ve sistematik karakteri*”, MCM Roma Statüsü’ne Ek Suçun Unsurları Kanunu’nda da benzer şekilde vurgulanmıştır.

Konu ile ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken önemli bir nokta da, plan ile tasarlamanın birbirine karıştırılmaması gerektiğidir. Daha açık bir ifadeyle, soykırım suçu bakımından,

³⁷¹ BAYILLOĞLU, s.86.

işlenen fiillerin soykırma yönelik bir plan doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması şeklindeki şart, tasarlayarak işlenen bir suçla karıştırılmamalıdır. Yani, bir planın varlığı ile, soykırım teşkil eden bir fiili tasarlayarak işlemiş olmanın birbirinden farklı şeyler olduğuna dikkat edilmelidir³⁷². Genel soykırım planı, soykırım olayları başlamadan önce yapılan ve suçun genel çizgilerini belirleyen bir yol haritasıdır. Tasarlama ise, soykırım olaylarının gelişimi esnasında faillerin işledikleri bireysel fiillere ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Burada failler, daha özel ve somut bir planlama faaliyeti ile soykırım suçuna iştirak etmektedirler ki, soykırım suçunun oluşumu için bunun varlığı gerekli değildir³⁷³. Bir başka deyişle, fail, soykırma ait bir planın varlığını bilerek, ancak suç fiilini gerçekleştirmeye yönelik ayrı bir tasarlama bulunmaksızın soykırım suçu işleyebilir³⁷⁴. Ayrıca failin bu planın veya planla ilgili politikanın tüm detaylarını bilmesi de gerekli değildir³⁷⁵. Bunun gibi, bu planın mutlaka devlet politikasının bir parçası olarak icra edilmesi de şart değildir³⁷⁶. Keza, bir planın varlığı için önceden her şeyin ayrıntılı olarak belirlenmesine de gerek yoktur. Burada önemli olan soykırım kapsamında işlenen fiillerin tesadüfen değil, belli bir grubu yok etmek maksadıyla önceden ve genel hatlarıyla tasarlanmış bir plan doğrultusunda işlenmiş olmasıdır³⁷⁷.

2. Suçla Korunan Hukuki Değer

5237 sayılı TCK’da soykırım suçu, Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitap içinde, “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” kısmından önce, Birinci Kısımın Birinci Bölümünde “Uluslararası Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. TCK’da yapılan bu sembolik düzenleme, Türk kanun koyucunun bu suçla korumak istediği hukuki değerlerin neler olduğu hakkında daha baştan fikir vermektedir. Buna göre, soykırım suçunun kişilere karşı suçlar kısmından önce yer alması, bu suçla korunmak istenen asıl hukuki değer bireysel

³⁷² TÖNGÜR, s. 32.

³⁷³ BAYILLIOĞLU, s. 84.

³⁷⁴ BAŞAK, Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003, s. 97.

³⁷⁵ TURHAN, s. 13.

³⁷⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 67.

³⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 14.

değerler olmadığını göstermektedir³⁷⁸. Aynı şekilde, soykırım suçunun TCK’da İkinci Kitabın Birinci Kısımının Birinci Bölümüne konulması da, örnek alınan Yeni Fransız Ceza Kanunu gibi, bu kanunun da insancıl değerleri ön plana çıkarmak istediğine işaret etmektedir³⁷⁹. Öte yandan soykırım suçunun Uluslararası Suçlar başlığı altında düzenlenmesi de, TCK’da milletlerarası toplumun bir bütün olarak korunmasına verilen önemin hassasiyetini göstermektedir.

Gerçekten de, soykırım suçu yalnızca bu suça maruz kalan bireylerin var olma hakkını ihlal etmemektedir. Çünkü, kişiler bu suça bireysel özelliklerinden dolayı değil, sırf belli bir gruba mensubiyetleri dolayısıyla maruz kalmaktadırlar. Bu itibarla, soykırım suçuyla korunan asıl hukuki eğer, suça maruz kalan milli, etnik, ırki veya dini grupların tüm insanlık ailesi içindeki var olma hakkıdır³⁸⁰.

Öte yandan, soykırımı tasarlayıp uygulayanlar, insanlık ailesi içindeki belirli bir grubu ortadan kaldırmayı hedeflemekle, söz konusu grubun insanlığa yapabileceği katkıları da yok ederek, bir bütün olarak insanlık medeniyetini kayba uğratmaktadır. Bu bakımdan, bu suç tipiyle beşeri çeşitlilik de korunmaktadır. Bu durum, EYMCM’nin Kristic Davası’nda “*Soykırımı tasarlayanlar ve uygulayanlar insanlığı pek çok milliyetler, ırklar, etnisiteler ve dinlerin temin ettiği zenginlikten mahrum bırakmayı hedefler*” şeklinde ortaya koymuştur³⁸¹.

Nihayet, soykırım suçu ile milletlerarası toplum da bir bütün olarak korunmaktadır. Çünkü, bütün milletlerarası suçlarda olduğu gibi, soykırım suçu da yol açtığı sonuçlar itibariyle milletlerarası kamu düzenini sarsmakta, bütün insanlığın vicdanında derin ayaralar açmaktadır³⁸².

³⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 6.

³⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 52.

³⁸⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 7.

³⁸¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 59.

³⁸² DEĞİRMENCİ, s. 77.

3. Suçun Unsurları

Suçun unsurları bölümüne başlamadan önce bir noktanın vurgulanmasının gerekli olduğuna inanıyoruz. Türk Ceza Kanunu'nda (ve elbette ki diğer ülkelerin ceza kanunlarında) düzenlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlara ilişkin hükümler, ihlal edilmesi zor olan, adeta “ölü hükümler”³⁸³dir. Nitekim, milletlerarası toplum, 2. Dünya Savaşı sırasında Nazilerin yaptığı soykırımdan yaklaşık 50 yıl sonra Sırp soykırımı ile karşılaşmış ve yine SSÖCS'nin kabulünden sonraki yaklaşık 70 yıllık süre içinde dahi soykırım suçuna ilişkin olarak ülke mahkemelerinin kararlarından bir içtihat bulma imkanı söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla, bu konuda kararları ve içtihatları oluşmuş bulunan EYMCM, RCM, MCM Statüsü ile MAD gibi milletlerarası mahkemelerin bu konudaki kararlarının TCK'da tanımlanan soykırım suçunun unsurlarının anlaşılması bakımından önemi yadsınamaz durumdadır³⁸⁴. Bu sebeple, biz de çalışmamızın bu bölümünde TCK'da düzenlenen soykırım suçunun unsurlarının açıklanmasında sık sık milletlerarası mahkemelerin içtihatlarına yer vereceğiz.

a. Maddi Unsurlar

(1). Suçun Faili

TCK'nın 76.maddesinde düzenlenen soykırım suçunun faili herhangi bir gerçek kimse olabilir³⁸⁵. Çünkü maddede fail olmak bakımından bir özellik aranmamıştır³⁸⁶. Bu sebeple, fail bakımından soykırım suçu özgü bir suç değildir³⁸⁷. Bir başka deyişle, soykırım suçunun failleri siviller, yöneticiler, asker, polis gibi devlet gücü kullanan kamu görevlileri olabileceği gibi; paramiliter birlikler, gerilla grubuna mensup kişiler veya terör örgütü mensupları gibi devlet dışında organize olan örgütlerin mensupları da olabilir³⁸⁸.

³⁸³ KOCA, s. 6: “...ceza kanununda düzenlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlara ilişkin hükümler, ihlal edilmesi zor olan, adeta ‘ölü hüküm’lerdir. Gerçekten bu suçlar, özellikle barış zamanında belki de hiç işlenmeyecek ve dolayısıyla uygulanması çok nadir görülebilecek olan suç tipleridir”.

³⁸⁴ KOCA, Mahmut, “Türk Ceza Kanunu'nda Soykırım Suçu”, TAA Dergisi, S.1, Nisan 2010, s. 6, 8.

³⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 59.

³⁸⁶ KOCA, s. 10.

³⁸⁷ KÖPRÜLÜ, s. 363.

³⁸⁸ PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 1201.

Bu arada, failin kamu görevlisi olması, işlenen suçta nitelikli bir hal değildir. Çünkü, soykırım suçunun cezası TCK'nın 46. ve 47.maddelerine göre verilebilecek en yüksek ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır³⁸⁹.

TCK'nın 78.maddesinde bu suçları işlemek için örgüt kurmak ayrıca cezalandırıldığına göre, bir örgüte mensup olmaksızın da bu suçların işlenmesi teorik olarak mümkündür³⁹⁰. Bununla birlikte, 78.maddede tanımlanan “*örgüt*” suçu bakımından cezayı artıran veya azaltan özel bir nitelikli hale yer verilmemiştir³⁹¹.

Soykırım suçunun failinin hedef alınan gruba mensup bir kimse olup olamayacağı konusunda doktrinde bir tartışma mevcut olmakla birlikte, TCK çerçevesinde soykırım suçunun failinin kanunda korunan gruplardan birine mensup olması bakımından bir engel yoktur³⁹².

Öte yandan, TCK'nın 20.maddesinde ceza sorumluluğunun şahsiliğinden bahsedilerek, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmayacağı ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtilmiştir³⁹³. Bu anlamda, Türk hukukunda tüzel kişi bakımından faillik kabul edilmemiş, tüzel kişiler açısından TCK 60.maddede yazılı güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir³⁹⁴. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri TCK m.60/1 çerçevesinde “*Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişiliğinin (...) izninin iptali*”, TCK m.60/2 çerçevesinde uygulanacak olan müsadere hükümlerinden olmak üzere TCK'nın 54.maddesindeki eşya müsadere ile TCK'nın 55.maddesindeki kazanç müsadere³⁹⁵.

³⁸⁹ KÖPRÜLÜ, s. 364.

³⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 7.

³⁹¹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1214.

³⁹² ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 79.

³⁹³ KÖPRÜLÜ, s. 364.

³⁹⁴ DEĞİRMENCİ, s. 79,80.

³⁹⁵ KÖPRÜLÜ, s. 365,366.

(2). Suçun Mağduru

Soykırım suçunun mağduru, TCK m.76/1’de sınırlı bir şekilde sayılan milli, etnik, ırki veya dini bir grubun üyeleridir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TCK’da olduğu gibi SSÖCS ile MCM Roma Statüsü ve diğer milletlerarası mahkemelerin statüleri, kararları ve içtihatlarında hemfikir olduğu üzere, mağdurların bireysel kimlikleri sebebiyle değil, milli, etnik, ırki veya dini bir gruba üyelikleri nedeniyle hedef seçildikleridir³⁹⁶. Bu anlamda, EYMCM “*Brdjanin Kararı’nda, soykırım suçunun belli bir gruba ait bireylere yani grup üyelerine karşı işlenen bir suç olmasına karşın, soykırım suçunda nihai mağdurun söz konusu grup olduğunu*”³⁹⁷ belirtmiş, aynı şekilde RMCM de “*Akayesu Davası’nda, soykırım suçunun mağdurunun birey değil, bizzat grubun kendisi olduğunu*” ifade etmiştir³⁹⁸.

TCK’da mağdurun mensup olabileceği gruplar milli, etnik, ırki veya dini olmak üzere sınırlı şekilde sayılmıştır. Dolayısıyla, bu gruplardan bu gruplardan birine mensup olmayan kişilere karşı gerçekleştirilen fiiller soykırım suçunu oluşturmaz. Bu anlamda, RMCM, Akayesu Davası’nda soykırım bağlamında Tutsi kabilesine mensup kişilerin öldürülmesi sırasında Hutu kabilesine mensup birinin öldürülmesinin soykırım suçu oluşturmayacağına karar vermiştir³⁹⁹. Bu sebeple, mağduru bakımından soykırım suçu, özgü bir suçtur⁴⁰⁰.

Korunan grupların hangileri olacağı ve bu grupların nasıl tanımlanacağı hususunda milletlerarası metinlerin düzenlenmesinde olduğu gibi TCK’nın hazırlık sürecinde de önemli tartışmalar yaşanmıştır. BMGK’nın 96 numaralı kararında ve SSÖCS taslağında korunan gruplar mesela siyasi grupları da içerecek şekilde oldukça geniş tutulmasına rağmen, özellikle SSCB’nin itirazı nedeniyle diğer gruplar Sözleşme metninden çıkarılmış ve SSÖCS bugünkü haliyle kabul edilmiştir. Aynı şekilde MCM Roma Statüsü’nün hazırlık çalışmaları sırasında da benzer bir durum yaşanmış, mesela Mısır

³⁹⁶ BAYILLIOĞLU, s. 56.

³⁹⁷ DEĞİRMENCİ, s. 80.

³⁹⁸ DEĞİRMENCİ, s. 80.

³⁹⁹ Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.710; KOCA, s. 11’den naklen.

⁴⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 59.

tarafından suç tanımına siyasi ve kültürel grupların dahil edilmesi teklif edilmesine rağmen nihayetinde SSÖCS’de yer alan tanım üzerinde mutabakat sağlanmıştır⁴⁰¹.

Aynı durum, TCK’nın hazırlık aşamasında da söz konusu olmuştur. O dönemde TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda kabul edilen ve Meclis’e sevk edilen TCK Tasarısı’nda “*milli, etnik, ırki, dini veya bunlar dışında bir özelliklerle belirlenen*” başkaca gruplar da koruma altına alınmışsa da, TBMM Genel Kurulu’nda yapılan görüşmeler sırasında iktidar ve ana muhalefet partisine mensup milletvekilleri tarafından bir değişiklik önergesi verilerek Tasarı metninde bulunan “*bunlar dışındaki bir özelliklerle belirlenen*” ifadesi metinden çıkarılmıştır⁴⁰².

Görüldüğü üzere, soykırım suçu ile ilgili olarak koruma altına alınan grupların sayısı ve türü üzerinde SSÖCS ile MCM Roma Statüsü, ad hoc mahkemeler ve TCK m. 76/1 arasında da bir mutabakat mevcuttur. Bu bağlamda, RMCM’nin Akayesu Kararı’nda mağdur gruplara ilişkin yaptığı tanımlar milli, etnik, ırki, dini gruptan ne anlaşılması gerektiği yönünde milletlerarası ceza hukukunda ilk ve çok önemli bir içtihat oluşturmuştur⁴⁰³.

RMCM Akayesu Kararı’nda milli grubu “*ortak vatandaşlığa dayanan hukuki bir bağı paylaştıklarının farkında olarak karşılıklı hak ve yükümlülüklerle katılan insan topluluğu*” olarak, etnik grubu “*üyelerinin ortak bir dil ve kültür paylaştığı grup*” olarak, ırki grubu “*dilbilimsel, kültürel, milli ya da dini faktörler hesaba katılmadan, coğrafi bölge ile kalımsal ve fiziksel ayırt edici özelliklere dayanan grup*” olarak, dini grubu da “*aynı dini, mezhebi veya ibadet şeklini paylaşanların üyesi olduğu grup*” olarak tanımlamıştır⁴⁰⁴.

RMCM Akayesu Kararı’nda sınırlı bir şekilde sayılan bu grupların ortak özelliği, gruba aidiyetin doğum ile kendiliğinden oluşması ve bu nedenle reddi mümkün olmayan, kalıcı

⁴⁰¹ BAYILLIOĞLU, s. 68, 69.

⁴⁰² BAYILLIOĞLU, s. 69, 70.

⁴⁰³ BAYILLIOĞLU, s. 58.

⁴⁰⁴ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 512-513-514-515; BAYILLIOĞLU, s. 58’den naklen.

ve sürekli bir niteliğe sahip olmasıdır⁴⁰⁵. Aynı şekilde EYMCM Jelisi Kararı’nda yine Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarına atıf yaparak, sözleşme bağlamında korunan grupların sınırlandırılması konusunda bir istek olduğunu ve bunun nesnel bir şekilde tanımlanan ve kişilerin kendi iradelerine bakılmaksızın dahil oldukları sabit gruplar olduğuna karar vermiştir⁴⁰⁶. Mahkemelerin bu kararı aslında grupların çeşitliliğini savunan yaklaşımlara da bir nevi cevap niteliğindedir. Buna göre, gruptan çıkmanın kişilerin iradesine bağlı olduğu siyasi, kültürel, cinsel vb. grupların koruma altına alınması söz konusu değildir. Ayrıca, diğer gruplar “*insanlık aleyhine suçlar*” kapsamında zaten korunmaktadır⁴⁰⁷.

Burada bir itiraz “*grupların kalıcı ve sürekli niteliği*”ne dair tespiti yöneltilebilir. Gerçekten de Sözleşme kapsamında korunan grupların tümü mutlak anlamda değişmez ve sürekli değildir. Fakat yine de siyasi, sosyal, kültürel gruplara oranla süreklilikleri ve değişmezlikleri daha fazladır⁴⁰⁸. Öte yandan, mahkeme kararlarındaki “*gruba aidiyetin doğum ile kendiliğinden oluşması*” vurgusu da son derece önemli olup, asla gözden kaçırılmamalıdır. Bu vurgu, korunan grupların belirlenmesindeki mantığın temel dayanaklarından bir tanesidir. Bu anlamda, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun varlığı ile beşeri çeşitliliğe, insanlık medeniyetine kattığı zenginlik onun ontolojik varlığından gelmektedir ve türün devamlılığı ile mümkündür. Oysa diğer grupların sağlayacağı katkı düşünseldir ve bir siyasi grup bir şekilde yok olsa bile, onun fikirleri o gruba mensup olmayan başka insanlar tarafından da yaşatılabilecek ve sürdürülebilecektir. Bir başka deyişle, siyasi, sosyal, kültürel gruplara yönelik bir saldırı o gruplara mensup insanların bedenini ortadan kaldırsa da düşünceleri başka bedenlerde yaşamaya devam edebilecektir.

Sözleşme kapsamında korunan gruba mensup mağdur, “*düşünsel*” yani kendi iradi/tercihi niteliğinden dolayı değil, ne kadar zorlansa ve ne kadar istese de değiştiremeyeceği doğuştan gelme, ontolojik özelliğinden dolayı hedeftir. Yani, kendi bireysel varlığından ve bireysel tercihlerinden dolayı değil, iradesi dışında mensup

⁴⁰⁵ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 11; KOCA, s. 11’den naklen.

⁴⁰⁶ Prosecutor v Goran Jelisi, ICTY, Trial Chamber, para. 69; KÖPRÜLÜ, s. 99’dan naklen.

⁴⁰⁷ AKÜN, s. 67.

⁴⁰⁸ BAYILLIOĞLU, s. 77.

olduğu gruptan; o gruptan gelen kimliği ve kişiliğinden dolayı hedefdir. EYMCM'nin başkanlığını yapmış olan Antonio Cassese, bu durumu “*mağduru kişisizleştirilmesi (depersonalization of the victim)*” olarak tanımlamakta ve “*soykırım suçu, mağdurun kişisizleştirilmesi amacına yönelik bir suçtur. Çünkü, mağdur bireysel özelliklerinden dolayı değil de sadece bir grubun üyesi olduğu için kurban seçilmektedir.*⁴⁰⁹” şeklinde ifade etmektedir.

Sözleşme’de ve TCK’da korunan gruplara bu anlamada yapılabilecek itiraz belki de sadece dini gruplara yönelik olacaktır. Fakat, dini gruplar da esasında diğerlerinden (milli, etnik ırki) farklı değildir. Pratikte, kişi dini gruba da ailesinin bulunduğu ortama dahil olma şeklinde doğumla girmektedir. Öte yandan, din, düşünce veya fikir meselesi değil bir inanç meselesidir. Bu anlamda kişilerin düşünce ve fikirlerini zaman içinde yaşantılarla ve kendi iradesi ile değiştirebileceği bilinmekte fakat dini inançları değiştirdikleri çok daha az görülmektedir. Ayrıca, soykırım suçu bağlamında söz konusu olan bireyin inancı değil, grubun inancı veya inanç grubunun varlığı korunmaktadır. Çünkü suç bireye değil gruba yöneliktir. Bu sebeple, dini grubun da koruma altına alınmış olması doğru ve yerindedir.

Esasında doktrinde yürütülen tartışma, Sözleşme’de ve TCK’da korunan gruplardan çok, daha başka grupların da soykırım suçu bağlamında koruma altına alınması düşüncesi ile ilgili olup, tartışmaların ağırlığı da siyasi gruplar üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Siyasi gruplarla ilgili sorun, siyasetin tabiatı gereği, bu grupların saptanabilir nitelikten uzak olmalarında yatmaktadır. Oysa ki ceza hukukunun gerektirdiği belirlilik; siyaset gibi belli olmayan kaygan zeminli bir yapıyla bağdaşır değildir. Bu anlamda, suç tanımının siyasi grupları da içine alacak şekilde genişletilmesi, böylesine flu ve kaygan zeminde siyaset yapan, hatta yıkıcı faaliyetlerde bulunan siyasi gruplara karşı alınacak tedbirlere engel olabilecektir. Bu görüşe, sadece siyasi değil, Sözleşme’de koruma altına alınan grupların da bu gibi faaliyetlerde bulunabilecekleri gerekçesiyle itiraz edilecek olsa da, Sözleşme kapsamında korunan gruplar bu türden bir uğraşı içine girmiş olduklarında bile

⁴⁰⁹ ANTONIO, Cassese, International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, p. 103; Kocaoğlu, S. Sinan “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, s. 159’dan naklen.

bu faaliyet çoğunlukla bir siyasi organizasyon aracılığıyla yürütülebilecek ve böyle bir durumda devletin aldığı karşı tedbirler siyasi bir gruba karşı alınmış olacaktır⁴¹⁰.

Siyasi grupların üzerinde hareket ettikleri siyasi zeminin sınırlarının belirlenmesindeki zorluk, günümüzde pek çok devletin karşı karşıya olduğu asimetrik savaş tehdidi sebebiyle de önem arz etmektedir. Gerek çeşitli terör örgütlerinin devletlere yönelik saldırıları, gerekse yeni bir tehlike çeşidi olan devletlerin çeşitli örgütler vasıtasıyla birbirlerine karşı yürüttükleri örtülü savaş durumu, ülkeleri ve milletlerarası toplumu ciddi bir güvenlik sorunu içine sürüklemiştir. Bu ortamda, birtakım devletler, kendileri etkilenmediği sürece başka bir devletin ülkesinde terör uygulayan kimselere ve örgütlere siyasi kimlik tanıma eğilimindedir. Bu durumda, bir grubun hangi ölçütlerde ve kime göre siyasi bir grup olarak belirleneceği konusunda yaşanacak ve hatta yaşanmakta olan sıkıntılar, teröre maruz kalan devletler açısından üstesinden gelinemeyecek sorunlara yol açacaktır, açmaktadır⁴¹¹.

Burada; *“Terörist gruplara yönelik olarak milli güvenlik ve kamu düzenini sağlamak amacıyla sürdürülen mücadele, hukuk devleti ve temel insancıl hukuk metinleri çerçevesinde gerçekleştiği sürece ortada suç teşkil edecek bir durum zaten olmayacaktır. Terörist gruplar her ne kadar siyasi bir saik ile hareket etse de işledikleri şiddet içeren yıldırma fiilleri örneğin Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Anlaşması’nda sayıldıkları şekliyle siyasi suç sayılmayacaktır ve bu gruplar siyasi gruptan ziyade terör örgütü olarak isimlendirileceklerdir.”*⁴¹² şeklinde bir itiraz gelebilir. Fakat zaten mesele terörist gruplara yönelik mücadelenin ne şekilde yapılacağı değil, hangi grupların neye ve kime göre siyasi grup yahut terörist grup sayılacağı noktasındadır. Ayrıca, devletler arasında, terörün milletlerarası toplumu ve milletlerarası düzeni tehdit ettiği ve topyekûn mücadele edilmesi gerektiğine dair bir karar ve işbirliğinden söz etmek de mümkün değildir. Bu görüşümüzün somut karşılığı MCM Roma Statüsü’nün hazırlık çalışmaları esnasında görülmüştür. Çalışmamızın birinci bölümünde de değindiğimiz üzere, Türkiye, Roma Statüsü’ne çekimser kalan ülkelere biridir. Bunun sebebi, tam da şu an ele aldığımız konu ile ilgilidir. Daha 1998 yılında Türkiye, “terörizm ve uyuşturucu madde

⁴¹⁰ BAYILLIOĞLU, s. 76, 77.

⁴¹¹ BAYILLIOĞLU, s. 76.

⁴¹² KÖPRÜLÜ, s. 370.

suçlarının MCM'nin yargı yetkisinin dışında bırakılması, saldırı ve insanlığa karşı suçların tanımı konusunda ceza hukuku anlamında bir kesinliğin olmaması ve bir devletin başka ülkedeki terör faaliyetlerini desteklemek gibi bir tutum içinde bulunması durumunun Statü'de dikkate alınmaması" sebebiyle, Roma Statüsü'ne çekimser kalmıştır. Türkiye'nin terörizm konusundaki hassasiyeti, çekincesi ve öngörüsünün ne kadar yerinde olduğu bugün çok daha fazla anlaşılmaktadır. Üstelik günümüzde terör örgütleri taktik değiştirmeye ve kendilerini yine kendi kontrolleri altında tuttukları siyasi organizasyonların maskesi ardına saklamaya başlamışlardır.

Öte yandan, milli, etnik, ırki ve dini grupların taraftarları değil, ontolojik mensupları vardır. Bu sebeple, bu gruplar varoluşlarının ve yaşayışlarının kaçınılmaz bir sonucu olarak karşıtlıklar üretmezler. Oysa siyasi grupların taraftarları vardır ve bunun kaçınılmaz bir sonucu olarak karşıtları da oluşacaktır. Taraftarlık-karşıtlık mekanizmasının hangi aşamada şiddet üreteceği, bu şiddetin nereye yöneleceği ve ne tür mağduriyetler doğurabileceği belli değildir. Halbuki milli, etnik, ırki, dini grupların yapısal olarak bir mağduriyet oluşturması söz konusu olmadığı gibi, bilakis beşeri kültürün çeşitlilik kaynağıdır.

Sonuç olarak, SSÖCS ile EYMCM, RMCM ve MCM statüleri ve kararları ile uyumlu bir şekilde 5237 sayılı TCK'nın 76/1. maddesinde soykırım suçunun mağduru olarak kabul edilen grupların milli, etnik, ırki veya dini gruplar şeklinde sınırlandırılması son derece isabetli ve doğru olmuştur.

Doktrinde, grupların çeşitliliği üzerinde böylesi tartışmalar sürerken, soykırım suçu ile ilgili kararları ve içtihatları ortaya koyan milletlerarası ceza mahkemeleri gruptan çok, mağdurun ait olduğu grubun tespiti üzerinde yoğunlaşmıştır⁴¹³.

Gerçekten de, mağdurun ait olduğu grubun tespiti, suçun soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilememesinde önemli bir rol oynamaktadır. Daha önce vurguladığımız gibi soykırım milli, etnik, ırki veya dini bir gruba karşı işlenen bir suç olup, grupların tanımı da mahkeme (RMCM) tarafından yapılmıştır. Bundan sonra mesele, mağdurun o gruba

⁴¹³ BAYILLIOĞLU, s. 56.

ait olduğuna nasıl karar verileceğidir. Bu anlamda, milletlerarası ceza mahkemeleri kararlarında, mağdurun ait olduğu grubun belirlenmesinde iki farklı ölçüt kullanılmıştır.

Bunlardan ilki, objektif ölçüttür⁴¹⁴. Objektif ölçütte siyaset, sosyoloji, antropoloji veya din bilimleri tarafından kişi ile grup arasındaki ilişkiye atfen ortaya konulan gerçek durum esas alınır. Örneklendirirsek: Soykırım suçuna maruz kalan Bosnalı mağdurların, Sırpların yok etmeye yönelik eylemlerine maruz kalan ve gerçekten etnik köken olarak Bosnalı olan kimseler olması gerekir. Objektif ölçüt açısından değerlendirildiğinde, faillerin yanlışlıkla Bosnalı zannederek öldürdükleri kişiler açısından soykırım suçundan bahsedilemeyecek, belki insanlığa karşı suç veya savaş suçu söz konusu olacaktır⁴¹⁵.

Sübjektif ölçüt ise, mağdurların ve faillerin saptamalarına göre belirlenir⁴¹⁶. Burada grup üyeliği, faillerin veya mağdurların bakış açılarına, algılarına göre saptanmaktadır. Dolayısıyla, sübjektif ölçütün, birisi failin saptamasına göre diğeri de mağdurun bakış açısına göre değişen iki yönü bulunmaktadır. Aynı örneğe uygularsak; sübjektif ölçütün kullanılması halinde, Bosnalı Sırpların soykırım amacı ile fakat hataen bir başka Sırp'ı veya Hırvat'ı, Boşnak olarak algılayıp öldürmeleri soykırım suçu ile cezalandırılmalarını gerektirecektir⁴¹⁷.

EYMCM Jelisi Kararı'nda korunan grubu belirlemek için objektif ve sübjektif olmak üzere iki ölçütün bulunduğunu ve grubun niteliğine göre bunlardan birisinin kullanılabileceğini belirtmiştir⁴¹⁸. Buna göre, EYMCM Jelisi Kararı'nda, dine dayalı kimliğin belirlenmesinde objektif yaklaşımı benimserken, korunan diğer üç grup için ırka dayalı, etnik ve milli temellere dayalı sübjektif yaklaşımın esas alınacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, dini gruba karar verme konusunda objektif ölçütü uygulamak mümkün iken milli, etnik ya da ırki grubu tanımlama teşebbüsünde bugün kullanılan objektif ölçütün sonuçları kişinin ilgili olduğu kategori ile zorunlu olarak uymayabilir. Bu nedenle, milli, etnik ve ırki grup statüsünün, kişinin bu grubu toplumun geri kalanından

⁴¹⁴ BAYILLIOĞLU, s. 59.

