ULUSLARARASI CEZA DİVANI'NI KURAN ROMA STATÜSÜ İLE TÜRK ULUSAL MEVZUATININ MADDİ CEZA HUKUKU KURALLARI YÖNÜNDEN UYUMUNA DAİR RAPOR

Yrd. Doç. Dr. R. Murat ÖNOK

Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu
www.ucmk.gov.tr

Deutsche Botschaft
Ankara

Almanya Büyükelçiliği
Ankara

ULUSLARARASI CEZA DİVANI'NI KURAN ROMA STATÜSÜ İLE TÜRK ULUSAL MEVZUATININ MADDİ CEZA HUKUKU KURALLARI YÖNÜNDEN UYUMUNA DAİR RAPOR

R. Murat ÖNOK[1]

1 Yardımcı Doçent Doktor, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

SUNUŞ ve TEŞEKKÜRLER

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), uluslararası ceza hukuku disiplininin bugün geldiği en üst seviyeyi gösteren somut kuruluştur. Mahkemeyi kuran Roma Statüsü de, bugün bu hukuk alanının vardığı en üst düzeyi temsil eden hukuk metni olarak kabul edilmektedir. Soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını yargılayabilecek bir dünya mahkemesinin kurulabilmesi bir hayal iken, tüm sorunlarına rağmen bu mahkeme sayesinde artık mümkün görünmektedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu olarak, Türkiye'nin mahkemeyi kuran Roma Statüsü'ne taraf olması adına yürüttüğümüz kampanya çerçevesinde, Türkiye'deki hukuk mevzuatının mahkemenin yargılama alanındaki suçlar çerçevesinde değerlendirilmesi, uzun süreden beri gerçekleştirmeyi arzuladığımız bir çalışma idi. Bugün elinizdeki bu rapor ile, söz konusu değerlendirmeyi en azından Türk Ceza Mevzuatı ile sınırlı olarak gerçekleştirebilmiş olmanın sevinci içerisindeyiz.

Raporun hazırlanması gündeme geldiğinde, genç kuşağın yetiştirdiği en önemli araştırmacılardan Sn. Yrd. Doç. Dr. R. Murat ÖNOK'un ismi üzerinde tartışmasız bir uzlaşma sağlandı. Yazarın hazırladığı bu çalışma, Türk mevzuatının Roma statüsüyle karşılaştırılması ve Türkiye'nin olası taraf olma durumu öncesi mevzuatta yapılması gereken değişikliklerin belirlenmesi açısından bir ilk adım teşkil etmektedir. Yazarın titizliğini yansıtan bu çalışmanın okuyucuya yararlı olmasını dilerken, Sn. Dr. ÖNOK'a gösterdiği özen ve özveri için içten teşekkürlerimizi sunmayı görev kabul ediyoruz.

Her çalışmanın olduğu gibi, bu çalışmanın da kimi hataları olabilir. Tüm çabalarımıza karşın gerçekleşmişse, bu hataların okuyucu tarafından hoş görüleceğini umuyoruz. Çalışmanın bütününde kullanılan dil, anlatım ve terminoloji konusunda da kısa bir açıklama yapmak gereklidir. Öncelikle yazarın özgün anlatım dilindeki akıcılık ve berraklık, bizi her türlü değişiklikten alıkoymuştur. Doktrinde gözlenen mahkemenin adı konusundaki terminolojik ayrıma ise yine müdahale edilmemiştir, zira koalisyonumuzun adı dâhil, bugüne kadar yaptığımız her çalışmada "Uluslararası Ceza Mahkemesi" adını kullanırken, yazarın da dâhil olduğu diğer akımın kullandığı "Uluslararası Ceza Divanı" adı, bu tartışmanın daha bir süre daha devam edeceğini göstermektedir. Yazarın tercihi bu yönde olduğundan, mahkemenin adından başlayarak özgün hiçbir belirlemeye basım aşamasında müdahale edilmemiştir. Elbette, çalışmada öne sürülen fikirlerin yazarın fikirleri olduğu, dolayısıyla koalisyonun her konudaki tavrını tam olarak yansıtmayabileceği ve koalisyonu bağlamadığı öngörülmelidir.

Çalışmanın gerçekleşmesini sağlayan diğer isimlere de teşekkür borcumuzu yerine getirmezsek eksik bırakmış oluruz. Koalisyonumuzun önceki sekreteri Sn. Av. Özlem ALTIPARMAK'a ve İHOP Genel Koordinatörü Sn. Feray SALMAN'a çabalarından ötürü şükranlarımızı sunuyoruz. Sağladıkları destekle bu çalışmanın basılarak okuyucuyla buluşabilmesini sağlayan Almanya Federal Cumhuriyeti Büyükelçiliği'ne, kitabın basılmasında emeği geçen başta Sn. Zafer SÖNMEZATEŞ olmak üzere tüm Ece Matbaası çalışanlarına içten teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu adına, üretilen bu değerli çalışmanın, Türkiye'nin demokratikleşme sürecine ve UCM'yi kuran Roma Statüsü'ne taraf olmasına bir nebze de olsa katkıda bulunabilmesi ümidiyle…

UCM Koalisyonu Yürütme Kurulu
Cafer Solgun
Fatma Ünsal
Günal Kurşun
Öztürk Türkdoğan
Yılmaz Demiroğlu

İÇİNDEKİLER

I. RAPORUN AMAÇ VE KAPSAMI 7

II. ROMA STATÜSÜ SİSTEMİ, TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ IŞIĞINDA ROMA STATÜSÜ, STATÜYLE ULUSAL ALANDA UYUMUN SAĞLANMASININ ÖNEMİ, STATÜ GEREKLERİNİN İÇ HUKUKA AKTARILMA YÖNTEMLERİ 9

1.GİRİŞ 9

2. ROMA STATÜSÜ SİSTEMİ VE TAMAMLAYICILIK İLKESİ 9

3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ IŞIĞINDA ROMA STATÜSÜ 10

A. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ETKİSİ 10

B. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN YERİ 13

C. ROMA STATÜSÜ'NÜN TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ 13

4. ULUSAL HUKUKUN ROMA STATÜSÜ İLE UYUMLU HALE GETİRİLMESİNİN ÖNEMİ 15

5. ROMA STATÜSÜ GEREKLERİNİN İÇ HUKUKA AKTARILMA YÖNTEMLERİ 19

III. TÜRK CEZA KANUNU'NDA ULUSLARARASI SUÇLAR 21

1.GİRİŞ 21

2.SOYKIRIM 22

A. GENEL OLARAK 22

B. FAİL 22

C. MAĞDUR 23

D. MADDİ UNSUR 24

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ 27

F. MANEVİ UNSUR 28

G. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ 28

3. İNSANLIĞA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR 30

A. GENEL AÇIKLAMALAR 30

B. FAİL 31

C. MAĞDUR 31

D. MADDİ UNSUR 31

E. MANEVİ UNSUR 35

F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ 36

4. SAVAŞ SUÇLARI 36
A. ROMA STATÜSÜ'NÜN KONUYA YAKLAŞIMI 36
B. TÜRK CEZA HUKUKU MEVZUATINDA SAVAŞ SUÇLARI 39

5. SALDIRI SUÇU 45
A. GENEL AÇIKLAMA 45
B. ROMA STATÜSÜ 46
C. TÜRK CEZA HUKUKU MEVZUATI 47

IV. CEZA HUKUKUNUN GENEL HÜKÜMLERİ 49
1. Nullum Crimen Sine Lege (Kanunsuz suç olmaz-Statü md. 22), Nulla Poena Sine Lege (Kanunsuz ceza olmaz-Statü md. 23), Geçmişe yürüme yasağı (Statü m. 24), non bis in idem (Statü m. 20). 49
2. Bireysel ceza sorumluluğu (Individual criminal responsibility-Statü m. 25) 50
3. Failin resmi sıfatının sorumluluğu etkilememesi (Irrelevance of official capacity-Statü m. 27) 53
4. Amirlerin ve diğer üstlerin sorumluluğu (Responsibility of commanders and other superiors-Statü m. 28) 55
5. Zamanaşımı hükümlerinin uygulanmaması (Non-applicability of statute of limitations-Statü m. 29)) 58
6. Suçun manevi unsuru (Mental element, mens rea - Statü m. 30) 59
7. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran durumlar (Grounds for excluding criminal responsibility (Statü m. 31)). 59
A. Kusur Yeteneğini Etkileyen Durumlar 59
B. Hukuka Uygunluk Nedenleri 61
C. Yanılma 64

V. SONUÇ VE ÖNERİLER 67

A. GENEL DEĞERLENDİRMELER 67
B. ULUSAL HUKUKUN ROMA STATÜSÜ GEREKLERİNE İŞLERLİK KAZANDIRMA YOLLARI 68
C. SUÇ TİPLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRMELER 69
D. CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME 74

KAYNAKÇA 79

I. RAPORUN AMAÇ VE KAPSAMI

Bu raporun hazırlanış amacı, Türkiye'nin Roma Statüsü'ne taraf olmaya karar vermesi durumunda, ulusal mevzuatının ***maddi ceza hukuku*** hükümlerini Statü gerekleriyle uyumlu hale getirmek açısından yapılması gerekenleri ortaya koymaktır. Bu açıdan da, Roma Statüsü'ndeki maddi ceza hukuku düzenlemeleri yürürlükteki Türk mevzuatı ile kıyaslanacaktır.

Bu bakımdan, raporda "***national implementing legislation***" (Statünün ulusal alanda uygulanmasını sağlamaya yönelik mevzuat) açısından global bir değerlendirme yapılmamaktadır. Gerçekten, Roma Statüsü'ne taraf olma durumundan kaynaklanacak usuli nitelikteki yükümlülükler de mevcuttur (Statü m. 88). Statü'ye taraf olmayı seçen her devlet, soruşturmanın yürütülmesinde ve cezaların infazında UCD ile işbirliği yapmak zorundadır. Bu gereği yerine getirebilecek duruma gelmek için ulusal hukukunu gereği gibi yapılandırmayan devletler, uluslararası bir yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaklardır[2]. Bu nedenle, Roma Statüsü'nde mevcut olan tüm işbirliği yöntemlerini işler kılacak düzenlemeler yapılmalıdır. Örneğin, işbirliği yükümlülüğü çerçevesinde, bir şahsın UCD'ye teslimine hangi merciin, nasıl karar vereceği; yakalama, tutuklama, arama gibi tedbirlerin uygulanma koşulları; çatışan iade ve teslim talepleri durumunda nasıl hareket edileceği, UCD'nin hükmettiği cezaların ülke içinde infazı yolları, infazın koşulları ve bu arada koşullu salıverilme sürelerinin Statü'ye uygun olarak düzenlenmesi; suç mağdurlarını ve tanıkları koruyucu hükümlerin düzenlenmesi, UCD personeline ülke içinde tanınacak bağışıklık ve dokunulmazlıkların belirlenmesi gibi. Usuli yükümlülüklerle bağlantılı bu konular raporumuzda ele alınmayacaktır[3]. Keza, UCD'nin yargı yetkisi kapsamına giren suçların Türkiye çapında özel yetkili tek bir mahkeme de mi yargılanacağı, yoksa genel görev ve yetki kurallarına göre mi hareket edileceği de ayrı bir tartışma konusudur[4].

Keza, bu raporda Türkiye'nin Roma Konferansı sırasındaki ve sonrasındaki tutumu, Statü bakımından getirdiği eleştiriler, bugüne kadar Statü'ye taraf olmama sebebi gibi hususlar da değerlendirilmeyecektir[5]. Bu konuda, Türkiye'nin Roma Konferansı'nda çekimser oy verdiği, bunun sebepleri olarak da, terör suçuna Statü'de açıkça yer verilmemesi; buna karşılık, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçlarına m. 8'de yer verilmesinin gösterildiği bilinmektedir. Ayrıca, uyuşturucu ticareti suçlarının da Statü'ye eklenmesi Türkiye'nin isteğidir.

Bu itirazları sebebiyle, Türkiye Statü'yü süresi içerisinde (31.12.2000'e kadar) imzalamamış, 31.01.2010 itibariyle de buna katılmamıştır. Bununla birlikte, 6 Ekim 2004 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Genel Kurulu'nda konuşma yapan Başbakan R***.T.Erdoğan***, Türkiye'nin "yakın bir gelecekte" UCD'ye taraf olacağını ilan etmiştir. Bu amaca yönelik olarak, Anayasamızın 38. maddesi hükmü değiştirildiği gibi, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) geri vermeye ilişkin hükümleri de bu olasılık doğrultusunda düzenlenmiştir. Ayrıca, Türkiye 2004'ten beri New York'ta "Court's Group of Friends" tarafından sürdürülen faaliyetlere katılmaktadır.

Öte yandan, Roma Statüsü'nün onaylanması durumunda bile Anayasa'dan üstün olmayacağı göz önünde bulundurularak, Anayasa m. 38'de yer alan ve vatandaşın iade edilemeyeceğine dair kural, ileride Statü'ye taraf olma ihtimaline bir hazırlık olarak, değiştirilmiştir. Buna göre, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 38. maddenin son fıkrası olarak aşağıdaki hükmün eklenmesi önemli bir adım olmuştur: "***Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye***

2 ***Carlson***, Matthew S., The International Criminal Court: Selected Considerations for Ratification and National Implementing Legislation, General Report, ***in*** Revue Internationale de Droit Penal, Vol. 72/3-4, 2001, s. 793, 795.

3 Bu konuda bkz. ***Yenisey***, Feridun, Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller, ***in*** Uluslararası Ceza Divanı (ed. F. Yenisey), İstanbul 2007, s. 377 vd; ***Broomhall***, Bruce, The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation, ***in*** Nouvelles Études Pénales, 1999, s.114 vd.; ***Lee***, Roy S., "***States' Responses: Issues and Solutions***", in: Roy S. Lee ed., States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law, 2005, s. 35 vd.

4 Bu konuda, Türkiye çapında yetkili tek bir mahkeme kurulması önerilmektedir, bkz. ***Yenisey***, Feridun, Uluslararası Ceza Divanı Kabul Edildiği Takdirde, "Türk Uyum Kanunu" Nasıl Düzenlenmelidir?, ***in*** Uluslararası Ceza Divanı (ed. F. Yenisey), İstanbul 2007, s. 378.

5 Türkiye'nin UCD ile ilişkisi hk. bkz. ***Önok***, R. Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003, s. 237-240 ve 316-322; ***Bayıllıoğlu***, Uğur, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye, AÜHFD, Cilt 56, Sayı 1, 2007, s. 62 vd., 83 vd.; ***Şen***, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2009, s. 78-83; ***Aksar***, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, Ankara 2007, s. 207 vd.; ***Güller,*** Nimet***/Zafer,***Hamide, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Almanya 2006, s. 98 vd.; ***Tellenbach***, Silvia, Roma Statüsü Kabul Edilmeli Midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri, in: Uluslararası Ceza Divanı (ed. Yenisey), s. 77.

verilemez"[6]. 1.6.2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK'nın 18/2. Maddesinde de aynı yönde hükme yer verilmiştir.

Türkiye adına Taraf Devletler Meclisi'nin Sekizinci Oturumunda (Eighth Session of the Assembly of States Parties) yapılan konuşmada ise, özetle şu noktalar vurgulanmıştır:

- Türkiye, Mahkeme'nin kurulmasına yol açan ideal ve ilkeleri tümüyle paylaşmaktadır.
- Mevzuatımızı Statü hükümleriyle uyumlu hale getirmek ve UCD'nin yargı yetkisine giren temel suçların TCK'ya uygun bir şekilde yansıtılması hususunda önemli hukuki ve anayasal değişiklikler yapılmıştır.
- Başbakan Erdoğan'ın 2004'te ilan ettiği, (Statü'ye) katılma hedefine Türkiye'nin bağlılığı sürmektedir;
- Geçirme Toplantısı'ndaki müzakerelerindeki, Roma Statüsü'ne terör suçunun dahil edilmesine ve saldırı suçunun tanımına dair varılan sonuç Türkiye'nin Statü'ye katılması bakımındasn büyük etkiye sahip olacaktır.

O halde, Raporun kapsamını somutlaştırmak gerekirse, Roma Statüsü'nde yer verilen suç tipleri (Statü m. 6-8) ve Üçüncü Kısımdaki "Ceza Hukukunun Genel İlkeleri" (Statü m. 22-33) açısından Türk mevzuatının uyum durumu incelenecektir.

Son olarak, raporun bilimsel metodolojisi açısından vurgulanması gereken bir husus, atıfların yapılmasında Türk hukukundaki akademik geleneklere uygun olan bir yöntemin izlenmiş olduğudur[7]. Bibliyografya bilgileri (kaynakça) açısından da aynı yola başvurulmuştur.

6 Bu madde birçok teknik ve terminolojik hata içermektedir. İlk olarak, devletler arasındaki yatay nitelikli iade işlemi ile UCD'ye yapılan dikey nitelikteki teslim işlemi arasındaki terminolojik farklılık gözden kaçırılmıştır (aynı yönde ***Zafer, MHD, s. 300***). İkinci olarak, "UCD'ye" (başka yabancı bir ülkeye değil) yapılacak olan teslimden söz edilmesi yeterliyken, söz konusu madde "yabancı bir ülkeye" yapılacak iade işleminden söz etmektedir. Üçüncü olarak, Türkiye uluslararası bir kuruluşun kendisine (UCD) ***taraf*** olamaz, ancak bu kuruluşun kurucu belgesine taraf olabilir!

7 Bu bakımdan, bir esere atıf yöntemi şu şekildedir: Kitap için, ***Yazarın Soyadı,*** Adı, Eserin adı, Yayınevi bilgileri, Yayım yeri ve tarihi; makale için, ***Yazarın soyadı,*** Adı, Makalenin Adı, Dergi Adı, Cilt ve No., Yayım yılı.

II. ROMA STATÜSÜ SİSTEMİ, TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ IŞIĞINDA ROMA STATÜSÜ, STATÜYLE ULUSAL ALANDA UYUMUN SAĞLANMASININ ÖNEMİ, STATÜ GEREKLERİNİN İÇ HUKUKA AKTARILMA YÖNTEMLERİ

1. GİRİŞ

Maddi ceza hukuku açısından ileride yapacağımız değerlendirmelerin daha kolay anlaşılması açısından, Türkiye'nin Roma Statüsü'ne taraf olması durumunda, ulusal hukukumuzun Statü gerekleriyle hangi konularda uyumlu hale getirilmesi gerektiği incelenmelidir. Bu da, Statü'ye taraf olmaktan ne tür yükümlülüklerinin doğacağının incelenmesini gerektirir.

Ulusal mevzuatımızın Roma Statüsü ile uyumlu hale getirilmesi iki açıdan önemlidir. İlk olarak, bu uyum sağlanmaksızın, Statü ile üstlendiğimiz bazı yükümlülükleri yerine getirmemiz mümkün olmayacaktır. Özellikle UCD ile işbirliği konusunda, ulusal mekanizmaların Statü'den doğan gereklere cevap verebilecek şekilde teşkilatlandırılması gerekecektir. Aksi taktirde, UCD organlarının yürüttüğü işlemler açısından Türk mercilerinin üzerine düşen görevleri yerine getirmeleri mümkün olmayacaktır. Raporumuz maddi ceza hukuku ile ilgilendiğinden, bu meselenin detayına girilmeyecektir.

İkinci olarak, ulusal mevzuatımızın maddi ceza hukuku yönünden Roma Statüsü ile uyumlu hale getirilmemesi durumunda, ulusal mercilerin Statü kapsamında suç teşkil eden bazı davranışları cezalandırmaları, ya da gereği gibi cezalandırmaları, mümkün olmayacaktır. Bu durumda da, tamamlayıcılık ilkesi gereği, tali yargi yetkisine sahip olan UCD devreye girebilecek ve Türkiye yerine yargı yetkisi kullanabilecektir. Biz bu ikinci nokta açısından incelememizi yapacağız.

2. ROMA STATÜSÜ SİSTEMİ VE TAMAMLAYICILIK İLKESİ

Tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD'nin yargı yetkisinin en önemli özelliği, asli nitelikte olmaması, yani ulusal yargı yetkisinin yerini almamasıdır. Statü Önsözünün 10. paragrafında ve 1. maddede açıkça belirtildiği ve 17. maddede sonuçlarının düzenlendiği üzere, Divanın yetkisi, ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı niteliktedir[8]. Bu ilişkiyi belirtmek için "complementarity", yani "tamamlayıcılık" terimi kullanılmaktadır

Gerçekten, yargı yetkisindeki suçları soruşturma ve kovuşturma bakımından, UCD devletlere göre ikincil konumdadır. Devletler, öncelikli ve asli bir yetkiye sahiptirler, Divanın yargı yetkisine giren bir uyuşmazlık hakkında yargı yetkilerini kullanmak istedikleri takdirde, bunu serbestçe yapabileceklerdir. Böyle bir durumda ise, UCD'nin yetkisi ortadan kalkacaktır. Yalnızca iki durumda, yani ulusal yargılama mercilerinin kovuşturma yapma konusunda isteksiz olmaları ya da buna gerçekten muktedir olmamaları halinde, UCD ulusal mercilerin yerine devreye girip, yargılama yapma görevini devralabilecektir[9]. O halde, ilgili Devletlerin iyiniyetle yürüteceği etkin ulusal kovuşturmalar UCD'nin devreye girme olanağını ortadan kaldıracaktır.

İşte, bu noktada, Türkiye'nin etkin bir ulusal yargılama yürütebilmesi açısından, ulusal hukukunun bu konuda elverişli olması gerekmektedir. Gerçekten, ulusal sistemlerin, uluslararası adaletin gerekli kıldığı doğruluk ve dürüstlükte bir yargılama yapmaya niyetli ya da muktedir olmadıkları durumda, onların açıklarını kapatmak üzere, UCD'nin yargı yetkisi devreye girecektir. Böylece Statü sistemi, Devletleri uluslararası suçları yargılama yükümlülüklerini yerine getirmeye de zorlayacaktır, aksi taktirde, bu işlevi UCD yerine getirmek suretiyle, o devletin vatandaşlarını (ya da ülkesinde işlenen fiillerin faillerini) uluslararası arenada yargılayabilecektir.

Nitekim, Roma Statüsünün kabulünden sonra bir çok devlet, ulusal mevzuatlarını Statüyle uyumlu hale

8 Aslında, böyle bir kelime İngilizce'de mevcut olmayıp, Statü Tasarısını hazırlayan Ad Hoc Komite ve Hazırlık Komitesi tarafından, UCD ile ulusal yargı mercileri arasındaki ilişkiyi tarif etmek için, Fransızca'daki "complémentarité" kelimesinden faydalanılarak yaratılmıştır, bkz. ***Bassiouni***, M. Cherif; Explanatory Note on the ICC Statute, International Review of Penal Law, 71ème année, 1er et 2 ème trimestres 2000, s. 5 (Explanatory Note on the ICC Statute).

9 Raporumuzun kapsamını aştığı için bu konunun detayına girmiyoruz. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ***Tezcan,*** Durmuş ***/Erdem,*** Mustafa Ruhan***/Önok,*** R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009, s. 399 vd.

getirmişlerdir. Gerçekten, mahkemenin yargı yetkisine giren suçları kendileri yargılamak niyetinde olan Statüye taraf devletler, bu suçları etkin bir şekilde yargılayabilecek şekilde ulusal hukuk sistemlerini yapılandırmak için çaba harcamaktadırlar. Fakat, vurgulanması gereken bir husus, Roma Statüsü'ne taraf olma durumunda, Statü'de tanımlanan suç tiplerini ulusal hukuka dahil etmenin zorunlu olmadığıdır. Gerçekten de, Roma Statüsü'nün daha fazla sayıda devlet tarafından kabul görmesini sağlamak amacıyla, böyle bir yükümlülük getirilmekten kaçınılmıştır. Bu bakımdan, Statü'ye taraf olan devletler, mutlaka ulusal hukuklarında soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarına yer vermek ya da Statü'de benimsenen tanımların aynısını kabul etmek zorunda değildirler. Bu konuya aşağıda tekrar değineceğiz.

Önemli olan, Statü'de yasaklanan davranış türlerinin ulusal hukuk tarafından yasaklanması ve etkin bir şekilde cezalandırılmasıdır. Bunun sağlanması durumunda, tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD'nin yargı yetkisini kullanması mümkün olmayacaktır. Zira, Statü'de yasaklanan davranışın ulusal yargı organlarınca etkin ve samimi (***effective and genuine***) bir şekilde kovuşturulması durumunda, ***non bis in idem*** ilkesi devreye girecek ve aynı fiil hakkında UCD tarafından tekrar yargılama yapılmasını engelleyecektir.

Gerçekten, Statü'nün 20. maddesinin 3. fıkrasına göre "***Divan'ın görev alanına giren suçları işlediği iddia edilen kimse, aynı davranıştan ötürü başka bir mahkeme önünde yargılanmışsa, bu eylemlerinden ötürü UCD önünde yeniden yargılanamayacaktır.***" Ulusal hukuk uyarınca yapılan yargılamanın tamamlayıcılık ilkesi uyarınca yetersiz görülmesi için, yine Statünün 20. maddesinde belirtildiği üzere, şu iki durumdan biri olmalıdır:

(a) Diğer mahkemenin yaptığı yargılamadaki amaç, Divan'ın görev alanına giren suçlardan ötürü ilgili kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmak ise; veya

(b) Bu yargılama, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen adil yargılama kurallarına uygun olarak, bağımsız ve tarafsız biçimde yürütülmeyip, mevcut koşullar altında, ilgili kişiyi adalet nezdine çıkarma niyetiyle bağdaşır biçimde yürütülmemişse.

O halde, ulusal makamlarca, adil yargılanma hakkı ve uluslararası adalet standartlarına uygun olarak, iyiniyetli ve etkin bir yargılama yapıldığı zaman, fiil uluslararası suç olarak nitelendirilmemiş olsa bile, UCD'nin yargı yetkisini kullanması mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık, ulusal alanda yürütülen işlemlerin amacı veya niteliği yukarıda belirttiğimiz istisnalardan birinin kapsamına giriyorsa, UCD'nin tekrar yargılama yapması mümkün olacaktır. Bu değerlendirmeyi yaparken, ulusal makamlarca yapılan yargılama sonucunda öngörülen cezanın adequate and appropriate with regard to the gravity of the crime olması çok önemlidir. Aksi taktirde, aslında uluslararası suç oluşturan bir davranışın adi suç kapsamında yargılanması ve çok hafif bir cezanın verilmesi durumunda, UCD'nin devreye girmesi mümkün olabilecektir. Bu konuya aşağıda değineceğiz.

3. TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ IŞIĞINDA ROMA STATÜSÜ

A. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ETKİSİ

Uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkisi cevaplanması gereken birçok soruyu beraberinde getirmektedir. En önemli konu, uluslararası hukukun ulusal mahkeme kararlarını ne şekilde etkilediğidir. Örneğin, ulusal mahkemeler ceza hukuku meselelerinin halli için uluslararası hukuka başvurabilecekler midir? Bir kişi, bir eyleminin iç hukuka tamamen uygun olmasına rağmen, uluslararası hukuku ihlal ettiği gerekçesiyle yargı önüne götürebilecek midir? Bu ikinci soru, son yıllarda uluslararası hukukun bireylerleri gitgide daha çok etki alanı içine almasıyla daha da büyük önem kazanmıştır.

Uluslararası hukukun iç hukuktaki yerinin belirlenmesi bu sorulara cevap olabilecektir. Bu cevaba dayanarak, uluslararası hukukun bireylere ulusal mahkemelerce uygulanabilecek haklar bahşedip bahşetmediğini, ya da uluslararası hukuk kurallarının, çelişen ulusal hükümlerin somut olayda ulusal mahkemelerce ihmal edilmesine müsaade edip etmeyeceğini anlayabileceğiz.

Burada temel kural, bir devletin kendi iç hukuk kurallarını, uluslararası hukukun ihlalini meşru kılan bir gerekçe olarak öne süremeyeceğidir. Gerçekten, Antlaşmalar Hukukuna Ait Viyana Sözleşmesi'nin (1969) 27. maddesi gereğince "*A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty*". Bu itibarla, bir devlet (veya, uluslararası ceza hukuku söz konusu ise bir birey), bir davranışın kendi ulusal hukuku tarafından kabul görmesinden hareketle, eğer söz konusu eylem uluslararası hukuk

bakımından yasal olmayan bir konumdaysa, bu davranışın meşruluğunu uluslararası bir mahkeme önünde gündeme getiremeyecektir[10].

Buna göre, bağlayıcılığı olan uluslararası bir hukuk kuralı bir devlette yürürlüğe girdiğinde, o kural ulusal hukukça kabul görüp görmediğine bakılmaksızın uygulanacaktır. Yani, devletin kendi iç hukukunu uluslararası yükümlülüklerine uygun hale getirmesi gerekecektir. Bunun gerçekleştirilmemesi uluslararası sorumluluk doğuracaktır[11].

Uluslararası hukukun iç hukuktaki yeri ulusal hukuk kurallarına göre belirlenmektedir. Bu nedenle, ulusal mahkemelerin uluslararası hukuku uygulayış biçimi, uygulayan mahkemenin ait olduğu devletin kendi iç hukukuna göre belirlenecektir. Uluslararası hukukun bir devlet tarafından uygulanması bir iç hukuk meselesidir ve bu uygulamanın nasıl olması gerektiği konusunda evrensel bir uygulama mevcut değildir[12].

Daha basit bir ifadeyle, her devlet uluslararası yükümlülüklerini ulusal bazda uygulama konusunda tam bir serbestiye sahiptir[13]. Bununla beraber, uluslararası hukuk kurallarının çoğunun ulusal mevzuata aktarılmasının, uygulanabilir hale gelmeleri için gerekli olduğu bir gerçektir[14]. Bu husus Roma Statusu bakımından da geçerlidir[15].

Önemli bir mesele, ulusal hukuk ile uluslararası hukukun etkileşimi veya ilişkisidir. Bu iki disiplin arasındaki ilişkiyi açıklamak bakımından iki temel teori ortaya atılmıştır: monizm (tekçi görüş) ve düalizm (ikici görüş).

Monist teori, ulusal hukuk ile uluslararası hukukun, "hukuk" adı verilen aynı bilim dalının iki unsuru olduğunu savunur. Monistlerin hukuk anlayışı üniterdir ve hukuku tek bir kurum olarak görürler, ulusal ve uluslararası hukuk da bütüncül bu sistemin sadece birer yönünü teşkil eder[16]. Bu teorinin bir sonucu, uluslararası hukukun devlet içinde uygulanabilir olması için uluslararası kuralların iç hukuka aktarılmasının (çevrilmesinin = "transformation") gerek olmamasıdır.

Bu teoriye göre, ulusal ve uluslararası hukuk eşzamanlı olarak aynı konu üzerinde işlev görürler, bu nedenle de ikisi arasında çatışmalar doğabilir. Gerçekten, ulusal hukuk belirli bir sonuca varılmasını, uluslararası hukuk ise başka bir sonuca ulaşılmasını gerektirebilir.[17] O halde, monizm bir sorunun daha cevaplanmasını gerektirir. Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk aynı hukuk sisteminin bir parçası olup, eşzamanlı olarak kullanıldıklarına göre, ikisi arasında somut olayda bir çatşma ortaya çıkarsa ne olacaktır?

Yirminci Yüzyılın başlarına dek baskın olan, monist teorinin ilk haline göre, ulusal hukukun uluslararası hukuk kurallarına üstün olduğu kabul görmekteydi. Buna karşılık, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra tam olarak gelişen, monist teorinin çağdaş anlayışı uluslararası hukukun üstün olduğunu benimser[18]. O halde, ulusal hak ve yükümlülükler uluslararası hukuk ile uyum göstermiyorsa, ulusal mahkemenin uluslararası hukuku uygulaması gerekir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, iç hukuku uluslararası hukuka uygun olmalıdır ve olmazsa, uluslararası hukuk, kendisine aykırı düşen tüm ulusal kural ve işlemlerin hukuka aykırı olduğunu kabul edecektir.

Fakat monizme dair üç çok önemli husus vurgulanmalıdır:

1. Ulusal hukuklar tetkik edildiği zaman, bazı monist sistemlerde uluslararası hukukun ulusal kanunlarla aynı düzeyde değerlendirildiği görülecektir.[19] Bu gibi hallerde, uluslararası hukuk ulusal hukuka üstün değildir ve kendisine aykırı olan bir ulusal kanunu geçersiz hale getiremez. Gerçekten, ulusal mahkemelerin uluslararası kurallara aykırı düşen kanunları uygulaması gerektiği bu gibi durumlar olabilir. Tabii, bu durumda ilgili devlerin uluslararası sorumluluğu doğabilecektir.

2. Yukarıda belirtilenlerden anlaşıldığı üzere, ulusal hukuk sistemi dahilinde uluslararası kuralların hiyerarşik konumu, monizm-düalizm meselesinden ayrı olarak ele alınmalıdır. Daha önce söylediğimiz gibi, monizmi savunan çağdaş uluslararası hukukçular, ulusal hukuka göre uluslararası hukukun üstünlüğünü savunurlar. Ne var ki, ulusal mahkemelerce uluslararası hukukun uygulanma tarzı ilgili devletin ulusal hukukunca belirlenir. Böylece, bir devlet monist bir anlayış benimseyip, ulusal ve uluslararası hukukun aynı hukuk düzeninin bir parçası olduğunu kabul edip, yine de uluslararası kurallara üstünlük tanımayabilir. Ya da, bir devlet ikici görüşü tercih etmekle beraber,

10 ***Brownlie***, Ian, Principles of Public International Law, 7th ed., OUP, 2008, s. 34; ***Shaw***, N. Malcolm, International Law, 6th ed., Cambridge UP, 2008, s. 133-134.
11 ***Shaw***, s. 138; ***Dixon***, Martin, Textbook on International Law, 6th ed., OUP, 2007 s. 91-92.
12 ***Wallace***, Rebecca M.M., International Law, 5th ed., Thomson Sweet&Maxwell, 2005, pp. 36-7.
13 ***Cassese***, Antonio, International Law, 2nd ed., OUP, 2005, s. 219.
14 ***Cassese***, International Law, s. 217.
15 ***Bassiouni***, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2003, s. 543-544.
16 ***Dixon***, , s. 88; ***Wallace***, p. 37.
17 ***Dixon***, s. 89.
18 ***Cassese***, International Law, s. 215.
19 ***Cassese***, International Law, s. 222. Also see ***Shaw***, s. 171 vd.

uluslararası kuralları bir kez ulusal hukuka aktardıktan sonra, bu kuralları ulusal meclisçe kabul edilen kurallara üstün tutabilir.

3. Monist bir anlayış benimsenip, uluslararası hukuka üstünlük tanındığı zaman bile, işlevsel hale gelebilmesi için uluslararası kuralların sıklıkla ulusal düzeyde uygulanabilir hale getirilmesi gerekecektir. "Doğrudan uygulanabilir olmayan" antlaşma kuralları açısından durum budur[20]. Bu tür kurallar devlete yöneliktir ve ulusal mevzuat tarafından daha belirli hale getirilmedikçe, ulusal hukuk sistemi tarafından doğrudan uygulanamaz. Ulusal hakim tarafından doğrudan uygulanabilmesi için fazla belirsiz olan UCH kuralları açısından da durum budur.

Düalist teori (ikici görüş) ise, ulusal hukuk ile uluslararası hukukun aynı alanda işlemeyen iki farklı hukuk düzeninin parçaları olduğu anlayışına dayanır[21]. Bu doktrin birbirinden bağımsız iki ayrı hukuk düzeninin varlığını benimser: ulusal hukuk ile uluslararası hukuk farklı türden ilişkileri düzenledikleri için farklı hukuk düzenleridir[22]. Uluslararası hukuk, devletler arasındaki ilişkilere dair kurallar öngörürken; ulusal hukuk ise, devletle birey arasındaki ya da bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenler; her bir düzenin kaynakları ve içerekleri de farklıdır. O halde, bunlar birbirinden formel olarak farklı hukuk düzeni kategorileridir[23].

İkici görüşü sonucu, uluslararası hukuka uygun düşmese bile, ulusal mahkemenin her zaman kendi ulusal hukukunu uygulayacak olmasıdır. Benzer şekilde, ulusal hukukun yasakladığı bir davranış ulusal hukuka göre tümüyle hukuka uygun olabilir ve ulusal mahkeme böyle bir davranışa geçerlilik tanır. Bu durumda, uluslararası alanda devletin sorumluluğu söz konusu olabilir, fakat bu, ulusal mahkemeyi ilgilendiren bir husus değildir. O halde, düalist teorinin sonucu, uluslararası hukukun ulusal hukuku geçersiz hale getiremeyeceği ya da değiştiremeyeceğidir. Zira, bir hukuk düzenindeki kuralların doğrudan uygulanması mümkün olmaz[24]. Benzer şekilde söz konusu teori, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler doğrunda ulusal sisteme nakil olmaz[25]. Bu bakımdan, söz konusu teori, ulusal makamlar bakımından bağlayıcı hale gelmesi için uluslararası hukukun ulusal alanda öngörülen mekanizmalara aracılığıyla iç hukuka aktarılmasını gerekli kılar[26].

Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki açısından ikinci bir konu, uluslararası hukukun ulusal hukuk sisteminin nasıl bir unsuru haline getirilebileceğidir. Bu konuda iki doktrin vardır[27]: ***doctrine of incorporation*** (aktarma doktrini) and the ***doctrine of transformation*** ("dönüştürme" doktrini).

Aktarma doktrinine göre ("otomatik aktarma" da denilmektedir), uluslararası alanda devlet açısından bağlayıcı hale gelir gelmez, bir uluslararası hukuk kuralı ulusal hukukun parçası olur. Ayrıca bir işlem yapmaya gerek yoktur. Böylece, ulusal hukuka aktarma kendiliğinden gerçekleşir[28]. Bunun sebebi, ulusal bir kanunun (genelde Anayasanın), ulusal bir kanun çıkarılmasını gerektirmeksizin, uluslararası hukukun ulusal hukuka otomatik olarak dahil edildiğini öngörmesidir[29].

Buna karşılık, dönüştürme doktrinine göre, ilgili devlet tarafından ulusal alanda açıkça kabul edilmedikleri sürece, uluslararası hukuk kuralları ulusal hukukun bir parçası haline gelmez[30]. Uluslararası kurallar, sadece ilgili parlamenter makamlar özel olarak bu kurallara işlerlik kazandırmaya yönelik mevzuat çıkardıkları zaman devletin hukuk sistemi içerisinde uygulanabilir hale gelirler. Bu mevzuat, söz konusu uluslararası kuralları ulusal kurala dönüştür. Bunun neticesinde, açıkça ulusal hukuka dönüştürülmedikçe, ulusal mahkeme bir uluslararası kuralı uygulayamaz.

Dönüştürme iki şekilde olabilir: kanun yoluyla özel olarak aktarma yoluyla (***Statutory ad hoc incorporation***) ya da kendiliğinden özel aktarma yoluyla (***automatic ad hoc incorporation***)[31].

İlk durumda, meclisçe çıkarılan bir kanun çeşitli antlaşma hükümlerini ulusal hukuka çevirir. Bu arada da, detaylarını belirlemek suretiyle uluslararası kuralları ayrıntılandırır. Bunun bir örneği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hak ve özgürlükleri daha etkin kılmak için 1998 yılında Birleşik Krallık tarafından kabul edilen İnsan Hakları Kanunu'dur (Human Rights Act).

İkinci durumda, kurala işlerlik kazandırmaya dönük ulusal mevzuat, ilgili antlaşmaya uyulması gerektiğini belirten bir kaç hükümden ibarettir, antlaşmanın metni de kanuna eklenir[32].

20 ***Brownlie***, s. 48; ***Cassese***, International Law, s. 227.
21 ***Sur,*** Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 48.
22 ***Dixon***, s. 89.
23 ***Brownlie***, s. 31-32; ***Wallace***, s. 37; ***Cassese***, International Law, s. 214.
24 ***Pazarcı***, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 19.
25 ***Dixon***, s. 90.
26 ***Wallace***, s. 38; ***Sur,*** s. 49.
27 ***Dixon***, s. 94 vd.
28 ***Dixon***, s. 94-95.
29 ***Cassese***, International Law, s. 220.
30 ***Cassese***, International Law, s. 221; ***Dixon***, s. 95.
31 ***Cassese***, International Law, s. 220-221.
32 ***Cassese***, International Law, s. 221.

B. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN YERİ

Türk sisteminde uluslararası hukukun yerini belirlemek açısından, yürürlükte olan 2709 sayılı ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi önemlidir. Bu maddenin son fıkrasına göre: "***Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır***". Bu hükümden bazı sonuçlar çıkmaktadır[33]:

1. İlk olarak, bu hüküm sadece uluslararası antlaşmalara ilişkindir, ulusal hukuk sisteminde uluslararası örf ve adetin yerine dair bir düzenleme yoktur.

2. Türk Hukuk sisteminde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalar, ulusal kanunlar gibi bağlayıcıdır. Buradan, Türkiye'nin monist görüşü benimsediği çıkartılabilir, zira uluslararası antlaşmalar ulusal hukuk sisteminde etki gösterebilir. Zira, usulüne göre yürürlüğe konulan antlaşma tüm ulusal makamlar ve bireyler açısından uygulanabilir hale gelecektir. Ayrıca, otomatik aktarma yöntemi benimsenmiştir.

3. Uluslararası antlaşmaların iç hukuk düzenindeki hiyerarşik konumu bakımından, Anayasa bunların "kanun hükmünde" olduğunu belirtir. Bu hükmün anlamı tartışmalıdır[34].

a. Bir görüşe göre, antlaşmalar ulusal kanunlara nazaran üstün konumdadır. Bu görüşün temel dayanağı, Anayasa m. 90/son'da "***Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz"*** denilmesidir. Antlaşmaların "kanun hükmünde" olduğunun belirtilmesi, tüm ulusal makamlar ve bireyler bağladığını ifade etmek içindir, yoksa antlaşmaların kanunlarla eşit değerde olduğunu belirtmek için değil[35].

b. Baskın aksi görüşe göreyse[36], uluslararası antlaşmalar ulusal kanunlarla eşit değerdedir. Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına dair hükmün amacı, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, Türkiye'nin uluslararası alanda zor duruma düşmesini önlemektir. Yani, bu hüküm antlaşmaların hiyerarşik konumuyla alakalı değildir. Kaldı ki, antlaşmaların ulusal yasalara üstünlüğü kabul edilmiş olsaydı, başka anayasalarda olduğu gibi, bu durum açıkça belirtilirdi[37]. Nihayet, 2004 yılında yapılan değişiklikle, sadece "***temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"*** kanunlara göre üstün tutulmuştur. O halde, diğer tüm antlaşmaların kanunlara üstünlüğü söz konusu değildir[38].

4. Yukarıda belirtildiği gibi, temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası antlaşmalar sadece kanunlara üstündür. Fakat, bu tür antlaşmalara anayasal ya da anayasa üstü bir statü tanınmamıştır. O halde, bir uluslararası antlaşmadan doğan bir yükümlülüğe aykırı olan bir anayasa hükmü geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda Türkiye'nin uluslararası sorumluluğu doğabilir, fakat ulusal hakimin anayasal kuralı uygulaması gerekcektir.

C. ROMA STATÜSÜ'NÜN TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ

Yukarıdaki açıklamalara dayalı olarak, Roma Statüsü'nün ulusal hukukumuza etkisi açısından şu sonuçlar çıkarılabilir:

1. Uluslararası Ceza Divanı'nı kuran Roma Statüsü'ne Türkiye'nin katılması durumunda, Statü hükümleri ulusal hukukumuzda kanunlar gibi bağlayıcı olacaktır.

2. Normlar hiyerarşisi bakımından, Statü temel hak ve özgürlüklere ilişkin sayılacağından, Statü hükümleri ulusal kanunlara nazaran daha üst basamakta yer alacaktır.

Fakat, Statü'nün onaylanması durumunda, zaten ulusal kanunlar gibi bağlayıcı olması, hatta değer açısından onlardan daha üstte olması, Roma Statüsü ile ulusal mevzuatın uyumlu olması bakımından ve Roma Statüsü'nden doğacak yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi açısından başkaca bir işleme gerek olmadığı anlamına gelmez.

33 ***Pazarcı***, s. 26 vd.; ***Sur***, s. 51 vd.
34 Farklı görüşler için bkz. ***Pazarcı***, s. 26-28.
35 ***Sur***, s. 51.
36 ***Pazarcı***, s. 28; ***Sur***, s. 52.
37 ***Sur***, s. 52.
38 İbid.

Gerçekten de, bu hususları sağlamak için, Statü'ye işlerlik kazandıracak ulusal mevzuat çıkarılmalıdır Bunun sebepleri birden çoktur.

İlkin, Anayasa m. 90/son hükmü uyarınca, Türkiye tarafından onaylanması durumunda Roma Statüsü ulusal kanunlara göre öncelikle uygulanacaksa da, ulusal Anayasa'ya göre üstünlüğe sahip olmayacaktır. Bu bakımdan, Roma Statüsü'nün Anayasamıza aykırı hükümleri, Anayasa m. 90'son'a dayanarak uygulamayacaktır.

İkinci olarak, başta UCD ile uluslararası işbirliği ve adli yardım yöntemleri (Statünün 9. Kısmı, md. 86 vd. Hükümleri) olmak üzere, usuli nitelikteki hükümlerin ulusal hukukta doğrudan uygulanabilir (***self-executive***) niteliği yoktur. Statünün ilgili hükümlerinde devletlere bazı yükümlülükler getirilmektedir, fakat ulusal hukuk uyarınca bunlara uyulmasını sağlamak Devletin yasama yetkisini kullanmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, Statüye taraf Devletlerin ulusal yasa yapma metodlarını kullanmak suretiyle, kendi hukuklarının Statü gerekleriyle uyumlu çalışacak şekilde yapılandırmaları gerekmektedir.

Üçüncü olarak, Statü'nün maddi ceza hukukuna ilişkin hükümleri (suç tanımları, ceza hukukunun genel ilkeleri) de Statünün Türkiye tarafından onaylanmasıyla ulusal hukukumuzda otomatikman uygulanabilir hale gelmeyecektir. Bunun sebebi Roma Statüsü'nün yapısı ve niteliğidir.

Gerçekten, Roma Statüsünün yalnızca kendi uygulama amacı bakımından geçerli olduğunu, yani UCD nezdindeki yargılamalar yönünden düzenleme getirdiğini unutmamak gerekir. Bu açıdan, Roma Statüsünde yer alan genel hükümlerin pozitif uluslararası ceza hukukunu mutlak olarak yansıtmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Statü'de yer alan maddi hukuk kuralları yalnızca UCD'nin işleyişi bakımından geçerlidir. Uluslararası hukukta kaynak değeri taşıyan başka metinlerde farklı esasların benimsenmesi mümkün olduğu gibi, Statüye taraf devletler de, katıldıkları iki taraflı ve çok taraflı antlaşmalarda farklı düzenlemeler benimseyebilirler.

O halde, Statü'de yer alan suç tanımları (m. 6-8), söz konusu suç tiplerinin uluslararası örfi hukukta kabul gören içeriklerini yansıtma iddiası taşımamaktadır. Statünün 10. maddesinde de vurgulandığı üzere: "Bu bölüm (***yargı yetkisi, kabul edilebilirlik ve uyulanabilir hukuka dair m. 5-21 hükümleri kast ediliyor***), Roma Statüsü amaçları dışında, mevcut ya da gelişmekte olan uluslararası hukuk kurallarını hiç bir şekilde sınırlayıcı ya da zarar verici şekilde yorumlanamaz".

Aynı şekilde, Statü'nün amacı, buna taraf olan devletlerin uluslararası hukuk açısından bu tanımla bağlanmayı kabul ettiklerini göstermemektedir. Buradaki amaç, UCD nezdinde yargılanan kimselerin fiillerini nitelendirirken, uygulanabilir hukuk açısından Mahkeme'nin esas alacağı tanımı belirlemektir. Zaten, soykırım (m. 6), insanlığa karşı suç (m. 7) ve savaş suçlarını (m. 8) tanımlayan her bir maddede, tanımdan önce, "For the purpose of this Statute" denilmek suretiyle, bu tanımların sadece sınırlı bir alanda geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Bu bakımdan, Statü'ye taraf olan bir devlet, kendi uluslararası hukuk uygulaması açısından, Statü'de yer alan suç tanımlarını genel olarak kabul etmiş olmamaktadır. Sadece, UCD'nin, soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarını yargılayabileceğini; bu bağlamda da, bu suç tiplerinin Statü m. 6-8'de tanımlandığı şekilde anlaşılacağını kabul etmektedir.

Buna bağlı olarak, Roma Statüsü'ne taraf olmakla, Statü'de yer alan suç tanımları, Anayasa m. 90/son gereği ulusal hukukumuzda kendiliğinden geçerli hale gelmeyecektir. Çünkü Statü, genel uluslararası hukuk açısından bağlayıcı olan kurallar getirmemekte, devletler de, bu Statü'yü onaylamakla bu tanımları genel uluslararası hukuk uygulamaları açısından kabul ettikleri şeklinde bir taahhüt altına girmemektedirler[39].

Statünün m. 22 vd. kükümlerinde yer alan "ceza hukukunun genel ilkeleri" açısından da aynı değerlendirme geçerlidir. Zaten ilgili maddelerde de, kural ifade edilmeden önce, hep "under this Statute", "in accordance with this Statute", "pursuant this Statute" gibi ibareler kullanılmıştır. Bu bakımdan, örneğin, Statü m. 31'de yer alan hukuka uygunluk sebepleri (***justifications***) ve kusurluluğu kaldıran haller (***excuses***), TCK m. 24 vd.nda yer alan hükümlerin yerini almamaktadır. Veyahut, Statü m. 28'deki, UCH'na özgü "üstün sorumluluğu" kuralları ulusal hukukta da uygulanabilir hale gelmemektedir.

Kaldı ki, Roma Statüsü'ndeki suç tanımlarının örfi uluslararası hukuku yansıttığı kabul edilse bile, Anayasa m. 90/son hükmünde uluslararası hukukun değil de, sadece uluslararası antlaşmaların Türk Hukukuna etkisini düzenlediğinden, yine bu tanımların örfi nitelikte olduğundan hareketler Türk hakimince doğrudan uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır.

39 ***Sadat***, Leila Nadya, The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2002, s. 269.

İşte bu nedenle, Roma Statüsü Türkiye tarafından onaylansa bile, ulusal hakimin Statüdeki maddi ceza hukuku hükümlerini doğrudan uygulayarak önündeki davayı çözmesi mümkün değildir.

Bu görüşün aksi kabul edilse ve Anayasa m. 90/son gereği, Statü'nün onaylanmasıyla birlikte buradaki maddi ceza hukuku kurallarının iç hukukta teorik olarak uygulanabilir hale geldiği savunulsa da[40], sorun çözülmeyecektir. Çünkü, Statü'deki maddi ceza hukukuna dair hükümlerin bazıları, karmaşıklıkları saebebiyle doğrudan uygulanabilir (self-executing) nitelikte değildir[41]. Öte yandan, savaş suçlarına dair düzenlemede (Statü m. 8) ve Statü'deki genel hükümlerde, her bir savaş suçu açısından uygulanabilecek soyut cezanın alt ve üst sınırları belirlenmiş değildir. Sadece, Statü m. 77'de genel bir üst sınır vardır. Oysa, Anayasa m. 38'deki kanunilik ilkesi gereği, Türk Hukuku bakımından her bir suç tipine uygulanabilecek cezanın sınırları belirlenmiş olmalıdır.

Bu nedenle, ulusal işlemlerin Statü gereklerine uygun olarak yapılmasını sağlama açısından "***national implementing legislation***" (Statü'ye işlerlik kazandırmaya dönük ulusal mevzuat) çıkarılmasına ihtiyaç vardır. Nitekim, onaylama işlemi sayesinde uluslararası antlaşmaların iç hukukun bir parçası haline geldiği, Fransa gibi devletler, tamamlayıcılık ilkesine uygun olarak, ulusal ceza yargısı makamlarının yetkisini kullanabilmesi için Statü'yü ulusal hukuka adapte edecek yasal değişiklikler yapmaya gerek duymuşlardır[42].

4. ULUSAL HUKUKUN ROMA STATÜSÜ İLE UYUMLU HALE GETİRİLMESİNİN ÖNEMİ

Roma Statüsü gereğince, UCD ile işbirliğinde bulunma yükümlülüğü ve buna bağlı olarak, işbirliğini etkin kılacak düzenlemeleri yapma mecburiyeti vardır. Buna karşılık, Statü'de yer verilen suç tiplerini ulusal hukuka aktarma mecburiyeti olmadığı gibi, bu fiilleri kovuşturma yükümlülüğü bile açıkça öngörülmemiştir[43].

Bunun istisnası, Statü m. 70'de düzenlenen "adaletin idaresine karşı suçlar" (yalancı tanıklık, sahte veya tahrif edilmiş olduğu bilinen bir delili sunma, tanıklara karşı işlenen kimi fiiller (tanığı maddi menfaat karşılığında etkilemek, bir tanığın hazır bulunmasına ya da ifade vermesine engel olmak ya da müdahale etmek, tanığa karşı ifade vermesi sebebiyle misilleme yapmak), delillerin karartılması veya toplanmasına müdahale edilmesi, mahkeme görevlilerine karşı işlenen kimi fiiller (görevini yapmamasına ya da gereği gibi yapmamasına zorlamak ya da ikna etmek amacıyla, görevlinin engellenmesi, korkutulması veya maddi menfaat karşılığında etkilenmesi, mahkemenin memuruna karşı, kendisi veya başka bir memurun yaptığı görev sebebiyle misillemede bulunmak), resmi göreviyle bağlantılı olarak, Mahkeme memurunun rüşvet istemesi ya da kabul etmesi)[44] bakımındandır. Aynı maddenin 4 (a) fıkrası hükmüne göre, taraf devletler kendi ülkesi üzerinde veya vatandaşı tarafından söz konusu suçların işlenmesini de cezalandırmak zorundadırlar. Zira, Mahkemenin talebi üzerine, Statü'ye taraf devletlerin bu fiilleri kovuşturması gerekecektir (Statü m. 70/4 (b))[45].

Mevcut TCK hükümleri bu konuda gözden geçirilmelidir. Yalan tanıklığa dair TCK m. 272 hükmü, UCD nezdinde yalan tanıklığı kapsayacak şekilde de genişletilmelidir. Gerçi, tanıklığın istinabe yoluyla Türk makamlarınca alınması durumunda, zaten suç Türkiye'de işlenmiş sayılacaktır. Fakat UCD nezdinde tanıklık yapan kişinin Türkiye'ye geldikten sonra yalan tanıklık yaptığının ortaya çıkması sebebiyle yargılanması gündeme geldiğinde, TCK m. 272 hükmünün, yabancı makam nezdinde yapılan tanıklığa uygulanabilirliği tartışma yaratacaktır. Bu nedenle, Statü m. 70/1'de düzenlenen ihtimali kapsayan bir fıkranın TCK m. 272'ye veyahut Statü m. 70'teki suçları topluca düzenleyen ek bir maddede, TCK m. 272'ye yollama yapılması yerinde olacaktır.

