

ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKU'NDA SOYKIRIM (JENOSİD) SUÇU

Araş.Gör. Verda Neslihan AKÜN*

Giriş

Milletlerarası hukuktaki geçmişi yarım asrı geçmekte olan soykırım (jenosid) suçunun dünyada ve insanlık vicdanında yarattığı derin yaralar daha kapanmadan, ikinci bin yıla beş kala, yeryüzünün birbirinden çok uzaktaki iki yakasında, Afrika kıtasında, Ruanda'da ve çağdaş Batı Medeniyetinin tam ortasında, Avrupa'da, Eski Yugoslavya ülkesinde vahşi yüzünü tekrar göstermesi ne yazık ki biz hukukçuları da bu konuyu ele almaya itmektir. Son yıllarda yabancı parlamentolarda yer bulan Ermeni soykırımı iddiaları, hattâ Türkiye'nin AB gibi milletlerarası teşkilâta üyeliği sözkonusu olduğunda bile bu iddiaların dile getirilmesi, güncel uluslararası gelişmeler ve nihayet yabancı bir devlet ülkesinde bir Türk bilim adamının aksi yöndeki beyanları dolayısıyla hakkında takibata girişilmesi, aslında başlı başına bir monografi veyahut çok daha geniş çaplı bir makale olarak ele alınacak bu konuyu genel hatları ile ortaya koyarak, aslında soykırım suçunun hukuken ne olduğunu ve ne zaman var olmadığını okuyucuya tanıtmayı amaçlamaktadır. Diğer yandan Yeni Türk Ceza Kanunu'nda da bu suça yer verilmiş olması, ancak kanun koyucunun bunu şekillendirişi de ayrı bir inceleme başlığı yapılabilir. İşte bu çalışmada Türk Hukuku'ndaki soykırım suçunu da milletlerarası hukuk penceresinden görmeye çalıştık.

I. Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu

A. Soykırım Kavramının Doğuşu ve Soykırım Suçunun Niteliği

Soykırımı bir kavram olarak ilk defa ortaya atan Polonyalı hukukçu Rafael Lemkin'dir. Lemkin, II. Dünya Savaşı sırasında Alman işgali altındaki ülke-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı. Bu makale değerli hocam Prof. Dr. Sevin Toluner'in danışmanlığını yaptığı "*Milletlerarası Mahkeme İctihatlarında Jenosid*" başlıklı, yayınlanmamış yüksek lisans tezini temel alınarak hazırlanmıştır. Bu vesileyle, hocama, onuruna çıkarılan bu armağan vesilesiyle bir kez daha teşekkürlerimi sunarım.

lerdeki işgal politikasını değerlendirdiği, 1944 yılında yayınlanan kitabının¹ önsözünde soykırım kelimesini kullanmakta ve bununla farklı fiillerin koordine edildiği bir planı ifade etmektedir. Antik Yunanca'da ırk, kabile, klan anlamına gelen GENOS kelimesi ile Latince öldürme manasını taşıyan Cİ-DE ekini birleştirmek suretiyle,² milletlerarası toplumun karşı karşıya kaldığını bu isimsiz suça, Lemkin, GENOCİDE kelimesini türeterek isim babalığı yapmıştır. Soykırım, (*genocide, völkermord*) millî, dinî, ırkî veya etnik grupların hem biyolojik hem de kültürel imhasıdır. Fakat burada kasdedilen, derhal imha etmekten çok, millî bir grubun esaslı yaşam müesseselerinin ortadan kaldırarak grubun sonunu getirmektir. Grubun, siyasî ve sosyal müesseselerinin, kültürünün, dilinin, dininin, millî duygularının ve iktisadî mevcudiyetinin zorla çözümlenmesine, kişisel güvenliğin, hürriyetin, sağlık ve haysiyetin, hattâ yaşamların yok edilmesi eşlik eder. Bu yöndeki icraatlar, bireylerin şahsî kimliklerine değil, grubun varlığına yönelmekte, bireyler sırf o grubun mensubu oldukları için, onlar üzerinde icra edilmektedir. Soykırım, değişik zulüm ve imha hareketlerinin birleşimidir. Aynı zamanda kültürel bazı hareketleri de kapsar. Soykırım suçunun yer aldığı ilk hukukî belge, yeni kurulmuş olan Birleşmiş Milletler Teşkilâtı'nın 11 Aralık 1946 tarih ve 96(I) sayılı kararıdır. Bu kararda soykırım, milletlerarası hukuka göre suç sayılır ve cezalandırılmasının da milletlerarası bir mesele olduğu belirtilir.

Bu karar uyarınca hem sekreteryaya, hem de Ekonomik-Sosyal Konsey bünyesinde *ad hoc* bir komite tarafından iki sözleşme taslağı hazırlanır. Sözünü ettiğimiz ikinci taslak üzerinde uzun müzakerelerden sonra 6 Aralık 1948 günü, Paris'te toplanan Genel Kurul'un, 260 A (III) sayılı kararıyla, eksiksiz olarak toplantıda hazır bulunan elli altı üye devlet tarafından oy birliği ile kabul edilir, yirminci onay belgesini takip eden doksan günün sonunda, 12 Ocak 1951'de yürürlüğe girer.³ 12 Ocak 1950'de yürürlüğe giren "Soykırım Suçunun Yasaklanması ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme"nin⁴ giriş bölümünde 1946 tarihli karara atıf yapılmış, ilk maddesinde milletlerarası

¹ Rafael Lemkin, **Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress**, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, Chapter IX, pp. 79-95. (Çevrimiçi) <http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm>, 17.12.2002.

² **ibid.**

³ 9 Aralık 1948 günü Genel Kurul'da iki karar daha alınır. Bunlardan biri, milletlerarası bir ceza mahkemesi kurulması meselesinin Milletlerarası Hukuk Komisyonu'na havalesi, diğeri de Soykırım Sözleşmesi'nin bağımsız olmayan devletlerde uygulanmasına dair karardır.

⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, **UNTS**, vol. 78, 1951, p. 277. Türkiye, Sözleşme'ye katılma yoluyla taraf olmuştur, **RG.** 29.03.1950, S. 7469. (Bundan sonra "Soykırım Sözleşmesi" olarak anılacaktır.)

hukuka göre suç olduğu benimsenmiştir. Bu maddeye göre, âkid devletler, soykırım ister savaş ister barış zamanı işlenmiş olsun, milletlerarası hukuka göre bir suç olarak önlemeyi ve yasaklamayı taahhüt etmişlerdir. Ayrıca Milletlerarası Adalet Divanı, "Soykırım Suçunun Yasaklanması ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'ye Çekinceler" istişarî mütâlaasında önce 96(I) sayılı karara atıf yaparak soykırımın milletlerarası hukuka göre bir suç olduğuna işaret etmiştir.⁵

1948 yılı sonunda BM Genel Kurulu'nca kabul edilen Soykırım Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi üzerinden elli sekiz yıl geçmiştir. Bu süre içerisinde soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması gereken bir suç olduğu noktasında genel, tutarlı ve kesintisiz bir milletlerarası uygulama hukuken mevcuttur. 9 Ekim 2001 tarihi itibarıyla yüz otuz üç devletin sözleşmeye taraf olmasının yanı sıra kırk bir devlet imzacı durumdadır.⁶ Öte yandan soykırım yasağının bir örf-âdet kuralı olduğu çeşitli mahkeme kararları ile de ortaya konmuştur.⁷

Esas olarak, milletlerarası hukuka pek aşîna olmayanlar tarafından genelde gündeme getirilen soru, bu sözleşmeye taraf olmayan bir devletin ahdi hiçbir yükümlülük altına girmemiş olduğunu ileri sürerek yasaklanan bu suçun işlenmesine göz yumması gibi yasağın aksine bir tutum içinde bulunması veya sorumluluktan kurtulmaya çalışması halinde ne gibi bir argümanın ileri sürülebileceği noktasındadır.

Bosna-Hersek'in Federal Yugoslavya Devleti'ne karşı Soykırım Sözleşmesi'nin uygulanması için Milletlerarası Adalet Divanı'nda açtığı davada, *ad hoc* yargıç Elihu Lauterpacht, ayrı görüşünde,⁸ soykırım yasağının sıradan bir milletlerarası hukuk kuralı olmadığını, *ius cogens* statüsünde bir kural olarak genel kabul gördüğünü belirtmiştir. Soykırım evrensel çapta *ius cogens* sayılan bir kuralın ihlâlidir.⁹ *Ius cogens* niteliğinde kurallar, hiçbir şekilde kendisinden sapılmasına izin verilmeyen ve ancak aynı nitelikte genel

⁵ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion), **ICJ Reports**, 1951, p. 23.

⁶ Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status of Ratifications, Reservations and Declarations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Çevrimiçi) <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/treaty1gen.htm>, 12.03.2003.

⁷ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para. 495, The Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement, IT-98-33, T. Ch. I, 2 Ağustos 2001, para. 541.

⁸ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Further Requests for the Indication of Provisional Measures), Separate Opinion of Lauterpacht, **ICJ Reports**, 1993, para. 100.

⁹ Cherif Bassiouni, **Crimes Against Humanity in International Law**, 2nd revised ed., The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 210-211.

bir milletlerarası hukuk kuralıyla değiştirilebilecek bir kural olarak, bir bütün olarak devletler topluluğu tarafından kabul edilip tanınan kural¹⁰ olarak taraf olsun olmasın her devleti kendisine riayeti zorunlu kılan milletlerarası hukukun emredici normlarıdır. Milletlerarası hukukta, kuvvet kullanma ve tehdidinde bulunmayı, deniz haydutluğunu, köleliği ve köle ticaretini, saldırganlık fiillerini ve soykırımı yasaklayan kuralların *ius cogens* niteliği kabul edilmektedir.¹¹

Hiçbir akdî yükümlülükleri bulunmasa bile, tüm devletler, Soykırım Suçunun Yasaklanması ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile bağlıdır.¹² Şimdiye kadar suçun hukukî niteliklerinden bahsettikten sonra, tanımını ve unsurlarına bakacağız.

B. Soykırım Suçunun Tanımı ve Unsurları

1. Tanım

Soykırım suçunun tanımına ve unsurlarına Soykırım Suçunun Yasaklanması ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin 2. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre:

"Bu sözleşme uyarınca, soykırım, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, grup olarak, tamamen veya kısmen imha etmek kastıyla işlenen aşağıdaki fiillerdir:

- a. Grup üyelerinin katli,
- b. Grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara sebep olma,
- c. Grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebebiyet vermek üzere hesaplanmış yaşam koşullarına kasten maruz bırakma,
- d. Grup içinde doğumları önlemek için tedbirler dayatma,
- e. Grubun çocuklarının başka bir gruba zorla transferi."¹³

Bu tanım Ruanda, Eski Yugoslavya ve en son olarak da 1998 Roma Konferansı'nda kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde de aynen benimsenmiştir. "1948'den bu yana soykırımı dair bütün hukukî düzenleme-

¹⁰ 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, m. 53.

¹¹ The Prosecutor v. Goran Jelisic, Judgement, IT-95-10, T. Ch.I, 14 December 1999, para. 60.

¹² Korunmasında bütün devletlerin hukukî çıkarı vardır; *erga omnes* yükümlülüklerdir. Bkz. Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) 2nd Phase, **ICJ Reports**, 1962, para. 33-34.

¹³ Suç fiillerinin Türkçe'ye tercümesi yazara aittir.

lerde aynı tanım benimsenmiş olup, milletlerarası mahkemeler içtihadında bu tanım yorumlanarak sonuçlara varılmıştır.”¹⁴ Sözleşmenin getirdiği ve tüm uluslararası hukuk metinlerinde aynen kabul edilen bu tanımdan yola çıkarak soykırımın unsurlarını belirlemek mümkün olabilmektedir. Bu unsurlar, soykırım suçunun var olması için bulunması gerekli ve zorunlu niteliklerdir. Bu doğrultuda sayılan belli gruplar, bu gruplara mensup kişilerin grup olarak imhası, bu grupların tamamen veya kısmen imhası, imha etme kastı ve “a” bendinden “e” bendine kadar sayılan suç fiilleri bahsettiğimiz unsurlardır.

