

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNİN KARARLARI IŞIĞINDA MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA SOYKIRIM SUÇU (TCK m. 76)

Olgun DEĞİRMENCI *

I. GENEL AÇIKLAMALAR

İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudi toplumuna karşı işlenen insanlığa karşı suç olarak nitelenen eylemlerden sonra uluslararası toplum, bir daha bu tür eylemlerle karşılaşmayacağını ifade etmesine rağmen, 1950 yılından 1990 yılına kadar 17 soykırım olayına tanık olunmuş ve yalnızca iki soykırım olayında bir milyanın üzerinde insan ölmüştür.¹

Soykırım terimi, 20. yüzyılın ortalarından itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Soykırım suçunu anlatmak için gerek uluslararası öğretide, gerekse de uluslararası belgelerde kullanılan “*genocide*” terimi, ilk olarak 1944 yılında Raphael Lemkin tarafından kullanılmıştır.²

* Kamu hukuku doktoru.

¹ Talitha Gray, “*To Keep You is No Gain, To Kill You is No Loss-Securing Justice Through The International Criminal Court*”, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol.: 20, No.:3, s. 646.

² Nina H.B. Jørgensen, “*The Definition of Genocide: Joining the Dots in the Light of Recent Practice*”, International Criminal Law Review 1, 2001, s. 285; Madeline Morris, “*Genocide Politics and Policy: Conference Remarks*”, Case W. Res. J.INT’L L., Vol.: 32, s. 206; Lemkin, ailesini Yahudi soykırımı sırasında kaybettikten sonra 1944 yılında çıkarmış olduğu “*Axis Rule in Occupied Europe*” adlı eserinde, Yunanca ırk veya kabile anlamına gelen “*genos*” kelimesi ile Latin son eki olan ve öldürme anlamına gelen “*caedere (cide)*” ibaresini birleştirerek “*genocide*” terimini ilk kez kullanmıştır (Cynthia Sinatra, “*The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Application of Genocide*”, International Criminal Law Review 5, 2005, s. 418); William A. Schabas, Genocide in International Law. The Crimes of Crimes, Cambridge University Press, 2000, s. 26 (Schabas, Genocide olarak anılacaktır); Jeffrey S. Morton-Veil Vijay Singh, “*The International Legal Regime on Genocide*”, Journal of Genocide Research 5 (1), 2003, s. 50; Freda Kabatsi, “*Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide*”, International Criminal Law Review 5, 2005, s. 388;

1944 yılındaki kullanımdan sonra, 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne kadar soykırım teriminin sınırlı olarak kullanıldığını görmekteyiz. Nitekim Nürnberg yargılamaları esnasında, savcı tarafından iddianamede kullanılmasına karşın,³ ne Nürnberg⁴ ve Tokyo mahkemelerini kuran Statülerde, ne de mahkeme kararlarında soykırım kelimesi kullanılmamıştır.⁵

Soykırım suçu, 20. yüzyılın başlarında, müstakil bir suç yerine, insanlığa karşı suçların bir alt sınıflandırılması olarak algılanmıştır.⁶ *Eichmann* davasında,⁷ Yahudilere karşı işlenen ve soykırım suçunu oluşturan fiillerin, insanlığa karşı suçların en ağır tipleri olduğu ifade edilmiştir.⁸ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMR), *Kayishema ve Ruzindana* davasında, soykırımın, insanlığa karşı suçların bir çeşidi olduğunu ve soykırım tanımının insanlığa karşı suçları temel alan bir tanım olduğunu belirtmiştir.⁹ Soykırım suçunu, insanlığa karşı işlenen

Jean Migabo Kalere, "Genocide in the African Great Lakes State. Challenges for the International Criminal Court in the Case of the Democratic Republic of Congo", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 467; Faruk Turhan, "Soykırım Suçunda Bir Grubu Tamamen veya Kısmen Yok Etme Amacı ve Ermeni Tehciri Olayı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 9, Aralık 2006, s. 47 (Turhan, Soykırım olarak anılacaktır).

³ Morris, s. 206; Kabatsi, s. 389; Kalere, s. 467; Schabas, *Genocide*, s. 14.

⁴ Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Statü'nün 6. maddesi, Mahkeme'nin hangi suçların yargılamasında görevli olduğunu belirtmektedir. Buna göre Mahkeme; barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda yargı yetkisine sahiptir (www.yale.edu lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm, Erişim: 1 Mart 2007); Soykırım suçu Uluslararası Nürnberg Askeri Mahkemesi Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar arasında düzenlenmiştir (Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 3, Nisan 2005, s. 12 (Turhan, Uluslararası olarak anılacaktır)).

⁵ Morris, s. 206; Helmut Gropengießer, "The Criminal Law of Genocide: The German Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 329; Kabatsi, s. 389; Klearchos Kyriakides-Stuart Weinstein, "Nuremberg in Resrospect", *International Criminal Law Review* 5, s. 373, 374.

⁶ Jørgensen, s. 287; Morris, s. 206; Lyn Graybill, "Responsible...by Omission: The United States and Genocide in Rwanda", *Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations*, Winter/Spring 2002, s. 96; Sinan Kocaoğlu, "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2005/3, s. 148.

⁷ Eichmann davası ile ilgili bilgi için bkz., Tobias Lock-Julia Riem, "Judging Nuremberg: The Laws, the Rallies, the Trials", *German Law Journal*, Vol.: 06, No.:12, s. 1820.

⁸ Jørgensen, s. 287; Soykırımın insanlığa karşı suçlardan olduğu ancak tüm insanlığa karşı suçların, soykırım suçunu oluşturmadığı doktrinde ifade edilmiştir (John Hagan-Wenona Rymond Richmond-Patricia Parker, "The Criminology of Genocide: The Death and Rape of Darfur", *Criminology*, Vol.: 43, Number: 3, 2005, s. 528).

⁹ Jørgensen, s. 287; Claus Kress, "The Crime of Genocide under International Law", *Inter-*

diğer suçlardan ayıran özellik, soykırım suçunun ırkı, dini, etnik veya milli bir grubu tamamen veya kısmen yok etme kastı ile işlenmesidir. Buna karşılık insanlığa karşı suçlar bireye karşı ve bireyi yok etme amacıyla işlenirler. Bu açıdan soykırım suçunu oluşturan fiiller, tanınmada zikredilmeyen diğer gruplara veya bireylere karşı işlenen zalimce hareketlerden yalnız başına daha vahim değildirler.¹⁰

Soykırım konusunda ilk düzenleme 260 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı doğrultusunda 1948 yılında kabul edilen Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi¹¹ (Soykırım Sözleşmesi)'dir.¹² Sözleşmenin taslağını hazırlayanlar, yeni soykırım kavramı ile İkinci Dünya Savaşı sonrası hukukuna ait olan insanlığa karşı suçlar kavramını birbiri ile irtibatlamaktan kaçınmışlardır. Nürnberg mahkemelerine referans vermekten imtina ederek ve insanlığa karşı suçlar kavramını Sözleşme'nin dışında tutarak, insan grubunun yok edilmesini amaçlayan özel bir suç olan soykırım suçu ile Nürnberg mahkemeleri Statüsü'nde yer alan savaş ile bağlantılı suçların birbiri ile karışması önlenmiştir.¹³

Soykırım suçu, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCMY) ve UCMR'nin kurulmasına kadar teorik bir suç olarak kalmıştır. UCMY ve UCMR'nin kurulması ve yaptığı yargılamalardan sonra, soykırım suçunun içeriğini dolduracak içtihatlar oluşmaya başlamıştır.¹⁴

Türkiye, 1950 yılında Soykırım Sözleşmesi'ni imzalamasına karşılık, söz konusu suçu cezalandıracak bir hükme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na kadar ceza hukukunda yer vermemiştir. 5237 sayılı kanunun 76. maddesinde düzenlenen “Soykırım” suçu ile Türkiye, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Çalışmamızda soykırım suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve uluslararası ceza mahkemeleri tarafından verilen

national Criminal Law Review 6, 2006, s. 468.

¹⁰ Morris, s. 207; Diane Marie Amann, “Group Mentality, Expressivism and Genocide”, *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 93.

¹¹ Sözleşme 29 Mart 1950 tarih ve 7469 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹² Başak, s. 72; James Meernik, “Proving and Punishing Genocide at the International Criminal Tribunal for Rwanda” *International Criminal Law Review* 4, 2004, s. 65; Turhan, Soykırım, s. 48.

¹³ Jørgensen, s. 287.

¹⁴ Sinatra, s. 425.

kararlar ışığında incelenecektir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Stakic, Krstic, Jelisic ve Brđjanin* ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Akayesu, Kayishema, Rutaganda, Bagilishema* kararları¹⁵ bu kapsamda incelenecektir.

II. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMI

Soykırım suçu, TCK'nın özel hükümlerinin ilk kısmında düzenlenmiştir. Kısım, "*Uluslararası Suçlar*"¹⁶ başlığını taşımaktadır. Gerek soykırım suçu, gerekse de düzenlendiği kısım olan "*Uluslararası Suçlar*", Türk Ceza hukukunun yeni tanıştığı kavramlardır.¹⁷ Soykırım suçunun incelenmesine geçmeden önce, uluslararası suç kavramı ve söz konusu kavram hakkında yapılan tasniflere değinmekte fayda görmekteyiz.

Uluslararası toplum düzenini bozduğu için uluslararası toplumu bir bütün olarak mağdur duruma getiren fiiller, uluslararası suç olarak nitelendirilmektedir.¹⁸ Uluslararası suçları diğer suçlardan ayıran özellik, suçun zararlarının, uluslararası toplum üzerine etki etmiş olmasıdır. Başlangıçta deniz haydutluğu ve köle ticareti gibi suçlar uluslararası suç olarak kabul edilmiş, daha sonraları, uluslararası suçun kapsamı soykırımı da içine alacak şekilde genişletilmiştir.¹⁹

Soykırım suçu, uluslararası toplum yararını tehlikeye atan bir suç-

¹⁵ Sinatra, s. 426; Kararlarla ilgili değerlendirme için bkz., Paul Kim, "*The Law of Genocide in the Jurisprudence of ICTY and ICTR in 2004*" *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 431 vd.

¹⁶ Birinci Kısımın Adalet Komisyonu'nda kabul edilen başlığı "*İnsanlığa Karşı Suçlar*", Birinci Bölüm başlığı ise "*Soykırım*" şeklinde idi. Meclis Genel Kurulu'nda görüşmeler esnasında verilen önerge ile Kısım başlığı "*Uluslararası Suçlar*", Bölüm başlığı ise "*Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar*" şeklinde değiştirilmiştir (TBMM Adalet Komisyonu ile Genel Kurulu'nda Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, TC Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 274).

¹⁷ Turhan, *Uluslararası*, s. 9.

¹⁸ R. Murat Önok, "*5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar*", *Hukuk ve Adalet. Eleştirel Hukuk Dergisi*, Y.: 2, S.: 5, Nisan 2005, s. 177; Tezcan Durmuş, "*Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı*", *Hukuk Kurultayı* 2000, C.: 1, Ankara 2000, s. 271; Başak Cengiz, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Ankara 2003, s. 2; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat R. Önok, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006, s. 42.

¹⁹ Canan Ateş Ekşi, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Ankara 2004, s. 2.

tur.²⁰ Bu açıdan, soykırım suçu etkilerini uluslararası kamu düzenini ihlal etmek suretiyle gösterir. Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Sözleşmesi ile ilgili Danışma Görüşünde, soykırımın yasaklanmasının bağlayıcı etkisine değinmiş ve söz konusu bağlayıcılığın, Sözleşme'ye taraf olmayan ülkeler açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir.²¹ Ayrıca Divan, soykırımın önlenmesinin *erga omnes* etkisinden bahsetmiş ve her devletin soykırımın önlenmesinde hukuki yararının olduğuna değinmiştir.²² UCMY aynı şekilde *Kupreškić* davasında, soykırımın önlenmesinin *ius cogens* niteliğini belirtmiştir.²³

Uluslararası suç konusunda değişik çalışmalar yapılmış olsa da, üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tasnifin bulunduğundan söz etmek güçtür.²⁴ Doktrinde uluslararası suç konusunda yapılan değişik tasniflerden ilki, suçun taşıdığı yabancılık unsuruna göre yapılan tasniftir. Bu tasnifte; uluslararası kamu düzenini ihlal eden ve anlaşmalarda veya örfi hukukta yer alan eylemlerin yanı sıra, ulusal hukuklarda suç olarak tanımlanan ancak ilave olarak ihtiva ettiği yabancılık unsurundan dolayı uluslararası kamu düzenini etkileyen eylemler de uluslararası suç olarak nitelendirilmiştir. Bu tasnifte, biri iç hukuka, diğeri de uluslararası hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan iki tür uluslararası suç kavramı yer almaktadır.²⁵ Soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu, anlaşmalarda veya uluslararası örf hukukunda tanımlanan suçlar olmasından dolayı uluslararası hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan uluslararası suçları oluştururken; insan ticareti gibi içinde yabancılık unsuru taşıyan ve iç hukuklarda tanımlanan suçlar da, iç hukuka dayalı yabancılık unsuru taşıyan uluslararası suçlardır. Yapılan ikinci tasnif; uluslararası suçları, “uluslararası hukuk suçları” ve “diğer uluslararası suçlar” olarak iki gruba ayırmaktadır. Ulusla-

²⁰ Jan Wouters-Sten Verhoeven, “The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide”, *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 403.

²¹ Wouters-Verhoeven, s. 404.

²² Wouters-Verhoeven, s. 404, 405; Alexandar Jokic, “Genocidalism”, *The Journal of Ethics* 8, 2004, s. 280.

²³ Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Case No. IT-9-16, Trial Chamber III, 14 Ocak 2000, paragraf 520, www.un.org/icty/Kupreškić/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf, Erişim: 12 Şubat 2007; Uluslararası Adalet Divanı 2006 yılında soykırımın önlenmesinin, *jus cogens* niteliğinde olduğunu belirtmiştir (Wouters-Verhoeven, s. 404; aynı şekilde bkz., Kreß, s. 468).

²⁴ Başak, s. 2.

²⁵ Tezcan, s. 272.

rarası hukuka karşı suçlar olarak da isimlendirilen uluslararası hukuk suçları ile doğrudan uluslararası hukuka göre cezalandırılan eylemler kastedilmektedir. Uluslararası hukuk suçları; Roma Statüsü'nde düzenlendiği gibi soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı savaşı suçu olarak dört grup altında incelenmektedir. “Diğer uluslararası suçlar” ise doğrudan uluslararası hukuk tarafından düzenlenmeyen, uluslararası anlaşmalarla cezai yükümlülük altına alınması için devletlerin yetkili kılındığı fiillerdir.²⁶ Uluslararası suçu belirlemek için yapılan üçüncü tasnif ise uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde uluslararası suç olarak ele alınan gerçek anlamda uluslararası suçlar ve diğer uluslararası suçlar şeklindedir.²⁷

III. SOYKIRIM SUÇUNUN TANIMI

Soykırım insanlığa karşı işlenen en büyük suçlardan birisi olması- na rağmen, doktrinde üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmamaktadır. Yapılan bir tahmine göre 20 nci yüzyılda soykırıma maruz kalan insan sayısı 19-28 milyon arası iken,²⁸ başka bir tanım aynı dönem için katledilen kişi sayısını 60 milyon olarak vermektedir.²⁹ Bu değişik rakamların, soykırım tanımındaki farklılıklardan kaynaklandığını söylemek kanaatimizce doğru olacaktır. Zira aynı olay bazılarında göre soykırım olarak nitelenirken, başkalarına göre diğer suçları oluşturacaktır.

Soykırım, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin II. maddesinde tanımlanmıştır³⁰. Aynı tanım, Roma Statüsü'nün 6. maddesine de alınmıştır. Sözleşme ile Statü ara-

²⁶ Turhan, Uluslararası, s. 9; Tezcan/Erdem/Önok, s. 42.

²⁷ Önok, s. 176, 177.

²⁸ Isidor Walliman - Michael N. Dobkowski, *Genocide And the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, Syracuse University Pres 1987, s. ix.

²⁹ Roger Smith, “Human Destructiveness and Politics: the Twentieth Century as an Age of Genocide” in Isidor Walliman - Michael N. Dobkowski, *Genocide And the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, Syracuse University Pres 1987, s. 21.

³⁰ II. madde şu şekildedir “Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “soykırım”, bir ulusal, etnik, ırki veya dini grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak niyetiyle gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır;

- a. Grubun üyelerini öldürmek,
- b. Grup üyelerine ciddi fiziksel veya bedensel zarar vermek,
- c. Grubun kısmen veya tamamen fiziksel olarak yok olmasına neden olacağı hesaplanan yaşam şartlarına kasten maruz bırakmak,
- d. Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirleri almak,
- e. Grubun çocuklarını zorla başka bir gruba nakletmek.”

sındaki tek fark, Sözleşme’de “bu Sözleşmeye mahsus olarak” ibaresinin kullanılmasına karşılık, Statü’de “bu Statüye mahsus olarak” ifadesinin zorunlu ve yerinde olarak tercih edilmiş olmasıdır.³¹ Sözleşme ve Statü’de benimsenen tanım, UCMY Statüsü m. 4’de ve UCMR Statüsü m. 2’de de tekrarlanmıştır.

Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan soykırım tanımının üç esaslı unsuru mevcuttur; a. Diğerlerinden ayrılabilir ulusal, etnik, ırki ve dini bir grubun varlığı, b. Böyle bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı (mens rea) ve c. Söz konusu grup ile bağlantılı olarak, maddenin a-e bentlerinde belirtilen eylemlerin icrası (actus reus).³²

Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan tanım, doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Tanıma getirilen eleştiriler, çok dar olmasından dolayı, normalde soykırım kabul edilebilecek birçok vakanın, soykırım olarak tanımlanamaması noktasına odaklanmıştır. Özellikle korunan grupların içine siyasal ve sosyal grupların dâhil edilmemesi, tanımın bireylere karşı gerçekleştirilen eylemlerle ilgili olması, grubun yaşadığı çevreye karşı işlenen eylemlerin tanımda yer almaması, makul şüphenin ötesinde özel kastın ispatının çok güç olması, “kısmen” kavramının tanımlanması ve ölçülmesinin imkânsızlığı, hangi sayıdaki ölümün soykırım olacağına belirlenmesindeki güçlükler, Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan tanıma getirilen eleştirilerdendir.³³ Gerek Sözleşme’de, gerekse Statü’de soykırım suçunu oluşturan fiiller sayılırken kullanılan “as such” ifadesinin, soykırım suçunu oluşturan fiillerin sınırlı sayıda “*numerus clausus*” olmadığı anlamına geldiği, söz konusu grubun tamamen veya kısmen yok edilmesine neden olabilecek diğer fiillerin de, soykırım suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.³⁴

Soykırım suçunun ilk tanımı, aynı zamanda kavramın isim babası olan *Lemkin*³⁵ tarafından yapılmıştır. *Lemkin*, soykırımın; bir milletin

³¹ Ekşi, s. 45; Leanne McKay, “Characterising the System of the International Criminal Court: An Exploration of the Role of the Court Through the Elements of Crimes and the Crime of Genocide”, *International Criminal Law Review* 6, 2006, s. 259.

³² Jokic, s. 281; Stephen R. Kifer, *Individual Responsibility in the Context of Genocide*, The Degree of Master of Arts Department of Philosophy (Yayınlanmamıştır), University of Colorado, 2006, s. 7.

³³ Kabatsi, s. 391.

³⁴ Ekşi, s. 46.

³⁵ Lemkin, 1933 yılında iki yeni uluslararası suç tanımı yapmıştır. Bunlar vandalizm ve barbarlıktır. Vandalizm, genel olarak kültür ve sanatın yok edilmesi suçudur. Kültür ve sanat eserleri, bütün olarak insanlığa ait olduğundan ve tüm insanlığın,

tüm üyelerinin kitlesel ölümü hariç, bir milletin doğrudan yok edilmesi anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bir ulusun yok edilmesini amaçlamak şartıyla, milli grupların yaşamları için gerekli olan kaynakların yok edilmesini hedefleyen farklı eylemlerden oluşan koordine bir plan da soykırım anlamına gelmektedir. Böyle bir planın gerekçeleri, bireysel olmalarından ötürü değil, ulusal bir grubun üyeleri olmalarından dolayı bireylere karşı gerçekleştirilen, bir grup olarak onurunun, sağlığının, özgürlüğünün yok edilmesi ve grubun ekonomik varlığının, dininin, ulusal duygularının, dilinin, kültürünün, politik ve sosyal kurumlarının parçalanması olabilecektir.³⁶ Lemkin'in soykırım tanımı, kültürel soykırımı da içermektedir.³⁷ Lemkin'in tanımı oldukça geniş ve birçok soykırım tanımını birleştirmesinden dolayı doktrinde eleştirilmiştir.³⁸

Fein, Lemkin gibi soykırım suçunu oluşturan eylemlerin bir devlet tarafından icra edilmesini şart koşmamaktadır.³⁹ Bununla birlikte *Horowitz*, soykırım tanımında yer alan fiillerin ancak bir devlet tarafından işlenebileceğini belirtmektedir. *Horowitz'e* göre “soykırım ve siyasi cinayetler (politicides), grubun önemli bir kısmının ölümü ile sonuçlanan, bir devlet veya onun görevlileri tarafından desteklenen ve icra edilen eylemlerdir. Soykırım ve siyasi cinayetler arasındaki fark, devlet tarafından belirlenen grup üyelerinin özelliklerinde yatmaktadır. Soykırımda, mağdur gruplar etnik köken, dini inanç veya milliyet gibi toplumsal özelliklerine göre belirlenir. Siyasi cinayetlerde, mağdur gruplar hiyerarşik pozisyonlarına veya rejime

bu eserlerin korunmasında menfaati olduğundan dolayı uluslararası suç olarak nitelendirilmiştir. Barbarlık ise savunmasız ırki, dini veya sosyal topluluklara karşı yöneltilen katliam, kadınlara ve çocuklara karşı işlenen toplu zalimce davranışlar, erkeklere yöneltilen ve insanlık onurunu aşağılayan hareketlerdir (Schabas, *Genocide*, s. 26; Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge/Taylor & Francis Publishers 2006, s. 9 (Jones, *Genocide* olarak anılacaktır); Timuçin Köprülü, “Soykırım Suçu Üzerine Tartışmalar”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 6, Mayıs 2006, s. 96).