⁴¹⁵ BAYILLIOĞLU, s. 59.

⁴¹⁶ BAYILLIOĞLU, s. 60.

⁴¹⁷ BAYILLIOĞLU, s.60.

⁴¹⁸ Prosecutor v. Goran Jelisi, ICTY, Trial Chamber, para. 70; BAYILLIOĞLU, s. 63'den naklen.

ayırmasına dayanması daha uygun bir değerlendirme olacağı için, milli, etnik ve ırki grup üyeliğinin değerlendirilmesinde sübjektif ölçüt kullanılmıştır⁴¹⁹.

RMCM Kayishema ve Ruzindana kararlarında, etnik kökene dayalı grubun tanımlanmasını sübjektif bakış açısını esas alarak yapmıştır. Etnik grup böylece, sadece üyelerinin ortak bir dil veya kültür paylaştığı bir grup olarak tanımlanmamış, aynı zamanda kendi kendini diğerlerinden ayırt edebilen veya diğerleri ve bu arada suç işleyenler tarafından da farklı görülmesi gereken grup olarak tespit edilmiştir⁴²⁰.

Aynı şekilde, RMCM Rutaganda Kararı'nda grup üyeliğinin tespitinin öz yönünden, objektif ölçütten çok sübjektif ölçütün tercih edilmesi gerektirdiğini belirtmiş, mağdurun failer tarafından, yok edilmeye çalışılan bir gruba ait olarak algılanabileceği veya bazı örneklerde mağdurun bizzat kendisinin belirtilen gruplardan birine ait olarak algılayabileceği belirtilmiştir⁴²¹.

RMCM bu kararını açıklarken, *“Dava Dairesi, Soykırım Sözleşmesi'nin uygulanması anlamında, grup üyeliğinin, temelde nesnel bir kavramdan ziyade öznel bir kavram olduğunu düşünmektedir. Mağdur, soykırım suçunun faili tarafından imha edilmesi gereken bir grubun mensubu olarak algılanmaktadır. Bazı örneklerde mağdur da kendisini anılan gruba mensup olarak algılayabilir.”*⁴²² diyerek her iki ölçütün de birlikte ele alınabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, her kavramın özel siyasi, sosyal veya kültürel bağlamda takdir edilmesi gerektiğine de işaret ederek, burada öznel ölçüte ağırlık vermiştir⁴²³. Mahkeme aynı değerlendirmeyi Gacumbitsi⁴²⁴ ve Kajelijeli⁴²⁵ kararlarında da yapmıştır.

⁴¹⁹ Prosecutor v Goran Jelasic, ICTY, Trial Chamber, para. 70; BAYILLIOĞLU, s. 63'den naklen.

⁴²⁰ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 98; BAYILLIOĞLU, s. 63'den naklen.

⁴²¹ Prosecutor v Georges Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 56; BAYILLIOĞLU, s. 63'den naklen.

⁴²² Prosecutor v Georges Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 56; KÖPRÜLÜ, s. 102'den naklen.

⁴²³ Prosecutor v Georges Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 55; KÖPRÜLÜ, s. 102'den naklen.

⁴²⁴ Prosecutor v Gacumbitsi, ICTR, Trial Chamber, para. 254; KÖPRÜLÜ, s. 102'den naklen.

⁴²⁵ Prosecutor v Kajelijeli, ICTR, Trial Chamber, para. 813; KÖPRÜLÜ, s. 102'den naklen.

RMCM, Akayesu kararında grup üyeliğinin araştırılması ve grubun statüsünün nesnel bir şekilde tanımlanması gerektiği yönünde hareket etmiş ve bu maksada uygun olduğu için, ülkede daha önce Belçikalı sömürgeciler tarafından dağıtılmış olan kimlik kartlarını esas almıştır. Mahkemece delil olarak kabul edilen bu kimlik kartları, kart sahiplerini Hutu veya Tutsi olarak tanımlıyordu. Bu anlamda, Mahkeme, Tutsiler'in Belçikalı kolonicilerce verilen kimlikler sayesinde Hutular'dan farklı sabit ve daimi bir etnik yapı olduğuna hükmetmiştir⁴²⁶.

RMCM, Kayishema Kararı'nda da Belçikalılar'ın verdiği kimlik kartlarından bahsettikten sonra, Ruanda geleneklerine göre bir Ruandalı çocuğun etnik kimliğini babadan aldığı tespitini yapmıştır⁴²⁷.

EYMCM, Jelisin Kararı'nda korunan grupların nesnel bir şekilde tanımlanan ve kişilerin kendi iradelerine bakılmaksızın dahil oldukları sabit gruplar olduğuna karar vermiştir⁴²⁸.

EYMCM, Semanza⁴²⁹ ve Kamuhanda⁴³⁰ Kararları'nda bu kez, yine grubun belirlenmesinde her olayın farklı değerlendirileceği ve grup tanımlamasının siyasi-tarihi bağlamda nesnel olarak yapılacağını belirttikten sonra, fail veya faillerin algılarının, yani öznel bakış açısının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir⁴³¹.

EYMCM Dava Dairesi de Kristic Kararı'nda, bir grubun kültürel, dini, etnik veya milli niteliklerinin yaşandığı yerdeki sosyo tarihi bağlamda tanımlanması gereğine işaret ederek RMCM ile paralel bir yaklaşım sergilemiştir⁴³².

RMCM, öznel ölçüte en açık vurguyu da Bagilishema kararında yapmıştır. Mahkeme, kararında *“Eğer bir mağdurun, fail tarafından korunan gruplardan birine mensup olduğu*

⁴²⁶ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 702-122; KÖPRÜLÜ, s. 98'den naklen.

⁴²⁷ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 523; KÖPRÜLÜ, s. 99'dan naklen.

⁴²⁸ Prosecutor v Goran Jelusic, ICTY, Trial Chamber, para. 69; KÖPRÜLÜ, s. 99'dan naklen.

⁴²⁹ Prosecutor v Laurent Semanza, ICTR, Trial Chamber, para. 317; KÖPRÜLÜ, s. 99'dan naklen.

⁴³⁰ Prosecutor v Jean Dieu Kamuhanda, ICTR, Trial Chamber, para. 630; KÖPRÜLÜ, s. 99'dan naklen.

⁴³¹ KÖPRÜLÜ, s. 99, 100.

⁴³² Prosecutor v Radislav Kristic, ICTY, Trial Chamber, para. 557; KÖPRÜLÜ, s. 100'den naklen.

*düşünüliyorsa soykırım suçunun amaçları bağlamında Mahkeme tarafından korunan grubun mensubu kabul edilebilir.”*⁴³³ demek suretiyle, mağdurun imha edilmesi düşünülen gruba mensup olduğuna dair inancın, o kişiyi doğrudan korunan grubun bir mensubu haline getireceğini belirtmiştir⁴³⁴.

Mağdurun gruba üyeliğinin tanımlanması meselesinde değinmemiz gereken son ve önemli bir konu da EYMCM Stakic Kararı ile MAD’ın Bosna Hersek v Sırbistan ve Karadağ Kararı’nda aynı şekilde ortaya konan “*mağdurun belirli bir gruba ait olmadığı için hedef alınması durumunda (negatif tanımlama) soykırım suçundan söz edilemeyeceği*” hükmüdür. Bilindiği üzere, SSÖCS ile milletlerarası ceza mahkemelerinin statüleri ve kararları ve TCK m. 76/1 kapsamında soykırım suçu bakımından gerekli olan husus, mağdurun belirli bir gruba aidiyeti sebebiyle hedef alınmış olmasıdır. Aksi durumda, EYMCM’nin Stakic Kararı’nda belirtildiği gibi, “*Sırp olmayan herkesi öldürmeyi amaçlayan failin davranışı soykırım olarak nitelendirilemeyecektir. Çünkü belirli bir grup hedef alınmamıştır.*⁴³⁵”, aynı şekilde MAD’ın 26.02.2007 tarihli ve SSÖCS’nin Uygulanması (Bosna Hersek v Sırbistan ve Karadağ) konulu kararında da negatif tanımlama kistası reddedilmiştir. Mahkemeye göre, önemli olan, korunan gruplardan birini sırf bu özelliği sebebiyle yok etme kastının varlığıdır. Bu bakımdan, grubun belirli milli, etnik, ırki veya dini özelliklerinin varlığı sebebiyle hedef alınması gerekir. Dolayısıyla, bu unsurlardan birinin yokluğu, mesela hedef alınan grubun “*Hristiyan olmaması*” sebebiyle öldürülmesi durumunda soykırım yoktur. Bu sebeple, Divan, kararında Bosna tarafından öne sürülen “*Sırp olmayanların hedef alındığı*” şeklindeki negatif bir tanımlamanın, suçla korunan grubun tespitinde dikkate alınamayacağı belirtilmiştir⁴³⁶.

Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü hedef alınan grubun mesela “*Hristiyan olmaması*” veya “*Sırp olmayan herkes*” şeklinde ifade edilmesi, özünde

⁴³³ Prosecutor v Bagilishema, ICTR, Trial Chamber, para. 65; KÖPRÜLÜ, s. 102’den naklen

⁴³⁴ KÖPRÜLÜ, s. 102.

⁴³⁵ Prosecutor v Milomir Stakic, ICTY, Trial Chamber, para. 22-23; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 61’den naklen.

⁴³⁶ Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), 26 February 2007, General List no.91; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 61-62’den naklen.

“Hristiyan olanların” veya “Sırp olanların” yüceltilmesi anlayışının bir yansıması olup, bu da bu çalışmanın daha önceki bölümlerinde değinildiği üzere ırkçı bir yaklaşımın sonucudur. Irkçılık ise hakim grubun diğerine sosyo-ekonomik baskı, siyasi ve ekonomik ayrımcılık, örtülü şiddet, ırk ayrımcılığı, etnik temizlik ve soykırım uygulaması ile hayat bulmaktadır. Bütün bu olumsuz tepkiler içinde soykırım, ırkçılığın en fazla şiddet içeren nihai aşaması, en keskin uygulaması olarak ortaya çıkmaktadır⁴³⁷.

(3). Suç Fiilleri

Soykırım suçunu oluşturan fiiller TCK’nın 76. maddesinin 1. fıkrasında sınırlayıcı şekilde⁴³⁸ beş bent halinde sayılmıştır. Buradaki sayım tüketici nitelikte olup, sayılanlar dışında başka fiiller soykırım suçunu oluşturmaz⁴³⁹. Bu özelliği itibariyle soykırım suçu bağlı hareketli bir suçtur. Öte yandan, suç teşkil eden birden çok fiil maddede alternatifli olarak gösterildiği için, aynı zamanda seçimlik hareketli bir suç olup, seçimlik hareketlerden sadece birisinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Bununla birlikte, fail seçimlik hareketlerden birkaçını veya hepsini birden de gerçekleştirebilir ki, bu durumda ortada tek bir soykırım suçu bulunur⁴⁴⁰.

TCK’da ve SSÖCS’de beş bent halinde sayılan suç fiillerini TCK madde 76/1 ile çeşitli milletlerarası ceza mahkemelerinin kararları ve içtihatları çerçevesinde ayrıntılı olarak ele almadan önce genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, soykırım suçu kapsamında TCK m. 76/1’de sıralanan suç fiilleri aslında soykırım suçu dışında, TCK’da çeşitli maddeler kapsamında yer verilmiş suçlar arasındadır. Bu husus vurgulandıktan sonra, a bendinde yer alan “*kasten öldürme*” TCK m.81 ve 82’de ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Maddenin b bendinde yer verilen “*kişilerin bedeni veya zihni bütünlüklerine ağır zarar verme*”, TCK m.86’da tanımlanan yaralama suçu ile benzerlik gösterse de, soykırım suçu itibariyle diğer şartları taşımanın yanı sıra kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri düzeyine ulaşmış bazı ağır neticelerin oluşması gerekmektedir (sağlığa ağır zarar verme, sakatlama, dış ve iç organlar ile duyuların ağır biçimde yaralanması, zihni

⁴³⁷ TÖNGÜR, s. 30,31.

⁴³⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 63.

⁴³⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1203.

⁴⁴⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 9.

becerilerin minör veya geçici olarak zarar görmesinden öteye geçen zarar)⁴⁴¹. Ancak, zararın TCK açısından da, ağır olması kaydıyla, kalıcı olması şart değildir. Her durumda önemli olan, grup üyelerinin maruz bırakıldığı bedeni veya zihni/ruhi zararın, grubun tamamen veya kısmen yok olması tehdidini doğuracak ağırlıkta olmasıdır. Maddenin c bendinde yer alan “*grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak şartlarda yaşamaya zorlanması*”nda grup üyelerini hemen öldürmeyecek, lakin hayat şartlarını güçleştirmek suretiyle onların yavaşça yok olmalarını sağlayacak uygulamalar söz konusudur⁴⁴². Maddenin d bendinde yer verilen “*grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirler*” soykırım suçu kapsamı dışında TCK m.99 (rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürülmesi) ve TCK m.101 (bir kadın veya erkeğin rızası dışında kısırlaştırılması) gibi bizim hukukumuz içinde de karşılığı olan fiillerdir. Bu tür eylemler biyolojik soykırım olarak da adlandırılmakta olup, amaç doğacak kuşakların soy bağıni kesmek veya ortadan kaldırmaktır⁴⁴³. Aşağıda çeşitli örnekleriyle ayrıntılı bir biçimde ele alacağımız bu suç fiilinde, ilgili tedbirlerin gruba zorla dayatılması şart olup, neticenin elde edilebilmiş olması zorunlu değildir⁴⁴⁴. Maddenin son bendinde yer alan “*gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi*” TCK m. 6/1 çerçevesinde, failin 18 yaşını doldurmamış olan gruba ait çocuğu/çocukları, başka bir gruba zorla nakletmesidir. “Zorla” kavramından anlaşılması gereken, MCM Roma Statüsü m.6/e doğrultusunda mutlaka fiziki cebir olmayıp, tehdit veya baskı da olabileceğidir. Öte yandan, ebeveynler üzerinde ciddi travma yaratarak bu naklin gerçekleşmesine yol açmak da bu kapsamda değerlendirilecektir⁴⁴⁵. Bu fiille, çocukları ait oldukları grubun sosyal ve kültürel özelliğinden uzaklaştırıp koparmak ve nakledildikleri gruba ait özelliklerin baskın olduğu ortamda yetiştirerek bu grubun değerlerini benimsemeleri sağlanır⁴⁴⁶. Soykırım suçunun “*gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi*” fiili suretiyle işlenmesi Türk

⁴⁴¹ Prosecutor v Dominigue Ntawukulilyayo, ICTR, Trial Chamber, para. 452; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 63’den naklen.

⁴⁴² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64.

⁴⁴³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64.

⁴⁴⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64.

⁴⁴⁵ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.509-510.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64’den naklen

⁴⁴⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 63,64.

hukuk doktrinde biyolojik soykırım örneği olarak deđerlendirilirken⁴⁴⁷, milletlerarası hukuk doktrinde kültürel soykırım çeşidi olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁸.

“*Kültürel Soykırım*” meselesi hukuk doktrinde bir tartışma konusu olmakla birlikte, uygulamada TCK m.76 ile SSÖCS, MCM Roma Statüsü ve diğer milletlerarası ceza mahkemelerinin statüleri, kararları ve içtihatları soykırımı grubun maddi (fiziki/biyolojik) varlığını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik fiiller ile sınırlandırmıştır. Bu bakımdan bir grubun, toplumun kalan kesiminden kendisini ayırarak, ona bağımsız bir kimlik veren kültürel ve sosyolojik karakterine ve bu karakteri yok etmeye yönelik hareketler, soykırım tanımı içinde deđerlendirilmemekte⁴⁴⁹, belki o grubun fiziki açıdan imhasına yol açma kastının bir delili olarak ele alınabilmektedir. Bu anlamda, EYMCM’nin Brdjanin, Blagojevic ve Jokic kararlarında da benzer şekilde vurguladıđı⁴⁵⁰ ve özellikle Kristic Kararı’nda belirttiği üzere “*grubun fiziki/biyolojik varlığını yok etmeye yönelik davranışlara çoğu zaman grubun dini mülkiyet ve sembollerini hedef alan saldırıların da eşlik etmesi*” sebebiyle⁴⁵¹; grubun dilini, kültürünü yok etmek amacıyla gruba ait müzelerin, tarihi eserlerin, okulların, ibadet yerlerinin yok edilmesi veya kullanılmasına izin verilmemesi türünden davranışlar soykırım suçunu oluşturmayacak, ancak o grubun fiziki açıdan imhasına yol açma kastının delili olarak deđerlendirilecektir⁴⁵². Aynı şekilde, MAD’ın 26.02.2017 tarihli kararında da Boşnak Müslümanlar’a ait tarihi, dini ve kültürel malvarlığının yıkılması açısından bu tür eylemlerin gerçekleştiği tespit edilmiş fakat bu davranışların Soykırım Sözleşmesi kapsamına girmediği belirtilmiştir⁴⁵³.

Benzer şekilde, belli bir bölgeyi etnik açıdan homojen kılmak amacıyla belirli bir gruba mensup sivilleri o bölgeden başka bir bölgeye zorla çıkarmaya/sürmeye yönelik

⁴⁴⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64.

⁴⁴⁸ KÖPRÜLÜ, s. 395.

⁴⁴⁹ DEĞİRMENCİ, s. 87.

⁴⁵⁰ DEĞİRMENCİ, s. 87.

⁴⁵¹ Prosecutor v Radislav Kristic, ICTY, Trial Chamber, para. 580; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 65’den naklen.

⁴⁵² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 65.

⁴⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 65.

eylemlerin (etnik temizlik) tek başına soykırım suçunu oluşturmaya yetmeyeceği yine mahkeme kararıyla ortaya konmuştur⁴⁵⁴. Bu anlamda, EYMCM, bu yöndeki davranışlara mağdurların fiziki açıdan imhasına yönelik davranışlar da eşlik edip, grubu kısmen ya da tamamen yok etme amacı söz konusu olduğunda soykırım suçundan bahsedilebileceğini belirtmiştir⁴⁵⁵. Aynı şekilde MAD'ın 26.02.2007 tarihli kararında da Soykırım Sözleşmesi'nin 2.maddesinde sayılan davranış kategorilerinden birine tekabül etmedikçe bir siyaset olarak bir bölgeyi etnik açıdan homojen kılma amacı veya böyle bir politikayı gerçekleştirmek için uygulanan operasyonların tek başına soykırım suçunu oluşturmaya yetmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁵⁶.

Özetlemek gerekirse, TCK m.76/1'de ve SSÖCS ile diğer milletlerarası ceza mahkemelerinin statüleri, kararları ve içtihatlarında belirtildiği üzere, soykırım suçu milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek kastı ile maddede beş bent halinde sayılan fiillerin işlenmesi ile gerçekleştirilebilecek, bu fiiller dışında bir fiille işlenemeyecek veya bu fiiller yok etme kastı ile işlenmediği takdirde yine bu suç oluşmayacaktır.

Öte yandan, bu suçun oluşumu sırf hareketin yapılmasıyla mümkün olacağı gibi, neticenin gerçekleşmesini de gerektirebilir. Bu anlamda, TCK m.76/1'de tanımlanan beş hareketten üçü (a,b ve e bentleri) neticenin gerçekleşmesini gerektirmekte, diğer iki hareket (c ve d bentleri) bakımından bir neticenin varlığı gerekmemektedir. Yine, soykırım suçunu oluşturan bu fiiller icrai bir hareketle işlenebileceği gibi ihmali bir hareketle de gerçekleştirilebilecektir⁴⁵⁷.

Bu kısa açıklamadan sonra, soykırım suçunu oluşturan fiilleri TCK m.76/1 kapsamında ve SSÖCS ile diğer milletlerarası mahkemelerin statüleri, kararları ve içtihatları eşliğinde ayrıntılı olarak ele almaya başlayabiliriz.

⁴⁵⁴ Prosecutor v. Brdanin, ICTY, Trial Chamber, para.118,989; Prosecutor v. Stakic, ICTY, İstinaf Dairesi, para. 46-48; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 65'den naken.

⁴⁵⁵ Prosecutor v Brdjanin, ICTY, Trial Chamber, para.118,989; Prosecutor ve Milomir Stakic, ICTY, Trial Chamber, para.46-48; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 65'den naklen.

⁴⁵⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 65.

⁴⁵⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 10.

I. Kasten Öldürme

TCK m.76/1'e göre soykırım suçunu oluşturan fiillerden biri ve ilki olan kasten öldürme milli, etnik, ırki veya dini bir gruba mensup olan kişilerin hayatlarının bir planın icrası suretiyle kasten sona erdirilmesidir⁴⁵⁸.

Gerek TCK m.76/1 metni⁴⁵⁹, gerekse SSÖCS'nin 2.maddesinin metni "*grup üyelerinin öldürülmesi*"nden bahsetmek suretiyle çoğul ifadeler kullanarak birden fazla kişinin öldürülmesi halinde soykırım suçunun oluşacağı izlenimi verse de⁴⁶⁰, MCM Roma Statüsü'ne Ek Suçun Unsurları Yasası'nın 6/a-1.maddesi "*Fail bir veya daha fazla kişiyi öldürmüş olmalıdır.*" diyerek konuya açıklık getirmekte ve diğer şartların da varlığı halinde bir kişinin öldürülmesi durumunda bile soykırım suçunun oluşacağını kesin biçimde ortaya koymaktadır⁴⁶¹. Ayrıca TCK'nın 76.maddesinde kasten öldürmeden bahsedilmesi de, yine diğer şartların varlığı durumunda tek kişinin öldürülmesinin bile soykırım suçunu oluşturacağının ifade edildiğini göstermesi bakımından önemlidir⁴⁶². Nitekim, milletlerarası ceza mahkemelerinin kararları da bu doğrultuda olup, RMCM'nin Akayesu Kararı⁴⁶³ ile Semanza Kararı⁴⁶⁴ ve EYMCM'nin Kristic Kararı⁴⁶⁵ diğer şartları da taşıması halinde bir kişinin öldürülmesinin bile soykırım suçunun oluşumunu göstermeye yeteceğini ortaya koymaktadır.

Hem TCK 76.maddeye göre hem de Soykırım Sözleşmesi'nin 2.maddesine göre, kasten öldürme fiili ile soykırım suçunun oluşması için neticenin oluşması gereklidir⁴⁶⁶. Ancak, icra hareketlerinin yarıda kalması veya tamamlanmasına rağmen neticenin

⁴⁵⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 10.

⁴⁵⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 10.

⁴⁶⁰ DEĞİRMENCİ, s. 89.

⁴⁶¹ BAYILLIOĞLU, s. 107.

⁴⁶² DEĞİRMENCİ, s. 89.

⁴⁶³ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.521; DURAN, s. 28'den naklen.

⁴⁶⁴ Prosecutor v Laurent Semanza, ICTR, Trial Chamber, para.319; KÖPRÜLÜ, s. 386'den naklen.

⁴⁶⁵ Prosecutor v Radislav Kristic, ICTY, Trial Chamber, para.685; KÖPRÜLÜ, s. 386'den naklen.

⁴⁶⁶ DEĞİRMENCİ, s. 89.

gerçekleşmemesi durumunda fail soykırım suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır⁴⁶⁷. Öte yandan, kasten öldürmenin icrai değil, ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi halinde de soykırım suçu oluşur. Ancak bunun için failin icrai harekette bulunması konusunda (TCK m.83 doğrultusunda) hukuki bir yükümlülüğünün bulunması gerekir⁴⁶⁸. Bu anlamda, RMCM Akayesu Kararı'nda, soykırım suçunun failin icrai veya ihmali bir fiilinden kaynaklanmış olması gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁴⁶⁹.

Soykırım suçunu gerçekleştirenlerin özel kastı, hedef alınan grubun üyelerini kısmen veya tamamen yok etmek olduğu için, TCK m.76/1'de soykırım suçu bakımından düzenlenen kasten öldürmenin, TCK m.81'de yer alan basit hali ile TCK m.82'de yer alan nitelikli hali arasında fark yoktur⁴⁷⁰. Fakat, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından TCK m.76/2.fıkra gereğince mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır⁴⁷¹.

Kasten öldürme suretiyle soykırım suçunun hangi vasıta ile gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur⁴⁷². Bu anlamda, öldürmeye yönelik fiil başlı başına herhangi bir özellik arz etmez. Ölüm sonucunu doğurabilecek herhangi bir davranış ve vasıta ile, fail tarafından gerçekleştirilen eylem ile sonuç arasında nedenselliğin kurulabilmesi yeterlidir. Bununla birlikte, öldürme fiilini işleyen kişinin bu fiilini ne şekilde gerçekleştirdiği failin kastını belirlemek bakımından önemlidir⁴⁷³.

⁴⁶⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 71, Köprülü, s. 386.

⁴⁶⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 10.

⁴⁶⁹ BERBERER, s. 46.

⁴⁷⁰ BESİRİ, s. 40.

⁴⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 10.

⁴⁷² KÖPRÜLÜ, s. 386.

⁴⁷³ KAPLAN, Fatih Halil, "Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu", www.dergipark.gov.tr/ndergi/article/view/5000145746, 25.08.2017.

II. Kişilerin Bedensel ve Ruhsal Bütünlüklerine Ağır Zarar Verme

Bu fıkranın ayrıntılı açıklamasına geçmeden önce, konu ile ilgili olarak TCK ile milletlerarası metinler arasındaki bir farklılığı ve bunun değerlendirmesini vurgulamak faydalı olacaktır.

Dikkat edilirse, SSÖCS ile MCM Roma Statüsü'nde bu fıkra ifade edilirken *“ciddi bedeni veya zihni zarar”* ifadesi kullanılmış, TCK m.76/1'de *“bedensel veya ruhsal bütünlüğe ağır zarar”* ifadesi kullanılmıştır. Bu farklılık doktrinde bazı yazarlar tarafından *“ciddi ve ağır kelimelerinin aynı anlama gelmesine karşın, ‘zihinsel zarar’ ve ‘ruhsal bütünlüğe ağır zarar’ kelimeleri için her zaman aynı şey söylenemeyecektir ve bu konuda, kullanılan terimlerin farklı oluşunu açıklamak ve anlamak hayli zordur.”* şeklinde eleştirilirken⁴⁷⁴, bazı yazarlar tarafından da *“bu noktada ‘ciddi’ kelimesiyle anlatılmak istenen ad hoc mahkeme kararlarında ifade edildiği üzere, geçici olandan fazlası şeklinde anlamak maddenin ruhuna uygun düşecektir. Ayrıca, bedensel ve zihinsel zararın kısa sürede etkisini yitirecek kadar önemsiz olmaması gerektiği de ifade edilmektedir.”* denilmek suretiyle aslında anlam bakımından birbirinden ayrı görmemek gerektiği yönünde değerlendirilmektedir⁴⁷⁵. Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre, TCK'da yer verilen düzenleme her ne kadar cümle kurgusu ve kullanılan kelimeler itibarıyla farklı gibi görünse de suç fiilinin tanımı ve kapsamı açısından diğer milletlerarası metinlerle uyumlu olup, bu bakımdan aralarında önemli bir farklılık bulunmamaktadır⁴⁷⁶.

Aslında, bu düzenleme TCK m.86'da *“kasten başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının ya da algılama kabiliyetinin bozulmasına sebep olmak”* şeklinde tanımlanan yaralama suçunu akla getirmesi yönüyle dikkat çekicidir⁴⁷⁷. Bir başka deyişle, bu fiil, klasik anlamda kasten yaralama suçunun ağırlaştırılmış şeklini oluşturmaktadır⁴⁷⁸. Fakat

⁴⁷⁴ BESİRİ, s. 40.

⁴⁷⁵ DURAN, s. 31.

⁴⁷⁶ BAYILLIOĞLU, s. 114.

⁴⁷⁷ KÖPRÜLÜ, s. 387.

⁴⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 11.

soykırım suçu anlamında burada söz konusu olan, bu kapsamda yer alan fiillerin bir planın icrası suretiyle, özel kastla işlenmesi ve meydana gelecek zararın ağır olmasıdır. Ancak, diğer şartların da varlığı halinde, TCK’da yer alan neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamalardan “*duyulardan veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına*” (87/1-a), “*konuşmada sürekli zorluğa*” (87/1-b), “*yüzde sabit ize*” (87/1-c), “*hayatı tehlikeye sokan bir duruma*” (87/1-d), “*iyileşmesi imkanı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmeye*” (87/2-a), “*duyularından veya organlarından birinin işlevinin kaybedilmesine*”(87/2-b), “*yüzün sürekli değişikliğine*” (87/2-d) sebebiyet verme fiilleri, soykırım suçunda bedeni olarak ağır zarar olarak kabul edilebilecektir⁴⁷⁹. Öte yandan, bu fıkra ile düzenlenen bedeni ve ruhi/zihni zararın, TCK m.86/1’de yer aldığı üzere kasten yaralama suçunun maddi unsurunu akla getirdiğini söylemek de mümkündür. Bununla birlikte, doğru olan, bu fıkra düzenlen fiil ile kasten yaralama suçunu birbirinden ayrı tutmaktır. Çünkü, soykırım gibi bir suç basit hareketlerle işlenemeyecek nitelikte olup, madde metninde yer alan ciddi/ağır ibaresi soykırım suçunun ağır ve kapsamlı bir suç olarak kasten yaralama suçundan farklılığını ortaya koymaya yeterlidir⁴⁸⁰.

