

ULUSLARARASI ADALET DİVANI VE ULUSLARARASI AD HOC CEZA MAHKEMELERİ KARARLARINDA SOYKIRIM SUÇU

Dr. Verda Neslihan AKÜN*

Sayın Dekan, Sayın Hocam, Sevgili Meslektaşlarım ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sevgili Öğrencileri,

Öncelikle, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ve Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı davetlisi olarak *"Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Ermeni Meselesine İlişkin Değerlendirmeler Sempozyumu"*nda konuşmacı olarak yer almaktan büyük bir mutluluk duyduğumu belirtmek isterim. Sayın Dekan Prof. Dr. Serap Helvacı, Sayın Prof. Dr. Selami Kuran ve değerli meslektaşım Doç. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu'na nazik davetleri için teşekkürlerimi sunarım. Bu sempozyumda *"Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Ad Hoc Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu"* başlıklı tebliğimde soykırım suçunu iki ana alt başlık altında inceleyerek sizlere sunmaya çalışacağım. İlk bölümde soykırım suçunu, unsurlarına ayırarak 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin hükümleri ve bunları yorumlayan uluslararası *ad hoc* ceza mahkemelerinin¹ içtihatları ışığında anlatmaya çalıştıktan sonra, ikinci bölümde, sözleşmenin uygulanmasından ve yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkları çözmekle yetkili kılınan Uluslararası

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı. Bu tebliğin ilk bölümü yazarın "Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid" başlıklı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi yararlanılarak hazırlanmıştır. (Verda Neslihan AKÜN, Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.) Tebliğin tamamında, bilinçli bir ayrıma giderek, bireysel cezai sorumluluk kapsamı altında soykırım suçu ele alınırken "fiil" terimi, soykırım suçunun işlenmesinden dolayı devletin sorumluluğu incelenirken "eylem" terimi kullanılmıştır.

1 BM Şartı'nın 7. Bölüm yetkileri altında BM Güvenlik Konseyi'nin kararları ile kurulan bahsi geçecek *ad hoc* mahkemeler tam adlarıyla, "1991'den itibaren Eski Yugoslavya Ülkesinde İşlenen Uluslararası Ceza İhlallerinden Sorumlu Kişilerin Kovuşturulmasına İlişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi" (ICTY) ve "1 Ocak-31 Aralık 1994 tarihleri arasında Ruanda Ülkesinde ve Komşu Devlet Ülkelerinde Ruanda Vatandaşlarına İşlenen Ciddi İnsancıl Hukuk İhlalleri ve Soykırım Suçundan Sorumluların Kovuşturulması İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi"dir. Kuruluş kararları için bkz. UN Doc. S/Res/827 (1993) ve UN Doc. S/Res/955 (1994).

Adalet Divanı'nın devletin soykırım suçunun işlenmesinden doğan hukukî sorumluluğunu nasıl ele aldığını aktarmaya gayret edeceğim. Diğer bir ifade ile soykırım suçunu önce bireysel cezaî sorumluluk açısından, ardından, devletin hukukî sorumluluğu bakımından inceleyeceğim.

I. 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile Uluslararası *Ad Hoc* Ceza Mahkemeleri Kararları Işığında Soykırım Suçu

a. Tanım ve Korunan Gruplar

Soykırım suçu, ilk defa 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile hukuken tanımlanıp kabul edilmiştir. Sözleşmenin kabulünden kırk beş yıl yani neredeyse yarım asır sonra Batı'da dağılan Yugoslavya' da ve Afrika' da Ruanda' da soykırım suçunu işleyen ve diğer ağır insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştiren kişilerin yargılanması için BM Güvenlik Konseyi kararları neticesinde kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda *ad hoc* ceza mahkemeleri, soykırım suçunun yorumlanması hususunda çığır açıcı faaliyet göstermiştir. Ayrıca kuruluşlarını takip eden beş yılın sonunda genel yetkili bir uluslararası ceza mahkemesinin kuruluş statüsünde suçların tanımlanmasına ışık tutmuşlardır. Soykırım suçu bakımından, Ruanda ve Eski Yugoslavya Mahkemeleri Statülerinde ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde sözleşmedeki tanımlama hiçbir değişikliğe uğramadan kabul edilmiştir. 9 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu'nda kabul edilen bu sözleşme uyarınca, uluslararası hukuka göre suç olarak kabul edilen soykırım suçunu oluşturan fiiller şunlardır:

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

Bu suç fiillerinin işlendiği takdirde soykırım suçu olarak nitelendirilebilmesi için herhangi bir gruba karşı işlenmesi yeterli değildir. Bu fiiller sadece ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba karşı, bu grubu, tamamen veya kısmen, grup olarak imha etmek kastıyla işlendiği takdirde soykırım suçunu meydana getirecektir. Bu sayılan dört grup dışında kalan diğer gruplara bu fiillerin yöneltilmesi, suçu oluşturmayacaktır.