³⁶ Morton.-Singh, s. 50; Schabas, *Genocide*, s. 25; Kyriakides-Weinstein, s. 374; Nicholas A. Jones, *Adjudicating the Perpetrators of Genocide: A Preliminary Investigation into the Judicial Response to Genocide in Rwanda*, The Degree of Doctor of Philosophy (Yayımlanmamıştır), University of Calgary, 2006, s. 8; Jones, *Genocide*, s. 11; Powell, s. 422.

³⁷ Kreß, s. 466; Robert Gellately-Ben Kiernan, “*The Study of Mass Murder and Genocide*”, *The Specter of Genocide Mass Murder in Historical Perspective* (Edited by Robert Gellately-Ben Kiernan), Cambridge University Press 2003, s. 3; Schabas, *Genocide*, s. 26; Jones, *Genocide*, s. 11.

³⁸ Morton.-Singh, s. 50; Schabas, *Genocide*, s. 26.

³⁹ Morton.-Singh, s. 50; Jones, *Genocide*, s. 18; Powell, s. 420.

*veya hâkim gruplara karşı politik duruşlarına göre belirlenir”.*⁴⁰

Chalk ve Jonassohn soykırımı; “grubun veya üyeliğin fail tarafından belirlendiği, bir devlet veya diğer otoritenin grubu yok etmek niyetiyle gerçekleştirdiği tek taraflı kitlesel ölümler” olarak tanımlamaktadır.⁴¹ Bu tanım, devletin yanı sıra diğer otoriteleri de fail olarak tanımladığından dolayı Horowitz’ın tanımına göre daha geniştir. Ancak söz konusu tanım, bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek isteyen kişileri kapsamadığından, başka bir anlatımla kişileri fail olarak kabul etmediğinden eksik bir tanımdır.⁴²

Charny soykırımı; “sadece belli bir düşmanın askeri kuvvetleri ile çatışmalar esnasında değil, mağdurun savunmasız ve yardıma muhtaç durumunda, kişilerin önemli bir miktarının kitlesel öldürülmesidir” şeklinde tanımlamaktadır. Charny’nin tanımı, failin yok etme saikine önem vermemesinden ve mağdurun karakteristiklerinin belli olmamasından dolayı geniş bir tanımdır.⁴³

Uluslararası öğretilerde yapılan soykırım çalışmalarında, birden fazla soykırım tipi olduğu üzerinde durulmuştur. Lemkin tarafından önerilen tipoloji çalışması, üç farklı soykırım çeşidi üzerinde durmuştur. Birinci tür soykırım, antik çağlarda ortaya çıkmış ve orta çağa kadar devam etmiştir. Bu soykırım türünde mağdur grup veya milletlerin, tamamen veya tamama yakın kısmının yok edilmesi fail tarafından amaçlanmaktadır. İkinci soykırım türü modern zamana aittir ve hedef grubun fiziksel yok edilmesinden ziyade kültürel olarak ortadan kaldırılmasına çalışılmaktadır. Lemkin’in 1930’lardaki Nazi soykırımını yansıtan son soykırım türü, bazı gruplar için fiziksel yok etmeyi amaçlarken, diğer gruplar için etnik asimilasyonu gerektirmektedir.⁴⁴

Horowitz, soykırımı farklı açılardan tasniflemektedir. Horowitz’e göre soykırım; faile, mağdura, korunan gruplara, suçlama türlerine, failin toplumu için ortaya çıkan sonuçlara ve zarar görenlerin sayısına

⁴⁰ Morton.-Singh, s. 51; Jones, Genocide, s. 16; Powell, s. 420.

⁴¹ Frank Chalk and Kurt Jonassohn (eds), *History and Sociology of Genocide*, Yale University Press, New Haven, 1991, p. 23; aynı tanım için bkz., Morton.-Singh, s. 51; Deborah Haris, “Defining Genocide: Defining History” Eras Online Journal, http://www.arts.monash.edu.au/eras/edition_1/harris.htm#7, paragraf 7, Erişim: 12 Mart 2007; Jones, Genocide, s. 17; Powell, s. 418.

⁴² Morton.-Singh, s. 51.

⁴³ Morton.-Singh, s. 51; Jones, Genocide, s. 18; Powell, s. 418.

⁴⁴ Morton.-Singh, s. 48.

göre farklı tasniflere tabi tutulabilir.⁴⁵

Chalk ve Jonassohn, Lemkin'e benzer şekilde, soykırımı failin saikine göre türlere ayırmaktadır. Soykırım suçunun failinde; (a) olası veya mevcut bir tehdidin ortadan kaldırılması, (b) olası veya mevcut düşmanlar arasında korkunun yayılması, (c) ekonomik menfaat elde etme, (d) bir ideolojiyi, inancı veya teoriyi benimsetme saikleri bulunabilir. Saikler arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, ilk üç saik antik çağlarda dahi karşımıza çıkarken, son saik modern zamanlara özgüdür. Aynı şekilde ilk üç saik, failin ülkesine somut faydalar sağlarken, son saik, failin ülkesine bir maliyet getirdiği halde uygulanmaktadır.⁴⁶

Kuper da, soykırımı failin motivasyonuna göre gruplamaktadır. Yazar, *Chalk ve Jonassohn*'un tasnifine üç modern soykırım türü daha eklemektedir. Bunlar; a. ırki, dini ve etnik farklılıkları yerleştirmek suretiyle soykırım, b. fethedilen yerlerdeki insanları, sömürge imparatorluk yoluyla korkutmak, c. politik bir ideolojiyi zorla uygulamak veya yerine getirmek suretiyle soykırımdır.⁴⁷

Kuper daha sonra (1985), soykırımı, egemenlik alanında bir ülke tarafından kendi vatandaşlarına uygulanan iç soykırım ve uluslararası bir çatışma esnasında uygulanan soykırım olarak iki ana gruba ayırmıştır.⁴⁸

Görüldüğü üzere, soykırım konusunda uluslararası öğretilerde üzerinde uzlaşılan bir tanım mevcut değildir. Kanaatimizce soykırım tanımında, sözleşme ve sözleşme doğrultusunda yapılan mukayeseli hukuk düzenlemelerini göz önüne almak gerekmektedir. Buna göre soykırımı; sözleşmede özellikleri belirtilen dört grubu tamamen veya kısmen yok etmek maksadıyla, yine sözleşmede belirtilen sınırlı sayıdaki hareketlerin gerçekleştirilmesi olarak tanımlayabiliriz. Failin, bir organizasyona üye olması veya devlet ajanı olması gerekmediği gibi grubu değil de, kültürünü, örf ve adetlerini yok etmeye yönelik hareketler soykırım suçunu oluşturmamaktadır.

⁴⁵ Morton.-Singh, s. 49.

⁴⁶ Morton.-Singh, s. 49.

⁴⁷ Morton.-Singh, s. 49.

⁴⁸ Morton.-Singh, s. 49.

IV. TARİHSEL GELİŞİM

Jean-Paul Sartre, soykırım gerçeğinin insanlığın tarihi kadar eski olduğunu belirtmiştir.⁴⁹ Bununla birlikte, “soykırım suçu” kavramı, 20. yüzyılın ilk yarısının sonlarına doğru uluslararası toplumun tanıştığı bir kavram olmuştur.

İnsanlık tarihinde avcılık ve toplayıcılık döneminde soykırım suçunu oluşturan hareketlerin işlendiğine dair tarihi bir kanıt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Homeros’un, Truva Savaşı’nın ünlü Akhalı komutanı Agamemnon’a dayandırdığı ve Truvalı’lar için söylediği “onların hiçbirini sağ bırakmayacağız, annelerin rahimlerindeki çocukları bile alacağız” sözleri, aslında tamamen yok etme kastının belirtisi olarak gösterilebilir.⁵⁰ Dünyanın, göçmenler ve yerleşikler olarak ikiye ayrılmasının ardından soykırım hareketlerinin arttığı görülmektedir. Özellikle tarım ürünlerinin mülkiyeti konusundaki ihtilaflar giderek yok edici bir hal almıştır.⁵¹

Yok etmeye ilişkin eylemler genellikle savaşlardan sonra, galipler tarafından gerçekleştirilmiştir. Özellikle gücün devletlerin elinde merkezleşmesi, askeri teknolojilerdeki gelişmelerden dolayı kitlelerin topluca yok edilme imkân ve kabiliyetlerinin artması, kitlesel yok etme eylemlerini daha yaygın kılmıştır.⁵²

Ulusal, ırksal, etnik ve dini grupların zalimce davranışlardan korunmasında uluslararası hukukun rolü 1648 yılında imzalanan Westphalia Barış Anlaşması’na kadar gitmektedir. Söz konusu Anlaşma, dini azınlıklar için bir takım haklar sağlamıştır. Azınlıklara sağlanan haklar, söz konusu grupların haklarının korunmasında insancıl hukukun gelişmesine yol açtı ve bu durum silahlı çatışma hukuku ve uluslararası insancıl hukukun doğmasına neden olmuştur.⁵³

II. Dünya Savaşı’na kadar “soykırım kavramı” kullanılmamıştır. Nitekim II. Dünya Savaşı sırasında özellikle Almanlar tarafından gerçekleştirilen eylemlerin, Winston Churchill tarafından “isimsiz bir suç”⁵⁴ olarak nitelendirilmesinin sebebi de budur. Söz konusu eylemlerin

⁴⁹ Kreß, s. 466.

⁵⁰ Conversi, s. 4.

⁵¹ Morton-Singh, s. 48.

⁵² Morton-Singh, s. 48.

⁵³ Schabas, Genocide, s. 15, 16.

⁵⁴ Conversi, s. 8.

isimlendirilmesi ancak II. Dünya Savaşı'ndan sonra mümkün olmuştur. Soykırımın bir suç olarak kabul edilmesi, soykırımı oluşturan eylemlerin belirlenmesi ve devletlere belirlenen grupları yok etmeye yönelik hareketleri soykırım suçu altında düzenleme yükümlülüğünün getirilmesi 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi ile gerçekleştirilmiştir. Özellikle II. Dünya Savaşı esnasında uluslararası toplumun karşılaştığı soykırım niteliğindeki eylemlere rağmen, kurulan ceza mahkemelelerinde soykırım suçundan yargılama yapılmamış ve ceza verilmemiştir. Soykırım suçundan mahkûmiyetler, 1990'lı yıllarda Eski Yugoslavya ve Ruanda'da gerçekleştirilen eylemlerden dolayı UCMY ve UCMR tarafından verilmiştir.

V. SOYKIRIM SUÇU İLE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. Uluslararası Anlaşmalarda Soykırım Suçu

Soykırım suçunu ve kovuşturulmasını düzenleyen tek uluslararası anlaşma 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi⁵⁵ dir.⁵⁶ Soykırım Sözleşmesi'nin üç amacı vardır. Bunlar; a. öncelikle, Sözleşme'nin oluşturulması aşamasında hâlâ etkileri sıcak olarak hissedilen, II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilere karşı gerçekleştirilen yok etme eylemlerine karşı tepkiyi dile getirmek, b. hukuki bir altyapı oluşturmak suretiyle gelecekte işlenecek soykırım niteliğindeki eylemlere engel olmak ve c. uluslararası alanda, tanınan grupların hayatlarını sürdürebilme hakkını korumaktır.⁵⁷

Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi, soykırım suçunu işleyen kişilerin cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu yükümlülükte iki açıdan kısıtlama bulunmaktadır; öncelikle söz konusu yükümlülük sadece Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeler açısından geçerlidir. Sözleşme'ye taraf olan ülke sayısının yüksek olmasından dolayı, bu kısıtlamanın pratikte önemi olmadığı belirtilmektedir. İkinci

⁵⁵ United Nations Treaty Series, Vol.: 78, s. 277; Sözleşmeye 141 ülke taraftır (bkz., <http://untreaty.un.org> Erişim:3 Mart 2007)

⁵⁶ Helmut Kreicker, "National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 315.

⁵⁷ Peter Quayle, "Unimaginable Evil: The Legislative Limitations of the Genocide Convention", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 365; David Alonso-Maizlish, "In Whole or In Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide and Quantitative Criterion", *New York University Law Review* 77 (5), November 2002, s. 1377.

ci kısıtlama ise Sözleşme'nin soykırım suçunu işleyen kişiler üzerinde kullanılacak yargı yetkisini, sadece suçun işlendiği ülke veya yargı yetkisine sahip uluslararası ceza mahkemesine tanımış olmasıdır.⁵⁸

Soykırım Sözleşmesi, nitelikleri 4. maddede belirtilen sınırlı sayıdaki grubu koruma altına almaktadır. Koruma altına alınan grupların özellikleri, kalıcı ve durağan bir yapıya sahip olmalarıdır. Söz konusu gruplar, tarih boyunca insanlık dışı muamelelere maruz kalmış olmalarından dolayı seçilmişlerdir.⁵⁹

Soykırım Sözleşmesi'nin tanımında iki ibarenin anlamının ortaya çıkarılması gereklidir. Bunlar; *“whole”* ve *“as such”* ibareleridir Soykırımın tanımında yer alan *“tamamen”* (whole) ibaresinin, küresel anlamda grubu kastettiği ifade edilmiştir. Quayle'a göre; küresel anlamda gruba soykırım uygulamak imkânsızdır. Örneğin, *“tüm dünyadaki Yahudiler”* şeklinde belirlenen grubun tamamen yok edilmesi imkânsızdır. Küresel anlamdaki grup, farklı ancak yine korunan gruplar içinde sayılan bir kategori tarafından sınırlanabilir. Örneğin *“Alman olan Yahudiler”*, küresel anlamda tüm Yahudileri ifade etmemesine rağmen, başka bir korunan kategori olan *“milliyet”* tarafından sınırlandırıldığından korunmuş gruplar içinde sayılmaktadır. Bununla birlikte, *“Berlin'de yaşayan Yahudiler”* şeklinde belirlenen bir grup, Sözleşme'nin koruma alanının dışında olduğu belirtilmektedir. Zira küreselliği sınırlayan kategori olan *“Berlin'de yaşamak”* korunan gruplar arasında değildir.⁶⁰ *“as such”* ibaresi ise yukarıda değinildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan hareketlerin sınırlı sayıda olmadığı şeklinde değerlendirilmektedir. Kanaatimizce söz konusu ibare, soykırım suçunu oluşturan eylemlerin sınırlı sayıda olmadığı, soykırımın serbest hareketli bir suç olduğu yönündeki düşüncüyü doğrulayacak anlama haiz değildir. Sözleşmede kullanıldığı yer itibarıyla ibare, soykırımın beş farklı eylemden oluştuğunu belirtmektedir.

Soykırım suçu ile ilgili tanımı, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Rwanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüleri ile

⁵⁸ Kreicker, s. 316; Uluslararası Ceza Hukukunda bireylerin cezai sorumluluğu için bkz., Elies Vand Sliedregt, *“Criminal Responsibility in International Law; Liability Shaped By Policy Goals and Moral Outrage”*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.: 14/1, 2006, s. 81 vd.; Michael Duttwiler, *“Liability for Omission in International Criminal Law”*, *International Criminal Law Review* 6, 2006, s. 1 vd.

⁵⁹ Quayle, s. 367.

⁶⁰ Quayle, s. 368.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü)'nde de aynı şekilde görmekteyiz.

B. Mukayeseli Hukukta Soykırım Suçu

1. Genel

Mukayeseli hukukta soykırım suçunun düzenlenmesinde gerek sistem, gerekse düzenleme yeri açısından farklılıklar bulunmaktadır. Soykırım suçunun, uluslararası bir suç ve uluslararası hukukun emredici bir kuralı olmasının sonucu olarak, uluslararası hukuk düzenlemelerinin doğrudan uygulanması yolu ile müeyyide altına alınması imkânı mevcuttur. Doğrudan uygulanma modeli olarak benimsenen söz konusu sistemin, mukayeseli hukukta örneği bulunmamaktadır.

2. Düzenleme Sistemleri Açısından

a. Doğrudan Uygulanma Modeli

Doğrudan uygulanma modeli, soykırım fiillerinin aynı zamanda uluslararası hukukun emredici kuralına aykırılık teşkil etmesi noktasından hareket etmektedir. Dolayısıyla, soykırım suçunu işleyen fail, ulusal düzenlemelere bağlı kalmaksızın, uluslararası hukukun emredici kuralı gereği cezalandırılabilir. Bununla birlikte doğrudan uygulanma modelinin iki ön şartı mevcuttur. Öncelikle doğrudan uygulanma modelinde, uluslararası hukukun, modeli benimseyen ülkenin hukukunda bağlayıcı ve uygulanabilir olması gereklidir. Örneğin Alman Anayasası'nın 25. maddesi uluslararası örf hukukunun, Alman Federal Hukukunun bir parçası olduğunu açıkça kabul etmiştir. Benzer bir şekilde, *Common Law* ülkelerinde de, uluslararası hukukun ada hukukunun bir parçası olduğu kabul edilmiştir. Doğrudan uygulanma modeli için ikinci şart; ulusal hukukun, yazılı olmayan ceza hukuku hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlamasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶¹'nin 7 (1) (1) maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi⁶²'nin 15 (1) (1) maddesi ve benzer şekilde Taslak Avrupa Anayasası'nın II-109 (1) maddesi, ceza hukuku hükümlerinin yazılı olup olmadığına bakılmaksızın, bir eylemin ulusal veya uluslararası

⁶¹ United Nations Treaty Series, Vol.: 213, s. 221.

⁶² United Nations Treaty Series, Vol.: 999, s. 171.

hukukta suç olması halinde, kovuşturma yapılabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazılı olmayan uluslararası örf hukukunun hükümleri, soykırım suçunun cezalandırılmasında doğrudan uygulanabilir ve bu uygulama yukarıda zikredilen sözleşmelere ve Anayasa'ya uygundur. Bununla birlikte, uluslararası örf hukukunu, kendi hukukunun parçası olarak kabul eden birçok ülke, hukukilik prensibini daha katı uygulamaktadır. Örneğin Alman Anayasası'nın 25. maddesi, uluslararası örf hukukunu ancak yazılı ve açık şekilde tanımlanması halinde doğrudan uygulanmasına imkân verir.⁶³

Her ne kadar yazılı olmayan uluslararası örf hukukunun uygulanması suretiyle kişilerin eylemlerinin suç olduğuna karar verilmesi insan haklarını ihlal etmese de, kişilere verilecek cezaların açıkça tanımlanması ve yazılı olması tercih sebebidir. Bundan dolayı, hukuken uygulanma olanağı söz konusu olsa da, mukayeseli hukukta doğrudan uygulanma modelini benimseyen ülke bulunmamaktadır.⁶⁴

b. Ulusal Ceza Hukukuna Göre Cezalandırma Modeli

(1) Uluslararası Örf Hukukuna Dinamik Referans Modeli

Bu modeli benimseyen ülkeler, genel veya özel ceza kanunlarında soykırım suçunun cezasını belirlerler ve soykırım suçunun tanımını uluslararası örf hukukuna referans vererek belirtirler. Kanada, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Kanunu'nda, söz konusu modeli benimseyen ülkeler arasındadır. İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Kanunu'nun 4 (3). maddesi soykırım suçunu uluslararası hukuka gönderme yaparak "... soykırım, işlendiği zaman ve yerde yürürlükte olan hukukun ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, belirli bir insan topluluğunu tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla işlenen, devletler topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine uygun olarak suç oluşturan veya uluslararası örf hukukuna veya sözleşmeden doğan uluslararası hukuka uygun olarak soykırım oluşturan hareket veya eylemdir".⁶⁵

Bu modelin fayda ve mahzurları mevcuttur. Modelin en önemli faydası, uluslararası hukuka dinamik referansından dolayı, ulusal hukukta hukuki boşluğa sebebiyet vermemesidir. Ulusal ceza hukuku,

⁶³ Kreicker, s. 319, 320.

⁶⁴ Kreicker, s. 320, 321.

