

**Yayın ilkeleri, izinler ve abonelik hakkında ayrıntılı bilgi:**

E-mail: [bilgi@uidergisi.com](mailto:bilgi@uidergisi.com)

Web: [www.uidergisi.com](http://www.uidergisi.com)



## ***Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı***

**Ozan Değer**

Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler  
Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

**Bu makaleye atıf için:** Değer, Ozan, “Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 6, Sayı 22 (Yaz 2009), s. 61-95.

Bu makalenin tüm hakları Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği'ne aittir. Önceden yazılı izin alınmadan hiç bir iletişim, kopyalama ya da yayın sistemi kullanılarak yeniden yayımlanamaz, çoğaltılamaz, dağıtılamaz, satılamaz veya herhangi bir şekilde kamunun ücretli/ücretsiz kullanımına sunulamaz. Akademik ve haber amaçlı kısa alıntılar bu kuralın dışındadır.

Aksi belirtilmediği sürece *Uluslararası İlişkiler*'de yayınlanan yazılarda belirtilen fikirler yalnızca yazarına/yazarlarına aittir. UİK Derneğini, editörleri ve diğer yazarları bağlamaz.

**Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği | Uluslararası İlişkiler Dergisi**

Söğütözü Cad. No. 43, TOBB-ETÜ Binası, Oda No. 364, 06560 Söğütözü | ANKARA

Tel: (312) 2924108 | Faks: (312) 2924325 | Web: [www.uidergisi.com](http://www.uidergisi.com) | E- Posta: [bilgi@uidergisi.com](mailto:bilgi@uidergisi.com)

# Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı'nın *Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı*

Ozan DEĞER\*

## ÖZET

Soykırım, suçlar hiyerarşisinin doruğunda, suçların suçu olarak nitelendirilen bir eylem ve hukuk ihlalidir. Esasen uluslararası hukukun çerçevesi içerisinde değerlendirilen suç, zamanla ulusal hukukun da düzenlemeleri kapsamına girmiştir. Hem soykırım kavramı hem de soykırım suçu, büyük oranda, II. Dünya Savaşı sırasında gerçekleştirilen kıyımların yarattığı *dehşetin* etkisiyle oluşturulmuştur. Soykırım suçu konusundaki temel hukuksal düzenleme ise 9 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen ve 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren *BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'dir. Sözleşme, suçun önlenmesi ve cezalandırılması konusunda aslolarak devletleri yükümlü kılmıştır. Uluslararası ceza mahkemelerinin, bireysel cezai sorumluluk ilkesi ile sınırlandırıldıkları düşünüldüğünde. Sözleşme'nin uygulanması konusundaki yükümlülüğün devletlere getirilmesi, Sözleşme'nin ihlali halinde devletin sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır. Kavramsal ve hukuksal bir çerçeveye ışığında, Soykırım Sözleşmesi'nin devletlere getirdiği yükümlülükleri, ihlal halinde doğabilecek sorumlulukları ve UAD'nin konuya dair çarpıcı kararını ele alan çalışma, soykırım suçu ve devletin sorumluluğu konusunun, pozitif hukuk metinlerindeki ve uluslararası içtihatları yerini ve durumunu tartışacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası suçlar, soykırım suçu, devlet sorumluluğu, Uluslararası Adalet Divanı, Dava.

## Crime of Genocide and State Responsibility: Judgment of the International Court of Justice on *Bosnia-Herzegovina v. Serbia-Montenegro Case*

### ABSTRACT

Genocide, as an act and a violation of law, place at the top of the *hierarchy* of crimes and is qualified as crime of crimes. Essentially, being evaluated within the frame of international law, this crime gradually has been come within the scope of the national law. Either the conception or the crime of genocide was composed because of the massacres executed during the WWII, mainly. The basic legal arrangement about the crime was passed at 9 December 1948 and come into effect at 12 January 1951 named United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Convention is obliged the states on the prevention and the punishment of the crime of genocide. Since international criminal courts/tribunals are restricted by the principle of individual criminal responsibility and the Convention incurs the obligation on states, the violation of the Convention causes the responsibility of states. This article, under the light of the conceptional and legal frame, discusses the obligations and responsibilities incur by the Convention and the dramatic judgment of the ICJ, in short, the place and situation of crime of genocide and state responsibility at the legal texts and international jurisprudences.

**Keywords:** International Crimes, Crime of Genocide, State Responsibility, International Court of Justice, the Case.

---

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi, SBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Ankara. E-posta: odeg@politics.ankara.edu.tr. Yazar değerli katkılarından dolayı Doç. Dr. Gökçen Alpkaya, Yrd. Doç. Dr. Erdem Denk, Dr. Faruk Alpkaya ve Araş. Gör. Başak Değer'e teşekkür eder.

## Giriş

Soykırım, genel olarak uluslararası hukuk, özel olarak ise gelişmekte olan uluslararası ceza hukukunun alanına giren bir hukuk ihlalidir. Soykırıma dair ulusal hukuktaki düzenlemeler, bu iki alandaki gelişmelerin sonucunda gerçekleşmektedir.

Yirminci yüzyıl içerisinde pozitif hukuk çerçevesine yerleştirilen eylemin bir “suç” olarak tanımlanması, faillerinin kovuşturulabilir, yargılanabilir ve cezalandırılabilir olmasını sağlamıştır. Sahip olduğu *sui generis* nitelikler ile hukuka aykırılık taşıyan diğer eylemlerden farklı olarak “suçlar hiyerarşisi”nin doruğuna yerleştirilen soykırım suçu, “unsur”ları itibarıyla modern çağın ürünüdür. Belli bir tarihsel döneme ait olması nedeniyle soykırım eyleminin ve kavramının modern devletten ve/veya ulus inşası sürecinden önceki dönemlere taşınma çabaları *anakroniktir*, devlet aygıtı ve aygıtı elinde bulunduran iktidar odakları ile bağı/bağlantısı *nadiren reddedilen* soykırım suçunun, devlet örgütlenmesinin ve/veya uluslaşmanın özellikle yirminci yüzyılda kat ettiği yola paralel bir evrim izlediği ileri sürülebilir.

Toplumsal tüm gerçeklikler gibi i) *tarihsel* niteliğe sahip, ii) bir yanıyla somut-maddi ilişkiler toplamı, iii) diğer yanıyla da soyut ve yapıntı (*fiktif*)<sup>1</sup> bir olgu olarak değerlendirilebilecek olan *devlet* ise hiçbir zaman böylesine bir örgütlülük ve gelişmişlik düzeyine ulaşmamıştır. Diğer bir ifade ile devlet aygıtı, tarihin hiçbir döneminde dünyayı bu ölçüde fethetmeyi başaramamış, hiçbir zaman böylesine çoğalmamış, bu denli güç toplamamış, insan yaşamının her yönüne bu derece karışma olanağı bulamamıştır.<sup>2</sup> Devletin sınırlanamayan mutlak iktidarının kaynaklık ettiği en uç noktalardan birine işaret eden Nasyonal Sosyalist Rejim (Nazi Rejimi) ve gerçekleştirdiği kırımlar ise soykırımın hukuka aktarılması ve sınırlarının belirlenmesi yolunda tanık olunan *en büyük çaplı* eylemler olma niteliği taşımışlardır.

Soykırım (*genocide*) kavramının mucidi Polonyalı bir Yahudi ve önemli bir hukukçu olan Raphael Lemkin'dir. Lemkin, soykırım kavramını icadından önce, 1933 yılında Madrid'de gerçekleştirilen “Ceza Hukukunun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Konferans”ta, “barbarlık suçu” (*crime of barbarity*) ismi ile “bir ırki, dini ya da sosyal grubun imhası”nın “devletler hukukunda suç” (*crime under the law of nations, delictum juris gentium*) olarak kabul edilmesi için bir öneri sunmuştur; ayrıca, kültürel ve sanatsal çalışmaların imhasının “vandallık suçu” (*crime of vandalism*) olarak nitelendirilmesini öneren Lemkin, söz konusu suçların kovuşturulması, yargılanması ve cezalandırılması yetkisinin, evrensellik

<sup>1</sup> Haluk Yurtsever, *Tarihten Güncelliğe Sınıf Savaşları ve Devlet*, İstanbul, Yordam Yayınları, 2006, s. 7.

<sup>2</sup> Cem Eroğul, *Devlet Nedir?*, 2. B., Ankara, Imge Kitabevi, 1999, s. 14.

ilkesi gereği her devlet için geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak, sunulan bu öneri reddedilmiştir.<sup>3</sup>

Lemkin'in, 1944 yılında, Nazi Rejimi'nin II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilere, Çingenelere, komünistlere, engellilere, hastalara, eşcinsellere ve yaşlılara uyguladığı şiddetin ve gerçekleştirdiği kırımların etkisi ile geliştirdiği soykırım (*genocide*) kavramı, Latince “*genos*” (ırk, ulus, kabile; *race, nation, tribe*) ve “*cide*” (öldürmek; *killling*) sözcüklerinin bir araya getirilmesi ile oluşturulmuştur. Soykırım suçunun, bir sözleşme ile tanımlanmasından ve maddi-manevi unsurlarının belirlenmesinden önce “politik, sosyal, kültürel, biyolojik, fiziksel, dini ya da ahlaki” olarak da gerçekleştirilebileceğini ileri süren Lemkin, suçun kapsamını oldukça geniş tutmuştur.<sup>4</sup>

İki savaş arası dönemdeki ve II. Dünya Savaşı sırasındaki girişimler, savaş sonrasında yürütülen soykırımı dair düzenlemeler için ön-çalışma/hazırlık niteliği taşımıştır ve soykırım konusundaki gelişmelerin kaynağını oluşturmuştur. Böylelikle II. Dünya Savaşı sonrasındaki kurumsal ve hukuksal girişimler ile şekillenen “soykırım hukuku”, Savaş sonrası devletler arasındaki ilişkilerin ve hukukun seyri ile paralel olarak gelişmiştir. i) Nüremberg'de kurulan Uluslararası Askeri Mahkeme'nin (1945) ve Tokyo'da kurulan Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi'nin (1946) gerçekleştirdikleri yargılamalar ve ii) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun sürdürdüğü çalışmaların ışığında, 9 Aralık 1948'te kabul edilen ve 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren *Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi* (Soykırım Sözleşmesi), soykırım eylemini bir uluslararası suç olarak düzenlemiştir.

## **Kavramsal ve Hukuksal Çerçeve**

### ***Uluslararası Hukuk ve Sorumluluk***

Soykırım Sözleşmesi, soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması konusunda esasen devletleri yükümlü kılmıştır. Uluslararası ceza hukukunun gelişimi ve günümüzdeki durumu göz önünde bulundurulduğunda, ceza yargılaması yapan uluslararası mahkemelerin, bireysel cezai sorumluluk ilkesi ile sınırlandırıldıkları görülmektedir. Sözleşme'nin uygulanması konusundaki yükümlülüğün devletlere getirilmesi, Sözleşme'nin ihlali halinde devletin hukuksal kişiliğinden kaynaklanan sorumluluğunun doğmasına neden olabilmektedir.

<sup>3</sup> Raphael Lemkin, “Genocide as a Crime under International Law,” *American Journal of International Law*, Cilt 41, No 1, Ocak 1947, s. 146.

<sup>4</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944, s. 79.

Hukuk bilimindeki genel tanıma göre bir *hukuk kişisi* ya da *hukuksal kişilik*, belirli bir hukuk düzeni içerisinde asgari haklara ve yükümlülüklerle sahip olma yeteneği ile donatılmış birimleri ifade eder. *Uluslararası hukuk kişisi* ise uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle sahip olan ve bunları uluslararası düzeyde doğrudan kullanma ve koruma yeteneği ile donatılmış hukuk kişilerini belirtir.<sup>5</sup> Bu bağlamda bir hukuksal kişilik, söz konusu hukuk düzeni içerisinde kendilerine *kişilik* “atfedilen” (*attributability*) varlıklardır. Bu sayede devlet, hukuksal işlemler gerçekleştirebilme, hak ve yükümlülük sahibi olabilme ve mahkemeler önünde davalı ya da davacı olabilme yetisine kavuşabilmektedir.<sup>6</sup> Bu bakımdan hukuksal kişilik, kavramsal olarak bir *soyutlamaya* tekabül etmektedir; devletin de bir hukuksal kişilik olarak uluslararası hukuk düzeninin birincil öznesi olduğu düşünüldüğünde, kendisine hukuk düzeni tarafından kurgusal kişilik atfedilen bir *soyutlama*<sup>7</sup> olduğu söylenebilir. Söz konusu soyutlama yöntemi, bir “kurumlar kurumu”<sup>8</sup> olduğu kabul edilen ve hukuk düzeni tarafından tüzel bir kişilik olma niteliği tanınmış devlete, hukuka aykırı *icrai* ya da *ihmali* eylemlerinden dolayı sorumluluk yüklemektedir.

Sorumluluk ise genel olarak, hakkın ihlali, yani yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde hesap verme, tazminatla yükümlü tutulma ve/veya işlenmiş olan bir suçun gerektirdiği cezaya çarptırılma olarak tanımlanabilir.<sup>9</sup> Uluslararası hukukta ise sorumluluk, “bir uluslararası hukuk kişisinin neden olduğu uluslararası hukuka aykırı fiillerin ya da uluslararası hukuka uygun faaliyetlerinden kaynaklanan belirli bir takım zararların etkilerini, zarar gören uluslararası hukuk kişisine karşı ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumudur.”<sup>10</sup> Aslen devletlerin ve uluslararası örgütlerin sorumluluğuna yer veren uluslararası hukuk, sınırlı düzeyde de bireylerin sorumluluğuna yer vermektedir. Devlet kurumlarının (yasama, yürütme, yargı ve bu kurumlara bağlı alt kuruluşlar), devlet adına *de jure* ya da sınırlı bir biçimde *de facto* hareket eden kişilerin, kurumların/organların ya da oluşumların, devletin ülkesi sınırları içerisinde ayaklananların hukuk ihlalleri, devletlerin uluslararası sorumluluklarının doğmasına kaynaklık edebilmektedir. Bir başka ifade ile devletin yerleşik örgütlenmesi içerisinde yer almayan, ancak idari bir

<sup>5</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 4. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 137.

<sup>6</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yayınları, 2005, s. 81.

<sup>7</sup> Yahya Kazım Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş: Devlet (Tanım-Kaynak-Unsurlar)*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 37.

<sup>8</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 8. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 110. Burada “kurum” kavramı, onu oluşturan bireylerden ayrı, özerk bir varlık olma durumuna ve dışı karşı fiili ve hukuksal ilişkiler kurabilme yetisine işaret etmektedir.

<sup>9</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1992, s. 813.