Ruanda Mahkemesi, suçun hangi gruplara karşı işlenmiş sayılacağını irdelerken, taraf devletlerin değişken nitelikteki grupları metne dahil etmedikleri sonucuna varmıştır.² Sözleşmede, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, grup olarak, yok etmek kastıyla işlenen fiillerin soykırım suçunu oluşturması için, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel grubun tamamıyla ortadan kaldırılması şartını aranmamıştır.³ Grubun kısmen yok edilmesi yahut bu sonuca yönelmiş fiiller yeterli görülmüştür.⁴ Ancak grubun hangi kısmının veya ne ölçüde bir kısmının imhası halinde, suçun işlenmiş olacağını Eski Yugoslavya Mahkemesi aydınlatmıştır. Mahkemeye göre, hem nitelik hem de nicelik itibarıyla grubun esaslı bir kısmına mensup kişilerin imhasına kast edilmiş olmalıdır.⁵ Ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba kısmen bile olsa imha kastıyla yaklaşıldığında, bu kısmın grup olarak imhası hedefleniyor olmalıdır.⁶

b. Suçun Maddi Unsuru (*Actus Reus*)

Sadece kurulma sebeplerini oluşturan vakalara yönelik kovuşturma ve yargılama yapan bu iki *ad hoc* mahkeme, suç fiillerinin içeriklerine yönelik önemli yorumlara gitmiştir. Uluslararası hukuka katkılarından en önemlilerinden biri, soykırım suç fiillerinin görünüm biçimlerini yorumlamalarıdır. Örneğin, “Grup üyelerinde ciddi bedensel ve zihinsel zarara sebep olma” suç fiili içinde, Ruanda Mahkemesi, cinsel şiddet ve tecavüz suçlarının ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun sadece kadınlarına yönelik olarak imha kastıyla işlenmesi durumunu “soykırım” olarak nitelendirmiştir.⁷ Grup olarak imha etme kastıyla, işkence, fiziksel ve psikolojik taciz, cinsel şiddet ve tecavüz, zalimâne veya gayrı insanî muamele; “grup üyelerinde ciddi bedensel ve zihinsel zarara sebep olma” suç fiiline girer.⁸ Ruanda Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında tecavüz, grubun kadınlarının başka grubun erkekleri tarafından kasten hamile bırakılmaları, cinsel sakatlamalar, zorla kısırlaştırma uygulamaları, zorla doğum kontrolü, kadın ve erkeklerin ayrılması ve evliliklerin yasaklanması, soykırım suçunu oluşturan fiillerden biri olan “grup içinde doğumları önlemeyecek tedbirlerin dayatılması” içerisinde de değerlendirilmektedir.⁹

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

3 Verda Neslihan AKÜN, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku’nda Soykırım Suçu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Bülteni (MHB)*, C.24, S.1-2, Prof.Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 2005, s.58.

4 *ibid.*

5 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Verda Neslihan AKÜN, *Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

6 *supra* n.3., s.57-58.

7 *supra* n.2.

8 *supra* n.3, s.61.

9 *supra* n.2, para.507. (Ayrıca bkz. Kayishema ve Ruzindana Davası, Rutaganda Davası ve Musema

“Grubun fiziksel varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebebiyet vermek üzere tasarlanmış yaşam koşullarına kasten maruz bırakma” şeklinde tezahür eden soykırım suçu fiilleri, makul barınma, giyim, hijyen ve tıbbi bakım imkânlarının noksan olduğu yahut haddinden fazla çalışma yada fiziksel eziyet altına sokma gibi yavaş bir ölüme öncülük edecek durumlardır.¹⁰ Başka bir deyişle grup, hayatta kalabilmek için gerekli asgari koşullarının altında yaşamak zorunda bırakılmaktadır.¹¹

“Grubun çocuklarının başka bir gruba zorla transferi” fiili ile amaçlanan, grubun çocuklarının ailelerinden ayrı, başka bir grubun içinde yetişmesi, ait oldukları grubun kültüründen, geleneklerinden ve yaşam alışkanlıklarından uzaklaştırılması, başka bir grubun kimliği benimseyerek yetişmeleridir.

c. Suçun Manevi Unsuru (*Mens Rea*)