Yine TCK kapsamında ele aldığımızda, milletlerarası ceza mahkemelerinin kararları doğrultusunda, diğer şartların da var olması halinde TCK m.94 ve TCK m.95’te yer alan işkence suçu, TCK m.96’da yer verilen eziyet suçu ile TCK’nın 102 ve 103.maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı ve çocuklara karşı cinsel istismar fiilleri de ağır bedeni ruhi zarar olarak soykırım suçu şeklinde değerlendirilebilecektir⁴⁸¹. Aynı şekilde, RMCM’nin Kayishema ve Ruzindana Kararı’nda ifade edildiği üzere ölüm tehdidi de şartları varsa soykırım suçu kabul edildiği için, bu anlamda TCK’nın 106.maddesinde düzenlenen tehdit suçu kapsamında bir başkasının, kendisinin veya yakınının hayatına yönelik ağır bir saldırının mesela öldürmenin gerçekleşeceği konusunda tehdit edilmesinin de, diğer şartların varlığı halinde, mağdurun yaşadığı ölüm korkusuna bağlı ağır ruhi zarar sebebiyle soykırım suçunu oluşturacağını söylemek mümkün olacaktır⁴⁸².

⁴⁷⁹ KÖPRÜLÜ, s. 388-389.

⁴⁸⁰ BAYILLIOĞLU, s. 109.

⁴⁸¹ KÖPRÜLÜ, s. 390.

⁴⁸² Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 108; KÖPRÜLÜ, s. 390-391’den naklen.

Dikkat edilirse bu fıkra da yer verilen fiil, bedeni zarar verme veya ruhi/zihni zarar verme şeklinde iki ayrı fiil olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, bu fiilin icrası suretiyle soykırım suçunun işlenebilmesi için, korunan grup üyelerine bedeni zarar vermek yetebileceği gibi ruhi/zihni zarar vermek de yeterlidir. Bu anlamda, bunlardan sadece birisinin somut olayda gerçekleşmesi suçu oluşturacaktır ve her ikisinin birlikte bulunması gerekli değildir⁴⁸³. Nitekim RMCM de Kayishema ve Ruzindana Kararı'nda bedeni zarar ile ruhi/zihni zararı ayrı ayrı ele alarak açıklamaya çalışmıştır. Buna göre; bedeni zarar, kendi kendini açıklayıcı olarak sağlığı ciddi şekilde bozulması, şekil değişikliği veya dış veya iç organlarda veya duylarda herhangi bir yaralanma olarak kabul edilmiştir⁴⁸⁴. Mahkeme'ye göre ruhi/zihni zarar durumuna ise davadan davaya değişik olarak karar verilebilir. Bu davada savcılık, ruhi/zihni zararın ön şartı olarak, fiziki zararın bir sonucu olması gerektiğini belirtmiş, güçlü korku veya dehşet, gözdağı verme veya tehdit ciddi zarara sebebiyet verebilir niteliktedir değerlendirmesini yapmıştır⁴⁸⁵.

RMCM, Kamuhanda Kararı'nda bedeni veya ruhi/zihni zararların hedef seçilen grubun yok olması sonucunu doğuracak ağırlıkta olması gerektiğini ifade etmiş⁴⁸⁶, fakat Akayesu Kararı'nda da bedeni veya ruhi/zihni zararın zorunlu olarak, grup üyelerine sürekli veya iyileşemez zarar verme anlamına gelmediğini de çok açık bir şekilde ifade etmiştir⁴⁸⁷. Burada, meydana gelen ağır zararın geçici veya kalıcı olması ya da sonradan tedavi ile ortadan kalkacak nitelikte olması, soykırım suçunun oluşması bakımından önemli olmayıp, grup üyeleri üzerinde bedeni veya ruhi/zihni zararın o grubu kısmen veya tamamen yok etme tehdidi içerecek nitelikte ciddi olması gerekir⁴⁸⁸. Bire başka deyişle,

⁴⁸³ BAYILLIOĞLU, s. 109-110.

⁴⁸⁴ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 109; BAYILLIOĞLU, s. 110'den naklen.

⁴⁸⁵ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 110; BAYILLIOĞLU, s. 110'dan naklen.

⁴⁸⁶ Prosecutor v Jean Dieu Kamuhanda, ICTR, Trial Chamber, para. 632; KAPLAN, s. 116'dan naklen.

⁴⁸⁷ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 502; BAYILLIOĞLU, s. 110'dan naklen.

⁴⁸⁸ KÖPRÜLÜ, s. 388.

soykırım suçu bakımından fiilin yol açtığı zararın telafisinin imkansızlığına değil, fiilin yol açtığı zararın derecesine bakılır⁴⁸⁹.

RMCM, Akayesu Kararı'nda köleliğin, açlığın, sürgünün, ayrımcı takibatın, grup üyelerinin küçük düşürülmelerinin, insan olarak sahip oldukları haklardan mahrum edilmelerinin, sindirilmelerinin ve insanlık dışı acı ve işkencelere sebep olan gettolarda ve temerküz kamplarında alıkonulmalarının ciddi bedeni ve zihni/ruhi zarara yol açabileceğini⁴⁹⁰, ciddi bedeni ve ruhi/zihni zararın işkence fiili, insanlıkdışı ve aşağılayıcı ceza veya ayrımcı takibat ile sınırlı olmadığını⁴⁹¹, cinsel şiddetin grubun yok edilmesi yönünde ruhun yaşama umudunun ve hayatın kendisinin yok edilmesine yönelik bir basamak olduğunu⁴⁹², ırza geçme ve cinsel şiddet fiillerinin ciddi bedeni veya zihni zarara sebebiyet vereceğini⁴⁹³ ifade etmiştir.

RMCM, aynı şekilde Musema ve Rutaganda Kararı'nda, sınır koymaksızın, işkence fiillerini, insanlık dışı ve alçaltıcı muameleyi, tecavüzü, cinsel saldırıyı ve zulmü fiziki ve zihni zarar verme kapsamında değerlendirmiştir⁴⁹⁴.

Milletlerarası Adalet Divanı da, EYMCM'nin Stakic Kararı'na⁴⁹⁵ atıf yapmış ve bu karardan yola çıkarak işkencenin, insanlık dışı aşağılayıcı muamelelerin, tecavüzü de kapsayan cinsel şiddetin, dayak, ölüm tehdidi, sağlığı tehlikeye sokacak zararlar ya da akli maluliyete sebep olacak yaralamalarla karışık sorgulama şekillerinin grup üyelerine ciddi bedeni ya da zihni zarar verme eylemi oluşturacağını belirtmiştir. Divan, yine Stakic

⁴⁸⁹ BESİRİ, s. 40.

⁴⁹⁰ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 503; BAYILLIOĞLU, s. 111'den naklen.

⁴⁹¹ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 504; BAYILLIOĞLU, s. 111'den naklen

⁴⁹² Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 732; BAYILLIOĞLU, s. 112'den nalen.

⁴⁹³ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 731; BAYILLIOĞLU, s. 113'den naklen.

⁴⁹⁴ Prosecutor v Alfred Musema, ICTR, Trial Chamber, para. 156; Prosecutor v Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 51; DURAN, s. 30'dan naklen.

⁴⁹⁵ Prosecutor v Milomir Stakic, ICTY, Trial Chamber, para. 516; BERBERER, s. 48'den naklen.

Kararı'na atıfla, meydana gelen acının kalıcı ve tedavi edilemez nitelikte olması gerekmediğini ifade etmiştir⁴⁹⁶.

Son olarak belirtmek gerekirse, failin soykırım kastıyla bu suçun koruduğu grup üyelerinden en az birinin bedeni veya ruhi bütünlüğüne zarar vermesi, bu suçun oluşumu için yeterlidir⁴⁹⁷.

III. Grubun Tamamen veya Kısmen Yok Edilmesi Sonucunu Doğuracak Şartlarda Yaşamaya Zorlanması

TCK m.76/1-c ile SSÖCS'nin 2.maddesinin c fıkrasında belirtilen bu fiil, kendisinden önceki ilk iki fiilden farklı olarak neticenin gerçekleşmesi şartını gerektirmemekte, yok etme özel kastıyla bu fiilin korunan grupların üyeleri üzerinde işlenmesi suçun oluşumu bakımından yeterli olmaktadır. Zaten sonuç gerçekleşmiş, yani mağdurlar yok edilmiş olursa bu fiil değil, soykırım suçunu oluşturan diğer fiiller gündeme gelecektir⁴⁹⁸.

Fail, bu suç tipiyle aslında nihai olarak grubun fiziki olarak yok edilmesini amaçlamakta fakat fiilini grup üyelerinin hayat şartlarının zorlaştırılması suretiyle onların yavaş yavaş yok edilmesi sonucunu doğuracak davranışlarla gerçekleştirmektedir⁴⁹⁹. Bir başka deyişle, bu suç tipini kasten öldürme suretiyle soykırım suçundan ayıran ölçüt, ölüm neticesinin hemen gerçekleştirilmesi yerine uzunca bir sürece yayılarak gerçekleştirilmesidir⁵⁰⁰. Nitekim, RCMCM Akayesu Kararı'nda bu duruma açıkça vurgu yaparak, bu suç tipinin tanımını "*failin, grubun mensuplarını imha yöntemleriyle hemen öldürmesi değil, eninde sonunda grubun fiziki imhasını sağlayacak cebri yöntemler kullanması; grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi sonucunu doğuracak şartlarda yaşamaya zorlanması*" şeklinde yapmıştır⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Prosecutor v Milomir Stakic, IT-94-24-T, 31 July 2003; BERBERER, s. 48'den naklen.

⁴⁹⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1204.

⁴⁹⁸ BAYILLIOĞLU, s. 116.

⁴⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 11.

⁵⁰⁰ KÖPRÜLÜ, s. 391.

⁵⁰¹ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 505; KÖPRÜLÜ, s. 391'den naklen.

RMCM, Kayishema ve Ruzindana Kararı'nda bu suç tipini ortaya koyacak fillerin kapsamını uygun iskan şartlarının olmaması, giyim eşyası bulunmaması, hijyenik şartların olmaması, tıbbi yardımın bulunmaması, haddinden fazla çalışma veya fiziki zorlanma⁵⁰², hayat şartlarının zorlaştırılması kapsamında ırza geçme, ihtiyaç duyulan tıbbi malzemelerin asgariye indirilmesi, kayda değer bir zaman dilimi içinde yaşamaya yetecek barınma imkanlarından yoksun bırakma⁵⁰³ gibi örneklerle somutlaştırmaya çalışmıştır.

RMCM Akayesu⁵⁰⁴, Rutaganda⁵⁰⁵, Musema⁵⁰⁶ kararlarında benzer şekilde grup üyelerine az yemek vermek, sistematik olarak evlerden kovmak, tıbben gerekli hizmetler asgarinin altına indirmek, grup üyelerinin kış aylarında evlerinden zorla çıkarılmaları veya çöl gibi yok olmalarını sonuçlayacak uzaklıkta veya iklim şartlarında bulunan mekanlara sürülmeleri, beslenme veya ilaç konularında ayrımcılığa maruz kalınması, toplama kamplarında veya kötü şartlardaki hapisanelerde tutulmaları gibi filleri bu suç tipinin kapsamı içinde kabul etmiştir⁵⁰⁷.

EYMCM, Karadzic ve Mladic Davası'nda binlerce sivilin evlerinden kovularak sınır dışı edilmesi⁵⁰⁸, grup üyelerinin toplama kamplarında haftalarca, aylarca hatta yıllarca insanlık dışı şartlarda tutulması, tıbbi bakımdan ve temizlikten yoksunluk, fiziki bakımdan yok olmalarını sağlamak için yapılan kötü muamele⁵⁰⁹, kaba ve insanlık dışı

⁵⁰² Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 115; BAYILLIOĞLU, s. 115'den naklen.

⁵⁰³ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 116; BAYILLIOĞLU, s. 115'den naklen.

⁵⁰⁴ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 506; BAYILLIOĞLU, s. 115'den naklen.

⁵⁰⁵ Prosecutor v Georges Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 52; KÖPRÜLÜ, s. 392'den naklen.

⁵⁰⁶ Prosecutor v Alfred Musema, ICTR, Trial Chamber, para. 157; DURAN, s. 33'den naklen.

⁵⁰⁷ Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.506; Prosecutor v. Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para.52; Prosecutor v. Musema, ICTR, Trial Chamber, para. 157; KÖPRÜLÜ, s. 392'den naklen.

⁵⁰⁸ Prosecutor v Radovan Karadzic and Ratko Mladic, ICTY, Trial Chamber, para. 16; DURAN, s. 33'den naklen.

⁵⁰⁹ Prosecutor v Radovan Karadzic and Ratko Mladic, ICTY, Trial Chamber, para. 13; DURAN, s. 34'den naklen.

muamele, işkence de dahil olmak üzere fiziki ve psikolojik taciz, zorla çalıştırma, gerekli hayat şartlarının bulunmaması, yiyecek, su, tıbbi ve hijyenik eksiklikler⁵¹⁰ gibi fiilleri bu uç kapsamında saymıştır.

Söz konusu suç fiilini TCK açısından örneklendirmek istersek, TCK m.122’de düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçu ve TCK m.117 ile tanımlanan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları, diğer şartların da var olması halinde bu suç kapsamında değerlendirilebilecek durumdadır. Bu anlamda TCK m.122/1-b’de yer verilen ve bu bağlamda bir grubun kısmen veya tamamen imhası amacıyla gıda maddesi satılmaması veya bir sağlık hizmetinin verilmemesi, aynı şekilde grup üyelerinin TCKK m.117 bağlamında zorla ve imhayı sonuçlayacak ağır şartlarda çalıştırılmaları soykırım suçu sayılabilecektir⁵¹¹.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, soykırım suçunu oluşturan tüm fiillerin ihmalî hareketle işlenmesi mümkün olmakla birlikte, kavram en açık şekilde bu bent bakımından uygulama alanı bulmaktadır⁵¹².

IV. Grup İçinde Doğumlara Engel Olmaya Yönelik Tedbirlerin Alınması

Bu fiil, bir grupta doğumların engellenmesi vasıtasıyla yeni nesillerin ortaya çıkmasını önleyerek grubun yeryüzünden silinmesine yol açması bakımından, öldürme suçundan sonra soykırım suçunu en çok karakterize eden ikinci fiil olması yönüyle dikkat çekici ve önemlidir⁵¹³. Bu yönüyle, doktrinde “*biyolojik soykırım*” olarak da nitelendirilen bu fiilin üç alt kategori fiili içerdiği kabul edilmektedir. Bunlar; kısırlaştırma ve/veya zorla doğum kontrolü (çocuk düşürme), kadın ve erkeklerin birbirinden ayrı tutulması ve evliliğin engellenmesidir⁵¹⁴. Nitekim, RMCM Akayesu Kararı’nda bu durumu cinsel sakatlama, kısırlaştırma uygulamaları, doğum kontrolüne zorlama, cinsleri birbirinden ayırma ve

⁵¹⁰ DURAN, s. 34.

⁵¹¹ KÖPRÜLÜ, s. 390.

⁵¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 15.

⁵¹³ BAYILLIOĞLU, s. 117.

⁵¹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 12.

evlenmenin yasaklanması şeklinde ifade etmiş ve bu fiillerin gruptaki doğumları engelleme fiillerini oluşturacağını belirtmiştir⁵¹⁵.

Bununla birlikte, grup içindeki doğumları engellemek maksadıyla ırza geçme fiilinin işlenmesi halinde de bu fiil bakımından soykırım suçunun oluşacağı yine RMCM'nin Akayesu Kararı'nda ortaya konmuştur. Mahkeme, söz konusu kararında, grup üyeliğine babanın kimliğine göre karar verildiği ataerkil toplumlarda, ırza geçmenin kadının başka bir grup üyesi erkek tarafından hamile bırakılarak, annenin kendi grubuna ait olmayan bir çocuğu doğurması kastıyla yapılabileceğini belirtmiş ve doğumların engellenmesi fiilinin kapsamını, kadının başka bir grubun çocuğunu doğurmaya zorlanması vasıtasıyla grup üyesi çocukların doğumunun engellenmesini de içine alacak şekilde genişletmiştir⁵¹⁶. Aynı kararda, mahkeme, grup içinde doğumları engelleyici tedbirlerin fiziki olabileceği gibi zihni de olabileceğine hükmetmiş ve mesela ırzına geçilen kişinin yaşadığı travma nedeniyle daha sonra doğurmayı reddedebileceğini ve da doğumları engelleyici bir husus olduğunu ifade etmiştir⁵¹⁷.

Gerçekten de, ırza geçme, milletlerarası hukukta yer alan farklı suç kategorilerinin hepsi için kabul edilmiş bir suç olup, şartlara bağlı olarak soykırım suçu, savaş suçu veya insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilebilmektedir⁵¹⁸. Bu çalışmada da gösterildiği üzere, soykırım suçu açısından ırza geçme fiili TCK m.76/1 çerçevesinde ve SSÖCS m.2 doğrultusuna işleme maksadına bağlı olarak grup üyelerine bedeni veya zihni zarar verme yahut grubu yok etmek maksadıyla hayat şartlarının zorlaştırılması ya da grup içinde doğumları engelleme fiillerinden birinin işlenmesine zemin hazırlamaktadır.

Öte yandan, sistematik olarak bir grubun etnik yapısını değiştirmeye yönelik cinsel saldırı fiilinin de bu bent kapsamında ele almak uygun olacaktır⁵¹⁹. Nitekim BM Güvenlik Konseyi tarafından 1992 yılında kurulan Uzmanlar Kurulu da ırza geçmenin nüfusun etnik karakterini değiştirmek için sistematik olarak kullanılıp kullanılmadığını

⁵¹⁵ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 507; BAYILLIOĞLU, s. 118'den naklen.

⁵¹⁶ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 507; BAYILLIOĞLU, s. 118'den naklen.

⁵¹⁷ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 508; BAYILLIOĞLU, s.118,119'dan naklen.

⁵¹⁸ BAYILLIOĞLU, s. 118.

⁵¹⁹ KOCA, s. 15.

sorgulamış ve bunun mümkün olduğunu, kadınlara yönelik sistematik ırza geçmenin bazı durumlarda çocuğu yeni bir kimliğe geçirmek amacıyla yapılabileceğini ifade etmiştir⁵²⁰.

Bu bentte yer verilen suç fiiline TCK açısından baktığımızda bir kadının kendi rızası dışında çocuğunun düşürtülmesi (TCK m.99) ile bir kadın veya erkeğin yine kendi rıza dışında kısırlaştırılması (TCK m.101) gibi örnekler, diğer şartların da var olması halinde bu suç kapsamında değerlendirilebilecektir⁵²¹.

Bu fiil bakımından da grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirlerin alınması yeterli olup failin amacına ulaşması (neticenin gerçekleşmesi) gerekli değildir⁵²².

V. Gruba Ait Çocukların Başka Bir Gruba Zorla Nakledilmesi

Milletlerarası hukuk ve Türk hukuku bağlamında doktrinde çeşitli yaklaşımlarla “*kültürel soykırım*”⁵²³ veya “*biyolojik soykırım*”⁵²⁴ olarak değerlendirilen gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakli fiili soykırım suçu bağlamında BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu tarafından biyolojik soykırım olarak kabul edilmiştir⁵²⁵. Bu görüş, soykırım suçu kapsamında korunan gruplar arasına sosyal, kültür vb grupları dahil etmeyen SSÖCS, Milletlerarası ceza mahkemelerinin statüler, kararları, içtihatları ve bunlarla uyumlu olan TCM m.76 bakımından da doğru ve uygundur.

Bu bent ile ilgili yürütülen bir başka tartışma, “*çocuk*” teriminden ne anlaşılması gerektiği ile ilgilidir. Çünkü bu bent kapsamında suçu tanımlayan Soykırım Sözleşmesi, çocuk terimi ile ne kastedildiğine dair bir açıklama/düzenleme yapmamıştır. Meselenin çözümü için başvurulacak milletlerarası kaynaklardan bir tanesi BM Çocuk Hakları Sözleşmesi olup, Sözleşme’nin 1.maddesinde çocuk terimi ile 18 yaşın altındaki kimselerin kastedildiği ifade edilmiştir. Aynı nitelikte bir diğer kaynak da MCM Roma Statüsü’ne Ek Suçun Unsurları Kanunu’nun 6/e-5.maddesidir. Burada da, suç

⁵²⁰ BAYILLIOĞLU, s. 119.

⁵²¹ KÖPRÜLÜ, s. 393.

⁵²² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 12.

⁵²³ KÖPRÜLÜ, s. 395, BAYILLIOĞLU, s. 121.

⁵²⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64, PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1204.

⁵²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 12.

mağdurunun 18 yaşın altında olması gerektiği kaydedilmiştir. TCK açısından da aynı değerlendirme söz konusudur. Buna göre TCK'nın 6/1-b maddesi gereğince 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak kabul edilmektedir⁵²⁶.

Buradan hareketle, doktrinde yürütülen bir diğer tartışma 18 yaş sınırının oldukça yüksek olduğu ve bu yaş civarındaki çocukların ait olduğu gruptan bir başka gruba nakli ile kültürel kimliklerini kaybetmelerinin çok mümkün olamayacağı, dolayısıyla bu yaş civarındaki büyük çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen zorla başka bir gruba dâhil etme fiillerinin bu manada soykırım teşkil etmeyebileceği⁵²⁷ hususundadır.

Ancak, bize göre bu yaklaşım birçok açıdan hatalıdır. Her şeyden önce, SSÖCS ile milletlerarası ceza mahkemelerinin statüler, kararları, içtihatları ve TCK m.76/1 kapsamında soykırım suçu, koruma altına alınan milli, etnik, ırki veya dini bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek maksadıyla bu grupların üyelerine karşı söz konusu metinlerde beş bent halinde sayılan fiillerden birinin işlenmesi ile mümkün olabilecektir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, soykırım suçu grubun fiziki varlığını tamamen veya kısmen yok etmeye yönelik bir suçtur. Anılan hukuk metinleri ile kültürel gruplar koruma altına alınmadığı gibi, bir grubun sosyal veya kültürel varlığı da soykırım suçu kapsamında koruma altında değildir. Nitekim, bu doğrultudaki çeşitli mahkeme kararlarına daha önceden değinilmiştir. Ayrıca, EYMCM'nin, Stakic Kararı'nda geliştirdiği önemli bir içtihat, bu konu bakımından oldukça ileri ve keskin bir değerlendirmeyi de açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre, mahkeme, grubun fiziki yok olmasıyla yalnızca sona ermesi arasında açık bir ayrım olduğunu ifade etmekte ve grubun sona ermesiyle fiziki yok olmanın aynı kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır⁵²⁸. Mahkeme'nin bu içtihadı, Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık aşamasında yapılan benzeri bir değerlendirmeyi de hatırlatmaktadır. Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları esnasında Suriye'nin komisyondaki delegesi, evden uzaklaştırmaların soykırım suçunun maddi unsuruna eklenmesini teklif etmiş ancak BM'nin Milletlerarası Hukuk Komisyonu evden uzaklaştırmaların grubun hayat şartlarını olumsuz etkileyip fiziki yok oluşa götürmesi şartıyla soykırım suçunun maddi şartının oluşacağını, aksi takdirde salt evden

⁵²⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1204.

⁵²⁷ BAYILLIOĞLU, s. 122.

⁵²⁸ Prosecutor v Milomir Stakic, ICTY, Trial Chamber, para. 519; DURAN, s. 34'dan naklen.

uzaklaştırma ile soykırım suçunun oluşmayacağını belirterek teklifi reddetmiştir⁵²⁹. Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun buradaki değerlendirmesi, gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi fiiline ilişkin yaptığı biyolojik soykırım nitelendirmesi ile de bu sebeple uygundur. Çünkü, bu suç fiili ile korunmak istenen grubun kültürel varlığı değil, maddi varlığıdır.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2/e maddesi ile TCK'nın 76/1-e maddesi doğrultusunda soykırım suçu kapsamında değerlendirilen bu fiil, gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi neticesinde çocuğun mensup olduğu grubun çoğalmasını önleyerek, grubun nesil olarak devamını engellemekte ve zamanla biyolojik olarak yok olmasına sebep olmaktadır⁵³⁰. Bu fiil sayesinde, çocukların kendi ailelerinin mensup oldukları gruptan uzaklaştırılarak başka bir grup içinde, bu grubun sosyal ve kültürel özelliklerine göre yetiştirmeye zorlanmaları hatta grubuna ait dile, geleneğe, ahlaki değerlere ve nihayet kendi kimliğine yabancılaştırılması bu fiili işleyenler için asıl maksat değil, sadece bu fiilin muhtemel sonucudur. Oysa, bilindiği üzere soykırım suçu ancak özel kast ile işlenebilen bir suçtur ve soykırım suçunu diğer suç kategorilerinden ayıran da failin eylemi ile grubu kısmen veya tamamen yok etmeyi amaçlamış olmasıdır⁵³¹.

Maddede geçen “zorla” kavramı sadece fiziki zor kullanılarak (cebirle) gerçekleştirilen nakilleri değil, aynı zamanda manevi zor kullanılarak (tehditle) gerçekleştirilen nakilleri de kapsar⁵³². Nitekim, RCM, Akayesu⁵³³, Musema⁵³⁴, Rutaganda⁵³⁵, Kayishema ve Ruzindana⁵³⁶ kararlarında suç fiilinin yalnızca fiziki nakilleri değil aynı zamanda

⁵²⁹ DURAN, s. 34.

⁵³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 13.

⁵³¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 13.

⁵³² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 13.

⁵³³ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 509; DURAN, s. 38'den naklen.

⁵³⁴ Prosecutor v Alfred Musema, ICTR, Trial Chamber, para. 159; DURAN, s. 38'den naklen.

⁵³⁵ Prosecutor v Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 54; DURAN, s. 38'den naklen.

⁵³⁶ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 118; DURAN, s. 38'den naklen.

çocukların bir gruptan diğerine zorla nakledilmesine yönelik tehdit ve travmayı da kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme Akayesu ve Kayishema/Ruzindana kararlarında suç fiilinin kapsamını genişleterek önemli bir içtihatla daha bulunmuştur. Mahkemeye göre, bir önceki fıkra olan “*doğumları engelleyici tedbirlerin dayatılması*”, hedef seçilen grup üyelerinin maruz kaldıkları tehdit ve travma nedeniyle çocuklarının kendiliklerinden diğer gruba nakletmelerine yol açabilir. Böyle bir durumda yine gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi fiili kapsamında buna sebep olan fail veya failer bakımından soykırım suçu olarak değerlendirilmelidir⁵³⁷.

Bu suç fiili ile ilgili olarak MCM Roma Statüsü’ne Ek Suçun Unsurları Kanunu’nda (6/e) belirtildiği üzere failin, mağdur ya da mağdurların 18 yaşın altında olduğunu bilmesi⁵³⁸, nakletmenin sürekli olması⁵³⁹ ve bununla grubun varlığını yok etmenin amaçlanması⁵⁴⁰ gerekmektedir.

Öte yandan, suçun tamamlanabilmesi için naklin gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁴¹. Şayet nakletme fiili failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamışsa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur⁵⁴².

b. Manevi Unsur

Soykırım Sözleşmesi’nin 2.maddesiyle TCK’nın 76/1.maddesi kapsamında soykırım suçundan söz edilebilmesi için üç ana unsurun varlığı gerekmektedir. Bunlardan birincisi hedef alınan milli, etnik, ırki veya dini bir grubun varlığıdır. İkincisi, hedef alınan grubun mensuplarının bir planın icrası suretiyle anılan sözleşme ve kanunun 2/a-e ve 76/1-a-e fıkralarında sayılan yasak fiillerden bir veya bir kaçına tabi tutulmalarıdır. Bu, aynı zamanda suçun maddi unsurunu (actus reus) oluşturur. Üçüncüsü söz konusu eylemle hedef alınan grup mensuplarının sırf o gruba mensubiyetleri nedeniyle kısmen veya

⁵³⁷ KAPLAN, s. 118.

⁵³⁸ BERBERER, s. 54.

⁵³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 13.

⁵⁴⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 64.

⁵⁴¹ KÖPRÜLÜ, s. 396.

⁵⁴² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 13.

tamamen yok etme (özel) kastının mevcut olmasıdır. Bu da suçun manevi/sübjektif unsurunu (mens rea) oluşturur⁵⁴³.

Bu sistematik, aynı zamanda günümüz (modern) ceza hukukunun suç konusuna yaklaşımını da ortaya koyar. Buna göre, fail ancak kusurlu olduğu hallerde cezalandırılabilir, kusurluluk durumu da kendi içinde kast, taksir gibi değişik düzeyde derecelendirilir. Konumuz itibariyle, aynı zamanda suçun manevi unsurunu da oluşturan kast, failin suçun maddi unsurlarının bilincinde olması ve bu fiilleri yerine getirmeyi istemesidir⁵⁴⁴.

BM Güvenlik Konseyi'nin, Sudan'ın Darfur bölgesinde yaşanan çatışmaları incelemek üzere kumuş olduğu Milletlerarası Soruşturma Komisyonu'nun hazırladığı rapor, RMCM ve EYMCM kararları ışığında, soykırım suçuna ilişkin olarak suçun manevi unsuruna netlik kazandıran bir değerlendirme ile sübjektif unsur şü şekilde ikiye ayırmaktadır: (a)Genel kast; suçun tanımında yasaklanan fiillerin işlenmesi için gerekli suç kastı, (b)Özel kast; şahısları, sırf o gruptan oldukları için tamamen veya kısmen imha etme kastı⁵⁴⁵.

