

SUÇLARIN SUÇU: SOYKIRIM THE CRIME OF CRIMES: GENOCIDE

Serhat Sinan KOCAOĞLU*

Özet: Tarihin başlangıcından beridir insanlık çeşitli Kartaca'nın yok edilmesi veya Haçlı Seferleri esnasında işlenen insanlık dışı suçlar gibi çeşitli grupların uğradığı zulümlere tanıklık etmiştir. Fakat otorite kavramının, şiddet tekeli elinde tutan modern devlete geçmesi ile insanlık II. Dünya Savaşı'nda "holocaust" adı verilen en kötü katliamlarından birisini yaşamıştır. Müteakiben uluslararası toplum, bu durum ile mücadele edebilmek için uluslararası kamu hukukunun odağından bu eylemleri suç haline getirmek zorunda kalmıştır.

Bu çalışma, soykırım suçunun tanımını uluslararası ceza hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun perspektiflerinden yapmak üzerine odaklanmıştır. Ayrıca çalışmamızda suç olarak tanımlanan soykırım ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı ve *ad hoc* mahiyetteki bir kısım uluslararası ceza mahkemelerinin kararları üzerine de eğilinmeye çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Soykırım, Birleşmiş Milletler, Soykırım Sözleşmesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, soykırım suçunun unsurları, Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, *ad hoc* mahiyette uluslararası ceza mahkemeleri (Ruanda, Eski Yugoslavya [Bosna]).

Abstract: History of mankind has been witnessing persecutions targeted to countless number of groups since the very beginning of time, e. g. the destruction of Cartagena, the massacres of the Crusader's. However with the changing role of the authority to the concept of Modern State who owned the monopoly of violence, the humanity lived the worst of these nightmares during the II. World War, i.e. the "holocaust". Following this evil act, the inter-

* Av., Ankara Barosu, LL. M. (Brüksel), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ceza ve Ceza Usul Hukuku doktora öğrencisi, sinan@kocaoglu.av.tr

national community had to take precautions by criminalizing these actions via the lens of Public International Law. This study aims to focus on the definition of the crime of genocide vis-à-vis the perspective of International Criminal Law as well as the Turkish Criminal Code (Code Number 5237). Special remark will be made on the International Court of Justice and several *ad hoc* international criminal courts decisions about of the crime of crimes.

Keywords: Genocide, United Nations, Genocide Convention, Turkish Penal Code (Code Number: 5237), Elements of the Crime of Genocide, International Court of Justice, International Criminal Court, *ad hoc* international criminal tribunals (Rwanda, Former Yugoslavia [Bosnia]), ICTR, ICTY.

XX. yüzyılda birbirini takip eden iki dünya savaşı ve bu çeşitli bölgesel çatışmalar uluslararası ceza hukukunun çok önemli bir disiplin olarak ortaya çıkmasını ve gelişmesini sağlamıştır. Bu disiplin, sadece genel anlamı ile uluslararası hukuku değil, aynı zamanda taraf olunan uluslararası sözleşmelerin doğal neticesi olarak ulusal hukukları da etkilemiştir.

Bu bağlamda 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), uluslararası ceza hukukuna ait yeni hükümleri ile hayatımıza girmiştir. TCK'nın bu yeni düzenlemelerinden bir tanesi de dünya ve Türkiye gündeminden bir türlü düşmeyen "soykırım" kavramıdır.

Soykırım, içerisinde sosyolojik ve hukuksal pek çok disiplini çeşitli boyutları ile kapsayan bir kavramdır.¹ Soykırım suçu, uluslararası ceza hukukunun incelediği suçlar içerisinde genel olarak en sinsi, acımasız ve insanlık dışı eylem olarak kabul edilmektedir. Kartaca'nın MÖ 146'da yakılıp yıkılması, Kudüs'ün MS 72'de yok edilmesi, Haçlı Seferleri, Cengiz Han'ın ve Timurlenk'in seferlerinde sivil halka yaptıkları katliamlar; 30 Yıl Savaşları yani kısacası yazılı tarihin başından beridir insanlığın şahit olduğu pek çok savaş bazı grupların ya tamamen ya da kısmen yok edildikleri birer acı örnekler.²

¹ Aynı zamanda sosyolojik bir suç (sociological crime) olarak tanımlanan soykırımın bu yönüne detaylı bir bakış için bkz. Shaw, Martin, "What is Genocide?", Polity Press, Cambridge, 3-11 (2007).

² Lemkin, Raphael, "Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation-Analyses of Government-Proposals for Redress", Carnegie Endowment for International Peace,

XX. yüzyıl ise, şiddet tekeline merkezileştirerek eline geçiren “modern devlet”in özellikle iki dünya savaşı esnasında teknolojinin yardımı ile önceki yüzyıllarda görülmemiş bir şekilde, pek çok toplum ve grubun sistematik olarak yok edildiği trajik bir dönemdir. İşte “Suçların Suçu”³ olarak da kabul edilen “soykırım” fiilinin uluslararası kamu hukukunun konusuna girmesi de öncelikle soykırım fiilinin bir suç olarak tanımlanmasını gerektirmiştir. Sonuçta soykırım suçu bu fiili ika eden kişilerin en ağır şekilde cezalandırılabilmesi konusundaki kolektif istemden doğmuştur.

Bu çalışmanın amacı, kısa bir giriş yaptığımız “soykırım” kavramını uluslararası ceza hukuku ve TCK perspektifinden incelemektir. İlk bölümde soykırım kavramının tarihsel gelişimi ile Soykırım Sözleşmesi incelendikten sonra; ikinci bölümde, uluslararası ceza hukukunun ve çeşitli mahkeme kararlarının perspektifinden suçun unsurları incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde, Uluslararası Adalet Divanı merceğinden soykırım suçunun incelemesine ayrılmıştır. Ulusal bağlamda kavramın TCK çerçevesindeki genel düzenlenişini dördüncü bölümde ele alındıktan sonra beşinci bölümde sonuç incelemesi yapılarak çalışma sona erdirilecektir.

I. KAVRAMIN KÖKENİ

Genel ve klasik bir tanım ile soykırım; bir grubun veya mensuplarının kasıtlı bir biçimde öldürülmesi, imhası veya yok edilmesi fiilidir. XX. yüzyılın başlarında *İnsanlığa Karşı Suçlar (Crimes Against Humanity)* kavramının bir alt sınıflandırması olarak karşımıza çıkan *soykırım (genocide)* kavramı; uluslararası hukuk literatüründe ilk kez An-

Washington, D.C, 79 (1944).