Buraya kadar saydığımız açıkladığımız tüm suç fiilleri, soykırım suçunun maddi unsuru dahilinde yer almaktadır. Ancak, soykırım suçunu, pek çok suçtan ayıran, onu suçların suçu veya suçların babası olarak nitelendirilmesine yol açan en önemli özelliği, normal kastın ötesinde, özel bir kastın, “imha etme” kastının aranmasıdır. Suç faili veya failleri, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel gruba mensup kişilere, soykırım suçunu oluşturan suç fiillerini işlerken, bu kişileri, sırf o gruba mensup oldukları için, tamamen veya kısmen imha etme kastıyla hareket etmelidir. İmha etme kastının ispatı, suç faillerinin soykırım suçundan dolayı cezalandırılabilmelerinin olmazsa olmaz koşuludur. Ulusal, etnik, ırksal veya dinsel gruba mensup kişiler, tamamen veya kısmen imha edilme kastıyla bu suç fiillerine maruz kalmamış ise, soykırımdan dolayı değil, failler, başka suçlardan dolayı cezalandırılacaklardır. Eski Yugoslavya Mahkemesi, grup üyelerinin topluca katlini, grup üyelerinde ciddi bedensel ve zihinsel zarar oluşturan fiilleri, imha kastının ispat edilemediği durumlarda; bu fiillerin silahlı çatışma esnasında, sivil halka karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçasını oluşturduğu hallerde kök kazıma, zulüm gibi insanlık aleyhine suçlar için öngörülen cezalarla karşılaşmış, faillerin cezasız kalmasına mâni olmuştur. Soykırım suçunu, tüm diğer savaş suçları veya insanlık aleyhine suçlardan ayıran, imha kastı ile hedef alınan grubun gelecek kuşaklarının da varlığını ortadan kaldırılmasıdır.

Bu bölüm çerçevesinde, son olarak soykırım suçundan ötürü bireysel cezai sorumluluğun, sadece bu suçu işleyen asli failleri değil, aynı zamanda bu suça

Davaları, *infra* n.11)

10 *supra* n.3, s.62.

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

iştirak edenleri, yani, bu suçu işlemek için anlaşılanları, bu suçu işlemeye doğrudan ve aleni bir şekilde tahrik edenleri, teşebbüs edenleri ve bu suça ortaklık edenleri de kapsadığını belirtelim. Ruanda ve Eski Yugoslavya Mahkemeleri bu suça iştirak edenleri de kovuşturup cezalandırmıştır.

Buraya kadar uluslararası *ad hoc* mahkemelerin yorumları ışığında soykırım suçunu gözler önüne serdikten sonra, bu suçu işleyen faillerin fiillerinden dolayı devletlerin hangi şartlar altında sorumlu tutulduğuna geçmek istiyorum.

II. Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Devletlerin Soykırım Suçundan Dolayı Hukuki Sorumluluğu

a. Hukuka Aykırı Eylemin Varlığı

Şimdiye kadar uluslararası suçlardan dolayı bireylerin cezai sorumluluğu çerçevesinde soykırım suçunu inceledik. Bilindiği gibi, uluslararası hukukun asıl süjesi devletlerdir. Uluslararası teşkilatlara bile sınırlı bir kişilik tanınırken, bireylerin yani gerçek kişilerin ancak insan haklarının ihlali durumunda hak arama yollarını kullanırken ve savaş suçları, insanlık aleyhine suçlar, soykırım gibi “uluslararası suçlar”¹²olarak nitelenen fiilleri işlediklerinde ceza kovuşturması ve yargılaması ile bireysel cezai sorumluluk kapsamında uluslararası hukukta yer aldığı görülmektedir. Bu durumda, akla gelen soru şudur: Bireylerin işlediği fiillerden dolayı neden devlet sorumluluk altına girsin? Başka bir ifade ile uluslararası hukukun asıl süjesi devletin, soykırım suçunun işlenmesinden dolayı sorumluluğu var mıdır? Varsa bunun koşulları ve sınırları nelerdir? Şimdi bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile taraf devletler, bu suçu yalnızca tanımlayıp bir uluslararası hukuk suçu olduğunu teyid etmekle kalmamış, aynı zamanda, ilk maddesi ile soykırım suçunun işlenmesini önlemeyi ve bu suçu işleyenleri cezalandırmayı taahhüt etmişlerdir. Uluslararası hukuka pek aşına olmayanlar tarafından genellikle gündeme getirilen soru, bu sözleşmeye taraf olmayan bir devletin ahdî hiçbir yükümlülük altına girmemiş olduğunu ileri sürerek yasaklanan bu suçun işlenmesine göz yumması gibi bir tutum izlemesi durumunda sorumluluğu doğmayacak veya ortadan kalkacak mıdır? Bu kritik soruya verilecek cevap, üç yönlüdür. Öncelikle, soykırım suçunu oluşturan fiillerin yasaklanması, bu fiillerin işlenmesinin önüne geçilmesi, aksi takdirde cezalandırılması milletlerarası hukukta bir örf-âdet kuralı haline gelmiştir. Uluslararası hukukun kaynaklarını bize sayan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinin 1(b) bendi ifadesi ile, “hukuk olarak kabul edilmiş

