

ULUSLARARASI HUKUK IŞIĞINDA
YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ “İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR”
TANIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

Araş. Gör. Elif BAŞKARACAOĞLU**

Giriş

1 Temmuz 1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu¹ (Eski TCK), ceza hukukundaki gelişmeleri izleyebilmek ve toplumun güncel ihtiyaçlarına cevap verebilmek amacıyla yürürlüğe girdiği günden bu yana 62 defa değişikliğe uğramıştır. Ancak, değişiklikler kanunun bütünlüğünü bozmuştur. Öte yandan, yeni bir ceza kanunu hazırlanmasına yönelik çalışmalar da yapılmıştır. Adalet Bakanlığının bu yöndeki ilk çalışması 1940 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı'dır. Ardından 1958 Tasarısı hazırlanır. Her iki tasarı da kanunlaşmaz. Adalet Bakanlığı, 1985'te konuyu yeniden ele alır. Görevlendirdiği komisyonlar 1987, 1989, 1997 ve 2000 (2001) tasarılarını hazırlar. 2002 yılında, *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*'nde yer alan ceza hükümleri ve bu konudaki gelişmeler ışığında yapılan bazı değişikliklerden sonra, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Başbakanlığa sunulur. 58. Hükümetin kurulmasının ardından, 2000 (2001) Tasarısı bazı küçük değişikliklerle 2003 Tasarısı (Hükümet Tasarısı) olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına sevk edilir. TBMM Adalet Komisyonu tasarının genelini değerlendirdikten sonra, tasarıyı bünyesinde oluşturulan Adalet Alt Komisyonuna havale eder. Adalet Alt Komisyonu ise çalışmalarını sonucunda yeni bir metin ortaya koyar. TBMM Adalet Komisyonu, bu tasarıyı, üzerinde bazı değişiklikler yaparak kabul eder. Tasarı TBMM Genel Kurulunda görüşüldükten sonra, 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu²

* Bu makalenin bir bölümü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde, 2004 yılında, Doç. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ danışmanlığında hazırladığım “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçların Tanımlanması” başlıklı yüksek lisans tezinden yararlanılarak kaleme alınmıştır. Makalenin yazımı sırasında, ceza hukukuna ilişkin konularda bilgisine başvurduğum Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araş. Gör. Sayın Serdar TALAS'a teşekkür etmek isterim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

1 Resmi Gazete (RG.), 13.03.1926, Sayı (S.) 320.

2 RG. 12.10.2004, S. 25611.

(Yeni TCK) kabul edilir.³ Yeni TCK'nın, 344/1.c bendinde, üç hüküm (madde 184, 181/1 ve 182/1) dışında 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmekle birlikte, daha sonra yürürlük tarihi 1 Haziran 2005 olarak değiştirilir.⁴

Hükümet Tasarısı'nda⁵ yer alan genel gerekçede, tasarının temeli olan suç ve ceza siyasetinin başlıca hedefinin; “*insan hak ve hürriyetlerini güvence altında bulundurmak, korumak, insan kişiliğine saygıyı pekiştirmek; ancak toplum savunmasını ihmal etmemek ve kişi hak ve hürriyetleriyle toplum savunmasını dengeli olarak korumak, kamu düzeninin devamını sağlamak olduğu*” belirtilir. Bu siyaset doğrultusunda, Yeni TCK'da, uluslararası hukuka göre suç olan soykırım⁶ ve insanlığa karşı suçlar⁷ da düzenlenir. Her iki suç, öncelikle uluslararası belgelerde tanımlanmış, ardından iç hukuklar tarafından da düzenlenmiştir. Uluslararası *ad hoc* nitelikteki mahkemeler ile ulusal mahkemelerin içtihatları karşılıklı olarak birbirlerini beslemiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin (UCM) kurulması, söz konusu suçların daha etkin bir biçimde cezalandırılabilmesi açısından bir dönüm noktası olmuştur. Bu mahkemenin yargılama yetkisi, ulusal mahkemelerinki karşısında tamamlayıcı niteliktedir. [Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü

³ Mehmet Emin ARTUK, Ali Rıza ÇINAR, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör (ed.) Teoman ERGÜL, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, Eylül 2004, Cilt (C.) 2, sayfa (s.) 37-56, 63-69. Zekeriya YILMAZ, *Notlu-Gerekçeli- Genel Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 10, 18-19.

⁴ 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 31.03.2005, S. 25772 (Mükerrer), Geçici Madde 1.

⁵ T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 12.05.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı ile TBMM Başkanlığına gönderilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve gerekçesi için bakınız (bkz.) (Çevrimiçi) http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=24110, 10.10.2004.

⁶ Soykırım suçunun uluslararası hukuk açısından incelendiği ayrıntılı bir çalışma için bkz. Verda Neslihan AKÜN, “Milletlerarası Mahkeme İchtihatlarında Jenosid”, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003).

⁷ İnsanlığa karşı suçların uluslararası hukuk açısından incelendiği çalışmalar için bkz. Canan ATEŞ EKŞİ, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 81-147; Cengiz BAŞAK, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 117-166. Elif BAŞKARACAOĞLU, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçların Tanımlanması”, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004).

(UCMS)⁸ madde 1]. Ulusal mahkemeler asli yargı yetkisine sahip olmakla birlikte, devletin soruşturma veya kovuşturmayı gerçekten gereği gibi yürütmek konusunda isteksiz olması ya da yetersiz kalması durumunda, UCM devreye girecektir (UCMS madde 17). Statü, taraf devlete mahkemenin yetkisi dahilindeki suçları iç hukukunda özel olarak düzenleme yükümü yüklemektedir.⁹ Buna karşın, öngörülen tamamlayıcılık ilkesi ile, zımnî olarak, devlet, ülkesi ve vatandaşları üzerinde yargı yetkisini kullanmaya teşvik edilmiştir. Uygulamada, mahkemenin statüsüne taraf olan devletlerin, ulusal kanunlarını statüye uygun olarak değiştirdikleri görülmektedir.¹⁰

Türkiye, UCMS'ye henüz taraf olmamakla birlikte, bu yöndeki iradesini gösterir biçimde, iç hukukunda bazı düzenlemeler yapmıştır. 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla¹¹ Anayasanın 38. maddesinin son fıkrası "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*" biçiminde değiştirilmiştir. Bu hüküm, Yeni TCK'nın geri vermeye ilişkin 18. maddesinin 2. fıkrasında da yer alır.

Bu makalede, Yeni TCK'da yer alan insanlığa karşı suçların tanımının, uluslararası hukuk, özellikle de UCMS'deki tanım ışığında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Türkiye, UCMS'ye taraf olduğu takdirde, iki tanım arasındaki farklılık, ulusal mahkemeler karşısında, Statüsü'nün 17. maddesi uyarınca, UCM'nin yargılama yetkisinde bir genişlemeye yol açabilecektir. Zira uluslararası hukuka göre bu suç kapsamında değerlendirilebilecek bir davranış, Yeni TCK'daki tanım kapsamına girmiyorsa cezasız kalabilecektir. Ulusal hukuk açısından, söz konusu davranış, ancak başka bir suçun unsurlarının bulunması koşuluyla cezalandırılabilir. Yeni TCK'daki insanlığa karşı suç tanımı incelenirken uluslararası hukukta benimsenen yöntem uygu-

⁸ Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>, 26.09.2002. United Nations Documents A/CONF.183/9. Statü 17.07.1998'de Roma Konferansında kabul edilip, 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 25.05.2005 tarihi itibarıyla Statü'ye 99 devlet taraftır.

⁹ Fédération International des Ligues des Droits de l'Homme, *Rapport de Position no 6 Cour Pénale Internationale*, No. 312, Septembre 2001, (Çevrimiçi): <http://www.iccnov.org/français/opinion/rapports/FIDH05.pdf>, 22.05.2005, s. 19.

¹⁰ İç hukuklarda insanlığa karşı suçlara ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi resmî internet sitesi: *Implementing Laws & Regulations - by State* (Çevrimiçi): <http://www.cicr.org/ihl-nat.nsf/WebLAW?OpenView>, 02.05.2005; ayrıca bkz. (Çevrimiçi): <http://www.droit.fundp.ac.be/genocide/approche/frameapproche.cfm?RUBRIC=1>, 02.05.2005

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun RG. 22.05.2004, S. 25469.

lanmıştır. Suçun ortak unsurları uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatları doğrultusunda alt başlıklara ayrılmıştır.

I. Tarihsel Süreçte İnsanlığa Karşı Suçların Tanımları

İnsanlığa karşı suç kavramının temelleri, Grotius'a kadar uzanmakla birlikte¹², suçun hukukî tanımı, ilk defa 8 Ağustos 1945'te, Amerika Birleşik Devletleri, Büyük Britanya, Fransa ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği arasında imzalanan "Avrupalı Mihver Güçlerin Büyük Savaş Suçlularının Kovuşturulması ve Cezalandırılmasına İlişkin Andlaşması'na"¹³ ekli Uluslararası Askerî Mahkemenin Statüsü'nde (Nürnberg Mahkemesi Statüsü) yer alır. Buna karşın, 19. yüzyılın ikinci yarısında ve 20. yüzyılın başında bazı uluslararası belgelerde, "insanlık kurallarına" atıf yapıldığı görülür.¹⁴ Ayrıca, "insanlığa karşı suçlar" ifadesinin teknik bir terim olmamakla birlikte çeşitli vesilelerle kullanıldığına da tanık olunur.

A. İnsanlığa Karşı Suçların Uluslararası Belgelerdeki Tanımları

Uluslararası hukukta, insanlığa karşı suçlar özel bir andlaşmada tanımlanmamıştır. Ancak uluslararası *ad hoc* nitelikteki mahkemeler ile UCM'nin Statülerinde, söz konusu mahkemelerin konu bakımından yetkileri dahilinde düzenlenmiştir.¹⁵

¹² Jacques Bernard HERZOG, "Contribution à l'Etude de la Définition du Crime Contre l'Humanité", *Revue International de Droit Pénal (RIDP)*, 18e Année, No: 2, 1947, s. 156.

¹³ *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, *Recueil des Traités de Nations Unies (RTNU)*, Vol. 85, 1951, s. 280-301. Andlaşma, imzacı devletler açısından imzalandığı tarih olan 08.08.1945'te yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 19 devlet, katılma yoluyla sözleşmeye taraf olmuştur.

¹⁴ Bkz. Savaş Zamanında Bazı Patlayıcı Maddelerin Kullanımının Yasaklanmasına Yönelik Saint-Petersbourg Bildirisi, [Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certaines projectiles en temps de guerre, 11 Décembre 1868, Fransızca metin için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.icrc.org...>, 01.07.2002]; Kara Savaşı Kural ve Teamüllerine İlişkin 1899 Tarihli II. La Haye [Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 Juillet 1899, Fransızca metni için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.icrc.org...>, 01.07.2002]; ve 1907 Tarihli IV. La Haye [Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 Octobre 1907, Fransızca metni için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.icrc.org...>, 01.07.2002] Konvansiyonlarının Başlangıç bölümünde yer alan Martens Kaydı.

¹⁵ II. Dünya Savaşı ertesinde, Almanya'da, uluslararası hukuka uygun olarak demokratik kamu düzenine saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla, Birleşmiş Milletler

1. Nürnberg Uluslararası Askerî Mahkeme Statüsü

Statü'nün 6/II-c maddesinde¹⁶,

"Mahkemenin görevine giren her bir suçun icrası için veya bu suç ile ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı eylemler veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, ika edildikleri ülkenin iç hukukunun bir ihlâlini oluştursun veya oluşturmazın" insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler.

2. Uzak Doğu İçin Uluslararası Askerî Mahkeme Şartı¹⁷

Şart'ın 5/II-c maddesine göre:

"Mahkemenin yargılama yetkisi altında olan her bir suçun icrası için veya bunlarla ilişkili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında [herhangi bir si-

Geçici Yürütme Komitesi rolünü üstlenen ve Almanya'nın bütününe ilişkin üst bir otoriteye sahip olan Denetleme Konseyinin 20 Aralık 1945 tarihli ve 10 numaralı yasasında İşgâl Bölgeleri Askerî Mahkemelerince uygulanacak hukuk yer almaktadır. (Eugène ARONEANU, "Le Crime Contre l'Humanité", Nouvelle Revue de Droit International Privé, Tome XIII, 1946, s. 129; Jean Graven, "Les Crimes Contre l'Humanité", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI), Vol. 77, 1950/1, s. 469.) Almanya Müttefiklerin Denetleme Konseyi 10 Numaralı Yasası, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında melez bir yasadır. (M. Cherif BASSI-OUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Second revised edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 3). Yasanın 2/c maddesinde, suçun tanımı şu şekilde yapılmıştır: "Söz konusu suçlar işlendikleri ülkenin ulusal hukukunun ihlâlini oluştursun veya oluşturmazın, sınırlı sayıda olmaksızın, sivil nüfusa karşı işlenmiş adam öldürme, imha, kulluk, sürgün, hapis, işkence, tecavüz veya diğer tüm insanlık dışı eylemler ve siyasal, ırksal ve dinsel sebeplerle yapılan zulümleri içeren tüm acımasızlıklar ve cürümler..."