³ “Hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes [...]” Rwanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR), soykırım fiilini “suçların suçu” (the crime of crimes) olarak nitelendirmiştir (Prosecutor of ICTR v. Akayesu, ICTR, Trial Chamber I, Sentencing Decision, 02 October 1998, case no. ICTR-96-4-T, §4). Akayesu davasının iddianamesi ve kararın tam metni için bkz. <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/> (Erişim Tarihi: 14. 01. 2010). Ayrıca bkz. Fry James D., “Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction”, 7 UCLA J. Int’l L. & For. Aff. 169, 11(2002); Shaw, s. 17; Schabas, William A., “Genocide in International Law: The Crime of Crimes”, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

tik Yunan'da kabile veya ırk anlamına gelen "genos" ile Latince'de öldürmek manasına gelen "cide" kelimelerinin Raphael Lemkin tarafından bir araya getirilmesi ile kullanılmıştır.⁴

"İşgal Altındaki Avrupa'da Mihver Yönetimi" adlı eserinde Lemkin, özellikle Alman işgali altındaki Yahudi ve Çingenelele yönelik Nazi uygulamalarını inceleyerek, analizlerini Soykırım başlığını taşıyan dokuzuncu bölümde iki safha olarak formüleştirmiştir. Lemkin'e göre soykırımın safhalarından ilki, zulme uğrayan grubun milli dokusunun yok edilmesi; ikincisi, zulüm yapanın (Hitler) milli dokusunun bu gruba empoze edilmesidir.⁵

Winston Churchill'in, 1942 yılında Nazilerin *holocaust* eylemi üzerine, "Bizler adı olmayan bir suça hazır bulunuyoruz (*We are in the presence of a crime that has no name*)" beyanı esasen bir gerçeği ortaya koymaktaydı.⁶ Bu beyanın doğruluğu savaşı müteakiben kurulan Nuremberg Mahkemeleri'nde "holocaust"la suçlanan Nazi komuta heyetinin henüz ayrı bir suç olarak kabul edilmemesinden dolayı soykırım suçunda değil de "insanlığa karşı suçlar"dan yargılanmasını göstermiştir.

II. Dünya Savaşı'nın acılarını bizatihi yaşayan Polonyalı bir Yahudi kökenli ailenin çocuğu olan Lemkin'in büyük çabaları neticesinde, soykırım kavramı insanlığa karşı suçlardan ayrı bir suç olarak sınıflandırılmış ve 11 Aralık 1946 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun oy birliği ile kabul ettiği 96 (I) sayılı kararında;

⁴ Lemkin, s. 79, 80; Schabas, William A., "Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş", Çeviren: Gülay Arslan, Cambridge University Press, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, İkinci Basım, 54 (2004); Erem, Faruk, "İnsanlığa Karşı Cürümler (*Genocide*)", Günay Matbaacılık, Ankara, 5 (1948); Bayraktar, Köksal, "Soykırım Suçu", Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu Yayını, Genel Yayın Sıra no: 55, Can Matbaacılık, İstanbul, Mayıs 2007, s. 271, dn. 3; Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 70, 50 (Haziran 2007); Akün, Neslihan Verda, "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (*Jenocid*) Suçu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Yıl 24, Sayı: 1-2, 53 (2004).

⁵ A. g. e., s. 79-90.

⁶ Lang, Berel, "The Future of Holocaust", Legacy Project-Virtual Symposium. Bu makale için: <http://www.legacy-project.org/symposium/paper.html?ID=4> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).

“Cinayet nasıl birey olarak insanların yaşam hakkının (right to life) inkârıysa, Soykırım da bütün bir insan grubunun varoluş hakkının (right of existence) inkârıdır. Böylesine bir inkâr 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 Milletlerin ruhuna ve amaçlarına tamamıyla aykırıdır. Irksal, dinsel, siyasal ve diğer gruplara karşı, bir bütün veya parça olarak işlenmiş pek çok soykırım örnekleri meydana gelmiştir. Soykırım suçunun cezalandırılması uluslararası bir önemdedir” şeklindeki sonuç bildirgesi ile soykırım kavramı BM nezdinde kabul görmüştür.⁷

Kamuoyunda soykırım konusunda katalizör görevi gören bu karar Birleşmiş Milletler’i uluslararası planda bağlayıcılığı olan daha geçerli hukuki önlemler almaya itmıştır.

A. SOYKIRIM SÖZLEŞMESİ (1948)

Raphael Lemkin’in soykırım konusundaki mücadelesini destekleyen pek çok politikacı, akademisyen ve yazar 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin (Soykırım Sözleşmesi)⁸ kabul edilmesine giden sürecin önünün açılmasını sağlamıştır.

Soykırım suçunun konusunu, suçun maddi ve manevi unsurlarını, suça karşı alınacak önlemleri bir uluslararası hukuki bir metine bağlayan bu sözleşme 2. maddesinde suçun tanımını şu şekilde yapmaktadır:

“Madde 2. Bu sözleşmeye göre, soykırım milli, etnik, ırki veya dini bir grubun, kısmen veya tümüyle, yok etmek kastıyla, aşağıdaki fiillerin işlenmesidir:

⁷ Than de Claire / Shorts, Edwin, “International Criminal Law and Human Rights”, Sweet and Maxwell Publishing Limited, London, 66 (2003).

⁸ *Convention on the Prevention and Punishment of Genocide* (Soykırım Sözleşmesi), U.N.T.S. (United Nations Treaty Series), No.1021, vol.78(1951), p.277 veya New York, 9 December 1948, 78 UNTS 277. Ayrıca Sözleşme’nin tam metni için <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).

Bu Sözleşme 23.03.1950 tarih ve 5630 sayılı Kanun uyarınca Türkiye tarafından çekince konulmadan imzalanmıştır.

- a. Grubun mensuplarını öldürmek,
- b. Grup mensuplarına ciddi bedensel veya psikolojik zarar vermek,
- c. Grubun hayat şartlarını kasıtlı olarak etkileyerek maddi varlığının kısmen veya tamamen yok olmasına yol açmak,
- d. Grup içinde doğumları önlemek amacıyla önlemler dayatmak,
- e. Grubun çocuklarını bir başka gruba zorla nakletmek".⁹

Sözleşme'nin kabul edilmesini takip eden yıllarda kurulan *ad hoc* ve devamlı uluslararası mahkemelerin tüzüklerine de yukarıda ki tanım en ufak bir değişikliğe uğratılmadan aynen konulmuştur. Mesele *Eski Yugoslavya* için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 4§2. maddesi veya *Rwanda* için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 2§2. maddesi veya Uluslararası Ceza Divanı Tüzüğü'nün 6. maddesi Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinin noktalama işaretlerinde kadar tekrarıdır. Son güncel gelişmeleri gözünde bulundurursak, Irak Özel Mahkemesi Tüzüğü'nün 11. maddesi de kelimesi kelimesine aynı hükümü içermektedir.

Suçun tanımı ise takip eden üçüncü madde de ise *soykırım suçunu işlemek için anlaşma, tahrik (kışkırtma), teşebbüs ve iştirak* gibi konuları suç haline getirmiştir.

"Madde 3: Aşağıdaki fiiller cezalandırılabilir:

- a. Soykırım;
- b. Soykırım suçunu işlemek için anlaşmak;
- c. Soykırım suçunu işlemek için doğrudan ve toplumsal (aleni) tahrik;
- d. Soykırıma teşebbüs;
- e. Soykırım suçuna iştirak".¹⁰

Ayrıca, Sözleşme 2. ve 3. maddesinde yazılı fiilleri işleyen kişilerin; anayasal bağımsızlıkları olan yöneticiler, kamu görevlileri veya özel şahıslar yani kim olurlarsa olsunlar cezalandırılacaklarını öngörmüştür.¹¹

⁹ Soykırım Sözleşmesi m. 2.

¹⁰ Soykırım Sözleşmesi m. 3.

¹¹ Soykırım Sözleşmesi m. 4.

Bu durumu tamamlayıcı olarak Sözleşme'nin 1. maddesinde de sözleşmeciyi yüksek taraflar suçun savaşta veya barışta işlense de uluslararası bir suç olduğunu kabul ederek, soykırım suçunun işlenmesini önleme ve cezalandırma yükümlüğünü üstlenmişlerdir.¹²

Sözleşme'nin bu dört maddesi birlikte okuduğunda, soykırımın savaş veya barış hallerinde bir gruba/üyelerine, grup karakterini yok etmek maksadıyla tahdidi (*numerus clauses*) olarak sayılmış fiillerin işlenmesi suçudur. Soykırım zanlıları, soykırım esnasında makam veya görevlerinin ne olduğuna aldırılmaksızın yargılanabilir ve cezalandırılabilirler.