a. Gruplar

Soykırım Sözleşmesi’nde işaret edilen gruplar, millî, etnik, dinî ve ırkî gruplardır. Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarından (*travaux préparatoires*) anlaşılan, sözleşmeyi kaleme alanlar, üyeliğin kalıcı bir şekilde olduğu ve doğumla belirlendiği değişmez, sabit nitelikli (*stable*) grupları seçmişler, siyasî, iktisadî gruplar gibi, gruptan çıkmanın kişinin iradesine bağlı olduğu değişken nitelikteki grupları metne dahil etmemişlerdir.¹⁵ Soykırım Sözleşmesi’nin koruduğu dört grup bakımından ortak ölçüt, bu gruplara üyeliğin, grup üyelerince reddi kabil olmayan, doğum ile kendiliğinden, gayri iradîlik ve süreklilik arz etmesidir.¹⁶ Bu bakımdan özellikle siyasî gruplara metinde yer verilmemiş olması sözleşmenin kör noktası olduğu yolunda eleştiriler¹⁷ kanımca isabetsizdir.

b. Gruplara Mensup Kişilerin Grup Olarak İmhası

Soykırım Sözleşmesi’nde ikinci maddenin ilk fıkrasında, soykırım, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, grup olarak, tamamen veya kısmen, yok etmek kastıyla işlenen fiiller olarak tanımlanmıştır.¹⁸ Tanımda, millî, etnik, ırkî veya dinî grupları, tamamen veya kısmen, yok etmek kastı dışında bir de ‘grup olarak’ ibaresi yer almaktadır. Soykırım Sözleşmesi’nin tanımında ‘grup olarak’ ibaresi atlanmamalı, anlam doğuracak şekilde yorumlanmalıdır. Soykı-

¹⁴ Sevin Toluner, “Soykırım Nedir? Ne Değildir? Konulu Konferansa Katkı”, **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları**, Beta Y., İstanbul, 2004, s. 584.

¹⁵ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para. 511.

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ Van Schaack, “The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention’s Blind Spot”, **Yale Law Journal**, 1997, vol.106, p. 2259.

¹⁸ “In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”

rım suçunun oluşabilmesi için söz konusu olan, grubun kesinlikle millî bir grup olarak, etnik bir grup olarak, dinî bir grup olarak veya ırkî bir grup olarak imhası gerekir.¹⁹ Bu suçu işleyen fail veya failler, yasaklanan fiillerine hedef aldıkları kişileri, sırf o millî, etnik, dinî veya ırkî grubun mensubu olduğu için seçerler. Bireylere yöneltilen eylem, aslında grup hedef alınarak gerçekleştirilir. Sadece bir veya birden fazla birey değil, grup, grup olarak hedef alınmalıdır.²⁰ Soykırım, aslında, bireylerin ötesinde, bireylerden müteşekkil grubu hedefler.

c. Grupların Tamamen veya Kısmen İmhası

Sözleşmede, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, grup olarak, yok etmek kastıyla işlenen fiillerin soykırım suçunu oluşturması için, millî, etnik, ırkî veya dinî grubun tamamıyla ortadan kaldırılması şartını aranmamıştır. Grubun kısmen yok edilmesi yahut bu sonuca yönelmiş fiiller yeterli görül- müştür. Kısmen imha, kestirilebilen, saptanabilen bir kısım olarak anlaşılmalıdır.²¹ Bu noktada önem taşıyan husus, grubun kısmen imhası kastıyla hareket edildiğinde nasıl bir kriter belirlenmelidir ki, grubun ne özellikler- de ve ne oranda bir kısmının imhası dikkate alınsın. Bu noktada Uluslara- rası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları, Ruanda ve Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi içtihatları, bu konudaki bilimsel değere sahip diğer kaynaklar ele alındığında, 'kısmen' ibaresinden anlaşılması gereken, nitelik ve nicelik itibarıyla esaslı bir kısımdır.²²

2. Suçun Unsurları

Soykırım suçu, iki unsurdan oluşur. Suçun maddî unsuru, *actus reus*, suçu oluşturan fiilleri; psikolojik unsuru, *mens rea*²³ ise kasıt unsurunu ifade eder. Bu suçu meydana getiren fiiller, sözleşmenin ikinci maddesinde (a)

¹⁹ Leo Kuper'den aktaran **Génocide(s)**, Collection De Droit International, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 272. "[...] il faut que le groupe en question ait été expressément détruit en tant que groupe national, groupe ethnique, groupe racial ou groupe religieux."

²⁰ The Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement, IT-98-33, T. Ch. I, 2 Ağustos 2001, para. 551.

²¹ Leo Kuper'den aktaran, **Génocide(s)**, *op.cit.*, p. 271.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Verda Neslihan AKÜN, **Milletlerarası Mahkeme İchtihatlarında Jenosid**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

²³ *Actus non facit reum nisi mens sit rea*: An act does not make a person guilty of a crime, unless the person's mind be also guilty. (**Commentary on The Rome Statute of the ICC**, Article 30, ed. by, Otto Triffterer, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 529) Bu temel kural Türkçe şu şekilde ifade edilebilir: "İrade suçlu değilse, eylem(faili) suçlu yapmaz." (Füsün Sokullu-Akıncı, **Ceza Yaptırımı**, (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1993, s. 102, n. 5). Ayrıca bu konuda bkz. J. Bowes Sayre, "Mens Rea", **Harvard Law Journal**, vol. 45, 1931.

bendinden (e) bendine kadar sayılanlardan ibarettir. *Mens rea*'yı oluşturan, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, grup olarak, tamamen veya kısmen imha etmek kastı, bu suçun oluşması için muhakkak bulunması gereken özel kast unsurudur.