¹⁶ Londra Andlaşması ve ona ekli Nüremberg Mahkemesi Statüsü İngilizce, Fransızca ve Rusça tevsik edilmiştir. İnsanlığa karşı suçları düzenleyen 6/II-c maddesinin Fransızca ve İngilizce metinleri ile Rusça metni arasında bir karşıtlık bulunmaktadır. 6 Ekim 1945 tarihinde imzalanan Berlin Protokolü ile bu karşıtlık giderilmeye çalışılır. Protokol'de karşıtlığın tespiti yapıldıktan sonra, Rusça metnin doğru olduğu belirtilir. Buna göre, İngilizce ve Fransızca metinlerdeki noktalı virgül, virgül olarak değiştirilir. Ayrıca, Fransızca metne açıklayıcı eklemeler yapılır. Protokol'ün Fransızca metni için bkz: *Procès des Grands Criminels de Guerre Devant le Tribunal Militaire International Nuremberg (Jugement de Nuremberg)*, Nuremberg, 1947, C. 1, s. 20.

¹⁷ Mahkemeyi kuran Şartın Fransızca metni için bkz: Jean Paul BAZELAIRE, Thierry CRETIN, *La Justice Pénale Internationale: Son Evolution, Son Avenir de Nuremberg à La Haye*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2000, s. 133-142; İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imt-const.htm>, 04.03.2003.

vil nüfusa karşı^{18]} işlenen adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı eylemler veya siyasal ya da ırksal sebeplerle yapılan zulümler, ika edildikleri ülkenin iç hukukunun ihlâli olsun veya olmasın” insanlığa karşı suç oluştururlar.

3. Nürnberg Mahkemesi Statüsünde ve Mahkemenin Kararlarında Kabul Edilen Uluslararası Hukuk İlkeleri¹⁹

Belgede, 6. ilke olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

“İnsanlığa karşı suçlar:

Barişa karşı bir suçun veya herhangi bir savaş suçunun icrası için veya bunlarla ilişkili olarak, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı eylemler veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler.”

4. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (EYUCMS)²⁰

Statü'nün 5. maddesinde, insanlığa karşı suçlar şu şekilde tanımlanmıştır:

“Uluslararası Mahkeme, uluslararası veya iç silâhlı çatışma sırasında işlenmiş ve herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş aşağıdaki suçlardan sorumlu sayılan kişileri yargılamaya yetkilidir:

a) Adam öldürme,

¹⁸ Çevirinin yapıldığı metinde bu ifade yer almakla birlikte, İlhan Lütem, (*Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1951, s. 85) ve Hisakazu Fujita, (*“Le Crime Contre l’Humanité Dans le Procès de Nuremberg et de Tokyo”*, Kobe University Law Review, No: 34, 2000, s. 11) bu ifadenin yer almadığını belirtmektedirler.

¹⁹ Türkçe metni için bkz. Aslan GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler-Örnek Kararlar*, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2000, s. 326-327.

²⁰ Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyinin 25.05.1993 tarihli ve 817 sayılı kararı ile “1991 yılından beri Eski Yugoslavya ülkesinde gerçekleştirilen uluslararası insancıl hukukun ağır ihlâllerinden sorumlu kabul edilen kişilerin kovuşturulması ile görevli olan uluslararası mahkemenin” statüsü kabul edilir. Statü'nün Fransızca metni için bkz. Statut du Tribunal International pour l’Ex-Yougoslavie, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index.htm>, 02.06.2002. Türkiye bu “mahkemenin yetkisine giren konularda Türk adli makamlarının yetkilerini” ve söz konusu “mahkeme ile işbirliğini”, 26.06.2003 tarihli ve 4912 sayılı “Eski Yugoslavya’da İşlenen Bazı Suçların Kovuşturulması Hakkında Kanun” ile düzenlemiştir. Kanunun 3. maddesinde karşılıklı yetkiye ilişkin hüküm yer alır. Buna göre; “Uluslararası Mahkemenin yargı yetkisine giren ve Statüde belirtilen bir suçu işleyen kimse, Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk Ceza Kanunu ve ilgili mevzuat uyarınca Türk mahkemelerinde yargılanır. [...]. Ancak, Uluslararası Mahkemenin yetki yönünden ulusal yargıya önceliği vardır.” (RG. 01.07.2003, S. 25155).

- b) İmha,
- c) Köleleştirme,
- d) Sürgün,
- e) Hapis,
- f) İşkence,
- g) Tecavüz,
- h) Siyasal, ırksal ve dinsel sebeplerle zulüm,
- i) Diğer insanlık dışı eylemler."

5. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (RUCMS)²¹

Statü'nün 3. maddesinde, şu tanımlama yapılmıştır:

"Ruanda Uluslararası Mahkemesi, ulusal, siyasal, etnik veya dinsel aidiyeti sebebiyle herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş yaygın ve /veya²² sistematik bir saldırı dahilinde cürümler işlendiğinde, aşağıdaki suçlardan sorumlu sayılanları yargılamaya yetkilidir:

- a) Adam öldürme,
- b) İmha,
- c) Köleleştirme,
- d) Sürgün,
- e) Hapis,
- f) İşkence,
- g) Tecavüz,
- h) Siyasal, ırksal ve dinsel sebeplerle zulüm,
- i) Diğer insanlık dışı eylemler."

²¹ BM Güvenlik Konseyinin 08.11.1994 tarihli ve 955 sayılı kararı ile "1 Ocak ve 31 Aralık 1994 tarihleri arasında, Ruanda topraklarında işlenen soykırım eylemlerinden ve uluslararası insancıl hukukun diğer ağır ihlallerinden sorumlu olduğu varsayılan kişileri ve komşu devletlerin topraklarında işlenen bu tür eylem ve ihlallerden sorumlu olan kişileri yargılamakla görevli uluslararası ceza mahkemesinin" kurulması ve söz konusu mahkemenin statüsü kabul edilir. Statü'nün Fransızca metni için bkz. Statut du Tribunal International pour le Rwanda, (Çevrimiçi) <http://www.icttr.org/french>, 29.06.2002.

²² RUCMS'nin Fransızca metninde "yaygın ve sistematik" (généralisée et systématique) ifadesi yer alırken, İngilizce metninde "yaygın veya sistematik" (widespread or systematic) ifadesi bulunur.

6. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü

Statü'nün 7. maddesinde, şu tanım yer alır:

“Bu Statünün amacı bakımından “insanlığa karşı suçlar”, herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırı dahilinde ve bu saldırının bilincinde olarak aşağıdaki eylemlerden herhangi birinin işlenmesi anlamına gelmektedir:

- a) *Kasten adam öldürme,*
- b) *İmha,*
- c) *Köleleştirme,*
- d) *Nüfusun sürgünü veya zorla nakli,*
- e) *Uluslararası hukukun temel hükümlerini ihlâl eden hapsetme veya fiziksel özgürlükten ağır mahrumiyetin bir başka biçimi,*
- f) *İşkence,*
- g) *Tecavüz, cinsel kölelik, fahişeliğe zorlama, zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkta diğer tüm cinsel şiddet biçimleri,*
- h) *Bu paragrafta belirtilen herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetkisini kullanabileceği herhangi bir suçla bağlantılı olarak, belirlenebilir bir gruba veya topluluğa karşı, siyasal, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, paragraf 3'te tanımlandığı haliyle cinsiyete dayalı veya uluslararası hukuk uyarınca kabul edilemez olduğu evrensel olarak tanınmış olan başka sebeplerle zulmedilmesi,*
- i) *Kişilerin zorla kaybedilmesi,*
- j) *Apartheid (ırk ayrımcılığı) suçu,*
- k) *Kasten büyük acılara veya bedensel bütünlük ya da beden veya akıl sağlığında ağır zarara neden olan benzer nitelikte diğer insanlık dışı eylemler”*

B. İnsanlığa Karşı Suçların Türk Hukukundaki Tanımı

İnsanlığa karşı suçlar, ilk defa 2000 TCK Tasarısı'nda, özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı birinci kısmının “Jenosit ve İnsanlığa Karşı Suçlar” adlı birinci bölümünde “İnsanlığa Karşı Diğer Suçlar” olarak düzenlenmiştir. Tasarı'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında, *“Bir plan doğrultusunda ve siyasal, felsefi, ırki veya dinsel saiklerle nüfusun sivil bir grubuna karşı sürgün etme, tutsaklaştırma, kitlesel biçimde ve sistematik olarak kişilerin öldürülmesi, insanların kaçırıldıktan sonra yok edilmeleri, insanları işkence veya insanlık dışı işlemlere tabi kılma eylemlerini işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklan-*

ma cezası verilir" hükmü yer alır.²³ Maddenin gerekçesinde, hüküm kaleme alınırken Uluslararası Nürnberg Askerî Mahkemesinin Statüsü'nün 6 (c) maddesinden esinlenildiği; ayrıca, Fransız Ceza Kanunu'nun (FCK) 212-1 maddesinde²⁴ de benzer hükmün yer aldığı belirtilmiştir.

Hükümet Tasarısı'nın 129. maddesinde, insanlığa karşı suçların içerdiği eylemlere yenileri eklenmiştir. Söz konusu hükme göre; "*Bir plân doğrultusunda ve siyasal, felsefi, ırkî veya dinsel saiklerle nüfusun sivil bir grubuna karşı sürgün etme, tutsaklaştırma, kitlesel biçimde ve sistemli olarak kişilerin öldürülmesi, insanların kaçırıldıktan sonra yok edilmeleri, insanları işkence veya insanlık dışı işlemlere veya bireysel biyolojik deneylere tâbi kılma, irza geçme, zorla hamile bırakma, zorla fuhuşa sevk etme eylemlerini işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklama cezası verilir.*"

Adalet Alt Komisyonunun çalışmaları²⁵ sırasında, ikinci kitabın birinci kısmının sistematigi değiştirilmiştir. Birinci Kısım "İnsanlığa Karşı Suçlar" başlığını alırken, bu başlık altında "Soykırım" (Birinci Bölüm) ile "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti" (İkinci Bölüm) düzenlenmiştir. Birinci Bölümde ise, madde 79'da "Soykırım", madde 80'de "İnsanlığa Karşı Diğer Suçlar" ve madde 81'de "Örgüt" yer almıştır. İnsanlığa Karşı Diğer Suçlar şu şekil-

²³ Aktaran: Timuçin KÖPRÜLÜ, *Soykırım, İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, (Çevrimiçi): <http://www.law.ankara.edu.tr/gorsel/dosya/1085324070Lemkin.doc>, 03.01.2005, s. 17.

²⁴ 92-684 Sayılı ve 22 Temmuz 1992 tarihli "Kişilere Karşı Cürüm ve Cünhaların Cezalandırılmasına İlişkin Ceza Kanunu Hükümlerini Değiştiren Kanun" ile insanlığa karşı suçlar FCK'da düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun eki olan Kişilere Karşı Cürüm ve Cünhalara ilişkin İkinci Kitap 1 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsanlığa Karşı Suçlar Birinci Kısım oluşturur. Bu başlık altında, madde 211-1'de soykırım, madde 212-1, 212-2 ve 212-3'de diğer insanlığa karşı suçlar ile madde 213-1, 213-2, 213-3, 213-4 ve 213-5'te ortak hükümler düzenlenmiştir. Tasarıdaki insanlığa karşı suçlara dair hükmü biçimlendiren madde 212-1'de şu tanım yer alır: "*Sivil bir nüfus grubuna karşı, siyasal, felsefi, ırksal veya dinsel saiklerle ve tasarlanmış bir planın uygulamaya konması olarak örgütlenen sürgün (déportation), köleleştirme veya yoğun ve sistematik olarak öldürme, kişilerin kaçırılmalarını takiben kaybolmaları, işkence ya da insanlık dışı eylemlerin uygulanması ömür boyu ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*" [La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité.] *Nouveau, Ancien Code Pénal*, Dalloz, Paris 1995-1996, s. 47.

²⁵ Adalet Alt Komisyonunun hazırladığı tasarı için bkz. (Çevrimiçi): <http://www.basbakanlik.gov.tr>, 06.06.2004.

de tanımlanmıştır: “Bir plan doğrultusunda; siyasal, felsefi, irkî veya dinî saiklerle nüfusun sivil bir grubuna karşı, sürgün etme, esir hâline getirme, kitle hâlinde ve sistematik olarak kişileri öldürme, insanların kaçırıldıktan sonra yok edilmeleri, insanları işkence veya insanlık dışı işlemlere veya bireysel biyolojik deneylere tâbi kılma, **cinsel saldırıda bulunma**, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme fiillerini işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.” Biçimsel olarak madde metnindeki dil, değişikliğe uğramıştır. Ayrıca, ırza geçme suçunun yerine düzenlenen cinsel saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar tanımına da yansıtılmıştır. Daha önce öngörülen kamu hizmetlerinden yasaklama cezası ise kaldırılmıştır.