Sahte veya tahrif edilmiş olduğu bilinen bir delili sunmak açısından, Türk Hukukunda adliyeye karşı suçlar başlığı altında bu durumu düzenleyen spesifik bir durum yoktur. Fakat, belgede sahteciliğe dair TCK m. 204 (resmi belge açısından) veya 207 (özel belge açısından) hükümleri uygulanabilir[46]. Bununla birlikte, Statü m. 70/4'te, taraf

40 ***Bayıllıoğlu***, s. 82. Uluslararası ceza normlarının doğrudan uygulanabilir olduğuna dair genel bir görüş için bkz. ***Ferdinandusse***, N.Ward, Direct Application of International Criminal Law in National Courts, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006, s. 29 vd.

41 ***Bassiouni***, Introduction to ICL, p. 543.

42 ***Barrat***, Olivier, "***Ratification and Adaptation: The French Perspective***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), Transnational Publishers, 2005, p. 58.

43 ***Broomhall***, in: Nouvelles Études Pénales, 1999, p. 148; ***Kreicker***, Helmut (çev. ***Turhan***, Faruk), Devletlerarası Ceza Hukukunun Ulusal Hukuk Düzenlerince İktibası Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Durum Tespiti ve Eleştirisel Değerlendirme, in: Uluslararası Ceza Divanı (ed. Yenisey), s. 337; ***Zafer***, Hamide, Ulusal Hukuk Sistemlerinin Roma Statüsü ile Uyumlaştırılması -Alman Modeli- MHFD, 2007/1, s. 294; ***Lee***, in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), s. 22.

44 ***Şen***, s. 176'daki tercümeden kısmen faydalanılmıştır.

45 ***Lee***, in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), 2005, s. 35.

46 TCK m. 204: "***(1) Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.***
(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(3) Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır."
TCK m. 207: "***(1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.***
(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

devletlerin kendi adli soruşturma ve yargılama süreçlerinin güvenilirliğine karşı işlenen suçların öngördüğü cezaları, Statü m. 70'te öngörülen suçların kendi ülkelerinde ya da vatandaşları tarafından işlenmesini kapsayacak şekilde teşmil etmesini işlemiştir. Bu bakımdan, "adliyeye karşı suçlar" bölümü altında özel bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

Tanığı maddi menfaat karşılığında etkilemek, bir tanığın hazır bulunmasına ya da ifade vermesine engel olmak ya da müdahale etmek, tanığa karşı ifade vermesi sebebiyle misilleme yapmak açısından; özel bir düzenleme yoktur. Maddi menfaat aracılığıyla etkilemek durumunda, m. 272'de yer alan yalan tanıklığa azmettirme söz konusu olabilir. Tanığın hazır bulunmasına ya da ifade vermesine engel olmak ya da müdahale etmek açısından, işlenen fiilin özelliğine göre, TCK m. 106 vd.ndaki hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenen kimi suçlar (cebir, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) gündeme gelebilir; duruma göre, TCK m. 285'teki, soruşturmaya dair gizliliğin ihlali hükmü (örneğin, tanığın korkması için deşifre edilmesi) ya da alenen sözlü ya da yazılı beyanla tanıkların etkilenmesi durumunda m. 288'deki "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" hükmü uygulanabilir.

Delillerin karartılması veya toplanmasına müdahale edilmesi açısından, TCK m. 281 hükmü uygulanabilecektir[47]. Zira, Statü m. 70/1'deki suçların Türkiye ülkesinde ya da Türk vatandaşı tarafından işlenmesi durumunda, ilk ihtimalde mülkilik ilkesi gereği zaten Türkiye'de yargılama yapılması zorunlu olacak, ikinci ihtimalde de, faile göre şahsilik ilkesi uyarınca Türkiye'de yargılama yapılabilecektir. Ne var ki, TCK m. 281/1'in son cümlesindeki "Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez" istisnası ve üçüncu fıkradaki indirim sebebi sorun yaratacaktır.

Görevini yapmamasına ya da gereği gibi yapmamasına zorlamak ya da ikna etmek amacıyla, görevlinin engellenmesi, korkutulması veya maddi menfaat karşılığında etkilenmesi, mahkemenin memuruna karşı, kendisi veya başka bir memurun yaptığı görev sebebiyle misillemede bulunmak açısından, TCK m. 277 hükmü[48] uygulanabilir. Ne var ki, bu hüküm, memurun yaptığı görev sebebiyle misillemede bulunmayı karşılamayacağı gibi, cezanın üst sınırı da Statü m. 70/3 hükmüyle uyumlu değildir.

Resmi göreviyle bağlantılı olarak, Mahkeme memurunun rüşvet istemesi ya da kabul etmesi açısından, TCK m. 252/5 hükmü mevcut haliyle uygulanamayacaktır, çünkü bu hüküm sadece "uluslararası ticari işlemler" sebebiyle işlenen rüşvet suçlarına dairdir.

Görüldüğü gibi, Statü m. 70'te düzenlenen suçlardan kimisi Türk ceza hukuku uyarınca doğrudan cezalandırılabilmekte, kimisi dolaylı olarak veya kısmen cezalandırılmakta, kimi fiiller ise cezalandırılamamakta ya da cezalanadırılabilirlik tartışmalı olmaktadır. Bu bakımdan, tüm bu ihtimalleri kapsayan, Statü m. 70/1 kapsamında olup da TCK'daki herhangi bir hüküm kapsamına girmeyen fiilleri suç haline getiren, zaten TCK'daki suç tiplerinden biri kapsamına giren davranışlar açısından da özel hüküm teşkil eden bir düzenleme yapmakta fayda vardır. Statü'yle özdeşliği sağlamak açısından (m. 70/3), bu ek maddede öngörülen cezanın üst sınırı beş yıldan aşağı olmamalı ve ayrıca adli para cezasına hükmetme imkanı da öngörülmelidir.

Statü m. 70'ten kaynaklanan istisna dışında, Statü'de yer alan suçları ulusal hukukta kanunlaştırma zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte, tamamlayıcılık ilkesi gereği, Roma Statüsü'ne göre suç teşkil eden bir davranışın ulusal makamlarca gereği gibi yargılanmaması durumunda UCD devreye girebilecektir. Bunun olmaması için de, ulusal hukuk bu fiilleri yargılama işlevini yerine getirmeye elverişli olmalıdır. Bu nedenle, taraf devletler ulusal maddi ceza hukuklarını Statü'ye göre değiştirmek zorunda olmasalar da, Statü sistemini işler kılmak için bunu yapmalıdırlar[49]. Nitekim, UCD'nin yargı yetkisinin devreye girmesi ihtimalinden kaçınabilmek için bir çok devlet bu yönde hareket etmektedir[50]. Türk Hukuk sistemi açısından da, Anayasa m. 90/son hükmünün varlığı bu uyumu kendiliğinden sağlayamayacaktır, bunun için yasakoyucunun bazı düzenlemelere gitmesi gerekmektedir.

O halde, Roma Statüsü'ne göre uluslararası suç teşkil eden bir davranış Türk Hukukunda suç olarak tanımlanmamışsa ya da ulusal hukuktaki tanım Roma Statüsü'nden farklı ise, ne olacaktır? Her bir suç tipi açısından bu tür uyumsuzlukları aşağıda ayrıca değerlendirmekteyiz. Burada ise, genel ilkeleri tespit edeceğiz.

47 *"(1) Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez.*
(2) Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.
(3) İlişkin olduğu suç nedeniyle hüküm verilmeden önce gizlenen delilleri mahkemeye teslim eden kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle verilecek cezanın beşte dördü indirilir."

48 *"Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır".*

49 ***Turns***, David, Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States, ***in*** The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues (Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, s. 338-339.

50 ***Dembowski***, Larry Charles, The International Criminal Court: Complementarity and Its Consequences, ***in*** Accountability for Atrocities National and International Responses (Jane E. Stromseth ed.), Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2003, s. 143.

Bir kere, Roma Statüsü'ne göre suç teşkil eden bir davranış ulusal hukuka göre cezalandırılamıyorsa, tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD'nin yargı yetkisini kullanabileceği açıktır.

Buna karşılık, söz konusu davranışın hukuki nitelendirilmesinin Roma Statüsü ile aynı olmaması, fakat ulusal hukuk uyarınca yine de cezalandırılabilmesi durumunda, farklı ihtimaller ortaya çıkar. Örneğin, Statü'ye göre savaş suçu teşkil eden bir davranışın, Türk Hukukunda savaş suçlarına yer verilmemiş olması sebebiyle bu sıfatla yargılanamaması, fakat, TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezalandırılması durumunda, ilk bakışta Roma Statüsü'nün gereklerine aykırılık yoktur. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, Statü uyarınca, burada yer alan suç tiplerini ulusal hukuka aktarma yükümlülüğü yoktur.

Bu noktada, ulusal hukuk uyarınca yapılan yargılamanın ve verilen cezanın niteliği belirleyici olacak, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD'nin yargı yetkisini kullanıp kullanamayacağını ortaya koyacaktır. Tamamlayıcılık ilkesini yukarıda açıklamıştık. İlkenin usuli uzantısı ise, Statü'nün 17. maddesinde yer alan, davanın kabul edilebilirlik koşullarıdır. Bu madde, UCD'nin asli yargı mercii olmamasını sağlayan formülü ortaya koyarak Devlet egemenliğine bağlı ulusal kaygılara yanıt vermekte ve ulusal yargının öncelikli konumunu korumaktadır[51].

Statünün 17. maddesi, "kabul edilebilirlik konuları" başlığı altında, tamamlayıcılık ilkesini göz önüne alarak, hangi koşullar altında bir davanın kabul edilemez sayılacağını düzenlemiştir. Buna göre, dört halde davanın kabul edilemez olduğuna karar verilecektir:

a) Davanın, üzerinde yargı yetkisi bulunan bir devlet tarafından zaten soruşturulmakta ya da kovuşturulmakta olması, meğer ki ilgili Devlet, soruşturma ya da kovuşturmayı yürütme konusunda isteksiz olsun (***unwilling***) ya da gerçekten muktedir olmasın (***unable genuinely***);

b) Davanın, üzerinde yargı yetkisi olan bir devlet tarafından zaten soruşturulmuş ve ilgili kişi hakkında kovuşturma yapılmamasına karar verilmiş olması, meğer ki bu karar, ilgili devletin kovuşturma yapma konusunda isteksiz ya da kovuşturabilme hususunda gerçekten muktedir olmamasından kaynaklanmış olsun;

c) İlgili kişinin, şikayetin konusu olan davranışından ötürü zaten yargılanmış olması;

d) Davanın, Divan tarafından ele alınmayı gerektirecek ağırlıkta olmaması.

Statü'de yer verilen "isteksizlik" ve "muktedir olmama" kavramlarına açıklık getirilmiştir. Buna göre, belirli bir olayda isteksizliğin söz konusu olup olmadığını değerlendirirken, Divan, uluslararası hukuk tarafından kabul gören adil yargılanma ilkelerini dikkate almak suretiyle, m. 17/2'de belirtilen durumlardan bir ya da bir kaçının olup olmadığını tespit edecektir. Şayet, yapılmış veya yapılmakta olan muhakeme işlemleri veya ulusal düzeyde verilen karar, ilgili kişiyi, Divanın görev alanına giren suçlardan ötürü cezai sorumluluktan kurtarmak maksadıyla yürütülmüşse (m. 17/2-a); söz konusu koşullar altında, ilgili kişiyi adalet önüne çıkarma niyetiyle bağdaşmayacak tarzda, işlemlerde haklı gösterilemeyecek bir gecikme olduysa (m. 17/2-b); yargılama, bağımsız ve tarafsız biçimde yürütülmemiş veya yürütülmemekte ise ve mevcut koşullar altında, ilgili kişiyi adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşır biçimde yürütülmemiş ya da yürütülmemekteyse (m. 17/2-c), isteksizliğin varlığı kabul edilecektir. Bu sayımın sınırlayıcı olduğu belirtilmektedir[52].

İsteksizliğin değerlendirmesini yaparken, belki de en çok gözetilmesi gereken husus, sanıkla mağdur arasında adil bir dengenin sağlanmış olmasıdır. Hem sanığa gerekli savunma olanaklarının verilmiş, hem de mağdura, hakkını elde edecek yolların sağlanmış olması gerekmektedir[53]. Diğer bir deyişle, dürüst işlem (veya Batılı ülkelerdeki deyimiyle "silah eşitliği") ilkesine uyulmuş olmalıdır. Sonuçta, bu ölçüt, işlemlerin iyi niyetle ve adil yargılama standartlarına uygun olarak etkin biçimde yürütülüp yürütülmediğini ele alan sübjektif bir esas getirmektedir[54]. Özellikle, m. 17/2-a'daki kıstas devletin saikine dair tümüyle öznel bir değerlendirme gerektirirken, diğer iki kıstasın varlığını objektif faktörlerden yola çıkarak saptamak mümkün olabilecektir[55].

"Muktedir olmama" durumunun belirli bir olayda varlığını değerlendirirken de, Divan, ulusal adalet sistemindeki

51 ***Williams,*** A. Sharon; Article 17, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article/ Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-baden : Nomos Verl.-Ges., 1999, article 17, margin no. 1; ***Zwanenburg***, Marten; The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers Under Fire?, European Journal of International Law, Vol. 10, No. 1, 1999, s. 130-131. Davanın kabul edilebilirliğine ilişkin düzenleme ile, UCD'nin yer, zaman, şahıs ve madde bakımından yargı yetkisine giren bir fiilin Divan tarafından ele alınmasına gerek olup olmadığı değerlendirilmektedir, bkz. ***Schabas,*** A. William; An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001, s. 55 (The ICC).

52 ***Williams,*** in: o. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 17, margin no. 26.

53 ***Nsereko,*** Daniel D. Ntanda; The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues, Criminal Law Forum, Vol. 10, 1999, s. 116.

54 ***Williams,*** in: o. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 17, margin no. 22; ***Bergsmo,*** Morten; The Jurisdictional Régime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19), European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6, No. 4, 1998, s. 359; ***Gavron***, Jessica, Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51, January 2002, s. 111.

55 ***Cryer***, Robert / ***Friman***, Håkan/ ***Robinson***, Darryl / ***Wilmshurst***, Elizabeth; An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2007, s.128.

topyekun ya da önemli bir çöküş[56] ***(total or substantial collapse***) nedeniyle veya ulusal adalet sisteminin mevcut olmaması nedeniyle, ilgili devletin, sanığı, gerekli delilleri ve tanıklıkları elde edemeyecek veya diğer biçimde ilgili muhakeme işlemlerini yürütemeyecek durumda olup olmadığına bakacaktır (m. 17/3). Özellikle uluslararası ve iç savaş durumlarında bu olgunun yaşandığı görülmektedir. Statüde ve Usul ve Delil Kurallarında, kavramı örneklendirici ölçütlere yer verilmemiştir. Burada da, soruşturma ya da kovuşturma esnasında, adaletin sağlanmasında uluslararası asgari standartların altına düşüldüğünü gösteren ve adaletin sağlanmamasını (***denial of justice***) sonuçlayan her türlü eylem ya da ihmal, bu olgunun varlığını ortaya koyacaktır[57].

Davanın kabul edilebilirliğine üçüncü bir engel, ilgili kişinin şikayetin konusu olan davranıştan ötürü daha önce zaten yargılanmış olmasıdır (m. 17/1-c). Burada, ***non bis in idem*** ilkesinin tipik bir yansıması söz konusudur. Aynı maddenin devamına göre, yirminci maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ayrık durumun gerçekleşmesi halinde, yine de UCD tarafından yargılama yapılabilecektir. ***Non bis in idem*** kuralını düzenleyen Statü m. 20'ye göre, Divanın görev alanına giren suçları işlediği iddia edilen kimse, aynı davranıştan ötürü başka bir mahkeme önünde yargılanmışsa, bu eylemlerinden ötürü UCD önünde yeniden yargılanamayacaktır (m. 20/3). Fakat, diğer mahkemenin yaptığı bu yargılamadaki amaç, Divanın görev alanına giren suçlardan ötürü ilgili kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmak ise (m. 20/3-a) ya da bu yargılama, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen adil yargılama kurallarına uygun olarak, bağımsız ve tarafsız biçimde yürütülmeyip, mevcut koşullar altında, ilgili kişiyi adalet nezdine çıkarma niyetiyle bağdaşır biçimde yürütülmemişse (m. 20/3-b), UCD yeniden yargılama yapabilecektir.

Ulusal hukuk uyarınca yargılamanın adi suçlara (***ordinary crimes***) ilişkin hükümlere göre yapılmasını bu açıdan incelemek gerekir. Bu hükme göre, ilk bakışta, Türkiye tarafından yargılama yapılması durumunda, UCD tarafından yargı yetkisi kullanılamayacaktır. Buna karşılık, Statü m. 20/3'ün alt bentlerinde belirtilen istisnaların varlığı durumunda ***non bis in idem*** ilkesi uygulanmayacak ve UCD tarafından yargı yetkisi kullanılabilecektir.

Bu noktada, ulusal hukuka göre belirli bir fiili Roma Statüsü'ne uygun olarak uluslararası suç olarak nitelendirmek mümkün olmadığından, fiil adi suç (öldürme, yaralama, cinsel saldırı, kişiy hürriyetinden yoksun kılma gibi, TCK'daki genel suç tiplerinden biri) olarak nitelendirilip yargılama yapıldıysa, bu istisnalardan birinden, özellikle de "inability"den söz edilebilecek midir? Diğer bir deyişle, böyle bir durumda, UCD yargı yetkisini kullanabilecek midir?

Bu konuda kesin bir şey söylemek mümkün değildir. Katıldığımız çoğunluk görüşüne göre[58], ulusal makamlarca fiilin adi suç olarak nitelendirilmiş olması, UCD tarafından yargı yetkisinin kullanılması için tek başına yeterli değildir. Statü'nün m. 20/3 hükmünde, açıkça, failin m. 6-8'de yasaklanan "davranış"tan ("***conduct***") ötürü başka bir mahkemede yargılanmış olması, ***non bis in idem*** ilkesinin uygulanması için yeterli görmüştür. Yani, Statü kapsamına giren davranışın ulusal makamlarca yargılanmış olması yeterlidir, fiilin hukuki nitelendirmesi (uluslararası suç olarak yargılanmış olup olmaması) önemli değildir[59]. Gerçekten, Roma Statüsü'nde yer alan tanımlara göre ulusal hukuktaki sapmalar, söz konusu fiilin yargılanmasını önlemez[60]. Burada, "davranış" ibaresi, ***ne bis in idem*** ilkesinin uygulanması için aynı tarihi olayların/vakıaların bir kere yargılanmış olmasının arandığını göstermektedir[61].

O halde, ulusal hukukta yeterli cezaların varlığı durumunda ve sanığı uluslararası yargıdan korumak amacı yoksa veya ulusal alandaki işlemler kişiyi adalet nezdine çıkarma niyetiyle bağdaşmayan şekilde yürütülmemişse, UCD'nin olaya el koyması beklenmemelidir[62]. Nitekim, davranışın ulusal hukukta adi suç olarak nitelendirilmesi durumunda uluslararası mahkeme tarafından tekrar yargılama yapılabileceğine dair bir hükmün Roma Statüsü'ne dahil edilmesi tartışılmış; EYUCM, RUCM ve SLÖM Statülerinin ve BM UHK tarafından hazırlanan Statü Tasarısı m. 42 hükmünün[63] aksine, neticede bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir[64]. UCD Savcısı da, politika olarak, Savcılık makamının

56 Burada da, "kısmi" (partial) çöküş yerine, daha ağır bir koşul getiren önemli, esaslı (substantial) çöküş kavramına yer verilmiştir, bkz. ***Holmes,*** T. John; The Principle of Complementarity, in: The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, (ed. Lee, S. Roy), Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 55; ***Williams,*** in: o. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 17, margin no. 17; ***Schabas, The ICC***, s. 68.

57 ***Nsereko,*** s. 117; hazırlık çalışmaları sırasında öne sürülen diğer öneri ve kriterler hk. bkz. ***Holmes,*** in: The Making of the Rome Statute, s. 48-49. For the problems raised by the use of the word "genuine" see ***Sadat***, p. 124.

58 Bkz. örneğin ***Broomhall***, in: Nouvelles Études Pénales, 1999, s. 149; ***Schabas,*** The ICC, s. 70; ***Tallgren***, in: o. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 20, margin no. 24; kıyaslayınız ***Zahar***, Alexander /***Sluiter***, Göran; International Criminal Law, Oxford University Press, 2007, s. 489 ("prosecution as ordinary crimes will in all likelihood result in an inability determination"). Uluslararası suçların ulusal makamlarca çoğu zaman adi suç olarak yargılandığına dair bkz. ***Ferdinandusse***, s. 21.

59 ***Spinellis***, Dionysios, The ***Ne Bis In Idem*** Principle in "Global" Instruments, in: Revue Internationale de Droit Penal, Vol. 73/3-4, 2002, p. 1159; ***Sadat***, s. 189-190; ***Bohlander***, Michael, Ne Bis in Idem, in: International Criminal Law, Vol. III, International Enforcement (ed. Bassiouni, M. Cherif), 3rd ed., The Netherlands, 2008, s. 550.

60 Kıyaslayınız Dembowski, ***in*** Jane E. Stromseth ed., Accountability for Atrocities National and International Responses, s. 144-145 ve 166. Yazara göre, ulusal hukuktaki suç tanımlarının Roma Statüsü'ne göre daha dar olması durumunda tamamlayılık açısından sorun çıkacaktır.

61 ***de la Cuesta***, José Luis, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle "***Ne Bis In Idem***" – General Report, in: Revue Internationale de Droit Penal, Vol. 73/3-4, 2002, s. 732.

62 ***Broomhall***, in: Nouvelles Études Pénales, 1999, s. 149; ***Kleffner***, Jann K., ***The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law,*** Journal of International Criminal Justice, Vol.1, No.1, April 2003, s. 95-96; ***Daqun***, Lil, in: The Oxford Companion to International Criminal Justice (editor-in-chief Cassese, Antonio), OUP, 2009, p. 305; ***Tallgren***, in: o. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 20, margin no. 27.

63 ***Holmes***, in: The Making of the Rome Statute, s. 56.

64 ***Tallgren,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 20, margin no. 22.

işleyişinin bu ilk döneminde, sadece ulusal alanda (suçların kovuşturulması konusunda) açıkça faaliyete geçilmediği zaman kendilerinin harekete geçeceğini açıklamıştır[65].

Bu bakımdan, Statü'deki suç tiplerinin ulusal hukuka ne şekilde dahil edileceğini devletler serbestçe belirleyebilir. Ulusal hukuk uyarınca ceza verilmemesi ya da uygun cezanın verilememesi söz konusu olmadıkça, tamamlayıcılık ilkesi açısından bir sorun çıkmayacaktır[66]. O halde burada, ulusal hukuk uyarınca verilecek cezanın ağırlığı ve işlenen fiillerin vahametine uygun düşmesi belirleyici olacaktır[67].

Bu bakımdan, savaş suçlarının mevzuatımızda açıkça düzenlenmemiş olması, ***ilk bakışta***, tamamlayacılık ilkesinin kesinlikle devreye gireceğini göstermez. Ne var ki, aşağıda göreceğimiz gibi, savaş suçu teşkil eden bazı davranışların ulusal hukuk uyarınca adi suç olarak cezalandırılması mümkün olsa da, hükmolunabilecek cezalar bazen çok hafiftir. İşte, aşağıda inceleyeceğimiz bu tür durumlarda, UCD'nin ***non bis in idem*** ilkesine istisna getirmesi ve tekrar yargılama yapmaya kendini yetkili görmesi mümkün olabilecektir.

5. ROMA STATÜSÜ GEREKLERİNİN İÇ HUKUKA AKTARILMA YÖNTEMLERİ

Roma Statüsü ile ulusal hukukun uyumu yasa yapma tekniği açısından nasıl sağlanmalıdır? Bu konuda farklı ihtimaller vardır.

Bir kere, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Statü'ye taraf olunmakla, Statü'de yer alan maddi ceza hukuku normlarını iç hukuka dahil etme (incorporate) yükümlülüğü doğmamaktadır. Bu bakımdan, Statü kapsamına giren suçları yargılayabilmek açısından muktedir ve niyetli (able and willing) olmak kaydıyla, ulusal ceza hukuku sisteminin nasıl yapılandırılacağı ilgili devletin takdirine kalmıştır.

Roma Statüsü'nün ulusal hukukta işlerlik kazanması açısından üç opsiyon vardır[68]: tümüyle aktarma (***complete incorporation***), hiç aktarmama (***non-incorporation***), değiştirerek aktarma (***modified incorporation***).

İlk ihtimalde (***complete incorporation***), ulusal hukuktaki maddi ceza hukuku normları Roma Statüsü'ndeki düzenlemelerle özdeş hale getirilir. Uluslararası hukuk açısından ideal formül budur. Bunun da dört yolu olabilir[69].

İlk yol, uluslararası örfi hukukun iç hukukta doğrudan uygulanabilmesine bağlıdır. Statü'deki suç tanımlarının uluslararası örfi hukuku yansıttığı kabul edilirse, Statü onaylanmasa da, örfi hukuka iç hukuklarında doğrudan uygulanabilir kaynak değeri tanıyan devletler açısından Statü m. 6-8 hükümlerinin ulusal mahkemeler tarafından uygulanması mümkün olabilecektir[70]. Türk sistemi açısından, Anayasa m. 90'da böyle bir imkan tanınmamıştır.

İkinci yol, ulusal hukukta, uluslararası örfi hukuka ve insancıl hukuka genel bir yollama yapılmasıdır (dinamik yollama)[71]. Bu bakımdan, örneğin, uluslararası örfi hukuk uyarınca savaş suçu teşkil ettiği kabul edilen eylemlerin cezalandırılmasına dair bir genel hüküm yaratılır. Fakat, kati kanunilik ilkesini benimseyen ulusal hukukumuz açısından (Anayasa m. 38, TCK m. 2), çerçeve norm ile atıf yapılmasına dayalı bu yöntem uygun olmayacaktır.

Üçüncü bir ihtimal, doğrudan Roma Statüsü'nün ilgili hükümlerine ulusal mevzuatta atıf yapılmasıdır (statik yollama). Bu ihtimal de, Statü'nün siyasi uzlaşma sonucunda kabul edilen ve karmaşık yapıya sahip bazı hükümleri düşünüldüğünde, kanunilik ilkesi açısından sorun yaratacaktır.

Dördüncü yol ise, Roma Statüsünün ilgili hükümlerinin ulusal kanun metinlerine aktarılması, yani, ulusal alanda yeni ve otonom ceza normları yaratılmasıdır. Bu yolun avantajı, katı kanunilik ilkesinin yazılılık ve belirlilik gibi ilkelerine sıkı biçimde uyması, erişim (accessibility) ve uygulama kolaylığı sağlamasıdır[72].

Yukarıdaki dört yolla sağlanabilecek tümüyle aktarmaya tümüyle zıt, ikinci bir ihtimal ise (***non-incorporation***), ulusal hukukta uyumu sağlamak için hiç bir değişiklik yapılmaması, uluslararası suçları cezalandırmak açısından ulusal hukuktaki adi suçlara başvurulmasıdır[73]. Bu ihtimalde, örneğin, soykırım suçu; kasten öldürme, kasten

65 Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, p. 5 (http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf)
66 ***Werle***, Gerhard (in cooperation with ***Jessberger***, Florian/ ***Burchards***, Wulf/ ***Nerlich***, Volker/ ***Cooper***, Belinda), Principles of International Criminal Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2005, s. 75; ***Cryer and others***, s. 69; ***Kreicker***, in: Uluslararası Ceza Divanı (ed. Yenisey), s. 341. Statü m. 17 ile bağlantılı olarak, benzer anlamda ***Şen,*** s. 104, yine af uygulamaları bağlamında benzer yönde s. 106.
67 ***Broomhall***, in: Nouvelles Études Pénales, 1999, s. 153. Fakat, cezanın orantısız derecede hafif olmasının dışında, Savcılık tarafından ilgili devletin kötüniyetinin de kanıtlanması gerektiğinin kabul edilebileceğine dair bkz. ***Broomhall***, Bruce, International Justice and The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law, OUP, 2004, s. 90. Öte yandan, cezanın ağırlığının orantısız olması durumunda UCD'nin tekrar yargılama yapabileceğine dair hükmün Statü'ye açıkça dahil edilmesinin uygun görülmediği konusunda ***Tallgren***, in: o. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 20, margin no. 34.
68 ***Werle and others***, s. 76 vd.
69 Kıyaslayınız ***Werle and others***, s. 76-77.
70 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 343.
71 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 345. Genel yollama yöntemi hk. bkz. ***Ferdinandusse***, p. 36 et seq.
72 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 346.
73 ***Werle and others***, s. 77.

yaralama, cinsel saldırı gibi suçlar çerçevesinde ele alınacaktır. Bu çözümün ideal olmaktan uzak olduğu ortadadır, çünkü UCH'nin sağladığı koruma ile ulusal hukuk uyarınca adi suçların sağladığı korumanın kapsamı aynı değildir[74]; ayrıca, böyle bir yöntemle UCH'nin ve uluslararası suçların sembolik anlamı da zedelenmiş olmaktadır[75].

Şu anda, Türk mevzuatı açısından savaş suçlarına dair durum budur. Özel düzenlemeler henüz yapılmadığı için ve bu konuda bizim bildiğimiz bir çalışma da olmadığından, Statü'nün onaylanması durumunda, Statü m. 8'de yer alan savaş suçlarının çok büyük çoğunluğu As.CK ve TCK'daki hükümlere göre yargılanacaktır. Keza, Statü'de yer alan "üstün sorumluluğu", "amirin emrini ifa" gibi kurallar da ulusal hukuka yansıtılmadığı için, TCK'da yer alan ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde bu durumlar ele alınacaktır. Roma Statüsü bakımından bu yaklaşımın olası bir sonucu, ulusal hukukun yetersiz kaldığı durumlarda, tamamlayıcılık ilkesinin devreye girmesidir[76].

Üçüncü ihtimalde (***modified incorporation***) ise, uluslararası ceza hukukunun (ve Roma Statüsü'nün) özü, ulusal kavramlar ve kurumlar çerçevesinde iç hukuka dahil edilmektedir. Bu çerçevede, Roma Statüsü'nün gerekleri iç hukukun yapısına adapte edilebilir ya da Statü'de yer almayan bazı suç tiplerine de ulusal mevzuatta yer verilebilir (örneğin, kimyasal silah kullanma yasağı). Bu ihtimal Türkiye açısından daha elverişlidir. Zira, ulusal ceza hukukumuzda kanunilik ilkesine sıkı biçimde uyulmaktadır. Oysa, Roma Statüsü'ndeki bazı savaş suçları tanımları, Roma Konferansı'na katılan farklı devlet delegeleri arasındaki siyasi bir uzlaşının neticesi olduğundan, belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki, Statü'deki suç tanımları "Elements of Crimes"ta somutlaştırılmıştır, bu belge ise sadece UCD'ye yol göstermekte, ulusal devletler tarafından onaylanıp iç hukuka dahil edilmemektedir. Keza, Statü'nün ceza hukukunun genel ilkeleri bölümünde yer alan bazı kurallar da, nitelikleri gereği, ulusal hukuka aynen nakledilmeye elverişli değildir. Bu bakımdan, bazı hükümlerin ulusal hukuk sisteminin yapısına ve terminolojisine uygun olarak, adapte edilerek iç hukuka aktarılmasında fayda vardır[77].

Türkiye'nin şu anki mevzuatı, bu üç ihtimalin karışımından oluşmaktadır. Statü'deki ceza hukukunun genel ilkeleri açısından, TCK'nın genel hükümleri uygulanacaktır; savaş suçları hakkında da, özel düzenleme olmadığından, bunlar adi suç tipleri çerçevesinde yargılanacaktır. Statü'deki insanlığa karşı suç tanımı, 1.6.2005'te yürürlüğe giren TCK'nın 77. maddesinde yer almaktadır, fakat Statü'ye göre farklılık arz etmektedir. Soykırım tanımı ise, Roma Statüsü ve Elements of Crimes'a uygun bir şekilde, TCK m. 76'da formüle edilmiştir.

Statüye işlerlik kazandırılması konusunda diğer bir sorun, çeşitli yasaların ilgili kısımlarında değişiklik mi yapılacağı, yoksa ayrı bir kanun mu yapılacağıdır[78].

İlk ihtimal, mevcut kanunlara çeşitli hükümlerin eklenmesidir. Örneğin, TCK'nın "Uluslararası Suçlar" başlıklı kısmına savaş suçlarına dair bir düzenleme eklenebilir ya da Askeri Ceza Kanunu'na bir kısım ekleyerek bu suçlar düzenlenebilir. Uluslararası alanda bu formülün genellikle tercih gördüğü belirtilmektedir[79].

İkinci ihtimal ise, Roma Statüsü'nde yer alan suç tiplerine ve Statü'de yer alıp da ulusal hukuka göre farklılık arz eden ceza hukuku genel ilkelerine yer veren ayrı bir kanunun yapılmasıdır. Kanaatimizce, en uygun çözüm bu olacaktır. Böyle bir kanun derli toplu ve kolayca ulaşabilir olacağından, uygulama açısından büyük kolaylık sağlayacaktır. Fakat, konunun özel bir ceza kanununda düzenlenmesinin, bu hususların tali öneme sahip olduğu gibi bir izlenim yaratma riski bulunduğu da belirtilmektedir[80].

Bu son yol izlenirse, iki ayrı kanun çıkarılabilir. Birincisi, maddi ceza hukukuna dair uyumu sağlayacaktır (Almanların ***Völkerstrafgesetzbuches*** (Uluslararası Ceza Kanunu - VStGB) örneğinde olduğu gibi[81]). İkincisi ise, bizim raporumuzun konusuna girmeyen, fakat vazgeçilmez öneme sahip olup, özellikle teslime (surrender) ve adli yardımlaşmaya ilişkin usul kurallarının düzenlendiği bir kanun olacaktır (Almanların UCD ile İşbirliği Hakkındaki Kanunu gibi)[82]. Elbette, her iki grup düzenlemelerin tek bir kanunda ele alınması da mümkündür[83].

74 Bu da, uluslararası hukuka göre mümkün olmaması gereken beraat kararlarına yol açabilir, bkz. ***Cryer***, Robert, Prosecuting International Crimes Selectivity and the International Criminal Law Regime, Cambridge University Press, 2005, s. 118-119.
75 ***Hanna***, Michael Wahid, An Historical Overview of National Prosecutions for International Crimes, in: International Criminal Law, Vol. III, International Enforcement (ed. Bassiouni, M. Cherif), 3r ed., The Netherlands, 2008, p. 301-302.
76 ***Hanna***, p 302.
77 ***Lee***, "***States' Responses: Issues and Solutions***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), s. 34.
78 ***Werle and others***, s. 78-79.
79 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 346-347.
80 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 347.
81 Söz konusu kanun hakkında bkz. ***Zafer***, MHFD, s. 289 vd.
82 ***Tezcan***, Durmuş, Uluslararası Adalet Divanı Açısından Uluslararası Adli Yardım, in: UCD (ed. Yenisey), s. 328-329. Almanların izlediği yöntem hk. bkz. Zafer, MHFD, s. 294 vd.
83 Bu yaklaşıma dayalı bir taslak kanun için bkz. ***Yenisey***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 377 vd.

III. TÜRK CEZA KANUNU'NDA ULUSLARARASI SUÇLAR

1. GİRİŞ

1926'dan beri yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 26 Eylül 2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclii tarafından kabul edilip, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (TCK) tarafından yürürlükten kaldırılmıştır.

5237 sayılı TCK'nın "***Özel Hükümler***" başlıklı İkinci Kitabının Birinci Kısmı "***Uluslararası Suçlar***"a ayrılmıştır. Böylece, özel hükümler bölümü, söz konusu suç tipleriyle başlamaktadır. Söz konusu kısım da, kendi içinde "***soykırım ve insanlığa karşı suçlar***" ve "***göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti***" başlıklı iki alt bölüme ayrılmıştır.

Uluslararası Ceza Divanı'nı (UCD) kuran Roma Statüsü açısından önemli olan, soykırım ve insanlığa karşı suçlardır. Bu suç tipleri eski TCK'da yer almamaktaydı. Dolayısıyla, Anayasa m. 38/1 ve YTCK m. 7/1'de yer alan kanunilik ilkesi ve geçmişe yürüme yasağı gereği, ancak 1.6.2005'ten sonra işlenen fiiller açısından soykırım veya insanlığa karşı suçlar açısından yargılama yapılabilecektir.

Her ne kadar Roma Statüsü 1.7.2002'de yürürlüğe girmiş olsa da, Statünün m. 126/2 hükmü gereğince, Türkiye açısından ancak kendi onay belgesini tevdii tarihinden itibaren belirli bir süre sonra yürürlüğe girebilecektir. Diğer bir deyişle, Roma Statüsüne Türkiye tarafından katılma işlemleri gerçekleştirilse bile, Statü Türkiye açısından 1.7.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olmayacaktır. Bu nedenle, yeni TCK 1.6.2005'te yürürlüğe girdiği için, 1.7.2002-30.5.2005 arasında Türkiye'de işlenmiş olabilecek soykırım ya da insanlığa karşı suç nitelikli davranışların ulusal hukuk uyarınca bu nitelendirme altında yargılanamayacak olması, Roma Statüsü karşısında sorun teşkil etmeyecektir. Buna karşılık, aynı tarihler arasında, Türk vatandaşları tarafından, Statü'ye taraf bir devletin (ya da taraf olmamakla birlikte, somut olay açısından UCD'nin yargı yetkisini tanıdığını beyan eden bir devletin) ülkesinde işlenen suçlar açısından sorunlar çıkabilecektir. Bu durumda, eski TCK'nın o zamanki hükümlerine göre, adi suçlara dair hükümler çerçevesinde yargılama yapılacaktır.

TCK'da, uluslararası suçlar kapsamında dört suç tipine yer verilmiştir: soykırım (m. 76), insanlığa karşı suçlar (m. 77), göçmen kaçakçılığı (m. 79), insan ticareti (m. 80). Bunlara ilaveten, m. 78'de, soykırım veya insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurma – buna üye olma suçuna yer verilmiştir.

Böylece, gerçek anlamda uluslararası suç teşkil eden suçlardan sayılan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçundan sadece ilk ikisine yer verilmiştir. Bazı yazarlara göre işkence ve büyük ölçekli ve/veya devlet destekli terörizm eylemleri de uluslararası suç düzeyine gelmiştir[84]. Fakat, Roma Statüsü açısından bu tartışmaya girmeye gerek yoktur.

Öte yandan, YTCK'da, sınıraşan suç olarak değerlendirilebilecek ve uluslararası literatürde "çekirdek uluslararası suçlar"dan sayılmayan, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı gibi iki suç tipine de uluslararası suçlar arasında yer verilmiştir. Roma Statüsü uygulaması açısından bu iki suç tipinin önemi olmadığından, bunlara daha fazla değinmeyeceğiz.

Demek ki, uluslararası suç kapsamında görülebilecek bazı suç tiplerine YTCK'da bu kapsamda yer verilmemiştir. Roma Statüsünde yer alan savaş suçları ve saldırı suçu bunun örnekleridir. Bu suç tiplerini ele alırken, bu konudaki sorunlara aşağıda ayrıca değineceğiz.

Öte yandan, TCK'ya göre soykırım ve insanlığa karşı suçların kovuşturulması bakımından evrensel yetki ilkesine (TCK m. 13) yer verildiğini de belirtelim[85].

84 *Cassese,* Antonio, International Criminal Law, 2nd ed., OUP, 2008, s. 12 (ICL).
85 *Zafer*, MHFD, s. 301.

2. SOYKIRIM

A. GENEL OLARAK

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonunca kabul edilen 12.5.2004 tarihli metinde (TCK Tasarısı), m. 79'da soykırım suçuna yer verildikten sonra, m. 80'de "insanlığa karşı ***diğer*** suçlar"a yer verilmiştir. Böylece, soykırım da, insanlığa karşı suçlardan biriymiş gibi bir sonuç çıkmaktaydı ki[86], uluslararası ceza hukukunda bugün gelinen noktada, soykırım suçunun artık bağımsız ve ayrı bir suç tipi olduğu kabul edilmektedir[87]. Meclis tarafından kabul edilen nihai metinde bu aksaklık giderilmiştir.

YTCK m. 76 şu şekildedir: **"**(1) Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yokedilmesi 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 yokedilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.

d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.

e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

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

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

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

Bilindiği gibi, hukuki anlamda soykırımın ne anlama geldiği, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi[88] ile ortaya konmuştur. Türkiye bu Sözleşmeyi 23.3.1950 tarih ve 5630 sayılı Kanun ile, çekince koymaksızın onaylamıştır. Ayrıca, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m.4 ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m.2 hükümleri de buradaki tanımı tekrarlamıştır. Nihayet, Roma Statüsünün 6. maddesinde de bu tanıma bağlı kalınmıştır.

TCK m. 76'da düzenlenen soykırım suçu, belirttiğimiz bu düzenlemelerle büyük ölçüde örtüşmektedir. Bununla birlikte, aşağıda göreceğimiz gibi, bazı farklılıklar da mevcuttur[89]. Soykırım suçu, gerek Roma Statüsü gerekse TCK bakımından, bentler halinde sayılmış belirli fiillerden herhangi birisinin "***ulusal, etnik, ırki veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla***" işlenmesi anlamına gelmektedir. Gerek Roma Statüsü, gerekse TCK bakımından suçu oluşturabilecek fiillerin özelliklerine bakacak olursak, tüm fiiller için ortak dört özellikten söz edilebilir:

a) Mağdur ya da mağdurların belirli bir ulusal, etnik, ırki veya dinsel gruba mensup olması;

b) Hedef alınan grup mensuplarının yok edilmesine matuf olarak, 1948 Sözleşmesi, Roma Statüsü ve YTCK'da sayılan beş grup davranıştan birinin gerçekleştirilmiş olması;

c) Failin bu ulusal, etnik, ırki, dinsel grubu kısmen ya da tamamen yok etme kastıyla hareket etmesi;

d) Fiilin "***bir planın icrası suretiyle***" işlenmesi. Bu son koşulun suçun unsuru olup olmadığı tartışmalıdır, bu tartışmalara aşağıda değineceğiz.

B. FAİL

Roma Statüsünde olduğu gibi, YTCK açısından da suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Fiilin resmi bir politikanın parçası olarak, devlet ya da başka bir otorite adına işlenmesi gerekmediğinden, failin devlet ile bağlantısının olması gerekmez.

Ayrıca, failin kendisinin de, hedef seçtiğinden başka bir gruba ya da herhangi tanımlanabilir bir gruba mensup olması gerekmez[90].

86 Aslında soykırım suçu, geniş anlamda insanlığa karşı bir suç olup onun özel bir türüdür; fakat 1948 tarihli BM Sözleşmesinden sonra bağımsız bir suç tipi kimliğine kavuşmuştur.
87 ***Cassese,*** ICL, s. 106.
88 Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı Kararıyla akdedilerek imzaya açılmıştır.
89 ***Akün,*** Verda Neslihan, Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu, MHB, Yıl 24, 2004, s. 70.
90 ***Bayraktar,*** Köksal, Soykırım Suçu, Av.Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007, s. 275.

C. MAĞDUR

Uluslararası metinlerde olduğu gibi, TCK'ya göre de, suçun mağduru belirli bir ulusal, etnik, ırki veya dinsel gruba mensup olmalıdır. Roma Statüsünde de, mağdur topluluğun bir grup olarak hedef alınması gerektiği vurgulanmaktadır[91]. Burada bireyler hedef alınsa da, fiille asıl saldırıya uğratılan, mağdurun üyesi olduğu gruptur[92].

1948 Sözleşmesi ve Roma Statüsünde olduğu gibi, YTCK'da da sadece dört türden gruba (ulusal, etnik, ırki, dini) yer verilmiştir. Sınırlayıcı nitelikteki bu sayımda yer verilen grupların ortak özelliği, gruba aidiyetin kalıcı, devamlı, istikrarlı bir niteliğe sahip olmasıdır[93].

Bu nedenle, Soykırım Sözleşmesinde ve Roma Statüsünde olduğu gibi, YTCK'da da "siyasi grup"lara yer verilmemiştir, çünkü böyle bir gruba aidiyet sabit değildir[94]. Oysa, Soykırım Sözleşmesinde yer verilen grupların ortak özelliği, bunlara üyeliğin kalıcı biçimde oluşup grubun da sabit nitelikli olması, gruba üyeliğin grup üyesinin iradesi dışında, doğuştan oluşması ve buna bağlı olarak da, gruptan çıkmanın kişinin iradesine bağlı olmamasıdır[95].

Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü bakımından öne sürülen bir görüşe göre, ulusal, etnik, ırki veya dinsel bir grubun özellikle hedef alınması gerektiği belirtilirken, siyasal veya sosyal bakımdan tanımlanabilir başka grupları da hedef kitle sayımına dahil etmek maksada uygun olabilirdi[96]. Ancak, 1948 Sözleşmesinde devletlerin daha geniş katılımını sağlamak[97] ve ulusal güvenlik amacıyla kimi siyasi-sosyal gruplara yönelik sürdürülen mücadeleyi baltalamamak amacıyla böyle sınırlı bir tanıma gidilmiş, uluslararası ceza mahkemelerinde de bu tanıma bağlı kalınmıştır[98]. TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmiş olan TCK Tasarısına göre, "**bunlar dışında bir özellikle belirlenen bir grubun"** yok edilmesi amacıyla maddede sayılan davranışlardan birinin gerçekleştirilmesi durumunda da soykırım suçu oluşabilecekti. Böylece, "tanımlanabilir herhangi bir grup"a karşı suçun işlenmesi mümkün olabilecekti. Fakat mağdur kategorisini genişletme eğiliminden son anda vazgeçilmiştir[99].

Soykırım suçu bakımından dikkat edilmesi gereken husus, mağdurun belirli bir gruba aidiyeti sebebiyle hedef alınmış olmasıdır. Buna karşılık, mağdurun belirli bir gruba ait olmadığı için hedef alınması durumunda (negatif tanımlama - örneğin, belirli bir etnik grup mensubu olmadığı için öldürülmesi) soykırımdan bahsedilemez[100]. Bu konuda yine farklı içtihatlar söz konusu olmakla birlikte[101], EYUCM İstinaf Dairesinin yakın tarihli bir kararında[102], Sırp olmayan herkesi öldürmeyi amaçlayan failin davranışı soykırım olarak nitelendirilmemiştir, çünkü belirli bir grup hedef alınmamıştır. Keza, Bosna-Hersek'ın başvurusu üzerine Uluslararası Adalet Divanı tarafından 26.02.2007 tarihinde karara bağlanan davada da[103] negatif tanımlama kıstası reddedilmiştir. Mahkemeye göre önemli olan, korunan gruplardan birini, sırf bu özelliği sebebiyle yok etme kastının varlığıdır. Buna göre, grubun belirli ulusal, etnik, ırki veya dini özelliklerinin varlığı sebebiyle hedef alınması gerekir. Yani, bu unsurlardan birinin yokluğu, örneğin, hedef alınan grubun "Hristiyan olmaması" sebebiyle öldürülmesi durumunda soykırım yoktur. Bu sebeple, Bosna tarafından öne sürülen, "Sırp olmayanların" hedef alındığı şeklindeki negatif bir tanımlamanın, suçla korunan grubun tespitinde dikkate alınamayacağı belirlenmiştir. Aynı esasın TCK açısından da geçerli olacağı şüphesizdir.

YTCK açısından, m. 76'da sayılan grup türlerinin sınırlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu bakımdan, örneğin eşcinsellerin ya da özürlülerin yok edilmek saikiyle topluca öldürülmesi gibi davranışlar bu suçu oluşturmaz[104]. Aslında, Darfur olaylarını soruşturmak için kurulan Komisyon raporunda "herhangi bir" istikrarlı ve sürekli grubun koruma altında olduğu ve bu genişletici yorumun örfi niteliğe ulaştığı söylenmişse de, bu görüşü destekleyen tek içtihat örneği ***Akayesu*** kararı olduğu gibi, devlet uygulaması ve ***opinio juris*** bu yönde değildir[105]. Uluslararası literatür de genellikle bu tespiti desteklememektedir. Bu nedenle, suçun mağdurunun mutlaka ve sadece ulusal, etnik, ırki veya dini bir gruba mensup olması gerekecektir.

91 ***Akün,*** s. 57-58; ***Özbek/Doğan, in Özbek***, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt 2 (Özel Hükümler- Madde 76-169), Ankara 2008, s. 79.
92 ***Değirmenci,*** Olgun, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu, TBBD, Sayı 70, 2007, s. 80.
93 ***Turhan,*** Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 13; ***Kocaoğlu,*** Sinan; Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2005, Sayı 3, s. 153; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 62.
94 ***Başak,*** Cengiz; Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Ankara 2003, s. 77.
95 ***Cassese,*** ICL, s. 97; ***Kittichaisaree,*** Kriangsak; International Criminal Law, Oxford University Press, 2001, s. 69; ***Akün,*** s. 57; ***de Than***, Claire /***Shorts***, Edwin; International Criminal Law and Human Rights, Sweet&Maxwell, London, 2003,, no. 4-005; ***Güller/Zafer,*** s. 76. Fakat "dini grup" açısından bu kıstasların aynen geçerli olamayacağı da gözden kaçırılmamalıdır.
96 ***Ateş Ekşi,*** Canan; Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004, s. 46; ***Aslan,*** Muzaffer Yasin; Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Ankara 2006, s. 111 (Savaş Suçları). Bir görüşe göreyse, siyasi gruplara yer verilmemiş olmasına yönelik eleştiriler yersizdir, bkz. ***Akün,*** s. 57.
97 Sürekli ve sabit olmayıp, teşhisi zor olan grupların da madde kapsamına alınması durumunda hükmün kapsamı belirsizleşeceği için, bir çok devlet taraf olmakta tereddüde düşebilirdi, bkz. ***de Than/Shorts,*** no. 4-004.
98 ***Askin,*** D. Kelly; Crimes Within The Jurisdiction of the International Criminal Court, Criminal Law Forum, Vol. 10, 1999, ***s. 39***; ***Schabas,*** The ICC, ***s. 33***; ***Başak, s. 76-77.***
99 Tanımı bu yönde genişletmenin belirsizliğe ve sübjektifliğe yol açacağı ve uluslararası içtihatlar tarafından da desteklenmediği konusunda bkz. ***Turns,*** David, Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States, ***in*** Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly eds., s. 374.
100 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 173.
101 Bu konuda bkz. ***Bantekas,*** Ilias/***Nash,*** Susan, International Criminal Law, Third Edition, Routledge-Cavendish, 2007, s. 146.
102 ***Prosecutor v Stakic*** (Case No. IT-97-24-A), Judgment, 22.3.2006, para. 22-23.
103 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina ***v.*** Serbia and Montenegro), Judgment, 26.02.2007.
104 ***Başak,*** s. 77.
105 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 170.

D. MADDİ UNSUR

Roma Statüsüne göre, soykırım teşkil edebilecek fiiller şunlardır:

a) Grup üyelerini öldürmek (m. 6-a);
b) Grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar vermek (m. 6-b);
c) Grubun tamamen ya da kısmen fiziksel açıdan imhasına yol açacağı öngörülen yaşam koşullarına kasten maruz bırakılması (m. 6-c);
d) Grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirlerin dayatılması (m. 6-d);
e) Gruba ait çocukları bir başka gruba zorla nakletmek (m. 6-e).

YTCK bakımındansa, soykırım suçunun oluşması için bir planın icrası suretiyle, ulusal, etnik, ırki veya dinsel grup üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi gerekir:

a) Kasten öldürme.
b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.
c) Grubu, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlama.
d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirler alma.
e) Gruba ait çocukları bir başka gruba zorla nakletme.

Görüldüğü gibi, (b) bendi dışındaki tanımlar örtüşmektedir. Formülasyon açısından (c) bendi yönünden ufak farklıklar olsa da, içerik ve anlam açısından bir değişiklik yoktur. Roma Statüsü'nde, soykırım oluşturabilecek davranışlar ve tanımları şöyle yapılmıştır:

"***Grubun üyelerini öldürmek***" (m. 6-a), bir ya da birden çok kişiyi öldürmek ya da ölümüne yol açmaktır. Fakat "ölümüne yol açmak" durumunda da kast aranmaktadır[106]. Zaten YTCK'da da açıkça "kasten" öldürmeden bahsedilmiştir.

"***Grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar vermek***" (m. 6-b), işkence, ırza geçme, cinsel şiddet ya da insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele de dahil olmak ve bunlarla sınırlı olmamak üzere, bir ya da birden çok kişiye ciddi bedensel ya da zihinsel zarar veren davranışlarda bulunmaktır. Bunun için, mağdurda kalıcı ya da iyileşemez zarar doğması gerekmez[107]. EYUCM ve RUCM içtihadında, cinsel suçlar yoluyla da bu unsurun gerçekleşebileceği ortaya konulmuştur[108]. Burada önemli olan, verilen zararın o grubun yok olmasına yol açmaya elverişli olmasıdır.

Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsünde "***ciddi bedensel veya zihinsel zarar***"dan söz edilmişken YTCK'da "***bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme***"kten söz edilmiştir. Her iki metin arasındaki farklılığı incelersek, "***ciddi***" ile "***ağır***" ölçütlerinin eşdeğer olduğu söylenebilir. Buna karşılık, "***zihinsel zarar***" ile "***ruhsal bütünlüğe***" yönelik zararın her zaman eş anlamlı olduğunu söylemek zordur[109]. Bu konuda neden farklı bir terminoloji seçildiğini anlamak mümkün değildir. Fakat TCK'daki "ruhsal bütünlük" ibaresini, 1948 BM Sözleşmesi ve Roma Statüsü'ne özdeş şekilde, "zihinsel" olarak anlamak gerekecektir.

EYUCM içtihadına göre, bedensel zarar, vücut şeklinin bozulmasına sebebiyet veren veya iç ve dış organlar ile duyu organlarına ciddi zararlar veren hareketleri ifade eder[110]. YTCK bakımından da, kişilerin "bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme"den, sağlığa ağır zarar verme, sakatlama, dış ve iç organlar ile duyuların ağır biçimde yaralanması[111], cinsel saldırıda bulunmanın[112] anlaşılacağı savunulmaktadır.

"***Grubun tamamen ya da kısmen fiziksel açıdan imhasına yol açacağı öngörülen yaşam koşullarına kasten maruz bırakılması***", yaşamsal açıdan elzem olan, gıda ve tıbbi bakım gibi kaynaklardan kasten yoksun bırakma veya evlerden sistematik kovulma da dahil olmak ve bunlarla sınırlı olmamak üzere, grubun kısmen ya da tamamen fiziksel yıkımına yol açacağı öngörülen yaşam koşullarına bir ya da birden çok kimseyi tabi tutmaktır (Statü m. 6-c). Ancak bu neticenin elde edilebilmiş olması aranmamaktadır[113]. Burada, grup üyelerini derhal öldürmeyecek, fakat nihai olarak onların fiziksel açıdan yok olması sonucu doğuracak davranışlar söz konusudur[114].

106 ***Bantekas/Nash,*** s. 147; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 174.
107 ***Akün,*** s. 61; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 175.
108 ***Kittichaisaree,*** s. 78; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 90.
109 ***Akün,*** s. 68.
110 ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 90.
111 ***Turhan,*** HPD 2005, s. 14; ***Akün,*** s. 61.
112 ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 278.
113 ***Kittichaisaree,*** s. 79; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 91.
114 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 175; ***Akün,*** s. 62; ***Kittichaisaree,*** s. 79; ***Bantekas/Nash,*** s. 148; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 91; ***Güller/Zafer,*** s. 78.