a. Psikolojik Unsur: *Mens Rea*

Günümüz ceza hukuklarının ilkelerinden biri olan *mens rea*'nın kökeni XII. yüzyıla, Kilise Hukuku'na dayanmaktadır.²⁴ Suç failinin kusurlu iradesinin dikkate alınmadığı o dönem itibariyle, Kilise Hukuku'nun kötü düşünce ve kusurlu iradenin cezalandırmaya esas teşkil etmesi görüşü önemli bir yenilik arz etmektedir.²⁵ Bu ilkenin esası "Tanrının herşeyi bildiği ve nihai cezalandırma yetkisinin Tanrıda olduğu düşüncesidir."²⁶ XIII. yüzyılın sonları ile XIV. yüzyılın başlarında, Kilise Hukuku'nun Ceza Hukuku'na etkisi ile 'kusur' kavramı, failin iradesini suçun unsuru haline getirmiş, bunun sonucunda da failin cezalandırılabilme şartı olarak hukuk sahasına girmiştir.²⁷ Kusurun, suçun manevi unsuru olduğu görüşü yaygın şekilde kabul görmektedir.²⁸ Günümüz modern Ceza Hukuklarında, fail ancak kusurlu olduğu hallerde cezalandırılabilir. Kusurluluk durumu da kendi içerisinde kast, taksir gibi derecelendirilmiştir. Bu bakımdan kast, iki ögeden oluşur. Bunlar, bilinçli olarak fiilen bilme durumu ve aykırı davranma isteği yada ihlâl niyetidir. Başka bir deyişle, suçun maddi unsurlarının bilincinde olmak ve bu fiilleri yerine getirmeyi istemektir.²⁹ Fail bilerek ve isteyerek yaptığı şeyler için cezalandırılabilir. Bu durumda aranan kusur derecesi kasttır. Fakat bazı suçlarda bilmek ve istemek diye ifade edilen kast unsuru suçun işlenmesi bakımından yeterli olmaz, özel kast aranır. Özel kast halinde, failin yasaklanan bir sonuca erişmek için kasten hareket etmesi lâzımdır.³⁰ Özel kast, soykırım suçunun, diğer tüm suçlardan ayırıcı en önemli cephesidir. Hattâ, bu suçun işlenmiş olmasının ön şartı, zarurî unsurudur. İmha etme niyeti, bu suç bakımından *sine qua non*dur. Başka bir ifadeyle, aslî özelliğidir.³¹ Çünkü, bu suçun işlenmesi için, diğer suçlarda aranan kast unsurundan yani fiilin sonuçlarını bilme ve istemenin ötesinde, daha ileri, daha gelişmiş bir 'özel kast' (*dolus specialis*) hali gereklidir. Bu suç açısından, grubu

24 Füsun Sokullu-Akıncı, *op.cit.*, s. 104.

25 *ibid.*

26 *ibid.*

27 *ibid.*, s. 49 ve 103.

28 *ibid.*, s.117, n. 66.

29 *Génocide(s)*, *op.cit.*, p. 83.

30 *ibid.*

31 Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Futher Requests for the Indication of Provisional Measures), Order of 13 September 1993, *ICJ Reports*, 1993, para. 42.

tamamen veya kısmen imha etme şeklinde, ağırlaştırılmış bir kast unsuru aranır.³²

Soykırım suçunu işlemek ile yargılanan bir sanık, sözleşmenin ikinci maddesinde (a) bendinden (e) bendine kadar sayılan soykırım fiillerini ancak millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, grup olarak, tamamen veya kısmen imha etmek kastıyla işlemişse suçlu bulunup cezalandırılacaktır. İmha niyeti, soykırımı diğer tüm bireysel adam öldürme, cinayet suçlarından ayırır. Çünkü imha o grubun gelecek kuşaklarının da varlığını ortadan kaldırmaktır. Grubu imha etme kastı bulunmalı, bu kasıt, grubun üyelerine yönelmeli, yasaklanan fiillerin işlendiği bu kişiler sırf o gruba mensup oldukları için hedef alınmalıdır. Her somut olayda, olayın özelliklerine göre millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu, grup olarak, tamamen veya kısmen yok etmek kastının bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

b. Maddî Unsur: *Actus Reus*

Soykırım suçunu oluşturan fiiller, fiziksel bir imhayı yani millî, etnik, dinî veya ırkî bir grubun grup olarak, tamamen veya kısmen maddî varlığını yer-yüzünden kaldırmak sonucuna yönelir. Bir grubun kültürel ve sosyolojik özelliklerine karşı bir saldırı da bulunması soykırım suçunu oluşturmaz.

Sözleşme düzeninde sayılan grupların sadece maddî imhasına yönelik suç fiillerine yer verilmiş, belli bir grubun millî, linguistik, dinî, kültürel veya bunların dışında kimliğinin yok edilmesi dışarıda bırakılmıştır.

Aşağıdaki fiiller soykırım suçunu oluşturur:

- Grup üyelerinin katli,
- Grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara sebep olma,
- Grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebebiyet vermek üzere hesaplanmış yaşam koşullarına kasten maruz bırakma,
- Grup içinde doğumları önlemek için tedbirler dayatma,
- Grubun çocuklarının başka bir gruba zorla nakli.

³² The Prosecutor v. Radovan Karadzic and Ratko Mladic, (IT-95-5R61&18R61), Transcripts, 11 July 1996, p. 986. (Çevrimiçi), <http://www.un.org/icty/transe5&18/960711IT.htm>, 01.05.2003.

aa. Grup Üyelerinin Katli

Bu suç fiili, soykırım suçunun en açık, en belirgin halidir. İnsanlık aleyhine suçlardan kök kazımanın soykırımdan ayrıldığı nokta, kök kazımda toplu, kitlesel yok etme unsuru olmasına rağmen, kök kazımda hedef alınan bireyler grubunun hiçbir ortak özellikleri mevcut değildir.

bb. Grup Üyelerinde Ciddî Bedensel ve Zihinsel Zarara Sebep Olma

Soykırım suçunu oluşturan fiillerden ikincisi, grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara sebep olma, çeşitli fiillerin birinin veya birkaçının işlenmesi ile oluşabilir. Grup üyelerinde ciddî bedensel ve zihinsel zarara yol açmanın, kalıcı ve telâfisi imkânsız zarar anlamına gelmesi gerekmez.³³ Grup olarak imha etme kastıyla, işkence, fiziksel ve ruhsal taciz, cinsel şiddet ve tecavüz, zalimane veya gayrı insanî muamele, sınır dışı etme, bu suç fiilinin uygulama şekilleri olabilir.

Ruanda Savaş Suçluları Mahkemesi, ciddî bedensel zarar kavramının açık olduğunu, ancak iç ve haricî organlara, duylara verilen hasara yahut bozulmaya sebep olan, sağlığı ciddî derecede bozan zarar şeklinde anlamaktadır³⁴

Mahkeme, ciddî zihinsel zararın her somut olayda ayrı incelenmesi ve fiziksel bir zararın sonucu olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtir. Ayrıca, ağır korku, tehdit veya sindirme gibi bedensel olmayan saldırıların ciddî zihinsel zarar oluşturabileceği iddia edilmiştir.³⁵

En sade şekliyle bedensel zararı, fiziksel hasar türleri, zihinsel zararı ise zihnî melekelerin haleldâr edilmesi şeklinde anlaşılması mümkündür.³⁶ Grup üyelerinin maruz kaldıkları bedensel ve zihinsel zarar o kadar ciddî olmalıdır ki grubu tamamen veya kısmen yok olma tehdidiyle karşı karşıya bırakmalıdır.³⁷

³³ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, para. 502.