Adalet Komisyonu toplantılarında²⁶ söz konusu suçu oluşturan eylemler arasına çocukların cinsel istismarı eklenmiştir.²⁷ Metnin dili, Hükümet Tasarısı’ndaki hale döndürülmüştür.

Kanun Tasarısı TBMM’de görüşülürken söz konusu madde metninin “*ilgili uluslararası sözleşmelere uyumunun sağlanması*” ve “*suçların içtimai açısından belirlenmiş hükümlerle arasındaki çelişkinin giderilmesi*” amacıyla verilen değişiklik önergesi kabul edilerek, suçun tanımına son biçimi verilmiştir. Verilen bir diğer değişiklik önergesinin kabulü ile de TCK’nın Birinci Kısmının sistematigi değiştirilmiştir.²⁸ Buna göre, “Uluslararası Suçlar” başlığını taşıyan Birinci Kısmın Birinci Bölümünde “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar” düzenlenirken, bu bölüm “soykırım” (madde 76), “insanlığa karşı suçlar” (madde 77) ve “örgüt” (madde 78) başlıklı maddeleri içermektedir. İnsanlığa Karşı Suçlar 77. maddede şu şekilde tanımlanmıştır:

“Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, irkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) Kasten adam öldürme.
- b) Kasten yaralama.
- c) İşkence, eziyet veya köleleştirme.

²⁶ Adalet Komisyonunun tasarısı için bkz. Zekeriya YILMAZ, *Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 413- 718.

²⁷ Madde 77- (1): *Bir plan doğrultusunda; siyasal, felsefi, irkî veya dinî saiklerle nüfusun sivil bir grubuna karşı sürgün etme, tutsaklaştırma, kitlesel biçimde ve sistemli olarak kişilerin öldürülmesi, insanların kaçırıldıktan sonra yok edilmeleri, insanları işkence veya insanlık dışı işlemlere veya bireysel biyolojik deneylere tâbi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme fiillerini işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.*

²⁸ 15.09.2004 tarihli TBMM Genel Kurulu Görüşme Tutanakları için bkz. YILMAZ, (dipnot [dn.] 26), s. 201-204.

- d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma.
- e) Bilimsel deneylere tâbi kılma.
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı.
- g) Zorla hamile bırakma.
- h) Zorla fuhşa sevk etme."

Her ne kadar, ilgili uluslararası sözleşmelere uyumunun sağlanması amacıyla bu tanım benimsenmişse de, UCMS'deki tanımla tam olarak uyuşmamaktadır. İnsanlığa karşı suçların ortak unsurlarında önemli farklılıklar görülmektedir. Bu suçları oluşturan eylemler açısından ise, büyük oranda benzerlik söz konusu olup, bazı eylemlerin yer alması ile UCMS'deki düzenlemelerden daha ileri bir adım atılmıştır. Ortak unsurların belirlenmesinde FCK'nın, eylemlerin belirlenmesinde ise UCMS'nin etkili olduğu ileri sürülebilir.

FCK'da yapılan ve 1994'te yürürlüğe giren değişikliğe kadar, Fransız iç hukukunda hiçbir metin insanlığa karşı suçları cezalandırmamıştır. Söz konusu suçlar, Fransa'nın taraf olduğu Londra Andlaşmasına ekli Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesine dayanarak²⁹ Fransız Yargıtayının oluşturduğu içtihatla göre cezalandırılmıştır.³⁰ FCK'nın ilgili maddesinin biçimlendirilmesinde, söz konusu içtihatlar etkili olmuştur.³¹ Bu içtihatların oluşumunda ise, II. Dünya Savaşı sırasında Fransa'daki siyasal ve toplumsal olayların etkisini göz ardı etmemek gerekir. Fransa UCMS'ye taraf olmakla³² birlikte henüz insanlığa karşı suçları düzenleyen ceza kanunu maddelerinde bir değişiklik yapmamıştır. Ancak uyarılama çalışmaları devam etmektedir.³³ Do-

²⁹ Nürnberg Mahkemesi Statüsü 6 Kasım 1945 tarihli ve 45-2267 sayılı kararname ile Fransız iç hukukuna girmiştir. Elisabeth ZOLLER, "La Définition des Crimes Contre l'Humanité", *Journal de Droit International*, 120e Année, No: 3, Juillet-Août-Septembre, 1993, s. 550.

³⁰ Circulaire du 14 Mai 1993, Commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code Pénal (livres I à V) et des dispositions de la loi du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, Titre Ier- Des Crimes Contre l'Humanité, *Nouveau, Ancien Code Pénal* (dn. 22), s. 292.

³¹ Jacques FRANCILLON, "Crimes de Guerre, Crimes Contre l'Humanité", *Juris-Classes*, Fascicule 410, 1993, s. 26.

³² Fransa, Statü'yü 18 Temmuz 1998'de imzalamış ve 9 Haziran 2000'de onaylamıştır. Coalition des ONG pour la Cour Pénale Internationale sitesi (Çevrimiçi) <http://www.iccnw.org/francais/countries/france/processus.htm>, 22.03.2005.

³³ Uyarılama konusunda hem Ulusal [Fransa] İnsan Hakları Danışma Komisyonunun hem de sivil toplum kuruluşlarının önerileri hakkında bkz: *Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour Pénale Internationale*, Commission Nationale Consultative des droits de l'homme resmi internet sitesi, (Çevrimiçi): <http://www.commission-droits-homme.fr/binTravaux/Affichage-Avis.cfm?IDAVIS=686&iClasse=1>, 20.11. 2004. Komisyon 15 Mayıs 2003'te kabul et-

layısıyla, FCK'nın etkilerini taşıyan³⁴ bir hüküm kaleme almak yerine, UCMS'deki tanımı bütünlüğünü bozmadan benimsemek yerinde olurdu.

Yeni TCK'da insanlığa karşı suçları tanımlayan maddeyi yorumlarken ilgili olduğu ölçüde FCK'daki tanımdan yararlanmakla birlikte, amaç açısından asıl olarak uluslararası hukuktaki tanımın göz önünde bulundurulması gerekir. 77. maddenin gerekçesinde uluslararası hukuk bağlamında Nürnberg Mahkemesi Statüsü'ne atıf yapılmakla birlikte, en son değişiklikten sonra, madde metni ile gerekçe arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukukta suçun en son tanımını ortaya koyan belge UCSM'dir. Yorumda bu statü ve "Suçların Unsurları" adlı belgeden³⁵ yararlanılması yerinde olacaktır. Ayrıca söz konusu suç oluşturulan eylemlerin bir kısmı yine uluslararası andlaşmalarla düzenlenir.

Çalışmalar genel olarak değerlendirildiğinde, Yeni TCK'deki son düzenlemeye kadar insanlığa karşı suçlar kavramının geniş anlamda kullanıldığı görülmür. Bununla, korunan hukuksal değer belirlenmesi amaçlanmıştır. Dar anlamda ve teknik bir terim olarak nitelendirilebilecek insanlığa karşı suçlar ise, insanlığa karşı diğer suçlar biçiminde ifade edilmiştir.

II. İnsanlığa Karşı Suçların Ortak Unsurları

İnsanlığa karşı suçların belirleyici ve ayırt edici özelliğini, ortak unsurları oluşturur. Bu suç oluşturulan eylemlerle, benzer başka suçlar da işlenebilmektedir. Söz konusu eylemlerin insanlığa karşı suç olarak nitelendirilmesini sağlayan ortak unsurlardır. UCMS dışındaki diğer uluslararası belgelerde, insanlığa karşı suçların temel nitelikteki ortak unsurlarının bütünü açıkça belirtilmemiş olup, öğreti ve mahkeme içtihatları tarafından ortaya konmuştur. Uluslararası hukukta benimsenen yönteme göre, Yeni TCK'da yer alan insanlığa karşı suçların ortak unsurlarını şu şekilde belirleyebiliriz:

tiği görüşünde, UCMS'de yer alan soykırım ve insanlığa karşı suçları düzenleyen 6. ve 7. maddelerin olduğu gibi FCK'ya aktarılmasını önerir. Fédération International des Ligues des Droits de l'Homme, (dn. 9).

³⁴ Bu etki maddenin son halinde oldukça az görülmekle birlikte tamamen ortadan kalkmamıştır.

³⁵ Bu belge, Roma Konferansı sonrası kurulan Hazırlık Komisyonu tarafından hazırlanmış ve Taraf Devletler Meclisine sunulmuştur. Taraf Devletler Meclisinin 3-10 Eylül 2002 tarihli ilk oturumunda kabul edilmiştir. Bu çalışmada, Taraf Devletler Meclisinin kabul ettiği metne ulaşılamadığından, Hazırlık Komisyonunun Meclise sunduğu metinden yararlanılmıştır. *Rapport de la Commission Préparatoire de la Cour Pénale Internationale, Partie II, Texte Final du Projet d'Eléments des Crimes, PCNICC/2000/1/Add.2, (Çevrimiçi) http://www.iccnw.org/français/orginterg/nations_unis/prepcom/ElementsCrimes.pdf, 01.02.2003.*

1. Toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi,
2. Eylemlerin ayrımcı saiklerle işlenmesi,
3. Failin bilinçli olarak suçu işlemesi.

UCMS'de ise suçun ortak unsurları, madde 7/1'de eylemlerin "herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırı dahilinde ve bu saldırının bilincinde olarak" işlenmesi şeklinde belirtilmiştir. UCMS madde 7/2 (a)'da "Herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş saldırı" madde 7/1'in amacı bakımından şu şekilde tanımlanmıştır: "Herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş saldırı", herhangi bir sivil nüfusa karşı, bu tarz saldırının yapılması yolunda Devlet veya örgüt siyasetinin uygulanması veya sürdürülmesi olarak, paragraf 1'de belirtilen eylemlerin birçok defa işlenmesini içeren bir davranış biçimi anlamına gelmektedir."

Yeni TCK'daki tanımda ise, insanlığa karşı suçları oluşturan eylemlerin yaygın veya sistematik bir saldırı dahilinde işlenmesi aranmaz. Eylemlerin bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi gerekmektedir.

A. Toplumun Bir Kesimine Karşı Bir Plân Doğrultusunda Sistemli Olarak İşlenmesi

1. Toplumun Bir Kesimine Karşı İşlenmesi

Nüremberg Mahkemesi Statüsü'nde, bu unsura ilişkin olarak, "tüm sivil nüfuslara karşı işlenmiş", EYUCMS, RUCMS ve UCMS'de ise, "herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş" ifadeleri bulunur. Ancak, Yeni TCK madde 77'de eylemlerin "toplumun bir kesimine karşı" işlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Uluslararası belgelerde nüfusun sivil niteliğine vurgu yapılırken, Yeni TCK'da bu nitelik dikkate alınmamıştır.

"Toplum" sözcüğünün iki anlamı vardır. Birinci anlamı, "tarihsel gelişme içinde, belirli bir üretim ilişkisinin belirli bir aşamasında bir arada yaşayan insanların tümü"nü ifade ederken; ikinci anlamı "topluluğu" yani "nitelikleri bakımından bir bütün oluşturan kimselerin tümü"nü ifade eder.³⁶

Toplum, hem sivil, hem de asker kişilerden oluşur. "Toplumun bir kesimine karşı" ifadesinin, UCMS madde 7/1'e ile birlikte yorumlanarak, sivil halkı tanımlamak için kullanıldığını kabul etmek gerektiği ileri sürülür³⁷. Ancak, lafza göre yorum yapıldığında, bu ifade, askerî bir grubu da içine alır. Bu ne-

³⁶ "Toplum", *Türkçe Sözlük*, 2 C, Genişletilmiş 7. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1983, C. 1, s. 1197.