Buna örnek olarak, Nazilerin toplama kampındaki Yahudilere günde yalnızca 400-450 kalori besin değeri olan gıda vermeleri gösterilebilir. YTCK'da yer verilen "***grubu, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlama***" ifadesi de tamamen aynı anlama gelmektedir. Uluslararası metinlerde yer verilen, "***Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part***" şeklindeki tanımda yer alan "**calculated to**" ibaresi TCK'da yer almamaktadır. Ne var ki, TCK m. 21/1 gereği "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.". Bu bakımdan, TCK açısından da fail, yaşam koşullarının yukarıda belirtilen niteliğini bilmeli ve buna bağlı yok olma sonucunu istemelidir.

"***Grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirlerin dayatılması***" (m. 6-d), bu amaca yönelik tedbirlerin bir ya da birden çok kimseye zorla uygulanmasıdır. Örneğin, kısırlaştırma, zorunlu doğum kontrolü, evliliklerin yasaklanması, erkek ve kadınların birbirlerinden ayrı tutulmaları gibi[115]. Bu tür eylemlere "biyolojik soykırım" da denilmekte olup, amaç, doğacak kuşakların soybağını kesmek ya da bunu ortadan kaldırmaktır[116]. Bu tedbirlerin gruba dayatılması şarttır. Her ne kadar TCK'da "Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin **alınması**" denilse de, elbette ki bu tedbirlerin zorla dayatılması da aranacaktır. Ancak doğumlara engel olmak şeklinde bir neticenin elde edilebilmiş olması aranmamaktadır[117]. Bu nedenle, TCK Tasarısında yer verilen "***Doğumların zorla engellenmesi***" ibarelerinin kanunlaşmaması, bunun yerine, 1948 BM Sözleşmesine paralel biçimde, "***...doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması***" formülüne yer verilmesi isabetli olmuştur. Aksi taktirde, bu tür tedbirlerin alınması, fakat neticenin elde edilememesi durumunda, TCK'ya göre suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söylemek gerekecekti.

EYUCM ve RUCM içtihadında cinsel suçlar yoluyla, örneğin sistematik olarak tecavüze uğratılan grup üyelerinin yaşadıkları travma sebebiyle çoğalma arzularını yitirmeleri gibi hallerde de, bu unsurun gerçekleşeceği ortaya konulmuştur[118]. YTCK uygulamasında da – şayet bu konu Yargıtay önüne gelirse - yargısal içtihatların bu yönde oluşmasını beklemek gerekir.

"***Gruba ait çocukları bir başka gruba zorla nakletmek***" ise, 18 yaşının altında olan ve failin bu durumunu bildiği ya da bilmesi gerektiği bir ya da birden çok kimseyi, bir gruptan diğerine zorla nakletmesidir. "***Zorla***"dan kasıt, mutlaka maddi cebir olmayıp, kuvvet kullanma tehdidini ya da baskıyı da içerir (Statü m. 6-e). Cebrin mutlaka çocuklara yönelik olması gerekmez, engel olmaya çalışan başkalarına yönelik olsa da yeterlidir[119]. Burada belirli bir gruba ait çocuklar ailelerinden uzaklaştırılarak kendi gruplarının dışında yetişmeye zorlanırlar. Böylece, ait oldukları grubun sosyal ve kültürel özelliklerinden uzaklaşıp koparlar ve nakledildikleri başka gruba ait özelliklerin baskın olduğu ortamda yetişerek bu değerleri benimserler[120]. Bu nedenle, bu davranışa "biyolojik soykırım" da denilmektedir[121]. Öte yandan, ebeveynler üzerinde ciddi travma yaratarak bu naklin gerçekleşmesine yol açmak da bu kapsamdadır[122]. Elbette, bu davranışın da grubun maddi varlığını yok etmeye yönelik olması gerekir. Failin, mağdurun yaşı hakkında yanılması, YTCK sisteminde m. 30/1 çerçevesinde ("***Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır***") değerlendirilir. Bu nedenle, nakledilen mağdurların 18 yaşının altında olduğunu bilmeyen fail, kasten hareket edilmiş sayılmaz. Bu yanılgısı kendi kusuruna dayansa bile, soykırım suçunun taksirle işlenen biçimi kanunda öngörülmediğinden, söz konusu suç oluşmaz.

Öte yandan, BM Sözleşmesi ve Roma Statüsüne göre, bu bendin ***ratio legis***'ine uygun olarak, çocukların ***başka*** bir gruba nakledilmesi gerekir. Bu nedenle, TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Tasarı'da yer verilen "***Çocukların zorla başka yerlere götürülmesi***" ibaresi hatalıydı, kanunlaşmaması olumlu olmuştur.

Gerek Roma Statüsü gerekse YTCK bakımından, saydığımız davranış türlerinin sınırlayıcı olduğu kabul edilmektedir[123]. Görüldüğü gibi, grubun kısmen ya da tamamen yok edilmesine yönelik fiiller, grubun maddi mevcudiyetini, yani fiziki ve biyolojik varlığını ortadan kaldırmaya yönelik fiillerdir[124]. Zira suçla korunan asıl hukuksal değer, tanımlanabilir belirli bir grubun var olma hakkıdır[125].

115 ***Başak,*** s. 110; ***Akün,*** s. 62; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 176; ***Güller/Zafer,*** s. 79.
116 ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 278.
117 ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 92.
118 ***Kittichaisaree,*** s. 81; ***Bantekas/Nash,*** s. 148; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 176; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 92; ***Topal,*** Ahmet Hamdi, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, İstanbul 2009, s. 146 vd.
119 ***Özbek/Doğan,*** TCK İzmir Şerhi, s. 82.
120 ***Akün,*** s. 63; ***Güller/Zafer,*** s. 79.
121 ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 93.
122 ***Prosecutor v Akayesu*** (Case No. ICTR-96-4-T), Judgment, 2.9.1998, para. 509-510.
123 ***Bantekas/Nash,*** s. 147; ***Kocaoğlu,*** s. 151; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 86; ***Özbek/Doğan,*** TCK İzmir Şerhi, s. 82. Kıyaslayınız ***Ateş Ekşi,*** s. 46.
124 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 179; ***Töngür,*** Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul 2005, s. 29; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 87. Bu yönde ***Prosecutor v Krstic***, EYUCM İlk Derece Dairesi, 2.8.2001, para. 580.
125 ***Alonzo-Maizlish***, David, In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the 'Quantitative Criterion', New York University Law Review, Vol. 77, November 2002, s. 1375.

Bu bakımdan, sosyal ve siyasal hakların inkarı gibi, genel anlamda kültürel bütünlük ve varlığa yönelik fiillerin soykırım suçunun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli olmadığı anlayışı yaygındır[126]. Dolayısıyla, bir grubun dilini, kültürünü yok etmek amacıyla, gruba ait müzelerin, tarihi eserlerin, okulların, ibadet yerlerinin yok edilmesi ya da kullanılmasına izin verilmemesi türünden davranışlar ("kültürel soykırım") bu suçu oluşturmaz[127]. UAD'nın 26.2.2007 tarihli kararında da, Boşnak Müslümanlara ait tarihi, dini ve kültürel malvarlığının yıkılması açısından, bu tür eylemlerin gerçekleştiği tespit edilmiş; fakat bu davranışların Soykırım Sözleşmesi kapsamına girmediği açıklanmıştır. TCK'nın da anlayışı bu yöndedir.

Benzer şekilde, "etnik temizleme" açısından da, belirli bir bölgeyi etnik açıdan homojen kılmak amacıyla, yabancı unsurları zorla o bölgeden dışarı kovmaya yönelik eylemlerin tek başına soykırım teşkil etmeyeceğini vurgulayalım. Ancak bu kişilerin fiziksel imhasına da yönelik davranışlar buna eşlik edip, grubu kısmen ya da tamamen yok etme amacı söz konusu olursa, soykırımdan bahsedilebilecektir[128]. Bu husus, UAD'nin yukarıda anılan 26.2.2007 tarihli kararında da vurgulanmıştır. Mahkemeye göre, "etnik temizleme"nin soykırım sayılması için, bu davranışların Sözleşmenin 2. maddesinde sayılan davranış kategorilerinden birine tekabül etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ne bir siyaset olarak bir bölgeyi etnik olarak homojen kılma amacı, ne de böyle bir politikayı gerçekleştirmek için uygulanan operasyonlar, tek başına "soykırım" suçunu oluşturmaz. Diğer bir deyişle, ancak bir grubu yok etme kastıyla ve sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan davranışlardan biri aracılığıyla gerçekleştirildiği taktirde, etnik temizleme harekatı soykırım olabilir.

Uluslararası literatürde önemli bir tartışma, soykırım suçunun maddi unsurları çerçevesinde, suçun "planlı" ya da "sistemli" bir şekilde işlenmesinin aranıp aranmayacağıdır. Eğer bu soruya olumlu cevap verilirse[129], suçun oluşması, suç tanımına objektif bir unsur daha eklenmesi suretiyle, gerçekleşmesi daha zor koşullara bağlanmış olacaktır. "Plan"ın suçun unsuru olamayacağı yöndeki görüşe göre[130], bir planın veya bu yönde siyasetin varlığı soykırım kastını kanıtlamak açısından önemli bir faktör oluşturabilirse de, bunu suçun unsuru saymak doğru değildir.

Uluslararası içtihatlara bakacak olursak, EYUCM İstinaf Dairesinin 19.4.2004 tarihli Krstic kararında (para. 224), Soykırım Sözleşmesi ve örfi uluslararası hukuk bakımından, saldırının planlı olması ya da geniş veyahut sistematik bir saldırının parçası olması unsurlarının aranmadığı tespit edilmiştir. Bu bakımdan, ***ad hoc*** mahkemeler açısından, maddi unsurun bir parçası olarak bu husus aranmamaktadır[131]. Keza, Darfur olaylarına dair, Uluslararası Araştırma Komisyonu'nca BM Genel Sekreteri'ne sunulan raporda da, bir planın yokluğunda dahi, bireylerin soykırımdan sorumlu tutulabileceği görüşüne yer verilmiştir[132].

Teorik tartışmalar bir yana, YTCK açısından bu sorunun cevabı açıkça verilmiştir: soykırım oluşturabilecek fiillerin "***bir planın icrası suretiyle***" işlenmesi aranmıştır[133]. Kanunun madde gerekçesinde de, 1948 BM Sözleşmesinden farklı bir şekilde, böyle objektif bir unsur getirilerek, "***suç girişiminin planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır***" denilmektedir.

YTCK'daki bu anlayış Roma Statüsüne uygun gözükmektedir. Zira, Elements of Crimes adlı, Statüyü tamamlayıcı belgeye bakarsak, soykırım suçunun maddî unsurunu teşkil eden hareketlerin belirli bir bağlamda işlenmesi durumunda bu suçtan bahsedilebileceği görülmektedir. Buna göre, söz konusu davranış, o gruba yönelik benzer davranışlardan oluşan aşikâr bir kalıp bağlamında gerçekleşmelidir (***the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group***…) ya da davranışın bizzat kendisi böyle bir yıkıma yol açabilmelidir (…***or was conduct that could itself effect such destruction***)[134].

Burada anlatılmak istenen şudur: "***benzer davranışlardan oluşan aşikar bir kalıp bağlamında***" derken

126 ***Schabas,*** The ICC, s. 31; ***Önok,*** R. Murat, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar, HvA, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005 s. 186 (Uluslararası Suçlar); ***Başak,*** s. 77, 98; ***Aydın,*** Devrim; Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi, AÜHFD, Cilt 51, Sayı 4, 2002, s. 161; ***Aköp,*** s. 60; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 115; ***Bantekas/Nash,*** s. 147; ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 279. Bu yönde ***Prosecutor v Krstic***, EYUCM İstinaf Dairesi, 19.4.2004, para. 25. Kıyaslayınız ***Zahar/Sluiter,*** s. 179.

127 ***Tosun,*** s. 432-433; ***Cassese,*** ICL, s. 96; ***Başak,*** s. 77; ***Aydın,*** s. 161; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 177; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 87. Fakat ***Krstic*** kararının 580. paragrafında belirtildiği üzere, grubun fiziksel/biyolojik varlığını yok etmeye yönelik davranışlara, çoğu zaman, grubun kültürel, dini mülkiyet ve sembollerini hedef alan saldırılar da eşlik eder. Bu yönden, kültürel değerlere yönelik bu saldırılar da, o grubun fiziksel açıdan imhasına yol açma kastının delili olarak ele alınabilir.

128 Bu yönde ***Prosecutor v Brdanin***, EYUCM İlk Derece Dairesi, 1.9.2004, para. 118, 989 ve ***Prosecutor v Stakic***, EYUCM İstinaf Dairesi, 22.3.2006, para. 46-48.

129 Bkz. bu yönde ***Schabas,*** William A., Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge University Press, 2000, s. 207; ***Kress***, Claus, The Darfur Report and Genocidal Intent, Journal of International Criminal Justice, Vol. 3. No.3, July 2005, s. 566, 572-573. Kıyaslayınız ***Cassese,*** ICL, s. 141-2 (yazara göre, grup "üyelerini öldürmek" ve "grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar vermek" açısından plan unsuru olmaksızın suçun işlenmesi mümkündür. Buna karşılık, diğer üç davranış türü, zorunlu olarak kolektif ve hatta organize bir eylem şekilde gerçekleşecektir.

130 ***Lippman***, Matthew, ***in*** International Criminal Law, Vol. I, Sources, Subjects, and Contents (ed. Bassiouni, M. Cherif), 3rd ed., The Netherlands, 2008, p. 430; ***Kittichaisaree,*** p. 76; ***Werle and others,*** p. 206 (yazarlara göre, Roma Statüsü açısından bile, sistematik bir saldırının varlığı sadece UCD'nin yargı yetkisinin devreye girmesi için aranan usuli bir şart (procedural requirement limiting the jurisdiction of the Court) olup, suçun maddi içeriğini etkilememektedir). Ne var ki, UCD'nin 1. No.lu Ön Soruşturma Dairesi bu yaklaşımı kabul etmemiştir, bkz. Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 March 2009), § 121 et seq. Alman hukukçular ***Albin Eser*** ve ***Hans-Heinrich Jescheck***'in de fiilin bir plan çerçevesinde işlenmiş olmasını aramadığı konusunda bkz. ***Quigley***, John, Genocide Convention: An International Law Analysis, Ashgate Publishing, 2006, s. 165-166.

131 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 179; ***Zahar/Sluiter,*** s. 175.

132 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005, para. 520.

133 Fransız CK m. 211-1'de de plan kavramına yer verildiğine dair bkz. ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 273.

134 Ancak belirtelim ki, 19.4.2004 tarihli ***Krstic*** kararında EYUCM İstinaf Dairesi bu koşulların örfi hukukun parçası olmadığını belirtmiştir (para. 224).

ifade edilmeye çalışılan, soykırım teşkil edebilecek fiillerin belirli bir bağlamda, bir bütünün parçası olarak işlenmesi, önceden tasarlanmış belirli bir plân çerçevesinde işlenmesidir[135]. Bu bakımdan, belirli bir grubu kısmen ya da tamamen yok etme kastıyla tek başına hareket eden kişinin (Fr. ***génocidaire solitaire***) soykırımla suçlanamayacağı anlatılmaktadır[136]. Böylece, Roma Statüsü'ne bağlı Elements of Crimes ile, suçun uygulama alanı örfi hukuktaki kapsamına göre daraltılmıştır[137]. Keza, BM UHK tarafından 1996 yılından hazırlanan Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine karşı Suçlar Kanunu Tasarısı'na ait şerhte de, suçun unsuru olarak (devlet tarafından yapılmış) bir planın varlığına büyük önem atfedilmiştir[138].

"***Hareketlerin bizzat kendisi böyle bir yıkıma yol açabilmelidir***" kıstasıyla da, tek başına hareket etmekle birlikte, güçlü imha vasıtalarına (örneğin kitle imha silahları) sahip olduğu için, hedef alınan gruba yönelik benzer başka saldırıların gerçekleştirildiği bir ortamda bulunmamasına rağmen, grubun varlığını ortadan kaldırma konusunda ciddi tehlike yaratabilen kimselerin cezalandırılması sağlanmaktadır[139]. Fakat, geniş çaplı bir saldırı ya da bireysel faili destekleyen bir örgüt ya da sistem olmadıkça, tek başına hareket eden kimselerin soykırım kastını ispat edebilmek çok zordur[140].

Bununla birlikte, Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü'nde yer almayan bu objektif unsura yer veren Fransa bakımından öne sürülen itirazlar, TCK açısından da geçerli olabilecektir. Buna göre, zaten soykırım suçunu kanıtlamak çok zor iken, bir de bu ilave unsura yer vermenin gerekliliğine itiraz edilebilir[141]. Fakat, bunun gerçekten de "ilave" bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Zira, uygulamada, planlama unsuru olmaksızın soykırım suçunun işlenmesi fiilen mümkün gözükmediği gibi[142], soykırım kastının ispatı açısından da[143], saldırının planlanmış olmasının önemi büyüktür[144]. Bu bakımdan YTCK'nın, fiilin "herhangi bir planın icrası suretiyle" işlenmesini öngörerek suçun uygulama alanını daralttığı yönündeki görüşe[145] pratik yönden katılmıyoruz[146].

Buna karşılık, bir planın varlığı aransa bile, fiilin ***resmi*** bir politikanın (devlet politikasının) parçası olarak, bunun icrası kapsamında işlenmesi, uluslararası yargı tarafından gerekli görülmemiştir[147]. Demek ki, devletle bağlantısı olmayan kimseler de bu suçun faili olabilir. Bununla birlikte, resmi mercilerin desteği olmadan böyle bir suçun işlenebilmesini düşünmek zordur[148].

Soykırım suçunda belirli bir grubun kısmen ya da tamamen yok edilmesi amacıyla hareket edilmelidir. Grubun kısmen yok edilmesi kavramı tartışmaya açıktır. Bunun anlamı konusudaki tartışmalara raporumuzda girmeyeceğiz[149]. Fakat şunu söylemek gerekir ki, BM Sözleşmesi ve Roma Statüsü'nde olduğu gibi, YTCK açısından da, önemli olan, grubun önemli bir kısmının bilfiil zarar görmüş olması değil, grubun varlığının bir bütün olarak hedef alınmış olmasıdır. Yani, buradaki niceliksel ölçüt, özel kastın oluşumu için gerekli bir unsurdur, yoksa suçun maddi unsurunun netice kısmının oluşabilmesi için gerekli değildir[150]. Diğer bir deyişle, suçun oluşumu için mutlaka belirli bir sayının üstünde kişinin, örneğin öldürülmüş olması gerekmez; aslolan, bir grubun onu yok etme saikiyle hedef alınmış olmasıdır. Bu nedenle, anılan gruplardan biri yok edilmeden de soykırım suçu tamamlanabilir, yeter ki sayılan davranışlardan biri, soykırım kastıyla gerçekleştirilmiş olsun[151].

E. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Suç tipinin özelliği nedeniyle, gerek uluslararası ceza hukuku gerekse ulusal ceza hukukumuz (YTCK m.

135 UCD hakimlerinin böyle bir planın varlığını inceleyecekleri hususunda ***Fletcher,*** George P./ ***Ohlin***, Jens David, **Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case**, Journal of International Criminal Justice, Vol. 3 No.3, July 2005, s. 547-548. "***It is dolus that must be established, requiring a showing that the actor either specifically sought to produce a particular result or knew that his conduct was part of an overall plan or practice designed 'to eliminate in whole or in part' a certain group of people***" (***Bassiouni***, M. Cherif/ ***Manikas***, P., The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Transnational Publishers, 1996, s. 527. Roma Statüsü'nün bu yönde bir anlayışı teşvik ettiği, fakat bunun hatalı olduğu yönünde görüş için bkz. ***Werle and others,*** p. 205.

136 ***Schabas,*** A. William, The ***Jelisic*** Case and the ***Mens Rea*** of the Crime of Genocide, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001, s. 133-138; ***Schabas,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 6, margin no. 5; ***Başak,*** s. 84; ***Alonzo-Maizlish,*** s. 1381, dn. 54; ***Mettraux***, Guénaël, International Crimes and the ***Ad Hoc*** Tribunals, OUP, 2005, s. 204. Bireysel fiillerin soykırım kapsamında değerlendirilebileceğini savunan aksi görüş için bkz. ***Triffterer,*** Otto; Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001, s. 407.

137 ***Mettraux***, s. 204.

138 Draft code of Crimes against Peace and Security of Mankind, "***Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session, 6 May-26 July 1996***", U.N. GAOR, 51st session, U.N. Doc. A/51/10, Article 17, Commentary 10, p. 90.

139 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 178.

140 ***Zahar/Sluiter,*** s. 174.

141 ***Turns,*** David, Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States, ***in*** Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly eds., s. 374.

142 ***Schabas,*** William A., Developments in the law of Genocide, Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 5, 2002, s. 156; ***Zafer,*** MHFD, s. 302. Bu yönde ***Prosecutor v Kayishema/Ruzindana***, RUCM İlk Derece Dairesi, 21.5.1999, para. 94.

143 ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 97.

144 ***Zahar/Sluiter,*** s. 174. Aynı yönde Prosecutor v Kayishema and Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-A, Decision, 1 June 2001, para. 138.

145 ***Kocaoğlu,*** s. 164; ***Aköm,*** s. 66.

146 Aynı görüşte ***Bayıllıoğlu,*** s. 78; ***Zafer,*** MHFD, s. 302.

147 EYUCM İstinaf Dairesinin 5 Temmuz 2001 tarihli ***Jelisic*** kararı; aynı yönde ***Alonzo-Maizlish,*** s. 1381; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 114; ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 274.

148 ***Morris***, Virginia Morris/***Scharf***, Michael, The International Criminal Tribunal for Rwanda, Vol. I, Transnational Publishers, New York, 1998, s. 168. Aynı yönde ***Başak,*** s. 84; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 114.

149 Bu konuda bkz. ***Tezcan/Erdem/Önok***, UCH, s. 534-535;

150 ***Turhan,*** HPD 2005, s. 14, ***Azarkan,*** Ezeli, Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s. 280, ***Bantekas/Nash,*** s. 141, ***Cryer ve diğerleri,*** s. 180; ***Zahar/Sluiter,*** s. 175; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 98.

151 ***Kittichaisaree,*** s. 71; ***Bantekas/Nash,*** s. 141; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 95.

24 vd) bakımından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran durumlardan birinin gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir[152].

Belirtelim ki, "***Grubu, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlama***" davranışı bakımından, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli II No.lu Protokol m. 17'ye göre, sivillerin güvenliği ve öncelikli askeri gerekliliklerden kaynaklanan nedenlerle sivil nüfusun göçe zorlanması hukuka uygundur[153]. Ancak burada sivil halkın güvenliğini sağlamaya yönelik önlemlerin alınması gerekeceği gibi, böyle bir uygulama durumunda zaten manevi unsurun oluştuğu da söylenemez.

F. MANEVİ UNSUR

Soykırım suçu hakkında vurgulanması gereken en önemli özellik, bunun ancak özel kastla (***dolus specialis***) işlenebilen bir fiil olmasıdır. Yani, maddi unsurda belirlenen hareketlerin, "***ulusal, etnik, ırki veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen yok etmek***" kastıyla işlenmiş olması gerekir[154]. Mağdurun, kişiliği yüzünden değil, belirli bir gruba aidiyeti nedeniyle özellikle hedef alınması gerekmektedir[155]. Yani, saik o grubu yok etmektir[156]. Roma Statüsünde de, "***intent to destroy … a group***, ***as such***" ibaresindeki "***as such***" vurgulamasıyla, grubun bu aidiyeti, niteliği nedeniyle özellikle hedef alınması gerektiği vurgulanmıştır[157]. Uluslararası Hukuk Komisyonuna göre de, soykırım suçunda aranan özel kast, bu suçun "***ayırt edici niteliğini (distinguishing characteristic)***" ortaya koymaktadır. UAD'nin 26.2.2007 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına dair Sözleşmenin Uygulanması (Bosna Hersek v Sırbıstan ve Karadağ) konulu kararında da bu hususlar vurgulanmıştır. Buna göre, suçun manevi unsurunun oluşumu için, söz konusu Sözleşmenin 2. maddesinde sayılan davranışlardan birisinin gerçekleştirilmesi gerekeceği gibi, korunan grubu, sırf bu niteliği sebebiyle kısmen ya da tamamen yok etme saiki de aranacaktır. Buna, özel kast (***dolus specialis***) denmektedir. Bir grubun üyelerinin salt söz konusu gruba aidiyetleri sebebiyle hedef alınmış olmaları yetmez. Bunun ötesinde bir amaç gereklidir. İkinci maddede sayılan eylemler, bu grubu kısmen ya tamamen yok etmek için gerçekleştirilmelidir. Suçun manevi unsurunun özel kasta dayanması sebebiyledir ki, EYUCM içtihadında, Srebrenitza katliamı dışındaki olaylar soykırım olarak nitelendirilmemiştir[158]. İşte, UAD'nin 26.2.2007 tarihli kararında da aynı yönde tespitte bulunulmuştur.

YTCK açısından da suçun manevi unsurunun oluşumu özel kastın varlığına bağlıdır[159].

G. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BIÇİMLERİ

Bu suça ilişkin, 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne göre kişisel cezai sorumluluğu gerektiren dört tür davranıştan söz edilebilir[160]:

a) Soykırım suçunun maddi unsurunu oluşturan fiili gerçekleştirmek ya da buna iştirak etmek (veya işbirliği yapmak),
b) Soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek,
c) Soykırım işlenmesi için komplo kurmak,
d) Soykırımda bulunmaya doğrudan ve açıkça tahrik etmek.

Suçun bizzat işlenmesi dışında; suçun işlenmesine iştirak edilmesi ya da buna teşebbüs edilmesinin cezalandırılacağı hususlarına Roma Statüsünde de (m. 25/3) yer verilmiştir. YTCK'nın teşebbüs (m. 35-36) ve iştiraka (m. 37-41) dair hükümleri bu konuda uygulama alanı bulacaktır. 1948 Soykırım Sözleşmesi'ndeki "conspiracy" kavramının karşılığı ise, Roma Statüsünde yoktur. Gerçekten, EYUCM ve RUCM Statüleri açısından, soykırım işlenmesi için komplo kurmak hükmünün uygulanabilmesi için, hazırlık hareketlerine dahi girişilmiş olması gerekmemekte; soykırım kastının bulunması kaydıyla, sırf bu doğrultuda anlaşmış olmak, sorumluluk için yeterli görülmekteydi[161].

152 Aynı yönde ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 102; ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 281.
153 ***Başak,*** s. 106.
154 Bu yönde ***Prosecutor v. Akayesu***, RUCM İlk Derece Dairesi, 2.9.1998, para. 497; ***Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana***, RUCM İlk Derece Dairesi, 21.5.1999, para. 99. Yine bkz. ***Tosun,*** s. 429-430; ***Zwanenburg***, s. 133; ***Schabas, Jelisic*** Case, s. 129-130; ***Schabas,*** The ICC, s. 31; ***Cassese,*** ICL, s. 103; ***Başak,*** s. 85; ***Akön,*** s. 59; ***Kocaoğlu,*** s. 158; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 179; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 94; ***Güller/Zafer,*** s. 80; ***Bayraktar,*** Soykırım, s. 281; ***Özbek/Doğan,*** TCK İzmir Şerhi, s. 83.
155 Bu yönde ***Prosecutor v Niyitegeka***, RUCM İstinaf Dairesi, 9.7.2004, para. 53; ayrıca bkz. ***Schabas,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 6, margin no. 2; ***Clark,*** S. Roger; The Mental Element in International Criminal Law: the Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences, Criminal Law Forum, Vol. 12, 2002, s. 315; ***Cassese,*** ICL, s. 103; ***Başak,*** s. 95; ***Turhan,*** HPD 2005, s. 15; ***Kocaoğlu,*** s. 159; ***Kittichaisaree,*** s. 69; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 181
156 Her ne kadar uluslararası literatürde failin saikinin önem taşımadığı söylense de (örneğin bkz. ***Mettraux***, s. 211), Türk ceza hukuku terminolojisi bakımından suçun "özel kast" ile işlenmesi gerektiği yönündeki manevi unsurun gerçekleşmesi için, failin saikine bakılmaktadır. Yeni TCK'nın dayandığı teori ise, saik unsurunu fiilin belirli bir "amaç/maksat" ile işlenmiş olması şeklinde formüle etmektedir.
157 ***Clark,*** s. 315; ***Schabas,*** in: O. Triffterer (ed.), in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 6, margin no. 2. Fakat 1948 Sözleşmesinde yer alan bu ibarenin gerçekten saike işaret eder şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağı pek açık değildir, bkz. ***Zahar/Sluiter,*** s. 179-180. Buna karşılık, aksine bir yorumun bu ibareyi anlamsız kılıp, soykırım suçunun diğer suçlardan ayırt edilmesini imkansızlaştırabileceğine dair bkz. ***Elekdağ,*** Sevin, 13 Yıldır Beklenen Karar: Soykırım Sözleşmesi'ne Dayanılarak Uluslararası Adalet Divanı'nın Önüne Getirilen İlk Dava, Uluslararası Suçlar ve Tarih, Sayı 1, Yaz 2006,s. 226.
158 ***Ertuğrul,*** Ümmühan Elçin, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Kamu Hukuku Arşivi, Eylül 2007, s. 141.
159 Kıyaslayınız ***Arslan,*** Esat, 1915 Yılı Olaylarının Soykırım Suçu ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni Türk Ceza Yasasında Yapılan Hatalar, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: I, No. 4, 2005, s. 28 (yazar her ne kadar kanunda soykırım "kastı, niyeti"ne yer verilmeyip, bunun yerine "amaç" ibaresine yer verilmesini eleştirse ve BM Sözleşmesi'ne göre farklılık yaratıldığını savunsa da; YTCK'nın dayandığı suç genel teorisi içerisinde, "amaç" kelimesi zaten klasik ceza hukuku doktrininin anladığı biçimiyle "özel kast"a karşılık gelmektedir.
160 Benzer tasnif için bkz. ***Başak,*** s. 73.
161 ***Kittichaisaree,*** s. 249.

Oysa Roma Statüsü ise, komplonun klasik anlamından tümüyle uzaklaşmakta ve failin, bir suçun topluca işlenmesine ya da işlenme teşebbüsüne, bir biçimde katkıda bulunmasını aramaktadır. Suçun tamamlanmış olması aranmamakta ise de, en azından suçun icra hareketlerine başlanmış olması şart koşulmaktadır. Ayrıca, manevi unsur açısından da, işlenecek olan fiillerin varlığını bilme ya da en azından grubun amacını bilme şartı aranmaktadır. Bu bakımdan, UCD Statüsünde "komplo" hükmüne değil, ayrı bir kurum olan "ortak suç girişimi" (***joint criminal enterprise- JCE***) hükmüne yer verilmiştir (m. 25/3-d).

TCK bakımından ise, diğer ulusal hukuklarda olduğu gibi, JCE'ye dayanan sorumluluğa dair bir hüküm yoktur. Fakat bu konuda, YTCK m. 78 hükmü uygulanabilecektir. Gerçekten, bu madde gereği, soykırım veya insanlığa karşı suçların örgütler tarafından işlenmesi durumunda, bu amaçlı bir örgütü kuran, yöneten veyahut buna katılan kimse, örgütün varlığından ötürü ayrıca cezalandırılır: "***Yukarıdaki maddelerde yazılı suçları işlemek maksadıyla örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu örgütlere üye olanlara beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.***"

Örgüt mensubu kavramı, YTCK m. 6/5-j'de açıklansa da, bu hükümde "örgüt" tanımı verilmemiştir. Örgütün tanımı için, genel hüküm olan YTCK m. 220'den yararlanılabilir[162]. Bu durumda, örgütün varlığını kabul etmek için, en az üç kişi, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek için bir araya gelmeli, aralarında (gevşek de olsa) hiyerarşik bir yapılanma olmalı, henüz suç işlenmiş olmasa da, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmen gerçekleşmeli, örgütün varlığının devamlılığı yönünde bir irade belirlenebilmeli, örgütün yapısı ve araç-gereçleri amaç suçları işlemek bakımından elverişli olmalıdır[163].

Burada önemli olan, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde YTCK m. 76 ya da 77'deki suçu işleyen failin, hem ilgili maddeden, hem de YTCK m. 78'den dolayı ayrı ayrı mahkum edilip cezaların gerçek içtima kuralları çerçevesinde toplanacak olmasıdır[164]. Ancak bunun için, örgüt, bu suç tipini ya da belirli suçları soyut ve genel olarak işlemek amacıyla oluşturulmuş olmalıdır.

İleride işlenmesi amaçlanan suç tipinin icra hareketlerine başlanmış olmasa da, fail YTCK m. 78'den ötürü cezalandırılır. Zira bu düzenleme, belirli suçları işlemeye yönelik hazırlık hareketlerini, bağımsız olarak ceza yaptırımına bağlamaktadır. Yalnızca örgütün kurulup henüz işlenmesi kast edilen suçun icrasına geçilmemesi durumunda, yalnızca YTCK m. 78'den hüküm kurulacaktır. YTCK m. 78'deki suçun oluşması da özel kastın varlığına (soykırım ya da insanlığa karşı suç işleme maksadı) bağlıdır.

TCK'daki bu hükmü değerlendirmek gerekirse, Roma Statüsündeki JCE sorumluluğuna dair hükmü karşılamadığı söylenmelidir. Çünkü, JCE sorumluluğunda, aslında suça yardımcı nitelikli hareketlerle katılan suç ortaklarının, JCE'nin işlediği asıl suçtan (soykırım/insanlığa karşı suç ya da savaş suçları) ötürü ve fail (principal/perpetrator) olarak sorumlu tutulmaları söz konusudur. Oysa, YTCK m. 78'de yer alan husus, örgüt üyelerinin, salt örgüt üyeliğinden ötürü ve ayrıca cezalandırılmalıdır. Buna karşılık, örgütün soykırım suçunu işlemesi durumunda, suçun maddi unsurunun gerçekleştirilmesine bizzat katılmayan failin, yine de soykırım suçunun müşterek faili (co-perpetrator) gibi sorumlu tutulması söz konusu değildir. Bu bakımdan, uluslararası ceza hukuku uyarınca JCE çerçevesinde soykırım suçunun faili olarak ceza görecek kimsenin, ulusal mahkemelerce iştirak hükümleri çerçevesinde suça katılan (participant/accomplice) olarak cezalandırılması sorun yaratabilir. Bizce, bu konuda failin kusuruna (moral responsibility/culpability) uygun bir şekilde cezanın ulusal mahkemece tayin edilmesi durumunda, tamamlayacılık ilkesi açısından sorun çıkmaması beklenebilir. Zira, UCH bakımından da, JCE'ye katılan bir kimsenin co-perpetrator olarak sorumlu tutulması, onun asıl faillerle aynı cezayı alması anlamına gelmemekte, her bir JCE katılanının cezası kendi kusuruna göre tayin edilebilmektedir.

1948 Soykırım Sözleşmesine ve EYUCM, RUCM ve UCD Statülerine göre, soykırımda bulunmaya doğrudan ve açıkça tahrik etmek ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. Soykırımda bulunmaya başkalarını doğrudan ve aleni olarak tahrik etmekle, azmettirme arasında iki fark vardır. İlki, kışkırtmanın yöneldiği grubun kimliğine ilişkindir. Aleni ve doğrudan tahrikte, genel olarak kamu hedef alınırken, azmettirmede, ***belirli*** bir kimse ya da gruba yönelik bir teşvik vardır.

Esas önemli fark ise, iştirak kurallarının uygulanması için, bağlılık kuralı gereğince, suçun icrasına başlanmış olmasının gerekmesidir. Oysa, soykırıma aleni ve doğrudan tahrik, başlı başına bir suçtur. Bu bakımdan, tahrikin sonucunda soykırım teşkil edebilecek bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi, aleni ve doğrudan tahrikte bulunan kimse cezalandırılacaktır[165].

162 Aynı yönde ***Özbek/Doğan,*** İzmir Şerhi, s. 94.
163 YCGK, 3.4.2007, 253/80. Bkz. ayrıca ***Özbek/Doğan,*** İzmir Şerhi, s. 95.
164 ***Özbek/Doğan,*** İzmir Şerhi, s. 96.
165 ***Schabas,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 6, margin no. 14; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 315.

YTCK m. 76'da, direct and public incitement to genocide hükmüne özel olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte böyle bir durumda suç işlemeye tahrik suçune ele alan genel hükme başvurarak (YTCK m. 214) failin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Fakat m. 214'ün temel halinde öngörülen cezanın da nispeten hafif olduğunu vurgulamak gerekir (6 ay-5 yıl).

Diğer yandan, soykırımda bulunmaya başkalarını doğrudan ve aleni olarak kışkırtan/teşvik eden kişiler de cezaen sorumlu olacaktır. Bunu, aşağıda ayrıca açıklayacağız[166].

Uluslararası yargılamalarda, soykırım suçu çerçevesinde işlenen ve suçun maddi unsuru kapsamında kalan davranışlar zaten soykırım suç tipi kapsamında değerlendirilmektedir. Oysa ulusal ceza hukukumuz açısından, YTCK m. 76/2'de belirtildiği üzere, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır[167], yani bu suçlar açısından ayrıca ceza verilir. Ayrıca, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin niteliğine göre de cezada farklılık yaratılmamış, soykırım suçu hangi tür hareketle işlenirse işlensin, cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis olarak öngörülmüştür.

3. İNSANLIĞA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

A. GENEL AÇIKLAMALAR

İnsanlığa karşı işlenen suçlar, Roma Statüsünün 7. maddesinde düzenlenmiştir. Roma Statüsü bakımından, bu suç, maddede bentler halinde sayılmış belirli fiillerden herhangi birisinin "***saldırının bilincinde olarak, herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası***" olarak işlenmesidir. Bu fiilleri aşağıda ayrıca sayacağız.

TCK m. 77'ye göreyse, daha sonra sayılan belirli fiillerin "siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur".

Soykırım suçunun tanımının aksine, insanlığa karşı suçların tanımında, EYUCM, RUCM, SLÖM ve UCD Statülerinin farklı düzenlemelere sahip olduğu dikkati çekmektedir. EYUCM Statüsü, insanlığa karşı suçların yalnızca (ulusal ya da uluslararası) silahlı çatışma çerçevesinde işlenebileceğini öngörmüştür (EYUCM Statüsü m. 5). Böylece, EYUCM Statüsü, Nürnberg Mahkemesi Statüsünde öngörülen ve insanlığa karşı suçların ancak savaş suçları ya da barışa karşı suçun icrasında ya da bunlarla bağlantılı olarak işlenebileceğini düzenleyen anlayışa yaklaşmıştır. Oysa, günümüz uluslararası ceza hukukunda insanlığa karşı suçların bunlardan bağımsız olarak da işlenebileceği genel kabul görmektedir[168]. Nitekim, RUCM, Sierra Leone Özel Mahkemesi ve Roma Statüsü bakımından, insanlığa karşı suçtan söz edebilmek için silahlı bir çatışmanın varlığı aranmaz[169]. RUCM Statüsü ise, diğerlerinden farklı olarak, ayrımcılık temeline bağlı olarak işlenen belirli fiillerin insanlığa karşı suç oluşturabileceğini öngörmüştür. Buna göre, ulusal, siyasi, etnik, ırki ya da dini temellere bağlı olarak sivil halka karşı yöneltilmiş geniş çaplı ya da sistematik saldırının bir parçası olarak işlenen fiiller, bu kapsamda değerlendirilecektir (RUCM Statüsü m. 3)[170]. Buna karşın, RUCM Statüsü de, silahlı bir çatışmanın varlığını aramamakta; bunun yerine, sivil halka yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının varlığı ile yetinmektedir. Yaygın veya sistematik saldırı kıstası açısından, UCD Statüsü ile RUCM ve Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü örtüşmektedir.

Türk Ceza Hukukuna gelince, YTCK m. 77'deki suç tipi Nürnberg Mahkemesi Statüsünün 6/c maddesinden esinlenerek kaleme alınmıştır. Oysa bu konuda Roma Statüsündeki düzenlemenin temel alınması uygun olurdu[171]. Roma Statüsü ile karşılaştırıldığında, YTCK bakımından dikkati çeken farklılıklar şunlardır[172]:

- YTCK'da fiillerin "***siyasal, felsefi, ırki veya dinsel saiklerle***" işlenebileceği öngörülerek, suçun oluşması ayrımcı bir niyetin (***discriminatory animus***) varlığına bağlanarak, soykırım suçunda olduğu gibi özel kast aranmıştır. Oysa uluslararası hukukta genel olarak kabul gören ve Roma Statüsüne yansıyan anlayış, bu suçun genel kastla işlenebileceği yönündedir.

- Roma Statüsü bakımından, bu fiiller sivil nüfusa karşı yöneltilmiş saldırının bir parçası olarak işlenmelidir.

166 Bkz.aşağıda § 4, 2. altında anlatılanlar.
167 Bu anlayış, kasten öldürme dışındaki fiiller bakımından aşırı derecede ağır cezalara yol açacağı sebebiyle eleştirilmiştir (***Turhan,*** HPD 2005, s. 15; ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 103).
168 ***Chesterman,*** Simon; An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 10, 2000, s. 310; ***Cassese,*** ICL, s. 64.
169 ***Askin,*** s. 40; ***Dixon,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 7, margin no. 3; ***Sunga,*** S. Lyal; The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5–10), European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6/4, 1998, s. 386. Bu tartışma hk. detaylı bilgi için bkz. ***Spieker,*** Heike; The International Criminal Court and Non-International Armed Conflicts, Leiden Journal of International Law, Vol. 13, 2000, s. 403 vd; ***Başak,*** s. 121 vd; ***Zimmermann,*** Andreas; Role and Function of International Criminal Law in the International System After the Entry into Force of the Rome Statute of the International Criminal Court, in: GYIL 45 (2002), Berlin 2002, s. 39.
170 ***Chesterman,*** s. 309.
171 Aynı yönde ***Başkaracaoğlu,*** Elif, Uluslararası Hukuk Işığında Yeni Türk Ceza Kanunundaki "İnsanlığa Karşı Suçlar" Tanımının Değerlendirilmesi, MHB, Yıl 24, 2004, s. 256; ***Bayıllıoğlu,*** s. 80.
172 ***Önok,*** Uluslararası Suçlar, s. 190-191.

YTCK'da "***toplumun bir kesimine karşı işlenmesi***" denilerek, aynı şey kast edilmiştir. Aslında, TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde de "***nüfusun sivil bir grubuna karşı***" işlenmekten söz edilmekteydi. TBMM'deki değişikliğin gerekçesi olarak "***madde metninin ilgili uluslararası sözleşmelerle uyumunun sağlanması***" gösterildiğine göre, bu değişikliğin uluslararası antlaşmalarda öngörülen mağdur kategorisinden farklı bir kavram ifade etmeye çalıştığı biçiminde yorumlanması mümkün değildir.

•YTCK'da daha sonra sayılan fiillerin "***bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi***" aranmıştır. Roma Statüsü ve hatta Yugoslavya, Ruanda ve Sierra Leone Mahkemeleri bakımından ise, "***yaygın veya sistematik bir saldırı***" aranmıştır. Görüldüğü gibi, YTCK'da, yalnızca sistematik olma ölçütü ele alınmıştır.

•YTCK bakımından, insanlığa karşı suçun maddi unsurunu oluşturabilecek davranışların sayısı daha sınırlıdır. Oysa Roma Statüsünde, topyekun imha, nüfusun zorla nakli, kişilerin zorla kaybedilmesi, zulmetmek (***persecution***), ırk ayrımcılığı, cinsel kölelik gibi davranışlar da sayılmıştır[173]. YTCK'da, bu davranışlar ayrıca suç olarak düzenlenmediği için, bizdeki düzenleme açısından böyle bir gönderme yapılması da mümkün olamamıştır.

Bu hususları aşağıda detaylı olarak değerlendireceğiz.

B. FAİL

Roma Statüsünde olduğu gibi, YTCK açısından da fail herhangi bir kimse olabilir. Bu suçların mutlaka devlete bağlı görevliler tarafından ya da devletin açık veya örtülü onay ya da desteğiyle işlenmesi gerekmez.

Öte yandan, bir devletin kendi vatandaşlarına karşı işlediği suçlar da bu kapsama girebilir. Tersinden bakarsak, mağdur, saldırıyı gerçekleştirenlerle aynı ya da farklı vatandaşlıkta olabilir[174].

C. MAĞDUR

Suçun mağduru "sivil nüfus"tur[175]. Sivil nüfus, ister ülkesinde bulunduğu devletin vatandaşı olsun, ister olmasın, genel olarak "***savaşan (muharip) statüsü***" tanınmayan herkesi kapsar[176]. Kızılhaç Örgütünün UÖİH Raporunda da, siviller, silahlı kuvvetler mensubu olmayan şahıslar, olarak tanımlanmıştır (kural 5). Savaşan ise, tıbbi ve dini personel dışında, çatışma taraflarının silahlı kuvvetlerini oluşturan herkestir (kural 3).

Yukarıda ifade edildiği gibi, YTCK m. 77 metnine göre, belirli fiillerin "toplumun bir kesimine karşı" işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur. Oysa, TBMM Adalet Komisyonu Tasarısına göre, "nüfusun sivil bir grubuna karşı" belirli fiillerin işlenmesinden söz edilmekteydi. Bu değişikliğin amacı, büyük ihtimalle, sivillere karşı işlenen her toplu suçun insanlığa karşı suç sayılacağı yönünde hatalı bir kanaatin oluşmasını engellemektir. Bu bakımdan, "***toplumun bir kesimine***" formülüne yer verilerek, suçun sistemli niteliği vurgulanmak istenmiştir. Tıpkı uluslararası metinlerdeki "nüfus" (***population***) ibaresine yer verilmesinde olduğu gibi, buradaki amaç, geniş kapsamlı bir mağdur kitlesinin hedef alınması gerektiğini, bireylere karşı münferit saldırıların bu suçu oluşturmayacağını açıklamaktır[177]. Bu nedenle, suçun mağduru olabilecek kimseler kategorisini, UCH'ndaki yerleşik anlayışa uygun olarak değerlendirmek gerekir. O halde, buradaki ibareyi, "sivil nüfus" olarak değerlendirmek gerekecektir.

O halde, YTCK açısından da, suçun oluşabilmesi için belirli bir bölgedeki tüm sivil unsurların saldırıya uğramış olması gerekmez. Sivil halkın bir kısmı saldırıdan muaf tutulmuş olsa bile, önemli olan, saldırının belirli sayıdaki bireylere yöneltilmiş olmaktan ziyade, genel anlamda sivil nüfusa yöneltilmiş olduğunu gösterecek şekilde yapılmış olmasıdır[178]. Sivil nüfus içinde sivil olmayan bazı unsurların bulunması, suçun oluşumunu engellemez[179].

D. MADDİ UNSUR

Roma Statüsünün 7. maddesine göre bu suç, maddede bentler hâlinde sayılmış belirli fiillerden herhangi birisinin "***saldırının bilincinde olarak, herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası***" olarak işlenmesidir. Söz konusu fiiller şunlardır:

173 Detaylı bilgi için bkz. ***Ateş Ekşi,*** s. 125 vd.
174 ***Başkaracaoğlu,*** s. 258-259; ***Kittichaisaree,*** s. 95; ***Bantekas/Nash,*** s. 133; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 192.
175 ***Turhan,*** HPD 2005, s. 16, ***Azarkan,*** İnsanlığa Karşı Suçlar, s. 288; ***Başak,*** s. 126; ***Cassese,*** ICL, s. 64; ***Özbek/Doğan,*** TCK İzmir Şerhi, s. 88.
176 ***Pazarcı,*** Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 243; ***Köybaşı***, Serkan, Uluslararası İnsancıl Hukukta Canlı Kalkan Kavramı, Erdoğan TEZİÇ Armağanı, İstanbul 2007, s. 640. Tartışmalar için bkz. ***Azarkan***, İnsanlığa Karşı Suçlar, s. 288-289; ***Ateş Ekşi,*** s. 122-124; ***Başkaracaoğlu,*** s. 258; ***Tütüncü,*** Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, İstanbul 2006, s. 84 vd.
177 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 192.
178 Bu yönde ***Prosecutor v Kunarac***, EYUCM İstinaf Dairesi, 12.6.2002, para. 90, bkz. ***Bantekas/Nash,*** s. 132.
179 ***Ateş Ekşi,*** s. 124; ***Töngür,*** s. 35; ***Başkaracaoğlu,*** s. 258; ***Kittichaisaree,*** s. 95; ***Bantekas/Nash,*** s. 132; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 193. Yine bu yönde ***Prosecutor v Kordic***, EYUCM İlk Derece Dairesi, 26.2.2001, para. 180.

a) Kasten öldürme (Cinayet -***murder***- md. 7/1-a);

b) Topyekün imha etmek (***extermination*** - md. 7/1-b);

c) Köleleştirme (md. 7/1-c);

d) Nüfusun zorla nakli ya da sürgünü (***deportation or forcible transfer***… - md. 7/1-d);

e) Uluslararası hukukun temel kurallarını ihlâl eder şekilde hapsetme ya da fiziksel özgürlükten sair şekilde ağır mahrumiyet (md. 7/1-e);

f) İşkence (md. 7/1-f);

g) Irza geçme, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya kıyaslanabilir ağırlıkta diğer herhangi bir cinsel şiddet şekli (md. 7/1-g);

h) Tanımlanabilir herhangi bir grup ya da topluluğa karşı; siyasî, ırkî, ulusal, etnik, kültürel, dinî, (üçüncü paragrafta tanımlandığı şekilde) cinsiyet ayrımı ya da uluslararası hukuk uyarınca evrensel açıdan izin verilmeyen herhangi sair bir temele dayalı olarak, bu paragrafta belirtilen herhangi bir eylemle bağlantılı ya da Divanın yargı yetkisi dahilindeki herhangi bir suçla bağlantılı olarak zulmetmek (***persecution***) (md. 7/1-h);

ı) Kişilerin zorla kaybedilmesi (***enforced disappearance of persons*** - md. 7/1-i);

i) ***Apartheid*** (ırk ayrımcılığı) suçu (md. 7/1-j);

j) Kasten büyük ezaya veya vücut ya da zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddî zarara yol açan, benzer nitelikte diğer insanlık dışı hareketler (md. 7/1-k).

Ulusal ceza hukukumuzda ise, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi özgürlüğünden yoksun kılma, bilimsel deneylere tabi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme olarak sayılmıştır.

YTCK m. 77 kapsamında sayılan fiiller, genellikle daha sonraki hükümlerde tanımlanmıştır. Kasten öldürme (YTCK m. 81), kasten yaralama (YTCK m. 86), işkence (YTCK m. 94) eziyet (YTCK m. 96), kişi özgürlüğünden yoksun kılma (YTCK m. 109), bilimsel deneylere tabi kılma (YTCK m. 90), kısırlaştırma (YTCK m. 101), cinsel saldırı (YTCK m. m. 102), çocukların cinsel istismarı (YTCK m. 103), zorla fuhşa sevk etme (YTCK m. 227/4).

Buna karşılık, köleleştirme ve zorla hamile bırakma YTCK'da bağımsız suç olarak tanımlanmamıştır. Köleliği, Roma Statüsü m. 7/2-c'ye uygun şekilde, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi birinin ya da hepsinin bir insan üzerinde kullanılması ve zorla çalıştırma ile özellikle kadınlar ve çocuklar hakkında olmak üzere, bu yetkilerin insan ticareti ve kaçakçılığı esnasında kullanılmasını da kapsaması, şeklinde anlamak gerekir. Zorla hamile bırakmayı ise, herhangi bir nüfusun etnik oluşumunu etkilemek amacıyla ya da uluslararası hukukun diğer ağır ihlallerini gerçekleştirmek üzere, zorla hamile bırakılan bir kadının hukuka aykırı olarak tecrit edilmesi, olarak anlamak gerekir (m. 7/2-f).

Ayrıca, TCK m. 77'de sayılan fiillerin ulusal ceza hukukumuzdaki anlamı ile Roma Statüsündeki anlamı da bazen farklı olmaktadır. Örneğin, Roma Statüsüne göre "işkence" sanığın gözetimi ya da kontrolü altında bulunan bir kimseyi, ister fiziksel ister zihinsel olsun, ağır acı ya da ızdıraba kasten tabi tutmasıdır (m. 7/2-e). UCD Statüsünde özel kastın varlığı aranmamıştır; TCK m. 94 de bu yöndedir[180]. Buna karşılık, YTCK m. 94'e göre bu suçun faili ancak bir kamu görevlisi olabilecektir, Roma Statüsüne göreyse, fiilin bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşvikiyle işlenmiş olması aranmamıştır. Ne var ki, YTCK m. 96'daki eziyet suçu, kamu görevlisi olmayanlar tarafından işlenen işkence nitelikli davranışları zaten yaptırım altına almaktadır. Yani, bu konuda bir sorun yoktur. YTCK m. 94 ve 96 açısından, fiziksel/zihinsel acının "ağır" olması aranmamıştır, ki bu Statü gereklerinin ötesindedir. Fakat, TCK'nın madde gerekçelerine göre, "***bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler***". Oysa, Roma Statüsü açısından böyle bir unsur aranmamaktadır. Kanaatimizce, TCK açısından da, gerekçede yer verilen bu açıklamalar dayanaksızdır ve belirtilen bu hususlar suçun unsuru değildir[181]. Türk doktrinindeki baskın görüşün de bu görüşümüzde yana oluştuğu görülmektedir[182]. Fakat bu konuda henüz Yargıtay içtihadı yoktur. Şayet, sistematik olma/ belli bir süreç içinde işlenme gibi kıstaslar suçun unsuru olarak

180 ***Önok,*** R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 467 vd.
181 ***Önok,*** İşkence, s. 411 vd.
182 ***Şen***, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006, s. 335; ***Mahmutoğlu***, S. Fatih, Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008, s. 1034; ***Özbek/Bacaksız,*** TCK İzmir Şerhi, Cilt 2, s. 551; ***Yıldız,*** Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 205; ***Özen,*** Mustafa, Türk Ceza Kanunu'na Göre İşkence Suçu, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1376.

kabul edilecek olursa, TCK'nın tanımı Roma Statüsünün gerisinde kalacaktır. Bu durumda, fiziksel bütünlüğe yönelik fiilleri zaten "kasten yaralama" çerçevesinde değerlendirip, yine de insanlığa karşı suç saymak mümkün olabilecektir. Fakat, ruhsal bütünlüğe yönelik olup da, sistematik olmayan fiilleri m. 77 çerçevesinde ele almak mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan, yukarıda ifade edildiği gibi, topyekun imha (TCK Tasarısında "kitlesel biçimde ve sistemli olarak kişilerin öldürülmesi"nden bahsedilmişti), nüfusun zorla nakli (TCK Tasarısında "sürgün etme"ye yer verilmişti), kişilerin zorla kaybedilmesi (TCK Tasarısında "insanların kaçırıldıktan sonra yokedilmeleri"ne yer verilmişti), zulmetmek (***persecution***), ırk ayrımcılığı, ve cinsel köleliğe yer verilmemiştir. Bu durumda, bu davranış türlerini, m. 77'de sayılan fiiller içerisine sokarak, insanlığa karşı suç kapsamında cezalandırmak mümkün olabilir. Gerçekten de;

- Topyekun imhayı, kasten öldürme suçunun (m. 81 vd.) birden çok kişiye karşı işlenmiş şekli çerçevesinde;
- Nüfusun zorla nakli ve kişilerin zorla kaybedilmesini, "kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma" (m. 109) suçu ve belki de "işkence" suçu (m. 94) kapsamında[183];
- Zulmetmeyi; tehdit (m. 106), cebir (m. 108), kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma (m. 109), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (m. 114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m. 115), iş ve çalışma hürriyetini ihlal (m. 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m. 118), dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (m. 121), ayrımcılık (m. 122) suçları içerisinde;
- Irk ayrımcılığını, yukarıda belirtilen fiiller ve bunun yanında, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet, cinsel saldırı gibi suç tipleri çerçevesinde[184];
- Cinsel köleliği; "kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma" (m. 109), cinsel saldırı (m. 102), çocukların cinsel istismarı (m. 103), fuhuş (m. 227) ve belki insan ticareti (m. 80) suçları kapsamında; değerlendirmek mümkündür.