⁶⁵ Kreicker, s. 321.

her zaman uluslararası hukukta yer alan suçun kapsamına göre faile ceza verebilme imkânını sağlamaktadır. Daha sonraki zamanda, uluslararası hukukta soykırım suçu açısından meydana gelen gelişmeler, örneğin politik grupların da korunan gruplar içine alınması gibi, ulusal ceza hukukunda da otomatik olarak uygulanabilecektir. Modelin mahzuru ise, cezai eylemin sadece uluslararası hukuk tarafından tanımlanması, ulusal hukukta suçun yazılı bir belgede tanımlanmamasıdır. Bu özelliğinden dolayı, doğrudan uygulanma modeline getirilen eleştiriler, dinamik referans modeli için de geçerlidir.⁶⁶

(2) Uluslararası Örf Hukukuna Statik Referans Modeli

Statik referans modelini benimseyen ülkeler, ceza kanunlarında soykırım suçunu, Roma Statüsü'nün 6-8. maddelerine gönderme yapmak suretiyle belirlemektedirler.⁶⁷ Örneğin İngiltere ve Wales, 2001 tarihli "Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu"⁶⁸nun 50 (1) maddesinde soykırımı "...Roma Statüsü'nün 6. maddesinde tanımlandığı şekliyle soykırım fiili" olarak tanımlamaktadır. Aynı tanım İskoç "Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu'nun 1. maddesinde⁶⁹ ve Yeni Zelanda 2000 tarihli Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu⁷⁰nun 9. maddesinde de yer almaktadır. Belirtmeliyiz ki, söz konusu modeli benimseyen ülkeler, soykırım suçunun tanımında sadece Roma Statüsü'ne gönderme yapmaktadırlar.

Ulusal hukukun hangi eylemleri ve uluslararası suçları cezalandırdığının çok açık olması, kişilerin hangi fiillerin suç olduğunu açıkça belirleyebilmesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarının ulusal hukukta kolaylıkla uygulanabilmesi, Roma Statüsü ile karşılaştırıldığında ulusal hukukta hukuki bir boşluğun doğma ihtimalinin bulunmaması, bu modelin faydaları arasında sayılmaktadır.⁷¹

Roma Statüsü'nün tüm uluslararası suçları kapsamaması, özellikle

⁶⁶ Kreicker, s. 312, 322.

⁶⁷ Kreicker, s. 322.

⁶⁸ Kanun metni için bkz., <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/20010017.htm>, Erişim: 03 Mart 2007.

⁶⁹ Kanun metni için bkz., <http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2001/10013--b.htm#1>, Erişim: 03 Mart 2007.

⁷⁰ Kanun metni için bkz., <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2000/se/026se9.html>, Erişim: 03 Mart 2007.

⁷¹ Kreicker, s. 322, 323.

bazı savaş suçlarını Statü dışında bırakması, Statü'yü esas alan ulusal hukukta da aynı boşlukların oluşmasına neden olacağı yönünde eleştiriler gelmiştir. Ancak, soykırım suçu açısından, çoğunlukla uluslararası örf hukukunun esas alınmasından dolayı, söz konusu eleştiriler soykırım suçu açısından geçerlilik taşımamaktadır.⁷²

c. Özerk Ulusal Ceza Hukuku Modeli

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, çoğu ülkelerin soykırım suçunu tanımlarken ne uluslararası örf hukukuna, ne de Roma Statüsü'ne gönderme yapmayan düzenlemeler oluşturduğu görülmektedir. Bu ülkelerde, en azından prensip olarak, soykırım suçunun cezalandırılmasında uluslararası hukuk göz önüne alınmamaktadır. Özerk Ulusal Ceza Hukuku Modeli'nin benimsendiği ülkelerin uygulaması iki gruba ayrılmaktadır. Bazı ülkeler, soykırım suçu için özel hükümler bulundurmamakta, ceza kanunlarında yer alan diğer hükümleri, soykırım suçunun cezalandırılmasında da kullanmaktadırlar. Diğer bazı ülkeler ise soykırım suçu için genel veya özel ceza kanunlarında düzenlemeler bulundurmaktadırlar.⁷³

Ulusal ceza hukuklarında soykırım suçu için özel hüküm bulundurmeyen ülkelere Yunanistan ve Çin Halk Cumhuriyeti örnek gösterilebilir. Bu ülkeler, uluslararası hukukta tanımlanan ve soykırım oluşturan birçok eylemi, ulusal ceza hukuklarına göre cezalandıramama riski ile karşı karşıyadır. Örneğin, kişilerin öldürülmesi suretiyle soykırım suçunun cezalandırılmasında, ceza kanunlarında yer alan "*cinayet*" suçu; kişilere fiziki zararlar verilmesinde ise "*etkin eylem*" suçu olaya uygulanacaktır. Ancak, grup içinde doğumların önlenmesine yönelik eylemler çoğunlukla cezasız kalacaktır.⁷⁴ Belirtmeliyiz ki, Türkiye, 5237 sayılı kanunun kabulüne kadar, bu grupta yer almakta idi.

Soykırım suçu için özel ceza hükümleri bulunan ülkeler arasında Avustralya, Avusturya, Hırvatistan, Estonya, Fransa, Polonya, Rusya ve ABD sayılabilir.

⁷² Kreicker, s. 323.

⁷³ Kreicker, s. 323.

⁷⁴ Kreicker, s. 323.

3. Düzenleme Yeri Açısından

Soykırım suçunun düzenlendiği yeri çalışmamızda iki açıdan ele alacağız. Öncelikle soykırım suçunun genel ceza kanununda diğer suçlarla beraber mi, yoksa özel ceza kanununda mı düzenlendiği hususunu uygulamaları göz önüne alarak açıklığa kavuşturmaya çalışacağız. İkinci olarak, genel ceza kanunlarında suçu düzenleyen ülkelerin, hangi başlık altında söz konusu suçu düzenledikleri, yani ceza kanunu sistematığında suçu nerede yaptırım altına aldıklarını değerlendireceğiz.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, soykırım suçunun özel veya genel ceza kanunlarında düzenlenmesi açısından iki ihtimalin de söz konusu olduğu görülmektedir. Bir grup ülkeler, soykırım suçunu, genel ceza kanunlarına eklediği özel hükümlerle müeyyide altına alma yolunu seçmişlerdir. İkinci gruptaki ülkeler ise, soykırım suçunu özel ceza kanunlarında düzenlemişlerdir.

Almanya, Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu; Belçika, 10 Şubat 1999 tarihli Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Önlenmesi Kanunu;⁷⁵ Brezilya, 1 Ekim 1956 tarih ve 2889 sayılı kanun;⁷⁶ Danimarka 29 Nisan 1955 tarih ve 132 sayılı Soykırımın Cezalandırılması Kanunu;⁷⁷ İrlanda, 18 Aralık 1973 tarih ve 28 sayılı Soykırım Kanunu;⁷⁸ İsrail, 1950 tarih 5710 sayılı Soykırım Suçu (Önlenmesi ve Cezalandırılması) Kanunu;⁷⁹ İtalya, 9 Ekim 1967 tarih ve 962 sayılı kanunu ile soykırım suçunun düzenlenmesinde özel ceza kanunu ile düzenleme yolunu seçen ülkelerdendir.

Arnavutluk, Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde;⁸⁰ Çek Cumhuriyeti, Ceza Kanunu'nun 259. maddesinde;⁸¹ Estonya, Ceza Kanunu'nun

⁷⁵ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/belgium.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁶ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/brasil.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁷ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/denmark.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁸ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/ireland.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁷⁹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/israel.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁰ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/albania.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸¹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/czech>.

611. maddesinde;⁸² Finlandiya, Ceza Kanunu'nun 6. kısmında;⁸³ Fransa, Ceza Kanunu'nun 211-1 maddesinde;⁸⁴ İspanya, Ceza Kanunu'nun 607. maddesinde;⁸⁵ İsviçre, Ceza Kanunu'nun 264. maddesinde;⁸⁶ Kolombiya, Ceza Kanunu'nun 101. maddesinde;⁸⁷ Küba, Ceza Kanunu'nun 116. maddesinde;⁸⁸ Litvanya, Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde;⁸⁹ Meksika, Ceza Kanunu'nun 149 bis maddesinde;⁹⁰ Nikaragua, Ceza Kanunu'nun 549. maddesinde;⁹¹ Paraguay, Ceza Kanunu'nun 319. maddesinde;⁹² Peru, Ceza Kanunu'nun 319. maddesinde;⁹³ Polonya, Ceza Kanunu'nun 118. maddesinde;⁹⁴ Portekiz, Ceza Kanunu'nun 239. maddesinde;⁹⁵ Romanya, Ceza Kanunu'nun 356. maddesinde;⁹⁶ Rusya, Ceza Kanunu'nun 357. maddesinde⁹⁷ soykırım suçunu düzenlemiştir.

htm, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸² Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/estonia.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸³ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/finland.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁴ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/french.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁵ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/spain.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁶ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/suisse.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁷ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/colombia.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁸ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/cuba.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁸⁹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/lithuania.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁰ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/mexico.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹¹ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/nicaragua.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹² Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/paraguay.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹³ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/peru.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁴ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/poland.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁵ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/portugal.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁶ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/romania.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

⁹⁷ Kanun metni için bkz., <http://www.preventgenocide.org/fr/droit/codes/russia.htm>, Erişim: 1 Mart 2007.

Soykırım suçunu genel ceza kanunlarında düzenleyen ülkelerden; Arnavutluk, Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerinde Birinci Başlıkta *"İnsanlığa Karşı Suçlar"*ın altında; Burkina Faso, aynı şekilde Özel Hükümlerinde *"İnsanlığa Karşı Suçlar"* başlığı altında; Çek Cumhuriyeti 10. Bölümde aynı başlık altında; Fransa, Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler bölümünde *"İnsanlığa Karşı Cürümler"* başlığı altında; İspanya, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında *"Uluslararası Topluma Karşı Suçlar"* başlığında; İsviçre, Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler bölümünde *"Uluslararası Toplumun Menfaatlerine Karşı Suçlar"* başlığı altında; Kolombiya, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında *"Kişinin Bütünlüğüne ve Hayatına Karşı Suçlar"* başlığı altında; Meksika, Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabında *"İnsanlığa Karşı Suçlar"* başlığı altında; Nikaragua, Ceza Kanunu'nun Özel Bölümünde *"Uluslararası Karakterli Suçlar"* başlığı altında; Polonya, Ceza Kanunu'nun Özel Bölümünde *"Barışa, İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları"* başlığı altında; Portekiz, Ceza Kanunu'nda *"İnsanlığa Karşı Suçlar"* başlığı altında; Romanya, Ceza Kanunu'nun Özel Bölümünde *"Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar"* başlığı altında; Rusya, Ceza Kanunu'nda *"İnsanlığın Güvenliğine ve Barışa Karşı Suçlar"* başlığı altında soykırım suçunu düzenlemişlerdir. Mukayeseli hukuktaki düzenlemelere bakıldığında, ülkelerin büyük kısmı, soykırım suçunu insanlığa karşı suç olarak değerlendirmiş ve aynı başlık altında düzenlemişlerdir. Bir kısım ülkeler ise suçun uluslararası özelliğine vurgu yapmış ve uluslararası topluma karşı bir tehdit olarak değerlendirmişlerdir.

C. Bazı Ülkeler Uygulaması

1. Slovenya

Slovenya'da Aralık 1990'da yapılan halkoylamasının ardından, Slovenya Parlamentosu, Slovenya Cumhuriyeti'nin Anayasal Egemenlik ve Bağımsızlık Bildirgesi'ni kabul etmiştir. Bildirge'nin kabulünden sonra, yeni ceza ve ceza usul kanunlarının yürürlüğe girmesine kadar, Slovenya'da Eski Yugoslavya Ceza ve Ceza Usul Kanunu uygulanmıştır. Eski Yugoslavya'da, ceza usul kanunu ile ceza kanunun genel hükümleri federal düzeyde düzenlenmesine rağmen, ceza kanunlarının özel hükümleri federe düzeyde kabul edilmiştir. Ceza kanunlarının özel hükümlerinin federe düzeyde düzenlenmesinde istisnalardan birisi de, soykırım suçunu düzenleyen Eski Yugoslavya

Ceza Kanunu'nun 141. maddesini de içine alan, uluslararası hukuka ve insanlığa karşı suçlardır. Uluslararası hukuka ve insanlığa karşı suçlar, Eski Yugoslavya'da federal düzeyde düzenlenmiştir.⁹⁸

Soykırım suçu, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Slovenya Ceza Kanunu'nun 373. maddesinde düzenlenmiştir. 373. madde incelendiğinde, düzenlemenin Soykırım Sözleşmesi ve 22 Kasım 2001 tarihinde Slovenya Parlamentosu tarafından onaylanan Roma Statüsü'ne benzer olduğu görülmektedir. 373. madde; ulusal, etnik, ırki veya dini grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla, grubun üyelerinin öldürülmesi emrinin verilmesi, grup üyeleri üzerinde ciddi yaralanmaya sebebiyet veren fiiller icra edilmesi, grup üyelerinin ciddi şekilde bedensel veya ruhsal zarar görmesine sebep olunması, grubun tamamen veya kısmen yok olmasına sebebiyet verecek şekilde yaşam koşullarının değiştirilmesi, grup içinde doğumları önleyici tedbirlerin uygulanması, nüfusun zorla başka yere yerleştirilmesi, grup içindeki çocukların zorla başka gruplara nakledilmesi eylemlerini cezalandırmaktadır.⁹⁹

Sloven Ceza Kanunu'nun 373. maddesi, Eski Yugoslav Ceza Kanunu'nun 141. maddesi ile karşılaştırıldığında aralarında fark olduğu görülmektedir. İki madde arasındaki birinci fark, suç karşılığı öngörülen cezanın nevi ve miktarındadır. 141. madde suç karşılığında en az 5 yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve bazı durumlarda ölüm cezası öngörmüşken, 373. madde 10 yıldan, 20 yıla kadar hapis cezasını suç karşılığında düzenlemiştir.¹⁰⁰

Sloven Ceza Kanunu'nun, gerek Eski Yugoslav Ceza Kanunu'ndan gerekse de Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü'nden ayrıldığı nokta, 373. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemedir. Aşağıda da üzerinde durulacağı üzere, gerek Soykırım Sözleşmesi ve gerekse de Roma Statüsü, soykırım suçunda korunan grupları, ulusal, ırki, dini ve etnik gruplarla sınırlamıştır. Diğer gruplar, mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere Sözleşme ve Statü'nün kapsamında değildir. Bununla birlikte, 373. maddenin 2. fıkrası, soykırım suçunda korunan grupları genişletmiş, sosyal veya politik grupların da, zikredilen diğer dört grubun yanı sıra

⁹⁸ Tatjana Markelj, "The Criminal Law of Genocide-The Slovenian Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 343, 344.

⁹⁹ Markelj, s. 345.

¹⁰⁰ Markelj, s. 345.

koruma altında olduğunu belirtmiştir.¹⁰¹ Ayrıca, grubun zorla başka yere nakli, Sözleşme’de, Statü’de ve mahkeme kararlarında soykırım olarak nitelendirilmemesine rağmen, 373. madde, söz konusu hareketi soykırım suçunu oluşturan hareketler arasında saymıştır.

Sloven Ceza Kanunu’nun 373. maddesi, yürürlüğe girdiği 1995 yılından beri iki kez değişikliğe uğramıştır. 1999 yılında yapılan değişiklikte, suç karşılığı öngörülen cezanın üst sınırı 20 yıldan, 30 yıla çıkarılmıştır. Bu süre, Sloven Ceza Kanunu’nda yer alan maksimum hürriyeti bağlayıcı cezadır. İkinci değişiklik ise 2005 yılında yapılmıştır ve bu değişiklikte, 373. maddeye, 3. fıkra eklenmiştir. Eklenen 3. fıkra, soykırım suçuna teşvik eden veya azmettiricinin, soykırım suçunun cezası ile cezalandırılacağını belirtmektedir.¹⁰² Sloven kanun koyucusunun, suça iştiraki, ceza kanunun genel hükümlerine bırakmayıp, soykırım suçu için özel olarak düzenlemesi aynı zamanda kanun koyucunun, soykırım suçuna gösterdiği hassasiyeti vurgulaması açısından önemlidir.

Son olarak, Slovenya tarafından iç hukukuna uyarlanan Roma Statüsü ile Sloven Anayasası arasında meydana gelen çatışmalara değinmek gerekecektir. Bilindiği üzere, Roma Statüsü’nün 20. maddesi “*ne bis in idem*” kuralını düzenlemekte ve iki durumda, söz konusu kurala istisna getirmektedir. 20. maddeye göre önceki yargılamanın Divanın yargı yetkisine giren suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı korumak amacıyla yapılması veya önceki yargılamanın, uluslararası hukuk tarafından tanınan usul kurallarına göre bağımsız ve tarafsız şekilde yapılmaması ve söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılması halinde, beraat kararı verilmiş olsa dahi yeniden yargılama yapılabilecektir. Ancak Sloven Anayasası’nın 31. maddesi hiçbir şekilde “*ne bis in idem*” kuralına istisna getirmemektedir.¹⁰³

İkinci çatışma hali ise Statü’nün 27. maddesinde düzenlenen ve devlet ve hükümet başkanları dâhil hiç kimsenin Statü’nün yargı yetkisi dışında tutulamayacağı kuralına ilişkindir. Bununla birlikte, Sloven Anayasası’nın 83. maddesi parlamento üyelerinin, 100. maddesi bakanlar kurulu üyelerinin, 134. maddesi hâkimlerin ve 167. maddesi

¹⁰¹ Markelj, s. 345.

¹⁰² Markelj, s. 346.

¹⁰³ Markelj, s. 348.

ise Anayasa Mahkemesi üyelerinin bağımsızlığını düzenlemektedir.¹⁰⁴ Bu durum, Anayasa'nın söz konusu maddeleri ile Sözleşme arasında hukuki ihtilafın doğması demektir.

2. Almanya

1954 yılında Soykırım Sözleşmesi Almanya tarafından onaylanmış¹⁰⁵ ve Almanya uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek için Ceza Kanunu'nun 220a maddesinde soykırım suçunu düzenlemiştir. 220a maddesi kabulünden sonra kırk yıl boyunca kullanılmamış ve doktrinde soykırım suçu “sembolik suç” olmasından dolayı eleştirilmiştir.¹⁰⁶ Eski Yugoslavya'da işlenen fiillerden dolayı bazı faillerin Alman Mahkemelerinde “soykırım” suçundan cezalandırılmaları ancak on yıl boyunca süren yargılamaların sayısının az olması Almanya'da kanun değişikliğini gündeme getirmiştir.¹⁰⁷

2002 yılında kabul edilen “Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu” (Völkerstrafgesetzbuch), Alman Ceza Kanunu'nun 220a maddesinde düzenlenen soykırım suçunu, içeriğinde önemli bir değişiklik yapmaksızın 6. maddesinde düzenlemiştir. 6. madde, Soykırım Sözleşmesi'nden farklı şekilde düzenlenmiş, Alman kanun koyucusu uluslararası modeli, kendi ulusal hukukuna uyarlarken bazı değişiklikler yapmıştır.¹⁰⁸ Uluslararası hukuka karşı suçların, Alman Ceza Kanunu yerine yeni bir kanunda düzenlenmesi, doktrinde bazı yazarlar tarafından doğru bir yaklaşım olarak kabul görmüştür. Söz konusu ya-

¹⁰⁴ Markelj, s. 348, 349.

¹⁰⁵ Almanya daha sonraları Roma Statüsü'nü hayata geçirebilmek için Alman Anayasası'nın (Grundgesetz) 16 ncı maddesini değiştirerek Alman vatandaşlarının Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılamasına göndermeyi mümkün kılmıştır (Helmut Satzger, “German Criminal Law and the Rome Statute-A Critical Analysis of the New German Code of Crimes Against International Law”, *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 262).

¹⁰⁶ Gropengießer, s. 331.

¹⁰⁷ Gropengießer, s. 331.