Görüldüğü gibi, BM'nin Milletlerarası Soruşturma Komisyonu'nun tespiti, soykırım suçunun diğer suçlardan farklı olarak özel kastla işlendiğini ve ayrıca suçun hangi sebep (veya saik) ile işlendiğinin de suçun manevi unsurunun bir parçası olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁵⁴⁶.

TCK'nın 21.maddesine göre de suçun oluşması esas olarak kastın varlığına bağlı olup, soykırım suçu ile ilgili olarak TCK'nın 76/1.maddesi diğer milletlerarası metinlerle uyumlu bir şekilde *“milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok*

⁵⁴³ ELEKDAĞ, Sevin, *“13 Yıldır Beklenen Karar: Soykırım Sözleşmesi'ne Dayanılarak Uluslararası Adalet Divanı'nın Önüne Getirilen İlk Dava”*, Uluslar Arası Suçlar ve Tarih Dergisi, S. Yaz 2006, ASAM Yayını, Ankara, s. 225.

⁵⁴⁴ AKÜN, s. 59.

⁵⁴⁵ ELEKDAĞ, s. 225.

⁵⁴⁶ ELEKDAĞ, s. 225.

edilmesi maksadıyla” demek suretiyle failde özel kastın bulunması gerektiğini aynı açıklıkla vurgulamıştır⁵⁴⁷.

Soykırım suçu ile ilgili olarak ‘özel kast/dolus specialis’ kavramı milletlerarası ceza mahkemelerinin kararlarında da aynı şekilde kullanılmıştır⁵⁴⁸. Bu anlamda RMCM Akayesu Kararı’nda, soykırım suçunda özel kastı failin belli bir grubun üyelerini tamamen veya kısmen yok etmek kastı ile hareket etmesi olarak tanımlamış⁵⁴⁹ ve özel kastın arandığı bir suçta özel kastın suçun kurucu unsuru olduğunu ifade etmiştir⁵⁵⁰.

Soykırım suçunu diğer suçlardan ve özellikle insanlığa karşı suçlardan ayıran en önemli unsur, belli bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek maksadının (özel kastının) varlığıdır⁵⁵¹. Burada özel kast (saik), (genel) kasttan önce gelen ve onu hazırlayan bir duygu, düşünce, faili harekete geçiren bir etken olup⁵⁵², aynı zamanda failin fiiliyle ulaşmayı tasavvur ettiği hedefi gösterir⁵⁵³. Dolayısıyla, soykırım suçunun ayırt edici, kurucu, asli unsuru olarak özel kast; diğer suçlarda aranan (genel) kast unsurundan, yani fiilin sonuçlarını bilme ve istemenin ötesinde daha ileri, daha gelişmiş bir özel kast halini ifade eder ki, soykırım suçu açısından bu belli bir grubu tamamen veya kısmen imha etme şeklinde ağırlaştırılmış bir kast unsurunu ortaya koyar⁵⁵⁴. Ancak, soykırım suçunun oluşması için failin bu maksatla hareket etmesi yeterli olup, maksadına ulaşması gerekmemektedir⁵⁵⁵.

⁵⁴⁷ PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 1204,1205.

⁵⁴⁸ Prosecutor v Zladko Aleksovki, ICTY, Trial Chamber, para. 161; Prosecutor v Goran Jelusic, ICTY, Trial Chamber, para. 62,63; Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 122, 140,498,499; Prosecutor v Jean De Dieu Kamuhanda, ICTR, Trial Chamber, para .597, 598, 599, 622; Prosecutor v Jean Kambanda, ICTR, Trial Chamber, para. 16; Kaplan, s. 122’den naklen.

⁵⁴⁹ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 498; KAPLAN, s. 123’den naklen.

⁵⁵⁰ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 518; KAPLAN, s. 123’den naklen.

⁵⁵¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 15.

⁵⁵² KÖPRÜLÜ, s. 398.

⁵⁵³ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 278.

⁵⁵⁴ AKÜN, s. 59-60; Prosecutor v Radovan Karadzic and Radko Miladic, ICTY, Trial Chamber, para. 986.

⁵⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 15.

Suçun kanuni tanımı itibariyle, soykırım teşkil eden fiillerin milli, etnik, ırki veya dini bir grubun üyelerine karşı ve o grubun üyelerini tamamen veya kısmen ortadan kaldırmak maksadıyla işlenmesi gerektiği için fail, mağdurun bu gruplardan birine mensup olduğunu bilmelidir. Ancak, bu bilginin tam bir bilgi olması gerekli olmayıp, yüzeysel bir bilgi yeterlidir⁵⁵⁶.

Soykırım suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği konusunda doktrinde bazı tartışmalar bulunsa da milletlerarası ceza mahkemelerinin kararları ve içtihatları, soykırım suçunun doğrudan kastla işlenebileceği konusunda herhangi bir şüpheye gerek bırakmayacak ölçüde açık ve kesindir⁵⁵⁷. Olası kast halinde, bir suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceği öngörülmekte fakat muhakkak değil, muhtemel addedilmektedir. Bu anlamda, olası kast halinde, neticenin gerçekleşmesi olayın seyrine bırakılmaktadır. Hâlbuki soykırım suçunun kanuni tanımında açıkça bir özel kasttan bahsedilmekte, bu sebeple suçun oluşumu için öngörme, bilme ve hatta istemeden daha özel bir saik/kast aranmaktadır. EYMCM, Blagojevic ve Jokic Kararı'nda bu duruma vurgu yaparak failin açıkça işlenen suçun kaçınılmaz şekilde veya muhtemelen grubun imhasını sonuçlandıracağını bilmesinin yetmeyeceğini, grubun kısmen veya tamamen imhasının suçun amacı olması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵⁸.

EYMCM, önemli bir içtihatla bulunarak, failin özel amacı ile suça mahsus özel kast arasındaki ayrıma dikkat çekerek failin soykırım suçunu işleme amacının (mesela ekonomik fayda veya siyasi avantaj sağlama) farklı olmasının onun belli bir grubu tamamen veya kısmen imhaya ilişkin özel kastının olmadığı anlamına gelmeyeceğini ortaya koymuştur⁵⁵⁹.

Soykırım kastının nasıl tespit edileceği de milletlerarası ceza mahkemelerinin önemli meselelerinden biri olup, bu konuda da kayda değer kararlar ve içtihatlar ortaya konmuştur. Bu konudaki genel değerlendirme, failin kendi ikrarı olmadığı müddetçe özel kastın doğrudan tespitinin çok zor olduğu fakat her olayda, somut olaya ilişkin çeşitli

⁵⁵⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 15

⁵⁵⁷ Prosecutor ve Blagojevic and Jokic, ICTY, Trial Chamber, para. 656; KÖPRÜLÜ, s. 399-400'den naklen

⁵⁵⁸ KÖPRÜLÜ, s. 399-400

⁵⁵⁹ KÖPRÜLÜ, s. 400; Prosecutor v Tadic, ICTY, Trial Chamber, para. 269

verilerle bu kastın ispat edilebileceği yönündedir. Bu anlamda, mesela RMCM, Akayesu Kararı'nda, aynı gruba karşı sistematik bir biçimde işlenen diğer kasıtlı fiillerle birlikte değerlendirme yapılarak soykırım kastının belli bir fiil bakımından tespiti mümkün olabileceği düşüncesindedir. Mahkeme'ye göre diğer faktörler, mesela vahşetin derecesi, genel tabiatı, bir bölgede mi bir ülkenin tamamında mı yahut bunun da ötesinde mi olduğu, kasıtlı ve sistematik bir biçimde grubun hedef seçilmiş olması ve üyelerinin sırf bu gruba mensubiyetleri sebebiyle hedef seçilmesi, diğer grupların bu gruba yönelmiş olan fiillerden ayrı tutulması belli bir olayda soykırım kastının olup olmadığının tespiti bakımından yol göstericidir⁵⁶⁰. Yine RMCM Kamuhanda Kararı'nda, failin olayların gerçekleştiği zamandaki davranışları, o zamanki durumla ilgili diğer bilgi, belge ve deliller soykırım kastına ilişkin göstergeler olarak mesela grubun fiziki şiddete maruz kalması, saldıran grubun hedef gruba yönelik aşağılayıcı konuşmaları, kullanılan silahlar, mağdurların vücutlarına verilen fiziki zararın türü ve derecesi, bir planın varlığı, öldürmenin sistematik yeri ve görünümü gibi unsurları soykırım kastını tespit ederken kullanılabilecek göstergeler olarak açıklamıştır⁵⁶¹. EYMCM, Jelisić Davası'nda bir grubun lider kadrosunun tümünün hedef alınıp soykırım teşkil eden fiillere konu edildiğinde (mesela öldürüldüğünde), bunun soykırıma vücut vereceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu liderler politik, dini liderler, önemli idareciler, akademisyenler ve entelektüeller, büyük işadamları olabilir. Böyle bir durumda, lider ve entelektüel kadroya yöneltile saldıranın şekli ve grubun geri kalanına ne olduğu da göz önünde tutulmalıdır⁵⁶². Yine her iki mahkeme Skirica, Akayesu ve Kayishema/Ruzindana kararlarında soykırım kastının varlığının bazı karnelerden çıkarılabileceğini ve bunların da aynı gruba yönelik benzer diğer fiillerin gerçekleştirildiği genel ortam, işlenen fiillerin yaygınlığı, belirli bir bölge ya da ülkede bu fiillerin niteliği ve yapısı, belirli bir gruba mensup kimselerin kasten ve sistematik olarak hedef alınırken diğer grup üyelerinin kapsam dışı bırakılması, failerin olay öncesi ve sonrasındaki söz ve tavırları, hedef alınan grubun üyelerine yönelik küçültücü söylemler, kullanılan araçlar ve verilen fiziki zararın

⁵⁶⁰ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.523; KAPLAN, s.123'den naklen.

⁵⁶¹ Prosecutor v Jean De Dieu Kamuhanda, ICTR, Trial Chamber, para. 626; KAPLAN, s.124'den naklen.

⁵⁶² Prosecutor v Goran Jelisić, ICTY, Trial Chamber, para. 82; KAPLAN, s.123'den naklen.

boyutu, öldürme fiillerinin sistematik icra tarzı, fiillere yol açan genel siyasi söylem (doktrin) olabileceğini ifade etmiştir⁵⁶³.

Dikkat edilirse, mahkemelerin kararlarında, soykırım kastının ispatı bakımından işlenen fiillerle ilgili olarak yaygın ve sistematik vurgusu öne çıkmaktadır. Bu anlamda RMCM ve EYMCM, çeşitli kararlarında bu iki kavramı ayrıca açıklama ihtiyacı duymuşlardır. Mahkemelere göre, “yaygın” kavramı büyük ve ağır, sıklıkla tekrarlanan, kayda değer bir ciddiyet içerisinde kolektif biçimde ika edilen ve çok sayıda mağdura yönelmiş bir durumu⁵⁶⁴, “sistematik” kavramı da tam ve eksiksiz biçimde organize edilmiş, ortak bir politikaya dayanan, belirli bir usul izleyen, bununla birlikte geniş bir biçimde kamusal ve özel kaynakları kapsayan bir faaliyeti ifade eder⁵⁶⁵. Burada, mahkemelerin bu kararları vesilesiyle, bu çalışmanın ‘*Suçun Maddi Unsurları*’ bölümünde ele aldığımız ve kendi görüşümüzü de ifade ederek açıkladığımız TCK m.76/1’deki “*bir planın icrası suretiyle*” meselesine bir kez daha vurgu yapmanın önemli olduğunu belirtmek isteriz. Türk kanun koyucu, TCK 76.maddenin gerekçesinde suçun manevi unsuru olarak yer verilen “*bir grubun imhası maksadıyla*” ifadesinin suçun özel kastını ispat etmede subjektif bir ölçüt olarak yetersiz kalacağını, buna mukabil, TCK 76/1’de suçun maddi unsuruna “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresinin eklenmesiyle objektif bir ölçüt getirilerek hem suçun özel kastının ispatının kolay kılındığı hem de suç girişiminin planlı ve sistematik karakterinin ortaya konduğu son derece doğru ve isabetli bir şekilde ifade etmiştir. RMCM ve EYMCM’nin suç fiillerinin yaygın ve sistematik niteliğine vurgu yapması, ayrıca manevi unsurun (özel kast) tespiti ve ispatında her halükarda maddi unsurdan (işlenen fiillerden) yola çıkma ve onlara müracaat etme arayışı ve hatta mecburiyetinde olduğunu ifade etmesi, Türk kanun koyucunun değerlendirme tarzının haklılığının teyidi bakımından önemlidir.

Öte yandan, manevi unsur açısından, özel kastla tasarlamayı da birbirine karıştırmamak gerekir. Bir kimseyi sırf belirli bir gruba aidiyeti sebebiyle ortadan kaldırmayı amaçlayan

⁵⁶³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 69,70.

⁵⁶⁴ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 579; Prosecutor v Niyitegeka, ICTR, Trial Chamber, para. 439; Prosecutor v Ntakirutimana, ICTR, Trial Chamber, para. 804; Prosecutor v Ignace Bagilishema, ICTR, Trial Chamber, para. 33; KAPLAN, s. 115’den naklen.

⁵⁶⁵ Prosecutor v Laurent Semanza, ICTR, Trial Chamber, para. 329; Prosecutor v Dragoljub Kunarac and Radomir Kovac and Zoran Vukovic, ICTY, Trial Chamber, para. 98; KAPLAN, s. 115’den naklen.

bir hareketin (mesela, Müslüman olduğu için öldürülen M şahsının boğazını kesme şeklindeki davranışın) mutlaka önceden tasarlanarak işlenmesi gerekmez. Bu amaca yönelik genel bir planın var olması şartıyla, bu planı uygulamak için söz konusu gruba mensup herhangi bir kimseye yönelik ani kastla işlenen fiiller de soykırım suçunu oluşturabilir⁵⁶⁶.

Soykırım Sözleşmesi'nin 2.maddesi ile TCK'nın 76.maddesinde açıkça tanımlanan soykırım suçunun manevi unsurunu oluşturan bir grubun tamamen veya kısmen imhası ibaresi, işaret ettiği niceliksel boyut itibariyle doktrinde ve mahkemelerin kararlarında tartışma konusu olmuştur. "*Tamamen yok etmek*" ibaresi kolayca anlaşılabilir olmasına rağmen, "*kısmen yok etme*"nin saptanabilmesi için bir ölçüte ihtiyaç vardır. Bu konuda BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu, soykırım kastı açısından bir grubun dünyanın her köşesinden tamamen yok edilmesinin değil, özel bir grubun en azından önemli bir bölümünün yok edilmesinin amaçlanmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. Nitekim EYMCM de Jelisic Kararı'nda benzer bir görüş ortaya koyarak, grubun dünyanın tüm köşelerinden tamamen imhasının amaçlanmasının zorunlu olmadığını ve soykırımın sınırlı bir coğrafi alanda işlenebileceğini belirtmiştir⁵⁶⁷. Öte yandan, Benjamin Whitaker'in konuyla ilgili olarak hazırladığı 1985 tarihli BM Raporu'nda kısmen kavramının, grubun tamamıyla ilgili olarak yeterince önemli bir sayıyı veya grubun önemli bir bölümünü, mesela liderliğini kapsadığını belirtmiştir. RMCM'de Kayishema ve Ruzindana Kararı'nda benzer şekilde kısmen kelimesinin hatırı sayılır sayıdaki bireylerin öldürülmesinin amaçlanmasını gerektirdiğini ifade etmiş ve bu konudaki makul sayının grubun tamamı veya önemli bir kısmı ile mukayesesi sonucu bulunacağını belirtmiştir⁵⁶⁸. Aynı şekilde EYMCM, Kristic Kararı'nda tam anlamıyla bir insan hesabı yaparak Srebrenica'da katledilen 7475 Bosnalı Müslüman'ın sayısını önce Srebrenica'da yaşayan yaklaşık 40.000 kişilik Müslüman Bosnalı nüfusla, sonra Bosna'daki yaklaşık 1.400.000 kişilik Müslüman Bosnalı nüfusla kıyaslamış ardından askerlik çağındaki 7475 Müslüman Bosnalı erkeğin öldürülmesinin doğuracağı sonuçları tartışmış ve nihayet

⁵⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 70.

⁵⁶⁷ Prosecutor v Goran Jelisic, ICTY, Trial Chamber, para. 80; BAYILLIOĞLU, s. 93'den naklen.

⁵⁶⁸ Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR, Trial Chamber, para. 97; BAYILLIOĞLU, s. 94.

kısmen ifadesinin grubun hatırı sayılır bir bölümü olması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶⁹. Yine EYMCM, Jelisic Kararı'nda, hedef alınan kısmın esaslı kısım olması gerektiğini fakat çok önemli bir bölümünün gerekli olmadığını belirterek, soykırım kastının iki şekilde kendini görünür kıldığını söylemiştir. Buna göre; ilki kitlesel soykırım olup, çok sayıda grup üyesinin yok edilme kastı mevcuttur. İkincisi seçici soykırım olup, bundan da grubun geri kalanı üzerinde yapacağı hayati etki nedeniyle seçilmiş belli sayıdaki kişinin (mesela grubun lider kadrosunun) yok edilmesi kastı vardır⁵⁷⁰.

RMCM, Akayesu Kararı'nda failin bireysel fiili sonucunda, korunan gruplardan birinin bir üyesinin öldürülmesi halinde bile eğer bu fiil soykırım maksadı ile gerçekleştirilmişse soykırım suçunun tüm unsurlarının da gerçekleşmiş olacağı hususunu dikkate alarak, fiilin bir veya birçok kişiye karşı işlenmesi gereğinden bahsetmiştir⁵⁷¹.

EYMCM Jelisic Kararı'nda önce BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun raporuna atıf yaparak grubun ayrı bir bütünlük içinde ele alınması gereğinden hareketle, hedeflenen gruptan bir kişinin öldürülmesiyle, failin, sadece mağdurun mensup olduğu gruba karşı nefretini ortaya koymadığına, ayrıca milli, etnik, ırki veya dini bir grubun imhasına yönelik geniş kapsamlı bir kastın parçasını oluşturan bir fiil gerçekleştirdiğine işaret etmiş, sonra da RMCM'nin yukarıda alıntıladığımız Akayesu Kararı'na atıfla gruba mensup bir kişinin öldürülmesiyle, bu fiilin de ötesinde gizli kalmış olan, bir grubun kısmen veya tamamen imhası amacının gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir⁵⁷².

EYMCM Dava Dairesi, Mladic-Karadzic iddianamesi ile ilgili değerlendirmesinde, sayılan fiillerin özel kastla gerçekleştirilmesinin ortaya konulması şartıyla, grubun

⁵⁶⁹ Prosecutor v Radislav Krstic, ICTY, Trial Chamber, para. 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598; KÖPRÜLÜ, s. 195,200'den naklen.

⁵⁷⁰ Prosecutor v Goran Jelisic, ICTY, Trial Chamber, para. 81; DURAN, s. 17'den naklen.

⁵⁷¹ Prosecutor v Jean Paul Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para. 521; BAYILLIOĞLU, s. 97'den naklen.

⁵⁷² Prosecutor v Goran Jelisic, ICTY, Trial Chamber, para. 79; KÖPRÜLÜ, s.191'den naklen.

kısmen veya tamamen imhasına ilişkin bir derecelendirme yapmanın soykırım suçu kapsamında gerekli olmadığına hükmetmiştir⁵⁷³.

RMCM, Semanza Kararı'nda, soykırım suçunun oluşumu için özel kastın ispatlanması şartıyla failin korunan grupların mensuplarından bir veya birden fazla kişiyi öldürdüğüünün ispatlanmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir⁵⁷⁴.

EYMCM, Kristic Kararı'nda özel kastın ispatlanması şartıyla failin korunan grupların mensuplarından bir veya birkaç kişiyi öldürdüğüünün ispatlanmasının soykırım suçunun oluşumu bakımından yeterli olduğunu belirtmiştir⁵⁷⁵.

MAD, önüne getirilen bir davada, kısmen veya tamamen sorununa üç aşamalı bir değerlendirme sonrasında açıklık kazandırmıştır. Divan, kararının birinci aşamanın değerlendirildiği 198. paragrafında Soykırım Sözleşmesi'nin lafzından hareketle, yok etme olgusunun gerçekleşmesi için grubun en azından önemli kısmının yok edilmesi gerektiğini ve hedeflenen grubun suçtan zarar gören kısmının, grubun tamamı üzerinde önemli bir etki yapacak derecede etkili olması gerektiğini vurgulamıştır. İkinci aşamanın değerlendirildiği 199. Paragrafta Adalet Divanı, suç kastı ile uygulanan eylemlerin sınırlı bir alana hedef grup üzerinde gerçekleştirilmesinin yeterli olacağını belirterek, suçun oluşması için dünyanın her yerinde hedeflenen grubun takip edilerek tamamen yok edilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. Üçüncü aşamanın değerlendirildiği 200. Paragrafta ise Divan, meydana gelen kayıpların miktarını ifade eden nicelik ölçütünden çok; kayıpların niteliği ölçütünün belirleyici olacağını belirterek, zarar gören kısmın grubun varlığını idame ettirmesindeki önem derecesine ve aynı zamanda bu grup için simgesel bir değere sahip olup olmadığına bakılması gerektiğine hükmetmiştir. Divan, tüm bu değerlendirmelerden sonra da nihai kararı olarak, değerlendirme ölçütlerinin sınırlı sayıda olmadığını ancak grubun önemli kısmının zarar görüp görmediğinin belirleyici unsur olduğunu ifade etmiştir⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Prosecutor v Radovan Karadzic and Ratko Mladic, Review of Indictment Pursuant to Rule 61, 11 July 1996, para. 92; KÖPRÜLÜ, s. 143'den naklen.

⁵⁷⁴ Prosecutor v Laurent Semanza, ICTR, Trial Chamber, para. 319; KÖPRÜLÜ, s. 143'den naklen.

⁵⁷⁵ Prosecutor v Radislav Kristic, ICTY, Trial Chamber, para.685; Köprülü, s. 144'den naklen.

⁵⁷⁶ BERBERER, s. 42, 43.

Sonuç olarak, Soykırım Sözleşmesi'nin 2.maddesi ile TCK'nın 76/1.maddesinde yer aldığı şekliyle soykırım suçunun özel kastını oluşturan “*bir grubun kısmen veya tamamen imha edilmesi*” ibaresinde geçen kısmen teriminin nasıl anlaşılacağı konusunda gerek milletlerarası mahkemelerin kararlarında gerekse doktrinde tam bir uyum söz konusu değildir. Bununla birlikte, bu konuda en açık ve kesin açıklama MCM Roma Statüsü'ne Ek Suçun Unsurları Kanunu'nda mevcut olup, buna göre, soykırım kastı altında soykırım suçunu oluşturan fiillerden birinin korunan gruplardan birine mensup tek bir kişiye karşı işlenmesi durumunda, soykırım suçu oluşacaktır⁵⁷⁷.

Özetlemek gerekirse, suçun tanımında yer alan niceliğe yönelik ifade (kısmen veya tamamen) esasında suçun manevi unsuru içinde yer almaktadır. Bu sebeple, bu suç bakımından asıl önemli olan mağdurların gerçek sayısı değil, failin grubun üyelerini kısmen veya tamamen yok etme kastıdır. Mağdur sayısının çokluğu soykırım kastının varlığını ve suçun ispatını kolaylaştırmakla birlikte, özel kastın varlığı nedeniyle, soykırım suçu tek bir kişinin öldürülmesi halinde dahi oluşur. Hatta hiç kimse öldürülme dahi, failerin teşebbüsten dolayı cezalandırılmaları mümkündür⁵⁷⁸.

Bu konu ile ilgili olarak ele almamız gereken son bir husus da, failde soykırıma ilişkin özel kastın ne zaman bulunacağı konusudur. Bu anlamda, kısmen veya tamamen imha kastı, failin neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareketleri yaptığı anda var olabileceği gibi (başlangıç kastı), harekete sonradan bir suç kastının eklenmesiyle de ortaya çıkabilecektir (sonradan eklenen kast). Mesela, yapılan bir plan doğrultusunda milli bir grubun imhasına ilişkin öldürmelere başlanması başlangıç kastını, hukuka uygun bir şekilde yürütülen askeri bir operasyonun devamı esnasında bu gruba mensup çocukların başka bir gruba zorla nakline karar verilmesi de sonradan ortaya çıkan kastı örneklendirmiş olacaktır⁵⁷⁹.

c. Hukuka Aykırılık

Türk Ceza Kanunu'nun 1. kitap, 2. kısım, 3. bölümünün başlığı “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” şeklinde düzenlenmiş olup, bu bölüm toplam 11 maddeden oluşmaktadır. Ancak bu başlık altında esasında iki ayrı konu bulunmaktadır.

⁵⁷⁷ BAYILLIOĞLU, s. 97.

⁵⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 17, 18.

⁵⁷⁹ KÖPRÜLÜ, s. 399.

Bunlardan birisi “*Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller*”, diğeri de “*Hukuka Uygunluk Sebepleri*”dir⁵⁸⁰.

Kusurluluk, aşağıda yer alan bölümde de belirtildiği üzere işlenen fiille ilgili olarak failin sorumlu tutulup tutulamayacağı konusundaki değer yargısı olarak tanımlanırken⁵⁸¹, hukuka uygunluk sebepleri de ceza kanunu tarafından yasaklanan bir fiilin, yine ceza kanununun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme ile meşru sayılıp cezalandırılmaması olarak tanımlanmaktadır⁵⁸².

5237 sayılı TCK’da “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlığı altında yer verilen düzenlemelerden hangisinin kusurluluğu etkileyen sebepler, hangisinin hukuka uygunluk sebepleri olduğunu çıkarmak mümkün değildir. Bununla birlikte 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinde bu ayırım yapılmış olup, buna göre yapılan yargılama neticesinde hukuka uygunluk sebeplerinden birisi mevcut ise “*beraat*” kararı verilecek, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisi varsa “*ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar*” verilecektir. Buradan hareketle, TCK’da yer alan hukuka uygunluk sebeplerini;

- (1). Kanun Hükmünü Yerine Getirme (TCK m.24/1),
- (2). Meşru Savunma (TCK m.25/1),
- (3). Hakkın Kullanılması (TCK m.26/1),
- (4). İlgilinin Rızası (TCK m.26/2) olarak sınırlamak mümkündür⁵⁸³.

5271 sayılı CMK’nın 223. Maddesi ile belirlenen hukuka uygunluk sebeplerini soykırım suçu bakımından kısaca şu şekilde ele alabiliriz:

⁵⁸⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 259.

⁵⁸¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 259.

⁵⁸² EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Basımevi, Ankara, 1997, s. 549.

⁵⁸³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 260.

(1). Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Türkiye, Soykırım Sözleşmesini imzalamış ve Sözleşme'nin 5.maddesine uygun olarak kendi iç hukukunda gerekli düzenlemeyi (TCK m.76) yapmıştır. Soykırım Sözleşmesinin 1,5,6,7 ve 8.maddeleri doğrultusunda, Sözleşme'ye taraf olan devletlere soykırım suçunu önleme ve cezalandırma konusunda birtakım sorumluluklar yüklenmiştir ve Türkiye, Sözleşme'ye taraf olmakla bu yükümlülükleri kabul etmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin 9.maddesi devletler arasında bu Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması konusunda çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde MAD'ı işaret etmiş ve Divan da, Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı'nda *“tüzel bir kişilik olan devletin kendisinin de soykırım suçu işlememe yükümlülüğü bulunduğunu”* açıkça ortaya koymuştur⁵⁸⁴. Divan, ayrıca, 1951 yılında vermiş olduğu Soykırım Sözleşmesi'ne Konulabilecek Çekinceler Üzerine Danışma Görüşü'nde Sözleşme hükümlerinin milletlerarası hukukun buyruk kuralı (jus cogens) niteliğine sahip olduğunu, Sözleşme'ye esas teşkil eden ilkelerin medeni milletlerce kabul edilmiş ilkeler olduğunu, bu bağlamda Sözleşme'nin tüm devletler için bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir⁵⁸⁵.

Öte yandan Türkiye, medeni dünyada devletler topluluğunun bir üyesi olarak pek çok milletlerarası sözleşmeye ve antlaşmalara taraf olmuş, pek çok milletlerarası kuruluşa üye olmuş, milletlerarası hukuk çerçevesinde kendi iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapmış bir devlet olarak tavrını açıkça ortaya koymuştur. Bu anlamda, soykırım suçu bakımından da tavrını belli etmiş ve iç hukukunda gerekli düzenlemeyi milletlerarası hukuk literatürü ile aynı şekilde yapmış bir ülke olarak, Türkiye'nin TCK 76.maddeden farklı bir düzenleme yapması söz konusu değildir. Dolayısıyla, TCK m.24'de yer verildiği şekliyle *“kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemeyeceği”* hükmü, soykırım suçu bakımından geçerli olmayacak ve bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

(2). Meşru Savunma

TCK 25/1.madde metninden de anlaşılacağı üzere, meşru savunmadan söz edebilmek için öncelikle kişinin kendisine veya başkasına yönelik haksız bir saldırı olmalı, sonra da bu

⁵⁸⁴ DEĞER, s. 81, 82.