Koruma altındaki milli, etnik, ırki veya dini grupları tespit ederken, Sözleşme bizlere kullanabileceğimiz herhangi bir ölçüt vermesede Sözleşme'nin soykırımla ilgili hükümlerin uygulayan ulusal ve uluslararası mahkemeler bu ölçütleri çeşitli davalarda yorumlamışlardır.

Bu ölçütleri 1994 yılında Rwanda'da Hutu ve Tutsi kabileleri arasında meydana gelen ve bir milyona yakın Rwandalı'nın ölümüyle sonuçlanan iç savaşın yol açtığı soykırım zanlılarını yargılamak için kurulan Rwanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (ICTR) en meşhur davası olan *Akayesu* kararında bulabiliriz.¹³ Bu kararın önemi Soykırım Konvansiyonu'nun kabulünden yaklaşık yarım yüzyıl sonra, Sözleşme'nin uygulandığı ilk uluslararası mahkeme kararı olmasıdır. Dolayısıyla mahkeme sözleşme hükümlerini kararında uygulayan ve ilk kez yorumlayan mahkeme olmuştur.

Akayesu davasının sanığı olan Jean Paul *Akayesu*, Rwanda'da da bir bölgenin sorumlu kamu idarecisiydi ve haliyle de bölgesindeki polis ve jandarma kuvvetleri dâhil olmak üzere bütün asayiş kuvvetleri onun emrindeydi.¹⁴ Yönetiminde olduğu bölgede sadece 7 Nisan - 30

¹² Soykırım Sözleşmesi m. 1.

¹³ Prosecutor of ICTR v. *Akayesu*, ICTR, Trial Chamber I, Judgement of 02 September 1998, case no. ICTR-96-4-T. Ayrıca iddianamenin ve kararın tam metni için <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/> (Erişim Tarihi: 14. 01. 2010). *Akayesu Davası* ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Önder, Orhan, *Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Bilge Yayınevi, Ankara, 78-81(2006).

¹⁴ Rwanda, her biri birer Vali (Prefect) ile yönetilen 11 Vilayetten (Prefecture) müteşekkili bir ülkedir. Her vilayet ise çeşitli sayılarda Commune (Komün)'e

Haziran 1994 tarihleri arasında 2000'e yakın Tutsi öldürüldü. Savcılık tarafından Akayesu hakkında 15 kere Soykırım, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Cenevre Sözleşmelerinin Ortak Üçüncü maddesini ihlalden dava açıldı. Dava neticesinde ICTR tarafından işlediği soykırım suçundan dolayı ömür boyu hapis cezasına çarptırıldı.¹⁵

Akayesu kararında ICTR, Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinin koruma altına aldığı milli, etnik, ırki veya dini grupları "Çocukların bir gruptan diğer gruba zorla nakledilmesi" başlığı altında sırasıyla yorumlamıştır (para. 509-517).

Grupları tek tek ele almaya başlamadan önce bunların ortak nitelikleri yorumlamak için mahkeme heyeti Soykırım Sözleşmesinin hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) atıfta bulunmuştur.

Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında soykırım suçuna karşı korunacak grupların ortak ölçütünü doğuştan gelen *sabit (stable)* yani daimi bir aidiyete haiz olmaları olarak koymuştur.¹⁶ Daha sonra *milli* grup kavramını Uluslararası Adalet Divanı'nın (I.C.J) 1955 tarihli *Nottebohm* kararını da kendisine emsal alarak şu şekilde tanımlamıştır: "milli (*national*) grup, haklar ve görevlerin karşılıklılığı ilkesi ile birleştirilmiş ortak bir vatandaşlığa dayalı hukuki bir bağı paylaşan insanlar topluluğudur".¹⁷ Etnik (*ethnic*) grup ise, "üyeleri ortak bir dili veya kültürü paylaşan insan topluluğu"¹⁸ olarak tanımlanmıştır.

Akayesu kararının 514. paragrafı ise ırk kavramının geleneksel tanımından yola çıkarak *ırki (racial)* grubu: "coğrafi bir bölgenin dilsel, kültürel, milli ve dini faktörleriyle ilintisiz olarak sadece kalıtımsal özelliklere dayanan insan topluluğu" olarak ele almıştır.¹⁹

bölünmüştü. Her komün bir as Bourgmestre tarafından yönetilmekteydi. Jean Paul Akayesu ise Taba Komünü'nün Bourgmestre'siydi (*a. g. e.*).

¹⁵ Judgement of 02 October 1998, *Prosecutor of ICTR v. Akayesu* (Akayesu Davası), ICTR, Trial Chamber I, Judgement of 2 September 1998, case no. ICTR-96-4-T. Ayrıca kararın tam metni için: <http://www.ictor.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/ak81002e.html> (Erişim Tarihi: 14. 01. 2010).

¹⁶ *A. g. e.*, §511.

¹⁷ *A. g. e.*, §512. *Nottebohm* Kararı'nın detaylı bir incelemesi için bkz. Jones, Mervyn J., "The *Nottebohm* Case", *JSTOR The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.5, No: 2, Cambridge University Press, 230-244 (April 1956).

¹⁸ *A. g. e.*, §513.

¹⁹ *A. g. e.*, §514.

Bu bağlamda belirtmeliyiz ki belirli bir gruba ait olma kavramının negatif bir şekilde yorumlanamaz. Bu doğru sonuca Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), *Stakic* Kararında; “Soykırım Sözleşmesi’nin son metnini hazırlayan BM Genel Kurulu’nun 6. Komitesi, şu görüşü dillendirerek, lider ülkeler soykırımı sadece belli milli, etnik, ırki ve dini özelliklere haiz olmayan bireylerin yok edilmesi olarak değil, ‘insan grupları’nın yok edilmesi olarak ele almıştır. Belki daha somut olarak ifade etmek gerekirse 6. Komite’nin üyeleri ‘diğer gruplardan ayrılmış yerleşik ve değişmez ölçütler ile belirli grupların soykırımın tanımının içerisine ‘siyasi grup’ların girmesini istemedi. Durum böyle olunca negatif şekilde tanımlanmış grupların kendine has özelliklere sahip olmadığı için, grupları negatif referansla tanımlamak Soykırım Sözleşmesi’nin hazırlayıcılarının amaçlarına aykırı olacaktır.”²⁰ şeklinde mantık yürüterek varmıştır. Dolayısıyla, ileride inceleyeceğimiz gibi, özellikle failde soykırım suçunun manevi unsurunun belirlenmesi maksadıyla örneğin “Sırp olmayanlar” gibi negatif bir tanımlama değil de “Bosnalı Müslümanlar” veya “Bosnalı Hırvatlar” şeklindeki tanımlamalar Soykırım Sözleşmesi’nin kapsamına girmektedir.²¹

Soykırım Sözleşmesi’nin koruma altına aldığı son grup olan *dini* (*religious*) grubu da ortak bir dini, mezhebi veya tapınma biçimi paylaşan insan topluluğu olarak yorumladıktan sonra bu sayılan dört grubun ortak özelliklerinin sabit ve daimi (*stable & permanent*) özelliklerinin olduğunu tekrar vurgulamıştır.²²

B. SOYKIRIM SÖZLEŞMESİ’NİN EKSİKLİKLERİ

Bu kadar detaylı olarak hazırlanmış olan Soykırım Sözleşmesi’nin bizce ilk eksikliği sözleşme tarafından koruma altına alınmış olan grup kavramında yatmaktadır. Grupların sadece sabit ve daimi özellikler sahip *milli, etnik, ırki* veya *dini* insan topluluklarına sınırlandırmak ka-

²⁰ Prosecutor v. *Milomir Stakic* Case (*Stakic* Davası), No: IT-97-24-A, Judgement (Appeals Chamber), § 22, ICTY, 22 March 2006. Kararın elektronik hali için bkz. <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf> (Erişim Tarihi: 30.02.2010).