Görüldüğü gibi, YTCK m. 77'de sayılmayan, fakat Roma Statüsüne göre insanlığa karşı suçların maddi unsurunu oluşturabilecek davranışlar, TCK'da düzenlenen diğer bir çok suç tipini de oluşturabilecektir. Yine, bu diğer suç tiplerinden bazılarına da m. 77'de açıkça atıf yapılmıştır. Dolayısıyla, m. 77'de açıkça sayılmasa da; nüfusun zorla nakli, kişilerin zorla kaybedilmesi, zulmetmek (***persecution***), ırk ayrımcılığı, ve cinsel kölelik nitelikli davranışları, maddede sayılan diğer kategorilerden birine dahil etmek suretiyle, insanlığa karşı suç çerçevesinde cezalandırmak, teorik olarak, mümkündür.

Ne var ki, uygulamanın bu yönde olacağının bir garantisi olamaz. Bu bakımdan, m. 77'de açıkça sayılmayan fiillerin, insanlığa karşı suç kapsamında değil de, TCK'da düzenlenen diğer adi suçlar (ordinary crimes) çerçevesinde cezalandırılması ihtimali de mevcuttur. Bu durumda, aslında "uluslararası suç" teşkil eden bir davranışını "adi suç" olarak nitelendirilmesi ve yargılamanın bu doğrultuda yapılması söz konusudur. Ancak, uluslararası suç teşkil eden ırk ayrımı, kölelik, zulmetme (persecution) gibi suçları, bunların maddi unsurunun hareket kısmını teşkil eden davranışlardan yola çıkarak ulusal ceza hukukundaki adi suçlar çerçevesinde kovuşturmak, uluslararası ceza hukukunun amacı ve de, suç genel teorisi yönünden, fiilin haksızlık içeriği ve suçla korunan hukuksal değer gibi kavramlar açısından yeterli olmayacaktır. Ne var ki, verilen cezanın ağırlığının, işlenen suçun vahameti ile orantılı olması durumunda, tamamlayacılık ilkesi açısından UCD'nin tekrar yargılama yapmasını haklı kılmayacağı söylenebilir. Bu hususlara yukarıda değinmiştik[185].

Roma Statüsü, ***sistematik veya yaygın bir saldırı*** çerçevesinde işlenen fiilleri insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiştir. Bu saldırının mutlaka askeri nitelikli olması gerekmez (Suçun Unsurları, İnsanlığa Karşı Suçlara Genel Giriş, 3. paragraf)[186]. Nitekim, gerek Roma Statüsünde gerekse YTCK'da, insanlığa karşı suçtan söz edebilmek için silahlı bir çatışmanın varlığını aranmamıştır, zaten örfi hukuktaki yaklaşım da bu yöndedir[187]. Barış zamanında işlenen fiiller de insanlığa karşı suç oluşturabilir.

183 Zira, nüfusun zorla nakli ya da sürgünü, uluslararası hukukun haklı kıldığı nedenler bulunmaksızın, insanların hukuka uygun olarak bulundukları bölgeden kovulması ya da diğer zorlayıcı eylemler suretiyle yerlerinin zorla değiştirilmesini ifade eder (Statü m. 7/2-d). Bu da, YTCK kapsamında m. 109'daki suç tipinin maddi unsurunu oluşturur.

184 Kaldı ki, m. 77'ye göre, daha sonra sayılan herhangi bir fiilin "ırkisaiklerle" işlenmesi, bizzat insanlığa karşı suç teşkil edecektir. Ne var ki, bireylerin ırki saiklerle hareket etmesi ayrı, devlet tarafından sürdürülen bir ırk ayrımcılığı rejimi çerçevesinde işlenmesi ayrı şeylerdir.

185 § 2, IV. Aatında anlatılanlar.

186 Hatta, ırk ayrımcılığı suçunda olduğu gibi, saldırının silahlı kuvvete dayalı olması dahi gerekmez, ***Prosecutor v. Akayesu***, RUCM İlk Derece Dairesi, 2.9.1998, para. 581; aynı yönde ***Kittichaisaree,*** s. 94.

187 ***Sunga,*** s. 386; ***Askin,*** s. 40; ***Dixon,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 7, margin no. 3; ***Karakaş***, Işıl; Küreselleşmenin Hukuki Boyutu: İnsanlığa Karşı Suçlar ve Uluslararası Hukuk, Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Bahçeşehir Üni. S.B. Enstitüsü, Cilt I, Sayı 2, Mayıs 2000, s. 179; ***Azarkan,*** İnsanlığa Karşı Suçlar, s. 284; ***Ateş Ekşi,*** s. 110-112, ***Cryer ve diğerleri,*** s. 191; aksi yönde ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 100. Bu tartışma hk. detaylı bilgi için bkz. ***Spieker,*** s. 403 vd; ***Zimmermann,*** Role and Function of ICL, s. 39; ***Başak,*** s. 121 vd. EYUCM Statüsünün açık hükmü gereği, söz konusu Mahkeme fiille silahlı çatışma arasındaki bağlantıyı arasa da, ***Tadic*** davasından beri bu bağlantının örf ve adet hukukunda aslında gerekli olmadığı vurgulanmaktadır, bkz. ***Ateş Ekşi,*** s. 112; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 102; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 191.

Fakat, TCK açısından sorunlu bir husus vardır: Roma Statüsü, sistematik ***veya*** yaygın bir saldırı çerçevesinde işlenen fiilleri insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiştir. Sivil halka yöneltilmiş saldırının sistematik ***veya*** yaygın olması yeterlidir. Bu koşullar seçimliktir. "***Yaygın***" kavramı, saldırının geniş çaplı olmasına ve mağdurların sayısal çokluğuna[188]; "***sistematik***" kavramı ise, bir politika ya da planın varlığına işaret etmektedir[189]. RUCM, Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1996 tarihli "İnsanlığın Huzuruna ve Güvenliğine karşı İşlenen Suçlar Kanunu" tasarısına dayanarak, sistematik saldırıyı "***Esaslı kamusal ve özel kaynaklar gerektiren ortak bir politika çerçevesinde, tümüyle organize ve düzenli bir seyir takip eden saldırı***"[190] olarak tanımlamıştır[191]. EYUCM içtihadına göre, belirli bir topluluğu hedef alan bir planın kabul edilmiş olması ve uygulanmasına yönelik hazırlıkların yapılması, uygulamaya yüksek düzeyde askeri veya siyasi yetkililerin katılması, kayda değer mali, askeri ya da diğer kaynakların kullanılması, belirli bir sivil topluluğa yönelik şiddetin derecesi ve bu şiddetin sürekli ve tekrarlanan niteliği, saldırının sistematik olmasını kanıtlamaya yarayacak ölçütlerdir[192]. Bu kıstaslarla, belirli kişilere yönelik münferit eylemlerin, insanlığa karşı suç kapsamına girmesi önlenmektedir[193].

TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen TCK Tasarısında sadece "bir plan doğrultusunda" belirli fiillerin işlenmesinden bahsedilmişti. Bu anlayış sakıncalıydı, çünkü bir fiilin planlı olması, sistematik olduğunu belirlemek açısından önemli bir kıstas olsa da, davranışı insanlığa karşı suç saymak için yeterli değildir. Zira, taammüden (tasarlanarak – premedidately) işlenen münferit suçlar da planlıdır. Meclis'in kabul ettiği nihai metinde ise, belirli fiillerin "***bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi***"nden söz edilmiştir.

Fakat, yukarıda dile getirildiği üzere, YTCK'da sistematik olma unsuruna yer verilirken, bu sefer de saldırının "geniş çaplı/yaygın" olması şeklindeki, alternatif diğer unsura yer verilmemiştir. Aslında, sistematik bir saldırı hemen her zaman birden çok mağdurun varlığını gerektirdiğinden, Roma Statüsünde uygulama alanını genişletmek için alternatif olarak yer alan "***yaygın/geniş çaplı"*** ibaresinin YTCK'da bulunmaması uygulamada bir soruna yol açmayabilir[194]. Örneğin, terörist eylemler bir çok mağduru esas aldığı gibi, hemen her zaman sistematiktir. Ancak, su şebekesine zehir katmak gibi bir örnekte, fiil bir çok mağduru hedef almakla birlikte, bunun "sistematik" olup olmadığı tartışılabilir[195]. İşte, böyle bir durumda, fiili insanlığa karşı suç kapsamında ele almak TCK açısından mümkün olmayabilir. Bu nedenle, TCK m. 77'de, "sistemli" kelimesinden sonra gelmek üzere, "veya yaygın ya da geniş çaplı" ibarelerine yer verilmesinde fayda vardır.

Öte yandan, Roma Statüsü'ne göre, maddi unsurlara giren diğer bir husus da sivil nüfusa yönelik "saldırı"nın varlığıdır. Bu anlamda saldırı da, Statü m. 7'de sayılan fiillerin birden çok işlenmesini gerektirir. Suçun oluşması için aranan asgari eşiği yükselten bu ibarelere ulusal kanunumuzda yer verilmemiştir. Ne var ki, ulusal kanunların Statü'ye göre daha geniş tanımlara ver vermesi (over-inclusion) Statü'nün uygulanması açısından bir sorun değildir.

Roma Statüsü bakımından, insanlığa karşı suç oluşturabilecek davranışın devlet politikası ya da organize diğer bir politika çerçevesinde işlenmiş olması gerekir. Saldırı, belirli bir politikayı izlemek doğrultusunda gerçekleşmelidir[196]. Ancak, eylemin hükümetin veya merkezi bir gücün politikası doğrultusunda işlenmesi şart değildir, diğer bir teşkilat ya da özel kişiler grubunun politikası çerçevesinde de bu suç işlenebilir[197]. Fakat, faillerin bu politikanın oluşumunda ya da yürütülmesinde rol alması, politikayı benimseyen örgütle bağlantılı olmaları gerekmemektedir[198]. YTCK açısından da durum böyledir, fiilin bir "plan doğrultusunda" işlenmesi aranmıştır.

Belirtelim ki, TCK'da "plan"dan bahsedilirken, "politika" kıstasına açıkça yer verilmiş değildir. Fakat, insanlığa karşı suçtan söz etmek için, YTCK m. 77'de bentler halinde sayılan fiillerin "***bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi***" gerekir[199]. Bir plan doğrultusundaki sistematik saldırı, haliyle bir politikanın gereği olacaktır. Bu yönüyle, "politika" kıstası aslında saldırının sistematik olup olmadığını değerlendirmeye yarayacaktır[200].

Roma Statüsünde, ilgili devlet ya da örgütün söz konusu politikayı aktif olarak desteklemesi ya da teşvik

188 ***Ateş Ekşi,*** s. 117; ***Güller/Zafer,*** s. 82. RUCM içtihadına göre bir saldırının "yaygın" olmasının anlamı, çok sayıdaki mağdura karşı doğrudan ve ağır şekilde, kollektif olarak gerçekleştirilen geniş çaplı bir eylem olmasıdır, bkz. ***Azarkan,*** Ezeli; Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, İstanbul 2003, s. 97-98 (Uluslararası Ceza Mahkemeleri).
189 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 194-195.
190 İng. "***thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources***".
191 ***Prosecutor v. Akayesu***, RUCM İlk Derece Mahkemesi, 2.9.1998, para. 580.
192 ***Ateş Ekşi,*** s. 118; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 103; ayrıca bkz. ***Başkaracaoğlu,*** s. 261 vd.
193 ***Chesterman,*** s. 315; ***Azarkan,*** Uluslararası Ceza Mahkemeleri, s. 98; ***Ateş Ekşi,*** s. 122.
194 Karşılaştırınız ***Turhan,*** HPD 2005, s. 16.
195 Nitekim öğretide, her yaygın saldırının sistematik olmayabileceği vurgulanmaktadır, bkz. ***Ateş Ekşi,*** s. 120.
196 Aslında EYUCM içtihadında, uluslararası örfi hukuk uyarınca bir plan ya da politikanın varlığının suçun unsuru olmadığı sonucuna varılmıştır, ***Prosecutor v Kunarac***, EYUCM İstinaf Dairesi, 12.6.2002, para. 98.
197 ***Sunga,*** s. 387; ***Chesterman,*** s. 316; ***Azarkan,*** Uluslararası Ceza Mahkemeleri, s. 99; ***Azarkan,*** İnsanlığa Karşı Suçlar, s. 287; ***Başkaracaoğlu,*** s. 262; ***Cassese,*** ICL, s. 64.
198 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 199.
199 ***Askin,*** s. 40; ***Dixon,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 7, margin no. 3; ***Azarkan,*** İnsanlığa Karşı Suçlar, s. 286; ***Ateş Ekşi,*** s. 113 vd; ***Başkaracaoğlu,*** s. 260 (fakat bu unsuru "suçun ön şartı" sayan yazarın görüşüne katılmıyoruz). Zaten bu suçları "insanlığa karşı işlenmiş" kılan husus da, insan haklarının geniş ölçüde ihlalini teşkil etmeleri sebebiyle, uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmeleridir, ***Azarkan,*** Uluslararası Ceza Mahkemeleri, s. 91.
200 ***Ateş Ekşi,*** s. 120; ***Başkaracaoğlu,*** s. 261-262; kıyaslayınız ***Başak,*** s. 131.

etmesi açıkça aranmıştır[201]. Bu yüzden özel kişilerce işlenen bazı eylemlerin devlet tarafından hoş görülmesi, UCD Statüsü bakımından bu suçu oluşturmaz[202]. TCK açısından da aynı anlayışı benimsemek uygun olacaktır. Fakat, uygulamanın bu yönde olmaması durumunda, insanlığar karşı suç sayılmaması gereken davranışlar ulusal merciler tarafından o çerçevede değerlendirilmiş olacağından, devlet, Roma Statüsü'nden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olmayacak, aksine, gerekenden de fazlasını yapmış olacaktır. Bu bakımdan, tamamlayıcılık ilkesi açısından bir sorun olmayacaktır.

Yaygın veya sistematik bir saldırı çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması kaydıyla, her bir failin kendisi tarafından gerçekleştirilen münferit eylemlerin de ayrıca bu nitelikte olması gerekmez. Diğer bir deyişle, sivil nüfusa yönelik saldırının geniş çaplı ya da sistematik olması yeterlidir; ayrıca, her bir sanığın bu çerçevedeki eyleminin de sistematik olması gerekmez. Bu bakımdan, genel saldırının bir parçasını teşkil eden tek bir eylem de suçun maddi unsurunu oluşturabilir[203]. Örneğin, bir ülkedeki Müslümanlara yönelik sistemli bir saldırı çerçevesinde ve bu bağlamda, X mahallesi Y sokağındaki Müslümanların esir alınıp kampa götürüldüğünü gören (A)'nın faillere yardımcı olması durumunda, kendisi de insanlığa karşı suçun şeriği olur. Elbette bunun için fail, sivil nüfusa yönelik saldırıyı bilmeli ve bu sürece katılmak iradesiyle davranmalıdır. Bu kıstas açısından TCK'nın metni sorunludur. Zira, "**aşağıdaki fiillerin**, siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı **bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi**, insanlığa karşı suç oluşturur" denilmektedir. Görüldüğü gibi, sanki maddede sayılan davranışların da taammüden ve sistemli olarak işlenmesi aranmış gibi durmaktadır. Fakat, ulusal mahkemelerimizin bu kıstası uluslararası ceza hukukunun yerleşmiş çerçevesi dahilinde, yukarıda ele aldığımız şekilde yorumlaması beklenebilir.

E. MANEVİ UNSUR

Ad hoc mahkemelerin uygulamasına bakılacak olursa, insanlığa karşı suçların manevi unsuru açısından üç noktanın varlığına dikkat edilmektedir[204]:

- Suçun maddi unsurunu teşkil eden davranış açısından (*underlying crime*), ulusal ceza hukuku düzenleri anlamında kasıt aranmakta, bu çerçevede, neticenin bilinip istenmesi gerekmektedir.
- Bir sistemin parçası olarak hareket eden, fakat neticeyi bizzat kendisi gerçekleştirmeyen fail açısından (örneğin, toplama kampında işkence gören esirleri evlerinden toplayıp kamp komutanına teslim eden kimse), davranışının tüm neticelerini öngörüp bilmiş olması aranmamakta; davranışının mağdur açısından ağır neticelere yol açabileceği riskinin bilincinde olması yeterli görülmektedir.
- Fail, kendi davranışıyla mağdurlara yönelik politika ya da sistematik uygulama arasındaki bağlantıyı bilmelidir.

Roma Statüsüne göre suçun manevi unsuru genel kasttan ibarettir. Statüye göre fail, sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik saldırının varlığını bilmeli ve maksatlı olarak bu sürece katılmalıdır. Buna karşılık failin, saldırının tüm özelliklerini veyahut saldırı plan ya da politikasının kesin ayrıntılarını bildiğinin kanıtlanması gerekmeyecektir[205].

Yani, fail maddede sayılan eylemlerden birini işlerken, sivil nüfusa yönelik olarak, bir plan doğrultusunda ve sistemli olarak gerçekleştirilen saldırının varlığını bilmeli ve bu sürece katılma iradesiyle hareket etmelidir[206]. Öğretide ***Başak*** tarafından belirtildiği üzere, failin, kendi fiilinin diğer gerçekleşen fiillerle bağlantısının bilincinde olarak bu eylemi işlemiş olması gerekli ve yeterlidir[207]. Zaten, eylemin insanlığa karşı suç biçiminde, farklı ve daha ağır bir kategori içerisinde değerlendirilmesini gerekli kılan ek unsur da, bu bağlantı noktasıdır[208].

TCK açısından da yukarıda söylenilenler geçerlidir. Zaten, TCK m. 77'ye göre, fiillerin "planlı" ve "sistemli" olması, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar arasındadir. Bu bakımdan, bu unsurlardan birinin varlığını bilmeyen kimse kasten hareket etmiş sayılamayacağı için (m. 30/1), insanlığa karşı suçtan sorumlu tutulamayacaktır.

Buna karşılık, Roma Statüsü ile YTCK arasındaki önemli bir farklılık, suçun manevi unsuru açısındandır. Daha önce belirttiğimiz gibi, YTCK m. 77'ye göre insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilebilecek fiillerin

201 1996 tarihli İnsanlığın Huzuruna ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Tasarısı m.18'de de, fiillerin bir Hükümet ya da herhangi bir teşkilat veya grup tarafından yönetilmesi ya da teşvik edilmesi gerektiği öngörülmüştü.
202 ***Cassese,*** ICL, s. 93.
203 ***Prosecutor v Dusko Tadić*** EYUCM İlk Derece Dairesi, 7.5.1999, para. 649; bkz. ayrıca ***Sunga,*** s. 386; ***Ateş Ekşi,*** s. 115; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 199.
204 ***Cassese,*** ICL, s. 81-82.
205 ***Schabas,*** The ICC, s. 37, ***Dixon,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 7, margin no. 12, ***Başak,*** s. 124; ***Sunga,*** s. 387-388; ***Zwanenburg,*** s. 134; ***Başkaracaoğlu,*** s. 265.
206 ***Başkaracaoğlu,*** s. 265..
207 ***Başak,*** s. 124; ***Sunga,*** s. 387-388; ***Töngür,*** s. 36; ***Zwanenburg,*** s. 134; ***Güller/Zafer,*** s. 87.
208 ***Cassese,*** ICL, s. 82; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 198.

"*siyasal, felsefi, ırki veya dinsel saiklerle*" işlenmesi gerekmektedir. Yani, ***ayrımcılık saiki*** (discriminatory ***animus***) aranmak suretiyle, suçun oluşumu özel kasta bağlanmıştır. Fakat bu, uluslararası ceza hukukunda geçerli anlayışa uymamaktadır, insanlığa karşı suçların manevi unsurunu oluşturmak için genel kastın yeterli olduğu savunulmaktadır[209]. Bu düzenleme ile, insanlığa karşı suçun seçimlik hareketlerinden biri olan zulmetme ile suçun kendisi arasında da karışıklık yaratılmıştır[210].

Bu durumda, Türkiye Roma Statüsü'ne taraf olursa ne olacaktır? Burada iki ihtimal vardır. İlk ihtimal, Anayasa m. 90/son hükmünün devreye girmesidir. Roma Statüsü insan hakları alanına dair bir uluslararası antlaşma olduğuna göre, Statü Türkiye açısından yürürlüğe girdiği zaman, ulusal kanun hükümlerimize nazaran üstün olacaktır. O halde, bu durumda Roma Statüsü'ndeki tanım esas alınacaktır. Kanaatimizce, bu yöndeki görüşün doğru olmayacağını, Statü'nün amacı ve niteliği doğrultusunda, yukarıda açıklamıştık. İşte bu durumda, şu ihtimal ortaya çıkacaktır: YTCK m. 77'de öngörülen özel kast somut olayda tespit edilemediği için, sanığın adi suçlar çerçevesinde yargılanması. Bu durumu, yukarıda çeşitli vesilelerle değerlendirmiştik. Böyle bir ihtimalin UCH'nun amacı ve suç genel teorisi açısından uygun olmadığını tekrarlayalım. Fakat, sanığın, yine de fiilinin ağırlığına ve manevi sorumluluğuna uygun ve mütenasip bir cezaya çarptırılması durumunda, tamamlayıcılık ilkesi açısından sorun çıkmaması gerektiğini düşünüyoruz.

F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Uluslararası ceza hukuku bakımından, insanlığa karşı suçun maddi unsurunu oluşturan davranışların ayrıca cezalandırılması mümkün değildir. Ya bunlar yaygın veya sistematik saldırı çerçevesinde gerçekleştirilmiştir, ki bu durumda insanlığa karşı suç oluşur. Ya da bunlar münferit eylemlerdir, ki bu durum uluslararası ceza hukukunu ilgilendirmez.

Buna karşılık, ulusal ceza hukukumuzda YTCK m. 77/2'de belirtildiği üzere, kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır. Bunlar dışındaki davranışlar bakımından, bileşik suç kuralları gereğince tek bir insanlığa karşı suç oluşacaktır.

4. SAVAŞ SUÇLARI

A. ROMA STATÜSÜ'NÜN KONUYA YAKLAŞIMI

Statünün 8. maddesinde, "*ius in bello*", yani kuvvete başvurma halinde silahlı çatışmaların yürütülmesinde uyulması gerekli olan insancıl hukuk kurallarına yer verilmiştir. Buna karşılık, "*ius ad bellum*" kavramıyla ifade edilen, uluslararası hukukta kuvvete başvurma hakkı, saldırı fiili çerçevesinde değerlendirilecektir. Uluslararası hukukta olduğu gibi Statü bakımından da m. 8 hükümlerinin uygulanması kuvvete başvurma hakkına sahip olunup olunmamasından bağımsızdır, bu hüküm silahlı çatışma halinde her zaman uygulanacaktır.

Roma Statüsünün sekizinci maddesini inceleyecek olursak, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında işlenebilecek 34 tane (m. 8/2-a ve b), iç silahlı çatışmalar sırasında işlenebilecek 16 tane (m. 8/2-c ve e) cezalandırılabilir suç tipi öngörülmüştür. Böylece, EYUCM'un ***Tadic*** davasından beri gelişmekte olan anlayışa uygun olarak, iç silahlı çatışmalar sırasında da savaş suçlarının işlenebileceği Roma Statüsünde de kabul görmüştür. Bununla birlikte, gelişmekte olan bir anlayış, silahlı çatışmanın niteliği ne olursa olsun, bunun yürütülmesinin aynı kurallara bağlanması gerektiği; bu nedenle, uluslararası olan silahlı çatışmalarla iç silahlı çatışmalar bakımından ayrı bir kurallar bütününün öngörülemeyeceği yönündedir[211]. Fakat Roma Statüsünde her iki kurallar bütünü birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiştir[212]. Yine de, m. 8/2-a ve b'de yer alan ve uluslararası silahlı çatışmalar açısından uygulanacak hükümler ile, m. 8/2-c ve e'de yer alan ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından uygulanacak hükümler arasındaki genel benzerlik ve hatta bir çok durumda özdeşlik, son yıllarda uluslararası hukukta görülen eğilimin Statüdeki yansımasıdır[213]. Fakat, uluslararası silahlı çatışmalar bakımından öngörülen bazı suçlara, m. 8/2-c ve m.

209 Bu yönde ***Robinson,*** Darryl; Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference, American Journal of International Law, Vol. 93, No. 1, January 1999, s. 46 (istisnası, suçun maddi unsurunun zulmetmeden ibaret olmasıdır; zira "***persecution***-zulmetme" suçu, niteliği bakımından ayrımcılık saikini gerektirir); ***Dinstein,*** Yoram; Crimes Against Humanity After Tadiç Leiden Journal of International Law, Vol. 13, 2000, s. 391; ***Schabas,*** The ICC, s. 37; ***Ambos,*** Kai/ ***Wirth,*** Steffen; The Current Law of Crimes Against Humanity (An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000), Criminal Law Forum, Vol. 13, 2002, s. 43-45; ***Cassese,*** ICL, s. 82; ***Turhan,*** HPD 2005, s. 18; ***Önok,*** Uluslararası Suçlar, s. 195; ***Ateş Ekşi,*** s. 112-113; ***Kittichaisaree,*** s. 92; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 192; ***Güller/Zafer,*** s. 87; ***Aksar***, Evrensel, s. 211; ***Özbek/Doğan,*** TCK İzmir Şerhi, s. 90. Karşılaştırınız ***Azarkan,*** İnsanlığa Karşı Suçlar, s. 285; ***Aydın,*** s. 158; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 101.

210 ***Aksar,*** Yusuf, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış, UHP, Yıl 1, Sayı 3, 2005, s. 54; ***Zafer,*** MHFD, s. 303. Öte yandan, "siyasal" ve "felsefi" ibarelerine yer verilmesinin büyük bir hata olduğu yönünde bkz. ***Arslan,*** UHP, s. 29.

211 ***Cassese,*** Antonio, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, EJIL, Vol. 10, 1999, s. 150.

212 ***Cassese,*** ICL, s. 61.

213 ***Spieker,*** s. 397-398. Hatta, Konferansta böyle bir ayrımın tümüyle kaldırılması bile önerilmiştir; fakat, bu öneri bir çok delege için henüz kabul edilemez nitelikteydi. Bununla birlikte, tüm silahlı çatışmaların, coğrafi kapsamları ne olursa olsun, aynı kurallar bütününe bağlanması eğiliminin bu şekilde somutlaşması bile, kanaatimizce isabetli bir yönelimdir (bkz. aynı yönde ***von Hebel,*** Herman/ ***Robinson,*** Darryl, Crimes within the Jurisdiction of the Court, in: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague 1999, s. 125; ayrımın bu noktada yine de gereksiz olduğu yönünde bkz. ***Green,*** C. Leslie; Criminal Responsibility of Individuals in Non-international Conflicts, in: GYIL 45 (2002), Berlin 2002, s. 104-105; ***Soygüt,*** Mualla Buket, Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü'nün 8. Maddesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları, Erdoğan Teziç Armağanı, İstanbul 2007, s. 728).

8/2-e kapsamında yer verilmediği gibi; Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokolde yer alan bazı yasaklanmış davranış tipleri de Statüye alınmamıştır[214]. Bu da diğer bir gerçeği, yani bu iki kategori silahlı çatışma türüne uygulanacak kurallar bakımından bazı devletlerin hala farklı rejimleri uygulama niyetinde olduğunu ortaya koymaktadır[215]. Bununla birlikte, Kızılhaç Örgütünün UÖİH Raporunda da vurgulandığı üzere, günümüzde uluslararası örfi hukukun birçok kuralı her iki çatışma türünde de uygulanmaktadır. Devlet uygulamaları da bu yönde olup, mevcut antlaşmalarda öngörülen ilkelerin uygulama alanını bir hayli genişletmiştir[216].

Roma Statüsündeki sayımın uluslararası ceza hukuku bakımından sınırlayıcı olmadığı ve örfi hukuka göre savaş suçu oluşturduğu söylenebilecek tüm davranışları kapsamadığı önemle vurgulanmalıdır[217]. Bu bakımdan, ulusal mevzuatımızda savaş suçları düzenlecek olursa, Statü'de yer almayan bazı davranış türlerinin de ceza yaptırımına bağlanması düşünülebilir. Türk mevzuatı açısından, aşağıda göreceğimiz üzere, konuya dair çok az hüküm olduğu gibi, bunlar da "savaş" durumunda uygulanabileceğinden, mevzuatta ise (2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu m. 3/5) bu kavram geleneksel uluslararası silahlı çatışmalar açısından tanımlandığı için, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu sınırlı sayıdaki hükümler dahi uygulanmayacaktır.

Roma Statüsü bakımından savaş suçları, sonraki paragraf ve bentlerde sayılmış belirli fiillerden herhangi birisinin "***özellikle, bir plan, politika ya da bu fiillerin geniş çaplı olarak işlenmesinin bir parçası***" olarak işlenmesidir. Buradaki vurgu savaş suçları açısından yeni bir asgari eşik getirmediği gibi, UCD'nin bu konudaki yetkisini de kesin olarak kısıtlamamaktadır. İnsanlığa karşı suçlardan farklı olarak, burada "özellikle" sözcüğü kullanılarak, maddede sayılan fiillerin mutlaka anılan çerçevede işlenmiş olmasının aranmayacağı[218], fakat bu çerçevede işlenen fiillerin ise, her halukarda UCD'nin yargı yetkisine gireceği vurgulanmak istenmiştir. Diğer bir deyişle, burada savaş suçlarının tanımında uluslararası hukukta kabul gören mevcut anlayış bakımından bir sınırlamaya gidilmemiş, fakat UCD'nin yargı yetkisi bakımından bir kıstas getirilmiştir[219]. Bu bakımdan, bir plan, politika çerçevesinde ya da bu fiillerin yaygın olarak işlenmesi bağlamında gerçekleştirilmeyen davranışlar da savaş suçu oluşturabilir, bu hususlar suçun unsuru değildir. Diğer bir deyişle, savaş sırasında işlenen münferit ihlaller de savaş suçu teşkil edebilir[220]. Fakat bunları UCD önünde yargılamanın gerekli olup olmadığı, özellikle m. 17/1-d hükmü çerçevesinde, savcı tarafından ayrıca dikkate alınacaktır.

Türk hukuku açısından da, Askeri Ceza Kanunu'nda öngörülen sınırlı sayıdaki savaş suçunu oluşabilmesi açısından, fiillerin planlı olarak ya da plan çervesinde veyahut geniş çaplı işlenmesi şeklinde ilave bir kıstas aranmamaktadır.

Statü'nün uygulanması için, fiilin savaş hukukunun geçerli olduğu zaman dilimi içinde işlenmesi gereklidir. Bu da, kural olarak, çatışmaların başlamasından barış antlaşması imzalanana kadarki süreci kapsar. Ancak, arada bir anlaşma olmamakla birlikte, askeri operasyonların sona ermesi durumunda da silahlı çatışma durumu sona ermiştir[221].

Türk Hukuku açısından ise, harp hükümlerinin geçerli olması "seferberlik" halinin varlığına bağlıdır (1632 s. Askeri Ceza Kanunu m. 7); diğer bir deyişle, seferberlik durumunda uygulanacağı belirlenen hükümler "harp hükmü" sayılır. Seferberliğin tarifi ise m. 8'de yapılmıştır. İkinci fıkraya göre "***Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir.***" Dolayısıyla, As.CK konuya daha şekli bir yaklaşım getirmiştir, oysa UCH açısından çatışmaların fiilen mevcut olması, savaş suçunun oluşabilmesi için yeterlidir.

Ayrıca, fiilin silahlı çatışma ile nedensellik bağı içinde bulunması gereklidir[222]. Roma Statüsünde ve buna bağlı Suçun Unsurlarında da bu husus vurgulanmıştır. Buna göre, her bir suç tipi açısından belirtildiği üzere, davranış bir silahlı çatışma bağlamında ve onunla ilişkili olarak gerçekleşmelidir (***the conduct took place in the context of and was associated with***). Bu nedenle, savaşın devam ettiği bir zamanda işlense de, onunla alakası olmayan fiiller savaş suçu sayılmaz.

Savaş suçunun oluşumu için davranışın silahlı çatışma bağlamında gerçekleşmesinden kast, suçun işlendiği yer ve zamanda askeri faaliyetlerin bilfiil sürmekte olmasını ifade etmemektedir[223], aslolan, davranış ile çatışma arasında

214 Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. ***Spieker,*** s. 422-423.
215 Buna karşılık, savaş suçlarının ulusal mevzuatlardaki düzenleme tarzı bakımından, son zamanlarda böyle bir ayrıma gidilmediğine dair bkz. ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 729.
216 Örf ve Adet Hukuku, International Review of the Red Cross, Vol. 87, No. 857, March 2005'ten ayrı Türkçe bası, s. 27.
217 ***Cassese,*** ICL, s. 54.
218 Aynı yönde ***Askin,*** s. 50; ***von Hebel/Robinson,*** in: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, s. 124; ***Zwanenburg,*** s. 135; ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 718.
219 ***Cassese,*** Preliminary Reflections, s. 149-150.
220 ***Fenrick,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 8, margin no. 3; ***Schabas,*** The ICC, s. 25; ***Frulli,*** Micaela; Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?, European Journal of International Law, Vol. 12, No. 2, 2001, s. 334; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 241; ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 715.
221 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 233.
222 ***Başak,*** s. 175; ***Cassese,*** ICL, s. 49; ***Güller/Zafer,*** s. 90; ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 715.
223 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 238.

bir neden-sonuç ilişkisinin varlığıdır. Bu bağlantının tespitinde şu hususlara bakılabilir[224]: silahlı çatışmanın varlığı, failin bu suçu işleyebilmesi, işleme kararını alması, işleme tarzı ya da işleme amacı bakımından önemli bir yere sahip midir? Bu kıstasları değerlendirirken de, failin statüsüne, mağdurun statüsüne, eylemin askeri harekatın bir amacına hizmet edip etmediğine, failin resmi görevi bağlamında işlenip işlenmediğine bakılabilir. Aşağıda belirteceğimiz üzere, As.CK'nda gerçek anlamda savaş suçlarına yer verilmediği için, nedensellik bağına dair bu kıstas şu an için işlevsizdir.

Statünün m. 8/2-a hükmüne göre, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin[225] Ağır İhlalleri cezalandırılmaktadır. Buna göre, ilgili Sözleşme hükümlerine göre koruma altında bulunan kişilere ya da mülkiyete karşı, bentler halinde sayılmış belirli fiillerden herhangi birisinin işlenmesi, savaş suçudur. Bu bendin kapsamına gireceği belirtilen söz konusu fiiller bent altında tek tek sayılmıştır (enumarated). Söz konusu hükümde, Sözleşme tarafından koruma altına alınan kimselere karşı işlenmesi halinde suç oluşturacak sekiz suç tipi belirlenmektedir. Tüm savaş suçları arasında en yerleşmiş ve geniş kabul görmüş yasakları ifade eden, uluslararası hukuktaki örfi değeri genel kabul gören[226] Cenevre Sözleşmelerinden alınmış bu sekiz suç tipi, muhtemelen Mahkeme tarafından en çok uygulanacak savaş suçları kategorisidir.

Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri hükmü, yalnızca uluslararası nitelikli silahlı çatışmalarda uygulanabileceğinden, m. 8/2-a hükmü de iç silahlı çatışmalar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır.

Statünün m. 8/2-b hükmüne göre, uluslararası hukukun yerleşmiş çerçevesi dahilinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir kural (yasa - ***law***) ve âdetlerin diğer ciddi ihlalleri de, savaş suçu oluşturmaktadır. Bunlar daha sonra bentte tek tek sayılmıştır. Bu hükümler de yalnızca uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar bakımından geçerli olacaktır. Gerek m. 8/2-a'da gerekse 8/2-b'de kendisine atıf yapılan "uluslararası silahlı çatışma" kavramı açıklanmış değildir. Bu durumda, uluslararası insancıl hukukun yerleşmiş anlayışından hareketle sorunu çözmek gerekecektir.

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma halinde, 12 Ağustos 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesinin ortak 3. maddesinin ciddi ihlalleri, yani, silahlarını bırakmış olan silahlı kuvvet mensupları ve hastalık, yaralanma, tutulma veya diğer herhangi bir nedenle "***hors de combat***" (çatışma dışı) konumdakiler de dahil olmak üzere, çatışmalarda etkin olarak yer almayan kimselere karşı işlenen bazı fiiller savaş suçu sayılmaktadır (m. 8/2-c).

Statünün m. 8/2-e hükmüne göre, uluslararası hukukun yerleşmiş çerçevesi dahilinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen kural ve adetlerin diğer ciddi ihlalleri de savaş suçu oluşturmaktadır. Burada da suç oluşturan davranışlar bentin altında sayılmıştır.

Madde 8/2-c ve 8/2-e, savaş suçları konusundaki en tartışmalı hükümleri içermektedir. Zira, bu bentte sayılan fiiller uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında uygulanabilecektir. İç silahlı çatışmalarda işlenen fiillerin da Statü kapsamına girip girmeyeceği büyük tartışmalara yol açtıktan sonra, günümüzde en sık yaşanan, en vahşi ve en çok can kaybına yol açan çatışma türü olmaları itibariyle[227], bunlar da Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına alınmıştır. Böylece, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında işlenen insancıl hukuk ihlallerini uluslararası ceza hukukunun kapsamına sokma yönündeki, RUCM Statüsü ve EYUCM içtihatlarında mevcut eğilim[228] güçlenmiş olmaktadır. Bu doğrultuda, uluslararası silahlı çatışmalarda işlenebilen savaş suçlarının neredeyse yarısının Roma Statüsü bakımından iç silahlı çatışmalarda da işlenebileceği kabul edilmiştir, ki bu, o günün koşullarına göre kaydadeğer bir açılımdır[229]. Kızılhaç Örgütünün UÖİH çalışmasında da II. Ek Protokolün bir çok hükmünün günümüzde örfi nitelik kazandığı vurgulanmıştır[230].

Gerek c) gerekse e) bendi altında saydığımız fiiller, uluslararası nitelikte olmasa da, silahlı çatışma mertebesine varmış durumlarda gerçekleşirse, Statü uygulama alanı bulacaktır. Genel durum böyle olmakla birlikte, m. 8/2-d ve f hükümlerinde, m. 8/2-c ve e'nin uygulama alanı bakımından bazı özel sınırlamalar ve bu arada, uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığını tespit etme bakımından bazı ölçütler getirilmiştir.

Buna göre ayaklanma, münferit ve tek tük (ya da "zaman zaman") meydana gelen nitelikteki şiddet hareketleri

224 ***Prosecutor v Kunarac***, EYUCM İstinaf Dairesi, 12.6.2002, para. 58-59.
225 Cenevre Sözleşmeleri, 12 Ağustos 1949'da imzalanmış, bir seri oluşturacak biçimde birbiriyle bağlantılı şu 4 ayrı sözleşmeden oluşmaktadır: I sayılı Harb Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi, II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi, III sayılı Harb Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme, IV sayılı Harb Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. Sözleşme metni için bkz. Resmi Gazete, 30.1.1953, sayı 8322. Türkiye, bunları 21.1.1953 tarihli bir yasayla onaylayarak, Sözleşmelere 10.2.1954 tarihinden itibaren taraf olmuştur.
226 ***Azarkan,*** Uluslararası Ceza Mahkemeleri, s. 72 vd; ***Degan,*** Vladimir-Djuro; On the Sources of International Criminal Law, Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No. 1, 2005, s. 72.
227 ***Bassiouni,*** M. Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, Autumn, 1996, s. 9 (Searching for Peace); ***Spieker,*** s. 396; ***Azarkan,*** Uluslararası Ceza Mahkemeleri, s. 69.
228 ***Green,*** s. 98 vd; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 230-231; ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 724.
229 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 231; benzer anlamda ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 724.
230 Örf ve Adet Hukuku, s. 16-17.

ve benzer nitelikteki eylemler gibi iç karışıklık ve gerginlikler halinde Statü uygulanmaz (8/2-d, 8/2-f). Bu hüküm, Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokolün m. 1/2 hükmünden alınmıştır. Hüküm, gerek m. 8/2-c gerekse m. 8/2-e açısından uygulanacaktır.

Böylece uluslararası insancıl hukukun devletin içişleri sayılacak uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı biçimindeki yerleşmiş uluslararası hukuk anlayışı (ve buna bağlı olarak devletlerin egemenliği ilkesi) Statüdeki yerini bulmuştur[231]. Bu açıdan, Devletlerin düzeni sağlamak amacıyla kuvvete başvurduğu, fakat bunun düzeyinin silahlı çatışma mertebesine varmadığı durumlarda, iç karışıklık vardır. EYUCM tarafından buna örnek olarak, terörist faaliyetler ya da halk arasındaki huzursuzluklar/kargaşalar gösterilmiştir[232].

Demek ki, m. 8/2-c ve e bendi altında sayılan fiiller, uluslararası nitelikte olmasa bile, hukuksal anlamda bir silahlı çatışmanın varlığı halinde, Roma Statüsü açısından savaş suçu oluşturacaktır, hükmün ilk cümlesinde bu durum belirtilmiştir. İkinci fıkranın d) ve f) bentlerinin ikinci cümlesinde ise, örnek vermek amacıyla, silahlı çatışma niteliğinde sayılamayacak bazı durumlar açıklanmıştır[233].

Çok önemli bir düzenleme, c) ve e) bendinin uygulama alanı bakımından açıklama getiren 8/2-f hükmüdür. Buna göre, bir Devletin topraklarında vuku bulan ve hükümet yetkilileri ile organize silahlı gruplar arasında veya bu tür silahlı grupların kendi arasında gerçekleşen, uzayan (***protracted***) silahlı çatışmalarda m. 8/2-e hükümleri uygulanacaktır.

Böylece, uluslararası hukukun yerleşmiş çerçevesi dahilinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen kural ve adetlerin diğer ciddi ihlallerini düzenleyen m. 8/2-e hükmünün uygulama alanını somutlaştırmaya çalışan m. 8/2-f hükmü, bir yandan ne zaman bu mertebeye varmış bir çatışmadan söz edilemeyeceğini düzenlemekle hükmün uygulama alanını daraltmakta, bir yandan da, olumlu bir ifade tarzıyla, ne türden iç çatışmaların bu çerçevede değerlendirileceğini belirterek, hükmün uygulama alanının gereğinden çok kısıtlanmasının önüne geçmektedir.

Silahlı çatışmanın ne anlama geldiğini ve bunun ne zaman uluslararası nitelikte, ne zaman uluslararası olmayan nitelikte olduğunu açıklamak bu raporun kapsamını aşmaktadır. Keza, Roma Statüsü'nde yer verilen "uzayan silahlı çatışma" kavramının açıklaması için de başka eserlerimize bakılabilir. Fakat, burada şunu vurgulamakta fayda vardır: savaş suçlarının iç çatışmalar bakımından uygulanabilmesine olanak verilmesi, başta Türkiye olmak üzere, bir çok devleti büyük ölçüde rahatsız etmiştir. Hatta Türkiye'nin Statüye çekimser oy vermesinin nedeni olarak belirtilen resmi gerekçelerden biri, ve hatta en önemlisi de[234], budur. Belki Statünün tüm hükümleri içinde, Türkiye açısından en sıkıntı verici olanı, uzayan çatışmalara Statünün uygulanmasını öngören m. 8/2-f hükmüdür. Çünkü, Statüye taraf olunması durumunda, PKK ile sürdürülen silahlı mücadele çerçevesinde gerçekleştirilen bazı operasyonların UCD nezdine taşınmak istenmesi söz konusu olabilir[235]. Uluslararası insancıl hukukun yerleşmiş anlayışından yola çıkılırsa, PKK ile yürütülen mücadelenin iç silahlı çatışma kapsamına sokulması hukuken tartışmalı görünmektedir. Zira, 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek II. Protokole göre iç silahlı çatışmadan söz edebilmek için, hükümet karşıtı grubun "***ülkenin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri harekat yürütmeye izin verecek … düzeyde denetim*** sağlaması şarttır. PKK, bu amaca asla ulaşamamıştır[236]. Fakat, burada detayına girmemekle birlikte, savaş suçlarından doğan bireysel ceza sorumluluğu bağlamında ve Roma Statüsü'nün metni karşısında, UCD'nin kendi yargı yetkisi açısından PKK ile yürütülen silahlı mücadele kapsamında işlenen bazı fiilleri savaş suçu sayıp, kendini yetkili olarak görmesi mümkündür. Ayrıca, söz konusu Protokol hükmünün örfi hukuku yansıtıp yansıtmadığı da tartışmalıdır. Kaldı ki, savaş suçlarından doğan bireysel ceza sorumluluğu bağlamında ve Roma Statüsü'nün metni karşısında, söz konusu kıstasın aranmayacağı da söylenebilir. O halde, PKK ile yürütülen mücadele Ek II. Protokol kapsamına girsin ya da girmesin; UCD'nin yargı yetkisi açısından, bu kapsamda işlenen bazı fiillerin savaş suçu sayılıp, Divan'ın kendini yetkili görmesi mümkün olabilir.

B. TÜRK CEZA HUKUKU MEVZUATINDA SAVAŞ SUÇLARI

1 Haziran 2005'te yeni ceza mevzuatımız yürürlüğe girmiş; bu kapsamda, maddi ve usuli ceza hukuku ve infaz hukukuna dair temel ve tamamlayıcı çok sayıda kanun yapılmıştır. Fakat, 31 Ocak 2010 itibariyle, savaş suçları konusunda TBMM'de görüşülmekte olan bir tasarı yoktur. Savaş suçlarına YTCK'da yer verilmediği gibi, yürürlükteki 1930 tarihli Askeri Ceza Kanunu da bu konuda çok eksiktir.

231 ***Spieker,*** s. 405-406; ***Azarkan,*** Savaş Suçlar, s. 72.
232 ***Zimmermann,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 8, margin no. 288.
233 ***Zimmermann,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 8, margin no. 286-287.
234 ***Çınar,*** M. Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Çanakkale 2004, s. 75-76; ***Aslan,*** M. Yasin, Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri, AÜHFD, Cilt 56, Sayı 4, 2007, s. 76 (AÜHFD); ***Uzun,*** Elif, Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2003/2, s. 42; ayrıca bkz. ***Şen***, UCM, s. 85-86.
235 Bkz. ve kıyaslayınız ***Aslan,*** AÜHFD, s. 73; ***Bayıllıoğlu,*** s. 95 vd; ***Soygüt,*** Teziç'e Armağan, s. 714.
236 Güneydoğu olaylarının, uluslararası silahlı çatışma hukuku kurallarına tabi olmadığı yönünde bkz. ***Green,*** s. 90.

Gerçekten, Askeri Ceza Kanunu'nda bazı "harp hükümleri" olmakla birlikte, aşağıda göreceğimiz gibi, bunlar çok sınırlı sayıdadır. Kaldı ki, bu hükümler dahi teknik anlamda "savaş suçu" olarak düzenlenmemiştir. Kanun, savaş durumunda işlenen bazı fiilleri "askeri suç" olarak cezalandırılmaktadır, fakat fiil, teknik olarak "savaş suçu" olarak nitelendirilmemekte, yargılama bu başlık altında yapılmamaktadır.

Kaldı ki, söz konusu hükümler de sadece şunlardan ibarettir[237]:

- ACK m. 122'deki ganimet almak suçu;
- ACK m. 123'teki yağmacılık suçu;
- ACK m. 125'teki zaruret olmaksızın başkasının mal ve mülkünü imha ve tahrip etmek suçu;
- ACK m. 126'daki zorla yağmacılık suçu;
- ACK m. 127'deki muharebe meydanlarında ölülerin, esirlerin ve yaralıların mallarına tecavüz etmek suçu;
- ACK m. 128'deki ahaliye kanunsuz tasarrufta bulunma suçu;
- ACK m. 159'daki muharebe meydanında hıyanet ve muhariplerin mallarına tecavğz etmek suçu.

Görüldüğü gibi, bu hükümlerin kapsamı çok sınırlı olduğu gibi, sanık da "savaş suçu"ndan hüküm giymemektedir. Askeri Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılarak savaş suçlarına yer verilmemesi önemli bir eksikliktir[238]. Oysa Türkiye, 1977 tarihli Ek Protokolleri henüz imzalamamış dahi olsa da, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine taraftır. Söz konusu antlaşmalar devletlere yönelik genel bazı yükümlülükler getirmektedir, fakat günümüze dek gerekli cezai hükümlerin yürürlüğe konması konusunda TBMM tarafından gereği yapılmamıştır.

Anayasa m. 90/son gereği, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümleri kanun gibi bağlayıcı olup, normlar hiyerarşisi açısından kanundan üstün olsa da, söz konusu hükümler devletlere hitaben kaleme açınmıştır. Bu nedenle de, doğrudan uygulanabilir (self-executive) nitelikte değildir; kişisel cezai sorumluluğa temel teşkil edebilecek şekilde, kanunilik ilkesinin gerektirdiği belirliliğe sahip değildir.

Buna bağlı olarak, Türkiye'nin yargı yetkisi dahilinde bir savaş suçunun işlenmesi durumunda, bunun Cenevre Sözleşmeleri anlamında bir savaş suçu kapsamında nitelendirilip yargılanması mümkün olmayacak; Askeri Ceza Kanunumuzdaki sınırlı hükümlere[239] veyahut burada hüküm olmaması durumunda, YTCK'daki adi suç tiplerine göre yargılama yapılacaktır. İleride Roma Statüsüne taraf olmamız durumunda da, yukarıda izah ettiğimiz üzere, bu Statüdeki tanımların, en azından bir kısmının, Anayasa m. 90/son gereği iç hukukta doğrudan uygulanabilir hale gelmesi söz konusu olmayacaktır.

O halde, savaş suçları konusunun ayrı bir düzenleme konusu yapılması gerekmektedir. Bu yapılana dek, Roma Statüsüne göre savaş suçu teşkil eden bir fiilin maddi unsurlarına bakıp, bunların TCK ve As.CK'da düzenlenen adi suçların tanımıyla örtüştüğü ölçüde, söz konusu kanun hükümlerine göre cezalandırılması mümkün olacaktır. Bu durumda, fiilin haksızlık içeriğine uygun ve adil bir cezanın verilmesi durumunda, tamamlayıcılık ilkesi açısından sorun çıkmayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte, bazı durumlarda, uygulanabilecek ceza hükmünde öngörülen cezanın sınırı oldukça düşüktür. Gerçekten, savaş suçu niteliğindeki bir yaralamanın haksızlık içeriği yüksek olduğundan, bu fiil ağır bir ceza hak etmektedir. Oysa, bu davranışı adi bir suç olarak ele aldığımız zaman, TCK'ya göre gerektirdiği ceza, özellikle nitelikli hallerin bulunmadığı durumlarda, çok düşük olmaktadır. Bu tür durumlarda, tamamlayıcılık ilkesi açısından daha sorunlu bir mesele olduğu bir gerçektir.

Buna karşılık, Roma Statüsü'nde yer alan bazı savaş suçlarının ulusal ceza hukukumuza göre hiç bir suç tanımına dahil edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu fiillerin ancak disiplin hukuku ihlalleri olarak ele alınıp, ilgili askeri amirler tarafından idari yaptırım ile cezalandırılması mümkün olabilecek; gerçek anlamda ceza yaptırımı ise uygulanamayacaktır. Bu tür fiiller açısından Türk Hukuk sistemi yargılama yapmaya "gerçekten muktedir" (unable genuinely) olmadığından, tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD devreye girebilecektir.

Bu çerçevede, Roma Statüsü'nde savaş suçu olarak düzenlenmiş fiillerin yürürlükteki mevzuat karşısındaki durumunu aşağıda, her bir suç tipi açısından inceleyeceğiz.

(i) Kasten öldürme = TCK m. 81 vd. hükümlerine göre cezası müebbet hapis, nitelikli hallerin varlığında ise, ağırlaştırılmış müebbet hapistir. TCK m. 82'de yer alan bir çok nitelikli hal, savaş suçları durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Bunlar, fiilin:

237 ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 274.
238 Bu suçlara dair mevzuatımızda ayrı bir düzenlemeye gitme gereği olduğuna dair bkz. ***Demirağ***, Fahrettin, Uluslararası Ceza Divanı, Savaş Suçları – Saldırı Suçu, Mevzuatımıza Göre Savaş Hali, Uluslararası Ceza Divanı (yayına hazırlayan Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 121; ***Aslan,*** AÜHFD, , s. 77; ***Bayıllıoğlu,*** s. 82.
239 Bkz. bu konuda ***Demirağ, in*** UCD (ed. Yenisey), s. 110 vd.

- Tasarlayarak,
- Canavarca hisle veya eziyet çektirerek,
- Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle,
- Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, işlenmesi halleridir.

Dolayısıyla, ulusal hukukun sağladığı cezalandırma yeterlidir.

(ii) İşkence veyahut biyolojik deneyler de dahil olmak üzere insanlık dışı muamele = TCK m. 94'teki işkence, m. 96'daki eziyet, m. 90'daki insan üzerinde deney suçları söz konusu olabilir. İşkence suçunun temel cezası 3-12 yıl hapis olmakla birlikte, nitelikli hallerin varlığında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına kadar çıkabilmektedir. Örneğin, işkence fiilinin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ya da yüzünde sabit ize ya da yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, yol açması durumunda, üst sınır 18 yıldır. İşkence fiilleri, mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, yol açması durumunda, üst sınır 24 yıldır. Bu konudaki koruma yeterlidir.

İnsan üzerinde deney bakımından ise, TCK m. 90 (5) hükmüne göre, bu suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda, yaralama ve öldürmeye dair değerlendirmelerimiz geçerlidir. Fakat, salt biyolojik deney yapılması, ama bu sonuçların doğmaması durumunda, m. 90 (1) uyarınca uygulanacak ceza 1-3 yıldır. Bu ihtimalde, ulusal hukuka göre öngörülen ceza, aslında savaş suçu teşkil eden bir eylem için yeterli ağırlıkta değildir. Örneğin, Alman VStGB § 8'e giren bu davranışın cezasında alt sınır 3 yıl, <u>üst sınır 15 yıldır</u>.

(iii) Kasten büyük ezaya ya da vücut veya sağlıkta ciddi zarara yol açma: TCK m. 86 vd.nda yer alan, kasten yaralamaya dair hükümler uygulanacaktır. Burada, "büyük" eza veya vücut/sağlıkta "ciddi" zarar söz konusu olduğundan, TCK m. 87'deki nitelikli hallere bakmak gerekecektir. Bu durumda, farklı ihtimaller söz konusu olmakla birlikte, uygulanacak nitelikli halin türüne göre, 5-9 yıl ceza (TCK m. 87/1'deki ağır zararların doğması durumu, örneğin, mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması, konuşmasında sürekli zorluk, yüzünde sabit iz, yaşamını tehlikeye sokan bir durum...) ya da 8-13.5 yıl (TCK m. 87/2'deki ağır zararların doğması, örneğin, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesi, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolması, yüzünün sürekli değişikliği, fiilin gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesi) ceza söz konusu olacaktır.