<sup>10</sup> Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 401.

unsur olarak iç hukuk uyarınca yetkilendirilmiş kişilerin ya da organların hukuk ihlalleri *de* sorumluluğa yol açabilmektedir.<sup>11</sup>

Uluslararası insan hakları hukukunun ve uluslararası ceza hukukunun konusu olan bireyin sorumluluğu ilkesi ise geleneksel uluslararası hukukta yer alan sorumluluk kuralının yanı sıra farklı bir sorumluluk kuralının gelişmesine kaynaklık etmiştir. Bu bağlamda, özellikle uluslararası suçların günümüz hukukunda işgal ettiği yer, söz konusu suçların faillerinin belirlenmesi, kovuşturulması ve cezalandırılması konusundaki teorik tartışmalar ve uygulamalara paralel olarak evrimleşmiştir.

### ***Uluslararası Suçlar ve Sorumluluk***

*Uluslararası suçlar*, uluslararası hukuk tarafından -devletin hukuksal sorumluluğunun aksine- bireysel cezai sorumluluk temelinde düzenlenen uluslararası hukuk ihlalleridir.<sup>12</sup> Bir başka ifade ile uluslararası teamül hukuku kuralları ve uluslararası antlaşmalar ile tesis edilen normlar aracılığı ile *suç* haline getirilen davranış tiplerine uluslararası suçlar denir.<sup>13</sup> Söz konusu suçların *uluslararası* niteliği, kaynağını uluslararası hukuktan almalarına ve doğrudan uluslararası normlar aracılığı ile kovuşturulabilmelerine, yargılanabilmelerine ve cezalandırılabilmelerine dayanmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası suçları işleyebilecek olan hukuk öznelerinin gerçek kişiler olduğu, tüzel kişilerin ise söz konusu suçun kapsamının dışında bırakıldığı söylenebilir.

Uluslararası suçlar, bireylerin, uluslararası hukuk aracılığı ile düzenlenen “uluslararası kamu düzeni”ne yönelik saldırıları olarak da nitelendirilmektedirler. Modern devletin yapısının ve işlevlerinin ayırt edilebilir bir nitelik kazandığı ve geliştiği sürece paralel olarak oluşan bir “dünya düzeni” kavramı,<sup>14</sup> söz konusu düzeni sağlayan ilişkilerin kurallarının ise uluslararası kamu hukuku ile düzenlemesini beraberinde getirmiştir. Söz konusu dünya düzeninin (uluslararası kamu düzeninin) mantığına ve meşru kabul edilen temellerine yönelik bireylerin saldırıları ise uluslararası suçlar olarak nitelendirilmişlerdir. 15. ve 16. yüzyıllarda hiçbir devletin uyruğu olmayan kimselerin denizde yürüttükleri yasa dışı eylemleri niteleyen “deniz haydutluğu”<sup>15</sup> (*piracy jure gentium*) bir uluslararası suç olarak tanımlanmıştır. Suçun faileri ise “tüm insanlığın düşmanı” (*hostis humani generis*) olarak

<sup>11</sup> Ezeli Azarkan, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 9–10.

<sup>12</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2003, s. 23.

<sup>13</sup> R. Murat Önok, “5237 Sayılı Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçlar,” *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s. 177.

<sup>14</sup> Turgut Tarhanlı, “Uluslararası Suçlar ve İnsan Hakları,” *Toplum ve Bilim*, Sayı 87, Kış 2000/2001, s. 97.

<sup>15</sup> Seha Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt I., 3. B., AÜSBF Yayınları, No 237, 1968, s. 592.

nitelendirilmişlerdir. Devletleri ve oluşturduğu hukuku tanımayarak ona meydan okuyan kişilerin kovuşturulmasını ve dolayısı ile söz konusu dünya düzenine (uluslararası kamu düzenine) uyulmasını amaçlayan bu nitelendirme,<sup>16</sup> günümüzün uluslararası ceza hukukunun da temellerini oluşturmaktadır.

Yirminci yüzyıl itibariyle ivme kazanan uluslararası ceza hukuku, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında geçerlilik kazanmıştır. Nuremberg'de kurulan Mahkeme'nin Statüsü, bu konuda dikkate değer bir öneme sahiptir. *Ex post facto*<sup>17</sup> niteliğe sahip Statü, hukuken, i) devletin olağan ya da olağanüstü bir dönemde kendi ülkesindeki insanlar üzerinde kullanabileceği yetkilerin sınırının tayini ve ii) söz konusu sınırın aşılması durumunda sorumluların uluslararası hukuka dayanarak cezalandırılması<sup>18</sup> konularını düzenleyerek daha sonraki ulusal ve uluslararası yargılamalara örnek oluşturmuştur. Zamanla, Birleşmiş Milletler (BM) eliyle geliştirilen ve hukuka aktarılan eylemler, Nuremberg Statüsü'nün oluşturulmasından günümüze kadar kimi değişikliklere tanık olunan bir yol kat etmiştir ve uluslararası suç teşkil eden eylemlerin görece standart bir hal alması ile sonuçlanmıştır.

2002 yılında yürürlüğe giren ve daimi bir niteliğe sahip olan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, uluslararası suçları dört ana kategori altında toplamıştır: i) soykırım suçu, ii) insanlığa karşı suçlar, iii) savaş suçları ve iv) saldırı suçu. Uluslararası hukukta *ne teamül ne de antlaşmalar* hukuku aracılığı ile uluslararası suç kategorisi içerisinde tanımlanmış olan uyuşturucu kaçakçılığı ya da terörizm gibi suçlar ise (yaygın kanının aksine) dayanaklarını ulusal hukuklardan alan ve devletlerin yetki alanı içerisinde değerlendirilen *uluslararasılaştırılmış* suçlardır.

Sorumluluk kavramı, genel olarak *hukuksal* ve *cezai* sorumluluk olarak iki ana başlık altında değerlendirilmektedir. Devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğu *hukuksal* bir nitelik taşımaktadır; ancak devletlerin söz konusu hukuk düzeni içerisinde cezai sorumluluğa sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Devlet desteği ile ya da devlet adına gerçekleştirilen ihlallerin, hukuk biliminde genel bir tartışmanın konusu olan “tüzel kişilerin cezai sorumluluğu” konusunun taşıyıcılığını yaptığı söylenebilir. Nitekim Nuremberg'de kurulan Uluslararası Askeri Mahkeme'nin tüzel kişiliğe sahip altı hukuk kişisini yargılaması ve üç örgütü “suçlu” bulması (SS, Gestapo ve Nazi Partisi'nin yönetim kurulları), uluslararası hukuk alanında söz konusu tartışmaların (küresel düzeyde) başlangıcını teşkil etmektedir. Ancak, Tokyo'da (1946), Eski Yugoslavya'da (1993) ve Ruanda'da (1994) kurulan uluslararası

<sup>16</sup> Tarhanlı, “Uluslararası Suçlar”, s. 104.

<sup>17</sup> Eylemlerin gerçekleştiği dönemde, eylemleri suç olarak nitelendiren normların bulunmaması; söz konusu normların, eylemlerin gerçekleştirilmesinden sonra düzenlenmesine dayalı hukuksal terim.

<sup>18</sup> Tarhanlı, “Uluslararası Suçlar”.

ceza mahkemelerinin statüleri, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu yargı yetkilerinin kapsamı dışında bırakmışlardır.

Her ne kadar devletin sorumluluğu hukuksal bir nitelik taşısa da devletin cezai sorumluluğu ilkesi, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletlerin sorumluluğu konusundaki kodifikasyon çalışmaları esnasında tartışılmıştır. Özel Raportör F. V. Garcia-Amador, devletlerin hukuksal sorumluluklarının kabul edilmesinin yanı sıra, tazminat yükümü doğuran sorumluluk düşüncesinin cezai sorumluluktan etkilenmiş olduğunu ve dönem itibari ile uluslararası ceza hukukundaki gelişmeleri gerekçe göstererek sorumluluğun cezai sorumluluktan ayrı düşünülmemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>19</sup> 1976'da düzenlenen taslak metinde "haksız fiiller" (*delicts*) ve "suçlar" (*crimes*) ayırımına gidilmiş, daha sonra ise "suç" (*crime*) kavramı taslak metinden çıkartılmıştır. Yine Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1996 yılında hazırladığı "Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar"a dair taslağın 19. maddesinin düzenlenmesi esnasında da devletlerin tüzel kişi olarak uluslararası suçların faili olabileceklerine dair tartışmalar yürütülmüştür; ancak, itirazlar neticesinde devletin tüzel kişi olarak söz konusu suçların faili olamayacağı sonucuna varılmıştır.<sup>20</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün de kapsamı dışında bırakılan konu, uluslararası alanda Bosna-Hersek'te yaşanan çatışmalar ve Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen *Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Davası* ile tekrar gündeme gelmiştir.

Buradaki temel tartışma, *uluslararası hukuk* ile *ceza hukukunun* kesiştiği noktada yoğunlaşmaktadır. Suç olarak nitelendirilen bir eylemin bir cezaya bağlanmış olması gerektiği anlayışı, failin hukuken düzenlenmiş olan cezaya çarptırılmasını gerektirmektedir. *Söz konusu yaklaşım çerçevesinde* ise bir soyutlama olduğu vurgulanan devlet tüzel kişiliğinin suç işleyebilmesi ve cezaya çarptırılabilmesi olanaklı değildir. Suçların hukuken "devlet suçu" olarak nitelendirilmesini olanaksız kılan bu yaklaşım, ihlalin eski hale getirilme, tazmin edilme ya da ifşa edilme yöntemleri ile giderilebileceğini ifade etmektedir.

Uluslararası suçların, özelde ise "suçların suçu"<sup>21</sup> (*crimes of crime*) olarak nitelendirilen soykırım suçunun bireysel cezai kovuşturmasının yanı sıra devletin sorumluluğuna kaynaklık edebilmesi için ise ihlali gerçekleştirenlerin, i) devlet adına onun bir organı olarak hareket etmeleri, eylemlerini ii) *de jure* yetkili kılınan ya da iii) devletin doğrudan kontrol ettiği *de facto* unsurlar aracılığı ile gerçekleştirmesi gerekmektedir. Aksi halde sorumluluk hukuku bireysel cezai sorumluluk kapsamı ile sınırlı kalmaktadır.

<sup>19</sup> Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu*, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 18.

<sup>20</sup> Allain Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!" *European Journal of International Law*, Cilt 10, No 2, 1999, s. 425.

<sup>21</sup> Case ICTR-97-23-S, *Prosecutor v. Kambanda*, Judgment, 4 Eylül 1998, para. 16.



## *Soykırım Suçu*

Raphael Lemkin'in icadı olan soykırım kavramı, kavramın icadından önce insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilen eylemlerin kendine özgü bir nitelik kazanmasına ve kendi hukukunun kurulup geliştirilmesine kaynaklık etmiştir.

Nuremberg'de kurulan Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsü'nde yer almayan soykırım kavramı, Statü ile kurulan Mahkeme'nin yargılamaları esnasında yalnızca kimi iddianamelerde görülmüştür.<sup>22</sup> Ayrımcılığa dayalı eylemler ise insanlığa karşı suçlar başlığı altında, sadece "zulüm suçu" (*crime of persecution*) kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bağlamda soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması konusundaki hukuksal düzenlemelere doğru giden yolda ilk büyük adımı oluşturan ve daha sonraki BM çalışmalarına öncülük eden Nuremberg Yargılamaları, uluslararası ceza hukukunun gelişimi açısından önemli bir yere sahiptir. Ancak, "Galiplerin Mahkemesi"<sup>23</sup> (*Tribunal of the Victors*) olarak algılanan ve uluslararası meşruiyeti tartışmalı olan Mahkeme'nin Statüsü'nün soykırım kavramına yer vermemesi, konunun, uluslararası düzeyde meşruiyetinin genel kabul gördüğü bir kurum bünyesinde ele alınması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Bu nedenle BM çatısı altında tartışılan ve düzenlenen Soykırım Sözleşmesi, söz konusu meşruiyet tartışmalarının da son bulmasına neden olmuştur.

BM Genel Kurulu'nun 11 Aralık 1946 tarihli *96/1 sayılı Kararı* ile soykırım kavramı resmîyet kazanarak uluslararası hukuk belgelerine girmiştir. Söz konusu karar ile uluslararası hukuka göre bir uluslararası suç olarak nitelendirilen soykırım, şu şekilde tanımlanmıştır:<sup>24</sup>

Soykırım (*genocide*), bütün bir insan topluluğunun var olma hakkının inkârıdır; tıpkı cinayetin (*homicide*), kişilerin yaşam hakkının inkârı olduğu gibi... var olma hakkının böylesi bir inkârı, insanlığın vicdanını sarsmakta, insanlık değerlerinin, bu topluluklarca temsil edilen kültürel ve diğer katkıları açısından büyük kaybına yol açmaktadır ve [soykırım] doğal hukuka, BM'nin ruhuna ve amaçlarına aykırıdır.

Bağlayıcı niteliği olmayan Genel Kurul kararları, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1996 yılındaki danışma görüşünde ifade ettiği gibi kimi zaman "normatif değer"e sahip olabilmektedir; söz konusu kararlar, bir hukuk kuralının meydana gelmesine ya da bir davranışın "hukuk kuralı oluşturduğuna

<sup>22</sup> Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2001, s. 67.

<sup>23</sup> August Von Knieriem, *The Nuremberg Trials*, Chicago, Henry Regnery Company, 1959, s. 101.

<sup>24</sup> GA. Res. 96(1). William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, s. 45.

dair inancın” (*opinio juris*) oluşmasına kaynaklık edebilir.<sup>25</sup> Ayrıca, Genel Kurul kararlarının oluşması sırasında gerçekleştirilen tartışmalar da daha sonraki uluslararası antlaşmalara yol gösterici niteliğe sahip olabilmektedir. Bu bakımdan Soykırım Sözleşmesi’nin oluşmasında çok önemli bir hukuksal dayanak olan *96/1 Sayılı Karar*, Sözleşme’nin temelini oluşturmuştur.

BM Genel Kurul Kararı sonrasında taslak bir metin hazırlanması için göreve çağrılan BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, yaklaşık iki yıl boyunca çalışmalarını sürdürmüştür. Yoğun çalışmalar ve tartışmalar sonrasında 9 Aralık 1948 yılında BM Genel Kurulu’nun *260 A (III) Sayılı Kararı* ile imza ve onaya açılan Sözleşme, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’ye göre soykırım suçunu oluşturan (*md. II*) ve cezalandırılacak olan (*md. III*) eylemler şu şekilde düzenlenmiştir:<sup>26</sup>

**Madde II:**

Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, bu haliyle (*as such*), tamamen veya kısmen yok etmek kastıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Grup üyelerini öldürme,
- b) Grubun üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar verilmesi,
- c) Grubun fiziksel varlığını tamamen ya da kısmen ortadan kaldıracak hesaplanarak/öngörülerek, yaşam şartlarını kasten değiştirme,
- d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla önlemler alma,
- e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletme.

