

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NDEKİ
ULUSLARARASI SUÇLARDA ZAMANAŞIMI VE ZAMANAŞIMI
MESELESİNİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gözde GÜRPINAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Emre ÖKTEM

ARALIK 2019

ÖNSÖZ

Başta, tez çalışmam sürecinde, çalışmalarımı titizlikle takip ederek, başarılı bir tez ortaya çıkarabilmem için her türlü yönlendirme ve desteği sağlayan tez danışmanım Prof. Dr. Emre Öktem'e ve yüksek lisans savunma jürimde yer alan ve tezin bir plan dahilinde iyileştirilmesinde desteğini esirgemeyen değerli hocam Doç. Dr. Ceren Zeynep Pirim'e çok teşekkür ederim.

Uzun yıllar sonra geri döndüğüm tez sürecinde, bilgilerini ve manevi desteklerini esirgemeyen Galatasaray Üniversitesi'nde tanışma fırsatı bulduğum akademisyen arkadaşlarım, Özge Mutlu Kaya ve Dr. Gözde Atasayan'a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Her zaman bir şekilde desteğini hissettiğim, tez sürecinde de Fransızca tercüme konusunda desteğini sunan değerli dostum Cemre Aşçı'ya ve bu yoğun süreçte ofiste yokluğumu aratmayan ve tezin şekli çalışmalarında çok yardımcı dokunan değerli meslektaşım Nureddin Türk'e teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ	vi
ABSTRACT	xii
ÖZET	xviii
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NDEKİ ULUSLARARASI SUÇLAR	4
A. Soykırım Suçu	4
1. Maddi Unsur- <i>Actus Reus</i>	9
2. Manevi Unsur – <i>Mens Rea</i>	12
B. İnsanlığa Karşı Suçlar	13
1. Maddi Unsur- <i>Actus Reus</i>	14
2. Manevi Unsur – <i>Mens Rea</i>	18
C. Savaş Suçları	19
1. Maddi Unsur- <i>Actus Reus</i>	21
2. Manevi Unsur- <i>Mens Rea</i>	25
D. Saldırı Suçu	26
1. Maddi Unsur- <i>Actus Reus</i>	28
2. Manevi Unsur- <i>Mens Rea</i>	29
II. BÖLÜM: ZAMANAŞIMI KAVRAMI VE CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ	30
A. Zamanaşımı Kavramı	30
B. Zamanaşımı Kavramının Ortaya Çıkışı	31
C. Zamanaşımının Hukuki Niteliği	33
D. Dava ve Ceza Zamanaşımı Kavramları	34
E. Zamanaşımı Hakkında Görüşler	36
1. Zamanaşımı Lehinde Görüşler	36
a. Manevi Ceza Görüşü	36
b. Islah Görüşü	37
c. Delillerin Bozulması ve Kaybolması Görüşü.....	37
d. Psikolojik Değişim Görüşü	40
e. Unutma – Sosyal Fayda Görüşü	40
f. Takibatın Terki Görüşü	42
g. Cezanın Önleme Özelliği	43
2. Zamanaşımı Aleyhine Görüşler	43
a. Beccaria'nın Görüşü.....	44
b. Bentham'ın Görüşü	45
c. Zamanaşımına Karşı Çıkan Diğer Yazarlar	47
III. BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMININ UYGULANMAMASI	49
A. Zamanaşımı Uygulanmaması Konusunda Uluslararası Belgeler	51

1. Genel Olarak Uluslararası Suçlara Zamanaşımı Uygulanmaması Üzerine Belgeler.....	51
2. Uluslararası Çekirdek Suçlarda Doğrudan Zamanaşımını Düzenleyen Uluslararası Belgelerin Detaylı İncelemesi	58
a. 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme	58
i.Sözleşmenin Hazırlanışı ve Maddeleri Üzerinde İnceleme	58
ii.Sözleşmenin Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Geriye Yürümezlik İlkesi	69
b.Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi.....	76
B. Uluslararası Teamül Hukukunda Zamanaşımı Uygulanmaması Meselesi	80
1. Teamül Hukuku ve Unsurları.....	80
2. Uluslararası Teamül Hukukunda Uluslararası Çekirdek Suçlarda Zamanaşımı Uygulanmaması Meselesinin Değerlendirilmesi.....	85
IV. BÖLÜM: KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ULUSLARARASI ÇEKİRDEK SUÇLAR BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI MESELESİ.....	90
A. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenen Ülkeler	90
1. Türkiye'nin Yaklaşımı	91
2. Fransa'nın Yaklaşımı	99
3. Almanya'nın Yaklaşımı	107
4. ABD'nin Yaklaşımı	109
5. Arjantin'in Yaklaşımı.....	113
B. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirme	120
SONUÇ	124
KAYNAKÇA.....	128
ÖZGEÇMİŞ.....	141

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bknz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
ECHR	: European Court of Human Rights
EYUCM	: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
ICC	: International Criminal Court
ICJ	: International Court of Justice
ICTR	: International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	: International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUCM	: Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
SSÖCS	: 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Ter.	: Tercüme eden
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
UN	: United Nations

RÉSUMÉ

Ce présent mémoire propose une analyse approfondie et comparée du droit turc et droit international sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, du génocide et des crimes de guerre qui constituent le noyau dur des crimes internationaux et font désormais partie de la compétence de la Cour Pénale Internationale. Les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ont fait l'objet de nombreux débats tout au long du jugement des crimes commis durant la Deuxième Guerre Mondiale et forment aujourd'hui un problème important relevant du droit international. A cet égard, il est important de noter que le crime d'agression qui relève aussi du noyau dur des crimes internationaux n'a été analysé que dans le cadre de sa définition juridique. Autrement dit, la question d'imprescriptibilité des crimes d'agression ne fait pas l'objet de notre cadre de recherche dans ce présent mémoire. Notre objectif de recherche était de déterminer si les crimes indiqués doivent ou pas éventuellement bénéficier de péremption. À cet effet nous avons analysé les documents clés du droit international ainsi que des jugements rendus par les tribunaux internationaux. De même, nous avons pris en considération les jugements des tribunaux nationaux ainsi que le droit national au regard du droit comparé et principe de droit international coutumier. Bien que la torture, la disparition forcée, le terrorisme, la traite des personnes, le commerce d'esclaves et les actes de piraterie maritime soient considérés comme des crimes internationaux, ce présent mémoire se limite seulement au noyau dur des crimes internationaux qui font partie de la compétence de la Cour Pénale Internationale dans le but de définir et de délimiter précisément notre objet d'étude en se concentrant exclusivement sur une catégorie particulière des crimes internationaux, à savoir, les crimes contre l'humanité, le génocide et les crimes de guerre.

Dans la première partie de ce travail, nous avons étudié les diverses définitions données aux crimes internationaux mentionnés ci-dessus. A cet égard, nous avons d'abord commencé par présenter en détail l'ensemble des crimes internationaux tels qu'ils sont définis dans le cadre de l'article 5 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale d'un point de vue matériel et moral. A cet égard, nous avons aussi mentionné les décisions rendues par les autres cours pénales internationales dans des situations similaires.

En analysant le crime de génocide, nous avons insisté sur le caractère impératif de ces crimes (*jus cogens*) et avons conclu qu'il s'agit du premier exemple de cette notion. A cet égard, nous avons tenté d'expliquer les caractéristiques des règles impératives. Ensuite, nous avons présenté le crime du génocide dans ses différentes formes sous-jacentes, à savoir l'incitation au génocide, complicité et soutien dans le crime de génocide, tentative au crime de génocide et responsabilité pénale dans le cadre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide. Sous le titre de la Convention d'Imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, nous avons abordé en premier lieu la notion de crime contre l'humanité et les similarités existantes entre les diverses formes de celui-ci. En effet, nous avons tenté d'expliquer les

différentes formes des crimes contre l'humanité tels que l'homicide, la suppression, le viol, l'exil forcé, l'esclavage, le travail forcé en se référant aux jugements rendus dans les cours *ad hoc* et dans la doctrine. Dans cette partie, nous avons aussi analysé les éléments matériels des crimes de guerre qui forme le troisième crime analysé dans cette partie, nous avons examiné de plus près l'aménagement des infractions graves dans la Convention de Genève. A ce stade, nous avons expliqué la notion de et parlé de la différenciation entre les internationales et non internationales. Nous avons aussi mentionné la décision *Tadic* de la Cour Pénale Internationale de l'Ancienne Yougoslavie où la notion de crime de guerre avait été mentionné pour la première fois. En effet, dans le cadre des dispositions du 3ème article de la Convention de Genève même les crimes qui ne sont pas qualifiés « graves » peuvent être considérés comme une forme de crime de guerre dès qu'ils sont commis. A cet égard, nous avons insisté sur l'importance de celui-ci en ce qui concerne le droit humanitaire et le droit international coutumier. Le dernier crime analysé dans le cadre de notre recherche a été le crime d'agression a été pris en main dans le cadre du “recours à la force”. A cet égard, nous avons souligné le caractère impératif de l'article 2/4 du Charte des Nations Unies qui interdit le recours à la force. Dans les jugements de Nuremberg, la notion d'agression a été défini comme un crime contre la paix. La définition du crime d'agression a pris sa forme définitive dans les années à venir. Le crime d'agression fait désormais part de la compétence de la Cour Pénale Internationale depuis 17 Juillet 2018. C'est pour cette raison que nous n'avons pas inclus le crime d'agression dans le cadre de notre analyse concernant l'imprescriptibilité. Afin de simplifier la structure de notre recherche, la notion d'imprescriptibilité n'a pas été analysée sous des rubriques indépendantes et séparées en fonction des diverses formes des crimes contre l'humanité. Au lieu de cela, les crimes analysés du point de vue de la notion d'imprescriptibilité ont été signalés dans les rubriques en question.

Dans la deuxième partie de notre thèse, nous avons examiné de plus près la notion de péremption et le processus d'apparition. Nous avons d'abord analysé du caractère légal de la péremption pour comprendre s'il s'agit d'une notion qui appartient au droit pénal matériel ou au droit de procédure. A cet égard, nous avons fondé notre analyse sur la doctrine juridique et avons tenté d'expliquer la notion de péremption sous ses différents aspects. L'importance de ce sujet provient du fait que le droit pénal matériel et le code de procédure pénale ont, en général, des caractéristiques profondément différentes. Sur le plan chronologique, la règle générale, en pratique, dans le droit pénal matériel est “exécution des dispositions juridiques en faveur de l'accusé”, alors que le principe adopté dans le code de juridiction pénale est l'application “immédiate”, d'où la question de la rétroactivité de la loi, qui est une notion que nous avons analysée dans le cadre de notre recherche. Dans la rubrique suivante, nous avons expliqué en détail les notions de péremption d'actions et péremption de pénalité. Dans l'ensemble de ce présent mémoire, les notions de péremption d'actions et péremption de pénalité n'ont pas été analysées dans des rubriques indépendantes. En effet, nous avons indiqué la catégorie de péremption en question. Il est vu que tous les droits ont accepté la péremption d'actions et péremption de pénalité à l'exception du Droit Anglo-Américain. Dans la dernière partie concernant la péremption, nous avons fait part des différentes perspectives et débats juridiques autour de la notion de péremption. Cette rubrique est d'importance clé pour comprendre les discussions autour de la notion d'imprescriptibilité. A cet égard, nous avons présenté les différentes voix qui sont pour ou contre la notion d'imprescriptibilité.

Il ne fait pas de doute que la partie où nous avons analysé la notion d'imprescriptibilité comprend les données les plus importantes pour aboutir à notre objectif de recherche. Dans cette partie, nous avons d'abord expliqué la notion légale d'imprescriptibilité qui ignore la péremption et ne change pas avec le temps ou le lieu et qui peut être exécuté en dépit du temps écoulé. Dans le droit pénal international, le principe de péremption n'est pas appliqué pour certains motifs et crimes, alors que le contraire est valable dans le droit national. A cet égard, nous avons illustré nos propos à l'égard de la question de péremption dans le droit national par le biais de quelques exemples. Quant à la notion d'imprescriptibilité, nous avons d'abord mené une analyse chronologique des documents internationaux. Jusqu'à 1964, les documents internationaux concernant les crimes internationaux mentionnaient la nécessité de codifier et réglementer l'imprescriptibilité - à l'exception de la Loi du Conseil des Forces d'Alliance No 10 où il n'est pas parlé d'imprescriptibilité. Malgré cela, jusqu'à cette date il n'y avait aucun document international qui définissait et réglementait la question de l'imprescriptibilité. Ni le Statut des tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo ni la Convention des Nations Unies concernant le Châtiment et Prévention de Génocide datée du 1948 ni la Convention de Genève numéro 4 en 1949 parlaient de l'imprescriptibilité. La République Fédérale d'Allemagne a soutenu la nécessité d'arranger une convention internationale à ce sujet par la crainte d'impunité des crimes commis par l'Allemagne nazie pour cause de péremption de 20 ans. En effet, jusqu'à cette date, il n'était pas prévu que les jugements pouvaient s'étendre sur une période aussi longue et que la péremption deviendrait un problème plus tard. Tout ce processus a commencé par la suggestion faite par le délégué polonais au cours de la 21^{ème} audience de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. La Convention des Nations Unies concernant l'imprescriptibilité pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre conclue à ce sujet pour la première fois en 1968 (Convention des Nations Unies du 1968) est d'importance cruciale. Par conséquent, il a été nécessaire d'analyser d'une manière approfondie les étapes préparatoires, les travaux menés au sein des comités, les décisions prises, la position des États et leurs réservations que nous avons analysés sous un autre titre. D'après le 1^{er} article de cette Convention, la péremption ne sera pas appliquée à certains crimes "quel que soit la date à laquelle ils ont été commis".

Cet article a été convenu de manière à porter un caractère rétroactif sur l'imprescriptibilité des crimes internationaux. Nous avons aussi analysé les motifs qui ont incité les États à ratifier cette Convention pour la reconnaissance de l'imprescriptibilité des crimes internationaux. Le premier motif repose sur la contradiction du principe de rétroactivité des droits qui est l'un des principes fondamentaux du droit pénal. Le second motif provient de la difficulté à définir ces crimes d'une manière adéquate. Dans le 1^{er} article de cette Convention, les crimes qui sont imprescriptibles sont présentés clairement sous forme d'une liste. Les États signataires avaient plusieurs réservations concernant la définition de certains crimes. Ces États avaient aussi une attitude réservée parce qu'ils ne voulaient pas faire l'objet plus tard de ces inculpations telles qu'elles sont définies dans la Convention. De plus, cette Convention élargissait aussi l'étendue de la responsabilité pénale individuelle, même si cela n'est pas une disposition juridiquement incorrecte. Prenant en considération ces critiques, a été préparée la Convention Européenne sur l'Imprescriptibilité des Crimes de Guerre et de Crimes contre l'Humanité de 1974 (Convention Européenne de 1974). Ces deux conventions sont les seules à réglementer directement l'imprescriptibilité des crimes internationaux. C'est la raison pour laquelle, nous avons accordé une place importante à l'analyse de la seconde

convention, à savoir, la Convention Européenne sur l'Imprescriptibilité des Crimes de Guerre et de Crimes contre l'Humanité. Ainsi, il est intéressant de noter que cette dernière Convention semble être une réponse aux objections soulevées par certains États signataires concernant les dispositions juridiques de la Convention des Nations Unies de 1968. Cependant, la plupart des États ont refusé de signer cette convention. En effet, il a fallu attendre trente ans pour la mettre en vigueur parce que la plupart des États qui devaient signer cette convention considéraient cette dernière comme un document inutile. La raison principale de cette abstention est le fait qu'elle était considérée inutile. Conformément au 29^{ème} article du Statut de Rome du Tribunal Pénal International de 1998; il a été convenu que les crimes qui entrent dans la compétence de ce tribunal ne sont pas soumis à la péremption. Le Statut de Rome a accéléré ce processus dans le but d'établir l'imprescriptibilité de certains crimes internationaux dans le droit international.

Dans les années 90, ont été fondés des Cours Pénales Internationales *ad hoc* comme la Yougoslavie ou le Rwanda, mais ce sujet n'a pas été abordé dans les statuts de ces tribunaux. Cependant dans les jugements de ces tribunaux il est parlé de la notion d'imprescriptibilité et nous avons fréquemment abordé ces décisions dans notre thèse. Le fait que peu d'états ont approuvé ces conventions alors qu'ils voulaient une réglementation concernant l'imprescriptibilité du noyau dur des crimes internationaux nous oriente vers une autre question. Est-ce que l'imprescriptibilité du noyau dur des crimes internationaux peut être une règle du droit international coutumier? Cette question nécessite de voir ce qu'est le droit international coutumier ainsi que ses sources, nous avons eu besoin de définir particulièrement les aspects matériels et moraux. A ce stade, nous avons vu que l'aspect matériel du droit international coutumier est la pratique des états. Nous avons mis en évidence les caractéristiques des pratiques des états qui sont en terme général la stabilité et le temps. L'aspect moral ou psychologique est l'*opinio juris*. Mais alors faut-il que ces deux aspects soient ensemble pour définir une règle internationale coutumière? Avec d'autres approches, il est vu que la théorie avec deux aspects ou en d'autres termes la théorie classique est valable; comme son nom l'indique, cette théorie exige les deux aspects à la fois.

A ce stade, nous avons recherché la réponse à la question est-ce que l'imprescriptibilité du noyau dur des crimes internationaux est une règle du droit international coutumier, qui d'après nous comprend des évaluations importantes pour notre thèse. De ce point de vue, il est considéré que ce sera plus efficace de prendre en main ce sujet selon les diverses époques vu que la période après la II. Guerre Mondiale jusqu'à 1964 est qualifiée par période de silence, que cette période est suivie par l'élaboration de document international et l'apparition de premiers procès qui ont pris en main le sujet de péremption puis après les années 90 ont été fondées les Cours Pénales Internationales et indication claire et explicite dans les Statuts de l'imprescriptibilité des crimes internationaux, la création des tribunaux *ad hoc* et les décisions qui imposent l'imprescriptibilité du noyau dur des crimes internationaux et qui indiquent qu'il s'agit d'une règle internationale coutumière, avancement des droits et procès internationaux dans la même direction. Les analyses des facteurs indiqués, la réalisation des deux aspects du droit international coutumier et la présence des deux aspects nous ont mené à conclure. Des années 90 jusqu'à nos jours, nous avons vu que l'imprescriptibilité des crimes internationaux est devenue une règle du droit international coutumier.

La dernière partie de notre thèse se compose de deux titres principaux. La première repose sur l'analyse du Droit Turc où il est vu que ce sujet n'a pas été discuté sérieusement. Les crimes contre l'humanité et la génocide qui sont les crimes sujet de notre thèse sont entrés pour la première fois dans le Droit Turc avec le Code Pénal Turc numéro 5237. C'est pour cette raison que nous avons d'abord expliqué les étapes d'aménagement de ces crimes. Les avant-projets du Code Pénal numéro 5237 ont pris en main l'aménagement de ces crimes. Il est vu que les crimes de guerre et d'agression n'ont pas été réglementés. Le non aménagement du crime de guerre a été très critiqué. Les articles 76 et 77 du Code Pénal numéro 5237 indiquent l'imprescriptibilité de ces crimes. Le principe de non rétroactivité des codes pénaux a été évalué dans le droit Turc comme une notion de droit pénal matériel et pris en main comme le principe de légalité dans le 38.article de la Constitution. La Turquie n'a pas adhéré à la Convention sur l'Imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité datée du 1968 ni à la Convention Européenne datée du 1974.

Lorsque nous avons pris en main le sujet du point de vue du droit comparé, nous avons analysé l'Allemagne où les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité ont été commis le plus et où la notion de génocide a été mentionnée pour la première fois, l'Argentine qui est l'un des pays qui a accueilli les coupables nazis qui se sont enfuis, l'Amérique qui ne prévoit pas dans son propre droit le temps de péremption et dont nous aimerions savoir ses approches vu qu'elle était opposée à l'Allemagne ainsi que les approches de la France où a été mené le procès *Barbie* qui est le premier et plus important procès à avoir pris en main la notion de péremption sur les crimes internationaux. Du point de vue du droit comparé, nous avons analysé les jugements en donnant des informations brèves sur les accusés et législations nationales. Nous avons aussi indiqué si ces pays ont ou n'ont pas adhéré les deux conventions internationales sur l'imprescriptibilité.

Nous avons d'abord analysé la France. En France, dans les codes pénaux datés du 1964 et 1994, nous avons analysé l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité; dans les jugements nationaux, la négligence de péremption a été mis en évidence pour la première fois au cours du procès de *Barbie*, puis le procès de *Touvier* qui est aussi important de ce point de vue ainsi que le procès de *Boudarel* qui ne sont pas en relation avec les crimes nazis. Il est vu dans ces procès qu'il n'est pas possible d'accepter la péremption pour les crimes contre l'humanité mais qu'une approche différente est retenue pour les crimes de guerre. Concernant l'Allemagne, nous avons pris en main le processus qui a initié la remise en question l'imprescriptibilité du noyau dur des crimes internationaux. Nous avons aussi parlé d'un code pénal différent en Allemagne pour les crimes internationaux contrairement aux autres pays ainsi que de leur aménagement. Lors de l'analyse de l'approche des États Unis, il est vu qu'il ne mentionne pas de temps de péremption pour les crimes de génocide. En Amérique, particulièrement dans les documents diplomatiques, nous avons analysé les avis qui indiquent l'imprescriptibilité des crimes internationaux. De plus en Amérique, le procès *Agent Orange* concernant l'an 2005 est important pour conclure à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en se référant au droit coutumier. Le procès *Handel contre Artukovic* est un procès concernant les crimes nazis qui a mis en évidence la nécessité d'imprescriptibilité de ces crimes concernant les affaires pénales.

Lorsque l'on prend en main l'Argentine, on peut dire qu'il s'agit d'un pays qui a été accepté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies de l'an 1968

et qui a approuvé la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et nous avons analysé les procès en deux groupes. Il s'agit des lois d'amnistie concernant les périodes de dictature militaire, le procès Simon concernant le principe de non rétroactivité des lois, les aménagements constitutionnels, les procès *Menendez* où le principe jus cogens est pris en considération, le procès *Bohne* concernant le renvoi des coupables nazis réfugiés, le procès *Schwammberger* qui mentionne que l'imprescriptibilité des crimes de guerre est un principe international de droit, les procès *Priebke* où les définitions des crimes ont été prises en main, où la contribution de l'Argentine à la pratique internationale est mentionnée et où le principe jus cogens est pris en considération.

En analysant toutes les ressources indiquées, nous avons réuni sous un autre sous-titre toutes les conclusions faites sur le droit comparé. Il est vu qu'à ce sujet et en particulier dans les procès menés après les années 90, l'imprescriptibilité du noyau dur des crimes internationaux est considéré comme un principe international coutumier et que ce fait est explicitement mentionné dans les décisions, que cependant les processus de codification des états présentent des différences avec les processus d'approbation des conventions internationales, que la majorité des états n'ont pas approuvé les deux conventions établies sur l'imprescriptibilité directe du noyau dur des crimes internationaux, que la notion jus cogens est fréquemment utilisée pour surmonter le principe de non rétroactivité des lois, que l'approche de l'Argentine est importante du point de vue de la notion d'attitude constitutionnelle, que l'importance de la définition des crimes a été mise en évidence dans les procès menés en France et en Argentine, que la France adopte une attitude différente pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, que la France a régulé bien avant dans son droit interne l'imprescriptibilité des crimes internationaux, que l'Allemagne cherche des solutions à court terme mais se diffère des autres pays avec l'existence d'une loi pour les crimes internationaux, que l'Amérique se rapproche du sujet du point de vue du droit international coutumier. En général, il est vu que les cas exceptionnels sont observés vu la gravité des crimes.

En conclusion, la notion d'imprescriptibilité, le fait qu'il s'agisse ou pas d'un principe de droit international coutumier, les évaluations concernant le droit comparé sont indiqués dans les conclusions des parties concernées. En conclusion générale, il est vu que nous ne pouvons pas généraliser l'imprescriptibilité des crimes de guerre vu que les aménagements dans le droit national sont encore actifs à ce sujet, que les pays sont déterminés pour l'imprescriptibilité des crimes de guerre mais que les états s'abstiennent pour les crimes de guerre en comparaison aux autres crimes. Concernant le droit international coutumier vis à vis des crimes contre l'humanité, à la lumière des aménagements internationaux et nationaux ainsi que des décisions données, il est vu qu'ils ne sont pas soumis à la péremption. Quant au crime de génocide, vu qu'il s'agit d'un crime apparu dans les périodes tardives, que certaines actions vues dans la catégorie des crimes contre l'humanité sont un crime de génocide et que la péremption n'est pas envisagé pour les crimes contre l'humanité, il est évalué que le crime de génocide est aussi considéré comme imprescriptible depuis le début. Ces évaluations sont valable à la date d'établissement de cette thèse.

ABSTRACT

In this thesis, the issue of non-applicability of statute of limitation in genocide, crimes against humanity and war crimes, which were mentioned as core international crimes, brought up in the agenda in the trials of the crimes committed during the Second World War and which constitutes an important problematic, under the jurisdiction of the International Criminal Court, and its place in comparative law has been studied. However, the crime of aggression, which is one of the core international crimes, has not been examined in terms of non-applicability of statute of limitation, but has been evaluated within the scope of the thesis only in the context of the definition of the crime. To determine whether the statute of limitations would apply to these crimes and was aimed and in this respect international documents and the proceedings before the international courts were examined in detail, and national laws and proceedings before the national courts were taken into consideration in terms of comparative law and customary international law. Although international crimes include torture, enforced disappearance, terrorism, slave trade and maritime bandits, the crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court, which are the core international offenses in terms of limiting the scope of the thesis and ensuring certainty, were handled and other offenses were excluded.

In the first chapter of the study, due to the importance of the definitions of crime in the evaluation, detailed information was given about all the international crimes within the scope of Article 5 of the Rome Statute of the International Criminal Court and the material and spiritual elements were discussed. In this respect, the decisions of other international criminal courts have also been mentioned.

When the genocide is handled, it is emphasized that these crimes are the *jus cogens* nature was accented and it is concluded to be the first example of this concept. At this point the qualities of the *jus cogens* rules are described. Within the scope of the Genocide Convention, criminal responsibility and other aspects of the crime are discussed under the headings of attempting to participate in the crime of genocide, participation, cooperation for genocide crime and promoting genocide. In the title of crimes against humanity, the concept of crime against humanity was first evaluated and the common features of crimes against humanity were examined. Types of crimes against humanity such as homicide, extermination, rape, exile and forced transfer, enslavement and forced labor are tried to be explained with the evaluations in *ad hoc* courts and doctrine. While examining the material elements of war crimes, the third crime examined in this part, the serious violations of the Geneva Conventions are evaluated. At this point, the concept of armed conflict is described and the distinction between international and non-international armed conflict is mentioned. *Tadic* decision of the International Criminal Court for the former Yugoslavia, where the first offense of war crimes took place, was discussed; in the proceedings, it was determined that even in non-serious violations such as violation of the common article 3 of the Geneva Conventions could be a crime of war and the importance in terms of humanitarian law and international customary law was emphasized. The crime of

aggression, which is the last crime examined, is taken into consideration in the context of use of force and the property of being *jus cogens* in the scope of 2/4 of the UN Convention which prohibits the use of force. In the Nuremberg trials, the concept of aggression was considered a crime against peace. The definition of the crime of aggression was made at a later stage.

The International Criminal Court's jurisdiction for crime of aggression became active as of 17 July 2018. In this respect, the non-applicability of statute of limitation examination was excluded. In order to avoid complexity and disarray throughout the thesis, the issue of non-applicability of statute of limitation has not been examined in the headings related to the individual offenses, but the offense has been stated in the relevant parts.

In the second chapter of the thesis, the concept of statute of limitations and its first occurrence process are discussed. The legal nature of the statute of limitations has been emphasized, whether it is a concept related to the material criminal law or the law of reasoning has been scrutinized and how the consequences could be concluded in what a qualification are explained with the opinions in the doctrine. The importance of the subject comes from the fact that the rules of the material criminal law and the criminal procedure law are subject to different principles in some areas. While the principle that applies in terms of material criminal law in practice in terms of time is “*the application of the law in favor of the accused*”, the principle that prevails in criminal procedure law is “*immediate*” applicability and consequently the evaluation of the retroactivity issue which we will discuss frequently in other sections. In the next title, the concepts of case and criminal statute of limitations, which are closely related to, are stated. In the generality of thesis, the penal and case statute of limitations were not examined separately, and the category of statute of limitations was stated in the parts that made the difference. It has been understood that all laws except Anglo-American Law have accepted the statute of limitations. In the last title of the chapter on statute of limitations, opinions on statute of limitations are explained. This chapter represents importance in terms of evaluating the statute of limitations and supporting the concept of non-applicability of statute of limitation, especially in terms of negative opinions. In the negative opinions about the statute of limitations, the main source has been reached and mentioned in detail. Criticisms were included in terms of both qualities.

Undoubtedly, the chapter dealing with the issue of non-applicability of statute of limitation contains the most important examinations and evaluations to reach the conclusions of the thesis. In this section, the statute of limitations as term of law, which can be processed even if any time has passed, that is, does not change with the formation of any condition of time or place and ignores the statute of limitations, is explained. It is argued that in international criminal law, unlike national laws, statute of limitations should not be applied for some reasons and for some offenses. The statute of limitations in national law is given briefly by way of exemplifying. International documents on non-applicability of statute of limitation have been examined chronologically. Until 1964, when the issue of the complete regulation of statute of limitations in international crimes was brought up, there was no international document regulating the statute of limitations, except for the Law on the Control Council of the Alliance Forces No. 10, where the statute of limitations may not be mentioned here. Neither the Statues of the Military Courts of Nuremberg and Tokyo, and the UN Convention on the Punishment and Prevention of the Crime of Genocide

in 1948, nor the four Geneva Conventions of 1949, do not mention the statute of limitations. The concern that crimes committed in Nazi Germany in the Federal Republic of Germany will be unpunished with a 20-year statute of limitations triggered an international agreement on this issue. Until then, it is understood that the proceedings will not last so long and that they will face the problem of statute of limitations. The whole process has begun with this issue raised by the Polish delegate at the 21st Session of the UN Commission on Human Rights. The first regulation, the 1968 UN Convention on the Non-Applicability of the Statute of Limitations in War Crimes and Crimes Against Humanity (UN Convention of 1968) is significant. For this reason, the preparation stages, the studies in the committees, the decisions taken, the comments and reservations of the states had to be handled in a very detailed way.

According to Article 1 of this Convention, “*regardless of the date on which it was committed*” any statute of limitations will not be applied for the offenses specified. This article regulates the non-application of statute of limitations on international crimes. The reasons for affirmation of this convention by States willing to avoid statutory limitation of international crimes have been evaluated. The first reason for this is considered to be in contradiction to the principle of non-retroactivity of laws, which is one of the basic principles of criminal law. The second is the complexity of the definitions of crime. Again, Article 1 of this Convention states that the following offenses have no statute of limitations and the offenses were cited. States have objected not only to the complexity of these definitions, but also to the particular reservations of their states. Again, it is seen that the individual criminal liability that we do not think is wrong in the convention is greatly expanded. Taking these criticisms into consideration, the 1974 European Convention on the Implementation of the Statute of limitations on War Crimes and Crimes Against Humanity (1974 European Convention) was prepared. It is only these two conventions that directly regulate the non-applicability of statute of limitation for international crimes. For this reason, this convention is examined in detail. As a matter of fact, this convention meets the objections made to the 1968 UN Convention. However, this convention was never accepted by the States and it was waited for 30 years for it to enter into force, since there was no ratifying state. The reason for this is that the idea is unnecessary. According to Article 29 of the Rome Statute of the International Criminal Court, adopted in 1998; the issue was given a significant momentum by regulating that the offenses under the jurisdiction of this court were not subject to statute of limitations.

In the 90s, *ad hoc* International Criminal Courts, such as Yugoslavia and Rwanda, were established, but the status of these courts did not include this issue. However, there is non-applicability of statute of limitations in the proceedings in these courts and these decisions are frequently mentioned in our thesis. The ratification of the conventions we mentioned by a small number of states, but the determination of states' willingness to regulate the non-applicability of statute of limitations for international core crimes led to another question. Is it possible as a rule of customary international law not to apply statute of limitations to core international crimes? This question necessitated to look at what customary international law and its sources are, and in particular have led to the need to identify its material and spiritual elements. At this point, it was seen that the material element of international customary law is the application of states. The qualifications of the implementation of states have been demonstrated. They are stated to be: common general practice, stability and duration. The spiritual element or the psychological element is *opinio juris*. But would it be necessary to coexist these two elements to characterize them as a customary

international rule? Although there are different approaches, the two-element theory, also known as classical theory, is valid, and as it is understood from the name of this theory, and that it requires two elements together.

At this point, it was sought to answer the question whether it is a rule of customary international law that does not apply statute of limitations to international core crimes which we consider to be important evaluations in terms of the thesis. In this respect, that characterizing the post-World War II process as silent until 1964, after which the process of the creation of international documents and the first lawsuits dealing with the issue of statute of limitations, and the subsequent establishment of the International Criminal Court after the 90s, and clearly stating in its Statute that no statute of limitations would apply to international crimes, it is understood it will be more efficient to explain periodically in the establishment and decisions of both *ad hoc* courts and that there will be no statute of limitations on international core crimes and that this is the customary international rule and it is seen that national laws and cases are proceeding in the same direction. According to the factors we have explained and whether the two elements of international customary law have been fulfilled or not, the conclusions have been reached. It has been concluded that the not applying the statute of limitations for international offenses has become a rule of customary international law for the period from 90s to the present.

The last chapter is comparative law. The first examination was Turkish Law and it was seen that this issue was not discussed seriously in Turkish law. The crimes of genocide and crimes against humanity, which are the subject of the thesis, were entered into Turkish Law with the Turkish Penal Code No. 5237 for the first time. Therefore, first of all, the regulation stages of these crimes are described. The regulations of these crimes are mentioned in the drafts of the Law No. 5237. Crimes of war aggression are seen not being not regulated. The non-regulation of war crimes has been highly criticized. It is also regulated in the same articles that no statute of limitations shall be imposed on these offenses regulated in Articles 76 and 77 of the Penal Code No. 5237. The principle of non-retroactivity of criminal laws has been evaluated by considering that the statute of limitations in Turkish law is the concept of the substantive criminal law and it has been dealt with in terms of the legality principle set out in Article 38 of the Constitution. Turkey is not either a party to Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity of 1968 nor the 1974 European Convention on this issue.

In the context of comparative law, approaches of Germany where genocide and crimes against humanity took place most intensively and where the concept of genocide was commemorated, Argentina, the first country where the Nazi criminals flee from had asylum, the United States that does not foresee any statute of limitations and the approach of which is wondered and of France where the *Barbie* case was handled as the first and the most important lawsuits dealing with statute of limitations in international crimes. In terms of comparative law, the proceedings were examined by giving brief information about the defendants in the national legislation and cases. It is stated whether they are parties to the international convention that regulates two important non-applicability of statute of limitation issues.

France has been the other country examined. The criminal laws of 1964 and 1994 in France examined the issue of the statute of limitations on crimes against humanity; in the case of the French court in France, the *Touvier* case, which was again

important due to revealing during *Barbie* case, was discussed, but the *Boudarel* case which handled the same issue, but did not deal with Nazi crimes, was considered. It was seen in these cases that the statute of limitations on crimes against humanity was not accepted and a different assessment was made in war crimes. From Germany's point of view, the process that triggered the non-applicability of statute of limitation of international core crimes was discussed. Also, in addition to the other countries, it was mentioned that there was a separate criminal law on international crimes in Germany and the regulations. When examining the United States approach, it was stated that there was no statute of limitations for the crime of genocide. The views of the United States, particularly in diplomatic documents, stating that no statute of limitations shall be applied to international crimes were examined. Again, in the United States, the 2005 *Agent Orange* case is particularly important in terms of concluding that there is no statute of limitations on war crimes and crimes against humanity, with particular reference to customary law. *Handel v. Artukovic* case was a case of Nazi crimes, and it was demonstrated that no statute of limitations should be imposed on them in terms of criminal cases.

In contrast to Argentina, it was stated that it ratified the Convention on the Non-Execution of War Crimes and Crimes Against Humanity, adopted by the UN General Assembly in 1968, while the cases were examined in two groups. These are *Simon*, which is examined in the context of the amnesty laws related to military dictatorship periods and the retroactivity of the laws, *Menendez* cases where the Constitutional arrangements and the *Menendez* case, which takes the principle of *jus cogens* into account and *Bohne* case on extradition to escaped Nazi criminals, the *Schwammberger* case, which states that the non-applicability of statute of limitation on war crimes is the principle of international law, and *Priebke* case which are also the principle of *jus cogens* states that the definitions of crime are prominent and Argentina's contribution to the international custom, are discussed.

All the mentioned sources were examined, and the inferences made in terms of comparative law were gathered under a separate title. These are the two main rules that directly regulate the issue of non-applicability of statute of limitation in international core crimes in cases handled from 90s, where there is an international customary principle not to apply the statute of limitations to international core crimes that most states do not ratify the convention, that *jus cogens* is frequently used in overcoming the principle of non-return of laws, that Argentina's approach is important in terms of the constitutional stance concept, and that the importance of crime definitions is more prominent in the cases seen in France and Argentina, where France has a different approach to crimes against humanity and war crimes, France has regulated the issue of non-applicability of statute of limitation in international crimes earlier in its domestic law, Germany was seeking short-term remedies but separated from other countries with a separate law for international crimes and the United States handled the issue from the context of international customary law. In general, it is understood that the exceptional circumstances of these crimes have been observed due to the gravity of these crimes.

Consequently, the chapter of the non-applicability of statute of limitations and the question of the principle of customary international law as well as evaluations of comparative law are also indicated at the end of the relevant chapter. In general, the conclusion we have reached is that although the regulations in the domestic law are still effective in terms of war crimes regarding the statute of limitations, it is

understood that countries have the will not to apply statute of limitations to war crimes, but states are reluctant in war crimes compared to other crimes. It has been concluded that crimes against humanity and genocide are not subject to statute of limitations in terms of customary international law and under the light of international and national regulations and judicial decisions. These evaluations are based on the writing date of the thesis.

ÖZET

Bu tezde, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen suçların yargılamalarında gündeme gelen ve önemli bir sorunsal oluşturan Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisine giren ve çekirdek uluslararası suçlar olarak anılan; soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarında zamanaşımı meselesi ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri incelenmiştir. Ancak uluslararası çekirdek suçlardan olan saldırı suçu zamanaşımının uygulanmaması meselesi açısından incelenmemiş, sadece suçun tanımı bağlamında tez konusu içinde değerlendirilmiştir. Belirtilen bu suçlara zamanaşımı uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi hedeflenmiş ve bu doğrultuda, uluslararası belgeler ve uluslararası mahkemelerdeki yargılamalar detaylı incelenmiş, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası teamül hukuku ilkesi açısından bu ulusal yasalar ve ulusal mahkemelerdeki yargılamalar göz önünde bulundurulmuştur. Her ne kadar, uluslararası suçlar kapsamında işkence, zorla kaybolma, terörizm, köle ticareti ve deniz haydutluğu suçları da sayılsa da tezin kapsamının sınırlandırılması ve belirlilik sağlanması açısından çekirdek uluslararası suçlar olan Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisindeki suçlar ele alınmış, diğer suçlar inceleme dışı bırakılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, suç tanımlarının değerlendirmesini yaparken önemine binaen Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 5. maddesi kapsamında uluslararası suçların tamamı hakkında detaylı bilgi verilmiş, maddi ve manevi unsurları ele alınmıştır. Bu açıdan, diğer uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarından da bahsedilmiştir.

Soykırım suçu ele alınırken, bu suçların *jus cogens* (emredici kural) olma özelliği üzerinde durulmuş, bu kavramın ilk örneği olduğunu sonucuna varılmıştır. Bu noktada *jus cogens* kuralların nitelikleri izah edilmiştir. Soykırım Sözleşmesi kapsamında cezai sorumluluk ve soykırım suçuna teşebbüs, iştirak, soykırım suçu için işbirliği yapma ve soykırıma teşvik başlıkları altında suçun diğer görünüşleri ele alınmıştır. İnsanlığa karşı suçlar başlığında insanlığa karşı suç kavramı ilk olarak değerlendirilmiş, insanlığa karşı suçların ortak özellikleri incelenmiştir. İnsanlığa karşı suç türleri olan adam öldürme, imha etme, tecavüz, sürgün ve zorla nakil, köleleştirme ve zorla çalıştırma *ad hoc* mahkemelerdeki ve öğretideki değerlendirmelerle birlikte izah edilmeye çalışılmıştır. Bu bölümde incelenen üçüncü suç olan savaş suçlarının maddi unsurları incelenirken, Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan ağır ihlaller düzenlemesi değerlendirilmiştir. Bu noktada, silahlı çatışma kavramı açıklanmış, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma ayrımından söz edilmiştir. Savaş suçunun ilk geçtiği Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi *Tadic* kararına değinilmiş, yapılan yargılamada Cenevre Sözleşmelerinin ortak madde 3'ün ihlali gibi ağır olmayan ihlallerde bile suç işlenmesi koşuluyla savaş suçu olabileceği tespiti değerlendirilmiş, insancıl hukuk ve uluslararası teamül hukuku açısından önemi vurgulanmıştır. İncelenen son suç olan saldırı suçu "kuvvet kullanma" bağlamında ele alınmış ve kuvvet kullanmayı yasaklayan BM Sözleşmesi'nin 2/4. maddesinin *jus cogens* olma özelliği belirtilmiştir. Nürnberg yargılamalarında saldırı kavramı barışa

karşı suç olarak ele alınmıştır. Saldırı suçunun tanımı çok sonraki bir süreçte yapılmıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin saldırı suçu yargı yetkisi 17 Temmuz 2018 itibariyle aktif hale gelmiştir. Bu açıdan zamanaşımı incelemesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Tezin genelinde karmaşıklığa ve dağınıklığa sebebiyet vermemesi için zamanaşımı uygulanmaması meselesi ele alınırken ayrı ayrı suçlara ilişkin başlıklar halinde inceleme yapılmamış ama ilgili kısımlarda hangi suç olduğu belirtilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, zamanaşımı kavramı ve ortaya çıkış süreci ele alınmıştır. Zamanaşımının hukuki niteliği üzerinde durulmuş, maddi ceza hukukuna mı ilişkin yoksa muhakeme hukukuna ilişkin bir kavram mı olduğu irdelenmiş ve hangi nitelikte olması durumunda nasıl bir sonuç çıkarılabileceği öğretilen görüşlerle izah edilmiştir. Konunun önemi, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının bazı alanlarda birbirlerinden farklı ilkelere tabii olmalarından gelmektedir. Zaman bakımından uygulamada maddi ceza hukuku bakımından geçerli olan ilke “sanık lehine olan kanunun uygulanması” iken, ceza muhakemesi hukukuna hakim olan ilke “derhal” uygulanırlık olması ve bunun sonucunda diğer bölümlerde sıkça tartışacağımız geriye yürüme sorunun değerlendirilmesidir. Bir sonraki başlıkta bu konu ile yakından ilgili dava ve ceza zamanaşımı kavramlarının neyi ifade ettiği belirtilmiştir. Tezin genelinde dava ve ceza zamanaşimleri ayrı ayrı incelenmemiş olup, fark yaratan kısımlarda hangi zamanaşımı kategorisinde olduğu belirtilmiştir. Anglo- Amerikan Hukuku dışında bütün kanunların ceza ve dava zamanaşımını kabul ettiği anlaşılmıştır. Zamanaşımı bölümündeki en son başlıkta, zamanaşımı hakkında görüşler izah edilmiştir. Zamanaşımının değerlendirilmesi ve özellikle olumsuz görüşler açısından zamanaşımı uygulanmaması kavramını desteklemesi anlamında bu bölüm önem arz etmektedir. Zamanaşımı hakkındaki olumsuz görüşlerde özellikle esas kaynağa ulaşılmış ve ayrıntılı bahsedilmiştir. Her iki nitelikteki görüş açısından da eleştirilere yer verilmiştir.

Hiç şüphesiz ki, zamanaşımı uygulanmaması konusunun ele alındığı bölüm, tezin sonuçlarına ulaşmak için en önemli incelemeleri ve değerlendirmeleri içermektedir. Bu bölümde ilk olarak herhangi bir zaman geçmesine rağmen işleme konulabilen, yani zamanın veya yerin herhangi bir şartının oluşması ile değişmeyen ve zamanaşımını yok sayan hukuk terimi zamanaşımının uygulanmaması kavramı açıklanmıştır. Ulusal hukukların aksine uluslararası ceza hukukunda, bazı nedenlerle ve bazı suçlara zamanaşımı uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Ulusal hukuklardaki zamanaşımı sürelerine örnekseme yoluyla kısaca yer verilmiştir. Zamanaşımının uygulanmaması hakkında uluslararası belgeler kronolojik olarak incelenmiştir. Uluslararası suçlarda zamanaşımının uygulanmaması kavramının uluslararası belgelerde tam düzenlenmesi mevzusunun gündeme geldiği 1964 yılında kadar -10 Nolu İttifak Kuvvetleri Kontrol Konseyi Yasası haricinde -ki burada da zamanaşımının uygulanmaması bahsedilemez- zamanaşımının uygulanmaması düzenleyen uluslararası belge bulunmamaktadır. Ne Nürnberg ve Tokyo Askeri Mahkemeleri Statüleri ve 1948 tarihli BM Soykırım Suçunun Cezalandırması ve Önlenmesi Sözleşmesi ne de 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi zamanaşımından bahsetmemektedir. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Nazi Almanya'sında işlenen suçların 20 yıllık zamanaşımı ile cezasız kalacağı endişesi bu konuda uluslararası sözleşme yapılmasını tetiklemiştir. O zamana kadar yargılamaların bu kadar uzun süreceği ve zamanaşımı problemi ile karşılaşacağının öngörülmediği anlaşılmaktadır. BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 21. Oturumunda Polonya delegesi tarafından ortaya

atılan bu mesele ile tüm süreç başlamıştır. Bu konudaki ilk düzenleme olan 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair BM Sözleşmesi (1968 tarihli BM Sözleşmesi) önem arz etmektedir. Bu sebeple, hazırlık aşamalarının, komitelerdeki çalışmaların, alınan kararların, devletlerin yorumlarının ve çekincelerinin çok ayrıntılı olarak ele alınması gerekmiş, bu sebeple ayrı bir başlık altında detaylı incelenmiştir.

Bu sözleşmenin 1. Maddesine göre “hangi tarihte işlendiklerine bakılmaksızın” belirtilen suçlara zamanaşımı işlemeyecektir. Bu madde uluslararası suçlara zamanaşımının uygulanmamasını geriye etkili olarak düzenlemektedir. Uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmaması konusunda istekli olan devletlerin bu sözleşmeyi onaylamalarının nedenleri değerlendirilmiştir. Bunun ilk nedeni ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunların geriye yürümezliği ilkesine tezat teşkil etmesi olarak değerlendirilmiştir. İkinci ise, suç tanımlarının karmaşıklığıdır. Yine bu sözleşmenin 1. maddesinde aşağıdaki suçlara zamanaşımı uygulanmaz şeklinde belirtilerek belli suçlar sayılmıştır. Devletler bu tanımların sadece karmaşıklığı konusunda değil, kendi devletlerinin özel çekincelerine göre de itiraz etmişlerdir. Yine, sözleşmede hatalı olduğunu düşünmediğimiz bireysel cezai sorumluluğun çok genişletildiği görülmektedir. Bu eleştiriler dikkate alınarak Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi (1974 Avrupa Sözleşmesi) hazırlanmıştır. Sadece doğrudan uluslararası suçlarda zamanaşımı uygulanmamasını düzenleyen bu iki sözleşmedir. Bu sebeple, bu sözleşmede detaylı olarak incelenmiştir. Nitekim, bu sözleşme 1968 tarihli BM Sözleşmesi’ne yapılan itirazları karşılamakta olduğu görülmektedir. Ancak bu sözleşme Devletlerce hiç kabul görmemiş, yürürlüğe girmesi, onaylayan devlet olmadığı için 30 yıl beklenmiştir. Bunun nedeni olarak bu sözleşmenin gereksiz olduğu düşüncesinin hâkim olmasıdır. 1998’de kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Roma Statüsü’nün 29.maddesine göre; bu mahkemenin yargı yetkisindeki suçlar zamanaşımına tabi değildir, bu düzenleme ile konuya önemli bir ivme kazandırılmıştır.

90’larda, Yugoslavya ve Ruanda gibi *ad hoc* Uluslararası Ceza Mahkemeleri kurulmuş ancak bu mahkemelerin de statülerinde bu konuya yer verilmemiştir. Ancak bu mahkemelerdeki yargılamalarda zamanaşımı uygulanmaması hususu geçmekte, tezimizde de sık sık bu kararlara değinilmektedir. Belirttiğimiz sözleşmelerin az sayıda devlet tarafından onaylanması ancak devletlerin uluslararası çekirdek suçlarda zamanaşımı uygulanmaması konusunu düzenleme konusunda istekli olduğunun tespiti, başka bir soruya yönlendirmiştir. Uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması bir uluslararası teamül hukuku kuralı olabilir mi? Bu soru, uluslararası teamül hukukunun ne olduğuna ve kaynaklarına bakılmasını gerektirmiş, özellikle maddi ve manevi unsurlarının belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu noktada uluslararası teamül hukukunun maddi unsurunun devletlerin uygulaması olduğu görülmüştür. Devletlerin uygulamasının nitelikleri ortaya koyulmuştur. Bunların; yaygın, genel uygulama, sabitlik ve süre olduğu belirtilmiştir. Manevi unsur veya psikolojik unsur ise, *opinio juris*’tir. Peki, uluslararası teamül kuralı olarak nitelemek için bu iki unsurun bir arada mı bulunması gerekecektir? Farklı yaklaşımlar olmakla beraber iki unsurlu teori diğer adıyla klasik teorinin geçerli olduğu, bu teorinin adından da anlaşılacağı üzere iki unsuru bir arada aradığı anlaşılmıştır.

Bu noktada tez açısından önemli değerlendirmeleri içerdiğini düşündüğümüz, Uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması bir uluslararası teamül

hukuku kuralı mıdır sorusuna yanıt aranmıştır. Bu açıdan II. Dünya Savaşı sonraki sürecin 1964 yılına kadar sessiz olarak nitelenmesi, bu tarihten sonra uluslararası belge oluşturma süreçleri ve zamanaşımı konusunun ele alındığı ilk davaların ortaya çıkması süreci ve daha sonrası 90'lardan sonra gerek Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması ve uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmayacağıının Statüsü'nde açıkça belirtmesi, gerekse *ad hoc* mahkemelerin kurulması ve kararlarında uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmayacağını ve bunun uluslararası teamül kuralı olduğunu ifade etmeleri, ulusal yasaların ve davaların aynı yönde ilerlediğinin görülmesi sebebiyle dönemler halinde izah edilmesinin daha verimli olacağı anlaşılmıştır. İzah ettiğimiz etkenler ve uluslararası teamül hukukunun iki unsurunun yerine gelip gelmediği noktasındaki incelemeler ve iki unsurun bir arada bulunmasına göre sonuca ulaşılmıştır. 90 yıllardan günümüze kadar olan süreç için uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmamasının uluslararası teamül hukuku kuralı haline geldiği sonucuna ulaşılmıştır.

Tezin son bölümü karşılaştırmalı hukukta incelemeden oluşmaktadır. İlk inceleme Türk Hukuku olup, Türk hukukunda bu konunun ciddi olarak tartışılmadığı görülmüştür. Tez konusu suçlardan soykırım ve insanlığa karşı suçlar, ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Türk Hukukuna girmiştir. Bu sebeple, öncelikle bu suçların düzenleme aşamalarını açıklanmıştır. 5237 sayılı Ceza Kanunun tasarılarında bu suçların düzenlemelerinden bahsedilmiştir. Savaş ve saldırı suçlarının düzenlenmediği görülmektedir. Savaş suçunun düzenlenmemesi çok eleştirilmiştir. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 76. ve 77. maddelerinde düzenlenen bu suçlara zamanaşımı uygulanmayacağı da yine aynı maddelerde düzenlenmiştir. Ceza kanunlarının geriye yürümemesi ilkesi, Türk hukukunda zamanaşımının maddi ceza hukuku kavramı olması dikkate alınarak değerlendirilmiş, Anayasa'nın 38.maddede düzenlenen kanunilik ilkesi bakımından ele alınmıştır. Türkiye, ne 1968 Tarihli Savaş Suçları Ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair BM Sözleşmesi'ne ne de bu konuda 1974 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne taraftır.

Karşılaştırmalı hukuk açısından durum ele alınırken, soykırım ve insanlığa karşı suçların en yoğun yaşandığı ve soykırımın kavramının ilk anıldığı suçların işlendiği yer Almanya, buradan kaçan Nazi suçluların sığındığı ülkelerin başında gelen Arjantin, kendi hukukunda ceza zamanaşımı süresi öngörmeyen ve Almanya'nın karşı cephesi olması sebebiyle yaklaşımının merak edildiği Amerika, uluslararası suçlarda zamanaşımı ele alan ilk ve önemli davalardan *Barbie* davasının görüldüğü Fransa'nın yaklaşımları değerlendirilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk açısından, ulusal mevzuat ve davalardaki sanıklar hakkında kısa bilgiler verilerek yargılamamalar incelenmiştir. İki önemli zamanaşımının uygulanmaması konusunu düzenleyen uluslararası sözleşmeye taraf olup olmadıkları belirtilmiştir.