12 Bunlar dışında, deniz haydutluğu, köle ticareti, uçak kaçırma suçları da sayılabilir.

genel bir uygulamanın delili olarak uluslararası örf-âdet kuralı”dır. Öte yandan, soykırımın yasaklanması milletlerarası hukukun emredici normlarından biri olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile, soykırım yasağı, hiçbir şekilde kendisinden sapılmasına izin verilmeyen, bir bütün olarak devletler topluluğu tarafından kabul edilip tanınan, her devleti kendisine riyeti zorunlu kılan bir *ius cogens* normdur. Tüm devletlerin soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması noktasında *erga omnes* yükümlülükleri vardır. Bir bütün olarak uluslararası toplumun, devletlerin bu suçun yasaklanmasından kaynaklanan hukukî çıkarı vardır. Saydığımız bu üç veçhesinden dolayı her devletin, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile getirilen yükümlülükler, sözleşmeye taraf olmasa bile riayet etme mecburiyeti vardır. Devletin sorumluluğunu doğuran ise, devlete yüklenebilen, uluslararası hukuka aykırı eyleminin mevcudiyetidir.¹³ İşte, bu noktada, bir devletin soykırım suçunun işlenmesini önleme ve işlendiyse cezalandırma mükellefiyetine uymadığı için uluslararası hukuka aykırı bir eylemi veya ihmali ortaya çıkmaktadır. Bu da devletin sorumluluğunu doğurmaktadır, ancak burada anlaşılması gereken bir ceza sorumluluğu değil, hukuk sorumluluğudur, neticesi eski hale iade veya tazmin yükümlülüğüdür.¹⁴ Devletin suçun işlenmesini önleme ve cezalandırma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sorumluluğunu, kaynağı ahdî olsun olmasın doğuracaktır.

Devletin sorumluluğuna ilişkin hukuki kurallar, BM bünyesinde uluslararası hukukun kodifikasyonu ve kodlaştırılması sahasında önemli bir görev yerine getiren Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından uzun yıllar süren çalışmalar neticesinde “Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler” başlığı ile yazılı hale getirilip 2001 yılında kabul edilmiştir.¹⁵ Buna göre, hukuka aykırı eylemin¹⁶ devlete isnad edilebilir olması gerekmektedir. Doğrudan doğruya devlet organları tarafından hukuka aykırı eylem gerçekleştirilmediği takdirde, bunların devlete isnadı da daha zorlaşmaktadır.

Bu duruma ilişkin önemli örnek, 1993 yılında Bosna-Hersek Devleti’nin, o zamanki adıyla Federal Sırbistan Cumhuriyeti’ne (karar tarihinde Sırbistan-Karadağ Devleti adını taşıyacaktır) Boşnaklara yönelik soykırımdan doğan sorumluluğuna

13 Elif UZUN, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta Y., s. 30.

14 *ibid.*, s. 21.

15 UN ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries” (2001), UN Doc. A/56/10, UN Doc. A/RES/56/83, GAOR 56th Session Supp 10, p. 43.

16 Devletin hukuka aykırı eylemi, ihlali vücuda getiren yapma eylemi gibi, ihmal şeklindeki kaçınma eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir.

gidilmesi için Uluslararası Adalet Divanı'nda, sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda yetkiye ilişkin Sözleşme'nin 9. maddesine dayanarak açtığı davadır.