**Madde III:**

Aşağıdaki eylemler cezalandırılır:

- a) Soykırım,
- b) Soykırım işlemek için işbirliği yapma/anlaşma (conspiracy; entente),
- c) Soykırım işlemek için doğrudan ve aleni kışkırtma (incitement),
- d) Soykırım işlemek için teşebbüs etme (attempt),
- e) Soykırıma iştirak etme (complicity).

Sözleşme ile düzenlenen soykırım suçunun “doğası”,<sup>27</sup> 1951 yılında UAD’nin vermiş olduğu “Soykırım Sözleşmesi’ne Konulabilecek Çekinceler

<sup>25</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Requested by the UN General Assembly for an Advisory Opinion)*, ICJ Reports 226, 1996, para. 70.

<sup>26</sup> Bu maddeler Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) Statüsü’nün 4. maddesinde, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 2. maddesinde aynen tekrarlanmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin 6. maddesinde ise Sözleşme’nin 2. maddesi tekrarlanmıştır.

<sup>27</sup> Kittichaisaree, *International Criminal Law*, s. 68.

Üzerine Danışma Görüşü” ile ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Sözleşme hükümlerinin teamülü yansıttığı ve uluslararası hukukun buyruk kuralı (*jus cogens*) niteliğine sahip olduğu ifade edilen Karar’da, Sözleşme’ye esas teşkil eden ilkelerin, “uygar uluslarca” kabul edilmiş ilkeler olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Sözleşme’nin, antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin olmaması halinde dahi tüm devletler için bağlayıcı olduğunu belirten Karar, soykırım suçunun “evrensel niteliği”ne işaret etmiştir.

*Soykırım suçunun maddi unsuru (actus reus)*: Soykırım suçunda, hedef alınan grubun maddi (fiziki, biyolojik) anlamdaki varlığını ortadan kaldırmaya yönelik ve Sözleşme’nin II. maddesinde beş fıkra ile düzenlenen eylemler, soykırım suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Soykırım suçunu oluşturan ve II. maddede belirtilen tüm eylemler icra (*commission*) yolu ile işlenebileceği gibi bu eylemlerin kimileri ihmal (*ommission*) yolu ile de işlenebilmektedir. III. maddede belirtilen eylemlerden soykırım dışındakiler ise II. maddede belirtilenlerden farklıdır ve her birinin kendine özgü ek maddi unsurları bulunabilmektedir.

Bir suçun maddi unsuru, amaçlanan eylemin yasal olarak tanımlanmış neticesinin<sup>28</sup> gerçekleşmesine yönelik davranışlardır. Nitekim soykırım suçunun maddi unsurunu oluşturan ve II. maddede sayılan eylemlerden a, b ve e bentlerinde yer alanlar, *neticeli* suçlardır. Söz konusu eylemlerin soykırım suçu oluşturması için eylemin gerçekleşmesi halinde yasada belirtilen *neticenin* gerçekleşmesi gerekmektedir. II. maddenin c ve d bentlerinde sıralanan eylemler için ise söz konusu zorunluluk aranmamaktadır.<sup>29</sup>

Maddi unsur konusunda tartışılmaya açık olan bir konu, grubun niceliğine dairdir. Soykırım suçunun bir bireye yönelik değil, bir gruba yönelik eylemler olduğu düşünüldüğünde grubun “kısmen yok edilmesi” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bir başka ifade ile kastın, hedef grubun “bir kısmı”nı yok etmeye yöneldiği eylemde, *niceliğin* neye karşılık geldiği

<sup>28</sup> Bir suçun varlığı için birden çok unsurun bulunması gerekmektedir; her suçta bulunması gereken söz konusu unsurlara ‘suçun genel unsurları’ adı verilir. Söz konusu unsurlar (sınıflandırma konusunda birörneklik olmasa da) bir eylemi (fiili) meydana getiren i. davranış (hareket), ii. netice ve iii. nedensellik bağından oluşur. Neticesiz suçlarda, davranış ve netice iç içe geçmiştir ve (kanunun neticeyi belirtmediği durumlarda) davranışın ya da ihmalin gerçekleşmesi, suçun oluşması için yeterlidir. (Örn: suç işlemek için örgüt kurma, suçu ihbar etmeme, konut dokunulmazlığının ihlali; nitekim izinsiz konuta girmekle yasada belirtilen netice sonuçlanmıştır) ‘Neticeli suçlar’ ise hareket ile neticenin yer, zaman ve nedensellik bağı bakımından birbirinden *ayrılabilirdiği* ve suçun gerçekleşebilmesi için *davranışın* sonucunda yasada belirtilen, tanımlanmış neticenin gerçekleşmiş olması gerekir. (Örn: insan öldürme gibi) Veli Özer Özbeke, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Özel Hükümler)*, Cilt 2, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s. 55–60; Feyyaz Gölcüklü, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul, Beta Yayınları, 1989, s. 195–207.

<sup>29</sup> Schabas, *Genocide in International Law*, s. 155–156.

netleştirilmelidir. Bu konu Sözleşme’de açık değildir; BM Uluslararası Hukuk Komisyonu ise açık olmayan bu konuyu netleştirmek amacı ile 1996 yılında hazırlamış olduğu rapor ile söz konusu grubun bir kısmının, ilgili grubun “önemli bir kısmını” (*substantial part*) oluşturması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>30</sup> EYUCM ve kararlarında da yer verilen bu yaklaşım,<sup>31</sup> istisnaları var olmakla birlikte, genel olarak kabul edilmiştir.

*Soykırım suçunun manevi unsuru (mens rea)*: Soykırım suçunun gerçekleşebilmesi için suçun maddi unsurunun manevi unsuru ile beraber gerçekleşmesi zorunludur. Soykırım suçunu diğer uluslararası suçlardan ayıran da bu suçun manevi unsurudur. Sözleşme’nin II. maddesinin ilk paragrafında yer alan “...ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, bu haliyle (*as such*), kısmen veya tamamen *yok etmek kastı*...” soykırım suçunun oluşabilmesi için gereken manevi unsurdur ve suçun “kurucu unsuru”dur. Soykırım suçunun niteliği, hedef alınan insanların “kişisizleştirilmiş” (*de-personalize*) olmasıdır ve eylemlerin, hedef alınanların kişisel nitelikleri nedeni ile değil, belli bir gruba ait oldukları için gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle sorumluluğun saptanabilmesi için eylemi gerçekleştirenin ulusal, etnik, ırksal ya da dini bir grubu yok etmek kastının ispatlanması gerekmektedir. Bir başka ifade ile fail, mağduru, yok etmek istediği bir grubun üyesi olduğu için seçmektedir.<sup>32</sup> Kastın bu özgül biçimi, “özel kast” (*specific intent, dolus specialis*) olarak nitelendirilir. Yani fail, eylemi gerçekleştirirken suçun gerçekleşmesi için gereken bir unsur/araç/etken/ajan olmanın ya da sonucun gerçekleşmesi için gereken genel kastı paylaşmasının ötesinde, suça ait *özel kastı paylaşmak* zorundadır. Aksi halde eylem, cezalandırılabilir bir başka suçun kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.

Soykırımın bir devlet tarafından planlanıp organize edildiği ya da en azından fiilleri gerçekleştirenlerden bir kısmının devletle bağlantılı olduğu ise genel bir kabul görmektedir. Bu bağlamda, Sözleşme’de açıkça yer almamasına rağmen soykırımın gerçekleşebilmesi için bir planın var olması gerektiği söylenebilir.<sup>33</sup> Böylelikle, soykırımın “kendiliğinden” (*spontaneously*) gerçekleştirilmesi mümkün görünmemektedir; bu anlamda soykırım suçu, örgütlü bir suç olarak nitelendirilebilir.<sup>34</sup> O halde suçun soykırım olarak nitelendirilebilmesi için fail, fiilleri, söz konusu grubu yok etmek kastı ile planlanmış bir dizi eylemin parçası

<sup>30</sup> Yearbook of ILC, Vol. II, Part 2, 1996, s. 45, para. 8.

<sup>31</sup> Case IT-98-33-A, *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Chamber Judgment, 19 Nisan 2004, para. 8–11.

<sup>32</sup> Gökçen Alpkaya, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 125.

<sup>33</sup> Schabas, *Genocide in International Law*, s. 207.

<sup>34</sup> EYUCM’nin *Tadić Kararı*, söz konusu eylemlerin gerçekleşmesi için (devlet ya da değil) bir politikanın var olması gerektiğine işaret etmiştir. “...a policy must exist to commit these acts (although) it need not be the policy of a State...” Case IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgement*, 7 Mayıs 1997, para. 655.

olarak gerçekleştirmek durumundadır; fail, bu plandan haberdar olmak zorunda olup, eylemlere katılma ve eylemleri gerçekleştirme kastına sahip olmalıdır. Bir başka ifadeyle fail, hedeflenen grubun bir üyesini öldürürken eylemini, mağdurun üyesi olduğu grubu yok etmeye yönelik daha geniş hedefli bir kastın parçası olarak gerçekleştirmelidir.<sup>35</sup> Uluslararası mahkemelerin kararlarında planın, suçun manevi unsuru olduğuna dair açık ve net bir içtihat geliştirilmemiş olsa da soykırım suçunun plansız ve örgütsüz işlenemeyeceğine dair genel bir kabul mevcuttur.<sup>36</sup> Söz konusu planın var olmasının da suça dair manevi unsurun ispat edilebilmesi için güçlü bir kanıt niteliği taşıdığı ifade edilmiştir.<sup>37</sup>

Soykırım suçunu diğer suçlardan ayıran özel kasıt ve söz konusu özel kastın *ispatının zorluğu*, suçu, üzerinde en fazla tartışılan kategorilerden biri haline getirmektedir ve soykırımı ilişkin davaların oldukça ince elenip sık dokunur biçimde ele alınmasına neden olmaktadır. Suçun tespitine dair bu ihtiyat, bu konudaki içtihadın diğer uluslararası suçlara dair içtihada oranla sınırlı kalmasına neden olmaktadır. Suça ait özel kastın *tüzel kişiler* tarafından paylaşılmasının mümkün olmadığı konusundaki değerlendirmeler ise devletin soykırım suçunun faili olamayacağına dair iddiaların temelini oluşturmaktadır. Nitekim Sözleşme'nin IV. maddesinde suçun olası faileri sıralanırken (anayasaya göre sorumlu yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler) herhangi bir tüzel kişinin ya da doğrudan devletin soykırım suçu işleyebileceğine dair bir hükme yer verilmemiştir.

## Soykırım Sözleşmesi ve Devletin Sorumluluğu

Nuremberg Yargılamaları, devlet yetkililerinin, yetkilisi buldukları devlet adına hareket ettikleri iddiası ile suçtan bağışık kalmalarını engellemeye yönelik düzenlemelerin ilk büyük çaplı adımıdır; ancak, Nuremberg Yargılamalarının evrensel bir nitelikten uzak olması, atılan adımın yetersiz kaldığının göstergesidir. BM tarafından 9 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen Soykırım Sözleşmesi ise söz konusu eksikliği gidermeye yönelik bir adım olarak düzenlenmiştir ve bireylerin, görevlerinden doğan dokunulmazlık nedeniyle soykırım suçunun sorumluluğundan bağışık kalmalarının önüne geçmeyi amaçlamıştır. Ancak söz konusu adım, bireyin cezai bakımdan sorumlu

<sup>35</sup> Alpkaya, *Eski Yugoslavya*, s. 126.

<sup>36</sup> Ruanda Mahkemesi'nin *Kayishema ve Ruzindana Kararı*'nda spesifik bir planın soykırımın bir unsurunu oluşturmadığı, ancak soykırımın bir plan ya da örgüt(lenme) olmaksızın işlenmesinin kolay olmadığı vurgulanmıştır. "although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without a plan or organisation" Case ICTR-95-1-T, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Judgment*, 21 Mayıs 1999, para. 94.

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 94.

tutulması ile devletin işlenen suçlar ile doğrudan ya da dolaylı bağlantısını ise bir bakıma *perdelemiştir*.

Bireyin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin söz konusu olması nedeni ile hem uluslararası hukuk hem de ceza hukuku kavramlarının kullanıldığı Sözleşme, sahip olduğu bu özgün niteliği ile yorum konusunda kimi sorunlara yol açmıştır. Hem (bireysel) cezai sorumluluğu hem de (Sözleşme'nin hayata geçirilmesi bağlamında devlete dair) hukuksal sorumluluğu içeren Sözleşme, yorum konusunda farklı görüşlere açık olduğu gerekçesi ile eleştirilerin hedefi haline gelmiştir.

### ***Soykırım Sözleşmesi'nde Devletlere Atfedilen Sorumluluklar***

Bu bölümde Sözleşme'de devletlere atfedilen sorumluluklar, sırası ile Sözleşme'nin I, V, IV, VI, VII ve IX. maddeleri çerçevesinde ele alınacaktır.

**Madde I.** Sözleşmeciler Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder.

Bu madde, soykırım suçunu diğer uluslararası suçlardan farklı kılan en temel niteliklerinden birine vurgu yapmıştır; Sözleşme bu madde ile taraf devletleri, *barış ya da savaş sırasında işlenmesine bakılmaksızın* soykırım suçunu önlemekle ve cezalandırmakla yükümlendirmiştir. Bir başka ifade ile Sözleşme, i) suçun işlenmesinin barış ya da savaş durumundan bağımsız olduğunu, ii) soykırım suçunun bir uluslararası suç olduğunu ve iii) söz konusu suçun önlenmesi ve cezalandırılması görevini bizzat taraf devletlere yüklediğini belirtmektedir. Bu niteliği ile Sözleşme uluslararası hukukta bir "ilerleme"<sup>38</sup> olarak değerlendirilmiştir.

**Madde V.** Sözleşmeciler Devletler, bu Sözleşme'nin hükümlerine etkililik kazandırmak ve özellikle soykırımdan veya üçüncü maddede belirtilen fiillerden suçlu bulunan kimselere etkili cezalar verilmesini sağlamak için, kendi anayasalarında öngörülen usule uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarmayı taahhüt eder.

Bu madde ise Sözleşme maddelerinin uygulanması için gerekli olan en önemli maddedir. Sözleşme'nin *I. maddesi* ile devletlerin soykırım suçunu önlemesi ve cezalandırması konusu ele alınırken, bu madde ile söz konusu yükümlülüklerin nasıl hayata geçirileceği düzenlenmiştir. Sözleşme'deki hükümlerin *iç hukuka aktarılmasını* öngören madde, metnin kâğıt üzerinde kalmasını engellemeyi amaçlamıştır. Sözleşme'nin taraf devlet anayasalarında

---

<sup>38</sup> Schabas, *Genocide in International Law*, s. 150.