Diğer incelenen ülke Fransa olmuştur. Fransa'daki 1964 tarihli ve 1994 tarihli ceza kanunlarında, insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanmadığı hususu incelenmiş; ulusal düzeyde yapılan yargılamalarda dava zamanaşımının ihmali ilk kez Fransa'daki *Barbie* davasında ortaya çıkması sebebiyle bu dava yine önem arz eden *Touvier* davası, aynı konunun ele alındığı fakat Nazi suçlarına ilişkin olmayan *Boudarel* davası ele alınmıştır. Bu davalarda görülmüştür ki insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanması kabul edilmezken savaş suçlarında farklı bir değerlendirme yapılmıştır. Almanya açısından, uluslararası çekirdek suçlarında zamanaşımının uygulanmaması gündeme gelmesini tetikleyen süreç ele alınmıştır. Yine diğer ülkelere farklı olarak Almanya'daki uluslararası suçlara ilişkin ayrı bir ceza kanunu

bulunmasından ve buradaki düzenlenmelerden bahsedilmiştir. ABD'nin yaklaşımı incelenirken soykırım suçu için herhangi bir zamanaşımı süresinin bulunmadığı belirtilmiştir. ABD'nin, özellikle diplomatik belgelerde, uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmamasını belirten görüşleri incelenmiştir. Yine ABD'de 2005 yılına ilişkin *Agent Orange* davası özellikle teamül hukukuna atıf yapılarak savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda zamanaşımı uygulanmaması sonucuna varılması açısından önemlidir. *Handel v. Artukovic* davası, Nazi suçlarına ilişkin bir dava olup, ceza davaları açısından bu suçlara zamanaşımı uygulanmaması gerektiği ortaya konulmuştur.

Arjantin açısından farklı olarak 1968 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen, Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar ile İlgili Zamanaşımı Uygulanmamasına Dair Sözleşme'yi onayladığı belirtilirken, davalar iki grup halinde incelenmiştir. Bunlar, askeri diktatörlük dönemlerine ilişkin af yasaları ve kanunların geriye yürütme ilkesi bağlamında incelenen *Simon*, anayasal düzenlemeler ve *jus cogens* ilkesinin dikkate alındığı *Menendez* davaları ile kaçan Nazi suçlularının iadesine ilişkin *Bohne* davası, savaş suçlarına zamanaşımının uygulanmamasının uluslararası hukuk ilkesi olduğunu belirten *Schwammberger* davası, suç tanımlarının öne çıktığı ve Arjantin'in uluslararası teamüle katkılarının belirtilmesi ve yine *jus cogens* ilkesinin yer aldığı *Priebke* davalarıdır.

Tüm belirtilen kaynaklar incelenerek karşılaştırmalı hukuk açısından yapılan çıkarımlar ayrı bir başlık altında toplanmıştır. Bunlar, bu konuda özellikle 90'lardan itibaren yürütülen davalarda, uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımının uygulanmaması konusunda uluslararası teamül ilkesinin olduğu ve bunun kararlarda açıkça dile getirildiği, ancak devletlerin kodifikasyon süreçleri ile uluslararası sözleşmeleri onaylama süreçlerinin farklılık arz ettiği, doğrudan uluslararası çekirdek suçlarda zamanaşımı uygulanmaması konusunu düzenleyen iki sözleşmeyi çoğu devletin onaylamadığı, kanunların geriye yürütmemesi ilkesinin aşılması konusunda *jus cogens* kavramının sık kullanıldığı, anayasal duruş kavramı açısından Arjantin'in yaklaşımının önem arz ettiği, suç tanımlarının öneminin de daha çok Fransa ve Arjantin'de görülen davalarda ön plana çıktığı, Fransa'nın insanlığa karşı suçlar ile savaş suçlarına farklı yaklaşımının olduğu, Fransa'nın iç hukukunda daha erken dönemde uluslararası suçlarda zamanaşımının uygulanmaması konusunu düzenlediği, Almanya'nın kısa dönem çareler aradığı ancak bu konuda uluslararası suçlar için ayrı bir yasasının olması ile diğer ülkelerden ayrıldığı, ABD'nin uluslararası teamül hukuku açısından konuya yaklaştığı görülmektedir. Genel olarak, bu suçların vahimliği sebebiyle istisnai durumlarının gözetildiği anlaşılmaktadır.

Neticeten, zamanaşımının uygulanmaması bölümü ve uluslararası teamül hukuku ilkesi olması sorusu ile karşılaştırmalı hukuka ilişkin değerlendirmeler ayrıca ilgili bölüm sonlarında belirtilmiştir. Genel olarak ulaştığımız netice, zamanaşımı konusunda savaş suçları açısından iç hukuktaki düzenlemelerin hala etkin olduğundan genelleme yapılamamakla birlikte, ülkelerin savaş suçlarına da zamanaşımı uygulanmaması yönünde iradesi olduğu ancak savaş suçlarında diğer suçlara nispeten devletlerin çekinceli olduğu anlaşılmaktadır. İnsanlığa karşı suçların ve soykırım suçunun uluslararası teamül hukuku bakımından, uluslararası ve ulusal düzenlemeler ve yargı kararları ışığında da zamanaşımına tabi olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu değerlendirmeler tezin yazım tarihi itibarıyla.

GİRİŞ

İnsanlık tarihinde büyük yaralar açan soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi uluslararası suçların soruşturulması, suçların mağdurları kadar uluslararası toplumun tamamının talep ettiği bir mevzu olmuştur. Geçmişte de bu suçların işlendiği bilinmekle birlikte, II. Dünya Savaşı süresince yaşanan kıyımlar, savaş sonrası dönemde uluslararası kamuoyunu harekete geçirmiştir. Kimi faillerin genellikle bu suçların işlenmesi emrini veren üst rütbelilerin kaçmayı başarması, söz konusu suçların cezasız kalmasına yol açmıştır. Bu suçlar, sadece suçun mağduru için değil, toplumun diğer bireyleri ve hatta uluslararası toplum için acı verici ve rahatsız edicidir. Bu sebeptir ki, uluslararası suçların faillerin soruşturulmaları ve cezalandırılmaları kamu vicdanı açısından elzendir. Cezasız kalmaları halinde, bu ağır suçların failleri âdeta ödüllendirilecek ve bu nitelikteki suçlar işlenmeye devam edecektir.

Nazi suçlularına ilişkin yapılan yargılamalarda yaşanan gecikme, 60'lı yılların ortalarında, bu suçların faillerinin cezasız kalacağına ilişkin yoğun bir endişeye sebebiyet vermiş ve bu konunun uluslararası ceza hukuku açısından önemle incelenmesini gerektirmiştir. Her ne kadar geciken adaletin adalet olmadığı kabul edilse de (ing. *justice delayed is justice denied*), bu suçlar için adaletin sağlanması geç de olsa elzem kabul edilmiştir.

Bu suçların kovuşturulmasının ve faillerinin cezalandırılmasının önündeki en büyük engellerden biri, dava ve ceza ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olan zamanaşımıdır. Zamanaşımı, bir işin üzerinden belirli süre geçmekle o işin hükümsüz kalmasını ifade etmektedir. Bu çerçevede, suçlara zamanaşımının uygulanmaması durumunda, herhangi bir suç teşkil eden fiil, işlendikten sonra herhangi bir zamanda soruşturma konusu olabilecektir.

Uluslararası suçlarda zamanaşımı sorunu her ne kadar II. Dünya Savaşı sonrasında Nazi eylemleri ile gündeme gelse de tezimiz, yalnızca bu dönemde gerçekleştirilen eylemleri incelememektedir. 1946-1954 yıllarında Indochine savaşı sırasında veya 1976-1983 yıllarında Arjantin diktatörlüğünde işlenen suçların

yargılamaları gibi farklı dönemlere ilişkin davalar ile 1991 yılında Körfez Savaşı ile ilgili ABD'nin Irak'a verdiği nota gibi birçok günümüze yakın tez konumuz ile bağlantılı eylemi de incelemektedir.

Hem hukuki sorundan uzaklaşmamak hem de farklı uluslararası mahkemelerin statülerindeki farklı tanımların yarattığı karmaşadan kaçınmak için zamanaşımına ilişkin hukuki sorunu ele alacağımız uluslararası suçların hangi suçlar olduğunu belirlemekte fayda vardır. Bu çerçevede, öncelikle uluslararası ceza mahkemelerinin yargılamaya yetkili olduğu suçlar ile uluslararası suçlardan açıkça söz eden sözleşmelere bakılması gerekir. Günümüzde, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçlarının yanında işkence, zorla kaybolma, terörizm, köle ticareti ve deniz haydutluğu da uluslararası suç olarak kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi, uluslararası suç kabul edilen suçlar oldukça fazladır ve uluslararası mahkeme statülerinde de farklı farklı tanımlara sahiptir. Bu tez, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü altında tanımlanan ve Mahkeme'nin yargı yetkisine giren soykırım suçunu, insanlığa karşı suçları, savaş suçlarını ve saldırı suçlarını¹, başka bir ifade ile “çekirdek uluslararası suçları” ele almakta, diğer uluslararası suçları kapsam dışında bırakmaktadır. Ancak, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisinin 17 Temmuz 2018 itibarıyla aktif hale gelmesi sebebiyle, söz konusu suç tipi zamanaşımı bakımından değerlendirilememiştir.

Sayılan suçlara zamanaşımı uygulanıp uygulanmayacağı sorunu 60 yıllarda tartışılmaya başlanmış olmasına rağmen bu konudaki uluslararası ve ulusal düzenlemeler hala net değildir. Şöyle ki; bir yandan içtihat hukukunun, yasaların ve uluslararası belgelerin geçmişte işlenen uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmamasını desteklediği görülmekte; ancak diğer yandan iç hukuklarda yeknesak bir mevzuat eksikliği bulunduğu ve devletlerin bu alanda kabul edilen bazı uluslararası belgeleri onaylamaktan kaçındıkları göze çarpmaktadır.

¹ Madde 5 “Divan’ın Yargı Yetkisine Giren Suçlar

1. Divan’ın yargı yetkisine giren suçlar tüm uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçlarla sınırlı olacaktır. Statü’ye uygun olarak Divan aşağıdaki suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir:

- a) Soykırım suçları
- b) İnsanlığa karşı suçlar
- c) Savaş Suçları
- d) Saldırı Suçları..”

(https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b1.pdf).

Bunun yanı sıra, 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına Dair Sözleşme'nin hazırlık aşaması ve sonrasında hararetle tartışılan çekirdek uluslararası suçlarda zamanaşımı konusunun, sadece bu hukuki sorun özelinde yeteri kadar ele alındığından söz etmek mümkün değildir. Bu durum, çekirdek uluslararası suçlarla ilgili zamanaşımı sorununun kapsamlı bir analizinin yapılmasının gerekli ve faydalı olduğuna işaret etmektedir.

Tüm bu gerekçelerden hareketle, tezimizde, çekirdek uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna yanıt aranmakta, zamanaşımının uluslararası suçlara uygulanmamasına ilişkin bir uluslararası teamül hukuku kuralının bulunup bulunmadığının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Suçlara zamanaşımı uygulanmaması konusunda karşılaştırmalı hukuk açısından da değerlendirmeler yapılmıştır.

Tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinde bulunan suçlar incelenmiştir. Zira bu suçların tanımlarının ve kapsamlarının çalışmamızda varılan sonuçlar üzerinde önemli bir etkisi vardır. Bu noktada, *jus cogens* gibi uluslararası hukuk kavramlarına değinilmiş ve uluslararası yargı kararlarından yararlanılmıştır.

İkinci bölümde zamanaşımı kavramı ve ortaya çıkış süreci anlatılarak, hukuki niteliği üzerinde durulmuş, dava ve ceza zamanaşımı kavramlarının farkı ortaya koyulmuştur. Bu bölümün son kısmında zamanaşımı kavramının lehine ve aleyhine geliştirilen teorik görüşlere yer verilmiş ve bu görüşlere getirilen eleştiriler açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde uluslararası ceza hukukunda zamanaşımının uygulanmaması meselesi ve bu alandaki uluslararası düzenlemeler incelenmiş, söz konusu inceleme özellikle uluslararası teamül hukuku ışığında yapılmıştır.

Son bölüm ise, uluslararası suçların zamanaşımına uğraması meselesinin karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığını değerlendirmektedir.

I. BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NDEKİ ULUSLARARASI SUÇLAR

Uluslararası suçlar, Cassese tarafından, ilgili kişilerin kişisel cezai sorumluluğunu doğuran uluslararası kuralların ihlali olarak tanımlanmıştır.² Uluslararası suçun tanımı daha ayrıntılı olarak, Kittichaisanee tarafından, *“uluslararası ciddi bir endişe konusu olarak düşünülen, evrensel olarak suç kabul edilen ve bu geçerli sebepten olağan şartlar altında söz konusu fiiller üzerinde yargı yetkisi bulunan devletin münhasır yargı yetkisine terk edilemeyecek fiillerdir.”* şeklinde tanımlanmıştır.³

Uluslararası mahkeme statülerinin ya da uluslararası belgelerin kapsamında farklı uluslararası suçlar düzenlenmiştir. Tez konumuzu sınırlandırdığımız Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan suçlar; soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarıdır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi yetki alanındaki suçlar içinde yer alması nedeniyle, saldırı suçuna kısaca unsurları açısından değinilmiştir. Zamanaşımı konusunda dava örnekleri ve yasal düzenlemeler açısından soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları ele alınmış olduğundan, bu bölümde özellikle bu üç suç ayrıntılı olarak incelenmiştir.

A. Soykırım Suçu

Soykırım kavramı, Polonyalı hukukçu Raphael Lemkin⁴ tarafından türetilmiştir. Lemkin, Yunanca; ırk, kabile, ulus anlamına gelen *“genos”* sözcüğü ile Latince 'de katletmek anlamına gelen *“-cide”* ekinin birleştirilerek *“genocide”* terimini

² Antonio Cassese, **International Criminal Law**, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, 2003, s. 23.

³ Kriangsak Kittichaisanee, **International Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 2001, s. 3.

⁴ Lemkin aynı zamanda, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ni hazırlayanlar arasındadır, (<http://legal.un.org/avl/ha/cppcg/cppcg.html>).

oluşturmuştur.⁵ Lemkin, *İşgal Altındaki Avrupa'da Mihver Yönetimi* isimli başeserinde soykırımı şu şekilde tanımlamıştır: “*Ulusal grupların ve yaşamalarını sürdürebilmelerini sağlayan temel dayanakların yok edilmesini amaçlayan çeşitli fiillerin eş güdümlü bir planıdır. Planın amacı; ulusal grupların kültür, dil, ulusal duygular, din ve ekonomik varlığının siyasi ve sosyal kurumlarını parçalamak ve bu gruplara mensup bireylerin kişisel güvenlik, özgürlük, sağlık, esenlik ve de hayatlarının yok edilmesi olmalıdır. Soykırım, bir varlık olarak ulusal gruba yönelmeli ve suçu oluşturan eylemler bireysel özelliklerinden ötürü değil, o ulusal gruba mensup oldukları için kişilere yönelmelidir.*”⁶

Soykırım, genel olarak bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Hukuki anlamda soykırımın suçunun, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (bundan sonra “SSÖCS” veya “Soykırım Sözleşmesi” olarak anılacaktır) ile ortaya konduğu görülmektedir. Bu açıdan, bağımsız bir suç tipi olarak soykırım suçunun bu tarihten sonra uluslararası hukukta yer aldığı söylenebilir.⁷ Soykırımın uluslararası hukukun konusuna girmesiyle, soykırım fiilinin bir suç olarak tanımlanması gerekmiştir. “Suçların Suçu” olarak da adlandırılan soykırım suçu, bu suçu işleyen kişilerin ağır bir şekilde cezalandırılması kolektif isteminden doğmuştur.⁸

11 Aralık 1946 yılında BM Genel Kurulu'nun oy birliği ile kabul ettiği 96(I) sayılı kararında; “*Cinayet nasıl birey olarak insanların yaşam hakkının (right to life) inkarıysa, soykırım da bütün bir insan grubunun varoluş hakkının (right of existence) inkarıdır.*”⁹ ifadeleri kullanılmıştır.

Uluslararası kamuoyunda soykırım suçunun kınanan bir suç olduğunun ilk kez hukuki nitelik taşıyan bir belgede açıklanması açısından, bu karar önem arz etmektedir. Bu kararlar birlikte ortaya koyulan hususlar şu şekilde özetlenebilir:

⁵Raphael Lemkin, “Genocide as Crime under International Law”, **American Journal of International Law**, January 1947, Vol. 41, ss. 145-151, s. 147.

⁶ Raphael Lemkin, **Axis Rule In Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress**, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944, s. 79.

⁷Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 511.

⁸ S. Sinan Kocaoglu, “Suçların Suçu: Soykırım”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül/Ekim 2010, Y. 23, S. 90, ss. 138-164, s. 141.

⁹UN Doc. A/RES/96(I) s. 188, (<http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/1>).

- Bu suçun; siyasal, ırksal, dinsel ve diğer gruplara karşı olması ve bu grupların varoluş hakkının engellenmesine yönelik olması
- Neticeleri açısından, tüm ulusları ilgilendirmesi ve BM ruhuna aykırı olan soykırım suçunun cezalandırılmasının uluslararası bir konu olması
- Soykırım suçunun fail ve suç ortaklarının kimlikleri ve konumlarının da önemsiz olduğunun kabul edilmesi
- Üye devletlerin bu suçu önlemek ve cezalandırmak için gerekli yasal düzenlemeleri yapmaya çağırılması, soykırımla mücadele anlamında uluslararası iş birliğinin gerekliliğine değinilerek ilgili BM organından soykırım sözleşmesinin hazırlanması istenmesi.¹⁰

Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Nazi Soykırımına bir reaksiyon olarak kabul edilmiştir.¹¹ Sözleşmenin birçok açıdan önemi vardır. Bunlardan bazıları: i) soykırımın tanımının dikkatli bir şekilde ortaya koyulması ii) soykırımla ilgili diğer fiilleri de cezalandırması iii) savaş veya barış zamanında olmasından bağımsız soykırım suçunu yasaklaması iv) hem failinin cezayı sorumluluğunu içeren suç olarak hem de devletlerin sorumluluğuna yol açan uluslararası suç olarak dikkate alınması.¹²

Soykırım Sözleşmesi, 9 Aralık 1948 tarihinde Paris'te toplanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 260 A (III) sayılı kararıyla kabul edilip, imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 13. maddeye uygun olarak 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 23 Mart 1950'de onaylamıştır ¹³ ve metne taraf devlet sayısı 151'dir.¹⁴

Soykırım suçunun unsurlarını incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki, soykırım fiiline ilişkin cezai sorumluluk, uluslararası hukukun emredici kuralları (“jus

¹⁰ Tolgahan Alpyavuz, “Soykırım Suçu”, **Journal of Naval Science and Engineering**, Vol. 5, No.1, Tuzla, 2009, ss. 49-61, s. 51.

¹¹ Gerhard Werle/ Florian Jessberger, **Principles of International Criminal Law**, Third Edition, UK, Oxford University Press, 2014, s. 290.

¹² Cassese, **a.g.e.**, s. 96.

¹³5630 Sayılı Onay Kanunu, 29 Mart 1950 gün ve 7469 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır, (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7469.pdf>).

¹⁴https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV1&chapter=4&clang=en, Erişim Tarihi: 10.09.2019.

cogens”) ¹⁵ arasında kabul edilmektedir. ¹⁶ Soykırım suçunun değerlendirilmesinin *jus cogens* kavramından bağımsız olarak yapılması mümkün değildir. Zira, *jus cogens* olmasının, *erga omnes* olması ve tez konusunu oluşturan zamanaşımının uygulanmaması gibi önemli sonuçları bulunmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı’nın 28 Mayıs 1951 tarihli *Soykırım Sözleşmesi Üzerine Çekinceler Hakkındaki Tavsiye Görüşü*’nde, Sözleşme esasını oluşturan ilkelerin, medeni uluslarca kabul edilmiş ilkeler olduğu, Sözleşme’nin, sözleşmeden doğan yükümlülükleri olmaması halinde dahi tüm devletler için bağlayıcı olduğu belirtilmiş ve evrensel niteliğinden bahsedilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, bu çerçevede, devletlerin, egemenliklerinin bir sonucu olarak Sözleşme’ye çekince koyarak taraf olabilecekleri hususunu, Sözleşme’nin amacı nedeniyle reddetmektedir. ¹⁷ Bu husus, soykırım suçunun *jus cogens* niteliğini ifade etmektedir. ¹⁸

¹⁵ Uluslararası *jus cogens* doktrininin, doğal hukuk teorilerinden büyük ölçüde etkilendiği ifade edilmektedir. Egemen devletlerin neredeyse tam bir sözleşme özgürlüğüne sahip olduklarını iddia eden pozitivistlerin aksine, doğal hukukçuların devletlerin sözleşme yapma yetkilerinde tamamen özgür olmadıklarını, bütün devletlerin saygı duymak zorunda olduğu uluslararası topluluğun temelini oluşturan belirli temel ilkeler olduğunu savundukları dile getirilmiştir. Tim Hillier, **Sourcebook On Public International Law**, Great Britain, Cavendish Publish Limited, 1998, s. 100. *Jus cogens* kavramına tamamen karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır, bunların başında Georg Schwarzenberger gelmektedir. Ayrıntılı görüşleri için bkz. Georg Schwarzenberger, “The Problem of International Public Policy”, **Current Legal Problems**, Vol. 18, Issue 1, 1965, ss. 191-214. Andlaşmalar Hukuku ile ilgili taslak maddeler hazırlanırken, Uluslararası Hukuk Komisyonu, *jus cogens* doktrinine önemli derece eğilmiş ve uluslararası hukukun emredici normlarıyla çelişen sözleşmelerin geçersiz olacağı fikrini desteklemiştir. Ancak bu normların tanımlanabileceği net bir kriter önermemiştir. Stefan Kadelbach, **Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules- Identification of Fundamental Norms**, Editors: Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 29. Genel uluslararası hukuk ilkelerinin hangilerinin emredici niteliğe sahip olduğu belirleme kriterlerine ilişkin bir sözleşme bulunmadığı, her şeyin konunun özel mahiyetine bağlı olduğu belirtilmektedir. Anthony Aust, **Handbook of International Law**, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 11.

¹⁶ M.Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s.732.

¹⁷ ICJ Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide Advisory Opinion Of May 28th, 1951, s. 23, (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>) .

¹⁸ *Jus cogens* kavramı, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (1969 Viyana Sözleşmesi) 53. ve 64. maddelerinde düzenlenmiştir. (http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf) Sözleşme’nin 53. maddesine göre, uluslararası hukukun emredici kuralları, devletlerden oluşan uluslararası toplumun tümü tarafından kabul edilen veya tanınan kurallardan oluşmaktadır. Bu madde, *jus cogens* normlarının, ilgili kuralların hem içeriği hem de emredici niteliği ile ilgili olarak toplumun konsensüsünün varlığını tespit etmek için üstün standartların uygulanmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Eric Wyler and León Arturo Castellanos-Jankiewicz, “State Responsibility and International Crimes”, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, Editors: William A. Schabas, Nadia Bernaz, New York, 2011, s. 387. 1969 Viyana Sözleşmesi’nin 53. maddesine göre, *jus cogens* kuralların üç niteliği bulunmaktadır. Bunlar, öncelikli genel uluslararası hukuk kuralı olması; uluslararası toplumun bir bütün olarak kabul etmesi ve kendisinden sapmanın mümkün olmaması ve sadece aynı nitelikteki bir başka kuralca değiştirilebilmesi. Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**. 56-2, ss. 44-70 s. 53. *Jus cogens*

Soykırım Sözleşmesi'nde belirtilen hükümlerin, uluslararası teamül hukukunun parçası olduğu ve *jus cogens* kurallar oluşturduğunun yaygın olarak kabul edildiği, EYUCM'un *Jelisc* kararında da belirtilmiştir.¹⁹ *Jelisc* kararı, soykırım suçunun *jus cogens* ve uluslararası teamül hukuku niteliğini belirleyen ilk yargılamadır.²⁰

Yine, Uluslararası Adalet Divanı, *Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler* kararında, *jus cogens* kuralların varlığını, Soykırım Sözleşmesi'nin *jus cogens* niteliğe sahip olduğunu, *erga omnes* hak ve yükümlülükler oluşturduğunu kabul etmiştir.²¹ Bassiouni, *jus cogens* seviyesindeki soykırım suçunun *erga omnes* hak ve yükümlülükler oluşturduğunu, bu tür suçların yüksek statüsünden doğan yasal yükümlülüklerin, kovuşturma veya iade etme görevini, bu suçlar için zamanaşımı uygulanmamasını, devlet başkanları dahil olmak üzere dokunulmazlıkların uygulanmamasını, olağanüstü hal kapsamında istisnası olmamasını ve bu suçların failleri üzerinde evrensel yargı yetkisini içerdiğini belirtmiştir²². Görüldüğü gibi, soykırım suçunun *jus cogens* niteliğinin önemli sonuçları bulunmaktadır.

niteliğindeki normların oluşması için kriterlerin tamamının gerekli olduğu ancak “uluslararası toplumun temel çıkarlarının korunması” şeklinde nitelenen kriterin, *jus cogens*'in amacına ilişkin merkezi ve temel bir kriter olduğunun genel olarak doktrinde kabul edildiği görülmektedir. Şule Anlar Güneş, “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve *Jus Cogens* Doktrini”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S. 59-4, ss. 123-150, s. 139. Shaw, 53. madde ışığında iki aşamalı bir yaklaşım söz konusu olduğunu, ilkinin genel uluslararası hukukun bir kuralı olarak önerinin oluşturulması ve ikincisinin ise, bu kuralın uluslararası devletler topluluğu tarafından tümüyle emredici bir norm olarak kabul edilmesi olduğunu ifade etmektedir. Malcolm N. Shaw, **International Law**, Fifth Edition, Cambridge University Press, UK, 2003, s. 118. Sözleşmenin 64. Maddesi *jus cogens* ilkesine aykırı yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağını hükme bağlamaktadır. *Jus cogens* teorisinin kabulüyle, klâsik şemadan uzaklaşmış ve uluslararası hukukta belli bir normlar hiyerarşisi oluşturulması sonucunu doğurmuştur. Oluşturulan hiyerarşinin en tepesine bu kurallar yerleştirilmiştir. Bu kurallar, hem sözleşme serbestisinin hem de devlet egemenliğinin sınırı olarak değerlendirilmektedir. Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 32, Issue: 2, ss. 147-182, s. 1.

¹⁹ Prosecutor v. Goran Jelisc, Case No: IT-95-10, Judgement, 14 December 1999, par. 60, (<http://www.icty.org/x/cases/jelisc/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>). Daha sonra aynı ifadeler, *Stakic* kararında da özetlenmiştir. Bknz. Prosecutor v. Milomir Stakic, Case No.IT-97-24-T, Judgement, 31 July 2003, par. 500, (<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>).

²⁰ Birgit Schlütter, **Developments In Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and International Ad Hoc Criminal Tribunals For Rwanda and Yugoslavia**, Vol. 62, Leiden- Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 213.

²¹Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002), Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Summary of the Judgment of 3 February 2006, s. 6, (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/126/10437.pdf>).

²² M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, **59 Law and Contemporary Problems**, Fall 1996, ss. 63-74, s. 65.

Soykırım suçunu unsurlarını Soykırım Sözleşmesi doğrultusunda inceleyecek olursak;

1. Maddi Unsur- *Actus Reus*

Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesi hangi fiillerin soykırım sayılacağını belirtmektedir.²³ Bu tanımın, daha sonra hazırlanan ve kabul edilen mahkeme statülerinde, uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatta değiştirilmeden kullanıldığı görülmüştür. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 6. maddesi ile 9 Aralık 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 2.maddesi aynı ifadeleri içermektedir. Sözleşmenin unsurları ve soykırım suçunun tanımı, Eski Yugoslavya ve Ruanda'daki soykırım suçunun ve diğer suçların mahkumlarını yargılamak için Güvenlik Konseyi tarafından yaratılmış iki *ad hoc* mahkemenin statülerinin bünyesinde bulunmaktadır.²⁴

Birçokları tarafından tartışılan esaslı eksiklik; Soykırım Sözleşmesi'nin sadece ulusal, ırki, etnik ve dini gruplara uygulanmasıdır.²⁵ Soykırımın tanımı, kültürel soykırımı içermemektedir.²⁶ Gemalmaz'a göre, "siyasi ve diğer gruplar" soykırım suçundan korunan gruplara dahil edilmemiş ve bilinçli olarak taslaktan çıkarılmıştır.²⁷

Soykırım suçunun tanımında belirtilen bu gruplara ilişkin tanımlama, Soykırım Sözleşmesi'nde yapılmamıştır. Soykırım Sözleşmesi'nin uygulandığı ilk mahkeme kararı olan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Akayesu* kararında bu grupların tanımlarından bahsedilmiştir.²⁸ Aynı kararda; Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi,

²³ Madde 2- Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek.

²⁴William A Schabas, **Genocide in International Law, The Crimes of Crimes**, Cambridge University Press, UK, 2000, s. 4.

²⁵ **Ibid.**, s. 7.

²⁶ Cassese, **a.g.e.**, s. 96.

²⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 735.

²⁸ Milli Grup: Haklar ve ödevlerin mütakabiliyeti ilkesi ile ilgili bir araya gelmiş ortak bir vatandaşlığa dayalı hukuki bir bağı paylaşan insan topluluğu; Etnik Grup: Üyeleri ortak bir dili ve kültürü paylaşan insan topluluğu; Irki Grup: Dinsel, kültürel, milli ve dini faktörlerden bağımsız olarak, genellikle coğrafi bir bölgenin sadece kalıtımsal özelliklere dayanan insan topluluğu; Dini Grup: Ortak bir dini, mezhebi veya ibadet tarzını paylaşan insan topluluğu olarak izah edilmiştir. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No: ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par. 512-515,

Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına atıf yaparak bu grupların ortak kıstasının, değişmez ve doğuştan gelen bir aidiyete sahip olmaları olduğunu belirtmiştir. Değişken etkenlere bağlı, ekonomik ve siyasi gruplar gibi bireysel istek ile dahil olunan gruplar hariç bırakılmıştır.²⁹

Eylemin soykırım suçunu oluşturması için, bu eylemin 2.maddede sayılan hallerden herhangi biri veya birkaçına dahil olması gerekmektedir. Maddede sayılan fiiller şunlardır:

- Grup üyelerinin öldürülmesi³⁰
- Grup üyelerine ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi³¹
- Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirilmesi³²
- Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler alınması³³

<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> .

²⁹ **Ibid.**, par. 511.

³⁰ Temel insan haklarından yaşam hakkının açık bir ihlali olan bu fiil, aynı zamanda soykırım suçunun da en belirgin hali olup, bir grubun yok edilmesine yönelik fiillerin başında gelir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü' nde düzenlenen suçları yorumlamak amacıyla kabul edilmiş olan Suçun Unsurları belgesinde bu eylemin unsurları belirtilmiştir, (https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B_45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf) s. 2. Bu belgeye ve Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre; mağdurun, soykırımın hedefi olan milli, ırkı, etnik veya dini grupların üyesi olması gerektiği belirtilmiştir. *Akayesu* davasında; Mahkeme heyeti, eğer mağdur Tutsi olsaydı soykırım fiilinin gerçekleşmiş olacağını ama mağdur Hutu olduğundan bu özel fiilinden dolayı *Akayesu*'nun mahkûm edilemediğini belirtmiştir. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par. 712.

³¹ Cinsel saldırılar da ağır bedensel ve ruhsal zararlara neden olma fiili kapsamındadır. Yine *Akayesu* Kararında, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi; sınırlayıcı olmaksızın, işkence, gayri insani ve aşağılayıcı muameleyi, zulmü ciddi bedensel ve zihinsel zarar olarak kabul etmiştir. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par. 504.

³² Burada doğrudan grup üyelerinin hayatına veya vücuduna saldırı yoktur ancak dolaylı yollar ile grup üyelerinin yok edilmeye çalışılması söz konusudur. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (RUCM) *Kayishema ve Ruzindana* davasında, mahkeme; yaşam koşullarının içerdiği tecavüz, insan grubunun açlık çekmesi, gerekli tıbbi hizmetin minimumun altına düşürülmesi, makul müddet için yeterli barınmayı esirgemek, bütünüyle veya kısmen grubun yok edilmesini sağlamaktadır sonucuna varmıştır. The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999 par. 116, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>). EYUCM Yargılama Dairesi *Brđanin* kararında, RUCM'nin yorumlarını benimsemiş, bu eylemin oluşabilmesi için hedef alınan grubun kısmen veya tamamen fiziksel anlamda yok olacağının ispatının gerekmediğini belirtmiştir. The Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Case No. It-99-36-T, In The Trial Chamber II, Judgement, 1 September 2004, par. 691, (<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>).

³³ RUCM *Akeyasu* kararında; kısırlaştırma uygulamalarını, cinsel sakatlanmaları, zorla doğum kontrolünü, evliliklerin yasaklanmasını ve cinslerin ayrılmasını grup içinde doğumları önleyecek tedbirler olarak saymıştır. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par. 507.

- Gruba mensup çocukların zorla bir başka gruba nakledilmesi³⁴

Bu eylemler genel olarak düzenlenmiş ve hangi tür suçların bu başlıklara girdiği hususu açık bırakılmıştır. Bu eylemlerin içeriğinin doldurulması, uluslararası ve ulusal yargı kuruluşlarının görevi içerisindedir.³⁵

SSÖCS' nin 2.maddesinde tanımlanan soykırımın kendisine ek olarak, 3.madde bu suça katılmanın dört şeklini tanımlar.³⁶ Bunlar; soykırım yapmak için işbirliği yapmak³⁷, soykırıma doğrudan ve aleni bir şekilde kışkırtmak³⁸, teşebbüs³⁹ ve iştiraktır.⁴⁰

³⁴ Bu suç fiili ile amaçlanan grubun çocuklarını aileden kopararak, o grubun dışında yetiştirmek, mensup oldukları grubun kültüründen, geleneklerinden ve yaşam alışkanlıklarından uzaklaştırmak, o gruba aidiyet özellikleri ortadan kaldırılmak, grup içerisindeki mevcudiyetleri bu surette eksiltmektir. Süheyla Işıktaş, **Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015, s. 58.

³⁵ Yusuf Aksar, "Uluslararası Bir Suç Kategorisi Olarak Soykırım Suçu ve Diğer Uluslararası Suçlardan Farklı Yönleri", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, Aralık 2014, ss. 13-29, s. 22.

³⁶ Uluslararası ceza hukuku belgeleri bağlamında, 3.maddede düzenlenen soykırıma, diğer fiilleri katmada iki yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü'nde ve Uluslararası Hukuk Komisyonun İnsanlığın Huzuru ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Tasarısında olduğu gibi, "diğer fiilleri" cezai katılma ile ilgili genel bir hükümde birleştirmek, sadece soykırıma değil insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi diğer suçlara da uygulamak. İkinci yaklaşım, iki *ad hoc* mahkemenin statüsünde olduğu gibi, soykırım suçunun tanımı bağlamında 3. madde hükmüne katmak.

³⁷ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Musema* Kararı'nda; soykırım yapmak için işbirliğini, soykırım suçu işlemek için iki ya da daha fazla kişinin anlaşması olarak tanımlamıştır. The Prosecutor v. Alfred Musema, Trial Chamber 1, Case No: ICTR-96-13-A, 27 January 2000, par. 191, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf>).

³⁸ RUCM, soykırımı doğrudan ve aleni tahrik fiilinin; sırf hareket suçu olduğunu, soykırımın çok ciddi suçlar kategorisinde olduğunu ve failin beklediği etkiyi göstermemesi durumunda dahi cezalandırılacağını belirtmiştir. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No: ICTR-96-4-T 2 September 1998, par. 561-562, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>). Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 25/3/e maddesine göre, soykırım teşkil edebilecek bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi, aleni ve doğrudan tahrikte bulunan kimse cezalandırılacaktır. R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor**, s. 74, (http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf).

³⁹ RUCM *Rutaganda* kararında, teşebbüste neticenin önemsiz olduğunu, failin tamamlanmamış fiiller nedeniyle Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 2/3. Maddesi gereğince sorumlu olacağını belirtmiştir. The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Case No: ICTR-96-3-T, 6 December 1999, par. 34, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-3/trial-judgements/en/991206.pdf>). Roma Statüsü'nün 25/3/f maddesine göre; suçu işlemek için icraya başlanması ancak failin iradesinde olmayan nedenler yüzünden suçun gerçekleştirilememesi halinde de bireysel cezai sorumluluk doğacaktır.

(https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf)

⁴⁰ EYUCM, *Celebici* Kararında; bireylerin suç fiillerine katılmadan dolayı cezai sorumluluklarına karar verilmesinin, ceza hukukunun genel prensiplerine açıkça uygun olduğunu belirtmiştir. Prosecutor v. Zajnjl Delalic Hazim Delic, Case No: IT-96-21-T, 16 November 1998, par. 321, (http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf). Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Nürnberg İlkeleri Formülasyonu'nda; "barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç eylemine

Soykırım sözleşmesi ile ilgili belirtilmesi gereken son önemli husus da, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, bu sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasını sağlamak üzere, kendi Anayasalarına uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarma ve özellikle soykırım ve 3.maddedeki suçları işleyenlere uygulanacak cezai yaptırımları belirleme yükümlülükleri olduğudur.

2. Manevi Unsur – *Mens Rea*

Soykırım suçunun manevi unsuru, milli; etnik; ırksal veya dinsel gruplardan birini tamamen veya kısmen yok etme kastıdır. Fiilin mağdurunun, hedef grubun üyesi olması ve fiilin grubu kısmen ya da tamamen yok etme kastıyla işlenmesi gerekmektedir.⁴¹ Diğer bir ifade ile, soykırım suçunun işlenmesi için özel kast ("*dolus specialis*") da gereklidir.⁴²

Raphael Lemkin, soykırım suçu için plandan, olmazsa olmaz "*sine qua non*" (önkoşul) olarak bahsetmektedir.⁴³ Aşağıda örnek verdiğimiz gibi, davalar da bir planın gerekliliğini desteklemektedir.⁴⁴ *Karadzic ve Mladic* davasında, Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi plan ve projeden bahsetmiştir.⁴⁵ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde görülen *Rutaganda* davasında, soykırım suçu için özel kast aranmasının, onu diğer suçlardan ayıran önemli bir husus olduğu özellikle vurgulanmıştır.⁴⁶ EYUCM *Jelisc* kararında, çok açık bir şekilde özel kastın soykırım suçunun oluşması için gerekliliği izah edilmiştir.⁴⁷ Cassese'ye göre, soykırım suçu; mağdurun kişisizleştirilmesi ("*depersonalization of the victim*") amacına yönelik

iştirak, 6 nolu ilkede ifade edildiği üzere uluslararası hukuk altında bir suçtur" şeklinde izah edilmiştir. UN Doc. A/1316, Report of The International Law Commission Covering Its 2nd Session, 5 June-29 July 1950,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N50/389/28/pdf/N5038928.pdf?OpenElement>).

⁴¹ Tezcan /Erdem /Önok, *Uluslararası Ceza ...*, s. 536.

⁴² Kocaoğlu, *a.g.e.*, s. 153.

⁴³ Lemkin, *Axis Rule ...*, s. 79.

⁴⁴ Schabas, *a.g.e.*, s. 208.

⁴⁵ Trial Chamber Issues International Arrest Warrants Against Karadžić and Mladić and Rebukes FRY and Republika Srpska for Failing to Arrest them, CC/PIO/099-E, 11 July 1996, (<http://www.icty.org/en/sid/7327>).

⁴⁶ The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, ICTR-96-3-T, 6 December 1999, par. 59, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-3/trial-judgements/en/991206.pdf>).

⁴⁷ Prosecutor v. Goran Jelisc, Case No: IT-95-10-A, Appeal Chamber, 5 July 2001, par. 42, (<http://www.icty.org/x/cases/jelisc/acjug/en/jel-aj010705.pdf>).

bir suçtur çünkü mağdur bireysel özelliklerinden dolayı değil de sadece ve sadece bir grubun üyesi olduğu için kurban seçilmektedir.⁴⁸

B. İnsanlığa Karşı Suçlar

Uluslararası hukuk metinlerinde, İnsanlığa karşı suç kavramı II. Dünya Savaşı sonrası yer almaya başlamıştır.⁴⁹ II. Dünya Savaşı sona erdikten üç ay sonra 8 Ağustos 1945 tarihinde ABD, Rusya (Sovyetler Birliği), Büyük Britanya ve Fransa altı hafta süren yoğun tartışmalar sonunda, savaş suçlularını yargılamak için uluslararası askeri mahkeme kurulmasını öngören sözleşmeyi imzalamışlardır.⁵⁰

Uluslararası hukuk açısından, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Nürnberg Mahkemesi) Statüsü ve Nürnberg yargılamaları, insanlığa karşı suçu temel bir kavram olarak ele almıştır.⁵¹ İnsanlığa karşı suçların tanımı, ilk kez açıkça bu Mahkeme Statüsü'nde yapılmıştır.⁵²

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesi, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları üç grupta ele almıştır. Bunlar; barışa karşı suçlar⁵³, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardır.⁵⁴

Mahkeme Statüsü'nün 6/c maddesinde, insanlığa karşı suçlar: *'İşlendikleri ülkenin iç hukukunun ihlali olsun veya olmasın, mahkemenin yargılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler'* şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁵

⁴⁸ Cassese, **a.g.e.**, s. 103.

⁴⁹ Ezeli Azarkan, "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar", **AÜHFD**, C. 52, S.3, 2003, s. 275, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2556.pdf>).

⁵⁰ Benjamin Frensz "From Nuremberg to Rome: A Personal Account", Ed: Mark Lattimer ve Philippe Sands, **Justice for Crimes Against Humanity**, Oregon, Hart Publishing, 2003, s. 34.

⁵¹ Azarkan, **a.g.e.**, s. 277.

⁵² Werle, **a.g.e.**, s. 328.

⁵³ Şu an saldırı suçu olarak bilinmektedir.

⁵⁴ M. Cherif Bassiouni, **Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application**, Cambridge University Press, USA, 2011. s. 2.

⁵⁵ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

Görüldüğü üzere, insanlığa karşı suçlar, suç teşkil eden sivil nüfusa yönelik fiiller ve siyasi, ırkçı ve dinsel sebeplerden dolayı yapılan zulümler olmak üzere iki kategoride ele alınmıştır.

İnsanlığa karşı suçların, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'nde tanımlanmasından kısa bir süre sonra, bu konuda iki düzenleme daha yapılmıştır. Bunlar; Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu No. 10'nun 2/c maddesi (1945)⁵⁶ ve Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün⁵⁷ 5/c maddesidir.⁵⁸ Bu tanımlamaların Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü ile paralel olduğu görülmektedir.

Nürnberg Mahkemesi, suçların cezasız kalmaması için önemli olmakla birlikte, özellikle kanunilik ilkesi açısından eleştirilmiştir. Bu mahkeme yargılamalarında, işlendiği sırada suç olarak tanımlanmayan fiillerin, sonradan suç olarak sayılması ve cezalandırılmalarının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir.⁵⁹

İnsanlığa karşı suçun maddi ve manevi unsurlarını daha detaylı olarak inceleyecek olursak;

1. Maddi Unsur- *Actus Reus*

Hangi tür suçların, insanlığa karşı suçlar kavramının kapsamına girdiği, ancak uluslararası ceza mahkemelerinin statüleri incelenerek belirlenebilir. Nürnberg Mahkemesi bahsettiğimiz tanımlamayı yaparken, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza

⁵⁶ "Söz konusu suçlar işlendikleri ülkenin ulusal hukukunun ihlalini oluştursun veya oluşturmamasın, sınırlı sayıda olmaksızın, sivil nüfusa karşı işlenmiş adam öldürme, imha, kölelik, sürgün, hapis, işkence, tecavüz veya diğer tüm insanlık dışı eylemler ve siyasi, ırksal ve dinsel sebeplerle yapılan zulümler ve cürümler." (<https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>)

⁵⁷ "Mahkemenin yargılama yetkisi altında olan her bir suçun icrası için veya bunlarla ilişkili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen adam öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı eylemler veya siyasi ya da ırksal sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri ülkenin iç hukukunun ihlali olsun veya olmasın insanlığa karşı suç teşkil ederler." (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf).

⁵⁸ M. Cherif Bassiouni, **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**, Kluwer Law International, The Hague, Second Revised Edition, 1999, s. 1.

⁵⁹ Akt: Ayşen Seymen Çakar, "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, Sayı:103, 2012, s. 177, Aktarılan: Orçun Ulusoy, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Editör: Utku Kılınç, İzmir, Etki Yayıncılık, 2008, s. 13, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1231>).

Mahkemesi (EYUCM)⁶⁰ ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM)⁶¹ Statüleri birbirine benzer öğeleri içeren tanımlamalar yapmışlardır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçları, diğer iki *ad hoc* mahkeme statülere göre daha ayrıntılı ele alınmıştır. Aksar' a göre; insanlığa karşı suçlar, en mükemmel tanımına Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 7. madde hükmü ile ulaşmıştır.⁶² Roma Statüsü'nün 7.maddesinde insanlığa karşı suç oluşturan fiillerin, sivillere karşı doğrudan yapılması ya da sistematik bir eylem niteliğinde olması gerektiğini belirtmektedir.⁶³ UCM Roma Statüsü'nün; ırk ayrımı ve zorla kaybettirmeyi insanlığa karşı suçlar içine aldığı görülmektedir.

⁶⁰ EYUCM'de Statü'nün 5.maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; herhangi bir sivil topluluğa karşı uluslararası ya da dahili nitelikte silahlı çatışma sırasında işlenen adam öldürme, toplu öldürme, köleleştirme, sürgün, hapsedme, işkence, tecavüz, siyasi, ırksal ya da dini temelde zulüm ve diğer gayri insani fiiller insanlığa karşı suç olarak tanımlanmıştır, (http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf).

⁶¹ RUCM Statüsü'nün 3. maddesinde; öldürme, imha, köleleştirme, sürgün, hapis, işkence, tecavüz, siyasi, ırksal ve dini nedenlerden dolayı gerçekleştirilen fiiller ve diğer insanlık dışı muameleler insanlığa karşı suçlar olarak ele alınmıştır, (http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_r EF.pdf).

⁶² Yusuf Aksar, "Bir Uluslararası Suç Kategorisi Olarak Uluslararası Ceza Hukuku ve Türk Hukukunda İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar", **Uluslararası Suçlar ve Tarih**, S. 2, Y. 2006, ss. 135-150, s. 147.

⁶³ Madde 7: "*İnsanlığa Karşı Suçlar 1.Bu tüzüğün amaçları bakımından "insanlığa karşı suçlar", herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır: (a) öldürme; (b) toplu yok etme; 3 (c) köleleştirme; (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) işkence; (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan her hangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki her hangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) zoraki kayıplar; (j) ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu; (k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler. 2. 1. paragrafın amaçları bakımından: (a) "Herhangi bir sivil topluluğa yönelmiş saldırı", devlet ya da kurumsal bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. paragrafta belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması anlamına gelir; (b) "Toplu yok etme", nüfusun bir bölümünü yok etmek amacıyla, yiyecek ve ilaca erişimden mahrum bırakmanın yanı sıra, yaşam koşullarını kasten kötüleştirmeyi de içerir; (c) "Köleleştirme", kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti dahil kullanılması anlamına gelir; (d) "Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli", uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, belli bir yerde, hukuka uygun olarak ikamet eden insanların sürülmesi ya da başka zorlayıcı fiillerle zorla yer değiştirilmeleri anlamına gelir; (e) "İşkence", yasal yaptırımlardan kaynaklanan, kaza eseri ya da yaptırımın doğasından kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözaltında bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da ussal olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir; (f) "Zorla hamile bırakma", uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla, bir kadının arzusu hıllafına, zorla hamile bırakılması anlamına gelir; ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanamaz; (g) "Zulüm", bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklardan ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir; (h) "İrk ayrımcılığı (apartheid)", bir ırkın, başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde, sistematik hakimiyet ve baskı kurmaya yönelik kurumsal bir rejim 4 çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlediği ve 1. paragrafta sözü edilen insanlık dışı fiiller anlamına gelir; (i) "Zoraki kayıplar", bir devlet veya siyasi*

Uluslararası ceza mahkemeleri statüleri ve kararları incelendiğinde, insanlığa karşı suçların ortak unsurlarını oluşturan, belirleyici ve ayırt edici özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Saldırının varlığı⁶⁴ ve eylemin silahlı çatışma sırasında meydana gelmesinin aranıp aranmadığı hususu⁶⁵
- Yaygın sistematik bir saldırının parçası olması⁶⁶

bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde, kişilerin gözetimine alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkar anlamına gelir; 3. Bu tüzüğün amacına uygun olarak, “cinsiyet” toplumsal bağlamda, kadın ve erkek olmak üzere iki cinsiyete atıf yapmaktadır. “Cinsiyet” terimi, yukarıda açıklanandan başka bir anlam taşımamaktadır.”

⁶⁴ RUCM, Kayishema davasında; “saldırı, sayılan suçların oluşturmaya gereken olaydır. Nitekim, tek bir saldırı içerisinde, sayılan suçların bir kombinasyonu, örneğin cinayet, tecavüz ve sınır dışı edilme olabilir” şeklinde ifade etmiştir. The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1 -T, 21 May 1999, par. 122, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>). EYUCM Kunarac davasında, saldırıyı şiddet fiilinin işlenmesini içeren davranış biçimi olarak belirtmiştir. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case No: IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 February 2001, par. 415, (<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>).

⁶⁵ EYUCM ile RUCM Statüleri arasındaki belirgin fark, silahlı çatışmanın varlığının aranıp aranmamasına ilişkindir. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (UCM Roma Statüsü) insanlığa karşı suçun oluşması için silahlı çatışmanın varlığını aramazken, EYUCM Statüsü’nün silahlı çatışmanın varlığını aradığı anlaşılmaktadır. RUCM ve UCM Roma Statüsü, insanlığa karşı suçun yaygın ve sistematik saldırı şeklinde gerçekleşmesini aramıştır. EYUCM Statüsü’nde aranan silahlı çatışma varlığının uluslararası teamül hukuku gerekliliklerini aştığı belirtilmiştir. Simon Chesterman, “An Altogether Different Order: Defining The Elements of Crimes Against Humanity”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 10, No. 2, Spring / Summer 2000, s. 309. EYUCM Üst Yargılama Dairesi *Tadic* kararında da, benzer bir ifade kullanmış, uluslararası teamül hukukunun, insanlığa karşı suçlarla silahlı çatışma arasında herhangi bir bağ bulunmasını gerektirmediğinden bahsetmiş ancak Mahkeme Statüsü gereğince silahlı çatışma ile insanlığa karşı suç teşkil eden fiil arasında zaman ve coğrafya bağlamında bağlantı aramıştır. Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision On the Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, 2 October 1995, par. 66-78, (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>). UCM Roma Statüsü’nün 7.maddesine göre, bir fiilin insanlığa karşı suç oluşturabilmesi için çatışma sırasında olması koşulu aranmamaktadır.

⁶⁶ “Yaygın” terimi mağdurların sayısını, “sistematik” terimi bir politika veya planın varlığını ifade eder. Chesterman, **a.g.e.**, s. 314. EYUCM Statüsünde “yaygın” ve “sistematik” ifadeleri yer almamasına rağmen, EYUCM, *Tadic* Kararında; sivil nüfusa karşı gerçekleştirilen fiillerin yaygın veya sistematik bir temelde ve bir planın gelişmesi şeklinde işlenmesini gerektirdiğini ifade etmektedir. Prosecutor v. Du (Ko Tadi) “Dule” Opinion and Judgment, Case No:IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 626. RUCM, *Akayesu* kararında, fiilin yalnızca tesadüfi bir şiddet fiili değil, yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak gerçekleşmesini önkoşul olarak gözetmekte olduğunu, fiilin yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olabileceğini, her ikisinin de olmasının gerekmediğini vurgulamıştır. “Yaygın” kavramının çok sayıda mağdura karşı önemli derece topluca gerçekleştirilen büyük çapta, sık ve kitlesel fiil olarak, “sistematik” kavramını da önemli kamu ve özel kaynakları içeren ortak politika temelinde düzenli ve örgütlü fiiller olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir. *Akayesu*, Case No: ICTR-96-4-T 2 September 1998, par. 579, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>).