Görüldüğü üzere, tek bir mağdurun söz konusu olduğu durumlarda bile, cezalar yeterli görülmektedir. Buna karşılık, birden çok mağdurun söz konusu olması halinde, TCK m. 43/3 hükmü gereği, zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağından, mağdur sayısı kadar ceza vermek gerekecektir. Örneğin, üç mağdur varsa, her birine karşı işlenen kasten yaralama suçlarının cezası toplanacaktır. Bu durumda ortaya çıkan ceza ise oldukça ağır olup, zaten fiilin adil ve yeterli bir karşılığını oluşturacaktır.

(iv) Askeri zaruretin haklı kılmadığı ve hukuka aykırı ve keyfi olarak gerçekleştirilen, mülkiyetin yaygın yıkımı ve sahiplenilmesi: Burada yıkım veya sahiplenme yeterlidir, bu koşullar alternatiftir. Sahiplenme durumunda, As.CK. m. 122 vd. hükümleri uygulanacaktır. Fakat As.CK. m. 126'da yer alan suç tipi dışında, ceza 10 yılı aşmamakta, bazı durumlarda 2, 3 ya da 5 yıla düşebilmektedir. Bu durumlarda, cezanın üst sınırının bir savaş suçu için oldukça hafif kaldığı söylenmelidir. Buna karşılık, malın zorla ele geçirilmesi ve kişilere bu sırada bedensel zarar verilmesi durumunda, cezanın alt sınırı 10 yıldır ve yol açılan zarara göre, müebbet hapse kadar çıkabilmektedir. Buna karşılık, yıkım durumunda ise, As.CK. m. 125'e göre ceza sadece 2 yıldır, "vahim" hallerde ise üst sınır 5 yıla çıkabilmektedir. O halde, yıkım durumunda, ceza düşüktür.

(v) Bir savaş esirini ya da koruma altındaki diğer bir kişiyi, yabancı bir kuvvetin emrinde hizmet vermeye zorlama = Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. TCK'nın cebir (m. 108), tehdit (m. 106) suçuna dair hükümleri gündeme gelebilirse de, burada öngörülen cezalar, özellikle de tehdit bakımından, oldukça hafiftir. Bazı durumlarda da, suçun takibi şikayete bağlıdır.

(vi) Bir savaş esirini ya da koruma altındaki diğer bir kişiyi, adil ve olağan yargılanma haklarından kasten yoksun bırakmak = Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur.

(vii) Hukuka aykırı olarak sürgün veya nakil ya da tecir etme: TCK m. 109'daki kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya dair hükümler uygulanacaktır. Savaş suçu olarak bu fiillerin işlenmesi durumunda, m. 109/2 ve f. 3'teki

nitelikli haller söz konusu olacağından (fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanmak; suçun silâhla, birden fazla kişi tarafından birlikte, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, işlenmesi) ceza 4-14 yıl olacaktır. Cezanın üst sınır tarafından verilmesi durumunda, yaptırım oldukça ağırdır. Kaldı ki, birden çok mağdur söz konusu olduğunda, duruma göre, failin tek suç işleme kararı varsa, zincirleme suç hükümleri uygulanacak (1/4 - ¾ artırım yapılacak) veya suç işleme kararında birlik yoksa, mağdur sayısınca ceza verilecektir. Bu durumda ceza zaten yeterince ağır olacaktır.

(viii) Esir alma = Burada da TCK m. 109 hükümleri açısından yukarıda ifade edilenler geçerlidir. Ayrıca, hem mağdur açısından hem de esirlerden istifadeyle, belirli bir şekilde davranmaya zorlanmak istenen üçüncü kişiler bakımından tehdit suçu da söz konusu olur. Her iki suçun cezası toplandığında, sonuç ceza oldukça ağır olabilmektedir.

(ix) Sivil nüfusa ya da çatışmalarda doğrudan yer almayan bireysel sivillere karşı kasten saldırı yöneltmek = Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. Sivillerin ölmesi ya da yaralanması durumunda, ilgili hükümlere (TCK m. 81 vd., m. 86 vd.) başvurulabilir. Fakat, neticeden bağımsız olarak, sivillere saldırma fiilinin kendisi başlı başına cezalandırılamamaktadır.

(x) Sivil hedeflere, yani askeri olmayan hedeflere karşı kasten saldırı yöneltmek = TCK'nın mala zarar verme suçuna dair hükümleri (m. 151 vd.) uygulanabilir. Suçun bazı nitelikli halleri savaş suçları durumunda uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, suçun; kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında işlenmesi hâlinde, cezanın üst sınırı 6 yıldır. Mala zarar verme suçunun; yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak, Radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanarak, işlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar arttırılır. Bu son durumda, ulusal hukukun sağladığı cezalandırma yeterli görülebilir. Fakat, burada da, ancak belirli zararların doğması durumunda bu yaptırımların uygulanacağı (ya da en fazla teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği, fakat sivil hedefe saldırma şeklinde hareketin başlı başına cezalandırılmadığı gözden kaçmamalıdır.

(xi) Uluslararası silahlı çatışma hukuku uyarınca, sivillere ya da sivil hedeflere tanınan korumaya hak kazanmış olmaları koşuluyla, Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca, insancıl yardım ya da barış gücü operasyonuna katılan personel, tesisat, malzeme, birimler ya da araçlara karşı kasten saldırı yöneltmek: Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. Saldırının personele yöneltilmesi durumunda, personelin ölmesi ya da yaralanmasına göre, ilgili hükümlere başvurulacaktır. Saldırının eşyaya yöneltilmesi durumunda ise, mala zarar verme suçuna dair hükümler uygulanacaktır. Bu ihtimalleri yukarıda değerlendirmiştik. Burada da, sadece belirli neticelerin doğması durumunda cezalandırma mümkün olmakta, hareketin kendisi başlı başına cezalandırılamamaktadır.

(xii) Elde edileceği umulan somut ve doğrudan genel askeri yarara oranla açıkça aşırılık oluşturacak biçimde, sivillere yönelik tesadüfi yaşam kaybına veya zarara veya sivil hedeflerde tahribata ya da doğal çevrede geniş çaplı, uzun vadeli ve ağır tahribata yol açacağı bilinen bir saldırıyı kasten başlatmak: Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. Sivillerin ölümü ya da yaralanması durumunda, TCK'nın ilgili (m. 81 vd., m. 86 vd.) hükümleri, sivil hedeflerin zarar görmesi durumunda, mala zarar verme suçuna dair hükümler uygulanabilecektir. Çevrede zarara yol açılması durumunda ise, uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. Zira, TCK'nın m. 181 hükmünde yer alan "çevrenin kasten kirletilmesi suçu", "atık veya artıkları"n toprağa, suya veya havaya kasten verilmesini cezalandırmaktadır, herhangi bir yolla doğal çevreye verilen her zararı değil. Dolayısıyla, bu konuda da mevzuatımız yetersizdir.

(xiii) Savunmasız olan ve askeri hedef olmayan şehir, köy, yerleşim birimi veya binalara her ne suretle olursa olsun saldırmak veya bunları bombalamak: Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. Şahıs veya eşyalar üzerinde meydana gelen zarara göre, yukarıda belirtilen hükümler uygulanabilir.

(xiv) Silahını bırakmış olan ve artık savunma aracı olmayıp kendi rızasıyla teslim olmuş bir savaşanı öldürmek ya da yaralamak: Burada hukuka uygunluk sebebinin sınırı kasten aşılmış olacağından, faili, kasten öldürme/yaralama hükümlerine göre sorumlu tutmak mümkündür. Bu hükümlere dair, yukarıda yaptığımız değerlendirmeler geçerlidir.

(xv) Bir ateşkes bayrağının veya düşmanın ya da Birleşmiş Milletler bayrağının veya askeri işaretlerinin ve üniformasının ya da Cenevre Sözleşmelerindeki ayırt edici amblemlerin, ölüm ya da ciddi kişisel zararla sonuçlanan biçimde uygunsuz (amaca aykırı) kullanımı: Bu savaş suçu bakımından doğrudan uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. Sadece, meydana gelen zararın türüne göre, ilgili adi suç hükümleri uygulanabilecektir.

(xvi) İşgalcı kuvvetler tarafından, kendi sivil halkının doğrudan ya da dolaylı olarak, işgal ettiği topraklara nakli veya işgal edilen ülkenin nüfusunun tümünün ya da bir kısmının bu ülke dahilinde ya da dışına nakli ya da tehciri:

İşgalci kuvvetin kendi sivil halkını, bu kişilerin rızasıyla, işgal edilen toprağa nakletmesi durumunda, doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanabilecek hiç bir hüküm yoktur. İşgal edilen ülke nüfusunun nakil ya da tehciri durumunda ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya dair hükümler ancak uygulanabilecektir. Bu durumda da, cezanın üst sınırı çoğu zaman oldukça düşük kalacaktır.

(xvii) Askeri hedef olmamaları koşuluyla, dine, eğitime, sanata, bilime veya insani amaçlara özgülenmiş binalara, tarihi anıtlara, hastanelere ve hasta ile yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı yöneltmek: Burada da mala zarar verme suçuna dair hükümler, o da meydana gelen neticeye göre, uygulanabilecektir.

(xviii) Karşı tarafın hakimiyeti altında olan kişileri, fiziksel sakatlığa ya da ilgili kişinin tıbbi, diş ve hastane tedavisiyle haklı gösterilemeyecek ve onun yararına olarak yapılmayan herhangi türden tıbbi veya fenni deneylere maruz bırakılması ve bu şekilde bu kimsenin ya da kimselerin ölümüne ya da sağlığının ciddi biçimde tehlikeye girmesine yol açmak: Elements of Crimes'a göre, "fiziksel sakatlık (***mutilation***)", mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine veya yüzünde sürekli değişikliğe yol açmaktır. Bu nedenle, TCK m. 87/2'deki, kasten yaralama suçunun nitelikli hali uygulanır; ceza, 8-13.5 yıl olacaktır. Tıbbi deneye maruz bırakma durumunda ise, insan üzerinde deney suçuna dair hükümler uygulanabilir. Bu durumda, TCK m. 90/5 hükmü devreye girecektir: "***Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.***" Çünkü, Roma Statüsüne göre, mağdurun ölümü ya da sağlığında ciddi tehlike meydana gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kasten yaralama/öldürme suçuna dair yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Ulusal hukuktaki cezalandırma yeterli gözükmektedir.

(xviii) Düşman ulusa ya da orduya ait bireyleri haince öldürmek ya da yaralamak: Doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanabilir bir hüküm gözükmemektedir. Türkiye, Cenevre Sözleşmeleri'ne taraftır ve bu hükümler Anayasa m. 90/son gereği ulusal kanunlarımıza nazaran üstündür. Bu Sözleşmelerde haince öldürme/yaralama yasağı yer aldığından, bu türden bir davranışın hukuka aykırı olarak öldürme/yaralama sayılacağı ve bu çerçevede cezalandırılacağı söylenebilir. Fakat bu Sözleşmelerin doğrudan uygulanabilir olmayan (non self-executive) nitelikleri düşünüldüğünde, bu ihtimalin gerçekleşmesi de zordur.

(xix) Hiç kimsenin hayatta bırakılmayacağını ilan etmek: Burada başlı başına böyle bir beyanda bulunmak cezalandırıldığından, doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanabilir bir hükmü yoktur. En iyi ihtimalle, bu ilana dayanarak karşıt savaşanların öldürülmesi durumda, azmettirme hükümleri çerçevesinde hareket edilebilir. Aynı ihtimalde, silahlı çatışmaların tarafı olan çeteler açısından, TCK m. 220/5 hükmü uygulanabilir: "***Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır***." Fakat bu ihtimallerin gerçekleşmesi zor olduğu gibi, bu şekilde sağlanan korumanın da Statü'deki hükme tekabül etmediği açıktır.

(xx) Savaş zaruretleri mutlak olarak gerektirmedikçe, düşmanın mallarını imha etmek ya da onlara el koymak: Yukarıda yaptığımız değerlendirmelere bakınız.

(xxi) Düşman taraf vatandaşlarının hak ve davalarının bir hukuk mahkemesi önünde ortadan kaldırıldığını, tatil edildiğini ya da kabul görmeyeceğini ilan etmek: Tehdit suçu (m. 106), dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (m. 121) ya da, çok zor olsa da, TCK m. 277 (yargı görevi yapanı etkileme) veya 288 (adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs) gibi suçlar çerçevesinde ancak ceza verilebilir. Özellikle ilk iki halde cezalar oldukça hafiftir. Kaldı ki, cezanın miktarı bir yana, söz konusu suçlar çerçevesinde yapılacak yargılama, fiilin haksızlık içeriğini ve vahametini karşılamaktan uzaktır.

(xxii) Düşman bir tarafın vatandaşlarını, bunlar savaşın başlamasından önce bu savaşanın hizmetinde olsalar bile, kendi ülkelerine karşı yönelik savaş operasyonlarında yer almaya zorlamak: Doğrudan uygulanabilir bir hüküm yoktur. Tehdit ya da cebir suçlarına dair hükümler uygulanabilir, cezaları oldukça hafiftir.

(xxiii) Saldırı sonucu ele geçirilmiş de olsa, bir kasaba ya da yeri yağmalamak: Yukarıda yaptığımız değerlendirmelere bakınız.

(xxiv) Zehir ya da zehirli silahları kullanmak: Bu durumda, saldırılan hedef meşru bir askeri hedef değilse, sebebiyet verilen ölüm ya da yaralama neticesi de hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle, duruma göre, kasten öldürmenin m. 82'deki nitelikli halleri (suçun tasarlayarak, canavarca hisle veya eziyet çektirerek, nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle işlenmesi) uygulanabilir ve fiilin cezası da ağırlaştırılmış müebbet hapis olacaktır. Sağlıkta ciddi zarara yol açılması ihtimalinde ise, yukarıda açıklanan ihtimaller çerçevesinde, kasten yaralama suçunun nitelikli halleri söz konusu olacaktır. Bu durumda ceza düşük olsa da, kasten yaralama suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmadığından, her bir mağdur için ayrı ceza verilecektir. Fakat, meşru askeri hedeflere karşı bu yöntemlerin kullanılması durumunda uygulanabilecek bir hüküm yoktur.

(xxv) Boğucu, zehirli ve diğer gazları ve tüm benzer sıvı, madde ya da araçları kullanmak: Bir üst paragraftaki değerlendirmeler geçerlidir.

(xxvi) Çekirdeği tümüyle kapatmayan sert kaplı veya yararak ayrılan mermiler gibi, insan bedeninde genişleyen ya da kolaylıkla yassılaşan mermiler kullanmak: Bu şekilde, meşru askeri hedef olmayan kimselerin ölümüne yol açılması durumunda, m. 82/1-b'deki nitelikli hal (eziyet çektirerek öldürme) uygulanır. Yaralanma durumunda ise, yukarıdaki ihtimaller dahilinde, nitelikli haller uygulanabilir. Bu tür bir davranıştan ötürü işkence ya da eziyet suçlarının uygulanması da akla gelebilir, fakat bu ihtimal uzak gözükmektedir. En önemlisi, bu yasak savaş araçlarının (*prohibited means of warfare*) kullanılması başlı başına cezalandırılamamaktadır.

(xxvii) Kişi onuru üzerinde tecavüzde, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelede bulunmak: Burada şerefe yönelik bir saldırının ötesinde, artık insan onurunu zedeleyen bir fiil söz konusu olduğundan, işkence ya da eziyet suçuna dair düzenlemeler uygulanacaktır. Bu hükümler yeterli korumayı sağlamaktadır.

(xxviii) Irza geçme, cinsel esaret, zorla fahişelik, madde 7/2-f'de tanımlandığı biçimde zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya Cenevre Sözleşmelerinin de ağır ihlalini oluşturan diğer herhangi bir cinsel şiddet türünün işlenmesi: Irza geçme açısından, TCK m. 102/2'deki cinsel saldırı suçunun nitelikli hali uygulanacaktır. Çoğu zaman m. 102/3'teki nitelikli haller de söz konusu olacağından, cezanın üst sınırı 18 yıla kadar çıkacaktır. Kaldı ki, kullanılan cebrin düzeyine göre, kasten yaralamadan da ceza verilecek; mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda ceza daha da artacak; bitkisel hayat ya da ölüme yol açılması durumunda ise, ağırlaştırılmış müebbet hapis söz konusu olacaktır. Mağdurların 18 yaşını doldurmaması durumunda ise, m. 103'teki (çocukların cinsel istismarı) cezalar daha da ağırdır. Bu bakımdan, ırza geçme açısından uygun bir cezalandırma sağlamak mümkündür. Cinsel esaret durumunda da, fail, mağdur üzerinde işlenen cinsel suçlar bakımından müşterek ya da dolaylı fail olarak sorumlu olacağı gibi; ayrıca, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma başta olmak üzere, hürriyete karşı işlenen suçlardan da cezalandırılacaktır. Ne var ki, mağdurenin ırza geçme düzeyine varmayan fiillere maruz bırakılması durumunda, TCK m. 102/1'deki cinsel saldırının basit hali söz konusu olacaktır. Bu suçun cezasının üst sınır ise, nitelikli hallerin varlığında 10.5 yıl olacaktır. Bununla birlikte, zorla fahişelik söz konusu olduğunda, m. 227'deki fuhuş hükümleri uygulanacaktır ve oldukça ağır cezalar söz konusudur, özellikle de mağdur çocuk olursa. Gerçekten, cebir veya tehdit kullanılmasa, mağdurun hile ya da çaresizliğinden yararlanılarak fuhşa sevk edilmesi halinde, cezanın üst sınırı 12 yıl, çocuklarda 30 yıldır. Hatta, bu suçun kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Düzenli silahlı kuvvetler mensupları açısından bu nitelikli hal de uygulanacaktır. Zorla hamile bırakmada ise, fail aynı zamanda mağdureye tecavüz eden kişi değilse, sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılabilecektir, ki bunun cezası oldukça hafiftir. Fail, aynı zamanda tecavüz eden kişiyse, cinsel saldırının nitelikli haline dair hükümler de uygulanacağından, yeterli bir ceza verilmiş olacaktır. Zorla kısırlaştırma açısından ise, TCK m. 101/1 hükmüne göre, fail üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; nitelikli halin uygulanması durumunda (fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa) cezalanın üst sınırı 9 yıldır.

(xxix) Belirli noktaları, bölgeleri veya askeri kuvvetleri askeri operasyonlardan muaf tutmak için bir sivilin ya da diğer koruma altındaki kimsenin varlığını kullanmak: Bu konuda uygulanabilecek bir hüküm yoktur. Canlı kalkanın bir noktaya taşınması durumunda, en fazla, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya dair hükümler uygulanabilir. Kaldı ki, "bir ya da ziyade sivilin varlığınu kullanmak" alternatifi açısından, bu hükmü bile uygulamak mümkün değildir.

(xxx) Binalara, malzemelere, tıbbi birimlere ve ulaşım araçlarına ve uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerindeki ayırt edici amblemleri kullanan personele karşı kasten saldırı yöneltmek: Yukarıdaki değerlendirmelere bakınız.

(xxxi) Cenevre Sözleşmesinde öngörüldüğü biçimde yardım tedarikini kasten engellemek de dahil olmak üzere, hayatta kalmaları için elzem olan nesnelerden onları yoksun bırakmak suretiyle, sivillerin aç bırakılmasını kasten bir savaş yöntemi olarak kullanmak: Doğrudan uygulanabilir bir hüküm yoktur. Kastın, öldürmeye yönelik olması ve mağdurların ölmesi durumunda, kasten öldürme hükümleri, mağdurların ölmeden kurtulması durumunda, kasten öldürmeye tebebbüs hükümleri; kastın öldürmeye yönelik olmaması durumunda ise, kasten yaralama hükümleri uygulanabilir.

(xxxii) On beş yaşının altındaki çocukları ulusal silahlı kuvvetlere çağırmak veya kaydetmek (almak) ya da onları çatışmalara etkin biçimde katılacak surette kullanmak: Türk Silahlı Kuvvetleri 18 yaşını doldurmamış kimseleri askere almamaktadır. Buna karşılık, Türkiye'de faaliyet gösteren bazı terör örgütleri bunu yapmaktadır. Bu durumu cezalandıracak bir hüküm de yoktur. En fazla, bu duruma göz yuman ebeveynlerin m. 233'teki "aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmemesi" suçundan cezalandırılması mümkündür ki, bunun cezası "bir yıla kadar" hapistir! Söz konusu çocukların zorla alıkonulması durumunda ise, kişiyi

hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali oluştuğundan, cezanın üst sınırı 14 yıla kadar çıkacaktır. Birden çok mağdurun varlığı halinde ise, zincirleme suç hükümleri uygulanabiliyorsa, ceza 3/4 oranına kadar artırılabilecek, zincirleme suç koşulları yoksa, mağdur sayısınca ceza verilecektir. Demek ki, sadece çocukların bazı örgütlere katılmaya zorlanması durumunda yeterli yaptırımlar mevcuttur.

Roma Statüsü m. 8/2 (c) ve (e)'deki hükümler yukarıdakilerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından tekrarı niteliğindedir. Farlı bir hüküm ise, md. 8 (2) (e) (viii)'de mevcuttur: Çatışmaya bağlı nedenlerden ötürü, sivil halkın yer değiştirmesini emretmek, meğer ki söz konusu sivillerin güvenliği ya da zorunlu askeri nedenler bunu gerektirmiş olsun: Burada da, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya dair hükümler uygulanabilecektir. Farklı ihtimaller için, yukarıdaki açıklamalara bakınız.

Neticede, Roma Statüsü'ne göre savaş suçu sayılan bir çok davranış ulusal ceza hukukuna göre cezalandırılabilmektedir. Buna karşılık, bazı davranışlar ise hiç cezalandırılamamakta, bazılarında ise oldukça düşük bir ceza söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, en azından gerekli cezalandırmanın ulusal hukuka göre sağlanamadığı suç tipleri açısından, ulusal mevzuatta yeni düzenlemelerin yapılması şarttır.

Fakat, aşağıda göreceğimiz gibi, üstün sorumluluğu (doctrine of superior responsibility – Statü m. 28) ve amirin emrini ifa (superior orders- Statü m. 33) gibi düzenlemeleri ulusal hukukta hayata geçirebilmek için, savaş suçlarının ayrıca ve özel olarak düzenlenmesi gerekecektir. Bu nedenle, Roma Statüsü m. 8'de yasaklanan her bir davranış tipini dikkate alan, bağımsız ve özel bir düzenleme yapılmasında fayda vardır. Bu nedenle, Askeri Ceza Kanunu'na eklenecek "savaş suçları" başlıklı özel bir bölümde[240] ya da TCK'nın "uluslararası suçlar" bölümüne yapılacak bir eklemeyle ya da, en iyisi, ayrı bir UCD Kanunu'nda Roma Statüsü m. 8'de yer alan suçlara yer verilmesi gereklidir.

Bu yapılırken, uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalar arasında bir ayrım yapmaksızın düzenlemeye gidilmesi uluslararası örfi hukukun gelişim istikametine ve karşılaştırmalı hukuktaki güncel eğilimlere uygun olabilecektir. Buna karşılık, Statü'ye uygun olarak ve fazlasını yapmaksızın, savaş suçlarının "uluslararası çatışmalarda işlenebilen savaş suçları" ve "uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda işlenebilen savaş suçları" ayrımını göz önünde alarak tanımlanması yeterlidir. Elbette, doktrinde gitgide destek yitiren bu ayrıma yer verilmeyerek, tüm savaş suçlarının her iki tür çatışmada işlenebileceğinin öngörülmesi de mümkündür.

Bu ayrım yapılsın ya da yapılmasın, Alman VStBG örneğinde olduğu gibi, Statü'de yer alan suç tiplerini kategorize etmek kolaylık sağlayabilir. Bu bakımdan, "kişilere karşı işlenen", "malvarlığı ve diğer haklara karşı işlenen", "insancıl operasyon ve amblemlere karşı işlenen", "yasak çatışma metodlarına başvurmak suretiyle işlenen", "yasak çatışma araçları kullanmak suretiyle işlenen" savaş suçları şeklinde ayrım yapılabilir.

Öte yandan, şayet önerdiğimiz gibi, ayrı bir UCD Kanunu'nda bu düzenleme yapılacaksa, ya Statü m. 8 hükmüne atıf yapılabilir, ya m. 8'deki suç tanımları ulusal kanunda aynen (***verbatim***) tekrarlanabilir, ya da bu tanımların ruhuna uymak suretiyle, ulusal hukuk gereklerine uygun olarak bu suç tiplerinin tekrar tanımlanmaları mümkün olabilir. En uygun opsiyonun üçüncü alternatif olduğunu yukarıda belirtmiştik[241].

5. SALDIRI SUÇU

A. GENEL AÇIKLAMA

Bu raporun amacı uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağını ve bununla bağlantılı olarak, saldırı suçunun unsurlarını aktarmak değildir. Fakat şu kadarını söyleyelim ki, her saldırı kuvvet kullanma yasağına aykırı olmakla beraber, her kuvvet kullanımı hukuken "saldırı" olarak tanımlanamaz. UAD'nin 1986 tarihli Nikaragua'ya ilişkin kararından da anlaşıldığı üzere, saldırı, kuvvet kullanma eyleminin daha ağır biçimidir[242]. Saldırı suçu ise, saldırı eylemine hukuk düzenince bağlanan sonuçlardan birini ifade etmekte olup, kişilerin böyle bir eyleme bağlı olarak ceza sorumluluklarının doğması için varlığı aranan unsurların bir arada bulunması durumunda oluşur[243].

Saldırı suçunun oluşmasının ön koşulu, Nürnberg ve Tokyo yargılamaları ile BM Genel Kurulunun 2625 (1970) ve 3314 (1974) sayılı kararlarından anlaşıldığı üzere, saldırı fiilinin "saldırı savaşı" düzeyine varmasıdır[244]. Bu bakımdan,

240 Fakat düzenleme As.CK'nda yapılır ve savaş halinde askeri mahkemelerin yargı yetkisi korunursa, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'ndaki, savaş zamanında savunma hakkının kısıtlayan hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun hale getirilmelidir, bkz. ***Demirağ***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 121. Buna karşılık, bu suçların yargılanmasının sivil ya da askeri mahkemelere bırakılması konusunda devletlerin takdir hakkına sahip olduğuna dair bkz. Lee, "***States' Responses: Issues and Solutions***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), s. 21.

241 Yukarıda § 2, V. altında anlatılanlar.

242 ***Acer,*** Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Ankara 2004, s. 76 (Saldırı Suçu). Savaş niteliğini taşımayan, fakat kuvvet kullanmayı içeren çeşitli yöntemler için bkz. ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 79.

243 Bu konuda geniş bilgi için bkz. ***Acer,*** Saldırı Suçu, s. 121 vd.

244 ***Acer,*** Saldırı Suçu, s. 126-127; ***Werle ve diğerleri,*** no. 1161.

uluslararası hukuka aykırı olarak girişilen bir savaşın varlığı, tek başına bu suçun oluşmasına yol açmaz[245].

Saldırı fiilinin anlamı, BM Genel Kurulu tarafından 14.12.1974 tarih ve 3314 (XXIX) sayılı karar ile ortaya konmuş, kavram 8 madde halinde irdelenmiştir[246]. İlk maddeye göre, saldırı, "***Bir devletin, başka bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığına karşı silah kullanması ya da bu tanımlamaya uygun olarak BM Antlaşması'yla bağdaşmaz başka bir yola başvurması***"dır. Dördüncü maddede, örnekleyici nitelikte olmak üzere, saldırı suçunu oluşturacak bazı fiiller sayılmıştır. Fakat bu sayımın sınırlayıcı olmadığı, diğer hangi eylemlerin saldırı sayılabileceğinin takdirinde BM Güvenlik Konseyine geniş bir hareket serbestisi tanındığı tekrar hatırlatılmalıdır[247].

Geniş katılımlı bir belge olup konsensüs ile kabul edilmiş olması, UAD'nin Nikaragua'ya ilişkin 1986 tarihli kararında, belgedeki tanımın örfi niteliğinin daha sonra vurgulanmış olması gibi önemli katkılarına rağmen, 1974 tarihli karardaki tanımın bağlayıcı olmadığı da hatırlatılmalıdır[248].

Denilebilir ki, 1974 tarihli BM Genel Kurulu kararında sayılan davranış türleri, modern gelişmelere uygun biçimde, saldırı olarak kabul edilmesi gerekecek tüm eylemleri içermemektedir. Bununla birlikte, örfi uluslararası hukuk doğrultusunda, saldırı suçunu oluşturduğu üzerinde uluslararası uzlaşının mevcut olduğu söylenebilecek durumlar da, yalnızca bu geleneksel saldırı türleridir[249].

B. ROMA STATÜSÜ

Roma Statüsüne bakacak olursak, 5. madde hükmü uyarınca UCD'nin yargı yetkisine giren suçlardan biri de saldırı suçudur (m. 5/1). Fakat Roma Konferansında saldırının tanımı üzerinde uzlaşıya varmak mümkün olmamıştır. Oysa, kanunilik ilkesi gereği, bu suçtan ötürü bir kimsenin yargılanabilmesi için söz konusu fiilin tanımının açıkça yapılmış olması gerekmektedir. İşte, Statünün m. 5/2 hükmüne göre, Divanın bu suç hakkında yargılama yapabilmesi, bu fiilin tanımının yapılması, hangi koşullar altında yargılama yetkisinin doğacağının saptanması ve bütün bunların Statüye dahil edilmesinden sonra mümkün olabilecektir (m. 5/2)[250]. Henüz bu tanım Taraf Devletler Meclisi tarafından kabul edilmediği için, saldırı fiillerinin UCD tarafından yargılanması şu anda mümkün değildir.

Statü m. 5/2 uyarınca, bu konuda yapılacak düzenlemelerin BM Şartının ilgili hükümleriyle uyumlu olması gerekmektedir. Bu hükmün anlamı tartışmalıdır[251].

Bir görüşe göre, UCD'nin saldırı fiili hakkında kovuşturma yapabilmesi, öncelikle böyle bir fiilin gerçekten vuku bulduğunun BM Güvenlik Konseyi tarafından saptanmasına bağlıdır[252]. Bu anlayış, BM Şartı'nın üstünlüğünü öngören m. 103 ile de uyumludur. Bu durumda, saldırı suçu hakkında UCD'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için, böyle bir ön tespit vazgeçilmez koşul niteliğindedir. Bunun nedeni de, BM Şartı 39. madde hükmünün emredici düzenlemesidir. Bilindiği gibi, söz konusu maddeye göre "***Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu veya saldırı fiilinin oluştuğunu tespit ederse uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunur ve 41 ve 42nci maddeler gereğince hangi önlemler alınacağını kararlaştırır***". İşte bu maddeye göre, saldırı fiilini tespit etmenin BM Güvenlik Konseyinin tekelinde olduğu kabul edilir. Bundan yola çıkılırsa, bir saldırı fiilinin varlığından kaynaklanan bireysel cezai sorumluluğun ortaya konması ayrı bir sorun olmakla ve bu konuda UCD'nin takdir hakkı devam etmekle birlikte, BM Şartı 39. maddesi uyarınca, saldırının varlığını tespit etmek yine de münhasıran Güvenlik Konseyi'ne ait bir yetkidir. Bu durumda, Konseyin bu konudaki kararı da UCD için bağlayıcı olacaktır[253].

Aksi görüşe göreyse, BM Güvenlik Konseyinin ön tespiti saldırı fiili hakkında Divanın yargı yetkisini kullanabilmesinin ön koşulu değildir. Bunun aksini düşünmek, UCD'nin adli bağımsızlığını reddetmek anlamına gelir[254]; Güvenlik

245 ***Werle ve diğerleri,*** no. 1170.

246 ***Tezcan,*** Durmuş; Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku, AÜSBF İlhan Öztrak'a Armağan, Cilt 49 Sayı 1–2, Ocak-Haziran 1994, s. 358 vd. Ayrıca bkz. ***Tezcan,*** Durmuş; Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000, s. 287-288; ***Acer,*** Saldırı Suçu, s. 66-67.

247 ***Cassese,*** ICL, s. 112; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 94; ***Töngür,*** s. 45. Haklı olarak, bu anlayışın tanımın etkinliğini önemli ölçüde azalttığı öne sürülmektedir, bkz. ***Acer,*** Saldırı Suçu, s. 117.

248 ***Acer,*** Saldırı Suçu, s. 66; ***Aslan,*** Savaş Suçları, s. 92.

249 ***Cassese,*** ICL, s. 114-115.

250 Böylece, saldırı suçu, de facto (fiilen) UCD'nin yargı yetkisi içine alınmış olmamaktadır, bkz. ***Zimmermann,*** in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute (1999), article 5, margin no. 16. Bununla birlikte, bu şekilde bir düzenlemenin yapılabilmiş olmasının bile büyük bir gelişme teşkil ettiği konusunda bkz. ***Aksar,*** Yusuf, Nüremberg'den Günümüz Uluslararası Ceza Yargısı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne… HvA, Yıl 1, Sayı 1, s. 90. Şayet böyle bir uzlaşı nitelikli formüle yer verilmeseydi, Statünün imzaya açılması da mümkün olmayacaktı, ***Feyzioğlu,*** Metin, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu Yayınları, 2003, s. 765.

251 Geniş bilgi için bkz. ***Önok***, Tarihi, s. 195 vd.; ***Verbitsky***, Jane, "***What should be the relationship between the International Criminal Court and the United Nations Security Council in the crime of aggression?***", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 4, No: 14, 2008, s. 141 vd.

252 Bu görüşte ***Demirağ***, s. 110; ***Ateş Ekşi,*** s. 58; ayrıca bkz. ***Cryer ve diğerleri,*** s. 276-277; ***Werle ve diğerleri,*** no. 1188.

253 ***Nsereko,*** s. 94. Kaldı ki BM Şartı'nın 103. maddesine göre "***Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Andlaşma'dan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Andlaşma'dan doğan yükümlülükler üstün gelecektir***". Demek ki BM üyeleri için uluslararası hak ve yükümlülüklerinin aslen tespit edildiği "anayasa" işbu BM Şartı'dır ve diğer herhangi bir uluslararası antlaşma ile bunda değişiklik yapılması mümkün değildir, bkz. ***Müller-Schieke,*** Irina Kaye; Defining the Crime of Aggression Under the Statute of the International Criminal Court, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001, s. 422.

254 ***Schabas,*** The ICC, s. 27; ***Cassese,*** ICL, s. 117; benzer yönde ***Aslan,*** AÜHFD, s. 75.

Konseyi üyesi devletlere de kendilerini ya da müttefiklerini ilgilendiren kovuşturmaları veto etme hakkı verir[255]. O halde, eldeki delillere göre, Taraf Devletler Meclisinin tanımına uygun düşecek biçimde bir saldırı fiilinin vuku bulup bulmadığını tespit etmek UCD'nin yetkisi kapsamındadır. Bunu tespit ettikten sonra da, bu fiilin teşviki, planlanması ve işlenmesine iştirak edenlerin sorumlulukları tayin edilecektir[256]. Belirtelim ki, bu görüş altında da, BM Güvenlik Konseyinin saldırının varlığına dair kararının UCD açısından önkoşul olduğu, fakat bağlayıcı olmadığı yönünde fikirler olduğu gibi; Savcı ve UCD'nin, Güvenlik Konseyinin saldırının varlığı yönünde bir karar vermesini hiç bir şekilde beklemek zorunda olmadığı yönünde düşünceler vardır.

UCD Hazırlık Komisyonu çalısmalarında üye olarak yer alan Türkiye, saldırı suçuna ilişkin olarak, Savcılığın herhangi bir devlet lideri hakkında doğrudan bir soruşturma açamamasını, BM Güvenlik Konseyinin "bir devletin diğer bir devlete karşı saldırıda bulunduğu" yönünde bir kararı bulunmasının sorusturma için önkoşul olmasını ve Güvenlik Konseyinin saldırının varlığı yönündeki kararının, UCD açısından bağlayıcı olmaması ve Savcılığın veya davanın açılması halinde Divanın, "kullanılan kuvvetin meşruluğu" ile kişisel sorumluluk meselesini bir arada inceleyerek, Güvenlik Konseyinden bağımsız bir karar alma yetkisine kavuşturulmasını savunmaktadır[257].

ASP'nin 8. Oturumunda Türkiye adına yapılan açıklamada da,sadece saldırıda bulunduğu öne sürülen devletin saldırı suçunun tanımına dair Statü değişikliğini kabul ettiği zaman UCD'nin yargı yetkisini kullanabilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, saldırıda bulunduğu iddia edilen devlet bu konudaki Statü değişikliğini kabul etmemişse ya da Statü'ye taraf değilse, UCD tarafından yargı yetkisi kullanılmamalıdır.

C. TÜRK CEZA HUKUKU MEVZUATI

Uluslararası arenada ve diğer Avrupa ülkelerinin ulusal hukuklarında olduğu gibi, Türk hukukunda da saldırı suçunun bir tanımı yoktur. Diğer bir deyişle, böyle bir suç tipi hukukumuzda yoktur. Savaş suçlarının düzenlenmemesi eleştiri konusu olmuşken, saldırı suçu açısından, bunun tanımı üzerinde uluslararası alanda henüz bir anlaşma olmadığı için, TCK'da buna yer verilmemesinin isabetli olduğu söylenmektedir[258].

Roma Statüsü'ne bir tanımın dahil edilmesi bakımından; bu konudaki müzakerelerin sonuca bağlanması, hem konunun siyasal önemi hem de Statüyü tadil etmek için çok nitelikli oy oranlarının aranması karşısında hiç kolay değildir[259].

Saldırının tanımı konusu Türkiye'nin uluslararası politikalarını belirlemesi açısından da büyük öneme sahiptir[260]. Ne var ki, Roma Statüsü'nde bir tanıma yer verilmedikçe, Türkiye'nin de ulusal hukukunda bir değişiklik yapmasını beklemek pek gerçekçi gözükmemektedir. Doktrinde de[261], bu konuda ulusal alanda bir tanım yapmadan önce, UCH alanındaki gelişmeleri beklemenin en doğrusu olacağı belirtilmektedir.

Bu bakımdan, saldırı suçu konusunda ulusal mevzuatımızda bir düzenleme yapılması, 2010'da Uganda'da yapılacak Gözden Geçirme Konferansı'nda bu konuda bir adım atılabilmesine bağlıdır. Bu da, yukarıda belirttiğimiz gibi, kolay olmayacaktır.

255 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 277.
256 ***Zimmermann*** da, UCD'nin Güvenlik Konseyi tarafından devreye sokulduğu durumlarda kendi hukuki değerlendirmesini yapabileceğini; zira, her uluslararası mahkemenin yargı yetkisinin zorunlu bir parçası olarak, kendi yetkisini belirlemek konusunda yetkili olduğunu ("compétence de la compétence") vurgulamaktadır, bkz. ***Zimmermann,*** Role and Function of ICL, s. 43-44.
257 ***Aslan,*** AÜHFD, s. 74.
258 ***Turhan***, HPD 2005, s. 9. Aynı gerekçe, uluslararası ceza hukukunda da bu suç tipinin düzenlenmesine engeldir, bkz. ***Cassese,*** ICL, s. 110.
259 ***Önok***, Görev Alanı, s. 239; aynı yönde ***Tomuschat***, Christian, The Legacy of Nuremberg, Journal of International Criminal Justice, Vol. 4, No. 4, 2006, s. 842; ***Turhan,*** UCD, s. 126; ***Aslan,*** AÜHFD, s. 76; ***Cassese,*** Preliminary Reflections, s. 147.
260 Bkz. ***Aslan,*** AÜHFD, s. 77. Ayrıca bkz. Kıbrıs sorunu yönünden ***Bayıllıoğlu,*** s. 92-94; ***Çınar,*** s. 111.
261 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 351.

IV. CEZA HUKUKUNUN GENEL HÜKÜMLERİ

***1. Nullum Crimen Sine Lege* (Kanunsuz suç olmaz - Statü md. 22), *Nulla Poena Sine Lege* (Kanunsuz ceza olmaz - Statü md. 23), Geçmişe yürüme yasağı (Statü m. 24), *non bis in idem* (Statü m. 20).**

Ceza hukukunun evrensel çapta kabul görmüş en önemli ilkelerinden belki de başlıcası, kanunilik ilkesidir. Bu ilkeye göre, hangi davranışların suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi ve bu suçu işleyenlerin görecekleri yaptırımların da önceden kanun tarafından belirlenmesi gerekmektedir. İlkenin amacı, fiili işledikleri zaman bunun meşru olduğu konusunda makul bir inanç taşıyan kişilerin cezalandırılmasını önlemektir[262].

Türkiye'nin de bir parçası olduğu Kıta Avrupası Hukuku sisteminde kanunilik ilkesinin sonucu olarak, ceza hukuku müdahalesi, kanunda mevcut olan net ve açık bir sınırlamanın varlığına bağlıdır (belirlilik ilkesi). Bunun dışında, ceza hukukunda failin aleyhine kıyas yapmak suretiyle, suç ve cezaların yaratılması yasak olduğu gibi; failin aleyhine olan kanunların geçmişe yürümesi de yasaktır. Kanunilik ilkesinin son bir uzantısı olarak, ulusal ceza hukukunda, örf ve adete dayanarak suç ve ceza yaratılması yasaktır.

Demek ki, kanunilik ilkesinin amacı şüpheli/sanığı öngöremeyeceği ve keyfi cezalardan korumaktır. Buradaki hedef, sanığın haklarını korumaktır. Genel olarak, Roma Statüsü ile Türk ceza hukukundaki anlayış birbirine paraleldir. Gerçekten, Statü m. 22/1 gereği yazılı bir norm olmaksızın hiç kimsenin, işlendiği sırada Divanın yargı yetkisine giren bir suçu oluşturmayan bir fiilinden dolayı cezalandırılamayacağı, kıyas yasağı ve ***favor*** rei (lehe yorum) ilkesi (m. 22/2), Divan tarafından mahkum edilen bir kimsenin ancak bu Statü uyarınca cezalandırılabileceği (m. 23), "geçmişe uygulama yasağı" (m. 24/1), lehe kanunun geçmişe yürümesi (***lex mitior***) (m. 24/2) gibi kurallar ortaktır.

Söz konusu hükümlerde yer verilen düzenlemelerin Türk ceza hukukundaki ilgili hükümlerle ne ölçüde özdeş olduğunu incelemeye gerek yoktur. Her ne kadar, özellikle Statü m. 22/2'deki yorum ilkeleri açısından, Statü ile ulusal hukuk arasında bazı farklar olsa da[263], raporumuzun hedefi açısından bunu irdelemek şart değildir. Zira, bu raporun amacı Roma Statüsü'nden kaynaklanabilecek yükümlülükleri yerine getirmek açısından ulusal hukukun mevcut durumunu incelemektir. Diğer bir deyişle, ulusal hukukumuzun Roma Statüsü gerekleriyle uyumlu olup olmadığını tespit etmektir.

Şayet, Roma Statüsü düzenlemeleri Türk Hukukunun ötesinde bir himaye sağlıyorsa (ki m. 22/2'deki yorum ilkeleri açısından böyledir çünkü Türk ceza hukukunda "genişletici/geliştirmeci yorum" yapmak mümkündür), zaten bunun pratik sonucu, sanığın Roma Statüsü'ne göre cezalandırılmaması gereken bir durumda Türk hukukuna göre cezalandırılabilmesi olur. Böyle bir durumda, zaten tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD'nin devreye girmesi söz konusu olamaz.

Buna karşılık, Türk Hukuku Roma Statüsü'nün öngördüğünden daha fazla bir himaye sağlıyorsa[264], bu durum Türk Hukuku açısından Statü ile uyum sağlamak açısından değişiklik yapılmasını gerektirmez; aksine, Statü'nün Türk Hukuku standartlarının gerisinde kaldığını gösterir. Bu da, Statü'den doğabilecek yükümlülükler açısından Türk Hukukunda giderilmesi gereken bir eksiklik olmadığı anlamına gelir; olsa olsa, bu durum Statü'yü onaylamak açısından Türkiye'nin dikkate almasını gerektirecek bir tereddüt oluşturabilir.

Yani, her iki ihtimalde de, Roma Statüsü'nden doğabilecek vecibelerin gereğini yapabilmek konusunda bir sıkıntı doğmayacaktır. Ulusal ceza hukukumuzda asgari sorumluluk yaşının 12 olması, buna karşılık, 18 yaşını doldurmayan kimseler hakkında UCD'nin yargı yetkisi kullanamaması (Statü m. 26) açısından da aynı mantık geçerlidir.

262 ***Kittichaisaree,*** s. 43.
263 Bilgi için bkz. ***Tezcan/Erdem/Önok***, UCH, s. 450 vd.
264 Örneğin, cezaların kanuniliği ilkesi açısından durum böyledir (Şen, UCM, s. 110); Türk Hukukunda her bir suç açısından öngörülebilecek cezalar ayrı ayrı gösterilmeli ve cezanın alt sınırı da kanunda açıkça belirlenmelidir. Oysa, uluslararası örfi hukuktaki kapsamıyla kanunilik ilkesi, uluslararası suçların her biri bakımından uygulanabilecek ceza makasının kesin olarak belirlenmiş olmasını şart koşmamaktadır, ***Ferdinandusse***, s. 255. Yine, m. 24/2'deki ***lex mitior*** kuralı (lehe kanunun geçmişe yürümesi) Türk hukukunda infaz aşamasında da uygulanır, Roma Statüsü'nde ise etkisi sadece kesin hükme kadardır.

Son olarak, Statü m. 20'deki ***non bis in idem*** ilkesini değerlendirmek gerekir. Bu hükmün tamamlayıcılık ilkesi açısından anlamını yukarıda çeşitli vesilelerle tartıştık. Dolayısıyla, Roma Statüsü kapsamına giren davranışların Türk hukuku uyarınca adi suç olarak yargılanması ya da yargılanamaması durumunda ne olacağını ele aldık. Fakat geriye bir sorun daha kalmaktadır. Statü m. 20/2 hükmüne göre: "No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court." Demek ki, UCD tarafından yargılanan bir kimsenin, ulusal mahkemelerimizce tekrar yargılanması mümkün değildir.

Oysa, TCK m. 9'a göre "***Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse Türkiye'de yeniden yargılanır***". Her ne kadar burada "yabancı ülke" denilse de, bu hükmün anlamı, Türkiye dışında yargılanan bir kimsenin tekrar Türkiye'de yargılanacağıdır. Bu nedenle, UCD'nin yabancı bir ülke olmadığı, bu nedenle de UCD tarafından yargılanan bir sanık açısından TCK m. 9 hükmünün uygulanamayacağını söylemek gerçekçi gözükmemektedir.

Görüldüğü gibi, TCK m. 9'da yabancı ülke mahkemesinin kararına ***ne bis in idem*** etkisi tanınmamıştır. Türkiye'de suç işleyen kişinin Türk vatandaşı veya yabancı olması bakımından herhangi bir ayırım yapılmış değildir. Buradaki çıkış noktası, Anayasa m. 90/son hükmüdür. Roma Statüsü'nün ilgili hükmü, TCK'ya göre normlar hiyerarşisinde daha üst değere sahip olacağından, UCD tarafından yargılanan kişinin tekrar Türkiye'de yargılanamaması yönünden Türk hukukunu değiştireceği sonucuna varılabilir.

2. Bireysel ceza sorumluluğu (Individual criminal responsibility – Statü m. 25)

Roma Statüsü m. 25/3 hükmünde, çeşitli faillik ve iştirak türleri düzenlenmektedir. Statü md. 25 (3) (a)'da düzenlenen, doğrudan, beraber ve dolaylı faillik türleri, TCK'nın 37. maddesinde yer almaktadır. Statünün 25/3. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen maddi ve manevi iştirak türleri de TCK m. 38'de ve 39'da yer almaktadır.

Diğer bir çok Kıta Avrupası Hukuku sisteminde olduğu gibi, Türk ceza hukukunda da iştirak konusunda eşitlik sistemi benimsenmemiş, suça katkısı ne olursa olsun, tüm katılanlara aynı ceza verilmesi kabul görmemiştir. Türk ceza hukukunda faillik (perpetration, principals) ile suç ortaklığı (accomplice liability, accessories, participants) arasında kanuni bir ayrım yapılmıştır. Bunun da ötesinde, her bir iştirak türüne uygulanabilecek cezalar açısından da kanuni ayrım yapılmıştır. Örneğin, azmettiren tam ceza alırken, yardım edenlerin daha az ceza alması zorunludur.

UCH bakımından, yukarıda belirtilen türden ayrımlar genellikle deskriptif ve sınıflandırma ya da pedogojik amaçla yapılmaktadır. Fakat, en azından cezalandırma yönünden, ne antlaşmalarda ne de örfi hukukta farklı iştirak kategorileri açısından herhangi bir hukuki ayrım mevcut değildir[265]. UCH açısından, suça katılan her bir kişinin sorumluluk drecesi hakkında somut olayda karar vererek uygun cezayı buna gore belirlemek görevi hakime düşmektedir.

Roma Statüsü'nde de, m. 25'te farklı iştirak türlerine yer verilmiş olmakla birlikte, fail ile şerikler arasında kanuni bir ayrım yapılmamıştır. Fakat bu, Statü'de eşitlik sisteminin benimsendiği anlamına gelmez. Cezalandırma açısından kanuni bir ayrım yapılmamasının sebebi, her bir suç tipi açısından uygulanabilir cezanın alt-üst sınırlarının Statü'de belirtilmemiş olmasıdır. Genel olarak uygulanabilir cezalar m. 77'de belirtilmiş, somut olayda cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak faktörler ise, mahkumun "şahsi koşulları" da dahil olmak üzere, m. 78'de belirlenmiştir. Kaldı ki, Usul ve Delil Kuralları 145 (1) (c)'de, cezanın belirlenmesinde, Mahkemenin "mahkumun suça katılma derecesi"ni itibara alacağı açıkça belirlenmiştir.

O halde, Türk hukukunda iştirak türleri ve bunlara bağlanan cezalar açısından kanuni ayrımların yapılmış ve buna farklı hukuki sonuçlar bağlanmış olması, Roma Statüsü ile uyum açısından bir sorun yaratmamaktadır. Çünkü, UCD hakimleri de, cezanın belirlenmesi açısından katılımın derecesini dikkate alacaklardır. Kaldı ki, önemli olan ulusal hukukta faillerin cezalandırılmış olmasıdır. Belirli iştirak türlerine zorunlu olarak daha az ceza bağlanmış olması, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi anlamına gelmeyecektir.

Statü m. 25 (3) (b)'de yer alan "emretme (***ordering***)" açısından ise durum daha karmaşıktır. Çoğu uluslararası suç üstün bir otoritenin talebi üzerine işlenmektedir. Emretmenin ayırt edici özelliği de, üstün yetkiye sahip olan bir kimsenin bu konumunu bir başkasını suç işlemeye ikna etmekte kullanmasıdır. O halde, azmettirmeden farklı yön, emri veren kişiyle bunun muhatabı arasında bir astlık-üstlük ilişkisinin (otorite konumunun) varlığıdır[266].

265 ***Cassese,*** ICL, s. 188.
266 ***Cassese,*** ICL, s. 230; ***Cryer and others***, s. 312-313; ***Werle and others***, s. 124.

UCH "emretme"yi bağımsız bir sorumluluk türü olarak ele almaktadır (UCD Statüsü md. 25 (3) (b), EYUCM Statüsü md.. 7 (1), RUCM ve SLÖM Statüleri md. 6 (1). Türk ceza hukukunda ise böyle bir müessese yoktur, suçların işlenmesinin emredilmesi azmettirme çerçevesinde ele alınır. Bazı durumlarda ise, gerçekte bu tür emirleri veren kişilerin başkalarını araç olarak kullanarak suçu işlediği, diğer bir deyişle, dolaylı failliğin bulunduğu söylenebilir.

Roma Statüsü'ne göre, sadece suçun "gerçekten işlenmesi ya da buna teşebbüs edilmesi" durumunda emretmenin cezalandırılabileceğini belirtmesi potansiyel bir sorunu çözmektedir. Zira, EYUCM ve RUCM'un içtihadı da bu yönde olmakla birlikte, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bir çok ulusal mahkeme aksi yönde karar vermişti. Fakat bu yorum tarzı, yani, bir suçun işlenmesine ya da teşebbüsüne yol açmasa bile, bu yönde emir vermenin başlı başına cezayı gerektireceği anlayışı, TCK açısından büyük sorun teşkil ederdi. Çünkü, diğer ulusal hukuklarda olduğu gibi, "ordering" müessesesi hukukumuzda yer almadığı gibi, Türk Ceza Hukukunda "neticesiz azmettirme" cezalandırılamaz, yani bir suçun işlenmesine en azından teşebbüs edilmesine yol açmadıkça, bu yönde azmettirmek sorumluluğu gerektirmez. Fakat, Roma Statüsü açısından ordering'ın cezalandırılması için suçun en azından teşebbüs edilmesi gerektiğinden, bu durum ulusal ceza hukukumuzda azmettirme olarak değerlendirilecek, bu çerçevede de azmettirene (UCH terminolojisiyle "emir verene") suçun karşılığı olan tam ceza verilebilecektir.

Statü m. 25 (3) (d) hükmünde yer alan Joint Criminal Enterprise müessesesi de UCH'nun kendine has doktrinlerinden biridir. Söz konusu maddeye göre, ortak bir amaçla hareket eden bir insanlar grubunun gerçekleştirdiği veya gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği bir suça herhangi bir şekilde katkıda bulunan kimseler de, aşağıdaki koşullarla, sorumlu olacaktır:

- Söz konusu katkının iradi olması ve ayrıca;
- Grubun faaliyetinin ya da amacının Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçun işlenmesini içerdiği durumlarda, bu katkının grubun suç teşkil eden faaliyetlerine veya suç teşkil eden amacına yardım etmek maksadıyla yapılması VEYA bu katkının grubun suç işleme kastını bilerek yapılmış olması.

JCE, aslında iştiraka benzer bir düzenlemedir. Statüsünde açıkça yer almamasına rağmen, EYUCM İstinaf Dairesi bu kurumu yaratmış[267], ilk derece dairesi buna büyük sıklıkla başvurmuştur. 2005 sonundaki Simba kararından sonra RUCM da bu kuruma kararlarında yer vermeye başlamıştır[268].

Uygulama alanı, suç teşkil eden belirli bir amacı gerçekleştirmek doğrultusunda bir araya gelen, fakat bu hedefe ulaşmak açısından farklı nitelikte katkı sağlayan hareketlerde bulunan kimselerin tümünün fail olarak sorumlu tutulmasını sağlamaktır[269]. Bu bakımdan, EYUCM'un yakın tarihli içtihadında[270], bu kurumun "faillik" kategorisi kapsamında olduğunu belirtmesi ilgi çekicidir[271]. Fakat Roma Statüsünün, faillik kategorisiyle JCE'yi ayrı ayrı düzenlediği vurgulanmalıdır.