³⁴ *ibid.*, para. 109.

³⁵ *ibid.*, para. 112-113.

³⁶ Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, Chapter II: Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Commentary, art. 17, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/ilc/reports/1996/chap02.htm>, 08.11.2002.

³⁷ *ibid.*

cc. Grubun Fiziksel Varlığının Tamamen veya Kısmen Ortadan Kalkmasına Sebebiyet Vermek Üzere Hesaplanmış Yaşam Koşullarına Kasten Maruz Bırakma

Bu bentte düzenlenen fiil, öncekilerden farklı olarak grup üyesi bireyleri değil, doğrudan grubu hedef göstermektedir. Tamamen veya kısmen, fiziksel varlığı ortadan kaldırılmak üzere tasarlanmış yaşam koşullarına kasten maruz bırakılan grubun kendisidir.

İmha yöntemleri ile failin grup üyelerini derhal öldürmemesi ama nihaî olarak fiziksel olarak yok edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.³⁸ Grup, normalin altında yaşam koşullarına maruz bırakılmalıdır.³⁹ Uygun barınma, giyim, hijyen ve tıbbî bakım imkânlarının yoksun olduğu yahut haddinden fazla çalışma yada fiziksel zahmet (eziyet, zorlama) altına sokma gibi yavaş bir ölüme öncülük eden durumlar, sözünü ettiğimiz fiili oluşturan hareketlerdir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 'Suçların Unsurları' ele alındığı belgede, suçun bu şeklinin yaşamı sürdürebilmek için zarurî olan kaynaklardan kasten mahrum bırakma yahut evlerinden çıkartılma şeklinde olabileceğini belirtmiştir.⁴⁰

dd. Grup içinde doğumları önlemek için tedbirler dayatma

Sözleşmede suç fiilinin, 'tedbirler dayatma' ifadesi ile düzenlenmiş olması, zorlama unsurunun gerekliliğine işaret eder.⁴¹ Fakat suçun işlenmiş olması bakımından, başarıya ulaşması gerekmez.⁴²

Çeşitli mahkeme kararlarında⁴³ tecavüz yoluyla, grubun kadınlarının başka grubun erkekleri tarafından kasten hamile bırakılmaları, cinsel sakatlamaları (*sexual mutiliation*), (zorla) kısırlaştırma uygulamaları, zorla doğum kontrolü, cinslerin ayrılması ve evliliklerin yasaklanması grup içinde doğumları önlemeyecek tedbirler olarak değerlendirmektedir.

³⁸ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para.505-506.

³⁹ The Prosecutor v. Clément Kayishema ve Ober Ruzindana, Judgement, ICTR-95-1-T,T.Ch.I, 21 May 1999, para. 114.

⁴⁰ Report of the Preparatory Commission for the ICC, Finalised Draft Text of the Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, 6 July 2000, p. 7., n. 4

⁴¹ Report of the ILC on the work of its 48th session, 1996, Chapter II: Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Commentary, art.17, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/ilc/reports/1996/chap02.htm> 08.11.2002.

⁴² William A. Schabas, **Genocide in International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 173.

⁴³ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para. 507. Ayrıca mahkemenin değerlendirmesi, Kayishema ve Ruzindana Davası'nda, Rutaganda Davası'nda ve Musema Davası'nda aynen benimsenmiştir.

Grup içinde doğumların önlenmesi bakımından bu yöntemler dışında her somut olaydaki etkenler göz önüne alınarak yeni değerlendirmelerin yapılması mümkündür.

ee. Grubun çocuklarının başka bir gruba zorla nakli

Jenosid suçunu oluşturan fiillerin sonuncusu, grubun çocuklarının başka bir gruba zorla nakledilmesidir. Sözleşme, soykırımı, millî, ırkî, dinî veya etnik bir grubun, grup olarak, tamamen veya kısmen imhası niyetiyle işlenen fiiller olarak tanımlarken, söz edilen grupların maddî imhasını kastedmiştir. Ancak suç fiilinin bu şekilde karşımıza daha farklı bir yaklaşım çıkmaktadır.

Bu suç fiili ile amaçlanan, grubun çocukları ailelerinden kopararak, o grubun dışında yetişmesi, ait oldukları grubun kültüründen, geleneklerinden ve yaşam alışkanlıklarından uzaklaştırmak, başka bir grubun özelliklerine baskın bir ortamda bunları benimseyerek o kimliği taşımalarıdır.

Ruanda Savaş Suçluları Mahkemesi, *Akayesu Kararı*'nda, doğrudan zorla fiziksel bir transfer fiiline değil, aynı zamanda grubun çocuklarının başka bir gruba zorla transferine yol açacak tehditleri de bu kapsamda değerlendirmektedir.⁴⁴

II. Türk Hukuku'nda Soykırım Suçu

1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nin 5. maddesi gereği, taraflar, sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere, kendi anayasalarına uygun olarak gerekli mevzuatı vâzedip bunları yürürlüğe sokmaya, özellikle soykırım suçundan veya iştirak hallerinden dolayı suçlu bulunanlara müessir cezai müeyyideleri derpiş etmeyi taahhüt etmiştir. Sözleşmeye 1950 yılında katılma yoluyla taraf olan Türkiye, böyle bir düzenlemeyi ancak 2004 yılında kabul edilen Yeni Türk Ceza Kanunu ile hayata geçirebilmiştir. Anayasamızın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Soykırım Sözleşmesi bu bakımdan iç hukukumuzun bir parçası olup, kanun hükmünde ise de, hem sözleşme düzeni altında bu taahhüdü geçilme ile de olsa yerine getirmek hem de bu fiilleri işleyenlere verilecek cezaları belirlemek bakımından yerindedir.

Soykırım suçuna, kanun tasarısının⁴⁵ 'Özel Hükümler' başlıklı ikinci kitabı-

⁴⁴ *Génocide(s)*, *op.cit.*, p. 79.