- Sivillere karşı doğrudan bir eylem yapılması⁶⁷
- Ayrımcılık temelinde yapılmasının aranıp aranmadığı hususu⁶⁸

İnsanlığa karşı suç türleri, genel olarak şu başlıklar altında toplanabilir:

- adam öldürme,⁶⁹
- imha etme,⁷⁰
- tecavüz,⁷¹
- sürgün,⁷²

⁶⁷ Yöneltilmiş saldırıdan söz edebilmek için EYUCM, kesin faktörler olarak; saldırı sırasında kullanılan araç ve yöntemleri, mağdurların durumu ve sayılarını, saldırının ayrımcı niteliğini, gerçekleşmesi sırasında işlenen suçun niteliğini, savaş hukukunun önleyici şartlarına uyumu bağlamında o zamanki saldırganların direncini göstermektedir. Mohamed Elewa Badar, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity”, **5 San Diego Int’l L.J.** 73, 2004, s. 100. RUCM *Kayishema* yargılamasında, kamu düzenini koruma görevini yürüten silahlı kuvvetler dışındaki tüm kişilerin bu sivil kapsamına girdiği belirtilmiştir. Kayishema, Case No: ICTR-95-, 21 May 1999, par. 127, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>).

⁶⁸ RUCM Statüsü, hem Nürnberg Şartı’na hem de EYUCM Statüsü’ne ek bir gereklilik içermektedir; Saldırının ulusal, siyasi, etnik, ırksal veya dini gerekçelerle gerçekleştirilmesi. Chesterman, RUCM Statüsü’nde yer alan ayrımcılık temeline dayanması unsurunun, uluslararası teamül hukuku gerekliliklerini aştığını belirtmektedir. Chesterman, **a.g.e.**, s. 326.

⁶⁹ RUCM *Akayesu* kararında; adam öldürmeyi; bir insanın hukuka aykırı, kasıtlı olarak öldürülmesi olarak tanımlamış ve adam öldürme fiili için gereken koşullar şu şekilde belirtilmiştir: Mağdurun ölümü, öldürme fiilinin sanığın veya emri altındakilerin ihmal veya yasadışı eylemlerinden kaynaklanması, suçun işlenmesi sırasında, sanık veya astın, bu bedensel zararın mağdurun ölümüne neden olabileceğini bilerek ve ölümün bundan kaynaklanıp kaynaklanmamasını umursamayarak mağdurun bedensel bütünlüğüne ağır zarar verme kastı. Öldürme eylemi, sivil nüfusa yönelik yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olmalıdır. Mağdur, bu sivil nüfusun parçası olması gerekmektedir. Mağdurun, siyasi, etnik, ırksal, dini ve ulusal ayrımcılığa dayanan nedenlerden ötürü öldürülmesi halinde bu eylem insanlığa karşı suç kategorisinde yer alır. *Akayesu*, Case No: ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par. 589-590, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>).

⁷⁰ Öldürme için bir kişinin hayatını kaybetmesi yeterliyken, imha için geniş ölçekli bir yıkım gerekmektedir. Bassiouni’ye göre imha, sadece geniş ölçekli bir öldürme değil, sonucunu arzulayan ve bilen bir grup insanın, bir başka grup üyelerini planlı ve bir program çerçevesinde öldürmesidir. Bassiouni (1999), **a.g.e.**, s. 302. RUCM, *Akayesu* kararında “imha”nın gerekli unsurlarını şöyle tanımlamaktadır: Sanık ve onun emri altındakilerin ismen veya tanımlanmış belirli kişilerin ölüm olayına katılmaları, fiil veya ihmali yasadışı ve kasti olması, yasadışı fiil veya ihmali yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olması, saldırının sivillere yönelik olması, saldırının ulusal, siyasal, etnik, ırksal veya dinsel temele dayalı ayrımcılığa bağlı olarak gerçekleşmesi. *Akayesu*, Case No: ICTR-96-4-T, 2 September 1998, par. 592, (<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>).

⁷¹ EYUCM *Furundzija* kararında, tecavüzün objektif unsurlarını şu şekilde özetlemiştir: cinsel içe girme, (yüzeysel olsa da, mağdurun vajina veya anüsüne, failin penisinin veya failin kullandığı başka objenin; veya mağdurun ağzına failin penisinin) mağduru veya 3.kişiye güç kullanma, korkutma veya zorlamayla. Prosecutor v. Anto Furundzija, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-17/1-T, 10 December 1998, par. 185, (<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>). Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nde cinsel şiddet suçları 7. ve 8. maddelerinde şu şekilde sıralanmıştır: Tecavüz, seks köleliği, zorla fuhuş, zorunlu gebelik, zorunlu kısırlaştırma.

⁷² Nüfus transferi, aynı ülke içinde bir bölgeden diğerine insanların mecburi taşınması iken, sürgün insanların bir ülkeden başka bir ülkeye cebri yer değiştirmesidir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün (UCM) 7. maddesinde nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli şu şekilde tanımlanmıştır: “Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli, uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, bir

- köleleştirme ve zorla çalıştırma⁷³

2. Manevi Unsur –*Mens Rea*

EYUCM 5.maddesi ve RUCM 3.maddesi, insanlığa karşı suçların manevi unsurunun mahiyetini tanımlayan hükümlerden yoksundurlar. Halbuki UCM Roma Statüsü'nün 7. maddesine göre, bu suç fiilleri yaygın ve sistematik saldırı bilgisi dahilinde işlenmelidir. Ancak Roma Statüsü, failin davranışı ile sivil nüfusa saldırı arasında gerekli bağlantıyı kapsayan mahkûmun bilgisini gerekli bulmamaktadır.⁷⁴

Fail, saldırının bilgisine sahip olmak zorunda olduğu, bunun, soykırım tanımının gerektirdiği özel kasta göre daha az aranmakta ise de özel kastın bir şeklini oluşturduğunu belirtilmektedir. İnsanlığa karşı suçlara iştirak eden fakat bunların sivil bir nüfusa karşı yaygın ya da sistematik bir saldırının parçası olduğunun farkında olmayan bir birey, cinayetten hatta belki savaş suçlarından suçlu bulunabilir fakat Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından insanlığa karşı suçlardan mahkûm edilemeyecektir. Bununla birlikte, suç unsurlarına göre bu, failin saldırının tüm özelliklerinin ya da Devlet ya da örgütün plan ya da politikasının kesin detaylarının bilgisine sahip olmasını gerektirmemektedir.⁷⁵

yerde hukuka uygun olarak ikamet eden insanların zorla yerlerinden edilmeleri ya da başka zorlayıcı fiillerle yer değiştirmeleri anlamına gelir”.

⁷³ Köleleştirme, insanın temel haklarından yoksun bırakılmasıdır. Zorla çalıştırılma ise, kişilerin kendi bedenleri üzerindeki kontrolünden yoksun bırakılması, emeğinin karşılığının verilmemesidir. Muzaffer Yasin Aslan, **Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 109. Köleleştirme tüm Statülerde geçmesine rağmen, sadece UCM Statüsünde tanımlanmıştır. Statünün 7/2/c maddesi şu şekildedir: “*Köleleştirme, kadın ve çocuklar başta olmak üzere, insan ticareti dahil bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin kullanılması anlamına gelir.*”

EYUCM Kunarac yargılamasında, Nürnberg Mahkemesi'nin bu fiillerin savaş suçlarına mı yoksa insanlığa karşı suçlara mı girdiğine işaret etmediğini, bunun istisnasının, zorla çalıştırma ile ilgili insanlığa karşı suçlardan suçlanan sanık Von Schirach olduğunu, *Von Schirach* mahkumiyetinde, mahkeme kölelik ve zorla çalıştırmayı sadece savaş suçu olarak değil aynı zamanda köleleştirme olarak insanlığa karşı suç olarak ele aldığını belirtmiştir. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case No: IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 February 2001, par. 523, (<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>). Köleleştirme ve kölelik ile ilgili uygulamaların yasaklanmasının uluslararası teamül hukuku seviyesine ulaştığı ve *jus cogens* statüsü kazandığı bilinmektedir. M. Cherif Bassiouni, “Enslavement as an International Crime”, **23 NYU J INT'L L & POL**, 1991, s. 445. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Hüseyin Pazarıcı, “Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, No. 417, Ankara, 1977, ss. 365-379, s. 376.

⁷⁴ Badar, **a.g.e.**, s. 44.

⁷⁵ Akt: William A. Schabas, **An Introduction to the International Criminal Court**, Second Edition, Cambridge University Press, UK, 2004, s. 45; Aktarılan: Herman Von Hebel /Darryl Robinson “Crimes Within the Jurisdiction of the Court” in Roy Lee, ed., **The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results**, The Hague, Kluwer Law International, 1999, s. 93.

C. Savaş Suçları

Savaş suçunun, savaş hukuku ihlali olduğu belirtilmiştir.⁷⁶ Diğer bir ifade ile, savaş suçunu, uluslararası insancıl hukuk olarak da bilinen silahlı çatışmalarda uygulanan yasaların ve teamüllerin ciddi şekilde ihlal edilmesi şeklinde tanımlayabiliriz.⁷⁷

Werle, savaş suçunu bazı yazarların en genel tanımıyla, savaş veya silahlı çatışma sırasında işlenen suç oluşturan fiiller olarak tanımladığını, diğerlerinin ise suçlu olup olduklarına bakılmaksızın uluslararası insancıl hukukun her türlü ihlali için bu kavramı kullandıklarını belirtmiştir. Bu kavramın silahlı çatışma ile bağlantılı işlenen uluslararası hukuk altındaki suçları ifade etmek için kullanıldığını dile getirmiştir.⁷⁸ Genel bir tanımla, savaş hukuku kurallarının ihlali ile savaş suçları ortaya çıkmaktadır.⁷⁹

Genel olarak, savaş hukuku, silahlı çatışma hukuku⁸⁰ ve insancıl hukuk terimlerinin eş anlamlı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.⁸¹ Tezimizde de savaş hukuku, insancıl hukuk ve silahlı çatışma hukuku terimleri aynı anlamda kullanılacaktır.

⁷⁶ Oona A Hathaway/ Paul K Strauch/ Beatrice A Walton/ Zoe A Y Weinberg, “What Is a War Crime”, **44 YALE J INT'L L**, 2019, ss. 53-113, s. 54.

⁷⁷ Robert Cryer/ Hakan Friman/ Darryl Robinson/ Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge University Press, UK, 2007 s. 221.

⁷⁸ Werle, **a.g.e.**, s. 391.

⁷⁹ Bu yaklaşımın temel gerekçelendirmeden yoksun olduğu, savaş suçunun tanımlanması konusunda ceza mahkemelerine ve komisyonlarına yol gösterme konusunda başarısız olduğu ifade edilmiş, savaş hukuku ihlallerini cezalandıran Statülerin farklar içermesi sebebiyle karışıklara yol açacağı şeklinde eleştirilmiştir. Hathaway, **a.g.e.**, s. 54.

⁸⁰ Silahlı çatışma hukuku, çok daha önceki tarihlere dayanmakla birlikte, modern silahlı çatışma hukuku sözleşmeler dizisi ile gelişmiştir. Bunların en önemlileri 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli ek iki protokolüdür. Christopher Greenwood, “The Law Of War (International Humanitarian Law)”, **International Law**, First Edition, Editor: Malcolm D. Evans, Oxford University Press, 2003, s. 790. Kısaca özetlemek gerekirse, uluslararası insancıl hukuku oluşturan düzenlemeler, öncelikli olarak sivilleri veya aktif olarak savaşçı olmayanları (hasta ve yaralılar gibi) korumaya odaklanan Cenevre Hukuku ve gereksiz yıkım ve acıyı azaltmak açısından belirli savaş araç ve yöntemlerini düzenleyen Lahey hukuku olarak bölünmüştür. Cryer/ Friman/ Robinson/Wilmshurst, **a.g.e.**, s. 221; Arnold Krammer, **War Crimes, Genocide and The Law A Reference Handbook**, Praeger, 2010, California, s. 33.

⁸¹ Uluslararası hukukçular tarafından silahlı çatışma hukukunu, aynı zamanda kuvvet kullanma hakkı anlamındaki *jus ad bellum*'dan ayırmak için *jus in bello* terimini kullandıkları görülmektedir. Ancak, şu anda Birleşmiş Milletler, Uluslararası Adalet Divanı ve Kızılhaç Uluslararası Komitesi tarafından kullanılan terim “uluslararası insancıl hukuk”tur. Aust, **a.g.e.**, s. 251.

Peki, uluslararası insancıl hukuk veya savaş hukuku nedir? Sencer' e göre; savaş uygulamalarının ve savaşta kullanılacak güç kullanımının ölçü ve sınırlarını belirleyen uluslararası örf ve adet hukuku ile norm ve kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.⁸² Detter, savaş hukukunun, savaşta ilişkileri düzenleyen kurallar bütününe ifade ettiğini belirtmektedir.⁸³

Dar anlamda savaş hukuku silahlı çatışmalar sırasında bireylerin korunması dahil, savaşan tarafların uyması gereken uluslararası hukuk kurallarını belirtmektedir. Geniş anlamda savaş hukuku ise, sadece silahlı çatışma eylemleri ve bireylerin korunması ile sınırlı kalmamakta, geleneksel savaş hukuku kapsamı içerisinde ele alınan silahlı çatışmaların, savaşan tarafların ve üçüncü devletlerin ilişkileri üzerindeki hukuksal etkileri de kapsamaktadır.⁸⁴

Tezimizde incelediğimiz, Uluslararası Ceza Mahkemesi yargı yetkisine giren suçları tanımlayan hükümler içerisinde en uzunlu 'Savaş suçları' başlıklı Madde 8'dir. Dört kategori suçun en eskisi savaş suçlarıdır.⁸⁵ Uzunca bir süre savaş suçları, kural olarak, uluslararası kamu düzenini doğrudan etkilemediği için gerçek anlamda bir uluslararası suç olarak kabul edilmemiştir.⁸⁶ İncelediğimiz diğer suçlara göre daha eski tarihlere uzanan bu suçun tanımı, içerikleri karışık ve kodifikasyonu da zordur.

⁸² Akt.: Can Akdoğan, **Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, s. 156; Aktarılan Kaynak: Sencer, Mustafa; "İnsan Hakları ve Savaş", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 12, Ankara, 1991, s. 14. Rather, savaş hukuku ve teamüllerini ihlal eden düşman askeri güçlerine mensup kişilerin cezalandırılmalarının, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu belirtmektedir. Steven R. Jason RATHER, **Accountability For Human Rights Atrocities in International Law**, Oxford, Clarendon Press, 1997, s. 45.

⁸³ Ingrid Detter, **The Law of War**, Second Edition, Cambridge University Press, UK, 2000, s. 159. Uluslararası İnsancıl Hukuk, devletlerin ve bireylerin silahlı çatışmalarda davranışlarını düzenler ve insanları ve mallarını korumayı amaçlar. Bu hukuk kuralları iki hedef arasında denge aramaktadır. Bunlar, devletin (veya Devlet olmayan bir grubun) silahlı kuvvetlerinin silahlı çatışmanın soruşturulmasına olan ihtiyacı ile silahlı çatışmalarda yer almayan veya artık katılmayan kişilerin korunmasına duyulan insancıl ihtiyaçtır. Emily Crawford / Alison Pert, **International Humanitarian Law**, UK, Cambridge University Press, 2015, s. 28. Savaş Hukukunun amacı; kuvvet kullanma ve şiddetin, aşırı, oransız, amaçsız ve gereksiz uygulanmasının önüne geçilmesidir. Özellikle sivil nüfus açısından savaşın yıkıcı etkilerinin azaltılması amaçlandığından bu kurallar hem devletleri hem de çatışmaya katılan bireyleri bağlayıcı bir özellik taşıdığı ifade edilmektedir. Tezcan/Erdem/Önok, **Uluslararası Ceza ..**, s. 560.

⁸⁴ Aslan, **a.g.e.**, s. 131.

⁸⁵ Schabas, **An Introduction...**, s. 51.

⁸⁶ Aslan, **a.g.e.**, s. 129.

1. Maddi Unsur-Actus Reus

Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluşunu oluşturan bildirge savaş suçlarını şu şekilde tanımlamıştır: *“İşgal altındaki bir ülkenin sivil nüfusunun veya böyle bir ülkede bulunan sivil nüfusun öldürülmesini, kötü muameleye tabi tutulmasını veya köle olarak çalıştırılmak amacıyla veya herhangi bir amaçla tehcir edilmesini, harp esirlerinin, denizdeki kimselerin öldürülmesini veya kötü muameleye tabi tutulmasını, rehinelerin öldürülmesini, kamusal veya özel malın yağma edilmesini veya askeri gereklilikler ile haklı kılınmayan tahribatı içine alan fakat bunlarla sınırlı olmayan harp kurallarının ve adetlerinin ihlal edilmesi”*⁸⁷.

Bu bildirgeden dört yıl sonra, savaş suçlarına ilişkin 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 'ağır ihlaller' hükümleri düzenlenmiştir.⁸⁸ Savaş suçlarını düzenleyen, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 147. maddesi; *“Kasten adam öldürme, biyolojik deneyler dahil işkence ya da insanlık dışı muamele, bedende ya da sağlıkta kasten büyük ızdıraba ve ciddi yaralamaya sebebiyet verme, korunan bir kişinin hukuka aykırı olarak sürgün edilmesi/sınırdışı edilmesi ya da nakledilmesi ya da hukuka aykırı olarak hapsedilmesi, korunan bir kişiyi düşman bir Güçte hizmet etmeye zorlama ya da korunan bir kişiyi bu Sözleşmede öngörülen adil ve olağan yargılama haklarından kasten yoksun bırakma, rehin alma ve askeri*

⁸⁷https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

⁸⁸ Schabas, **An Introduction...**, s. 52, <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>, Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller, silahlı çatışmanın idaresini düzenleyen ve etkilerini sınırlamayı amaçlayan uluslararası insancıl hukukun özünü oluşturur. 21 Nisan 1949 – 12 Ağustos 1949 tarihleri arasında uluslararası konferans toplanmış ve dört sözleşme yapılmıştır. Bunlar; I. Cenevre Sözleşmesi, Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; II. Cenevre Sözleşmesi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; III: Cenevre Sözleşmesi, Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi; IV. Cenevre Sözleşmesi, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi'dir. Cenevre Sözleşmelerinin isimlerinden içerikleri anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, IV. Cenevre Sözleşmesi, savaş sırasında yalnızca sivillerin korunmasına ilişkin ilk çok uluslu sözleşmedir. Gary D. Solis, **The Law of Armed Conflict International Humanitarian Law in War**, UK, Cambridge University Press, 2010, s. 83. Dört Cenevre Sözleşmesi de 12 Ağustos 1949 yılında imzalanmıştır. Sözleşmeler incelendiğinde silahlı çatışmalar sırasında yapılması ve yapılmaması gereken hallerin sayımına gidildiği görülmektedir. Cenevre Sözleşmelerinin sistemsal temelini, savaşta aktif olarak yer almayan kişilerin insanca muamele görmesi ilkesi olduğu söylenebilir. Shaw, **a.g.e.**, s.1055. Bu dört Cenevre Sözleşmesine taraf sayısı 196'dır. Sözleşmeye taraf devlet sayısı diğer uluslararası sözleşmelere kıyasla çok yüksektir, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B&action=openDocument>), Erişim Tarihi:25.08.2019.

gereklilikle meşrulaştırılmayan ve hukuka aykırı ve nedensiz bir şekilde gerçekleştirilen mülkiyetin yaygın yok edilmesi ve sahiplenilmesi.” şeklinde düzenlenmiştir.⁸⁹

Cenevre Sözleşmeleri’nin düzenlenmesini izleyen yirmi yıl içinde ulusal kurtuluş savaşları ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarının sayısında artış olması sebebiyle, 1977 yılında bu dört Cenevre Sözleşmesi’ne ek olarak iki protokol düzenlenmiştir. Birinci protokol uluslararası ve İkinci Protokol uluslararası olmayan silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına ilişkindir. İkinci Protokol uluslararası andlaşmalar hukukunda ilk kez, uluslararası olmayan silahlı çatışmayı düzenlemesi açısından önem taşır.⁹⁰

Roma Statüsü’nün savaş suçlarının nasıl düzenlendiğine bakacak olursak; Roma Statüsünün 8. Maddesi dört kategori savaş suçu içermektedir. Bunlardan ikisi uluslararası silahlı çatışmaya ve diğer ikisi uluslararası olmayan silahlı çatışmaya ilişkindir.⁹¹ Madde 8 çerçevesindeki suçlamalarda belirlenmesi gereken ilk şey,

⁸⁹ <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>.

⁹⁰ <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>.

⁹¹ Silahlı çatışmanın, uluslararası sözleşmelerde kesin bir tanımına yer verilmemiştir. Christine Byron, “Armed Conflicts: International or Non-international?”, **Journal of Conflict and Security Law**, Vol.6, No.1, 2001, ss. 63-90, s. 64. Silahlı çatışma, iki aktörün karşılıklı olarak silahlı şiddet uygulamasını ifade eder. EYCUM şu şekilde bir tanımlama yapmıştır: “Devletler arasında silahlı kuvvete başvurulduğunda ya da hükümet otoriteleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında veya bir devlet içinde bu tür grupların kendi aralarında uzun süreli silahlı şiddet bulunduğunda orada bir silahlı çatışma olduğu kabul edilir.” Prosecutor v. Tadic, Case No: IT-94-1-T Desicion on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 70, (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>). Uluslararası Kızıl Haç Komitesi tarafından yayınlanan Cenevre Sözleşmelerine İlişkin Yorumda, “iki Devlet arasındaki ve silahlı kuvvetler mensuplarının müdahalesine yol açan herhangi bir görüş ayrılığının, Cenevre Sözleşmeleri anlamında silahlı bir çatışma olduğunu” belirtmektedir. Greenwood, **a.g.e.**, s. 792 ve <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>. Bu silahlı şiddet kullanımı, devletler arasında olabileceği gibi, bir ülkede hükümet güçleriyle organize silahlı gruplar arasında ya da grupların kendi aralarında olabilir. Nimet Güller, **Roma Statüsünde ve Türk Ceza Kanunda Uluslararası Suçlar**, (http://www.ngo-at-work.org/icc2006/reports/Country_report_Turkey_turk.pdf). Günümüz pozitif uluslararası hukukunda silahlı çatışmalar ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardır. Tezcan/Erdem/Önok, **Uluslararası Ceza..**, s. 567. Bu durum, çatışmanın tarafları ve çatışmalarda uygulanacak kurallar bakımından farklılık göstermektedir. Ayşe Nur Tütüncü, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2012, s. 42. İki ya da daha fazla devlet arasındaki silahlı şiddete ek olarak, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 2. maddesi gereklilikleri uyarınca aralarında herhangi bir savaş olmasa bile savaş ilanında veya direniş ile karşılaşılmasa bile kısmen ve tamamen işgal durumunda çatışma başlatılmışsa uluslararası silahlı çatışma olarak nitelenebileceği belirtilmiştir. Uluslararası silahlı çatışmanın, işgal edilmemiş bölgenin sakinlerinin yaklaşan düşmana karşı silahlandıkları seferberlik hallerinde de mevcut olacağı, 1977 tarihli Cenevre Sözleşmeleri 1 nolu Ek Protokolü onaylamış devletler için, Protokol’ün 1/4. maddesine uygun olarak sömürgeci taarruzla, yabancıların işgali ile ve ırkçı rejimlerle mücadele eden halkların içinde bulunduğu uzayan silahlı şiddet olaylarında da bulunduğu ifade edilmektedir. Bir devletin, herhangi bir tarafın yanında uluslararası olmayan silahlı çatışmaya doğrudan askeri müdahalede bulunduğu durumlarda veya kontrol eden devletin fiillerini dayandırdığını haklı çıkaracak şekilde isyancı topluluk üzerinde genel kontrol

uluslararası ya da uluslararası olmayan bir silahlı çatışmanın varlığıdır. Maddede sıralanan ve bir ülke savaşta iken işlenen her eylem, mahkeme önünde cezalandırılabilir bir suç oluşturmayacaktır. İşlenen eylem ile çatışma arasında bir *bağlantı* da olmalıdır. Bu örtük şart, *ad hoc* mahkemelerin içtihat hukuklarında geliştirilmiştir.⁹²

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün savaş suçları açısından, EYUCM içtihadından esinlendiği belirtilmektedir.⁹³ Roma Statüsü'nde EYUCM aşağıda izah edilen *Tadic* kararında ifade edildiği üzere savaş suçlarının iç çatışmalara sırasında işlenebileceği yer almaktadır. UCM savaş suçu olarak iki tür iç çatışma türü tanımaktadır. Bunlar, Statü'nün 8/ 2/c maddesinde belirtildiği üzere 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Madde ihlalleri ve 8/2/e maddesi gereğince uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir diğer yasa ve geleneklerin ağır ihlalleridir.⁹⁴ Statünün 8/2/f maddesine göre; iç silahlı çatışmalara savaş hukuku kurallarının uygulanabilmesi için iç çatışmaların uzun süreli silahlı bir çatışma olması ve hükümet güçleri ile organize silahlı güçler veya organize gruplar arasında gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁹⁵

Madde 8'de sıralanan ilk kategori savaş suçları, Cenevre Sözleşmeleri'nin 'ağır ihlalleri'dir. Maddede sıralanan ikinci kategori savaş suçları şunlardır, 'uluslararası hukukun yerleşik çerçevesi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmaya uygulanabilir kuralların ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri'. Suçları içeren bu liste genellikle 'Lahey

uygulandığı zaman da uluslararası çatışma olacağı eklenmektedir. Ilias Bantekas/ Susan Nash, **International Criminal Law**, Third Edition, 2007, UK, Routledge-Cavendish, s. 115. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara (iç silahlı çatışmalar) ilişkin uluslararası sözleşmelerde üç ayrı tanım bulunmaktadır. Bu konuda, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ve 1977 tarihli 2 nolu Ek Protokol iki ana belgedir. Günümüze daha yakın tarihli, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, genel olarak iç silahlı çatışmaların tanımını vermektedir. Eva La Haye, **War Crimes in Internal Armed Conflicts**, First Published, UK, Cambridge University Press, 2008, s. 7. İç silahlı çatışmalar da devletler arasındaki örgütlenmenin ve iş birliğinin gelişimiyle, artık modern uluslararası hukukun kapsamında kabul edilmektedir. Ali İbrahim Akkutay, "Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması", **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 65 /1, 2016, ss. 1-61, s. 10. 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ile, uluslararası hukukun, bazı silahlı iç çatışmaları, silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası hukuk kurallarının uygulanması kapsamına alması gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, daha sonra uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki düzenlemeler genişletilmiştir. 1977 tarihli Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (Protokol II), ortak madde 3'te belirtilen uluslararası insancıl hukukun korunmasını geliştirmiş ve genişletmiştir. Byron, **a.g.e.**, s. 64. Bu protokol, uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramının tanımını yapmıştır.

⁹² Schabas, **An Introduction...**, s. 54.

⁹³ La Haye, **a.g.e.**, s. 9.

⁹⁴ Bantekas/Nash, **a.g.e.**, s. 124.

⁹⁵ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf.

hukuku' olarak nitelendirilmektedir, çünkü bunlar esas olarak 1907 Lahey Sözleşmesi IV'e eklenen Düzenlemeler'den alınmıştır. Madde 8'deki izleyen iki kategori savaş suçu, uluslararası hukukun, en azından tarihsel anlamda oldukça tartışmalı bir alanını oluşturan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgilidir.⁹⁶

Diğer uluslararası ceza mahkemesi statülerinde ve yargılamalarında savaş suçları şu şekilde ele alınmıştır. EYUCM Statüsünde savaş suçları iki kategoride yer almıştır. Bunlardan ilki, uluslararası nitelik taşıyan silahlı çatışmalarda korunan kişilere ve mallara yönelik gerçekleştirilen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ihlalleri oluşturmaktadır. İkinci olarak, savaş sözleşme ve savaş teamülü kurallarının ihlali suç olarak sayılmıştır.

EYUCM İstinaf Dairesi *Tadic* kararı, silahlı çatışma kavramının ilk tanımlandığı ve kapsamının belirlendiği davadır. Kararda, Statü'nün 3.maddesine göre, bir suçun savaş suçu sayılabilmesi için şu özellikleri taşıması gerekmektedir:

1. İhlal, bir uluslararası insancıl hukuk kuralının ihlalini oluşturmalıdır.
2. Kural teamül hukukuna ait olmalı ya da gerekli şartları yerine getirmesi kaydıyla andlaşmalar hukukuna ilişkin olmalıdır. (aynı kararın 143. paragrafında bu şartlar belirtilmiş olup, bunlar a. suçun işlendiği zaman tarafların sözleşme ile bağlı olduğunun tartışmasız olması b. Uluslararası insancıl hukukun en teamülü kurallarında olduğu gibi uluslararası hukukun emredici normları ile çelişmemesi veya onları ihlal etmemesi)
3. Bu ihlal ciddi boyutta olmalı, önemli değerleri koruyan bir kuralın ihlalini oluşturmali ve mağdur bakımından ağır sonuçları içeren bir ihlal olmalıdır.
4. Örf ve adet hukuku veya andlaşmalar hukuku altında yapılan ihlal, bu ihlali gerçekleştiren kişi hakkında şahsi cezai sorumluluk doğuran bir kural ihlali olmalıdır.⁹⁷

⁹⁶ Schabas, *An Introduction...*, s. 54.

⁹⁷ Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision On the Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, 2 October 1995, par. 94, (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>).

Bu mahkeme kararının iki açıdan önemli olduğu vurgulanmıştır. Birincisi; bazı uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uzandığını belirlemiş, ikincisi de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak uluslararası teamül hukuku ihlallerinin, suç olabileceğini tespit etmiştir.⁹⁸

RUCM Statüsü'nde ise, bu düzenlemelerin daha hafifletildiği görülmektedir.⁹⁹ RUCM Statüsü'nün, EYUCM Statüsü'nden Ruanda'da meydana gelen çatışmaların, uluslararası çatışma sayılmaması nedeniyle farklı düzenlendiği anlaşılmaktadır. RUCM Statüsü'nde yargılama yetkisi, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak üçüncü maddesi ile 1977 tarihli ek iki nolu Protokolün 3. maddesinde sayılan ihlaller olarak belirtilmiştir.¹⁰⁰ Görüldüğü gibi yargılama yetkisine silahlı çatışmalardan sadece uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmaları düzenleyen maddeleri almıştır.

2. Manevi Unsur-*Mens Rea*

Fail, suçun unsurlarını bilmeli ve istemelidir. Ayrıca failin, silahlı bir çatışmanın varlığını bilmesi ve kendi eylemiyle bu çatışmayı desteklemeyi istemesi gerekir. Failin, çatışmanın hukuki boyutları konusunda yaptığı değerlendirme önem taşımaz.¹⁰¹

Savaş suçu oluşturabilecek davranışların büyük çoğunluğunun ancak kastla işlenebileceği fakat bazı istisnai durumlarda bilinçli taksirin de yeterli görüleceği savunulmaktadır.¹⁰² Roma Statüsü açısından ceza sorumluluğu kasta dayanmaktadır.¹⁰³

UCM Statüsü'nün 8. maddesinde tanımlanan bireysel fiillerle, silahlı çatışma arasında fonksiyonel bir bağlantı olmalıdır. Fail silahlı çatışmanın taraflarından birinin üyesi olmalı veya bir grupla bağlantı içinde bulunmalıdır. Fiil, ortamdan yararlanılarak silahlı çatışmadan bağımsız olarak işlenmişse savaş suçu olarak ele alınamaz. Silahlı çatışma, savaş suçu oluşturan fiillerin işlenmesini kolaylaştırır ya da mümkün kılar.¹⁰⁴

⁹⁸ Werle, **a.g.e.**, s. 407.

⁹⁹ Akdoğan, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁰⁰ **Ibid.**, s. 74.

¹⁰¹ Werle, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁰² Cassese **a.g.e.**, s. 58.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, **Uluslararası Ceza...**, s. 576.

¹⁰⁴ Güller, **a.g.e.**

Soykırım ve insanlığa karşı suçların aksine, savaş suçlarının siyasal, ırkçı veya dinsel saiklerle ve topluluğa saldırı kastıyla işlenmesi söz konusu değildir. Bu suçun oluşması için saiklerden bahsedilmemesi, hangi gerekçeyle olursa olsun, statülerde öngörülen eylemlerin işlenmiş olmasının suçun oluşması için yeterli kabul edildiğini göstermektedir. Fiilin savaş suçu sayılabilmesi için aranan yegane şart, söz konusu fiillerin bir silahlı çatışma ortamında savaşı tarafa karşı yapılan “*yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak ve saldırı amacını bilerek*” işlenmesidir.¹⁰⁵

D. Saldırı Suçu

Saldırı suçunun tanımı için, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemi incelememiz gerekmektedir. Nürnberg yargılamalarında saldırı kavramı, “barışa karşı suç” olarak ele alınmıştır. Saldırı suçunun yer aldığı uluslararası hukuk metni olarak Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statü’nün 6(a) maddesinde şu şekilde “barışa karşı suçlar” tanımlanmıştır: “*Barışa karşı suç: Bir saldırı savaşı veya uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere veya güvencelere aykırı bir savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası veya bunlardan herhangi birisinin gerçekleşmesi için bir ortak plana veya işbirliğine katılınmasıdır*”¹⁰⁶ Bu maddede, bir saldırı savaşının planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası barışa karşı suç olarak nitelendirildiği görülmektedir. *Goering* davasında; bir saldırı savaşını başlatmanın yalnızca bir uluslararası suç değil, tüm kötülükleri içinde barındırmasıyla diğer savaş suçlarından ayrılan üstün bir uluslararası suç olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁷

Nürnberg yargılamalarında, sanıklara barışa karşı suçlarla ilgili iki farklı suçlama yöneltilmiştir. Birinci suçlama, barışa karşı suç işlemek için ortak bir plana veya komploya iştirak etmek; ikinci suçlama ise, bir saldırı savaşı veya uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere veya güvencelere aykırı olmak üzere bir savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası.¹⁰⁸ Ancak ne Nürnberg

¹⁰⁵ Aslan, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁰⁶ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf.

¹⁰⁷ United States et al.v. Goering s. 16,

(http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.10.01_United_States_v_Goering.pdf).

¹⁰⁸ United Nation Codification Division Office of Legal Affairs, **Historical Review of Developments Relating to Aggression**, United Nations Publication, New York, 2003, s. 2, (<http://legal.un.org/cod/books/HistoricalReview-Aggression.pdf>).

yargılamalarında ne de Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'nde saldırı tanımına yer verilmediği görülmektedir.

26 Haziran 1945 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Şartı'nda da saldırı kavramı tanımlanmamış olup, sadece kuvvet kullanmaya yönelik yasak ve istisnalar yer almıştır.¹⁰⁹

Genel bir saldırı tanımı yapma çabaları 1974 yılında sonuç vermiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 14 Aralık 1974 tarihinde 3314 (XXIX) sayılı “Saldırının Tanımı Kararı” nı oybirliği ile kabul etmiştir. Tanıma Kararının 1. maddesinde; *“Saldırı, bir Devletin diğer bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu Tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır.”*¹¹⁰ şeklinde saldırıyı tanımlamıştır. Kararın 5. maddesinin 2. paragrafı “saldırı savaşı” ile “saldırı” arasında bir ayrım şu şekilde belirtilmiştir: *“Bir saldırı savaşı, milletlerarası barışa karşı bir suçtur. Saldırı, milletlerarası sorumluluğa yol açar.”*¹¹¹

¹⁰⁹ Bu Sözleşme'nin temel amacı 1. maddesi 1. bendinde düzenlendiği üzere, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasıdır. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin kuvvet kullanmayı yasaklayan 2. maddesi 4 nolu bendi şöyledir: *“Teşkilatın Üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek herhangi bir başka Devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.”* 24 Ağustos 1945 tarihli ve 6092 sayılı Resmi Gazete,

(<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>). Bu maddenin önemi, *jus cogens* kuralı olarak kabul edilmesidir. Sergey Sayapin, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, Springer, The Hague, 2014, s. 94. Uluslararası Hukuk Komisyonu, Viyana Sözleşmesi taslağı hakkındaki yorumunda, Devletlerarası kuvvet kullanımını yasaklayan bu maddenin *jus cogens*'in bariz bir örneği olarak belirtmiştir. Daha sonra bu tespit, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* davasında kullanılmıştır. Yoram Dinstein, **War, Aggression and Self-Defence**, UK, Cambridge University Press, 2011, s. 105. Bu kararda kuvvet kullanma yasağının, uluslararası teamül hukuku haline geldiği belirtilmiştir. International Court Of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment of 27 June 1986, par. 188, (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>). Yine Birleşmiş Milletler Sözleşmesi' nin 39. Maddesi, *“Güvenlik Meclisi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu veya bir saldırı fiilinin vuku bulduğunu tespit eder ve milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunur veya 41 ve 42nci maddeler gereğince hangi tedbirler alınacağını kararlaştırır.”* şeklindedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne, herhangi bir saldırı eyleminin varlığını belirleme yetkisi verildiği görülmektedir. Sergey Sayapin, “Definition of the Crime of Aggression for the Purpose of the International Criminal Court: Problems and Perspectives”, 2008/13, **J CONFLICT & SEC L**, s. 333.

¹¹⁰ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/3814.pdf .

¹¹¹ Bassiouni ve Ferencz' e göre; Tanıma Kararı, BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 4. bendi ile benzerlik içermekle birlikte, aralarında şu farklılıklar mevcuttur. (i) kuvvet kullanma tehdidi saldırı teşkil etmemektedir, (ii) m. 2/4'te belirtilen toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığa ek olarak “devletin egemenliğinden” bahsedilmiştir, (iii) kuvvet kullanma sadece BM'nin amaçlarıyla bağdaşmayacak şekilde değil, BM Sözleşmesi'nin herhangi bir maddesiyle bağdaşmayacak herhangi bir şekilde

20 yılı aşkın süre sonunda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde saldırı suçu karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün 5. maddesine göre, mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suçlardan biri de “Saldırı Suçu”dur. Ancak Statü’de saldırı suçunun tanımının yapılmadığı görülmektedir. Saldırı suçunun tanımı yapılmadığından yargı yetkisi işlerliği yoktu. Ancak saldırı suçunun tanımı, 31 Mayıs-11 Haziran 2010 tarihleri arasında Kampala’da düzenlenen Roma Statüsünü Gözden Geçirme Konferansı’nda yapılmış ve Mahkeme’nin bu suç üzerindeki yargılama yetkisinin işlerlik kazanması 1 Ocak 2017 sonrasındaki bir tarihe bırakılması kararlaştırılmıştır. Taraf Devletler Asamblesi 14 Aralık 2017 tarihinde oybirliğiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin saldırı suçu bakımından yargı yetkisinin, 17 Temmuz 2018 itibarıyla aktif hale gelmesine karar vermiştir.¹¹² Günümüzde saldırı suçunun kural olarak barışa karşı suçlar ile aynı nitelikte suç oluşturduğu kabul edilmektedir.¹¹³

1. Maddi Unsur- *Actus Reus*

Mahkeme’nin yargı yetkisindeki diğer suçlardan farklı olarak, saldırı suçunun başka bir devlete karşı devlet tarafından silahlı güç kullanımı olarak tanımlanması sebebiyle, saldırı suçunun bireysel olarak işlenmesi mümkün değildir.

yasaklanmıştır. Bu iki metin arasındaki en önemli fark ise, 1974 tarihli tanımda kuvvet kullanma tehdidinin bir saldırı teşkil etmemesidir. Tanım sadece silahlı kuvvet kullanmayı kapsamına alarak ekonomik veya siyasi yaptırımlar gibi diğer zorlama önlemlerini kapsam dışı bırakmıştır. Akt: Hasan Utku Şatıroğlu, **Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, s. 55, Aktarılan: M. Cherif BASSIOUNI; Benjamin FERENCZ, **The Crime Against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC**, s. 223; MCDUGALL, s. 75.

Stone, Genel Kurul Kararının normatif güçsüzlüğünün nedeni şöyle açıklamaktadır. “*Tanım Kararının kendisi, BM Sözleşmesi’nin altındaki yasal durum ne olursa olsun, çeşitli hükümlerle açıkça korunur. Uluslararası hukukun ve BM Sözleşmesi’nin altındaki hem açık hem de tartışmalı yasal boşluklar, Tanım Kararı ile kapatılmak yerine açıkça tutulur. İkincisi, bu hükümler olmasa bile, BM Sözleşmesi metninin üstünlüğünün ve Genel Kurulun üyelerine yeni yasal yükümlülükler getirememesi aynı etkiyi yaratacağı açıktır.*” Julius Stone, “Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression”, **The American Journal of International Law**, Vol. 71, No. 2, Apr.1977, ss. 224-246, s. 225. Sayapın, Genel Kurul tarafından kabul edilen Tanımın yasal olarak bağlayıcı hale gelmediği ve iddia edilene göre Güvenlik Konseyinin müzakereleri üzerinde 'görünür bir etkisi' olmadığını belirtmiştir. Akt: Sayapın, **Definition of...**, s. 334; Aktarılan: M. C. Bassiouni, B. B. Ferencz, 'The Crime against Peace', in M. C. Bassiouni (ed.), *International Criminal Law* (2nd ed., 1999), Vol. 1, ss. 313-334.

¹¹² Resolution ICC-ASP/16/Res.5, (https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-ENG.pdf).

¹¹³ Aslan, **a.g.e.**, s. 90.

Statüye eklenen 8 bis maddesinin 2. bendinin (a) ve (g) arasındaki paragraflarında saldırı fiili oluşturan haller bahsedilmiş olup; burada belirtilen eylemleri gerçekleştirenlerin saldırı suçundan yargılanmaları söz konusu olacaktır. Bu bentte sayılan yedi fiilin, BM Genel Kurulu’nun 1974 tarih ve 3314 sayılı kararına¹¹⁴ uyumlu olduğu ve bu eylemlerden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde saldırı fiili işlenmiş olacağı belirtilmiştir.¹¹⁵ 1974 yılında verilen 3314 sayılı kararda yapılan saldırı tanımı, Genel Kurul kararı olması nedeniyle bağlayıcı olmamakla birlikte, resmi bir tanımdır. Mahkeme, saldırı suçunun varlığını tespit ederken, saldırı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında karar vermek için, 3314 sayılı karara bakacaktır.¹¹⁶

2. Manevi Unsur- *Mens Rea*

Saldırı suçunun manevi unsuru kasttır. Burada doğrudan kastın aranması gerekecektir, çünkü fail, saldırgan bir savaşın söz konusu olduğunu ve sonuçlarını bilerek hareket etmelidir.¹¹⁷

Barışa karşı suça ilişkin yapılmış yargılamalara bakıldığında, barışa karşı suç işlemekle suçlanan Schacht’ın yargılamasında; Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, bir silahlanma programının bir planın parçası olarak yapılması gerektiğini belirtmek suretiyle, sanığın bu planı bilmediğinden beraatine hükmetmiştir.¹¹⁸ Dinstein, bu karara ilişkin açıklamasında saldırı suçu için kast unsurun çok önemli olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁹

¹¹⁴ <https://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/023B908017CFB94385256EF4006EBB2A> .

¹¹⁵ https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf .

¹¹⁶ Nergiz Emir, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2015, s. 129.

(<http://andhd.dergi.anadolu.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/27-published.pdf>)

¹¹⁷ Tezcan /Erdem /Önok, **Uluslararası Ceza..**, s. 601.

¹¹⁸ International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment of 1 October 1946 s. 127, (<https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/>).

¹¹⁹ Dinstein, **a.g.e.**, s. 146.

II. BÖLÜM: ZAMANAŞIMI KAVRAMI VE CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

A. Zamanaşımı Kavramı

Diğer hukuk dallarında, bir hakkı sona erdiren veya yasal yollara başvurma hakkını zayıflatan zamanaşımı kurumu, ceza hukukunda hem ceza ilişkisinin düşmesine hem de infaz ilişkisi kurulması halinde bu ilişkinin sonlanmasına neden olur.¹²⁰ Diğer bir ifadeyle, dava ve ceza ilişkisini sona erdiren sebeplerden biri olan zamanaşımı; bir işin üzerinden belirli süre geçmekle o işin hükümsüz kalmasını ifade eder. Bu şekilde bir zamanaşımının olmaması durumunda, herhangi bir suç teşkil eden fiil, işlendikten sonra herhangi bir zamanda soruşturma konusu olabilecektir.¹²¹

Listokin, öğretideki çoğu yazarın, ceza zamanaşımını, bazı telafi edici faktörlerle toplumun suçluyu cezalandırma ihtiyacını dengelemek için seçildiğini varsaydığını belirtmektedir.¹²²

Zamanaşımı, devletin cezalandırma yetkisinden belli şartlar dahilinde vazgeçtiği kurum olarak ifade edilebilir. Devlet, suç işlediği konusunda şüphelendiği kişi hakkında veya bu suçu işleyen kişi hakkında, soruşturma ve kovuşturma işlemleri yürütmekten vazgeçmektedir.¹²³

Zamanaşımı kurumu, şu iki uç düşüncenin tam ortasında yer almaktadır; hiçbir şeyi unutmayı kabul etmeyen zamanaşımına uğramama kavramı ve her şeyi unutmayı öneren af kurumu.¹²⁴

¹²⁰ Fahri Gökçen Taner; **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 2007 s. 10.

¹²¹ “The Statute of Limitations in Criminal Law: A Penetrable Barrier to Prosecution.”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 102, No. 5, 1954, ss. 630–653, s. 630.

¹²² Yair Listokin, “Efficient Time Bars: A New Rationale for the Existence of Statutes of Limitations in Criminal Law.” **The Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 1, 2002, ss. 99–118, s.101.

¹²³ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 595.

¹²⁴ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 3.

İleride inceleneceği üzere, ceza hukukunda zamanaşımının dava ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki türü olup, devletin cezalandırma hakkını ortadan kaldıran bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suç gerçekleşikten sonra kanunda yazılı belirli süre içinde dava açılıp sonuçlandırılmaması durumunda *dava zamanaşımı*, ceza verilip kesinleştikten sonra mahkûmiyet kararının yine belirli bir süre içinde infaz edilememesi halinde ise *ceza zamanaşımı* söz konusu olur.¹²⁵

B. Zamanaşımı Kavramının Ortaya Çıkışı

Zamanaşımının ilk olarak Eski Yunan Hukukunda görüldüğünü belirten yazarlar olsa da,¹²⁶ genel kabul gören ilk kez Roma Hukukunda ortaya çıktığıdır. Ceza hukuku alanında ilk zamanaşımını kabul ettiği bilinen metin, M.Ö 18 yılında hazırlanan bir Roma kanunu olan “*Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*” dir.¹²⁷ Daha sonra düzenlenen “*Lex Julia peculatus*” ile vergi suçları beş ve yirmi yıllık zamanaşımı sürelerine tabi tutulmuştur. Önceleri preatorların bir uygulaması olan bu kavram yasalaşarak, imparatorluk mevzuatında 20 yıllık zamanaşımı süresi tüm genel suçlara tanınmıştır.¹²⁸

Hâkim bir görüş, Roma Hukuku’nda bazı suçların zamanaşımına uğramadığını ifade etmektedir. Nesep değiştirme, üstsoy öldürme ve dinden çıkma suçlarında zamanaşımı yoktur. Bazı yazarlar ise, bu suçların da zamanaşımına uğrayacağını kabul edildiği ve sürenin 30 yıl olduğu kanısındadırlar.¹²⁹

Yeni dönemde Roma Hukukunda zamanaşımı süresinin, suçun öğrenildiği tarihten değil, işlendiği tarihten itibaren başlayacağı ve kesinleşmiş cezaya zamanaşımının etkide bulunmayacağı kabul edilmiştir.¹³⁰ Zamanaşımı, Roma

¹²⁵M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2 (Yaptırım Hukuku)**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003, s. 52.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 353.

¹²⁷ Akt: Mehmet Emin Alşahin, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, s.7., Aktarılan Kaynak: Nurullah Kunter, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1951, s. 11.

¹²⁸ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C:III, 12 Bası, İstanbul, 1997, s. 244.

¹²⁹ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt III, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 265.

¹³⁰ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 243.

Hukukunda kamu düzeninden olmadığından re'sen dikkate alınmamaktaydı. Zamanaşımını kesen nedenlerin kabul edilmediği görülmekle beraber, zamanaşımının durmasının isteğe bağlı mümkün olduğu bazı haller kabul edilmiştir.¹³¹ Roma hukukunda yalnız dava zamanaşımı kabul edilmiştir, diğer bir ifade ile ceza zamanaşımı müessesesine yer verilmemiştir.¹³²

Kilise Hukukunda¹³³ ise, ceza zamanaşımının kesinlikle kabul edilmediğinin bilindiği, zamanaşımından bahseden herhangi bir kaynak bulunmadığı belirtilmiştir.¹³⁴

Roma hukuku, Fransız ve İtalyan hukuklarını da etkilemiştir. Roma hukukundaki 20 yıllık zamanaşımı, bu hukuklarda da hem dava hem ceza zamanaşımı olarak kabul edilmiştir. Fransız Hukukunda da Fransız Devrime kadar krala karşı ve devlet aleyhine işlenen suçlar zamanaşımı kapsamı dışında tutulmuştur.¹³⁵ İlk kez 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu genel bir hukuki müessese olarak ceza zamanaşımını kabul etmiş ve oradan tüm Avrupa ülkelerine yayılmıştır.¹³⁶

Cermen Hukukunda sistem, intikam hakkı esasına dayanmış olmasının sonucu olarak, bu hakkın belirli bir süre içinde gerçekleştirilmiş olması aranmış ve bir süre ile (en geç olayın işlendiği günün ertesi gününe kadar bu intikam hakkı kullanılmalıdır) sınırlandırılmıştır. Sonraki dönemde ek olarak altı haftalık ve bir senelik zamanaşımı süreleri de uygulanmıştır.¹³⁷

Alman hukukuna 16. ve 17.yy'da zamanaşımının girdiği görülmektedir. 18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başında KANT ve HEGEL'in, zamanaşımına karşı çıkan görüşlerinin etkisiyle zamanaşımı istisnai bir niteliğe bürünmüştür. Zamanaşımı kavramının Alman hukukuna ikinci kez girmesi ise, hem dava hem de ceza

¹³¹ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 13.

¹³² Önder, **Cilt III...**, s. 265.

¹³³ Kilise hukuku, beşerî toplumu dini boyutu içerisinde tanzimle uğraşan hukuk olarak tanımlanır. Tuncay Başoğlu, "Hristiyan Hukuku", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 9, 2007, ss. 25-66, s. 38.

¹³⁴ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 243.

¹³⁵ Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Basım, İstanbul, 1953, s. 678.

¹³⁶ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 244.

¹³⁷ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen /A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, 2009, s. 976.

zamanaşımı kurumlarının Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda yer almasıyla olmuştur.¹³⁸

Anglo- Amerikan ülkelerde zamanaşımının olmaması konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Dava zamanaşımı çeşitli kanunlarla kabul edilmiş ama ceza zamanaşımı hala kabul edilmemiştir.¹³⁹

1925 tarihli ve 765 sayılı TCK'nın kaynağı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu zamanaşımı detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Zamanaşımı genel hükümler kısmında yer alır ve müebbet ağır hapis cezasını gerektirenlerin dışındaki bütün suçlarda uygulanması kabul edilmiştir.¹⁴⁰

C. Zamanaşımının Hukuki Niteliği

Zamanaşımının hukuki niteliği konusunda tartışmalar devam etmekle birlikte, zamanaşımının hukuki niteliğinin tespiti muhakeme hukuku bakımından önem taşımaktadır.

Bu konuda iki fikir ileri sürülmektedir, bir fikre göre zamanaşımı yapısı gereği maddi Ceza Hukukuna aittir. Diğer bir fikre göre, muhakeme hukukuna ait bir kurumdur. Bu iki fikri birleştirip karma teori ileri sürenler de vardır.

Taner, zamanaşımına ilişkin kuralların maddi ceza hukukuna mı, yoksa muhakeme hukukuna mı ait olduğunun salt teorik bir tartışmadan ibaret olmadığını, konunun öneminin, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının bazı alanlarda birbirlerinden farklı ilkelere tabii olmalarından kaynaklandığını belirtmektedir. Şu şekilde örnekleyerek açıklamaktadır: “*zaman bakımından uygulamada maddi ceza hukuku bakımından geçerli olan ilke “sanık lehine olan kanunun uygulanması” iken, ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ilke “derhal” uygulanırlıktır.*”¹⁴¹

¹³⁸ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 245.

¹³⁹ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2...**, s. 355.

¹⁴¹ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 21.