⁵⁸⁵ DEĞER, s. 69, 72.

saldırıyı makul ve orantılı bir şekilde defetme zorunluluğu bulunmalıdır. Bir başka deyişle, haksız bir saldırıya karşı savunmanın meşruluğunun esasını, saldırı ile savunma arasında bir orantının bulunması şartı oluşturmaktadır⁵⁸⁶. Konuyu EYMCM'nin Kardic/Cerkez Kararı çerçevesinde örneklendirmek gerekirse, bir askeri birliğin savunma operasyonu içinde yer almış bir kişinin, bu esnada, saldırıda bulunan grubu kısmen veya tamamen imha etme kastıyla hareket etmesi meşru savunma olarak kabul edilmeyecektir. Savaşta veya çatışmada ölümlerin yaşanması kaçınılmaz olmakla birlikte, saldıran grubun tamamen imhası, meşru savunmanın meşruluğunun esasını oluşturan orantı şartıyla bağdaşmayacaktır⁵⁸⁷.

Meşru savunmada amaç saldırıyı defetmek olmazsa, savunmada sınır aşılmış olur⁵⁸⁸. Savunmada bulunan kişi, saldırıyı uzaklaştırmaya yönelik yaptığı savunmada dikkatsiz ve özensiz davranmışsa sınırı taksirle aşmış ve yeni bir suç işlemiş olur, bu durumda TCK m.27/1 kapsamında cezasında indirim uygulanır. Ancak, meşru savunmanın ölçüsü kişinin içinde bulunduğu korku, heyecan ve telaştan dolayı aşılmışsa, faile kusuru bulunmadığından dolayı TCK m.27/2 uyarınca ceza verilmez⁵⁸⁹.

Bu bilgiler ışığında ele aldığımızda, meşru savunma halinin 5237 sayılı TCK kapsamında soykırım suçunda bir hukuka uygunluk nedeni olmayacağını söylemek mümkündür⁵⁹⁰. Çünkü, soykırım suçunu oluşturan fiilleri benzeri diğer fiillerden ayıran unsur, soykırım suçunun ancak özel kastla işlenebilen bir suç olmasıdır. Soykırım suçunda özel kast bir grubu kısmen veya tamamen imha etme kastı olduğu için, kısmen veya tamamen imha maksadının, meşru savunmaya temel teşkil eden orantılı karşı koyma ilkesi ile bağdaşmasının mümkün olamayacağı ortadadır. Oysa meşru savunmada failin amacı bir grubu kısmen veya tamamen imha değil, kendisine yönelmiş bir haksız fiili/saldırıyı defetmek olmalı ve bu maksatla kullanacağı araçlar da sadece bu saldırıyı defedecek şekilde kullanılmalıdır.

⁵⁸⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 269.

⁵⁸⁷ KÖPRÜLÜ, s. 297, 298.

⁵⁸⁸ SOYASLAN, s. 396.

⁵⁸⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 271.

⁵⁹⁰ BAYILLIOĞLU, s. 149, KÖPRÜLÜ, s. 430,431.

(3). Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

TCK 26/1.maddede “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” demek suretiyle hakkın kullanılması konusu düzenlenmiştir. Ancak, hakkın kullanılmasında hukuk sisteminin bir hak vermesi tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda kanunun normalde suç sayılan bir fiili icraya da izin vermesi gereklidir⁵⁹¹. Bu anlamda, mesela, bir alacaklının kendisine borcunu ödemeyen kişiden alacağını tahsil etme hakkı vardır; fakat bu hak icra dairesi aracılığıyla kullanılabilecekken kişinin kendiliğinden almaya kalkışması kanunun izin verdiği bir durum olarak kabul edilmeyecektir⁵⁹². Buradan hareketle, soykırım maksadıyla işlenen fiillerde kanunun izin verdiği fiiller olmadığı ve soykırım yapmak TCK 76.madde ile açıkça yasaklandığı için, hakkın kullanılması, soykırım suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir.

Aynı durum, ilgilinin rızası maddesi için de geçerlidir. İlgilinin rızası ancak kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği, kişiye ait hukuki değerleri koruyan suç tipleri bakımından dikkate alınabilecekken, suçun mağdurunun sadece bir kişi olmadığı, milletlerarası suçlar, topluma, millete, devlete karşı suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Öte yandan, kişinin kendisine ait her hak üzerinde de serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Aynı şekilde, ilgilinin rızasının kanuna, ahlaka ve genel edep kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir⁵⁹³. Bu bilgiler doğrultusunda, soykırım suçunda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı ortadadır.

Ancak konumuz bakımından kısaca ifade etmek gerekirse, soykırım suçunu bu dört madde kapsamında hukuka uygun hale getiren herhangi bir sebepten söz etmek mümkün değildir⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ SOYASLAN, s.374.

⁵⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ, 272.

⁵⁹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, 278,279.

⁵⁹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 68.

4. Kusurluluk

a. Genel

Kusur ya da kusurluluk 5237 sayılı TCK'da açıkça tarif edilmemekle birlikte, ceza kanunu haksızlık ve kusuru birbirinden ayırmıştır (m.30, m.40/1). Buradan hareketle, haksızlığı “*hukuk düzeninin davranış normlarıyla yasakladığı fiiller*” olarak, kusuru da “*işlenen bu haksız fiillerin faile bireysel olarak isnat edilebilmesi*” veya “*gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı failin kınanıp kınanamaması durumu*” olarak tanımlamak mümkündür⁵⁹⁵.

Görüldüğü üzere, işlendiği iddia olunan suç ile ilgili olarak çift yönlü bir inceleme yapılarak, önce suça konu olan fiilin suç oluşturan bir haksızlık olup olmadığı belirlenmekte, ardından da fail hakkında bir kusur değerlendirmesi yapılmaktadır⁵⁹⁶. Kusurluluk incelemesi olarak isimlendirebileceğimiz bu değerlendirme ile kişinin suçtaki kusurunun kendisine isnat edilip edilemeyeceği, bir başka ifade ile gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ortaya konmaktadır⁵⁹⁷. Bu anlamda, kusurun konusunu gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı failin kınanıp kınanamayacağı (cezalandırılıp cezalandırılmayacağı) oluşturmaktadır. Çünkü fail hukuka uygun hareket edebilecek durumda olmasına rağmen hukuka aykırı davranışı tercih etmiştir⁵⁹⁸.

Bununla birlikte, kanun koyucu, bazı hallerde kişinin başka türlü davranma imkanının bulunmadığını, dolayısıyla kusurlu sayılamayacağını da kabul etmiştir⁵⁹⁹. İşte, “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Sebepler*” başlığı ile TCK'nın 1.kitap, 2.kısım, 2.bölümünde yer verilen bu düzenlemeler toplam 11 maddeden oluşmaktadır. Doktrinde “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Sebepler*” yahut “*Hukuka Uygunluk Sebepleri*” ya da “*Kusurluluğu Kaldıran Sebepler*” şeklinde adlandırmalarla ele alınan ve bu çalışmada da

⁵⁹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 292.

⁵⁹⁶ ÇELEN, s. 337.

⁵⁹⁷ ÇELEN, s. 337.

⁵⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 292, 293.

⁵⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 299.

“Kusurluluk” üst başlığıyla ele aldığımız bu sebepler, 5237 sayılı TCK’da 24-34.maddeler arasında düzenlenmiş olup, failin kusurluluğunu kaldıran veya azaltan bu sebeplerin bir kısmı (TCK m.31,32,33,34) kişinin şahsından kaynaklanabileceği gibi, bir kısmı da (TCK m.24/2-4, 25/2, 27, 38, 39, 30) kişinin fiildeki iradesine etki oluşturacak dış bir etkenden kaynaklanabilmektedir⁶⁰⁰.

5237 sayılı TCK’da 24-34.maddelerle düzenlenmiş olan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepleri topluca şu şekilde sıralamak mümkündür⁶⁰¹:

- (1). Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi (m.24/2-4)
- (2). Zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.25/2,92,99,147)
- (3). Hukuka uygunluk nedenlerinden meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (m.27/2)
- (4). Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.28)
- (5). Haksız tahrik dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (m.29)
- (6). Kusurluluğu etkileyen hata halleri (m.30/3-4)
- (7). Yaş küçüklüğü (m.31)
- (8). Sağır ve dilsizlik (m.33)
- (9). Akıl hastalığı (m.32)
- (10). Geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34)

5237 sayılı TCK’da 24-34.maddeler arasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplerin önemli bir kısmı, soykırım suçu bakımından MCM Statüsü’nde de benzer şekilde yer almıştır. Bu çalışmanın önceki bölümünde değinildiği üzere MCM Statüsü’nün 31.maddesinde “*Cezai Sorumluluktan Kurtulma*” başlığı altında yer verilen sebepler akıl hastalığı, sarhoşluk ya da başka bir maddenin etkisinde olma, meşru müdafaa, cebir/baskı sonucu meydana gelme şeklinde sıralanmış; ayrıca statünün

⁶⁰⁰ ÇELEN, s. 338,339.

⁶⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 299.

32.maddesinde “*Maddi Hata veya Kanun Hatası*”, 33. maddesinde de “*Üst Makam Emirleri ve Kanunun Tanımı*” bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde de önemi bakımından soykırım suçunda kusurluluğu veya ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebepler TCK 76.madde kapsamında kısaca ele alınacaktır.

b. Amirin Emrini İfa

Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu’na göre (m.9); amir emir verme yetkisine sahip olan, üst de rütbe ve kıdem olarak büyük olan kişidir. Bu anlamda; amir genel olarak, üst de sadece ilgili kanunda gösterilen sınırlı hallerde emir vermeye yetkilidir. Bununla birlikte, Anayasa’nın 137.maddesinde emir verme yetkisine sahip olan kişinin üst olarak nitelendirilmesi sebebiyle amir ve üst kavramlarının genel anlamda emir vereye yetkili kişi olarak benzer şekilde kullanıldığını söylemek de mümkündür⁶⁰².

TCK’nın 24/2.maddesi, amirin emrini ifa konusunu “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” şeklinde düzenlemiştir. Görüldüğü gibi TCK, emrin ceza sorumluluğunu kaldırması için öncelikle yetkili bir amir tarafından verilmesini⁶⁰³, sonra da emrin söz konusu kimsenin görev alanına girmesi gerektiğini⁶⁰⁴ şart koşturmuştur.

Amirin emrini ifa konusu, 1982 Anayasası’nın 137.maddesinde de yer almıştır. Buna göre;

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

⁶⁰² DEĞİRMENCİ, Olgun, “*Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa*”, TAAD, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 456.

⁶⁰³ CENTERL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 297.

⁶⁰⁴ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Baskı, Der’in Yayınları, İstanbul, 2016, s. 86.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Görüldüğü gibi, Anayasa, kanuna aykırı emir konusunda ikili bir ayrıma gitmiştir. İlk olarak, TCK’nın 24/2.maddesi ile uyumlu bir şekilde, ceza hukuku doktrinindeki ifadesiyle *“hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir”* konusunu düzenlemiş ve emrin yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı olması fakat bir suç oluşturmaması durumu ele alınarak, böyle bir durumda astın öncelikle emri yerine getirmeyeceği ve beraberinde bu aykırılığı amirine bildirmesi gerektiği belirtilmiş, ancak üstün emri yazılı olarak yenilemesi durumunda emri yerine getireceği belirtilmiştir. Bu durumda, TCK m.24/2 gereğince emrin yerine getirilmesinden dolayı oluşacak sorumluluk, emri yerine getirene değil, emri verene ait olacaktır. Anayasa, ikinci olarak emrin konusunun suç teşkil etmesi durumunu ele almış ve bu durumda emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceğini, yerine getirilmesi halinde astın suçun faili olarak cezai sorumluluğu olacağını ifade etmiştir⁶⁰⁵. TCK’nın 24.maddesinin 3.fıkrası da bu düzenleme ile uyumlu olup, *“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur”* denmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun (DMK) 11.maddesi ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun (PVSK) 2.maddesi, hem hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir konusunda hem de konusu suç teşkil eden emir konusunda Anayasa’nın 137.maddesi ve TCK’nın 24.maddesi ile benzer hükümler içermektedir⁶⁰⁶.

1982 Anayasası’nın 137.maddesinin son fıkrasında *“Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”* denilmek suretiyle, kanun koyucuya, 137/1.fıkraya yönelik olarak istisna getirme yetkisi vermektedir⁶⁰⁷. Nitekim, kanun koyucunun bu yetkisini kullandığı

⁶⁰⁵ DEĞİRMENCİ, s. 469, 472.

⁶⁰⁶ DEĞİRMENCİ, s. 472, 478.

⁶⁰⁷ ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, 1. Baskı, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 1996, s. 223.

alanlarda birinci fıkra çerçevesinde sınırlı kalmış ve 2559 sayılı PVSK'nın 2.maddesinde 13 bent halinde düzenlenen hallerde verilen emrin yazılı olarak istenemeyeceği belirtilmiştir. Askeri hizmetlerin görülmesi bakımından ise kanun koyucu, kanunlarda herhangi bir istisna hükmüne yer vermemiştir.

Özetlemek gerekirse, Türk hukuk sisteminde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir, konusu itibariyle suç oluşturmadağı hallerde ast tarafından öncelikle yerine getirilmeyecek ve beraberinde emri verene hukuka aykırılığı bildirilecektir. Üstün bu emri yazılı olarak yenilemesi durumunda ast emri yerine getirecek ve emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene ait olacaktır. Buna karşılık, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmeyecek, aksi takdirde hem emri veren hem de yerine getiren sorumlu olacaktır. 657 sayılı DMK ile 2559 sayılı PVSK'nın konuya ilişkin hükümleri de bu yönde olup, verilen emrin konusunun suç teşkil etmediğı fakat hukuka aykırı ve bağlayıcı olduğı durumlarda PVSK'nın 2.maddesinde sayılan hallerde verilen emrin yerine getirileceğı ve yazılı olarak istenemeyeceğı yönünde bir istisna getirilmiştir.

Askeri mevzuatta, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası konusunda herhangi bir istisna hükmüne yer verilmemiş fakat konusu suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğı daha önce Askeri Ceza Kanunu'nun 41.maddesinde düzenlenmişken, buradaki hüküm artık ilga edilmiş olduğı için, TCK m.24/3'deki hükmün askeri personel için de geçerli olduğı söylenebilecektir⁶⁰⁸.

Sonuç olarak, verilen emrin konusunun suç teşkil ettiğı hallerde astın bu emri yerine getirmesi Anayasa (m.137), TCK(m.24), DMK (m.11) ve PVSK (m.2) doğrultusunda içinde bulunduğı hiyerarşik yapı, emir komuta zinciri, ast üst ilişkisi dolayısıyla mazur görülemeyeceğı gibi bir hukuk devletinde bu tür ihtimallerden bahsedilemeyeceğı de ortadadır⁶⁰⁹.

Bu bilgiler ışığında, soykırım için verilecek emrin konusu zaten suç teşkil edeceğı için, failin, amirin emri savunmasından faydalanması mümkün değildir⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ DEĞİRMENCİ, s. 478

⁶⁰⁹ ÖZGENÇ, s. 222

⁶¹⁰ BAYILLIOĞLU, s. 156

c. Zorunluluk Hali

Genel anlamda, kişinin, meydana gelmesine bilerek ve isteyerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak için başkasına zarar vermesi⁶¹¹ olarak tanımlanabilecek zorunluluk hali için TCK m.25/2’de “*başka surette korunmak imkanı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak zorunluluğu*” ile “*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması*” şartı aranmaktadır.

Görüldüğü üzere, zorunluluk halinden söz edebilmek için öncelikle kişinin kendisinin sebep olmadığı bir tehlike mevcut olmalı, ayrıca bu tehlikenin ağır ve muhakkak olması gerekmektedir. Sonra da bu tehlikeden başka surette korunmak imkanı bulunmamalı ve yine tehlike ile koruma arasında bir orantı olmalıdır⁶¹².

TCK m.25/2 metninden de anlaşılacağı üzere, meydana getireceği zarar ağır olmayan ve derhal koruma hareketi yapılmadığı takdirde, tehlikede olan hakkın/faydanın zarara uğrama ihtimali yüksek olmayan tehlikeler zorunluluk haline yol açmayacaktır. Öte yandan, tehlikeden başkasının hakkına zarar vermeksizin korunmanın başka yolları varsa zorunluluk halinden söz dileyemeyeceği gibi, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında bir orantı bulunmadığı durumda da zorunluluk halinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶¹³.

Esasında, zorunluluk halinde kişi bilerek ve isteyerek sebep olmadığı ve başka türlü korunma imkanı bulunmadığı ağır ve muhakkak bir tehlike karşısında bir tercihte bulunma zorunluluğu ile karşı karşıyadır. Tehlike kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yöneliktir. TCK 25/2.madde metninde bu hakkın ne olabileceğine dair bir sınırlandırma yapılmadığı için kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, özgürlüğüne, cinsel dokunulmazlığına, şerefine, mal varlığına, özel hayatının gizliliğine vs. yönelik tehlikelere karşı zorunluluk hali mümkün olabilecektir. Bu durumda, şayet değerler

⁶¹¹ SOYASLAN, s. 397

⁶¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 332.

⁶¹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 329, 332.

karşılaştırıldığında, korunan değer feda edilen değerden üstün değilse veya en azından ikisi birbirine eşit değilse, zorunluluk halinden söz edilemeyecektir⁶¹⁴.

Bu bilgiler çerçevesinde baktığımızda, soykırım suçunda 5237 sayılı TCK kapsamında, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir durum olduğunu söylemek mümkün değildir⁶¹⁵. Çünkü tıpkı meşru savunma iddiasının soykırım suçunda hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak kabul edilememesi gibi, zorunluluk halinde de şart olan “*orantılı davranma*” hali, soykırım suçunda aranan kısmen veya tamamen imha kastı ile bağdaşmamaktadır. Meşru savunmada olduğu gibi, zorunluluk halinde de kişinin maksadına yön veren saik “*koruma-korunma güdüsü*” olup, bu güdü ile harekete geçen kişi savunma/tehlikeyi defetme maksatlı tepkisini makul ve orantılı bir araçla ve usulle ortaya koymalı iken, soykırım suçunda tam tersine bir maksatla; kısmen veya tamamen yok etme kastı ile hareket edecektir⁶¹⁶. Dolayısıyla, soykırım suçunda kişinin başkasına verdiği zarar (feda edilen değer), korunmak istenen değerden daha üstündür, bu sebeple bir zorunluluk halinden bahsetmek mümkün değildir. Bu yüzden de soykırım suçunda zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir durum olduğunu söylemek mümkün değildir.

d. Cebir ve Tehdit Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

TCK, cebir ve şiddet ile korkutma ve tehdit unsurlarının hangi hallerde kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilebileceğini 28.madde metninde açıkça ortaya koymuştur. Buna göre, suç işlemeye yönelten cebir ve şiddet kişinin kaşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı düzeyde olmalıdır. Ayrıca, cebir kullanma suçunu düzenleyen TCK 108.maddenin gerekçesinde cebir “*kişiye karşı fiziki güç kullanmak*” şeklinde tanımlanmakta ve devamında “*cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır*” denilmektedir. Öte yandan, tehdit halinde kişi kendisine yönelik olarak bir kötülüğün ileride gerçekleştirileceği beyanıyla korkutulularak belli bir davranışa zorlanmakta ve yie

⁶¹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 330, 332.

⁶¹⁵ BAYILLIOĞLU, s. 149, Köprülü, s. 430.

⁶¹⁶ BAYILLIOĞLU, s. 149.

28.madde metninde bunun “*muhtak ve ağır bir korkutma veya tehdit*” olması gerektiği belirtilmektedir⁶¹⁷.

Bu bilgiler çerçevesinde bakıldığında, her türlü cebir ve tehdidin kusurluluğu kaldıracağını söylemek mümkün değildir. TCK 28.maddede yer verildiği şekliyle cebir ve tehdidin kusurluluğu kaldırması için kaşı koyulamayacak, kurtulnamayacak, muhtak ve ağır derecede olması yani söz konusu cebir ve tehditten kurtulmak için yapılacak davranışın bu cebir ve tehditten kurtulma ile sınırlı ve orantılı olması; dolayısıyla cebir veya tehdide maruz kalan kişinin daha önemli bir hukuki değeri korumak için bundan daha önemsiz veya eşit derecedeki hukuki değeri hukuki değeri feda etmesi söz konusu olmalıdır ki kusurluluğu kaldırması mümkün olabilsin⁶¹⁸. Oysa, soykırım gibi milletlerarası insancıl hukukun ağır ihlalinin söz konusu olduğu bir suçta, cebir veya tehdit altında korunan değerden daha üstün olduğunu ve işlenen fiilin orantılı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sebeple, soykırım suçunda cebir ve tehdit, kusurluluğu kaldıran bir durum olarak kabul edilmeyecektir. Nitekim, bu çalışmanın önceki bölümlerinde yer verildiği üzere EYMCM’nin Erdemovic Kararı⁶¹⁹ da soykırım suçunda cebir ve tehdidin kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilemeyeceği yönündedir.

e. Haksız Tahrik Dolayısıyla Kişinin İrade Yeteneğinin Etkilenmesi

TCK 29.maddede haksız tahrikin kusurluluğu azaltan bir hal olarak kabul edilebilmesi için “*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında*” bulunma şartı ileri sürülmektedir. Bu anlamda haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalarak bir suç işlemesidir⁶²⁰. Dolayısıyla, haksız tahrik sonucu işlenen fiil failde oluşan hiddet veya şiddetli elemin bir sonucu olmalı ve ortaya koyulan tepki ile buna sebep olan haksız fiil arasında bir orantı bulunmalıdır. Eğer bu ikisi arasında bir orantısızlık varsa, o zaman

⁶¹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 278, 279.

⁶¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 338, KÖPRÜLÜ, s. 432, 433.

⁶¹⁹ KÖPRÜLÜ, s. 433.

⁶²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 338.

haksız tahrik söz konusu değildir⁶²¹. Buradan da anlaşılacağı üzere, haksız tahrikte kişiyi tepki fiilini işlemeye sevk eden saik, uğradığı haksızlığın kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem olup, bunun tepki fiilini işlediği kişinin milli, etnik, ırki veya dini bir grubun mensubu olması ile bir ilgisinin bulunmaması ve bu grubu kısmen veya tamamen imha maksadını taşımaması gerekmektedir. Bu sebeple, kişinin veya kişilerin milli, etnik, ırki veya dini bir grubun mensubu olması kimse için bir haksız tahrik sebebi sayılamayacağı gibi, hakız tahrik sonucu tepki veren kişinin bu maksatla işleyeceği fiilin bu grubu kısmen veya tamamen imha derecesine ulaşması da makul ve orantılı kabul edilemeyecektir. Netice itibariyle, soykırım suçunda haksız tahrik halinin kusurluluğu azaltan bir durum olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

f. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Hata, kişinin düşündüğü ile gerçekleşen arasında fark bulunması halidir⁶²². Failin tasavvuru ile meydana gelen sonuç arasındaki bu fark kastın oluşmasında etkili olmakta ve bu anlamda kast ve taksiri ortadan kaldıran hallerden biri olması itibariyle hata kusurluluğu kaldıran hallerden biri olarak kabul edilmektedir⁶²³.

TCK m.30'da hata halleri “*suçun maddi unsurlarında hata*” (m.30/1), “*suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinde hata*” (m.30/2), “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartlarda hata*” (m.30/3), “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata*” 8m.30/4) olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenleme çerçevesinde, TCK m.301-3 hükümlerinde tanımlanan hata halleri “*fiili hata*” olarak da adlandırılmakta olup, bunlar kastı kaldıran hata halleridir⁶²⁴. Bu durumda, suçun oluşması kastın varlığına bağlı olduğu ve suç tipindeki unsurlarda yanılma faildeki kastı ortadan kaldırdığı için, bu hata hallerinden dolayı failin kastından ve dolayısıyla suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir⁶²⁵.

⁶²¹ SOYASLAN, s. 483, 484.

⁶²² ÇELEN, s. 342.

⁶²³ SOYASLAN, s. 460.

⁶²⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 241.

⁶²⁵ ÇELEN, s. 344.

TCK'nın bu düzenlemesi, soykırım suçu bakımından MCM Statüsü ile de uyumludur. Nitekim MCM Statüsü'nün 32/1.maddesinde “*maddi hata, sadece suçun manevi unsurunu (kastı) ortadan kaldırdığında cezai sorumluluğu yok eden bir esas olacaktır*” denilmektedir. Dolayısıyla, soykırım suçu bakımından MCM Statüsü'nün 32/1.maddesi ile TCK'nın 30/1,2,3.maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, fiili hata suçun manevi unsurunu ortadan kaldırması ve sadece suçun maddi unsuruna ait olması şartıyla kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilecektir. Bu anlamda, mesela siyasi bir grubu öldürmek maksadıyla saldırıldığı düşüncesiyle etnik bir gruba saldırılması veya etnik bir gruba saldırıldığı düşünülerek siyasi bir gruba saldırılması durumunda fail veya failer pasif süjenin bu niteliklerini bilmedikleri için soykırım suçundan değil kasten öldürme suçundan sorumlu olacaklardır⁶²⁶.

Kişinin, bir normun varlığında veya bu normun yorumlanmasındaki hatası⁶²⁷ olarak tanımlanabilecek olan hukuki hatanın kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilebilmesi, TCK m.30/4'te “*işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi*” şartına bağlanmıştır. Çalışmanın önceki bölümünde de vurguladığımız gibi, MCM Statüsü'nde de (m.32/1) aynı yaklaşım mevcut olup, hukuki hatanın her hâlükârda cezai sorumluluğu engelleyen bir durum olarak kabul edilemeyeceği, ancak suçun manevi unsurunu (kastı) ortadan kaldırması durumunda ihtimal dahilinde olabileceği belirtilmiş ve doktrinde bu ihtimalin mahkemeye somut olayda takdir yetkisi bırakmak olarak değerlendirildiği ifade edilmiştir. Öte yandan, kişinin TCK m.30/4 kapsamında bir fiilin haksızlık oluşturmadığı şeklindeki bir düşünce ile hareket ettiği haller esasında oldukça sınırlı olup, kişinin bu hallerde çoğu zaman yaptığı hareketin suç oluşturduğunu bildiği de malumdur⁶²⁸.

TCK m.30/4'te yer verildiği üzere hukuki hatanın kaçınılmaz olması şartı, MCM Statüsü'nde düzenlendiği şekliyle manevi unsuru (kastı) ortadan kaldırması zorunluluğu ve yine TCK m.4 ile belirlenen “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralı birlikte değerlendirildiğinde, failin TCK m.76'da düzenlenen soykırım fiillerinin suç

⁶²⁶ KÖPRÜLÜ, s. 443, 444.

⁶²⁷ KÖPRÜLÜ, s. 444.

⁶²⁸ ÇELEN, s. 342, 343.

olduğunu bilmediği şeklindeki iddiasının geçerliliğinin kabul edilemeyeceği açıkça ortadadır.

g. Yaş Küçüklüğü

kişinin yaşı ile kusur yeteneği arasında sıkı bir irtibat bulunduğu gerçeği, ceza hukuku bakımından da genel bir kabuldür. Çünkü, yaşı küçük kimseler (çocuklar), doğru ile yanlış, iyi ile kötüyü, haklı ile haksızı ayırt etme konusunda yetişkin insanlar ile aynı ayırt edebilme yeteneğine sahip değildir. Bu husus Türk Ceza Kanunu tarafından da dikkate alınmış olup, TCK m.6/1 ile ceza kanunlarının uygulanması bakımından 18 yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak kabul edilebileceği belirtilmiş, çocukların kusur yeteneği ve yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi de TCK'nın 31.madesi ile düzenlenmiştir⁶²⁹.

TCK'nın 31.maddesinde çocuklar yaşları itibariyle üç gruba ayrılmıştır. TCK'nın 76.maddesinde düzenlenen soykırım suçunun faili olarak çocukların durumunu TCK'nın 31.maddesi çerçevesinde değerlendirdiğimizde;

(1). TCK m.31/1 uyarınca, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında ceza kovuşturması yapılamaz, ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir,

(2). TCK m.31/2 uyarınca, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme kabiliyetinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme kabiliyetinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla hapis cezasına hükmolunur.

⁶²⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 300.

(3). Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıl hapis cezasına hükmolunur.

h. Akıl Hastalığı

Ceza hukukunda kişinin kusur yeteneğini etkileyen sebeplerden biri de akıl hastalığı olup, davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama kabiliyetinden veya davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme kabiliyetinden yoksun olan (yani akıl hastalığının etkisinde olan) ve bu etki altında kalarak suç teşkil eden bir fiili işleyen kişilerin kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilmektedir⁶³⁰.

Akıl hastalığının ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi, TCK'nın 32.maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, TCK 76.maddede yer verilen soykırım suçu bakımından değerlendirildiğinde;

(1). Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme kabiliyeti önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2). Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak şartıyla, kısmen veya tamamen, akli hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

TCK'nın soykırım suçunu düzenleyen 76.maddesinde bu suçun özel kast ile ve bir planın icrası suretiyle işlenebileceği belirtilmiştir. Bu açıdan ele alındığında, davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme kabiliyetinden yoksun kişilerin soykırım suçunu işlemek üzere bir plan yapabilme bilgi ve becerisine ve bu suça özgü bir kasta sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla, akıl hastalığının soykırım suçu bakımından kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilmesi, yine TCK m.32/2'de yer verildiği şekilde

⁶³⁰ KÖPRÜLÜ, s. 437.

işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme kabiliyet azalmış kişiye bu durumu sebebiyle cezada indirim uygulanması doğru ve yerindedir.