³⁷ Faruk TURHAN, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", *Hukuki Perspektifler Dergisi* (HPD), S. 3, Nisan 2005, s. 17.

denle madde metninde açıkça sivil ifadesinin yer alması yerinde olurdu. Buna karşın, uluslararası hukukta da, insanlığa karşı suçların tanımının yer aldığı hiçbir belgede, bu suç açısından “sivil” ifadesi açıklanmamıştır. Ruan- da Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM), *Akayesu Kararı*’nda, sivil nüfus- tan, silâhlarını bırakan silâhlı kuvvetler mensupları ile hastalık, yaralan- ma, tutukluluk veya herhangi başka bir sebeple çarpışma dışı kalan kişileri de içerecek biçimde muhasamata doğrudan doğruya katılmayan kişilerin an- laşılacağını belirtir.³⁸ Mağdurun sivil niteliğinin belirlenmesinde, statüsü yerine suçun işlendiği andaki durumu göz önüne alınır.³⁹ Uluslararası Ceza Mahkemelerinin “sivil” ifadesini bu biçimde yorumlaması, kimi durumlarda savaş suçları ile insanlığa karşı suçların örtüşmesini sağlamaktadır. Yeni TCK’daki “toplumun bir kesimine karşı” ifadesi de, bu sonuca ulaşmamıza olanak tanır. Yeni TCK’da yer almamakla birlikte, uluslararası ceza mahke- melerinin statülerinde düzenlenen savaş suçlarının bir bölümü, insanlığa karşı suçlar olarak cezalandırılabilir. Uluslararası hukukta insanlığa karşı suç tanımında bulunan “nüfus” ifadesi, daha çok kolektif nitelikteki suçları içermeyi amaçlar. İnsanlığa karşı suç derecesine ulaşmayan bireysel veya münferit eylemleri dışarıda bırakır.⁴⁰ Hedef nüfusun, esas olarak sivil olma- sı gereklidir. Ancak, içinde bazı sivil olmayan kişilerin varlığı, nüfusun sivil niteliğini değiştirmeyecektir.⁴¹ Bir kişinin statüsü kuşkulu ise, sivil olduğu kabul edilir.⁴² İnsanlığa karşı suçlar, faille aynı uyruktan veya failden fark-

³⁸ *Procureur c. Jean Paul Akayesu, Jugement*, 02 Septembre 2000, ICRT-96-4-T, (Çevrimiçi) <http://www.ictr.org/wwwroot/french/cases/Akayesu/judgement>, 17.07.2002, par. 582, dn. 145.

³⁹ *Le Procureur c. Tihomir Blaskic, Jugement*, 3 Mars 2000, Affaire No: IT-95-14, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/jugement/bla-tj000303f-1htm>, 08.01.2003, par. 208, 214, dn. 401.

⁴⁰ *Le Procureur c. Dusko Tadic alias “Dule”, Jugement*, 7 Mai 1997, Affaire No: IT-94-1, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/jugement...>, 15.03.2002, par. 644.

⁴¹ *Le Procureur c. Tadic, Jugement*, 7 Mai 1997, par. 638; *Le Procureur c. Goran Jelinic, Jugement*, 14 Décembre 1999, Affaire No: IT-95-10, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/brcko/trialc1/jugement/jel-tj991214f.htm>, 02.01.2003, par. 54; *Le Procureur c. Akayesu, Jugement*, 2 Septembre 1998, par. 582; *Le Procureur c. Blaskic, Jugement*, 3 Mars 2000, par. 214; *Le Procureur c. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, alias “Vlado”, Jugement*, 14 Janvier 2000, Affaire No: IT-95-16, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/jugement/index.htm>, 17.07.2002, par. 549; *Le Procureur c. Kunarac et consorts, Jugement*, 22 Février 2001, Affaire No: IT-96-23, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/jugement/kun-010222.pdf>, 15.04.2004, par. 425; *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Cerkez, Jugement*, 26 Février 2001, Affaire No: IT-95-14/2, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/kordic/trialc/jugement/kor-010226f.pdf>, 08.01.2003, par. 180.

⁴² *Le Procureur c. Kunarac et consorts, Jugement*, 22 Février 2001, par. 426.

lı uyruktan olan sivillere ya da vatansız sivillere karşı işlenebilir.⁴³ Sivil nüfusa "yöneltmiş olma" ifadesi, saldırının ana hedefinin sivil nüfus olması gerektiğini gösterir.⁴⁴

2. Bir Plân Doğrultusunda Sistemli Olarak İşlenmesi

UCMS'deki tanıma göre, söz konusu suçu oluşturan eylemlerin "yaygın veya sistematik bir saldırı dahilinde" işlenmesi gereklidir. UCMS madde 7/2 (a)'da "Herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltmiş saldırı" madde 7/1'in amacı bakımından tanımlanırken, herhangi bir sivil nüfusa karşı, bu tarz saldırının yapılması yolunda **Devlet veya örgüt siyasetinin uygulanması veya sürdürülmesi** olarak [...] belirtilen eylemlerin birçok defa işlenmesi üzerinde durulmuştur. Saldırının yaygın veya sistematik olması unsuruna, Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve Tokyo Mahkemesi Şartı'nda rastlanmaz. Ancak, Nürnberg Mahkemesi, örgütlü ve sistematik terör siyaseti çerçevesinde işlenmiş insanlık dışı eylemlerin söz konusu olduğunun altını çizerek, bu eylemlerin insanlığa karşı suç oluşturup oluşturmadığını incelerken, terör siyasetinin geniş çapta uygulandığını saptamıştır.⁴⁵ EYUCMS'de de, bu unsur açıkça yazılı olmamakla birlikte, BM Genel Sekreterinin Raporunda, insanlığa karşı suçların, herhangi bir sivil nüfusa yöneltmiş yaygın veya sistematik bir saldırı dahilinde işlenmiş aşırı ağırlıkta insanlık dışı eylemleri belirttiği açıklanır.⁴⁶ Tadic Kararı'nda, İlk Derece Dairesi "herhangi bir sivil nüfusa yönelik" olma unsurunun, eylemlerin yaygın veya sistematik olarak gerçekleştirilmesini gerektirdiğini söyler.⁴⁷ RUCMS'de ise açıkça "yaygın ve/veya sistematik bir saldırı dahilinde"⁴⁸ bu suçların işlenebileceği ifa-

⁴³ *Le Procureur c. Tadic, Jugement, 7 Mai 1997, par. 635.*

⁴⁴ *Le Procureur c. Kunarac et consorts, Jugement, 22 Février 2001, par. 426.*

⁴⁵ *Rapport de la Commission du Droit International (CDI) sur les Travaux de sa Quarante-huitième Session 6 Mai-26 Juillet 1996, Documents Officiels de l'Assemblée Générale, Cinquante et unième Session, Supplément No: 10 (A/51/10), 1996, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/ilc/reporfra.htm>, 15.04.2004, s. 115-116, par. 3-4.*

⁴⁶ *Rapport du Secrétaire Général de L'ONU établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 du Conseil de Sécurité présenté le 3 mai 1993, S/25704, (Çevrimiçi) http://www.un.org/icty/legaldoc_fr/index.htm, 15.04.2004, par. 48.*

⁴⁷ *Le Procureur c. Tadic, Jugement, 7 Mai 1997, par. 626.*

⁴⁸ RUCMS'nin İngilizce ve Fransızca metinlerinde, insanlığa karşı suçların düzenlendiği madde birbirinden farklı biçimde kaleme alınmıştır. İngilizce metinde "yaygın veya sistematik" ifadesi kullanılmışken, Fransızca metinde "yaygın ve sistematik" ifadesi kullanılmıştır. RUCM'nin I. İlk Derece Dairesi, Akayesu Kararı'nda, RUCMS'nin İngilizce metnini esas alarak, iki özelliğin bir arada bulunmasına gerek olmadığını belirtir. Fransızca metnin yanlış çevrildiği sonucuna varır. (*Le Procureur c. Akayesu, Jugement, 2 Septembre 1998, dn. 143.*) Ancak, RUCM II. İlk Derece Dairesi, Kayishema ve Ruzindana Kararı'nda, kasten adam öldürme suçunun kapsa-

de edilmiştir. Yaygınlık ya da sistematiklik niteliklerinden birinin olması yeterlidir.

Yeni TCK'daki tanımda ise, eylemlerin yaygın olarak işlenmesi dışarıda bırakılmıştır. "**Yaygınlık**", mağdurların sayısını ve eylemlerin şiddetini belirtmektedir⁴⁹.

Yeni TCK'daki ilgili tanımı kısmen etkileyen FCK'da, "*tasarlanmış bir plânın uygulamaya konması olarak örgütlenen*" belirtilen eylemlerin gerçekleştirilmesi söz konusudur.⁵⁰ Bu eylemlerin bir kısmının ise "*yoğun ve sistematik*" olarak işlenmesi gereklidir.

Yeni TCK'da ise "*bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*" ifadesi yer alır. 01.07.2005 tarihinde Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde, sistematikliğin eylemlerin bir plân çerçevesinde işlendiğini gösterdiği belirtilmiştir. Ayrıca şu açıklamada bulunulmuştur: Önemli olan eylemlerin sistemli biçimde işlenmesidir. Faillerin, suçların işlenmesine ilişkin yöntemler, zaman ve yer belirlemek gibi bazı konularda bir plân yapmaları gereklidir. Plânla kastedilen bu belirlemelerdir.⁵¹ Öğretide de, tanımda yer alan bir plân doğrultusunda ifadesinin, eylemlerin sistemli olmasını açıklamaya yönelik olduğu belirtilmektedir.⁵²

Suç oluşturulan eylemlerin "*bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi*" suçun önşartıdır.⁵³

mını belirlerken, Statü'nün her iki dilde yazılmış olup, Fransızca metnin çeviri olmadığını saptamıştır. Her iki dildeki metin de orijinal metindir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 33. maddesine göre, bu durumda her iki metin de aynı derecede geçerlidir. Genel yorum kurallarının ve tamamlayıcı yorum kurallarının uygulanmasına karşı anlam farklılığı ortadan kalkmazsa, andlaşmanın konu ve amacı göz önünde bulundurularak metni en iyi uzlaştıran yorum benimsenecektir. En uygun yorum bağlacın "*ve*" değil, "*veya*" olduğudur. (*Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, Jugement, 21 Mai 1999, Affaire No: ICTR-95-1, (Çevrimiçi) <http://www.ictr.org/FRENCH/index.htm>, 15.04.2004, par. 137, dn. 23.*) Örf ve âdet hukuku da bunu yansıtmaktadır. (*Le Procureur c. Georges Andersen Nderubumwe Rutanganda, Jugement et Sentence, 6 Décembre 1999, Affaire No: ICTR-96-3-T, (Çevrimiçi) <http://www.ictr.org/FRENCH/index.htm>, 15.04.2004, par. 68.*)

⁴⁹ *Procureur c. Blaskic, Jugement, 3 Mars 2000, par. 68.*

⁵⁰ Değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Jacques FRANCILLON, "*Livre Deuxième: Des Crimes et Délits Contre les Personnes*", in Gabriel ROUJOU, Jacques FRANCILLON, Bernard BOULOC, Yves MAYAUD, Code Pénal Commenté Article par Article, Livres I à IV, Dalloz, Paris 1996. s. 112-121. Ayrıca bkz. M. MASSE, "*Les Crimes Contre l'Humanité dans le Nouveau Code Pénal Français*", *Revue de Sciences Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, No:3, Juillet-Septembre, 1994, s. 378.

⁵¹ YILMAZ, (dn. 26) s. 801.

⁵² TURHAN, (dn. 37), s. 16.

⁵³ Çetin ARSLAN, Bahattin AZİZAĞAOĞLU, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara, 2004, s. 280.

Uluslararası hukukta, *ad hoc* mahkemeler sistematiklik ifadesini açıklamaya çalışırlar. "**Sistematiklik**", *Tadic Kararı*'na göre, açık ve yöntemli bir plân ve şemayı ifade eder.⁵⁴ RUCM'nin *Akayesu Kararı*'nda ise, ifade biraz daha aydınlığa kavuşur. Buna göre, önemli kamusal ve özel araçları kullanarak tasarlanmış bir siyasetin uygulanmasında, düzenli bir örneğe göre özenle örgütlenmiş bir eylem söz konusudur.⁵⁵ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM), *Kunarac Kararı*'nda, sistematikliğin, şiddet eylemlerinin örgütlü niteliğini ve bunların beklenmedik bir biçimde gerçekleştirilmesi olasılığının ne denli uzak olduğunu belirttiği sonucuna varır. Benzer suç niteliği taşıyan davranışların bilinçli ve düzenli tekrarı içinde sistematiklik özelliği tanınabilir.⁵⁶

Uluslararası hukukta eylemlerin sistematik olarak gerçekleştirilmesi ile bir plân veya bir siyasetin varlığı arasındaki ilişki farklı biçimlerde değerlendirilmiştir. EYUCMS ve RUCMS'de, bir plân veya siyasetin gerekliliğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Her iki mahkemenin kararlarında, siyasetin varlığının niteliği ele alınmıştır.