Zamanaşımını maddi ceza hukuku olarak görenler; kendi aralarında iki farklı görüş ileri sürmektedirler. Bazı yazarlarca, zamanaşımı suçun cezalandırabilme niteliğini kaldıran etki göstermektedir. Buna göre, aradan geçen zaman sonunda suç cezalandırılan bir fiil olma niteliğini kaybetmiş olur. Diğer fikirde olanlara göre; zamanaşımı fiili suç olmaktan çıkarmaz ancak Devletin ceza verme hakkını düşürücü bir etki yapar. Belirtilen her iki fikre göre, zamanaşımı cezayı kaldıran sebeptir; yalnız ceza kovuşturmasını değil, devletin ceza verme hak ve görevini de düşürür.¹⁴² Dönmezer-Erman; bazı yazarların, zamanaşımı süresi dolsa bile, davaya devam edilerek beraat veya mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğini, bu şekilde devletin ceza verme yetkisinin varlığını sürdürdüğünün ilan edilmesi gerektiğini belirttiklerini ifade etmektedir.¹⁴³

Zamanaşımını muhakeme hukuku müessesesi olarak görenler, delillerin bozulması teorisinden hareket etmektedirler.¹⁴⁴ Bu görüşe göre; aradan geçen zaman Devletin ceza verme hak ve görevine herhangi bir etki yapmaz; ancak, ceza kovuşturmasına ve cezanın infaz edilebilmesine engel olur. Bu görüşte olanlar, ceza zamanaşımını kabul etmezler.¹⁴⁵ Yine bu görüşte olanlara göre, zamanaşımının ceza kanunu içinde düzenlenmiş olması, onun muhakeme hukuku müessesesi olma özelliğini kaldırmamaktadır.¹⁴⁶

Zamanaşımını karma nitelikte görenlere göre; zamanaşımı hem maddi ceza hukukuna hem muhakeme hukukuna aittir; bu niteliği sebebiyle, hem Devletin ceza verme hak ve görevini düşürür hem de bir muhakeme engeli etkisi gösterir.¹⁴⁷

D. Dava ve Ceza Zamanaşımı Kavramları

Dava zamanaşımı; suçun işlendiği tarihten belirli bir sürenin geçmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin devamına engel olan bir kurumdur ve işlenen suçun cezasız kalmasına sebebiyet vermektedir.¹⁴⁸ Bir suç dava zamanaşımına

¹⁴² Önder, **Cilt III...**, s. 272.

¹⁴³ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 251.

¹⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 362.

¹⁴⁵ Önder, **Cilt III...**, s.272.

¹⁴⁶ Dönmezer- Erman, **a.g.e.**, s. 248.

¹⁴⁷ Önder, **Cilt III...**, s. 273.

¹⁴⁸ Haydar Erol, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu En Yeni 4000 İçtihat**; Yayın Matbacılık, Ankara, s. 843.

uğradığı takdirde, dava açılmayacağı gibi, açılmış olan davaya da devam edilmesi mümkün değildir.¹⁴⁹

Karşılaştırmalı hukukta gerek uzunluk gerek sistem olarak, dava zamanaşımı sürelerinin değişik biçimlerde tespit edildiği görülmektedir. Zamanaşımı sürelerinin tespitinde tüm ülkelerin hukukları için geçerli olabilecek objektif bir kriter bulunmamakla beraber, bu sürelerin tespitinde belli bir dereceye kadar kanun koyucunun keyfiyet imkanının da bulunduğu ifade edilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, dava zamanaşımı sürelerin düzenlenişine ilişkin sistemler de farklılık göstermektedir. Özellikle, *Anglo-Sakson* hukukunda, suç türleri göz önünde bulundurarak, zamanaşımı süreleri tespit etmiştir. Bu sisteme, Kara Avrupa’ında yer veren kanunlar da vardır. Bir kısım kanun ise, genel dava zamanaşımı süreleriyle birlikte özel zamanaşımı süreleri kabul etmiştir. (İsviçre, İspanya gibi) Diğer bir sistemde suç türü göz önünde bulundurulduğu gibi, cezanın uzunluğuna göre de farklı süreler tespit edilmektedir. (Fransa, Danimarka, Norveç gibi)¹⁵⁰

Ceza zamanaşımı ise, bir kişi aleyhinde kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmasına rağmen, mahkûmiyet kararının karar tarihinden itibaren belirli süre içinde infaz edilmemesi sebebiyle, o cezanın infaz edilebilme yetkisini ortadan kaldırmaktadır.¹⁵¹

Dava zamanaşımına göre ceza zamanaşımı daha ciddi eleştirilmektedir. Bu eleştiriler, kesinleşmiş mahkûmiyet kararı ile suçlu olduğu sabit bir mahkûmun sadece belirli sürede yakalanamadığı için, cezasının infaz edilmemesinin ve devletin infaz yetkisinin ortadan kalkmasının, ceza adaleti açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı yönündedir. Bu durumun, suçluları kaçmaya teşvik edeceği ve toplumun cezaların kesinliği hususundaki inancının sarsılmasına sebep olacağı iddia edilmiştir. Bu görüşlere karşılık, üzerinden zaman geçmesi nedeniyle unutulmuş bir suça ilişkin cezanın infazının yerinde olmadığı, dava zamanaşımının kabul sebeplerinin ceza zamanaşımı için de geçerli olduğu, toplumda mahkûma karşı böyle bir cezanın infazı nedeniyle merhamet duygusu oluşacağı, bir cezanın geciken infazında toplumsal yarar

¹⁴⁹ Timur Demirtaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Güncellenmiş 8. Baskı, İzmir, Ekim 2012, s. 707.

¹⁵⁰ Önder, *Cilt III...*, s. 275.

¹⁵¹ Erol, *a.g.e.*, s. 856.

bulunmadığı ileri sürülmüştür. Ancak ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunduğundan, dava zamanaşımı sürelerine oranla ceza zamanaşımı sürelerinin daha uzun tutulması yolu benimsenmiştir.¹⁵²

Anglo- Amerikan Hukuku dışında bütün kanunlar ceza zamanaşımını kabul etmişlerdir. Ancak bazı kanunlar işlenen suç ve failin kişisel nitelikleri göz önünde bulundurularak ceza zamanaşımını kabul etmemektedirler. Örnek olarak; İtalyan Ceza Kanunu gösterilebilir (suç işlemeye eğimli olanların cezalarının zamanaşımına uğramayacağı gibi). Bazı kanunlar süresiz hürriyeti bağlayıcı cezaların özellikle insanlık aleyhine işlenmiş suçların zamanaşımına uğramayacağı belirtilmiştir (Alman ve Avusturya gibi).¹⁵³

E. Zamanaşımı Hakkında Görüşler

Zamanaşımına ilişkin görüşlerin çoğunun çok önceki dönem yazarlar tarafından belirtildiği, günümüzdeki yazarların genellikle bu görüşleri tekrar ettiği veya güncel gelişmeler ile birlikte yorumladıkları görülmektedir.

1. Zamanaşımı Lehinde Görüşler

Zamanaşımının lehindeki görüşler çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenler tek tek ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Manevi Ceza Görüşü

Bu görüşe göre; fail suçu işlediği tarihten zamanaşımının dolmasına kadar geçen sürede vicdan azabı çekmekte, her an yakalanma korkusuyla yaşamakta, böylece fail manevi bir ceza çekmekte ve suçun bedelini ödemektedir. Bir grup düşünür ise; faile yaşadığı korkunun ardından tekrar ceza verilirse, failin iki kez aynı suçtan cezalandırılmış olacağı düşüncesindedirler.¹⁵⁴ Bu görüşler, çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu eleştirileri özetleyecek olursak;

- Yakalanma korkusuyla yaşamaması

¹⁵² Demirtaş, **a.g.e.**, s. 723.

¹⁵³ **Ibid.**

¹⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 357, Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 30.

- Mahkûmiyet korkusunun hiçbir zaman mahkûmiyet yerine geçmeyeceği
- Bu korku mahkûmiyete eşdeğer olsa bile ceza hukukunun cezalar arası takası kabul etmeyeceği¹⁵⁵
- Pek çok suçlunun yaptıklarından pişman olmaması şeklindedir.¹⁵⁶

Bu eleştiriler, ciddi suçlar açısından yerindedir. Keza sadece failin işlediği suçtan pişman olması veya vicdan azabı çekmesi sebebiyle, işlediği suçun sonuçlarından kurtulması adil bir netice olmayacaktır. Yine yakalanma korkusu, adaletten kaçmasının bir sonucudur. Bu durumda, adaletten kaçan faillerin ödüllendirilmiş olacağı da düşünülebilir. Yakalanma korkusu ile özgürlüğünün uzun yıllar kısıtlanmasının aynı nitelikte cezalar olmadığı da açıktır. Yakalanma korkusu ceza olarak nitelendirilemez.

b. Islah Görüşü

Bu görüşteki yazarlar, cezanın amacının suçlunun ıslah edilmesi olduğu ve zamanaşımı süresince suç işlemeyen kişinin ıslah olmuş olacağını ileri sürmektedirler. Bu hususun tespiti; zamanaşımı süresince suçlunun ülkeyi terk etmemiş olması, bu sürede başka suçun işlenmemesi gibi şartlara bağlanmıştır. Eleştiriler ise şu şekildedir:

- Suçlunun ıslah olduğuna ilişkin kabulün tamamen varsayımsal olduğu
- Ceza zamanaşımını açıklamakta yetersiz kaldığı
- Cezanın tek amacının ıslah olmadığı¹⁵⁷

Bu görüşün de, tüm suçluların zamanaşımı süresi içinde ıslah olduğunu varsayması en büyük eksikliğidir. Zamanaşımını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

c. Delillerin Bozulması ve Kaybolması Görüşü

Aradan uzun zaman geçince maddi deliller elde etmenin ve tanıklara ulaşmanın zor olacağını, elde edilen delillere de güvenin azalacağını düşünen bu görüşe göre, bu

¹⁵⁵Ferhat Burgul, **Türk Ceza Kanunu'nda Dava ve Ceza Zamanaşımı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009, s. 6, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 357.

¹⁵⁶ Richard.J. Golsan, **The Papon Affair, Memory and Justice on Trial**, New York, Routledge, 2000, s. 20.

¹⁵⁷ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C:II-III, İstanbul, 1992, s. 771.

şekilde yapılan bir yargılama sonucunda adli bir hatanın ortaya çıkma olasılığı fazladır.¹⁵⁸

Günümüzde bu görüşte olan yazarlardan Shuman ve McCall Smith, ilgili zamanaşımı süresinin, hafızanın güvenilir olduğu süreyi yansıttığını belirtmektedir. Bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: *“İnsan hafızasına ilişkin çalışmaların bazı yönlerinin tam olarak anlaşılmamasına veya bu çalışmalara itiraz edilmesine rağmen, zamanın hafıza üzerinde olumsuz etkisi olduğu konusunda fikir birliği vardır. Bu nedenle 10 yıl önce yaptığımız ya da tanık olduğumuz hususlara ilişkin hatırladıklarımızın, 1 hafta öncesindekilere göre daha az güvenilir olacağını varsaymak gerekir. Bu nedenle kendimizi 10 yıl öncesine ilişkin suçlamalara karşı savunmak, 1 hafta öncesine ilişkin suçlamalara karşı savunmaktan daha zor olacaktır.”*¹⁵⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zamanaşımının; yasal kesinliği ve katiyeti sağlamak, olası sanıkları karşı karşıya gelmesi zor eski iddialardan korumak ve mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilmez ve eksik hale gelebilecek delillere dayanarak uzak geçmişte gerçekleşmiş olaylar üzerinden karar vermeleri gerektiğinde, ortaya çıkabilecek adaletsizliği önlemek için bulunduğunu belirtmektedir.¹⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, zamanaşımı delillerin bozulması görüşü üzerinden değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Bu görüşün ceza zamanaşımına uygulanması mümkün değildir çünkü ceza zamanaşımında kesin bir hüküm vardır ve artık delillere ihtiyaç yoktur.¹⁶¹ Cezaların ağırlığına göre, delillerin bozulma süresi değişmeyeceğinden, cezaların uzunluklarına göre farklı farklı zamanaşımı süresi belirlemek de mümkün olamaz.¹⁶²

¹⁵⁸ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 33.

¹⁵⁹ Daniel W. Shuman /Alexandar McCall Smith, **Justice And The Prosecution of Old Crimes: Balancing Legal, Psychological And Moral Concerns**, Washington D.C, American Psychological Association, 2000, s. 60.

¹⁶⁰ Jan Arno Hessbruegge, “Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes”, 43 **GEO J INT'L L**, 2012, ss. 335-385, s. 340, Aktarılan: Strubbings v. United Kingdom (No.18), 1996-IV Eur. Ct. HR 1487 1502-03, par. 51, (<https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2884/gjo-echr-stubbings-en-pdf.pdf>).

¹⁶¹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁶² Önder, **C. II-III...**, s. 773.

Bu öğretiyeye, Garraud tarafından yapılan ceza zamanaşımının olmaması ve kısa süreli zamanaşımını açıklayamaması gibi eleştirilerin yanında¹⁶³ uzun bir zaman geçmesi ile bütün suçlarda delillerin kaybolduğunun kabulü noktasında da eleştiriler gelmektedir. Örneğin; delil toplanmıştır fakat faile uzun süre ulaşılammıştır. ¹⁶⁴

Bazı deliller, örneğin yazılı deliller hiçbir zaman bozulmaz. Bu nedenle peşinen delillerin bozulacağı varsayımı yapmak doğru değildir. Bu şekilde bir varsayıma gerek yoktur. Keza ortada şüphe varsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanığın mahkumiyeti zaten mümkün olmayacaktır ve sanık beraat edecektir.¹⁶⁵

Taner, İsviçre Hukuku'nda enstest ilişkiye ilişkin suçlarda ve çocuk düşürme suçunda zamanaşımı süresini kısaltmak için bu teoriden yararlanıldığını belirtmektedir.¹⁶⁶

Tezimizde ele aldığımız çekirdek uluslararası suçların zamanaşımına uğramayan bir suç kategorisinde olduğunu kabul edenler, bu suçların işlenmesinden sonra geçen sürenin delilleri yok etmeye yönelik bir etkisi olmadığını, tam tersine geçen zamanın delillerin ortaya çıkmasını kolaylaştırdığını ifade ederek bu görüşü reddetmektedirler. Genellikle bu suçlar, devlet eliyle işlendiği için diğer suçlara nazaran bu suçların delillerinin daha geç ortaya çıktığı düşünülmektedir. Geçen sürede tanıkların ortaya çıkacağını, arşivlerin toplanıp yayınlanacağını belirtmektedirler. Bu düşüncedeki yazarlara göre, 2. Dünya Savaşı sonrası yaşananlar görüşlerini teyit etmektedir.¹⁶⁷

Günümüzde bu fikirde olan yazarlardan Teitel, uluslararası suçlar söz konusu olduğunda rejim değişikliklerine bağlı olarak kanıtların zaman geçtikçe daha erişebilir hale geleceğini şu şekilde ifade etmektedir: “*Rejim değişikliği çoğu kez, devlet*

¹⁶³ Akt: Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 359, Aktarılan: R. Garraud, **Traité théorique et pratique du droit pénal français**, Tome, II, 3.Edition, Paris, 1914, s.543.

¹⁶⁴ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 248.

¹⁶⁵ Önder, **C. II-III...**, s. 773.

¹⁶⁶ Akt: Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 33, Aktarılan: Franco DEL PERO, **La prescription pénale**, Berne, 1993. s. 45.

¹⁶⁷ **Ibid.**, s. 61, Aktarılan: Elisabeth Lambert Abdelgawad, Kathia Martin-Chenut: “La du régime de la prescription remise en cause par les crimes internationaux : perspectives comparées et internationales”, **AJP**, Juillet-Août, 2006, ss. 297-299.

arşivlerine ve önceki rejime ilişkin adaleti sağlayan diğer kaynaklara yeni bulunan erişim vasıtasıyla delillere ilişkin değişikliklere neden olur.”¹⁶⁸

d. Psikolojik Değişim Görüşü

Bu görüşün kökeninin, BERGSON¹⁶⁹ ve TARDE’ nin eserlerinde bulunduğu belirtilmektedir. İnsanın psikolojik şahsiyeti hayatının her döneminde aynı değildir. Uzun bir sürenin ardından insanın psikolojik yapısının değişmesine bağlı olarak fail ile suç fiili arasında bağın kaybolduğunu ileri sürmektedirler. Çünkü fiil sabit kalmış ancak failin psikolojik kişiliği ise değişikliğe uğramıştır. Ayrıca TARDE, kişilikteki hızlı gelişimin en yoğun olduğu dönemi dikkate alarak, çocuk ve ergenlere yetişkinlere oranla daha kısa zamanaşımı uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁷⁰

Eleştirilere gelince;

- Metafizik temele dayanması
- Bu görüşün kabul edilmesi halinde, infaz aşamasındaki cezanın infaz edilmesinin sona erdirilmesini gerektireceği yönündedir.¹⁷¹

e. Unutma – Sosyal Fayda Görüşü

Bu görüştekilere göre, suçun işlendiği zamanın ardından suç ne kadar ağır olsa da bu süre zarfında suç ve etkileri unutulacaktır. Bu sebepten ötürü, ceza vermek için herhangi bir sebep kalmayacaktır.¹⁷² Robinson, bu hususu; toplumun mevcut önemli bir amacına artık hizmet etmediği zamanlarda, geçmişle meşgul olmaktan kaçınmak gerekir şeklinde ifade etmektedir.¹⁷³

Bu görüşü savunanlar, bir suçun işlendiği anda toplumda meydana gelmiş bulunan öfke ve etkinin, aradan geçen uzun sürede aynı şekilde kalmayacağını

¹⁶⁸ Rutı G. Teitel, **Transitional Justice**, Oxford University Press, USA, 2002, s. 63.

¹⁶⁹ Yaratıcı gelişim kavramı detaylı bilgi için bkz. Henri Bergson, **Yaratıcı Tekâmül**, Çev. Şekip Tunç, İstanbul, 1986.

¹⁷⁰ Akt: Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 34, Aktarılan: Gabriel Tarde, **La Philosophie pénale**; 4e edition, Paris (tarih belirtilmemiş), s. 132.

¹⁷¹ Murat Çakır, “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 207-228, s. 209.

¹⁷² Burgul, **a.g.e.**, s. 8; Kubilay Taşdemir, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ertem Basım, Ankara, Ocak 2015, s. 25.

¹⁷³ Paul.H. Robinson, **Criminal Law Defenses**, Criminal Practice Series Vol. 2, West Publishing, St. Paul, MN, 1984, s. 465.

düşünmektedirler. “Unutma Kanunu” olarak ifade edilen bu husus uyarınca; zamanın suçun etkilerini, sonuçlarını, hatta hafızalarından faillerin yerini dahi sildiğini, bu nedenle toplumun bu suçun cezalandırılmasını istemeyeceği gibi, unutulmuş bir suçun cezalandırılması halinde gösterilecek sosyal tepkinin ve genel önlemenin ise konusuz kalacağını iddia etmişlerdir. Unutulmuş bir hadiseyi tekrar gündeme getirmenin topluma fayda değil, zarar vereceği görüşündedirler.¹⁷⁴

Cezanın amaçlarından birinin diğer kişiler için ibret teşkil edecek genel önleme tedbiri ile, kamu yararının tatminini sağlamak olduğu, zamanla suçun mağdurunun dahi suçu unuttuğu, suçun kamu vicdanından silinmesine rağmen kamu gücü ile devletin müdahalesinin zararlı olacağını belirtildiği ifade edilmektedir.¹⁷⁵ Günümüzde Shuman ve Mc Call Smith, geçen zamanın mağdurun iyileşmesine yardımcı olduğu düşüncesiyle zamanaşımını savunmaktadırlar.¹⁷⁶

Ayrıca sosyal fayda görüşündekilere göre, zamanla bozulan kamu düzeni kendiliğinden yeniden kurulmakta bu nedenden ötürü yeniden ceza vererek kurmaya gerek bulunmamaktadır.¹⁷⁷ Kamu düzenini sağlamaya elverişli olmayan cezanın ne işlevini yerine getirdiği ne de sosyal açıdan faydalı olduğu düşünülmektedir.

Suçun işlenmesinin ardından uzun bir zaman geçtikten sonra kovuşturulması, toplumda güvenlik güçlerinin o zamana kadar hareketsiz kaldığı yolunda bir izlenim uyandırabileceği ve bu kurumlara olan güveni sarsacağı da savunulmuştur.¹⁷⁸

Bu görüş şu açılardan eleştirilmiştir:

- Toplum suçu unutsa da, bu durumun suçun mağdurunun unuttuğu anlamına gelmeyeceği
- Esas olanın hukukun objektif olarak zarar görmesi olduğu
- Varlığından haberdar dahi olunamayan suçların unutulmasının mümkün olmadığı

¹⁷⁴ Shuman /Mc Call Smith, **a.g.e.**, s. 23; Önder, **C. II-III...**, s. 772; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 359.

¹⁷⁵ Dönmezer/ Erman, **a.g.e.**, s. 248; Önder, **C. II-III...**, s. 772.

¹⁷⁶ Shuman /Mc Call Smith, **a.g.e.**, s. 23

¹⁷⁷ Çakır, **a.g.e.**, s. 209.

¹⁷⁸ Burgul, **a.g.e.**, s. 9.

- Sırrı uzun süre çözülemeyen suçların aksine yıllar boyunca unutulmadığı¹⁷⁹

- Toplum derinden etkileyen ağır suçların ise unutulmasının mümkün olmadığı¹⁸⁰

- Zamanın geçmesinin toplumun cezalandırma istediği ortadan kaldırmadığı, mağdurların yaralarının daha da kötü bir hale geldiği¹⁸¹

Cohen, cezalandırma ihtiyacının başka bir yönünü ifade ederken, insanların otoriter rejimler tarafından gizlenen suçların gerçeğini bilmek istediğini bu sebeple uluslararası suçlara zamanaşımının uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir.¹⁸²

Bu görüşün, etkilerinin uzun süre sürmesi ve unutulmalarının mümkün olmaması sebebiyle tez konumuzu oluşturan ağır suçlar bakımından geçerli bir görüş olmadığı açıktır.

f. Takibatın Terki Görüşü

Bu görüş, kamu davasının açılmamasını veya cezanın infaz edilmemesini, devletin soruşturmadan ya da cezadan vazgeçtiği karinesini oluşturduğunu söylemektedir. Dava zamanaşımı süresinin dolması ile, dava açma ve cezayı infaz etme hakkı düşmüş ve fail de ceza görmeme hakkını kazanmıştır.¹⁸³

Bu görüşe gelen eleştiriler ise;

- Ceza hukuku ile kazandırıcı zamanaşımı kurumunun bağdaşmayacağı,
- Takibatın yapılmasının bir hak değil görev olduğu, görevin yerine getirilmemesi ile sona ermeyeceğidir.¹⁸⁴

¹⁷⁹Artuk/ Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 359, Akt: Taner, **a.g.e.**, s. 37, Aktarılan: Kunter, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, s. 16, Jean Danet, "Prescription de l'action publique: état des lieux et perspectives de réforme", **AJP**, n. 7-8, Juillet- Août, ss. 285-288.

¹⁸⁰Hannah Arendt, **The Origins of Totalitarianism**, New York, Harvest Book, 1973, s. 439.

¹⁸¹Priscilla.B. Hayner, **Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions**, Second Edition, Routledge, New York, 2011, s. 145.

¹⁸²Ayrıntılı görüşleri için bkz: Stanley Cohen, **States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering**, Blackwell Publishing Company, Oxford, 2001.

¹⁸³ Taşdemir, **a.g.e.**, s. 27.

¹⁸⁴Artuk/Gökçen /Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 358.

Bu görüşlerin, ceza hukuku ile bağdaşmadığı, keza suçlunun cezalandırma nedenlerinin iyi değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

g. Cezanın Önleme Özelliği

Suçun işlendiği zamandan çok sonra uygulanan bir yaptırımın, cezanın genel önleme özelliğini kaybedeceği görüşündeki düşünürler, özel önlemenin de çevre ve tesadüf şartları ile değişmiş olacağı görüşündedirler.¹⁸⁵

Bu yaklaşımda, genel caydırıcılık etkisi zaman faktörüne bağlıdır. Soruşturmanın genel caydırıcı etkileri, bir suçla ilgili resmi reaksiyonun bir suçun işlenmesinden kısa bir süre sonra gelmesi durumunda daha belirgin olacaktır. Bir suçun işlenmesi ile soruşturma başlatılması arasındaki sürenin daha uzun olması durumunda, soruşturma ile genel caydırıcılık etkisi arasındaki bağlantının zayıf olduğu varsayılmaktadır. Bu yaklaşıma göre, resmi tepki ile benzer suçlar arasında artık nedensel bir ilişki olamaz.¹⁸⁶

2. Zamanaşımı Aleyhine Görüşler

Zamanaşımı başta KANT ve HEGEL gibi filozoflar, FEUERBACH ve HENKE gibi ceza hukukçuları, BECCARIA ve BENTHAM gibi kamu hukukçuları ve de GAROFALO gibi Pozitivist okul düşünürleri tarafından eleştirilmiştir.¹⁸⁷ Bu görüştekiler, ya farklı esaslarla yeniden zamanaşımının düzenlenmesi gerektiğini ifade ederler ya da zamanaşımını kabul etmezler.¹⁸⁸

Cezalandırma görüşünde olanlar olarak da ifade edebileceğimiz bu görüşteki yazarlar, hatalı davranan kişilerin sonuçları ne olursa olsun cezalandırılmayı hak ettiklerini düşünmektedir. Kant, bu görüşün güçlü savunucularındandır.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Andreas Zimmermann/Ursula E. Heinz, **International Criminal Law and the Current Development of Public International Law**, Duncker and Humblot, Berlin 2003, s. 52.

¹⁸⁷ Akt: Taner, **a.g.e.**, s. 40, Aktarılan: Habibolah MOAZZAMI, **La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse**, Montreux 1952, s. 95.

¹⁸⁸ Çakır, **a.g.e.**, s. 209.

¹⁸⁹ Shuman/McCall Smith, **a.g.e.**, s. 21; Kant'ın ayrıntılı görüşleri için bkz. Immanuel Kant, **Metaphysical Elements of Justice**, translated by: John Ladd, Second Edition, Hackett Publishing Company, 1999.

Biz bu görüşleri zamanaşımına karşı çıkan ilk düşünürler Beccaria, Bentham ve daha sonraki dönemlerde zamanaşımına karşı çıkan diğer yazarların görüşleri olmak üzere üç başlık altında inceleyeceğiz.

a. Beccaria'nın Görüşü

Marki Cesare Beccaria Bonesana, 1738-1794 yılları arasında yaşamış, Suçlar ve Cezalar Hakkında isimli ünlü eserin sahibi İtalyan kriminolog ve ekonomisttir. Ceza adaleti reformu üzerinde çalışmış, ceza adaleti sistemini yeniden şekillendirecek ve dönüştürecek fikirler ileri sürmüştür.¹⁹⁰

Beccaria'nın zamanaşımını kısmen reddettiği ve ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. Beccaria, zamanaşımı konusundaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: *“İnsanların belleklerinde uzun süre iz bırakan canavarca işlenmiş suçlar kanıtlandıkları zaman, çoğu kez, kurtuluşu kaçmakta bulan suçlunun yararına hiçbir zamanaşımı öngörülmemelidir. Çünkü onlar buna layık değildirler. Ancak, önemsiz ve işlendikleri kuşkulu suçlarda bir yurttaşın alinyazısı üzerindeki belirsizlik, zamanaşımıyla ortadan kaldırılmalıdır. Çünkü, uzun süre suçları kuşatan belirsizlik/karanlık, yani suçların cezasız kalması cezaları örnek olmaktan çıkarmakla birlikte, suçluya iyileşme gücünü (olanağını) kazandırmaktadır.”*¹⁹¹

Beccaria'ya göre, insanların zihinlerinde uzun süre yer alan ağır suçları işleyenler için suçlunun kaçmasını sağlayacak şekilde yararına zamanaşımı belirlenmemeliyken, diğer taraftan işledikleri belirsiz ve önemsiz suçlarda toplum üzerindeki belirsizlik zamanaşımı ile kaldırılmalıdır. Bu açıdan Beccaria'nın görüşü, tez konumuzu oluşturan suçlar açısından ele alındığında, zamanaşımı öngörülmemesi veya zamanaşımı süresinin uzun tutulması gerektiği yönündedir.

¹⁹⁰ Beyza Eskici Katırcıgil, “Cesare Beccaria'nın Suç Ve Ceza Felsefesi”, **ERÜHFD**, C. XII, S. 1, 2017, s. 159, (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/424780>).

¹⁹¹ Cesara Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, İtalyanca Aslından Çev.: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, Haziran 2016, s. 156.

Beccaria'nın bu hususu eserin ilerleyen kısmında zamanaşımı açısından net bir şekilde dile getirdiği görülmektedir. Zamanaşımı süresinin uzunluğu hususunu; suçun ağırlığı ve zalimce işlenip işlenmediği bağlamında incelemiştir.

“Pek az görüldükleri için canavarca olan ağır suçlarda soruşturma (yargılama) süresi kısa olmalıdır. Çünkü sanığın suçsuz olma olasılığı çoktur. Ancak, bunlarda (dava) zamanaşımı uzun olmalıdır. Çünkü bir suç ne denli canavarca ise, ağır ise cezadan kurtulma olasılığıyla ilgili boş umudu ve böbürlenme tehlikesi de o denli çoktur. İşte bu tehlikeyi ortadan kaldırmak, bir insanın suçsuzluğunun ya da suçluluğunun bir an önce kesin hüküm le belirlenmesine bağlıdır. Buna karşılık, önemsiz/hafif suçlarda, failin suçsuz bulunma olasılığı azdır. Bu nedenle, soruşturma (yargılama) süresi uzun olmalı; cezasız kalma tehlikesi az olduğundan, (dava) zamanaşımı kısa tutulmalıdır.”¹⁹²

Beccaria'ya göre kanıtlar ile suçun işlendiği doğrulanınca, sanığa kendisini savunmak için yeterli bir zaman verilmesi gerekmektedir. Fakat verilen bu zaman, cezanın çabuk uygulanmasını engellemeyecek kadar kısa olmalıdır. Bireylerin belleğinde ciddi etki bırakan suçların faileri çoğu zaman kaçmaktadırlar. Bu suçları işleyen suçlunun lehine zamanaşımı süresi öngörülmemelidir. Ancak işlendikleri kesin olmayan ve önemsiz suçlarda, suçlu üzerindeki belirsizlik kaldırılmalıdır. Bunun nedeni olarak, uzun süre belirsizlik ve suçun cezasız kalması ve bu durumun cezanın iyileştirici gücünü ortadan kaldırmasıyla birlikte suçluya da iyileşme gücünü kazandırmasıdır.¹⁹³

Beccaria'nın görüşlerini özetleyecek olursak; ağır suçlarda zamanaşımı kabul edilmemeli, hafif suçlarda zamanaşımı failin ıslahını sağlama imkanı vereceğinden olmalıdır.

b. Bentham'ın Görüşü

Jeremy Bentham, 1748-1832 yılları arasında yaşamış, öncelikle bir sosyal reformcu, uluslararası hukukçu ve filozof olarak bilinmektedir. Ekonomik analizleri

¹⁹² Ibid., s. 157.

¹⁹³ Burgul, a.g.e., s. 9.

fayda kavramı ile tanıştırdığından ekonomiye yaptığı ana katkılar ile de bilinmektedir.¹⁹⁴

Bentham'ın zamanaşımı konusunu da işlediği kitabı *Theory of Legislation*'da zamanaşımı hakkında şu ifadeleri kullanmaktadır: *“Zamanaşımı, tamamlanmamış suçlara, başarısız olan girişimlere kadar da genişletilebilir. Suçlu, süre boyunca hissedeceği korku ile kısmen cezalandırılmış olur. Ayrıca, bu tür suçları işlemekten kaçınmış, ıslah olmuş ve topluma yararlı bir birey haline gelmiştir. Kanunların onun için hazırladığı acı reçeteyi kullanmadan ahlaki sağlığını düzeltmiştir. Ancak, soru daha ciddi suçlarla ilgili ise, örneğin büyük miktarda paranın hileli edinilmesi, çok eşlilik, bir tecaviüz, bir soygun; belirli bir süre sonra kötülüğe izin vermek, masumiyete karşı bir zafer, tehlikeli ve ölümcül olurdu. ...Bir suçlunun ihlal ettiği yasalarla korunan, suçtan elde ettiğinden barışçıl istifadesi anlayışı, suçlulara teselli, erdemli insanlara acı nesnesi, adalete ve ahlaka kamusal bir aşağılamadır. Zamanaşımına uğraması sebebiyle cezasızlığın tüm mantıksızlığını algılamak için, sadece yasanın şöyle ifade edildiğini düşünmek yeterlidir: “ancak eğer, katil, soyguncu, başkasının mallarını hile ile edinen, mahkemelerin ihtiyatlılığından firar ederek, 20 yıl boyunca başarılı olursa; ödüllendirilecek, güvenliği yeniden sağlanacak ve suçlardan elde ettikleri yasal hale gelecektir””¹⁹⁵*

Bentham; teşebbüs aşamasında kalan ve taksir ile işlenen suçlar için zamanaşımını kabul etmiş ama ağır suçlar bakımından zamanaşımının olmayacağını savunmuştur.¹⁹⁶ Yazar, uzun süre yakalanmamış suçluların zamanaşımı kurumu sayesinde ödüllendirildiği, bu sayede suçtan elde ettiklerini meşrulaştırdıklarını söylemektedir. Bu durumun, iyiler için ıstırap verici, kötüler için iştah açıcı, adalet ve ahlak için tahkir edici olduğunu düşünmektedir. Zamanaşımının suçluları firara teşvik ettiğini, suçların cezasız kalmasını önlemesi gereken devletin zamanaşımı gibi bir kurumla bunu teşvik etmemesi gerektiği görüşündedir.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Steven Pressman, **Fifty Major Economists**, Chapter Jeremy Bentham (1748-1832), 1999, ss. 26-29.

¹⁹⁵ Jeremy Bentham, **Theory of Legislation**, London, Trübner&Co., MDCCCLXXI, Second Edition, s. 328.

¹⁹⁶ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁹⁷ Taşdemir, **a.g.e.**, s. 28.

Bentham'ın eserini yazdığı dönemde, özellikle o dönemde yaygın olarak işlenen suçlar üzerinden örnekler verdiği görülmektedir. Ancak tez konumuzu oluşturan suçların ağırlığı ve kamu vicdanında açtığı yaralar dikkate alındığında, bu kapsamda kalacağı ve Bentham'ın görüşüne göre bu suçların zamanaşımı ile ödüllendirilmemesi gerektiği açıktır.

c. Zamanaşımına Karşı Çıkan Diğer Yazarlar

Pozitivist yazarlar zamanaşımına mutlak ve genel bir değer verilmesini doğru bulmamakla beraber, tamamen zamanaşımına karşı değillerdir. Bu düşünürlere göre; zamanaşımı kurumunda iki esaslı yanlış vardır. Bunlardan birincisi; kanunlara uyarak kendiliğinden teslim olan kimse cezasını çekerken, zamanaşımı sayesinde kaçan kişi cezasız kalmaktadır. Bu yüzden zamanaşımı suçlunun firarını kolaylaştırmakta, kurnaz ve hilekar suçlular için bir ödül olmaktadır. İkincisi ise; zamanaşımının esasına yöneliktir, sürenin geçmesiyle delillerin bozulduğu ve cezalandırma hususundaki menfaatin kalktığı yönündeki karineye dayanmaktadır. Bunun her zaman doğru olmadığını düşünen düşünürler, bu fikrin karineye değil gerçeğe dayanması gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenle her somut olayda işlenen suçun niteliğine, failin bulunduğu suçlu sınıfına, kişiliğine, tavrına, geçmişine bakılması gerektiğini, suçlunun tehlikeliliği ve ceza vermekte sosyal yararın olup olmadığına bakılarak zamanaşımının uygulanması gerektiğini söylemişlerdir.¹⁹⁸

Pozitivistler, fail ancak hareket biçimiyle artık toplum için tehlikeli ve zararlı olmadığını kanıtladığı ve failin yeni yaşam koşullarının suçu tekrar işlemesi olanağını kaldırdığı takdirde zamanaşımının kabul edileceğini belirtmektedir.¹⁹⁹ Bu görüşte olanlar; akıl hastaları, doğuştan suçlular, itiyadi suçlular ve mükerrirler hakkında zamanaşımının uygulanmaması gerektiğini, suçlu gruplarından yalnız ıslah olmuş tesadüfi ve ihtirasi suçlu hakkında olması gerektiğini savunmuşlardır.²⁰⁰ Bu görüş taraftarlarına göre; her olay hakim tarafından değerlendirilmeli ve hakime geniş takdir yetkisi verilmelidir.²⁰¹

¹⁹⁸ Tahir Taner, **a.g.e.**, s. 678; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 245; Artuk/Gökçen /Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II...**, s. 361.

¹⁹⁹ Taşdemir, **a.g.e.**, s. 28.

²⁰⁰ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 245.

²⁰¹ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s.42.

Günümüzde Bassiouni,²⁰² Minow²⁰³ ve Werle²⁰⁴ gibi çoğu uluslararası hukukçu uluslararası suçlarda zamanaşımı uygulanmamasını görüşündedir.

Tez konumuzu oluşturan suçlar için zamanaşımının kabul edilmediği ağırlıklı görüşken, bu gibi ağır suçların haricinde zamanaşımını tamamen reddeden yazarın az olduğu gözlenmektedir. Larquier,²⁰⁵ zamanaşımının yol açtığı teknik sorunların, getirilerinden çok daha fazla olduğunu ileri sürüp yok olmayı hak ettiğini iddia etmiştir.²⁰⁶ Merle ve Vitu, dava zamanaşımının ödüllendirici olduğunu belirtmekte, geçen zamanın suçluyu cezalandırma olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır.²⁰⁷

²⁰² M.Charif Bassiouni, ‘*The Philosophy and Policy of International Criminal Justice*’ in: **Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese**, Kluwer Law International, The Hague, 2003, s. 119.

²⁰³ Martha Minow, **Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence**, Beacon Press, Boston, 1998, s. 67.

²⁰⁴ Gerhard Werle, **Principles of International Criminal Law**, TMC Asser Press, The Hague, 2005, s. 31.

²⁰⁵ Temmuz 1925’te Montpellier’de doğan Jean Larquier, kriminoloji ve ceza hukuku alanında uzmanlaşmış Fransız hukuk profesörüdür.

²⁰⁶ Akt: Fahri Gökçen Taner **a.g.e.**, s. 42, Aktarılan: Jean Larquier, (Yazarın Rouen Mahkemesinin bir kararının değerlendirdiği yorumdan alındığından, eserin bir ismi bulunmadığı belirtilmiştir.) RDS, 1955, C. 13, s. 265.

²⁰⁷ **Ibid.** Aktarılan: Rog  r MERLE, – Andr   VITU, **Trait   de droit criminel - Proc  dure p  nale**, T.II, 5e edition, Paris, s. 67.

III. BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA ZAMANAŞIMININ UYGULANMAMASI

“Zamanaşımına uğramama” veya “zamanaşımının uygulanmaması” ile terminolojik olarak zamanaşımına uğramama durumu veya niteliği ifade edilmektedir.²⁰⁸ Bu hukuk prensibi; zamanaşımı gözetmeksizin, zamanın geçmesine bakılmaksızın suçların soruşturulması, kovuşturulması ve cezalandırılması gerektiği ilkesidir.²⁰⁹ Diğer bir ifadeyle; herhangi bir zaman geçmesine rağmen işleme konulabilen, yani zamanın veya yerin herhangi bir şartının oluşması ile değişmeyen ve zamanaşımını yok gibi sayan hukuk terimidir.²¹⁰

Tezin 3. Bölüm E başlığında incelendiği üzere çeşitli sebeplerle, zamanaşımı lehine görüşler ileri sürülmüştür. Genel olarak, ulusal ceza hukuklarında zamanaşımı tanınmaktadır, zamanaşımı kurumunu tanımayan ülke hemen hemen yoktur.²¹¹

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde, belirli bir kanuni istisna olmadığı sürece, işlendiği tarihten sonra her zaman, suç oluşturan fiil soruşturma konusu olabilir. Bunun aksine, Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkeler genel olarak suçların soruşturulmasında uygulanacak olan cezalarla yakın ilişkili zamanaşımı kuralları uygularlar. Ceza azsa, zamanaşımının süresi paralel olarak daha kısadır.²¹² Kara Avrupası ülkelerinde zamanaşımının uygulanması yaygınken, zamanaşımı dikkate değer bir eleştiri konusudur. Birçok ülkede, zamanaşımı ile ilgili genel hükümler, en azından bazı uluslararası suç sınıfları için de geçerlidir.²¹³

²⁰⁸ Bknz. <https://thelawdictionary.org/imprescriptibility/>, <https://legaldictionary.thefreedictionary.com/Imprescriptibility>, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/imprescriptibility>.

²⁰⁹ Antoon De Baets, “Historical Imprescriptibility”, *Storia della Storiografia*, Issue 59/60, Publisher: Fabrizio Serra Editore, 2011, ss. 128-149, s. 129, ([http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/VA/antoon_de_baets-historical_imprescriptibility\(2011\).pdf](http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/VA/antoon_de_baets-historical_imprescriptibility(2011).pdf)).

²¹⁰ Av. Alia Yılmaz, *Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı*, Beta Basım; 2. Bası, İstanbul, Ağustos 2001, s. 241. Yazar, “Zamanaşımsızlık” ifadesini kullanmaktadır.

²¹¹ Tezcan/ Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza ..*, s. 467.

²¹² Robert H. Miller, “The Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity”, *American Journal of International Law*, Vol.65, No.3, Jul, 1971, s. 484.

²¹³ Örneğin, İspanya’da Ceza Kanun’un 131. maddesi uyarınca uzun süre hapis cezası gerektiren (15 yıl ve üstü) suçlar 20 yıldan sonra kovuşturulamaz ama 10-15 yıl arasında ceza gerektiren suçlar için zamanaşımı süresi 15 yıldır. İtalya’da ömür boyu hapis cezasını gerektirmeyecek soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi uluslararası suçlar için 20 yıl zamanaşımı süresi uygulanmaktadır. Ömür boyu hapsi gerektiren suçlarda zamanaşımı uygulanmaz. Almanya’da benzer bir hüküm

Uluslararası ceza hukukunda ise durum farklı olup, bazı nedenlerle bazı suçlara zamanaşımı uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bunlardan biri, zamanaşımının adaletsizlik ve ayıran adalet sorunlarını artıracığının, zira ilk getirilen davaların az politik desteğe sahip faillelere karşı olduğunun, “büyük balıkların”²¹⁴ kendilerini işledikleri suçlar zamanaşımına uğrayacak kadar süre koruduklarının düşünülmesidir.²¹⁵ Yine delillerin bozulması görüşünü reddeden görüşleri açıklarken değindiğimiz üzere, uluslararası suçlar açısından delillerin geçen zamanda ortaya çıkmasının kolaylaştığı (arşiv kayıtlarına ulaşma vs.) bu sebeple zamanaşımının olmaması gerektiği ileri sürülmektedir.

İkinci Dünya Savaşı’nın vahşetinden bu yana, zamanaşımının uygulanmaması, en menfur suç teşkil eden fiillerle ilgili olan yasaların eş anlamlısı haline gelmiştir.²¹⁶ Uluslararası toplumun bütününe ilgilendiren, insan hakları ve uluslararası hukukun ağır ihlalini teşkil eden soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçunun zamanaşımının kabulünü gerektiren nedenlerle bağdaşmaması, ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi zamanaşımı kurumunun tanınmasını engellemiş ve uluslararası suçlarda zamanaşımının uygulanmaması gerektiği fikrini doğurmuştur.²¹⁷

Bu bölümde tez konusu Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nde yer alan uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin uluslararası düzenlemeler

bulunmaktadır, kasten adam öldürme zamanaşımına tabi değildir. Japonya’da Ceza Usul Kanunu’nun 250. maddesi genel ilkesi altında, suçun cezasına göre ayrı ayrı belirlenmiş zamanaşımı süreleri vardır. Cassese, *a.g.e.*, s. 315. Aktaran kitabın basımı 2003 olup, belirtilen zamanaşımı süreli ulaşılan en son tarihli kaynaktan güncellenmiştir. İspanya Ceza Kanunu 1995 için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/2/Spain/show>, İtalya için bkz. <https://canestrinilex.com/en/readings/italian-criminal/>, Almanya için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28/Germany/show>, Japonya için bkz. http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=2&id=2283. Diğer ülkelerde bunun yerine uluslararası suçlar için özel hükümler vardır. Örneğin Kolombiya’da işkence, zorla kaybolma ve soykırım için 30 yıllık zamanaşımı vardır, Fransa’da terör için 20 ve 30 yıllık zamanaşımı süreleri vardır. *Ibid.*, s. 316, Fransa için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1741_article_706-16_ve_25-1, Kolombiya için bkz. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-COL-1_en.pdf.

²¹⁴ Ağır suçları işleyen üst rütbeli kişiler kastedilmektedir.

²¹⁵ Ruth Alberdina Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law*, University of Amsterdam, Doktora Tezi, 2007, s. 223; Hessbruegge, *a.g.e.*, s. 340.

²¹⁶ Luigi Corrias, “Law, time and inhumanity: Reflections on the imprescriptible”, *In Temporal Boundaries of Law and Politics: Time Out of Joint*, Routledge Taylor & Francis Group, 2018, ss. 53-70, s. 53.

²¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, *Uluslararası Ceza ...*, s. 467.

ayrıntılı olarak ele alınacak ve uluslararası teamül hukuku açısından inceleme ve değerlendirmeler yapılacaktır.

A. Zamanaşımı Uygulanmaması Konusunda Uluslararası Belgeler

1. Genel Olarak Uluslararası Suçlara Zamanaşımı Uygulanmaması Üzerine Belgeler

Bu bölümde, uluslararası hukukta, uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin hükümler içeren düzenlemeler kronolojik olarak ele alınmıştır.

İlk olarak, 20 Aralık 1945’de yürürlüğe giren 10 Nolu İttifak Kuvvetleri Kontrol Konseyi Yasasında, II. Dünya Savaşı sırasında Nazilerce işlenen fiillerde, “*Sanık, hiçbir dava veya kovuşturmada, 30 Ocak 1933 ile 1 Temmuz 1945 arasında oluşan zamanaşımını ileri süremez.*” hükmü yer almaktadır.²¹⁸ Aslında burada zamanaşımı uygulanmamasından ziyade zamanaşımının askıya alınmasından bahsedilebilir. Bunun dışında ne Nürnberg²¹⁹ ve Tokyo Askeri Mahkemelerini kuran belgeler,²²⁰ 1948 tarihli BM Soykırım Suçunun Cezalandırması ve Önlenmesi Sözleşmesi²²¹ ve 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi²²² zamanaşımından bahsetmemektedir.

Bu sorun, 1964 yılında Almanya Federal Cumhuriyet’inin hukukuna göre Naziler tarafından işlenen suçların 8 Mayıs 1965 tarihinde, Nazi Almanyası’nın teslim olmasının üzerinden yirmi yıl geçmesiyle, zamanaşımına uğrayacağıın ilan edilmesi ile gündeme gelmiş²²³ ve uluslararası kamuoyunda bu suçların zamanaşımına uğrayacağına dair duyulan büyük endişe sebebiyle 60’lı yıllarda uluslararası ceza hukukunun en çok tartışılan konularından birisi olmuştur.²²⁴ II. Dünya Savaşı sonrası

²¹⁸ Bruce Broomhall, **Genocide and Crimes Against Humanity I Statutory Limitations**, Oct 15, 2010 s. 1. (<http://www.Enotes.com/genocide-encyclopedia/statutory-limitations/>).

²¹⁹ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf

²²⁰ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf .

²²¹ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/33-36.pdf> .

²²² <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf> .

²²³ Bu konu, tezin ilerleyen bölümlerinde özellikle “1968 tarihli Sözleşmenin Hazırlanışı ve Maddeleri Üzerine İnceleme” başlıklı bölümde ve “Karşılaştırmalı Hukuk Almanya’nın Yaklaşımı”nda ele alınmıştır.

²²⁴ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 56.

60'lı yılların ortalarına kadar kabul edilen uluslararası suçları düzenleyen uluslararası sözleşmelerde, zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin hüküm olmamasının nedeni, II. Dünya savaşı sonrasında yargılamaların bu kadar uzun yıllar süreceğinin öngörülmemesidir.

Zamanaşımına Birleşmiş Milletler (BM) bağlamında baktığımızda, savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlarda zamanaşımının uygulanmayacağı meselesi ilk olarak Polonya delegesi tarafından BM İnsan Hakları Komisyonu'nun²²⁵ 21. oturumunda ortaya atılmıştır (5 Mart 1965). Federal Almanya Cumhuriyeti'nde zamanaşımı süresinin savaş suçları ve soykırım suçundan suçlu bulunanlar için 1969 yılında sona erecek olması nedeniyle, her türlü işlemin bu süreleri genişletmeyi garantilemek için yapılması ve bu suçların faillerinin yargılanması adına diğer uygun tedbirlerin alınması için, Polonya tarafından İnsan Hakları Komisyonuna baskı yapılmıştır. Polonya, Nazi savaş suçlarına zamanaşımının uygulanmaması prensibinin uluslararası hukuk prensibi olarak kabul edilmesini içeren tasarı karar da sunmuştur.²²⁶

Bu konunun önemi ve karmaşıklığı nedeniyle, İnsan Hakları Komisyonu, Genel Sekreterlik 'den öncelikli olarak savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanmamasını garanti eden yasal yollar olmak üzere, uluslararası hukukta doğan problemler için çalışma hazırlamasını istemiştir.²²⁷

Savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin mevzu üzerine Genel Sekreterlik tarafından yapılan çalışma dikkate alınarak, Komisyon; 22. Oturumunda tavsiyeler vermiş ve bunlar Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 1158(XLI) kararında kabul edilmiştir.²²⁸

²²⁵ 2006 yılından itibaren İnsan Hakları Konseyi adını almıştır.

²²⁶ Mitchell G. Page, "Article 29 of the Rome Statute as a Crystallization of Customary International Law", Edited by Siehno Yee, **International Crime and Punishment, Selected Issues**, Vol. 2, University Press of America, Inc., s. 11. Orijinal belge referansı: U.N. Doc. E/CN.4/L/733 ancak ulaşamamıştır. Ancak bir sonraki dipnotta linki verilen U.N. Doc. E/4024 par. 12'de bu husus bahsedilmektedir.

²²⁷ U.N. Doc. E/4024 par. 567,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N65/120/99/pdf/N6512099.pdf?OpenElement>).

²²⁸ UN Doc. A/6813 par. 2,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N67/209/21/pdf/N6720921.pdf?OpenElement>).

Üçüncü Komite'ye, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanmayacağına dair sözleşme tasarı metnini sunmak üzere, Üçüncü (Sosyal, İnsancıl ve Kültürel) Komite ve Altıncı (Hukuki) Komite Ortak Çalışma Grubu kurulmuştur. Üçüncü Komite'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul, 26 Kasım 1968 tarihinde resmi olarak Sözleşme'yi kabul etmiştir.²²⁹ Ancak bu Sözleşme, 11 Kasım 1970'de yürürlüğe girmiştir.²³⁰

1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair BM Sözleşmesi (1968 Sözleşmesi)'ne, İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman güçleri tarafından işgal edilmiş Belçika, Danimarka, Fransa, Yunanistan, Lüksemburg, Hollanda ve Norveç'i içeren 30 civarında devlet tarafından oy verilmekten kaçınılmıştır.²³¹

Bu Sözleşme'nin birinci maddesi; *"işlendiği tarihe bakılmaksızın"* saydığı suçlara zamanaşımının uygulanmayacağını kabul etmiştir. Bu suçlar; Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ndeki savaş suçları, özellikle savaş mağdurlarını koruyan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ndeki ağır ihlaller yine Nürnberg Statüsü'nde tanımlanan savaş veya barış zamanında işlenmiş olan insanlığa karşı suçlar, ülkenin iç hukukunda ihlal oluşturmaya bile 1948 tarihli BM Soykırım Suçunun Cezalandırması ve Önlenmesi Sözleşmesi'nde tanımlanan soykırım suçu ve ırk ayrımı politikasının sonucunda insanlık dışı fiiller, istila veya savaş güçleri tarafından tahliye olarak sayılmıştır.

Bu Sözleşme'nin dördüncü maddesi gereği, zamanaşımının uygulanmaması için devletlerin ulusal yasalarında gerekli yasalastırmaların yapılması gerekmektedir.²³²

Sözleşme'nin doğrudan uluslararası suçlara zamanaşımının uygulanmaması konusunu düzenlemesi sebebiyle, madde madde detaylı bir şekilde ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

²²⁹ Miller, **a.g.e.**, s. 480.

²³⁰ 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.27_convention%20statutory%20limitations%20warcrimes.pdf).

²³¹ Miller, **a.g.e.**, s. 478.

²³² Yılmaz, **a.g.e.**, s. 244.

BM organları önündeki ²³³Sözleşme üzerine tartışmalar sırasında savaş suçlarına zamanaşımının uygulanmasının evrensel bir kural olması konusunda fikirler kesin olarak bölünmüştür.

Bazı devletler (Doğu Avrupa Devletleri) bu kuralı uluslararası ceza hukukunda var olan bir kuralmış gibi dikkate almışlardır. Onların görüşüne göre; sözleşme savaş suçlarını cezalandıran uluslararası belgelerin kabulünden beri uluslararası hukukta var olan ilkeyi bildirici bir özelliğe sahiptir. Bu devletler; ceza yasalarında bunun tersine açık bir hüküm olmadıkça suçların tam anlamıyla cezalandırılacağı ilkesini evrensel temel hukuk ilkesi olarak tanımlamışlardır.²³⁴ Bu düşünce biçimi önem arz etmektedir. Özellikle, belirtilen suçlara zamanaşımı uygulanmaması konusunun uluslararası teamül ilkesi olup olmadığı değerlendirirken bu düşünceden yararlanılacaktır.