²¹ A. g. e., §19.

²² A. g. e., §.515&516.

naatimizce oldukça yanlıştır. Esasen sözleşme bu haliyle tam bir tanımlar labirentidir.

Siyasi, kültürel ve hatta ekonomik grupların da soykırım suçunun mağduru olabileceği açıkken bu gruplara sözleşme de yer verilmemesi sözleşmenin zayıf ve eksik yanlarının başında gelmektedir. Hâlbuki Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nde soykırımın siyasal ve başka nedenler ile de işlenebileceği öngörülmüştü (m. 6/c). Bu konuyu *Akayesu* kararında mahkeme heyeti tartışmışsa da netice olarak sözleşmenin lafzına bağlı kalmayı tercih etmişlerdir. Mesela sosyalist bir ihtilal esnasında burjuva sınıfına ve üyelerine karşı işlenecek olan bir yok etme eylemi soykırım suçunu oluşturmayacak mıdır? Veya Şili'de faşist bir darbeye iktidara gelmiş olan eski diktatör General Pinochet'in *Akbaba Operasyonu* neticesinde ülkesindeki sosyalist görüş mensuplarını yok etmesi bir soykırım örneği değil midir? Dolayısıyla sözleşmenin 1948'deki halinin günümüz koşullarına ve dünyadaki gelişmelere uymadığı açıktır. Ceza hukukunun *kanunilik* ilkesi gereği yeni durumlara önceden hazırlıklı olabilmek açısından Soykırım Sözleşmesi acilen genişletilerek güncelleştirilmelidir. Böylelikle de siyasi, ekonomik ve kültürel grupları korunma altına alınmalıdır.

Sözleşme'nin ikinci ve belki de en önemli eksikliği soykırım suçunu işleyen kişilerin cezalandırılmalarını sağlayabilecek bir güçte mekanizmanın düzenlenmemiş olmasıdır. Şöyle ki, yargılama yetkisi ile ilgili olarak Sözleşme aşağıda ki hükmü öngörmüştür.

*"Madde 6: Soykırım veya 3ncü madde de sayılmış olan diğer fiillerle suçlanan kişiler, suçun işlendiği ülkenin yetkili bir mahkemesince veya Sözleşmece Yüksek Taraflarca yargılama yetkisi kabul edilecek bir uluslararası ceza mahkemesince yargılanır."*²³

Sözleşme de bu suçların yargılanması ile ilgili bir isteksizlik olduğunu düşündürecek kadar hafif bir içerikle hazırlanmış olan bu madde sorunun çözümünün yanından yıllarca teğet geçilmesini sağlamıştır. Maddenin yetki ile ilgili öngördüğü suçun işlendiği ülkenin ulusal mahkemesinde sanıkların yargılanmasının yapılması, soykırım suçunun genellikle faillerinin suçun işlenme anındaki devlet yöneticile-

²³ Soykırım Sözleşmesi m. 6.

ri olduğu düşünülünce, soykırımı işleyen yöneticilerin başında olduğu bir devlet aygıtında bu kişiler aleyhine dava açılma sürecinin çok zor işleyeceği açıktır. Bu bağlamda Yugoslavya'daki soykırım suçlularının birçoğunun yakalanmamış olması bile, endişelerimizdeki haklılığı ortaya kesin bir şekilde koymaktadır. Ayrıca hukukun genel bir ilkesi olan adil yargılanma hakkı uygulamasının mümkün olmadığı da ortadadır.

Sözleşme'nin bu noktadaki ilk uygulamasının, imza tarihinden yani 1948 yılından tam kırk beş sene sonra Eski Yugoslavya'da işlenen soykırım suçlarını yargılamak için kurulan bir *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesi ile somutlaşması, bizlere 6. maddenin nasıl zayıf bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. 1998'de Roma'da imzalanan Uluslararası Ceza Divanı (UCD) Tüzüğü de Sözleşme'nin asıl amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için geç kalmış ama bir o kadar da önemli bir adımdır. Hâlihazırda UCD'nin yetkisini kabul etmeyen tek NATO üyesi ülke olan Türk Devleti'nin de en kısa zamanda bu tüzüğe taraf ve imzacı olması bütün insanlık ailesini yaralayan "Soykırım", "İnsanlığa Karşı Suçlar" gibi suçlarla mücadele de uluslararası toplumun elini güçlendirecek ve Türk Devleti'nin iyi niyetini gösterecek doğru bir hamle olacaktır.²⁴

II. SOYKIRIM SUÇUNUN UNSURLARI

Uluslararası ceza hukukunun konusuna giren uluslararası suçlar milli ceza hukuklarının konusuna giren suçlar gibi unsurları ile incelenirler. Aynen geleneksel ceza yargılamasındaki maddi ve manevi unsur ölçütü uluslararası ceza hukukunun kapsamındaki suçlarda da kullanılır. Uluslararası Ceza Divanı (UCD) Tüzüğü'nün 9. maddesi başlığı altında tüzüğün soykırım (m. 6), İnsanlığa Karşı Suçlar (m. 7) ve Savaş Suç-

²⁴ Türkiye'nin UCD Tüzüğü'ne taraf ve imzacı olması gerekliliği ile ilgili çeşitli eleştiriler ve öneriler için bkz. Feyzioğlu, Metin, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", *Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller*, Ankara Barosu Yayınları, 270 vd. (2003). UCD işleyişi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Önok, Murat R., *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003; ÖNOK Murat R., "Uluslararası Ceza Divanı'nın Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk", *Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul, 2007; Ulusoy, Orçun, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, Haziran 2008.

ları (m. 8) maddelerinin yorumlanması ve uygulamasında “*Elements of Crimes*” yani suçun unsurlarının UCD yargulamalarında uygulanması gerektiğini öngörmüştür.²⁵ Bunun üzerine 1998 yılında BM Genel Kurulu’nun UCD’nin çalışma mekanizmasını hazırlaması için kurduğu Hazırlık Çalışmaları Komitesi, UCD’nin daha etkin çalışmasını sağlayabilmek için “*Suçların Unsurları*”nı (*Elements of Crimes*) hazırladı.

Peki, soykırım suçunun Uluslararası Ceza Hukuku ve Uluslararası Ceza Divanı merceğinden unsurları nelerdir?

SUÇUN MADDİ UNSURU (ACTUS REUS)

A. GENEL OLARAK ACTUS REUS KAVRAMI

Actus Reus, “*yasaklanmış eylem veya davranış*” anlamına gelen ve suçun fiziksel elementlerini yani maddi unsurunu tanımlamak amacıyla,²⁶ Anglo-Saxon ceza hukuku geleneğinde kullanılan ve oradan da uluslararası ceza hukuku terminolojisinin bir parçası haline gelen Latince bir terimdir.²⁷ Bilindiği üzere suçların kanuni tanımlarında maddi konu gösterilmiştir ve suçun maddi unsuru nedensellik bağı gibi suçun objektif yapısına etkili bir kavramdır.²⁸

B. SOYKIRIM SUÇU İÇİN ACTUS REUS

Soykırım suçunun maddi unsuru milli, etnik, ırki veya dini bir gruba aşağıdaki fiillerden birisini işlemektir.