Ancak, TCK m.32/1’de belirtildiği şekliyle, bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme kabiliyeti önemli ölçüde azalmış olan kişiler ile m.32/2’de belirtildiği şekilde bu kabiliyeti birinci fıkrada belirtildiği derecede olmamakla birlikte azalmış olan kişiler hakkında karar verilmeden önce mahkeme tarafından 5271 sayılı CMK 74.madde doğrultusunda⁶³¹ gerekli araştırma yaptırılmalıdır⁶³². Bu uygulama, çalışmanın önceki bölümlerinde yer verildiği üzere EYMCM’nin Celebici Kararı ile de uyumludur.

1. Sağır ve Dilsizlik

İster doğuştan isterse bir kaza veya hastalık neticesinde sonradan meydana gelsin, her halükarda sağır ve dilsizlik kişi için sağır ve dilsizlik biyolojik ve psikolojik bir eksiklik sebebidir. Bu eksikliğin sağır ve dilsiz olan kişinin geç öğrenmesine yol açtığı, bu anlamda kişinin davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme kabiliyetini geciktirdiği bilimsel bir gerçek olarak kabul edilmiştir. Buradan hareketle, ceza hukukunda da sağır ve dilsizlik akıl hastalığında olduğu gibi, kişinin işlediği fiilin hukuki sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme kabiliyetine etki eden bir hal olarak düzenlenmiştir⁶³³.

TCK 33.madde, sağır ve dilsizler hakkında emsallerine göre üç yaş gecikme ile TCK 31.maddede çocuklar için düzenlenen hükümler doğrultusunda bir düzenleme getirmiş ve bunun üst sınırını 21 yaş olarak belirlemiştir. Buna göre, sağır dilsiz olan kişi 21 yaşını bitirmiş ve akıl hastası değilse normal kişi gibi cezalandırılacaktır⁶³⁴.

Soykırım suçu bakımından değerlendirildiğinde, yirmi bir yaşını tamamlamış bulunan ve akıl hastası olmayan sağır dilsiz, normal bir kişi gibi cezalandırılacaktır. Yirmi bir yaşını tamamlamamış olanlar için TCK’nın 33.maddesi doğrultusunda “*Bu kanunun fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını*

⁶³¹ KÖPRÜLÜ, s.437.

⁶³² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 307.

⁶³³ SOYASLAN, s. 419, 420.

⁶³⁴ SOYASLAN, s. 420.

doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında uygulanacaktır.”

Bununla birlikte, yirmi bir yaşın üstündeki sağır ve dilsizliğin kişinin kusur yeteneğini etkilemesi somut olayda söz konusu ise, yukarıda değinildiği şekilde akıl hastalığına ilişkin hükümler çerçevesinde hareket edilmesi kanaatimizce de yerinde olacaktır⁶³⁵.

i. Geçici Sebepler, Alkol ve Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

TCK’nın 34/1.maddesinde, “*Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme kabiliyeti önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmeyeceği*” ifade edilmiştir.

TCK’da “*geçici nedenler*”in eler olabileceği açıkça düzenlenmemekle birlikte, doktrinde bu nedenlerin akıl hastalığı dışında, içinde bulunduğu durumun kişide geçici bir süre ile algılama ve davranışlarını yönlendirme kabiliyetini kaybetme veya azalmış olma etkisi meydana getiren irade dışı alkol veya uyuşturucu madde alma, uyku hali, ateşli hastalık, hipnotik telkin altına girme, zehirlenme, sara nöbeti, diyabet gibi nedenler olabileceği belirtilmiştir⁶³⁶.

Buna göre, kişinin geçici bir nedenle ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlediği soykırım fiillerinden dolayı cezai sorumluluktan muaf tutulmasının öncelikli şartı bu duruma kendi iradesi dışında (zorla, yanıltılarak) maruz bırakılması ve bu nedenin failde işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama kabiliyetini ortadan kaldırması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme kabiliyetini önemli derecede azaltmış olmasıdır. Bu durumda, ceza verilmeyen faile güvenlik tedbiri uygulanması da söz

⁶³⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 306.

⁶³⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 311.

konusu değildir. Çünkü geçici nedenler akıl hastalığı gibi kalıcı olmayıp, kişinin kusur kabiliyetini geçici olarak ortadan kaldırmaktadır⁶³⁷.

Soykırım suçu failinin iradesi dahilinde alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle bu suçu işlemesi durumunda, TCK m.34/2 uyarınca birinci fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

Bu arada, TCK m.34/2 bakımından bir hususun vurgulanması faydalı olacaktır. Bilindiği üzere, suç konusunda ceza sorumluluğu bakımından dikkate alınan zaman dilimi fiilin (icrai-ihmalî hareket) işlendiği andır. Nitekim, TCK'nın 31,32 ve 34.maddelerinde failin cezalandırılabilmesinin fiili işlediği esnada kusur yeteneği (algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği) bulunup bulunmadığına bağlı olduğu yukarıda açıkça ortaya koyulmuştur. Konumuz bakımından ele alınacak olursa, soykırım suçu fiillerini işlemeyen önce kendi iradesiyle alkol veya uyuşturucu madde alan kişi, fiili işlediği esnada kusur yeteneğini kaybetmiş haldedir ve fiili işlediği esnada kusur yeteneğini kaybetmiş olmasına rağmen, bu fiili öncesinde kendi iradesi ile alkol vya uyuşturucu madde almış olması sebebiyle cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır. İşte, failin, fiilin işlendiği sırada kusur yeteneği olmamasına rağmen tıpkı kusur yeteneği varmış gibi cezalandırılmasına imkan veren bu yaklaşıma “*Sebebinde serbest hareket kuramı*” denilmekte ve burada faile suç isnadı yapılırken, fiilin işlendiği an dikkate alınmayıp, kusur yeteneğinin kaldırıldığı zaman esas alınmaktadır. Çünkü fail bu durumda kusur yeteneğini kendi kasti veya taksirli hareketiyle ortadan kaldırmıştır⁶³⁸.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

SSÖCS'nin 3/d maddesi soykırım suçuna teşebbüsün cezalandırılacağını belirtmiştir. Sözleşmeyi imzalayan ülkelerden bir kısmı (mesela Danimarka, Finlandiya, İsrail) buradan hareketle, soykırım suçunu kendi ceza kanunlarına aktardıkları düzenlemedeki madde içinde soykırım suçuna teşebbüsü cezalandırmış, diğer bazı ülkeler de (mesela

⁶³⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 312.

⁶³⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 316, 317.

Türkiye) soykırım suçuna teşebbüs için özel bir hüküm koymayarak, kendi ceza kanunlarının genel hükümlerine göre hareket etmeyi tercih etmiştir⁶³⁹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, eksik ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış ve teşebbüs tek bir maddede düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 35/1 maddesine göre, *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu olur.”* Maddenin 2.fıkrasında da (35/2) suça teşebbüs halinde failin cezasında, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirim yapılacağı belirtilmiştir. TCK'nın 36.maddesinde ise, gönüllü vazgeçme hali düzenlenmiş olup, buna göre *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”*⁶⁴⁰

TCK'nın soykırım suçunu düzenleyen 76.maddesinde soykırım suçuna teşebbüs bağımsız ir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, bu konuda TCK'nın teşebbüsü düzenleyen ilgili hükümleri dikkate alınacaktır ki, bu hükümler yukarıda kısaca verilmiştir.

TCK'nın 76/1.maddesinde yer verilen soykırım fiilleri arasında teşebbüs bakımından bir ayırım yapılması gereklidir. Çünkü suçun maddi unsurunu oluşturan bu fiillerden bazılarının (grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması, grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması) salt gerçekleştirilmiş olması suçun tamamlanması için yeterli olup, eğer bu davranışlar gerçekleştirilmişse suç tamamlanmış olacaktır. Bu açıdan, bahsedilen iki durumda da salt hareket suçu söz konusu olduğu için teşebbüs mümkün değildir. Buna karşılık diğer fiiller (grup üyelerini kasten öldürme, kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme, gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi) bakımından suçun

⁶³⁹ DEĞİRMENCİ, s. 102, 103.

⁶⁴⁰ BAYILLIOĞLU, s. 142, 143.

tamamlanması için bu neticelerin gerçekleşmesi arandığından, suça teşebbüs mümkündür⁶⁴¹.

Buna göre, TCK 76/1.madde kapsamında “öldürme (a), ağır zarar verme (b) ve naklin gerçekleşmesi (e)suçun tamamlanması için gerekli olup, sayılan neticeler gerçekleşmediğinde teşebbüsten söz edilecektir.”⁶⁴²

Bu arada, TCK 76/.maddenin c bendinde yer verilen “grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması”; kesintisiz bir suç olarak kabul edilmesi sebebiyle⁶⁴³, teşebbüs bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Bilindiği üzere, bazı suçlar, “hareket ve onun doğurduğu neticenin bir süre devam etmesi sebebiyle ‘kesintisiz/devamlı suç’ olarak” adlandırılmakta olup, “zaman içinde hareket ve neticenin bir süre devam ettiği” bu suçlar, suçun tüm unsurlarının birleşmesi ve bulunması anıyla işlenmeye başlanır, hareket ve neticenin kesilmesiyle tamamlanır.⁶⁴⁴

Bir başka deyişle, “fîlin icrasının süreklilik gösterdiği kesintisiz suçlarda, fîlin icrası bir anda tamamlanmamaktadır. Kesintisiz suçlarla ilgili olarak ‘suçun tamamlanması ve bitmesi’ kavramları kullanılmaktadır.”⁶⁴⁵ Buna göre; “Kesintisiz suç tamamlanıncaya kadar, suça teşebbüse ilişkin hükümler uygulanabilir. Buna karşılık suç tamamlanmamış olmakla birlikte, icrasına devam ederken failin elinde olmayan nedenlerle icrasının sona erdirilmiş olması halinde, artık teşebbüse ilişkin hükümler uygulanamaz. Bu durumda suç tamamlanmıştır.”⁶⁴⁶ Konumuzla ilişkisi bakımından bir örnekle izah etmek gerekirse, grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak şartlarda yaşamaya zorlanmasına yönelik eylemler tamamlanıncaya kadar teşebbüs mümkün olabilecektir. Ancak, ‘zorlamaya’ yönelik eylemler sona erip de korunan gruplar imhayla sonuçlanacak şartlarda yaşamaya başlamışlarsa, yani icra devam ediyorsa, failin iradesinden bağımsız

⁶⁴¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 70,71, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 18, 19.

⁶⁴² KÖPRÜLÜ, s. 402.

⁶⁴³ KÖPRÜLÜ, s. 402.

⁶⁴⁴ SOYASLAN, s. 216, 272.

⁶⁴⁵ KÖPRÜLÜ, s. 402.

⁶⁴⁶ KÖPRÜLÜ, s. 402.

nedenlerle gerçekleşecek bir kesinti suçun teşebbüs halinde kaldığı anlamına gelmeyecektir⁶⁴⁷.

TCK 76/1.maddesinin (d) bendi kapsamında, “*grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirlerin alınması*”, suçun tamamlanması için yeterli olup, teşebbüs mümkün değildir. Bu anlamda, mesela bölgesel yönetim tarafından bir gruba mensup kişilerin evlenmelerinin yasaklandığına dair bir emrin yayınlanması ile suç tamamlanmış olacaktır⁶⁴⁸.

Öte yandan, ceza hukuku bakımından, suç işlemek amacıyla yapılan hareketle ‘hazırlık hareketleri’ ve ‘icra hareketleri’ olarak ikiye ayrılmış ve kural olarak hazırlık hareketlerinin suç teşkil etmeyeceği fakat icra hareketlerinin cezalandırılacağı kabul edilmiştir⁶⁴⁹. Buna göre, TCK 35/1.madde doğrultusunda, failin soykırım suçuna teşebbüsten cezalandırılabilmesi için icra hareketlerinin doğrudan doğruya başlaması gerekmekte olup, hazırlık hareketleri bu suç kapsamında cezalandırılmayacaktır. Bu anlamda, mesela korunan gruplardan birinin mensuplarının öldürülmesine yönelik olarak suç vasıtalarının hazırlanması aşaması suç kabul edilemeyeceği gibi⁶⁵⁰, çocukların başka bir gruba nakline ilişkin olarak da gönderilecekleri yerde yanlarına verilecekleri ailelerin belirlenmesi hazırlık hareketi olarak sayılıp, cezalandırılmayacaktır⁶⁵¹.

TCK 35/1 madde çerçevesinde teşebbüsün bir diğer şartı da failin elverişli hareketlerle icraya başlaması olup, soykırım suçu teşkil eden fiilleri işlemeye teşebbüs edenlerin hareketlerinin veya kullandıkları vasıtaların elverişliliği her somut olayda ayrı ayrı incelenecektir. 35/2 maddeye göre, suça teşebbüs durumunda failin cezasında, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirim yapılacaktır. Bu bağlamda, soykırıma ilişkin olarak icra hareketleri tamamlanmadığında, tamamlanıp da neticenin gerçekleşmemesi durumuna göre fail daha az cezalandırılacaktır. 36.maddeye göre de, failin soykırım suçunun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla

⁶⁴⁷ KÖPRÜLÜ s. 402.

⁶⁴⁸ KÖPRÜLÜ, s. 403.

⁶⁴⁹ SOYASLAN, s. 278, 279.

⁶⁵⁰ SOYASLAN, s. 279.

⁶⁵¹ KÖPRÜLÜ, s. 403.

suğun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda faile teşebbüsten dolayı ceza verilmeyecek fakat vazgeçtiği ana kadar tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza verilecektir⁶⁵². Mesela, gruba ait çocukların başka bir gruba nakledilmeleri tamamlanmadan gönüllü vazgeçilerek çocukların mensup oldukları gruba geri gönderilmesi halinde, fail veya failer sadece hürriyeti kısıtlama suçundan sorumlu olacaklardır.

b. İçtima

Bilindiği üzere, ceza hukukunda suçların içtimai ve cezaların içtimai şeklinde iki ayrı içtima şekli mevcut olup, bunlardan cezaların içtimai (gerçek içtima) kural, suçların içtimai istisna kabul edilmektedir⁶⁵³. Buna göre, doktrinde bazı yazarlar (Dönmezer/Erman) tarafından *“kanuni tarife uygun her netice bağımsız bir suç oluşturur ve fail hareketi ile kaç netice meydana getirmişse o kadar suç işlemiş olur ve her birinden ayrı ayrı cezalandırılır⁶⁵⁴”* şeklinde ifade edilen gerçek içtima gereğince *“suçların içtimai kapsamına giren istisnalar dışında, işlenen her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmedilecek ve verilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır.⁶⁵⁵”*

TCK’da esasında tek fiille işlendiği için suçların içtimai kapsamında değerlendirilebilecek bazı suçların gerçek içtima hükmüne göre ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini belirten hükümlere yer verilmiş olup, bunlardan biri de soykırım suçu ile ilgili olarak yapılan düzenlemedir⁶⁵⁶.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun TBMM Genel Kurulu’nda yapılan görüşmeleri esnasında verilen bir önerge ile yapılan değişiklik doğrultusunda soykırım suçu ile ilgili olarak özel içtima hükmü getirilmiş olup⁶⁵⁷, konuyla ilgili olarak TCK 76/2.madde şu şekilde düzenlenmiştir:

⁶⁵² KÖPRÜLÜ, s. 403, 404.

⁶⁵³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 476.

⁶⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 476.

⁶⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 476.

⁶⁵⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 476.

⁶⁵⁷ BESİRİ, s. 43.

“76/2.madde: Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.”

Görüldüğü üzere, TCK 76/2.madde gereğince soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanacak olup, mesela beş kişiyi öldüren fail beş kez ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkum olacak⁶⁵⁸, ya da bir bölgeye düzenlenen saldırıda mesela elli kişi öldürülürse veya elli kişi yaralanırsa bu durumda fail elli tane soykırım suçundan sorumlu olup, elli defa ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilecektir⁶⁵⁹. Kanunun TBMM’deki görüşmesi esnasında getirilen bu özel içtima hükmü ile, failin tek bir soykırım suçundan bir kez ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkum olmasının engellenmesini sağlayan düzenlemenin sebebi, *“soykırım ve insanlığa karşı suçların faillerinin ceza kanunundaki kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarını işleyen faillere göre avantajlı ceza almalarının önlenmesi”*dir⁶⁶⁰.

Burada, konu ile ilgili olarak doktrinde mevcut olan bir tartışmaya değinmek uygun olacaktır. Buna göre, bazı yazarlar (Koca/Üzülmez, Turhan) yukarıda değinilen düzenlemeyi *“kastan yaralama açısından kabul edilmesi mümkün olmayan ağır cezai yaptırım”* içermesi sebebiyle kasten yaralama fiili bakımından eleştirmekte⁶⁶¹, bazı yazarlar da (Köprülü) bu görüşe katılmakla birlikte *“kasen yaralama bakımından orantısızlık eleştirisinin içtima düzenlemesinden ziyade yaralama fiilinin TCK’nın 76.maddesine ilişkin olarak yapılmasının daha uygun olacağını”*, çünkü *“zaten bu fiilin cezasının ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak düzenlenmiş olduğunu”* ifade etmektedir⁶⁶².

⁶⁵⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Özel Hükümler, s. 71.

⁶⁵⁹ KÖPRÜLÜ, s. 416.

⁶⁶⁰ TURHAN, Faruk, *“Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan 2005/3, s. 15.

⁶⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 19, Turhan, s.15.

⁶⁶² KÖPRÜLÜ, s. 416.

Meseleyi soykırım suçunun manevi unsuru bakımından ele almak, doğru bir sonuca ulaşılması bakımından kanaatimizce daha uygun olacaktır. Kasten öldürme fiili ile kasten yaralama fiillerine gerçek içtima hükmünün uygulanması, ceza hukuku bakımından elbette tartışılabilir. Ancak, soykırım suçu bakımından ele alındığında, kasten öldürme veya kasten yaralama fiillerini özel kılan unsurun soykırım suçuna asıl karakterini veren özel kast ve saik olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Çünkü, soykırım suçunu oluşturan fiillerin yasaklanmasının sebebi, doğrudan soykırımın yasaklanmasıdır. Bir başka deyişle, soykırım kastı olmadan bir insanı kasten öldürmek veya yaralamak ile soykırım kastı ile bir insanı kasten öldürmek veya yaralamak, suç ve cezası bakımından elbette birbirinden farklıdır. Nitekim, soykırımı “*suların suçu*” yapan özellik, bu suçu oluşturan fiiller olmayıp, bu fiillerin soykırım maksadı ile işlenmiş olmasıdır. Bu bakımdan, TCK 76/2.madde gereğince soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümlerinin uygulanması doğru ve yerindedir.

Öte yandan, TCK’nın 43/3.maddesinde kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı düzenlenmiş olup, TCK’nın 76/2.maddesi bu madde ile uyumludur⁶⁶³.

TCK’nın 76/2.maddesi ile getirilen içtima düzenlemesine yönelik olarak doktrinde var olan bir diğer tartışma da, cezanın infazı ve şartlı salıvere konusunda 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 107/2 ve 107/3-a maddeleri kapsamında yürütülmektedir. Tartışmaya katkı veren yazarlara göre; 5275 sayılı kanunun 107/2.maddesi doğrultusunda, tek bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olan bir kişi iyi halli olarak otuz yılı ceza infaz kurumunda geçirdiğinde şartlı salıvermeden faydalanacak, öte yandan 107/3-a maddesi doğrultusunda, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olan bir kişinin iyi halli olarak geçirmesi gereken süre sadece otuz altı olacaktır⁶⁶⁴. Bu durumda, soykırım amacıyla bir kişiyi öldürmekle mesela yüz kişiyi öldürmek arasında, infaz kurumunda geçirilecek süre

⁶⁶³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 19, KÖPRÜLÜ, s. 417.

⁶⁶⁴ KÖPRÜLÜ, s. 19.

bakımından yalnızca altı yıllık bir fark olacaktır⁶⁶⁵, ki doktrinde dile getirilen bu eleştiri kanaatimizce de uygun ve yerindedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, soykırım suçunu işlemek amacıyla örgüt kuran ya da yöneten ya da bu örgütlere üye olanlar ayrıca TCK'nın 78.maddesi uyarınca da cezalandırılacaklardır

c. İştirak

Kanunen ve niteliği gereğince bir fiilin bir tek kişi tarafından işlenebilmesi esas alınmakla birlikte, çoğu zaman bu fiiller birden fazla kişinin müşterek katılımı ile işlenmektedir⁶⁶⁶. Bu anlamda, tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin işbirliği yapması ile işlenmesine yahut bir kişinin çok failli bir suçun icrasına fail sayılmayı gerektirmeyecek nitelikteki davranışlarla katılmasına suça iştirak denir⁶⁶⁷. Böyle bir durumda, suça konu olan fiilin işlenmesine katılan suç ortaklarının hepsi de suç oluşturan fiilin oluşmasına nedensel değeri olan bir katkıda bulunmuş olmaları sebebiyle sorumlu olacaklardır. Suça iştirakin konusunu da, birden fazla kişinin suç teşkil eden bir fiilin icrasına iştirak etmeleri halinde suç ortaklarının sorumluluk statülerinin belirlenmesi teşkil etmektedir⁶⁶⁸.

Görüldüğü üzere, kanunda suça iştirake ilişkin hükümlere yer verilmesinin esası fail kavramına verilen anlam ile açıklanmaya çalışılmış olup, hukukumuzda suça iştirak “*dar fail anlayışı*”⁶⁶⁹’ndan hareketle düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK’da kasten işlenen suçlar bakımından 37-39.maddeler arasında faillik ve şeriklik ayrımı yapılmıştır⁶⁷⁰. TCK’nın

⁶⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 19.

⁶⁶⁶ ÖZGENÇ, İzzet, s. 19.

⁶⁶⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 422.

⁶⁶⁸ ÖZGENÇ, s. 20.

⁶⁶⁹ Ancak kanunlarda tanımlanan suç tipindeki unsurları gerçekleştirenlerin fail olabileceği, haksızlığın gerçekleşmesine nedensel etkisi olan diğer katkıların faillik bakımından yeterli olmadığı fakat, suçun işlenişine yaptığı katkı suç tipindeki icra hareketlerini oluşturmayan diğer suç ortaklarının şerik olarak nitelendirilerek kanundaki suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılmalarının sağlandığı anlayış.

⁶⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 422, 423.

iştirake ilişkin hükümleri kasten işlenebilen suçlar bakımından olup, bu hükümlerin taksirle işlenebilen suçlarda uygulanmasını mümkün değildir⁶⁷¹.

Bilindiği üzere, Soykırım Sözleşmesi m.3-e ile Roma Statüsü m.25-3’de “*Soykırımı İştirak*” cezalandırılacak eylemler arasında sayılmıştır. TCK 76.madde ise bu bakımdan bir özellik göstermediği için soykırım suçunun tek bir fail tarafından veya suça iştirak şeklinde birden çok kişinin katılımıyla işlenebilmesi mümkündür. Bu sebeple, soykırım suçunun TCK’da yer verilen iştirak şekilleri bakımından değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Türk Ceza Kanunu’nda suça iştirak, faillik (m.37) ve şeriklik (m.38 ve m.39) ayrımı ile düzenlenmiş olup, bu çalışmada konumuz bakımından faillik doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik alt başlıkları ile; şeriklik de azmettirme ve yardım etme şeklinde ele alınacaktır.

(1). Faillik

Kanuni tanıma uygun olan haksızlığı tek başına bizzat gerçekleştiren kişi doğrudan faildir⁶⁷². Buna göre, TCK 76/1.maddede yer alan düzenleme gereğince, bir plan doğrultusunda hareket etmek şartıyla, soykırım suçunu oluşturan fiillerden en az birini gerçekleştiren kişi dar anlamda fail kavramından da hareketle soykırım suçundan doğrudan fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu anlamda soykırım suçunun faili sayılmak için soykırım suçunu oluşturan hepsine ya da çoğuna katılmak şart değildir⁶⁷³.

TCK 37.madde gereğince, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenler müşterek faildir. Müşterek faillik, bilinçli ve iradi bir birliktelikle bir suçun kanuni tanımındaki fiilin gerçekleştirilmesi olup, failer bakımından eşdeğer sorumluluk esasına dayanmaktadır⁶⁷⁴. Bir başka deyişle, müşterek faillik, her bir failin fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmasını ve beraberinde suç tipindeki diğer unsurların gerçekleşmesini gerektirmektedir. Bu anlamda, konumuzla ilgisi bakımından özellikle soykırım suçu gibi

⁶⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 423.

⁶⁷² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 427.

⁶⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 72.

⁶⁷⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 428.

belli saikle işlenebilen suçlarda her bir failin aynı saikle hareket etmesi, belli bir amaca yönelik olarak işlenebilen suçlarda bütün faillerin aynı amaca yönelik olarak fiil üzerinde hâkimiyet kurması gerekmektedir⁶⁷⁵. Dolayısıyla, faillerin müştereken işlenmesine arar verdikleri suçun unsurları arasında, soykırım suçunda olduğu gibi kasta ek olarak ayrıca özel kast şeklinde bir manevi unsurun arandığı hallerde, müşterek faillerin her birinin bu amaçla hareket etmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, soykırım suçuna müşterek fail olarak iştirak etmeleri söz konusu olmayacaktır.

TCK'nın 37/2.maddesinde suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı hükmüne yer verilmiştir. Bir suçun, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlendiği hallerde dolaylı faillik söz konusudur. Bu anlamda, dolaylı faillikte arka plandaki kişi, suçu işlemeye araç olarak kullandığı kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmuş olarak, suçun işleniş sürecini elinde tutmaktadır. Burada, arka plandaki kişinin somut olayda bir fiil hâkimiyeti söz konusu olup, fiilin icrası safhasında üstün bir konumdadır ve bu sayede olayları başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktadır. Dolaylı failliğin, şerikliğin bir türü olan azmettirmeden farkı da burada ortaya çıkmaktadır. Çünkü, dolaylı faillikte araç durumundaki kişiye bir suç işleme kararı verilmemekte; sadece suç işlemeye sevk edilmekte fakat suç teşkil eden fiilin icra safhası arka plandaki kişinin üstün konumdaki iradesinin kontrolünde gerçekleştirilmektedir. Azmettirmede ise, azmettiren kişi suç oluşturan fiilin işleniş safhasında olayların seyrine hâkim olmamakta, bilakis suçun işleniş bakımından azmettirilene tabi olmaktadır. Bir başka deyişle, azmettirilen kişinin iradesi tamamen kendi kontrolündedir⁶⁷⁶.

Bu anlamda, mesela etnik bir grubun aslında tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak şartlarda yaşamaya zorlamak üzere, güya güvenli bir bölgeye nakledilmeleri gerekçe gösterilerek bir toplama kampına sevk edilmesini sağlayan kişi, soykırım suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

İştirak ile ilgili olarak ele alınması gereken konulardan biri de amirin/üstün sorumluluğu meselesidir. Emir verme temeline dayanan hiyerarşik yapı çerisinde yer alan şahıslardan

⁶⁷⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 429.

⁶⁷⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 435, SOYASLAN, s. 497, ÖZGENÇ, s. 197,198.

bazıları amir (emreden), bazıları da memur (emredilen) konumunda olup⁶⁷⁷, hiyerarşi gereği ast, üstün emrine itaate mecburdur⁶⁷⁸. Üstün sorumluluğu meselesinde cevaplanması gereken ilk soru emir verme pozisyonunda bulunan ve bu pozisyonunu kullanarak emri yahut otoritesi altındaki kişiyi suç işlemeye yönlendiren kişinin resmi anlamda bir üst olmasının gerekip gerekmediği sorusudur.

RMCM ile EYMCM'nin somut olaylarda ortaya oyduğu içtihatlar, bu sorunun cevabını ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir. RMCM; Akayesu ve Rutaganda Davaları'nda *"bir iştirak türü olarak emretmede emri verenle o emri yerine getiren arasında ast-üst ilişkisi bulunması gerektiği"* ni belirtmiş⁶⁷⁹, EYMCM de Kijeli ve Kordic/Cerkez Davaları'nda *"emir verenle emri yerine getiren arasında resmi bir ilişki bulunmasının gerekli olmadığını; emri alan, otorite pozisyonundaki emredenın verdiği emin etkisi altında kaldığı sürece bu ilişkinin var olduğu"*nu ifade etmiştir⁶⁸⁰. Dolayısıyla; konusu suç teşkil eden emri veren ile o emri yerine getiren arasındaki ilişkinin somut olaya göre hukuki veya fiili olması yeterli kabul edilmiştir⁶⁸¹.

Öte yandan, EYMCM'nin Blaskic Kararı'nda belirttiği gibi *"verilen emrin yazılı veya herhangi belirli bir şekilde verilmesine gerek olmadığı, emrin açık veya örtülü de olabileceği ve zaten böyle bir emrin varlığının şartlara göre ispatlanabileceği"* belirtilmiştir⁶⁸².

EYMCM Statüsü (m. 7/3) ile RMCM Statüsü (m. 6/3), üstün sorumluluğunu şu şekilde düzenlemiştir: *"astların Statü'de yer alan suçları işlemeleri halinde, üstlerinin cezai sorumluluğu, astların bu fiilleri işlemek üzere olduklarını veya işlediklerini bilmeleri*

⁶⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 322; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 296.

⁶⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 322.