Davaya bakmakta kendini yetkili gören Divan, 2007 yılında verdiği nihaî kararında, öncelikle, Eski Yugoslavya ülkesindeki siyasî çözülme ve dağılma süreci ertesinde bağımsız devletlerin kurulması sırasında patlak veren iç çatışma ortamında Sırpların Boşnak Müslümanlara karşı giriştiği fiillerin soykırım suçunu oluşturan fiiller olup olmadığını, soykırım suçunun unsurlarını taşıyıp taşımadığını belirleme yoluna gitmiş, bunun takiben uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar uyarınca, işlenen suç fiillerinin devlet organları tarafından mı yoksa devletin talimatı, emir ve kontrolündeki kişi veya birimler tarafından mı işlendiğini, bu fiillerin devlete izafe edilip edilemeyeceğini araştırmaya koyulmuştur.¹⁷

Davacı devlet tarafından başta Eski Yugoslavya Mahkemesi kararları olmak üzere sunulan delilleri ele alan Divan, olayların gelişimini şu şekilde özetlemiştir: 9 Ocak 1992' de Bosna – Hersek Sırp Halkı Cumhuriyeti (daha sonra Sırp Cumhuriyeti adını alacaktır) bağımsızlığını ilan eder, uluslararası hukuk anlamında bağımsız bir devlet olarak tanınmasa da geniş bir bölgede *de facto* kontrole sahiptir. Davacı Bosna Hersek Devleti, davalı Federal Sırp Cumhuriyeti ile Sırp Cumhuriyeti arasında malî, askerî ve siyasî sıkı bağların bulunduğunu, hattâ bu bağın *de facto* kontrole sahip bu birimin VRS adlı ordusunun idaresini ve kontrolünü de kapsadığını ortaya koymaktadır.¹⁸

Divan, tutuklama kamplarını ve çatışma sırasında durumu ayrı değerlendirmiştir: Divan, Bosna Hersek ülkesinde, Saraybosna, Drina Nehri Vadisi, Prijedor, Banja Luka ve Brcko' da ve çeşitli kamplarda alıkonulan Boşnakların kitlesel olarak, topluca öldürüldüğünü tespit etmiştir.¹⁹ Hedef alınan kişilerin büyük çoğunluğu Boşnak Müslümanlar olup, sistematik şekilde öldürülmüştür. Kamplarda, mağdurlara sistematik olarak yapılan kitlesel kötü muamele, darp, tecavüz ve işkenceye dair kesin deliller ışığında suç fiilinin sabit olduğuna kanaat getiren Divan, elindeki delillerden kâti bir şekilde imha kastıyla hareket edildiğine dair bir sonuç çıkaramadığını belirtmektedir.

Çatışmalar bakımından Divan, davacı devletin iddialarından yola çıkarak Saraybosna' nın abluka altına alınmasını ve 'sniper'ların (nokta atışı yapan keskin

17 Verda Neslihan AKÜN, "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin Uygulanmasına İlişkin Dava (26 Şubat 2007 tarihli Karar)", *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)*, Beta Y., 2008, s.25. (Karar metni için bkz. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, *ICJ Reports 2007*, p.43)

18 *ICJ Reports (2007)*, para. 2.

19 *ibid*, para.276

nişancıların) sivillere ateş etmesini, askerî nitelikte olmayan sivil hedeflerin bombalanmasını, güvenli bölge olarak ilan edilen yerlerin çevresinin sarılmasını, insani amaçlarla bile bölgeye giriş-çıkışlara engel olunmasını ele almıştır. Divan, davalı devletin savunmalarını dikkate alsa da sivil hedeflere saldırının hiçbir şekilde haklı kılınamayacağını, Saraybosna ve diğer şehirlerde Boşnak Müslümanların Sırp güçler tarafından kasıtlı olarak hedef alındığını saptamış, ancak sunulan delillerin bu fiillerin Boşnak Müslümanları tamamen veya kısmen imha amacıyla işlendiğini kanıtlamak için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. Kamplar ve çatışma sırasında işlenen fiiller bakımından, Divan, Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi'nin kararlarından da yola çıkmakla birlikte imha etme kastını saptayamadığına, bunların savaş suçu veya insanlık aleyhine suçları oluşturabileceğini, ancak bunu belirleme yetkisinin olmadığını ifade etmiştir.²⁰

Divan Srebrenica katliamını ele aldığında, Eski Yugoslavya Mahkemesi'nin mahkumiyet kararları ışığında,²¹ soykırım suçunu oluşturan fiillerden grup üyelerinin öldürülmesi ve grup üyelerinde ciddi bedensel ve zihinsel zarara sebep olunduğuna, bu fiillerin imha kastıyla işlendiğine tamamiyle ikna olmuştur.²² Boşnak Müslüman erkekler, hiçbir ayrıma tâbi tutulmaksızın, kasdı ve metodik bir şekilde sırf kimlikleri nedeniyle hedef alınmıştır.²³

b. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete İsnad Edilmesi

Divan, soykırım suçunun işlendiğine ikna olduktan sonra, yani, devletin sorumluluğunu doğuracak hukuka aykırı eylemin varlığını saptadıktan sonra, bu uluslararası hukuka aykırı eylemin davalı devlete isnad edilip edilemeyeceğini incelemeye koyulmuştur. Divan, devletin sorumluluğu şemsiyesi altında meseleyi üç ana soruya cevap arayarak incelemiştir:²⁴ İlki Srebrenica'da işlenen soykırım suçunu oluşturan fiillerin tamamen veya kısmen Federal Sırbistan Cumhuriyeti devletine izafe edilip edilemediği sorusu; ikincisi, suça iştirak hallerinde suç fiilleri devlete izafe edilen kişi veya organlar tarafından mı işlenip işlenmediği sorusu; sonuncusu, davalı Federal Sırbistan Cumhuriyeti devletinin soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümlülüğüne riayet edip etmediği sorusudur. İlk soru bakımından, suç fiillerinin devlet organları tarafından mı işlendiği, eğer değilse, bu kişilerin davalı

²⁰ *ibid*, para.277.

²¹ The Prosecutor v. Radislav Krstic, (Appeals Chamber), Judgement, IT-98-33 (19 April 2004), para.7-12. The Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement, IT-98-33, T. Ch. I, 2.8.2001, The Prosecutor v. Blagojevic, Judgement, IT-02-60, T.Ch., 17.1.2005.

²² ICJ Reports (2007), para. 288-297.

²³ *ibid*, para.293.

²⁴ *supra* n.17, s.26.

devletin talimatı, emri veya kontrolü altında mı bu suçları işlemiş olduğu üzerinde durulmuştur.

Yukarıdaki üç soru açısından Divan şöyle bir tasnif yapmaktadır: Eğer suç fiilleri tamamen veya kısmen devlete izafe edilemiyor ise ve bu fiilleri işleyen kişi ve organlar işlemleri devlete izafe edilen kişiler değil ise, bu durumda soykırım suçunu önleme ve cezalandırma yükümünün yerine getirilip getirilmediğinin test edilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Çünkü, devlet zaten suç fiillerine aktif olarak katıldıysa, önleme ve cezalandırma yükümüne riayet etmemiştir.²⁵ Öte yandan, devlet iştirakten sorumlu tutulmasa bile önleme ve cezalandırma yükümünden sorumlu tutulmasına engel değildir. Son olarak, soykırım fiillerini işleyen kişiler, işlem ve eylemleri devlete izafe edilen kişiler olmayabilir. Bu durumda devlet, bu kişileri cezalandırmamakla da uluslararası sorumluluğuna yol açacak uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunmuş sayılır.²⁶

Sonuçta, Divan, Srebrenica' da yaşanan katliamın Eski Yugoslavya Mahkemesi' nin verdiği mahkumiyet hükümlerinin de ışığında soykırım olduğunu teslim etmekle beraber, soykırım suçunu oluşturan fiillerin davalı devlete izafe edilemeyeceğine, tutumları devlete izafe edilen kişi veya organlar tarafından işlenmediğine ve son olarak davalı devletin soykırım suçunu sadece önleme ve cezalandırma yükümlülüğüne aykırı davrandığı için sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir.²⁷

Soykırım suçunun işlenmesi bakımından devletin sorumluluğunu önce önleme yükümü açısından ele alan Divan, davalı devletin soykırım suçunun işlenmesini – inkârı gayrikabil deliller karşısında – önlemediği sonucuna varmıştır. Divan'a göre, federal yetkililer trajik olayların yaşanmasını önlemek için ellerinden gelen tüm önlemleri almak zorunda idi ve sonuçları kesinlikle öngörülebilir, en azından tahmin edilebilirdi.²⁸ Bu konuda davalı devlet aksini ispatlayacak delil sunamamıştır. Divan'a göre, soykırım suçunu oluşturan suç fiilleri işlenmiş ise zaten devlet bu yükümünü yerine getirmemiş sayılır.²⁹

Cezalandırma yükümü açısından bakılacak olursa, Srebrenica' da gerçekleşen soykırım fiilleri davalı devletin ülkesi topraklarında işlenmiştir.³⁰ Sözleşmenin yargı yetkisine ilişkin VI. maddesi uyarınca bu suçu işleyenler ya suçun işlendiği devletin yetkili organlarınca ya da tarafların yetkisini kabul edecekleri bir uluslararası ceza

25 *ibid*, s.32-33.

26 *ibid*.

27 *ibid*, s.26.

28 *ibid*, s.35.