1. Grubun mensuplarını öldürmek;

²⁵ Madde 9, *Rome Statute of the International Criminal Court* (Uluslararası Ceza Divanı Statüsü), (U.N. Doc. A/CONF.183/9*), 17 July 1998. Ayrıca tüzüğün tam metni için: [http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/basicdocumentsrome_statute\(e\).pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/basicdocumentsrome_statute(e).pdf) (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

²⁶ “*Black’s Law Dictionary*”, Centennial Edition [1891-1991], Seventh Reprint, Edition, West Publishing Co., Minnesota, 1993, s. 36. Ayrıca bkz. Lexicon, Legal Information Institute, http://www.law.cornell.edu/lexicon/actus_reus.htm (Erişim Tarihi: 15.01.2010).

²⁷ Schubert, Frank A., “*Criminal Law-The Basics*”, Roxbury Publishing, 101 (2004).

²⁸ Erem, Faruk / Danişman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, “*Ceza Hukuku-Genel Hükümler*”, Seçkin Yayınevi, 234 (1997).

2. Grup mensuplarına ciddi bedensel veya psikolojik zarar vermek;
3. Grubun hayat şartlarını kasıtlı olarak etkileyerek, maddi varlığının kısmen veya tamamen yok olmasına yol açmak;
4. Grup içinde doğumları önlemek amacıyla önlemler dayatmak;
5. Grubun çocuklarını bir başka gruba zorla nakletmektir.²⁹

Her ne kadar “mensuplar” kavramının lafzi yorumu, sayıca birden çok kişiyi akla getiriyorsa da, Suçların Unsurları’nın Soykırım ile ilgili bölümünde bu suçun sadece bir kişiye yönelik olarak işlenebileceğini de görmektedir.³⁰ Bu bağlamda bir gruptan çok sayıda kişiye ciddi bedensel veya psikolojik zarar verilmesi, öldürülmesi vb. eylemlerin işlenmesi mutlaka soykırım suçunun meydana geldiği anlamına gelmektedir. Zira bu eylemlerin işlenmesi esnasında soykırım suçunun oluşması için suç kastının niteliği ehemmiyet kazanmaktadır.

SUÇUN MANEVİ UNSURU (MENS REA)

A. GENEL OLARAK MENS REA KAVRAMI

Mens Rea suçun manevi (subjektif) unsurunu tanımlamak için kullanılan ve suç işleme anında var olması gereken zihni durumu yani cürüm kastını belirten Latince bir terimdir.³¹ Uluslararası Ceza Divanı (UCD) Tüzüğü’nde suçun manevi unsuru yani *mens rea* aşağıdaki şekilde formüle edilmektedir.

“Madde 30: Zihni Unsur

1. Eğer aksi öngörülmemişse, Divanın yetkisi içindeki suçlardan cezai olarak ancak suçun maddi unsurları kasıt ve bilgi ile işlenmişse şahıslar sorumlu ve mesul olacaktır.

²⁹ Soykırım Sözleşmesi m. 2.

³⁰ Madde 6 (a, b, c, d, e), *Elements of Crimes*, 2 November 2000, PCNICC/2000/1/Add.2. Ayrıca tam metin için: http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

³¹ *Black’s Law Dictionary*: sf. 985; Legal Information Network, Lexicon, http://www.law.cornell.edu/lexicon/mens_rea.htm (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).

2. Bu maddenin amacıyla ilintili olarak bir şahıs aşağıdaki durumlarda kasıt sahibidir,

a. Bir hareketle ilintili olarak eğer o şahıs hareketle ilintili olmayı isterse;

b. Bir sonuçla ilintili olarak kişi o sonucu isterse veya olayların doğal akışı içerisinde meydana geleceğinin bilincindeyse;

3. Bu maddenin amaçları için, "bilgi" bir durumun var olduğuna veya olayların doğal seyirinde bir sonuçun gerçekleşeceğine dair farkında olma durumudur. Metinde geçen "bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanacaktır.³²

Maddenin birinci fıkrasında kullanılan *kasıt* (*intent*) kavramı, bir cürümü işlerken o cürümü işlemenin niyetinde yani tasavvurunda olmak anlamına gelmekteyken; *bilgi* (*knowledge*) ise eski dildeki kullanımı ile malum yani vukuf olmayı gerektiren bir kavramdır.

Suçların Unsurları' nın giriş bölümünde kasıt ve bilginin konu ile ilgili olguların ve koşulların incelenmesi ile anlaşılacağı öngörülmüştür.³³ Örneğin "kitlesele" soykırında bir grubun çok sayıda üyesine toplu bir biçimde soykırım suçunun işlenmesi aranırken; "seçici" soykırında ise ortadan kaldırılmaları halinde grubun o haliyle hayatta kalmasının olumsuz etkileneceği için seçilen daha az sayıdaki kişiye karşı soykırım suçunun işlenmesi gibi unsurlar soykırım kastının değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır.³⁴ Yine özel kast sadece belirli bir alanda işlenecek soykırım suçu ile sınırlı olsa dahi soykırım suçunun oluşmasını sağlar.³⁵

Manevi unsurun yani kastın veya bilginin yokluğu veya sakatlanması durumunda haliyle cezasızlık durumu ortaya çıkmaktadır. Bu haller UCD tüzüğünde "Cezai Sorumluluğun Kalktığı Haller" başlığı altında *akıl hastalığı veya kusuru*, kendi isteği ile meydana gelmemiş olan

³² Uluslararası Ceza Divanı Statüsü m. 30

³³ "Existence of intent and knowledge can be inferred from relevant facts and circumstances", Genel Giriş Bölümü (§.3), *Elements of Crimes*, 2 November 2000, PCNICC/2000/1/Add.2. Ayrıca tam metin için: http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf.

³⁴ Aslan, Muzaffer Yasin, "Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları", Bilge Yayınevi, Ankara, 116 (2006).

³⁵ A. g. e.

sarhoşluk hali ve ölüm tehdidinden veya devam etmekte olan bir ciddi bedensel zarardan kaynaklanan *zorlama*(icbar) *numerus clauses* olarak sıralanmıştır.³⁶

B. SOYKIRIM SUÇU İÇİN MENS REA

Soykırım manevi unsur açısından uluslararası ceza hukukunun konusuna giren diğer suçlardan farklılık arz eder. Çünkü bu suçun işlenebilmesi için “*genel kast*” (*general intent*) değil “*özel kast*” (*special intent/dolus specialis*) gerekmektedir. Bu özel kast sanığın yargılandığı suçun sonucunu açık olarak istemesi demektir. Soykırım suçu için *dolus specialis* ise “*milli, etnik, ırki veya dini bir grubun, kısmen veya tümüyle, yok etmek kastıdır*”.³⁷ Yani herhangi bir gruba mensup üyelerin öldürülmesi soykırım suçunun oluşması için yeter ve gerek koşul değildir. Şöyle ki soykırım suçunun oluşması için failde, fiili işleme anında öldürme kastından ayrı olarak yukarıda bahsedilen özel kastın da varolması gerekir. Aksi takdirde manevi unsurun oluşmamasında dolayı bu öldürme vakası, soykırım suçuna sebebiyet vermez. *Prosecutor v. Rutaganda* davasında bu hususun altı Rwanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi / International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) tarafından özellikle çizilmiştir.³⁸

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi / International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)’nin başkanlığını yapmış olan Cassese’ye göre soykırım suçu, “*mağdurun kişisizleştirilmesi*” (*depersonalization of the victim*) amacına yönelik bir suçtur, çünkü mağdur bireysel özelliklerinden dolayı değil de sadece ve sadece bir grubun üyesi olduğu için kurban seçilmektedir.³⁹

³⁶ Uluslararası Ceza Divanı Statüsü . 31.