¹⁰⁸ Gropengießer, s. 332; 6. maddenin 1. fıkrasının metni şu şekildedir “Her kim, ulusal, ırki, dini veya etnik grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı ile; 1. grubun bir üyesini öldürürse, 2. Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde belirtilen türde, grubun bir üyesine bedensel veya ruhsal ağır zarar verirse, 3. Grubu, tamamen veya kısmen fiziksel yok olmasına sebep olacak yaşam koşullarında yaşamaya zorlarsa, 4. Grup içerisinde doğumları önlemek amacıyla önlemler uygularsa, 5. Grubun bir çocuğunu, başka bir gruba zorla naklederse müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” Kanun metni için bkz., Gropengießer, s. 332, 333.

zarlara göre, uluslararası suçlar için ayrı bir kanunun kabul edilmesi, uluslararası hukuka karşı suçlara kanun koyucunun verdiği önemin bir göstergesidir. Ayrıca yeni bir kanunda suçları düzenleme yaklaşımı, uluslararası suçların karmaşık doğasını, anlaşılabilir bir yapıya oturtmayı mümkün kılmaktadır.¹⁰⁹

Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm (m. 1-5), genel hükümlere yer vermekte olup, Kanun'un 1, 3, 4 ve 5. maddelerinin özel durumlar ihtiva etmemesi halinde, Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uluslararası hukuka karşı suçlar içinde uygulanabilecektir.¹¹⁰ Kanunun ikinci bölümü özel hükümleri ihtiva etmektedir ve Roma Statüsü'nde olduğu gibi soykırım suçu ile başlamakta (m. 6), insanlığa karşı suçlar (m. 7) ile devam etmektedir. Son olarak 8-12. maddelerinde savaş suçlarını düzenlemektedir.¹¹¹

Alman hukukunda, soykırım suçunun korunan hukuki yararı konusunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Alman Federal Ceza Mahkemesi (Bundesgerichtshof) Ceza Kanunu'nun 220a maddesi ile korunan hukuki yararın, suça maruz kalan ulusal, ırki, dini veya etnik grubun sosyal varlığının korunması olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre birey, nadiren soykırım fiilinin konusu olur. Bununla birlikte bazı yazarlar bireyin yaşamının da soykırım suçundan korunan hukuki yararlar arasında olduğunu belirtmiştir. Bazı yazarlar ise failin, mağduru bir kişi olarak değil grup üyesi olarak kabul etmekte ve onun kişiliğini, grup üyeliğine indirdiğinden dolayı soykırım suçu ile insan onurunun da korunduğunu ifade etmişlerdir. Son olarak Kref, soykırım suçunda üç korunan yarar bulunduğunu belirtmiştir. Bunlar; grubun varlığı, bireyin yaşamı ve uluslararası barıştır.¹¹²

Alman hukukunda, soykırım suçunda korunan hukuki gruplar, Sözleşme'de olduğu gibi sınırlı sayıda belirtilmiş, politik ve ekonomik gruplar, korunan gruplar arasında sayılmamıştır. Ayrıca, soykırım fiilinin, yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olmasına gerek yoktur. Karşılaşılması güç olsa bile, tek bir eylemin bile soykırım suçunu

¹⁰⁹ Satzger, s. 266.

¹¹⁰ Satzger, s. 267.

¹¹¹ Satzger, s. 267; Andreas Fischer-Lescano, "Torture in Abu Ghraib: The Complaint Against Donald Rumsfeld Under the German Code of Crimes Against International Law", *German Law Journal*, Vol.: 06, No.:3, s. 695.

¹¹² Gropengießer, s. 335.

oluşturacağı ifade edilmektedir.¹¹³

Völkerstrafgesetzbuch'un 6. maddesinde düzenlenen suçun manevi unsuru kasttır. Suçun oluşumu için, korunan grupları yok etme özel kastı bulunmalıdır. Alman hukukunda özel kast, grubun yok edilmesinin, failin sadece nihai amacı değil, nihai amacı gerçekleştirmek için gerekli vasıta amacı olduğu zaman da var kabul edilir. Sonuç olarak, herhangi bir ırkçı önyargıya sahip olmayan bir kimse, askeri amaçlarla grubun yaşadığı bir bölgeyi fethetmek istese ve grup yok edilmeden amacına ulaşması mümkün olmasa bile soykırım suçundan cezalandırılabilecektir.¹¹⁴

Alman hukukunda soykırım suçunun cezası, Alman hukukunun izin verdiği en ağır ceza ile cezalandırılmıştır; müebbet hapis. Bununla birlikte, kanun koyucu her olayın aynı yoğunlukta olmadığını kabul etmiş ve 6. maddenin ikinci fıkrasında, failin doğrudan grup üyelerinden birinin ölümüne sebep olmadığı durumlarda, eylemin ağırlığına bağlı olarak ceza indirimi uygulanmış ve hürriyeti bağlayıcı ceza 5 ila 15 yıl arasında belirlenmiştir.¹¹⁵

3. İtalya

İtalya Parlamentosu, 1952 yılında Soykırım Sözleşmesi'ni onaylaması hususunda Hükümete yetki vermesine rağmen, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Kanunu¹¹⁶ (Prevenzione e repressione del delitto di genocidio) 1967 yılında çıkarılmıştır. 15 yıllık gecikmenin sebebi olarak, Sözleşme'nin uygulanması ile İtalyan Anayasası arasındaki çelişkiler gösterilmiştir.¹¹⁷

Sözleşme ile İtalyan Anayasası arasındaki temel sorun, Soykırım Sözleşmesi'nin 7. maddesi ile ilgili çıkmıştır. 7. madde; soykırım ve 3. maddede sayılan eylemlerin, suçluların iadesi kapsamında siyasi suç olarak düşünülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte,

¹¹³ Gropengießer, s. 336; Steffen Wirth, "International Criminal Law in Germany; Case Law and Legislation", *Presentation to the Conference Combating International Crimes Domestically*, 3rd Annual War Crimes Conference, Ottawa, 22-23 Nisan 2002, s. 10.

¹¹⁴ Gropengießer, s. 339.

¹¹⁵ Gropengießer, s. 340.

¹¹⁶ Kanun metni için bkz., Michela Miraglia, "Genocide: The Italian Perspective", *International Criminal Law Review* 5, 2005, s. 361.

¹¹⁷ Miraglia, s. 351.

İtalyan Anayasası'nın 10 ve 26. maddeleri, vatandaş olmayan kişilerin siyasi suçtan dolayı iade edilemeyeceği, vatandaşın sadece uluslararası sözleşmelerde açıkça düzenlenmesi halinde iade edilebileceği ancak siyasi suçtan dolayı vatandaşın da hiçbir şekilde iade edilemeyeceği hususlarını düzenlemektedir. İtalya'daki tartışmalar "*siyasi suç*"un tanımını noktasında yoğunlaşmıştır. Zira Anayasa, siyasi suç tanımlamamıştır. Bazı yazarlar tarafından, Ceza Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan tanımın, Anayasa'nın 10 ve 26. maddeleri için de geçerli olduğu ileri sürülürken, diğer bazı yazarlar birtakım nedenlerden dolayı farklı bir tanımın yapılması görüşünde idiler.¹¹⁸

İtalyan doktrininde soykırım suçunun, siyasi suç kapsamında düşünülmemeyeceği görüşü hâkim olmasına karşın,¹¹⁹ mahkeme içtihatlarında soykırım suçu, siyasi suç olarak mütalaa edilmiştir. Nitekim Alman vatandaşı olan ve Alman mahkemeleri tarafından soykırım suçundan hakkında hüküm verilen Kroger'in iadesi, Bologna Mahkemesi tarafından soykırımın siyasi bir suç olduğu ve Anayasa'nın 10. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde reddedilmiştir.¹²⁰

Soykırımın, siyasi bir suç olup olmadığı noktasında tartışmalar kesin bir sonuca ulaşmamasına rağmen, Bologna Mahkemesi'nin kararında olduğu gibi içtihatların gelecekte soykırımı, siyasi bir suç olarak nitelemesinden kaçınmak için Sözleşme'nin 7. maddesine uygun olarak anayasa değişikliği yapılmış ve 1967/1 sayılı kanun ile Anayasa'nın 10 ve 26. maddelerinin, soykırım suçuna uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.¹²¹

Soykırım suçunu cezalandıran 962 sayılı kanun, Sözleşmede yer alan tanımı benimsemiştir. Suçun manevi unsuru yani tamamen veya kısmen yok etme kastı ve korunan gruplar, 962 sayılı kanunda, Sözleşmede olduğu gibi düzenlenmiştir. 962 sayılı kanun 9 maddeden oluşmakta olup, soykırım suçunu oluşturan hareketleri farklı maddelerinde ayrı ayrı suç olarak düzenlemiştir.

Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında; tamamen veya kısmen yok

¹¹⁸ Miraglia, s. 352.

¹¹⁹ Nitekim İtalyan Hükümetine, Soykırım Sözleşmesini onaylama yetkisi veren 11 Mart 1952 tarih ve 153 sayılı kanunun Parlamento'da görüşmelerinde, soykırımın, insanlığa karşı suçlar içinde değerlendirilmesi gerektiği, siyasi suç kategorisinde düşünülmemeyeceği raportör tarafından belirtilmiştir (Miraglia, s. 352, 353).

¹²⁰ Miraglia, s. 353.

¹²¹ Miraglia, 2.353.

etmek kastı ile ulusal, ırki, dini veya etnik grubun üyelerine doğrudan ciddi bedensel veya ruhsal zarar vermek eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Fıkra da, suç karşılığı 10 ila 18 yıl hapis cezası öngörülmüştür. 2. fıkra da ise aynı özel kast ile grubun üyelerinin ölümüne veya doğrudan daha ciddi bedensel veya ruhsal zarara sebep olmak, 24 ila 30 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Aynı fıkra da, grup üyelerinin fiziksel olarak yok olmasına sebep verecek şekilde yaşam koşullarının değiştirilmesi hareketi için aynı ceza öngörülmüştür.

Kanun'un 2. maddesi, Sloven Ceza Kanunu'nda olduğu gibi Sözleşme ve Statü'de düzenlenmeyen, aynı maksatla grubun üyelerinin sınır dışı edilmesi hareketini, 15 ila 24 yıl arasında hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır. Kanun 3. maddesinde, 1 ila 2. maddelerinde yer alan eylemlerin, ölümle sonuçlanması halinde müebbet hapis cezası verileceğini hükme bağlamıştır.

4. maddede, tamamen veya kısmen yok etmek amacıyla grup içindeki doğumları önleme veya sınırlamayı içeren her türlü önlemin uygulamaya konması 12 ila 21 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılırken, 5. maddesinde 14 yaşını doldurmayan çocukların zorla kaçırılması veya başka gruplara nakledilmesi halinde aynı cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir.

962 sayılı kanunda, soykırım suçunu oluşturan en ilgi çekici hareket 6. maddede düzenlenmiştir. Ayırıcı işaretler uygulama başlığı altında, grup üyelerine, belli bir gruba ait olduğunu belirten ayırıcı işaretlerin uygulanması soykırım suçu olarak nitelenmiş ve 12 ila 21 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Bu hareketin kanuna konmuş olmasının sebebi, İtalya'nın geçmişteki tecrübelerinden edinmiş olduğu derslerdir. Almanların ve İtalyanların, Yahudileri grup olarak tanımak ve ayırmak için "Davud Yıldızı" takmaya zorlaması, söz konusu hareketin soykırım türü olarak düzenlenmesinin sebebidir.¹²² Ayrıca belirtmeliyiz ki, 962 sayılı kanunda düzenlenen ve özel kast gerektirmeyen tek suç, 6. maddede yer alan suçtur.

Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasında, başka birini Kanun'un 1-5. maddeleri arasında yer alan suçları işlemek için alenen kışkırtan kişinin eylemi 3 ila 12 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

Kanunun ilginç hükümlerinden birisi 8. maddenin 2. fıkrasında

¹²² Miraglia, s. 355.

yer almaktadır. Buna göre alenen soykırım suçunu öven kişi, 3-12 yıl arasında hapis ile cezalandırılacaktır. Soykırım suçunu övme eylemi, ceza kanununda düzenlenen “suçu övme” cürümünden daha farklı şekilde yorumlanmaktadır. İtalya’da Cassazione kararı; soykırım suçunu övme eyleminin, başka birini somut bir şekilde soykırım suçunu işlemeye teşvik etmesine gerek kalmadan, soykırım eylemi hakkında olumlu düşüncelerin açıkça ifadesi ile de işlenebileceğini belirtmiştir. Ancak bu karar doktrinde, madde 8/2’de düzenlenen suçun, benzer bir suç olan “suçu övme” cürümünden niçin farklı yorumlandığının anlaşılamadığı yönünde eleştirilmiştir. 2001 yılında Milan Mahkemesi, Cassazione kararında yer alan yorumu terk etmiş ve somut bir şekilde bir başkasını suç işlemeye kışkırtma şartını aramıştır.¹²³

VI. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Suç ile korunan hukuki menfaatin birden fazla olduğu belirtilmektedir.¹²⁴ Bazı yazarlar suç ile üç farklı hukuki yararın korunduğunu ifade etmektedir. Nitekim soykırım suçu ile gruba mensup bireylerin maddi ve manevi varlıkları korunmaktadır. Bireye yönelen ve soykırım oluşturan hareketin türüne göre yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, şahıs hürriyeti, bireyin şeref ve haysiyeti korunan değerler arasındadır. İkinci olarak, soykırım suçunun tamamen veya kısmen bir grubu yok etmek niyetiyle icra edilmesi, korunan hukuki yararın grubun fiziksel varlığı olduğu düşüncesini doğrulamaktadır. Son olarak da, tüm uluslararası suçlarda olduğu gibi uluslararası kamu düzeni korunan hukuki yararlardandır.¹²⁵

Kanaatimizce soykırım suçunda korunan hukuki menfaatler birden fazladır. Korunan hukuki menfaatler, soykırım suçunu oluşturan hareketlere göre belirlenmelidir. Grup üyelerinin öldürülmesinde, grubun ve grubu oluşturan bireylerin maddi varlıkları korunmakta iken, grup üyelerine bedensel veya ruhsal ağır hasar verilmesinde, grubun ve grubu oluşturan bireylerin hem maddi ve hem de manevi varlıkları korunan hukuki menfaatler arasındadır. Grubun yaşam koşullarının ağırlaştırılmasında, grubun yaşamını sürdürebilme hakkı korunmaktadır. Grup içindeki doğumların önlenmesinde ve gruba

¹²³ Miraglia, s. 356, 357.

¹²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 48; Önok, s. 184.

¹²⁵ Önok, s. 184; Tezcan/Erdem/Önok, s. 48.

mensup çocukların başka gruplara nakledilmesinde, grubun ayrı kimliğini muhafazası ve yaşamını sürdürebilmesi esas alınmaktadır.

VII. SOYKIRIM SUÇUNUN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda soykırım suçu ilk kez, 2001 tarihli Dönmezer Tasarısı'nın 128. maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁶ 5237 sayılı TCK, 2001 Tasarısı'nda yer alan tanım bazı farklılıklarla 76. maddesine taşınmıştır.¹²⁷ Maddenin son şekli 15 Eylül 2004 tarihinde Genel Kurul'da yapılan görüşmeler esnasında verilen önerge sayesinde oluşturulmuştur.¹²⁸ 5237 sayılı TCK'nın 76. maddesi şu şekildedir;

“(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.

¹²⁶ Köprülü, s. 98.

¹²⁷ Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metin şu şekildedir;

Soykırım

MADDE 76.- (1) Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırkî, dinî veya bunlar dışında bir özellikle belirlenen 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) Doğumların zorla engellenmesi,

e) Çocukların zorla başka yerlere götürülmesi.

(2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.

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

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.

¹²⁸ TBMM Adalet Komisyonu ile Genel Kurulu'nda Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, TC Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 274.

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."

Madde metni incelendiği zaman, Türk kanun koyucusunun, soykırım suçunu düzenlerken, Soykırım Sözleşmesi'ndeki düzenlemeye sadık kaldığı açık şekilde görülmektedir. TCK'nın düzenlemesinin, Soykırım Sözleşmesi'nden ayrıldığı nokta, 76. maddeye "bir planın icrası suretiyle" ibaresinin eklenmiş olmasıdır.

B. Fail

Fail herhangi bir kimse olabilir.¹²⁹ Failin, devlette veya devlet benzeri organizasyonda görevli olmasına gerek yoktur.¹³⁰ Nitekim Soykırım Sözleşmesi'nin görüşmeleri esnasında soykırım suçunun yalnızca devlet örgütü tarafından işlenebilen bir suç olması yönündeki öneri kabul görmemiştir.¹³¹ Bununla birlikte, yaygın görülen uygulama failin asker, polis, gerilla gibi bir grubun mensubu olmasıdır.¹³²

Soykırım suçunun, hedef seçilen gruba mensup birisi tarafından işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar, korunan gruba mensup kişinin, söz konusu suçun faili olamayacağı, soykırım suçunun mutlaka korunan grup dışında bir kişi tarafından işlenmesi gerektiğini savunurken, diğer görüş soykırım suçunun, hedeflenen gruba mensup bir kişi tarafından da işlenebileceği yönündedir.¹³³ Kanaatimizce Türk hukukunda, suçun failinin, korunan gruplardan birine mensup olması yönünde bir engel bulunmamaktadır.

Türk hukukunda, tüzel kişi bakımından faillik kabul edilmemiş,

¹²⁹ Önok, s. 184; Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹³⁰ Kreß, s. 473.

¹³¹ Kreß, s. 473.

¹³² Turhan, Uluslararası, s. 13.

¹³³ Kreß, s. 473.

tüzel kişiler açısından 60. maddede yazılı güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Mukayeseli hukukta, herkesin soykırım suçunun faili olabileceği yönünde eğilim bulunmaktadır. Nitekim Almanya (m. 6), Arnavutluk (m. 73), Brezilya (m. 1), Çek Cumhuriyeti (m. 259), Danimarka (m. 1), Finlandiya (ks. 6), Fransa (m. 211-1), Küba (m. 116), Portekiz (m. 239), soykırım suçunun failinde herhangi bir özellik aramayan ülkelere örnek gösterilebilir. İncelediğimiz kanunlar içerisinde, soykırım suçunun failinin herhangi bir gruba ait olması veya başka bir özellik göstermesi yönünde düzenleme yapan ülke bulunmamaktadır.

C. Mağdur

Soykırım suçunun mağduru, maddede özellikleri belirtilen gruptur. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 11 Aralık 1946 tarihli toplantısında, adam öldürme suçunun bireyin yaşam hakkının ihlali olmasına karşın, soykırım suçunun tüm insan topluluğunun var olma hakkının ihlali olduğunu kararlaştırmıştır. Soykırım eylemleri aslen bireylere karşı irtikâp edilse de, söz konusu eylemde birey tek başına değil, ait olduğu grubun üyesi olarak önem kazandığı belirtilmiştir.¹³⁴ Yine doktrinde soykırım, grubun kimliğine yönelik bir saldırı olarak tanımlanmış ve insan haklarının korunmasından daha çok grubun kendisinin korunmasının, soykırım suçu açısından önem kazandığı belirtilmiştir.¹³⁵

Uluslararası Ceza Mahkemeleri de, soykırım suçunun mağduru-
nun bireyler değil grup olduğunu belirtmiştir. *Brdjanin* kararında, soy-
kırım suçunun belli bir gruba ait bireylere yani grup üyelerine karşı
işlenen bir suç olmasına karşın, soykırım suçunda nihai mağdurun söz
konusu grup olduğu belirtilmiştir.¹³⁶ Aynı şekilde *Akayesu* davasında,
soykırım suçunun mağdurunun birey değil, bizzat grubun kendisi ol-
duğu ifade edilmiştir.¹³⁷

¹³⁴ Jørgensen, s. 303; Amann, s. 93.

¹³⁵ Jørgensen, s. 304.

¹³⁶ Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes Againsts Humanity, A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, USA 2006, s. 147 (HRW olarak anılacaktır).

¹³⁷ Jørgensen, s. 303; Mahkeme Rutaganda davasında da benzer şekilde karar vermiştir.

Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan "grup" teriminin anlamı konusunda uluslararası öğretide değişik görüşler öne sürülmüştür. *Lemkin*, grup terimi ile azınlıkların aynı anlama geldiğini belirtmektedir. *Robinson*, grubun bireylerden oluştuğundan bahsetmektedir. *Lerner* ise uluslararası hukukta grubun, grubu oluşturan bireylerin kontrolünden uzak, kalıcı, kendiliğinden oluşan ve birleştirici faktörleri gerektirdiğini belirtmektedir.¹³⁸ Grup teriminden öncelikle azınlıklar anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, özellikle işgal altındaki bölgelerde bulunan çoğunlukların da, soykırım suçunun mağduru olabileceğine işaret edilmektedir.¹³⁹

Mukayeseli hukukta bazı kanunların "grup" terimini tercih etmediğini belirtmeliyiz. Örneğin 1982 Portekiz Ceza Kanunu, toplum (community) kavramını tercih etmiştir. Bununla birlikte, Portekiz Ceza Kanunu'nda 1995 yılında yapılan değişiklikle, toplum kelimesinin yerine, Sözleşme'de olduğu gibi grup kelimesi getirilmiştir. 1976 Romanya Ceza Kanunu, topluluk (collectivity) kelimesini kullanmış ancak bu tercihin, Sözleşme'de yer alan grup teriminin anlamını yansıtmak için yapıldığından dolayı, Romanya kanun koyucusu tarafından ayrı bir değişiklik yapılmamıştır.¹⁴⁰

Soykırım suçunun mağduru herhangi bir grup değil, özellikleri madde metninde belirtilen gruptur. Bu kapsamda grubun, milli, etnik, ırki veya dini bir grup olması gereklidir. Soykırım suçunda belirtilen gruplar tahdididir.¹⁴¹ Belirtilen dört grup dışındaki gruplar, soykırım suçunun mağduru olamazlar ve onlara karşı irtikâp edilen ve madde metninde yer alan hareketler soykırım suçunu oluşturmaz. Bununla birlikte şartları mevcut ise insanlığa karşı suçlar, öldürme veya yaralama suçlarının varlığı düşünülebilir. Mukayeseli hukukta çoğunlukla Sözleşme paralelinde düzenleme yapılırken, bazı kanunlar Sözleşme hükmünü daraltarak kendi iç hukuklarına aktarmış, bazı kanunlar ise soykırım suçunun mağdurunu geniş düzenlemişlerdir. Örneğin Nikaragua, soykırım suçunun sadece "etnik veya dini grup"lara karşı işlenebileceğini belirtmiştir (m. 549). Litvanya Ceza Kanunu, ulusal, etnik, ırki veya dini grupların yanı sıra sosyal ve politik grupların da soykırım suçunun mağduru olabileceğini belirtmektedir (m. 99). Ko-

¹³⁸ Schabas, *Genocide*, s. 106, 107.