⁴⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, 10.10.2004.

nın 'Kişilere Karşı Suçlar' başlıklı birinci kısmında yer verilmiştir. İlk bölümün 'Jenosit ve İnsanlığa Karşı Suçlar' başlığı altında 128. maddede soykırım suçu, 129. maddede de insanlık aleyhine suçlar düzenlenmiştir. 'Jenosit' başlığını taşıyan madde 128 şu şekildedir:

"Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinsel veya bunlar dışında herhangi bir grubun, bütünü ile veya kısmen yok edilmesi maksadıyla bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birisinin işlenmesi jenosit suçunu oluşturur:

- a- Kasten adam öldürme,*
- b- Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine nitelikli etkili eylem düzeyinde saldırı,*
- c- Grubun, tümü ile veya kısmen yok edilmesini sonuçlayacak nitelikte varlık koşullarına zorlanması,*
- d- Doğumları engelleme amacını güden tedbirler,*
- e- Çocukların zorla başka yerlere gönderilmeleri.*

Jenosit suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklanma cezaları verilir.

Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler de sorumludur.

Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

Tasarının Adalet Komisyonunca görüşülüp kabul edildiği metinde ise,⁴⁶ soykırım suçu yine 'Özel Hükümler' başlıklı ikinci kitapta, öncekinden farklı olarak 'İnsanlığa Karşı Suçlar' başlığını taşıyan birinci kısmının bu kez 'soykırım' başlıklı ilk bölümünde yine 'soykırım' başlıklı 76. maddesinde yer almaktadır. Bu madde:

"(1) Bir planın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî, dinî veya bunlar dışında bir özellelikle 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 hükümlenir.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

şeklindedir. Kanun tasarı maddesinin TBMM'ye sunulan hali budur. Meclis'in 15.09.2004 tarihli 22. Dönem II. Yasama Yılı Genel Kurul 120. Birleşimi'nde ise,⁴⁷ düzenlemeye son şeklini veren nihaî metin ile değiştirilmiştir :

"Soykırım

Madde 76. - (1) Bir planının icrası suretiyle, millî, etnik, irkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur.

a) Kasten öldürme,

b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme,

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

d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması,

e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

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

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

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

Meclis Tutanaklarında⁴⁸ madde metninin ilgili uluslararası sözleşmelerle uyumlu getirildiği belirtilmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda soykırım suçu bu şekliyle, kanunun 'Özel Hükümler' başlıklı ikinci kitabında, öncekilere oranla konuya daha yakın bir adlandırmayla 'Uluslararası Suçlar' başlıklı birinci kısmının 'Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar' başlığını taşıyan ilk bölümünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu konuda değerlendirme yapacak olursak, öncelikle maddenin son aşaması da dahil, ısrarla suçun tanımlandığı 1. fıkra da 'bir planının icrası suretiyle' ibaresine yer verilmektedir. Tasarı'nın gerekçesinde⁴⁹ suçun oluşması için gerekli özel kast yanında maddî unsurların bir plânın icrası sonucu gerçekleştirilmeleri gibi özellik taşıması gerektiği, Fransız Ceza Kanunu örnek alınarak sözleşme metninden farklı bir düzenleme yapıldığı, sözleşme 2. maddesinde soykırımın belirlenmesinde 'bir insan grubunun imha niyeti' ile sübjektif bir ölçüt kullanıldığı, 'bir plânın icrası suretiyle' denilerek objektif bir ölçüt geti-

⁴⁷ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_ss.birlesim_baslangic?P4=12485&P5=B&page1=11&page2=11&web_user_id=2786293, s. 11-12, 12.11.2004.

⁴⁸ **ibid.**

⁴⁹ **supra**, n. 40.

rildiği belirtilmektedir. Böylece suç girişiminin plânlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olduğu da ifade edilmektedir. Buna ek olarak, bu şartın Nürnberg Mahkemesi Statüsünün 6. maddesinde de yer aldığı iddia edilmektedir. Aynı gerekçe Adalet Komisyonu önündeki madde bakımından da tekrar edilmiştir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, soykırım suçunun bir plan dahilinde yürütülmesi gerekip gerekmediği sorusudur. Sözleşme ne böyle bir unsura ne de böyle bir şarta yer vermiştir. Öte yandan bu kapsamda bir suçun bir plan veya organizasyon olmaksızın icra edilmesi oldukça zordur.⁵⁰ Bir planın veya bu yönde bir siyasetin varlığı, hukuken, ancak suçun unsurlarından biri olmasa da, özel kastı kanıtlamak açısından önemli bir faktör teşkil edebilir. Soykırım suçunun işlenmiş olması için bir planın varlığı gerekmez. Ani bir kararla da, herhangi bir plana bağlı olmaksızın böyle bir kararın icrasına geçilmesi olanaksız değildir.⁵¹ Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi'nin Srebrenica Soykırımı'ndan sorumlu tutarak mahkum ettiği General Krstic'in mahkumiyet kararında, böyle bir planın varlığı, imha etme özel kastının esaslı bir delili sayılacağını ifade etmiştir.⁵² Çünkü söz konusu olay, planlı değil, üst düzeyde komuta yetkisine sahip birkaç ordu mensubunun bir gecede aldıkları karar doğrultusunda hayata geçirilmiştir. Ama suçun bir plan dahilinde işlenmemiş olması, katliamları soykırım niteliğinden çıkarmamaktadır. Tanıma böyle bir ibarenin eklenmiş olması, suçun kapsamını daraltmaktadır. Plan, adeta suçun unsurlarından biri haline getirilmiştir. Bu suçun bir planın icrası suretiyle işlenmemesi durumunda soykırım suçu oluşmayacak, suç fiillerinin de cezalandırılmaması sonucunu doğuracaktır.