³⁷ Soykırım Sözleşmesi m. 2(1); bkz. *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Chamber, 59, 60(1999).

³⁸ *The Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence, ICTR TC, §59-60, 6 December 1999. Bu konuda ayrıca *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, §497, ICTR TC, 2 September 1998.

³⁹ Cassese, Antonio, “*International Criminal Law*”, Oxford University Press, 103 (2003). Cassese, Floransa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Kürsüsü’nde öğretim üyesidir.

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Jelisc* kararında özel kastın soykırım suçunun oluşması için gerekliliği çok açık bir şekilde ortaya konmuştur. Ancak, bu özel kastın bilerek ve isteyerek yapıldığı ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde savaşta aldığı emri uygulamak zorunda olan emir kulu birçok insanı da çok ağır bir suçlama ile mağdur etme ihtimali de kaçınılmaz olabilir.

Daha iyi açıklamak açısından kısaca *Jelisc* davasının konusundan bahsetmek gerektiğini düşünüyorum. "*Sırp Adolf*" lakaplı sanık Goran Jelisc, 1992 Mayıs'ında Sırp milisleri tarafından Bosnalı Müslümanlarla Hırvatların tutulduğu Luka toplama kampında ve Brcko polis karakolunda yüzlerce kişiyi öldürmek yaralamak suçundan yargılanmıştır.⁴⁰

Yargılama esnasında manevi unsurun yani özel kastın oluşup oluşmadığını ispat bakımından pek çok tanık Jelisc'in her yerde bütün Müslümanlardan nefret ettiğini ve Brcko şehrine Müslümanları öldürmek için geldiğini söylediğini; devamlı olarak çeşitli hakaretlerle aşağıladığı Müslümanları yok etmek istediğini söylediğini; Müslüman kadınlardan da nefret ettiğini ve hepsini kısırlaştırarak Müslüman sayısının artmasını engelleyeceğini söylediğini; her sabah kahvaltıda kahvesini içmeden önce yirmi ila otuz Müslüman öldürmeden güne başlayamadığını söylediğini beyan eden *Jelisc* aleyhine ifadeler vermişlerdir.⁴¹ Ayrıca yargılama esnasında *Jelisc* suçunu itiraf etmiştir. Bütün bunlara ve pek çok delile rağmen mahkeme Jelisc'in psikolojik sorunlu bir kişi olduğu ve her ne kadar açıkça öldürmek için Müslümanları seçse de, Jelisc'in cinayetleri keyfi olarak değil de bir grubu yok etmek kastıyla işlediği savcılık tarafından bütün şüphelerden uzak bir şekilde ortaya konulmadığı nedeniyle Soykırım suçlamasından suçlu bulunmamıştır.⁴² Mahkeme Jelisc'in psikolojik sorunlu olduğun dair dayandığı delillerden en ilginç olanı ise Jelisc'in bir tanığa geçiş izni vermek için kendisiyle zorla Rus Ruleti oynatması olayıdır.⁴³

⁴⁰ *The Prosecutor v. Jelisc*, Case (*Jelisc Davası*), No. IT-95-10-T, Judgement, §3, ICTY TC, 14 December 1999.

⁴¹ *A. g. e.*, §102-107.

⁴² *A. g. e.*, §108.

⁴³ *The Prosecutor v. Jelisc*, Case No. IT-95-10-T, Judgement, §106, ICTY TC, 14 December 1999.

Netice olarak Jelisic ICTY tarafından soykırım suçundan değil ama insanlığa karşı suçlar ve savaş hukukunu ihlalden kırk yıl hapse mahkum edilmiştir.⁴⁴

Son olarak öğretide doğru olarak belirtildiği üzere “özel kast” ile “tasarlama” birbirine karıştırılmamalıdır.⁴⁵ Çünkü örneğin bir gruba aidiyet nedeni ile bir kimsenin öldürülmesi suçu muhakkak ki tasarlama olarak işlenmesi gereken bir eylem değildir.⁴⁶ Dolayısıyla soykırım suçunun işlenmesi her hareketin önceden tasarlanması gerekmeyen, ani kast ile de gerçekleştirilebilir.⁴⁷

III. ULUSLARASI ADALET DİVANİ MERCEĞİNDEN SOYKIRIM SUÇU

Soykırım suçuyla savaşta Uluslararası Adalet Divanı / International Court of Justice (UAD) kararlarının çok önemli yeri vardır. Çünkü Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesi, sözleşmenin uygulanmasında ve yorumlanmasında sözleşmeciler arasında doğacak uyuşmazlıklarla ilgili olarak Uluslararası Adalet Divanı'nı (UAD) yetkili kılmıştır.⁴⁸

Uluslararası Adalet Divanı, 1951 yılında vermiş olduğu *Soykırım Sözleşmesi'ne Konulan Çekinceler Üzerine Tavsiye Kararı*'nda soykırım suçunun yasaklanmasının bir *ius cogens* olduğunu belirttikten sonra, Soykırım Sözleşmesi'nin altında yatan ilkelerin, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan herhangi bir yükümlülük olmasa dahi bütün devletleri bağlayıcı olduğuna dair açık bir karar vermiştir.⁴⁹ Ka-

⁴⁴ A. g. e., §139.

⁴⁵ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat R., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 75 (2008).

⁴⁶ A. g. e.

⁴⁷ A. g. e.

⁴⁸ Madde 2(1), Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Genocide Convention), U.N.T.S. (United Nations Treaty Series), No.1021, vol.78(1951), p.277 or New York, 9 December 1948, 78 UNTS 277. Ayrıca Sözleşme'nin tam metni için <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi 18. 01. 2010).

⁴⁹ *Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951. Ayrıca karar için: <http://www.icj.org/icj-ww/idisions/isummaries/ippegsummary510528.htm> (Erim Tarihi: 19.01.2010).

rarda ayrıca tamamen insancıl ve medeni amaçlara sahip olan Soykırım Sözleşmesi'nin evrensel bir uygulama alanına sahip olduğu da belirtilmiştir. Yine başka bir kararında UAD, soykırımın yasaklanmasını bütün uluslar arası topluma yönelik ve her devletin korunmasında hukuki menfaatinin bulunduğu bir *erga omnes* yükümlülük olarak nitelendirmiştir.⁵⁰