Diğer devletler (Bu devletlere Avusturya, Fransa, Hollanda, Filipinler, İsveç dahildir); bu konuya uluslararası hukukta henüz kurulmuş olan yeni bir prensip olarak bakmışlardır. Sözleşme bu yüzden var olan kuralların yeniden ifadesi değil, uluslararası hukukta yeni kuralların yaratımı olacağı görüşündedirler. Bu görüştekilerin düşüncesine göre; var olan belgeler zamanaşımı konusunda susmuştur ve bu sessizliğin savaş suçlarına zamanaşımının uygulanmasını yasakladığını ima ettiği şüphelidir. Bu sessizlik birden çok anlama gelebilir ve bir yorumdan fazlasını gerektirir. Bu temelde; bu suçlar için zamanaşımı sorununa dayanmayan savaş suçları üzerine uluslararası sözleşmeler, her devlete bu konuda yasa yapması için özgürlük bırakmıştır şeklinde anlaşılmalıdır.²³⁵

İki devlet (Avusturya ve Filipinler), zamanaşımına medeni milletler tarafından tanımlanan hukuk genel prensibi olarak yaklaşılamayacağını çünkü çeşitli hukuk sistemlerinde tamamıyla böyle bir kavram olmadığını (Birleşik Krallık ve *Commonwealth* ülkeleri) ve bu ülkeler zamanaşımı ilkesini düzenlese bile çeşitli sınırlama ve kısıtlamalarla kuşatıldığını belirtmişlerdir.²³⁶

²³³ İnsan Hakları Komisyonu ve Genel Kurul 3. Komite

²³⁴ Akt: Miller, **a.g.e.**, s. 482, Orijinal belgeler UN Doc. E/CN.4/SR/873 ve E/CN.4/SR/ 875'e ulaşılamamıştır.

²³⁵ **Ibid.**

²³⁶ **Ibid.**

Bu Sözleşme retroaktif yani geriye etkilidir. Dördüncü maddede belirtilen “*her nerede konu ile ilgili zamanaşımı varsa, bu sözleşme gereği iptal sayılacaktır*” hükmü bunu anlatmaktadır. Bu durum ise çekişmeli ve sözleşme ile devletlerin bağlı kalmada yavaş olmasının sebeplerinden biridir. Bu sözleşmenin retroaktif olması sebebiyle pek çok devlet tarafından yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen bazı suçlara da uygulanabileceği gerekçesiyle imzalanmamıştır.

Bu sebeple, yalnızca yürürlüğe girdiği tarihten sonraki suçlara uygulanmak üzere, zamanaşımı uygulanmaması konusunu doğrudan düzenleyen uluslararası belgelerin ikincisi, 1974 tarihli İnsanlığa Karşı Suçlarda ve Savaş Suçlarında Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Avrupa Sözleşmesi (1974 Avrupa Sözleşmesi) kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin birinci maddesi gereği, zamanaşımı uygulanmaması için devletlerin ulusal yasalarında gerekli yasalaştırmanın yapılması gerekmektedir.

Çok az devlet söz konusu Sözleşmeleri kendi ulusal yasalarınca onaylama işlemi ile kabul etmiştir. Birleşmiş Milletler 1968 tarihli Sözleşmesi için söz konusu olan düşük orandaki katılım, bazı akademisyenlerin, kanuni zamanaşımı yasağının bir teamül hukuku kuralı olduğu yönündeki öneriye itiraz etmesine yol açmıştır.²³⁷

Bunun nedeni olarak iki şey söylenebilir. Birincisi, bu suçlara uluslararası teamül hukukuna göre zamanaşımı uygulanmaması hususu kuşku ile karşılanmıştır. İkinci olarak, çok az sayıda devletin onaylaması; genelde her iki sözleşmenin zamanaşımı uygulanmamasını, özellikle suç tanımları açısından hem geniş hem de kapalı bir şekilde düzenleme şekline, özellikle 1968 tarihli Sözleşme’de “geriye etkililiğin” zamanaşımına uğramış suçlara kadar ilerletilmesine bağlanabilir. Bu konu ayrı bir başlık halinde tezin ilerleyen kısmında incelenecektir.

Soğuk savaşın bitmesi ve 90’ların başlamasıyla Yugoslavya, Ruanda gibi Uluslararası Ceza Mahkemelerinin kurulmasıyla uluslararası yargılama için hareketler hız kazanmıştır. 1990’larda uluslararası ceza hukuku gelişimindeki en parlak başarı, 1998’de kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Roma Statüsü’dür (“UCM

²³⁷ Schabas, **An Introduction...**, s. 116.

Statüsü”).²³⁸ Bu Statünün 29. maddesine göre, bu mahkemenin yargı yetkisindeki suçlar zamanaşımına tabi değildir.²³⁹

1998 UCM Statüsü’nün imzalanması üzerine, Mısır; “*Statü’nün 11. ve 24.maddesine göre, Mahkemenin yargılamasının geriye etkili olmaması ilkesi, zamanaşımından dolayı hiçbir savaş suçunun kovuşturmadan menedilmediği ilkesini geçersiz hale getirmez*” şeklinde belirtmiştir.²⁴⁰

Böylelikle, ulusal hukuklardaki zamanaşımının, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin tahkikatına ve soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının soruşturulmasına herhangi bir etkisi olmayacaktır. Roma Statüsü’nün altındaki tamamlayıcı yasalar, hükümetlerin her zaman bu suçları ilk olarak soruşturma ve kovuşturma hakkı olacağını garanti altına almaktadır.

Schabas, 29. maddenin Statü’deki rolünün, ulusal ve uluslararası yargı sistemlerinin karmaşık ilişkisinin bir parçası olarak görüneceğini, bu maddenin suçun ulusal mevzuat çerçevesinde zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, suçluları teslim etmeyi reddedebilecek olan devletlere karşı bir engel olarak kullanacağını, bundan daha fazlası, uluslararası sözleşmelerin yapamadığını yapıp, kanuni zamanaşımı yasağını etkileyebileceğini ifade etmektedir.²⁴¹

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Statüleri’nde bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, birçok uluslararası nitelikteki ve *ad hoc* mahkemelerin kararlarında bu suçlarda zamanaşımı olmayacağı açıkça belirtilmiştir.

²³⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’ne imzacı devlet sayısı 137, taraf devlet sayısı 122’dir. Bknz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en#EndDec, Erişim tarihi:10.09.2019.

²³⁹ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm.

²⁴⁰ 26 Aralık 2000 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün imzalanması sırasındaki Mısır beyanları için bknz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=en#EndDec.

²⁴¹ Schabas, **An Introduction...**, s. 116.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı 1984 Sözleşmesi,²⁴² 1994 tarihli Amerika Kişilerin Zorla Kaybolmasına İlişkin Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,²⁴³ 1966 tarihli BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi,²⁴⁴ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi²⁴⁵ ve İnsan Haklarına İlişkin Afrika Şartı'nda²⁴⁶ zamanaşımı uygulanmayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar 1991 Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarı Kanunu'nun zamanaşımının uygulanmaması başlıklı 7. maddesine göre, insanlığın güvenliğine ve barışına karşı suçlara zamanaşımı uygulanmayacaktır.²⁴⁷

2005 İnsancıl Hukukun ve Uluslararası İnsan Hakları İhlallerinin Mağdurları için Tazminat ve Başvuru Hakkı Temel ilkeleri ve Esaslar'ın 4. maddesi “*zamanaşımı, uluslararası hukuk altındaki suçları oluşturan, uluslararası insancıl hukuk normlarının ciddi ihlallerine ve uluslararası insan haklarının ağır ihlallere uygulanmayacaktır*” şeklinde düzenlenmiştir.²⁴⁸

Doğu Timor'daki Birleşmiş Milletler Geçiş İdaresi 6 Haziran 2000 tarihli ve 2000/15 sayılı Statüsü; soykırım suçu, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve işkence dahil ciddi suçlar üzerinde münhasır yargı yetkisi olan heyetler kurar. Statü'nün 17/1. bölümü bu suçlara zamanaşımı uygulanmayacağını öngörmektedir.²⁴⁹

Görüldüğü üzere, özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin de kurulduğu yıllar 90'lardan sonra bu konudaki uluslararası belgelerde de artış olmuştur.

²⁴² http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_mua_mele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf.

²⁴³ <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/a-60.html>.

²⁴⁴ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>.

²⁴⁵ https://oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf.

²⁴⁶ <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf>.

²⁴⁷ Jean Marie Henckaerts/ Louise Doswald Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume 2 Practice, Part 2, Cambridge University Press, s. 405.

²⁴⁸ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G05/122/34/pdf/G0512234.pdf?OpenElement>, Temel bilgiler için bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/559224>.

²⁴⁹ Henckaerts, **a.g.e.**, s. 406.

2. Uluslararası Çekirdek Suçlarda Doğrudan Zamanaşımını Düzenleyen Uluslararası Belgelerin Detaylı İncelemesi

a. 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme

i. Sözleşmenin Hazırlanışı ve Maddeleri Üzerinde İnceleme

Sözleşmenin dolaylı esası, İkinci Dünya Savaşı ve uluslararası hukukun önemli konularından biri ve modern uluslararası ceza hukukunun gelişimini artıran savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve barışa karşı suçların cezalandırılması sorununu gündeme getiren geniş Nazi suçları ile bağlantılıdır.²⁵⁰ Tezin önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere, 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme'den önce belirtilen belgelerin hiçbirisi, suçlarda zamanaşımı süresi sorunuyla ilgilenmemiştir.²⁵¹

Almanya Federal Cumhuriyeti'nin yasalarında bulunan 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması durumunda önemli uluslararası suçların faillerinin cezalandırmadan kaçabilmesi olasılığı dünya kamuoyunu harekete geçirmiştir. 1965 yılında, Avrupa Konseyi'nin Danışma Kurulu, İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenmiş insanlığa karşı suçların, zamanaşımı uygulanması sonucunda cezasız kalmalarını

²⁵⁰Miller, *a.g.e.*, s. 514.

²⁵¹*Ibid.* Savaş devam ederken, 13 Ocak 1942 tarihli St. James Deklarasyonu suçluların ve bu suçlardan sorumlu olanların cezalandırılmasına imzalayan devletlerin temel savaş amaçları arasında yer verdi. 1 Kasım 1943 tarihli Moskova Deklarasyonu ve 1945 Potsdam Konferansı Birleşik Krallık, Birleşmiş Devletler ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Hükümetleri bu niyeti onayladılar. 8 Ağustos 1945'de Fransa, Birleşik Krallık, Birleşmiş Devletler ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Hükümetleri, Londra Andlaşması olarak adlandırılan münferit hükümetler tarafından uyulan, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların tanımlandığı, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ni kuran andlaşmayı imzaladılar. Mahkeme uluslararası hukukta dönüm noktası oldu ve 1946'da benzer Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi bunu takip etti. Almanya Kontrol Konseyi tarafından yayınlanan 10 numaralı Kanun (*Law No: 10*) ve savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçların cezalandırılması ile ilgili maddeleri içeren Bulgaristan, Finlandiya, Macaristan, İtalya ve Romanya ile Barış Andlaşmaları 1947 yılında yapıldı. Birleşmiş Milletlere gelince, ilk oturumda, 13 Şubat 1946'da, Genel Kurul 3 (I) numaralı kararını, St. James ve Moskova Deklarasyonlarını, 1907 tarihli 4. Lahey Sözleşmesi ve Nuremberg Şartını not alarak kabul etti. Aynı yıl, Genel Kurul 95 (I) numaralı kararı, "Nüremberg Şartı ve yargılamasıyla tanımlanan uluslararası hukuk ilkelerini" doğrulayarak kabul etti.

Diğer ilgili Birleşmiş Milletler kararları, 170(II), 177 (II) numaralı kararlar, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından formüle edilen Nüremberg Şartı'nın ilkeleri, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunun Tasarısı ve tabi ki de 10 Aralık 1948 yılında kabul edilen Soykırım Suçunun Cezalandırılması ve Önlenmesine Dair Sözleşmesi'dir.

önlemek için hükümetleri gerekli tedbirleri almaya davet etmek için bir tavsiye kararı kabul etmiştir.²⁵²

Sözleşme temelini, 9 Nisan 1965 yılında benimsenen İnsan Hakları Komisyonunun 3 (XXI) numaralı kararından almaktadır. Bahsi geçen suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin çalışma, 15 Şubat 1966'da Genel Sekreterlik tarafından hazırlanmış ve İnsan Hakları Komisyonu konuyu 21. ve 22. Oturumunda ele almıştır. İnsan Hakları Komisyonu 23. Oturum sırasında, Komisyon 1158 (XLI) numaralı Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararına uygun olarak Genel Sekreterlik tarafından hazırlanan ilk tasarinin belirli maddelerini yorumlayan bir çalışma grubu kurmuştur. Bu kararla birlikte, bütün devletler savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanmasını önlemek için gereken önlemleri almaları hususunda teşvik edilmiştir. 22. oturumda, bir tasarı metni hazırlamaları için 3. ve 6. Komitelerden ortak çalışma grubu kurulmuştur ve 3. Komite, Ortak Çalışma Grubu tarafından hazırlanan tasarı sözleşme ve raporu tartışmıştır. Genel Kurul üye devletlerden tasarı üzerine yorumlarını sunmalarını talep etmiştir.²⁵³

Sözleşme genel olarak ele alındığında, yedi paragraf giriş ve on bir maddeden oluşmaktadır. Birinci ve İkinci maddeler, zamanaşımının uygulanmayacağı suçların tanımı ve sözleşme hükümlerinin uygulanacağı kişiler ile ilgilidir. Üçüncü madde, taraf devletlere ikinci maddede atıf yapılan kişilerin iadesini olanaklı hale getirmek konusunda görev yüklemektedir. Dördüncü madde ile, sözleşmeciler devletler iç yasalarını sözleşmenin amaçlarına uygun hale getirmek için belirli yasal düzenlemeleri taahhüt etmektedirler. Beşinci maddeden on birinci maddeye kadar usulü konular ve sonuç hükümleri yer almaktadır.

Sözleşmenin maddelerini daha yakından ve detaylı inceleyecek olursak, Sözleşme'nin 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:²⁵⁴

²⁵² Doc. 1857, Avrupa Konseyi Danışma Kurulu, 5 Şubat 1965, (<https://rm.coe.int/09000016807b2cc7>).

²⁵³ Natan Lerner, "The Convention on the Non- Applicability of Statutory Limitations to War Crimes", **4 Isr. L. Rev.** 512, 1969, s. 513.

²⁵⁴ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.27_convention%20statutory%20limitations%20warcrimes.pdf.

“Zamanaşımının uygulanmayacağı suçlar

Hangi tarihte işlenmiş olursa olsun, aşağıdaki suçlar bakımından zamanaşımı süresi uygulanmaz:

1.8 Ağustos 1945 tarihli Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü’nde tanımlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Şubat 1946 tarihli ve 3(1) sayılı ile 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(1) sayılı kararlarında teyit edilen savaş suçları, özellikle de savaş mağdurlarının korunması için 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde sayılan “ağır ihlaller”;

2.İşlendiği ülkenin iç hukukunu ihlal oluşturmayan fiiller olarak kabul edilseler bile, ister savaş zamanında isterse barış zamanında işlenmiş olsun, 8 Ağustos 1945 tarihli Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesinin Şartında tanımlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Şubat 1946 tarihli ve 3(1) sayılı ile 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(1) sayılı kararlarında teyit edilen insanlığa karşı suçlar, silah zoruyla tahliye etme veya işgal ve apartheid politikasının uygulanmasından kaynaklanan gayri insani eylemler, ve 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nde tanımlanan soykırım suçu.”

Bu madde tüm sözleşmenin kilit noktasıdır ve üç yakın ilişkili hukuki konuyu düzenler: belirli uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmaması prensibi, sözü geçen suçların tanımı, ceza hukukunda geriye yürüme konusu.²⁵⁵

Madde metninde yer alan savaş suçları tanımı ciddiyetlerine bakılmaksızın, küçük soygunlardan tüm şehirleri yok etmeye kadar, insani hukuk ve savaş geleneklerinin tüm ihlallerini içerdiğinden, kapsamının çok geniş olduğu belirtilmiştir.²⁵⁶ Amerika Birleşik Devletleri temsilcisi, Fransa, Meksika, Hollanda ve Amerika Birleşik Devletleri adına, "ciddiyet derecesinde oldukları ölçüde" ibaresinin eklenmesini önermiştir. Ancak bu öneri reddedilmiştir.²⁵⁷

²⁵⁵ Miller, **a.g.e.**, s. 481.

²⁵⁶ Kok, **a.g.e.**, s. 90.

²⁵⁷ UN Doc. A/7342 par. 16, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/270/15/pdf/N6827015.pdf?OpenElement>).

Genel Kurul tarafından, Uluslararası Hukuk Komisyonu, (a) Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde ve yargılamasında tanımlanan uluslararası hukuk ilkelerini ifade etmek ve (b) “*iç hukukun, uluslararası hukukta suç teşkil eden bir eylem için ceza uygulamayı, eylemi yapan kişiyi uluslararası hukuk çerçevesinde sorumluluktan kurtarmayacağı*” ilkelerine uyulması gereken yeri açıkça belirten barışa ve insanlığın güvenliğine karşı işlenen suçlara ilişkin yasa tasarısı hazırlamak üzere görevlendirilmiştir.²⁵⁸

Uluslararası Hukuk Komisyonu, “*hangi ulusal hukuk olursa olsun bir kişinin uluslararası suçtan cezalandırılacak olmasını, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünün yansıması*” olduğunu belirtmektedir.²⁵⁹

Aynı madde “*işlendikleri zamana bakılmaksızın*” ifadesi ile Sözleşmenin zaman kapsamını da dolaylı olarak belirtmektedir.²⁶⁰ Geriye yürümeme ilkesi bağlamında tezin sonraki başlığı Sözleşmeye İlişkin Genel Değerlendirmeler kısmında bu madde ayrıca ele alınmıştır.

Sözleşme'nin 2. maddesi, sorumluluğa ilişkin olup şu şekildedir: “*Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen suçlardan birinin işlenmesi halinde bu Sözleşmenin hükümleri, faillerine, suç ortaklarına, iştirak edenlere veya bu suçları işlemesi için doğrudan teşvik edenlere, sonuç ne ölçüde gerçekleşirse gerçekleşsin suç işlemesi için anlaşılan devlet yetkilileri ve özel şahıslara ve suçun işlenmesi için müsemma gösteren Devlet gücünü temsil edenlere uygulanır.*”

Devlet yetkililerinin uluslararası suçların işlenmesini önlememesi sözleşme kapsamına alınması için yeterlidir. Bu maddenin, bireysel sorumluluğu, bahsedilen suçların aktif olarak içinde olmayan ama bu suçların işlenmesini hoş gören devlet temsilcilerine kadar genişlettiği görülmektedir. İkinci olarak bu maddenin, suçun işlenmesindeki tüm aşamaları kapsadığı görülmektedir.

²⁵⁸ Res.177 (II) 21 Kasım 1947, s. 111 ve 112, ([https://undocs.org/en/A/RES/177\(II\)](https://undocs.org/en/A/RES/177(II))).

²⁵⁹ Miller, **a.g.e.**, s. 494.

²⁶⁰ Kok, **a.g.e.**, s. 89.

Sözleşmenin 3.maddesine gelince; *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmenin ikinci maddesinde belirtilen kişilerin uluslararası hukuka uygun olarak iade edilmelerinin sağlamak amacıyla, iç hukukta yasal veya başka şekildeki gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu madde taraflara 2. maddede belirtilen kişilerin iadesini imkanı hale getirmek bakımından yasama ya da diğer şekilde uluslararası hukuk ile uyumlu bütün gerekli ulusal tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemiştir.

Bu madde doğrudan uluslararası ceza hukukunun suçluların iadesine ilişkin birçok soru ile karşılaşmaktadır. Şili delegesi tarafından; Sözleşmenin etkinliğinin, suçlanan veya mahkûm olan kişilerin, cezalarının uygulanması için yetkili yargılamaya getirilmesi gerçek ve pratik olasılığına bağlı olduğu belirtilmiştir. Sözleşmenin 3.maddesi altında, suçluların iadesi kararı her devlete özgü alan olarak bırakılmıştır.²⁶¹

Sözleşmenin iç hukuka uyarlanmasını sağlayan 4. madde ise şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmenin birinci ve ikinci maddelerinde belirtilen suçların kovuşturulmasına ve cezalandırılmasına yasal veya diğer kısıtlamaların uygulanmamasını sağlamak ve eğer bu tür kısıtlamalar varsa bunları kaldırmak için gerekli olan yasal veya diğer tedbirleri, kendi anayasal usullerine uygun olarak kabul etmeyi taahhüt eder.”*

Bu madde Sözleşmeye taraf olurken devletlerin; birinci maddede sayılan suçlara zamanaşımının uygulanmayacağı ilkesini ulusal hukukta etkin hale getireceklerini garanti eden taahhüt altına girmesini sağlamaktadır. Aynı zamanda bu yükümlülük ile, yasamalarında zamanaşımının uygulanmayacağı halleri sözleşmenin ikinci maddesinde sayılan tüm fiiller için genişletmektedir.

Ulusal mevzuatın bu tür suçlara zamanaşımın uygulanmasını öngördüğü durumlarda, 4. madde, taraf devletleri zamanaşımının uygulanmaması ilkesini ulusal

²⁶¹ Miller, **a.g.e.**, s. 495.

yasaya dahil etme, uygun yasaları yapma ve tüm yasal engelleri kaldıracak tedbirleri alma konusunda zorlayacaktır.

Hukuki İşler Ofisi tarafından hazırlanan ve ulusal yasalarda insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarında zamanaşımı konusunun nasıl düzenlendiğine ilişkin çalışmada, Türkiye tarafından bu suçların II. Dünya Savaşı sonrasında cezalandırılmalarının gündeme geldiği, Türk Ceza Kanunu'nun 1926 tarihli olması sebebiyle bu suçları kapsamadığı, kişilere karşı suçların düzenlendiği ve bu suçlara ilişkin cezaların uygulanabileceği, yine Soykırım Sözleşmesi ve Cenevre Sözleşmelerine Türkiye'nin taraf olduğu belirtilmiştir. Bazı devletler, dava ve ceza zamanaşımı olmak üzere ayırım yaptıklarını belirtmişlerdir.²⁶²

ABD tarafından 4.maddeye, *“bir devlet cezai sorumluluk için zamanaşımı geçmiş olan suçlarda zamanaşımını kaldırmak için Sözleşme'nin tarafı olabilir...bu hüküm...hukukun işlemi ile ortadan kaldırılmış cezai sorumluluğu yeniden aktive ederek böylelikle retroaktif (geriye etkili) hale getirilebilir”* şeklinde eleştiri getirmiştir.²⁶³

Norveç'in; *“Bu sözleşmedeki hiçbir şey BM Genel Kurulu tarafından bu sözleşmenin kabulünden önce halihazırda zamanaşımının uygulandığı suçlar bağlamında Sözleşme taraflarına yükümlülük yüklemeyecektir.”*²⁶⁴ şeklindeki teklifi sıcak tartışmaları alevlendirmiştir. Sözleşme'nin onaylanma tarihinde zamanaşımı dolmuş suçların cezalandırmasında veya soruşturulmasında taraf devletlere sorumluluk yüklenmemesini öngörmektedir.

Bu teklif edilen değişiklikle Norveç temsilcisi, yeni maddenin halihazırda zamanaşımının işlediği devletlerin sözleşmeyi kabul etmesinde kolaylık sağlayacağını söylemiştir. Bu değişikliğin, ne Norveç halkının hiçbir zaman affedemeyeceği savaş suçlarının affını ne de İkinci Dünya Savaşı sırasında çektikleri zulmün unutulduğunu

²⁶² UN Doc. E/CN.4/906, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G66/028/03/pdf/G6602803.pdf?OpenElement>).

²⁶³ Miller, **a.g.e.**, s. 496.

²⁶⁴ UN Doc. A/7342, par. 65, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/270/15/pdf/N6827015.pdf?OpenElement>).

doğrulamayı ancak Norveç Anayasası'nın kanunların geriye yürümesini yasakladığını belirtmiştir. Bu teklif reddedilmiştir.²⁶⁵

Norveç'in teklifine, ceza hukukunun geriye etkili olmaması ilkesini doğrulayan anayasaları olduğunu belirten birkaç Batı ülkesi (Belçika, Danimarka, Yunanistan, İtalya ve İsveç) destek vermiştir. Afrika – Asya ülkeleri ve Doğu Avrupa Ülkeleri Norveç'in bu değişikliğine itiraz ettiler, bu delegelerin birçoğu önerilen yeni maddenin I. ve IV. madde ile uyumsuz olduğunu tartıştılar. Doğu Avrupa devletleri, Norveç'in değişikliğinin kabulünün fark edilmeyen Nazi suçluları ve ırk ayrımcılığı suçundaki failler için cezadan kaçmayı mümkün kılacağını belirttiler ve Komiteye 3. maddenin çerçevesini sınırlayan hiçbir hükmü kabul etmemesi için baskı yaptılar.²⁶⁶

Görüldüğü gibi, Sözleşme'nin hazırlanması aşamasında da kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile zamanaşımının uygulanmaması arasında çelişki doğabileceği tartışılmıştır. Ancak suçların toplumda yarattığı büyük etki sebebiyle soruşturulmaları ve kovuşturulmaları düşüncesi baskın çıkmış ve kanunların geriye yürümezliği ilkesi gibi önemli ilkelerin göz ardı edilmesine sirayet etmiştir.

Sözleşme'nin son hükümleri 5. madde imza, 6. madde onay, 7. madde katılma, 8. madde yürürlüğe girme, 9. madde değişiklik ve 10. madde tevdi işlemlerine ilişkin olup, usul hukukuna ilişkin maddeler olması ve tez konumuz kapsamı dışında kalması sebebiyle ayrıntılı olarak ele alınmamıştır.

Beşinci maddeye göre Sözleşme, 31 Aralık 1969'a kadar Birleşmiş Milletler Üye Devletlerin, uzman kurumlarına, Uluslararası Atomik Enerji Kurumu'na, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf devletlerin ve Genel Kurul tarafından sözleşmeye üye olması için davet edilen diğer devletlerin imzasına açılmıştır. Burada sözde Viyana formülü takip edilmiştir sonra Üçüncü Komite, yoklama usulü oylamayla Ukrayna S.S.R'ın bütün devletlere imzaya açılması teklifini reddetmiştir.

²⁶⁵ U.N Doc. A/C.3/SR/1567, par. 8, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/004/21/pdf/NL700421.pdf?OpenElement>).

²⁶⁶ U.N. Doc. A/C.3/SR/1571, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/004/23/pdf/NL700423.pdf?OpenElement>).

Aynı model, Soykırım ve Irksal Ayrımcılık üzerine Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de benimsenmiştir.²⁶⁷

Sözleşme'nin 8. maddesine göre, bu sözleşme onuncu onay veya katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdi edilmesinden itibaren doksanıncı gün yürürlüğe girer. Onuncu onay veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra bu Sözleşmeyi onaylayan her bir Devlet bakımından bu Sözleşme, kendi onay veya katılma belgelerini tevdi ettikleri tarihten itibaren doksanıncı gün yürürlüğe girer.

Sözleşme'nin yürürlük tarihinin önemi karşılaştırmalı hukuk bölümündeki davalara ilişkin açıklamalarımızda daha net anlaşılacaktır.

Sözleşme'nin 9. Maddesine göre de; bu Sözleşmenin yürürlüğe girme tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra, her hangi bir Sözleşmeci Devlet tarafından Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne hitaben yapılacak bir bildirim vasıtasıyla, Sözleşme'nin değiştirilmesi talep edilebilir. Bu tür talep karşısında bir işlem yapıp yapılmaması konusunda Genel Kurul karar verir.

İnsan haklarına ilişkin sözleşmeler takip edilerek ve Irksal Ayrımcılığa ilişkin Sözleşme'den farklı olarak çekincelere ilişkin madde Sözleşme'ye dahil edilmemiştir. Genel Sekreterlik tarafından hazırlanan tasarıda çekincelere ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ortak çalışma grubu tarafından hüküm ortadan kaldırılmıştır.²⁶⁸

Sözleşme'nin Giriş Bölümü aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Bu Sözleşmeye Taraf Devletler,

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun, savaş suçlularının iadesi ve cezalandırılmaları hakkında 13 Şubat 1946 tarihli ve 3(I) sayılı ile 31 Ekim 1947 tarihli ve 170(II) sayılı kararlarını, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı ile tanınmış uluslararası hukuk prensiplerini teyit eden 11 Aralık 1946 tarihli ve 95(I) sayılı kararını ve Askeri Mahkemenin kararını ve bir yandan yerli nüfusun ekonomik ve siyasal haklarının ihlalini ve öte yandan apartheid politikalarını insanlığa karşı

²⁶⁷ Lerner, **a.g.e.**, s. 527.

²⁶⁸ **Ibid.**, s. 528.

suçlar olarak açıkça kınayan 12 Aralık 1966 tarihli ve 2184 sayılı karar ile 16 Aralık 1966 tarihli ve 2202 (XXI) sayılı kararlarını hatırlayarak,

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin, savaş suçlularının ve insanlığa karşı suç işleyenlerin cezalandırılmalarına dair 28 Temmuz 1965 tarihli ve 1074 D (XXXIX) sayılı ve 5 Ağustos 1966 tarihli ve 1158 (XLI) sayılı kararlarını hatırlayarak,

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların kovuşturulması ve cezalandırılması ile ilgili daha önceki bildiri, belge veya sözleşmelerden hiçbirinin zamanaşımı konusunda bir hüküm getirmediğini kaydederek,

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların uluslararası hukukta en ağır suçlar arasında yer aldıklarını kabul ederek,

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların etkili bir biçimde cezalandırılmasının, bu tür suçların işlenmesini önlemede, insan haklarını ve özgürlüklerini korumada, halklar arasında güven duygusunu teşvik etmede ve işbirliğini geliştirmede ve uluslararası barış ve güvenliği ilerletmede önemli bir unsur olduğuna kanaat getirerek,

Adi suçlar bakımından getirilen zamanaşımı ile ilgili ulusal hukuk kurallarının savaş suçlarına ve insanlığa karşı suçlara da uygulanması nedeniyle dünya kamuoyunun çok ciddi kaygı duyduğunu, bu suçlardan sorumlu olanların kovuşturulmasını ve cezalandırılmasını engellediğini kaydederek,

Bu Sözleşme vasıtasıyla uluslararası hukukta, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımından zamanaşımı bulunmadığı prensibini teyit etmek ve bu prensibin her yerde uygulanmasını sağlamanın gerekli ve uygun olduğunu kabul ederek..”

Giriş Bölümü, zamanaşımının uygulanmamasına ilişkin olmasa da uluslararası suçların soruşturulması ile ilgili tüm uluslararası belgelerden açıkça bahsetmektedir.²⁶⁹

Savaş suçlarının ve insanlığa karşı işlenen suçların soruşturulması ve cezalandırılması ile ilgili olarak yapılan hiçbir resmi beyannamenin, belgenin veya sözleşmenin, bu suçların uluslararası hukuktaki suçlardan olduğunu gözeterek, zamanaşımına ilişkin madde koymadığına dikkati çekmektedir.²⁷⁰

²⁶⁹ Kok, **a.g.e.**, s. 88.

²⁷⁰ Lerner, **a.g.e.**, s. 517.

Uluslararası çekirdek suçlarda zamanaşımı uygulanmaması konusunda sadece bu konuyu düzenleyen ilk belge olması sebebiyle, zamanaşımı uygulanmaması ile ilgili Devlet temsilcilerinin yapmış oldukları tartışmalar, iddialar; zamanaşımı uygulanmaması ve geriye etkili olma, af kanunları gibi hususların değerlendirilmesinde önem arz etmektedir.

Giriş kısmının ilk paragrafı, özellikle suçluların iadesi ve savaş suçlularının cezalandırılması ile ilgili ilk ikisi – 3(I) ve 170 (II) Genel Kurul kararları- olmak üzere beş karara atıf yapmaktadır. Bu kararlardan üçüncüsü – 95(I) kararı- Nürnberg Mahkemesi’nde tanımlanan uluslararası hukuk kurallarını tanımlar.

İnsanlığa karşı suçlar bakımından Portekiz ve Güney Afrika Hükümetlerini kesin politikalarından suçlu bulan 2184(XXI) ve 2202 (XXI) Genel Kurul kararlarına atıfları takip eden şiddetli bir tartışma başlamıştır. Bunlardan biri, Yabancı göçmenleri topraklarına yerleştirerek ve Afrikalı işçileri Güney Afrika’ya ihraç ederek yerli nüfusun politik ve ekonomik haklarını ihlal eden Portekiz Hükümeti’nin politikalarını suç olarak Genel Kurul’un mahkûm etmesidir. 2202 (XXI) numaralı Genel Kurul kararının ilk paragrafı, Güney Afrika Hükümeti tarafından uygulanan ırk ayrımı politikalarını insanlığa karşı suç olarak mahkûm etmiştir.²⁷¹

Bazı Batılı devletler Genel Kurul kararlarına atıfta bulunulmasına şiddetle karşı çıktıklarından, görüşlerde belirgin bir farklılık göze çarpıyordu. Birleşmiş Devletler, tasarının özellikle Giriş ve birinci maddesinin hukuki hassasiyetten yoksun olduğunu söyledi. Bu görüştekilere göre, hukuki yönden insanlığa karşı suçlar bakımından sorunu çözemediği aksine daha çok ahlaki ve siyasi suçlamaya işaret ettiği için, 2184(XXI) ve 2202 (XXI) numaralı Genel Kurul kararlarına Giriş Bölümünde atıfta bulunulmamalıdır.²⁷² Bu durumda, hukuken hiçbir bağlayıcı gücü olmadığından, Ekonomik ve Sosyal Konsey veya Genel Kurul kararlarından tasarı sözleşmede bahsetmenin yeri yoktur.²⁷³

²⁷¹ Miller, **a.g.e.**, s. 497.

²⁷² U.N Doc. A/C.3/SR/1549, par. 10, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL1/635/45/pdf/NL163545.pdf?OpenElement s.484>).

²⁷³ **Ibid.**

Üçüncü Komite, Giriş Bölümünü kabulü için oyladığında, Birleşmiş Devletler temsilcisi ilk paragraf için ayrı oy verilmesini talep etti. Giriş Bölümü, 59 oya karşı 6 red ve 25 çekimser oyla korundu.²⁷⁴

Giriş bölümünün son metni, dünya kamuoyuna önem vermektedir ve sözleşmenin kapsamındaki suçlara zamanaşımı uygulanmayacağı ilkesini uluslararası hukukta doğrulamanın vakti olduğunu ifade etmektedir. Bu ifadelerle, yeni bir ilke yaratmayan aksine zaten var olan bir şeyi doğruladığını ifade eden bir belge olduğunun altını çizilmeye çalışılmıştır.²⁷⁵

23. oturumda, Üçüncü Komite tekrar tasarıyı tartışmış ve 15 Ekim 1968'de kabul etmiştir. 21 Kasım 1968'de Genel Kurul'a raporu sunmuş olup,²⁷⁶ Genel Kurul, 1727. Görüşmede 58 evet oyu, 7 hayır, 36 çekimser oyla sözleşmeyi kabul etmiştir.²⁷⁷ 25 üye devlet oylama sırasında bulunmamaktadır.²⁷⁸

Anti Nazi ittifakı dahil hiçbir Batılı devletin evet oy kullanmadığı ve sadece üç Latin Amerikalı devlet- Şili, Küba ve Meksika- evet oyu kullandığı görülmektedir.

²⁷⁴ U.N. Doc. A/7342,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/270/15/pdf/N6827015.pdf?OpenElement>).

²⁷⁵ Lerner, **a.g.e.**, s. 518.

²⁷⁶ U. N. Doc. A/7342,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/270/15/pdf/N6827015.pdf?OpenElement>).

²⁷⁷ U.N. Doc. A/PV/1727,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/108/82/pdf/NL710882.pdf?OpenElement>).

²⁷⁸ **Evet oyu veren ülkeler:** Cezayir, Bulgaristan, Birmanya, Merkez Afrika Cumhuriyeti, Seylan Adası(Sri Lanka), Çad, Şili, Çin, Küba, Kıbrıs, Çekoslavya, Dahomey, Etiyopya, Gabon, Gana, Gine, Macaristan, Hindistan, Endonezya, İran, Irak, İsrail, Fildişi Sahilleri, Kenya, Kuveyt, Lübnan, Liberya, Libya, Malezya, Maldiv Adaları, Moritanya, Meksika, Mongolya, Fas, Nepal, Nijer, Nijerya, Pakistan, Filipinler, Polonya, Romanya, Ruanda, Suudi Arabistan, Senegal, Singapur, Güney Yemen, Sudan, Suriye, Togo, Tunus, Ukrayna, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Birleşik Arap Cumhuriyeti, Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti, Yüksek Volta, Yugoslavya, Zambiya **Hayır oyu veren ülkeler:** Avustralya, El Salvador, Honduras, Portekiz, Güney Afrika, Birleşik Krallık, Birleşik Devletler. **Çekimser oy kullananlar:** Afganistan, Arjentina, Avusturya, Belçika, Bolivya, Brezilya, Kanada, Kolombiya, Kosta Rika, Danimarka, Ekvador, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, Guatemala, Guyana, Haiti, İzlanda, İrlanda, İtalya, Jamaika, Japonya, Laos, Lüksemburg, Hollanda, Yeni Zelanda, Nikaragua, Norveç, Panama, Peru, İspanya, İsveç, Tayland, Türkiye, Uruguay, Venezuela. **Oy kullanmayan devletler:** Arnavutluk, Barbados, Bostvana, Burundi, Kamboçya, Kamerun, Kongo (Brazavil), Kongo (Demokratik Cumhuriyeti), Dominik Cumhuriyeti, Ekvator Ginesi, Gambia, Ürdün, Lesoto, Madagaskar, Malavi, Mali, Malta, Morityus, Paraguay, Sierra Leone, Somali, Svaziland, Trinidad ve Tobago, Uganda, Yemen.

ii. Sözleşmenin Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Geriye Yürümezlik İlkesi

Uluslararası hukuk tarihinde, uluslararası bir sözleşmede insanlığa karşı işlenen suçların herhangi bir zamanaşımına tabi olmadığına ilk defa açıkça belirtilmesi açısından 1968 Sözleşmesi önemlidir.²⁷⁹

Tanzanya temsilcisinin Genel Kurul'un 22. oturumunda, Üçüncü ve Altıncı Komite'nin raporunun değerlendirildiği sırada belirttiği gibi Sözleşme'nin oldukça siyasi bir belge olduğu bazı devletlerce iddia edilmektedir.²⁸⁰

Miller; Sözleşmenin kabulünün, uluslararası ceza hukukunun evrimini ve kodifikasyonda diğer bir adımı temsil ettiğini, Sözleşmenin savaş suçları ve insanlığa karşı suçların önceki tanımlarını güncelleyerek ve genişleterek uluslararası ceza hukukuna eklemelerde bulunduğunu belirtmektedir. Afrika- Asya Ülkelerinin ısrarıyla, sözleşmenin kapsamı; insanlığa karşı suçların günümüz örnekleri içermesi ve geçmiş, şu an ve gelecekteki uluslararası suçlara uygulanması için genişletildiğinin tespitini yapmaktadır.²⁸¹

Uluslararası suç kavramı genişlerken, Sözleşmenin 2. maddesine yorumlarımız sırasında belirttiğimiz gibi, sözleşmenin bu suçların işlenmesinde bir şekilde yer almış bireylere de uygulanacağı belirtilmesiyle kişisel sorumluluk kavramı, çok yayılmış ve genişletilmiştir. Bireysel suçlular ister iştirak eden, suç ortakları, suçu tertipleyen kişi veya bu uluslararası suçların işlenmesini hoş gören devlet yetkilileri olsun bu Sözleşme hükümleri hepsini kapsamaktadır. Zamanaşımın artık onlara soruşturma ve kovuşturmadan kaçmak için daha fazla bir hukuki koruma sağlamayacağı ortadadır. Ayrıca, sözleşmenin genel düşüncesinin belirli uluslararası suçlarda kişisel sorumluluğun tanınmasına işaret ettiği belirtilmektedir.²⁸²

²⁷⁹ Lawrence Clark, **Statutes of Limitations Are Rendered Inapplicable to War Crimes**. III, Salem Press Encyclopedia, 2019.

²⁸⁰ U.N. Doc. A/C.3/SR/1548, s. 479,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL1/635/39/pdf/NL163539.pdf?OpenElement>).

²⁸¹ Miller, **a.g.e.**, s. 499.

²⁸² Ciara Damgaard, "Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes", **Selected Pertinent Issues**, Springer, 2008, s. 112.

Devletlerce Sözleşmenin tasarı metninin görüşülmesi sırasında yapılan itirazlar; kabul edilen tasarının genel ilkesine yönelik olmamakla birlikte, geriye yürürlük problemi ve zamanaşımının etkili olmadığı fiillerin tanımına yöneliktir. Devletler, özellikle Batılı devletler savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara, ulusal yasalar altındaki suçlardan farklı davranılmasına soğuk bakmıyorlardı ve genel olarak bu suçlara zamanaşımını uygulanmaması için uluslararası sözleşme yapılmasının önemini kabul ediyorlardı. İtirazları daha çok Sözleşme'nin geniş kapsamıydı.²⁸³

Sözleşmeyi tasarlayanlar, sözleşmenin uygulandığı suçların özel niteliğine ve ulusal hukuktaki suçlarının yanında var olan uluslararası hukukun da ihlalini oluşturduğuna dikkati çektiler. Ulusal hukuklarda olan zamanaşımı sürelerine ilişkin ilkelerin uygulanmasının uygunsuz olacağını belirttiler. Önemli savaş suçları mahkemeleri, burada olağan ulusal ceza hukuklarındakinden farklı suç ve suç kategorileri ile karşılaştıklarını ve dünya kamuoyunun, ulusal hukuklardaki zamanaşımını açıklamakta kullanılan teorilerin bu suçluları korunabileceği ihtimalinde dehşete düştüğü görüşünde birleştiler. Bu yaklaşımının doğal bir sonucu, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesinin tatbik edilememesidir.²⁸⁴

Sözleşmeye karşı en önemli eleştiri, 1.maddeye yöneliktir. Bu maddedeki belirli suçlar “işlendikleri tarihe bakılmaksızın” zamanaşımına tabi olmayacakları hususu düzenlenmiştir. Ama bazı ülkeler bu suçlara halihazırda zamanaşımı uygulamıştır. Ceza hukuklarında kanunların geriye yürümezliği ilkesini benimsemiş olan ülkeler için bunun anlamı bu ülkelerin taraf olamayacaklarıdır.²⁸⁵

Sözleşme, “uluslararası ceza hukukunun bir parçası olarak zamanaşımı süresi hakkında konulan bir hüküm yoksa uluslararası hukukta öyle bir sürenin olmadığı kabul edilir” şeklinde daha önceden bir ilke olduğunu belirtmek için çalışmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde, sözleşme hazırlandığı görülmektedir.²⁸⁶ Lerner, birçok ülke için sözleşme lehine oy vermeyi güçleştiren siyasi karakterinin getirdiği yeni

²⁸³ Kok, **a.g.e.**, s. 89.

²⁸⁴ Lerner, **a.g.e.**, s. 529.

²⁸⁵ Miller, **a.g.e.**, s. 500.

²⁸⁶ Sözleşmenin Giriş Bölümü.

unsurların, tasarılaştırmanın sadece geç bir evresinde ortaya çıktığını ifade etmektedir.²⁸⁷

Bu sorun, devletlerin farklı fikirler ileri sürmesine sebebiyet vermiştir. Bazı devletler zamanaşımı geçmiş davaların yeniden açılmasına sebebiyet vereceği için karşı çıkmış, bazıları hukuki güvenliği kaldıracağını, sanık hakkının ihlali olacağını ileri sürmüştür. Zamanaşımının uygulanmaması ulusal hukukta zorluklar yaratsa da, zamanaşımının zaten geçtiği suçları kapsasa da zamanaşımının uygulanmasının önlenildiği suçların ciddiyeti ağır basmıştır.²⁸⁸

Yunanistan ilk aşamada sözleşme hükümlerinin geriye yürürlüğünün uygulanmasının çıkarılması için bir düzeltme göndermiştir. Yunanistan, ulusal hukuklarında 20 yıllık zamanaşımı olduğunu, İkinci Dünya Savaşı savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçlarının bu sebepten soruşturulmayacağını ve zamanaşımı uygulanacağını belirtmiştir.²⁸⁹

Lerner; Sözleşmenin birinci maddesinin giriş cümlesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini içeren Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 11(2)²⁹⁰ maddesi ile uyumsuz sayılabilir mi? diye bir soru yöneltmiş ve karşılığında şu şekilde bir açıklama getirmiştir: Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği, bu konudaki çalışmasında, zamanaşımı ilgili kuralların geriye yürürlüğü veya yürümezliği konusunun uluslararası hukuktan doğmadığına dikkat çekerek, zamanaşımı süresi ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin ulusal hukuktan doğan uygulamadaki zorluklara bağımlı olamayacağını belirterek bu soruyu olumsuz olarak cevap vermiştir.²⁹¹

Zamanaşımı usul hukukunun bir parçası olarak dikkate alınırsa, geriye yürürlük problemi doğmaz. Ama bazı yargılamalarda zamanaşımı sorunu maddi hukuka aittir.

²⁸⁷ Lerner, **a.g.e.**, s. 529.

²⁸⁸ UN Doc. E/CN.4/906,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G66/028/03/pdf/G6602803.pdf?OpenElement>).

²⁸⁹ UN Doc A/7174, s. 19,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/174/01/pdf/N6817401.pdf?OpenElement>).

²⁹⁰ “Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan herhangi bir fiil yapmak ya da yapmamaktan dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye, suçun işlendiği sırada yasalarda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

²⁹¹ Lerner, **a.g.e.**, s. 521.

Bu davalarda, zamanaşımı süresi geçince suçlular soruşturulmama hakkını elde ederler. Bu davalarda, ulusal hukuk ile sözleşmenin çatıştığı devletler, Sözleşmenin dördüncü maddesiyle yasa çıkarmak yükümlülüğü altına girmek gibi yasama tedbirlerini kabul etmek zorunda olacaklardır. Problem, ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini duyuran 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (15.maddesi) ile bağlantısından doğmuştur. Bunun çözümü maddenin 2.bendinde şu şekilde ifade edilmiştir: ²⁹²“*Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği zaman uluslar topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden ötürü bir kimsenin yargılanıp cezalandırılmasına engel oluşturmaz.*”²⁹³

Bu paragraf, Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin yargılamalarının meşruiyetine ilişkin şüpheleri bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Bu hüküm, eğer gelecekte Nürnberg’de cezalandırılan bu suçlara benzer suçlar işlenirse, onların aynı ilkelerle uyumlu cezalandırılacağını garantiye almaktadır.²⁹⁴

Benzer bir hükmü, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (AİHS) 7. maddesinin 2. bendi içermektedir.²⁹⁵ AİHS 7. Maddenin 2. bendi, birinci bendine istisna teşkil etmektedir. Her ne kadar genel bir hüküm olsa da, savaş suçları ve savaş sırasında işlenen suçlar bağlamında II. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında yürürlüğe giren ulusal ve uluslararası mevzuatın uygulanmasını sağlamak için bilhassa dahil edildiği ve o anlamda Tokyo ve Nürnberg mahkemelerinin belirlediği ilkelerin kodifikasyonu oluşturduğu belirtilmiştir.²⁹⁶

Yukarıda bahsettiğimiz konuların sözleşmede yer almasının zorlukları işaret eden çok sayıda husus vardır. Bunlar biri önceki sayfalarda izah ettiğimiz, Üçüncü Komitede Norveç’in önerisindeki oyların birbirine yakınlığıdır. Çoğu temsilcinin oylarını açıklarken kullandığı ifadeler ışığında geriye yürürlük problemi Sözleşmenin

²⁹² Ibid.

²⁹³ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf>

²⁹⁴ U.N. Doc. A/4625, par. 16,

(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N60/318/65/pdf/N6031865.pdf?OpenElement>).

²⁹⁵ “*Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir*” (<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/891a2--Insan-Haklari-ve-Temel-Ozgurluklerin-Korunmasına-Iliskin-Sozlesme.pdf>).

²⁹⁶ P.Van Dijk/ G.J.H van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3. Editon, Kluwer Law International, The Hague, s. 486.

imzalanması ve onaylanması aşamasında en büyük engel oluşturduğu açıkça görülebilir.²⁹⁷ Bu yorumun doğruluğu, sözleşmelerin az sayıda ülke tarafından onaylanması ile ortaya çıkmıştır.

Çoğu devlet tarafından tanınan adil yargılanma hakkı; işlendiği zamanda ulusal ve uluslararası hukuk altında, suç oluşturmayan herhangi fiil ya da ihmalden dolayı hiç kimsenin suçlu bulunamayacağı garantilemektedir. Sanığın yargılandığı suçu açık ve kesin şekilde bilmesi gereklidir. Sözleşmede tanımlanan uluslararası suçların ağırlığına karşın, Sözleşmede yer alan tanımlar belirsiz, karmaşık ve hukuki kesinlikten uzaktırlar.²⁹⁸

Bunlara ek olarak, ne Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme ne de Savaş Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleri geriye dönük uygulamaları hesaba katmamıştır.

Bu suçların doğası ve ağırlığı ile suçların cezalandırılmasındaki sosyal yarar düşünüldüğünde, istisnai bir uygulama yapılması öngörülmüştür.

Sözleşmenin kabul edildiği tarihlerde, bu konuda öğretide Miller; Sözleşmenin uluslararası insancıl hukukun yüksek idealleri gerçekleştirmek de yetersiz olduğunu düşünmekteydi. Sanıkların temel insan haklarına, çoğu hukuk sistemine muhalif olarak kanunların geriye yürümesi şerhi ile zarar verildiğini ve Sözleşme tarafından başarılan şeylere rağmen, zararlarına dengelemediğini düşünüyordu. Uluslararası belgenin evrensellik açısından en iyi değerlendirilmesinin, kabul derecesi ve ulusal seviyedeki etkisi olduğunu belirtip, Sözleşme'nin evrensel olarak kabul edilme olasılığı olmadığını ve bu belgenin yürürlüğe girmesi durumunda, oy kullanmaktan kaçınan veya kabul edilmesine karşı çıkan devletlerin uygulanmasında işbirliği yapmasının pek olası olmadığını dile getirmiştir.²⁹⁹

²⁹⁷ Lerner, **a.g.e.**, s. 522.

²⁹⁸ Miller, **a.g.e.**, s. 500.

²⁹⁹ **Ibid.**, s. 501.

Sözleşme'nin hazırlık aşamasında gelen eleştiriler genel olarak geriye yürüme hususunda olmakla beraber devletlerin yapmış oldukları bazı eleştirilere aşağıda yer verilmiştir.

Geriye yürürlük sorununa ek olarak, bazı Latin Amerikalı temsilci kurulları, göçmen hakları gibi kurumlara geriye yürümezlik ilkesinin uygulanması konusunda endişelerini iletmışlerdir. Bazıları da sözleşmeyi “*Galilerin sadece mağluplar üzerine uygulanabileceği intikam aracı*” görmekteydi.³⁰⁰ Küba sözleşmeyi desteklerken, barışa karşı suçlardan bahsedilmemesine itiraz etti ve savaş suçları tanımlamak için çalışan tekniği eleştirdi.³⁰¹

Birleşik Krallık, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların önceki belgelerin sayımıyla tekrar tanımlanmasına itiraz etti ve geriye yürümezlik ilkesine ilişkin sorunla ve de suçluların iadesi maddesinin dahil edilmesiyle yüzleşen devletlere hoşgörü gösteremediği için eleştirmiştir.³⁰²

Bu konuda tasarı sözleşmenin taraftarlarından biri olan Fransa, metni bozan birçok eklemeyi dikkate aldı. “*Silahlı saldırı veya silah zoruyla tahliye*” olarak ifade edilen *fiil uluslararası hukukta tam olarak tanımlanmamıştır ve “ayırım politikasının sonucu olarak gayri insani fiiller” in ne olduğunun tanımı tamamıyla ulusal makamlara bırakılmıştır*” eleştirisi getirdi.³⁰³

Birleşik Devletler, bütünlük sağlayamayan uzmanlar tarafından insanlığa karşı suçların tekrar tanımlanmasına karşıdır ve savaş zamanında işlenen kabahatleri de (küçük suçları) içeren madde I(a)'daki savaş suçlarının geniş kapsamını ve kabul edilen geriye yürürlük kuralını eleştirmiştir.³⁰⁴ Birleşik Devletler temsilcisi, lehine oy verenlerin BM üyelerinin yarısından bile az olduğu tasarı metin konusunda hayal kırıklığı yaşadıklarını ve sözleşmeyi dikkate almadıklarını kesin bir dille açıklığa kavuşturmuştur.³⁰⁵

³⁰⁰ UN Doc. A/PV.1727, s. 3. Bknz. Honduras temsilcisi açıklamaları,

(<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/108/82/pdf/NL710882.pdf?OpenElement>).