öngörülen usule uygun bir biçimde düzenlenmesini ve faillere etkili cezai yaptırımların uygulanmasını öngören madde, i) bir yandan metnin hayata geçirilmesinin yöntemini göstermekte, diğer yandan ise cezaların genel niteliği olarak kabul edilen ii) caydırıcılık unsuruna yer vermektedir. Böylelikle Sözleşme, devletlerin soykırım suçunu ulusal mevzuatta bir suç olarak düzenlemelerini ve bu suçun faillerinin yargılanmalarının devletler tarafından güvence altına alınmasını öngörmektedir.

“Etkili cezalar verilmesini sağlamak” ibaresindeki belirsizlik, uygulanması gereken yaptırımlar konusunda genel ve bir örnek düzenlemeler yapılmasını engelleyerek devletlerin yetki alanlarına geniş bir pay bırakmıştır. Bu nedenle birçok devletin soykırım suçunu önleme ve cezalandırma konusundaki düzenlemeleri, Sözleşme’den ve birbirlerinden farklıdır.<sup>39</sup>

**Madde IV.** Soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre sorumlu yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır.

Bu madde ise faillerin kovuşturulması ve cezalandırılmasına dair hükümler içermektedir. Suçu işleyen devlet görevlisi ya da özel kişi olduğuna bakılmaksızın kovuşturulabileceğini ve cezalandırılabilmesini ifade eden madde, kimsenin “resmiyet zırhı”na sığınıp sorumluluktan kurtulmasının, bir başka ifade ile anayasal dokunulmazlıklardan yararlanabilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>40</sup> Ancak, maddede yer alan “anayasaya göre sorumlu kişiler” ibaresi maddenin sınırlayıcı hükmü olarak nitelendirilebilir. Sözleşme’nin hazırlandığı ve üzerinde tartışıldığı dönemde kralların yargılanabilmesine itiraz eden devletler (Birleşik Krallık, Hollanda, İsveç vs.), “anayasaya göre sorumlu kişiler” ibaresi ile söz konusu riski ortadan kaldırmışlardır.

<sup>39</sup> 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı TCK’nin 76. maddesi, soykırım suçunu düzenlemektedir; dikkat edileceği üzere, TCK’de yer alan hükümler ile Sözleşme’de yer alan hükümler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. **Madde 76.** Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur: (1) a. Kasten öldürme, b. Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme, c. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması, d. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması, e. Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi. (2) Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısına gerçek içtima hükümleri uygulanır. (3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükümlenir. (4) Bu suçlardan dolayı zamanasımı işlemez.” Konunun ayrıntıları için bkz. Önok, “5237 Sayılı Yeni TCK”.

<sup>40</sup> Nitekim hem Yugoslavya hem de Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri kapsamında, resmi görevlilerin kovuşturuldukları görülmektedir.

Maddenin hazırlık çalışmaları sırasında Birleşik Krallık'ın, *tüzel kişilerin* de yargılanabilmeleri konusundaki önerileri ise kabul edilmemiştir. Devletlerin ya da hükümetlerin cezai sorumluluğa sahip olamayacağı konusundaki itirazlar, tüzel kişilerin soyut varlıklar olarak cezai sorumluluğa sahip olmalarının, i) cezanın kişiselliği ilkesini karşılayamayacağı ve ii) UAD'nin cezai bir yaptırıma hükmetme yetkisinin olmadığı gerekçeleri ile temellendirilmiştir. Birçok devletin, bir devletin *ceza hukuku bağlamında* suçlu bulunamayacağını ve cezalandırılmayacağını iddia etmesi ve Mısır'ın, devletlerin yargılanabileceğinin kabul edilmesi durumunda tüzel kişilere dair listenin genişletilmesi gerektiğini vurgulaması, devletlerin ve diğer tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilmemesine neden olmuştur.<sup>41</sup>

**Madde VI.** Soykırım fiilini veya üçüncü maddede belirtilen fiillerden birini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimseler, suçun işlendiği ülkedeki Devletin yetkili bir mahkemesi veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan Sözleşmeciler Devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanır.

Bu madde ise faillerin yargılanmaları konusunu düzenlemektedir ve suçun ve yargılamaların “ülkeselliği” (*territoriality*) ya da “evrenselliği” (*universality*) konusundaki tartışmalara kaynaklık etmektedir. Bu maddenin “suçun işlendiği ülkedeki Devletin yetkili bir mahkemesi” ibaresi, sınırlayıcı bir niteliğe sahiptir. Soykırım suçunun evrensel bir suç olduğu, eylemi gerçekleştirenin dünyanın her yerinde yargılanabileceği konusundaki “kurucu kanı”nın aksine madde, yargılamaların, *suçun işlendiği ülke mahkemelerinde ya da* yetkili bir uluslararası ceza mahkemesinde gerçekleştirileceğini hükme bağlamıştır. Böylelikle soykırım kavramının mucidi olan Raphael Lemkin'in, “yargılamaların suçun nerede işlendiğine ve kişilerin ulusal kimliklerine bakılmaksızın yapılabilmesi” gerektiğine dair *koşulsuzluk* vurgusu kabul görmemiştir.

İşlenen suçun yargılanmasının, 1990'lara kadar uluslararası mahkemelerin kurul(a)mamış olması göz önünde bulundurulduğunda, fiilen ulusal yargı organları ile sınırlı kalmış olması ise yükümlü devletlerin, ulusal mevzuatında gerekli düzenlemeleri yapma konusundaki çekince göstermelerini ya da gerekli düzenlemeleri yapmalarına rağmen sağlıklı ve güvenilir kovuşturma gerçekleştir(e)memelerini beraberinde getirmiştir. 1990'larla uluslararası ceza mahkemelerinin kurulması ve ulusal sınırları aşan yargılamaların gerçekleştirilmesi ise meşruiyet ve uygulanılabilirlik konusundaki “endişelerin” görece giderilmesine kaynaklık etmiştir.

**Madde VII.** Soykırım fiili ve üçüncü maddede belirtilen diğer fiiller, suçluların iadesi bakımından siyasal suçlar olarak kabul edilmez. Sözleşmeciler Devletler bu tür olaylarda kendi yasalarına ve yürürlükteki sözleşmelere göre suçluları iade etmeyi üstlenir.

<sup>41</sup> Schabas, *Genocide in International Law*, s. 419–420.



VI. madde ile belirtilen “faillerin suçun işlendiği ülkede yargılanması zorunluluğu”, “faillerin iadesi” (*extradition*) konusunun da düzenlenmesini gerektirmiştir. Suçun faili, suçun işlendiği ülke topraklarını terk eder ve başka bir ülkeye kaçar/sığınır ise söz konusu devlet, faili, suçun işlendiği devlete iade etmekle yükümlendirilmiştir; genellikle devletler arasında ikili antlaşmalar ile düzenlenen iade konusu ile antlaşmaların yokluğu halinde konunun güvence altına alınması amaçlanmıştır. Maddede yer alan “soykırım fiili ve üçüncü maddede belirtilen diğer fiiller, suçluların iadesi bakımından *siyasal suçlar* olarak kabul edilemez” ibaresi, başka bir ülkeye sığınan bir failin iadesinin siyasi gerekçelerle reddinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Maddenin ikinci bölümünde yer alan “kendi yasalarına ve yürürlükteki sözleşmelere göre” ibaresi ile ise devletler, ulusal mevzuatı ile uyumu sağlamayı amaçlamışlardır; böylece devletler, kendi ulusal mevzuatına aykırı bir iadenin mümkün olmadığını iddia edebileceklerdir.

O halde bu madde ile devletlere, topraklarında soykırım suçu faillerini barındırmama ve failleri iade etme yükümlülüğü getirilmiştir.

**Madde IX.** Sözleşmeciler Devletler arasında, bu Sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya üçüncü maddede belirtilen fiillerin her hangi birinden bir Devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı önüne götürülür.

Devlet sorumluluğu konusunda Sözleşme'nin yer verdiği en önemli maddelerden biri IX. maddedir. Maddeye göre taraf devletler, Sözleşme'nin i) yorumlanması, ii) uygulanması ve iii) yerine getirilmesi konularında, suç oluşturan fiiller nedeni ile devlet sorumluluğuna dair bir uyuşmazlık söz konusu ise uyuşmazlığı UAD'ye götüreceklerdir. Böylelikle devletler, Sözleşme'nin yorumlanması ya da hayata geçirilmesi konusunda bir tereddüde düşüklerinde konuyu UAD'ye götürmek hususunda yükümlülük üstlenmişlerdir. Ayrıca, bu madde ile bir devletin soykırım suçundan dolayı sorumluluğu konusunda bir başka devletin UAD'ye başvurabilmesi de olanaklı kılınmıştır.

O halde Sözleşme, UAD'ye bazı yetkiler tanıırken, devletlere ise kimi yükümlülükler getirmektedir. Sözleşme hazırlanırken ve yürürlüğe girdikten sonra i) Sözleşme'nin uygulanmasını ve öngördüğü yaptırımları konu edinen ya da ii) geliştirdiği içtihat ile yol gösterecek bir kurumun bulunmaması, bu konudaki eksikliği UAD ile giderilmesine neden olmuştur.

Bir ceza mahkemesi olmayan UAD, soykırım suçu faillerinin yargılanmasına dair bir davaya bakma yetkisine sahip değildir; Divan, bir devletin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi konusundaki bir davaya bakmakla yetkilidir. Uygulamaya bakıldığında ise devletlerin UAD'ye başvuru konusunda

isteksiz davrandıkları görülmektedir. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra dünyanın birçok ülkesinde soykırım suçunun işlendiğine dair iddiaların söz konusu edilmesine rağmen devletler, UAD'ye başvurma yolunu nadiren benimsemişlerdir. Bu konuda yalnızca dört başvurunun olduğu görülmektedir: i) Pakistan'ın 1973 yılında Hindistan aleyhine yaptığı başvuru, ii) Bosna-Hersek'in 1993 yılında eski Yugoslavya aleyhine yaptığı başvuru, iii) Sırbistan-Karadağ'ın 1999 yılında NATO'nun bazı üyeleri aleyhine yaptığı başvuru ve iv) Hırvatistan'ın 1999 yılında eski Yugoslavya'nın gerçekleştirdiği eylemler nedeni Sırbistan-Karadağ aleyhine yaptığı başvuru.

### ***Soykırım Sözleşmesi'nin Taraf Olmayan Devletler İçin Bağlayıcılığı***

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki *temel* farklılıklardan biri, uluslararası hukuk işlemlerinin doğrudan bağlayıcı niteliğe sahip olmamaları ve hukukun ihlali halinde cebri icra ilkesini uygulayabilecek merkezi bir otoritenin bulunmamasıdır. Bir başka ifade ile iç hukukta kuralların genel etki doğurmasına karşılık, uluslararası hukukta kurallar, yalnızca söz konusu kurallar ile bağlı olmayı kabul eden özneler bakımından hukuksal etki doğurmaktadır; yani uluslararası hukuk görece bir etkiye sahiptir.<sup>42</sup> Bu nedenle geleneksel uluslararası hukuka göre Soykırım Sözleşmesi, yalnızca bağıtlı devletler için bağlayıcılık kazanabilir; yani bu yaklaşıma göre, örneğin Sözleşme'nin 5. maddesinde yer verilen gerekli düzenlemelerin iç hukuka aktarılma yükümlülüğü, Sözleşme'ye taraf olan devletler için bağlayıcı olmalıdır. Ancak:

i) Sözleşme'nin, soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması hükmünün *teamül hukukunun bir parçası* haline geldiğine ve bu nedenle tüm devletler için bağlayıcı niteliğe sahip olduğuna dair iddia, Sözleşme'nin devletlere getirdiği yükümlülüklerin tüm devletler için bağlayıcı olduğunu öne sürmektedir. Yaklaşımın savunucuları, teamül hukukunun manevi unsurunun, yani devletlerin uygulana gelen bir kuralın hukuk kuralı niteliği taşıdığına dair inancının, Sözleşme'nin soykırımı önlemeye ve cezalandırmaya dair hükümleri için geçerli olduğunu iddia etmektedirler. "Soykırım suçunun evrenselliği" inancına işaret eden söz konusu iddia, bu yolla Sözleşme'nin tüm devletleri bağladığını ileri sürmektedir;<sup>43</sup>

ii) Sözleşme'nin taraf olmayan diğer tüm devletler için bağlayıcı olduğuna dair bir diğer iddia ise soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğünün *jus*

<sup>42</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 31.

<sup>43</sup> Paul J. Magnarella, "Recent Developments in the International Law of Genocide: An Anthropological Perspective on the International Criminal Tribunal for Rwanda", Alexander L. Hinton (der.), *Annihilation Difference: The Anthropology of Genocide*, California, University of California Press, 2002, s. 311.

*cogens* niteliğe sahip olduğunu ileri sürmektedir.<sup>44</sup> UAD'nin 1951 yılında verdiği Soykırım Sözleşmesi'ne Konulabilecek Çekinceler Üzerine Danışma Görüşü'nün hukuksal temelini oluşturduğu söz konusu yaklaşım, soykırım suçunun evrenselliği konusundaki bir diğer "taraf"tır.<sup>45</sup> *Jus cogens*, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. ve 64. maddelerince düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre uluslararası hukukun bir buyruk kuralı, devletlerin uluslararası topluluğun tümünce, aksine hiçbir kuralın konulması olasılığı bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralı ile değiştirilebileceği kabul edilen kuraldır ve bir buyruk kural ile çatışan her antlaşma batıldır. Aksine sözleşme yapılması olanağı bulunmayan, bir başka ifade ile devletlerin sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayan buyruk kural,<sup>46</sup> soykırım suçu söz konusu olduğunda geçerli kabul edilmiştir;

iii) Bu konudaki bir diğer uluslararası hukuk kuralı ise bir kuralın bütün uluslararası hukuk öznelerine yönelik sonuç doğurmasını düzenleyen *obligatio erga omnes* ilkesidir. *Jus cogens* niteliğe sahip bir kuralın tüm özneler için *erga omnes* niteliğe sahip olduğu iddiası/yorumu, Soykırım Sözleşmesi söz konusu olduğunda geçerli bir kural olarak nitelendirilmiştir.<sup>47</sup>

### ***UAD'nin Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı*<sup>48</sup>**

1990'ların ilk yarısında, eski Yugoslavya toprakları çok büyük bir yıkıma sahne olmuştur. Yugoslavya'nın dağılması sürecinde ve sonrasında yaşanan çatışmalar, on binlerce insanın hayatını kaybetmesine ve *uluslararası suç* olarak nitelendirilebilecek sayısız eylemin gerçekleştirilmesine kaynaklık etmiştir. Söz konusu eylemlerden sorumlu kişilerin kovuşturulması, yargılanması ve cezalandırılması için ise BM Güvenlik Konseyi'nin *827 Sayılı Kararı* ile Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisi, bireysel cezai sorumluluk esasına dayanmaktadır; bu nedenle Mahkeme'nin yargı yetkisine giren hukuk özneleri gerçek kişilerdir; konu bakımından yetkisi kapsamına giren eylemler ise i) 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, ii) savaş yasa ve geleneklerinin ihlalleri, iii)

<sup>44</sup> Cherif Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*," *Law & Contemporary Problems*, Cilt 59, No 63, 1996, s. 267.