¹³⁹ Schabas, *Genocide*, s. 108.

¹⁴⁰ Schabas, *Genocide*, s. 108.

¹⁴¹ Kreß, s. 473; Schabas, *Genocide*, s. 102; Turhan, *Soykırım*, s. 48.

lombiya Ceza Kanunu, ulusal, etnik, dini veya ırki gruplara ek olarak politik gruplara karşı gerçekleştirilen eylemleri soykırım olarak kabul etmektedir (m. 101). Estonya Ceza Kanunu, diğer sosyal grupları da soykırım suçu içinde düzenlemektedir (m. 611). Çek Ceza Kanunu, soykırım suçunun mağdurları arasında etnik grupları saymamaktadır (m. 259).

Soykırım Sözleşmesi'nin 1947-48 yıllarındaki görüşmeleri esnasında, politik grupların, soykırım suçunda korunan gruplar arasına dahil edilip edilmeyeceğine yönelik tartışmalar yapılmıştır. Sovyetler Birliği tarafından ileri sürülen ve politik grupların, soykırım tanımına dâhil edilmemesi gerektiği yönündeki fikir temel olarak üç esasa dayanmaktadır. Birinci olarak, politik grupların kalıcı ve durağan olmamasıdır. Politik gruplara katılım isteğe bağlıdır. İkinci olarak, politik grupların Sözleşme'ye dâhil edilmesi, egemen devletlerin, iç sorunlarına uluslararası otoriteler tarafından müdahale edileceği endişesi ile Sözleşme'ye katılmaktan sakınmasına sebep olacağı ileri sürülmüştür. Son olarak, politik grupların dâhil edilmesi halinde, ekonomik, profesyonel ve diğer grupların da bunu izleyeceği belirtilmiştir.¹⁴² Sözleşme'de sosyal ve siyasal grupların, korunan gruplar içinde sayılmamasının sonucu olarak 1970'lerde Kamboçya'da Kimer'lerin yürüttüğü sosyal ve siyasal grupları ortadan kaldırma hareketi, soykırım olarak nitelendirilmemiştir.¹⁴³ Aynı tartışmalar Roma Statüsü'nün hazırlık çalışmaları sırasında da yapılmış, sosyal ve politik grupların Soykırım Sözleşmesi'nde olduğu gibi soykırım suçunda korunan gruplar arasında olmadığı kabul edilmiştir. Roma Statüsü'nde sosyal ve politik gruplara karşı gerçekleştirilen eylemlerin soykırım suçunu oluşturmayacağının kabul edilmesinin en önemli nedeni, sosyal ve politik grupların insanlığa karşı suçları içeren Statü'nün 7. maddesinde koruma altına alınmış olmasıdır.¹⁴⁴

TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen TCK Tasarısı'nda da *"bunlar dışında bir özellikle belirlenen"* gruplar, korunan gruplar kapsamına dâhil edilmiştir. Bu düzenlemesi ile Komisyon, korunan grup-

¹⁴² Morris, s. 208; Kabatsi, s. 390; Fransız Delegatesi tarafından ifade edilen "Geçmişte soykırım suçu ırki veya dini gruplara karşı işlenmiş olsa dahi, açıktır ki gelecekte söz konusu suçun saiki siyasi olacaktır" düşüncesi, tartışmaların zeminini göstermesi açısından ilginçtir (Kabatsi, s. 390).

¹⁴³ Amann, s. 94.

¹⁴⁴ Kim, s. 77.

ların sınırlı olmadığını, madde metninde sayılan özelliklere benzer özellikler sergileyen grupların da koruma kapsamına alınması gerektiği yönünde fikrini beyan etmiştir. Ancak Sözleşme'ye ve UCM içtihatlarına ters olan bu düzenleme, TBMM Genel Kurulu'nda madde metninden çıkarılmıştır.¹⁴⁵

TCK ve Soykırım Sözleşmesi; ulusal, etnik, ırki veya dini grubu koruma altına almaktadır. Buna karşılık, TCK ve Soykırım Sözleşmesi söz konusu grupları tanımlamamış ve kavramların içinin doldurulmasını doktrine ve mahkeme içtihatlarına bırakmıştır. Ulusal grup, üyelerinin öncelikle aynı vatandaşlığa sahip olduğu gruptur. Ortak tarih, örf ve adet, kültür ve dil birliği de, ulusal grubu oluşturan etmenlerdendir.¹⁴⁶ Etnik grup, belli bir kültürel geleneğe sahip ve zaman içinde oluşmuş bir gruptur. Grup üyelerinde ortak olan özellikler; aynı dili konuşuyor olmaları, ortak gelenek ve göreneklere sahip olmaları ve hayat tarzlarının ortak olmasıdır.¹⁴⁷ Aynı ırka mensup olmak, etnik grup sayılmak için yeterli değildir. Irka dayalı grup ise üyelerinin aynı kalıtımsal özelliklere sahip olduğu gruptur. Aynı kalıtımsal özelliklere; deri rengi, bedensel özellikler gibi dışarıdan kolayca görülebilecek farklılıklar dâhildir.¹⁴⁸ Dini grup ise; aynı inanca sahip, ortak manevi değerleri ve ibadet şekilleri bulunan gruptur.¹⁴⁹

Ulusal, etnik, ırka dayalı ve dinsel grupların tanımlarına UCM'lerinin kararlarında da rastlanmaktadır. *Akayesu* davasında UCMR, korunan dört grubun tanımını yapmıştır. Buna göre ulusal grup; hakların ve görevlerin birleştiği ortak vatandaşlık temelinde bir hukuki bağı paylaşan insan topluluğudur. Etnik grup; üyelerinin ortak bir dili paylaştığı grup olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁰ Irka dayalı grup; dil, kültür, milliyet ve din faktörlerine bakılmaksızın, çoğunlukla bir coğrafi bölge ile belirlenen kalıtsal fiziksel özellikleri temel alan gruptur. Dini grup ise; üyelerinin aynı dini, mezhebi veya ibadet biçimini paylaştığı gruptur.¹⁵¹

¹⁴⁵ Turhan, Uluslararası, s. 13.

¹⁴⁶ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁴⁷ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁴⁸ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁴⁹ Turhan, Uluslararası, s. 13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 49.

¹⁵⁰ Soykırım Sözleşmesi'ne ve Roma Statüsü'ne dâhil edilen etnik grup sadece dilbilsel özelliklerine göre değil, gelenekleri ve kültürel miraslarına göre belirlenir. Kabileler, etnik gruplar kavramına dâhil edilmektedir (Kim, s. 76).

¹⁵¹ Jørgensen, s. 288, dn.18.

UCM, *Akayesu* davasında farklı bir karar vermiş ve açık olarak korunan dört grup olduğunu ifade ettikten sonra, dört gruptan hiçbirinin kesin olarak Tutsileri ifade etmediğini belirtmiş ve II. maddede açıkça korunmuş olmasa bile, kalıcı ve durağan grupların Sözleşme tarafından korunduğunu ifade etmiştir.¹⁵² Durağan gruplarda üyeliğin doğumla belirlendiğine aynı kararda işaret edilmiş, Mahkeme'nin politik gruplara ilişkin tanımının da altı çizilmiştir. Nitekim Mahkeme, politik grupları, bireyin katılımının rızasına dayandığı “*durağan olmayan*” (mobile) gruplar olarak nitelemiş ve bu tür grupların Soykırım Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında olduğunu belirtmiştir.¹⁵³

Mağdurun ait olduğu grubun tespiti, suçun soykırım olarak nitelenmesinde önemli rol oynamaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemeleri kararlarında mağdurun ait olduğu grubun belirlenmesinde iki farklı ölçüt kullanılmaktadır. UCMY, *Jelisc* kararında korunan grubu belirlemek için pozitif ve negatif ölçüt olmak üzere iki yöntemin bulunduğunu belirtmiştir. Pozitif ölçüt; ulusal, ırki, etnik veya dini özelliklere göre suçun failinin belirlediği grubu ele alır. Negatif ölçüt ise; failin düşündüğü grubu değil, bireylerin kendilerinin ait olduğu ve ulusal, etnik, ırki veya dini özelliklerini gösterdiği grubu ele alır.¹⁵⁴ Bu bakış açısından pozitif ölçüt failin zihninde oluşturduğu grubu, negatif ölçüt ise mağdurların ait olduğu grubu esas alır.

Benzer bir karar *Kayishema ve Ruzindana* davasında da alınmıştır. Buna göre, etnik grubun suçun faili tarafından belirlendiği kabul edilmektedir. Bu sübjektif yaklaşıma göre, fail grubu belirlemektedir. Bununla birlikte soykırım tanımı, korunan grubun varlığı konusunda failin inancını temel almamaktadır. Bu yüzden, korunan grup objektif ölçüte göre belirlenmelidir.¹⁵⁵

Buna karşılık UCM, *Rutaganda ve Musema* davalarında farklı bir yaklaşım içine girerek, korunmuş grupların belirlenmesinde objektif yaklaşımından ziyade sübjektif yaklaşımının kullanılmasının gerekli olduğunu, ancak sübjektif yaklaşımının tek başına grubu belirlemek

¹⁵² Jørgensen, s. 288; Noëlle Quénivet, “The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: The Question of Genocide”, *Human Rights Review*, July-September 2006, s. 44.

¹⁵³ Jørgensen, s. 288; William A. Schabas, “The International Legal Prohibition of Genocide Comes of Age” *Human Rights Review*, July-September 2004, s. 48; Kabatsi, s. 393.

¹⁵⁴ Jørgensen, s. 289.

¹⁵⁵ Jørgensen, s. 289.

için yetersiz olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi'nin, durağan ve kalıcı grupları kapsamı altında almak niyetinde olduğunu ve bir grubun, soykırım suçu kapsamında koruma altında bir grup olup olmadığını belirlemede, politik ve kültürel ortam ile bağlantılı diğer delillerin de göz önünde bulundurulması suretiyle her davada farklı şekilde değerlendirileceğini kararına eklemiştir. Ayrıca UCM, *Brđjanin* kararında belirttiği üzere, birden fazla grubun hedef seçildiği olaylarda, grubun belirlenmesinde negatif ölçütün kullanılamayacağı görüşündedir. Örneğin “*Sırp olmayanlar*” gibi bir ölçüt, grubun belirlenmesinde uygun bir ölçüt değildir.¹⁵⁶

Eski Yugoslavya Uzmanlar Komisyonu, grubun belirlenmesinde farklı bir bakış açısı üzerinde tartışmalar yürütmüştür. Buna göre, A grubuna mensup fail tarafından B, C ve D grubunun yok edilmesi kararlaştırılmış ise B, C ve D grupları bu açıdan homojen bir grup gibi kabul edilmeli ve suç buna göre belirlenmelidir. Başka bir anlatımla, soykırım tanımında yok etme hareketlerinin üzerinde gerçekleştirildiği ve ayrı olarak belirlenen grup, soykırım niyetinin ortaya çıkarılmasında tek bir grup gibi kabul edilmelidir. Buna karşılık, *Brđjanin* ve *Stakic* davalarında UCMY, birden fazla grubun hedef seçildiği olaylarda, soykırım suçunun unsurları açısından her bir grubun ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁷

Mağdurun, ulusal, etnik, ırki veya dini gruba ait olup olmadığının değerlendirilmesinde objektif ölçütün kabul edilmesi yönünde doktrinde genel bir eğilim mevcuttur. Buna göre biyolojik, genetik köken, kültürel farklılıklar veya dini farklılık gibi objektif kriterler dikkate alınmalı, failin grubu nitelemesi veya mağdurun kendisini hangi gruba ait olduğuna dair taşıdığı hisse itibar edilmemelidir.¹⁵⁸

Kanaatimizce, soykırım suçunun mağdurunun grup olduğu¹⁵⁹ ve suç ile korunan hukuki menfaatin grubun maddi ve manevi varlığını devam ettirmesi olduğunu göz önüne aldığımızda, grubun belirlenmesinde objektif ölçütün kullanılmasının gerekliliği öncelikle görülecektir. Nitekim ulusal, etnik, ırki veya dini özelliklerine göre grup oluşturan bireylere yönelik 76. maddede sayılan fiiller soykırım suçu-

¹⁵⁶ Brđjanin kararı (HRW, s. 160).

¹⁵⁷ HRW, s. 166.

¹⁵⁸ Önok, s. 184.

¹⁵⁹ Soykırım suçunun mağdurunun grup değil, gruba mensup bireyler olduğu da ifade edilmektedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 49).

nu oluşturacaktır. Bununla birlikte, grubun kendi kendini nitelemesine veya üçüncü kişiler tarafından yapılan nitelemeye de, faildeki saikin belirlenmesi açısından itibar edilmelidir.

D. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir.¹⁶⁰ İnceleme konumuz olan suç açısından maddi konu, suçu oluşturan ve 76. maddede sayılan hareketlerin türüne göre belirlenecektir. Kasten öldürme hareketinde maddi konu, öldürme fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği grup üye veya üyeleridir. Bedensel veya ruhsal ağır hasarlar vermede, kendisine bedensel veya ruhsal zarar verilen üye veya üyeler suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması durumunda, zorlama eylemleri grup üye veya üyeleri üzerinde gerçekleştirilecektir. Bundan dolayı maddi konu, olumsuz koşullarda yaşamaya zorlanan grup üye veya üyeleridir. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerde, tedbirlerin uygulandığı üye veya üyeler maddi konuyu oluşturmaktadır. Örneğin kadın veya erkeklerde kısırlaştırma yoluna gidilmiş ise kısırlaştırma uygulanan kişiler suçun maddi konusunu oluşturacaktır. Gruba ait çocukların başka bir gruba zorla nakledilmesinde maddi konu, gruba ait çocuklardır.

E. Maddi Unsur

Soykırım suçunun maddi unsuru, gerek Sözleşme metninde gerekse de TCK'nın 76. maddesinde sayma yöntemiyle belirlenmiştir. Soykırım suçunu oluşturan hareketler beş grup altında incelenmektedir. Sözleşme'de yer alan hareketlerin sınırlı sayıda olmadığı, Sözleşme metninde geçen "*as such*" ibaresine dayanılarak doktrinde ileri sürülmüştür. Kanaatimizce gerek Sözleşme metninde gerekse de 76. maddede yer alan hareketler sınırlı sayıdadır¹⁶¹ ve sayılan hareketlerin dışındaki hareketlerin irtikâbında soykırım suçu oluşmayacaktır.

¹⁶⁰ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, 5237 sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s. 469; Yüksel Ersoy, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 71; Faruk Erem/ Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 236 vd.

¹⁶¹ Turhan, *Soykırım*, s. 48; Kocaoğlu, s. 151.

Soykırım suçunu oluşturan hareketler, grubun fiziksel veya biyolojik olarak varlığını sürdürmesini engellemeye yöneliktir. Nitekim UCMY, *Krstic* davasında, Soykırım Sözleşmesi'nin ve geleneksel uluslararası hukukun, insan grubunun fiziksel ve biyolojik olarak yok edilmesini yasakladığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, uluslararası örfi hukuk, soykırım tanımını fizyolojik ve biyolojik yok etme hareketleriyle sınırlandırmıştır. 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 değerlendirilmemektedir.¹⁶²

Soykırım suçundan söz etmek için, yok etmenin ölümle sonuçlanmasına gerek yoktur. Grubun tamamen veya kısmen yok edilmesini amaçlayan ve bireylerin vücut bütünlüğü ile grubun varlığını sürdürmesine yönelik birçok hareket soykırım suçunu oluşturacaktır. UCMR, *Akayesu* davasında, bir grup olarak Tutsi'lerin yok edilmesi sürecinin önemli bir parçası olarak irtikâp edilen cinsel şiddet ve tecavüz fiillerinin soykırım suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.¹⁶³

UCM, *Krstic*, *Stakic* davalarında, grup üyelerinin fiziksel olarak bir yerden başka bir yere naklini soykırım olarak değerlendirmemiştir.¹⁶⁴ Bununla birlikte *Blagojevic ve Jokic* davasında, zorla göçün, Sırplar tarafından Müslümanlardan kurtulmak ve Bosna-Hersek'in önemli bir parçasını kontrol etmek amacıyla uygulandığını belirttikten sonra, Sırplar tarafından irtikâp edilen bu eylemlerin, soykırım eylemlerinden farklı olduğunu söylemenin güç olduğu belirtmiştir.¹⁶⁵

¹⁶² Mahkeme, *Brdjanin*, *Blagojevic ve Jokic* kararlarında da benzer düşüncelere yer vermiştir, (HRW, s. 148).

¹⁶³ "Bu tecavüzler, Tutsi kadınlarının, onların ailelerinin ve topluluklarının, fiziksel ve psikolojik olarak yok edilmesi ile sonuçlanmıştır. Cinsel şiddet, özellikle Tutsi kadınlarını hedefleyen, onların ve bir bütün olarak Tutsi grubunun yok edilmesine katkı sağlayan sürecin önemli bir parçasıdır. Cinsel şiddet, Tutsi grubunun-Tutsi ruhunun, yaşama isteğinin ve bizzat yaşamın yok edilmesinin ilk adımıdır" (HRW, s. 150).

¹⁶⁴ HRW, s. 151.

¹⁶⁵ HRW, s. 151; UCMY, *Skirica* davasında, "Bir grubun fiziksel veya biyolojik olarak yok edilmesi için grup üyelerinin öldürülmesi gerekli değildir. Grup üyelerinin önemli kısmının öldürülmesi, bir grubun yok edilmesi için en etkili araç olmasına rağmen, diğer hareketler de grubun yok edilmesine yol açabilir. Bir grup bireylerin yanı sıra, onların tarihi, gelenekleri, üyeleri arasındaki ilişkileri, diğer gruplar ve üzerinde yaşadığı toprak parçaları ile ilişkilerinden oluşur. Grubun fiziksel veya biyolojik olarak yok edilmesi, zorla bir yerden başka bir yere nakledilmesi sonucu olabilir, yeter ki bu nakil işlemi, grup üyelerinin ayrılmasını gerektirecek şekilde grubun artık kendini yenilemesine imkân vermeyecek bir tarzda yapılmış olsun. Bazı durumlarda, grup, ayrı bir grup olarak var olmasını durdurduğundan do-

Soykırım suçunda grup üyelerinin sivil kişiler olması şart değildir. Failin yok etme özel kastının bulunması durumunda esir askeri şahısların yok edilmesi de, soykırım suçu içinde düşünülebilir.¹⁶⁶

Soykırımı oluşturan maddi hareketlerin çok uzun süre önce tasarlanmasına gerek yoktur. Bu açıdan soykırım suçu mutlaka taammüden işlenmesi gerekli bir suç değildir.¹⁶⁷

Mukayeseli hukukta soykırım suçunun maddi unsuru konusunda çoğunlukla, Sözleşme’de yer alan hareketlere sadık kalınmıştır. Ancak bazı kanunlar, Sözleşme’de yer almayan hareketleri de düzenlemek suretiyle soykırım suçunu genişletmişlerdir. Örneğin Arnavutluk, Belçika, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka gibi ülkeler maddi unsuru, Sözleşme’de düzenlenen şekline benzer bir şekilde iç hukuklarına aktarmışlardır. Buna karşılık, Paraguay, gruba ait çocukların yanı sıra yetişkinlerin de başka gruplara zorla transferini, grubu zorla dağıtmayı cezalandırmıştır (m. 319). Aynı şekilde Paraguay hukukunda grubun veya toplumun kendi gelenek veya kültürünü yok etmeye yönelik hareketler soykırım suçunun içinde düzenlenmek suretiyle “*kültürel soykırım*” da cezalandırılmıştır. Nikaragua Ceza Kanunu, soykırım suçunun mağdurunu etnik veya dini grup ile sınırladıktan sonra, grup üyelerinin bütünlüğüne zarar vermeyi, Paraguay Ceza Kanunu’nda olduğu gibi çocukların yanı sıra yetişkinlerin de başka gruplara dâhil edilmesi ve kitlesel olarak ülke dışına çıkarmayı soykırım olarak kabul etmiştir (m. 549). Estonya Ceza Kanunu, yerli nüfusun ülke dışına çıkarılması ve sürgüne göndermeyi de soykırım suçu içinde düzenlemiştir (m. 611). Finlandiya, soykırım suçunu oluşturan bazı hareketleri saydıktan sonra, grubun varlığını sürdürmesini önleyen diğer hareketlerin de soykırım suçunu oluşturacağını belirtmek suretiyle soykırım suçunu, serbest hareketli bir suç düzenlemiştir (ks. 6). Kolombiya Ceza Kanunu, zorla hamile bırakmayı da soykırım olarak değerlendirmiştir (m. 101). Türk hukukunda soykırım suçunu oluşturan hareketler beş grup halinde aşağıda incelenmiştir.

layı, bireylerin zorla nakli, grubun maddi olarak yok edilmesine yol açabilir” demektedir. Ayrıca mahkeme kararında zikrettiği hususların kültürel soykırımın tanımlanması tartışması olmadığını, sadece fiziksel veya biyolojik yok etmenin anlamını açıklama girişimi olduğunu belirtmiştir (HRW, s. 152, 153).