29 *ibid*, s.35.

30 *ibid*, s.35-36.

mahkemesinde yargılanacaktır. Bu hüküm aslında ülkesellik esasına dayanan bir yetki getirmektedir. Davalı devlet, suç faillerini ülkesinde yargılamamıştır. Bu yükümünü ihlâl etmiştir. Öte yandan, Eski Yugoslavya Mahkemesi'nin yetkisi kabul edilen bir uluslararası mahkeme olup olmadığını da Divan irdelemiş, uluslararası ceza mahkemesi niteliğini de teyit etmiştir. Değerlendirmesinde en azından Dayton Anlaşması'ndan bu yana yetkisinin kabul edilmiş bir mahkeme olduğunu da ifade etmiştir.³¹ Böylece, davalı devletin varlığı Dayton Anlaşması'ndan doğan mahkemeye tam olarak işbirliğinde bulunma yükümlülüğünü de ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.³²

Divan, Bosna Hersek'te belli bölgelerde ve tutukluluk kamplarında kitlesel öldürmelerin varlığının sabit olduğu fikrine varmışsa da, soykırım suçunu oluşturan bu fiillerin imha kastıyla işlendiği kanaatine varamadığını belirtti.³³ Divan'ın kararı bu yönüyle akademik çevrelerde çok eleştirilmiştir. Konuyu biraz açmak gerekirse, Divan, hükmünde, o zamanki adıyla Federal Sırbistan Cumhuriyeti'ni soykırım suçuna iştirak hallerinden sorumlu tutmadığı gibi, soykırım suçunun mevcudiyetini de Bosna – Hersek topraklarının tamamında değil belli bir kısmıyla sınırlı tutmuştur. Bunu da fiillerin tüm bölgelerde imha kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde işlendiği sonucuna varamadığı gerekçesi ile şekillendirmiştir. O dönemde kontrolü altındaki Sırp Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren silahlı kuvvetlerin ve paramiliter güçlerin bu fiillerini Federal Sırbistan Cumhuriyeti'ne isnad edilebilme bağını kuramadığı ifadesiyle gerekçelendirmiştir. Bu isnad bağını kurabilmek için Divan, Eski Yugoslavya Mahkemesi'nin benimsediği “genel bir kontrol” (overall control) ölçütü yerine “etkin kontrol” (effective control) ölçütüne başvurmuştur. Bu ayrıma gitmesini de mahkemenin bireysel cezai sorumluluğu irdelemediği devletin hukuk sorumluluğunu incelediği noktasında toplayarak, genel bir kontrolün aranmasının meselenin niteliği ile bağdaşmayacağı sonucuna vararak gerekçelendirmiştir. Bütün tartışma Divan'ın daha önce devlet dışı aktörler veya paramiliter güçlerin faaliyetlerinden doğan devletin sorumluluğunu tahlil ettiği Nikaragua Davası'nda başvurduğu etkin kontrol ölçütünü terk etmemesinden kaynaklanmaktadır. Oysa ki “genel bir kontrol” ölçütü, Bosna – Hersek topraklarında suç fiillerini işleyen Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ile “Akrepler” diye anılan paramiliter gücün Federal Sırbistan Cumhuriyeti ile sıkı bağlar ve hatta onun içinden doğduklarını, silah ve mühimmat temini, emir komuta zinciri ve maaşlarının ödenmesi gibi mutlak bir bağımlılık içinde bulunduklarını ortaya koymaya yetecekti. Divan, etkin kontrol ölçütünü benimseyerek bunu ispatı olabildiğince zorlaştıracak ağır bir standarda tâbi

31 *ibid.*

32 *ICJ Reports (2007)*, para.448-449.

33 *ibid.*, para.276-277.