Kurumun uygulanmasına örnek verecek olursak, bir esir kampının işletilmesinde; A, kampın kurulmasını emreden komutandır; B-C-D, bu kampın mahiyetini bilmelerine rağmen teçhizatını hazırlayan şahıslardır; E, kamp müdürüdür; F-G kamp dış muhafızlarıdır; H-İ-J-K de bu kamptaki esirler üzerinde kötü muameleyi gerçekleştiren şahıslardır. JCE kurumuna göre, bu ortak amaca beraber katılan kişilerin hepsi söz konusu kötü muameleden sorumlu tutulmalıdır ve bu suça katkıları ne ölçüde olursa olsun, sorumluluk eşit düzeyde, asıl fail gibi olmalıdır. Burada faillerin kusurlulukları bakımından var olan farklılıklar, olsa olsa cezayı tayinde dikkate alınabilecektir[272].

Raporun amacının aşacağında, JCE'nin uygulanma şartlarını incelemeyeceğiz. Fakat, şunu vurgulamak gerekir: içtihatlar aracılığıyla, üç tür JCE sorumluluğu öngörülmüştür. İlk durumda[273], bir grup kimsenin bir suç işleme yönünde ortak kastı bulunup, buna göre bir ortak plan tasavvur edilmekte, bu ortak plana katılanların her birinin farklı rol ve sorumlulukları olmaktadır. Bu doğrultuda, kimisi suçun tasarlanmasına veya hazırlanmasına katılırken, bir kısmı da suçun icrasına farklı oranlarda katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda, ortak plana katkıda bulunmuş olmak kaydıyla, suçun maddi unsurunun icrasına doğrudan katılmayan kişiler de işlenen suçtan ortak şekilde sorumlu tutulmaktadırlar. Bu tür bir JCE durumunda, işlenen suçtan sorumluluk için, ortak plana katılanlar ortak planın en az bir unsuruna iradi olarak katkıda bulunmalı ve diğer failler tarafından nihai olarak işlenen suçtan doğan neticeyi istemelidirler, diğer bir deyişle, işlenen suçlar yönünden ortak kastları bulunmalıdır.

267 Prosecutor v Dusko Tadic, (Case No. IT-94-1-A), Judgment, 15.7.1999.
268 ***Zahar/Sluiter,*** s. 222-223.
269 ***Bantekas/Nash,*** s. 29.
270 ***Multinovic ve diğerleri***, EYUCM İstinaf Dairesi, 21.5.2003, para. 20; ***Kvocka ve diğerleri***, EYUCM İstinaf Dairesi, 28.2.2005, para. 79-80; ***Oric***, EYUCM İlk Derece Dairesi, 30.6.2006, para. 282.
271 Bu kararların "tartışmalı" olduğuna dair bkz. ***Cryer ve diğerleri,*** s. 308.
272 ***Cassese,*** ICL, s. 182.
273 ***Bantekas/Nash, s. 30-31.***

İkinci tür JCE tipi sorumluluk, toplama kampları modeline göre kurgulanmıştır. Bu durumda[274], mahpuslara karşı hayata geçirilen müşterek bir suç işleme amacı organize bir sistem dahilinde gerçekleştirilmekte[275] ve bir çok insan mahpuslara yönelik kötü muamele uygulamasına katılmaktadır. Katılımcılar kamptaki yetkili kimseler olup, ya bu sistemi kurmuşturlar ya da bilincindedirler ve bu sistemin işleyişine kendi fonksiyonları dahilinde katkıda bulunmaktadırlar. Bu durumda, sistemin varlığı bilen ve bunun yürümesine katkıda bulunma kastıyla hareket eden herkes, bu çerçevede işlenen tüm fiillerden sorumlu tutulacaktır[276].

Üçüncü tür JCE'de ise, ortak bir suç işleme amacı çerçevesinde hareket eden kişilerin; faillerden birinin, ortak amacın dışında kalmakla birlikte, söz konusu amacı gözetmenin öngörülebilir bir sonucu olarak ortaya çıkan bir fiilinden dolayı sorumlu tutulmaları söz konusudur. EYUCM İstinaf Dairesinin Tadić kararına göre, a) grubun üyelerinden biri ya da bir kaçının böyle bir suçu işleyebileceği öngörülebilir ise ve b) sanık iradi olarak bu riski göze almışsa (yani, netice bakımından olası kastı varsa), o da söz konusu suçtan sorumlu olacaktır [277]. Örneğin, esir tutulan kimselere her türlü fiziksel-psikolojik saldırının yapılmasının öngörüldüğü bir ortamda, gardiyanlardan bazılarının cinsel nitelikli müdahalelerde de bulunması durumunda, bu esaret sistemini yürüten tüm faillerin cinsel nitelikli suçtan da sorumlu tutulacağı söylenebilir. Buna karşılık, ortak plan ya da amaç esaslı olarak değişmişse (örneğin etnik temizlemeyi amaçlayan örgütün bazı üyelerinin kendi aralarında bunu soykırıma çevirme yönünde anlaşmaları), artık bu yeni planın parçası olmayan kimseleri yeni plan çerçevesinde diğer kişilerin işledikleri suçlardan sorumlu tutmak mümkün değildir[278].

UCD Statüsündeki düzenlemeye bakacak olursak, ortak bir amaçla hareket eden bir insanlar grubunun gerçekleştirdiği veya gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği bir suça herhangi bir şekilde katkıda bulunan kimseler de cezaen sorumlu olacaklardır. Böyle bir katkı kasıtlı olmalıdır ***ve ayrıca***: a) grubun faaliyetinin veya amacının, Divanın yargı yetkisine giren bir suçun işlenmesini içerdiği durumlarda, bu katkı, grubun suç faaliyetlerine veya suç amaçlarına yardım etmek amacıyla yapılmalıdır ***veya*** b) katkı, grubun suç işleme niyetine vâkıf olarak yapılmış olmalıdır.

Bu düzenleme tarzıyla, Roma Statüsündeki JCE, yukarıda anılan birinci – ve bir ölçüde de- ikinci tip JCE sorumluluğuna benzemektedir[279]. On the other hand, the mental element requirement is strict as the accused must know that the intention of the group is to commit crimes. This also helps in terms of national criminal law, as the TPC requires the "intent to participate" in the commission of a crime for the relevant provisions to be applicable.

Elbette, ulusal hukukumuzda JCE konusunda bir düzenleme yoktur. Yukarıda ele aldığımız, TCK m. 78'deki "örgüt" hükmü ayrı bir düzenlemedir. Söz konusu madde, böyle bir örgüt çerçevesinde işlenen suçlardan ötürü sorumluluğu değil, bu örgüte salt üye olmayı ayrı bir cezaya bağlamaktadır. O halde, Statüye göre JCE sayılan durumları iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Görüldüğü gibi, JCE'nin özü şudur: Birden çok kimsenin ortak bir suç işleme amacı ya da planı mevcuttur ve bu çerçevede her kimsenin rolü farklıdır. Bunun sonucunda, ortak amaçla bir araya gelen grubun (JCE) her bir üyesi, rol ve katılım derecesinin niteliği ve vahametine bakılmaksızın sorumludur. O halde, normalde şeriklik çerçevesinde ele alınacak bazı davranış türleri faillik kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat, kusurun derecesi cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu nedenle, JCE'ye katılan her kişinin fail ya da müşterek fail olarak sorumlu tutulması, her birinin aynı cezaya çarptırılacağı anlamına gelmez.

İşte bu son tespit, ulusal ceza hukukunda JCE tipi bir kuruma yer verilmemiş olmasını sorun olmaktan çıkarmaktadır. Çünkü, suça katkısı tali/fer'i nitelikte olan belirli kimseleri "fail" ya da müşterek fail (co-perpetrator) olarak değerlendirmek mümkün olmasa da, bu kişiler TCK uyarınca "yardım eden" sıfatıyla cezalandırılacaklardır. Bu da, çoğu örnekte yeterli cezayı sağlayacaktır. Bunun istisnası, Roma Statüsü'ne göre uluslararası suç sayılan, fakat Türk Hukukunda özel olarak düzenlenmediği için adi suç çerçevesinde cezalandırılan fiiller bakımından olabilir. Yukarıda verdiğimiz örneklerden hatırlanacağı üzere, bu durumların bazılarında cezanın alt ve üst sınırları bir hayli düşük olabilmekteydi. Bir de, yardım etmeye dair hükümler uygulanınca, ceza yarı oranında indirilecektir (TCK m. 39/1). Bu durumda da, ortaya cüzi cezalar ortaya çıkabilecek, bu cezaların da paraya çevrilmesi, ertelenmesi, hatta ön ödeme kapsamına girmesi mümkün olabilecektir. İşte bu tür uygulamalar ortaya çıkarsa, tamamlayacılık ilkesi açısından sorun çıkabilir.

Fakat bu istisnai durumlar dışında, ulusal hukuktaki iştirak kurallarına göre indirim yapılmak zorunda olması, ne

274 ***Bantekas/Nash, s. 31-32.***
275 ***Prosecutor v Kvocka,*** EYUCM İstinaf Dairesi, 28.2.2005, para. 182.
276 Fakat EYUCM İstinaf Dairesinin 17.9.2003 tarihli ***Krnojelac*** kararında, bu durumda da (asli maddi) failin suç kastının paylaşılması gerektiğine karar verilmiştir, bkz. ***Cryer ve diğerleri,*** s. 307.
277 ***Kittichaisaree,*** s. 240; ***Cassese,*** ICL, s. 187; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 307-308.
278 Bu yönde ***Prosecutor v Blagojevic and Jokic***, EYUCM İlk Derece Dairesi, 17.1.2005, para. 700-701.
279 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 309.

isteksizlik ne de gerçekten muktedir olmama çerçevesinde değerlendirilemez. Kaldı ki, söz konusu olabilecek istisnai bu durumlarda bile, işlenen suça tali nitelikte katkıda bulunan kimselerin UCD tarafından tamamlayıcılık ilkesi çerçevesinde tekrar yargılanmak istenmesi pek gerçekçi ve akılcı olmayacaktır. Zira, Mahkemenin amacı uluslararası suçlardan ötürü en ağır sorumluluğu taşıyan kimseleri yargılamaktır. Suça ikincil nitelikte katkısı bulunan suç ortaklarının ulusal hukuk uyarınca iyi niyetli ve etkin bir şekilde kovuşturulması durumunda, verilen ceza nispeten düşük kaldı diye UCD'nin devreye girmesini düşünmek pek mümkün olmamalıdır.

Roma Statüsünün m. 25 (3) (e) hükmüne göre, sadece soykırım suçu açısından, bu suçu işlemeye başkalarını doğrudan ve aleni olarak tahrik etmek de sorumluluğu gerektiren bir davranıştır. Soykırımda bulunmaya başkalarını doğrudan ve aleni olarak tahrik etmekle, azmettirme arasında iki fark vardır. İlki, kışkırtmanın yöneldiği grubun kimliğine ilişkindir. Aleni ve doğrudan tahrikte, genel olarak kamu hedef alınırken, azmettirmede, ***belirli*** bir kimse ya da gruba yönelik bir teşvik vardır. Esas önemli fark ise, iştirak kurallarının uygulanması için, bağlılık kuralı gereğince, suçun icrasına başlanmış olmasının gerekmesidir. Oysa, soykırıma aleni ve doğrudan tahrik, başlı başına bir suçtur. Bu bakımdan, tahrikin sonucunda soykırım teşkil edebilecek bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi, aleni ve doğrudan tahrikte bulunan kimse cezalandırılacaktır. TCK'nın soykırım suçunu düzenleyen m. 76 hükmünde buna özel olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte böyle bir durumda suç işlemeye tahrik suçundan dolayı (YTCK m. 214)[280] failin cezalandırılması yoluna gidilebilir.

Nihayet, Statü m. 25 (3) (f) hükmünde teşebbüs kurumuna yer verilmiştir. Arada bazı farklılıklar olmakla birlikte, TCK m. 35 hükümleri teşebbüse; m. 36 hükümleri ise gönüllü vazgeçmeye (voluntary abandonment) ilişkin yeterli düzenlemeleri içermektedir.

Tek fark şu noktada olabilir: Gönüllü vazgeçme hükümlerine göre fail, suç işleme yönündeki çabalarını terk ederse veya suçun tamamlanmasını önlerse, suç işleme amacından tümüyle ve gönüllü olarak vazgeçmiş olması kaydıyla, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Fakat, bu durumda dahi, suçun bir başkası tarafından tamamlanması durumunda, vazgeçen kişinin, "joint criminal enterprise"a katılımı sebebiyle cezalandırılmasının mümkün olacağı söylenmektedir[281]. Türk Hukuku açısından ise, böyle bir durumda, ancak suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan (TCK m. 220) ötürü sorumluluk düşünülebilir. Fakat bu hüküm elbette JCE ile özdeş değildir, örgütün varlığından bahsedebilmek için, gevşek de olsa, hiyerarşik bir yapının varlığı gibi bazı koşullar aranmaktadır. Kaldı ki, suça kendisi karışmayan ve örgütü terk eden kimse açısından m. 221/2 hükmü devreye girebilecektir: "Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz." Neticede, ulusal hukuka göre, fail hiç bir ceza almayabilecektir. Fakat burada verdiğimiz örnek istisnai bir teorik durum olduğundan, buna yönelik olarak iç hukukta değişiklik yapmaya imkan ve gerek yoktur.

3. Failin resmi sıfatının sorumluluğu etkilememesi (Irrelevance of official capacity - Statü m. 27)

Uluslararası ceza hukukunun genel ilkeleri arasında önemli yere sahip kurallardan biri de, failin resmi sıfata sahip olmasının, yani fiili resmi görevin ifası sebebiyle ya da sırasında işlemesinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veyahut azaltan bir durum olmamasıdır. Bu esas Nürnberg Askeri Mahkemesi Şartı m. 7/2'de ve buna bağlı yargılamalarda ortaya konulduğu gibi, Uluslararası Uzakdoğu (Tokyo) Askeri Mahkemesi Şartı m. 6/2 hükmü, Alman Denetim Konseyi tarafından kabul edilen 10 sayılı Kanun m. 4 hükmü; EYUCM Statüsü m. 7/2 hükmü, RUCM Statüsü m. 6/2 hükmü ve 1996 tarihli İnsanlığın Huzuruna ve Güvenliğine karşı İşlenen Suçlar Kanunu Tasarısı m. 7 hükmüyle de ortaya konmuştur[282].

UCD Statüsü 27. maddesinde de, "resmi sıfatın önemsizliği" (*irrelevance of official capacity*) başlığı altında aynı esas düzenlemiştir. Buna göre, söz konusu Statü, resmi sıfata dayalı herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, tüm kişilere eşit olarak uygulanacaktır. Özellikle, Devlet ya da Hükümet Başkanı, Hükümet ya da meclis üyesi, seçilmiş temsilci veya hükümet görevlisi olarak resmi sıfata sahip olmak, bu Statü uyarınca doğacak ceza sorumluluğu için hiç bir şekilde muafiyet nedeni veya tek başına bir hafifletici neden oluşturamayacaktır (m. 27/1).

Bu noktada, uluslararası hukuktan doğan yargılama bağışıklıklarına değinmek gerekir. Yargılamadan bağışıklık konusunda temel ayrım, fonksiyonel (*ratione materiae*) bağışıklık – kişisel (*ratione personae*) bağışıklık

280 "***(1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.***
(2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silâhlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, onbeş yıldan yirmidört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi hâlinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır."
281 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 317.
282 ***Yılmaz,*** Alia; Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, Beta, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 150-152.

ayrımıdır[283]. Konunun detayına girmek bu raporun amacını aşar. Bu nedenle, bazı temel ilkeleri özetle vurgulamakla yetineceğiz.

Fonksiyonel (***Ratione materiae)*** bağışıklık, yapılan işlemin niteliğinden kaynaklanır ve devlet adına icra edilen davranışları korur. Buna göre, "resmi işlemler" açısından bu imtiyaz mevcuttur. Bu bağışıklıktan geniş bir kategori yararlanır, çünkü devlet adına görev yapan herkesin bu görevi kapsamındaki işlemleri bu çerçevede ele alnır. Öte yandan, bu bağışıklık daimidir; çünkü korunan husus, davranışın kendisidir, bunu icra eden kişi değil. Buna karşılık, fonksiyonel bağışıklık, davranışı gerçekleştiren kişiyi mutlak olarak yargısal denetimden korumaz, çünkü yapılan işlemin "resmi" nitelikte olup olmadığı incelenebilir[284].

Bir de, devlet ve hükümet başkanlarına ve devletin diğer bazı üst düzey temsilcilerine, şahıslarından kaynaklanan kişisel (***ratione personae)*** bir bağışıklık daha tanınmıştır ve bu imtiyaz, devlete tanınandan daha geniş bir dokunulmazlık alanı sağlar. Bu imtiyaz, nispeten daha az sayıda kişiye tanınır ve gerçekleştirilen eylemin niteliğinden bağımsızdır, önemli temsil görevlerini gerçekleştiren devlet adamlarının şahsına tanınır[285]. Bu nedenle, kişi bakımından bağışıklık mutlaktır ve her türlü eylemi kapsar. Fakat, eylemin niteliğiyle ilgili olan ***ratione materiae*** bağışıklık resmi görevin sona ermesinden sonra da devam ederken, ***ratione personae*** bağışıklık görev süresinin dolmasıyla sona erer[286]. Bu bakımdan uluslararası bir suç işlese bile, kişisel bağışıklıktan faydalanan kimseler görevde oldukları sürece, başka bir devlet nezdinde yargılanamazlar.

İşte, Roma Statüsü m. 27/2 hükmü ile, bazı devlet görevlilerinin sahip olabileceği kişisel bağışıklığın UCD'ye karşı öne sürülebilmesi engellenmiştir. Roma Statüsüne taraf devletler, Divan nezdinde gerçekleşecek yargılamalar bakımından kendi vatandaşlarının sahip oldukları kişisel bağışıklıklardan feragat etmiş olmaktadırlar. Bunun da ötesinde, Statünün kapsamına giren suçlar bakımından, ne kendi vatandaşları ne de ülkelerinde görev yapacak diğer taraf devletlerin vatandaşları lehine, bu türden ayrıcalık ve bağışıklıklar tesis eden işlemler yapmamayı bundan böyle üstlenmiş olmaktadırlar[287]. Sonuç olarak, Statünün kapsamındaki suçlar bakımından, 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi'ndeki ayrıcalık ve bağışıklıklar uygulama alanı bulmayacaktır[288].

Türk Hukuku açısından konuyu değerlendirirse; yürürlükteki 1982 Anayasasının 105. maddesi bu kurala aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasına göre, "***Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır***." Demek ki, vatana ihanet suçu dışında, Cumhurbaşkanı'nın görev suçlarından ötürü cezai sorumluluğu yoktur. Bu kural anayasal nitelikte olduğundan, Roma Statüsü onaylandığında bile, Statü m. 27 hükmü, bu kuralın altında (rank below) yer alacaktır. Yani, Türk Hukuku açısından Anayasadaki sorumsuzluk hükmü geçerliliğini koruyacaktır. Anayasanın bu açık hükmü karşısında, Roma Statüsü kapsamına giren suçların "kişisel sıfatla" (in private capacity) işlendiği kabul edilerek[289], devlet başkanının yargılanması yoluna da gitmek mümkün değildir.

O halde, Anayasa m. 105 değiştirilmedikçe, Cumhurbaşkanının Türkiye'de yargılanması mümkün olmadığından, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD'nin devreye girmesi gerekecektir. Bu noktada, Türkiye'nin, Anayasa hükmü gereği sorumlu tutulamayan devlet başkanını yargılanmak üzere UCD'ye teslim etmesinin mümkün olup olmayacağı da tartışmalıdır. Bu konuda, Anayasa m. 90/son ve Statü m. 27'den hareketle, Türk mercilerinin yargılama yapması mümkün olmasa da, devlet başkanının yargılanmak üzere UCD'ye teslim edebileceği (ve etmesi gerektiği) savunulmaktadır[290].

Kanaatimizce, kendi anayasal normu Statü hükmünden daha üstün olduğundan, Türkiye, Anayasasınca sorumlu tutulamayan Cumhurbaşkanını onu yargılayabilecek bir mercie teslim etmek istemeyecektir. Böyle olursa da, Türkiye Roma Statüsü'nden doğan uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Böyle bir durumla karşılaşmamak açısından, Anayasa m. 105'de değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu konuda en iyi alternatif, Roma Statüsü kapsamına giren uluslararası suçlar açısından sorumsuzluğun söz konusu olmadığının belirtilmesidir. Örneğin, Anayasa m. 38'de yapıldığı gibi, m. 105'teki sorumsuzluk hükmüne bir cümle ekleyerek, "UCD'yi kuran Roma

283 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 423. Bilgi için bkz. ***Simbeye***, Yitiha, Immunity and International Criminal Law, Ashgate, 2004, s. 110 vd..
284 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 423.
285 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 423.
286 ***Barker***, Craig J., The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet, ICLQ, Vol. 48, October 1999, s. 941, ***Fox***, Hazel, The Pinochet Case No. 3, ICLQ, Vol. 48, July 1999, s. 696.
287 ***Wirth,*** Steffen, Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, Criminal Law Forum, Vol. 12, 2001, s. 452.
288 ***Scaliotti,*** Massimo; Defences before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2, International Criminal Law Review, Vol. 2, 2002, s. 43. Bununla beraber, tabii ki Statüye taraf olmayan, üçüncü devletlerin görevlileri bakımından m. 27'de kuralı uygulama alanı bulamayacak, bu görevlilerin klasik dokunulmazlıkları devam edecektir, bkz. ***Wirth,*** s. 453.
289 Lee, "***States' Responses: Issues and Solutions***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), s. 16.
290 ***Tezcan***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 330. Hollanda'da aynı görüş için bkz. ***Verweij***, Harry /***Groenleer***, Martijn, "***The Netherlands' Legislative Measures to Implement the ICC Statute***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), Transnational Publishers, 2005, s. 85.

Statüsü'ne taraf olmaktan doğan yükümlülükler müstesnadır" denilebilir[291]. Fakat bu hükmün işlevsel olabilmesi açısından, Türk Hukukunda hiç bir şekilde cezalandırılması mümkün olmayan bazı savaş suçlarının da mevzuata dahil edilmesi gerekecektir.

Öte yandan, ulusal mevzuatımıza göre devlet memurları özel soruşturma usullerinden faydalanmaktadır. Gerçekten, Anayasa m. 129/son'a göre, "***Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.***" Hatta, bazı memur kategorilerinin de kendilerine özgü düzenlemeleri vardır. Ne var ki, bu kimselerin mutlak sorumsuzlukları söz konusu olmadığı için, gerekli iznin alınarak yargılanmaları mümkündür.

Buna karşılık, Anayasa m. 90/son gereği, ulusal kanunlarda öngörülen özel soruşturma usullerinin artık geçersiz hale geldiği öne sürülemez. Çünkü, Roma Statüsü m. 27 hükmü, Statü'ye taraf devletlere iç hukuklarında bu tür bağışıklıklar ya da özel yargılama usullerini kaldırma yükümlülüğü getirmemekte; sadece, UCD nezdinde bunların öne sürülemeyeceğini öngörmektedir[292]. Bu bakımdan, ulusal hukukta öngörülen özel soruşturma rejimleri geçerliliğini koruyacaktır. Şayet, soruşturma izni verilmediği için yargılanmazlarsa, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD devreye girebilecektir. Bu noktada ise, Anayasa m. 90/son gereği, Roma Statüsü m. 27 hükmü geçerli olacak ve UCD önünde bu kimseler açısından kişisel bağışıklıklar ya da özel yargılama usulleri öne süremeyecektir.

Milletvekilleri açısından sorun daha büyüktür, çünkü Anayasa m. 83'te bunlara yasama sorumsuzluğu (mutlak dokunulmazlık) ve yasama dokunulmazlığı (nispi/geçici dokunulmazlık) şeklinde bazı imtiyazlar tanınmıştır.

Mutlak dokunulmazlık kapsamına giren davranışlarından ötürü, milletvekillerinin hiç bir şekilde yargılanması mümkün değildir (örneğin, soykırıma alenen ve doğrudan tahrik nitelikli sözler ya da insanlığa karşı suçları ya da savaş suçlarını teşvik eden söylemler). Keza, uygulamada nispi dokunulmazlığın da kaldırılması çok güç olmaktadır. O halde, en iyi çözüm, Roma Statüsüne giren bir suçu işlediği isnadı altında bulunan kimselerin iç hukuk uyarınca öngörülen dokunulmazlıklardan ve izne bağlı özel yargılama rejimlerinden faydalanamayacağını öngörmektir.

Son bir sorun da, yine Anayasamız gereği (m. 148/3) bazı yüksek devlet görevlilerinin görevleriyle ilgili suçlarından ötürü sadece Anayasa Mahkemesi nezdinde ("Yüce Dıvan" sıfatıyla) yargılanabileceklerinin öngörülmüş olmasıdır. Bu hüküm de Statünün m. 27 hükmüne aykırıdır[293]. Burada da, "UCD'yi kuran Roma Statüsü'ne taraf olmaktan doğan yükümlülükler müstesnadır" denilerek, bu tür görevlilerin UCD tarafından yargılanabileceği yönünde hüküm getirmek uygun olacaktır.

4. Amirlerin ve diğer üstlerin sorumluluğu (Responsibility of commanders and other superiors - Statü m. 28)[294]

Üstün sorumluluğu öğretisi (***doctrine of superior responsibility***), uluslararası ceza hukukunun gereksinimlerinden kaynaklanan ve örfi uluslararası hukuk kurallarıyla belirlenen yerleşmiş bir kurumdur. Kızılhaç Örgütünün 2005 tarihli UÖİH Raporunun 153. kuralında da, bu kurumun örfi niteliği kabul edilmiştir. Üstün sorumluluğu öğretisi, yanlızca amirlere değil, her düzey üstlere de uygulanabilmektedir. Ayrıca, hem askeri hem de sivil üstler bakımından geçerlidir.

Üstün sorumluluğu öğretisinin dayandığı temel ilke, fiili denetimi ve gözetimi altındakilerin işleyebileceği suçları önleme ya da cezalandırma olanağına sahip olan yetkili bir amir ya da üstün, bu yöndeki görevini yerine getirmemesi durumunda işlenen bu suçlardan dolayı sorumluluğunun doğmasıdır. Fakat uluslararası ceza hukuku açısından, öğreti ulusal ceza hukukunda yasaklanan her fiili kapsamayıp yalnızca uluslararası suçlar bakımından geçerlidir[295].

Öğreti, ihmali bir harekete bağlanan cezai sorumluluğu düzenlemektedir[296] ve bu niteliğiyle, ihmali harekete uluslararası cezai sorumluluk bağlanamayacağı anlayışının bir istisnasıdır[297]. Burada söz konusu olan husus, emri altındaki astların davranışlarını denetleme yükümlülüğü altında olan yetkilinin, bu görevini ihmal etmesi sonucunda

291 Fransa, Belçika ve Lüksemburg'un benzer yönde Anayasa değişiklikleri için bkz. Lee, "***States' Responses: Issues and Solutions***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), s. 17.

292 Keza, diğer devletler bakımından da bu bağışıklıklar ulusal düzeyde geçerliliğini koruyacaktır, bkz. ***Simbeye***, s. 134.

293 Fransız Anayasa Konseyi de, Anayasamızla aynı yönde hükümler içeren Fransız Anayasası m. 68 hükmü bakımından bu şekilde karar vermiştir, bkz. ***Barrat***, Olivier, "***Ratification and Adaptation: The French Perspective***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), Transnational Publishers, 2005, s. 59.

294 Geniş bilgi için bkz. ***Önok***, R. Murat; Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini, UHP, Yıl 1, Sayı 3, 2005, s. 93-126.

295 ***Cassese,*** ICL, s. 205.

296 ***Schabas,*** A. William; General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III), European Journal of Crime, Criminal Law and Justice, Vol. 6/4, 1998, s. 417 (General Principles); ***Ambos,*** Kai; General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, Criminal Law Forum, Vol. 10, 1999, s. 19 (General Principles); ***Cassese,*** ICL, s. 205. ***Sözüer,*** Adem/***Erman***, R. Barış, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2000, s. 262 (fakat yazarlar ihmal suretiyle icradan bahsetmektedirler); ***Obote-Odora,*** Alex; Complicity in genocide as understood through the ICTR experiences, International Criminal Law Review, Vol. 22, 2002, s. 402.

297 ***Ambos,*** General Principles, s. 19. Gerçekten de, 1977 tarihli Cenevre Sözleşmesine Ek I Protokolün m. 86 hükmüne kadar, uluslararası hukuk süjelerine olumlu bir harekette bulunma yükümlülüğü yükleyerek bunun ihmalini cezai yaptırıma bağlayan bir hüküm mevcut değildi, bkz. ***Cassese,*** ICL, s. 200-201.

astların işlemiş olduğu suçlardan cezaen sorumlu tutulmasıdır[298]. Bu sorumluluğun niteliği tartışmalıdır. Roma Statüsü'nde, astlarca işlenenen suçun kendisinden ötürü sorumluluk bağlanmış gözükmektedir. Dolayısıyla, bir iştirak türü gibi formüle edilmiştir ("***A military commander... shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control***"). Buna karşılık, örfi hukuk açısından, üstün sorumluluğunun, doğrudan astların suçu açısından mı bağlı olduğu, yoksa bu suçlara dayanarak, kendi ihmali sebebiyle ayrı bir sorumluluk mu olduğu kesin değildir. EYUCM içtihadında ikinci görüşe ağırlık verilmiştir[299].

Her halukarda, dolaylı bir sorumluluk söz konusudur[300]. Amir (ya da üst), suçun işlenişine maddi olarak katılmamaktadır; fakat, suçların mevcudiyetini bilmesine (ya da bilmesi gerekmesine) rağmen, gerekeni yapmakta ihmal göstermektedir[301]. Bu bakımdan, ihmali bir hareketle gerçekleşen maddi unsur, en azından taksir düzeyinde bir kusura dayanmaktadır[302].

Buna karşılık amirin (ya da üstün) emrine dayanarak işlenen suçlarda, ceza hukuku anlamında azmettirme söz konusudur; bu durumda gerek amir, gerekse emri yerine getiren, kural olarak sorumlu olur[303]; fakat bu durumun üstün sorumluluğu öğretisiyle ilgisi yoktur[304].

Keza, bizim görüşümüze göre, amirin suçların işlenmesine aktif olarak katıldığı durumlarda da iştirak söz konusudur, amirin sorumluluğu öğretisine başvurmaya gerek yoktur[305]. Fakat bu son husus doktrinde kesin çözüme kavuşturulmamıştır.

Benzer biçimde, amirin (ya da üstün) ihmal suretiyle icrai şekilde işlediği suçlarda da sonuç aynıdır. Bu bakımdan, örneğin belirli bir sivil nüfus kesimini katletmek isteyen komutan, bunu bizzat ya da emri aracılığıyla gerçekleştireceği yerde, astlarınca işlenen bu yöndeki fiillerin varlığını bilmesine rağmen kasıtlı olarak müdahale etmeyerek bu kimselerin ölmesini sağlarsa, burada da ceza hukukunun genel sorumluluk ilkelerine göre onu doğrudan sorumlu tutmak mümkündür[306]. Bu durumda, üstün sorumluluğuna başvurmaya olanak da yoktur; zaten amirin suça doğrudan katılımı, özellikle de icrai hareketleri varsa, suç ortağı olarak cezai sorumluluğunu doğrudan belirlemek gerekecek, üstün sorumluluğu kavramına ayrıca gidilmeyecektir[307]. Bu durumda, kişisel cezai sorumluluk esasına göre mahkumiyet kurup sanığın üst olma sıfatını, cezanın tayininde cezayı arttıran bir durum olarak göz önüne almak doğru olacaktır[308].

Buradan anlaşılacağı üzere, öğretide bu görüş tartışmalı olmakla birlikte[309], üstün sorumluluğu kurumu, iştirakten farklı ve bağımsız bir cezai sorumluluk türüdür[310]. Bu doktrin, bir fiilin isnat edilebilirlik kapsamını ve dolayısıyla bireysel ceza sorumluluğu kategorisini genişleten bir anlayıştır[311].

Roma Statüsündeki düzenlemeye bakacak olursak, kanunilik ilkesi açısından doğabilecek sakıncaları giderebilmek amacıyla, UCD Statüsü m. 28'de, bugüne kadar yapılan en ayrıntılı düzenleme getirilmişse de, kurumun kapsamı

298 ***O'Reilly,*** Arthur Thomas; Command Responsibility: A Call To Realign Doctrine with Principles, American University International Law Review, Vol. 20, No. 1, 2004, s. 72.

299 ICTY TC in ***Halilovic*** (16.11.2005, para. 54): "***The Trial Chamber finds that under Article 7(3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus "for the acts of his subordinates" as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed.***"

300 ***Alpkaya,*** Gökçen; Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 111; ***Nybondas,*** Maria; Civilian Superior Responsibility in the KordićCase, NILR, Vol. L, 2003, s. 71.

301 ***Nybondas,*** s. 71.

302 ***O'Reilly,*** s. 72. Bu bakımdan, burada "bir nev'i objektif sorumluluk" düzenlendiğine dair tespite (***Aksar***, Evrensel, s. 138, benzer yönde ***Aslan,*** TBBD, s. 245) katılmak mümkün değildir.

303 ***Önok,*** Üstün Sorumluluğu, s. 253 vd; ***Ambos,*** General Principles, s. 10.

304 Bu anlayışı esas alan bir tanıma göre, bu kurum, kuvvetler tarafından işlenip amirin emretmediği, fakat hoş gördüğü suçlardan ötürü sorumluluğu ifade etmektedir, bkz. ***Cryer,*** Robert; The Boundaries of Liability in International Criminal Law, or 'Selectivity by Stealth'; Journal of Conflict and Security Law, Vol. 6, No. 1, 2001, s. 24. Bu bakımdan, EYUCM m. 7/3'te de yer alan bu kurumu ifade etmek için kullanılan "emir sorumluluğu" kavramını (***Azarkan,*** Uluslararası Ceza Mahkemeleri, s. 173) isabetsiz bulmaktayız.

305 ***Sözüer/Erman,*** s. 262. Bu görüşe göre, ast tarafından işlenen suçların gerçekleşmesini engellemede ihmal gösteren amir, söz konusu suçların oluşması için aranan manevi unsur şartını da gerçekleştirmişse, şerik olarak sorumlu tutulacaktır, bkz. ***Obote-Odora,*** s. 402 vd.

306 ***Önok***, Üstün Sorumluluğu, s. 96. Aksi yönde ***Güller/Zafer,*** s. 70, yazarlar, bu hükmü "ihmal suretiyle suça iştirak" başlığı altında değerlendirmişlerdir.

307 Aksi görüşte ***Keith,*** M. F. Kirsten; The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001, s. 617 (yazar, bireysel sorumlulukla amirin sorumluluğu kurumlarının bir arada ya da ayrı ayrı uygulanabileceğini savunmaktadır); ***Nybondas,*** s. 72. RUCM'un da görüşümüzün aksine içtihatları mevcuttur, bkz. ***Zahar,*** Alexander; Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001, s. 597 vd, özellikle 598. Buna karşılık, EYUCM, bazı kararlarında (örneğin ***Prosecutor*** v. ***Tihomir Blaskic***, İlk Derece Dairesi, 3.3.2000, para. 337; ***Prosecutor*** v. ***Dario Kordic and Mario Cerkez***, İlk Derece Dairesi, 26.2.2001, para. 371) bizim anlayışımızdan yana hareket etmiştir. Yine önemli bir kararında (***Prosecutor v Krnojelac***, İlk Derece Dairesi, 15.3.2002, para. 496, 499), EYUCM, aynı vakıalara dayanan aynı iddia (suç isnadı) bakımından, faili her iki sorumluluk türüne göre ayrı ayrı mahkum etmenin uygun olmayacağını belirtmiş ve ikisinden birisi arasında tercih yapma konusunda mahkemenin takdir yetkisini haiz olduğunu belirtmiştir (aynı yönde ***Prosecutor v Milomir Stakic***, İlk Derece Dairesi, 31.7.2003, para. 465-467; ***Prosecutor v Radoslav Brdanin***, İlk Derece Dairesi, 1.9.2004, para. 285). Uluslararası Ceza Divanını kuran Roma Statüsü bakımından ise, kurumun, diğer cezai sorumluluk sebeplerine "ilaveten", yani onlarla yan yana uygulanacak şekilde getirildiği açıkça belirtilmiştir, bkz. ***Triffterer,*** Otto; Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?, Leiden Journal of International Law, Vol. 15, 2002, s. 186.

308 Aynı yönde ***Degan,*** s. 60. Bu yönde ***Prosecutor v Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*** (Celebici Kampı davası), EYUCM İstinaf Dairesi, 20.2.2001, para. 745; ***Prosecutor v Blaskic,*** EYUCM İstinaf Dairesi, 29.7.2004, para. 89, 91; ***Prosecutor v Brdanin***, EYUCM İlk Derece Dairesi, 1.9.2004, para. 285.

309 ***Zahar,*** s. 595-596.

310 Aynı yönde ***Keith,*** s. 617-618. Aksi yönde ***Smidt,*** L. Michael, Yamashita [In Re Yamashita, 66 S. Ct. 340 (1946)], Medina [United States v. Medina, C.M. 427162 (1971)], and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations, Military Law Review, vol. 164, Je 2000, s. 155-234'ten ayrı online bası, s. 6 (yazara göre, amir, söz konusu suçun faillerinden biri durumuna girmektedir).

311 ***Ambos,*** General Principles, s. 7.

genişletilmiş değildir[312]. Daha önce aynı kapsamda görülmekte olan askeri üstlerle, diğer (sivil) üstlerin sorumluluk koşulları Statü bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır[313].

Roma Statüsünün 28. maddesinde yer verilen koşulların detayına girmek bu raporun amacını aşacaktır. Bizim yapacağımız inceleme, bu maddede yer verilen sorumluluk türünün ulusal ceza hukukumuz açısından ne şekilde ele alınabileceğidir. Elbette, üstün sorumluluğu türünden bir kurum ulusal ceza hukukumuzda mevcut değildir. Bu nedenle, UCH'na göre bu kapsama giren durumların ulusal mevzuatımız çerçevesinde nasıl değerlendirileceğine bakmak gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, belirli bir suçu önleme görevi olan bir üst, işlenmekte olan ya da işlenmek üzere olan suçların varlığını bilmesine rağmen, kasıtlı olarak bunları engellemekte ihmal gösterirse, bunu faillik kapsamında değerlendirmek gerekir. Türk Ceza Hukuku bakımından burada "ihmal suretiyle icrai" suç söz konusudur. Fail "garantör" konumunda ise[314], yani, astları tarafından meydana getirilecek neticeyi önlemek konusunda hukuki yükümlülük altında ise, bu konuda maddi imkana sahip olup olmadığına bakılır. Garantör konumundaki üst, neticeyi önleme imkanına sahip olmasına rağmen, bunu yapmamışsa, artık sadece görevi ihmalden ötürü değil, meydana gelen neticeden ötürü sorumlu tutulur. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun teorik dayanağını oluşturan Alman Hukuku açısından da, Völkerstrafgesetzbuch (Code of Crimes Against International Law) § 4'te aynı anlayışa yer verilmiş, bu konumdaki üstlerin fail gibi sorumlu tutulacağı açıkça düzenlenmiştir. TCK uygulaması açısından da durum aynıdır. Örneğin, astların savaş esirlerini öldüreceğini bilmesine rağmen onlara müdahale etmeyen amirleri, esirlerin öldürülmesi durumunda, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur. Bu bakımdan, bu ilk ihtimal açısından ulusal hukukumuz zaten gerekli cezalandırmayı sağlamaktadır.

İkinci ihtimalde ise, sivil ya da askeri üst, denetim görevini ihmal ettiği için astları tarafından işlenmek üzere olan ya da işlenmekte olan suçların varlığını bilmemektedir. Buna görmezden gelme durumları tipik bir örnektir. EYUCM uygulamasında, bu tür durumlarda bu doktrine başvurulamıyordu, çünkü sorumluluğun doğması için, ilgili üstün elinde, söz konusu suçların işleneceğine dair onu haberdar edebilecek bilginin bulunması gerekiyordu[315]. Dolayısıyla, görevini kasten ihmal ederek, bu tür bilgiyi kendi kusuruyla da olsa edinemeyen üstün sorumlu tutulması mümkün olmuyordu. Roma Statüsü ise, haklı olarak eleştirilen bu anlayışı değiştirmiştir. Statüye gore, görevinin gerektirdiği özeni gösterseydi, amirin söz konusu suçların varlığını öğrenecek olması yeterlidir[316]. Özetle, bu durumda Statü m. 28 uygulanacaktır.

Ulusal hukukta ise, bu konumdaki faili işlenen ilgili suçlardan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Çünkü, ihmal suretiyle icrai suçlar sadece kasten işlenebilir. Oysa burada amirin kastı sadece görevini ihmal etmek yönündendir, meydana gelen netice konusunda ise kastı yoktur, çünkü bu suçların varlığını bilmemektedir. O halde, üstü sadece denetim ve gözetim görevini ihmal etmesinden ötürü sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Nitekim, ***Völkerstrafgesetzbuch*** (Code of Crimes Against International Law) § 13'te de benzer anlayışa yer verilmiştir. Türk Hukuku bakımından da, bu durum "görevi kötüye kullanma" suçunu düzenleyen TCK'nın 257/2. maddesine girecektir: "***Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.***"

Görüldüğü gibi, bu hüküm bazı sorunlar doğurmaktadır. Her şeyden önce, bu hüküm sadece "kamu görevlileri" açısından uygulanabilecek, sivil üstler açısından ise uygulanamayacaktır. İkinci olarak, cezanın alt sınırı sadece altı ay olduğundan, verilen cezanın paraya çevrilmesi, ertelenmesi gibi seçenek tedbirlere başvurulması mümkün olacaktır. Üçüncü olarak, TCK m. 257'ye göre ceza verilebilmesi için, maddede sayılan zararlı neticelerden birinin doğmuş olması aranmaktadır, salt görevin ihmali sorumluluk için yetmemektedir. Fakat bu konuda sorun çıkmayacaktır: Roma Statüsü açısından, nedensellik bağının (causality) m. 28'in uygulanması için bir şart olduğu görüşü[317] kabul edilirse, zaten denetim görevinin ihmali ***sebebiyle*** astlar tarafından belirli suçlar işlenmiş olacağından, TCK m. 257/2'de aranan koşullar gerçekleşmiş olacaktır. Dördüncü bir sorun ise, denetim görevinin taksirle ihmali durumunda ceza vermenin mümkün olmamasıdır. O halde, burada en doğru yaklaşım, yapılacak bir UCD Kanunu ya da Uluslararası Suçlara dair Kanun'da, Alman Kanunu örneğinde olduğu gibi, Statü m. 28 hükmünü yansıtan açık bir düzenleme yapmaktır.

312 ***Triffterer,*** Causality, s. 186.
313 ***Ambos,*** General Principles, s. 17. Bu nedenle, Statüdeki farklı düzenleme, "amir-üst" ayrımına, yani rütbe ve konum farklılığına değil; söz konusu kişi, ister "amir" ister "üst" olsun, askeri sıfatı haiz olup olmamasına dayanmaktadır, kıyaslayınız ***Sözüer/Erman,*** s. 263.
314 ***Hakeri***, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 108 vd.
315 Prosecutor ***v.*** Zejnil Delalic et al. (Case No. T-96-21-T), Judgment, 16.11.1998, para. 393.
316 ***Werle and others***, s. 134.
317 ***Cryer and others.***, s. 328.

Üçüncü ihtimal ise, astlar tarafından işlenmekte ya da işlenmek üzere olan suçları önlemeyi başaramayan ya da bu suçların işlenmesinden sonra durumdan haberdar olan) üstün, failleri cezalandırmak için gerekli önlemleri almamasıdır (failure to taka repressive measures). Bu son durumda, ulusal ceza hukuku uyarınca iştirak hükümleri uygulanamaz, çünkü ilk durumda (önlemeyi başaramama) iştirak iradesi yoktur, ikinci durumda (sonradan haberdar olma) ise, zaten tamamlanmış bir suça iştirak etmek artık mümkün değildir. O halde, cezalandırma ya da ilgilileri cezalandırılmak üzere yetkili makamlara sevk etme görevini yapmayan üst hakkında TCK'nın diğer bazı hükümleri uygulanabilecektir.

Buradaki ilk alt ihtimal, yine TCK m. 257/2'nin uygulanmasıdır. Yukarıdaki değerlendirmeler burada da geçerlidir. Farklı bir nokta olarak, cezalandırma görevinin ihmalinden sorumluluk doğması için nedensellik bağını artık bir koşul olarak aramak mümkün olamaz. Fakat TCK açısından da, suç faillerinin cezasız bırakılmasını, "kişilerin mağduriyeti" çerçevesine sokmak mümkündür, çünkü mağdurların hakları ihlal edilmektedir. Neticede, görevini ihmal eden amir cezalandırılacaktır. Fakat bu hükmün sivillere uygulanamayacağını tekrarlamak gerekir.

İkinci alt ihtimal ise, TCK m. 278 (suçu bildirmeme) ve 279 (kamu görevlisinin suçu bildirmemesi) hükümlerini uygulamaktır. İlk hükme göre: "***(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.***

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır."

TCK m. 279'a göreyse, " ***(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.***

(2) Suçun, adlî kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."

Görüldüğü gibi, m. 278 hükmü sivillere, m. 279 hükmü ise kamu görevlilerine uygulanır. Fakat burada da bir eksiklik vardır: TCK m. 278 uyarınca ceza verebilmek için, a) suçun hala işlenmekte olması, ya da b) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün olması gerekir. Bu nedenle, sona ermiş olan ve neticeleri de artık sınırlandırılamayan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi durumunda, sorumluluk doğmayacaktır. Bu da sorun yaratabilir, çünkü uluslararası suçlardan ötürü sorumluluğun dayanağı olabilecek ulusal hükümlerin kapsamı daha dar olduğu için, Roma Statüsü'ne göre cezalandırılması gereken bir davranış ulusal hukuka göre cezasız bırakılmak zorundaysa, UCD devreye girebilir[318].

Bu bakımdan, burada da en doğru yaklaşım, Almanların *Völkerstrafgesetzbuch* (Code of Crimes Against International Law) §14 hükmünde olduğu gibi, uluslararası suçlar ya da Roma Statüsü kapsamına giren suçları bildirme yükümlülüğünün ihmali açısından, hem sivilleri hem de askerleri kapsayan özel bir hükmün getirilmesidir.

5. Zamanaşımı hükümlerinin uygulanmaması (Non-applicability of statute of limitations - Statü m. 29))

Statünün 29. maddesine göre "*Divan'ın yargı yetkisine giren suçlar zamanşımı kurallarına tabi değildir*". TCK m. 76/4'te soykırım suçu açısından, TCK m. 77/4'te ise insanlığa karşı suçlar bakımından, zamanaşımı kurallarının uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Ne var ki, savaş suçları açısından özel düzenleme söz konusu olmadığı için, Statüye göre m. 8 kapsamına giren davranışlar ulusal hukukumuzda, mümkün olduğu ölçüde, adi, suçlar çerçevesinde ele alınıp cezalandırılacaktır. Bu suçlar açısından da, TCK m. 66 vd.ndaki zamanaşımı kurallarının uygulanması gerekecektir.

TCK'da öngörülen zamanaşımı süreleri oldukça uzundur. Fakat yine de, savaş suçlarına dair özel düzenlemelerimiz olmadığı için, Statü m.8 kapsamına giren fiillerin ulusal hukuk uyarınca adi suçlar çerçevesinde ele alınması karşısında, Statü'ye göre savaş suçu oluşturan bazı fiillerin zamanaşımına uğradığı için yargılanamaması mümkündür. Bu da,

318 *Broomhall*, International Justice & The International Criminal Court, s. 92.

tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD'nin devreye girmesi ihtimalini doğurur[319].

O halde, savaş suçuna dair özel düzenlemeler yapılmalı, bu suçlar açısından zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı da, ya TCK m. 66 vd. hükümlerine yapılacak eklemeyle, ya da söz konusu özel düzenlemede, açıkça belirtilmelidir.

6. Suçun manevi unsuru (Mental element, *mens rea* - Statü m. 30)

Pozitif uluslararası ceza hukukunda, manevi unsur kapsamında ele alınabilecek kusur türlerinin (kast, olası kast, bilinçli taksir, taksir)[320] genel bir tanımı mevcut değildir. Hatta, çeşitli pozitif düzenlemelere bakarsak, hangi suç tipinin ne tür bir manevi unsuru gerektirdiği de her zaman pek açık değildir[321]. Fakat Roma Statüsünde ilk kez genel bir düzenlemeye yer verilmiş, Statü kapsamındaki suç tiplerinin manevi unsuru da Statü ve UDK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 21/1'de doğrudan kast, m. 21/2'de olası kast tanımlanmıştır. Sadece Statü m. 28 açısından önemi olabilecek taksir ise, m. 22'de düzenlenmiştir. Suçun manevi unsuruna ilişkin olarak Türk ceza hukukunun Statü'yle uyum açısından sorun doğurabilecek bir yönü yoktur.

7. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran durumlar (Grounds for excluding criminal responsibility (Statü m. 31)).

Müşterek Hukukta, özellikle de İngiliz Hukukunda, gerek hukuka uygunluk nedenleri (*justifications*), gerekse kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (*excuses*), böyle bir teknik ayrıma girmeksizin, "*defence*" (savunma) başlığı altında toplanmaktadır. Bu bakımdan, her ikisinin de bir suçun kovuşturulmasını ya da cezalandırılabilirliğini önledikleri için, "defence" ve "cezai sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler" kavramlarının da eşanlamlı olduğu savunulmaktadır[322]. Fakat "*defence*", sanığın suç isnadından aklanma yönünde öne sürdüğü her talebi içerdiği için, isnad edilen eylemin savcı tarafından her türlü şüpheden uzak olarak kanıtlanamadığı yönündeki savunma dahi bu kapsamdadır[323]. Bu nedenle, "*defence*" kavramının bir üst başlık olması gerektiğini düşünüyoruz[324].

Öte yandan, Kıta Avrupası Hukukunda, her ne kadar failin sonuçta cezalandırılmaması bakımından bir fark yaratmasa da, arada önemli farkların bulunması nedeniyle[325], hukuka uygunluk- kusurluluğu kaldıran hal ayrımı hala katı bir şekilde savunulmaktadır. Türk Hukukunda da, TCK m. 24 vd. hükümlerinde "CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER" başlığı altında, tüm bu haller aynı bölüm altında düzenlenmiştir. Ne var ki, doktrindeki tüm eserlerde bu ayrıma hala katı olarak yer verilmektedir.

Uluslararası ceza hukukunda her iki kategoriye yer verilmekle birlikte, aralarında hukuksal bir ayrım gözetilip gözetilmediği henüz açıkça ortaya konmuş değildir[326]. Roma Statüsüne bakacak olursak, cezalandırma yönünden arada bir fark olmadığından, hukuka uygunluk nedenleri – kusurluluğu kaldıran nedenler biçimindeki bir ayrıma gitmek gereksiz görülmüş ve her iki kategori, "cezai sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler" başlığı altında birlikte düzenlenmiştir. Roma Statüsünün 31. maddesinin farklı fıkralarında, kusur yeteneğini etkileyen hallere, bazı hukuka uygunluk nedenlerine ve kusurluluğu kaldıran hallere bir arada yer verilmiştir. Statüde, kusurluluğu kaldıran hallerden yalnızca yanılma düzenlenmiştir. Buna karşılık, kaza ve tesadüf, mücbir sebep gibi, ulusal ceza hukuk düzenlerinde kusurluluğu kaldırdığı kabul edilen durumlar düzenlenmemiştir. Ancak tabii ki, m. 31/3 yollamasıyla m. 21 gereği, ulusal ceza hukuku sistemlerinde kabul edilen söz konusu nedenler de mahkeme tarafından dikkate alınabilecektir[327].

A. Kusur Yeteneğini Etkileyen Durumlar

Bilindiği gibi, tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketin yapılmış olması, failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Sorumluluk için, söz konusu hareketin faile atfedilebilecek bir kusuru da içeriyor olması gereklidir. Modern ceza hukukunu benimsemiş tüm ülkelerde ve bu arada TCK'da ve UCD Statüsünde kusura dayalı sorumluluk benimsenmiştir.

319 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 355.
320 YTCK bakımından kast ve taksirin kusur türleri olmayıp, haksız fiilin ceza hukukundaki işleniş biçimlerinden ibaret olduğu öne sürülmekle birlikte, konumuz açısından bu tartışmaya girmeyeceğiz.
321 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 318.
322 ***Kittichaisaree,*** s. 258.
323 ***Bantekas/Nash,*** s. 51; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 332.
324 Nitekim, "***defence***" kavramı, cezai bir isnada yöneltilen her türlü savunmayı ifade eder. Buna göre, suçun tüm tanımlayıcı unsurlarının gerçekleşmiş olmasına rağmen, herhangi bir sebeple, suçun cezalandırılmasına engel olan her türlü sebep de bu kavrama girmektedir, bkz. ***Schabas,*** The ICC, s. 88.
325 Hukuka uygunluk nedeni mevcut olduğu vakit, fiil artık hukuka aykırı olmaktan çıkar. Oysa, kusurluluğu kaldıran nedenlerin varlığında, fiil hukuka aykırı olmakla birlikte, ceza sorumluluğu gerektirmemektedir (davranış cezalandırılmaz), bkz. ***Cryer ve diğerleri,*** s. 331-332.
326 ***Cassese,*** ICL, s. 221.
327 Bkz. ayrıca ***Degan,*** s. 82. Bu durumun failin lehine olduğu için kanunilik ilkesini ihlal etmediğine dair bkz. ***Güller/Zafer,*** s. 65.

Kusur yeteneğini etkileyen, yani ortadan kaldıran ya da azaltan haller, genel olarak beş tanedir: yaş küçüklüğü ya da büyüklüğü, sağırlık-dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler ve alkol ile uyuşturucu kullanımı.

Statünün 26. maddesi gereği, fiili işlediği zaman 18 yaşını doldurmamış olan kimseler üzerinde UCD'nin zaten yargı yetkisi olmadığından, ulusal hukukumuzdaki yaş küçüklüğüne dair hükümleri incelemeye gerek yoktur.

Sağır-dilsizler hakkında Statü'de özel bir düzenleme yoktur. TCK m. 33'te ise özel bir düzenleme vardır. Ne var ki, fiili işlediği zaman 18 yaşını doldurmamış olan sağır-dilsizler hakkındaki, bazı koşullarla cezai sorumluluğu kaldıran düzenleme önemli değildir, çünkü UCD'nin bunlar hakkında zaten yargı yetkisi yoktur. Buna karşılık, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında zorunlu ceza indirimi öngörülmüştür. Fakat, ceza sorumluluğunun ortadan kalkması, şayet akıl hastalığı vs. sebepler ayrıca söz konusu değilse, mümkün değildir. Bu açıdan, Statü'yle uyum noktasında bir sorun yoktur.

Kusur yeteneğini etkilemesi açısında Roma Statüsü'nde iki duruma yer verilmiştir: Akıl hastalığı ve alkol ile uyuşturucu kullanımı (m. 31/1-2).