<sup>45</sup> Saul Mendlovitz ve John Fousek, "The Prevention and Punishment of Crime of Genocide," Charles B. Stroizer ve Michael Flynn (der.), *Genocide, War and Human Survival*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1996, s. 138-140.

<sup>46</sup> Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, Cilt I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 295. Uluslararası hukukta zorlayıcı bir normun *olmadığı* sıklıkla iddia edilmektedir. Söz konusu iddiayı öne sürenler, uluslararası hukukun kimi kurallarını *jus cogens* olarak nitelendirmenin, uluslararası hukukun genel ilkelerini dile getirmenin *semantik* olarak farklı bir yöntemi olduğunu dile getirmektedirler. Bassiouni, "International Crimes," s. 267.

<sup>47</sup> Bassiouni, "International Crimes," s. 272.

<sup>48</sup> *Case Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, ICJ, 26 Şubat 2007.

soykırım suçu ve iv) insanlığa karşı suçlar olarak düzenlenmiştir. Mahkeme, herhangi bir tüzel kişiyi yargılama yetkisine sahip değildir. Bu nedenle bir devletin soykırım eylemlerinden dolayı sorumluluğu konusu, Mahkeme'nin yetkisi dışındadır.

Yaşanan yıkım sonrasında, çatışmalar sırasında gerçekleştirilen eylemlerden birçoğunun soykırım kapsamına girdiğini ve bu konudaki temel sorumluluğun Sırbistan Devleti olduğunu ileri süren Bosna-Hersek Cumhuriyeti (BHC), uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan hakları temelinde UAD'ye başvurmuştur. Başvurudan on dört yıl sonra sonuçlanan kararda, Soykırım Sözleşmesi'nin yorumlanmasında ve soykırım eylemleri ile devletin bağlantısı konusunda önemli değerlendirmelerde bulunan Divan, uluslararası hukukta ve uluslararası ceza hukukunda kaydedilen değişimin ve dönüşümün resmi habercisi niteliğindedir.

### ***Davanın Gelişimi***

Bosna-Hersek Cumhuriyeti (BHC) 20 Mart 1993 tarihinde, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin (YFC)<sup>49</sup> Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiği iddiası ile UAD'ye başvurmuştur; başvuru, Sözleşme'nin IX. maddesine dayandırılarak gerçekleştirilmiştir (para. 1). Aynı gün içerisinde BHC, Divan'dan, Statüsü'nün 73. maddesi uyarınca YFC'nin Soykırım Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi için "geçici önlem" (*provisional measure*) kararı almasını talep etmiştir; 31 Mart 1993 tarihinde söz konusu talebini yinelemiştir. 1 Nisan 1993 tarihinde ise YFC, aynı gerekçelerle Divan'ın BHC'ye yönelik geçici önlem kararı almasını talep etmiştir. Divan'ın 8 Mart 1993

---

<sup>49</sup> Davalı Sırbistan'ın hukuksal kimliği ise Yugoslavya'nın dağılmasından sonra bir dizi değişikliğe uğramıştır. Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin (YSFC) dağılmasından sonra meydana gelen devletlerden Sırbistan-Karadağ Cumhuriyeti (ya da Yugoslavya Federal Cumhuriyeti-YFC), 27 Nisan 1992 tarihinde yaptığı bir deklarasyon ile YSFC'nin hukuksal ardılı olduğunu ve YSFC'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini devam ettireceğini belirtmiştir. Ancak BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı *757 ve 777 Sayılı Kararlar*, YFC'nin, YSFC'nin kendiliğinden (*otomatik*) ardılı olduğuna dair deklarasyonunun BM nezdinde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Uzun süre tartışmalı halde kalan konu, YFC'nin 31 Ocak 2000 tarihinde BM üyeliğine kabul edilmesi ile sonuçlanmıştır. 21 Mayıs 2006 tarihinde ise Karadağ'ın bağımsızlığını ilan etmesi, Sırbistan-Karadağ Cumhuriyeti'nin Sırbistan Cumhuriyeti ve Karadağ Cumhuriyeti olarak iki ayrı devlet haline gelmesine neden olmuştur. Sırbistan Cumhuriyeti, 16 Haziran 2006 tarihinde BM Güvenlik Konseyi'ne sunduğu dilekçe ile Sırbistan-Karadağ Cumhuriyeti'nin hukuksal ardılı olduğunu ve bu devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini devam ettireceğini belirtmiştir. Karadağ Cumhuriyeti ise anayasasının 60. maddesi uyarınca ardıl devletin Sırbistan Cumhuriyeti olduğunu ve dolayısı ile Soykırım Davası'nın bir tarafı olma ehliyetinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu gelişmeler nedeni ile UAD'nin vermiş olduğu kararın muhatabı Sırbistan Cumhuriyeti'dir (para. 88-99)

tarihinde verdiği “ara karar” (*order*) ile her iki taraf için geçerli geçici önlemlerin alınmasına hükümlenmiştir (para. 4). Geçici önlemlere dair tarafların yinelenen talepleri üzerine Divan, 13 Eylül 1993 tarihinde geçici önlem kararını yinelemiş ve tarafların, derhal etkili bir biçimde gereken düzenlemeleri yapmaları gerektiğine hükmetmiştir (para. 8).

YFC, BHC'nin 20 Mart 1993 tarihli başvurusunun Divan'ın yargı yetkisi kapsamının dışında kaldığı ve bu nedenle başvurunun “kabul edilemez” (*inadmissible*) olduğu iddiası ile bir “ön itirazda” (*preliminary objection*) bulunmuştur (para. 10). Ancak 11 Haziran 1996 tarihinde Divan, Sözleşme'nin IX. maddesine dayanarak YFC'nin gerçekleştirdiği ön itirazı reddetmiştir (para. 12). 3 Şubat 2003 tarihinde Sırbistan-Karadağ Cumhuriyeti'nin Divan'a yaptığı ve 11 Haziran 1996 tarihli kararın gözden geçirilmesini talep eden başvuru ise Divan tarafından kabul edilemez bulunmuştur. 26 Şubat 2006 ile 9 Mayıs 2007 tarihleri arasında gerçekleşen duruşmalar sonucunda bir sonuca varan Divan, 27 Şubat 2007 tarihinde kararını kesinleştirmiştir.

### ***Iddialar***

BHC başvurusunda, YFC'nin doğrudan ya da dolaylı bir biçimde, i) Soykırım Sözleşmesi'nin II/a, b ve e bentlerini ihlal ettiğini ve ihlal etmekte olduğunu, ii) soykırım için “işbirliği/anlaşma” (*conspiracy*) yaparak, soykırım suçuna “iştirak” (*complicity*) ederek, soykırım suçuna “teşebbüs” (*attempt*) ederek ve soykırım suçunu “kışkırtarak” (*incitement*) Sözleşme'yi ihlal ettiğini ve ihlal etmekte olduğunu, iii) soykırım eylemleri ile bağlantılı kişilere ve gruplara “yardım” (*aid*) ederek ve onları “teşvik” (*abet*) ederek Sözleşme'yi ihlal ettiğini ve ihlal etmekte olduğunu, iv) soykırım eylemlerini “engellemekte ve failleri cezalandırmakta başarısız” (*fail to prevent, fail to punish*) olarak Sözleşme'yi ihlal ettiğini ve ihlal etmekte olduğunu ileri sürmüştür (para. 65).

YFC ise savunmasında, i) Davacı'nın gerçekleştirildiğini iddia ettiği eylemlerin *tümünün gerçekleşmediğini*, gerçekleşenlerin ise Davacı'nın iddia ettiği boyutlarda olmadığını, ii) gerçekleştirilen eylemlerin soykırım kastı ile gerçekleştirilmediğini, iii) ve eylemlerin, belli bir etnik ya da dini gruba yöneltilmediğini ya da söz konusu gruplara mensup oldukları için gerçekleştirilmediğini iddia etmiştir.

Ayrıca Davalı, tüm bu eylemlerin, i) YFC'nin organları tarafından gerçekleştirilmediğini, ii) YFC'nin ülke topraklarında gerçekleştirilmediğini, iii) YFC'nin emrinde ya da kontrolü altında bulunan organlar tarafından gerçekleştirilmediğini, iv) ve uluslararası hukukta söz konusu eylemleri YFC'nin gerçekleştirdiğini öne sürmeye kaynaklık edecek başka bir zeminin de bulunmadığını dile getirmiştir ve Divan'ın iddiaları reddetmesi gerektiğini ileri sürmüştür (para. 65).

Divan ise soykırım konusundaki değerlendirmelerine, Sözleşme'nin devlet sorumluluğuna dair maddelerini sıralayarak başlamıştır ve dava bakımından Divan'ın yetkisine giren maddenin Sözleşme'nin IX. maddesi olduğunu ifade etmiştir (para. 147). Böylelikle YFC'nin davanın kabul edilebilir olmadığına dair iddiası, Sözleşme'nin IX. maddesine dayandırılarak reddedilmiştir.

BHC ise Soykırım Sözleşmesi'nin devletlere, liderleri ya da organları aracılığı ile “soykırım suçu işlememe” (*not to commit genocide*) ya da “suçun işlenmesine yardım etmeme” yükümlülüğü getirdiği iddia etmiştir ve YFC'nin işlenen soykırım suçundan sorumlu olduğunu ve Sözleşme'yi ihlal ettiğini ileri sürmüştür (para. 155). YFC ise Sözleşme'nin devletlere, yalnızca *bireyler* tarafından gerçekleştirilen eylemleri önleme ve eylemlerin faillerini cezalandırma yükümlülüğü getirdiğini iddia etmiştir ve Divan'ın, devletin soykırım eylemlerindeki sorumluluğu konusunda değil, yalnızca eylemleri önleme ve failleri cezalandırma konusundaki başarısızlık durumunda yetkili olabileceğini ileri sürmüştür (para. 156). Soykırım suçunun, cezaların kişiselliği ilkesi gereğince ceza hukukunun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve suçun işlenip işlenmediğine dair yapılacak yargılamanın UAD'nin yetkisi dışında bulunduğunu dile getiren YFC, (para. 157) BHC'nin iddialarının hukuksal temelini olmadığını iddia etmiştir. Diğer bir ifade ile BHC'nin Divan'dan, Sözleşme'nin II. ve III. maddeleri temelinde bir bakıma ceza yargılaması yapması talebine karşın YFC, Divan'ın uluslararası hukuk düzleminde böyle bir yetkiye sahip olmadığını ileri sürmüştür ve Sözleşme'nin “*devletin kendisinin* soykırım suçu işleyebileceği”ne dair herhangi bir imada *bulunmadığını* vurgulamıştır (para. 158).

### ***Divan'ın İddiaları Değerlendirmesi***

Divan ise tüm iddiaları değerlendirirken Sözleşme'nin amacının ve ruhunun önemine vurgu yapmış ve her maddenin ve hatta kavramın söz konusu amacın ve ruhun bağlamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. I. maddede yer alan “önlemeyi ve cezalandırmayı üstlendikleri” (*undertake*) ibaresinde yer verilen “üstlendikleri” sözcüğünün “öğütleyici” (*hortatory*) bir nitelikten öte bir anlam taşıdığını belirtmiştir (para. 162). Sorumluluk konusunun *düalizm* içerdiğini dile getiren Divan, *tüzel bir kişilik olan devletin kendisinin soykırım suçu işlememe yükümlülüğünün* olup olmadığını ise çözümlenmeye tabi tutmuştur.

Divan, Sözleşme lafzının, “devletin kendisinin soykırım suçu işlememe yükümlülüğü olduğu” yönünde hüküm *içermediğini*, ancak BHC'nin de vurguladığı üzere IX. maddenin, devlet sorumluluğunun sınırlarını belirleme konusunda Divan'ı yetkili kıldığı ifade etmiştir. Sözleşme'nin I. maddesinin devletlerin kendisinin soykırım suçu işlememe yükümlülüğünü düzenlemediğini, ancak Sözleşme'nin kurucu mantığından geliştirilebilecek

yorumun, devletlerin uluslararası hukuka göre suç olan soykırım suçunu işlememe yükümlülüğü altına girdiğini iddia etmiştir. Böylesi bir yorumun devletlerin soykırım eylemlerini önleme yükümlülüğünden de çıkarsanabileceğini öne süren Divan, devletlerin doğrudan kendi yetkisi altında bulunmayan kişilerin, organların da soykırım eylemlerini ya da III. maddede belirtilen diğer eylemleri işlemelerini önlemeleri ile yükümlendirildiklerini dile getirmiştir. Dolayısı ile Divan, devletlerin soykırımı önleme yükümlülüğünün, kendi etkisi altında bulunan kişileri ya da organların eylemlerini ya da uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilecek eylemleri önleme yükümlülüğü getirdiğini vurgulamıştır. Böylelikle Divan, Sözleşme’de yer alan soykırımı önleme yükümlülüğünün, “soykırımı işlememe yükümlülüğü”nü “ima ettiğini” (*implies*) ifade etmiştir (para. 166).

Devletlerin üzerinde etkili oldukları kişiler ya da organların soykırım eylemlerini ve III. maddede yer alan diğer eylemleri önleme yükümlülüğünü vurgulayan Divan, III. maddede yer alan “işbirliğinin” ya da “iştirakin” ceza hukuku kapsamında yer alan kategoriler olduğunu kabul etse de, özellikle iştirakin Sözleşme’nin amacı gereği devlet sorumluluğu ile bağlantılandırılabilmesini iddia etmiştir (para. 167).

Sözleşme metninde yer alan soykırımı önleme ve cezalandırma konularındaki devlet sorumluluğunun, yalnızca devletin soykırımı önlemeyi ve cezalandırmayı *başaramadığında* gündeme gelmeyeceğini dile getiren Divan, I. maddenin tümü göz önünde bulundurulduğunda devletlerin soykırımdan ve III. maddede belirtilen diğer eylemlerden sorumlu olabileceğini ifade etmiştir (para. 169).