Tadic Kararı'nda, eylemlerin yaygın veya sistematik olma niteliklerinin, bu eylemleri gerçekleştirmeyi amaçlayan, kesin olarak açıklanmış olsun veya olmasın bir siyasetin varlığını gösterdiği belirtilir. Siyasetin varlığı eylemlerin gerçekleştirilme tarzından çıkarılabilir.⁵⁷ EYUCM, *Kordic ve Cerkez Kararı*'nda, bu görüşten ayrılarak, bir plân ya da siyasetin varlığının, suçun unsuru olarak değil, işlenen suçların sistematiklik niteliğinin göstergesi olarak anlaşılmasının uygun olacağı sonucuna varmıştır.⁵⁸ *Kunarac Kararı*'nda, Temyiz Dairesi, uluslararası örf ve âdet hukukunun, bir plân veya siyasetin varlığını ispatlamayı gerekli kılmadığını belirtir. Bir siyasetin varlığını, insanlığa karşı suçun kurucu unsuru olarak kabul etmez. Siyasetin varlığından, saldırının herhangi bir sivil nüfusa yöneltilmiş olduğunun ya da saldırının yaygın veya sistematik olduğunu göstermek için yararlanılabilir; ancak, bunlar başka araçlarla da ispatlanabilir.⁵⁹ Bu yaklaşım, EYUCM'nin sonraki kararlarında da benimsenmiştir.⁶⁰

54 *Le Procureur c. Tadic, Jugement, 7 Mai 1997, par. 648.*

55 *Le Procureur c. Akayesu, Jugement, 2 Septembre 1998, par. 580.*

56 *Le Procureur c. Kunarac et consorts, Jugement, 22 Février 2001, par. 429*

57 *Le Procureur c. Tadic, Jugement, 7 Mai 1997, par. 653.*

58 *Le Procureur c. Kordic et Cerkez, Jugement, 26 Février 2001, par. 181.*

59 *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic, Arrêt, 12 Juin 2002, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/kunarac/appeal/jugement/kun-aj020612f.pdf>, 03.04.2004, par. 98, dn. 114.*

60 *Le Procureur c. Mitar Vasiljevic, Jugement, 29 Novembre 2002, Affaire No: IT-98-32-T, (Çevrimiçi) <http://www.un.org/icty/Vasiljevic/trialc/jugement/vas-tj021129f.pdf>, 16.04.2004, par. 36; *Le Procureur c. Stanislav Galic, Jugement et Opinion, 5 Décembre 2003, Affaire No: IT-98-29-T, Çevrimiçi: <http://www.un.org/icty/galic/trialc/jugement/gal-tj031205f.pdf>, 30.05.2004, par. 147.**

RUCM, *Akayesu Kararı*'nda, sistematikliğin, eylemin tasarlanmış bir siyasetin uygulanmasında düzenli bir örneğe göre özenle örgütlenmesinden ileri geldiğini açıklayarak, siyasetin varlığını, sistematikliğin tanımına sokmuştur. Böylelikle, onu sistematikliğin bir göstergesi olmaktan çıkarıp, bir parçası haline getirmiştir. *Kayishema ve Ruzindana Kararı*'nda ise, büyük ölçekli bir zulüm eyleminin insanlığa karşı suç oluşturabilmesi için, siyasal bir ögenin varlığının gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sistematiiklik veya yaygınlık özelliklerinden birinin bulunmaması, geniş bir plân veya bir siyaset dahilinde olmayan eylemlerin dışta kalması için yeterli olacaktır. Ayrıca, saldırının herhangi bir sivil nüfusa yönelik olması da kaçınılmaz biçimde bir plânın varlığını varsayar.⁶¹ Bu kararda, yaygınlık veya sistematiiklik bir siyasetin varlığının göstergeleri olarak değerlendirilmiştir. RUCM, *Bagilishema Kararı*'nda, siyasetin varlığının saldırıya bağlı bir unsur olarak kabul edilebileceğini belirttikten sonra, *Kupreskic Kararı*'ndaki yaklaşımı benimseyerek, insanlığa karşı suçların siyasal unsurun varlığını zorunlu olarak varsaymakla birlikte, bunun gerek koşul olduğundan şüphe edilebileceğini vurgulamıştır.⁶² Daha sonraki kararlarda ise, EYUCM'nin görüşü kabul edilerek siyasetin varlığının ayrı bir kurucu unsur olmadığı belirtilmiştir.⁶³

EYUCM ile RUCM'nin bir siyasetin varlığının gerekliliği konusunda önceleleri farklı yaklaşımlar benimsemelerinin nedeni, sistematiiklik özelliğini farklı şekillerde tanımlamalarıdır. RUCM sistematikliği önceden tasarlanmış bir plâna veya siyasete dayandırırken, EYUCM şiddet eylemlerinin örgütlü niteliğine dayandırmaktadır.

UCMS'de herhangi bir sivil nüfusa yöneltmiş saldırı tanımı yapılırken, eylemlerin bu tür bir saldırıyı amaçlayan bir devlet veya örgüt siyasetinin uygulanması veya sürdürülmesi olarak birçok defa işlenmesinden bahsedilmektedir. Tanım itibariyle, bir devlet veya örgüt siyasetinin varlığı aranacaktır. Suçların Unsurları adlı belgeye göre, böyle bir saldırı amacına sahip bir siyasetin söz konusu olabilmesi için, devlet veya örgütün sivil nüfusa yöneltmiş saldırıyı etkin olarak desteklemesi veya teşvik etmesi gerekir. Siyaset, bir devletin veya örgütün eylemiyle ortaya çıkar. Ancak, istisnai durumlarda, devletin veya örgütün, bilinçli olarak böyle bir saldırıyı teşvik etmek amacıyla hareket etme konusunda kasten çekimser kalması söz konu-

⁶¹ *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, Jugement*, 21 Mai 1999, par. 124.

⁶² *Le Procureur c. Ignace Bagilishema, Jugement*, 7 Juin 2001, Affaire No: ICTR-95-1A-T, (Çevrimiçi) <http://www.ictr.org/FRENCH/index.htm>, 15.04.2004, par. 78, dn. 73.

⁶³ *Le Procureur c. Laurant Semanza, Jugement et Sentence*, 15 Mai 2003, Affaire No: ICTR-97-20-T, (Çevrimiçi) <http://www.ictr.org/FRENCH/index.htm>, 15.04.2004, par. 327; *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli, Jugement et Sentence*, 1 Décembre 2003, Affaire No: ICTR-98-44A-T, (Çevrimiçi) <http://www.ictr.org/FRENCH/index.htm>, 15.04.2004, par. 872.

su olabilir. Sadece devletin veya örgütün eylemde bulunmaktan kaçınmasına dayanarak, böyle bir saldırının var olduğu sonucuna varılamaz.⁶⁴

Yeni TCK'da plânın kaynağı belirtilmemiştir. UCMS doğrultusunda yorum yapılırsa, bir devlet veya örgütün plânı söz konusu olabilir. Ancak belirsizlik daha geniş bir yoruma da olanak tanır. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), 1996 tarihli Barışın ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlara ilişkin Kod Taslağı'nın metninde, insanlığa karşı suçların bir hükümet, örgüt veya grubun teşvikiyle veya yönetimi altında işlenebileceği belirtmiştir.⁶⁵ Dolayısıyla bir grubun plânı da bu kapsamda değerlendirilebilir. Böylelikle UCMS'deki düzenlemenin ilerisinde bir adım atılabilir.

B. Eylemlerin Ayrımcı Saiklerle Gerçekleştirilmesi

Yeni TCK'da eylemlerin "*siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle*" gerçekleştirilebileceği belirtilir. Bu unsur tamamen FCK'dan alınmıştır.

Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde "*siyasal, ırksal veya dinsel nedenlerle*" ifadesi yer almaktadır. Berlin Protokolü ile yapılan düzeltmeye karşın, öğretilerde söz konusu nedenlerin bütün insanlık dışı eylemler ile zulüm için mi yoksa sadece zulüm için mi geçerli olduğu konusunda halen görüş ayrılıkları vardır.⁶⁶ RUCMS'de, "*ulusal, siyasal, etnik, ırksal veya dinsel aidiyeti sebebiyle*" ifadesi bulunmaktadır. EYUCMS ve UCMS'de ise, ayrımcı saikler ortak unsur olarak yer almaz. EYUCMS madde 5/h'de "*siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle zulüm*", UCMS 7/h'de ise "*belirlenebilir bir gruba veya topluluğa karşı, siyasal, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, paragraf 3'te tanımlandığı haliyle cinsiyete dayalı veya uluslararası hukuk uyarınca kabul edilemez olduğu evrensel olarak tanınmış olan başka sebeplerle zulmedilmesi*" eylemleri bulunur.

EYUCMS'de bu unsur yer almamakla birlikte, İlk Derece Dairesi, *Tadic Kararı*'nda, ayrımcı nedenlerin sadece zulüm için değil, insanlığa karşı suç oluşturan bütün eylemler (özellikle insanlık dışı eylemler) için gerekli olduğunu belirtir.⁶⁷ Temyiz Dairesi, 1999 tarihli *Tadic Kararı*'nda, Statü'nün sadece zulüm suçu bakımından ayrımcı nedenleri aradığını diğer insanlığa karşı suç oluşturan eylemler bakımından bunun gerekli olmadığı sonucuna varır. EYUCM bu kararında, öncelikle Statü'nün ilgili hükmüne başvurur. Uluslararası Adalet Divanının "*Bir Devletin BM'ye Kabulünde Genel Kuru-*

⁶⁴ *Eléments des Crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 11, dn. 6.

⁶⁵ *Rapport de la CID....1996*, s. 116, par. 5

⁶⁶ Söz konusu iddialar için bkz. BAŞKARACAOĞLU, (dn. 7), s. 83-84.

⁶⁷ *Le Procureur c. Tadic, Jugement*, 7 Mai 1997, par. 650.

lun Yetkisi Hakkındaki Danışma Görüşüne” göndermede bulunarak, andlaşmanın hükümlerine yer aldıkları bağlamdaki doğal ve olağan anlamları içinde etki verme ilkesine dayanır. Statü'nün ilgili maddesinde zulüm dışındaki eylemler için ayrımcılık nedeni bulunmamaktadır. Lafzi yoruma ek olarak mantıksal yorum da aynı sonucu destekler. Eğer tüm suçlar için ayrımcılık unsuru aransaydı zulme ilişkin düzenleme anlamsız olacaktı. Bu ise, temel yorum kuralları arasında yer alan tesirlilik ilkesine aykırıdır. Temyiz Dairesi, söz konusu maddenin konu ve amacını da göz önünde bulundurur. Ona göre, insanlığa karşı suçların tüm unsurlarını bulundurmakla birlikte, ayrımcı gerekçelerle işlenmeyen insanlığa karşı suçlar da cezalandırılmak istenmiştir. Aksi halde, insanlığa karşı suçların kapsamı oldukça daralacaktır. Temyiz Dairesi, ikinci olarak uluslararası örf ve âdet hukukuna başvurur. Şüphe durumunda ve aksi andlaşma hükmünün metninden açıkça anlaşılmıyorsa, hükmün örf ve âdet hukukuna uygun biçimde ve onun ışığında yorumlanması ilkesine dayanır. Uluslararası örf ve âdet hukukunda ayrımcılık unsurunun aranmadığını belirtir. Ayrıca gerekçesinde İlk Derece Dairesinin diğer dayanaklarını da ortadan kaldırır.⁶⁸ EYUCM'nin ayrımcılık unsuruna ilişkin içtihadını bu karar belirlemiştir.

RUCMS'de, bu unsur yer almakla birlikte, mahkemenin ilk çözmesi gereken sorun, ayrımcı temellere dayanarak, insanlığa karşı suçları oluşturan her bir eylemin mi işlenmesi gerektiği, yoksa saldırının mı gerçekleştirilmesi gerektiği olmuştur. RUCM bu konuda bir süre çelişkili kararlar⁶⁹ verdikten sonra, Temyiz Dairesinin *Akayesu Kararı* ile saldırının ayrımcı nedenlerle gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna varır.⁷⁰

Öğretide, bu konudaki kararsızlık devam etmektedir. Bir tarafta, ayrımcılık unsurunu tanımın esaslı unsuru olarak kabul edenler; diğer tarafta, faili harekete geçiren saiklerden bağımsız olarak bazı eylemlerin insanlığa karşı suç oluşturduğunu ileri sürenler bulunmaktadır.

Öğretideki kararsızlığa karşın, uluslararası hukuk belgeleri göz önünde bulundurularak belirli ayrımcı saiklerin aranmaması yerinde olurdu. Yeni TCK'da UCMS'deki anlamında zulüm suçu yer almamaktadır. Bu biçimiyle insanlığa karşı suçların tanımı, neredeyse zulüm suçunun içeriğini bazı açılardan daha dar bazı açılardan daha geniş yansıtmaktadır.

⁶⁸ *Prosecutor versus Dusko Tadic, Judgement*, 15 July 1999, par. 282-305.

⁶⁹ Bkz. *Le Procureur c. Akayesu, Jugement*, 2 Septembre 1998, par. 578, 534, 590, 592, 595, 598; *Le Procureur c. Rutanganda, Jugement et Sentence*, 6 Décembre 1999, 74; *Le Procureur c. Alfred Musema, Jugement*, 27 Janvier 2000, Affaire No: ICTR-96-13, (Çevrimiçi) <http://www.icttr.org/FRENCH/index.htm>, 15.04.2004, par. 211.

⁷⁰ *Le Procureur c. Akayesu, Arrêt*, 1er Juin 2001, Affaire No: ICTR-96-4-A, (Çevrimiçi) <http://www.icttr.org/FRENCH/cases/Akayesu/arret/4.htm>, 10.06.2004, par. 462-469.