Aynı zamanda, tasarı gerekçesinde, Fransız Ceza Kanunu örnek alınarak sözleşme metninden farklı bir düzenleme yapıldığı, sözleşme 2. maddesinde soykırımın belirlenmesinde 'bir insan grubunun imha niyeti' ile subjektif bir ölçüt kullanıldığı, 'bir plânın icrası suretiyle' denilerek objektif bir ölçüt getirildiği belirtilmektedir. İmha niyeti, soykırım suçunun manevi yani psikolojik unsuru *mens rea*'yı ifade etmektedir. Bu suçun işlenmiş olması ve failin cezalandırılabilmesi için olmazsa olmaz nitelikteki bu unsur, zaten failin iradesini yansıtır. Ceza Hukuku'nda failin cezalandırılması için gerekli olan kusurluluk, ancak subjektif ölçütlerle yani faile ilişkin ve failce bilinen şart-

⁵⁰ The Prosecutor v. Clément Kayishema and Ober Ruzindana, Judgement, ICTR-95-1-T, T.Ch.I, 21 May 1999, para. 94.

⁵¹ Süheyl Donay, Mahmut Kaşıkçı, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu**, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 108.

⁵² The Prosecutor v. Goran Jelisic, Judgement, IT-95-10, Appeals Chamber, 5 July 2001, para. 48.

lar içinde belirlenebilir.⁵³ Failin kusuru, suç fiilini gerçekleştirdiği sıradaki iradesi, faile ilişkin diğer bilgiler ve bunlara verilecek anlama göre ortaya çıkacaktır, bu değerlendirme de faile özgü şartlar çerçevesinde olacaktır.⁵⁴ Failin kusurunun, suç fiilini gerçekleştirdiği sıradaki iradesine göre belirlenmesi, bunun objektif esaslara göre belirlenmesini engeller.⁵⁵ Bu bakımdan suç tanımına objektif bir ölçüt getirme gerekliliği yerinde değildir.

Öte yandan Nüremberg Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesinde düzenlenen soykırım değil, insanlık aleyhine suçlardır. Adalet Komisyonu'nun gerekçesinde sözedilen gibi suçun planlı ve sistematik karakteri, insanlık aleyhine suçların ön şartlarından biridir. Nüremberg'de yapılan yargılamalarda da, bugün soykırım diye adlandırdığımız fiillerden kaynaklanan mahkumiyetler insanlık aleyhine suçlar şemsiyesi altındadır. Soykırım, hukuken bir suç olarak tanımlanıp cezalandırılması, 1948 tarihinde sözleşme düzeninde mümkün olmuştur.

Daha önce de bahsettiğimiz gibi sözleşmede soykırım suçu bakımından korunan gruplar millî, etnik, dinî ve ırkî gruplardır. Mecliste bir önerge ile değiştirilen madde metninden, '...bunlar dışında bir özellikle belirlenen bir grubun...' ibaresinin çıkartılması isabetli olmuştur.⁵⁶ Tasarının ilk halinde 'bunlar dışında herhangi bir grubun' ifadesi yer almakta idi. Gerekçesinde, böylelikle suça daha da genişlik verilmek istendiği belirtilmiştir.⁵⁷ Bu her iki ibare de, sözleşme hükmüne aykırıdır. Her ne kadar sözleşmenin hazırlık aşamasında görüşmecî devletlerin bazıları siyasî, kültürel, cinsel ve diğer bir takım grupların madde metnine eklenmesinde ısrar etmişlerse de, daha önce de vurguladığımız gibi grup üyeliğinin kalıcı bir şekilde oluştuğu ve doğumla belirlendiği değişmez, sabit nitelikli olması noktasında mutabakata varılmıştır. Üstelik diğer gruplar insanlık aleyhine suçlar kapsamında korunmaktadır. Bu açıdan sözleşmenin lafzından ve taraf iradelerinden ayrılmadan madde metninden çıkartılmış olmaları son derece isabetli olmuştur. Ancak, sözleşme metnine bu yönden sadık kalınmasına rağmen, plan unsurunun katılması hususunda, Fransız kanun koyucu örnek alınarak farklı bir düzenlemeye gidilmiş olması düşündürücüdür.

Yeni Ceza Kanunu'nda soykırım suçunun tanımı açısından eksik, açıkta bırakılan bırakılan, sözleşme metninden ayrılan diğer bir husus ise, tanımda

⁵³ Füsün Sokullu-Akıncı, *op.cit.*, s. 27.

⁵⁴ *ibid.*

⁵⁵ *ibid.*, s. 28.

⁵⁶ Aksi görüş için bkz., Timuçin Köprülü, "Soykırım, İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı", <http://www.Ankara.edu.tr/yazi.php?yad=985>, 10.10.2004.

⁵⁷ *supra*, n. 40.

bir planının icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadından bahsedilmesine rağmen, bu amaca ulaşmak için sayılan grupların üyelerinin “grup olarak” hedef alınmasından hiç söz edilmemiştir. Oysaki daha önce de belirttiğimiz gibi bu ifade sözleşme metninde önemli bir rol oynamakta, grup üyelerinin sırf o gruba mensup olmalarından dolayı seçildiğini, suç fiillerinin bu kişilere yönelmekle beraber, aslında grubun kollektivitesini haleldar etme amacını ifade etmektedir. Bir kez daha sözleşmedeki soykırım tanımından ayrılmış, bu sefer soykırım tanımının unsurlarından bir tanesi gözardı edilmiştir.

Maddede düzenlenen suç fiillerine geçecek olursak, grup üyelerine ciddî bedensel ve zihinsel zarar verilmesi soykırım suçunu oluşturmak bakımından yeterli iken yine daraltıcı bir yorumla ‘bedensel ve ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme’ aranmıştır. Ağır zararın ciddî olacağı muhakkaktır. Ancak bedensel ve ruhsal bütünlüğe hanel vermeden de bu zararın meydana gelmesi mümkündür. Ruanda Savaş Suçluları Mahkemesi de, ciddî bedensel ve zihinsel zarara yol açmanın, kalıcı ve telâfisi imkânsız zarar anlamına gelmesi gerekmediğine kanaat getirmiştir.⁵⁸ Ayrıca ‘ruhsal’ değil ‘zihinsel’ bir zarar olmalıdır. *Krstic Davası*’nda Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi, Statüsü’nün 4.maddesinde düzenlenen soykırım suçunu oluşturan fiiller bakımından, ‘ciddî bedensel ve zihinsel zarar’, ‘ciddî bedensel ve zihinsel acıya yol açan kasdî fiil yada ihmâl’, *Celebici Davası*’nda ise zihinsel acı veya hasar olarak değerlendirmiştir.⁵⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu “İnsanlığın Barışı ve Güvenliği Aleyhine İşlenen Suçlar” konusunda yürüttüğü çalışmada, zihinsel zararı, zihnî melekelerin haleldâr edilmesi şeklinde yorumlamıştır.⁶⁰ Kanımca ruhsal zarara yol açacak her eylemin, zihinsel zarara yol açacağı şeklinde bir karine yürütülemez.