YFC’nin, devletlerin cezai sorumluluğuna dair bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadığı ve Sözleşme’nin bu konuda herhangi bir araç sunmadığını belirtmesine karşılık ise Divan, Sözleşme’den kaynaklanan devlet sorumluluğunun cezai bir doğaya sahip olmadığını, hukuksal nitelikte olduğunu iddia etmiştir ve Sözleşme’nin IX. maddesinden kaynaklanan sorumluluğun uluslararası hukuk kapsamı içerisinde yer aldığını vurgulamıştır (para. 170). Ayrıca, Sözleşme’nin *standart* uluslararası ceza hukuku içerisinde yer alan bireysel cezai sorumluluk temelinde düzenlendiğini dile getiren YFC, Sözleşme’nin, III. maddede yer alan eylemlerden dolayı devlet sorumluluğunu öngörmediğini iddia etmiştir. Nuremberg Yargılamaları sırasında yer verilen ünlü, “uluslararası hukuka aykırı suçlar, gerçek kişiler tarafından işlenir; soyut varlıklar tarafından değil” cümlesinin, davalının “uluslararası hukuk devletlerin eylemlerinden oluşur ve bireyler için ceza öngörmez” şeklindeki iddiasına yanıt olarak dile getirildiğini ifade eden Divan, Nuremberg Mahkemesi’nin, şu cümle ile iddiayı reddettiğini dile getirmiştir: “uluslararası hukukun devletlere olduğu gibi bireylere de kimi hak ve yükümlülükler getirdiği uzun süredir kabul edilmektedir” (para. 172). YFC’nin geleneksel uluslararası hukuk yaklaşımını

eleştiren Divan, sonuç olarak Sözleşen Tarafların, Sözleşme uyarınca, eylemleri devletlere atfedilebilecek kişiler, organlar ya da gruplar aracılığı ile *soykırım suçu işlememekle* ve III. maddede belirtilen eylemleri gerçekleştirilmemekle yükümlü olduklarını ifade etmiştir (para. 180) ve dolayısı ile *herhangi bir bireyin mahkûm olmadığı durumlarda dahi* soykırım ve soykırıma iştirak suçlarının devlet sorumluluğuna yol açabileceğini dile getirmiştir (para. 182).

BHC'nin iddialarına karşılık Divan, sunulan kanıtların soykırımın varlığını "hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde" ispatlaması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bakımdan delillerin değerlendirilmesi aşamasında ihtiyatlı davranacağını ilan eden Divan, birçok eylemin daha önce EYUCM kararlarında ele alındığını ve bu nedenle söz konusu kararlardan yararlanacağını dile getirmiştir.

BHC'nin iddialarına yönelik incelemeleri aşamasında Divan, eylemlerin gerçekleştirildiği toprakların, eylemleri gerçekleştiren kişi, organ ya da grupların hukuksal ve fiili statülerini ele almıştır.

i) 14 Ekim 1991 tarihinde Bosna-Hersek Parlamentosu'nun bağımsızlık ilanı sonrasında, bu ilanın geçerliliğine karşı çıkan Bosna-Hersek topraklarında yaşayan Sırp topluluk, 24 Ekim 1991 tarihinde Bosna-Hersek Parlamentosu'ndan bağımsız bir parlamento oluşturduğunu ilan etmiştir. 12 Ocak 1992 tarihinde "Sırp Cumhuriyeti" (*Republica Srpska*) adını alan ve Bosna-Hersek topraklarında ayrı bir cumhuriyet kurduğunu ilan eden Sırp topluluk, 28 Şubat 1998 tarihinde anayasasını oluşturmuştur; ancak Sırp Cumhuriyeti, uluslararası alanda hiçbir zaman *de jure* tanınmamıştır; *de facto* bağımsızlık ile varlığını sürdürmüştür (para. 203). 6 Mart 1992 tarihinde resmi olarak bağımsızlığını ilan eden Bosna-Hersek Cumhuriyeti ise *de facto* Sırp Cumhuriyeti'nin de içerisinde bulunduğu bir devlet haline gelmiştir (para. 233).

ii) Davaya konu olan *de jure* bağımsız iki devlet, Bosna-Hersek Cumhuriyeti ile Sırbistan-Karadağ Cumhuriyeti'dir. Bu devletlerin oluşmasından sonra kurulan yasadışı askeri ve *paramiliter* örgütlenmeler ise gerçekleştirilen eylemlerin birçoğunda etkin olarak yer almışlardır. BHC, YFC hükümetinin, i) Sırp Cumhuriyeti 'otoriteleri' ile politik ve ekonomik, ii) Sırp Cumhuriyeti Ordusu (VRS) ile ise yönetsel ve kontrole dayalı bağlantıları olduğunu iddia etmiştir. Divan, YFC'nin Bosna-Hersek Sırplarına duyduğu politik yakınlığını yasadışı olmadığını ifade etmiştir. Ancak, YFC'nin Bosna-Hersekli Sırpları koruma bahanesi ile bir Büyük Sırbistan kurma amacı ile hareket ederek soykırım eylemlerine yol açıp açmadığını ise çözümlenmeye tabi tutmuştur.

Soykırım Sözleşmesi'nin II. maddesinde belirtilen eylemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ele alan Divan, ilk olarak Sözleşme'nin II/a maddesinden başlamıştır. Bosna-Hersek topraklarının (Srebrenica hariç) muhtelif bölgelerinde ve bu bölgelerdeki toplama kamplarında gerçekleştirilen eylemlerin çok ciddi



boyutlarda kitlesel ölümlere yol açtığını ve mağdurların büyük bir çoğunluğunun iddia edilen ve Sözleşme'nin koruma altına aldığı gruba karşı gerçekleştirildiğini kabul eden Divan, bu eylemlerin soykırım oluşturan eylemler olabileceğini dile getirmiştir; bir başka ifade ile Divan, Sözleşme'nin II/a maddesinin gerektirdiği maddi unsurun gerçekleştirildiğini ifade etmiştir (para. 276). Ancak Divan, *deliller ışığında*, II/a maddesinin maddi unsurunu oluşturan eylemlerin, soykırım suçunun kurucu unsuru olan manevi unsurunu içerdiği konusunda ikna olmadığını dile getirmiştir. EYUCM kararlarından da yararlanan Divan, soykırım suçunun gerektirdiği yok etme kastının BHC tarafından yeterince delillendirilemediği gerekçesi ile Sözleşme'nin (Srebrenica haricinde) II/a maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (para. 277).

Sözleşme'nin II/b ve c maddelerinde yer alan eylemler için de benzer bir yöntem geliştiren Divan, maddi unsurun gerçekleştiğini ifade etmiştir; gerçekleştirilen birçok eylemin insanlığa karşı suçlar ya da savaş suçları kategorisi içerisinde değerlendirilebileceğini, ancak eylemlerin, soykırım suçunun gerektirdiği yok etme kastı ile gerçekleştirildiğinin BHC tarafından delillendirilemediğini dile getirmiş ve dolayısı ile II/b ve c maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (para. 319). Divan, Sözleşme'nin II/d ve e maddelerinde yer alan eylemlerin ise gerçekleştirilmediğini dile getirmiştir (para. 361). Ayrıca, BHC'nin iddiaları ışığında hedef alınan grubun tarihsel, kültürel ve dini mirasına yönelik yıkımın gerçekleştirildiğini kabul eden Divan, bu tür eylemlerin “etnik arındırma” (*ethnic purification*) politikasının önemli bir parçası ve Bosnalı Müslümanların “kalıntıları”nı yok etmek konusunda girişimler olduğunu kabul etmiştir; ancak, bu eylemlerin Sözleşme'nin II/c maddesinde yer alan “yaşam şartlarını ortadan kaldırma” kastı olarak değerlendirilemeyeceğini dile getirmiştir (para. 344).

### ***Srebrenica Katliamı ve Soykırım***

Srebrenica, Bosna-Hersek Cumhuriyeti içerisinde yer alan bir kenttir. Divan, VRS tarafından Srebrenica'da gerçekleşen olayların iddiaları yansıtıp yansıtmadığını değerlendirmek için EYUCM davalarında yer verilen ayrıntılı çözümlere başvurmuştur. Srebrenica olayları için özellikle EYUCM'nin *Krstic ve Blagojevic Davalarında*<sup>50</sup> yer verilen delillerden, ayrıntılı çözümlerden ve Mahkeme içtihadından yararlanan Divan, gerçekleştirilen eylemlerin Sözleşme'nin II/a ve b maddelerinde yer alan eylem tiplerine girdiği sonucuna varmıştır. Ayrıca Divan, hedef alınan grubun Sözleşme'nin koruma altına aldığı gruplardan biri olduğunu (Bosna-Hersekli Müslümanlar) ve eylemlerin yok etme kastı ile gerçekleştirildiğini dile getirmiştir; diğer bir ifade ile Divan, Srebrenica

<sup>50</sup> Case IT-98-33-A, *Prosecutor v. Krstic*, 19 Nisan 2004; Case IT-02-60-T, *Prosecutor v. Blagojevic*, 17 Ocak 2005.

olaylarında, soykırım suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğunu ifade etmiştir ve işlenen suçların VRS üyeleri tarafından ve 13 Temmuz 1995 tarihi dolaylarında gerçekleştirildiğini vurgulamıştır (para. 297).

Divan, Srebrenica'da yaşanan katliamın “boyutunu” göz önünde bulundurarak soykırım suçunun *manevi unsurunun* oluşabilmesi için önemli olanın, gerçekleştirilen eylemlerin “vahşeti” ya da “acımasızlığı” *değil*, “özel kastın varlığı” olduğunu vurgulamıştır. Eylemlerin “vahşetinin” ya da “acımasızlığının”, “özel kastın varlığı”nı kanıtlamak için gerekli olan ölçütlerden *kimileri* olabileceğini ifade eden Divan, eylemlerin “vahşi” ya da “acımasız” olmasının, başlı başına soykırım suçunun manevi unsurunun oluşabilmesi için yeterli olmadığını ifade etmiştir (para. 373).

Ancak, UAD ve EYUCM'nin, soykırım suçunun varlığı konusundaki kanıtların, yok etme kastını karşılaması konusunda farklı ölçütlere başvurdukları söylenebilir. Divan, 1949 yılında verdiği *Corfu Channel Kararı*<sup>51</sup> ile geliştirdiği “kanıtların şüpheye yer bırakmayacak biçimde açık olması” ilkesini ölçüt olarak belirlemiştir ve soykırım suçunun tespiti konusuna EYUCM'den daha katı yaklaşmıştır.<sup>52</sup> Sözleşme'nin II. maddesinde korunan ulusal, etnik, ırki ya da dini grubun “pozitif” olarak tanımlanması gerektiğini ifade eden Divan, Bosna-Hersek'in “Sırp-olmayanlar”a karşı gerçekleştirilen eylemler için ileri sürdüğü iddiaların soykırım suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini dile getirmiş ve bu tür bir tanımlamanın “negatif” bir tanımlama olduğunu belirtmiştir (para. 197–201). Grubun tanımlanmasına dair böylesi bir yaklaşım ise literatürde, “soykırım hukuku”na yapılan önemli bir katkı olarak değerlendirilmiştir.<sup>53</sup>

Sonuç olarak Srebrenica'da yaşanan olayların soykırım olduğunu ifade eden Divan, devlet sorumluluğu konusunu, Srebrenica olayları çerçevesinde, i) Sırp Cumhuriyeti ve ordusu VRS ile ve ii) YFC hükümeti ve ordusu JNA ile bağlantılandırmıştır.

### ***Soykırım ve Devlet Sorumluluğu***

Bir eylemin bir hukuk kişisine atfı, mahiyeti gereği bir kurgu içerir.<sup>54</sup> Bir eylemi gerçekleştiren bireyin ihlallerinin, tüzel bir kişilik olan devlete atfı *da* bir kurgudur. Eylemlerinin, i) devlete atfı mümkün olan kişiler ya da organlar ile ii) devlete atfı mümkün olmayan kişiler ya da organlar sorunu, dava çerçevesinde uluslararası yargının çözümlemesi gereken bir konu olmuştur. Bu nedenle

<sup>51</sup> *Case (Corfu Channel) UK v. Albania*, ICJ Reports 1949.

<sup>52</sup> Sandesh Sivakumaran, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*),” *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 56, 2007, s. 699.

<sup>53</sup> *Ibid.*, s. 697.

<sup>54</sup> Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği,” Cemal Bali Akal (der.), *Devlet Kuramı*, 2. B., Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005, s. 439.

Divan, devletlerin soykırım suçunu işlememe yükümlülüğü olduğu ve Srebrenica'daki olayların soykırım oluşturduğu sonucuna vardıldıktan sonra, Srebrenica'daki olayların YFC'ye atfedilip atfedilemeyeceği konusunu çözümlenmiştir.

Divan, devlet sorumluluğu konusunu ele alırken ikili bir *test* uygulamış, soykırım eylemlerinden sorumlu kişilerin ve/veya "oluşumların" (*entities*) YFC ile *de jure*, değilse *de facto* bağlantılı olup olmadıklarını araştırmıştır. Devlet sorumluluğunun *doğrudan* söz konusu olabilmesi için soykırım eylemlerini gerçekleştiren kişilerin ya da oluşumların, iç hukuka göre yasal, bir başka ifade ile YFC'nin *de jure* organ(lar)ı olması gerektiğini dile getiren Divan, aksi halde eylemlerin YFC'ye atfedilemeyeceğini dile getirmiştir. Bu bağlamda Divan, YFC ordusu JNA'nın katliamlarda yer aldığı ya da YFC siyasi liderlerinin, eylemlerin hazırlanmasında, planlanmasında ya da hayata geçirilmesinde dahilinin delillendirilemediğini belirtmiştir. JNA'nın resmi mensuplarının VRS'nin gerçekleştirdiği eylemlerde doğrudan ya da dolaylı olarak yer aldıklarına dair birçok delilin var olduğunu kabul eden Divan, söz konusu eylemlerin BM Güvenlik Konseyi'nin 752 (1992), 757 (1992), 762 (1992), 819 (1993) ve 838 (1993) Sayılı Kararları ile kınandığını ve eylemlere son verilmesinin talep edildiğini ifade etmiştir. Ancak Divan, Srebrenica'da gerçekleştirilen eylemler söz konusu olduğunda *de jure* bir bağlantının gözler önüne serilemediğini ve *ne* Sırp Cumhuriyeti'nin *ne de* ordusu VRS'nin, YFC'nin *de jure* organları olduğunu dile getirmiştir (para. 386).

BHC, Divan'ın vargıları üzerine General Mladic dâhil tüm VRS mensuplarının, YFC'nin askeri yönetimi altında bulunduğunu ve maaşlarının 2002'ye kadar Belgrad tarafından ödendiğini iddia etmiştir ve bu durumun *de jure* bir bağlantıya işaret ettiğini vurgulamıştır. Divan ise sözü edilen kişiler ya da oluşumlar arasındaki "iletişimin" (*communications*), iddia edildiği gibi hukuksal bir bağlantıya kanıt teşkil etmediğini dile getirmiştir. Ayrıca, Sırp Cumhuriyeti'nde konuşlanan ve büyük çaplı eylemlerde bulunan *Scorpions* isimli paramiliter grubun BHC'nin iddialarının aksine, YFC'nin *de jure* organı olmadığını ifade eden Divan, BHC'nin söz konusu iddialarını reddetmiştir (para. 389).