³⁰¹ *Ibid.*, s. 4.

³⁰² *Ibid.*, s. 5-6.

³⁰³ *Ibid.*, s. 6.

³⁰⁴ *Ibid.*, s. 9.

³⁰⁵ *Ibid.*

İsveç, istisnai olarak sadece ağır suçlara zamanaşımı ilkesini yasaklamaya hazır olduklarını belirtmiş, sözleşme yürürlüğe girmeden önceki suçlara zamanaşımı uygulandığından sözleşmenin ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesi ile uyumsuz olduğunu göz önünde bulundurmuştur.³⁰⁶ Avustralya, uluslararası hukukta var olan suçların kategorilerini genişletme peşinden gitmenin uygun olmadığını düşünmektedir.³⁰⁷

Şili, sözleşmeyi sadece Şili'nin onaylama belgesini tevdi tarihinden sonra meydana gelen fiillere uygulanması şartıyla desteklemektedir.³⁰⁸ İtalya, bu sistemin tamamen İtalyan ceza hukuku sistemine yabancı olmadığını belirtirken, sözleşmenin geniş kapsamını ve geriye yürürlük ilkesini eleştirmiştir.³⁰⁹

Japonya'nın iki açıdan çekincesi bulunmaktaydı. Geriye yürürlük ilkesine karşıydı ve 1.maddede kullanılan terimleri çok genel bulmaktaydı. ³¹⁰Danimarka, diğer batılı ülkelerle aynı sebeplerle çekimserdi.³¹¹ Portekiz siyasi nedenlerin sözleşmeyi etkilediğinden şikayet ediyordu ve geriye yürürlük problemini de dile getirdi.³¹²

Haiti, basitçe tasarıya yeterli çalışılmadığına dikkat çekerek, aldıkları emre uyma veya uymama şansı olmayan kişilerin, İkinci Dünya Savaşı'ndan çok zaman sonra soruşturulmalarının adil olmayacağı düşüncesinde olduğunu ilettiler.³¹³

Avusturya, uygun bir şekilde tanımlanmamış suçlara dair geriye yürürlük tanımlanmasıyla birlikte, zamanaşımının uygulanmamasının kabul edilmemesi için anayasal sebepleri göstermiştir.³¹⁴

³⁰⁶ UN Doc. A/PV .1727, s. 11.

³⁰⁷ *Ibid.*, s. 10.

³⁰⁸ *Ibid.*, s. 12.

³⁰⁹ *Ibid.*, s. 11.

³¹⁰ *Ibid.*, s. 12.

³¹¹ Lerner, *a.g.e.*, s. 530.

³¹² UN Doc. A/PV .1727, s. 13.

³¹³ *Ibid.*, s. 14.

³¹⁴ *Ibid.*, s. 13.

O zamanki Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, genel olarak sözleşme metninin tatmin edici olduğunu belirtmiş, evrensel olma konusunda yetersiz gördüğünü dile getirmiştir.³¹⁵

Görüldüğü gibi, sözleşmenin tasarı metninin görüşmelerinde birçok ülke kendi çekincelerini ileri sürmüştür, genel olarak geriye yürüme, suçluların iadesinde karşılaşılabilecek problemler ve suçların tanımları konusunda eleştirilerde bulunmuşlardır. Bu eleştirileri getiren ülkeler, daha çok kendi ülkelerinde daha önce işlenen suçları dikkate almışlardır. Örneğin, Güney Afrika'nın ırk ayrımı ifadesine çok dikkat çekmesi gibi. Irk ayrımının en yoğun yaşandığı ülkelerden biri olan Güney Afrika, bu sözleşmenin tasarı metninin tartışmaları sırasında ırk ayrımının ve insanlık dışı fiilin çok çeşitli olduğunu, ırk ayrımının sözleşme metnine eklenmesini isteyenlerin özellikle bu suçu Güney Afrika'ya yöneltmek istemeleri olduğunu belirtmiştir.³¹⁶ Diğer bir ifade ile, devletler kendi çekincelerini ön plana alarak sözleşmeye bakmışlardır.³¹⁷

b. Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi

Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara zamanaşımı uygulanmamasını doğrudan düzenleyen ikinci uluslararası belge; Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi'dir. (1974 Avrupa Sözleşmesi)

1968 Sözleşmesi'ne, Avrupa Konseyi³¹⁸ taraf devletlerden sadece biri evet oyu kullanmış (Kıbrıs), bir taraf devlet hayır oyu kullanmış (Birleşik Krallık), diğer taraf

³¹⁵ *Ibid.*, s. 11.

³¹⁶ *Ibid.*, s. 12.

³¹⁷ 1968 Tarihli Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına İlişkin Sözleşmesi'nin imzacı devlet sayısı 9, taraf devlet sayısı 55'dir. Bknz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en. Erişim tarihi: 10.09.2019.

³¹⁸ **Avrupa Konseyi** (*Council of Europe*), Avrupa çapında insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü savunmak amacıyla 1949'da kurulmuş hükümetler arası bir kuruluştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi'ne bağlıdır. 47 Avrupa ülkesi üyeden oluşturmaktadır. **Avrupa Birliği** ise (*European Union*), yirmi sekiz üye ülkeden oluşan ve toprakları büyük ölçüde Avrupa kıtasında bulunan ortak çıkarları konusunda kararlar alan siyasi ve ekonomik bir örgütlenmedir. Hiçbir ülke öncesinde Avrupa Konseyi üyesi olmadan Avrupa Birliği üyesi olmamıştır. Diğer bir kurum

devletler çekimser oy kullanmıştır. 1968 Sözleşmesi'nin, Avrupa Konseyi'nin üye devletlerinin çoğu tarafından kabul edilmediği gerçeği göz önüne alındığında, Danışma Kurulu, 30 Ocak 1969'da, şu hususları önerdiği 549 (1969) sayılı Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir: Bakanlar Komitesi'nin

- üye hükümetleri, zamanaşımı veya başka herhangi bir sebepten İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sırasında siyasi, ırksal ve dini amaçlarla işlenen suçları, cezasız kalmış daha genel olarak insanlığa karşı suçların cezasız kalmasını önlemek için derhal uygun önlemleri almaya davet etmesi

- 1968 Sözleşmesi'ne bazı Avrupa devletleri temsilcilerinin öne sürdüğü eleştirileri dikkate alarak, insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin Avrupa Sözleşmesini mümkün olan en kısa sürede hazırlamalarını için Hükümet Uzmanları Komitesi'ne talimat vermesi³¹⁹

Bunun üzerine Haziran 1969'da Bakanlar Komitesi, Avrupa Suç Sorunları Komitesi'ne bu konuda inceleme yapmasını ve bu incelemenin 1970'de başlamasını istedi. Daha sonra Avrupa Suç Sorunları Komitesi tarafından Çalışma Grubu oluşturuldu, bu Çalışma Grubunun sunmuş olduğu raporun Avrupa Suç Sorunları Komitesi ve Bakanlar Komitesi tarafından Avrupa Sözleşmesi'nden açıklaması istenilen düşünceye uygun olmadığına karar verildi. Bunun üzerine Yardımcı Komite No XV görevlendirildi. Yardımcı Komite, ilk taslağını 20-23 Nisan 1971'de hazırladı. 2. görüşmede bu tasarıyı kabul etti ve açıklayıcı rapor taslağı oluşturdu. Avrupa Suç Sorunları Komitesi 24-28 Nisan 1972 tarihlerinde yapılan XXI Genel Kurul toplantısında hem Sözleşme tasarısını hem de açıklayıcı raporu onayladı ve bunları Bakanlar Komitesine iletmeye karar verdi.³²⁰

1974 Avrupa Sözleşmesi, 25 Ocak 1974 tarihinde kabul edilmekle birlikte, sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yürürlüğe girebilmesi için, üç devletin sözleşmeyi kabul etmesi ya da onaylamasının gerekmesi sebebiyle,³²¹ 29 yıl yürürlüğe

Avrupa Birliği Konseyidir (*European Council*). Birlik politikasını planlama amacıyla, Avrupa Komisyonu Başkanı ile üye devletlerden devlet veya hükümet başkanlarından oluşan Avrupa Birliği Kurumu.

³¹⁹Avrupa Konseyi Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900016801ce394>) .

³²⁰ **Ibid.**

³²¹Sözleşme metni için bkzn.

girmesi beklenilmiştir. Hollanda ve Romanya'yı takiben Belçika'nın sözleşmeyi 26.03.2003 tarihinde onaylamasının ardından, sözleşme bu tarihten üç ay sonra 26.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³²²

Bu Sözleşmeyi incelediğimizde, 1. maddesinde sözleşmenin kapsamındaki suçların açıkça belirtildiği görülmektedir. Böylece, 1968 Sözleşmesi'nde eleştirilen bir husus düzenlenmiştir.

Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi'nin 2.maddesi; *“İşbu Sözleşme ilgili sözleşmecı devletlerde yürürlüğe girdiği tarihinden sonra işlenen suçlara uygulanır. Zamanaşımı süresinin dolmadığı davalarda yürürlüğe girmeden önce işlenen suçlara da uygulanır.”* şeklindedir.

Diğer önemli bir fark da, Sözleşme'nin yukarıdaki maddesine göre; sözleşme geriye dönük olarak, yalnızca önceden zamanaşımına uğramamış suçlarla ilgili olarak uygulanmasıdır.³²³ Böylece geriye yürüme konusunda sınırlama getirilmiştir.

Bugün itibariyle dahi onaylayan Devlet sayısı çok azdır. Sözleşmeyi onaylayan devlet sayısı sekizdir.³²⁴ Sözleşmelerin oluşum süreçlerine dahil olmalarına ve genel olarak çoğu devletin zamanaşımı uygulanmaması yönünde iradesi olmasına rağmen bu sözleşmelerin bu kadar az devlet tarafından imzalanması ve onaylanması şaşırtıcıdır.

Sonuç olarak, Sözleşmenin maddi kapsamının sınırlandırılması ve sadece önceden zamanaşımına uğramamış suçlar için geriye yürümesi noktasında 1968 Sözleşmesi'ndeki temel itirazları karşıladığı görülmektedir.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007617f> .

³²² <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/082> .

³²³“Yürürlüğü girdiği tarihten önce zamanaşımına uğramamış suçlara da bu sözleşme uygulanacaktır.”

³²⁴ Güncel olarak onaylayan devletler için bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/082/signatures?p_auth=44N4Pw76. Erişim tarihi: 01.09.2019 tarihi itibariyle onaylayan devlet sayısı sekizdir. Bunlar, Belçika; Bosna-Hersek; Malta; Karadağ; Hollanda; Romanya; Sırbistan ve Ukrayna'dır.

Kok, sözleşmenin bu kadar az devlet tarafından onaylanmasının nedenlerini şöyle izah etmektedir: Birincisi, Batı Avrupa devletlerinin çoğunluğu, özellikle 1964-1990 arasındaki dönemde (bazı) uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmamasını sağlayan hükümleri zaten kabul etmiştir. İkincisi, 1998 tarihli UCM Statüsü'ndeki 29. maddede bu suçlara zamanaşımı uygulanamayacağına dair bir hüküm eklenmesi, Avrupa devletlerini zamanaşımı konusundaki ulusal kanunlarında bu konuya yer vermeye teşvik etmiştir. Sonuç olarak, bu süreç 1974 Avrupa Sözleşmesini gereksiz kılmıştır.³²⁵

Schabas, 1974 Avrupa Sözleşmesi'nin sadece önceden zamanaşımına uğramamış suçlar için geriye yürümesini tartışılabilir bir mesele olarak görmüştür. Meselenin, suçun işlendiği sırada suç olarak bilinip bilinmediği olduğunu, bilinmesi halinde bunun kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal etmeyeceğini belirtmiştir.³²⁶ Burada kanunilik ilkesine farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Bu bir açıdan EYUCM'un *Celebici* davasında mahkemenin teamül hukuku gereğince cinayet, tecavüz gibi eylemlerin suç niteliğinde olduğunun bilindiğine, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin amacının fail tarafından suçun işlendiği sırada suç olduğunun bilinmesi olduğu belirten yaklaşımına benzediğini düşünmekteyiz.³²⁷

Taner, “*Neden insanlığa karşı suçların zamanaşımına uğramaması konusunda bu kadar istekli olan devletler, sözleşmeyi imzalamaya yanaşmamaktadırlar?*” sorusunu sormuş ve şu şekilde cevaplamıştır: “*Bu sorunun cevabı, sözleşmenin insanlığa karşı suçlara ek olarak, savaş suçlarını da zamanaşımına uğramayan suçlar kategorisine taşınması olabilir. Kendi kamu görevlilerinin, geçmişte olduğu gibi gelecekte bazı savaş suçlarını işleyebileceği endişesi, sanırız bu devletlerin savaş suçlarının zamanaşımına uğramaması düşüncesine sıcak bakmamalarının asıl nedenini oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında savaş suçlarının, zamanaşımına uğramayan suçların kapsamına alınmasının, siyaseten uygun bulunup bulunmamasına bağlı olduğu söylenebilir. Öte yandan Roma Askeri Mahkemesi'nin 1997 yılında verdiği bir kararda, savaş suçlarının zamanaşımına uğramamasının uluslararası*

³²⁵ Kok, *a.g.e.*, s. 94.

³²⁶ Schabas, *Genocide in ...*, s. 417.

³²⁷ Detaylı bilgi için bkz. Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayıncılık, Şubat 2013, s. 202; Kararın metni için bkz. Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo (Celebici Case), Case No: IT-96-21-A, The Judgement, 20 February 2001, par. 179, (<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>).

hukukun genel prensiplerinden kaynaklandığını belirtmesi, savaş suçlarına ilişkin önemli bir gelişmedir. Benzer şekilde konuya ilişkin hiçbir sözleşmeye taraf olmayan Arjantin’de, 1994’te yapılan Uluslararası Hukukun kanunları üzerinde olduğu yönündeki Anayasa değişikliğinin ardından, insanlığa karşı suçların zamanaşımına uğramamasının “ius cogens”e dâhil olduğu kabul edilmektedir.”³²⁸

Bu değerlendirme bir sonraki başlığı gerektirmiştir.

B. Uluslararası Teamül Hukukunda Zamanaşımı Uygulanmaması Meselesi

1. Teamül Hukuku ve Unsurları

Uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmaması konusunda ulusal hukukların ve içtihatlarının farklı olması ve bu konudaki uluslararası sözleşmeleri onaylayan devlet sayısının az olması; diğer bir soruyu akıllara getirmektedir. Uluslararası suçlara zamanaşımının uygulanmaması bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilebilir mi?

Bunun için öncelikle uluslararası teamül hukukunun ne ifade ettiğini ve unsurlarını incelemeliyiz. Uluslararası hukukun şekli kaynaklarını açıklayan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinde, uluslararası teamül hukuku, “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı*” olarak ifade edilmiştir.³²⁹ Schwarzenberger, teamülü, devletlerin uygulamaların karşılaştırmalı üst yapısı şeklinde tanımlamıştır.³³⁰

Teamül hukuku kuralları yazılı olmayan kaynaklardandır. Teamül hukuku, yenilikçi hukuk teorileri için ilham verici bir kaynak haline gelmiştir. Bir hukuk kaynağı olarak, uluslararası teamül hukuku oluşturulması veya belirlenmesi için

³²⁸ Fahri Gökçen Taner, **a.g.e.**, s. 59.

³²⁹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü için bkz. <https://www.icj-cij.org/en/statute>

³³⁰ Georg Schwarzenberger, “The Inductive Approach to International Law”, **Harvard Law Review**, Vol. 60, No.4, April 1947, ss. 539-570, s. 564.

gerekli olan yaklaşımlarda veya bu statüyü kazanmış belirli kurallar listesi konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.³³¹

Ancak genel olarak iki unsuru bulunduğu kabul edilmektedir. İlki; yaygın ve tutarlı devlet uygulaması (maddi unsur), ikincisi; “hukuki nitelik” veya “zorunluluk inancı” olarak tercüme edilen³³² “*opinio juris*” dir.³³³

Maddi unsur açısından devletlerin hangi uygulamalarının uluslararası teamül hukuku oluşturduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Devletlerin uygulaması, teamül hukukunun maddi unsuru olup, geleneksel yaklaşıma göre ana ögesidir. Uluslararası düzeyde sadece devletlerin maddi işlemleri olarak değil³³⁴, daha geniş anlamda yorumlanmaktadır.³³⁵ Bu işlemlerin, çeşitli biçimlerde olabileceği ve birçok kaynaktan elde edilebileceği anlaşılmaktadır.³³⁶

Tüm devlet uygulamaları hukuken önem arz etmemektedir. Genel olarak, sabit devlet davranış biçimlerinin uluslararası teamül hukukunu şekillendirme potansiyeline sahip olduğu söylenebilir.³³⁷

³³¹ Thomas Rauter, **Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege**, Springer, 2017, s. 87.

³³² Öktem, **a.g.e.**, s. 102.

³³³ Christopher Greenwood, Sources of International Law: An Introduction, (http://legal.un.org/avl/pdf/ls/greenwood_outline.pdf).

³³⁴ Akehurst; iddiaların, Genel Kurul Kararları gibi bildirilerin, ulusal yasalar ve ulusal mahkeme kararlarının devlet uygulaması unsuru olduğunu belirtmiştir. Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, **British Yearbook of International Law**, S. 47/1, 1976, ss. 1-53, s. 53.

³³⁵ Noora Arajarvi, **The Changing Nature of Customary International Law**, First Published, NY, Routledge, 2014, s. 18.

³³⁶ Crawford, Brownlie'nin Uluslararası Kamu Hukuku'nun İlkeleri adlı eserinde, teamül hukukunun maddi kaynaklarını saymıştır. Bunlar: diplomatik yazışmalar, basın bültenleri, hükümetlerin hukuk danışmanlarının görüşleri, yasal sorular hakkında resmi el kitapları, idari kararlar ve uygulamaları, askeri kuvvetlere verilen emirler, hükümetlerin Uluslararası Hukuk Komisyonu taslakları üzerine yorumları, yasalar, uluslararası ve ulusal yargı kararları, sözleşmeler ve diğer uluslararası belgelerde giriş bölümdeki beyanlar, aynı şartlarda kapsamlı sözleşme şekli, uluslararası kurumların uygulamaları, BM kurumlarında özellikle Genel Kurul'da hukuki sorulara ilişkin kararlar. James Crawford, **Brownlie's Principles of Public International Law**, UK, Oxford University Press, 8. Edition, 2012, s. 24. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin *Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku Çalışmasında*, sözlü işlemlerinin de devletlerin maddi işlemleri gibi, uluslararası teamül hukuku oluşumunu sağlayan unsurlardan olduğu belirtilmiştir. Maddi işlem örnekleri arasında savaş meydanındaki davranışların, bazı silahların kullanımı ile ilgili belirli kişi kategorilerine yapılan muamelenin sayılacağını belirtmiştir. Sözlü işlemlere örnek olarak verdiklerinin ise, yukarıda belirttiğimiz diğer yazarların saydıkları örnekler olduğu görülmektedir. Jean Marie Henckaerts /Louise Doswald Beck, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf -Adet) Hukuku Cilt 1: Kurallar**, Türkçeye tercüme ile düzenleyen: Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek, Bleda R. Kurtarcan, Mehmet Cengiz Uzun, Abdullah Kaya, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, 66, Beta, 2005, s. Giriş XL.

³³⁷ John H Currie, **Public International Law**, Second Edition, Toronto, Irwin Law, 2008, s. 189. Bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturmak için, yerleşik uygulamanın yaygın ve sabit olduğu süreç,

Devlet uygulamalarının diğer bir faktörü “sık” veya başka bir deyişle, “yeterince yaygın” olmasıdır.³³⁸ “Süre” hakkında ise, belli bir zamanın geçmesinin gerekli olduğu ama belirlenmiş bir süre olmadığı belirtilmektedir.³³⁹

Teamül hukukunun ikinci unsuru “*opinio juris*”, manevi veya psikolojik unsurdur. Özü itibariyle, söz konusu uygulama, bu eylemlerin hukuk tarafından emredildiği kanaatinden ileri gelmektedir.³⁴⁰ Bu kavramın bir davranışa hukuki güç kazandıran toplumsal bakış ile ilişkili olduğu belirtilmiştir.³⁴¹ Bu zorunluluk inancının

dünyadaki tüm devletlerin uygulaması olması gerekmediği ifade edilmektedir. Hugh Thirlway, “The Sources of International Law”, **International Law**, Editor: Malcolm D. Evans, Oxford University Press, First Edition, 2003, s. 127. Rauter, devlet uygulamalarının süre, sabitlik (değişmezlik) ve genellik özellikleri ile uluslararası teamül hukukunu oluşturacağını belirtmiştir. Rauter, **a.g.e.**, s. 89. Sergeev, devlet uygulamasını değerlendirmek için kullanılabilecek dört ana faktör olduğunu belirtmiştir. Bunlar: “*süre, sabitlik, tekrar ve genellik*”tir. Artem Sergeev, “The Legitimacy of Customary International Law: Legal, Moral, and Social Perspectives”, **INT’L REV L** 1, 2017, s. 4.

³³⁸ Currie, **a.g.e.**, s. 189. Devlet uygulamalarının genelliği, uluslararası teamül hukuku statüsü kazanmaya aday olduğu düşünülen devlet uygulamasını takip etmesi gereken devlet sayısı ve dağılımını ifade ettiği belirtmektedir. Wood, genel bir uygulama için evrensel olmasına gerek olmadığını ama sık veya yeterince yaygın olması gerektiğini belirtmektedir. Bir uygulamanın “*genel*” olarak tanınmasına yol açan devlet uygulamasının analizinin devletlerin sayımını yapma şeklinde belirlenemeyeceğini belirtmiştir. Wood, “*sabitlik*” in temel anlamının “*değişmez*” olduğunu belirtmektedir. Bunun anlamının bazı devletler belli bir biçimde davranırken diğerlerinin taban taban zıt davranışlar olmaması şeklinde açıklamıştır. Doc. No: A/CN.4/672, Second report on identification of customary international law by Michael Wood, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-sixth session s. 37 vd., (<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>). Thirlway, Devletlerin belirli bir teamül hukuku kuralının varlığı savıyla, uygulamalarının çelişkili olması durumunda sorun doğacağını belirtmektedir. Buna örnek olarak, işkencenin hemen hemen tüm ulusal hukuklarda yasak olmasına rağmen, işkencenin yaygın olarak uygulanmasını örnek göstermiştir ve şu soruyu sormuştur: Bir kural sabit uygulama ile ters düşerse, hala bir teamül hukuku kuralı varlığından söz edebilir miyiz? Thirlway, **a.g.e.**, s. 127. Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragu* davasında, teamül kurallarının varlığını için devletlerin davranışlarının genel olarak bu kurallara uyumlu olmasının yeterli olduğunu belirtmiş ve belli bir kurala uyumsuz devlet davranışlarının yeni bir kural olarak tanınması değil, söz konusu kuralın ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Sabitliğin, genellikten farkının, genellik uygulamanın dağılımına odaklanırken, sabitliğin; uygulayan devletler arasında uygulamanın homojenliğine bakması olduğu ifade edilmektedir. Currie, **a.g.e.**, s. 191.

³³⁹ Currie, **a.g.e.**, s. 43. *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davasında “*sadece kısa bir sürenin geçmesi, zorunlu olarak ya da başlı başına, yeni bir uluslararası hukuk kuralı oluşturulmasına engel oluşturmamakla beraber, süre ne kadar kısa olursa olsun, bu sürede menfaatleri özel olarak etkilenen Devletlerin de dahil olduğu Devlet uygulamalarının, yaygın ve yeknesak olması ve bir hukuk kuralı ya da hukuki yükümlülüğün yer aldığına dair genel bir tanımlı gösterecek şekilde yapılması zorunluluğu devam etmektedir.*” şeklinde belirtilmiştir. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark, Federal Republic of Germany /Netherlands), Judgment of 20 February 1969, s. 43, par. 74, (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>). Karardan da anlaşıldığı üzere, söz konusu süre ne kadar kısaysa, yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının ortaya çıktığına inandırıcı argüman oluşturmak için daha fazla genellik ve sabitlik kanıtı gerekecektir. Currie **a.g.e.**, s. 194.

³⁴⁰ A/CN.4/672, s. 45, par. 60.

³⁴¹ Öktem, **a.g.e.**, s. 106. Diğer bir ifade ile, devlet uygulamasının uluslararası teamül hukuku kurallarına dönüşmesinde kilit unsur olduğu iddia edilmektedir. Michael Byers, **Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law**, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, s. 18. *Opinio juris*, devletlerin, uygulamalarının mevcut bir

nereden ortaya çıktığı ve tutarlı bir şekilde nasıl tanımlanabileceğine dair özel bir belirleme olmamakla birlikte davranış biçimleri veya alışkanlıkları hukuken bağlayıcı normlar haline getiren teamül ögesi olarak ifade edilebilir.³⁴²

Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* Davasında, “...ilgili işlemler yalnızca yerleşik uygulamaya ilişkin olmamalı, aynı zamanda bir hukuk kuralının varlığı ile zorunlu kılındığına dair inancın kanıtı olmalı veya olacak şekilde gerçekleşmelidir.” ifadesiyle *opinio juris*’in gerekliliğini ortaya koymuştur.³⁴³

Opinio juris’in en iyi kanıtının, kanuni hak ve kurallara ilişkin tek taraflı iddialar ve bu iddialar öne sürüldüğünde uluslararası topluluğun bunları kabulü olduğu belirtilmektedir.³⁴⁴

Uluslararası teamül hukuku kurallarını tanımlayan güncel yaklaşımlar yukarıda bahsettiğimiz unsurların varlığa göre çeşitlenmektedir. Çok fazla yaklaşım olmakla birlikte genellikle iki teori ön plana çıkmaktadır. Birincisi klasik teori ve *opinio juris*’i ya da devlet uygulamasını temel alan tek unsurlu teori. Klasik teoriyi savunanlar; belirli bir uygulamanın nasıl teamül kuralı haline geldiğinin belirlenmesinde hem maddi hem de manevi unsurun varlığının gerektiğine vurgu yapmışlardır. Bu sebeple, iki unsurlu yaklaşım olarak da anılmaktadır. Öğretide, genel

uluslararası hukuk kuralının gerektirdiğine dair sübjektif inançlarını ifade etmektedir. Rauters, **a.g.e.**, s. 95.

³⁴² Arajavi, **a.g.e.**, s. 23, Akehurst şu şekilde ifade etmektedir: Devlet uygulaması, teamül kuralı oluşturmak için, uluslararası hukuka göre belirli davranışlara izin veren, gerektiren veya yasaklayan ifadelerden oluşmalıdır. Burada gerekli olan, bu ifadelerin diğer devletler tarafından itiraz edilmemesidir. *Opinio juris* de bunu ifade etmektedir. Akehurst, **a.g.e.**, ss. 1-53.

³⁴³ North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark, Federal Republic of Germany /Netherlands), Judgment of 20 February 1969 s. 44, par. 77, (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>).

³⁴⁴ Rudolf Bernhardt (ed.), **Encyclopedia of Public International Law**, Instalment 1,1981, s. 63. Uluslararası Hukuk Komisyonu, önemli mahkemelerin “*opinio juris*” olası kanıt kaynaklarının bir listesini önermiştir. Bu belgelerin ayrıntılı olmayan listesi; uluslararası örgütler önünde devletlerin durumu veya uluslararası konferanslar, ulusal mahkemelerin açıklamaları, uluslararası mahkemeler önündeki ifadeler, tahkim sözleşmelerindeki koşullar, diplomatik uygulama ve notalar, devletlerin fiili davranışı, devletlerin sözleşme uygulamaları, çok taraflı sözleşme uygulamaları ve bunun yanında çeşitli uluslararası araçları kapsamaktadır. A/CN.4/659, s. 21, (<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/659>). Uygulama ve hukuki kanaatin hangi kesin şekil uyarınca ifade edilmeleri gerektiği hususunun, söz konusu kuralın bir yasaya, bir yüküme ya da sadece belli bir biçimde davranma hakkına ilişkin oluştuğuna göre değişebileceği ifade edilmiştir. Henckaerts, **Uluslararası İnsancıl...**, s. Giriş XLVII. Sergeev, teamül kuralın varlığını kanıtlamanın oldukça karmaşık ve zorlu bir süreç olduğu, çok sayıda fiili uygulama örneği sunulması gerektiğini, güçlü bir argüman için devletlerin niyetinin derinlemesine bir analizinin gerekli olduğunu ve *opinio juris*’in bazı yönlerinin hala belirsiz olduğunu belirtmektedir. Sergeev, **a.g.e.**, s. 7.

olarak bu yaklaşım desteklenmektedir. Bu unsur, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38.maddesinin temelini oluşturmaktadır.³⁴⁵ .

Opinio juris'i ön plana alan görüşteki bazı yazarlar, uluslararası teamül hukuku kuralının devletlerin genel inancında yansıtılıp yansıtılmadığını kanıtlayan unsurlar olarak devlet uygulaması ve *opinio juris*'i ele almaktadır. Bu görüştekilere göre, burada hukuk yaratıcı ana unsur olarak “devletlerin genel inancına” odaklanılmaktadır.³⁴⁶ Bir de bu görüştekilerin tam zıttı olan, devlet uygulamalarını esas alan görüşler mevcuttur. Uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumunda devlet uygulamalarının önemi Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarında da vurgulanmıştır.³⁴⁷

İki unsurlu yaklaşımın günümüzde de, en etkili ve geçerli yaklaşım olduğu görülmektedir. Devlet uygulamalarının uluslararası teamül hukuku kuralını ortaya koyması bakımından önemi büyüktür ancak yeterli değildir. *Opinio juris*'in aranmaması, teamül hukuku kuralı olduğu iddia edilen kuralın başka nitelikteki kurallar veya kavramlar ile karışmasına neden olabilecektir. İyiniyet, alışkanlık veya nezakete ilişkin hukuki yükümlülöklere dayalı işlemlerden ayrılması noktasında *opinio juris*'e görev düşmektedir.³⁴⁸ Diğer yaklaşımlara da bakıldığında sadece *opinio*

³⁴⁵ Henckaerts /Beck, **Uluslararası İnsancıl...**, s. Giriş XL. Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı* Davasında *opinio juris*'in gerekliliğı ortaya koyulurken, aynı zamanda mahkemenin yaklaşımının da iki unsurlu teori yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin *Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku Çalışmasında* kullanıldığı görülmektedir. Özel raportör Manley O. Hudson tarafından Uluslararası Hukuk Komisyonu *Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün Çalışmalarında*, ek unsurlar arandığı belirtilmiştir. Bunlar: a. uluslararası ilişkiler alanında belli durumlara atıfta bulunularak birkaç devlet tarafından uyumlu uygulama b. dikkate değer bir sürenin üzerinde uygulamanın devamı ve tekrarı c. uygulamanın, geçerli uluslararası hukuk ve d. diğer devletlerin uygulamasındaki genel kabulü ile uyumlu olması veya onların bizzat gerektirmesi. UN Doc. No: A/CN.4/16, **Working Paper by Manley O. Hudson**, Special Rapporteur, s. 26, (http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_16.pdf&lang=E).

³⁴⁶ Schlütter, a.g.e., s. 26. *Opinio juris*'i temel alan yaklaşımlar, uluslararası insancıl hukuktan çıkan normların yüksek ahlaki niteliğini göz önünde bulundurmıştır. Bu sebeple, *opinio juris* temelli tek unsurlu yaklaşım veya çekirdek hak yaklaşımı olarak isimlendirilmesi önerilmiştir. Bu yaklaşıma göre, teamül hukukunun içeriğı uluslararası toplumun temel değerlerinden çıkarılabilir. Bu görüştekilere göre uluslararası ceza hukukunun ihlallerinin geniş çaplı olarak kınanmaya yol açıp açmaması teamül hukuku normlarını oluşması için önemlidir. Yudan Tan, “The Identification of Customary Rules in International And European Law Criminal Law”, **Utrecht Journal of International and European Law**, 2018, 34/2, ss. 92-110, s. 97 vd.

³⁴⁷ UN Doc. A/1316, Report of the ILC to the General Assembly, ILC Yearbook, 1950, ss.367-374, (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf). Bu yaklaşımdakilere göre, uluslararası toplumun üyelerinin iradesini yansıtan belirli bir teamül hukuk normu gerekmemektedir. Ancak bu yaklaşımdakiler de sadece devlet uygulamaları ile teamül hukuku oluştuğı iddiasında değillerdir, devlet uygulamasının yanında *opinio juris*'i veya rıza gibi başka hususları da aramaktadırlar ancak ön planda devlet uygulamaları vardır. Schlütter, a.g.e., s. 27.

³⁴⁸ Rauter, a.g.e., s. 97.

juris'i veya sadece devlet uygulamasını arayan görüşlerde diğer unsurun aslında arandığını ancak daha ikincil nitelikte kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumun da bu iki unsurun birbirini tamamlayıcı olduğu gösterdiği düşünülmektedir.

2. Uluslararası Teamül Hukukunda Uluslararası Çekirdek Suçlarda Zamanaşımı Uygulanmaması Meselesinin Değerlendirilmesi

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde tanımlanan ve çekirdek suç olarak adlandırabileceğimiz soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarına zamanaşımı uygulanmaması meselesi II. Dünya Savaşı sonrasındaki dönemde karşılaşılan bir sorundur. Bu sorunun, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin yasalarında bulunan 20 yıllık zamanaşımı süresi nedeniyle, bu suçların cezasız kalacağıının anlaşılması sebebiyle 1964 yılında gündeme geldiğini belirtebiliriz.

II. Dünya Savaşı'nın bitimi, 1945 yılı ile 1964 yılları arasında, herhangi uluslararası sözleşme veya uluslararası örgütlerin bu konuda herhangi bir düzenlemesi bulunmadığı gibi, Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statülerinde de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda verilmiş herhangi bir yargı kararı da bulunmadığından uluslararası teamül hukukunun iki unsurunun varlığından söz etmemiz mümkün görünmemektedir.

Bu suçlarda zamanaşımının dolacağı endişesiyle birlikte 1964'den sonra çeşitli konuya ilişkin düzenlemeler ve yargı kararları ile karşılaşmamız mümkün hale gelmiştir. Bu noktada, 1967 tarihli ve 2338 sayılı BM Genel Kurul Kararı önem arz etmektedir. Bu kararda, hiçbir belgede bu suçlara ilişkin bir zamanaşımı öngörülmediği ve bu suçların en ağır suç kategorisinde olduğu açıkça dile getirilmiş, bu konuda sözleşme hazırlığı da belirtilmiştir.³⁴⁹

Daha sonraki süreçte, 1968 Sözleşmesi ve 1974 Avrupa Sözleşmesi hazırlanmıştır. Ancak bu sözleşmeleri onaylayan devlet sayısı son derece azdır. Bu

³⁴⁹UN Doc. A/Res. 2338, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/236/73/img/NR023673.pdf?OpenElement>).

açından, yaygın bir uygulamadan bahsedilmesi pek mümkün olmayacaktır. Ancak, burada gözden kaçırılmaması gereken bir nokta vardır. Tezimizin önceki kısımlarında detaylı olarak anlatıldığı üzere, burada devletlerin uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması konusunda herhangi bir problemleri yoktur. Sözleşmelerin hazırlık çalışmaları incelendiğinde de görülmektedir ki, devletlerin genel olarak suç tanımları ve 1968 BM Sözleşmesi açısından özellikle geriye yürümeme ilkesinin ihlali konusunda çekinceleri vardır. Bu durum aslında, bu suçlara zamanaşımı uygulanmaması konusundaki psikolojik unsurun varlığını göstermektedir.

Mahkemelerdeki ulusal yargılamalar olarak *Barbie* davası bu açıdan büyük önem arz etmektedir. *Barbie* davasında, Fransız Yüksek Mahkemesi “*insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmayacağını, bunun bütün uygar uluslar tarafından tanınan hukuk ilkelerinden kaynaklandığını*” belirterek,³⁵⁰ bu konuda teamül kuralının varlığını desteklemektedir. Burada belirtmemiz gerekir ki, aynı davada savaş suçları için tam tersi bir sonuç çıkarılmıştır. 90'lara yaklaşırken, *Schwammberger* davasında, *Camara Federal de La Plata*'nın bir hakimi “*uluslararası hukuk ilkesi olarak savaş suçlarına zamanaşımının uygulanmamasının tartışılmaz bir etken olduğunu ve sözleşmenin Arjantin tarafından onaylanmamasına rağmen, Arjantin'in Anayasa'nın 102. maddesi uyarınca ilke ile bağlı olduğunu*” belirtmiştir.³⁵¹ *Barbie* davasına benzer bir yaklaşım burada da görülmektedir, psikolojik unsur devreye girmiştir. Ama bu sürece kadar sözleşmeleri onaylayan devletlerin az olması, genel kabul görmüş uluslararası başka belge olmaması maddi unsurun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceğine işaret etmekte ama *opinio juris*'in var olduğunu göstermektedir. Tabi, burada teamül hukukunun unsurlarına dayanan teoriler devreye girmektedir. İkinci teori olan *opinio juris* temelli tek unsurlu yaklaşım veya çekirdek hak yaklaşımı kapsamında uluslararası teamül hukuku kuralı olduğundan bahsedilebilecektir. Ama bu yaklaşımın çok destekçisi olmadığını, kabul görmediğini belirtmiştik.

90'lara gelindiğinde ise, *ad hoc* mahkemeler EYUCM ve RUCM karşımıza çıkmaktadır. Ancak statülerinde bu suçlara zamanaşımı uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir madde yoktur. Bu mahkemelerde yapılan yargılamalara baktığımızda;

³⁵⁰ France, Court of Cassation, *Barbie* case, Judgement, 26 January 1984, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule160).

³⁵¹ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule160 .

EYUCM mahkemesinde özellikle iki karar mevcuttur. *Barbie* davasında belirlenen ilkeye atıf yapan ama kendisi açıkça görüş belirtmeyen *Tadic* davası³⁵² ve *Furundžija* davasıdır. *Furundžija* davasında, işkence suçunun yasaklanması uluslararası toplum tarafından verilmiş bir *jus cogens* niteliğinin sonucu olarak kovuşturulması ve cezalandırılması gerektiğini belirtilmiş, bu sebeple zamanaşımına tabi olmadığı ifade edilmiştir.³⁵³ Hiç şüphesiz ki bu yargılamalar, uluslararası teamül hukuku kuralının unsurlarının varlığını gösteren uluslararası araçlardandır.

Öktem, genel olarak teamül hukuku kurallarının belirlenmesi açısından *ad hoc* mahkemelerin önemli içtihatlarının olduğunu dile getirirken, uluslararası teamül hukuku bakımından bu kadar önemli sonuçlar doğurmasının şaşırtıcı olmadığını, mahkeme statülerinde doğrudan uluslararası teamül hukukuna gönderme yaptığını belirtmiştir.³⁵⁴ Genel olarak mahkeme statülerine bakıldığında, savaş suçları kapsamında savaş teamüllerin de belirtilmesi, mahkemeye teamül hukukuna başvurma konusunda yetki verildiğini göstermektedir. Bu açıdan, zamanaşımı uygulanmaması konusunun bu mahkemelerce teamül hukuku kuralı olarak değerlendirilmesi de, bu mahkemelerin uluslararası teamül hukukunun önemli kaynağı olmasına ve oluşumuna bizzat katkı sağlamalarına bağlanabilir.

Cassese, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda insanlığa karşı suçlarda zamanaşımının kaldırılmasını *Touvier* ve *Barbie* davalarının sonucu olarak görmektedir.³⁵⁵ Bu davaların ve bu davalarda belirtilen ilkelerin ulusal yasaları etkisini göstermek açısından önemli bir değerlendirme olarak görüyoruz.

Bu dönemde, en önemli gelişme Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasıdır. UCM Roma Statüsü'nün 29. maddesinde açıkça bu suçlara zamanaşımı uygulanmayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, devlet açısından Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen fiiller üzerinde yargı yetkisine sahip olması sebebiyle tartışma konusu olmamıştır.³⁵⁶ Bu tarihten sonraki süreçte, uluslararası çekirdek

³⁵² Prosecutor v. Du(Ko Tadi) "Dule", Case No: IT-94-1-T, 7, Opinion and Judgment, May 1997, par. 642, (<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>).

³⁵³ Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No: T-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, par. 156-157, (<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>).

³⁵⁴ Öktem, **a.g.e.**, s. 196.

³⁵⁵ Cassese, **a.g.e.**, s. 319.

³⁵⁶ Henckaerts/Beck, **Uluslararası İnsancıl ...**, s. 684.

suçlara zamanaşımı uygulanmamasını düzenleyen uluslararası belgeler tezimizin “*Genel Olarak Uluslararası Suçlarda Zamanaşımı Uygulanmaması Üzerine Belgeler*” kısmında belirtilmiştir. Görülmektedir ki, bu konuyu düzenleyen uluslararası nitelikte belge sayısı artmıştır.

Ulusal yargılamalarda da, bu dönemde teamül hukukunun unsurları görülmektedir. *Priebke* davasında, “*Suçların insanlığa karşı suçlar olarak sınıflandırılması, talep eden veya talep edilen devletlerin iade sürecine katılıp katılmadığına bağlı değildir, ama bunun yerine uluslararası hukukun jus cogens ilkelerine bağlıdır ve bu hukuk altında bu suçlar için zamanaşımı bulunmamaktadır.*” şeklinde ifade ile uluslararası teamül hukukunun daha dar bir kavramı olan *jus cogens* ilkesinden yararlanılarak karara bağlanmıştır.³⁵⁷ Soykırım suçu incelenirken *jus cogens* ilkesinden detaylı bahsedilmiş olup, *jus cogens* olması durumunda zamanaşımı uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi *Barrios Altos* davasında da, temel insan haklarının korkunç ihlalleri için zamanaşımı olmasını, insan hakları konusundaki uluslararası kuralları oluşturan istisnasız normlara aykırı olduğu belirtilmiştir.³⁵⁸

Yine daha yakın dönem, karşılaştırmalı hukukta inceleyeceğimiz davalardan 2005 yılındaki *Agent Orange* davasında da, “*....1968 Sözleşmesi ve 1974 Avrupa Sözleşmesi Birleşik Devletler imzalamamasına rağmen, uluslararası teamül hukuku altında, bu belgeler savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin kuralın varlığının kabul edilmesi gereksemeni fikrini verir*”³⁵⁹ şeklinde bu suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin uluslararası teamül hukuku kuralının varlığına açıkça işaret edilmiştir.

Uluslararası belgeler, uluslararası yargılamalar, ulusal yargılamalar ve mevzuat, uluslararası örgütlerin kararları, raporları, uluslararası sözleşmeler, devletlerin beyanları, görüşleri gibi uluslararası teamül hukukunun tüm kaynakları değerlendirildiğinde; 90 sonrası dönemde teamül hukukunun iki unsurunun da

³⁵⁷ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule160.

³⁵⁸ Cassese, *a.g.e.*, s. 318.

³⁵⁹ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_us_rule160.

gerçekleştğini söylemek mümkündür. Diyebiliriz ki, uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması, uluslararası bir teamül hukuku kuralıdır.

IV. BÖLÜM: KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ULUSLARARASI ÇEKİRDEK SUÇLAR BAKIMINDAN ZAMANAŞIMI MESELESİ

A. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenen Ülkeler

Karşılaştırmalı hukuk açısından; tez konusu olan uluslararası suçların nispeten yeni düzenlendiği Türkiye, uluslararası suçlarda zamanaşımı problemi üzerine en önemli davalardan birinin görüldüğü Fransa, zamanaşımı sorununun en çok yaşandığı Nazi suçlarının en yaygın görüldüğü ülke Almanya, farklı bir hukuk sistemi olarak *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde zamanaşımını görebileceğimiz Amerika ve özellikle Nazi suçluların yoğun olarak sığındığı Güney Amerika ülkelerinden Arjantin seçilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından, bu ülkeler ele alınırken, zamanaşımı uygulanmaması ile ilgili uluslararası platformlarda ülke temsilcilerinin beyanatları, ulusal hukuklarında mevzuat açısından yapılan düzenlemeler, ilk derece, temyiz ve diğer yüksek mahkemelerinde konunun ele alınış şekli, uluslararası suçlarda zamanaşımı uygulanmaması ile ilgili sözleşmelere yaklaşımları, sınır dışı etme, kanunların geriye yürümemesi, af gibi zamanaşımının etkili olduğu diğer konuların süreçlere etkisi belirtilecektir. Bu belgelerin tamamı uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna etki eden işlemlerdir.

İlgili davalarda zamanaşımının mahkeme tarafından değerlendirme sürecinden bahsedilmeden önce, davaların arka planındaki olaylara kısaca değinilecek olup, sadece Nazi suçları açısından değil, farklı dönemlerde işlenmiş soykırım suçu, insanlığa karşı suç ve savaş suçları açısından da konunun nasıl ele alındığının gösterilmesine özen gösterilecektir.

1. Türkiye'nin Yaklaşımı

Tezimizin konusu olan uluslararası suçlar, Türk Ceza Hukuku'na 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile girmiştir.³⁶⁰ 5237 sayılı TCK'da özel hükümlerin ilk kısmının başlığı "uluslararası suçlar" adını taşımaktadır. Hem uluslararası suçlar kavramı, hem de bu kısımda yer alan suçlar yenidir. Bu suçların, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde düzenlenen ve çekirdek alanı oluşturan suçlar olması sebebiyle uluslararası suç başlığı altında değerlendirilmesi isabetli olduğu ifade edilmiştir.³⁶¹

Yeni eklenen bu kısımda uluslararası hukuk suçlarından soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar, diğer uluslararası suçlardan da göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları düzenlenmiştir. Diğer iki uluslararası hukuk suçu olan savaş suçları ve saldırı savaşı suçu ise kanunda düzenlenmemiştir. Kanun'un gerekçesinde düzenlenmeme sebebine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır.³⁶² 5237 sayılı TCK'nın kanunlaştırma sürecinde, saldırı suçunun tanımına ilişkin uluslararası alanda bir sözleşme olmaması sebebiyle isabetli olduğu ancak savaş suçunun tanımının yapılmamasının önemli bir eksiklik olduğu belirtilmiştir.³⁶³

Bu suçların TCK'da özel hükümlerin ilk başına konmasının, soykırım ve insanlığa karşı suçların, uluslararası toplumun bütününe ilgilendiren en vahim suçlar olması ve dünyanın güvenliğini ve barışını tehdit etmesi sebebiyle kanun koyucunun bu suçlara karşı tavrını göstermesi açısından isabetli olduğu değerlendirilmiştir.³⁶⁴

³⁶⁰ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazete, (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/10/20041012.htm>). Türk Hukukunda, uluslararası suçlar 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Birinci Kısımın İkinci Bölüm altında düzenlenmiş olan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları 1926 tarihli TCK'da da yer almaktaydı. Ancak bu suçlar, 1926 tarihli TCK'ya 2002 tarihinde eklenmiştir. 09.08.2002 tarihli ve 24841 sayılı Resmi Gazete, (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/08/20020809.htm>).

³⁶¹ Olgun Değirmenci, "Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar Ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar Ve Türk Hukuku", İÜHF C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 229-266, s. 258.

³⁶² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gerekçesi ve TBMM tutanakları için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>.

³⁶³ Tezcan/ Erdem/ Önok, *Uluslararası Ceza ...*, s. 48.

³⁶⁴ Faruk Turhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*; Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 4 Nisan 2007. (<https://hukuk.sdu.edu.tr/sites/files/uluslararasi-suclar-hpd-28092012>.) Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2008, s. 58.

Türk Hukuku'nda soykırım suçu ve insanlığa karşı suç, ilk kez, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında, 2001 tarihli Dönmezer Tasarısı ile gündeme gelmiştir. Bu tasarıda, 2003 yılında bazı küçük değişiklikler yapılmış ve Hükümet tasarısı olarak TBMM Başkanlığına sevk edilmiştir. Komisyon çalışmaları sonucunda üzerinde bazı değişiklikler yapıldıktan sonra 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir.³⁶⁵

Tezimizin Soykırım Suçu'nu düzenleyen bölümünde belirtildiği gibi, Türkiye, Soykırım Sözleşmesi'ni 23.03.1950 tarihli ve 5630 sayılı kanun ile çekince koymaksızın onaylamış ve onamaya ilişkin kanun 29.03.1950 tarihli ve 7469 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.³⁶⁶

³⁶⁵Elif Başkaracaoğlu, "Uluslararası Hukuk Işığında Yeni Türk Ceza Kanunundaki "İnsanlığa Karşı Suçlar Tanımının Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Y:2004, S:24, ss. 243-277, s. 245, (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/99378>). 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Gerekçe Bölümü için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> Hükümet Tasarısı olarak ifade edilen tasarının gerekçesinde, "Tasarı, kişilere karşı suçlara özel hükümlerin başında yer vermiş bulunmakta ve böylece, insan ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği üstün değeri ifade etmek ve esasını oluşturan suç ve ceza politikasının temel hedefini bir kere daha vurgulamak istemektedir. Tasarının bu kısmına "Jenosit ve İnsanlığa Karşı Suçlar", Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti" bölümleri ile başlamış olması, Tasarının, insancıl değerleri vurguladığını gösteren anlamlı bir işaret sayılmalıdır" şeklinde belirtilmiştir. Ancak Soykırım ve İnsanlığa karşı suçlar, bu tasarıda kişilere karşı işlenen suçlar arasında tasnif edilmiş ve 128. ve 129.madde olarak düzenlenmiştir.

³⁶⁶ 29.03.1950 tarihli ve 7469 sayılı Resmî Gazete Bknz.https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.tutanak_sonuc?v_mecilis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslilik=KANUNLAR&v_alibaslik=&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_bastarih=&v_bittarih=&v_kayit_sayisi=17736&v_gelecek_sayfa=5601&v_kullanici_id=11940002 .Bu Sözleşme'nin 5. Maddesi; "Sözleşmeci Devletler, bu Sözleşmenin hükümlerine etkililik kazandırmak, ve özellikle soykırımdan veya üçüncü madde belirtilen fiillerden suçlu bulunan kimselere etkili cezalar verilmesini sağlamak için, kendi Anayasalarında öngörülen usule uygun olarak gerekli mevzuatı çıkarmayı taahhüt eder." şeklindedir. Bknz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/33-36.pdf>. Hem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun soykırım suçunu düzenleyen 76. maddesinin gerekçesinde hem de 2003 Hükümet Tasarı gerekçesinde bu düzenlemeye atıf yapılmıştır. Anayasamızın 90. maddesi şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bknz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. Görüldüğü üzere, 2004 yılında eklenen cümleye göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmak kaydıyla, kanun ile milletlerarası andlaşmalar arasında fark veya çelişki olduğunda milletlerarası andlaşmalar esas alınacaktır. Bu maddede, milletlerarası andlaşmaların usulüne uygun olarak yürürlüğe girdikten sonra kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Buna göre, usulüne göre yürürlüğe giren andlaşma hükümleri için tekrar bir kanun yapılması gerekli değildir. Bu hükme rağmen, TCK 76. madde ile soykırımın iç hukuka dahil edilmesi sebebi, Soykırım Sözleşmesi ile iç hukuk açısından bazı düzenlemelerin yapılması ve ceza yaptırımının uygulanmasının öngörülmesidir. Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**; İstanbul, Beta, Eylül 2007, s. 123.

TCK'nın soykırım suçunu tarif eden 76. maddesindeki düzenlemesi³⁶⁷, Soykırım Sözleşmesinin 2. maddesindeki tanım esas alınarak oluşturulmuştur. Meclis Tutanaklarında madde metninin ilgili uluslararası sözleşmelerle uyumlu getirildiği belirtilmektedir.³⁶⁸

Soykırım Sözleşmesi ile TCK 76. madde düzenlemesi arasında küçük farklılıklar vardır. Madde gerekçesinde, “*Maddî unsurların, oluşması yönünden, hareketlerin "bir planın icrası" sonucu gerçekleştirilmeleri gerekmektedir. ...Tasarı metninde ise meydana getirilmiş "bir planın icrası suretiyle" denilerek objektif bir ölçüt kullanılmış olmaktadır. Böylece suç girişiminin planlı ve sistematik karakteri vurgulanmış olmaktadır. Kaldı ki, bu koşul Nürnberg Mahkemesi Statüsünün 6ncı maddesinde de yer almaktadır.*” şeklinde belirtmiştir ancak “*bir planın icrası suretiyle*” ifadesi Soykırım Sözleşmesi’nde yer almamaktadır.³⁶⁹

³⁶⁷Soykırım

MADDE 76. – “(1) Bir plânın icrası suretiyle, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

a) Kasten öldürme.

b) Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.

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

d) Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.

e) Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.

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

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

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

Kanun metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>

³⁶⁸ Verda Neslihan Akün, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku’nda Soykırım (Jenosid) Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Y: 2004, S: 24 s. 65, (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/99373>).