kıldığı için ağır eleştirilere maruz kalmıştır.³⁴ Halbuki, Eski Yugoslavya Mahkemesi kararları, milletlerarası nitelik taşıyan silahlı çatışmalarda Federal Sırbistan Cumhuriyeti Ordusu (JNA) ile Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ve paramiliter gücün ortak 'Sırp' etnik kökeni ülküsünde hareket ettiğini ortaya koymuştu.³⁵ Savaş suçları bakımından silahlı çatışmaların milletlerarası niteliğini teslim ederken, devlet ve devletin organlarının dahli ile kurulan bağın burada gözardı edilerek Divan'ın hareket etmesi tepki çekmiştir.³⁶ Divan'ın izlediği bu yol, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından bu konuda örf-âdet kurallarını kodifiye etmeye yönelik uzun çalışmalar neticesinde kaleme alınıp 2001 yılında kabul edilen "Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler"in 8. maddesi ve gerekçesi ile de bağdaşmamaktadır.³⁷ Öte yandan, silahlı çatışmalar sırasında Serebrenica dışındaki bölgelerde imha kastıyla soykırım fiillerinin işlendiğinin ispat edilememiş olması hususu, Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi'nin niteliği itibarıyla bireylerin kovuşturulduğu ve yargılandığı bir ceza mahkemesi niteliğinden, gördüğü davalarda savcılık makamı ile sanıklar arasında uzlaşmaya gidilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Federal Sırbistan Cumhuriyeti organları ile isnad bakımından bağ kuramayan Divan, Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ve paramiliter gücün, Federal Sırbistan Cumhuriyeti Ordusu'nun (JNA) emir, kontrol ve talimatları altında faaliyet gösterdiğine de ikna olmamıştır.

Böylelikle devletin sorumluluğu bakımından, devletin resmi organlarının suç fiillerinin işlenmesine doğrudan doğruya dahlinin olmadığı durumlarda eylemin devlete isnad edilebilmesi için ne gibi hukuki şartların arandığını görmüş olduk.

III. Değerlendirme

Tebliğimizin amacı, basında ve uluslararası ilişkiler arenasında sıkça ve kolaylıkla telaffuz edilen soykırım suçunun aslında ne kadar ağır, insanlık dışı ve varlığı sıkı şartlara bağlı olduğunu sizlere göstermektir. Bu sempozyumun "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Ermeni Meselesine İlişkin Değerlendirmeler" konusunda olması itibarıyla 1915 Olayları'na değinmeden geçmeyeceğim. Görüldüğü gibi soykırım suçu, sıkı sıkıya imha kastının mevcudiyetine bağlıdır. Bu açıdan çöküş ve parçalanma sancıları içinde Osmanlı Devleti'nin, I. Dünya Savaşı yıllarında ülkesi topraklarında

34 Yusuf Aksar, "The Specific Intent (Dolus Specialis) Requirement of the Crime of Genocide: Confluence or Conflict between The Practice of Ad Hoc Tribunals and ICJ", *Uluslararası İlişkiler*, C.6, S.23, 2009, s.123-124. Antonio Cassese, "A Judicial Massacre", *Guardian*, 27.2.2007.

35 *ibid.*

36 *ibid.*

37 *supra* n.17, art.8, Commentary, para.4-6.

düşmanla işbirliği yapan tebaasının, bu işbirliğini ortadan kaldırmak üzere belli bölgelerde Ermeni kökenli nüfusu ülkenin diğer bölgelerine sevk ve o bölgelerde iskân etmek için aldığı tedbirler ve sonuçları Türkiye açısından haksız ithamlara yol açmaktadır. Bulunduğu durum içinde bile bu tedbirlere muhatap kişilerin yeniden iskan edilecekleri yerlerde yaşamlarının idamesini sağlayacak bir içerikle devletin bu sevk ve iskânı düzenleyen hukuki düzenlemeler yapması, kanımca, – 1948’den önce soykırım suçunun hukuken namevcudiyetine dair teknik hukuk bilgisini bir kenara koyacak olursak – hiçbir şekilde, ulusal, dinsel, etnik veya ırksal bir grubu imha kastıyla hareket edildiği iddiası ile yaşamın doğal akışı içinde mantıklı kabul edilemez. 1915’te sevk ve iskân edilen Ermeni nüfusun geleceğini hukuken teminat altına alan düzenlemeler, bu kişiler imha edilmek, yok edilmek istense neden yapılınsın! Elbette, bu durum yaşanan kayıpların ve acıların varlığını ortadan kaldırmaz. Ancak, görevini kötüye kullananlar, Divan-ı Harp’te yargılanmıştır. İmha edilmek istenen bir nüfusun gördüğü zarar ve kayıpların neden mahkeme önünde hukuken hesabı sorulup, sorumlularını cezalandırsın! Öte yandan, imha kastıyla hareket ediliyorsa, neden sadece ülkenin sadece çatışmaların sürdüğü belli bölgelerdeki Ermeni nüfusu yerinden edilirken, farklı şehir ve bölgelerde ikamet edenler bunun dışında bırakılınsın!

Bana tanınan süreye sadık kalmaya çalışarak sözlerimi burada sona erdirmek istiyorum, ilginiz için teşekkür ederim, sorularınız olursa sempozyumun soru-cevap kısmında yanıtlamaya çalışacağım.

MARMARA
ÜNİVERSİTESİ