¹⁶⁶ UCMY, Krstic davası (HRW, s. 153).

¹⁶⁷ Krstic davasında Mahkeme, soykırım suçunu düzenleyen Statü’nün 4 ncü maddesinin, soykırım suçunu oluşturan hareketlerinin önceden planlanmasını gerektirmediğine karar vermiştir (HRW, s. 148).

1. Kasten Öldürme

Failin icrai veya ihmali hareketinin neticesinde grup üye/üyelerinin ölmesi, soykırım suçunu oluşturan fiillerden ilkidir. Sözleşme metni, grup üyelerinin öldürülmesinden bahsetmek suretiyle, ancak birden fazla kişinin öldürülmesinin soykırım suçunu oluşturacağı fikrini ilk bakışta uyandırmaktadır. Ancak Roma Statüsü Suçun Unsurları¹⁶⁸ 6 (a) maddesinde, grup üyelerini öldürmenin soykırım olabilmesi için *“a. failin bir veya birden fazla kişiyi öldürmesi, b. mağdurların, belli bir ulusal, etnik, ırki ya da dini gruba bağlı olması, c. failin, söz konusu grubu tamamen veya kısmen yok etme kastıyla hareket etmiş olması, d. fiilin, söz konusu özel kast kapsamında gerçekleştirilmesi gereklidir”* demek suretiyle, bir kişinin ölümünün de diğer şartlarının varlığı halinde soykırım suçunu oluşturacağını belirtilmiştir.¹⁶⁹ TCK’nın 76. maddesinde kasten öldürmeden bahsedilmesinden dolayı, diğer şartların da varlığı halinde tek kişinin öldürülmesi bile soykırım suçunu oluşturacaktır.¹⁷⁰

Gerek TCK’nın 76. maddesine göre gerekse de Sözleşme metnine göre soykırım suçunun oluşması için neticenin gerçekleşmesi gereklidir.¹⁷¹

“Öldürme” fiili, “grup üyelerinin ölümüne sebep olma” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷² Öldürme fiili, bireyin öldürülmesi veya grup üyelerinin kitlesel imhası şeklinde gerçekleşebilir. *Akayesu* davasında Mahkeme, öldürme fiilinin iki maddi unsurdan oluştuğunu belirtmiştir. Buna göre; mağdurun ölümü gerçekleşmeli ve ölüme, sanığın veya onun astlarının hukuka aykırı eylemleri neden olmalıdır.¹⁷³

2. Kişilerin Bedensel veya Ruhsal Bütünlüklerine

Ağır Zarar Verilmesi

Grup üyelerine ağır zihinsel veya bedensel zararlar verilmesi, özel kastla gerçekleştirilmesi durumunda soykırım suçunu oluşturacaktır.

¹⁶⁸ Suçun Unsurları (Elements of Crimes), 1998 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin çalışma sistemini hazırlaması için oluşturduğu Hazırlık Çalışmaları Komitesi tarafından, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin daha etkin çalışması için hazırlanmıştır.

¹⁶⁹ Başak, s. 103.

¹⁷⁰ Turhan, *Uluslararası*, s. 14.

¹⁷¹ Bkz., Bdjanin kararı (HRW, s. 179).

¹⁷² Kalere, s. 470.

¹⁷³ Kalere, s. 470; Schabas, *Genocide*, s. 157, 158.

Zararın ağır olması gereklidir ancak UCMR, *Akayesu* davasında söz konusu ağır zararın, fiziki bütünlüğe verilen kalıcı veya iyileşemez bir yara olmasına gerek olmadığını belirtmiştir.¹⁷⁴ *Blagojevic ve Jokic* kararında UCMY bedensel zararı; vücut şeklinin bozulmasına sebebiyet veren veya iç ve dış organlar ile duyu organlarına ciddi zararlar veren hareket olarak tanımlanmıştır.¹⁷⁵ Aynı kararda Mahkeme, zararın kalıcı ve iyileşemez bir zarar anlamına gelmediğini, kişinin normal hayatını idame ettirebilme yeteneğini kısıtlayan ağır ve uzun süreli bir zarar olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. *Krstic* kararında, kalıcı ve iyileşemez bir zarar olmasına gerek bulunmadığını belirttikten sonra, kişiyi geçici olarak mutsuz eden, rahatsızlık veren ve gururunu kıran bir zarardan daha vahim olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Kişiyeye verilen bedensel veya zihinsel zararın ağırlığı, soykırım suçunu oluşturanca nitelikte olup olmadığı her olaya göre ayrı değerlendirmeye tabi tutulacaktır.¹⁷⁷

UCMY, *Blagojevic ve Jokic* kararında, bedensel ve zihinsel ağır zarar kavramına; işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleler, tecavüzün de dâhil olduğu cinsel şiddet, dayak ile birlikte uygulanan sorgular, ölüm tehditleri ve sınır dışı etmenin de dâhil olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁸

Tecavüz veya diğer cinsel şiddet uygulanması sonucu verilen “ağır zarar”, soykırım suçunu oluşturmaktadır.¹⁷⁹ *Blagojevic ve Jokic* davasında Mahkeme, tecavüzlerin, Tutsi kadınlarının, ailelerinin ve topluluklarının fiziksel ve psikolojik olarak yok edilmesi ile sonuçlandığını, Tutsi grubunun bir bütün olarak yok edilmesine katkıda bulunan, özellikle Tutsi kadınlarını hedef olarak seçen cinsel şiddet eylemlerinin, yok etme sürecinin ayrılmaz bir parçası olduğunu, cinsel şiddetin grubun yaşama isteğini, ruhunu ve grubun kendisini yok etme sürecinin bir adımı olduğunu belirlemiştir.¹⁸⁰

Grup üyelerine bedensel ve zihinsel ağır zarar verilmesi hareketi-

¹⁷⁴ Başak, s. 104; Obote-Odora, s. 394.

¹⁷⁵ HRW, s. 180.

¹⁷⁶ HRW, s. 180.

¹⁷⁷ *Blagojevic ve Jekic* kararı (HRW, s. 180).

¹⁷⁸ *Bdjanin, Krstic* davalarında da aynı konuya Mahkeme kararında değinmiştir (HRW, s. 181).

¹⁷⁹ McKay, s. 261.

¹⁸⁰ Mahkeme aynı sonuca Kayishema ve Ruzindana ile Musema kararlarında da varmıştır (HRW, s. 150).

nin, soykırım suçunu oluşturmaları için neticenin gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁸¹

3. Grubun Tamamen veya Kısmen Yok Edilmesi Sonucunu Doğuracak Koşullarda Yaşamaya Zorlanması

Grubun hayat şartların zorlaştırılması, failin grup üyelerini hemen öldürmesini gerektirmediği ancak sonuç olarak grubun fiziksel olarak yok edilmesini amaçladığı bir yok etme yöntemidir.¹⁸² Soykırım suçunun bu şekli; yiyecek kıtlığına tabi tutmak, mağdurları evlerinden çıkarmak ve tıbbi yardım hakkını reddetmek gibi hareketlerle işlenebilir.¹⁸³ Ayrıca, aşırı çalışma ve fiziksel efor sarf etme, uygun hijyen, giyinme ve barınma koşullarının olmaması gibi grubun yavaş yavaş ölümüne yol açacak durumlarda, grubun hayat şartlarının zorlaştırılması kavramına dahildir.¹⁸⁴ Madde metninden anlaşılacağı üzere, grup üyelerinden sadece birinin hayat şartlarının zorlaştırılması, soykırım kabul edilemeyecektir.¹⁸⁵

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na, zorunlu göçe tabi tutma uygulamasının da soykırım suçu sayılması yönünde getirilen teklifler uygun görülmemiş ancak zorunlu göçün grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacıyla hayat şartlarını zorlaştırdığı durumlarda soykırım olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.¹⁸⁶

Grubun hayatını zorlaştırmada, neticenin ispatına gerek yoktur. Neticenin gerçekleşmesi durumunda yukarıda zikredilen iki fiilden dolayı da cezalandırılma yoluna gidilebilir.¹⁸⁷

UCMR, *Kayishema ve Ruzindana* kararında, ırza tecavüz, açlığa mahkûm etme, ihtiyaç duyulan sağlık hizmetlerinin asgari düzeyinden mahrum bırakma, kayda değer bir zaman dilimi içinde asgari yaşamaya yetecek barınma imkânlarından yoksun kılma gibi fiillerin grubun hayatını zorlaştırma olduğuna karar vermiştir.

Devletin, vatandaşları için tıbbi yardım ve asgari yiyecek maddesi

¹⁸¹ Brdjanin kararı (HRW, s. 181); Schabas, Genocide, s. 160.

¹⁸² Bkz., Stakic kararı (HRW, S. 184); Obote-Odora, s. 395.

¹⁸³ Bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 52.

¹⁸⁴ Brdjanin kararı (HRW, S. 184).

¹⁸⁵ Kreß, s. 481; Turhan, Uluslararası, s. 14.

¹⁸⁶ Başak, s. 107.

¹⁸⁷ Başak, s. 108.

temin etme zorunluluğu, sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan bazı gereklilikler hariç olarak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, vatandaşları için asgari yiyecek temin etmeyen bir devletin soykırım suçunu işlediğinden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, ülke içinde bazı gruplara yiyecek yardımı yapılırken, diğer gruplara yapılmaması; yiyecek yardımı yapılmamasının sebebinin söz konusu grubun açlığa maruz bırakılmak suretiyle yok edilmesi niyeti olması durumunda, devletin yiyecek yardımı yapmaması, diğer şartların da varlığı halinde soykırım suçunu oluşturacaktır.¹⁸⁸

Soykırım Sözleşmesi'nin İngilizce metninde geçen ve önceden hesaplama anlamına gelen "*calculated*" kavramının, grubun hayat şartlarını zorlaştırma yönünde failde bulunan bir niyet olduğu yönünde doktrinde görüş belirtilmiştir.¹⁸⁹

4. Grup İçinde Doğumlara Engel Olmaya Yönelik Tedbirlerin Alınması

Bu hareket, biyolojik soykırım olarak adlandırılmakta ve grubun çoğalma kabiliyetinin yok edilmesini amaçlamaktadır.¹⁹⁰ Suçun oluşumu için hareketin planlama aşamasında kalması yeterlidir ve niyetlenen doğumun önlenmesi sonucunun gerçekleşmesine gerek yoktur.¹⁹¹ Grup içerisindeki doğumların önlenmesine yönelik tedbirler fiziki olabileceği gibi kişilerin zihni veya ruhsal yeteneklerinde bırakılan tesirler sonucu da olabilecektir.¹⁹² Örneğin, tecavüze uğrayan kişinin bundan sonra çocuk doğurmayı reddetmesi durumunda sistematik tecavüz, grup içerisindeki doğumları önlemeye yönelik tedbirdir. Bununla birlikte tecavüz sonucu grup üyelerinde oluşan travmalar, grubun çoğalma isteğini etkilemesi durumunda, çocuk doğurmayı önleyici tedbirlerden bahsedilecektir.¹⁹³

Grup içindeki doğumları önleyici tedbirlerin uygulanması hem doğum kontrol yöntemlerinin uygulanmasını hem de uygulama yö-

¹⁸⁸ David B. Kopel-Paul Gallant-Joanne D. Eisen, "*Is Resisting Genocide A Human Right?*", *Notre Dame Law Review*, Vol.: 81, No.:4, s. 147.

¹⁸⁹ Kreß, s. 481.

¹⁹⁰ Kreß, s. 481; Schabas, *Genocide*, s. 172; Turhan, *Uluslararası*, s. 14.

¹⁹¹ Kreß, s. 481.

¹⁹² Obote-Odora, s. 396.

¹⁹³ Obote-Odora, s. 396.

nündeki emirlerin astlar tarafından icra edilmesini içermektedir.¹⁹⁴ UCMR, *Akayesu* kararında; kısırlaştırma, zorunlu olarak doğum kontrolü uygulama, erkek ve kadınların birbirinden ayrı tutulması ve evliliklerin yasaklanmasını korunan grup içinde doğumların önlenmesi olarak değerlendirmiştir.

Tecavüz fiilleri, normal şartlarda soykırım suçunu oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, siyasi ve askeri liderler tarafından desteklenen ve yaygın bir hale ulaşan tecavüz fiillerinin, toplumun üremesini engellemek amacıyla icra edilmesi durumunda soykırım suçunu oluşturmaktadır.¹⁹⁵

5. Grup İçindeki Çocukları Başka Bir Gruba Zorla Nakletmek

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre "*biyolojik soykırım*" olarak da nitelenen, grubun çocuklarını başka bir gruba nakletmek eylemi, grubun gelecekteki varlığını ciddi biçimde etkilemektedir.¹⁹⁶ Bu harekette yer alan "*zorla*" (forcibly) kavramı, fiziksel zor kullanımı içermektedir. Zorla kavramına, korku yarattığı sürece şiddet tehdidi, psikolojik baskı ve nüfuzun kötüye kullanılması da dâhil olmaktadır.¹⁹⁷

Uluslararası Ceza Mahkemesi Suçun Unsurları, "*çocuk*" teriminden 18 yaşın altındaki kişilerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ile uyumlu olması açısından doğru bir yaklaşımdır. Suç, tek bir çocuğun dahi olsa, söz konusu özel kast ile gruptan ayrılması ile oluşacaktır. Suçun oluşumu için çocuğun başka bir gruba katılmasını sağlamaya gerek yoktur.¹⁹⁸

Yok etme kastı olmadan grubun zorla başka bir yere nakledilmesi soykırım suçunu oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, zorla başka bir yere nakledilme eylemi, soykırım niyetinin belirlenmesinde maddi vakıa olarak kullanılabilecektir.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Kreß, s. 481.

¹⁹⁵ Kopel- Gallant- Eisen, s. 147.

¹⁹⁶ Başak, s. 111.

¹⁹⁷ McKay, s. 261.

¹⁹⁸ Kreß, s. 484; Obote-Odora, s. 398.

¹⁹⁹ Krstic davası, (HRW, s. 151).

F. Manevi Unsur

1. Genel Olarak

Soykırım suçunun manevi unsuru kasttır. Fail, bilerek ve isteyerek madde metninde belirtilen hareketleri gerçekleştirmelidir. Soykırım suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Soykırım suçunda genel kastın yanında failde bir grubu tamamen veya kısmen yok etme özel kastı (*special intent-dolus specialis*) mevcut olmalıdır.²⁰⁰ Bir gruba karşı sadece zalimce hareketleri tamamlama niyeti ile hareket edilmemeli, aynı zamanda grubu yok etme niyeti de bulunmalıdır.²⁰¹ Nitekim *Jelusic, Blagojevic ve Jokic, Stakic ve Brđjanin* kararlarında mahkeme, suçun oluşumu için ulusal, etnik, ırki ve dini grubun tamamen veya kısmen yok edilmesini amaçlayan özel kastın failde mutlaka bulunması gerektiğini belirtmiştir.²⁰²

Yok etme özel kastı, grubun bağımsız ve ayrı kimliğini yok etmeye yönelmelidir. Bu anlamda, grubun gelenek ve göreneklerini, geniş anlamda kültürünü yok etmeye yönelik hareketler soykırım suçunu oluşturmayacaktır. UCMY, *Blagojevic ve Tokic* kararında özel kastın, grubun bağımsız ve ayrı kimliğini yok etmeye yönelmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁰³

Yok etme özel kastının, failin gruba ait bireylere karşı soykırım suçunu oluşturan fiilleri irtikap etmeye başladığı zaman failde bulunmasına gerek yoktur. Fiillerin irtikâbı esnasında da sonradan eklenen özel kast, soykırım suçunu oluşturmaya yetecektir.²⁰⁴ Nitekim UCMY, *Krstic* kararında; failin, soykırım suçunu oluşturan fiilleri işlemeye başladığı anda yok etme özel kastının bulunmamasına rağmen, fiillerin icrası sırasında yok etme özel kastının varlığını yeterli saymıştır.²⁰⁵

²⁰⁰ Jørgensen, s. 292; Önok, s. 186; R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Davası*, Ankara 2003, s. 151 (Önok, Perpektif olarak anılacaktır); Kalere, s. 471; Jokic, s. 281; Kreß, s. 485; Quénivet, s. 47; Turhan, *Uluslararası*, s. 14; Tezcan/Erdem/Önok, s. 53.

²⁰¹ Jørgensen, s. 292.

²⁰² *Blagojevic ve Jokic* kararında mahkeme “Statünün 4 ncü maddesi, soykırım suçunun özel kastını “ulusal, etnik, ırki veya dini grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı” olarak tanımlamaktadır” demektedir. (HRW, s. 146).

²⁰³ HRW, s. 147.

²⁰⁴ Turhan, *Uluslararası*, s. 15.

²⁰⁵ HRW, s. 147.

Soykırım suçunun doğrudan kast ile işlenmesi gereklidir.²⁰⁶ Failin, gruba karşı gerçekleştirdiği eylemlerinin, grubun tamamen veya kısmen yok olmasına neden olacağını görmesi ancak buna rağmen eylemlerine devam etmesi durumunda soykırım suçu oluşmayacaktır. Soykırım suçunun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir. UCMY, *Blagojevic ve Jokic* kararında; failin, soykırım suçunu oluşturan fiillerin işlenmesinin grubun imhası ile sonuçlanma olasılığını 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 belirtmiştir.²⁰⁷

Soykırım suçunun oluşması için özel kastın gerekli olmasına karşın, grubun tamamen veya kısmen yok edilmesinin gerçekleşmiş olması gerekmez. Bununla birlikte grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi, failde özel kastın bulunduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu durum UCMY'nin *Brdjanin* kararında belirtilmiştir.²⁰⁸

Soykırım suçunun oluşması için kaç kişinin yok edilmesi gerektiğine dair tartışmalar uluslararası ceza mahkemelerinde yapılmıştır. UCMY, *Stakic* kararında, soykırım suçunu diğer suçlardan ayıran noktanın failde bulunması gereken yok etme özel kastı olduğu, fiziksel olarak yok etmenin gerçekleşmesine gerek olmadığını belirttikten sonra soykırım suçunun oluşması için kaç grup üyesinin mağdur olması gerektiği konusuna değinmiştir. Mahkeme'ye göre, soykırım suçunun oluşması için grubun fiziksel olarak zarar görmesine gerek olmadığı için mağdur sayısına ilişkin bir eşik sayı mevcut değildir.²⁰⁹

Soykırım suçunun oluşması için eylemlerin daha önceden tasarlanmasına gerek yoktur. Bu anlamda tasarlama kastının mevcudiyeti, suçun oluşumu için şart değildir. UCMY, *Krstic* davasında, benzer bir şekilde Statü'nün 4. maddesinin, yok etme fiillerinin uzun bir zaman periyodunda tasarlanmasını gerektirmediğini belirtmiştir.²¹⁰

Yok etme kastının ispatında, yok etmenin gerçekleştirilmesi için en etkili aracın seçildiğinin ispat edilmesi gerekli değildir. Seçilen yön-

²⁰⁶ Turhan, Soykırım, s. 48.

²⁰⁷ HRW, s. 147.

²⁰⁸ HRW, s. 148.

²⁰⁹ HRW, s. 148.

²¹⁰ HRW, s. 148.

temin yetersizliği, failin yok etme kastının bulunmadığı yönünde bir veri değildir. UCMY, *Krstic* davasında, soykırım suçunda, failin hedeflediği grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi için en etkili aracı seçtiğinin ispatına gerek olmadığı, seçilen metodun, failin niyetini tamamen gerçekleştirmeye yeterli olmamasının, tamamen veya kısmen yok etmeyi gerçekleştirememesinin, yok etme kastının bulunmadığı olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir.²¹¹ Nitekim Mahkeme bu kararı, uluslararası toplumun ilgisinin Srebrenika kentine yoğunlaşması ve BM birliklerinin bölgedeki varlığının, Sırp Ordusu'nu soykırım planını tam olarak uygulamaya koyamaması üzerine vermiştir.

Mukayeseli hukukta, tamamen veya kısmen yok etme kastının hemen hemen tüm ülkelerde düzenlendiği görülmektedir. İncelediğimiz ülke kanunlarından sadece İtalya'da, yukarıda da belirtildiği üzere, ayırıcı kıyafetler giymeye zorlamaya ilişkin harekette özel kast aranmamıştır.

TCK'nın 76. maddesi soykırım suçuna ilişkin düzenlemeyi yaparken, maddeye kaynak teşkil eden Soykırım Sözleşmesi'nde bulunmayan bir kavramı bünyesine dahil etmiştir. Türk hukukuna göre soykırım suçu "*bir planın icrası suretiyle*" işlenmelidir. Gerek mevcut bir planın varlığını şart koşması gerekse de tamamen veya kısmen yok etme amacıyla işlenmesi, soykırım suçunun manevi unsuruna yönelik özelliklerdir. Suçun "*bir planın icrası suretiyle işlenmesi*" ve "*tamamen veya kısmen yok etme*" kavramlarının anlamları üzerinde ayrıca durulacaktır.