C. Failin Bilinçli Olarak Suçu İşlemesi

İnsanlığa karşı suçların temel nitelikteki ortak unsurlarından bir diğeri failin saldırının bilincinde olmasıdır. Bu, insanlığa karşı suçların manevî unsurunu oluşturmaktadır. UCMS dışında suçun düzenlendiği diğer belgelerde, suçun manevî unsuruna değinilmez. UCM madde 7'de, "*saldırının bilincinde olarak*" maddede sayılı eylemlerin yapılacağından bahsedilmektedir. Suçların Unsurları adlı belgeye göre fail, davranışının sivil nüfusa yöneltmiş bir saldırının parçası olduğunu bilmeli veya parçası olmasına niyet etmelidir. Manevî unsur, failin, saldırının tüm özelliklerini veya devlet ya da örgüt siyasetinin veya plânının belirli ayrıntılarını bilmesini gerektirmez. Failin, bu tarz bir saldırıyı yönetmeye niyeti varsa manevî unsurun var olduğu sonucuna varılır⁷¹

İnsanlığa karşı suçların manevî unsuru kasttır. Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin Statüleri'ndeki düzenlemelere göre, bu özel bir kasttır; çünkü, insanlığa karşı suçların, savaş suçunu veya barışa karşı bir suç gerçekleştirme veya gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak için işlenebileceği dile getirilmiştir. Aksi halde, kasten dahi olsa insanlığa karşı suç oluşturmayacak, iç hukukların cezalandırdığı adi bir suç olacaktır.⁷²

Kast, "*öngörülen ve suç oluşturulan bir eylemi gerçekleştirmeye yönelen irade*" olarak tanımlanmıştır.⁷³ Bilme ve isteme unsurlarından oluşur. Bilme, failin yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş olmasını ifade eder.⁷⁴ Genel kast için, bilme ve isteme unsurları yeterlidir. Yasanın, belirli bir saikle hareket edilmiş olmasını suç unsuru veya ağırlatıcı sebep saydığı durumlarda, failin bu saikle harekete geçmesiyle özel kast oluşur.⁷⁵

Yeni TCK'daki düzenlemeye göre insanlığa karşı suçlar özel kast ile işlenebilir. Uluslararası hukuk ışığında manevî unsurun 3 koşulunu şu şekilde belirleyebiliriz:

1. İnsanlığa karşı suçu oluşturan eylemi gerçekleştirme (temel suçu işleme) kastı,
2. Bu eylemi *siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saiklerle* gerçekleştirme,
3. Failin toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli ola-

⁷¹ *Eléments des Crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 11.

⁷² Öztekin TOSUN, "*İnsanlık Aleyhine Suçlar*", Adalet Dergisi, C. 45, S. 4, 1954, s. 418.

⁷³ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 3 C., Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Beta, 1997, C. 2, s. 216, No: 924.

⁷⁴ Kayıhan İÇEL ve diğerleri, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul, Sebat Mümessillik Yayıncılık Ticaret ve Sanayi Ltd.Şti., 1999, s. 236.

⁷⁵ DÖNMEZER, ERMAN, (dn.73), s. 226, 231, No: 935, 940.

rak gerçekleştirilen eylemler olduğunu ve kendi eyleminin bunlarla uyduğunu bilmesi.

Bu koşullara, uluslararası *ad hoc* ceza mahkemeleri içtihatları ve UCMS'nin Yeni TCK'ya uyarlanmasıyla ulaşılır. Suçu oluşturan eylemlerin “*bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesinin*” suçun önşartı olduğu kabul edildiğinde, failin plânı veya sistemli olarak eylemlerin işlendiğini bilmesi yeterli olabilecektir. Ancak manevî unsurun içeriğini büyük oranda ulusal içtihat ve öğretisi belirleyecektir.

III. İnsanlığa Karşı Suçları Oluşturan Eylemler

A. Kasten Öldürme

Kasten öldürme, Yeni TCK'nin 81, 82 ve 83. maddelerinde düzenlenir. Kasten adam öldürme, insanlığa karşı suçları düzenleyen uluslararası belgelerin tümünde söz konusu suç oluşturan eylemler arasında sayılmıştır. Ancak, hiçbirinde açık bir tanımı yapılmamıştır. UHK'nin 1996 tarihli Barışın ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlara ilişkin Kod Taslağı'nın insanlığa karşı suçları düzenleyen 18. maddesinin yorumunda, kasten adam öldürmenin tüm devletlerin ulusal hukuklarında, açık ve tam olarak tanımlanmış bir anlamı olduğu belirtilerek, ayrıca daha geniş açıklamalara gerek duyulmamıştır.⁷⁶

B. Kasten Yaralama

Kasten yaralama, Yeni TCK'nin 86. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlenir. Bu maddedeki tanıma göre; “*kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi*” kasten yaralama suçunu işlemiş olur.

Söz konusu eylem, insanlığa karşı suçları düzenleyen hiçbir uluslararası belgenin ilgili hükmünde açıkça yer almaz. Buna karşılık, her belgede sayılmış olan “*diğer insanlık dışı eylemler*” kategorisi içinde değerlendirilebilir⁷⁷. Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nden itibaren, diğer insanlık dışı eylemler kesin bir biçimde belirtilmemiş, ancak sayılı eylemlerle aynı ağırlıktaki eylemleri cezalandırmak için başvurulan bir araç olmuştur.⁷⁸ RUCM, *Kayishema ve Ruzindana Kararı*'nda, diğer insanlık dışı eylemleri, ilgili hükümdeki diğer eylemlere benzer bir ağırlığa sahip olup, kasten ruhsal ya da bedensel acılara neden olan veya mağdurun bedensel ya da ruhsal bütünlüğüne ağır

⁷⁶ *Rapport de la CDI...1996*, (dn. 45), s. 117, par. 7.

⁷⁷ Bkz. Bu yönde bir karar için: *Le Procureur c. Tadic, Jugement*, 7 Mai 1997, par. 730.

⁷⁸ *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, Jugement*, 21 Mai 1999, par. 149.

zarar veren veya insan onuru için ağır zarar oluşturan eylem veya ihmaller olarak tanımlar. Bu karara göre, bir eylemin insanlık dışı eylem olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, somut olaya göre belirlenecektir.⁷⁹ Buna karşılık, UCMS'de bir tanımla yapılmamakla birlikte, daha dar kapsamlı olarak niteliği konusunda bir açıklama bulunmaktadır. UCMS madde 7/1-k'de "*kasten büyük acılara veya bedensel bütünlük ya da beden veya akıl sağlığında ağır zarara neden olan benzer nitelikte diğer insanlık dışı eylemler*" ifadesi yer alır. Kasten yaralama eylemi, gerek RUCM'nin benimsediği tanımla, gerekse UCMS'nin nitelendirmesiyle kısmen örtüşmektedir. Diğer insanlık dışı eylemler, kasten bedensel veya ruhsal büyük acı vermeyi içerirken, kasten yaralama sadece bedensel acı vermeyi içerir. Dolayısıyla ancak ruh sağlığının bozulmasına yol açtığı ölçüde bir başkasına ruhsal acı vermek kasten yaralama kapsamında değerlendirilebilecektir.

Diğer insanlık dışı eylemler kategorisinin, ceza hukuku açısından, kapsadığı eylemlerin açıkça belirtilmemiş olması dolayısıyla "*kanunsuz suç olmaz*" kuralı, "*örnekseme yasağı*" ve "*belirlilik ilkesine*" aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir.⁸⁰ Bu nedenle, Yeni TCK'de bu eylemin yer almaması yerinde olmuştur.

C. İşkence, Eziyet veya Köleleştirme

İşkence suçu, Yeni TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işkence suçu, bir kamu görevlisi tarafından "*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların*" gerçekleştirilmesi olarak tanımlanır. İşkenceye ilişkin uluslararası insan hakları belgelerindeki tanımlarla kıyaslandığında, Yeni TCK'nın daha geniş bir tanım benimsediği görülür. Bunlar arasında en önemlisi "*İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme*" (İşkence Sözleşmesi)'dir.⁸¹ Bu sözleşmenin 1. maddesinde işkenceyi tanımlayan şu hüküm yer alır:

⁷⁹ *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, Jugement, 21 Mai 1999, par. 151.*

⁸⁰ Adem SÖZÜER, R. Barış ERMAN, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi*", Adalet Yükseköğretim Kurulu 20. Yıl Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 282.

⁸¹ *Convention contre la Torture et Autres Peines ou Tritements Cruels, Inhumaines ou Dégradants*, (Çevrimiçi) http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_cat39_fr.htm, 08.04.2004. BM Genel Kurulunun 10.12.1984 tarihli 39/46 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. 26.06.1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 10.01.2003 tarihi itibarıyla sözleşmeye 132 devlet taraftır. Türkiye, 3441 sayılı ve 21.04.1988 kabul tarihli "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" (RG. 29.04.1988, S: 19799) ve ekli beyan ve ihtirazi kayıt ile andlaşmanın onaylan-

“ 1. Sözleşme amaçlarına göre, “işkence” terimi, bir kişiye, özellikle kendisinden veya bir üçüncü kişiden bilgi veya itiraf elde etmek, onun veya bir üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylemden dolayı cezalandırmak, onu veya bir üçüncü kişiyi sindirmek ya da ona veya bir üçüncü kişiye baskı yapmak amacıyla veya ayrımcılığın herhangi bir görünümüne dayalı diğer nedenden dolayı, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya onun teşvikiyle veya rızası ya da onayıyla kasten verilen bedensel veya ruhsal şiddetli acı ve ıstırapları belirtir.

2. Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri içeren uluslararası bir belge veya milli mevzuata hâlel getirmez.”

Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde ve Tokyo Mahkemesi Şartı'nda insanlığa karşı suçlar arasında bu eylem sayılmamakla birlikte, EYUCMS madde 5/fde, RUCMS madde 3/fde ve UCMS madde 7/fde “işkence” eylemi yer alır. EYUCM ve RUCM kendi statülerinde işkenceye ilişkin bir tanım bulunmadığı için yargılamalar sırasında İşkence Sözleşmesi'ndeki tanımdan hareket ederler. Bazı kararlarında, tanımı olduğu gibi kabul ederek suçun unsurlarını buna göre belirlerlerken; bazı kararlarında ise, insancıl hukuk ile insan hakları hukukunu karşılaştırarak farklı bir tanımı benimsemişlerdir. İşkencenin tanımı sadece UCMS madde 7/2 e'de yapılır. Buna göre: “İşkenceden, gözetim veya denetimi altında bulunan bir kişiye, kasten, bedensel veya ruhsal şiddetli acı veya ıstırap verilmesi anlaşılır; bu terimin anlamı, sadece hukuka uygun yaptırımlardan kaynaklanan, bu yaptırımlara bağlı olan (özünde olan) veya bunların vesile olduğu acı ve ıstırapı kapsamaz.”

Suçların Unsurları adlı belgede temel ortak unsurlar dışında işkencenin unsurları şu şekilde belirlenmiştir:

1. Failin, bir veya birçok kişiye bedensel veya ruhsal şiddetli acı veya ıstırap vermesi;
2. Söz konusu kişi veya kişilerin, failin gözetim veya denetimi altında bulunması;
3. Acı veya ıstırapın sadece hukuka uygun yaptırımlardan kaynaklanmaması, bu yaptırımlara bağlı olmaması ya da acı ve ıstırapa söz konusu yaptırımların vesile olmaması. Bu suç için özel bir kasta gerek yoktur.⁸²

Yeni TCK'daki tanımın, bazı noktalarda UCMS'deki tanımın da ötesine geçtiği görülür. Yeni TCK'da, işkence suçunun, Eski TCK'daki işkence, zalima-

masını uygun bulmuş ve 88/13023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi (RG. 10.08.1988, S: 19895) ile iç hukukta yürürlüğe koymuştur. Sözleşme'yi 02.08.1988 tarihinde onaylamıştır.

⁸² *Eléments des Crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 14.

ne, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleleri içeren bir üst kavram olduğu belirtilmiştir. İşkenceyi benzeri kötü muamelelerden ayırt eden ölçüt, işkencenin maddî veya manevî ağır acı ve ıstırap veren hareketlerden oluşmasıdır. Ancak, Yeni TCK'da bu anlayış bir kenara bırakılmakta ve işkencenin insan onuruyla bağdaşmayacak sayılmış seçimlik hareketlerle işlenebilecek bir suç olduğu kabul edilmektedir. Bu seçimlik hareketler, bir kişinin "bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine", "algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine", "aşağılanmasına" yol açacak davranışlardır. Seçimlik hareketlerin insan onuruyla bağdaşmaz bir nitelik göstermesi gerekir.⁸³ UCMS'deki tanıma göre ise, bir kişiye bedensel veya ruhsal şiddetli acı veya ıstırap verilmesi gerekir. Bir hareketin işkence olarak nitelendirilebilmesi için acı ve ıstırapın şiddetli olması ölçütü benimsenmiştir.

Yeni TCK'daki tanıma göre hareketlerin belirlenmiş bir amaca yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekli değildir. UCMS'deki tanım da bu doğrultudadır.