Doğrudan hukuksal bağlantılara dair iddiaların Divan tarafından kabul edilmemesi sonrasında BHC, *Scorpions*, *Red Berets*, *Tigers* ve *White Eagles* isimli paramiliter grupların YFC ile *de facto* bağlantılarının *reddedilemeyeceğini* ifade etmiştir ve dolayısı ile eylemlerin YFC'ye atfedilebileceğini iddia etmiştir. Bir başka ifade ile Divan'ın çözümlenmesi için önünde bulunan konu, devlet ile *de jure* bağlantısı olmayıp *de facto* bağlantısı olan kişi, organ ya da oluşumların, söz konusu devletin sorumluluğuna kaynaklık edip etmeyeceğidir. Divan ise sorunu, bu konuda daha önce verdiği *Nicaragua v. USA Kararı*'nda<sup>55</sup> geliştirdiği yaklaşım ışığında ele almıştır.

<sup>55</sup> Case *Nicaragua v. USA*, ICJ Reports 1984-1986.

### **Nicaragua ve Tadic Kararlarında Benimsenen Ölçütler**

Nicaragua, paramiliter Kontralar (*Contras*) örgütünün Nikaragua topraklarında gerçekleştirdiği eylemlerin ABD güdümlü olduğunu ve bu nedenle söz konusu eylemlerin ABD'ye atfedilebileceğini iddia etmiştir ve ABD aleyhine UAD'ye dava açmıştır. Kararında Divan, “*de jure/de facto* bağlantı” konusuna yer vermiş ve bu konuda bir içtihat geliştirmiştir.

*Kontraların* gerçekleştirdiği uluslararası insani hukuk ihlallerinin ABD'ye, ABD'nin örgüt ve üyeleri üzerinde “etkili denetim” (*effective control*) unsurunun söz konusu olması halinde atfedilebileceğini ifade eden Divan, ‘etkili denetim’ unsurunu uygulanması gereken bir “ölçüt” olarak belirlemiştir. Kararında ikili bir sınıflandırmaya giden Divan, *de jure* nitelikte *olmayan* kişileri ve oluşumları, i) tamamen yabancı devlete bağımlı olan kişiler ve oluşumlar (ekonomik, lojistik ve plan/yönlendirme konularında; *Unilaterally Controlled Latino Assets/UCLA*) ve ii) görece bağımlı, bağımsız hareket edebilme yetisine sahip kişiler ve oluşumlar (*Kontralar*) olarak ele almıştır. İlk kategoride yer alanların eylemlerinin devlet sorumluluğuna yol açabileceğini, ancak ikinci kategoride yer alanların doğrudan devlet sorumluluğuna yol açabilmesinin güç olduğunu dile getirmiştir. ABD'nin diğer devletin iç işlerine karışmasının BM Antlaşması'nın 2/4. maddesini ihlal edebileceğini, ancak ABD'nin *Kontralar* üzerinde “etkili denetiminin” olmaması nedeni ile gerçekleştirilen eylemlerden sorumlu tutulamayacağını dile getiren Divan, Nikaragua'nın iddialarını reddetmiştir. Böylelikle Divan, etkili denetim testini, i) çok özel operasyonlar için emir verme ve ii) operasyonların *Kontralar* eliyle ABD tarafından yürütülme koşullarına bağlamıştır.<sup>56</sup>

EYUCM'nin *Tadic Kararı* ise Divan'ın etkili denetim ölçütünü uygulamamıştır. Etkili denetim ilkesinin devlet sorumluluğunun mantığına aykırı olduğunu dile getiren “Üstyargılama Dairesi”<sup>57</sup> (*Appeal Chamber*) “kapsayıcı/genel denetim” (*overall control*) ölçütünü geliştirmiştir. Daire, eylemleri gerçekleştiren kişilerin ya da oluşumların, çatışmaların uluslararası nitelikte olması durumunda iddialara konu olan yabancı devlet adına hareket etmelerinin devlet sorumluluğunu doğurabileceğini dile getirmiştir. Kişilerin, yabancı devletin *de facto* memurları gibi davranmalarının sorumluluğa kaynaklık edebileceğini belirten Daire, UAD'nin geliştirdiği katı ölçüte oranla daha esnek bir yönetime başvurmuştur.

<sup>56</sup> Antonio Cassese, “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia,” *European Journal of International Law*, Cilt18, No 4, 2007, s. 652.

<sup>57</sup> Yargılamaların yapıldığı yerlerin, Türkçe’de Yargılama Dairesi (*Trial Chamber*) ve Üstyargılama Dairesi (*Appeal Chamber*) olarak *özgün* bir biçimde kullanımı için bkz. Alpkaya, *Eski Yugoslavya*.

Söz konusu yaklaşımlar ışığında Divan, *ne* General Mladic'in, *ne de* diğer kişilerin ve oluşumların YFC'nin *de jure* organı olduklarına dair delilin sunulduğunu dile getirmiştir. Divan YFC'nin Sırp Cumhuriyeti'ne ve VRS'ye temel ihtiyaçların karşılanması ve ekonomik olarak destek sağladığının açık olduğunu, ancak bu durumun adı geçen oluşumları otomatik olarak YFC'nin organı yapmayacağını vurgulamıştır. Aksi yönde delillerin sunulamaması olmasından dolayı Divan, söz konusu kişilerin ve oluşumların Sırp Cumhuriyeti'nden ya da VRS'den emir alan kişiler olarak nitelendirilmeleri gerektiğini dile getirmiştir. Bu nedenle General Mladic'in ve VRS mensuplarının YFC adına *değil*, Sırp Cumhuriyeti adına hareket ettiklerini ifade eden Divan, BHC'nin iddialarını reddetmiştir (para. 388).

Srebrenica'da büyük çaplı eylemlerde bulunan *Scorpions* isimli paramiliter grubun YFC ile bağlantısını da özel olarak ele alan Divan, etkili denetimin var olduğunu gösteren delillerin sunulmadığını, var olan bağlantının ise YFC ile değil, Sırp Cumhuriyeti ve ordusu VRS ile olduğunu dile getirmiştir. Bu konuda davacının Divan'a sunduğu delillerin ışığında karara varmak zorunda olduğunu belirten Divan, *de jure* bağlantının bulunduğunu kanıtlayan yeterli belgenin Divan'a teslim edilmediğini ifade etmiştir. Bu nedenle *Scorpions* örgütünün eylemlerinin YFC'ye atfedilemeyeceğini dile getiren Divan, sorumluluğun doğmadığı sonucuna varmıştır (para. 395).

Davacı tarafından iddia edilen ve birçoğunun Divan tarafından da kabul edildiği bağlantıların, nitelikleri ve statüleri gereği devlet sorumluluğuna yol açamayacağı sonucuna varan Divan, YFC'yi soykırım eylemlerinden dolayı sorumlu tutmamıştır.

### ***İştirak (Complicity)***

Soykırımı iştirak konusu ise Divan'ın önündeki hassas konulardan biri olmuştur. Divan, soykırım eylemlerine kişiler ya da oluşumlar eliyle iştirak etmenin, YFC'nin sorumluluğuna kaynaklık edip etmeyeceğini çözümlenmiştir. İştirakin ceza hukuku kapsamında olduğunu dile getiren Divan, böylesi bir suçun uluslararası hukukun yerleşik terminolojisinin dışında yer aldığını, ancak var olan "yardım ve teşvik" (*aid and abet*) kategorisine benzer nitelikler içerdiğini ifade etmiştir (para. 419). Bu bağlamda Sözleşme'nin III/e maddesinde yer alan iştirakin, yardım ve teşvik gibi sorumluluk hukukuna uygulanabileceğini dile getiren Divan, Srebrenica olaylarında adı geçen kişilerin ya da oluşumların eylemlerinin soykırımı iştirak etmek olarak değerlendirilmesi için gereken ölçütleri dile getirmiştir.

İştirakin soykırım suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için soykırım suçunun manevi unsuru olan "yok etme kastının soykırımı iştirak edenlerce paylaşılması gerektiği"ni ifade eden Divan, iştirakçinin, eylemleri "bilerek"

(*knowingly*) gerçekleştirmesi gerektiğini ve suçun asli failinin özel kastından haberdar olması gerektiğini ifade etmiştir (para. 421). Soykırıma iştirak konusunda önemli ölçütler geliştiren Divan, kastın paylaşılması gerekliliğinin ve eylemlerin icra yolu ile (ihmal yolu ile değil) sonuç doğurabileceğinin altını çizmiştir. Bu çerçevede Divan, Srebrenica’da gerçekleştirilen eylemlerde, suçun manevi unsurunu oluşturan gerekliliklerin delillendirilemediğini dile getirmiş ve YFC’nin iştirak bağlamında da uluslararası sorumluluğunun mümkün olmadığını ifade etmiştir (para. 420–424).

### ***Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Yükümlülüğü***

Divan son olarak, Sözleşme’nin I. maddesi çerçevesinde ele aldığı devletlerin soykırımı önleme ve cezalandırma yükümlülüğünü çözümlenmiştir. Divan devletlerin soykırımı önlemek için “gereken özeni gösterme yükümlülüğü” (*due diligence*) olduğunu vurgulamıştır. Divan, bir devletin soykırımı önleme konusunda gereken önlemleri almakta açıkça başarısız olduğu durumlarda sorumluluğunun söz konusu olabileceğini dile getirmiş ve önleme yükümlülüğünün “sonuç değil, davranış” (*conduct, not result*) yükümlülüğü olması gerektiğini ifade etmiştir (para. 430). Bu konuda “ciddi risk” (*serious risk*) ölçütünü geliştiren Divan, devletin “soykırım riskinin var olduğundan haberdar olduğu anda ya da normal şartlarda haberdar olması gerektiği anda” önleme yükümlülüğünün doğduğunu belirtmiştir.

“İştirak” ile “önleme yükümlülüğü” arasında bir karşılaştırma yapan Divan, iştirak için her zaman “pozitif bir eylemin” (*positive action*) yer alması gerektiğini vurgulamıştır; ancak önleme yükümlülüğünün, bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde doğduğunu dile getirmiştir. Bir başka ifade ile Divan, iştirakin “icrai” (*commission*), önleme yükümlülüğünün ise “ihmali” (*ommission*) bir eylem olduğunu ifade etmiştir (para. 432). Ayrıca önleme yükümlülüğü söz konusu olduğunda özel kastın paylaşılması gerekliliğinin aranmadığını vurgulayan Divan, devletin ağır bir soykırım tehlikesinden haberdar olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir (para. 432).

Bu bağlamda eylemlerin gerçekleştirildiği sıralarda YFC’nin Bosna-Hersekli Sırplar üzerinde etkili olduğunu ve YFC yetkililerinin, VRS’nin Srebrenica’yı işgal etmeye karar verdiği dönemde soykırım tehlikesinden haberdar olmamalarının çok düşük bir ihtimal olduğunu dile getiren Divan, YFC’nin Bosna-Hersekli Sırplar üzerinde sahip oldukları reddedilemez nüfuzun, Srebrenica’daki trajik olayları önlemek üzere hayata geçirilebileceğini ifade etmiştir. Bir başka ifade ile Divan, soykırım tehlikesinden haberdar olan YFC’nin soykırımı önlemek için gereken her türlü çabayı göstermiş olması gerektiğini dile getirmiş, YFC organlarının ise Srebrenica’daki katliamı önlemek için hiçbir şey yapmadığını belirtmiştir. Soykırım tehlikesinin mevcut olduğu durumda, önleme yükümlülüğü olan devletlerin önleme yetisinin, yani bu konuda yeterli araca

sahip olup olmamasının önemli olmadığını vurgulayan Divan, devletlerin gereken önlemleri almasının yeterli olduğunu dile getirmiştir (para. 438). Tüm bu gerekçeler ışığında Divan, YFC'nin, Sözleşme'nin I. maddesi ile getirdiği soykırımı önleme yükümlülüğünü *ihlal ettiği* sonucuna varmıştır.

Divan bir sonraki adım olarak soykırım faillerinin cezalandırılması konusuna yer veren Sözleşme'nin VI. maddesi ile devletlere getirilen yükümlülüğü çözümlenmiştir. Devletlere getirilen, “hakkında suç isnadı bulunan kimselerin, yargılama yetkisi Sözleşmeciler Devletler tarafından kabul edilmiş olan ve bu nedenle yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanması” yükümlülüğü, YFC'ye soykırım faillerini EYUCM'ye teslim etme yükümlülüğü getirmektedir. 14 Aralık 1995 tarihli Dayton Antlaşması ile EYUCM'nin yargılama yetkisini kabul eden YFC'nin, General Mladic'in topraklarında bulunduğu dair yeterli delilin bulunmasına karşın Mladic'i Mahkeme'ye teslim etmediği ya da bu konuda Mahkeme ile gereken işbirliğini gerçekleştirmekte başarısız olduğu gerekçeleri ile Divan, YFC'nin Sözleşme'nin I. ve VI. maddelerini *ihlal ettiği* sonucuna varmıştır (para. 449).

Divan ayrıca soykırımın önlenmesi konusunda YFC'nin gereken önlemleri almayarak, Divan'ın 8 Nisan ve 1 Eylül 1993 tarihli geçici önlem kararlarını da *ihlal ettiğini* belirtmiştir (para. 456).

*Sonuç olarak Divan*, i) YFC'nin kendisine bağlı kişiler ya da organlar aracılığı ile soykırım işlemediğine, soykırım için işbirliği yapmadığına, soykırımı kışkırtmadığına (*incitement*), soykırımı iştirak etmediğine, ii) Srebrenica'daki soykırımı önleme yükümlülüğünü ihlal ettiğine, iii) YFC'nin General Mladic'i EYUCM'ye teslim etmediği ve Mahkeme ile gereken işbirliğini gerçekleştirmediği için Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğine, iv) Divan'ın 8 Nisan ve 13 Eylül 1993 tarihli geçici önlem kararlarını ihlal ettiğine, v) ihlalin söz konusu olduğunu ilan eden hükümlerin, “tatmin edici” (*satisfactory*), “açıklayıcı” (*declarative*) ve bu eylemlerin tekrarlanmamasının güvencesi olduğuna ve de maddi herhangi bir tazminata işaret etmediğine hükmetmiştir (para.471).

## Sonuç

*Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı*, birçok noktadan dikkate değer, yankı uyandıran ve tartışmaları beraberinde getiren bir karardır.