⁶⁷⁹ Prosecutor v. Akayesu, ICTR, Trial Chamber, para.483; Prosecutor v. Rutaganda, ICTR, Trial Chamber, para. 39.

⁶⁸⁰ Prosecutor v. Kajelijeli, ICTY, Trial Chamber, para.763; Prosecutor v. Kordic and Cerkez, ICTY, Trial Chamber, para. 388.

⁶⁸¹ KÖPRÜLÜ, s. 239.

⁶⁸² Prosecutor v. Blaskic, ICTY, Trial Chamber, para. 281.

veya bilmeleri gerektiği halde gerekli ve makul önlemleri alıp bu filleri önlemedikleri ve faillerini cezalandırmadıkları durumlarda kalkmayacaktır”⁶⁸³.

Üstün sorumluluğu meselesi, MCM Statüsü’nün 28.maddesinde “Komutanların Veya Diğer Üst Rütbelilerin Sorumluluğu” başlığı altında iki bent halinde ele alınmış olup, 28/a fıkrasında “askeri komutan veya askeri komutan gibi etkin şekilde davranan şahıs”ların 28/b fıkrasında ise “birinci fıkra tanımlanmayan üst-ast ilişkileri çerçevesinde bir üst” denilmek suretiyle asker olmayan üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre MCM Statüsünün 28.maddesi şu şekildedir:

Madde 28- Komutanların ve Diğer Üst Rütbelilerin Sorumluluğu

Mahkemenin yargı yetkisi içine giren bu statü altındaki suçlardan doğan diğer cezai sorumluluğa ilave olarak;

(a) Bir askeri komutan veya askeri komutan gibi etkin bir şekilde davranan şahıs, kendi fiili yönetimi ve denetimi altındaki silahlı kuvvetlerin bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması sonucunda mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde ve;

(i) Askeri komutan veya şahsın silahlı kuvvetlerin bu tür suçları işlemekte veya işlemek üzere oldukları yoluna hal ve şartlara göre bilgisi olması gerektiği veya bilgileri olduğu hallerde;

(ii) Askeri komutan veya şahsın suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlarına iletmemesi hallerinde cezai sorumluluk taşıyacaktır.

(b) Birinci fıkra tanımlanmayan üst-ast ilişkileri çerçevesinde bir üst kendi etkin kontrol ve yetkisi altındaki astlarını gerektiği gibi kontrol edemediği durumların sonucu olarak astlarının işledikleri ve mahkemenin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı;

(i) Astlarının böyle bir suç işledikleri veya işlemek üzere oldukları yolundaki açık bilgileri bildiği veya bilerek görmezden geldiği hallerde;

(ii) Kendi etkin sorumluluğu ve denetimi altında olan faaliyetlerle ilgili suçlarda ve

⁶⁸³ KÖPRÜLÜ, s. 262.

(iii) Suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlarına iletmemesi halinde, cezai sorumluluk taşıyacaktır.

Görüldüğü üzere MCM Statüsü, soykırım suçu ile ilgili olarak asker veya sivil üstleri yönetimi, denetimi, etkin kontrol ve yetkisi altındaki astlarının işledikleri suç fiillerini bildiği veya bilmezden geldiği hallerde; suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi halinde cezai sorumluluk altına almaktadır.

Üstün sorumluluğu konusu ile ilgili olarak somut olayda bir mahkeme tarafından ortaya koyulan ilk içtihat EYMCM'nin Celebici Kararı'dır. Buna göre “bir üst, aşağıda belirtilen üç şartın sağlanması durumunda astlarının işlediği suçlardan sorumlu olacaktır:

- (i) Üst veya komutan ile asli fail arasında bir ast-üst ilişkisinin varlığı,
- (ii) Üstün, astın Statü'deki suçları işlemek üzere olduğunu veya işlediğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi,
- (iii) Üstün, bu fiiller sebebiyle önlemek veya faillerini cezalandırma anlamında gerekli ve makul tedbirleri almayı ihmal etmesi”⁶⁸⁴.

Ad hoc mahkemelerin statüleri, MCM Statüsü ve EYMCM'nin Celebici Kararı'nda ortaya koyduğu içtihat birlikte değerlendirildiğinde, üstün sorumluluğu meselesinde konumuz bakımından önemli hususları şu şekilde özetlemek mümkündür: Birincisi, bir astın işlediği fiillerden dolayı üstün sorumlu tutulabilmesi için öncelikle suç oluşturan fiili işleyen ast ile üst arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmalıdır ancak bu ilişkinin niteliğinin hukuki (de jure) yahut fiili (de facto) olması arasında bir fark yoktur. İkinci olarak üstün, astın suç oluşturan fiili işlediğini veya işlemek üzere olduğunu bildiği veya bilmesi gerekliliğidir. Buna göre astın soykırım suçunu oluşturan bir fiili ya da fiilleri işlediğini yahut işlemek üzere olduğunu bilen, bilerek görmezden gelen ya da bilmesi gereken bir üst, suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi

⁶⁸⁴ Celebici Judgement, ICTY, Appeal Chamber, para. 189-198, 225-226, 238-239, 256, 263, 346.

halinde cezai sorumluluk taşıyacaktır. Nihayet üstün ast üzerinde etkin kontrol ve yetkisi olmalıdır ki, EYMCM Celebici Kararı'nda sorumluluğa sebep olabilecek “*etkili kontrol*” kavramını “*suçların işlenmesinin önlenmesi ve işleyenlerin cezalandırılabilmesi için gerekli olan güç*” şeklinde tanımlamış⁶⁸⁵ ve Delalic Kararı'nda “*geçici bir süre veya sadece belli bir durumla ilgili olarak üst konumunda bulunan kişinin astların işledikleri suçlardan dolayı sorumlu olabilmesi için astları suçun işlendiği zaman bu kişilerin etkili kontrolü altında bulunmasının yeterli olduğuna*”⁶⁸⁶ hükmetmiştir.

Son olarak doktrinde bu konuda yürütülen bir tartışmaya değinmek uygun olacaktır. Üstün sorumluluğu konusunda bazı yazarlar (Tezcan, Erdem, Önok) “*emri altındakilerin işlediği soykırım nitelikli fiillerden haberdar olan ve bunu önlemeyen amir veya üst de, kendisinin de soykırım kastı bulunmadıkça bu suçtan sorumlu tutulamaz*”⁶⁸⁷ şeklinde bir görüş ileri sürmektedir. Ancak, yukarıda da yer verildiği şekilde, EYMCM ve RMCM Statüleri ile bu mahkemelerin somut olaylarda verdikleri kararlar ve içtihatlar ve MCM Statüsü'nün 28.maddesi bakımından bu görüşün hatalı olduğu ortadadır. Çünkü söz konusu metinler üstü, astının işlediği veya işlemek üzere olduğu soykırım fiilini ya da fiillerini bildiği, bilmesi gerektiği, bilmezden geldiği hallerde kendisinin kastına bakmaksızın suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almakla veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmekle açıkça sorumlu tutmaktadır.

(2). Şeriklik

Bir suçun işlenmesine katılan fakat suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kurmayanlara şerik denilmekte olup, TCK'da şeriklik statüsü olarak “*Azmettirme*” (m.38) ve “*Yardım Etme*” (m.39) düzenlenmiştir⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ KÖPRÜLÜ, s. 264.

⁶⁸⁶ KÖPRÜLÜ, s. 265.

⁶⁸⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 72.

⁶⁸⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446.

(a). Azmettirme

Azmettirme, belli bir suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir⁶⁸⁹. Azmettirmenin esasını, fail iradesinin etkilenmesi oluşturmaktadır⁶⁹⁰. Bu anlamda, faile suç işleme kararı verdirtme, onu suç işleme konusunda ikna etmektir. Yani aslında, failde suç işleme fikri yoktur veya fikir olsa da henüz karar aşamasında değildir dolayısıyla azmettiren faili suç işlemesi için ikna eden, onu suç işlemeye karar verdiren kişidir⁶⁹¹.

TCK'nın 38/1.maddesi gereğince bir başkasını suç işlemeye azmettiren kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Buna göre TCK'nın 76.maddesinde yer verilen soykırım suçu fiillerini işlemeye azmettiren de soykırım suçunun cezası ile cezalandırılacaktır.

Burada önemli bir noktanın da ayrıca vurgulanmasında fayda vardır. Soykırım Sözleşmesi (m.3/c) ve MCM Statüsü (m.25/3) gereğince soykırımda bulunmaya doğrudan ve aleni tahrik etmek suç olarak düzenlenmiş olup bu azmettirmeden farklıdır. Aleni ve doğrudan tahrikte genel olarak kamu hedef alınırken, azmettirmede belli bir kimse ya da gruba yönelik bir teşvik vardır. Ayrıca azmettirme bakımından iştirak kurallarının uygulanması için bağlılık kuralı gereğince (TCK m.40) suçun icrasına başlanmış olması gerekmektedir⁶⁹². Bu durumda, soykırım suçu işlenmesi maksadıyla bir kişiyi azmettiren kişi bu fiile dair icra hareketleri başlamamış ise veya azmettirme sonuçsuz kalmışsa, azmettiren olarak sorumlu olmayacak fakat şartları varsa TCK'nın 214.maddesi doğrultusunda suç işlemeye tahrik gündeme gelebilecektir⁶⁹³. Nitekim MCM Statüsü'nde de soykırımı tahrik ayrıca düzenlenmiş olduğu için Statü gereğince doğrudan ve aleni tahrikte başkaları tarafından soykırım teşkil edebilecek bir fiile

⁶⁸⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455.

⁶⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 455.

⁶⁹¹ SOYASLAN, s. 495.

⁶⁹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 71, 72.

⁶⁹³ KÖPRÜLÜ, s. 411.

teşebbüs edilmemiş olsa dahi doğrudan ve aleni tahrikte bulunan kimse cezalandırılacaktır⁶⁹⁴.

(b.) Yardım Etme

Şerikliğin bir diğer şekli olan yardım etme, başkası tarafından işlenen kasti bir suça kasten destekte bulunmaktır. Bir başka deyişle yardım eden, hareketleriyle failin suç tipini gerçekleştirmesini teşvik etmekte ve kolaylaştırmaktadır⁶⁹⁵. Bu durumda TCK'nın 39.maddesi gereğince bir suçun işlenişine yardım niteliğindeki fiillere katılanlar bu iştirakleri sebebiyle yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır.

Yardım etme olarak sayılacak hareketler, aslında bu hareketler olmasa da failin bir şekilde gerçekleştirebileceği hareketlerdir⁶⁹⁶. Bu sebeple yardım etme, yardım edenin suç tipinin icrası üzerinde bizzat hakimiyet kurmaması yönüyle faillikten ayrılmaktadır. Öte yandan failin, yardım eden şerikin suçun işlenişine olan katkısını bilmesini gerektirmemesi bakımından yardım etme; birlikte suç işleme kararına dayanan fonksiyonel hakimiyeti gerektiren müşterek faillikten de ayrılmaktadır⁶⁹⁷.

Yardım etme; fail suçu işlemeyen önce, işlediği sırada veya işledikten sonra gerçekleştirebilecektir⁶⁹⁸.

TCK'nın 39/2-a maddesinde manevi yardım şekilleri sayılmış olup TCK 76.madde kapsamında değerlendirildiğinde bunlar: soykırım suçunu işlemeye teşvik etmek, soykırım suçunu işleme kararını kuvvetlendirmek, soykırım suçunu oluşturan fiilin yahut fiillerin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaad etmek ve soykırım suçunu oluşturan fiil veya fiillerin nasıl işleneceği hususunda yol göstermektir.

TCK'nın 39/2-b ve 39/2-c maddelerinde ise yardım etmenin maddi şekilleri düzenlenmiş olup bunlar da yine TCK'nın 76.maddesi kapsamında soykırım suçunun işlenmesinde

⁶⁹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 72.

⁶⁹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 466.

⁶⁹⁶ SOYASLAN, s. 496.

⁶⁹⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 466.

⁶⁹⁸ SOYASLAN, s. 496.

kullanılan araçları sağlayarak (soykırım maksadı ile kasten öldürmede kullanılacak silahları sağlamak), soykırım suçunun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak (soykırım suçunun işlenmesi sırasında gözcülük yapmak) suçun icrasını kolaylaştırmaktır.

Bağlılık kuralı gereğince soykırım suçuna yardım etmekten dolayı cezai sorumluluğun doğabilmesi, teşebbüs aşamasına varmış esas fiilin varlığına bağlıdır⁶⁹⁹.

(3). Soykırım Suçunu İşlemek İçin Örgüt Kurmak

Soykırım Sözleşmesi (m. 3/b) ve MCM Statüsü (m. 25/3) gereğince soykırım için anlaşma (komplo) bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun TCK'daki karşılığını m.78'de düzenlenen örgüt suçu oluşturmaktadır. Bu maddede, soykırım ve insanlığa karşı suçları işlemek maksadıyla örgüt kurmak veya yönetmek yahut bu tür örgütlere üye olmak ayrı bir suç kategorisi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla örgüt kurma suçunun oluşabilmesi için örgütün soykırım suçu işlemek için kurulması yeterli olacak, ayrıca örgüt mensuplarının bu suçu işlemeleri gerekmeyecektir⁷⁰⁰. Ancak TCK'nın 220/4.maddesi gereğince bu kişiler soykırım veya insanlığa karşı suçları da işlemişseler, bu suçlardan dolayı ayrıca cezalandırılacaklardır⁷⁰¹.

6. Muhakeme Ve Yaptırım

a. Görevli Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12.maddesi, 10 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara ağır ceza mahkemelerinin bakacağını belirttiği için, Türk hukukunda soykırım suçunun yargılanması için görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir⁷⁰².

⁶⁹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 466.

⁷⁰⁰ KÖPRÜLÜ, s. 420.

⁷⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 20.

⁷⁰² DEĞİRMENCİ, s. 108.

b. Soruşturma ve Kovuşturma

Türkiye, taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüğünün bir sonucu olarak, TCK'nın 13.maddesinde, içinde soykırım ve insanlığa karşı suçların da bulunduğu bazı suçların, bütün insanlığı ilgilendiren en ağır suçlar olmasını ve imza koyduğu sözleşmeler gereği bu suçların faillerini cezalandırmayı taahhüt ettiğini dikkate alarak, bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından evrensellik ilkesini kabul etmiş ve bu suçların nerede ve kim tarafından işlenmiş olursa olsun, faili hakkında Türk kanunlarının uygulanmasını öngörmüştür⁷⁰³.

Buna göre, TCK'nın 13.maddesinde düzenlenen evrensellik prensibi ile aynı maddenin 1.fikrasının a bendine göre, soykırım suçunun (ve insanlığa karşı suçlar ile göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının da) yurtdışında işlenmesi halinde, vatandaş veya yabancı tarafından işlenmesine bakılmaksızın, ayrıca failin Türkiye'de bulunması da gerekmez. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından suç işleyen kişi veya kişiler aleyhine resen soruşturma başlatılır. Bu suç için evrensellik ilkesi kabul edildiğinden, başka bir ülkede bir yabancı tarafından yine bir yabancıya karşı işlenmiş olsa bile hakkında Türkiye'de kovuşturma yapılacaktır⁷⁰⁴.

TCK'nın 13.maddesinin 2.fikrasına göre, bu suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile Türkiye'de yeniden yargılama yapılır. Ancak bunun için, Adalet Bakanı'nın talepte bulunması gerekir. Bu durumda, mahkumiyet kararının verilmiş olup da infaza geçilmemiş olması veya tamamen infaz edilmiş olması Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasına engel oluşturmaz. İnfaz edilen ceza, TCK'nın 16.maddesine göre mahsup edilir. Failin yabancı olması durumunda TCK'nın 19/2-a bendi uyarınca soykırım suçundan dolayı 76.madde hükmü uygulanır ve yabancı kanun hükmü göz önünde bulundurulmaz⁷⁰⁵.

Esasında, TCK'nın 13.maddesinin ilk şeklinde, yabancı ülkede işlenen bu suçlar dolayısıyla 'kamu davasının açılmasında mecburilik kuralı benimsenmiş ve failer hakkında resen takibat yapılması kabul edilmişken, daha sonra Türkiye'nin barış esasına

⁷⁰³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 20, 21.

⁷⁰⁴ BESİRİ, s.46.

⁷⁰⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1206.

dayalı diplomatik ilişkilerinin milletlerarası alanda olumsuz yönde etkilenmemesi maksadıyla, 29/06/2005 tarih ve 5377 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, 13.maddede yer verilen ve evrensellik ilkesi kapsamında kalan bu suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanı’nın talebine bağlı tutulmuştur⁷⁰⁶.

5271 sayılı CMK’nın 100/3.maddesi uyarınca soykırım ve insanlığa karşı suçların işlendiği konusunda kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunması tutuklama sebebi sayılır ve aynı kanunun 128.maddesi gereğince de bu durumda şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara hakim kararıyla el konulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer mal varlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kimsenin zilyetliğinde bulunması halinde dahi el koyma işlemi yapılabilir.⁷⁰⁷

c. Cezayı Etkileyen Haller

Türk hukukunda soykırım suçu için cezayı ağırlatıcı ve hafifletici herhangi bir hal düzenlenmemiştir⁷⁰⁸.

d. Yaptırım

TCK’nın 76.maddesinin 2.fikrasında soykırım suçunun failine kanundaki en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verileceği belirtilmiştir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısının gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca, 76.maddenin 3.fikrası uyarınca bu suçtan dolayı tüzel kişiler hakkında da TCK’nın 60.maddesinde gösterilen güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir⁷⁰⁹.

e. Zamanaşımı

TCK’da, nerede işlenirse işlensin, zamanaşımına uğramayacak üç suç tipi öngörülmüş olup, bunlar 76.maddedeki soykırım suçu, 77.maddedeki insanlığa karşı suçlar ve 78.maddedeki bu suçları işlemek için örgüt kurmaktır⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 21.

⁷⁰⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1206.

⁷⁰⁸ DEĞİRMENCİ, s. 104, 105.

⁷⁰⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 20.

⁷¹⁰ KÖPRÜLÜ, s. 446.

TCK'nın soykırım suçunu düzenleyen 76.maddesinin 4.fikrasında soykırım suçundan dolayı zamanaşımının işlemeyeceği belirtilmiştir. Bunun gerekçesi, soykırım suçunun milletlerarası hukukta en ağır suçlardan kabul edilmesi, bu suç vasıtasıyla bütün bir milletlerarası toplumun, insanlık değerlerinin ve insanlık medeniyetinin korunmak istenmesidir. Öte yandan, soykırım suçunun üzerinden uzun yıllar geçse bile bu suçun doğurduğu olumsuz sonuçların kamuoyunun hafızasından ve insanlık vicdanından silinmemesi, bu anlamda pek çok nesilleri etkilemesi de, bu suçun cezalandırılması ve bu tür suçlarla evrensel anlamda mücadelenin sağlanabilmesi bakımından zamanaşımının işlememesini gerekli kılmaktadır.



SONUÇ

Savaşlar ve savaflara eşlik eden şiddet ve kıyımların tarihi neredeyse insanlığın tarihi ile eş zamanlıdır. Bu uzun tarihi süreç göstermiştir ki, savaflara eşlik eden şiddet ve kıyımlar savaş suçları, saldırı suçları, insanlığa karşı suçlar ve hatta soykırım suçu gibi oldukça ağır insan hakları ihlallerine daha ilk zamandan itibaren yol açmıştır.

Çoğu zaman savaşlarla birlikte gerçekleştirilen bu ağır insan hakları ihlallerinin ve insanlık suçlarının belki de en fazla yaşandığı dönem, ne yazık ki, modern zamanlar dediğimiz yakın tarih dönemleridir. Özellikle 20.yüzyıl, kitle imha silahlarının geliştirilmiş olması ve böylece savaşların yıkım gücünün daha fazla artması, iki büyük dünya savaşı sebebiyle savaşların yaygın coğrafyalarda yürütülmesi, bu savaflara çok sayıda devletin aynı zamanda katılması ve çok uzun sürmesi yüzünden çok fazla insan kıyımına yol açması, bu savaşlar sırasında yaşanan çeşitli savaş suçları ile insanlığa karşı suçların insanlık vicdanındaki tahribatını da kaçınılmaz olarak arttırmıştır.

Öte yandan, savaşlar esnasında işlenen çeşitli suçlar ile maksadını aşan şiddet uygulamalarının cezalandırılması ve önlenmesi çabasının da yine savaşların tarihi kadar eski olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu yöndeki çabaların da aynı şekilde modern zamanlarda daha etkili ve yoğun bir hale geldiğini görmekteyiz.

İlk zamanlarda sadece savaş suçları olarak görülen, daha sonraları yol açtığı şiddet ve yıkım sebebiyle esasında toplumların ve medeniyetlerin mahvolmasına sebebiyet verdiği görülen ve bu anlamda insanlığa karşı işlenmiş bir suç olduğu anlaşılan ve nihayet soykırım gibi çok daha ağır bir özellik gösterdiği ortaya çıkan bu suçlar, çok eski zamanlardan beri insanlığın vicdanında derin yaralar açmıştır. Bu büyük travma ile sarsılan milletlerarası toplum, birbirleri ile savaşan devletleri bu defa da bu tür suçları önlemek ve cezalandırmak için harekete geçmeye zorlamıştır.

Milletlerarası toplumun devletleri bu yönde tedbirler almaya sevk etme gayretleri 19.yüzyılda belirgin olmaya başlamakla birlikte, dünya çapında etkili olması ve sonuç alıcı hale gelmesi 20.yüzyılda mümkün olmuştur. Bu yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşının yıkıcı sonuçlarının bütün bir insanlığı ve hatta insanlık medeniyetini tehdit eder boyutlara ulaşması, iletişim araçlarının kamuoyu oluşturma ve onu harekete geçirme

gücünün de yardımıyla savaş suçları ve insanlığa karşı suçları önleme ve cezalandırma konusunda toplumların ortak bir tavır alması gerektiğini ve bu anlamda da bir takım üst mekanizmaların varlığı gerekliliğini gündeme getirmiştir.

Bu açıdan baktığımızda, 20.yüzyılın bütün bir insanlık tarihi için oldukça önemli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü bu yüzyılla birlikte, özellikle de İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, genelde dünya tarihi özelde dünya hukuk tarihi için yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemden itibaren, artık savaşlara eşlik eden şiddet ve kısımlar milletlerarası toplumu tümenden tehdit eden suçlar olarak kabul edilip, hukuk literatürü bir yandan yeni suç tipleri ile ilgilenmeye başlamış öte yandan, bu suçların önlenmesi ve cezalandırılması konusunda yeni milletlerarası kurallar ve mekanizmalar oluşturma çalışmaları başlatılmıştır.

Bu sürecin ilk adımları, insanlığı topyekûn tehdit eden yeni suç tiplerinin hukuki bakımdan ortaya koyulması yönünde atılmıştır. Esasında, bizim bu çalışmadaki konumuz itibariyle, neticesi soykırımın arı bir suç tipi olarak tanımlanmasına ve kabul edilmesine kadar giden sürecin temeli de tam olarak buraya dayanmaktadır.

Yol açtıkları büyük yıkımlar ve kamu vicdanında oluşturdıkları ağır tahribat sebebiyle insanlığı tehdit eden ve milletlerarası toplumun tamamının huzur ve düzenini bozan bu suç tiplerinin artık milletlerarası suçlar olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde işleyen sürecin ilk adımları savaş suçlarının belirlenerek cezalandırılması yönünde atılmış, ardından savaşlar esnasında işlenen insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir. Ancak, İkinci Dünya Savaşı'nda Nazilerin işledikleri suçlar, dünya kamuoyunu bunlardan farklı yeni bir suç çeşidi ile karşı karşıya bırakmıştır. Sonradan soykırım olarak adlandırılacak olan bu fiil; insanları sırf mensup oldukları milli, etnik, ırki veya dini grup sebebiyle hedef haline getirmektedir. Bir başka deyişle, bu suç çeşidinde askerler, silahlı gruplar, herhangi bir şekilde bir araya gelmiş çeşitli topluluklar, savaş bölgesindeki şehirler, kasabalar, savaşılan devlet veya toplum değil; doğrudan insanlık ailesinin, beşeri medeniyetin bir parçası, onu var eden bir çeşitlilik, bir tür, doğumla kazanılan bir kimlik, insanın iradesi dışında dahil olduğu bir grup, kendi tercihinin neticesi olmayan ve dolayısıyla (kolaylıkla) değiştiremeyeceği bir aidiyet hedef alınmakta ve bu sebeple tamamen veya kısmen imha edilmek istenmektedir. Bu, bir savaş suçundan ya da insanlığa karşı işlenmiş herhangi bir suç fiilinden farklı, daha ağır bir suçtur. Bu, tam anlamıyla bir soykırımdır.

Soykırımın diğer bütün suç tiplerinden ayrı ve farklı bir suç tipi olduğunun kabul edilmesindeki en önemli etken, suçun manevi unsurudur. Bu anlamda, soykırım suçu manevi unsur bakımından milletlerarası ceza hukukunun konusu içine giren diğer suçlardan farklılık arz eder. Çünkü, bu suçun işlenmesi için genel kast değil, özel kast gerekmektedir. Soykırım suçu için özel kast milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek kastı olup, failin bu suçun sonucunu açıkça istemesi demektir. Bir başka deyişle, soykırım suçunun faili, olayların tabii seyri içinde sonucun soykırıma müteallik olarak gerçekleşmesine sebep olmayı isteyen bir kastla hareket etmiş olmalıdır. Dolayısıyla, soykırım suçunun ayırt edici, kurucu, asli unsuru olarak özel kast, diğer suçlarda aranan (genel) kast unsurundan yani fiilin sonuçlarını bilme ve istemenin ötesinde daha ileri, daha gelişmiş bir özel kast halini ifade eder ki, soykırım suçu açısından bu, belli bir grubu tamamen veya kısmen imha etme şeklinde ağırlaştırılmış bir kast unsurunu ortaya koyar. Bu durum, milletlerarası mahkeme kararlarında da *“failin, işlenen suçun kaçınılmaz şekilde veya muhtemelen grubun imhasını sonuçlanacağını bilmesinin yetmeyeceği, grubun tamamen veya kısmen imhasının suçun amacı olması gerektiği”* (EYMCM, Blagojevic ve Jokic Kararı) şeklinde ortaya koyulmuştur.

Görüldüğü üzere, soykırım suçundan söz edilebilmesi için üç ana unsurun varlığı gerekli olup; bunlardan ilki suçla hedef alınan milli, etnik, ırki veya dini bir grubun varlığı, ikincisi bu suçun maddi unsurunu oluşturan (SSÖCS m.2’de ve TCK m.76/1’de sayılı) fiillerin işlenmesi, üçüncüsü de suçun manevi unsurunu oluşturan, hedef alınan grubu kısmen veya tamamen yok etme özel kastıdır. Doktrinde ve milletlerarası mahkemelerin statüleri, kararları ve içtihatlarında öne çıkan mesele de, bu üç unsur çerçevesinde soykırım suçunun varlığının nasıl tespit edilip, ortaya koyulabileceğidir.

Soykırım suçunun varlığının ilk şartı, hedef alınan belirli bir grubun varlığıdır. Bu grupların hangileri olduğu Sözleşme’de (m.2) ve TCK’da (m.76/1) ortaya konmuş, ayrıca RMCM tarafından da açıkça tanımlanmıştır. Bu anlamda, soykırım suçu salt bireylere yönelik olarak değil, sayılan grupların mensuplarına karşı ve sırf o grubun üyeleri olmaları sebebiyle işlenen bir suçtur. Bir başka deyişle, bireyler bu suça herhangi bir bireysel özellikleri sebebiyle değil milli, etnik, ırki veya dini bir grubun mensubu olmaları yüzünden maruz kalmaktadırlar. Bu durum, milletlerarası mahkemelerin kararlarında da açıkça ortaya koyulmuş ve EYMCM Brdjanin Kararı’nda soykırım suçunun belirli bir gruba ait bireylere yani grup üyelerine karşı işlenen bir suç olmasına karşın, soykırım

suçunda nihai mağdurun söz konusu grup olduğunu belirtmiş, RMCM de Akayesu Davası'nda soykırım suçunun mağdurunun birey değil, bizzat grubun kendisi olduğunu ifade etmiştir.

Soykırım suçunda korunan grupların hangileri olduğu (olması gerektiği) ve bireyin gruba mensubiyetinin nasıl belirleneceği konuları doktrine tartışılmıştır. Korunan grupların hangileri olması gerektiği yönündeki tartışmaların yoğunlaştığı nokta, Sözleşme'de sayılan gruplara siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik hatta cinsel grupların da ilave edilip edilmemesi yönündedir. Ancak, anılan grupların ve mensuplarının hem kanunlardaki çeşitli düzenlemeler hem de insanlığa karşı suçlar kapsamında zaten koruma altında olması, özellikle siyasi grupların sınırlarının tespitindeki zorluk ve bu grupların terör ve anarşi ile ilişkisinin karmaşıklığı ile soykırım suçu ile koruma altına alınan grupların diğer gruplardan farklı olarak, kişinin iradesi dışında doğumla mensup olduğu gruplar olarak öne çıkması, bu tartışmaların sonuçsuz kalmasına yol açmıştır. Öte yandan, bireyin gruba mensubiyetinin nasıl belirleneceği konusu da tartışma konusu yapılmış, bu tartışma da milletlerarası mahkemelerin içtihatları ile çözüme kavuşturulmuştur. Bu anlamda, iki ölçüt kullanılmıştır. Bunlardan ilki objektif ölçüttür. Objektif ölçütte siyaset, sosyoloji, antropoloji veya din bilimleri tarafından kişi ile grup arasındaki ilişkiye atfen ortaya konulan gerçek durum esas alınır. Sübjektif ölçüt ise, mağdurların ve faillerin saptamalarına göre belirlenir. Burada grup üyeliği faillerin ya da mağdurların kendi bakış açılarına, algılarına göre saptanmaktadır.