2. Plan veya Politikanın Varlığı

Soykırım Sözleşmesi'nde, soykırım suçunun unsurları arasında, soykırımı bir plan veya politikanın tatbiki suretiyle icrası bulunmamaktadır. Sözleşme görüşmeleri esnasında, suçun oluşumu için hükümet tarafından yapılan bir planın varlığının eklenmesine ilişkin öneri reddedilmiştir. Bununla birlikte, bir devlet veya devlet benzeri oluşum tarafından organize edilmeyen veya planlanmayan soykırımın icrasının mümkün olmayacağı doktrinde savunulmaktadır. Lemkin, "*plan*"ın, soykırım suçunun olmazsa olmaz unsuru olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde *Jelisc* davasında UCMY, bireylerin soykırım suçu-

²¹¹ HRW, s. 150.

nu işlemelerinin teorik olarak mümkün olduğunu, soykırım suçunun bir devlet veya benzeri oluşum tarafından organize edilmesine veya planlanmasına gerek kalmadan oluşacağını belirtmiştir.²¹²

Soykırım Sözleşmesi gibi, soykırım suçunun oluşumu için “*bir plan veya politikanın varlığı*” şartını içermeyen Roma Statüsü’nün hazırlık çalışmalarında, Birleşik Devletler tarafından yapılan ve “*sistematik veya yaygın bir politika veya uygulamaya konulması*” şartına ilişkin öneri kabul görmemiştir.²¹³

Türk hukukunda soykırımın, tasarlanmış belli bir plan çerçevesinde işlenmesi gereklidir. Nitekim bu durum, 76. madde metninde “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresi ile belirtilmiştir. Ancak, bu planın, resmi bir devlet politikası olmasına gerek yoktur. Devlet ile bağlantısı olmayan kişiler tarafından da bu suç işlenebilir.²¹⁴ Failin, böyle bir plan veya politikanın detaylarına vakıf olması aranmamaktadır.²¹⁵ Madde metninde yer alan “*bir planın icrası suretiyle*” ibaresi, soykırım suçunun maddi unsuruna yeni bir unsur ilave etmemiştir. Söz konusu ibare, manevi unsurun ispatını kolaylaştırmaktadır.²¹⁶ Mukayeseli hukukta sadece Fransız Ceza Kanunu önceden düzenlenmiş bir plandan bahsetmekte, diğer ülke kanunları soykırım suçunun oluşumu için bir plan veya politikanın varlığını zorunlu kılmamaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir plan veya politikanın varlığının suçun oluşumu açısından önem taşımadığı ancak özel kastın ispatı konusunda iddia makamına yardımcı olduğunu çeşitli kararlarında belirtmektedir. Örneğin *Krstic* davasında, bir plan veya politikanın varlığının soykırım suçunun unsurlarından olmadığı, çoğu olayda bir plan veya politikanın varlığının, yok etme kastının ispatında önem kazandığını belirtmiştir. Benzer kararlar, *Jelisic*, *Blagojevic* ve *Jokic* davalarında da göze çarpmaktadır.²¹⁷

3. Tamamen veya Kısmen Yok Etme

Soykırım suçunun tanımında yer alan “*tamamen veya kısmen*” ibare-

²¹² Schabas, s. 53.

²¹³ Kim, s. 77.

²¹⁴ Önok, s. 185; Tezcan/Erdem/Önok, s. 51.

²¹⁵ Turhan, Uluslararası, s. 13.

²¹⁶ Turhan, Uluslararası, s. 13.

²¹⁷ HRW, s. 155.

si, soykırım kastını ifade etmektedir.²¹⁸ “*Tamamen veya kısmen*” ibaresi fiziksel hareketi işaret etmemektedir. Bununla beraber, seri cinayetlerin ne zaman soykırıma dönüşeceği, bunun için bir eşik sayının bulunup bulunmadığı, soykırıma dönüşme aşamasının failin niyetine göre mi belirleneceği konusunda değişik görüşler mevcuttur. İbarenin anlamı konusunda doktrinde dört farklı yaklaşım hâkimdir. İlk yaklaşım, çok fazla destek görmeyen sınırlı bir yaklaşımdır. Buna göre, soykırım kastının grubun tamamını yok etmeye yönelmesine karşın, grubun kısmen yok edilmesi fiziksel olarak gerçekleştirilmelidir.²¹⁹ Soykırım suçunun oluşması için grubun tamamen yok edilmesine gerek yoktur.²²⁰ Bu durum, soykırım suçunun tanımında yer alan “*tamamen veya kısmen yok etme*” ibaresinden kolayca anlaşılmaktadır. Tamamen veya kısmen ibaresi, nitelik veya nicelik olarak grubun önemli bir kısmının yok edilmesi anlamına gelmektedir.

İkinci yaklaşım, “*kısmen*” kelimesi yerine “*önemli*” kelimesinin kullanılmasını temel alır. *Nehemiah Robinson* tarafından benimsenen bu yaklaşıma göre, sayının önemli kalması şartıyla, soykırım aynı gruba mensup çok sayıda kişinin yok edilmesini amaçlamalıdır. Bu yaklaşım, UCMR’nın *Kayishema ve Ruzindana* davasında, “*kısmen*” kelimesinin önemli sayıda kişinin yok edilmesi kastını gerektirdiğini belirtmesi suretiyle benimsenmiştir. Ayrıca, UCMY bir kararında; soykırımın, grubun önemli bir kısmını yok etme kastını içerdiğini, çok önemli bir kısmın yok edilmesinin kastedilmesine gerek kalmadığını belirtmiştir.²²¹

Üçüncü yaklaşım, niceliksel bir bakış açısından daha çok niteliksel bir bakış açısını içermektedir. *Benjamin Whitetaker*’ın 1985 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’na verdiği raporunda, kısmen kelimesinin, bir bütün olarak grubun tamamı veya grubun liderleri gibi önemli bir kısmı ile bağlantılı “*makul kayda değer bir sayı*” anlamına geldiği belirtilmiştir. *Jelisic* davasında verilen ve yok edilme-

²¹⁸ “*Tamamen veya kısmen*” ibaresi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün hazırlık çalışmalarında da tartışılmış ve söz konusu ibarenin özel kastı ifade ettiği, kısmen ibaresinden gruba ait bireylerin cüzi bir miktarından daha fazlasının yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Young Sok Kim, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, the Degree of Doctor of Science of Law (Yayımlanmamıştır), University of Illinois, 2000, s. 76.)

²¹⁹ Schabas, s. 49.

²²⁰ Jørgensen, s. 299.

²²¹ Schabas, s. 49.

leri halinde grubun yaşamı üzerinde etkileri olan kişilerin yok edilmesinin, soykırım maksadına işaret edebileceği görüşü, söz konusu yaklaşımı temel alır.²²²

Sonuncu yaklaşım ise “*tamamen veya kısmen*” ibaresini, belli bir bölgedeki grup üyelerini göz önüne alarak belirlemektedir.²²³

Uluslararası Ceza Mahkemeleri de, “*tamamen veya kısmen*” kavramını anlamlandıracak kararlar vermişlerdir. Krstic kararında, “*kısmen*” ibaresinin grubun hem niteliksel hem de niceliksel olarak önemli bir kısmını ifade ettiği belirtilmiştir. Kayishema kararında, soykırım suçunun oluşabilmesi için grup üyelerinden kayda değer bir sayının yok edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²²⁴

Grubun önemli bir kısmının (a substantial part of the group) belirlenmesi birkaç açıdan mümkündür. Niceliksel açıdan grubun belirlenmesi ilk yöntemdir. Niceliksel belirlemede, kesin sayılarla belirleme yerine, grubun tümünün göz önüne alınması ve sayının, tüm grup için önemli olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Niteliksel açıdan grubun önemli kısmının belirlenmesinde, nitelikli kısmın grup üzerindeki simgesel önemi ve grubun yaşamı için gerekliliği esas alınmaktadır. Grubun önemli kısmına ilişkin bu belirlemeler, ele alınan vakıya göre değişecektir.²²⁵

Tek bir kişinin öldürülmesinin bile soykırım suçunu oluşturacağı ileri sürülmüştür.²²⁶ Roma Statüsü Suçun Unsurları 6 (c) (1) maddesi, failin bir veya birden fazla kişiyi öldürmesinin soykırım suçunu oluşturacağını belirtmek suretiyle bu görüşü desteklemektedir. Bundan dolayı, en azından prensip olarak, eylemin, hedef alınan grubun önemli bir kısmının yok edilmesi ile sonuçlanacak bir planın parçası olması şartıyla, fail soykırım suçundan sorumlu tutulabilir.²²⁷ Türk kanun koyucusu 76. maddede soykırım suçunu oluşturan hareketleri

²²² Schabas, s. 50.

²²³ Schabas, s. 51.

²²⁴ HRW, s. 159.

²²⁵ Grubun önemli bir kısmının belirlenmesine ilişkin bkz., Krstic, Blagojevic ve Jokic, Brdjanin kararları (HRW, s. 159,160)

²²⁶ Birleşmiş Milletler çalışmaları esnasında Fransız delegesi Chaumont “*Özel kast mevcut ise, tek bir kişinin yok edilmesi bile soykırım suçunu oluşturur*” demiştir. Ancak bu görüş diğer delegeler tarafından, soykırım suçu ile adam öldürme suçu arasındaki ayırımın silikleşmesinden dolayı kabul edilmemiştir (Jørgensen, s. 299).

²²⁷ Jørgensen, s. 299; Kalere, s. 471.

sayarken, “*kasten öldürme*” kavramına yer vermesinden, Sözleşmede yer alan “*grup üyelerinin öldürülmesi*” gibi çoğul bir anlam çıkarılacak düzenlemeyi tercih etmemesinden dolayı, Türk hukukunda soykırım kastıyla tek bir kişinin öldürülmesi dahi soykırım suçunu oluşturmaktadır.²²⁸

Soykırım suçu sınırlı bir bölge, belediye veya il sınırları içinde işlenebilir. Suçun oluşması için hedeflenen grubun, ülke içindeki tüm üyelerine karşı eylemin gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Ancak bu durumda, söz konusu bölge, belediye veya il sınırları içinde bulunan grup üyelerinin, grubun tamamına göre önemli bir kısmını oluşturması gereklidir. Nitekim *Jelisic* davasında mahkeme, Soykırım Sözleşmesinin ve uluslararası örf hukukunun, soykırım suçunun belli bir bölgede gerçekleştirilmesine imkân tanıdığını belirtmiştir.²²⁹

Yok edilmeleri halinde, söz konusu grubun bekasını tehlikeye atabilecek olan grup liderlerinin yok edilmesi de soykırım kapsamında değerlendirilmektedir.²³⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi *Brđjanin*, *Sikirica*, *Jelisic* kararlarında grup liderlerinin yok edilmesinin, grubun yok edilmesi özel kastının bir kanıtı olacağını belirtmiştir.²³¹

“*Yok etme*” kavramından, grubun sosyal kimliğinin sona erdirilmesi anlaşıldığı gibi grup üyelerinin fiziksel olarak ortadan kaldırılması da anlaşılmaktadır. Alman içtihatlarında, grubun sosyal kimliğinin sona erdirilmesi, yok etme kavramı içinde mütalaa edilirken, Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Krstic* kararında yok etme kavramının, grubun fiziksel olarak ortadan kaldırılması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.²³²

4. Yok Etme Kastının İspatı

Soykırım suçunda en önemli sorun, failin, soykırım suçunu oluşturan hareketleri, madde metninde belirtilen gruplardan herhangi birini tamamen veya kısmen yok etme kastı ile hareket ettiğinin ispat edilmesidir. Söz konusu durumun ispatı çok güçtür. Yok etme kastı, doğrudan ispat yoluyla veya belirti yoluyla ispat yöntemi kullanılarak

²²⁸ Turhan, Uluslararası, s. 14.

²²⁹ Jørgensen, s. 300.

²³⁰ Jørgensen, s. 302.

²³¹ HRW, s. 160.

²³² Kreß, s. 486.

fiilin irtikabına ilişkin durumlardan çıkarılabilir.²³³

Eski Yugoslavya Uzmanlar Komisyonu Raporu'nda, soykırım niyetinin belli durumlardan çıkarılabileceği belirtilmiştir. Soykırım niyetinin belli durumlardan çıkarılması fikri ilk olarak 1985 yılında Whitaker tarafından hazırlanan "*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sorunu Hakkında Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Rapor*" da yer almıştır. Rapora göre soykırım niyeti, mahkeme tarafından belli kanıtlar ve durumlardan çıkarılabilir. *Akayesu* davasında da mahkeme Tutsi'lere karşı işlenen zalimce eylemlerin sayısına, yaygın eylemlerin sadece Taba komününe değil, Ruanda'nın tamamındaki Tutsi'leri hedef almasına, mağdurların 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 getirmiştir.²³⁴

Soykırım suçunda manevi unsurun oluşması açısından, yok etme kastının tüm gruba yönelmesine gerek yoktur. *Kayishema ve Ruzindana* davasında da belirtildiği üzere yok etme kastının, grubun önemli bir kısmına yönelmesi halinde de manevi unsurunun oluştuğundan bahsedilecektir. Aynı şekilde *Jelasic* davasında grubun önemli bir kısmını veya grubun önemli temsilcilerini yok etme kastı, manevi unsur açısından yeterli sayılmıştır.²³⁵

Yok etme özel kastı, faili suç işlemeye iten motivasyondan ayrılması gereklidir. Failin farklı motivasyonlarının bulunması, grubu yok etme kastının varlığını veya yokluğunu doğrudan işaret etmeyecektir. Örneğin faili suça iten, ekonomik menfaat, politik avantaj veya güç elde etme isteği olabilir ancak bu failde, soykırım suçu için gerekli özel kastın olmadığını göstermeyecektir.²³⁶

Uluslararası Ceza Mahkemeleri, soykırım suçunun oluşması için gerekli olan özel kastın vakıalardan, somut olaylardan veya amaçsal eylemin yapısından çıkarılabileceğini muhtelif kararlarında belirtmiştir.²³⁷

²³³ Turhan, Soykırım, s. 49.

²³⁴ Jørgensen, s. 298.

²³⁵ Jørgensen, s. 302.

²³⁶ *Kayishema ve Ruzindana*, *Krnjelac, Jelasic, Brdjanin ve Tadic* kararları (HRW, s. 154).

²³⁷ *Krstic, Brdjanin* kararları (HRW, s. 155); *Obote-Odora*, s. 397; *Quénivet*, s. 48.

G. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan fiilin yalnız ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çatışma halinde olması, hukukun bu fiile onay vermemesidir.²³⁸ Ceza normunun müeyyide altına aldığı fiile, başka bir hukuk kuralı izin veriyorsa ve işlenmesini mümkün kılıyorsa “*hukuka uygunluk sebebi*” söz konusudur. Çalışma konumuz olan suçta herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğu kanaatinde değiliz.²³⁹

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Soykırım suçunun oluşabilmesi için suçu oluşturan fiillerin bir ya da birkaçının işlenmiş olması yeterlidir. Ayrıca grubun tamamen veya kısmen yok edilmesine gerek yoktur.²⁴⁰ Maddi unsur bölümünde izah edildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan maddi hareketlerin bazılarında neticenin gerçekleşmesi aranırken, bazıları soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Örneğin kasten öldürme fiilinin, özel kastın varlığında, soykırım suçunu oluşturmaya için en az bir bireyin ölümünün gerçekleşmesi gereklidir. Bedensel veya ruhsal ağır zararlar verme hareketi de bir zarar suçudur ve neticenin gerçekleşmesi gereklidir. Buna karşılık, grup içinde doğumlara engel olunması veya grubun yaşam koşullarının kötüleştirilmesinde, grubun tamamen veya kısmen yok edilmiş olmasına, başka bir anlatımla neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Suçun oluşması için neticenin gerçekleşmesinin arandığı eylemlere teşebbüs mümkündür. Ancak neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı eylemler olan grubun yaşam koşullarının kötüleştirilmesi ve grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınmasına teşebbüs mümkün değildir.

TCK’nın 76. maddesinin 4. fıkrası gereğince, soykırım suçu açısından zamanaşımı hükümleri uygulanmayacağından dolayı, suçun ne zaman işlendiğinin tespitinin de önemi azalmıştır.²⁴¹

Soykırım Sözleşmesi 3 (d) maddesi, soykırım suçuna teşebbüsün

²³⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 479.

²³⁹ Bkz., aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s. 53.

²⁴⁰ Önok, s. 187.

²⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 55.

cezalandırılır bir eylem olduğunu belirtmiştir. Sözleşme doğrultusunda bazı ülkeler, soykırım suçuna teşebbüsü, soykırım suçunu düzenleyen madde içinde cezalandırmışlardır. Örneğin Danimarka (132 sk 2. maddesinde), Finlandiya (CK 6 ks.), İsrail (5710 sk 3. md.), teşebbüsü özel olarak düzenleyen ülkeler arasında sayılabilir. Diğer bazı ülkeler ise soykırım suçuna teşebbüs için özel bir hüküm koymamış, teşebbüsü ceza kanunlarının genel hükümlerine bırakmışlardır.

B. İctima

Soykırım suçu, bünyesinde barındırdığı özel kasttan dolayı, müstakil bir suç tipi olarak ülkelerin ceza kanunlarında düzenlenmiştir. Soykırım suçunu oluşturan eylemlerin birçoğu, soykırım suçunu düzenleyen özel hükümler bulunmasa bile ülke kanunlarında cezalandırılan eylemlerdendir. Bununla birlikte, grup içinde doğumların önlenmesine yönelik tedbirleri uygulamak gibi eylemler, soykırım suçunu özel olarak düzenlemeyen ülkelerde, cezasız kalan eylemler olmuştur. Soykırım suçunda fail, soykırım suçunun cezasını aldıktan sonra ayrıca kasten öldürme ve yaralamadan dolayı ceza almayacaktır. Ancak TCK'nın 76/2. fıkrasında belirtildiği üzere, soykırım suçunu oluşturan fiillerden kasten öldürme ve kasten yaralama açısından, mağdur sayısı kadar suç oluşacak ve gerçek ictima hükümleri uygulanacaktır.²⁴² 76. maddenin 2. fıkrası, TBMM Genel Kurulu'nda verilen bir önerge ile eklenmiştir. Maddeye göre fail, soykırım kastıyla birden fazla kişiyi öldürmüş ise öldürdüğü kişi sayısı kadar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alacaktır. Aynı şekilde, birden fazla kişiyi yaralaması durumunda da, yaraladığı kişi sayısı kadar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alacaktır. Doktrinde, bu düzenlemenin özellikle yaralama suçları için kabul edilemez olduğu, failin saiki ne kadar ağır olursa olsun, söz konusu cezanın failin kusuru ile orantılı olmadığı belirtilmektedir.²⁴³ Kanaatimizce düzenlemeye getirilen bu eleştiri yerindedir.

C. İştirak

Soykırım Sözleşmesi'nin III. maddesinin (e) bendi, soykırımı iştirakin de cezalandırılabilir bir eylem olduğunu belirtmek suretiyle, soykırım suçunun işlenmesine yardım eden kişilerin cezasız kalması-

²⁴² Önok, s. 187.

²⁴³ Turhan, Uluslararası, s. 15.

nı engellemiştir.²⁴⁴ Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında, soykırım suçuna iştirakin ve iştirak fiillerinin tanımı konusunda değişik öneriler sunulmuştur. Amerika Birleşik Devletleri delegesi; soykırım suçunun veya soykırım fiillerine isteyerek katılmanın hukuka aykırı ve cezalandırılması gereken bir eylem olduğunu teklif etmiş; Fransız delegesi soykırım suçunun doğrudan failleri ve şeriklerinin sorumlu olduklarını, soykırımı teşebbüsün, suça teşvikin de suç olduğunu belirtmiş; Sovyet Delegesi, Sözleşmenin soykırım ile eşit şartlarda olmak üzere iştirakin ceza özelliğini belirtmesi gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir.²⁴⁵

Soykırım Sözleşmesi'nin, soykırım suçuna iştiraki ülkelerin ceza hukuku genel hükümlerine bırakmayarak, ayrı bir suç olarak düzenlemesi, Sözleşmenin iç hukuka aktarımı sırasında bazı ülkeler tarafından kabul görmemiştir. Örneğin Birleşik Krallık, soykırım suçuna iştirakin de cezalandırılacağını belirten hükmü iç hukukuna dâhil etmemiş, iştiraki oluşturan fiillerin zaten mevcut hukuk sistemlerin de cezalandırıldığını belirtmiş ve ayrı bir hükme gerek görmemiştir.²⁴⁶

Soykırım suçunda, şerikin sorumlu tutulabilmesi için şerikte ulusal, etnik, ırki veya dinsel grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastının bulunduğu ispat edilmesi gereklidir. Özel kastın bulunduğu, makul şüphenin ötesinde ispatlanmalıdır. Özel kast ispat edilmezse, şeriki ne soykırım suçundan ne de soykırım suçuna iştiraktan cezalandırma imkânı yoktur. Bununla birlikte özel kastın mevcut olmaması, şerikin diğer suçlardan cezalandırılmasına engel değildir. Her ne kadar soykırım suçuna iştirak, özel kast olmadığından söz konusu değilse de, özel kastı gerektirmeyen insanlığa karşı suçların varlığından bahsedilebilecektir.²⁴⁷ Türk hukuku açısından, soykırım suçuna iştirak bir özellik arz etmemektedir.²⁴⁸

IX. CEZAYI ETKİLEYEN HALLER

A. Ağırlatıcı haller

Türk hukukunda soykırım suçu için herhangi bir ağırlatıcı hal

²⁴⁴ Alex Obote-Odora, "Complicity in Genocide as Understood Through the ICTR Experience", *International Criminal Law Review* 2, 2002, s. 378.