Tartışmaların başında, Divan'ın, devletlerin uluslararası sorumlulukları konusunda geliştirdiği içtihadın niteliği gelmektedir. Divan kararında, bir devletin *paramiliter* oluşumları silahlandırması, gerekli teçhizatı sağlaması ve her türlü ekonomik, askeri ve siyasi desteği sunması halinde dahi *de jure* bağlantının olmadığı gerekçesi ile uluslararası sorumluluğunun doğmayacağına hükmetmiştir. Bir başka ifade ile Divan, “bir devletin kendi ülkesinin toprakları dışında” (*extra-territorial*) gerçekleşen eylemlere yaptığı yardımların sorumluluk doğurabilmesi için “*de jure* bağlantı”nın bir ölçüt olarak belirlenmesi gerektiğini

ifade etmiştir. Bu yaklaşım, fiilen var olduğu kabul gören ilişkilerin hukuk aracılığı ile yaptırma bağlanmasını engellediği gerekçesi ve böylesi bir yaklaşımın devletlerin var olan normlara uygun biçimde davranmalarını teşvik etmenin aksine, devletlere, sorumluluk doğuracak ihlallerden “nasıl uzak durabilecekleri yolunda ipuçları sunduğu” iddiası ile eleştirilerin hedefi olmuştur.<sup>58</sup>

Divan’ın kararında eleştirilen bir diğer nokta ise iddialar konusunda “etkili bir soruşturma” ya da tatmin edici bir “delil tespiti” sürecinin işletilmemiş olmasıdır. İddiaların gerçekliğinin araştırılması konusunda, EYUCM’ye sunulan belgelerden ve Mahkeme’nin kararlarından yararlanan Divan, ihtiyaç gerekçesi ile taraflardan ek belge sunmalarını talep dahi etmemiştir.

Divan kararı, devletin cezai sorumluluğu konusundaki tartışmalara kaynaklık etmesi bakımından da ayrı bir öneme sahiptir. Soykırım Sözleşmesi’nin I. maddesini, devlet tüzel kişiliğinin “soykırım işlememe yükümlülüğü”nün olduğu biçiminde yorumlayan Divan, tüzel kişilerin cezai sorumluluğa sahip olup olmadığı konusundaki soru işaretlerini beraberinde getirmiştir. Literatürde, Divan’ın söz konusu yorumunun devletlerin soykırım suçunu önlemekle yükümlü olmasının yanı sıra “organları aracılığı ile soykırım işleyebileceği” biçiminde yorumlanması, mefhum-u muhalifinden devletlerin soykırım suçu işleme “ehliyeti”nin olduğunu kabul etmek anlamına geldiği öne sürülmüştür ve bu yaklaşım *totolojik* olarak değerlendirilerek devletin organları aracılığı ile (ceza hukuku bağlamında) suç işleyemeyeceği iddia edilmiştir.<sup>59</sup> Bireysel cezai sorumluluk ilkesi kapsamında kovuşturulabileceği ileri sürülen soykırım eylemlerinin devlet tarafından da gerçekleştirilebileceği iddiası, Divan’ın soykırım işlememe yükümlülüğünü ceza hukukuna “özdeş bir içerikle ele almadığı” (*not identical*) biçiminde yorumlanmıştır. Soykırım suçunun manevi unsurunun tüzel kişilerde aranmayacağı iddiası, sorumluluk hukukunun, i) devletin hukuksal sorumluluğu ve ii) bireyin cezai sorumluluğu şeklinde algılanması gerektiği “ısrarı”nı da beraberinde getirmiştir. Devletin soyut kişiliği ve kolektif yapısı/boyutu göz önünde bulundurulduğunda devletin soykırım işleyebileceği iddiasının gerçekçi olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>60</sup>

Aksi yaklaşıma göre ise bir devlet, desteklediği ve yardımda bulunduğu kişilerden ya da gruplardan, soykırım işlemelerine rağmen desteğini çekmiyor ise bunun yalnızca soykırımı önleme yükümlülüğünün ihlali olarak değil, soykırımı “iştirak” (*complicity*) olarak değerlendirilmesi gerektiği savlanmıştır.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Mark Gibney, “Genocide and State Responsibility,” *Human Rights Law Review*, Cilt 7, No 4, 2007, s. 771–772.

<sup>59</sup> Paola Gaeta, “On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide,” *The European Journal of International Law*, Cilt 18, No 4, s. 640.

<sup>60</sup> *Ibid.*, s. 643.

<sup>61</sup> Antonio Cassese, “Criminal Law Notions and State Responsibility for Genocide,” *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 5, 2007, s. 887.



Divan kararında, uluslararası yargılama hukuku konusunda farklı bir tutum sergileyerek bir bakıma “ceza yargılaması” gerçekleştirmiştir. Bu bağlamda Divan’ın, “soykırım hukuku”nun ayrıntıları ve soykırım eylemlerinin değerlendirilmesi konularında, geleneksel uluslararası hukuku aşan bir yöntemle başvurduğu iddia edilebilir. Devletin soykırım suçu işlememe yükümlülüğünün altını çizen Divan, uluslararası ceza hukukunun “özne”sine (birey) dair yeni tartışmalara (tüzel kişiler) da kaynaklık etmiştir.

Soykırım Sözleşmesi’nin yorumlanması konusunda da “farklı/beklenenin dışında” (*unorthodox*) davranan Divan’ın, özellikle soykırımı önleme konusundaki pozitif yükümlülüğün ülkesel yetki ile sınırlı olmadığını, aksine evrensel bir niteliğe sahip olduğunu ve söz konusu önleme yükümlülüğünün mutlak bir nitelikten öte devletin yetisi oranında alabileceği tüm önlemlere başvurma yükümlülüğü olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulaması, literatürde “son derece ilerici”<sup>62</sup> ve hatta “devrimci”<sup>63</sup> bir yaklaşım olarak dahi değerlendirilmiştir. Soykırımın küresel düzeyde kovuşturulabilmesinin ise “geleneksel ulusal egemenlik yaklaşımı” ile “evrensel insan hakları yaklaşımı” arasındaki diyalektik ilişki olduğu ileri sürülmüştür.<sup>64</sup>

Egemenlik anlayışının sorgulandığı, üzerinde tartışıldığı ve alternatiflerinin üretildiği bu dönemde tanık olunan yerel, bölgesel ve küresel dönüşümlerin söz konusu egemenlik anlayışına dayalı hukuk alanlarının da nitelik değiştirmesine, (değilse değiştirmeye zorlanmasına) neden olduğu söylenebilir. O halde modern çağın evrensel siyasi örgütlenme biçimi olarak benimsenen ulus-devletin ve kaynaklık ettiği ulusal-uluslararası hukukun tabii olduğu söz konusu dönüşüm, doğrudan ya da dolaylı biçimde, i) Soykırım Sözleşmesi’nin yorumlanması, ii) UAD’nin yargı yetkisi, iii) uluslararası hukuk, uluslararası insan hakları hukuku, ceza hukuku ve uluslararası ceza hukuku alanlarında yaşanan artan etkileşimin de temel belirleyicisidir.

<sup>62</sup> Marco Milanovic, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up,” *The European Journal of International Law*, Cilt 18, No 4, 2007, s. 687.

<sup>63</sup> Gibney, “Genocide and State Responsibility,” s. 772.

<sup>64</sup> Orna Ben-Naftali ve Miri Sharon, “What the ICJ Did not say about the Duty to Punish Genocide,” *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 5, 2007, s. 864.

## Kaynakça

- Alpkaya, Gökçen, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Bassiouni, Cherif, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*," *Law & Contemporary Problems*, Cilt 59, No 63, 1996, s. 265–278.
- Case *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, ICJ, 26 Şubat 2007.
- Case *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Requested by the UN General Assembly for an Advisory Opinion)*, ICJ Reports 226.
- Case (*Corfu Channel*) *UK v. Albania*, ICJ Reports 1949.
- Case *Nicaragua v. USA*, ICJ Reports 1984–1986.
- Case ICTR-95-1-T, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment, 21 Mayıs 1999.
- Case IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgment, 7 Mayıs 1997.
- Case IT-98-33-A, *Prosecutor v. Krstic*, Appeal Chamber Judgment, 19 Nisan 2004.
- Case ICTR-97-23-S, *Prosecutor v. Kambanda*, Judgment, 4 Eylül 1998.
- Cassese, Antonio, "Criminal Law Notions and State Responsibility for Genocide," *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 5, 2007, s. 875–887.
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2003.
- Cassese, Antonio, "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in the Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia," *European Journal of International Law*, Cilt 18, No 4, 2007, s. 649–668.
- Çelik, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, Cilt I, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Eroğul, Cem, *Devlet Nedir?*, 2. B., Ankara, Imge Kitabevi, 1999.
- Gaeta, Paola, "On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide," *The European Journal of International Law*, Cilt 18, No 4, s. 631–648.
- Gibney, Mark, "Genocide and State Responsibility," *Human Rights Law Review*, Cilt 7, No 4, 2007, s. 760–773.
- Gölcüklü, Feyyaz, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul, Beta Yayınları, 1989.
- Gözler Kemal, *Idare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2005.
- Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Knieriem, Von August, *The Nuremberg Trials*, Chicago, Henry Regnery Company, 1959.
- Lemkin, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944.
- Lemkin, Raphael, "Genocide as a Crime under International Law," *American Journal of International Law*, Cilt 41, No 1, Ocak 1947, s. 145–151.
- Magnarella, Paul J., "Recent Developments in the International Law of Genocide: An Anthropological Perspective on the International Criminal Tribunal for Rwanda," Alexander L. Hinton (der.), *Annihilation Difference: The Anthropology of Genocide*, California, University of California Press, 2002, s. 310-322.
- Mendlovitz Saul ve John Fousek, "The Prevention and Punishment of Crime of Genocide," Charles B. Stroizer ve Michael Flynn (der.), *Genocide, War and Human Survival*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 1996, s. 137-151.
- Meray, Seha, *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt I, 3. B., AÜSBF Yayınları, No 237, 1968.
- Milanovic, Marco, "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up," *The European Journal of International Law*, Cilt 18, No 4, 2007, s. 669–694.
- Naftali, Orna-Ben ve Miri Sharon, "What the ICJ Did not Say about the Duty to Punish Genocide," *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 5, 2007, s. 859–874.
- Önok, R. Murat, "5237 Sayılı Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçlar," *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s. 176- 215.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Özel Hükümler)*, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 4. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

- Pellet, Allain, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!" *European Journal of International Law*, Cilt 10, No 2, 1999, s. 425–434.
- Schabas, William, *Genocide in International Law*, UK-Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Sivakumaran, Sandesh, "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*)," *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt 56, Temmuz 2007, s. 695–708.
- Tarhanlı, Turgut, "Uluslararası Suçlar ve İnsan Hakları," *Toplum ve Bilim*, Sayı 87, Kış 2000/2001, s. 97–112.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 8.B., İstanbul, Beta Yayınları, 2003.
- Uzun, Elif, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu*, İstanbul, Beta Yayınları, 2007.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1992.
- Yurtsever, Haluk, *Tarihten Güncelliğe Sınıf Savaşları ve Devlet*, İstanbul, Yordam Yayınları, 2006.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım, *Kamu Hukukuna Giriş: Devlet (Tanım-Kaynak-Ursular)*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

## Summary

Genocide is a violation of international law in general and a violation of international criminal law in private. Essentially, being evaluated within the framework of international law, this crime is governed by national laws in the course of time. To define a genocidal act as a crime within the scope of the positive law in 20<sup>th</sup> century provides its perpetrator being prosecuted, tried and punished. Both the conception and the crime of genocide were mainly formed due to the massacres executed during the WWII.

Crime of genocide is not an ordinary crime which takes place in national criminal codes. Because of the *sui generis* qualifications, the crime has been placed at the peak of the hierarchy of the crimes. It is an international crime like others such as crimes against humanity, crimes against peace and crimes of wars, taking their roots from international treaties, not the national codes. Crime of genocide, being damned, has its own specific qualifications to be committed. These qualifications make the crime hard to be proved. The crime of genocide can only be committed with a *specific intent (dolus specialis)*, which means the perpetrator is obliged to have an *intent to destroy* a national, ethnical, racial or religious group in whole or in part. Without such intent, the act is evaluated under a different crime.

The basic legal arrangement about the crime, named *United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, was accepted on 9 December 1948 and come into effect on 12 January 1951. According to the Convention, all contracting states are obliged to prevent and punish the crime of genocide. Since international criminal courts/tribunals are restricted by the principle of individual criminal liability and the Convention incurs obligation on states, the violation of the Convention causes the responsibility of states.

The obligations and responsibilities of the states on preventing and punishing this crime are prescribed by the Convention in different articles and clauses. The *Article I* states that the Contracting Parties undertake to prevent and punish the crime of genocide "...whether committed in time of peace or in time of war..." The *Article V* which is related with the application of the Convention set forth that the Contracting Parties undertakes "...in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article III". Under *Article IV* which provides to prevent the immunity, everybody can be punished "...whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals". The *Article VI* is one of the most controversial article since it causes the tension on the principles of *territoriality* and the *universality* of trial of the crime by giving place such clauses as "...shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction." The *Article VII* in parallel with the principle of territoriality foresees the issue of extradition by saying that "...shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition. The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force." Thus, non-extraditing by putting forward the "political character of the crime" is aimed to be prevented. Finally the *Article IX* which constitutes the dimension of the disputes arise from "...the interpretation, application, fulfillment of Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice..."

The application filed to ICJ by Bosnia against Federal Republic of Yugoslavia based on this Convention has led to the interpretation and discussion of the articles and clauses of the Convention in detail. The judgment given at the end of a long-lasting process has become one of the most important and dramatic judgment of ICJ, having an *loud repercussion*.

Within the framework of the Convention and the articles mentioned above regarding state responsibility, the *Genocide Judgment* of the ICJ discusses the question whether the acts of genocide carried by Bosnian-Serb armed forces is attributed to the Federal Republic of Yugoslavia, as claimed by Bosnia. In its judgment dated 26 February 2007, ICJ found respondent to be in breach only of its obligations under *Article I* of the Convention by a majority of 12 to three. Also the Court denied any causal link between Serbia's conduct and losses resulting from the Srebrenica massacres, and contended itself with a declaratory judgment as a form of satisfaction, which seems contradictory. In its interpretation of the Convention, the Court discusses the responsibility of the state and the individual liability as well and comes to a conclusion by implying that the state has an obligation *not to commit genocide*. So the Court, on the one hand, concludes that genocide executed by the individuals cannot be attributed to Serbia, on the other hand, theoretically, the states are under the obligation of not to commit genocide which is an *unorthodox jurisprudence* which opens an argument whether the states can have the criminal responsibility or not.