Yeni TCK'ya göre, bu suç kamu görevlileri tarafından işlenebilir. 94. maddenin 4. fıkrasına göre suçun işlenmesine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. 6. Maddenin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisi tanımlanır. Buna göre; "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi [...] anlaşılır." 94. maddenin gerekçesinde, işkence suçunun mağdurunun sadece suç şüphesi altında bulunan kişi olmayıp tanık veya kamu görevlisi olabileceği de belirtilir. UCMS'ye göre ise, işkence mağduru gözetim veya denetim altında olan kişidir. Gözetim ve denetim altında olmak ifadeleri, hapis ya da özgürlüklerden diğer ağır mahrumiyet biçimleri ile eş anlamlı değildir. Gözetim, bütün alıkoyma ve hapis hallerini kapsarken; denetim, bir kişinin diğerinin özgürlüklerini kısıtladığı her durumu içerir.⁸⁴ Tanımda failin niteliği belirtilmez. Bu yönüyle Yeni TCK'daki tanımdan daha geniştir. Ancak, "eziyet" suçunun, insanlığa karşı suç oluşturan eylemler arasında aynı bentte sayılmasıyla bu farklılığın sonuçları ortadan kalkmıştır.

Eziyet suçu, Yeni TCK'nın 96. maddesinde yer alır. Bu hükme göre, eziyet "bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışların" gerçekleştirilmesidir. Eziyetin sözcük anlamı "aşırı güçlük ve sıkıntı, üzü"dür.⁸⁵ Maddenin gerekçesinde, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve onun bedensel

⁸³ İlhan ÜZÜLMEZ, "İşkence Suçu", HPD, S. 2, Sonbahar 2004, s. 149.

⁸⁴ *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers'Notes, Article by Article*, Editör: Otto Triffterer, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, Article 7, s. 163.

⁸⁵ "Eziyet", *Türkçe Sözlük*, (dn. 36), s. 394.

veya ruhsal olarak acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulmasının gerektiği belirtilir. Suçun faili ve mağduru herkes olabilir. Bu nedenle kamu görevlisi dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilecek işkence niteliğindeki eylemler eziyet suçu kapsamına girer. UCMS'de eziyet, insanlığa karşı suç oluşturan eylemler arasında sayılmamaktadır.⁸⁶ Dolayısıyla, Yeni TCK'daki tanımla UCMS'deki tanımın ilerisine geçilerek, gözetim veya denetim altında bulunmamakla birlikte işkence niteliğinde eylemlere maruz kalan kişiler de korunacaktır. Öte yandan, diğer insanlık dışı eylemler altında cezalandırılabilir kimisi eylemler eziyet olarak nitelendirilip cezalandırılabilir.

Köleleştirme Yeni TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Köleleştirme, insanlığa karşı suçları düzenleyen uluslararası tüm belgelerde, söz konusu suçu oluşturan eylemler arasında sayılırken, sadece UCMS madde 7/2-c'de bir tanımı yapılmıştır. Buna göre: “Köleleştirmeden, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin herhangi birinin veya tümünün, özellikle kadınlar ve çocuk-

⁸⁶ UCMS madde 7/1-h'de zulüm (*persécution, persecution*) eylemi yer almaktadır. Bu hükme göre; “*bu paragrafta amaçlanan herhangi bir eylemle (yani insanlığa karşı suç oluşturan diğer eylemlerden herhangi biriyle – kasten adam öldürme, imha, köleleştirme, halkın sürgünü veya zorla nakli, uluslararası hukukun temel hükümlerini ihlâl eden hapsedme veya fiziksel özgürlükten ağır mahrumiyetin bir başka biçimi, işkence, tecavüz, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma veya berzer ağırlıkta diğer tüm cinsel şiddet biçimleri, zorla kaybedilme, apartheid suçu, diğer insanlık dışı eylemler) veya Mahkemenin yetkisine giren herhangi bir eylemle (soykırım, savaş suçlarını ve saldırı suçunu oluşturan herhangi bir eylemle) ilişkili olarak, siyasal, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dinsel veya 3. paragraf anlamında cinsiyete dayalı (sexiste = kadının aleyhine cinsiyet ayrımından yana olan) nitelikte veya uluslararası hukukta kabul edilemez olduğu evrensel olarak tanınmış diğer ölçütlerle ilgili nedenlerle, tanımlanabilir her bir gruba veya her bir topluluğa zulmetmek*” insanlığa karşı suç oluşturmaktadır. Öğretide “*persécution*” sözcüğünün Türkçe'ye bazen eziyet etmek olarak çevrildiği görülmektedir. (Bkz. Ezeli AZARKAN, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta, İstanbul, Şubat 2003, s. 154.) Ayrıca *Türkçe Sözlük*'ün yeni baskısında eziyet zulüm olarak da tanımlanmıştır. (“Eziyet”, *Türkçe Sözlük*, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2005, s. 673.) Ancak, her iki sözcüğün diğer tanımları, hukukî anlamları ve öğretideki genel kullanım dikkate alındığında *persécution* sözcüğünü zulüm olarak Türkçe'ye çevirmek uygun görülmüştür. (Yukarıdaki değerlendirme bu çerçevede kalemeye alınmıştır.) UCMS madde 7/2-g'ye göre; “*Zulümden, konusu olan grubun veya topluluğun kimliğine bağlı nedenlerle, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel hakların kastî ve ağır yadsınması (İngilizce metin: temel haklardan kasten ve ağır bir şekilde yoksun bırakma) anlaşılır.*” Kişinin temel haklardan kasten ve ağır bir şekilde yoksun bırakılması, insan onuruyla bağdaşmayan ve kişinin bedensel veya ruhsal olarak acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranış olarak değerlendirilebildiği oranda eziyet suçunu oluşturacaktır. Bu durumda Yeni TCK'ya göre eylemin belirlenmiş başka eylemlerle bağlantısı da aranmayacağından UCMS'deki düzenlemenin ötesine geçilmiş olacaktır.

lar olmak üzere insan ticareti dahilindekileri de içerecek biçimde, bir kişi üzerinde kullanması anlaşılır." Köleliğin tanımı, 1926 Tarihli Köleliğe İlişkin Konvansiyon'da⁸⁷ yapılmıştır. Konvansiyon'un ifadesiyle, "kölelik, üzerinde, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin tümünün veya bunlardan bazılarının kullanıldığı bir bireyin durumu ya da koşuludur". 1956 Tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kurumlarının ve Köleliğe Benzer Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek Konvansiyon'da⁸⁸ aynı kölelik tanımı benimsenmiştir. Her iki Konvansiyon da usulüne uygun olarak yürürlüğe koyulduğundan dolayı kanun hükmündedir. Köleleştirme eyleminin içeriğinin belirlenmesinde, bu konvansiyonlardan yararlanılabilir.

D. Kişi Hürriyetinden Yoksun Kılma

İnsanlığa karşı suçları oluşturan eylemler arasında kişi hürriyetinden yoksun kılma yer alır. Ancak, Yeni TCK'nın 109. maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlenmiştir. İki hükümdeki farklı ifadelerin bilinçli bir tercihin sonucu olarak kullanıldığı yolunda herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Bu nedenle, aynı terimin kullanılması gerekirdi.

109. maddeye göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma "bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmaktır."

Kişi hürriyetinden yoksun kılma, açık bir biçimde –kısmen UCMS dışında hiçbir uluslararası hukuk belgesinde insanlığa karşı suç oluşturan eylemler arasında sayılmamıştır. Buna karşın, TCK'daki tanımı ile UCMS'nin ilgili maddesinin iki ayrı bendindeki eylemleri içerir. Söz konusu eylemler; sürgün, zorla nakil, uluslararası hukukun temel hükümlerini ihlâl eden hapsed-

⁸⁷ *Convention Relative à l'Esclavage*, Recueil des Traités de Société des Nations, Vol. 50, 1927, s. 254-270. Bu Konvansiyon 25.09.1926 tarihinde Cenevre'de imzalanmış, 09.03.1927'de yürürlüğe girmiştir. 08.02.2002 tarihi itibarıyla, 95 devlet taraf olmuştur. Türkiye, 2273 sayılı ve 05.06.1933 kabul tarihli "Esaretin Meni Hakkındaki 25 Eylül 1926 Tarihli Mukaveleye İltihakımıza Dair Kanun" uyarınca (RG. 11.06.1933, S. 2424), 22.07.1933 tarihinde katılma yoluyla andlaşmayla bağlanmıştır.

⁸⁸ *Convention Supplémentaire Relative à l'abolition de l'Esclavage, de la Traite des Esclaves et des Institutions et Pratiques Analogues à l'Esclavage*, 266 RTNU, Vol. 266, 1957, s. 47-53. Bu Konvansiyon 07.09.1956 tarihinde Cenevre'de yapılmış, 30.04.1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 08.02.2002 tarihi itibarıyla 119 devlet taraf olmuştur. Türkiye açısından, 361 sayılı ve 27.12.1963 kabul tarihli "Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun" (RG. 06.01.1964, S. 11599) ile andlaşmanın onaylanması uygun bulunmuş ve 6/2694 sayılı ve 10.02.1964 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi (RG. 04.04.1964, S. 11674) ile onay belgesinin BM Genel Sekreterliğine tevdi edildiği tarih olan 17.07.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

me veya fiziksel özgürlükten ağır mahrumiyetin bir başka biçimidir. Sürgün ve zorla nakilde kişi bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun kılınırken, uluslararası hukukun temel hükümlerini ihlâl eden hapsedme veya fiziksel özgürlükten ağır mahrumiyetin bir başka biçiminde ise daha ziyade kişi bir yerden gitmek hürriyetinden yoksun kılınır.

Sürgün, insanlığa karşı suçları düzenleyen uluslararası belgelerin tümünde söz konusu suçu oluşturan eylemler arasında sayılmıştır. Zorla nakil ise sadece UCMS'de yer alır. UCMS, madde 7/2-d'de, "*nüfusun sürgünü ve zorla naklinden, uluslararası hukukça kabul edilmiş sebepler olmaksızın, kişilerin, hukuka uygun olarak buldukları bölgeden, onları ülkeden kovarak veya başka zorlayıcı araçlarla, zorla yerlerinin değiştirilmesi anlaşılır*" açıklaması yer alır. UHK 1996 tarihli raporunda, keyfî olarak nüfusun sürgün edilmesinden ve zorla naklinden bahsedilmektedir. UHK, sürgün ile zorla nakil arasındaki farkı ortaya koyar. Sürgün, ulusal sınırların dışına çıkarılmayı içerir; zorla nakil ise tamamen aynı devletin sınırları içerisinde gerçekleşir.⁸⁹ Hapis veya fiziksel özgürlükten ağır mahrumiyetin diğer biçimleri Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde ve Tokyo Mahkemesi Şartı'nda, insanlığa karşı suçları oluşturan eylemler arasında sayılmaz. EYUCMS mad 5/e'de ve RUCMS mad 3/e'de sadece hapis yer alır. UCMS mad 7/e'de ise hapsedmenin tanımı yapılmamakla birlikte, eylemler sıralanırken bu eylemin özelliği, koruduğu hukukî yarara değinilerek "*uluslararası hukukun temel hükümlerini ihlâl eden hapsedme veya fiziksel özgürlükten ağır mahrumiyetin bir başka biçimi*" ifadesi kullanılır.

E. Bilimsel Deneylere Tâbi Kılma

İnsan üzerinde deney, Yeni TCK'nın 90. maddesinde düzenlenir. Maddede tanımı yapılmamakla birlikte, madde gerekçesinde "deney" teriminin bilimsel çalışmanın ilk aşamasını ifade ettiği belirtilir. Maddenin dördüncü fıkrasında ayrıca, hasta üzerinde rızası olmadan tedavi amaçlı denemede bulunmak cezalandırılır. Gerekçesinde "deneme", bilimsel amaçlı deney sonuçlarının kesinliğe ulaşılmadan hastalığın tedavisinde sağladığı somut bazı yararlarından yola çıkarak, hastaya uygulanması işlemi olarak tanımlanır. İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için bazı koşullar sayılır. Bunlar:

- a) *Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,*
- b) *Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,*

⁸⁹ *Rapport de la CDI...1996, (dn. 45) s. 122, par. 13.*

- c) *İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*
- d) *Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,*
- e) *Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,*
- f) *Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,*
- g) *Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması" dır.*

Çocuklar üzerindeki bilimsel deneyin ceza sorumluluğu gerektirmemesi için, sayılan koşulların yanı sıra bazı ek koşullar aranır.⁹⁰ Bunlar:

- a) *Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*
- b) *Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,*
- c) *Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması" dır.*

Bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceği durumlarda, rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemelerin yapılmasına izin verilir. Kişi, rızasını, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli olarak bilgilendirildikten sonra yazılı olarak açıklamalıdır. Bununla birlikte, tedavi uzman hekim tarafından hastane ortamında yapılmalıdır (madde 90/4).