Pek, ama *ius cogens* normlar ve *erga omnes* yükümlülükler ne demektir? Bütün uluslararası hukuk normlarının eşit değere sahip olduklarını söyleyemeyiz. Çünkü bunlardan bazıları bütün devletleri ve şahısları, bu konuda rızalarının olup olmamasına bakmadan mutlaka bağlayan; bu yüzden de uluslararası hukukun en önemli bölümü olarak kabul edilen *ius cogens* normlardır.⁵¹ *Anlaşmalar Hukuku Üzerine Viyana Sözleşmesi ius cogens*'ı genel uluslararası hukukun buyurucu normu olarak tanımlamaktadır ve bu Sözleşme'nin 53. maddesi genel uluslararası hukukun buyurucu normlarından biriyle çatışan anlaşmaları yok hükmünde saymaktadır.⁵² Aynı maddenin devamında uluslararası hukukun buyurucu bir normu, bir olarak devletlerin oluşturduğu uluslararası toplum tarafından kabul edilen ve tanınan norm olarak tanımlanmıştır.⁵³ Bu öyle bir normdur ki, normdan hiçbir sapmaya veya tadile izin verilemez ve ancak genel uluslararası hukukun aynı özelliğe sahip sonraki bir norm tarafından değiştirilebilir. Buna ek olarak sözleşmede ne zaman genel uluslararası hukukun yeni bir buyurucu normu ortaya çıkarsa, o an bu normla çatışan bütün varolan anlaşmalar yok hükmüne geleceği ve sona ereceği belirtilmiştir.⁵⁴

Obligatio erga omnes ise, uluslararası toplumun bütün üyelerine yönelik yükümlülüklerdir ve dolayısıyla her devlet bağımlılık (*correlative*)

⁵⁰ "Case Concerning the Barcelona Traction", Light & Power Company Ltd. (Belgium v. Spain), 5 February 1970, ICJ Reports 1970, § 33, 34.

⁵¹ Than/Shorts, s. 9; Ünal, Şeref, "Uluslararası Hukuk", Yetkin Yayınları, Ankara, 48-50, 61, 295 (2005); Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 80 (2007); Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Geliştirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 45 (2006).

⁵² Madde 53, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, United Nations Treaty Series, Vol. 1115, p.331. Ayrıca sözleşmenin tam metni için : <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi: 19. 01. 2010).

⁵³ A. g. e.

⁵⁴ A. g. e., m. 64

haklara sahiptir; yani bu yükümlülüklerin ihlali uluslararası toplumun her üyesinin bu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi ve bu ihlalin durdurulmasını eşzamanlı olarak isteme hakkını doğal olarak doğurur.⁵⁵

Ius cogens normlarla *erga omnes* yükümlülükleri bir madeni paranın iki yüzü olarak sembolize eden Cherif Bassiouni'ye göre, *ius cogens* normlardan kaynaklanan yükümlülüklerin yani *erga omnes*'in tam anlamının "herkese yönelik, herkese doğru akan, herkesle ilişki içinde bulunan" olduğundan dolayı; bu yükümlülüklerin soykırım, İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi uluslararası suçları *ius cogens* normlar seviyesine çıkarttığını söylenmektedir.⁵⁶

UAD'nın önüne gelen Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması (Bosna Hersek Sırbistan ve Montenegro'ya Karşı)⁵⁷ davasında, mahkeme soykırım suçu ile ilgili olarak:

"[...]Soykırım Sözleşmesi'nin, yer yönünden uygulanması ile ilgili olarak doğan problemlerle ilgili olarak, Mahkememiz Sözleşmenin 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 suçunun önleme ve cezalandırma yükümlülüğününün Soykırım Sözleşmesi tarafından yer yönünden sınırlandırılmadığını da bildirir."⁵⁸ şeklinde karar varmıştır. Bu kararı ile UAD sadece soykırım suçunun uluslararası hukuk açısından konumunu ortaya koyduğu gibi, bu suçu işleyenlere karşı her devletin evrensel yetkiye dayanan yargı uygulaması yapabilmesinin de önünü açmıştır.⁵⁹

⁵⁵ Than/Shorts Edwin, s. 10; Ünal, s. 41, 48, 295, 297; Pazarıcı, s. 90.

⁵⁶ Bassiouni, Cherif, "Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes", Law & Contemp. Prob., 63-68 (1996). Ayrıca bu makale için bkz. <http://www.sos-attentats.org/publications/bassiouni.jus.cogens.pdf> (Erişim Tarihi: 20. 01. 2010). Aynı makale için bkz. <http://www.jstor.org/pss/1192190> (Erişim Tarihi: 20. 01. 2010).

⁵⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia Montenegro), *International Court of Justice Reports 1993*; Ayrıca karar için: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyframe.htm> (Erişim Tarihi: 21. 01. 2010).

⁵⁸ *Case Concerning The Application On The Prevention And The Punishment Of the Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment On Preliminary Objections of 11 July 1996*, §27-33. Ayrıca karar için: http://www.icj.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhy_summaries/ibhysummary19960711.html (Erişim Tarihi: 22. 01. 2010).

⁵⁹ Evrensellik ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Ulusla-

IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA SOYKIRIM SUÇU

Türk Ceza Kanunu (TCK), ikinci kitabın yani özel hükümlerinin başlatıldığı 76. maddeyi “Soykırım” başlığına ayırmıştır.

“MADDE 76.

1. Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî 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 sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

3. Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hüküm olunur.

4. Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”⁶⁰

Madde metninden anlaşılacağı üzere soykırım suçuna teşebbüs, içtima ve iştirak mümkündür.⁶¹ Soykırım suçunun özelliği nedeniy-

rarası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi”, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 67-95.

⁶⁰ Madde 76, Kanun No: 5237, Kabul Tarihi: 26 Eylül 2004, Yayımlandığı Resmi Gazete: 12.10.2004-Sayı: 25611. Ayrıca <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html> (Erişim Tarihi: 23. 01. 2010). Soykırım suçu, Fransız Ceza Kanunu’nun 211. maddesinin birinci fıkrasında; Alman Ceza Kanunu’nun 226. maddesinin a bendinde; Avusturya Ceza Kanunu’nun ise 321. maddesinde düzenlenmiştir (Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu [1/593] [S Sayısı: 664], Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22. Dönem-2. Yasama Yılı- 119. Birleşim [Olağanüstü] , Cilt 59, sf. 79). Karşılaştırmalı hukukta soykırım suçu ile ilgili olarak Sloven, Alman ve İtalyan uygulamaları için bkz. Değirmenci, s. 69-77.

⁶¹ Suçun özel görünüş biçimleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Quigley, John B., “The

le, uluslararası ceza hukuku ve TCK çerçevesinde herhangi bir hukuka uygunluk nedeni imkân dâhilinde değildir.⁶² Ayrıca TCK'da soykırım suçu için herhangi ağırlatıcı veya hafifletici hal düzenlenmemiştir.

Maddenin gerekçesinde, Soykırım Sözleşmesi'ne 23.03.1950 tarihinde, 5630 sayılı Kanun uyarınca çekince koymaksızın onaylayan Türkiye'nin, Soykırım Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan soykırım suçu sanıklarına etkin cezaların verilmesini sağlanması ve Sözleşme'nin hükümlerinin yürürlüğe konması amacıyla, sözleşmeciler devletlere yüklenen yükümlülüğü yerine getirmek için soykırım suçuna TCK'da yer verildiği belirtilmektedir.

Her ne kadar soykırım suçunun Türkiye'nin Sözleşme'yi onay tarihinden 55 sene sonra hukuk sistemimize girmesi ironik bir durum olsa da, ceza mevzuatımızın uluslararası ceza hukukunun konusu olan suçlarla geç kalınmış bir şekilde de olsa uyumlaştırılmış olmasını sevindirici bir gelişme olarak karşılıyoruz.