UCD Statüsü m. 31 (1) (a)'ya göre; fiilin işlendiği zamanda, failin davranışının hukuka aykırılığını ya da niteliğini idrak edebilme veyahut davranışlarını hukukun gereklerine uyacak biçimde kontrol edebilme yeteneğini yok eden bir akıl hastalığına ya da özüre sahip olması halinde, cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Görüldüğü gibi, hükümde fiilin işlendiği anda failin kusur yeteneğinden yoksun olması hali, yani kusurluluğu ve dolayısıyla cezayı ortadan kaldıran bir durum olarak akıl hastalığı düzenlenmiştir. Buna karşılık, fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve savunmanın yapılmasına esaslı biçimde engel olduğu için olumsuz bir yargılama şartı olarak karşımıza çıkan akıl hastalığı durumu, hükmün kapsamı dışındadır.

Dikkat edilmesi gereken nokta, algılama veya irade yeteneğini tümüyle ortadan kaldıran ("yok eden") durumların düzenlenmiş olmasıdır[328]. Algılama ve irade yeteneğini ortadan kaldırmayan, fakat irade yeteneğine kısmen tesir ederek, failin davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirebilme yeteneğini azaltan bir durumun varlığı halinde, bu hususun uluslararası hakim tarafından cezanın tayininde dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim, EYUCM uygulaması da bu yönde olmuştur[329].

Bu noktada TCK düzenlemesi farklıdır. Zira, TCK m. 32/1'e göre "***Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.***" Görüldüğü gibi, işlediği fiil bakımından davranışlarını yönlendirme yeteneği "önemli derecede azalmış olan" kimseye de ceza verilememektedir. Oysa, Roma Statüsü açısından cezasızlığın söz konusu olması için bu yeteneğin tümüyle ortadan kalkması gerekmektedir.

O halde, irade yeteneği kısmen ("önemli ölçüde") ortadan kalktığı için Roma Statüsü'ne göre cezadan kurtulamayan bir kimsenin TCK uyarınca sorumluluktan kurtulması mümkün olabilecektir. Ne var ki, bu farklılık çok da mühim değildir. Gerçekten de, uluslararası suçları işlemekten ötürü en ağır sorumluluğa sahip kimseleri yargılamak üzere kurulmuş olan UCD'nin, "kısmi akıl hastası" denilebilecek bir kimsenin ulusal hukuka uygun olarak cezasız bırakılması sebebiyle devreye girmesini düşünmek pek mümkün değildir. Bu noktada, TCK'da değişiklik yaparak, sadece uluslararası suçlar bakımından Roma Statüsü'ne uygun olarak, m. 32 hükmünün sınırlandırılması düşünülebilir. Fakat, kanaatimizce, bu da uygun bir çözüm olmaz. Çünkü m. 32 hükmü, işlenen suçun niteliğiyle değil, failin ruhi durumuyla ilgilidir. Bazı suçlar için ayrık bir düzenleme yapmak bu yönden teorik olarak isabetli değildir. Bu bakımdan, konunun pratik öneminin düşük olduğu düşünülürse, bu konuda TCK'da değişiklik yapmamak ya da, özel bir UCM Kanunu yapılacaksa, bu konuda istisnai bir özel hükme yer vermemek sorun yaratmayacaktır.

Statünün 31. maddesinin 1/b hükmünde ise geçici neden olarak madde kullanımına yer verilmiştir. Buna göre, fiilin işlendiği zamanda, failin, davranışının hukuka aykırılığını ya da niteliğini idrak edebilme veyahut davranışlarını hukukun gereklerine uyacak biçimde kontrol edebilme yeteneğini yok edecek surette madde etkisinde olması halinde, cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bunun istisnası, aynı bendin devamında gösterilmiştir. Buna göre fail, madde kullanımının sonucu olarak, Divanın yetkisine giren bir suç teşkil eden bir davranışta bulunmasının olası olduğunu bilerek veya bu tehlikeye itibar etmeyerek, ihtiyariyle madde etkisi altına girmişse, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Görüldüğü gibi, burada ***actio libera in causa*** kuramına yer verilmiştir. Bilindiği gibi, fiilin işlendiği sırada kusur yeteneği bulunmayan kimse, bu durumu kendi kusuru ile yaratmış ise, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Roma Statüsü de, madde kullanımının sonucu olarak, Divanın yetkisine giren bir suç oluşturan bir davranışta

328 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 334.
329 ***Kittichaisaree,*** s. 262; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 334; ***Zahar/Sluiter,*** s. 437 vd.

bulunmasının olası olduğunu ***bildiği*** veya bu ***tehlikeye itibar etmediği*** hallerde, failin sorumlu olacağından söz etmek suretiyle, aslında kasıtlı ve taksirli ALİC hallerini düzenlemiştir[330]. Demek ki, yalnızca kusursuz olarak zehirleyici madde etkisi altına girmesi sonucu kusur yeteneğini yitirmiş olan fail sorumluluktan kurtulabilecektir. Fakat, kronik zehirlenme durumunda akıl hastalığına dair hükme başvurmak mümkün olabilecektir[331].

TCK m. 34'teki düzenlemeleri de bu paraleldedir: "***(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.***

(2) İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz."

Bir farklılık, madde kullanımı dışındaki geçici sebeplerin etkisidir (cinnet, öfke nöbeti gibi). Bu konuda Roma Statüsü'nde hüküm yoktur. Oysa, TCK'ya göre bu durumda da ceza sorumluluğu kalkabilmektedir. Thus, it seems that uncontrollable fits of temper (transitory reasons – ***arızi sebep***) will not constitute an excuse under the Rome Statute, but such reasons may be taken into account as extenuating circumstances. However, it may also be argued that a crime in the heat of passion (***cinnet***) can be considered under this defence[332].

Hangi yorum kabul edilirse edilsin, yukarıda açıklandığı üzere, UCD'nin kuruluş amacı düşünüldüğünde, arızi sebep etkisi altında suç işlediği için ulusal hukuka uygun olarak cezasız bırakılan kişinin UCD tarafından yargılanmak istenmesi pek gerçekçi değildir. Bu durumda, ilgili devletin soruşturma ya da kovuşturma yapmak hususunda isteksiz ya da gerçekten muktedir olmadığı da söylenemez. Bu nedenle, bu konuda da mevzuatta değişiklik yapmak gerekli gözükmemektedir.

B. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Roma Statüsüne bakacak olursak, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenleri düzenleyen Statünün 31. maddesinde bazı hukuka uygunluk nedenlerine de yer verilmiştir. Bunlar, meşru savunma ve zorunluluk (ıztırar, zaruret, zorda kalma) halidir. Fakat, failin bunlar dışında kalan hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmasının önü kapatılmış değildir. Statünün m. 31/3 hükmüne göre, m. 31'de yer alan durumlar dışındaki bir neden yargılamayı yapan mahkeme tarafından değerlendirilebilecektir. Bunun için, böyle bir neden m. 21 uyarınca UCD'de uygulama alanı bulabilecek bir kuraldan kaynaklanmalıdır. Böyle bir nedenin öne sürülme prosedürü UDK tarafından düzenlenecektir[333] (m. 31/3).

1. Amirin Emrini İfa

Modern ceza hukuku esaslarını benimsemiş ulusal ceza hukuku düzenlerinin hemen hepsinde olduğu gibi, Türk hukukunda da, YTCK bakımından niteliği tartışmalı olmakla birlikte, "yetkili merciin emrini yerine getirme", failin cezaen sorumlu tutulmasını önleyen bir nedendir. Gerçekten TCK m. 24/2'ye göre, "***Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz***". Bununla birlikte, Anayasa m. 137/2'de açıkça belirtildiği üzere, "***Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz***".

Uluslararası ceza hukukunun geneline bakacak olursak, amirin/üstün veya yetkili merciin emrini yerine getirmenin, öteden beri hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğini açıkça görürüz[334]. Bununla birlikte, failin, amirin/üstün emrine dayanarak suçu işlemiş olmasının cezayı tayinde onun lehine bir durum olarak dikkate alınabilmesi mümkün gözükmektedir[335]. Öte yandan, amirin emrini ifa savunmasına dayanamayan bir sanığın, koşulları gerçekleştiği taktirde, zorunluluk ya da cebir veyahut fiili/hukuki hata gibi kurumlara dayanması düşünülebilir[336].

Konusu suç oluşturan emri yerine getirmenin faili sorumluluktan kurtaramayacağı esası Roma Statüsünde de açıkça yer almıştır. UCD Statüsünün 33. maddesinde, "***üstün emri ve kanun hükmü***" başlığı altında, yetkili merciin emrinin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre, Divanın yetkisine giren bir suç fiilinin, hükümetin ya da ister askeri ister sivil olsun, bir amirin emrine uygun olarak işlenmesi, faili cezai sorumluluktan kurtarmayacaktır (m. 33/1). Fakat bunun istisnası da hemen ardından düzenlenmiştir. Buna göre, fail:

330 Aynı yönde ***Güller/Zafer,*** s. 69.
331 ***Cryer ve diğerleri,*** s. 335.
332 ***Werle and others***, s. 159.
333 UDK 79, 80, 81.
334 ***Yılmaz***, s. 13; ***Cassese,*** ICL, s. 231-232; ***Tütüncü,*** s. 171-172.
335 ***Cassese,*** ICL, s. 232.
336 ***Bantekas/Nash,*** s. 60.

a) Hükümetin ya da söz konusu amirin emrine itaat etme konusunda hukuksal bir yükümlülük altındaysa;
b) Emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa;
c) Emir, açıkça hukuka aykırı (***manifestly unlawful***) değil ise, artık ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (m. 33/1-a,b,c).

Bu koşullar, alternatif (seçimlik) değil, kümülatiftir, yani bir arada bulunmalıdır[337]. Bu maddenin kapsamı bakımından, soykırım ya da insanlığa karşı suç işleme yönündeki emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğu kabul edilecektir (m. 33/2). Burada, Statü, aksinin öngörülmesi mümkün olmayan bir varsayım ya da mutlak bir karine getirmiştir. Bu nedenle, hükümetin ya da amirin emrine dayanarak Statünün m. 6 (soykırım) ve m. 7 (insanlığa karşı suç) hükümlerinde düzenlenmiş fiillerden birini işleyen kimse, hiç bir şekilde m. 33/1-a,b,c'deki istisnaya dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Demek ki, yalnızca m. 8'deki savaş suçları bakımından bu savunmaya dayanılabilecektir.

TCK kapsamına giren suçlar açısından, TCK m. 24 hükmü açıktır, konusu suç teşkil eden emiri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Ne var ki, Anayasa m. 137/son gereği, askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla öngörülen istisnalar saklıdır. Bu konuda da, Askeri Ceza Kanunu m. 41/2 ve f. 3 hükmüne göre:

"*2 - Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.*

3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir :

A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise,

B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malüm ise."

O halde, hizmete ilişkin olarak verilen ve konusu suç teşkil eden bir eylemden ötürü astın sorumlu tutulması için, şu iki koşuldan biri gerçekleşmelidir: ya ast, kendisine verilen emrin sınırlarını aşmalıdır ya da emrin suç amacını içeren bir fiile ilişkin olduğunu bilmelidir.

Görüldüğü gibi, burada Roma Statüsü ile bir uyumsuzluk vardır. Çünkü, Roma Statüsü'ne göre, soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından asla bu savunmaya dayanmak mümkün değildir. Elbette, uygulamada, astın, soykırım ya da insanlığa karşı suç teşkil eden bir emrin suç işleme amacına yönelik olduğunu bilmediğini söylemesi inandırıcı olmayacaktır. Yine de, teorik olarak bu kapının açık bırakılması Statü'ye aykırıdır. Savaş suçları açısından ise, Statü'nün bu hükmüne dayanabilmek için şu üç koşul birden yerine getirilmelidir: itaat yükümlülüğünün bulunması (emrin bağlayıcı olması) + emrin hukuka aykırılığının bilinmemesi + emrin açıkça aykırı olmaması.

İşte, bu son noktada, As.CK., Statü'nün gerisindedir, çünkü emrin açıkça hukuka aykırı olmamasına yer vermeyerek, sadece astın bu hukuka aykırılığı bilip bilmediğine bakmaktadır[338]. Bu nedenle, As. CK. m. 41 hükmü değiştirilmeli ve Roma Statüsünü yansıtacak şekilde düzeltilmelidir. Söz konusu hüküm, sadece uluslararası suçları değil, tüm adli suçları kapsadığı için, failin lehine olarak daha az katı bir düzenleme yapmıştır. Bu bakımdan, bu düzenleme aynen kalabilir; fakat ek bir fıkra ile, Roma Statüsü kapsamına giren suçlar açısından bir yollama yapılarak, savaş suçları açısından emrin açıkça hukuka aykırı olmaması gerektiği koşuluna yer verilmelidir. Tabii, bunun mümkün olması için de, savaş suçları ayrıca düzenlenmelidir.

2. Meşru Savunma

Roma Statüsü bakımından meşru savunmaya ilişkin hüküm m. 31/1-c'de yer almaktadır. Buna göre, kendisini, bir başkasını veya savaş suçları durumunda kendisinin ya da başkasının hayatta kalması için elzem olan eşyayı ya da askeri bir hedefe ulaşmak için elzem olan eşyayı, derhal vuku bulabilecek (***imminent***) hukuka aykırı bir güç kullanımına karşı, korunan kişi ya da malvarlığına yönelik tehlike derecesiyle orantılı biçimde korumak amacıyla makul şekilde davranan kimsenin bu eylemi, hukuka uygun olacaktır.

Bu düzenleme ile, TCK m. 25/1'de yer alan, meşru savunmaya dair düzenleme büyük ölçüde örtüşmektedir. Aradaki bir fark, TCK açısından her türlü hakkın korunması açısından meşru savunma yapılabilmesidir. Dolayısıyla, her türlü eşyanın korunması maksadıyla da meşru savunma teorik olarak mümkündür. Oysa, Roma Statüsü açısından, savaş suçları açısından sadece belirli koşullarla malın korunması amacıyla meşru savunma hükümlerinden

337 ***Saland,*** Per; International Criminal Law Principles, in: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague 1999, s. 210; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 344.
338 ***Kreicker***, in: UCD (ed. Yenisey), s. 356-357.

faydalanmak mümkündür. Fakat, AİHS m. 2'de yer alan yaşam hakkına dair hükmün ve ilgili içtihadın kapsamı düşünüldüğünde, Türk Hukuku bakımından da, salt malı korumak için bir başkasının yaşamına ya da vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlike doğuracak şekilde kuvvet kullanılamayacağı ortaya çıkar. Kaldı ki, TCK m. 25/1'de yer verilen "saldırıyı orantılı biçimde def etme zorunluluğu" da aynı sonuca götürür. O halde, malvarlığını korumak için bir savaş suçu işleyen sanık, ulusal hukukumuzda hemen her zaman "oranlılık" ilkesini ihlal ettiği için, TCK m. 25/1'den yararlanamayacaktır. Bu yönden, Statü'ye göre meşru savunmadan yararlanamayacak olan bir sanığın ulusal hukuk uyarınca TCK m. 25/1 hükmünden istifadeyle beraat etmesi mümkün gözükmemektedir.

Tam tersine, ulusal hukukumuza göre mahkum olacak bir sanığın Statü hükmünden istifadeyle cezadan kurtulması mümkündür. Gerçekten, savaş suçları açısından, belirli koşullarla malın korunması amacıyla işlenen suçların Statü bakımından meşru savunma kapsamında görülmesi uluslararası örfi hukuktan bir sapma teşkil eder[339]. Böyle bir açık istisnaya ulusal hukukumuzda yer verilmiş değildir. Fakat Statü'ye taraf olunması durumunda zaten UCD nezdindeki yargılamalar açısından böyle bir istisna uygulanabilecektir; buna karşılık, ulusal hukukta bu yönde bir istisnaya yer vermek yükümlülüğü yoktur. Bu yönde bir istisnaya yer verilmediği için, UCD nezdinde beraat edebilecek bir kimsenin ulusal yargılamada mahkum edilmesi de Statü'ye aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu bakımdan, bu konuda bir değişiklik yapmaya gerek yoktur.

3. Zorunluluk Hali/Cebir

Zorunluluk hali (***necessity***) uluslararası ceza hukuku uygulaması bakımından kabul gören genel bir ilkedir. Aslında bunun bir hukuka uygunluk sebebi mi yoksa kusurluluğu kaldıran sebep mi olduğu hem ulusal hem uluslararası ceza hukukunda tartışmalıdır.

Zorunluluk hali ve cebir Statü'de iç içe düzenlenmiştir. Oysa Kıta Avrupas Hukuku sistemine dahil olan Türkiye gibi ülkelerde bu iki müessese ayrı düzenlenmektedir. Her ikisinde de, fail, kendisinin ya da bir başkasının yaşamı ya da vücut bütünlüğüne yönelik ağır ve telafisi olmayan bir tehlike nedeniyle suç işlemektedir. Fakat, zorunluluk halinde bu tehlike objektif koşullardan kaynaklanmaktadır, Bu anlamda, üçüncü bir şahıstan kaynaklanan cebir ve tehdit, gerçek anlamda zorunluluk teşkil etmez. Bu anlamda "***duress*** (***tehdit/manevi cebir***", başka kişilerin yol açtığı maddi ya da manevi zorlamanın varlığını gerektirir.

CD bakımından zorunluluk hali Roma Statüsünün m. 31/1-d hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, Divanın yetkisine giren bir suç oluşturduğu iddia edilen davranış, faile ya da başka bir kimseye yönelik, derhal vuku bulabilecek ölüm ya da devam etmekte olan (mevcut) veya derhal vuku bulabilecek ciddi bedensel zarar sonucu doğuracak bir tehdidin yarattığı zorlama (***duress***) altında işlenmişse ve ilgili kişi bu tehditten sakınmak için gerekli ve makul biçimde davranmışsa, failin, kaçındığı zarardan daha ağır bir zarara yol açmayı kast etmemesi kaydıyla, bu davranışı cezai sorumluluk gerektirmeyecektir. Bentte söz edilen tehdit, ya başka kişiler tarafından yaratılabilir (m. 31/1-d (i)) ya da failin denetimi dışında bulunan diğer koşullar böyle bir tehdidi ortaya koyabilir (m. 31/1-d (ii)).

Görüldüğü gibi, burada zorunluluk durumunda ilişkin bir düzenleme getirirken, maddenin metnine kusurluluğu kaldıran hallerden cebir ve tehdit de monte edilmiş, bu kavramlarla zorunluluk hali karma edilmiştir[340]. Aslında, zorunluluk hali, objektif koşullardan dolayı kaynaklanan ve yaşam ya da vücut bütünlüğüne yönelik tehlikeleri ifade ederken; tehditte, bir başka kimseden kaynaklanan ve yaşam ya da vücut bütünlüğüne yönelik zarar verileceği beyanı yüzünden, fail bir suçu işlemek zorunda kalmaktadır[341]. Fakat, Statüde zorunluluk hali ile tehdit durumunu ayırt etme ihtiyacı duyulmamıştır.

TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk halinin varlığı için aranan koşullar ile Statünün bu hükmünün uygulanması için gerekli koşullar paraleldir.

Önemli bir tartışma, örneğin soykırım yapmayı amaçlayan bir örgüte üye olan ya da etnik temizleme amacı güden bir para-militer gruba kendi arzusuyla katılan failin, bu örgüt çerçevesinde işlenen uluslararası suçlara katılmak zorunda kaldığını, aksi takdirde kendi hayatının tehlikeye gireceğini öne sürme imkanına sahip olup olmadığıdır. Uluslararası ceza hukukunun bu soruya yanıtı olumsuzdur. Buna göre, uluslararası insancıl hukuka aykırı faaliyetlerde kurumsal olarak bulunmak amacındaki bir birim, örgüt ya da gruba, bu hususu bilerek ve özgür iradesiyle üye olmayı seçen bir kimse, daha sonra, bu suçları işlemek zorunda kaldığı yönündeki bir savunmaya dayanamaz[342]. Bunun sebebi, zorunluluğa yol açan durumu failin kendi iradesiyle yaratılmıştır.

339 ***Cassese,*** ICL, s. 230; ***Schabas,*** The ICC, s. 88; ***Bantekas/Nash,*** s. 66.
340 ***Ambos,*** General Principles, s. 27; ***Kittichaisaree,*** s. 273; ***Bantekas/Nash,*** s. 61. Uluslararası hukukta cebir ve tehdit kavramlarının anlamı, bu konudaki ulusal ve uluslararası içtihatlar ve kurumun Statü'ye ithalindeki tartışmalar için bkz. ***Scaliotti,*** Part I, s. 142-150.
341 ***Werle ve diğerleri,*** no. 422.
342 ***Cassese,*** ICL, s. 245-246; ***Aydın***, s. 144.

Aynı husus Türk ceza hukuku bakımından da geçerli olacaktır, çünkü TCK m. 25/2'de yer alan zorunluluk hükmünün uygulanabilmesi için, karşı konulan tehlikeye fail iradi olarak yol açmamış olmalıdır. Diğer bir deyişle, iradi olarak bir suç örgütüne katıldığı için suç işlemeye sevk edilen bir kimse, bunu yapmak zorunda bırakıldığını öne sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Oranlılık koşulu açısından, gerek pozitif uluslararası ceza hukuku, gerekse Roma Statüsü uygulaması bakımından tartışılması gereken bir nokta, kasten öldürme fiillerini işleyen fail bakımından zorunluluk halinin (ya da cebir/tehdit altında hareket etme durumunun) ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir husus olarak öne sürülüp sürülemeyeceğidir. Bu konuda, EYUCM İstinaf Dairesinin 7.10.1997 tarihli ***Erdemović*** kararı çok önemlidir. Söz konusu karara yol açan olayda[343], Boşnak Sırp olan bir askeri birimin üyesi olan fail, infaz ekibinin bir üyesi sıfatıyla, silahsız bir çok Boşnak Müslümanın vurularak öldürülmesine katılmıştı. Mahkeme önünde suçunu kabul eden fail, sivillere üzüldüğü için onlara ateş etmeyi reddettiğini, fakat komutanının kendisine "***onlara üzülüyorsan, ayağa kalk, onlarla sıraya geç ve seni de öldürürüz***" (***If you are sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too***) dediğini öne sürmüştür. İstinaf Dairesi, masum insanların öldürülmesi biçimindeki savaş suçları ya da insanlığa karşı suçlar bakımından, cebir/tehdit altında hareket etmenin ceza sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldıramayacağı, bunun, ancak cezayı hafifleten bir durum olarak dikkate alınabileceğini tespit etmiştir.

Fakat öğretide, bu içtihada rağmen, uluslararası örfi hukukta kasten öldürme yoluyla işlenen uluslararası suçlar bakımından bile, cebir/tehdidin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak öne sürülebileceği vurgulanmaktadır[344]. Türk ceza hukuku bakımından da, YCTK m. 25/2 hükmünün kasten öldürmeler açısından da uygulanması mümkündür. Bu bakımdan, UCD içtihatları öğretideki görüş yönünde gelişirse, bir sorun olmayacaktır. Fakat EYUCM'un içtihadı tekrarlanırsa, Statü bakımından zorunluluk haline dayanamayacak kimselerin TCK m. 25/2'ye göre cezasız kalmaları söz konusu olabilecektir. Şimdilik bu sınırlı ve spesifik konuya dair gelişmeleri beklemek gerektiğinden, mevzuatta bu yönden bir değişiklik düşünmeye gerek yoktur.

C. Yanılma

Yanılmanın kusurluluğu kaldırabileceği uluslararası ceza hukukunda yargısal içtihatlarla da desteklenmiş bir anlayıştır. Bununla birlikte, esas olarak, kusurluluğu kaldıran bir durum olarak fiili yanılmaya itibar edildiği, bunun için de, failin yanılgısının kendi kusuruna dayanmamasının arandığı söylenebilir[345]. Gerçekten, bir çok ulusal hukukta olduğu gibi, uluslararası ceza hukukunda da "***ignorantia legis non excusat***" (kanunu bilmemek mazeret sayılmaz) ilkesi kabul görmüştür[346]. Aynı husus TCK m. 4'te de vurgulanmıştır: "***Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.***"

Roma Statüsünde yanılma, 32. maddede, "Fiili yanılma veya hukuksal yanılma" başlığı altında düzenlenmiştir. Madde 32/1 hükmüne göre, fiili yanılma, ancak suçun gerektirdiği manevi unsuru ortadan kaldırırsa (manevi unsurun olmadığını gösterirse), ceza sorumluluğunu kaldırabilecektir.

Statünün m. 32/2 hükmünde ise, hukuksal yanılma düzenlenmiştir. Buna göre, ilke olarak, belirli bir davranışın Divanın yargı yetkisine giren bir suç teşkil ettiği hakkındaki yanılma, kişiyi ceza sorumluluğundan kurtarmayacaktır. Yani, hukuku bilmemek mazeret sayılmayacaktır. Fakat, şayet 33. maddede öngörülen istisna söz konusuysa (aşikar surette hukuka aykırı olmayan bir emrin hukuka aykırılığını bilmeyen ve emre itaatle yükümlü olan astın, buna dayanarak işlediği fiilden dolayı ceza sorumluluğu altına girmemesi) veya hukuksal yanılma, suçun gerektirdiği manevi unsurun oluşmadığını gösteriyorsa (***if it negates the mental element required***), fail ceza sorumluluğundan kurtulabilecektir.

Hukuksal yanılmanın, suçun gerektirdiği manevi unsurun oluşmadığını göstermesinden ise, haksızlık (yasak) yanılgısının anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu durumda, failin eylemin hukuk düzenine aykırılık oluşturduğunu bilmemesi hakkındaki kaçınılamaz nitelikteki hatası kusur unsurunu ortadan kaldırabilecek, dolayısıyla da failin sorumlu tutulmasını engelleyebilecektir[347]. Tıpkı Türk Ceza Hukukunda olduğu gibi, Statü bakımından da, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" esasına yer verilmediği[348]; yalnızca kaçınılamaz bir hata nedeniyle suç işleme yönünde bir iradenin oluşmadığı durumlarda, bir istisna olarak, hukuksal yanılmaya değer verileceğinin düzenlendiğini

343 ***Cassese,***ICL, s. 287.
344 ***Cassese,*** ICL, s. 250. Fakat yazar, bu durumda bir ek koşul aramaktadır. Buna göre, öldürme emrine başta karşı çıkan, fakat cebir/tehdit sebebiyle bunu yerine getirmek zorunda kalan failin sorumluluktan kurtulabilmesi için, kendisi olmasaydı bile bu suçun yine aynı şekilde işlenmiş olacağı, söylenebilmelidir. Benzer olayın UCD önüne gelmesi durumunda, Statü m. 31/1-d hükmü gereği failin sorumlu tutulmayacağına dair bkz. ***Degan,*** s. 57. Kıyaslayınız ***Bantekas/Nash,*** s. 64; ***Cryer ve diğerleri,*** s. 339-340. Ancak EYUCM İlk Derece Dairesinin 2.11.2001 tarihli Kvocka kararında, aslında hatalı olarak (aynı yönde ***Zahar/Sluiter,*** s. 427-428), Mahkeme içtihadında savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar bakımından bu savunmaya dayanılamayacağının yerleştiği savunulmuştur.
345 ***Cassese,*** ICL, s. 251.
346 ***Cassese,*** Preliminary Reflections, s. 155.
347 ***Sözüer/Erman,*** s. 268.
348 ***Werle ve diğerleri,*** no. 444; ***Güller/Zafer,*** s. 67. Kıyaslayınız ***Çınar,*** s. 62.

vurgulamak isteriz. Öte yandan, failin yanılgısı kaçınılabilir olsa bile, Statüde taksire dayalı sorumluluğa yer verilmediği için, yine de failin sorumluluğuna gitmek mümkün gözükmemektedir.

Roma Statüsü hükümlerini değerlendirecek olursak, m. 32/1'e göre, fiili hata ancak suçun manevi unsurunu ortadan kaldırırsa ceza sorumluluğuna engel olabilecektir. Örneğin, askeri bir komuta merkezi olduğu inancıyla bir sivil korunağı bombalayan fail sorumlu olmaz. Çünkü, "sivil" bir hedefe saldırdığını bilmemektedir. Aynı sonuca Türk ceza hukuku bakımından da varılır. Zira, TCK m. 21/1'e göre: "***Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.***" Kast, suçun kanuni tanımındaki tüm objektif unsurları kapsamalıdır. O halde, fail hedefinini sivil bir tesis olduğunu bilmiyorsa, kastı yoktur.

Roma Statüsü'nde farklı bir husus, ceza sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran nedenlere ait koşulların gerçekleştiği konusunda meydana gelen hatanın Statü m. 32/1 kapsamına girmemesidir[349]. Örneğin[350], elini cebine aniden götüren savaş esirinin silah çıkarıp kendini vuracağını düşünen muhafız erken davranıp, ona ateş eder. Buradaki hata manevi unsura dair olmadığından, fail bu hatasından yararlanmayacaktır. Oysa TCK m. 30/3, bu hatanın kaçınılmaz olması durumunda faili hatasından yararlandırır. Fakat suç genel teorisi doktrinine bağlı bu farklılık ulusal mevzuatta değişiklik yapılmasını gerektirecek önemde değildir.

Hukuki hata açısından ise, Statü m. 32/2'ye göre "***Belirli bir davranış türünün Divan'ın yargı yetkisine girip girmediğine dair hukuki bir yanılma, ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep teşkil etmeyecektir***". O halde, hukuki yanılmanın mazeret teşkil etmesi için şu koşullar bulunmalıdır[351]:

a) Belirli bir davranışı uluslararası alanda yasaklayan kuralda belirtilen hukuki nitelikteki temel bir husus fail tarafından bilinmemelidir (The defendant had no knowledge of an essential element of law referred to in the int'l prohibition of a certain conduct);

b) Bilmeme failin ihmaline bağlı olmamalıdır;

c) Bu sebeple, failde suçun işlenmesi yönünde manevi unsuru oluşmamış olmalıdır.

Türk ceza hukuku bakımından TCK m. 30/4 uygulanacak ve benzer neticeye yol açacaktır. Davranışın suç teşkil edip etmediği, Statü'de cezalandırılıp cezalandırılmadığı, belirli hukuka uygunluk sebeplerinin UCH'nda mevcut olup olmadığına dair hatalar, kaçınılmaz olsa da, sorumluluğu etkilemeyecektir. Önemli olan, failin normatif unsurun önemini algılamamasıdır[352]. TCK açısından da, "***İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz***" (yasak hatası / haksızlık yanılgısı). Burada fail, işlediği davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediğinin bilincinde değildir. O halde, Statü ve TCK açısından varılan sonuç aynı olacaktır.

Aslında, TCK sistemi açısından, fiilin hukuk düzenine aykırı olduğunun farkında olmayan sanık açısından "haksızlık yanılgısı/yasak hatası" söz konusu olur. Bu durumda, failin kasten hareket ettiği kabul edildiği için suçun manevi unsuru oluşmuştur. Fakat failin bu davranışı sebebiyle kınanabilmesi mümkün değildir; kusurlu görülemeyen fail de cezalandırılamaz. Böylece, teorik çerçevesi farklı olsa da, Statü m. 32/2'ye girecek bir hata, TCK m. 30/4 uyarınca da (beraate yol açmasa da), neticede ceza verilmemesine neden olacaktır.

349 *Werle and others*, s. 151.
350 İbid.
351 *Cassese,* ICL, s. 295.
352 *Werle and others*, s. 152; *Cryer and others,* s. 342.

V. SONUÇ VE ÖNERİLER

Raporumuzda tespit ettiğimiz hususlar doğrultusunda, Türkiye'nin Roma Statüsü'ne katılma yoluyla taraf olmayı seçmesi durumunda, maddi ceza hukuku açısından ulusal mevzuatını Statü gerekleriyle uyumlu hale getirmesi için yapılması gerekenler (ve, bu arada, değişikliğe gerek olmayan konular) aşağıda maddeler halinde belirtilmiştir. Fakat, buna geçmeden önce, bazı ön tespitler özetle vurgulanacaktır.

A. GENEL DEĞERLENDİRMELER

1. Roma Statüsü, taraf devletler açısından Statü m. 6-8'de yer verilen suç tanımlarını ulusal hukuka aktarma ya da Statü'de yasaklanan davranışları uluslararası suç niteliğiyle iç hukukta düzenleme zorunluluğu getirmemektedir.
2. Bununla birlikte, Statü'de yasaklanan davranışın ulusal yargı organlarınca etkin ve samimi (effective and genuine) bir şekilde kovuşturulmaması durumunda, Statü m. 20 (3) (a) ve (b) gereği UCD devreye girip yargı yetkisini kullanabilecektir.
3. Bu nedenle, Statü'ye taraf devletler mahkemenin yargı yetkisine giren suçları etkin bir şekilde yargılayabilecek şekilde ulusal hukuk sistemlerini yapılandırmalıdır. Bu bakımdan, gerekli olan, Statü'de yasaklanan davranış türlerinin ulusal hukuk tarafından yasaklanması ve etkin bir şekilde cezalandırılmasıdır. Bunun sağlanması durumunda, tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD'nin yargı yetkisini kullanması mümkün olmayacaktır.
4. Anayasa m. 90/son gereği, Türk hukuk sisteminde "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*" Hatta, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" Demek ki, Türkiye tarafından onaylanması durumunda, Statü, monist bir sisteme sahip Türk hukukunun bir parçası haline gelecek ve ulusal kanunlar gibi bağlayıcı olacaktır. Hatta, Statü hükümlerinin normlar hiyerarşisindeki yeri, Anayasal normların altında, fakat adi kanunların üstüne olacaktır.
5. Fakat, buna rağmen, ulusal hukukun Statü'yle uyumu, onaylama işlemine bağlı olarak kendiliğinden sağlanmayacaktır. Bunun bir çok sebebi öne sürülebilir:
    a. Türkiye tarafından onaylanması durumunda Roma Statüsü ulusal kanunlara göre öncelikle uygulanacaksa da, ulusal Anayasa'ya göre üstünlüğe sahip olmayacaktır. Bu bakımdan, Anayasanın Roma Statüsü'ne aykırı hükümleri uygulanmak zorundadır.
    b. İkinci olarak, başta UCD ile uluslararası işbirliği ve adli yardım yöntemleri (Statünün 9. Kısmı, md. 86 vd. Hükümleri) olmak üzere, usuli nitelikteki hükümlerin ulusal hukukta doğrudan uygulanabilir (self-executive) niteliği yoktur. Statünün ilgili hükümlerinde devletlere bazı yükümlülükler getirilmektedir, fakat ulusal hukuk uyarınca bunlara uyulmasını sağlamak Devletin yasama yetkisini kullanmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, Statüye taraf Devletlerin ulusal yasa yapma metodlarını kullanmak suretiyle, kendi hukuklarının Statü gerekleriyle uyumlu çalışacak şekilde yapılandırmaları gerekmektedir.
    c. Statü'nün maddi ceza hukukuna ilişkin hükümleri de, kanaatimizce, Statünün Türkiye tarafından onaylanmasıyla ulusal hukukumuzda otomatikman uygulanabilir hale gelmeyecektir. Bunun sebebi Roma Statüsü'nün yapısı ve niteliğidir. Statü'de yer alan maddi hukuk kuralları yalnızca UCD nezdinde yapılacak yargılamalar bakımından geçerlidir. Statü'nün onaylanması, buna taraf olan

devletlerin genel uluslararası hukuk uygulamaları açısından Statü'deki maddi ceza hukuku tanımlarıyla bağlanmayı kabul ettiklerini göstermemektedir. Buradaki amaç, UCD nezdinde yargılanan kimselerin fiillerini nitelendirirken, uygulanabilir hukuk açısından Mahkeme'nin esas alacağı tanımı belirlemektir. Buna bağlı olarak, Roma Statüsü'ne taraf olmakla, Statü'de yer alan suç tanımları, Anayasa m. 90/son gereği ulusal hukukumuzda kendiliğinden geçerli hale gelmeyecektir.

d. Kaldı ki, yukarıdaki görüşün aksi kabul edilse bile, Statü'deki maddi ceza hukukuna dair hükümlerin bazıları, karmaşıklıkları saebebiyle doğrudan uygulanabilir (self-executing) nitelikte değildir. Öte yandan, savaş suçlarına dair düzenlemede (Statü m. 8) ve Statü'deki genel hükümlerde, her bir savaş suçu açısından uygulanabilecek soyut cezanın alt ve üst sınırları belirlenmiş değildir. Sadece, Statü m. 77'de genel bir üst sınır vardır. Oysa, Anayasa m. 38'deki kanunilik ilkesi gereği, Türk Hukuku bakımından her bir suç tipine uygulanabilecek cezanın sınırları belirlenmiş olmalıdır.

6. Bu nedenle, ulusal hukukun Statü'ye uygun hale getirilmesi için ulusal alanda yasakoyucunun bazı yasal değişikliklere gitmesi şarttır ("national implementing legislation"). Çünkü, Roma Statüsü'ne göre suç teşkil eden bir davranış ulusal hukuka göre cezalandırılamıyorsa, tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD yargı yetkisini kullanabilir.

7. Buna karşılık, Statü kapsamına giren bir davranışın ulusal hukuk uyarınca hukuki nitelendirilmesinin Roma Statüsü ile aynı olmaması, fakat bu davranışın ulusal hukuk uyarınca yine de cezalandırılabilmesi durumunda, farklı ihtimaller ortaya çıkar. Bu noktada, ulusal hukuk uyarınca yapılan yargılamanın ve verilen cezanın niteliği belirleyici olacaktır. Zira, ***non bis in idem*** kuralını düzenleyen Statü m. 20'ye göre, Divanın görev alanına giren suçları işlediği iddia edilen kimse, aynı davranıştan ötürü başka bir mahkeme önünde yargılanmışsa, bu eylemlerinden ötürü UCD önünde yeniden yargılanamayacaktır (m. 20/3). Fakat, diğer mahkemenin yaptığı bu yargılamadaki amaç, Divanın görev alanına giren suçlardan ötürü ilgili kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmak ise (m. 20/3-a) ya da bu yargılama, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen adil yargılama kurallarına uygun olarak, bağımsız ve tarafsız biçimde yürütülmeyip, mevcut koşullar altında, ilgili kişiyi adalet nezdine çıkarma niyetiyle bağdaşır biçimde yürütülmemişse (m. 20/3-b), UCD yeniden yargılama yapabilecektir.

8. Ulusal hukuk uyarınca yargılamanın adi suçlara (***ordinary crimes***) ilişkin hükümlere göre yapılmasını bu açıdan incelemek gerekir. Katıldığımız çoğunluk görüşüne göre, ulusal makamlarca fiilin adi suç olarak nitelendirilmiş olması, UCD tarafından yargı yetkisinin kullanılması için tek başına yeterli değildir. Statü'nün m. 20/3 hükmünde, açıkça, failin m. 6-8'de yasaklanan "davranış"tan ("***conduct***") ötürü başka bir mahkemede yargılanmış olması, ***non bis in idem*** ilkesinin uygulanması için yeterli görmüştür. Yani, Statü kapsamına giren davranışın ulusal makamlarca yargılanmış olması yeterlidir, fiilin hukuki nitelendirmesi (uluslararası suç olarak yargılanmış olup olmaması) önemli değildir. Gerçekten, Roma Statüsü'nde yer alan tanımlara göre ulusal hukuktaki sapmalar, söz konusu fiilin yargılanmasını önlemez. Burada, "davranış" ibaresi, ***ne bis in idem*** ilkesinin uygulanması için aynı tarihi olayların/vakıaların bir kere yargılanmış olmasının arandığını göstermektedir.

9. O halde, ulusal hukukta yeterli cezaların varlığı durumunda ve sanığı uluslararası yargıdan korumak amacı yoksa veya ulusal alandaki işlemler kişiyi adalet nezdine çıkarma niyetiyle bağdaşmayan şekilde yürütülmemişse, UCD'nin olaya el koyması beklenmemelidir.

10. Bu bakımdan, Statü'deki suç tiplerinin ulusal hukuka ne şekilde dahil edileceğini devletler serbestçe belirleyebilir. Ulusal hukuk uyarınca ceza verilmemesi ya da uygun cezanın verilememesi söz konusu olmadıkça, tamamlayıcılık ilkesi açısından bir sorun çıkmayacaktır. O halde burada, ulusal hukuk uyarınca verilecek cezanın ağırlığı ve işlenen fiillerin vahametine uygun düşmesi belirleyici olacaktır.

B. ULUSAL HUKUKUN ROMA STATÜSÜ GEREKLERİNE İŞLERLİK KAZANDIRMA YOLLARI

1. Roma Statüsü gereklerinin ulusal hukuka dahil edilmesi ve Statü'ye böylece işlerlik kazandırılması açısından üç opsiyon vardır[353]: complete incorporation (tümüyle dahil etmek) , non-incorporation (hiç dahil etmemek), modified incorporation (değiştirerek dahil etmek).

   a. İlk ihtimalde (complete incorporation), ulusal hukuktaki maddi ceza hukuku normları Roma Statüsü'ndeki düzenlemelerle özdeş hale getirilir. Uluslararası hukuk açısından ideal formül budur.

353 *Werle and others*, s. 76 vd.

Bunun da dört yolu olabilir:

(i) Statü'deki suç tanımlarının uluslararası örfi hukuku yansıttığı kabul edilirse, Statü onaylanmasa da, örfi hukuka iç hukuklarında doğrudan uygulanabilir kaynak değeri tanıyan devletler açısından Statü m. 6-8 hükümlerinin ulusal mahkemeler tarafından uygulanması mümkün olabilecektir. Türk sistemi açısından, Anayasa m. 90'da böyle bir imkan tanınmamıştır.

(ii) İkinci yol, ulusal hukukta, uluslararası örfi hukuka ve insancıl hukuka genel bir yollama yapılmasıdır (dinamik yollama). Bu bakımdan, örneğin, uluslararası örfi hukuk uyarınca savaş suçu teşkil ettiği kabul edilen eylemlerin cezalandırılmasına dair bir genel hüküm yaratılır. Fakat, kati kanunilik ilkesini benimseyen ulusal hukukumuz açısından (Anayasa m. 38, TCK m. 2), çerçeve norm ile atıf yapılmasına dayalı bu yöntem uygun olmayacaktır.

(iii) Üçüncü bir ihtimal, doğrudan Roma Statüsü'nün ilgili hükümlerine ulusal mevzuatta atıf yapılmasıdır (statik yollama). Bu ihtimal de, Statü'nün siyasi uzlaşma sonucunda kabul edilen ve karmaşık yapıya sahip bazı hükümleri düşünüldüğünde, kanunilik ilkesi açısından sorun yaratacaktır.

(iv) Dördüncü yol ise, Roma Statüsünün ilgili hükümlerinin ulusal kanun metinlerine aktarılması, yani, ulusal alanda yeni ve otonom ceza normları yaratılmasıdır. Bu yolun avantajı, katı kanunilik ilkesinin yazılılık ve belirlilik gibi ilkelerine sıkı biçimde uyması, erişim (accessibility) ve uygulama kolaylığı sağlamasıdır.

b. İkinci bir ihtimal ise (non-incorporation), ulusal hukukta uyumu sağlamak için hiç bir değişiklik yapılmaması, uluslararası suçları cezalandırmak açısından ulusal hukuktaki adi suçlara başvurulmasıdır. Bu ihtimalde, örneğin, soykırım suçu; kasten öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı gibi suçlar çerçevesinde ele alınacaktır. Bu çözümün ideal olmaktan uzak olduğu ortadadır.

c. Üçüncü ihtimalde (modified incorporation) ise, uluslararası ceza hukukunun (ve Roma Statüsü'nün) özü, ulusal kavramlar ve kurumlar çerçevesinde iç hukuka dahil edilmektedir. Bu çerçevede, Roma Statüsü'nün gerekleri iç hukukun yapısına adapte edilebilir ya da Statü'de yer almayan bazı suç tiplerine de ulusal mevzuatta yer verilebilir (örneğin, kimyasal silah kullanma yasağı). Bu ihtimal Türkiye açısından daha elverişlidir. Zira, ulusal ceza hukukumuzda kanunilik ilkesine sıkı biçimde uyulmaktadır. Oysa, Roma Statüsü'ndeki bazı savaş suçları tanımları, Roma Konferansı'na katılan farklı devlet delegeleri arasındaki siyasi bir uzlaşının neticesi olduğundan, belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki, Statü'deki suç tanımları "Elements of Crimes"ta somutlaştırılmıştır, bu belge ise sadece UCD'ye yol göstermekte, ulusal devletler tarafından onaylanıp iç hukuka dahil edilmemektedir. Keza, Statü'nün ceza hukukunun genel ilkeleri bölümünde yer alan bazı kurallar da, nitelikleri gereği, ulusal hukuka aynen nakledilmeye elverişli değildir. Bu bakımdan, bazı hükümlerin ulusal hukuk sisteminin yapısına ve terminolojisine uygun olarak, adapte edilerek iç hukuka aktarılmasında fayda vardır.

2. Statü gereklerinin ulusal hukuka aktarılması konusunda diğer bir sorun, çeşitli yasaların ilgili kısımlarında değişiklik mi yapılacağı, yoksa ayrı bir kanun mu yapılacağıdır.

a. İlk ihtimal, mevcut kanunlara çeşitli hükümlerin eklenmesidir. Örneğin, TCK'nın "Uluslararası Suçlar" başlıklı kısmına savaş suçlarına dair bir düzenleme eklenebilir ya da Askeri Ceza Kanunu'na bir kısım ekleyerek bu suçlar düzenlenebilir. Uluslararası alanda bu formülün genellikle tercih gördüğü belirtilmektedir.

b. İkinci ihtimal ise, Roma Statüsü'nde yer alan suç tiplerine ve Statü'de yer alıp da ulusal hukuka göre farklılık arz eden ceza hukuku genel ilkelerine yer veren ayrı bir kanunun yapılmasıdır. Kanaatimizce, en uygun çözüm bu olacaktır. Böyle bir kanun derli toplu ve kolayca ulaşabilir olacağından, uygulama açısından büyük kolaylık sağlayacaktır.

c. Bu son yol izlenirse, iki ayrı kanun çıkarılabilir. Birincisi, maddi ceza hukukuna dair uyumu sağlayacaktır. İkincisi ise, adli yardımlaşmaya ilişkin usul kurallarının düzenlendiği bir kanun olacaktır Elbette, her iki grup düzenlemelerin tek bir kanunda ele alınması da mümkündür.

C. SUÇ TİPLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRMELER

1. Statü'de yer verilen suç tiplerini ulusal hukuka aktarma mecburiyeti olmadığı gibi, bu fiilleri kovuşturma yükümlülüğü bile açıkça öngörülmemiştir. Bunun istisnası, Statü m. 70'de düzenlenen "adaletin idaresine karşı suçlar"dır. Mevcut TCK hükümleri bu konuda gözden geçirilmelidir.

a. Yalan tanıklığa dair TCK m. 272 hükmü, UCD nezdinde yalan tanıklığı kapsayacak şekilde de genişletilmelidir.

b. Sahte veya tahrif edilmiş olduğu bilinen bir delili sunmak açısından, Türk Hukukunda adliyeye karşı suçlar başlığı altında bu durumu düzenleyen spesifik bir durum yoktur. Fakat, belgede sahteciliğe dair TCK m. 204 (resmi belge açısından) veya 207 (özel belge açısından) hükümleri uygulanabilir.

c. Tanığı maddi menfaat karşılığında etkilemek, bir tanığın hazır bulunmasına ya da ifade vermesine engel olmak ya da müdahale etmek, tanığa karşı ifade vermesi sebebiyle misilleme yapmak açısından; özel bir düzenleme yoktur. Maddi menfaat aracılığıyla etkilemek durumunda, m. 272'de yer alan yalan tanıklığa azmettirme söz konusu olabilir. Tanığın hazır bulunmasına ya da ifade vermesine engel olmak ya da müdahale etmek açısından, işlenen fiilin özelliğine göre, TCK m. 106 vd.ndaki hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenen kimi suçlar (cebir, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) gündeme gelebilir; duruma göre, TCK m. 285'teki, soruşturmaya dair gizliliğin ihlali hükmü (örneğin, tanığın korkması için deşifre edilmesi) ya da alenen sözlü ya da yazılı beyanla tanıkların etkilenmesi durumunda m. 288'deki "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" hükmü uygulanabilir.

d. Delillerin karartılması veya toplanmasına müdahale edilmesi açısından, TCK m. 281 hükmü uygulanabilecektir. Ne var ki, TCK m. 281/1'in son cümlesindeki "Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez" istisnası ve üçüncu fıkradaki indirim sebebi sorun yaratacaktır.

e. Görevini yapmamasına ya da gereği gibi yapmamasına zorlamak ya da ikna etmek amacıyla, görevlinin engellenmesi, korkutulması veya maddi menfaat karşılığında etkilenmesi, mahkemenin memuruna karşı, kendisi veya başka bir memurun yaptığı görev sebebiyle misillemede bulunmak açısından, TCK m. 277 hükmü uygulanabilir. Ne var ki, bu hüküm, memurun yaptığı görev sebebiyle misillemede bulunmayı karşılamayacağı gibi, cezanın üst sınırı da Statü m. 70/3 hükmüyle uyumlu değildir.

f. Resmi göreviyle bağlantılı olarak, Mahkeme memurunun rüşvet istemesi ya da kabul etmesi açısından, TCK m. 252/5 hükmü mevcut haliyle uygulanamayacaktır, çünkü bu hüküm sadece "uluslararası ticari işlemler" sebebiyle işlenen rüşvet suçlarına dairdir.

2. Görüldüğü gibi, Statü m. 70'te düzenlenen suçlardan kimisi Türk ceza hukuku uyarınca doğrudan cezalandırılabilmekte, kimisi dolaylı olarak veya kısmen cezalandırılmakta, kimi fiiller ise cezalandırılamamakta ya da cezalanadırılabilirlik tartışmalı olmaktadır. Bu bakımdan, tüm bu ihtimalleri kapsayan, Statü m. 70/1 kapsamında olup da TCK'daki herhangi bir hüküm kapsamına girmeyen fiilleri suç haline getiren, zaten TCK'daki suç tiplerinden biri kapsamına giren davranışlar açısından da özel hüküm teşkil eden bir düzenleme yapmakta fayda vardır. Statü'yle özdeşliği sağlamak açısından (m. 70/3), bu ek maddede öngörülen cezanın üst sınırı beş yıldan aşağı olmamalı ve ayrıca adli para cezasına hükmetme imkanı da öngörülmelidir.

3. Roma Statüsü m. 6'daki soykırım suçu ile TCK m. 76 kıyaslandığında; ulusal düzenlememizin Roma Statüsü gereklerine cevap verdiği söylenebilir. Detaylı bir inceleme yapılırsa, şu konular sorun arz edebilir:

a. Suçun maddi unsurunu oluşturabilecek davranış kategorileri açısından, Roma Statüsü'nde "Grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar vermek"ten; TCK'da ise "Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme"kten bahsedilmiştir. Her iki metin arasındaki farklılığı incelersek, "***ciddi***" ile "***ağır***" ölçütlerinin eşdeğer olduğu söylenebilir. Buna karşılık, "***zihinsel zarar***" ile "***ruhsal bütünlüğe***" yönelik zararın her zaman eş anlamlı olduğunu söylemek zordur. Bu konuda neden farklı bir terminoloji seçildiğini anlamak mümkün değildir. Fakat TCK'daki "ruhsal bütünlük" ibaresini, 1948 BM Sözleşmesi ve Roma Statüsü'ne özdeş şekilde, "zihinsel" olarak anlamak gerekecektir.

b. "***Grubun tamamen ya da kısmen fiziksel açıdan imhasına yol açacağı öngörülen yaşam koşullarına kasten maruz bırakılması***" bakımından, uluslararası metinlerde yer verilen tanımda yer alan "**calculated to**" (öngörülen) ibaresi TCK'da yer almamaktadır. Ne var ki, TCK m. 21/1 gereği "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.". Bu bakımdan, TCK açısından da fail, yaşam koşullarının yukarıda belirtilen niteliğini bilmeli ve buna bağlı yok olma sonucunu istemelidir.

c. "***Grup içinde doğumları engellemeye yönelik tedbirlerin dayatılması***" açısından, TCK'da "***Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması***" denilse de, elbette bu tedbirlerin zorla dayatılması aranacaktır. Ancak doğumlara engel olmak şeklinde bir neticenin elde

edilebilmiş olması aranmamaktadır[354]. Bu nedenle, TCK Tasarısında yer verilen "***Doğumların zorla engellenmesi***" ibarelerinin kanunlaşmaması isabetli olmuştur. Aksi taktirde, bu tür tedbirlerin alınması, fakat neticenin elde edilememesi durumunda, TCK'ya göre suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söylemek gerekecekti.

d. En önemli sorun, TCK m.76'da yer verilen "bir planın icrası suretiyle" ibaresidir. Gerçekten, uluslararası literatürde suçun "planlı" ya da "sistemli" bir şekilde işlenmesinin suçun unsuru olup olmadığı tartışılmaktadır.

(i) EYUCM İstinaf Dairesinin 19.4.2004 tarihli Krstic kararında (para. 224), Soykırım Sözleşmesi ve örfi uluslararası hukuk bakımından, saldırının planlı olması ya da geniş veyahut sistematik bir saldırının parçası olması unsurlarının aranmadığı tespit edilmiştir. Keza, Darfur olaylarına dair, Uluslararası Araştırma Komisyonu'nca BM Genel Sekreteri'ne sunulan raporda da, bir planın yokluğunda dahi, bireylerin soykırımdan sorumlu tutulabileceği görüşüne yer verilmiştir[355].

(ii) Buna karşılık, Roma Statüsü bakımından, Elements of Crimes'a bakılırsa, soykırım suçunun maddî unsurunu teşkil eden hareketlerin belirli bir bağlamda işlenmesi durumunda bu suçtan bahsedilebileceği görülmektedir. Buna göre, söz konusu davranış, o gruba yönelik benzer davranışlardan oluşan aşikâr bir kalıp bağlamında gerçekleşmelidir (***the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group***…) ya da davranışın bizzat kendisi böyle bir yıkıma yol açabilmelidir (…***or was conduct that could itself effect such destruction***). İlk cümleyle ifade edilmeye çalışılan, soykırım teşkil edebilecek fiillerin belirli bir bağlamda, bir bütünün parçası olarak işlenmesi, önceden tasarlanmış belirli bir plân çerçevesinde işlenmesidir.

(iii) Kaldı ki, uygulamada, planlama unsuru olmaksızın soykırım suçunun işlenmesi fiilen mümkün gözükmediği gibi, soykırım kastının ispatı açısından da, saldırının planlanmış olmasının önemi büyüktür. Bu bakımdan YTCK'nın, fiilin "herhangi bir planın icrası suretiyle" işlenmesini öngörerek suçun uygulama alanını daralttığı yönündeki görüşe pratik yönden katılmıyoruz. Zaten bu unsur da Roma Statüsü ile uyumlu gözükmektedir.

e. 1948 Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü'ne göre, soykırımda bulunmaya doğrudan ve açıkça tahrik etmek ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. YTCK m. 76'da, bu konuda özel bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte böyle bir durumda suç işlemeye tahrik suçune ele alan genel hükme başvurarak (YTCK m. 214) failin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Fakat m. 214'ün temel halinde öngörülen cezanın, özellikle alt sınırının nispeten hafif olduğu (6 ay) belirtilmelidir. Bu konuda TCK m. 76'ya özel bir hüküm eklenmesi isabetli olacaktır.