Suç oluşturulan bir diğer fiilde grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebebiyet vermek üzere tasarlanmış yaşam koşullarına kasten maruz bırakılmasıdır. Tasarıda varlık koşullarından bahsedilirken, maddenin son halinde sadece koşullar ifadesi kullanılmıştır, yaşam koşulları olarak belirtilmesi ve grubun fiziksel varlığının ortadan kalkmasına sebep olacak tasarlanmış yaşam koşullarına ihmâl ile değil özellikle kasıtlı olarak maruz bırakıldıkları daha vurgulayıcı olabilirdi.

Maddenin son halinde ‘Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbir-

⁵⁸ The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para.502.

⁵⁹ The Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement, IT-98-33, T. Ch. I, 2 Ağustos 2001, para. 513.

⁶⁰ Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, Chapter II: Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Commentary, art.17, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/ilc/reports/1996/chap02.htm> 08.11.2002.

lerin alınması' şeklinde ifade edilen suç fiili, sözleşme metninde 'grup içinde doğumları önlemek için tedbirler dayatma' olarak düzenlenmektedir. Tasarıda 'Doğumları engelleme amacını güden tedbirler' denirken, Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metinde⁶¹ 'Doğumların zorla engellenmesi' ifadesiyle kaleme alınmıştır. Hedeflenen, grubun çoğalmasına, varlığını sürdürmesine engel olmaktır. Aslında grubun şu andaki mevcudiyeti kadar, gelecekteki mevcudiyeti de yok edilmek istenmektedir. Maddenin hem son halini hem de öncekileri ele aldığımızda kullanılan ifadeler bu amaca hizmet etmekteyse de, suç fiilinin farklı görünüşleri de ortaya çıkabilir. Örneğin, bir gruba ait olma kimliğinin babadan geçtiği ataerkil toplumlarda, tecavüz fiili yoluyla, grubun kadınlarının başka grubun erkekleri tarafından kasten hamile bırakılmaları, annenin doğumla çocuğa kendi grup kimliğini veremeyeceğinden, grup içinde doğumları önlemek için dayatılan tedbirlere örnek olarak değerlendirilir.⁶² Tecavüz suçu ile grubun kadınlarında ciddi travmalar oluşabilecek, ilerde de üremeyi reddetme ile sonuçlanabilecektir.⁶³ Bu bakımdan söz edilen tedbirler, fiziksel olduğu gibi zihinsel de olabilir. Ayrıca kanun maddesindeki '...tedbirlerin alınması' ifadesi de yeterli değildir. Bu tedbirlerin grup üyelerine dayatılması gerekmektedir. Çünkü burada önemli olan zorlama unsurudur.

Suç fiillerinden sonuncusu ise, grubun çocuklarının başka bir gruba zorla nakli iken, tasarıda ve Adalet Komisyonu'ndaki metinde grup üyelerinin çocuklarının zorla başka yerlere gönderilmeleri şeklinde ifade edilmiş, kanun maddesinde ise bu fiil, gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi şeklinde aslına kavuşturulmuştur.

SONUÇ

Bu çalışmada soykırım suçunu, sadece mahkeme kararları ile sabit olan soykırım olaylarından, Soykırım Suçunun Yasaklanması ve Cezalandırılmasına dair Sözleşme'den, sözleşmenin hazırlık çalışmalarından, uluslararası mahkeme içtihatlarından yararlanarak ele almaya çalıştık.

Türk Hukuku'nda yeni bir kavram olan soykırım suçunun şekillendirilişini de kanun koyucunun iradesi ve niyetini irdeleyerek, geçirdiği aşamaları ve gerekçeleri dikkate alarak incelemeye çalıştık.

Soykırım suçunun 1948'den beri izlediği hukukî yola baktığımızda, bu suçta da içine alan, yaşanan bir takım acı olayların, ağır insancıl hukuk ihlalleri-

⁶¹ *supra*, n. 40.

⁶² The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, ICTR-96-4-T,T.Ch.I, 2 September 1998, para. 507.

⁶³ *ibid.*, para. 508.

nin cezalandırılması amacıyla kurulan *ad hoc* mahkemelerin ve yaşanmaması umut edilmekle birlikte gelecekte bu fiilleri işleyenleri yargılayıp cezalandıracak, genel yetkili Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş statüleri ile karşılaşmaktayız. Bunların tümünde sözleşmenin tanımından ve belirttiği suç fiillerinden sapılmadığı aynı şekilde benimsendiği gözlenmekte. Özellikle de statüsü 1998'de uluslararası bir konferans ile vücuda getirilen, yargı yetkisi 1 Temmuz 2002'den sonra işlenecek suçlar için geçerli olan Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından da makale kapsamında üzerinde durduğumuz soykırım suçunun tanımı ve unsurları bakımından sözleşme düzeninin uzağına gidilmemiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza müeyyidelerine bağlanan bu suça iç hukukumuzda yer verilmiş olması akdî bir yükümlülüğümüzün yerine getirilmesi yönünden sevindiricidir. Fakat gerek tanım gerekse suç unsurları bakımından farklı, yer yer sözleşme düzeninden ayrılan bir düzenlemenin yabancı kanun koyucular örnek alınarak yapılması kanımca isabetsiz olmuştur. Hem kanunun gerekçesinde hem de tasarı gerekçelerinde 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi ile paralellik kurmak niyeti vurgulanırken, sözleşmenin kazandığı evrensel kabul bir kenara bırakılarak, bazı noktalarda daraltıcı, bazı noktalarda ise genişletici yorumunun tercih edilmiş olması tezat oluşturmaktadır. Çeşitli yasalarla Ceza Kanunu'nun tadili yoluna gidilmektedir. Bu bağlamda çıkarılacak bir yasa ile soykırım suçunu düzenleyen 76. maddenin de sözünü ettiğimiz hususlar, mevcut karma düzeninden çıkarılmak suretiyle, uluslararası mahkemelerin yorumları, emsal teşkil eden içtihatları da dikkate alınarak yeniden ele alınması yerinde olacaktır.