³⁶⁹ Türk Ceza Kanunu’nun soykırım suçunun unsurlarının ancak belli bir plan dahilinde işlenmesi ile oluşacağının belirlenmesinin suçun uygulama alanını daralttığı belirtilmiştir. Sinan Kocaoğlu, “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2005, S:3, ss. 147-166, s. 164. Bir planın veya bu yönde bir siyasetin varlığı, özel kastı kanıtlamak açısından önemli bir faktör teşkil edebilir. Ani bir kararla da, herhangi bir plana bağlı olmaksızın böyle bir kararın icrasına geçilmesi olanaksız değildir. Akün, **a.g.e.**, s. 66. Önok, 5237 sayılı TCK’daki bu anlayışın UCM Roma Statüsü’ne uygun gözüktüğünü, Suçun Unsurları adlı, Statüyü tamamlayıcı belgeye bakılınca soykırım suçunun maddî unsurunu teşkil eden hareketlerin belirli bir bağlamda işlenmesi durumunda bu suçtan bahsedilebileceği görüldüğünü, Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü’nde yer almayan bu objektif unsura yer veren Fransa bakımından öne sürülen itirazlar, TCK açısından da geçerli olabileceğini, buna göre, zaten soykırım suçunu kanıtlamak çok zor iken, bir de bu ilave unsura yer vermenin gerekliliğine itiraz edilebileceğini ifade etmiştir. Uygulamada, planlama unsuru olmaksızın soykırım suçunun işlenmesi fiilen mümkün gözükmediği gibi, soykırım kastının ispatı açısından da, saldırının planlanmış olmasının önemi büyük olduğunu, bu bakımdan TCK’nın fiilen “herhangi bir planın icrası suretiyle” işlenmesini öngörerek suçun uygulama alanını daralttığı yönündeki görüşlere pratik yönden katılmadığını belirtmiştir. R. Murat Önok, **Türk Ulusal**

Soykırım suçunun Tasarı'nın 128.maddesindeki düzenlenme biçimi, koruma altına alınan gruplar bakımından Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statülerinden farklılık göstermekteydi.³⁷⁰ TBMM Genel Kurulu'nda yapılan müzakereler esnasında, gerek grupların geniş tutulmasının milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması maksadıyla yürütülen mücadeleye karşı kullanılma riski taşıması, gerekse Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ve milletlerarası ceza mahkemelerinin statülerine uygun olmaması sebebiyle yeniden değerlendirilmiş ve yasalaşan metindeki halini düzenlemiştir.³⁷¹

TCK md. 76'nın son fıkrasında, uluslararası hukukta kabul edildiği gibi, soykırım suçlarının zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmiştir. İlgili madde değerlendirilirken şu tespitler yapılmıştır: 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Kabul Edilmemesine İlişkin Sözleşme, bu suçlarda zamanaşımının kabul edilmemesini düzenlemektedir. Yine UCM Statüsünün 29. maddesinde Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar (soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu) zamanaşımına uğramayacaktır. Bunun gerekçesi, uluslararası hukukta soykırım suçunun en ağır suçlardan kabul edilmesi, bu suç vasıtasıyla uluslararası toplumun insanlık değerlerinin korunmak istenmesidir. Diğer taraftan, uzun zaman geçse bile bu suçun doğurduğu kötü sonuçların toplumun hafızasından ve vicdanından silinmemesi, gelecek kuşakları etkilemesi de, bu suçun cezalandırılması ve evrensel anlamda bu tür suçlarla mücadelenin sağlanabilmesi açısından zamanaşımının işlememesini gerekli kılmaktadır.³⁷² Maddede zamanaşımının türü konusunda bir belirleme yapılmadığından, hem dava hem de ceza zamanaşımının kastedildiği sonucuna varmak gerekir.

TCK'nın 77. maddesinde insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu madde Nürnberg Mahkemesi Statüsünün 6/c maddesinden esinlenerek kaleme alınmıştır.³⁷³

Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, s. 27, (http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf).

³⁷⁰ “*milli, etnik, ırki, dini veya bunlar dışında bir özellikle belirlenen gruplar*”

³⁷¹ Güller, **a.g.e.**

³⁷² Ali Nevzat Açıkgöz, **Türk Ceza Kanunu Tanıtım Çalışması; Gerekçeli, Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2005, s. 157, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale).

³⁷³ Donay, **a.g.e.**, s. 125.

TCK'nın 77. maddesinde,³⁷⁴ insanlığa karşı suçlar düzenlenirken UCM Statüsü'ndeki düzenlemenin dikkate alınmadığı görülmektedir. İnsanlığa karşı suçların unsurları ve suç oluşturan fiillerin neler olduğunu uluslararası hukukta geçerli anlayışı yansıtacak şekilde düzenleyen UCM Statüsü md. 7'deki düzenlemenin TCK'da niçin dikkate alınmadığının anlaşılmadığı dile getirilmiştir.³⁷⁵ Bu konuda madde gerekçesinde de bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Soykırım suçunda olduğu gibi, insanlığa karşı suçlarda da zamanaşımı işlemeyecektir. Bu husus madde metninde açıkça yer almaktadır.

Savaş Suçlarının TCK'da düzenlenmemiş olmasını Önok, şu şekilde değerlendirmektedir: *“savaş suçları açısından özel düzenleme söz konusu olmadığı için, Statüye göre m. 8 kapsamına giren davranışlar ulusal hukukumuzda, mümkün olduğu ölçüde, adi suçlar çerçevesinde ele alınıp cezalandırılacaktır. Bu suçlar açısından da, TCK m. 66 vd.ndaki zamanaşımı kurallarının uygulanması gerekecektir. TCK'da öngörülen zamanaşımı süreleri oldukça uzundur. Fakat yine de, savaş suçlarına dair özel düzenlemelerimiz olmadığı için, Statü m.8 kapsamına giren fiillerin ulusal hukuk uyarınca adi suçlar çerçevesinde ele alınması karşısında, Statü'ye göre savaş suçu oluşturan bazı fiillerin zamanaşımına uğradığı için yargılanamaması mümkündür. Bu da, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCD'nin devreye girmesi ihtimalini doğurur. O halde, savaş suçuna dair özel düzenlemeler yapılmalı, bu suçlar açısından zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı da, ya TCK m. 66 vd. hükümlerine yapılacak eklemeye, ya da söz konusu özel düzenlemede, açıkça belirtilmelidir.”*³⁷⁶

³⁷⁴ İnsanlığa karşı suçlar

MADDE 77. –“ (1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefî, ırkî veya dinî saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plân doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kasten yaralama.
- c) İşkence, eziyet veya köleleştirme.
- d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma.
- e) Bilimsel deneylere tâbi kılma.
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı.
- g) Zorla hamile bırakma.
- h) Zorla fuhşa sevk etme.

(2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri 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 zamanaşımı işlemez.”

³⁷⁵ Turhan, a.g.e.

³⁷⁶ Önok, a.g.e., s. 58.

Öğretide bazı yazarlarca³⁷⁷, zamanaşımının ceza kovuşturmasına engel teşkil etmesi dolayısıyla ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu, bu nedenle zamanaşımına ilişkin yeni kanunun derhal uygulanarak daha önce işlenen suçlara da uygulanacakları iddia edilmiştir. Ancak Soyaslan, zamanaşımı devlet ile birey arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum olduğunu, bu nedenle yeni kanunun öngördüğü zamanaşımı süresinin failin lehine ise geçmişte işlenmiş suçlara uygulanabileceği ancak aleyhte ise yürürlüğe girdiği günden itibaren işlenen suçlara uygulanacağını belirtmiştir.³⁷⁸

Türk hukukunda dava zamanaşımı, maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmektedir.³⁷⁹ Dolayısıyla ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler, dava zamanaşımı için de geçerlidir. Bunun yanında zamanaşımı kurumu Anayasa'nın 38/2 maddesi göndermesi ile, Anayasa'nın 38/1 maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin güvencesi altındadır.³⁸⁰ Ayrıca kanunilik ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de yer almaktadır.

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında ana ilke “geçmişe yürümeme” dir. Dolayısıyla her suç gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanuna tabidir. Bunun istisnası ise “*lehte olan kanunun geçmişe uygulanabilirliği*” ilkesidir.³⁸¹ Kanunilik ilkesine göre, işlendiği zamanın kanununa göre suç oluşturmeyen bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbirleri uygulanamaz. Bu ilke hem 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'muzda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'muzda yer almaktadır. Öğretide bunun sebebi şu şekilde ifade edilmiştir: Fail suçu işlediği zamanki cezayı göze almıştır. Daha ağır olsaydı suçu işlemeyebilirdi. Dolayısıyla işlendiğinde suç oluşturmeyen bir fiilin suç haline getirilmesi ya da suç olsa bile sonradan daha ağır ceza öngörülmesi durumunda aleyhte yapılan bu değişiklikler geçmişe yürümez. Aksi halde hukuka güven ve saygı kalkar.³⁸²

³⁷⁷ Kayıhan İçel / Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, 3. Bası, İstanbul, 1999, s. 96; Nur Centel, / Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2015, s. 59.

³⁷⁸ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1998, s. 113.

³⁷⁹ Fahri Gökçen Taner, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, 2008, s. 29.

³⁸⁰ T.C. Anayasası madde 38: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.”

³⁸¹ Fahri Gökçen Taner, **Dava Zamanaşımının Kanunilik İlkesiyle İmtihani: İnsanlığa Karşı Suçlar** (<http://www.taner.av.tr/makale/38-dava-zamanasiminin-kanunilik-ilkesiyle-imtihani.html>).

³⁸² Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, Cilt I, Genel Hükümler, İzmir, 2006, s. 182.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük maddesi olan 344. Maddesi, kanunun ne zaman yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Buna göre Türk Ceza Kanunu'nda yer alan insanlığa karşı suçlar ile ilgili maddenin yürürlüğe giriş tarihi, 1 Haziran 2005'tir.³⁸³

Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiillerin insanlığa karşı suç kapsamına sokulması kanunilik ilkesi açısından mümkün gözükmemektedir. Bu suçlar için zamanaşımı işlemeyeceğini farz etmek kanunilik ilkesinin ihlali sayılacaktır.³⁸⁴

Kanunilik ilkesinin görünümelerinden biri de, aleyhe kanunun geçmişe yürümemesidir. Sonradan yürürlüğe giren kanunun hükümleri ile suçun işlendiği zaman yürürlükteki kanunun hükümleri çelişkili ise, failin lehine olan hüküm uygulanacaktır. Bu ifade, hem 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında³⁸⁵ hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında yer almıştır.³⁸⁶

765 sayılı TCK döneminde işlenen ve 5237 sayılı TCK ile zamanaşımına uğramayan suçlar arasına alınan bu suçlar bakımından lehe olan kanun 765 sayılı kanundur. Zira bu kanunda, 5237 sayılı TCK'nın aksine dava zamanaşımı süresi vardır.³⁸⁷

Bu sebeple, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen bir suç için zamanaşımı işlemeyeceğini ifade etmek pek mümkün görünmemektedir. İnsanlığa karşı suçlar, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda yer alsaydı ve suçun düzenlendiği maddede sınırlandırılmış zamanaşımı süresi olsaydı bile, aleyhe kanunun geçmişe yürütmesi yasağı gereğince 'insanlığa karşı suçlar için zamanaşımı işlemeyeceği' yönündeki kuralı uygulamak yine de mümkün olmayacaktı.³⁸⁸

³⁸³ Yürürlük Madde 344- "(1) Bu Kanunun; a) "İmar kirliliğine neden olma" başlıklı 184 üncü maddesi yayımı tarihinde, b) "Çevrenin kasten kirlenmesi" başlıklı 181 inci maddesinin birinci fıkrası ile "Çevrenin taksirle kirlenmesi" başlıklı 182 nci maddesinin birinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, c) Diğer hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girer."

³⁸⁴ Çakar, a.g.e., s. 194.

³⁸⁵ "Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur."

³⁸⁶ "Zaman bakımından uygulama Madde 7- (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."

³⁸⁷ Fahri Gökçen Taner, a.g.e.

³⁸⁸ Çakar, a.g.e., s. 194.

1 Haziran 2005’den önce bu suçun işlenmesi halinde zamanaşımı uygulanamayacağı görüşünde olanlar, “*hangi tarihte işlenmiş olursa olsun zamanaşımına uğramayacağına*” ilişkin bir hükmün Anayasa’ya eklenmesi önerisini sunmaktadırlar.³⁸⁹

Taşdemir, sonradan bu şekilde Anayasa’ya konulacak hükmün, hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacağını, oyunun kuralının sonradan değiştirilmesi sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Yine uluslararası hukukun dikkate alınmasının da güç olduğunu, keza Türkiye’nin sözleşmelere taraf olmadığını ifade etmiştir.³⁹⁰

Aksi görüşte olanlar ise, AİHM’in insanlığa karşı suçlarda geriye etkili uygulamayı ve bu suçlarda zamanaşımının geçerli olmamasını AİHS’e aykırı bulmadığını, uluslararası hukukta bu suçların çok daha önceden tanımlanmış olduklarını ileri sürerek, Kanun’un yürürlüğünden önceki suçlara uygulanabileceği iddia etmektedirler.³⁹¹

Türkiye’de zamanaşımı konusu soykırım suçundan ziyade, insanlığa karşı suçlar açısından tartışılmıştır. Özellikle, 90’lı yıllardaki faili meçhul cinayetler ve işkence suçları bağlamında tartışıldığı görülmektedir.

2015 yılının Şubat ayında; Halkların Demokratik Partisi (HDP) Şırnak Milletvekili Hasip Kaplan, Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “insanlığa karşı suçları” düzenleyen 77. maddesi ile soykırım suçunu düzenleyen 76. maddesinin geçmişe yönelik de işlemesi için kanun teklifi verdi.³⁹² Genel gerekçesinde, TCK 76 ve 77. maddedeki suçlara zamanaşımının uygulanmayacağını düzenlenmesine ancak bu suçların kanunun yürürlüğünden önce işlenmesi halinde geçmişe dönük uygulanamamasına dikkat çekmektedir.³⁹³ Kanunilik ilkesi sonucu olarak, Türk Ceza

³⁸⁹ Taşdemir, **a.g.e.**, s. 55.

³⁹⁰ **Ibid.**, s. 56.

³⁹¹ **Ibid.**, s. 55, Aktarılan: M. Nedim Bekri, “İnsanlığa Karşı Suçlarda Geçmişe Etkili Uygulama ve Dava Zamanaşımı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Nisan 2013, s. 13.

³⁹² Kanun teklifi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2657.pdf>.

³⁹³ “Soykırım ve İnsanlığa karşı işlenen suçlarda, TCK’nın 76 ve 77. maddelerinde zamanaşımının işlemeyeceği yazılıdır. Ancak, 12 Eylül darbesi ve sonrasında kayıplar, faili meçhul cinayetler, katliam suçlarında yapılan düzenleme ile söz konusu suçların kanun öncesini kapsamaması nedeniyle geçmişe şamil uygulanmamaktadır. İnsanlığa karşı suçlar, devletlerin kendi yurttaşlarına karşı ve illegal örgütlerin yürüttüğü insanlık dışı faaliyetleri ifade eder. BM Sözleşmesi, Lahey Sözleşmesi ve birçok sözleşmelerde 1948 soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması sözleşmesi, ırk ayrımcılığını yasaklayan sözleşmeler, Uluslararası Ceza Mahkemesi sözleşmesi bu konuya dikkat çekmektedir. Son yıllarda Ortadoğu’da, özellikle Suriye ve Irak’ta El Kaide, El Nusra ve IŞİD benzeri örgütlerin de insanlığa karşı işledikleri suçlar, Türkiye’de saldırılarıyla gündeme gelmektedir. Türkiye’de 12 Eylül

Kanunu ve Anayasa'nın 38. maddesi bağlamında zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemelerin (bu suçlar açısından zamanaşımının uygulanmaması), 5237 sayılı TCK'dan önce işlenen suçlar bakımından geriye etkili olmaması sorunu aşılmaq istenmektedir. Bu şekilde bir düzenleme yapılması durumunda, kanunda açıkça suçla ilişkin zamanaşımı uygulanmamasının geriye etkili olması düzenleneceğinden kanundan önce işlendiğı iddia olunan bu suçlar hakkında insanlığa karşı suç kapsamında soruşturma başlatılabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türkiye, ne 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair BM Sözleşmesi'ne³⁹⁴ ne de bu konuda 1974 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne taraftır.³⁹⁵

2. Fransa'nın Yaklaşımı

9 Ağustos 2010 yılında Fransız Ceza Usul Kanunu, Roma Statüsü'ne uyumlu olarak Fransız mahkemelerinin yargılama yetkisi bu tarihten sonra işlenen soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını içerecek şekilde genişleterek değiştirdi.³⁹⁶

İnsanlığa karşı suçların soruşturulmasında zamanaşımı uygulanmayacağını düzenleyen 26 Aralık 1964 tarihli 64-1326 nolu Kanunun maddesi şu şekildedir: “8 Ağustos 1945 tarihli Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü'nde yer alan insanlığa karşı suçların tanımını içeren 13 Şubat 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Kararında tanımlanan insanlığa karşı suçlar doğaları gereği kovuşturma zamanaşımına tabi değildir.”³⁹⁷

Bu madde, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda da yer almaktadır. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, soykırım ve insanlığa karşı diğer suçları düzenlemiş ve 213/5

darbesi ve sonrası insanlığa karşı işlenen suçların kanun öncesi de işlenmesi durumunda zaman aşımının işlememesi, darbecilerin ve çetelerin yargılanması amaçlanmıştır.”

³⁹⁴ <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280034934&clang=en>, Erişim tarihi: 02.06.2019.

³⁹⁵ https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/082/signatures?p_auth=IhiLmqRh, Erişim tarihi:02.06.2019.

³⁹⁶ **The Legal Framework for Universal Jurisdiction in France; Human Rights Watch, USA,** 2014, s. 1, (https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/IJ0914France_3.pdf).

³⁹⁷ E. Lauterpacht/ C.J.Greenwood,/A.G. Oppenheimer, **International Law Reports**, Volume 100, Cambridge University Press, October 1995, s. 342.

maddesi ile bu suçlara ilişkin kamu davalarına ve uygulanan cezalara zamanaşımı işlemeyeceğini belirtmiştir.³⁹⁸

1967 yılında; savaş suçluları ve insanlığa karşı suçları işleyen kişilerin cezalandırılması sorusu üzerine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 3. Komitesindeki tartışma sırasında Fransa; “Zamanaşımının uygulanması bir iç hukuk ilkesi olsa da, [1945 Uluslararası Askeri Mahkeme Tüzüğü (Nürnberg)] 'de tanımlandığı gibi savaş suçlarının niteliği, zamanaşımını bu suçlara uygulanamaz hale getirdi; Fransa tarafından 26 Aralık 1964 tarihli kanunla tanınmıştı ve esaslı bir sonuç olarak geriye yürürlük ile uluslararası düzeyde tanınması gerekiyordu, çünkü onsuz zamanaşımı uygulanamaması anlamsız olurdu.” şeklinde beyanda bulundu.³⁹⁹

2009 yılında Fransa Dışişleri ve Avrupa Bakanı; “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetki alanına giren suçlarla ilgili zamanaşımının uygulanmamasına ilişkin olarak, Roma Statüsü'nde öngörülen bu ilke, mahkeme usulüne uygulanır. Fransız hukukunda, zamanaşımı kuralı, yalnızca kolektif vicdanı sarsan ve doğası gereği vazgeçilmez bazı suçlar hariç, soruşturmaya uygulanmaktadır. Bu, iç hukukta soykırımı kapsayan, insanlığa karşı işlenen suçlar vakasıdır... Bunu görecelendirmeden, savaş suçlarının farklı bir mantığı var. Hükümetin, zamanaşımı uygulanmamasının, istisnai ağırlığını hesaba katarak insanlığa karşı suç kategorisini önemsiz kılmaktan kaçınmak için bir istisna olarak kabul etmek istemesinin nedeni budur. Savaş suçlarının özgüllüğünü dikkate almak için hükümet, geçerli zamanaşımı sürelerinin uzatılmasını sağlamıştır” şeklinde belirtmiştir.⁴⁰⁰

Bu konudaki en önemli dava, *Barbie davası* olarak geçen davadır. *Barbie* davası İkinci Dünya Savaşında Lyon'da Gestapo komutanı olan Alman vatandaşı Klaus Barbie'ye ilişkindir. 1950'lerde Lyon Bölge Mahkemesi tarafından yokluğunda savaş suçlarından iki kez suçlu bulunmuş ve idam cezasına çarptırılmıştır.

³⁹⁸ 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu bknz. <https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1740>

³⁹⁹ UN Doc A/C. 3/SR.1515, 15 November 1967, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule160).

⁴⁰⁰ No 59178 Journal officiel de la Republique Française, 27 October 2009 s. 10166, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule160).

Fransız yetkililer tarafından, sorgulama tarzındaki kötü şöhreti sebebiyle Lyon Kasabı lakabını kazandığı II. Dünya Savaşı sırasında işlediği insanlığa karşı suçlar sebebiyle aranmaktaydı. Savaştan sonra, Bolivya'ya göç etmesi için yardım eden Amerika Birleşik Devletleri Ordu İstihbarat Teşkilatı tarafından işe alındı. Fransız yetkililer Bolivya'daki ikametinin farkına vardığında, bir tutuklama emri çıkarıldı. Bolivya, Barbie'yi sınır dışı etti ve Fransız Guyana'sında bir uçaktan inerken, Fransız yetkililer tarafından yakalandı ve gözaltına alındı.⁴⁰¹

Nisan 1980'de, Lyon Cumhuriyet Başsavcısı, başta Lyon'da olmak üzere, Barbie'nin yaptığı bir dizi eylemle ilgili bir polis soruşturması başlatılmasını emretti. Bu eylemler, Barbie'ye karşı 1952 ve 1954 mahkumiyetleri çıkmasıyla suçlanan iddianamelere dahil olanlar arasında değildi. Bu yeni gerçekler, soruşturmaların açılmasına ve 12 Şubat 1982'de yeni bir adli işlem başlatılmasına neden oldu. Burada, Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6-c maddesinde belirtilen ve 26 Aralık 1964 tarihli Fransız Kanunu'nda tanımlanan insanlığa karşı suçların tanımı uygulandı. Lyon Savcılığı, Nürnberg Statüsü'nde belirtilen tanıma, insanlığa karşı suçlarla suçlanan Barbie'ye karşı kamu soruşturması başlatmak için atıf yaptı. Bu yeni soruşturma üç ana tartışmaya yol açtı: 1) insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanamayacağına ilişkin 26 Aralık 1964 tarihli Fransız Kanunu'nun bu davaya uygulanıp uygulanmayacağına; 2) Barbie'nin Fransa tarafından yakalanmasının şartlarının ve koşullarının yasal olup olmadığına; ve 3) son olarak, insanlığa karşı suç tanımının kapsamının, bu suçlardan mağdur ancak savaşçı olmayan sivil bireyleri içerip içermediğine.⁴⁰²

1984'teki Barbie davasında, Fransa Temyiz Mahkemesi:

“Temyiz uyarınca verilen karar, diğer davalar sırasında danışılan ancak genel kapsam ve yargılamayı bağlayan uluslararası kamu politikası ile ilgili sorular üzerine görüşlerini açıklayan Dışişleri Bakanı tarafından 15 Haziran 1979'da verilen Londra Sözleşmesi'nin resmi yorumuna uygundur. Mahkeme, insanlığa karşı suçların kovuşturulmasında zamanaşımı konusunda Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsünden çıkabilecek tek ilkenin, bu suçların kovuşturulmasında zamanaşımına tabi

⁴⁰¹ <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/183/Barbie/>.

⁴⁰² Jean-Olivier Viout, “The Klaus Barbie Trial and Crimes against Humanity”, 3 HOFSTRA L & POL'Y SYMP 155, 1999, s. 158.

*olmadığı kararına varmıştır. Temyiz Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 60. maddesi anlamı bağlamında, “kovuşturmada zamanaşımından yararlanma hakkının” bir insan hakkı veya temel bir özgürlük teşkil etmediğine işaret etmektedir. Temyiz Mahkemesi daha sonra Sözleşmenin 7 (2) Maddesine ve 1966 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 15 (2) Maddesine atıfta bulunmuştur. Aslında, bu hükümlerin hiçbirisi kovuşturmanın zamanaşımına tabi olmadığına dair herhangi bir istisna veya kısıtlama getirmez. Bu kural, milletler topluluğu tarafından tanınan hukuk ilkeleri sayesinde insanlığa karşı suçlar için geçerlidir” şeklinde karar verdi.*⁴⁰³

26 Ocak 1984 tarihinde, Yüksek Mahkeme (Ceza Dairesi), insanlığa karşı işlenen suçlar için herhangi bir zamanaşımı olmadığını doğrulamıştır. Barbie aleyhindeki dava bu nedenle devam edebilecektir.

20 Aralık 1985 tarihinde, Yüksek Mahkeme (Ceza Dairesi), 10 yıllık zamanaşımının savaş suçları için geçerli olduğuna ve Barbie tarafından gerçekleştirilen savaş suçu sayılan herhangi bir fiilin zamanaşımı süresinin geçmiş olmasından dolayı kovuşturulamayacağına karar vermiştir. Dava, nihai çözümün bir parçası olarak insanlığa karşı suçlar özellikle de masum Yahudilere karşı işlenen zulüm suçları yargılanmasına bakmak için *Cour d'Assises*⁴⁰⁴'e geri gönderilmiştir.⁴⁰⁵

Bu davada Temyiz Mahkemesi, insanlığa karşı suçların aksine savaş suçlarının zamanaşımına tabi olduğunu belirtmiş ve şunları eklemiştir: “*Muhasamatın sona ermesinin ardından, insanlığa karşı suçların niteliğini sağlayacak nitelikte olmaması şartıyla, askeri gereklilik haklı çıkarmamış veya savaş yasalarını ve geleneklerini ihlal eden fiiller dahi olsa silahlı çatışmalar sırasında işlenebilecek vahşilik eylemlerini bulandırmak için zamanın geçmesine izin vermek gereklidir. Fransız kanunlarından daha üstün bir otoriteye sahip ne 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Andlaşması anlamında veya 28 Ağustos 1944 tarihli Statü'de tanımlandığı şekilde savaş suçlarına zamanaşımın uygulanmayacağını bildiren bir hukuk ilkesi yoktur.*”⁴⁰⁶

⁴⁰³France, Court of Cassation, Barbie case, Judgement, 26 January 1984, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule160).

⁴⁰⁴Ağır suçların görüldüğü, jüri önünde yargılama yapan Fransız Mahkemesi. Robert Ferrari, “The Procedure in the ‘Cour D'Assises’ of Paris”, **Columbia Law Review**, vol. 18, no. 1, 1918, ss. 43–62, s. 43.

⁴⁰⁵<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/183/Barbie/>.

⁴⁰⁶Court of Cassation, Barbie case, Judgement, 20 December 1985, France, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule160).

Yüksek Mahkeme şu şekilde insanlığa karşı işlenen suçları ifade etmiştir: *“Aşağıdaki fiiller, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Sözleşmesine ekli Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 6(c) maddesi anlamı bağlamında, Statü’de savaş suçu olarak sınıflandırılmış olsalar bile, soruşturulmaları zamanaşımına tabi olmayan insanlığa karşı suç oluştururlar: Sistematiik biçimde, ideolojik bir hakimiyet politikası uygulayan bir Devlet adına, yalnızca ırkçı veya dini bir topluluğa üye olmaları nedeniyle değil, aynı zamanda karşı tutumları ne olursa olsun bu politikanın muhaliflerine karşı da işlenen insanlık dışı fiiller ve zulümlerdir.”*⁴⁰⁷

Barbie, *Cour d’Assises* tarafından yargılandı ve 4 Temmuz 1987’de insanlığa karşı suçlardan mahkûm edildi. Ömür boyu hapis cezasına çarptırıldı. Avukatları, mahkûmiyet kararına karşı on dört farklı nedenle temyiz yoluna başvurdu. Tamamı reddedildi.⁴⁰⁸

Ulusal düzeyde yapılan yargılamalarda dava zamanaşımının ihmali ilk kez Fransa’daki *Barbie* davasında ortaya çıkmış olmakla beraber, aynı yaklaşım 13 Nisan 1992 tarihli *Touvier* kararında da sürdürülmüştür. Bu sebeple, *Touvier* davası ele alınacaktır.

Paul Touvier, Vichy Fransa’da bir işbirlikçiydi. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ihanet suçlaması ve düşmanla işbirliği yapmaktan tutuklandı ve ölüme mahkûm edildi ancak 1947’de kaçmayı başardı ve sonraki 43 yıl boyunca soruşturmadan kaçtı. Bu cezalar için zamanaşımı süresi Mart 1967’de sona erdi. Ancak, 1964’te Fransa’da insanlığa karşı suçlar için zamanaşımı kaldırıldı (verilen ölüm cezasına ilişkin zamanaşımının geçmesini bekledikten sonra, 16 Temmuz 1969’da Touvier, diğer cezalarına yönelik af için başvurdu)⁴⁰⁹ ve Touvier, 24 Mayıs 1989’da tutuklandı ve insanlığa karşı suçlara yardım ve yataklık ile suçlandı. Lyon’daki İkinci Milis Hizmeti’nin yerel lideri olarak görevini yerine getirirken işlediği insanlığa karşı suçlarla suçlanmıştır. Bunlar; baskınlara katılma, direniş üyelerinin tutuklanması,

⁴⁰⁷ Joseph Powderly, “The Trials of Eichmann, Barbie and Finta”, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, Routledge, 2010, s. 42, (<https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9780203836897.ch3>).

⁴⁰⁸ Leila Sadat Wexler, “The Interpretatiin of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again”, **32 Columbia J. Transnatl. L** 289, 1994, s. 344.

⁴⁰⁹ **Ibid.**, s. 323.

işkence ve tehciri ve yedi Yahudi'nin 28 ve 29 Haziran 1944'de Rillieux'de infazıdır.⁴¹⁰

Fransa Cumhurbaşkanı Pompidou tarafından 1971'de affedildi ve bütün ikinci derecedeki suç ortaklığı ilişkin cezaları ortadan kaldırıldı. Touvier'in affına, Fransız basını tarafından şiddetle karşı çıkıldı ve uzun süre tartışıldı.⁴¹¹

9 Kasım 1973'de, zarar gören taraf olarak yargılamaya katılma talebi ile insanlığa karşı suçlar ile ilgili suç duyurusunda bulunuldu. Suç duyurusunda bulunanlar; Lyon tetkik hakimi, 1943'deki Lyon sinagog saldırısından dolayı suç duyurusunda bulunan R. E ve Rillieux kurbanlarından birinin oğludur. Bu yargılamalarda hakimler davaları düşürdü. 6 Şubat 1975 tarihli bu üç yargılamada; Temyiz Mahkemesi, kurucu unsurları düşmanla ittifak ve savaş suçlarından farklı olan ve özel bir mahkemesi olmayan insanlığa karşı suçları teşkil eden fiiller olup olmadığının değerlendirmesi hakimnin görevidir gerekçesiyle kararları reddetti.⁴¹²

17 Aralık 1976 yılında Paris Temyiz Mahkemesi Dışişleri Bakanı'ndan uluslararası sözleşmeler bağlamında zamanaşımı ile ilgili sorular sorarak yorumunu talep etti. Dışişleri Bakanı 15 Haziran 1979'da şu şekilde yorumunu bildirdi: Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü'nden insanlığa karşı suçların zamanaşımına tabi olmadığı, 7. maddesinin 2. bendinin hem geçmiş hem gelecek suçları kapsadığı, 16 Temmuz 1957 tarihli İnsan Hakları Avrupa Komisyonu kararı bağlamında, insanlığa karşı suçun ceza hukukunun geriye yürümeme yasağı bağlamına girmediği sonucunun çıkarılabileceğini belirtti. Bakan, zamanaşımı belirtilen insanlığa karşı suçların soruşturulmasının insan hakları veya temel özgürlüklere girip girmeyeceği konusunda yorum yetkisi olmadığını, bu konunun yasalara tabi olduğunu belirtmiştir.⁴¹³

17 Eylül 1983 tarihli yargılamada, Fransız Yargıtay'ı, davanın *Paris Tribunal de grande instance* mahkemesine⁴¹⁴ devredilmesine karar verdi. 1994 yılında *Yvelines Assises* Mahkemesi tarafından Touvier'e insanlığa karşı suça yardım ve yataklıktan

⁴¹⁰ <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/38/Touvier/>.

⁴¹¹ Wexler, **a.g.e.**, s. 323.

⁴¹² ECommHR, Touvier v. France (Appl. No. 29420:95), Decision, 13 January 1997, s. 151.

⁴¹³ Ibid., s. 152 ve 153.

⁴¹⁴ Fransa'da dava sayısı olarak en büyük ilk derece mahkemelerinden biridir.

ömür boyu hapis cezası verildi. Kurul, 8 Ağustos 1945 Müttefikler Andlaşması'na eklenen Nürnberg Uluslararası Mahkeme Statüsü'ne ve insanlığa karşı suçların zamanaşımı olmadığını belirten sözleşmeye açıkça atıf yapan 26 Aralık 1964 tarihli Fransız Kanunu'na işaret etmiştir.⁴¹⁵

Fransız Hukukunda bu konuda diğer önemli bir dava da *Boudarel* davasıdır. Bu dava, diğer davalardan farklı olarak Nazi suçları ile ilişkili değildir.

Fransız Indochine savaşı sırasında (1946- 1954), Fransız Cochinchine'de eski bir öğretmen olan George Boudarel, Tonkin'in kuzeyindeki Vien Minh'e katılmak için ayrıldı. Camp 113'deki Fransız savaş esirlerinin “yeniden eğitilmesinden” sorumlu bir “siyasi komiser” oldu. 1966'da, Indochine savaşı sırasında işlenen suçlarla ilgili af yasası sayesinde, VII. Paris Üniversitesi'nde öğretmenlik yaptığı Fransa'ya geri döndü. 1991 yılında, Kamp 113'teki eski bir savaş esiri, onu modern Asya konulu bir konferans sırasında tanıdı. Daha sonra insanlığa karşı suçlardan dolayı aleyhinde yargılamalar başlatıldı.⁴¹⁶

1993 yılında Boudarel davasında, Fransız Yargıtay'ı Ceza Dairesi Soruşturma hakimi, 13 Eylül 1991 tarihli emriyle, gerçek kişiler tarafından suç duyurusunda bulunulan fiillerin, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Şartı'na eklenmiş Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü'nün 6/c maddesi anlamında ve 26 Aralık 1964 tarihli Kanuna göre, insanlığa karşı suç teşkil edeceğini, uluslararası normların iç hukuk üzerindeki üstünlüğünden zamanaşımına tabi olmadıkları gibi aynı zamanda 18 Haziran 1966 tarihli Af Yasasına dahil edilmeyeceklerini belirtmiş ve soruşturma hakimi sonuç olarak bu şikayetler hakkında soruşturma yürütmeye karar vermiştir.

Bu kararı bozmak için, savcının temyiz başvurusunda, soruşturulma için bir gerekçe olmadığı, kamuoyu yatıştırıldığından, özellikle *Chambre d'Accusation*,⁴¹⁷ Georges X... 'ın Vietnam ayaklanmasının ardından meydana gelen olaylarla ve 1 Ekim 1957'den önce işlenmiş, uygulama alanı olarak hiçbir suçu istisna tutmayan 18 Haziran 1966 tarihli Af Kanunu'nda öngörülen suçlarla ilgili suçlandığına karar vermiştir.

⁴¹⁵ Ibid., s. 161.

⁴¹⁶ <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1201/Sobanski-v-Boudarel/>.

⁴¹⁷ Soruşturma hakimlerin kararlarına bakan bir temyiz mahkemesi.

Hakimler; “26 Aralık 1964 Kanun’dan beri ulusal Fransız Hukukunda yer alan insanlığa karşı suçlar, yapıları gereği zamanaşımına tabi değilse de, bu ilke sınırlayıcı bir şekilde uygulanmalıdır” şeklinde belirtmişlerdir. Bu konuda açık bir hüküm olmadığında ne iç hukuk ne uluslararası hukuk altında, 8 Ağustos 1945 tarihli Müttefik Londra Sözleşmesi’nin genel felsefesi ve Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü’nün kaynağı olan insanlık suçları için affın dışlanması ilkesinin geçerli olmasının desteklenemeyeceğini değerlendirdiler, affın Georges X’e yöneltilen suçlamalar altında insanlığa karşı suçlara eşit olarak uygulanması gerektiğine karar verdiler.

Nitekim, 26 Aralık 1964 tarihli Kanun ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Sözleşmesi’nin ekindeki Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü’nün hükümleri, yalnızca Avrupa Mihveri⁴¹⁸ ülkeleri adına işlenen eylemleri ilgilienmektedir; buna ek olarak, Tokyo’daki Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı Fransa’da ne onaylanmış ne de yayımlanmıştır ve 26 Aralık 1964’teki Kanun’un hiçbir maddesine veya Birleşmiş Milletler’in 13 Şubat 1946’daki kararına girmemiştir, 5. maddesi yalnızca Japon savaş suçluları veya suç ortakları tarafından işlenen şiddet fiillerini öngörmektedir. Bu nedenle, II. Dünya Savaşı’nın ardından sivil taraflarca suç duyurusunda bulunulan fiiller, yukarıda belirtilen metinler anlamında insanlığa karşı suçların sınıflandırılmasını almak için uygun değildir.⁴¹⁹

Fransız Yargıtay’ı 1964 tarihli Kanunu’nun coğrafi ve zamansal kapsamını, II. Dünya Savaşı sırasında Avrupa’da işlenen suçlarla sınırlandırarak, özel bir yorum verdiği görülmektedir. Bu durumun daha sonraki süreçleri de etkilediği görülmektedir.

Fransa, 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair BM Sözleşmesi’ne taraf olmamakla birlikte,⁴²⁰ 25/01/1974 tarihinde 1974 tarihli Avrupa Sözleşmesi’ni imzalamış ancak daha sonra onaylamamıştır.⁴²¹

⁴¹⁸ II. Dünya Savaşında savaşan iki ittifaktan biridir. Üç büyük ortağı Almanya, İtalya ve Japonya’dır. (<https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/axis-alliance-in-world-war-ii>).

⁴¹⁹ France, Court of Cassation, Boudarel case, Appeal Nr. 92-82273, Judgment, 1 April 1993, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_fr_rule160).

⁴²⁰ <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280034934&clang=en>, Erişim tarihi:7.06.2019.

⁴²¹ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/treaty/082/signatures?p_auth=IhiLmqRh, Erişim tarihi:7.06.2019.

3. Almanya'nın Yaklaşımı

1981 yılında, 1954 tarihli İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısı'na⁴²² ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Altıncı Komitesinde tartışmalar sırasında; Demokratik Almanya Cumhuriyeti *"Tasarı kanunun, bu suçlara zamanaşımı uygulanamayacağına ilişkin açık bir hükmü içermesi gerektiğini"* belirtti.⁴²³

Mayıs 1949'da onaylanan Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Temel Yasası, taksirle adam öldürme için 15 yıl, kasten adam öldürme için 20 yıl zamanaşımını korumuştur. 1945'teki savaşın sonundan itibaren, bu kategorilere giren Nazi suçlarının sırasıyla 1960 ve 1965'ten önce soruşturulması gerekecekti.⁴²⁴

Batı Almanya'da, Nasyonal Sosyalist (Nazi) politikaların ifasında işlenen suçları da kapsayan adam öldürme suçunun soruşturulması için 15 yıllık zamanaşımı vardı ve 1960 yılında zamanaşımı doluyordu. 1960'da zamanaşımının dolmasını önlemek için; Sosyal Demokratlar, 1945- 1949 yılları arasında zamanaşımı süresinin askıya alınmasını sağlayan böylelikle soruşturmaya müsaade eden zamanı genişleten yasa tasarısı sundu. Ancak hem Komite hem de Genel kurul tarafından bu tasarı yeterli oyu alamadı. Bunun sonucu olarak, 1933-1945 dönemindeki olaylardan kaynaklanan adam öldürme soruşturmaları, 31 Aralık 1960'dan itibaren zamanaşımı engeline tabiydiler.⁴²⁵

1965'de, kasten adam öldürme suçları için 20 yıllık zamanaşımı dolduğunda benzer bir durum ortaya çıktı. Bu dönemde, ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılan bütün suçlar bağlamında 8 Mayıs 1945'den 31 Aralık 1949'a kadar zamanaşımından

⁴²² 1954 tarihli İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısı için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_3_1954.pdf

⁴²³ UN Doc. A/C. 6/36/SR.60, 26 November 1981, German Democratic Republic, Statement before the Sixth Committee of the UN General Assembly, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_asug-6e9dad_rule160).

⁴²⁴ Caroline Sharples, "In Pursuit of Justice: Debating the Statute of Limitations for Nazi War Crimes in Britain and West Germany During the 1960s", **Central Lancashire Online Knowledge**, s. 4, (http://clock.uclan.ac.uk/13547/1/13547_In_Pursuit_Justice_Revised_May_2014_29.pdf).

⁴²⁵ Martin Clausnitzer, "The Statute of Limitations For Murder In the Federal Republic of Germany", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 29, No.2, Apr. -Jul, 1980, ss. 473-479, s. 475.

muaf tutan yasa geçti. Bu yasa, 1969' a kadar kasten adam öldürme davalarında zamanaşımı süresinin dolmasını erteleyerek, ek 5 yıl için zamanaşımı süresinin askıya alınmasını sağlıyordu. Bu yılda (1969) bu konu tekrar gündeme alındı. Uzun ve yoğun tartışmalar sonucunda, kasten adam öldürme için 20 yıllık zamanaşımını 30 yıla çıkaran kanun geçti.⁴²⁶

10 yıl sonra yani 1979 yılında 30 yıllık zamanaşımı süresi tekrar dolduğunda tekrar yeni bir yasaya ihtiyaç duyuldu. 1979 yılına kadar Batı Almanya mahkemelerinin Nazi savaş suçlularını soruşturma ehliyeti, kasten ve taksirle adam öldürme suçlarındaki zamanaşımına dayalı olarak engellendi. 1960'lı yıllar boyunca, bu konu hem Federal Almanya hem de uluslararası topluluk bağlamında dikkate değer bir kamuoyu tartışması yarattı. Savcılar, politikacılar, gazeteciler ve soykırımdan kurtulanlar devam eden savaş suçları için gereğini tartıştılar.⁴²⁷

On yıl sonra, oylama çok daha yakındı, ancak nihayet, 3 Temmuz 1979'da, tüm kasten adam öldürme davalarında zamanaşımını kaldırmak için yapılan başvuru, on saatlik bir kurul tartışmasından sonra 255 oyla 222'ye geçti.⁴²⁸

Monson, 29 Mart 1979'dan önceki sürecin 3 ana olaydan etkilendiğini belirtmektedir. Bunlar; (1) Bonn hükümetinin, görüş oluşturma sürecine yardımcı olmak için, Nazi savaş suçlularını adaletle teslim etmeye yönelik tedbirler hakkında bir bildiri sunacağını açıklaması, (2) Ocak ayında, Almanya televizyonu WDR'in tamamen zamanaşımını terk ettirme konusunda kamuoyunu dramatik bir şekilde değiştiren Holocaust adlı Amerikan dizisini yayınlaması, (3) 19 Nisan 1979'da, ünlü olmayan Maidanek toplama kampındaki toplu katliamlardan suçlanan 4 davalının, Düsseldorf'da 3,5 yıl süren -yüksek pozisyonlarda yer alan ve belgelerde imzası olan mahkumlar ile olaydan 30 yıl sonra münhasıran kesin olmayan tanık ifadelerine dayanılması gereken fiilen kasten adam öldürme suçunu işleyenler arasındaki farkı şok edici bir şekilde gösteren- davadan beraat etmeleridir.⁴²⁹ Görüldüğü üzere, bu süreçte kamuoyu çok önemli bir rol oynamıştır.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Sharples, a.g.e., s. 1.

⁴²⁸ Ibid., s. 15.

⁴²⁹ Robert A Monson, "The West German Statute of Limitations on Murder: A Political, Legal and Historical Exposition", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.30, No.4, Autumn, 1982, Oxford University Press, s. 619.

Bu kanunun geçmesiyle, bütün kasten adam öldürme suçları için, ister insanlığa karşı suç ister soykırım suçu isterse savaş suçu bağlamında işlensin tamamı zamanaşımına tabi olmaktan çıkmıştır.

Bu süreç Doğu Almanya (Alman Demokratik Cumhuriyeti)’da farklı bir şekilde devam etmiş ve 1990 yılında Batı ve Doğu Almanya’nın birleşmesi ile aşağıdaki şekilde yasama devam etmiştir.

Almanya’nın Ceza Kanunu’na (1998) göre soykırım suçu ve kasten adam öldürme, zamanaşımı ile ilgili genel hükümlerden açıkça hariç tutulmuştur.⁴³⁰

Almanya’nın, Alman Ceza Kanunu haricinde, uluslararası suçlara ilişkin ayrı bir ceza kanunu bulunmaktadır. 26 Haziran 2002 yılında Alman Federal Meclisi’nden geçmiştir. 1. maddesi, uluslararası ceza mahkemesinin yetki alanındaki suçların (soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarında) soruşturulması için Alman mahkemelerine hukuki çerçeve sağlamaktadır.⁴³¹

Almanya'nın Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Yasası (2002) şu hükmü getirmektedir: *“Bu yasaya göre, ağır suçların soruşturulması (soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları) ve hükmedilen cezaların yerine getirilmesi zamanaşımına tabi olmayacaktır”*⁴³²

4. ABD’nin Yaklaşımı

ABD’de, ölümle cezalandırılacak federal suçlar için, bazı federal terörizm suçları ve belirli federal cinsel suçlar için zamanaşımı bulunmamaktadır. Diğer çoğu federal suç için soruşturma, suçun işlenmesinden sonraki beş yıl içinde başlamalıdır. İstisnalar bulunmaktadır. Bazı suç türleri daha uzun süreli zamanaşımına tabidir, bazı

⁴³⁰Germany, Penal Code, 1998 Section 78/2, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_de_rule160).

⁴³¹ Elisabeth Hand, “Introductory Note To The German Act To Introduce The Code of Crimes Against International Law”, **International Legal Materials**, Vol.42, No.4, July 2003, Cambridge University Press, s. 995.

⁴³² Germany, Law Introducing the International Crimes Code, 2002, Article 1/5, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_de_rule160).

durumlarda uygulanacak belirli sürenin aksine askıya alınır veya genişletir.⁴³³ Ölümle sonuçlanan savaş suçlarında⁴³⁴ ve soykırım suçlarında⁴³⁵ zamanaşımı bulunmamaktadır.

1967 yılında, BM Genel Kurulu Üçüncü Komitesi'ndeki savaş suçlarının ve insanlığa karşı suç işleyen kişilerin cezalandırılması konulu bir tartışma sırasında, Amerika Birleşik Devletleri temsilcisi: “Heyetinin, Nürnberg’de yargılanan ve mahkum edilen Nazi suçlularının suç türlerine yani savaş ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin sözleşmenin kabulüne ve soruna yapıcı bir şekilde yaklaşmak isteyen diğer heyetler ile birlikte çalışma yoluyla aranan temel insan hakları hedeflerini desteklediğini” belirtti.⁴³⁶

ABD Dışişleri Bakanlığı, 1977’de Fransa Büyükelçiliği’nden gelen bir soruya cevap olarak şunları söyledi: “ABD hükümetinin görüşü, ne ekli 1945 Uluslararası Askeri Mahkeme Statüsü (Nürnberg) ile 1945 Londra Sözleşmesi ne de 1945 tarihli Müttefik Kontrol Konseyi Yasası No.10’nun soruşturma ve ceza için zaman sınırlaması koyan madde içermediğidir.....Amerika Birleşik Devletleri ayrıca 1945 tarihli Müttefik Konseyi Yasası’nın, belirtilen zaman itibariyle zamanaşımının yararlarını kaldırması sebebiyle ve aykırı bir hüküm bulunmadığı ışığında; bu belgelerde yer alan suçların soruşturma ve ceza ile ilgili zamanaşımına tabi olmadığı kabul eder. Amerika Birleşik Devletleri Federal Yasası savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarda zamanaşımı içermez”.⁴³⁷

Nazi suçları haricinde zamanaşımı konusu ABD’de farklı dönemlerde de gündeme gelmiştir.

1991 yılında, Irak’a Körfez Savaşı harekâtı ile ilgili verdiği notada⁴³⁸, ABD şunları belirtti: “Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti, Irak Hükümeti’ne Uluslararası

⁴³³ Charles Doyle, **Statute of Limitation in Federal Criminal Case: An Overview; Congressional Research Service**, 14 November 2017, ss. 1-30, s. 2.

⁴³⁴ 18 U.S.C. § 2441.

⁴³⁵ 18 U.S.C. § 1091.

⁴³⁶ UN Doc A/C.3/SR.1517, 16 November 1967, s. 276.

⁴³⁷ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_us_rule160.

⁴³⁸ Jean- Marie Henckaerts and Louise Doswald -Beck, **Customary International Humanitarian Law**, Volume II, Practice, Part 1, UK, Cambridge University Press, 2005, s. 3670.

*Hukuk çerçevesinde, Cenevre Sözleşmeleri'nin, 1925 Cenevre [Gaz] Protokolü veya ilgili Uluslararası Silahlı Mücadele Yasalarının ihlallerinin savaş suçu olduğunu ve bu ihlallerden suçlu kişilerin herhangi bir zamanda, herhangi zamanaşımı olmaksızın soruşturmaya tabi olabileceklerini hatırlatır. Bu durum, Irak silahlı kuvvetleri üyeleri ve sivil hükümet yetkililerini içerir.”*⁴³⁹

ABD, yine bu şekilde bir diğer notada; “savaş suçlarından suçlu olan Iraklı bireylerin şahsen sorumlu olduklarını ve her zaman soruşturulabileceklerini” yineledi.⁴⁴⁰

Uluslararası boyutta ABD tarafından, çekirdek uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmaması açık bir şekilde belirtilirken, davalarda bu husus tartışılmıştır.

2005 yılında *Agent Orange* davası, Vietnam Ajan Orange / Dioksin Mağdurları Derneği (“VAVAO”)’nin, Dow Chemical ve diğer ABD kimyasal üreticilerine karşı, ABD’nin 1965’ten 1971’e kadar Vietnam Savaşı’nda Ajan Orange⁴⁴¹ ve diğer herbisitleri⁴⁴² kullanmaları ve daha sonra Güney Vietnam Hükümeti’nin 1975’e kadar bu tür herbisitleri kullanmaları sonucu oluşan ABD’nin kendilerine ve topraklarına yaptığı iddia edilen zararlar için çeşitli Vietnam vatandaşları ve dernekleri tarafından açılan toplu davayı içermektedir.

Reddedilen iddialarda, mahkeme 1975’den beri uluslararası hukukun evrimini tanımlarken, herbisitlerin kullanımının, kullanıldığı zaman ABD’yi bağlayan uluslararası teamül hukukunu veya uluslararası sözleşme hukukunu ihlal etmediğine karar verdi. Zamanaşımı bağlamında, mahkeme; “*Uluslararası hukukun belirli ihlallerine zamanaşımı uygulanmaması ilkesi uluslararası belgelerde kabul edilmiştir. Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Karşı Zamanaşımı Uygulanmamasına İlişkin Sözleşme, soykırım dahil insanlığa karşı suçlara ve savaş suçlarına “zamanaşımı uygulanmayacaktır” hükmünü koymuştur. 26 Kasım 1968 tarihli Savaş*

⁴³⁹ UN. Doc. S/22122, Irak’a nota, Washington, 19 Ocak 1991, 21 Ocak 1991 Ek 1 s. 2, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_us_rule160).

⁴⁴⁰ UN Doc. S/22130, Irak’a nota, 21 Ocak 1991, s. 4, (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_us_rule160).

⁴⁴¹ “Portakal gazı” veya “turuncu etmen” olarak da geçmektedir.

⁴⁴² Bitkileri öldüren veya gelişimlerini engelleyen kimyasal maddelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar Mengüç, “Herbisit Toksisitesi ve Yabancı Otlara Karşı Alternatif Mücadele Stratejileri”, **Türk J Weed Sci**, 2018, 21(1), ss. 61-73.

*Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Karşı Zamanaşımı Uygulanmamasına İlişkin Sözleşme madde 1, (yürürlük tarihi 11 Kasım 1970); yine bkz 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Roma Statüsü) madde 5, 29 (yürürlük tarihi, 1 Temmuz 2002) (“mahkemenin yetki alanındaki suçlar (örneğin soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu) zamanaşımına tabi olmayacaktır”) bu iki sözleşmeyi Birleşik Devletler imzalamamasına rağmen, uluslararası teamül hukuku altında, bu belgeler savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin kuralın varlığının kabul edilmesi gerekmeni fikrini verir”.*⁴⁴³

Bu konuda ABD’deki diğer bir dava da *Handel v. Artukovic* davasıdır. Davayı özetleyecek olursak;

1 Ocak 1985 tarihinde, Kaliforniya Merkez Bölge Mahkemesi *Handel v. Artuković* kararını vermiştir. Bu davadaki davacılar, II. Dünya Savaşı sırasında Yugoslavya'daki Yahudileri yaşam ve malvarlığından mahrum bırakan eylemler içinde olduğu iddiasıyla, Hırvatistan yönetiminin bir üyesi olan sanık hakkında tazminat talep etmekteydi. Davacılar iddialarını dört farklı kaynağa dayandırıyordu. Bunlar; 1907 Lahey Sözleşmesi ve 1929 Cenevre Sözleşmesi ihlali, uluslararası teamül hukukunda savaş suçu ihlali, uluslararası hukukta insanlığa karşı suç ve Yugoslavya Ceza Kanunu'nun maddeleri ihlalidir. Mahkeme, davayı konu bakımından yargılama yetkisi yokluğundan ve zamanaşımı nedeniyle reddetmiştir.