Soykırım suçunun varlığının ikinci şartı, suçun aynı zamanda maddi unsurunu da oluşturan suç fiillerinin ortaya konmasıdır. Soykırım suçunu oluşturan fiiller Sözleşme'nin 2.maddesi ile TCK'nın 76/1.maddesinde aynı şekilde beş bent halinde sayılmış olup bunlar; milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadıyla, anılan grupların mensuplarını kasten öldürme, gruba mensup kişilerin bedeni veya ruhi bütünlüklerine ağır zarar verme, grubun tamamen ya da kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak şartlarda yaşamaya zorlanması, grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması ve gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesidir.

Soykırım suçunu oluşturan fiillerden sonuncusu olan gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi konusu, kültürel soykırım tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Gerçekten de, kültürel soykırım meselesi hukuk doktrininde bir tartışma konusu olmakla

birlikte, SSÖCS ile MCM Roma Statüsü, diğer milletlerarası ceza mahkemelerinin statüleri, kararları, içtihatları ve elbette TCK m.76/1 soykırımı grubun maddi (fiziki/biyolojik) varlığını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik fiiller ile sınırlandırmıştır. EYMCM'nin Brdjanin, Blagojevic, Jokic ve Krstic kararlarında bu durum, grubun fiziki/biyolojik varlığını fiillere çoğu zaman grubun dini, sosyal, tarihi, kültürel sembollerini hedef alan saldırıların da eşlik etmesinin soykırım suçunu oluşturmayacağı fakat o grubun soykırım suçuna maruz bırakılması kastının delili olarak değerlendirileceği şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlamda, gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesi, çocukların kendi kültürel ortamlarının dışına çıkarılarak bir kültürel asimilasyona tabi tutulması bakımından kültürel soykırım olarak değil, o çocukların kendi gruplarından koparılması suretiyle grubun nesil olarak (yani biyolojik olarak) varlığının devam ettirilmesinin engellenmesi bakımından maddi varlığının devamına yönelik biyolojik soykırım olarak ele alınmalıdır.

Soykırım suçunun maddi unsuru konusunda Türk Hukuk Doktrininde önemli bir tartışma mevcuttur. Tartışma suçun tanımına yönelik olarak 5237 sayılı TCK ile SSÖCS arasındaki bir farklılıktan kaynaklanmakta olup, sebebi TCK m.76/1'de suçun tanımına “*bir planın icrası suretiyle*” ifadesinin eklenmiş olmasıdır. Bu anlamda, soykırım suçunun maddi unsurları çerçevesinde, suçun “*planlı*” ve “*sistemli*” bir şekilde işlenmesinin gerekli olup olmaması temelinde yürütülen tartışma Türk hukukunda olduğu kadar, milletlerarası hukuk doktrininde de önemli bir yer tutmaktadır.

TCK'da soykırım suçunun tanımına “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresinin eklenmesini doğru bulmayan yaklaşımın temel itirazı, planın suçun unsuru haline getirilmesi sebebiyle suçun uygulama alanının daraltılması ve bu suçun bir plan icrası suretiyle işlenmemesi durumunda soykırım suçu oluşmayacağı için suç fiillerinin de cezalandırılmayacağı noktasındadır. Doktrinde tartışmayı bu doğrultuda yürüten yaklaşımın temel sorusu, soykırım suçunun bir plan dahilinde ya da sistemli bir şekilde işlenmesinin gerekip gerekmediği şeklindedir. Bu yaklaşıma göre, bu soruya cevap arayacağımız milletlerarası metinlerin hiçbirinde (SSÖCS ile MCM Roma Statüsü ve diğer ad hoc mahkemelerin kararlarında) “*bir planın icrası*” şeklinde bir ifadeye veya şarta yer verilmemiştir. Bu sebeple, soykırım suçunun tanımına böyle bir ifadenin eklenmiş olması suçun kapsamını daraltacak, plan adeta suçun unsurlarından biri haline getirilerek hem suçun işlenmesi hem de suç fiillerinin cezalandırılması oldukça zorlaştırılmış olacaktır.

Buna karşılık, doktrinde, soykırım suçunun tanımında ve suçun oluşması için işlenecek olan fiillerin tespitinde bir planın varlığının aranması gerektiğini savunan yaklaşımın hareket noktası ise, soykırım suçunun bir plan veya organizasyon olmadan işlenmesinin adeta imkansız olduğu ve soykırım suçunun milletlerarası hukukta ve kamuoyu vicdanında en ağır insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, ispatında objektif kriterlere mutlaka ihtiyaç bulunduğu değerlendirmesidir. Bu yaklaşıma göre, konu ile ilgili milletlerarası metinlerde bir planın varlığı suçun unsuru olarak sayılmamakla birlikte, milletlerarası mahkemelerin içtihatlarında bir plan veya bu yönde bir siyasetin varlığı soykırım kastını ispatlamak bakımından çok önemli bir faktör olarak kabul edilmiştir.

Bize göre, Türk kanun koyucusu, 5237 sayılı TCK'da yer alan soykırım suçunun tanımına (m.76/1) "*bir planın icrası*" ibaresini eklemekle suçun tanımına da yeni bir unsur eklemiştir. Bir başka deyişle, istenen sadece manevi unsuru ispatını kolaylaştırmak değil, aynı zamanda suçun oluşmasının gerek şartını ortaya koymaktadır. Bu durum, kanun koyucunun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "*suçun oluşması için gerekli maksadın (yani manevi unsurun/bir grubu yok etmek maksadının) yanın da maddi unsurların da bir özellik taşıması gerekmektedir.*" Yani Türk kanun koyucuya göre, soykırım suçu ancak manevi ve maddi unsurların birlikte gerçekleşmesi sonucu işlenmiş kabul edilecektir ki, bunlar da bir grubu yok etmek maksadı ile işlenecek fiillerin bir planın icrası suretiyle gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Bize göre kanun koyucunun değerlendirmesi ve madde metnini (76/1) bu şekilde düzenlemiş olması son derece isabetlidir. Çünkü, soykırım suçunu oluşturan ve TCK madde 76/1'de beş fıkra halinde sıralanan fiiller, "*bir grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı*" ve "*bir plan*" olmadan gerçekleştirildiğinde de cezasız kalmayacak; insanlığa karşı suçlar, savaş suçu veya adam öldürme suçları kapsamında mutlaka cezalandırılabilir. Fakat aynı fiilleri soykırım suçu kapsamında cezalandırmak için, suçun ayırt edici özelliklerinin açıkça ortaya koyulması gerekecektir. Burada asıl tartışma konusu, SSÖCS ile diğer milletlerarası hukuk metinlerinde soykırım suçunun ayırt edici vasfı olarak sunulan "*bir grubu imha niyeti*" nin nasıl ortaya konulacağı, niyet veya maksat gibi sübjektif bir kriterin ne ile karşılanacağı, niyetin veya maksadın hangi objektif ölçüt ile tespit edilip, suçun gerçekleştiğine karar verileceği olmalıdır. Görüldüğü

gibi mesele, soykırım suçunun manevi unsuru olan yok etme kastının ispatı noktasında düğümlenmektedir.

Planın suçun bir unsuru olarak kabul edilmesi ve suç girişiminin planlı ve sistematik bir özelliğe sahip olduğunun öngörülmesi MCM Roma Statüsü'ne Ek Suçun Unsurları Kanunu'nda da ifade edilmiştir. Suçun Unsurları Kanunu'nda, soykırım teşkil eden fiillerin dört numaralı bendinde yer alan *“hareketin, gruba yöneltilmiş benzer hareketlerden oluşan aşikar bir hareketler bütünü bağlamında yer alması gerektiği”* belirtilmiş ve bu ifade ile soykırım teşkil edebilecek fiillerin tasarlanarak, belirli bir plan çerçevesinde işlenmesinin kastedildiği ifade edilmiştir.

Soykırım kastının nasıl tespit edileceği de milletlerarası ceza mahkemelerinin önemli meselelerinden biri olup, bu konuda da kayda değer kararlar ve içtihatlar ortaya konmuştur. Bu konudaki genel değerlendirme, failin kendi ikrarı olmadığı müddetçe özel kastın doğrudan tespitinin çok zor olduğu fakat her olayda, somut olaya ilişkin çeşitli verilerle bu kastın ispat edilebileceği yönündedir.

Mahkemelerin kararlarında, soykırım kastının ispatı bakımından işlenen fiillerle ilgili olarak yaygın ve sistematik vurgusu öne çıkmaktadır. Bu anlamda RMCM ve EYMCM, çeşitli kararlarında bu iki kavramı ayrıca açıklama ihtiyacı duymuşlardır. Mahkemelere göre, *“yaygın”* kavramı büyük ve ağır, sıklıkla tekrarlanan, kayda değer bir ciddiyet içerisinde kolektif biçimde ika edilen ve çok sayıda mağdura yönelmiş bir durumu , *“sistematik”* kavramı da tam ve eksiksiz biçimde organize edilmiş, ortak bir politikaya dayanan, belirli bir usul izleyen, bununla birlikte geniş bir biçimde kamusal ve özel kaynakları kapsayan bir faaliyeti ifade eder. Burada, mahkemelerin bu kararları vesilesiyle, bu çalışmanın *“Suçun Maddi Unsurları”* bölümünde ele aldığımız ve kendi görüşümüzü de ifade ederek açıkladığımız TCK m.76/1'deki bir planın icrası suretiyle meselesine bir kez daha vurgu yapmanın önemli olduğunu belirtmek isteriz. Buradan hareketle, bir kere daha vurgulamakta fayda var ki; kanun koyucu, TCK 76.maddenin gerekçesinde suçun manevi unsuru olarak yer verilen *“bir grubun imhası maksadıyla”* ifadesinin suçun özel kastını ispat etmede subjektif bir ölçüt olarak yetersiz kalacağını, buna mukabil, TCK 76/1'de suçun maddi unsuruna *“bir planın icrası suretiyle”* ibaresinin eklenmesiyle objektif bir ölçüt getirilerek hem suçun özel kastının ispatının kolay kılındığı hem de suç girişiminin planlı ve sistematik karakterinin ortaya konduğu son derece doğru ve isabetli bir şekilde ifade etmiştir. RMCM ve EYMCM'nin suç

fiillerinin yaygın ve sistematik niteliğine vurgu yapması, ayrıca manevi unsurun (özel kast) tespiti ve ispatında her halükarda maddi unsurdan (işlenen fiillerden) yola çıkma ve onlara müracaat etme arayışı ve hatta mecburiyetinde olduğunu ifade etmesi, kanun koyucunun değerlendirme tarzının haklılığının teyidi bakımından önemlidir.

Öte yandan, manevi unsur açısından, özel kastla tasarlamayı da birbirine karıştırmamak gerekir. Bir kimseyi sırf belirli bir gruba aidiyeti sebebiyle ortadan kaldırmayı amaçlayan bir hareketin (mesela, Müslüman olduğu için öldürülen M şahsının boğazını kesme şeklindeki davranışın) mutlaka önceden tasarlanarak işlenmesi gerekmez. Bu amaca yönelik genel bir planın var olması şartıyla, bu planı uygulamak için söz konusu gruba mensup herhangi bir kimseye yönelik ani kastla işlenen fiiller de soykırım suçunu oluşturabilir .

Soykırım Sözleşmesi'nin 2.maddesi ile TCK'nın 76.maddesinde açıkça tanımlanan soykırım suçunun manevi unsurunu oluşturan bir grubun tamamen veya kısmen imhası ibaresi, işaret ettiği niceliksel boyut itibariyle doktrinde ve mahkemelerin kararlarında tartışma konusu olmuştur. “*Tamamen yok etmek*” ibaresi kolayca anlaşılabilir olmasına rağmen, “*kısmen yok etme*”nin saptanabilmesi için bir ölçüte ihtiyaç vardır.

Soykırım suçunun varlığının üçüncü şartı, suçun manevi unsurunu oluşturan özel kasttır. TCK'nın 21.maddesine göre de, suçun oluşması esas olarak kastın varlığına bağlı olup, soykırım suçu ile ilgili olarak TCK'nın 76/1.maddesi diğer milletlerarası metinlerle uyumlu bir şekilde “*milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen ya da kısmen yok edilmesi maksadıyla*” demek suretiyle failde özel kastın bulunması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Soykırım suçu ile ilgili olarak “*özel kast*” kavramı milletlerarası ceza mahkemelerinin kararlarında aynı şekilde kullanılmıştır. Bu anlamda, mesela RMCM, Akayesu Davası'nda soykırım suçunda özel kastı failin belirli bir grubun üyelerini kısmen veya tamamen yok etmek kastı ile hareket etmesi olarak tanımlamış ve özel kastın arandığı bir suçta, özel kastın kurucu unsur olduğunu vurgulamıştır. Bu anlamda, soykırım suçunu diğer suçlardan ve özellikle insanlığa karşı suçlardan ayıran en önemli unsur, belirli bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek maksadının (özel kastının) varlığıdır.

Öte yandan, soykırım suçunun manevi unsurunu oluşturan “*bir grubun kısmen veya tamamen imhası*” ibaresi, işaret ettiği niceliksel boyut itibariyle de doktrinde ve

milletlerarası mahkemelerin kararlarında tartışma konusu olmuştur. Çünkü, tamamen yok etmek ibaresi kolayca anlaşılabilir olmakla birlikte, kısmen yok etmenin saptanabilmesi için bir ölçüte ihtiyaç olduğu ortadadır. Bu bakımdan, kısmen teriminin nasıl anlaşılacağı konusunda gerek doktrinde gerek milletlerarası mahkemelerin kararlarında tam bir uyum olmadığı görülmektedir. Yine de, bu konuda en açık ve kesin tanımlama MCM Roma Statüsü'ne ek Suçun Unsurları Kanunu'nda mevcut olup, buna göre, soykırım kastı altında soykırım suçunu oluşturan fiillerden birinin korunan gruplardan birine mensup tek bir kişiye işlenmesi durumunda soykırım suçu oluşacaktır. Çünkü, suçun tanımında yer verilen niceliğe yönelik ifade (kısmen veya tamamen) esasında suçun manevî unsuru içinde yer almaktadır. Bu sebeple, suç bakımından asıl önemli olan mağdurların gerçek sayısı değil, failin grubun üyelerini kısmen veya tamamen yok etme kastıdır. Mağdur sayısının çokluğu soykırım kastının varlığını ve böylece suçun ispatını kolaylaştırmakla birlikte, özel kastın varlığı sebebiyle, soykırım suçu tek bir kişinin öldürülmesi halinde dahi oluşur. Hatta, hiç kimse öldürülme bile, failerin teşebbüsten dolayı cezalandırılmaları mümkündür.

Bu değerlendirme son derece isabetlidir. Çünkü, soykırım suçuna asıl karakterini veren, bu suçun özel kastını oluşturan “*belirli bir grubu*” kısmen veya tamamen yok etme kastıdır. Savaşta bir köyü, kasabayı hatta bir şehri kısmen veya tamamen yok etmek, insanlığa karşı suçlar kapsamında herhangi bir insan topluluğunu kısmen veya tamamen yok etmek ya da toplu katliamlar sebebiyle büyük bir kitlenin kısmen veya tamamen yok olmasına yol açmak yahut bir bölgede etnik temizlik yapmak her halükarda soykırım suçunu oluşturmaz. Soykırım suçu ancak “*milli, etnik, ırki veya dini bir grubu*” kısmen veya tamamen yok etmek kastı ile ve sayılan fiillerden en az birisi işlendiğinde gerçekleştirilmiş olacaktır. Dolayısıyla, mağdurların sayısının çokluğu belki sadece suçun dramatik boyutunu daha fazla ortaya koymaya yarayacak fakat bu suça maruz kalmış tek bir kişinin varlığı dahi bu suçun varlığını ve ağırlığını göstermeye yetecektir. Çünkü bu suç zaten kendi başına suçların en büyüğü, en ağır, en kabul edilemez olanıdır. Çünkü bu suç insanın ontolojisini, yaratılışını, elinde olmayan, kendi iradesi ve tercihi dışında ona bahşedilen ve bu yönüyle de insanlık ailesinin yaratılışla gelen zenginliğini ifade eden özelliklere yönelmiş bir suçtur. Bu suçun faili, bu yönüyle esasında insana, insan yaratılışına, insanlık ailesine düşmandır. Bu suçun faili kendisini, sadece kendisinin ait olduğu grubun milli, etnik, ırki veya dini varlığını esas kabul etmekte, kendi grup

kimliğini ölçü almakta, bunun dışında kalan grupları ve o grupların mensuplarını “öteki” ilan ederek düşmanlaştırmakta ve yok etmeyi amaçlamaktadır. Bu anlamda, soykırım suçu işlemek maksadıyla hedef alınan belirli bir grubun varlığı, esasında “genocide” kavramı ile “racisme” kavramının bu suç ve suç saiki bakımından nasıl ilişkili olduğunu göstermesi bakımından da son derece önemlidir.

Racisme, yani ırkçılık, genetik ortaklık esasına dayanan bir içeriğe sahiptir ve ırkçılık söz konusu olduğunda ırklar arası bir hiyerarşi kurulmakta, hiyerarşinin en üstünde yer alan (!) “üstün” kabul edilmektedir. Bosna soykırımının sorumlularından biri olan Sırp liderlerinden Slobodan Milosevic “Tanrı bazı milletleri üstün ve seçkin yaratmıştır. Bazılarını değersiz ve üstün olana itaat eden bir konumda yaratmıştır. Hristiyan Avrupa’nın en dindar ırkı olan Sırplar’ın, Müslümanlar’dan daha üstün oldukları bir gerçektir. Müslümanlar yok olmaktan kurtulmak istiyorlarsa, üstün olana itaat etmeye mecburdurlar.” derken tam olarak işte bunu kastetmektedir ve onun bu sözleri milli, etnik, ırki veya dini bir gruba olan ırkçı nefret, yok etme arzusu ve maksadı ile kendi milli, etnik, ırki ve dini grubunu ötekilerden üstün görme duygusu tüm çıplaklığıyla dışa vurmaktadır. Buradan hareketle, ırkçılık, hakim grubun diğerine sosyo-ekonomik baskı, siyasi ve ekonomik ayrımcılık, örtülü şiddet, ırk ayrımcılığı, etnik temizlik ve soykırım uygulamaları ile hayat bulmaktadır. Bu süreçte, önce ırkçılık yoluyla bir öteki oluşturulmakta, sonra bu ötekine karşı bir nefret duygusu geliştirilmekte, nihayet bu ötekinin yok edilmesi için harekete geçilmektedir.

Yaşanan süreçte ırkçılık, farklı davranış kategorilerini içeren bir politikaya dönüşebilmekte ve soykırım bunlardan bir tanesi olmaktadır. Yani, soykırım, ırkçılığın en fazla şiddet içeren nihai aşaması, en keskin uygulaması olarak tanımlanmakta ve bu aşamada sistematikleşmiş ve kurumsallaşmış bir ırkçılıktan söz edilmiş olmaktadır. Kısacası, bu iki kavram birbirini tamalar nitelikte olup; biri (ırkçılık) olguya, diğeri (soykırım) o olguya bağlı eyleme karşılık gelmektedir. Nitekim, Milosevic’in ağzından ilan edilen o olgu, çok geçmeden, 11 Temmuz 1995 sabahı Srebrenitsa’da Ratko Mladic’in birliklerine verdiği emirle eyleme dökülmüştür: “Türkler’den intikam alma vakti gelmiştir. Srebrenitsa’yı Sırp halkına armağan edeceğiz!”

Bu iki kavramdan ırkçılık, tam bir hezeyan halini ifade etmekte olup, bu yönüyle patolojik bir durumdur. Soykırım ise bir suç olup, suçların suçudur. Her ikisine de milletlerarası toplumun vicdanı, milletlerarası hukuk sistemi karşı olduğu gibi bunların hiçbir dinde de

yeri yoktur. İslam peygamberi olan Hz. Muhammed veda konuşmasında: *“Ey insanlar, Rabbiniz birdir, babanız da birdir. Hepiniz Adem’in çocuklarısınız, Adem ise topraktır. Arap’ın Arap olmayana, Arap olmayanın da Arap üzerinde üstünlüğü olmadığı gibi, kırmızı tenlinin siyah üzerinde, siyahın da kırmızı tenli üzerinde bir üstünlüğü yoktur.”* diyerek bu durumu açıkça ifade etmiştir.

Giriş bölümünde belirttiğimiz gibi; büyük ihtimalle savaşlar, şiddet ve bunlara eşlik eden savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları bundan sonraki zamanlarda da her şeye rağmen devam edecektir. Bununla birlikte, güçlü bir şekilde umuyoruz ki, insanlık vicdanının ve milletlerarası toplumun bu suçlara karşı tepkisi ve mücadelesi de hukuk alanında elde edilen kazanımlar ve beşeri bilincin gelişmişliği sayesinde daha hızlı, kararlı ve etkili bir şekilde sürdürülmeye devam edecektir. Esasında, böyle de olmalıdır. Aksi halde ne olacağını, soykırıma uğrayan Bosnalı Müslümanlar’ın merhum lideri, hukukçu, Prof. Dr. Aliya İzzetbegovic, yüksek bilgisi, tecrübesi ve öngörüsü ile bize hatırlatmaktadır: *“Savaşta büyük zulme uğradınız. Zalimleri affedip affetmemekte serbestsiniz. Ne yaparsanız yapın ama soykırımı unutmayın. Çünkü unutilan soykırım, tekrarlanır.”*

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

1. AKSAR, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
2. AKSAR, Yusuf, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Uslu Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003
3. ALPKAYA, Gökçen, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
4. ARSLAN, Muzaffer Yasin, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006
5. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
6. ASLAN, Gündüz, Milletlerarası Hukuk, 5. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013
7. AYBAY, Rona, Uluslararası Yargı, Alfa Basım Yayın, İstanbul, 2013
8. AZARKAN, Ezeli, Nuremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003
9. BAŞAK, Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
10. BAŞAK, Cengiz, Uluslararası Örgütler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
11. BYERS, Michael, (Çev: Hasret Dikici Bilgin), Soykırımdan Son Kırma Savaş Hukuku, Detay Yayınları, İstanbul, 2007
12. ÇINAR, Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004
13. DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
14. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Baskı, Der'in Yayınları, İstanbul, 2016
15. GÜLLER, Nimet/ZAFER, Hamide, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, GSI Bonn, 2006
16. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
17. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015

18. KÖCHLER, Hans, (Çev: Funda Keskin/Erdem Denk), Küresel Adalet mi, Küresel İntikam mı, Dönüm Noktasındaki Uluslararası Cezai Yargı, Alkım Yayınevi, Ankara, 2005
19. MCCARTY, Justin, Ölüm ve Sürgün, (Çev: Fatma Sarıkaya), TTK Yayınları, Ankara, 2012
20. ÖNOK, Rifat Murat, Tarihi Perspektifi İle Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
21. ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
22. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümle, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
23. ÖZGENÇ, İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
24. ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001
25. ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul, 1996
26. PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
27. PAZARCI, Hüseyin, Milletlerarası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
28. SCHABAS, William, (Çev: Gülay Arslan), Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004
29. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
30. SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006
31. ŞEN, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
32. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
33. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
34. TÖNGÜR, Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2005
35. TÜRKÖLMEZ, Fadime/TÜRKAN, Hüseyin, 20. Yüzyılda BMGK Daimi Temsilcisi 5 Devletin İşlediği Soykırım ve Katliamlar, 2. Baskı, UHİM Yayını, İstanbul, 2014

36. ÜNAL, Şeref, Uluslararası Hukuk Açısından Ermeni Sorunu, TTK Baımevi, Ankara, 2011
37. YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011

TEZLER

1. BAYILLIOĞLU, Uğur, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargılama Yetkisine Giren Suçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006
2. BERBERER, Halil Murat, Soykırım Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana 2007
3. BESİRİ, Arzu, Soykırım Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010
4. ÇELEN, Ömer, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya
5. DURAN, Batuhan, Soykırım Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007
6. HAMZAYEVA, Feride, İnsanlığa Karşı Suçlar Bağlamında Soykırım Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gazi Magosa/Kıbrıs, 2013
7. KÖPRÜLÜ, Timuçin, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008
8. ÖNDER, Orhan, Ruanda İçin Uluslararası Ceza mahkemesinin Kuruluşu, Yapısı ve Yargı Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004
9. TAKIMSU, Mehmet, Ermeni İddialarının Soykırım Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008

MAKALELER

1. AKSAR, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, AÜHFD, C.52, S.2, Ankara, 2003

2. AKTAN, Gündüz, “Devletlerarası Hukuka Göre Ermeni Meselesi”, Türkiye Günlüğü Dergisi, S.64, Ankara, 2001
3. AKTAN, Gündüz, “Devletler Hukukuna Göre Ermeni Sorunu”, www.eraren.org/bilgibankasi/tr/index2_1_1.htm.
4. ALİBABA, Arzu, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Kuruluşu”, AÜHFD, C.49, S.1-4, Ankara, 2000
5. AKÜN, Verda Neslihan, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım (Jenosit) Suçu”, www.dergipark.gov.tr/download/article-file/99373
6. ATALAY, İbrahim Orkun, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”, EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Y. 2007, İzmir
7. AZARKAN, Ezeli, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, C.1, S.1, Ocak Mart 2004, Ankara
8. BAYILLIOĞLU, Uğur, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”, AÜHFD, C.56, S.1, Ankara, 2007
9. BOZKURT, M. Uğur, “Uluslararası Ceza Hukuku İlkeleri Kapsamında Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemelerine Yönelik Eleştiriler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi”
<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/guvenlikstrrtj/article/view/5000098902/5000092158>, 08.07.2018
10. BULUT, İlhan, “İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Hataen Öldürme Suçu”, YBHD, Y. 3, S. 2018/1, Ankara
11. ÇAKMAK, Cenap/ATILGAN, Cansu, “BM, Bosna Soykırımı ve Küresel Adalet”, Bilge Strateji Dergisi, C.4, S.7, Güz 2012, Ankara
12. ÇOBAN, Ebru, “Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği, Uluslararası İlişkiler Dergisi”, C.5, S.17, Bahar 2008, Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği Yayını, Ankara
13. DEĞER, Ozan, “Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı’nın Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, C.6, S.22, Yaz 2009, Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği Yayını, Ankara
14. DEĞİRMENCİ, Olgun, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m.76)”, TBB Dergisi, S.70, Mayıs-Haziran 2007, Ankara

15. DEĞİRMENCİ, Olgun, “*Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa*”, TAAD, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012
16. ELEKDAĞ, Sevin, “13 Yıldır Beklenen Karar: Soykırım Sözleşmesi’ne Dayanılarak Uluslararası Adalet Divanı’nın Önüne Getirilen İlk Dava”, Uluslararası Suçlar ve Tarih Dergisi, S.1, Yaz 2006, ASAM Yayını, Ankara
17. GÜLLER, Nimet, “Roma Statüsü’nde ve Türk Ceza Kanunu’nda Uluslararası Suçlar”, www.ngo-at-work.org/icc2006/reports/Country_repoct_Turkey_Turk.pdf
18. GÜRELLİ, Nevzat, “İnsanlık Aleyhine Suçlar”, Adalet Dergisi, C.68, S.42/1, Ankara, 1951
19. KAPLAN, Fatih Halil, “Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu”, www.dergipark.gov.tr/mdergi/article/view/5000145746
20. KARAKEHYA, Hakan, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, AÜHFD, C.57, S.2, Ankara, 2008
21. KILIÇ, Ali Şahin, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme”, AÜHFD, C.58, S.3, Ankara, 2009Y
22. KOCA, Mahmut, “Türk Ceza Kanunu’nda Soykırım Suçu”, TAA Dergisi, S.1, Nisan 2010, Ankara
23. KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2005-3/6.pdf
24. KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Suçların Suçu: Soykırım”, TBB Dergisi, Y.23, S.90, Eylül Ekim 2010, Ankara
25. KOÇ, Yunus/TUĞLUCA, Murat “*Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı*”, Türk Hukuk Tarihi Dergisi, Y. 2006 (Güz), S. 2, İstanbul
26. KONAN, Belkıs, “*Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu*”, s. 152, 168, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/otam/article/view/5000085123/5000079209>, 20.03.2018
27. KÖŞÜRGELİ, Barış, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde Amirin Emri Ve Kavramın Tarihi Gelişimi*” TAAD, Y. 7, S. 30, s. 456, Nisan 2017, Ankara
28. KUNDAKÇI, Sibel Kavaklı, “*Nefy (sürgün) Cezası Üzerine Bir Değerlendirme*”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S. 11, Ankara, 2017
29. ÖZARSLAN, Bahadır Bumin, “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı”, Hacettepe HFD, S.4 (1), Ankara, 2014
30. ÖZSOY, Şule, “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, www.todaie.edu.tr

31. PAZARCI, Hüseyin, “Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü”, AÜSBF Dergisi, C.51, S.1-4, Ankara, 1996
32. TEZCAN, Durmuş, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”, Hukuk Kurultayı/2000, C.1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000
33. TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan 2005, Ankara