²⁴⁵ Obote-Odora, s. 379.

²⁴⁶ Obote-Odora, s. 380.

²⁴⁷ Obote/Odora, s. 377.

²⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 55.

düzenlenmemiştir. Mukayeseli hukukta bazı ülke kanunlarının soykırım suçu için ağırlatıcı hal düzenlediğini görmekteyiz. Örneğin Romanya, soykırım suçunun savaş esnasında işlenmesini ağırlatıcı hal olarak düzenlemiştir (CK m. 356).

B. Hafifletici Haller

Türk hukukunda soykırım suçu için de herhangi bir hafifletici hal düzenlenmemiştir. Mukayeseli hukukta ise incelediğimiz kanunlar arasında, soykırım suçu için hafifletici hal düzenleyen kanun bulunmamaktadır.

X. MÜEYYİDE VE KOVUŞTURMA

Türk hukukunda soykırım suçu için mevcut en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmektedir. Cezanın ağırlığı, kanun koyucunun soykırım suçunun önlenmesine verdiği önemi göstermesi açısından yerindedir. Türk hukukunda, soykırım suçunu oluşturan eylemler arasında, eylemin karşılığında öngörülen ceza bakımından bir fark yaratılmamıştır. 76. maddede yer alan beş farklı eylem için de müebbet ağırlaştırılmış hapis cezası öngörülmüştür. Belirtmeliyiz ki, soykırım suçunu oluşturan ve ağırlıkları aynı olmayan beş farklı hareketin de aynı müeyyide ile cezalandırılmış olması, ceza politikası açısından uygun bir çözüm tarzı değildir. Bu durumda, ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek maksadıyla grup üyelerinden birini kasten öldüren kişi ile grup içinde doğumları önlemek amacıyla grup üyelerini, cinsel ilişkide bulunmamaya teşvik eden, grubun kadınlarına hamile kalmayı önleyici ilaç dağıtan kimse-nin eylemi aynı ceza ile yaptırım altına alınmış olmaktadır.

Mukayeseli hukukta çoğunlukla soykırım suçu, söz konusu hukuk düzenindeki en ağır ceza ile cezalandırılmıştır. Örneğin Arnavut Ceza Kanunu, soykırım suçunu oluşturan her eylem için ayrı ceza yerine, 10 yıldan, ölüm cezasına kadar aralıklı bir ceza öngörmüştür. Danimarka Hukukunda tüm eylemler için 16 yıldan aşağı olmamak üzere, müebbet hapse kadar ceza belirlenmiştir. Benzer düzenlemeleri Estonya, Fin (4 yıldan müebbet hapse kadar) ve Paraguay Ceza Kanunları'nda da görmekteyiz. Buna karşın bazı ülke kanunlarının, Sözleşmede yer alan eylemler arasında cezai bakımdan farklılıklar yarattığı görülmektedir. Örneğin Polonya Ceza Kanunu'nda grup üyelerinin öldürülme-

si veya sağlıklarına ciddi zararlar verilmesine sebep olunması eylemi için 12 yıldan müebbet hapse kadar aralıklı bir ceza öngörülmüşken, grubun yaşam koşullarının kötüleştirilmesi, grup içindeki doğumları önleyici tedbirler alınması veya gruba ait çocukların başka gruplara zorla nakli 5 yıldan 25 yıla kadar hapis cezası ile yaptırım altına alınmıştır. Aynı şekilde Meksika Ceza Kanunu da, her eylem için farklı ceza öngörmüştür.

Uluslararası bir suç olan soykırım suçunun kovuşturulmasında yetkinin Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi gereğince suçun işlendiği ülke veya yetkili olan uluslararası ceza mahkemesine ait olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte, henüz Soykırım Sözleşmesi'ni imzalamayan ülkeler için uluslararası örf hukukundan doğan bir yükümlülüğün bulunduğu yönünde düşünce her geçen gün daha da güçlenmektedir.²⁴⁹ Roma Statüsü'nün önsözünün 6. paragrafında, uluslararası suç faillerini yargılamanın her devletin görevi olduğunun ifade edilmesi de, uluslararası örf hukukundan doğan bir yükümlülüğün bulunduğu düşüncesini desteklemektedir. Ancak Roma Statüsü, böyle bir yükümlülüğü uygulamamakta, sadece böyle bir yükümlülüğün uluslararası örf hukukunun bir parçası olduğunu belirtmektedir. Ülkeler, Roma Statüsü'nü imzalamak suretiyle, bu durumu kabul etmektedirler. Roma Statüsü'nün imzalanması, uluslararası örf hukukunun kabulü için gerekli olan ülke uygulamaları olarak kabul edilebilir. Bu durumda herhangi bir ülke, Soykırım Sözleşmesi'ni imzalayıp imzalamadığına bakılmaksızın, uluslararası örf hukukunun bir parçası olduğunu iddia ederek, soykırım suçunun faillerini kendi ulusal mahkemelerinde yargılama hakkını ileri sürebilir.²⁵⁰

Roma Statüsü'nün önsözünün 4. paragrafında ifade edilen uluslararası topluluğu etkileyen suçların cezasız kalmaması ve etkin bir kovuşturmanın mutlaka yapılması gerekliliğini öne süren devletler, soykırım suçu faillerinin kendi ülkelerinde bulunması koşuluyla yargı yetkisinin kendilerinde olduğunu belirtebilirler. Ancak bu durumda, 1948 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1984 tarihli İşkence Sözleşmesi'nde düzenlenen uluslararası suçların kovuşturulması görevini öne sürerek, faillerin kendi ülkelerinde bulunan devletlerin ya söz konusu failleri yargılamaları ya da diğer bir ülkeye iade etmeleri gerektiği ileri

²⁴⁹ Kreicker, s. 316.

²⁵⁰ Kreicker, s. 316.

sürülebilir (“*aut dedere aut judicare*”,²⁵¹ ya yargıla ya iade et ilkesi).²⁵²

Uluslararası Adalet Divanı, 2002 yılında vermiş olduğu *Democratic Republic of Congo vs. Belgium* kararında, uluslararası hukuk tarafından ülkelere “*evrensellik prensibi*” çerçevesinde hangi sınıra kadar kovuşturma yetkisi tanındığına ilişkin kesin bir cevabın verilmesinin güç olduğunu belirtmiştir. Divan kararında; “*hâkim görüşe göre, mülkîlik ilkesi gereğince, failin sınırları içinde bulunduğu devletin ve failin milliyetine bakılmaksızın suçun işlendiği ülkenin yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Evrensellik ilkesi gereğince sınırsız bir yargı yetkisine karşı olanlar, failin milliyetinde bulunduğu ve suçun işlendiği ülkenin egemenlik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş pek inandırıcı değildir, çünkü diğer uluslararası suçların yanı sıra soykırım suçunun işlenmesi, jus cogens’in ihlalidir ve erga omnes etkisine sahiptir. Bunun sonucu olarak da her devlet, söz konusu suçtan etkilenmektedir. Soykırım suçu, bir ülkenin ulusal sorunu değildir ve egemenlik hakları ile izah edilemez. Bundan dolayı, ülkelerin yargı yetkilerini sınırlamak için bir neden yoktur ve her devlet, suç ile kendi arasında özel bir bağ bulunup bulunmadığında bakılmaksızın, sınırsız evrensellik ilkesi gereğince uluslararası suçları kovuşturma yetkisine sahiptir*”²⁵³ demektedir.

Türk kanun koyucusu, Uluslararası Adalet Divanı’nın kararına uygun bir düzenleme yapmıştır. Soykırım suçunun düzenlendiği 76. maddenin de içinde bulunduğu İkinci Kitabın Birinci Kısımında yer alan suçlar, yabancı tarafından yabancı bir ülkede işlense ve hatta fail Türkiye’de bulunmasa dahi Türk kanunları uygulanacaktır (TCK m. 13).²⁵⁴ Görüldüğü üzere 13. maddeye göre soykırım suçu için sınırlandırılmamış evrensellik ilkesi kabul edilmiştir.²⁵⁵ Ancak sınırlandırılmamış evrensellik ilkesinde, dünyanın herhangi bir yerinde, yabancı kişi tarafından işlenen tüm soykırım suçlarının kovuşturulmasının Türk

²⁵¹ “*aut dedere aut judicare*” (ya yargıla ya iade et) ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz., Colleen Enache-Brown ve Ari Fried, “*Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law*”, *McGill Law Journal/Revue de Droit De McGill*, Vol.: 43, s. 613 vd; Michael J. Kelly, “*Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collision for Prosecuting Foreign Terrorists-Passage of Aut Dedere Aut Judicare into Customary Law & Refusal to Extradite Based on the Death Penalty*”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol.: 20, No.:3, 2002, s. 492 vd.

²⁵² Kreicker, s. 316, 317.

²⁵³ Kreicker, s. 317, 318.

²⁵⁴ Turhan, *Uluslararası*, s. 12; Tezcan/Erdem/Önok, s. 47.

²⁵⁵ Turhan, *Uluslararası*, s. 12.

savcısı tarafından yapılması gibi fiilen imkânsız bir durumla karşılaşmaktadır.²⁵⁶ Ayrıca böyle bir kovuşturma, uluslararası ilişkilerde de sorunlara yol açacaktır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi ağır ceza mahkemelerinin on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili davalara bakacağını belirtmesinden dolayı, Türk hukukunda, soykırım suçu için görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir.

XI. ERMENİ TEHCİRİ OLAYININ SOYKIRIM SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Birçok uluslararası çalışma, soykırım suçunu tanımlarken Ermeni tehcirine gönderme yapmakta ancak Ermeni tehcirinin niçin ve hangi şartlar altında soykırım olarak adlandırılması gerektiği noktasını açıklayamamaktadır.²⁵⁷ Bazı çalışmalarda, 24 Mayıs 1915'te Fransa, Büyük Britanya ve Rusya tarafından Osmanlı İmparatorluğu'na verilen ortak bildirge, soykırım fiillerinin işlenmesinin delili olarak gösterilmektedir.²⁵⁸

Ermeni tehcirine ilişkin tarihsel belgelerin ortaya çıkarılmasının ve ortaya çıkarılan tarihsel belgelerin yorumlanmasının tarih bilimi disiplini altında yapılması gerektiğini belirtmeliyiz. Bununla birlikte, tarihsel verilerin ancak ceza hukuku bakış açısından anlam kazanabileceği, uluslararası bir suç olan soykırım suçunun mevcudiyetinin ceza hukuku kurallarına göre belirleneceği de ayrı bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ermeni tehcirinin soykırım suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkin değerlendirmemizi; kanunilik veya kanunsuz

²⁵⁶ Turhan, Uluslararası, s. 12; Tezcan/Erdem/Önok, s. 47.

²⁵⁷ Developments in the Law International Criminal Law, *Harvard Law Review*, Vol:114, May 2001, s. 1950 (Developments olarak anılacaktır); Schabas, Genocide, s. 16; Daniela Conversi, "Genocide, Ethnic Cleansing, and Nationalism", in *Handbook of Nations and Nationalism* (Ed.Gerard Delanty and Krishan Kumar), London 2006, s. 321; Nicole Powell, *Elite Perceptions and The Adoption of An Extremist Policy of Genocide: A Comparative Case Study of Armenia and Rwanda*, The Degree of Master of Art, University of New Hampshire (Yayımlanmamıştır), September 2004, s. 37 vd; Christopher John Powell, *Civilization and Genocide*, The Degree of Doctor of Philosophy, Carleton University (Yayımlanmamıştır), November 2004, s. 353 vd.

²⁵⁸ Schabas, Genocide, s. 16; Aynı zamanda bu bildirge, "insanlığa karşı suçlar" teriminin ilk kez kullanıldığı belge olarak gösterilmektedir (Schabas, Genocide, s. 16).

suç veya ceza olmaz ilkesi, soykırım suçunun manevi unsuru ve soykırım suçunu oluşturan hareketler açısından değerlendireceğiz.

1982 Anayasası'nın 38. maddesi "...kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz..." demek suretiyle "suçta kanunilik ilkesi"ni ifade etmiştir. Bir fiilin suç olabilmesi için kendisinden önce gelen bir kanun tarafından, suç olarak tarif edilmiş olması gerekmektedir. Çağdaş ceza hukuku ilkelerinden biri olan "suçta kanunilik ilkesi", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de "Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez..." demek suretiyle belirtilmektedir.

Bir eylemin uluslararası hukuka göre suç sayılması için söz konusu eylemin anlaşmalarda veya uluslararası örf hukukunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Soykırım suçunun bir uluslararası anlaşmaya konu olması 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi ile mümkün olmuştur. Ayrıca söz konusu Sözleşme'nin uygulanmaya başlaması ile soykırım suçunun "ius cogens" niteliği vurgulanmıştır. Ermeni tehcirinin gerçekleştirildiği 1915 yılında, soykırım suçunu düzenleyen bir sözleşme veya örf hukuku kuralı bulunmadığından dolayı, gerçekleştirilen bir takım fiillerin soykırım suçunu oluşturduğunu ileri sürmek "suçta kanunilik ilkesi" açısından mümkün değildir²⁵⁹. 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre, anlaşmalarda hükümlerin geriye yürüyebileceği kararlaştırılabilir. Ancak Soykırım Sözleşmesi'nde, Sözleşmenin geriye yürüyeceğini belirten herhangi bir hüküm yoktur.²⁶⁰

Yukarıda açıklandığı üzere soykırım suçunun manevi unsuru kasttır ve suçun oluşması için failde belli bir grubu tamamen veya kısmen yok etme özel kastı bulunmalıdır. Buna göre Ermeni tehcirinin, Ermeni toplumunu tamamen veya kısmen yok etme kastı ile yapıldığı inceleme gerekir. Osmanlı İmparatorluğu, 1915 yılına kadar, sadece Ermeniler'in teröre bulaşan kesimine yönelik tedbir almıştır.²⁶¹ Ermeni tehciri, Osmanlı ordusu savaşta iken cephe gerisinde mühimmat ve yiyecek konvoylarına saldırı düzenleyen, cepheye gönderilen

²⁵⁹ Köprülü, s. 99; Benzer şekilde bkz., Adem Sözüer, "Soykırım Değil, Çünkü...", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.: 9, Aralık 2006, s. 6; Turhan, Soykırım, s. 50.

²⁶⁰ Köprülü, s. 98; Sözüer, s. 8.

²⁶¹ Yusuf Halaçoğlu, *Sürgünden Soykırıma Ermeni İddiaları*, 3. Baskı, Ocak 2007, s. 20 (Halaçoğlu, Soykırım olarak anılacaktır); aynı yazar, *Ermeni Tehciri*, 9. Baskı, İstanbul 2006, s. 25 vd (Halaçoğlu, Tehcir olarak anılacaktır).

takviye birliklerine baskınlar yapan, bölgede karışıklık çıkaran Ermenileri, yalnızca o bölgede yaşayanlar ile sınırlı kalmak üzere, bölge dışına çıkarmak amacıyla yapılmıştır.²⁶² Ayrıca 28 Mayıs 1915 tarihli talimatnamede, tehcir ettirilen Ermenilerin yol boyunca iaşelerinin sağlanması, can ve mal güvenliklerinin korunmasına önem verilmesi valilerden istenmiştir.²⁶³ Tehcir kararının; bir zorunluluğun sonucu alınması, sadece belli bir bölgede yaşayan Ermenileri hedeflemesi ve tehcir esnasında can ve mallarının korunmasına özen gösterilmesine yönelik görevlilerin talimatlandırılmasından dolayı, tamamen veya kısmen yok etme kastı ile gerçekleştirilmediği açıktır. Özel kastın bulunmamasından dolayı tehcir, soykırım olarak nitelendirilemeyecektir.²⁶⁴

Son olarak bir grubun, ülke içinde belli bir bölgeye yerleştirilmesi, açık olarak yaşam koşullarının kötüleştirilmesi suretiyle yok edilmesi amaçlanmıyorsa, soykırım suçunu oluşturan fiiller arasında sayılmamaktadır. Soykırım tezini savunan uluslararası çalışmalar, Ermeni tehcirini, yurt dışına sürme (deportation) olarak adlandırmakta ve yurt dışına sürmenin, insanın yaşaması için gerekli olan temel ihtiyaçlarından yoksun etmek suretiyle, onların hastalıktan, yetersiz beslenmeden ve aşırı yorgunluktan kitlesel ölümlere sebep olduğunu belirtmektedir.²⁶⁵ Ancak Ermeni tehciri, Osmanlı topraklarında belli bir bölümünde yaşayan Ermenileri, savaş zorunluluklarından dolayı yine Osmanlı topraklarında başka bir yere zorla göç ettirilmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. Yoksa iddia edildiği gibi Osmanlı topraklarının dışına çıkarılmamışlardır. Tehcir sırasında bir kısım Ermenilerin öldüğü (sayıları yaklaşık 50.000²⁶⁶) bir gerçektir. Ancak bu ölümler, tamamen veya kısmen grubu yok etme kastıyla gerçekleştirilen fiiller sonucu olmamıştır. Ölümlerin ana sebepleri hastalık ve kabilelere yapılan saldırılardır.

XII. SONUÇ

Türk kanun koyucusunun, Soykırım Sözleşmesi'ni imzalamaktan kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmek için 5237

²⁶² Halaçoğlu, Soykırım, s. 46; Halaçoğlu, Tehcir, s. 72; Turhan, Soykırım, s. 50, 51; Nazzan Moroğlu, "Hukuki Açıdan Ermeni Soykırımı İddiaları", *Belgeler ve Tanıklarla Türk-Ermeni İlişkilerinde Tarihi Gerçekler*, (Ed.Aysel Ekşi), Kasım 2006, s. 80.

²⁶³ Halaçoğlu, Soykırım, s. 52, 53.

²⁶⁴ Bkz., Moroğlu, s. 80; Turhan, Soykırım, s. 55.

²⁶⁵ Schabas, *Genocide*, s. 168.

²⁶⁶ Halaçoğlu, s. 66.

sayılı TCK'nın 76. maddesinde soykırım suçunu düzenlemesi olumlu bir gelişmedir. Soykırım suçunun düzenlendiği kısmın "*Uluslararası Suçlar*" başlığını taşıması, suçun uluslararası bir suç olduğunu belirtmesi ve mukayeseli hukukta çoğunlukla ülkelerin, soykırım suçunu "*Uluslararası Suçlar*" başlığı altında düzenlemiş olmasından dolayı yerindedir. Ayrıca TCK'nın Özel Hükümler bölümünün çalışma konumuz olan suç ile başlaması, kanun koyucunun söz konusu suça verdiği önemin de bir göstergesidir.

Soykırım suçu, Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemenin birkaç ufak değişiklik dışında aynen alınması suretiyle TCK'na ithal edilmiştir. Bu haliyle, statik referans modelini benimseyen kanun koyucu, uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarından da Türk hukukunun yararlanma olanağına kavuşmasını sağlamıştır. Düzenlemenin birçok ülke kanunu ile benzer özellikler taşıdığı ve bu kapsamda uygun olduğunu belirtmeliyiz.

Soykırım suçunda korunan grupların sınırlı sayıda olması ulusal veya uluslararası doktrinde eleştirilmiş olmasına rağmen, Türk kanun koyucusunun Sözleşme ve mukayeseli hukuktaki yaygın eğilime uygun olarak korunan grupları sınırlı olarak düzenlemesi, uluslararası hukuka uygunluk açısından yerindedir. Uluslararası ceza hukukundaki gelişmelere paralel olarak, ekonomik, sosyal ve siyasal grupların da korunan gruplar içine alınması durumunda, mevcut gelişmelerin Türk hukukuna yansıtılacağını ümit etmekteyiz.

Soykırım suçunu oluşturan hareketlerin sınırlı sayıda düzenlenmesini, kültürel soykırımın kanun metnine dâhil edilmemesini, korunan gruplar açısından yapmış olduğumuz değerlendirmeler doğrultusunda uygun bulmaktayız.

Soykırım suçunu oluşturan beş hareket bakımından aynı cezanın öngörülmesi, eylem ile ceza arasında dengesizliğe neden olmuştur. Mukayeseli hukuktaki düzenlemeler doğrultusunda, her hareket türü için farklılaştırılmış ceza uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak, soykırım suçu için kabul edilen sınırlandırılmamış evrensellik ilkesinin, uluslararası ilişkilere zarar verebileceği ve savcılar için icrası imkânsız bir durum yaratacağı eleştirilerine katıldığımızı ifade etmeliyiz.