İnsanlığa karşı suçların düzenlendiği hiçbir uluslararası belgede, bilimsel deneylere tâbi kılma söz konusu suçu oluşturan eylemler arasında sayılmaz. Bununla birlikte, kanunda öngörülen gerekli koşulların bulunmaması durumunda insanı bir nesne durumuna indirgediği göz önünde bulundurularak, bu eylem "*diğer insanlık dışı eylemler*" içinde değerlendirilebilir. Ancak, UCMS'de kabul edilen anlamıyla diğer insanlık dışı eylem olarak nitelendirilebilmesi için büyük acılara veya bedensel bütünlük ya da beden veya akıl sağlığında ağır zarara neden olması gerekir.

⁹⁰ Yeni TCK'daki ilk düzenlemede, "*çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılamaz*" hükmü yer alırken, 5328 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, çocuklar üzerinde bilimsel deneyler yapılmasının bazı koşulların yerine getirilmesiyle ceza sorumluluğunu gerektirmeyeceği kabul edilmiştir.

EYUCMS (madde 2/b)'de "*biyolojik deneyler dahil olmak üzere işkence veya insanlık dışı muameleler*" 1949 Cenevre Konvansiyonları'nın ağır ihlallerini oluşturan eylemler arasında sayılır. UCMS'de ise "*biyolojik deneyler dahil olmak üzere işkence veya insanlık dışı muameleler*" (madde 8/2/a/ii) ile belirli sonuçlara yol açması koşuluyla tıbbî veya bilimsel deneylere tâbi kılma (madde 8/2/b/x ve madde 8/2/e/xi) savaş suçu kabul edilir. Suçların Unsurları adlı belgede savaş suçlarının ortak unsurları belirtildikten sonra, ilgili madde kapsamında tıbbî veya bilimsel deneylere tâbi kılma eyleminin gerçekleşmesi için şu unsurların gerekli olduğu ifade edilir⁹¹:

1. Failin, bir veya birçok kişiyi tıbbî veya bilimsel deneye tâbi tutması,
2. Deneyin söz konusu kişi veya kişilerin ölümüne veya sağlığının, bedensel ya da ruhsal bütünlüğünün ciddi biçimde tehlikeye düşmesine yol açması,
3. Eylemin, ne ilgili kişi veya kişilerin tıbbî, dış sağlığına ilişkin veya hastane tedavisi gerekçesi ile ne de onların yararına yapılmış olmaması.

İnsanlığa karşı suç oluşturan eylemler arasında bilimsel deneylere tâbi kılmaya yer verilmesi ile UCMS'den ileri bir adım atılmıştır.

F. Cinsel Saldırıda Bulunma, Çocukların Cinsel İstismarı

Cinsel saldırı eylemi, Yeni TCK'nın 102. maddesinde tanımlanır. Buna göre, cinsel saldırı, "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi*"dir. Maddenin gerekçesinde, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik davranışlarla suçun işlenebileceği belirtilir. İkinci fıkrada ise, suçun nitelikli hali olan "*fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi*" düzenlenir. Gerekçeye göre, bu kapsamda, vücut dokunulmazlığı, cinsel arzuların tatmini amacını yönelik olmayan davranışlarla da ihlâl edilebilir.

Cinsel saldırı olarak nitelendirilebilecek eylemler Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde ve Tokyo Mahkemesi Şartı'nda yer almazken, EYUCMS madde 5/g'de ve RUCMS madde 3/g'de tecavüz insanlığa karşı suçlar arasında sayılmıştır. UCMS'de ise tecavüz eylemi ile yetinilmeyip, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki diğer tüm cinsel şiddet biçimleri de madde 7/g'de açıkça sayılır. Ancak bunlar arasında tecavüz ile benzer ağırlıktaki diğer tüm cinsel şiddet biçimlerinin bir kısmı cinsel saldırı ile örtüşmektedir. UCMS açısından, Suçların Unsurları adlı belgede, ortak temel unsurlar dışında tecavüzün unsurları şu şekilde belirlenir:

⁹¹ *Eléments des Crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 31.

1. Fail, mağdurun veya failin vücudunun bir kısmına bir cinsel organın veya mağdurun anüs ya da vajinasına bir nesne ya da vücudun herhangi bir parçasının yüzeysel de olsa nüfuzu suretiyle bir kişinin vücudu üzerinde hakimiyet kurmalıdır.
2. Eylem, güç kullanılarak veya söz konusu kişi veya kişilere veya üçüncü kişilere karşı güç kullanma ya da zorlama tehdidinde bulunularak yapılmalıdır. Zorlama, şiddet tehdidi, baskı, alıkoyma (*détention*), psikolojik baskılar, iktidarın kötüye kullanılmasıyla gerçekleşebilir. Zorlayıcı ortamdan ya da söz konusu kişinin özgür rızasını ortaya koyma konusundaki yetersizliğinden yararlanılmış olabilir.⁹²

"Benzer ağırlıkta diğer cinsel şiddet biçimleri"nin unsurları ise Suçların Unsuruları adlı belgede, şu şekilde belirlenir:

1. Fail, güç kullanılarak veya söz konusu kişi veya kişilere veya üçüncü kişilere karşı güç kullanma ya da şiddet tehdidi, baskı, alıkoyma (*détention*), psikolojik baskılar, iktidarın kötüye kullanılmasıyla zorlama tehdidinde bulunarak, zorlayıcı ortamdan ya da söz konusu kişinin özgür rızasını ortaya koyma konusundaki yetersizliğinden yararlanarak, bir veya birçok kişiye karşı cinsel nitelikli eylemde bulunur veya söz konusu kişi veya kişileri bu tür eylemler gerçekleştirmeye zorlar.
2. Statü'nün 7/1-g maddesinde düzenlenen diğer suçlarla benzer ağırlıkta suçlar olması gerekir.
3. Failin eyleminin ağırlığını oluşturan olaylara dayalı koşulların farkında olması gerekir.⁹³

Yeni TCK'da yer alan cinsel saldırı suçunun basit şekli "benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet biçimleri" ifadesini kısmen içermektedir. Cinsel saldırı suçunun basit şeklinde eylemin ağırlığı üzerinde durulmaz. Bu yönüyle "benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet biçimleri"nden daha geniş bir anlama sahiptir. Buna karşın, davranışların cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması gerekir. "Benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet biçimleri" için ise, söz konusu amaca yönelik olarak hareket edilmiş olması gerekmektedir. Bu yönüyle basit cinsel saldırı daha dar bir anlama sahiptir. İnsanlığa karşı suçlarda mağdurun insanlığı da hedef alınır. Dolayısıyla söz konusu suç açısından cinsel arzuların tatmin amacının olup olmamasının bir önemi yoktur. Cinsel nitelikli davranışlarla, insana özgü değerler de ortadan kaldırılmak istenebilir. Bu durumda, "benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet biçimleri"nin, tanımları çerçevesinde işkence veya eziyet kapsamında cezalandırılması mümkün olabilir.

⁹² *Eléments des Crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 14.

⁹³ *Eléments des Crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 16; 3. unsur Fransızca metinde yer almamaktadır.

Çocukların cinsel istismarı, Yeni TCK'nın 103. maddesinde tanımlanır. Bu tanıma göre, "*cinsel istismar* deyiminden;

- a) *Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,*
- b) *Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır."*

İnsanlığa karşı suçları düzenleyen hiçbir uluslararası belgede çocuklara ilişkin özel bir suç tipi yer almaz. Bu bakımdan TCK'daki düzenleme UCMS'deki düzenlemenin ötesine geçmiştir.

G. Zorla Hamile Bırakma

Zorla hamile bırakma, Yeni TCK'da, ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Uluslararası hukukta, ilk defa açık bir biçimde UCMS'nin ilgili hükmü ile insanlığa karşı suçları oluşturan eylemler arasında yer almıştır. Ayrıca madde 7/2-fde tanımı yapılmıştır. Buna göre; "*zorla hamilelikten, bir nüfusun etnik yapısını değiştirmek veya uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek kastıyla, zorla hamile bırakılmış bir kadının hukuka aykırı olarak alıkonulması (détention) anlaşılır. Bu tanım, hiçbir şekilde, hamileliğe ilişkin ulusal yasalar üzerinde bir etki doğuracak şekilde yorumlanamaz."*

H. Zorla Fuhşa Sevketme

Zorla fuhşa sevketme, Yeni TCK madde 227'de ayrı bir suç olarak düzenlenir. Maddede suçun tanımına yer verilmez.

Zorla fuhşa sevketme, UCMS dışındaki uluslararası belgelerde yer almaz. UCMS'de zorla fahişelik olarak ifade edilir. Bu belgede, tanımı yapılmamış olmakla birlikte, ancak Suçların Unsurları adlı belgede unsurları belirlenmiştir:

1. Fail, güç kullanılarak veya söz konusu kişi veya kişilere veya üçüncü kişilere karşı güç kullanma ya da şiddet tehdidi, baskı, alıkoyma (*détention*), psikolojik baskılar, iktidarın kötüye kullanılması gibi zorlama tehdidinde bulunarak, zorlayıcı ortamdan ya da söz konusu kişinin özgür rızasını ortaya koyma konusundaki yetersizliğinden yararlanarak, bir veya birçok kişiyi bir veya birçok cinsel eylemde yer almaya itmeli;
2. Fail veya bir başka kişi, cinsel nitelikli eylemlerin karşılığı olarak veya bunlarla ilişkili olarak parasal veya başka bir yarar sağlamalı veya sağlamayı ummalıdır.⁹⁴

⁹⁴ Eléments des Crimes, PCNICC/2000/1/Add.2, s. 15.

Sonuç

Uluslararası hukuka göre suç oluşturan insanlığa karşı suçların, Yeni TCK'da düzenlenmesi olumlu bir gelişmedir. Böylelikle, uluslararası toplumu sarsan ve insanlığın oluşturduğu değerleri yok eden davranışları ağırlığıyla orantılı bir biçimde cezalandırma olanağı doğmuştur. İnsanlığa karşı suçları oluşturan eylemler, Yeni TCK kapsamında tek tek farklı suçlar olarak nitelendirilerek cezalandırılabilir. Ancak, bu durumda belli bir bağlamda işlenen söz konusu suçların ağırlığı göz ardı edilmiş olur.

Yeni TCK'da yer alan insanlığa karşı suç tanımı, uluslararası hukukta kabul edilen tanımlardan bazı noktalarda farklılık gösterir. Oysaki UCMS'ye taraf olma iradesini ortaya koyan yasama organının, UCMS'deki tanımı benimsemesi yerinde olurdu. Ancak, bunun yerine FCK ile UCMS'deki tanımlar göz önünde bulundurularak karma bir tanım oluşturulmuştur. UCMS'deki tanımla kıyaslandığında, Yeni TCK'daki insanlığa karşı suçların ortak unsurlarının oldukça dar bir çerçeve çizdiği görülür.

Söz konusu suçu oluşturan eylemlerin bir kısmı açısından FCK ve UCMS'deki düzenlemelerin ilerisinde adımlar atılmıştır. Ancak, eylemler tespit edilirken bunların belirli bir ağırlıkta olması önem taşımaktadır. Aksi halde, suç tanımının gereğinden fazla genişlemesi sonucu doğabilir.

UCMS ile karşılaştırıldığında, Yeni TCK'da lafzen, imha, nüfusun sınırdışı edilmesi veya zorla transfer, tecavüz, cinsel kölelik, zorla kısırlaştırma, benzer ağırlıkta diğer tüm cinsel şiddet biçimleri, zulüm, kişilerin zorla kaybedilmesi, apartheid (ırk ayrımcılığı), diğer insanlık dışı eylemler yer almamaktadır. Ancak, içerik açısından, nüfusun sınırdışı edilmesi veya zorla transfer kişi hürriyetinden yoksun kılma, tecavüz ve benzer ağırlıkta diğer tüm cinsel şiddet biçimleri cinsel saldırı, cinsel kölelik köleleştirme, zulüm örtüştüğü oranda eziyet kapsamında cezalandırılabilir. Diğer insanlık dışı eylemler ifadesinin bulunmaması, ceza hukukunun temel ilkeleri açısından yerinde olmuştur. Bu eylemlerin bir kısmı kasten yaralama, eziyet ve bilimsel deneylere tâbi kılma eylemleri olarak cezalandırılabilir. Zorla kısırlaştırma, UCMS'deki anlamında zulüm, kişilerin zorla kaybedilmesi ve apartheid ise insanlığa karşı suçlar arasında yer almamıştır.

İnsanlığa karşı işlenen suçlarla daha etkin bir biçimde mücadele edebilmek için temel olarak UCMS'deki tanım benimsenerek, işlenen suçun insanlık değerlerine verdiği zararlar orantılı olarak kavram geliştirilmelidir. Yetki açısından taşınan endişeler, ulusal mahkemelerde failerin yargılanmasıyla UCM'nin devreye girmesini engelleyerek giderilebilir.