Yukarıda ki açıklamalarımız ışığında da açıkça görülebileceği üzere 5237 sayılı TCK'nın 76. maddesi Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesini birkaç ufak farklılıkla tekrarlamıştır. Bu farklılıklardan başlıcası, Sözleşme de soykırım suçunun tanımında suçun oluşması için fiilin "[...]herhangi bir planın icrası suretiyle[...]" işlenmesi öngörülmemiştir. Ceza kanunu böylelikle soykırım suçunun unsurlarının ancak belli bir plan dâhilinde işlenmesi ile oluşacağını belirlemiş ve suçun uygulama alanını kısıtlamıştır. Öğretide de TCK'nın Soykırım Sözleşmesi'nin "imha kastı" yaklaşımından uzaklaşıp "bir planın icrası"nın gerekliliğinin öngörülmesinin maddenin uygulama alanını daraltıcı bir etki doğuracağı kabul edilmektedir.⁶³

Genocide Convention: An International Law Analysis, International and Comparative Criminal Justice, Ashgate Publishing, Ltd., Hampshire, United Kingdom, 160 (2006); Schabas, s. 280 vd; Tezcan/Erdem/Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 75-77; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa R. / Önok, Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 539-542(2009).

⁶² Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, s. 535. Bu durumun istisnası, sivil nüfusun göçe zorlanmasındaki hukuka uygunluk nedenini düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977 tarihli II No.'lu Protokol'ün 17. maddesidir (*id.*).

⁶³ Donay Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, İstanbul 2004, s. 108.

V. SONUÇ

Soykırım kavramı çok değil ancak yarım yüzyıl kadar bir süre önce Nazilerin işgal altına aldığı bölgelerde yaptıkları insanlık dışı eylemlerle dünya gündemine girdi. Soykırım'ın, insanlığa karşı suçlardan kategorik olarak ayrılması da yine bu Nazi vahşetinin boyutlarının ayrı bir suç olarak tanımlanması ve böylece hak ettiği şekilde cezalandırılması ihtiyacından doğmuştur.

II. Dünya Savaşı'nın hemen ardından Birleşmiş Milletler nezdinde 1948 yılında toplanan dünya ulusları, Soykırım Sözleşmesi'ni imzalararak soykırım suçunu tanımladılar. Ne yazık ki Soykırım Sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra, sözleşmenin öngördüğü soykırım suçu ile mücadelede mekanizmasının etkisizliği yüzünden uzun bir dönem boyunca etkin bir şekilde kullanılamamıştır.

Soykırım Sözleşmesi'ni 1950 yılında onaylayan Türkiye, bu konuda yarım yüzyılı aşan konuda hemen hiçbir şey yapmamıştır. Dolayısıyla, Türkiye Uluslararası Adalet Divanı'nın 1951 tarihli Soykırım Sözleşmesine Konulan Çekinceler Üzerine Tavsiye Kararı⁶⁴ ile soykırım suçunun "evrensel karaktere" sahip bir uluslararası suç olduğu ve Soykırım Sözleşmesi'nin kapsadığı ilkelerin, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan herhangi bir yükümlülük olmasa dahi bütün devletleri bağlayıcı olduğuna dair vermiş olduğu açık kararın yasama veya yargı bağlamında ulusal uygulamasına dair etkinliği olmamıştır.

1 Haziran 2005 tarihinde uygulamaya giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu noktada ulusal mevzuatta önemli bir boşluğu doldurmuştur. Bu kanun ile "Soykırım", "İnsanlığa Karşı Suçlar" vs. gibi uluslararası nitelikte suçlar ulusal mevzuatımızın uygulamaya hazır bir parçası haline gelmiştir.

Ayrıca uluslararası nitelikte suçlarla ve çalışmamızın konusu açısından özellikle de soykırım suçu ile mücadelede ulusal sistemimize yeni giren "Evrensel Yetki" ilkesi ile de, soykırım suçunun hangi ülkede işlenmiş olurlarsa olsun, failin Türkiye Cumhuriyeti Devleti veya ya-

⁶⁴ *Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951. Ayrıca karar için bkz. <http://www.icj.org/iccjwww/idecisions/isummaries/ipccgsummary510528.htm> (Erişim Tarihi: 24. 01. 2010).

bancı bir devlet vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın Türk kanunlarına göre muhakeme edileceği hüküm altına almıştır.

Kanaatimizce, icrasıyla bütün insanlık âlemini derinden yaralayan soykırım gibi uluslararası suçlarla bir ülkenin mücadele edebilmek tutkusuyla bu suçları yerel mevzuatının bir parçasını haline getirmesi çok önemli bir adımdır. Uluslararası ceza hukukunun konusuna giren suçlarla savaşılabilen bir ülkeyi küresel anlamda prestiji yüksek ve suçluların cezazsız kalmayıcı önleyecek etkin bir mekanizmanın kullanılmasının kaçınılmaz olduğu kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKLAR

- Akün, Neslihan Verda, "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, Yıl 24, S. 1-2, 2004.
- Aslan, Muzaffer Yasin, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Bilge Yayınevi, Ankara 2006.
- Bassioni Cherif, "Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes", *Law & Contemp. Prob.*, 1996.
- Black's Law Dictionary*, Centennial Edition [1891-1991], Seventh Reprint, Edition, West Publishing Co., Minnesota 1993.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
- Değirmenci, Olgun, "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 70, Haziran 2007.
- Donay Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Gerekçeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu*, İstanbul 2004.
- Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 1997.
- Erem, Faruk, *İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide)*, Günay Matbaacılık, Ankara, 5 (1948); Bayraktar, Köksal, "Soykırım Suçu", *Av. Dr. Şükürü Alpaslan Armağanı*, İstanbul Barosu Yayını, Genel Yayın Sıra no: 55, Can Matbaacılık, İstanbul, Mayıs 2007.

- Feyzioğlu Metin, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", *Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller*, Ankara Barosu Yayınları, 2003.
- Fry, James D., *Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction*, 7 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 169, 2002.
- Jones, Mervyn J., "The Nottebohm Case", *JSTOR The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5, No: 2, Cambridge University Press, April 1956.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, S. 2010/1, s. 67-95.
- Lang, Berel, "The Future of Holokaust", *Legacy Project-Virtual Symposium*. Bu makale için: <http://www.legacy-project.org/symposium/paper.html?ID=4> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).
- Lemkin Raphael, "Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation-Analyses of Government-Proposals for Redress", *Carnegie Endowment for International Peace*, Washington, D.C, 1944.
- Lexicon, Legal Information Institute, http://www.law.cornell.edu/lexicon/actus_reus.htm (Erişim Tarihi: 15.01.2010).
- Önok, Murat R., *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Önok, Murat R., "Uluslararası Ceza Divanı'nın Görev Alanı ve Uygulanan Hukuk", *Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul 2007.
- Shaw, Martin, *What is Genocide?*, Polity Press, Cambridge, 2007.
- Schabas, William A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.
- Schabas, William A., *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, Çev. Gülay Arslan, Cambridge University Press, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, İkinci Basım, 2004.
- Schubert, Frank A., *Criminal Law-The Basics*, Roxbury Publishing, 2004.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Geliştirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.
- Quigley, John B., *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, International and Comparative Criminal Justice, Ashgate Publishing, Ltd., Hampshire, United Kingdom, 2006.
- Than, de Claire / Shorts, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet and Maxwell Publishing Limited, London 2003.

- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat R., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2008.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat R., *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Ulusoy, Orçun, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara Haziran 2008.
- Ünal, Şeref, *Uluslararası Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/>
(Erişim Tarihi: 14. 01. 2010).
- <http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf>
(Erişim Tarihi: 30. 02. 2010).
- <http://un.org/law/ilc/texts/treaties.htm> (Erişim Tarihi: 13. 01. 2010).
- http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_b_e.pdf (Erişim Tarihi: 16. 01. 2010).



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediđiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10