4. Roma Statüsü m. 7'deki insanlığa karşı suçlar ile TCK m. 77 kıyaslandığında; ulusal düzenlememizin Roma Statüsü gereklerinin gerisinde kaldığı görülmektedir. Detaylı bir inceleme yapılırsa, şu konular sorun arz edebilir:

a. YTCK'da fiillerin "***siyasal, felsefi, ırki veya dinsel saiklerle***" işlenebileceği öngörülerek, suçun oluşması ayrımcı bir niyetin (***discriminatory animus***) varlığına bağlanarak, soykırım suçunda olduğu gibi özel kast aranmıştır. Oysa uluslararası hukukta genel olarak kabul gören ve Roma Statüsüne yansıyan anlayış, bu suçun genel kastla işlenebileceği yönündedir. Bu durumda, Türkiye Roma Statüsü'ne taraf olursa ne olacaktır? Burada iki ihtimal vardır.

(i) İlk ihtimal, Anayasa m. 90/son hükmünün devreye girmesidir. Statü Türkiye açısından yürürlüğe girdiği zaman, ulusal kanun hükümlerimize nazaran üstün olacaktır. O halde, bu durumda Roma Statüsü'ndeki tanım esas alınacaktır.

(ii) Kanaatimizce, bu yöndeki görüşün doğru olmayacağını, Statü'nün amacı ve niteliği doğrultusunda, yukarıda açıklamıştık. İşte bu durumda, şu ihtimal ortaya çıkacaktır: YTCK m. 77'de öngörülen özel kast somut olayda tespit edilemediği için, sanığın adi suçlar çerçevesinde yargılanması. Bu durumu, yukarıda çeşitli vesilelerle değerlendirmiştik. Böyle bir ihtimalin UCH'nun amacı ve suç genel teorisi açısından uygun olmadığını tekrarlayalım. Fakat, sanığın, yine de fiilinin

354 ***Değirmenci,*** TBBD 2007, s. 92.
355 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005, para. 520.

ağırlığına (gravity of the act) ve manevi sorumluluğuna (moral responsibility) uygun ve mütenasip (appropriate/proportional) bir cezaya çarptırılması durumunda, tamamlayıcılık ilkesi açısından sorun çıkmaması gerektiğini düşünüyoruz. Yine de, en doğrusu, TCK m. 77'de değişiklik yapılarak, suç tanımından "***siyasal, felsefi, ırki veya dinsel saiklerle***" ibarelerinin çıkarılmasıdır.

b. Roma Statüsü bakımından, bu fiiller sivil nüfusa karşı yöneltilmiş saldırının bir parçası olarak işlenmelidir. O halde, suçun mağduru "sivil nüfus"tur. TCK m. 77'ye göreyse, belirli fiillerin "toplumun bir kesimine karşı" işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur. Oysa, TBMM Adalet Komisyonu Tasarısına göre, "nüfusun sivil bir grubuna karşı" belirli fiillerin işlenmesinden söz edilmekteydi. TBMM'deki değişikliğin gerekçesi olarak "***madde metninin ilgili uluslararası sözleşmelerle uyumunun sağlanması***" gösterildiğine göre, bu değişikliğin uluslararası antlaşmalarda öngörülen mağdur kategorisinden farklı bir kavram ifade etmeye çalıştığı biçiminde yorumlanması mümkün değildir. Bu nedenle, suçun mağduru olabilecek kimseler kategorisini, uluslararası örfi hukuktaki anlayışa uygun olarak değerlendirmek gerekir. O halde, buradaki ibareyi, aynen Roma Statüsü'nde olduğu gibi, "sivil nüfus" olarak değerlendirmek gerekecektir. Kanunda bir değişikliğe gitmeden, yorum yoluyla bu sorun aşılabilir.

c. YTCK'da daha sonra sayılan fiillerin "***bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi***" aranmıştır. Roma Statüsü ve hatta Yugoslavya, Ruanda ve Sierra Leone Mahkemeleri bakımından ise, "***yaygın veya sistematik bir saldırı***" aranmıştır. Görüldüğü gibi, YTCK'da, yalnızca sistematik olma ölçütü ele alınmıştır.

d. YTCK bakımından, insanlığa karşı suçun maddi unsurunu oluşturabilecek davranışların sayısı daha sınırlıdır.

(i) Ulusal ceza hukukumuzda suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi özgürlüğünden yoksun kılma, bilimsel deneylere tabi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme olarak sayılmıştır. Oysa Roma Statüsünde, topyekun imha, nüfusun zorla nakli, kişilerin zorla kaybedilmesi, zulmetmek (***persecution***), ırk ayrımcılığı, cinsel kölelik gibi davranışlar da sayılmıştır. YTCK'da, bu davranışlar ayrıca suç olarak düzenlenmediği için, bizdeki düzenleme açısından böyle bir gönderme yapılması da mümkün olamamıştır.

(ii) YTCK m. 77 kapsamında sayılan fiiller, genellikle daha sonraki hükümlerde tanımlanmıştır. Buna karşılık, köleleştirme ve zorla hamile bırakma TCK'da bağımsız suç olarak tanımlanmamıştır. Bu davranışların Roma Statüsü'ne uygun olarak anlaşılması gerekecektir. Yine de, ileride bir UCD Kanunu yapılırsa, burada yer alacak tanımda, ya da böyle bir kanun yapılmayacaksa, TCK m. 77'de yapılacak değişiklikle, Statü'deki anlayışı yansıtan bir tanımın kanuna açıkça dahil edilmesinde fayda vardır.

(iii) Roma Statüsüne göre "işkence" sanığın gözetimi ya da kontrolü altında bulunan bir kimseyi, ister fiziksel ister zihinsel olsun, ağır acı ya da ızdıraba kasten tabi tutmasıdır (m. 7/2-e). TCK m. 94 (işkence) ve 96 (eziyet) açısından, madde gerekçelerine göre, "***bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler***". Oysa, Roma Statüsü açısından böyle bir unsur aranmamaktadır. Kanaatimizce, TCK açısından da, gerekçede yer verilen bu açıklamalar dayanaksızdır ve belirtilen bu hususlar suçun unsuru değildir. Fakat bu konuda henüz Yargıtay içtihadı yoktur. Şayet, sistematik olma/ belli bir süreç içinde işlenme gibi kıstaslar suçun unsuru olarak kabul edilecek olursa, TCK'nın tanımı Roma Statüsünün gerisinde kalacaktır. Bu durumda, fiziksel bütünlüğe yönelik fiilleri zaten "kasten yaralama" çerçevesinde değerlendirip, yine de insanlığa karşı suç saymak mümkün olabilecektir. Fakat, ruhsal bütünlüğe yönelik olup da, sistematik olmayan fiilleri m. 77 çerçevesinde ele almak mümkün gözükmemektedir.

(iv) Topyekun imha, nüfusun zorla nakli kişilerin zorla kaybedilmesi, zulmetmek (***persecution***), ırk ayrımcılığı ve cinsel köleliğe TCK m. 77'de yer verilmemiştir. Bu durumda, bu davranış türlerinden bazılarını, m. 77'de sayılan diğer fiiller içerisine sokarak, insanlığa karşı suç kapsamında cezalandırmak mümkün olabilir. Dolayısıyla, m. 77'de açıkça sayılmasa da; nüfusun zorla nakli, kişilerin zorla kaybedilmesi, zulmetmek (***persecution***), ırk ayrımcılığı, ve cinsel kölelik nitelikli davranışları, maddede sayılan diğer kategorilerden birine dahil etmek suretiyle, insanlığa karşı suç çerçevesinde cezalandırmak, teorik olarak, mümkündür. Ne var ki, uygulamanın bu yönde olacağının bir garantisi olamaz. Bu bakımdan, m. 77'de açıkça sayılmayan fiillerin, insanlığa karşı suç kapsamında değil de, TCK'da düzenlenen diğer adi suçlar (ordinary crimes) çerçevesinde cezalandırılması ihtimali de mevcuttur. Bu durumda, aslında "uluslararası suç" teşkil eden bir davranışını "adi suç" olarak nitelendirilmesi ve yargılamanın bu doğrultuda yapılması söz konusudur. Bu hususa yukarıda değinmiştik.

e. Roma Statüsü, ***sistematik veya yaygın bir saldırı*** çerçevesinde işlenen fiilleri insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiştir. TCK'da ise belirli fiillerin "***bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi***"nden söz edilmiştir.

(i) TCK'da sistematik olma unsuruna yer verilirken, bu sefer de saldırının "geniş çaplı/yaygın" olması şeklindeki, alternatif diğer unsura yer verilmemiştir. Aslında, sistematik bir saldırı hemen her zaman birden çok mağdurun varlığını gerektirdiğinden, Roma Statüsünde uygulama alanını genişletmek için alternatif olarak yer alan "***yaygın/geniş çaplı"*** ibaresinin TCK'da bulunmaması uygulamada bir soruna yol açmayabilir. Ancak, su şebekesine zehir katmak gibi bir örnekte, fiil bir çok mağduru hedef almakla birlikte, bunun "sistematik" olup olmadığı tartışılabilir[356]. Bu nedenle, TCK m. 77'de, "sistemli" kelimesinden sonra gelmek üzere, "veya yaygın ya da geniş çaplı" ibarelerine yer verilmesinde fayda vardır.

(ii) Yaygın veya sistematik bir saldırı çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması kaydıyla, her bir failin kendisi tarafından gerçekleştirilen münferit eylemlerin de ayrıca bu nitelikte olması gerekmez. Bu kıstas açısından TCK'nın metni sorunludur. Zira, "**aşağıdaki fiillerin**, siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı **bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi**, insanlığa karşı suç oluşturur" denilmektedir. Görüldüğü gibi, sanki maddede sayılan davranışların da taammüden ve sistemli olarak işlenmesi aranmış gibi durmaktadır. Fakat, ulusal mahkemelerimizin bu kıstası uluslararası ceza hukukunun yerleşmiş çerçevesi dahilinde, yukarıda ele aldığımız şekilde yorumlaması beklenebilir.

5. Roma Statüsü m. 8'deki savaş suçları ile ulusal mevzuatımız kıyaslandığında; iç hukuk düzenlemelerimizin Roma Statüsü gereklerinin çok gerisinde kaldığı görülmektedir.

a. TCK'da savaş suçlarına yer verilmediği gibi, Askeri Ceza Kanunu m. 122-127 arasında da, malvarlığına karşı işlenen çok sınırlı sayıda bazı suçlara yer verilmiştir. Kaldı ki, bu hükümler dahi teknik anlamda "savaş suçu" olarak düzenlenmemiştir; savaş durumunda işlenen bazı fiiller "askeri suç" olarak cezalandırılmaktadır.

b. Türkiye, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine taraftır. Söz konusu antlaşmalar devletlere yönelik genel bazı yükümlülükler getirmektedir, fakat günümüze dek gerekli cezai hükümlerin yürürlüğe konması konusunda TBMM tarafından gereği yapılmamıştır. Anayasa m. 90/son gereği, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümleri kanun gibi bağlayıcı olup, normlar hiyerarşisi açısından kanundan üstün olsa da, söz konusu hükümler devletlere hitaben kaleme açınmıştır. Bu nedenle de, doğrudan uygulanabilir (self-executive) nitelikte değildir; kişisel cezai sorumluluğa temel teşkil edebilecek şekilde, kanunilik ilkesinin gerektirdiği belirliliğe sahip değildir. Savaş suçlarının mevzuatımızda düzenlenmesi konusunda TBMM bünyesinde yapılan bir çalışma da mevcut değildir.

c. Bu durumda, Türkiye'nin yargı yetkisi dahilinde bir savaş suçunun işlenmesi durumunda, bu fiillerin savaş suçu kapsamında nitelendirilip yargılanması mümkün olmayacak; Askeri Ceza Kanunumuzdaki sınırlı hükümlere veyahut burada hüküm olmaması durumunda, YTCK'daki adi suç tiplerine göre yargılama yapılacaktır.

d. İleride Roma Statüsüne taraf olmamız durumunda da, yukarıda izah ettiğimiz üzere, bu Statüdeki tanımların, en azından bir kısmının, Anayasa m. 90/son gereği iç hukukta doğrudan uygulanabilir hale gelmesi söz konusu olmayacaktır.

e. O halde, savaş suçları konusunun ayrı bir düzenleme konusu yapılması gerekmektedir. Bu yapılana dek, Roma Statüsüne göre savaş suçu teşkil eden bir fiilin maddi unsurlarına bakıp, bunların TCK ve As.CK'da düzenlenen adi suçların tanımıyla örtüştüğü ölçüde, söz konusu kanun hükümlerine göre cezalandırılması mümkün olacaktır.

f. Bu durumda, fiilin haksızlık içeriğine uygun ve adil bir cezanın verilmesi durumunda, tamamlayıcılık ilkesi açısından sorun çıkmayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte, bazı durumlarda, uygulanabilecek ceza hükmünde öngörülen cezanın sınırı oldukça düşüktür. Bu tür durumlarda, tamamlayıcılık ilkesi açısından daha sorunlu bir mesele olduğu bir gerçektir.

356 Nitekim öğretide, her yaygın saldırının sistematik olmayabileceği vurgulanmaktadır, bkz. ***Ateş Ekşi,*** s. 120.

6. Buna karşılık, Roma Statüsü'nde yer alan bazı savaş suçlarının ulusal ceza hukukumuza göre hiç bir suç tanımına dahil edilmesi mümkün değildir. Bu tür fiiller açısından Türk Hukuk sistemi yargılama yapmaya "gerçekten muktedir" (unable genuinely) olmadığından, tamamlayıcılık ilkesi gereği, UCD devreye girebilecektir. Özellikle de, üstün sorumluluğu (doctrine of superior responsibility – Statü m. 28) ve amirin emrini ifa (superior orders- Statü m. 33) gibi düzenlemeleri ulusal hukukta hayata geçirebilmek için, savaş suçlarının ayrıca ve özel olarak düzenlenmesi gerekecektir.

7. Bu nedenle, Roma Statüsü m. 8'de yasaklanan her bir davranış tipini dikkate alan, bağımsız ve özel bir düzenleme yapılmasında fayda vardır. Bu nedenle, Askeri Ceza Kanunu'na eklenecek "savaş suçları" başlıklı özel bir bölümde ya da TCK'nın "uluslararası suçlar" bölümüne yapılacak bir eklemeyle ya da, en iyisi, ayrı bir UCD Kanunu'nda Roma Statüsü m. 8'de yer alan suçlara yer verilmesi gereklidir.

8. Roma Statüsü'ne göre, UCD'nin yargı yetkisine giren suçlardan biri de saldırı suçudur (m. 5/1). Fakat Roma Konferansında saldırının tanımı üzerinde uzlaşıya varmak mümkün olmamıştır. Statü'nün m. 5/2 hükmüne göre, Divanın bu suç hakkında yargılama yapabilmesi, bu fiilin tanımının yapılması, hangi koşullar altında yargılama yetkisinin doğacağının saptanması ve bütün bunların Statüye dahil edilmesinden sonra mümkün olabilecektir (m. 5/2). Henüz bu tanım Taraf Devletler Meclisi tarafından kabul edilmediği için, saldırı fiillerinin UCD tarafından yargılanması şu anda mümkün değildir.

9. Türk hukukunda saldırı suçunun bir tanımı yoktur. Diğer bir deyişle, böyle bir suç tipi hukukumuzda yoktur. Bu konuda ulusal alanda bir tanım yapmadan önce, UCH alanındaki gelişmeleri beklemek doğru olacaktır.

D. CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. Kanunilik ilkesi açısından (Statü m. 22, 23, 24); ulusal hukukumuzda yapılması gereken bir değişiklik yoktur. Sanık haklarının korunması bakımından; Statü m. 22/2'deki yorum ilkeleri, Statü m. 24'teki cezaların kanuniliği ilkesi, Statü m. 24/2'deki lehe kuralın geçmiş yürümesi ilkesi açısından Türk Hukuku Roma Statüsü'nün öngördüğünden daha fazla bir himaye sağlamaktadır. Fakat bu durum Türk Hukuku açısından Statü ile uyum sağlamak açısından değişiklik yapılmasını gerektirmez; aksine, Statü'nün Türk Hukuku standartlarının gerisinde kaldığını gösterir. Bu da, olsa olsa, Statü'yü onaylamak açısından Türkiye'nin dikkate almasını gerektirecek bir tereddüt oluşturabilir.

2. Statü m. 20/2 hükmüne göre: "***Hiç kimse, 5. maddede belirtilen ve Divan tarafından zaten mahkum edildiği ya da suçsuz bulunduğu bir suçtan ötürü bir başka mahkeme tarafından yargılanamaz.***" Demek ki, UCD tarafından yargılanan bir kimsenin, ulusal mahkemelerimizce tekrar yargılanması mümkün değildir. Oysa, TCK m. 9'a göre "***Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse Türkiye'de yeniden yargılanır***". Görüldüğü gibi, TCK m. 9'da yabancı ülke mahkemesinin kararına ***ne bis in idem*** etkisi tanınmamıştır. Fakat, Anayasa m. 90/son hükmü gereği; Statüsü'nün bu hükmü TCK'ya göre normlar hiyerarşisinde daha üst değere sahip olacağından, UCD tarafından yargılanan kişinin tekrar Türkiye'de yargılanmaması gerekecektir. sonucuna varılabilir.

3. İştirak bakımından, Türk ceza hukuku sisteminde benimsenin "ikilik sistemi" Roma Statüsü'nde yer almamaktadır. Buna karşılık, şekli olarak bu ayrım yapılmamışsa da, Roma Statüsü "eşitlik sistemi"ni benimsememiştir. Diğer bir deyişle, suça katılımın önem derecesinde göre farklı sanıklara farklı ceza verilmesi mümkün ve gereklidir. Bu nedenle, iştirak hükümleri yönünden bir uyum sorunu olmayacaktır.

4. Statü m. 25 (3) (d) hükmünde yer alan Joint Criminal Enterprise müessesesi UCH'nun kendine has doktrinlerinden biridir ve ulusal hukukumuzda – diğer ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi – karşılığı yoktur. Statüye göre JCE sayılan durumları iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Bu da, ulusal ceza hukukunda JCE tipi bir kuruma yer verilmemiş olmasını sorun olmaktan çıkarmaktadır. Çünkü, suça katkısı tali/fer'i nitelikte olan belirli kimseleri fail ya da müşterek fail olarak değerlendirmek mümkün olmasa da, bu kişiler TCK uyarınca "yardım eden" sıfatıyla cezalandırılacaklardır. Bu da, çoğu örnekte yeterli cezayı sağlayacaktır.

5. Roma Statüsünün m. 25 (3) (e) hükmüne göre, sadece soykırım suçu açısından, başkalarını soykırım suçunu işlemeye doğrudan ve aleni olarak tahrik etmek, sorumluluğu gerektiren bağımsız bir davranıştır. Bu bakımdan, tahrikin sonucunda soykırım teşkil edebilecek bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi, aleni ve doğrudan tahrikte bulunan kimse cezalandırılacaktır. TCK'nın soykırım suçunu düzenleyen m. 76 hükmünde buna özel olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte böyle bir durumda suç işlemeye tahrik suçundan dolayı (YTCK m. 214) failin cezalandırılması yoluna gidilebilir.

6. Roma Statüsü'nün 27. maddesinde "resmi sıfatın önemsizliği" (*irrelevance of official capacity*) düzenlenmiştir.

   a. Buna göre, söz konusu Statü, resmi sıfata dayalı herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, tüm kişilere eşit olarak uygulanacaktır. Özellikle, Devlet ya da Hükümet Başkanı, Hükümet ya da meclis üyesi, seçilmiş temsilci veya hükümet görevlisi olarak resmi sıfata sahip olmak, bu Statü uyarınca doğacak ceza sorumluluğu için hiç bir şekilde muafiyet nedeni veya tek başına bir hafifletici neden oluşturamayacaktır (m. 27/1).

   b. Roma Statüsü m. 27/2 hükmü ile, bazı devlet görevlilerinin sahip olabileceği kişisel bağışıklığın UCD'ye karşı öne sürülebilmesi engellenmiştir. Roma Statüsüne taraf devletler, Divan nezdinde gerçekleşecek yargılamalar bakımından kendi vatandaşlarının sahip oldukları kişisel bağışıklıklardan feragat etmiş olmaktadırlar. Bunun da ötesinde, Statünün kapsamına giren suçlar bakımından, ne kendi vatandaşları ne de ülkelerinde görev yapacak diğer taraf devletlerin vatandaşları lehine, bu türden ayrıcalık ve bağışıklıklar tesis eden işlemler yapmamayı bundan böyle üstlenmiş olmaktadırlar.

   c. Yürürlükteki 1982 Anayasasının 105/3. maddesi bu kurala aykırılık oluşturmaktadır. Bu hükme göre, vatana ihanet suçu dışında, Cumhurbaşkanı'nın görev suçlarından ötürü cezai sorumluluğu yoktur. Bu kural anayasal nitelikte olduğundan, Roma Statüsü onaylandığında bile, Statü m. 27 hükmü, bu kuralın altında yer alacaktır. O halde, Anayasa m. 105 değiştirilmedikçe, Cumhurbaşkanının Türkiye'de yargılanması mümkün olmadığından, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD'nin devreye girmesi gerekecektir. Bu konuda en iyi alternatif, Roma Statüsü kapsamına giren uluslararası suçlar açısından sorumsuzluğun söz konusu olmadığının belirtilmesidir. Örneğin, Anayasa m. 38'de yapıldığı gibi, m. 105'teki sorumsuzluk hükmüne bir cümle ekleyerek, "UCD'yi kuran Roma Statüsü'ne taraf olmaktan doğan yükümlülükler müstesnadır" denilebilir. Fakat bu hükmün işlevsel olabilmesi açısından, Türk Hukukunda hiç bir şekilde cezalandırılması mümkün olmayan bazı savaş suçlarının da mevzuata dahil edilmesi gerekecektir.

   d. Öte yandan, ulusal mevzuatımıza göre devlet memurları özel soruşturma usullerinden faydalanmaktadır (Anayasa m. 129/son). Hatta, bazı memur kategorilerinin de kendilerine özgü düzenlemeleri vardır. Ne var ki, bu kimselerin mutlak sorumsuzlukları söz konusu olmadığı için, gerekli iznin alınarak yargılanmaları mümkündür. Buna karşılık, Anayasa m. 90/son gereği, ulusal kanunlarda öngörülen özel soruşturma usullerinin artık geçersiz hale geldiği öne sürülemez. Çünkü, Roma Statüsü m. 27 hükmü, Statü'ye taraf devletlere iç hukuklarında bu tür bağışıklıklar ya da özel yargılama usullerini kaldırma yükümlülüğü getirmemekte; sadece, UCD nezdinde bunların öne sürülemeyeceğini öngörmektedir. Bu bakımdan, ulusal hukukta öngörülen özel soruşturma rejimleri geçerliliğini koruyacaktır. Şayet, soruşturma izni verilmediği için yargılanmazlarsa, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD devreye girebilecektir.

   e. Anayasa m. 83 hükmü, milletvekilleri açısından bazı imtiyazlar tanınmıştır. Mutlak dokunulmazlık kapsamına giren davranışlarından ötürü, milletvekillerinin hiç bir şekilde yargılanması mümkün değildir (örneğin, soykırıma alenen ve doğrudan tahrik nitelikli sözler ya da insanlığa karşı suçları ya da savaş suçlarını teşvik eden söylemler). Keza, uygulamada nispi dokunulmazlığın da kaldırılması çok güç olmaktadır. O halde, en iyi çözüm, Roma Statüsüne giren bir suçu işlediği isnadı altında bulunan kimselerin iç hukuk uyarınca öngörülen dokunulmazlıklardan ve izne bağlı özel yargılama rejimlerinden faydalanamayacağını öngörmektir.

   f. Anayasa m. 148/3 gereği bazı yüksek devlet görevlileri görevleriyle ilgili suçlarından ötürü sadece Anayasa Mahkemesi nezdinde ("Yüce Dıvan" sıfatıyla) yargılanabileceklerdir. Burada da, "UCD'yi kuran Roma Statüsü'ne taraf olmaktan doğan yükümlülükler müstesnadır" denilerek, bu tür görevlilerin UCD tarafından yargılanabileceği yönünde hüküm getirmek uygun olacaktır.

7. Statü m. 28'de "üstün sorumluluğu doktrini"ne yer verilmiştir. Bu hükme göre; bir askeri amir, kendi etkin emri ve otoritesi ya da kontrolü altında hareket eden kuvvetlerin, Statü kapsamına giren suçları işlemekte olduğunu ya da işlemek üzere olduğunu biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen, fiillerin işlenmesini önlemek ya da bunları cezalandırmak ya da konuyu yetkili mercilere sevk etme konusunda yetkisi dahilindeki tüm gerekli ve makul önlemleri almazsa, sorumlu olur. Benzer sorumluluk sivil üstler açısından da, kısmen farklı koşullarla geçerlidir. Elbette, Türk ceza hukukunda böyle bir düzenleme yoktur. Bu durumda, TCK'nın genel ilkeleri doğrultusunda hareket edilecektir. Buna göre;

a. Belirli bir suçu önleme görevi olan bir üst, işlenmekte olan ya da işlenmek üzere olan suçların varlığını bilmesine rağmen, kasıtlı olarak bunları engellemekte ihmal gösterirse, bunu faillik kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu bakımdan, bu ilk ihtimal açısından ulusal hukukumuz zaten gerekli cezalandırmayı sağlamaktadır.

b. İkinci ihtimalde ise, sivil ya da askeri üst, denetim görevini ihmal ettiği için astları tarafından işlenmek üzere olan ya da işlenmekte olan suçların varlığını bilmemektedir. Roma Statüsü'ne gore, görevinin gerektirdiği özeni göstermiş olsaydı, söz konusu suçların varlığını öğrenecek olan üst açısından Statü m. 28 hükmü uygulanacaktır. Ulusal hukukta ise, bu konumdaki faili işlenen ilgili suçlardan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Çünkü, ihmal suretiyle icrai suçlar sadece kasten işlenebilir. Oysa burada amirin kastı sadece görevini ihmal etmek yönündendir, meydana gelen netice konusunda ise kastı yoktur, çünkü bu suçların varlığını bilmemektedir. O halde, üstü sadece denetim ve gözetim görevini ihmal etmesinden ötürü sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Türk Hukuku bakımından da, bu durum "görevi kötüye kullanma" suçunu düzenleyen TCK'nın 257/2. maddesine girecektir. Ne var ki;

   (i) Bu hüküm sadece "kamu görevlileri" açısından uygulanabilecek, sivil üstler açısından ise uygulanamayacaktır.

   (ii) Cezanın alt sınırı sadece altı ay olduğundan, verilen cezanın paraya çevrilmesi, ertelenmesi gibi seçenek tedbirlere başvurulması mümkün olacaktır.

   (iii) Denetim görevinin taksirle ihmali durumunda ceza verilemeyecektir.

c. Üçüncü ihtimal ise, astlar tarafından işlenmekte ya da işlenmek üzere olan suçları önlemeyi başaramayan ya da bu suçların işlenmesinden sonra durumdan haberdar olan) üstün, failleri cezalandırmak için gerekli önlemleri almamasıdır.

   (i) Buradaki ilk alt ihtimal, yine TCK m. 257/2'nin uygulanmasıdır. Yukarıdaki değerlendirmeler burada da geçerlidir.

   (ii) İkinci alt ihtimal ise, TCK m. 278 (suçu bildirmeme) ve 279 (kamu görevlisinin suçu bildirmemesi) hükümlerini uygulamaktır. İlk hükmü sivillere, ikincisi ise kamu görevlilerine uygulanır. Fakat burada da bir eksiklik vardır: TCK m. 278 uyarınca, sona ermiş olan ve neticeleri de artık sınırlandırılamayan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi durumunda sorumluluk doğmayacaktır. Bu da sorun yaratabilir, çünkü uluslararası suçlardan ötürü sorumluluğun dayanağı olabilecek ulusal hükümlerin kapsamı daha dar olduğu için, Roma Statüsü'ne göre cezalandırılması gereken bir davranış ulusal hukuka göre cezasız bırakılmak zorundaysa, UCD devreye girebilir.

d. Neticede, burada da en doğru yaklaşım, yapılacak bir UCD Kanunu ya da Uluslararası Suçlara dair Kanun'da, Statü m. 28 hükmünü yansıtan açık bir düzenleme yapmaktır. Bu bakımdan; Roma Statüsü kapsamına giren suçlar konusunda, denetim yükümlülüğünün kasten ve taksirli ihmali açısından ve bildirme yükümlülüğünün ihmali açısından, hem sivilleri hem de askerleri kapsayan özel birer hüküm yaratılmalıdır.

8. Statü'nün 29. maddesine göre, Statü kapsamına giren suçlar açısından zamanaşımı hükümleri uygulanmayacaktır. TCK m. 76/4'te soykırım suçu açısından, TCK m. 77/4'te ise insanlığa karşı suçlar bakımından, zamanaşımı kurallarının uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Ne var ki, savaş suçları açısından özel düzenleme söz konusu olmadığı için, Statüye göre m. 8 kapsamına giren davranışlar ulusal hukukumuzda, mümkün olduğu ölçüde, adi, suçlar çerçevesinde ele alınıp cezalandırılacaktır. Bu suçlar açısından da, TCK m. 66 vd.ndaki zamanaşımı kurallarının uygulanması gerekecektir. TCK'da öngörülen zamanaşımı süreleri oldukça uzundur. Fakat yine de, Statü'ye göre savaş suçu oluşturan bazı fiillerin zamanaşımına uğradığı için yargılanamaması mümkündür. O halde, savaş suçuna dair özel düzenlemeler yapılmalı, bu suçlar açısından zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı da, ya TCK m. 66 vd. hükümlerine yapılacak eklemeyle, ya da söz konusu özel düzenlemede, açıkça belirtilmelidir.

9. UCD Statüsü m. 31 (1) (a)'ya göre; fiilin işlendiği zamanda, failin davranışının hukuka aykırılığını ya da niteliğini idrak edebilme veyahut davranışlarını hukukun gereklerine uyacak biçimde kontrol edebilme yeteneğini yok eden bir akıl hastalığına ya da özüre sahip olması halinde, cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Dikkat edilmesi gereken nokta, algılama veya irade yeteneğini tümüyle ortadan kaldıran ("yok eden") durumların

düzenlenmiş olmasıdır. Bu noktada TCK düzenlemesi farklıdır. TCK m. 32/1'e göre, işlediği fiil bakımından davranışlarını yönlendirme yeteneği "önemli derecede azalmış olan" kimseye ceza verilememektedir. Oysa, Roma Statüsü açısından cezasızlığın söz konusu olması için bu yeteneğin tümüyle ortadan kalkması gerekmektedir. Ne var ki, bu farklılık mühim değildir. Gerçekten, uluslararası suçları işlemekten ötürü en ağır sorumluluğa sahip kimseleri yargılamak üzere kurulmuş olan UCD'nin, "kısmi akıl hastası" denilebilecek bir kimsenin ulusal hukuka uygun olarak cezasız bırakılması sebebiyle devreye girmesini düşünmek pek mümkün değildir. Bu bakımdan, bu konuda TCK'da değişiklik yapmamak ya da, özel bir UCM Kanunu yapılacaksa, bu konuda istisnai bir özel hükme yer vermemek sorun yaratmayacaktır.

10. **Roma Statüsü'nün 33. maddesinde, "*üstün emri ve kanun hükmü*" başlığı altında, yetkili merciin emrinin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı açıkça düzenlenmiştir. TCK kapsamına giren suçlar açısından (soykırım ve insanlığa karşı suçlar), TCK m. 24 hükmü açıktır, konusu suç teşkil eden emiri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Ne var ki, Anayasa m. 137/son gereği, askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla öngörülen istisnalar saklıdır:**

    a. **Bu konuda da, Askeri Ceza Kanunu m. 41/2 ve f. 3 hükmüne göre, hizmete ilişkin olarak verilen ve konusu suç teşkil eden bir eylemden ötürü astın sorumlu tutulması için, şu iki koşuldan biri gerçekleşmelidir: ya ast, kendisine verilen emrin sınırlarını aşmalıdır ya da emrin suç amacını içeren bir fiile ilişkin olduğunu bilmelidir.**

    b. Görüldüğü gibi, burada Roma Statüsü ile bir uyumsuzluk vardır. Çünkü, Roma Statüsü'ne göre, soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından asla bu savunmaya dayanmak mümkün değildir. Savaş suçları açısından ise, As.CK., emrin açıkça hukuka aykırı olmaması koşulua yer vermemekte; sadece astın bu hukuka aykırılığı bilip bilmediğine bakmaktadır.

    c. Bu nedenle, As. CK. m. 41 hükmü değiştirilmeli ve Roma Statüsünü yansıtacak şekilde düzeltilmelidir. Ek bir fıkra ile, Roma Statüsü kapsamına giren suçlar açısından bir yollama yapılarak, soykırım ve insanlığa karşı suçların işlenmesi halinde emri yerine getirenin de sorumlu olacağı; savaş suçları açısından sorumluluktan kurtulmak içinse, emrin açıkça hukuka aykırı olmaması gerektiği koşuluna yer verilmelidir. Tabii, bunun mümkün olması için de, savaş suçları ayrıca düzenlenmelidir.

11. Roma Statüsü m. 31/1-c'de meşru savunmaya dair hüküm yer almaktadır. Ulusal hukukumuza göre mahkum olacak bir sanığın Statü hükmünden istifadeyle cezadan kurtulması mümkün olabilecektir. Gerçekten, savaş suçları açısından, belirli koşullarla malın korunması amacıyla işlenen suçlar Statü bakımından meşru savunma kapsamında görülmektedir. Fakat Statü'ye taraf olunması durumunda zaten UCD nezdindeki yargılamalar açısından böyle bir istisna uygulanabilecektir; buna karşılık, ulusal hukukta bu yönde bir istisnaya yer vermek yükümlülüğü yoktur. Bu yönde bir istisnaya yer verilmediği için, UCD nezdinde beraat edebilecek bir kimsenin ulusal yargılamada mahkum edilmesi de Statü'ye aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu bakımdan, bu konuda bir değişiklik yapmaya gerek yoktur.

12. Zorunluluk hali ve cebir Statü'de iç içe düzenlenmiştir (m. 31/1-d). TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk halinin varlığı için aranan koşullar ile Statünün bu hükmünün uygulanması için gerekli koşullar paraleldir. Önemli bir tartışma, örneğin soykırım yapmayı amaçlayan bir örgüte üye olan ya da etnik temizleme amacı güden bir para-militer gruba kendi arzusuyla katılan failin, bu örgüt çerçevesinde işlenen uluslararası suçlara katılmak zorunda kaldığını, aksi takdirde kendi hayatının tehlikeye gireceğini öne sürme imkanına sahip olup olmadığıdır. Uluslararası ceza hukukunun bu soruya yanıtı olumsuzdur. Aynı husus Türk ceza hukuku bakımından da geçerli olacaktır, çünkü TCK m. 25/2'de yer alan zorunluluk hükmünün uygulanabilmesi için, karşı konulan tehlikeye fail iradi olarak yol açmamış olmalıdır. Diğer bir deyişle, iradi olarak bir suç örgütüne katıldığı için suç işlemeye sevk edilen bir kimse, bunu yapmak zorunda bırakıldığını öne sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

13. EYUCM İstinaf Dairesinin 7.10.1997 tarihli ***Erdemović*** kararına göre, masum insanların kasten öldürülmesi biçimindeki savaş suçları ya da insanlığa karşı suçlar bakımından, cebir/tehdit altında hareket etmenin ceza sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldıramayacağı, bunun, ancak cezayı hafifleten bir durum olarak dikkate alınabileceği tespit edilmiştir. Fakat öğretide, bu içtihada rağmen, uluslararası örfi hukukta kasten öldürme yoluyla işlenen uluslararası suçlar bakımından bile, cebir/tehdidin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak öne sürülebileceği vurgulanmaktadır. Türk ceza hukuku bakımından da, YCTK m. 25/2 hükmünün kasten öldürmeler açısından da uygulanması mümkündür. Bu bakımdan, UCD içtihatları öğretideki görüş yönünde gelişirse, bir sorun olmayacaktır. Fakat EYUCM'un içtihadı tekrarlanırsa, Statü bakımından zorunluluk haline dayanamayacak kimselerin TCK m. 25/2'ye göre cezasız kalmaları söz konusu

olabilecektir. Şimdilik bu sınırlı ve spesifik konuya dair gelişmeleri beklemek gerektiğinden, mevzuatta bu yönden bir değişiklik düşünmeye gerek yoktur.

14. Roma Statüsünde yanılma, 32. maddede, "Fiili yanılma veya hukuksal yanılma" başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Hukukuna göre farklı nokta şudur: TCK m. 30/3'e göre, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen mimse cezalandırılamaz. Oysa, Statü bu tür bir hatadan faili yararlandırmamaktadır. Fakat suç genel teorisi doktrinine bağlı teknik sebeplerden kaynaklanan bu farklılık ulusal mevzuatta değişiklik yapılmasını gerektirecek önemde değildir.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Ankara 2004

Aksar, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, Ankara 2007

Aksar, Yusuf, Nüremberg'den Günümüz Uluslararası Ceza Yargısı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne…, Hukuk ve Adalet, Yıl 1, Sayı 1

Aksar, Yusuf, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış, UHP, Yıl 1, Sayı 3, 2005

Akün, Verda Neslihan, Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu, MHB, Yıl 24, 2004

Alonzo-Maizlish, David, In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the 'Quantitative Criterion', New York University Law Review, Vol. 77, November 2002

Alpkaya, Gökçen; Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2002

Ambos, Kai/ ***Wirth,*** Steffen; The Current Law of Crimes Against Humanity (An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000), Criminal Law Forum, Vol. 13, 2002

Ambos, Kai; General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, Criminal Law Forum, Vol. 10, 1999

Arslan, Esat, 1915 Yılı Olaylarının Soykırım Suçu ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni Türk Ceza Yasasında Yapılan Hatalar, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: I, No. 4, 2005

Askin, D. Kelly; Crimes Within The Jurisdiction of the International Criminal Court, Criminal Law Forum, Vol. 10, 1999

Aslan, M. Yasin, Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri, AÜHFD, Cilt 56, Sayı 4, 2007

Aslan, Muzaffer Yasin; Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Ankara 2006

Ateş Ekşi, Canan; Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Ankara 2004

Aydın, Devrim; Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi, AÜHFD, Cilt 51, Sayı 4, 2002

Azarkan, Ezeli, Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 3, 2003

Azarkan, Ezeli; Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, İstanbul 2003

Bantekas, Ilias/***Nash,*** Susan, International Criminal Law, Third Edition, Routledge-Cavendish, 2007

Barker, Craig J., The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet, ICLQ, Vol. 48, October 1999

Barrat, Olivier, "***Ratification and Adaptation: The French Perspective***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), Transnational Publishers, 2005

Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2003

Bassiouni, M. Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, Law and Contemporary Problems, Vol. 59, No. 4, Autumn, 1996

Bassiouni, M. Cherif/ ***Manikas***, P., The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Transnational Publishers, 1996

Bassiouni, M. Cherif; Explanatory Note on the ICC Statute, International Review of Penal Law, 71ème année, 1er

et 2 ème trimestres 2000

Başak, Cengiz; Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, Ankara 2003

Başkaracaoğlu, Elif, Uluslararası Hukuk Işığında Yeni Türk Ceza Kanunundaki "İnsanlığa Karşı Suçlar" Tanımının Değerlendirilmesi, MHB, Yıl 24, 2004

Bayıllıoğlu, Uğur, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye, AÜHFD, Cilt 56, Sayı 1, 2007

Bayraktar, Köksal, Soykırım Suçu, Av.Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007

Bergsmo, Morten; The Jurisdictional Régime of the International Criminal Court (Part II, Articles 11-19), European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6, No. 4, 1998

Bohlander, Michael, Ne Bis in Idem, in: International Criminal Law, Vol. III, International Enforcement (ed. Bassiouni, M. Cherif), 3rd ed., The Netherlands, 2008

Broomhall, Bruce, International Justice and The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law, OUP, 2004

Broomhall, Bruce, The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation, ***in*** Nouvelles Études Pénales, 1999

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 7th ed., OUP, 2008

Carlson, S. Matthew, The International Criminal Court: Selected Considerations for Ratification and National Implementing Legislation, General Report, ***in*** Revue Internationale de Droit Penal, Vol. 72/3-4, 2001

Cassese, Antonio, International Criminal Law, 2nd ed., OUP, 2008

Cassese, Antonio, International Law, 2nd ed., OUP, 2005

Cassese, Antonio, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, EJIL, Vol. 10, 1999

Chesterman, Simon; An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 10, 2000

Clark, S. Roger; The Mental Element in International Criminal Law: the Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences, Criminal Law Forum, Vol. 12, 2002

Cryer, Robert / ***Friman***, Håkan/ ***Robinson***, Darryl / ***Wilmshurst***, Elizabeth; An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2007

Cryer, Robert, Prosecuting International Crimes Selectivity and the International Criminal Law Regime, Cambridge University Press, 2005

Cryer, Robert; The Boundaries of Liability in International Criminal Law, or 'Selectivity by Stealth'; Journal of Conflict and Security Law, Vol. 6, No. 1, 2001

Çınar, M. Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Çanakkale 2004

Daqun, Lil, in: The Oxford Companion to International Criminal Justice (editor-in-chief Cassese, Antonio), OUP, 2009

de la Cuesta, José Luis, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle "***Ne Bis In Idem***" – General Report, in: Revue Internationale de Droit Penal, Vol. 73/3-4, 2002

de Than, Claire /***Shorts***, Edwin; International Criminal Law and Human Rights, Sweet&Maxwell, London, 2003

Degan, Vladimir-Djuro; On the Sources of International Criminal Law, Chinese Journal of International Law, Vol. 4, No. 1, 2005

Değirmenci, Olgun, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu, TBBD, Sayı 70, 2007

Dembowski, Larry Charles, The International Criminal Court: Complementarity and Its Consequences, ***in*** Accountability for Atrocities National and International Responses (Jane E. Stromseth ed.), Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2003

Demirağ, Fahrettin, Uluslararası Ceza Divanı, Savaş Suçları – Saldırı Suçu, Mevzuatımıza Göre Savaş Hali, *in* Uluslararası Ceza Divanı (yayına hazırlayan Feridun Yenisey), İstanbul 2007

Dinstein, Yoram; Crimes Against Humanity After Tadić, Leiden Journal of International Law, Vol. 13, 2000

Dixon, Martin, Textbook on International Law, 6th ed., OUP, 2007

Dixon, Rodney; Article 7, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article/ Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-baden : Nomos Verl.-Ges., 1999

Elekdağ, Sevin, 13 Yıldır Beklenen Karar: Soykırım Sözleşmesi'ne Dayanılarak Uluslararası Adalet Divanı'nın Önüne Getirilen İlk Dava, Uluslararası Suçlar ve Tarih, Sayı 1, Yaz 2006

Ertuğrul, Ümmühan Elçin, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Kamu Hukuku Arşivi, Eylül 2007

Fenrick, J. William; Article 8, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article/ Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-baden : Nomos Verl.-Ges., 1999

Ferdinandusse, N.Ward, Direct Application of International Criminal Law in National Courts, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2006

Feyzioğlu, Metin, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu Yayınları, 2003

Fletcher, George P./ *Ohlin*, Jens David, Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case, Journal of International Criminal Justice, Vol. 3 No.3, July 2005

Fox, Hazel, The Pinochet Case No. 3, ICLQ, Vol. 48, July 1999

Frulli, Micaela; Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?, European Journal of International Law, Vol. 12, No. 2, 2001

Gavron, Jessica, Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51, January 2002

Green, C. Leslie; Criminal Responsibility of Individuals in Non-international Conflicts, in: GYIL 45 (2002), Berlin 2002

Güller, Nimet/*Zafer,* Hamide, Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı, Almanya 2006

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003

Hanna, Michael Wahid, An Historical Overview of National Prosecutions for International Crimes, in: International Criminal Law, Vol. III, International Enforcement (ed. Bassiouni, M. Cherif), 3rd ed., The Netherlands, 2008

Holmes, T. John; The Principle of Complementarity, in: The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, (ed. Lee, S. Roy), Kluwer Law International, The Hague, 1999

Karakaş, Işıl; Küreselleşmenin Hukuki Boyutu: İnsanlığa Karşı Suçlar ve Uluslararası Hukuk, Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Bahçeşehir Üni. S.B. Enstitüsü, Cilt I, Sayı 2, Mayıs 2000

Keith, M. F. Kirsten; The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001

Kittichaisaree, Kriangsak; International Criminal Law, Oxford University Press, 2001

Kleffner, Jann K., *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law,* Journal of International Criminal Justice, Vol.1, No.1, April 2003

Kocaoğlu, Sinan; Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2005, Sayı 3

Köybaşı, Serkan, Uluslararası İnsancıl Hukukta Canlı Kalkan Kavramı, Erdoğan TEZİÇ Armağanı, İstanbul 2007

Kreicker, Helmut (çev. *Turhan*, Faruk), Devletlerarası Ceza Hukukunun Ulusal Hukuk Düzenlerince İktibası Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Durum Tespiti ve Eleştirisel Değerlendirme, in: Uluslararası Ceza Divanı (ed. Yenisey), İstanbul 2007

Kress, Claus, The Darfur Report and Genocidal Intent, Journal of International Criminal Justice, Vol. 3. No.3, July 2005

Lee, Roy S., "*States' Responses: Issues and Solutions*", in: Roy S. Lee ed., States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2005

Lippman, Matthew, *in* International Criminal Law, Vol. I, Sources, Subjects, and Contents (ed. Bassiouni, M. Cherif), 3rd ed., The Netherlands, 2008

Mahmutoğlu, S. Fatih, Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008

Mettraux, Guénaël, International Crimes and the *Ad Hoc* Tribunals, OUP, 2005

Morris, Virginia Morris/*Scharf*, Michael, The International Criminal Tribunal for Rwanda, Vol. I, Transnational Publishers, New York, 1998

Müller-Schieke, Irina Kaye; Defining the Crime of Aggression Under the Statute of the International Criminal Court, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001

Nsereko, Daniel D. Ntanda; The International Criminal Court: Jurisdictional and Related Issues, Criminal Law Forum, Vol. 10, 1999

Nybondas, Maria; Civilian Superior Responsibility in the KordićCase, NILR, Vol. L, 2003

O'Reilly, Arthur Thomas; Command Responsibility: A Call To Realign Doctrine with Principles, American University International Law Review, Vol. 20, No. 1, 2004

Obote-Odora, Alex; Complicity in genocide as understood through the ICTR experiences, International Criminal Law Review, Vol. 22, 2002

Önok, R. Murat, 5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Uluslararası Suçlar, HvA, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005

Önok, R. Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003

Önok, R. Murat; Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini, UHP, Yıl 1, Sayı 3, 2005

*Önok,*R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006

Örf ve Adet Hukuku, International Review of the Red Cross, Vol. 87, No. 857, March 2005'ten ayrı Türkçe bası

Özbek/Doğan, in Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt 2 (Özel Hükümler- Madde 76-169), Ankara 2008

Özen, Mustafa, Türk Ceza Kanunu'na Göre İşkence Suçu, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008

Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2000

Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 7. Bası, Ankara, 2008

Quigley, John, Genocide Convention: An International Law Analysis, Ashgate Publishing, 2006

Robinson, Darryl; Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference, American Journal of International Law, Vol. 93, No. 1, January 1999

Sadat, Leila Nadya, The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2002

Saland, Per; International Criminal Law Principles, in: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague 1999

Scaliotti, Massimo; Defences before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility - Part 2, International Criminal Law Review, Vol. 2, 2002

Schabas, A. William, Article 6, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article/Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-baden: Nomos Verl.-Ges., 1999

Schabas, A. William, The *Jelisic* Case and the *Mens Rea* of the Crime of Genocide, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001

Schabas, A. William; An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001

Schabas, A. William; General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III), European Journal of Crime, Criminal Law and Justice, Vol. 6/4, 1998

Schabas, William A., Developments in the law of Genocide, Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 5, 2002

Schabas, William A., Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge University Press, 2000

Shaw, N. Malcolm, International Law, 6th ed., Cambridge UP, 2008

Simbeye, Yitiha, Immunity and International Criminal Law, Ashgate, 2004

Smidt, L. Michael, Yamashita [In Re Yamashita, 66 S. Ct. 340 (1946)], Medina [United States v. Medina, C.M. 427162 (1971)], and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations, Military Law Review, Vol. 164, Je 2000

Soygüt, Mualla Buket, Uluslararası İnsancıl Hukukta Geriye Atılan Bir Adım: Roma Statüsü'nün 8. Maddesinde Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar Bakımından Savaş Suçları, Erdoğan Teziç Armağanı, İstanbul 2007

Sözüer, Adem/*Erman*, R. Barış, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2000

Spieker, Heike; The International Criminal Court and Non-International Armed Conflicts, Leiden Journal of International Law, Vol. 13, 2000

Spinellis, Dionysios, The *Ne Bis In Idem* Principle in "Global" Instruments, in: Revue Internationale de Droit Penal, Vol. 73/3-4, 2002

Sunga, S. Lyal; The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5–10), European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6/4, 1998

Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 3. Baskı, İstanbul 2008

Şen, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2009

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006

Tallgren, Immi; Article 20, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article/ Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1999

Tellenbach, Silvia, Roma Statüsü Kabul Edilmeli Midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri, in: Uluslararası Ceza Divanı (ed. Yenisey), İstanbul 2007

Tezcan, Durmuş */Erdem,* Mustafa Ruhan/*Önok,* R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009

Tezcan, Durmuş, Uluslararası Adalet Divanı Açısından Uluslararası Adli Yardım, *in* Uluslararası Ceza Divanı (ed. Yenisey), İstanbul 2007

Tezcan, Durmuş; Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku, AÜSBF İlhan Öztrak'a Armağan, Cilt 49 Sayı 1–2, Ocak-Haziran 1994

Tezcan, Durmuş; Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000

Tomuschat, Christian, The Legacy of Nuremberg, Journal of International Criminal Justice, Vol. 4, No. 4, 2006

Topal, Ahmet Hamdi, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, İstanbul 2009

Töngür, Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul 2005

Triffterer, Otto; Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?, Leiden Journal of International Law, Vol. 15, 2002

Triffterer, Otto; Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001

Turhan, Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005

Turns, David, Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States, *in* The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues (Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004

Turns, David, Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States, *in* The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues (Dominic McGoldrick, Peter Rowe, Eric Donnelly eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004

Tütüncü, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, İstanbul 2006

Uzun, Elif*,* Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2003/2

Verbitsky, Jane, ***What should be the relationship between the International Criminal Court and the United Nations Security Council in the crime of aggression?***, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 4, No: 14, 2008

Verweij, Harry /*Groenleer*, Martijn, "***The Netherlands' Legislative Measures to Implement the ICC Statute***", in: States' Responses to Issues Arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (ed. Roy S. Lee), Transnational Publishers, 2005

von Hebel, Herman/*Robinson,* Darryl, Crimes within the Jurisdiction of the Court, in: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague 1999

Wallace, Rebecca M.M., International Law, 5th ed., Thomson Sweet&Maxwell, 2005

Werle, Gerhard (in cooperation with *Jessberger*, Florian/ *Burchards*, Wulf/ *Nerlich*, Volker/ *Cooper*, Belinda), Principles of International Criminal Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2005

Williams, A. Sharon; Article 17, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article/ Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-baden : Nomos Verl.-Ges., 1999

Wirth, Steffen, Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, Criminal Law Forum, Vol. 12, 2001

Yenisey, Feridun, Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller, *in* Uluslararası Ceza Divanı (ed. F. Yenisey), İstanbul 2007

Yenisey, Feridun, Uluslararası Ceza Divanı Kabul Edildiği Takdirde, "Türk Uyum Kanunu" Nasıl Düzenlenmelidir?, *in* Uluslararası Ceza Divanı (ed. F. Yenisey), İstanbul 2007

Yıldız, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007

Yılmaz, Alia; Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı, Beta, 2. Bası, İstanbul 2001

Zafer, Hamide, Ulusal Hukuk Sistemlerinin Roma Statüsü ile Uyumlaştırılması -Alman Modeli- MHFD, 2007/1

Zahar, Alexander /*Sluiter*, Göran; International Criminal Law, Oxford University Press, 2007

Zahar, Alexander; Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide, Leiden Journal of International Law, Vol. 14, 2001

Zimmermann, Andreas; Article 8, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article/ Otto Triffterer (ed.). – 1. Aufl. – Baden-baden : Nomos Verl.-Ges., 1999, margin no. 1

Zimmermann, Andreas; Role and Function of International Criminal Law in the International System After the Entry into Force of the Rome Statute of the International Criminal Court, in: GYIL 45 (2002), Berlin 2002

Zwanenburg, Marten; The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers Under Fire?, European Journal of International Law, Vol. 10, No. 1, 1999

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ KOALİSYONU (UCMK)

Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu'nun temelleri, 2003 yılında İnsan Hakları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu'nun 18–21 Eylül 2003 tarihleri arasında, Ankara'da ortaklaşa düzenledikleri ve güney ve Doğu Akdeniz ülkelerinde insan hakları mücadelesi veren sivil toplum kuruluşlarının katıldığı "11 Eylül ve Sonrasında İnsan Hakları ve İnsancıl Hukukun Askıya Alınması Girişimi" seminerinin ardından atıldı. Seminerin ardından hazırlanan Ankara Bildirgesinde katılımcılar, soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar ve savaş suçlarını ortadan kaldırmak ve bu suçların işlenmesini önlemek için bölgedeki ülkelerin hepsini Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statüsünün onaylanmasını hızlandırmaya, UCM uygulama mevzuatını iç hukuklarında benimsemeye davet ettiler.

Bu seminerin ardından, İnsan Hakları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi ve İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği, Türkiye'nin Roma Statüsüne taraf olmasını zorlayacak bir koalisyonunun oluşturulması konusunda ilk adımı attılar. Bu çerçevede İHD, TİHV, FIDH ve UCM için Uluslararası Koalisyon'un işbirliği ile Ankara'da 16–17 Haziran 2005 tarihlerinde geniş bir katılımla UCM için Türkiye Koalisyonu'nun güçlendirilmesine yönelik bir çalışma toplantısı gerçekleştirdiler. Bu toplantı, UCM için Türkiye Koalisyonu'nun kuruluşuna da vesile oldu.

17 Haziran 2005 tarihinde Diyarbakır Barosu, Helsinki Yurttaşlar Derneği, İnsan Hakları Derneği, İnsan Hakları Gündemi Derneği, İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı ve Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi ortak bir açıklama yaparak UCM için Türkiye Koalisyonu'nu kurduklarını ilan ettiler.

2005 yılından bu yana varlığını sürdüren ve üye sayısı 20'ye çıkan Koalisyon'un nihai hedefi, Türkiye'de ve dünyada soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının işlenmemesi, suçlara ve suçlulara yönelik etkin soruşturma ve kovuşturmanın sağlanması, cezasızlığın sona ermesi ve hukukun üstünlüğünün tam ve etkili bir biçimde sağlanması için Türkiye'nin UCM'yi kuran Roma Statüsü'ne taraf olmasını sağlamaktır.

Bu amaç çerçevesinde Koalisyon, Uluslararası Ceza Mahkemesinin soruşturma ve davalarını izlemekte, hükümetin UCM konusundaki yaklaşımını etkilemeye yönelik yayınlar ve toplantılar düzenlemekte, kamuoyu yaratmaya yönelik kampanyalar, bilgilendirme toplantıları gerçekleştirmektedir.

Koalisyona ilişkin ayrıntılı bilgi **http://www.ucmk.org.tr** adresinden elde edilebilir.

ISBN: 978-975-01033-4-6