Lahey ve Cenevre Sözleşmesinin ihlaliyle ilgili olarak mahkeme, sözleşmelerin kendiliğinden uygulanmadığını ve mevzuatın uygulamasının eksikliğinin özel bir dava hakkı sunma konusunda başarısız olduğunu belirtir. Davacılar ile ilgili değerlendirme yaparken, uluslararası teamül hukukuna göre suç zamanında soykırım, işkence, köleleştirme ve dini ayrımcılık fiillerinin yapılmasının yasak olduğunu kabul eder. Ancak, bu tür suçlar için herhangi bir zamanaşımı bulunmamasına rağmen, bu suçlardan kaynaklanan hukuki davaların zamanaşımına tabi olduğunu tartışmıştır.

⁴⁴³ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_us_rule160.

5. Arjantin'in Yaklaşımı

Arjantin'in Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına ilişkin Yasası (1995), 1968 tarihli Savaş Suçlarına ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına ilişkin BM Sözleşmesi'ni onaylamaktadır.⁴⁴⁴

2003 yılında (26 Ağustos 2003) Arjantin, 1968 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen, Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar ile İlgili Zamanaşımı Uygulanmamasına Dair Sözleşme'yi onayladı.⁴⁴⁵

Arjantin'in 1998 tarihli UCM Statüsü'nün (2006) Uygulanmasına Dair Yasası: *"Bu yasanın 8, 9 ve 10. maddelerinde belirtilen suçların [soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları] ve ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetki alanına girebilecek diğer suçların soruşturulması ve cezalandırılması zamanaşımına tabi değildir"* şeklindedir.⁴⁴⁶

Kanunlar ve uluslararası sözleşmelerin onaylanması açısından durum böyleyken, aşağıda da önemli davalarda yapılan değerlendirmeler aktarılmaya çalışılmıştır.

Bu konuda önemli davalardan biri *Simon (Julio Simón et al. v. Public Prosecutor)* davasıdır.

Julio Simón, 1976-1983 askeri diktatörlüğü sırasında Arjantin Fedaral Polis Teşkilatı'nın bir üyesiydi ve kişilerin kaçırılması, işkence edilmesi ve zorla kaybedilmesiyle suçlanıyordu. Julio Simón, savunma olarak 1986-1987 tarihli Af Yasaları uyarınca soruşturma muafiyetinden yararlandığını iddia etti. 2001 yılında bir alt mahkeme, af yasalarının anayasaya aykırı olduğunu belirtti. Birbirini takip eden temyizlerden sonra mesele Yargıtay'a geldi. Yüksek Mahkeme, Af Yasaları'nın Anayasaya aykırı olduğuna ve çeşitli nedenlerle geçersiz olduğuna karar verdi.

⁴⁴⁴ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule160.

⁴⁴⁵ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV6&chapter=4&lang=en, Erişim tarihi:23.06.2019.

⁴⁴⁶ Arjantin 1998 tarihli UCM Statüsü'nün Uygulanmasına Dair Yasası, 2006, 11. Madde.

“İlk olarak, uluslararası af kanunlarının kabulünden bu yana, uluslararası insan hakları hukuku, devletlerin insanlığa karşı suçların soruşturulmasından ve sorumlu kişilerin kovuşturulmasından kaçınmaya yönelik yasalar çıkarılmasını yasaklayan ilkeler geliştirmiştir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ni Anayasaya dahil ederek; Arjantin, uluslararası hukuka göre insanlığa karşı işlenen suçları soruşturma görevini üstlendi. Af yasaları, ciddi insan hakları ihlallerini cezasız bırakacak şekilde tasarlandığından, bu sözleşmeleri ve Arjantin Anayasasını ihlal etmiştir. Ayrıca, Barrios Altos / Peru davasında, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin, ciddi insan hakları ihlallerinin soruşturulmasını ve kovuşturulmasını önleyecek herhangi bir önlem almaması gerektiği yönündeki kararını vermiştir.”⁴⁴⁷

Bu davada, “zamanaşımı uygulanmaması” ile “af” ve “geriye yürümezlik” ilkesi arasındaki ilişki incelenmiştir.

Mahkemenin görüşlerinde dile getirilen ana konular aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir: (i) Arjantin hukuk düzeninde ve Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunda uluslararası hukukun önceliği; (ii) uluslararası hukuktan kaynaklanan soruşturma görevi; (iii) ceza hukukunun geriye dönük uygulanmaması ve yasallık ilkesi; (iv) insanlığa karşı işlenen suçlar için zamanaşımının yasaklanması ve (v) evrensel yargı uygulamasının üçüncü devletler tarafından etkisi⁴⁴⁸

Legarre kararı eleştirel gözle incelerken, şu şekilde değerlendirmiştir: Makul bir ifadeyle, bu durum aynı zamanda Arjantin’in bu suçlarla ilgili af ilan etme yetkisine sahip olmadığı ve 2003’ten önce ilan edilen afların geçersiz olduğu anlamına gelir.⁴⁴⁹

Arjantin Anayasası 18. maddesine göre; herkesin ceza kanununun geriye dönük uygulanmasına tabi olmama hakkı vardır. Bu nedenle bir sorunla karşı karşıyayız:

⁴⁴⁷ <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/49>.

⁴⁴⁸ Christine A.E. Bakker., “A Full Stop to Amnesty in Argentina The Simon Case”, **Journal of International Criminal Justice**, Volume 3, Issue 5, 2005, ss. 1106–1120, s. 1111.

⁴⁴⁹ Santiago Legarre, “Crimes against Humanity, Reasonableness and the Law: The Simon Case in the Supreme Court of Argentina”, **5 Chinese Journal of International Law**, 2006, ss. 723-734, s. 724.

Arjantin Anayasası tarafından korunan bir hak ile uluslararası bir sözleşme kapsamında Devlet yükümlülüğü arasındaki çatışma.

Arjantin Anayasası, açık bir şekilde bu tür çatışmaları, normların tipik piramidinde⁴⁵⁰ belirlendiği gibi çözer. Anayasa, bu piramidin tepesinde -bu "*Ülkenin Hakim Yasası*" dır -ve andlaşmalar ve olağan mevzuat buna tabidir. Buna rağmen, 1994 tarihli bir anayasa değişikliği, Anayasa ile bazı andlaşmalar arasındaki ilişkiye belirli miktarda karmaşıklık getirmiştir. 75. maddenin yeni 22. bölümü, genel olarak andlaşmaların olağan mevzuatın üstünde fakat Anayasanın altında kaldığını, ancak bu kuralın istisnası olarak, bazı andlaşmaların ve bir BM Genel Kurul bildirisinin "anayasal duruş" olarak kabul edildiğini tespit etmiştir.⁴⁵¹

Bu nokta, kanunların geriye yürümezliği ile yakından ilişkilidir, çünkü hem zamanaşımı hem de kanunilik ilkesi, yalnızca istisnai durumlarda dikkate alınamayacak anayasal ilkelerdir. Yüksek Mahkeme'nin bazı üyeleri; doğası gereği, uluslararası teamül hukukunun ve hatta *jus cogens*'in yanı sıra Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına İlişkin Sözleşme'nin ve İnsanların Zorla Kaybedilmesi Konusunda Amerikan Kıtası Sözleşmesi'nin dahil olduğu sözleşmeler altında, insanlığa karşı işlenen suçların, zamanaşımına tabi olmadığına karar vermiştir. Bu iki Sözleşmenin Arjantin tarafından af yasalarının kabulünden sonra onaylanması, önceden var olan her iki teamül hukukunu yasalaştırdığı için geriye dönük başvurulara yol açmadı. Ayrıca, 1968'de BM Genel Kurulunca kabul edilen ve 1995'te Arjantin'in onayladığı zamanaşımı ilgili olarak yukarıda belirtilen ne zaman işlenirse işlensin savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara zamanaşımı uygulanmayacağını belirtilen Sözleşme, geriye dönük başvuruyu açıkça sağlar. Bu argümanlar, insanlığa karşı suçlara zamanaşımının uygulanmaması için; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundaki ve insan hakları belgelerinin argümanlarını teyit ederek ve pekiştirerek için güçlü bir temel sunmaktadır.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Kelsen piramidi olarak adlandırılır. Kelsen'e göre hukuk düzeni dikey eksenli hiyerarşik bir düzen içerisindedir. Norm yaratmayı belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yaratılan norm ise alt düzey normdur. Üst düzey normların izin verdiği ölçüde alt düzey normlar belirlenebilir. Bunu piramit gibi düşünürsek en tepesinde anayasa bulunmaktadır. Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, Trans.: Max Knight, The Lawbook Exchange, Ltd, Clark, New Jersey, Fifth printing, 2008, s. 221 vd.

⁴⁵¹ Legarre, **a.g.e.**, s. 727.

⁴⁵² Bakker, **a.g.e.**, s. 1117.

Diğer bir dava da; General Luciano Benjamin Menendez davasıdır. Menendez; 1975'te Arjantin 3. Ordu Birliği'ne atandı. Arjantin'deki on ilin askeri komutanı olarak, yüzlerce insan (sendikalistler, öğrenciler, profesörler, gazeteciler ve sol kanata sempati duyulduğundan şüphelenilen kişiler) hakkında tutuklama emri verdi. 1985 yılında Menendez, 800 suçla suçlandı. 1988'de 47 kasten adam öldürme, 76 işkence ve 4 çocuk kaçırmaya ile suçu ile suçlanmaktaydı. Ancak, “*Loi du Point Final*”⁴⁵³ sonucu serbest bırakıldı ve Başkan Carlos Menem tarafından affedildi. 2006 yılında La Perla kampındaki insanlara işkence yapılması ve haklarında zorla kaybetme emrini vermekten, bu suçların işlenmesi sırasında nezaret etmekten ve suçlara iştirakten suçlandı.⁴⁵⁴

Bu suçlar, objektif ve sübjektif unsurlarıyla birlikte, Arjantin Ceza Kanunu uyarınca iyi tanımlanmış cürümlerden oluşmaktadır. Arjantin ceza hukukundaki diğer suçlar gibi Ceza Kanunu'nun 62. maddesi gereğince zamanaşımına tabidirler. Bu sebeple, Savcı ve Mahkeme çıkış yolu için uluslararası hukuka bakmıştır. Bunu iki adımda yaptılar; ilki uluslararası hukuk altında bu suçların işlendikleri zaman insanlığa karşı suç oluşturduğunu bularak ve ikincisi söz konusu suçlara zamanaşımı ya da af yasalarının uygulanamamasını, dolayısıyla davaya devam etmelerini sağlayarak.⁴⁵⁵

ChavezTafur, konunun davada ele alınış şeklini şöyle açıklamaktadır: “*Bütün taraflar kendi argümanlarını sunduktan sonra, hakimler gerekçelerini dokuz soruya böldüler. Analiz için sadece uluslararası ceza hukuku ile ilgili iki soru ele alınacaktır. Bunlar şöyledir: Menendez'e ve diğer yedi kişiye isnat edilen suçlar, insanlığa karşı suçlar olarak sınıflandırılabilir ve bu nedenle, ulusal ceza hukuku kapsamındaki zamanaşımından muaf tutulabilir mi? Ve soruşturma altındaki olaylar yeterince kanıtlanmışsa ve Menendez ve ortak sanığın yasadışı eylemlerde bulunmuş sayıldığı suçlar için en uygun yasal dayanak ne olurdu?*”⁴⁵⁶

⁴⁵³ “Son Nokta Yasası” veya “Punto Final” olarak adlandırılmaktadır. Son nokta yasasına göre belirli bir süreden sonra ihlaller ile ilgili şikâyet ve soruşturmalar yapılamayacaktı. Bir tür zamanaşımı engeliydi. Bknz. <https://www.ihd.org.tr/gecmisle-yuzlesmede-arjantin-deneyimi/>.

⁴⁵⁴ <https://trialinternational.org/latest-post/luciano-benjamin-menendez/>.

⁴⁵⁵ Gabriel ChavezTafur, “Using International Law to By-Pass Domestic Legal Hurdles (On the Applicability of the Statute of Limitations in the Menendez et al. Case)”, **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 6, Issue 5, November 2008, ss. 1061-1076, s. 1062.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, s. 1065.

İnsanlığa karşı işlenen suçların bir zamanaşımına tabi olmadığı giderek daha yaygın olarak kabul edilmektedir. 1968 tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar için Zamanaşımı Uygulanmamasına Dair Sözleşme ve Uluslararası Ceza Mahkemesi de dahil olmak üzere çeşitli uluslararası hukuk kaynakları bu eğilimi doğrulamaktadır. Bununla birlikte, her iki Sözleşme'ye Arjantin'in sırasıyla 2003 ve 2001'de taraf olduğu için, bu sözleşmeler suçların işlendiği zamanda yalnızca bu konuda uluslararası teamül hukuku kuralının varlığı gösteren belgeler olarak kullanılabilirdi. Bu da mahkemeyi, zamanaşımı konusundaki şu başlıklar irdelenerek özellikle ulusal hukukun uygulanmamasını tartışmaya yöneltti.

- Uluslararası hukukun doğrudan uygulanması (*Simon* davasında açıklanan Anayasa maddesi gereğince)
- İnsanlığa karşı suçların sürekli devam eden niteliği
- Geriye yürümezlik ilkesi ve *jus cogens* ilkeleri.⁴⁵⁷

Zamanaşımı konusunun işlendiği diğer bir dava, 4 Ağustos 1966 tarihli Gerhard Johannes Bernard *Bohne* temyiz⁴⁵⁸ davasıdır. *Bohne*, Hitler'in ötanazi programının planlanmasından ve uygulanmasından sorumlu bir Nazi ekibinin üyesiydi. Ayrıca, Nazi ölüm kampları oluşturmada ve kamufle etmede ve daha sonra Yahudi kitlelerini öldüren infaz timi seçiminde yer aldı.⁴⁵⁹

Bohne davasında, Arjantin Yüksek Adalet Divanı, talep eden Devletin (Almanya Federal Cumhuriyeti) yasaları uyarınca cezai işlemlere uygulanan zamanaşımına dair bir doğrulama bulunmadığını ve basit bir adam öldürmeye katıldığından bahisle 15 yıl sonra atfedilen suçların cezai davalarının zamanaşımını etkilemek için savunmanın öne sürdüğü argüman ışığında bile, söz konusu kararın değişmediğini tespit etti. Sanığın, 1939 ve 1940'ta akıl hastası kişilerin yaygın ve sistematik bir şekilde infazı sebebiyle iadesi talep edilmekteydi.⁴⁶⁰

Zamanaşımı bağlamında suçluların iadesi ile ilgili diğer bir dava, 1989 tarihli *Schwammberger* davasıdır.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, s. 1068.

⁴⁵⁸ <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/d4635e/>.

⁴⁵⁹ <https://www.jta.org/1966/08/26/archive/argentine-supreme-court-rejects-appeal-of-nazi-against-extradition>.

⁴⁶⁰ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule160.

SS Oberscharführer Josef Schwammberger, 1933'te Avusturya'da yasadışı bir örgüt olan Nasyonal Sosyalist Partiye katıldı. 1941 ve 1943 arasında, Krakov Bölgesi'ndeki Rozwadow ve Mielec'teki zorunlu çalışma kamplarının ve Przemysl'deki Getto A'nın komutanıydı. 1991'de Stuttgart'ta bir duruşma başlatıldı, Schwammberger'in 12 Yahudi esiri şahsen öldürmek ve 3.377 vakada cinayete yardım suçlamaları ile karşı karşıya kaldı, 1992'de Mahkeme ömür boyu hapse mahkûm etti.⁴⁶¹

19 Temmuz 1945'te Schwammberger, Fransız işgal bölgesinde Avusturya'nın Innsbruck kentinde tutuklandı ve gözaltında tutulduğu sırada, yazılı bir ifadede tahminen 35 Yahudiyi öldürdüğünü ikrar etti.⁴⁶² Ocak 1948'de Schwammberger, kendisini Avusturya'daki ABD askeri yetkililere götüren bir trenden kaçmayı başarmıştır ve eski SS üyelerinin Odessa organizasyon desteği sayesinde 1950'de Arjantin'e geldiğine inanılmaktadır. Schwammberger tekrar kaçmayı başarmış ve Arjantin yetkilileri tarafından 1987'de tutuklanmıştır.⁴⁶³

Schwammberger davasında, Arjantin'li *Camara Federal de La Plata*'nın bir hakimi, 1968 tarihli BM Savaş Suçları ve İnsan Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına İlişkin Sözleşmesi'nin uluslararası hukuk ilkesi olarak savaş suçlarına zamanaşımının uygulanmamasının tartışılmaz bir etkeni olduğunu ve Arjantin tarafından onaylanmamasına rağmen, Arjantin'in Anayasa'nın 102. Maddesi uyarınca ilke ile bağlı olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde, başka bir yargıcı, Anayasanın 18. maddesinin zamanaşımını kapsadığını reddetti.

Başsavcı, söz konusu davada, cezai işlemin, Arjantin yasaları yerine talep eden Devletin (Federal Almanya Cumhuriyeti) yasaları çerçevesinde zamanaşımının öngörülmediğinin doğrulanması gerektiğini savundu.

⁴⁶¹ http://www.simon-wiesenthal-archiv.at/02_dokuzentrum/02_faelle/e06_schwammberger.html.

⁴⁶² Hayatta kalanlara göre, yüzlerce kişiyi öldürmüş, hapsedilmiş ve öldürülmüş Yahudilerden mücevher ve altın çalmıştır. Bu iddia, Schwammberger'in tutuklandığı sırada, evinde 50.000 Reichmarkt değerinde çeşitli süs eşyalarının bulunması gerçeğiyle destekleniyor. Nesnelerin monogramlanması nedeniyle, savaş esirlerinden alındıkları varsayılmaktadır.

⁴⁶³ <https://trialinternational.org/latest-post/josef-franz-leo-schwammberger/>.

Benzer şekilde, 1990'da Yüksek Mahkeme, Alman hukukuna göre zamanaşımı bulunmadığını tespit etti.⁴⁶⁴

Priebke davasında; Erich Priebke, İtalyan polisi ile irtibat kurmaktan sorumlu olduğu Roma'da Obersturmbannführer Herbert Kappler altında görev yaptı. 23 Mart 1944'te, İtalyan direnişi tarafından atılan bir bomba, 33 Alman askerini öldürdü. Kappler, misillemeye idam edilecek 320 sivilin bir listesini çıkardı. Toplamda, 24 Mart 1944'te Roma yakınlarındaki Ardeatine Mağaralarında 335 sivil idam edildi.⁴⁶⁵

Erich Priebke ve Binbaşı Karl Hass, katliamda, mahkumları infaz yerine götürmede ve vurulmalarını denetlemede önemli bir rol oynadılar. II. Dünya Savaşı'ndan sonra Priebke Avrupa'dan kaçtı ve İtalya'ya iade edildiği 21 Kasım 1995'e kadar Arjantin'e sığındı. Priebke, Fosse Ardeatine'deki olaylar için (İtalyan vatandaşlarına verilen zarara iştirak etmesi) kasten adam öldürme ile suçlandı.⁴⁶⁶

1995'teki *Priebke* davasında, İkinci Dünya Savaşı (Ardeatine mağaraları katliamı) sırasında işlenen eylemler nedeniyle İtalya'ya suçlananların olası iadesi sorusu ile ilgili olarak, Arjantin Temyiz Mahkemesi, Arjantin yasaları uyarınca, adam öldürme için zamanaşımının geçtiğine ve bu nedenle iade talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmetti.

Yargıtay, Temyiz Mahkemesi'nin kararını iptal etti. Priebke'nin İtalya'da yargılanmak için gerekli olduğunu ve 335 kişiden 75 Yahudi'yi öldürdüğü için soykırım suçunu oluşturduğu belirterek iadesine izin verdi. *“Suçların insanlığa karşı suçlar olarak sınıflandırılması, talep eden veya talep edilen Devletlerin iade sürecine katılıp katılmadığına bağlı değildir ama bunun yerine uluslararası hukukun jus cogens ilkelerine bağlıdır ve bu hukuk altında bu suçlar için zamanaşımı bulunmamaktadır”* şeklinde ekledi.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule160.

⁴⁶⁵ <https://trialinternational.org/latest-post/erich-priebke/>.

⁴⁶⁶ <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1104/Hass-and-Priebke/>.

⁴⁶⁷ https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ar_rule160.

Mahkeme hakimlerinden biri, 1968 BM Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımı Uygulanmamasına Dair Sözleşme'ye atıfta bulundu ve Arjantin Cumhuriyeti'nin uygulamasının zamanaşımı uygulanmamasını destekleyen bir uluslararası teamülün gelişmesine yadsınamaz bir şekilde katkıda bulunduğu sonucuna vardı. Sözleşmeye bağlılık veya onaylanması yoluyla zamanaşımı uygulanmamasının açık kabulü, *jus cogens* varlığının belirlenmesinin tek yolu değildi. Bu hakimın görüşüne göre, Arjantin'in Yürütme ve Yasama Kolları hem Arjantin Senatosu hem de Milletvekilleri Meclisi tarafından halihazırda onaylanmış olan metnin içeriği ile mutabık olduklarını zaten açıklamışlardır.⁴⁶⁸

Diğer hakimler ayrıca Priebke'in davranışının savaş zamanlarında savaş esirlerine ve sivillere karşı işlenen insanlığa karşı suçların tüm özelliklerine sahip olduğunu ve bu sınıflandırmanın *jus cogens* ilkelerine uygun olduğunu ve bu suçların zamanaşımına tabi olmadığını tespit etti.

Ancak, muhalif oy kullanan diğer hakimler, suçların Arjantin Ceza Kanunu'nun 62. maddesi bakımından kasten adam öldürme olduğu için, uygulanacak zamanaşımı süresinin çoktan geçmiş olduğunu belirtmişlerdir. Eylemlerin insanlığa karşı suç olarak görünse bile, BM Sözleşmesi'nin Arjantin'de henüz yürürlüğe girmemesi nedeniyle zamanaşımı süresine tabi tutulacaklarını eklediler.⁴⁶⁹

B. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirme

Karşılaştırmalı hukuk açısından ele aldığımız ülkelerin yaklaşımları incelendiğinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan suçlardan özellikle soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlarda farklı ele alış şekilleri olsa da nihayetinde zamanaşımı olmadığı konusunda uluslararası teamül kuralı olduğu görülmektedir. Ülkeler, bu suçlarda zamanaşımı olmadığını ve her zaman kovuşturulabileceği kabul etmektedirler.

Ancak bu sonuca, farklı şekilde değerlendirmelerle ulaşmaktadırlar. Yasama süreçleri veya uluslararası sözleşmeleri onaylama süreçleri farklı olabilmektedir.

⁴⁶⁸ Ibid.

⁴⁶⁹ Ibid.

Tezin Üçüncü Bölümde de izah ettiğimiz gibi, bu süreçlerde ülkelerin kendi çekinceleri de etkili olmaktadır.

Zamanaşımı uygulanmaması konusundaki iki sözleşmeyi onaylayan ülkelerin sayısının az olması veya onaylasa dahi örnek davalardaki suçların zamanaşımın geçmesinden sonra olması, genel olarak bu ülkelerde değerlendirmeleri teamül hukuku üzerinden açıklama sonucuna itmiştir.

Yine iç hukuk ile uluslararası hukukun çelişmesi de *jus cogens* değerlendirmesini gerektirmiştir. En çok kanunların geriye yürümemesi ilkesi ele alınırken bu kavram kullanılmıştır. Örneğin, Arjantin iç yasasında geriye yürümezlik kuralını dışlamak için bu husus kullanılmıştır. Arjantin'deki davalarda bu kavramın çok tartışıldığı görülmekle beraber, daha ileri bir aşama olarak “*anayasal duruş*” kavramının geliştirilerek sözleşmeleri bu noktada değerlendirmeleri, diğer ülkelere göre farklı bir ele alışı yansıtmaktadır. Arjantin uluslararası sözleşmelerin onaylanması ve bu konudaki yasama konusunda etkindir ama bu durum geç bir süreçtir. Özellikle Nazi suçlularının bu ülkeye kaçmalarından dolayı zamanaşımının gündeme geldiği çok fazla dava ile karşılaşmış olmaları yargılamalarda farklı değerlendirmeler ve kavramlar geliştirmelerini gerektirmiştir.

Yine suç tanımlarının önemi, bu davalarda anlaşılmıştır. Ülkeler kasten adam öldürme kategorisindeki suçları, uluslararası suçlardan herhangi birine girip girmeyeceği konusunda değerlendirmişlerdir. Fransa ve Arjantin dava örneklerinde bu hususu görmekteyiz.

Sadece ulusal hukuklardaki suçlar ile istisnai nitelikteki uluslararası suçlar arasında belirleme yapılmamıştır. Fransa'nın zamanaşımı açısından insanlığa karşı suçlar ile savaş suçları ayrı değerlendirmiş olduğu görülmektedir. Fransa mevzuatı dışında, bu konuda *Barbie* davası önem taşımaktadır. Fransa'nın bu açılardan diğer ülkelerden farklı değerlendirme yaptığı görülmektedir.

İnsanlığa karşı suçlar bakımından 1964 tarihli Yasa ile zamanaşımı uygulanmayacağına ilişkin hüküm getirilmesi, Fransa'nın yasama açısından diğer

lkelerden daha erken dönem düzenlemeler yaptığını, iç hukuk açısından adaptasyonu, uluslararası sözleşmeleri onaylamaktan daha mühim bulunduğunu göstermektedir.

Bu açıdan farklı bir yaklaşım Almanya’da bulunmaktadır. Almanya’nın zamanaşımı ile ilgili kısa dönem çareler aradığı görülmektedir. Kamuoyunun ciddi etkili olduğu anlaşılmaktadır. Sürecin değişmesinde tv dizisinin dahi etkili olduğu görülmektedir. Ancak bu durum Nazi suçlarının en vahim olarak orada işlendiği düşünüldüğünde, yadırganacak bir husus değildir. Almanya’nın çok erken bir dönem olmamakla birlikte zamanaşımı konusunda etkili olmayan kısa dönem çareleri sonrasında Ceza Kanunu açısından gerekli düzenlemeyi yaptığını görülmektedir. Bu açıdan, Almanya’nın diğer incelenen ülkelere kıyasla önemli ifadeleri içeren örnek davaları azdır. Bu sebeple daha çok yasama ve kanunların arka planına yer verilmiştir. Almanya’nın diğer incelenen ülkeler açısından başka bir farkı, Uluslararası Ceza Kanunu’nun bulunması ve bu konuda uluslararası suçların zamanaşımına tabi olmadığının açıkça belirtilmesidir.

Amerika, zamanaşımı konusunda diğer ülkelerden bambaşka bir sisteme sahiptir. *Anglo-Sakson* bir ülke olarak Kara Avrupa’sından ayrılan ABD’de bazı suçlar zaten zamanaşımı süresine tabi değildir. Açıkça uluslararası suçlarının zamanaşımına tabi olmadığının belirtmiş, bu suçlar arasında da ayırım yapmamıştır. ABD’de zamanaşımı konusu sadece Nazi suçluları açısından değil, daha sonraki dönemde uluslararası suç kapsamında işlenen suçlarda da ele alınmıştır. Burada ABD, zamanaşımına ilişkin sözleşmelerin onaylanmasından bağımsız, bu suçların zamanaşımına tabi olmamasının uluslararası teamül hukukundan ileri geldiğini belirtmektedir.

Türkiye açısından ise, suçlar nispeten yeni düzenlenmiş olmakla birlikte sadece soykırım ve insanlığa karşı suçlar açısından düzenleme yapılmıştır. Zamanaşımı uygulanmayacağının açıkça kanun maddesinde yer alması uluslararası düzenlemeler ile uyumludur. Türkiye’de dava anlamında uluslararası suçlar açısından zamanaşımı konusunun çok fazla ele alındığını söylemek mümkün değildir.

Netice itibariyle, farklı hukuk sistemlerinde ve farklı yasalara sahip ülkelerin nihayetinde genel olarak çekirdek uluslararası suçlarda zamanaşımını kabul etmediği,

geriye yürümezlik ilkesi dikkate alınsa da bu suçların istisnai durumu gözetilerek, bu ilkenin dışında bırakılmaya çalışıldığı görülmektedir.

SONUÇ

“Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’ndeki Uluslararası Suçlarda Zamanaşımı ve Zamanaşımı Meselesinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri” başlıklı tezimizde, uluslararası çekirdek suçlar olarak adlandırabileceğimiz soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları açısından zamanaşımı (zamanaşımının uygulanmaması) meselesini değerlendirmeye ve meseleyi uluslararası yargı kararları, uluslararası teamül hukuku ve karşılaştırmalı hukuk ışığında ele almaya çalıştık.

Bu suçların faillerinin cezalandırılmasının önündeki en büyük engellerden birinin zamanaşımı olduğu ve bu durumun uluslararası toplum açısından endişe verici olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, zamanaşımı aleyhine öğretilerdeki görüşler dikkatle incelenmiş, özellikle Beccaria’nın ve Bentham’ın, zamanaşımının uygulanmasının vahşice işlenen suçların faillerinin ödüllendirilmesi anlamına geleceği görüşünün günümüzde de geçerli olduğu tespiti yapılmıştır.

Uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması meselesini uluslararası boyutta değerlendirdiğimizde, II. Dünya Savaşı’ndan sonraki süreçten 1964 yılına kadar, sessiz dönem olarak adlandırılacak dönemde, değerlendirebileceğimiz ulusal ve uluslararası belge ve karar bulunmadığı görülmüştür.

Uluslararası suçlarda zamanaşımı uygulanmamasını düzenleyen ve sonraki dönemde kabul edilen 1968 Tarihli Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme ile Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi’nin hazırlanışı incelendiğinde ise bu dönemde, bu suçlara ilişkin psikolojik unsurun varlığının emarelerinin mevcut olduğu kanaatine varılmıştır. Zira, BM ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütler uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmaması açısından devreye girmiştir ve sözleşme görüşmelerinde devlet temsilcileri bu suçlara zamanaşımı uygulanmamasını desteklemiştir.

Söz konusu sözleşmelerin çok az devlet tarafından onaylanması uluslararası teamül hukukunun ilk unsuru olan devlet uygulamaları unsurunun (maddi unsur) var olmadığını düşündürtebilir. Bunun nedeni, bu dönemde hala yaygın ve yeknesak bir uygulama olmaması ve sabit ve yeknesak ulusal yasaların ve yargı kararlarının bulunmamasıdır. Ancak, 90'lardan hemen önce *Barbie* ve *Schwammberger* gibi önemli davaların varlığının ve bu davalarda sıkça “uygar uluslar tarafından tanınan ilkelere” ve “uluslararası hukuk ilkeleri” ne yapılan atıfların yadsınmaması gerekir. Zira, her ne kadar uluslararası suçlara zamanaşımının uygulanmaması ilkesinin günümüzde teamül kuralına dönüştüğünü ileri sürmek zor olsa da, *opinio jurise* işaret eden bu hususlar ilerleyen dönemlerdeki gelişmelere katkıda bulunmuştur.

Bunu yanı sıra, 90'lardan sonra *ad hoc* mahkemelerin kurulması, en önemlisi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması ve Mahkeme'nin statüsünde açıkça bu suçlara zamanaşımının uygulanmayacağını belirtilmesi ve bu konuda teamül hukukuna göndermeler yapılması önemlidir. Daha sonraki süreçte de uluslararası suçlara zamanaşımı uygulanmayacağını öngören çok sayıda uluslararası belge kabul edilmiştir.

Ulusal hukuklar açısından değerlendirme yapıldığında, uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması ilkesinin mahkeme içtihatlarında değerlendirildiği ve birçok ulusal hukukta, bu ilkenin ceza kanunlarında düzenlenmeye başlandığı görülmektedir. Bu dönem için, teamül hukukunun iki unsurunun da bulunduğunu söylemek mümkündür. Uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımı uygulanmaması kuralı, bu dönem itibarıyla bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelmiştir diyebiliriz.

Karşılaştırmalı hukuk açısından tespitlerimiz bölümünde ayrıca değerlendirilmekle beraber, kısaca inceleme sonuçlarımızı ele aldığımızda; özellikle 90'lardan itibaren yürütülen davalarda, uluslararası çekirdek suçlara zamanaşımının uygulanmaması konusunda uluslararası teamül ilkesinin olduğu ve bunun kararlarda açıkça dile getirildiği, ancak devletlerin kodifikasyon süreçleri ile uluslararası sözleşmeleri onaylama süreçlerinin farklılık arz ettiği anlaşılmaktadır. Doğrudan uluslararası çekirdek suçlarda zamanaşımı uygulanmamasını düzenleyen iki sözleşmeyi karşılaştırmalı hukuk açısından ele aldığımızda çoğu devletin söz konusu

sözleşmeleri onaylamadığı görülmektedir. Kanunların geriye yürümemesi ilkesinin aşılması konusunda *jus cogens* kavramının sık kullanıldığı, anayasal duruş kavramı açısından Arjantin'in yaklaşımının önem arz ettiği ve değerli olduğu, farklı bir bakış ve değerlendirme içerdiği anlaşılmıştır. Tüm bu hususların uluslararası teamül kuralının unsurlarını oluşturduğu kanaatine varılmıştır.

Türk Hukukunda ve insanlığa karşı suçlar konusunda zamanaşımı uygulanmaması ilkesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tarafından öngörülmüştür. Burada sadece geriye yürüme ve kanunilik ilkesi açısından tartışma olabilir. Bu noktada, Türk öğretisinde baskın görüş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük tarihinden önceki suçlara zamanaşımının uygulanmamasının mümkün olmayacağı yönündedir. Ancak bu noktada çok ciddi tartışmaların yaşandığı ve merkezinde zamanaşımının olduğu davalara pek rastlanmamaktadır. Burada her ne kadar saldırı suçunun kapsam dışında bırakılması, bu suçun uluslararası ceza mahkemesi yargı yetkisi açısından tanınmasının bile geç olduğu düşünüldüğünde eleştiri konusu yapılamazken, savaş suçunun TCK'ya eklenmemesi eleştiriye açıktır. Kanaatimizce, savaş suçu açısından bu şekilde bir belirsizlik yaratılmamalıydı. Her ne kadar bu eksiklik, savaş suçlarının yargılanmasının Türkiye'nin taraf olduğu diğer sözleşmeler ile giderilmesi ve çareler aranması mümkünse de, bu konuda biz de uluslararası ceza hukukuna paralel olarak savaş suçlarının Türk Ceza Kanunu'nda tanınmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Savaş suçları konusunda ise, Fransa örneğinde de olduğu gibi, devletlerin daha çekinceli oldukları ve savaş suçlarına zamanaşımı uygulanıp uygulanmayacağı meselesini net bir biçimde düzenleme yoluna gitmedikleri görülmektedir.

Tez boyunca değindiğimiz, farklı başlıklar altında karşımıza çıkan geriye yürüme ilkesi açısından zamanaşımı değerlendirildiğinde, bu suçların istisnai olması ve uluslararası toplumun vicdanında faillerinin cezalandırılmak istenmesi, uzun süre toplum tarafından unutulmaması bu suçlara zamanaşımı uygulanmasına yönelik düzenlemelerin göz ardı edilmesini gerektirir. Yine zamanaşımının öngörülme sebeplerinden biri olan delillerin bozulması görüşü de, bu suçları işleyen asıl failler hakkında geç bir süreçte delillerin elde edilebilmesi sebebiyle çürütülmektedir ve asıl suçluların kaçma şansının daha yüksek olması değerlendirildiğinde zamanaşımı ile

ödüllendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü bu suçlarda, zamanaşımından beklenen menfaat yoktur. Bu sebeple, bu suçlara zamanaşımı uygulanmamasına ilişkin düzenlemelerinin geriye yürütmesinde diğer ulusal suçlarda görülen sakınca görülmemektedir. Ancak halihazırda zamanaşımı geçmiş suçlar açısından ele alındığında ise, yukarıdaki görüşlerimiz baki kalmakla birlikte, uluslararası toplum açısından bunun kabul görmediğinin anlaşılması sebebiyle daha tartışılabilir bulmaktayız.

Tezimizin sonucunda, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları incelenirken belirtildiği gibi *jus cogens* özellikleri dikkate alınarak bu suçlarda, zamanaşımının olmadığı ve bu hususun uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu kanaatine ulaşılmış, savaş suçlarında da zamanaşımının uluslararası yargılamalar ve belgeler açısından uygulanmamasının ağırlıkta olduğu düşünülmekle beraber ulusal olarak benimsendiği noktasının tartışılır durumda olduğu sonucuna varılmıştır.

Tezin başında ortaya koyduğumuz; soykırım suçu, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarına zamanaşımının uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesi noktasında belli bir sonuca varılması açısından hedefe ulaştığımız söylenebilir. Ancak uluslararası ceza hukukunun çok fazla yazılı ve yazılı olmayan kaynağının ve uluslararası toplumun değerleri ve devletlerin çekinceleri gibi farklı dinamiklerinin olması hususları da göz önüne alındığında tartışmaya açık olmayan net bir sonuç elde ettiğimiz söylenemez. Uluslararası ceza hukukunun da gelişen bir hukuk dalı olması göz önüne alınarak, bu suçlara ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalınarak gelecek yıllarda zamanaşımı uygulanacağı muhtemel görünmemektedir. Gelecek yıllarda aksine, daha açık düzenlemeler içeren, diğer uluslararası suçları da içeren ve taraf devlet sayısının fazla olduğu sözleşmeler yapılacağı ve bunun iç hukuklarına yansıtılmış devlet sayısının artacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Açıkgöz, Ali Nevzat, **Türk Ceza Kanunu Tanıtım Çalışması; Gerekçeli, Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu**, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr > makale).

Akdoğan, Can, **Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde Savaş Suçları**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.

Akehurst, Michael, “Custom as a Source of International Law”, **British Yearbook of International Law**, S. 47/1, 1976, ss. 1-53.

Akkutay, Ali İbrahim, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması”, **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 65 (1), 2016, ss.1-61.

Aksar, Yusuf, “Uluslararası Bir Suç Kategorisi Olarak Soykırım Suçu ve Diğer Uluslararası Suçlardan Farklı Yönleri”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, Aralık 2014, ss. 13-29.

Aksar, Yusuf, “Bir Uluslararası Suç Kategorisi Olarak Uluslararası Ceza Hukuku ve Türk Hukukunda İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar”, **Uluslararası Suçlar ve Tarih**, S. 2, 2006, ss. 135-150.

Akün, Verda Neslihan, “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku’nda Soykırım (Jenosid) Suçu”, **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Y.2004, S.24 ss. 53-70.

Alpyavuz, Tolgahan, “Soykırım Suçu”, **Journal of Naval Science and Engineering**, Vol. 5, No.1, Tuzla, 2009, ss. 49-61.

Alşahin, Mehmet Emin **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010.

Arajärvi, Noora **The Changing Nature of Customary International Law**, First Published, NY, Routledge, 2014.

Arendt, Hannah, **The Origins of Totalitarianism**, New York, Harvest Book, 1973.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, 2009.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2 (Yaptırım Hukuku)**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2003.

Aslan, Muzaffer Yasin, **Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.

Aust Anthony, **Handbook of International Law**, New York, Cambridge University Press, , 2005.

Azarkan, Ezeli, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, **AÜHFD**, Cilt 52, Sayı.3, 2003, ss. 275-297.

Badar, Mohamed Elewa, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity”, **5 San Diego Int’l L.J.**, 73, 2004, ss. 73-144.

Bakker, Christine A.E., “A Full Stop to Amnesty in Argentina The Simon Case”, **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 3, Issue 5, 2005, ss. 1106–1120.

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

Bassiouni, M. Cherif, **Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application**, USA, Cambridge University Press, 2011.

Bassiouni, M. Cherif, **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**, The Hague, Kluwer Law International, Second Revised Edition, 1999.

Bassiouni, M. Cherif “Enslavement as an International Crime”, **23 NYU J INT’L L & POL**, 1991, ss. 455-518.

Bassiouni, M. Cherif, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, **59 Law and Contemporary Problems**, Fall 1996, ss. 63-74.

Bassiouni, M. Cherif, ‘*The Philosophy and Policy of International Criminal Justice*’ in: **Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese**, The Hague, Kluwer Law International, 2003.

Başkaracaoğlu, Elif, “Uluslararası Hukuk Işığında Yeni Türk Ceza Kanunundaki “İnsanlığa Karşı Suçlar Tanımının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Y. 2004, S. 24, ss. 245-278.

Başıoğlu, Tuncay, “Hıristiyan Hukuku”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 9, 2007, ss. 25-66.

Beccaria, **Cesara Suçlar ve Cezalar Hakkında**, İtalyanca Aslından Çeviren: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, Haziran 2016.

Bentham, Jeremy, **Theory of Legislation**, London, Trübner&Co., 60, Paternoster Row. MDCCCLXXI, Second Edition.

Bergson, Henri, **Yaratıcı Tekâmül**, Çev. Şekip Tunç, İstanbul, 1986.

Bernhardt, Rudolf, **Encyclopedia of Public International Law**, Instalment 1, 1981.

Broomhall Bruce, **Genocide and Crimes Against Humanity I Statutory Limitations**, Oct 15, 2010, (<http://www.Enotes.com/genocide-encyclopedia/statutory-limitations>).

Burgul, Ferhat, **Türk Ceza Kanunu'nda Dava ve Ceza Zamanaşımı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.

Byers, Michael, **Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law**, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Byron, Christine “Armed Conflicts: International or Non-international?”, **Journal of Conflict and Security Law**, Vol.6, No.1, 2001, ss. 63-90.

Cassese, Antonio, **International Criminal Law**, 1. Baskı, New York, Oxford University Press, 2003.

Centel, Nur / Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2015.

ChavezTafur, Gabriel, “Using International Law to By-Pass Domestic Legal Hurdles (On the Applicability of the Statute of Limitations in the Menindez et al. Case)”, **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 6, Issue 5 (November 2008), ss. 1061-1076.

Chesterman, Simon, “An Altogether Different Order: Defining The Elements of Crimes Against Humanity”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 10, No.2 Spring / Summer 2000, ss. 307-344.

Clark, Lawrence, **Statutes of Limitations Are Rendered Inapplicable to War Crimes**. III, Salem Press Encyclopedia, 2019.

Clausnitzer, Martin, “The Statute of Limitations For Murder In the Federal Republic of Germany”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 29, No.2, Apr. -Jul, 1980, ss. 473-479.

Cohen, Stanley, **States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering**, Oxford, Blackwell Publishing Company, 2001.

Crawford, Emily / Pert, Alison, **International Humanitarian Law**, UK, Cambridge University Press, 2015.

Crawford, James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, UK, Oxford University Press, 8. Edition, 2012.

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

Corrias, Luigi, “Law, time and inhumanity: Reflections on the imprescriptible”, **In Temporal Boundaries of Law and Politics: Time Out of Joint**, Routledge Taylor & Francis Group, 2018, ss. 53-70.

Çakar, Ayşen Seymen, “İnsanlığa Karşı Suçlar”, **TBB Dergisi**, Sayı:103, 2012, ss. 169-198.

Çakır, Murat “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S.1, 2013, ss. 207-228.

Currie, John H., **Public International Law**, Second Edition, Toronto, Irwin Law, 2008.

Damgaard, Ciara, “Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes”, **Selected Pertinent Issues**, Springer, 2008.

De Baets, Antoon, “Historical Imprescriptibility”, **Storia della Storiografia**, Issue 59/60, Fabrizio Serra Editore, 2011, ss. 128-149.

Değirmenci, Olgun, “Çeşitli Görünüşleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar Ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar Ve Türk Hukuku”, **İÜHFİM** C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 229-266.

Demirtaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İzmir, Seçkin Kitabevi, Güncellenmiş 8. Baskı, Ekim 2012.

Denk, Erdem, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S. 56-2, ss. 44-70.

Detter, Ingrid, **The Law of War**, Second Edition, UK, Cambridge University Press, 2000.

Dijk P.Van / van Hoof G.J.H, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3. Editon, The Hague, Kluwer Law International.

Dinstein, Yoram, **War, Aggression and Self-Defence**, UK, Cambridge University Press, 2010

Donay, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, Eylül 2007.

Doyle, Charles, **Statute of Limitation in Federal Criminal Case: An Overview; Congressional Research Service**, 14 November 2017, ss. 1-30, (<https://fas.org/sgp/crs/misc/RL31253.pdf>) .

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C:III, 12 Bası, İstanbul, 1997.

Emir, Nergiz, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2015, ss.118-143.

Erol, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu En Yeni 4000 İçtihat**, Yayın Matbacılık, Ankara.

Ferrari, Robert, “The Procedure in the ‘*Cour D’Assises*’ of Paris”, **Columbia Law Review**, Vol. 18, No.1, 1918, ss. 43–62.

Frencz, Benjamin, “From Nuremberg to Rome: A Personal Account”, Ed: Mark Lattimer ve Philippe Sands, **Justice for Crimes Against Humanity**, Oregon: Hart Publishing, 2003, ss. 455-469.

Gemalmaz, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.

Golsan, Richard.J, **The Papon Affair, Memory and Justice on Trial**, New York, Routledge, 2000.

Greenwood, Christopher, **Sources of International Law: An Introduction**, (http://legal.un.org/avl/pdf/ls/greenwood_outline.pdf) .

Greenwood, Christopher, “The Law Of War (International Humanitarian Law)”, **International Law**, First Edition, Editor: Malcolm D. Evans, Oxford University Press, 2003.

Güller, Nimet, **Roma Statüsünde ve Türk Ceza Kanunda Uluslararası Suçlar**, (http://www.ngo-at-work.org/icc2006/reports/Country_report_Turkey_turk.pdf) .

Güneş, Şule Anlar, “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S. 59-4, ss. 123-150.

Hand, Elisabeth, “Introductory Note To The German Act To Introduce The Code of Crimes Against International Law”, **International Legal Materials**, Vol.42, No.4, Cambridge University Press, July 2003, ss. 995-997.

Hathaway, Oona A./ Strauch, Paul K. / Walton, Beatrice A / Weinberg, Zoe A. Y., “What Is a War Crime”, **44 YALE J INT'L L**, 2019, ss. 53-113.

Hayner, Priscilla B., **Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions**, Second Edition, Routledge, New York, 2011.

Henckaerts, Jean- Marie and Beck Louise Doswald, **Customary International Humanitarian Law, Volume II, Practice, Part 1**, UK, Cambridge University Press, 2005.

Henckaerts, Jean Marie / Beck, Louise Doswald, **Customary International Humanitarian Law, Volume II, Practice, Part 2**, Cambridge University Press.

Henckaerts Jean Marie / Beck, Louise Doswald, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf -Adet) Hukuku Cilt 1: Kurallar**, Türkçeye tercüme ile düzenleyen: Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek, Bleda R. Kurtarcan, Mehmet Cengiz Uzun,

Abdullah Kaya, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, 66, Beta Basım A.Ş., 2005.

Hessbruegge, Jan Arno, “Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes”, 43 **GEO J INT'L L**, 2012, ss. 335-385.

Hillier, Tim, **Sourcebook On Public International Law**, Great Britain, Cavendish Publish Limited, 1998.

Işıktaş, Süheyla, **Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015.

İçel Kayıhan / Süheyl, Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, 3. Bası, İstanbul, 1999.

Kadelbach, Stefan, **Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules-Identification of Fundamental Norms**, Ed.: Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Kant, Immanuel, **Metaphysical Elements of Justice**, translated by: John Ladd, Second Edition, Hackett Publishing Company, 1999.

Karakoç, İrem, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 87-122.

Katırcıgil, Beyza Eskici, “Cesare Beccaria’nın Suç ve Ceza Felsefesi”, **ERÜHFD**, C. XII, S. 1, 2017, ss. 155-179.

Kelsen, Hans, **Pure Theory of Law**, translated by: Max Knight, The Lawbook Exchange Ltd, Clark, New Jersey, Fifth Printing, 2008.

Kittichaisanee, Kriangsak, **International Criminal Law**, New York, Oxford University Press, 2001.

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, 2009.

Kocaoğlu, S. Sinan, “Suçların Suçu: Soykırım”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül/Ekim 2010, Yıl: 23, S. 90, ss. 138-164.

Kocaoğlu, Sinan, “Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Bağlamında Soykırım Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2005, S. 3, ss. 147-166.

Kok, Ruth Alberdina, **Statutory Limitations in International Criminal Law**, University of Amsterdam, Doktora Tezi, 2007.

Krammer, Arnold **War Crimes, Genocide and The Law A Reference Handbook**, Praeger, California, 2010.

La Haye, Eva, **War Crimes in Internal Armed Conflicts**, First Published, UK, Cambridge University Press, 2008.

Legarre, Santiago, “Crimes against Humanity, Reasonableness and the Law: The Simon Case in the Supreme Court of Argentina”, **5 Chinese Journal of International Law**, 2006, ss. 723-734.

Lemkin, Raphael, **Axis Rule In Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress**, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944.

Lemkin, Raphael, “Genocide as Crime under International Law”, **American Journal of International Law**, January 1947, Vol. 41, 7p, ss. 145-151.

Lerner, Natan, “The Convention on the Non- Applicability of Statutory Limitations to War Crimes”, **4 Isr. L. Rev.**, 1969, ss. 512-533.

Listokin, Yair, “Efficient Time Bars: A New Rationale for the Existence of Statutes of Limitations in Criminal Law.” **The Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 1, 2002, ss. 99–118.

Mengüç, Çağlar, “Herbisit Toksisitesi ve Yabancı Otlara Karşı Alternatif Mücadele Stratejileri”, **Türk J Weed Sci**, 2018, 21(1), ss. 61-73.

Miller, Robert H. ,“The Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity”, **American Journal of International Law**, Vol.65, No.3, Jul, 1971, ss. 476-501.

Minow, Martha, **Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence**, Boston, Beacon Press, 1998.

Monson, Robert,A “The West German Statute of Limitations on Murder:A Political, Legal and Historical Exposition”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol.30, No.4, Oxford University Press, Autumn 1982, ss.605-625.

Öktem, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta Yayıncılık, Şubat 2013.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C: II-III, İstanbul, 1992.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C: III, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

Özbek, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi**, Cilt I, Genel Hükümler, İzmir, 2006.

Page, Mitchell G. “Article 29 of the Rome Statute as a Crystallization of Customary International Law”, Edited by Siehno Yee, **International Crime and Punishment, Selected Issues**, Vol. 2, University Press of America, Inc.

Pazarcı, Hüseyin, “Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, No:417, Ankara, 1977, ss. 365-379.

Pirim, Ceren Zeynep, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 32, Issue: 2, ss.147-182.

Pressman, Steven, **Fifthy Major Economists**, Chapter Jeremy Bentham (1748-1832), 1999, ss. 26-29.

Powderly, Joseph, “The Trials of Eichmann, Barbie and Finta”, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, Routledge, 2010.

Rather, Steven R. Jason, **Accountability For Human Rights Atrocities in International Law**, Oxford, Clarendon Press, 1997.

Rauter, Thomas, **Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege**, Springer, 2017.

Robinson, Paul. H., **Criminal Law Defenses**, Criminal Practice Series Vol. 2, St. Paul, West Publishing, 1984.

Sayapin, Sergey, **The Crime of Aggression in International Criminal Law**, The Hague, Springer, 2014.

Sayapin, Sergey, “Definition of the Crime of Aggression for the Purpose of the International Criminal Court: Problems and Perspectives” (2008), 13, **J CONFLICT & SEC L**, ss. 333-352.

Schabas, William A., **An Introduction to the International Criminal Court**; Second Edition, UK, Cambridge University Press, 2004.

Schabas, William A., **Genocide in International Law, The Crimes of Crimes**, UK, Cambridge University Press, 2000.

Schlütter, Birgit, **Developments In Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and International Ad Hoc Criminal Tribunals For Rwanda and Yugoslavia**, Vol. 62, Leiden- Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Schwarzenberger, Georg, “The Inductive Approach to International Law”, **Harvard Law Review**, Vol. 60, No.4, April 1947, ss. 539-570.

Schwarzenberger, Georg, “The Problem of International Public Policy”, **Current Legal Problems**, Vol. 18, Issue 1, 1965, ss.191-214.

Sergeev, Artem, “The Legitimacy of Customary International Law: Legal, Moral, and Social Perspectives”, **INT'L REV L** 1, 2017, ss. 1-13.

Sharples, Caroline, “In Pursuit of Justice: Debating the Statute of Limitations for Nazi War Crimes in Britain and West Germany During the 1960s”, **Central Lancashire Online Knowledge**,
(http://clock.uclan.ac.uk/13547/1/13547_In_Pursuit_Justice_Revised_May_2014_29.pdf).

Shaw, Malcolm N., **International Law**, Fifth Edition, UK, Cambridge University Press, 2003.

Shuman, Daniel W. / McCall Smith, Alexandar, **Justice And The Prosecution of Old Crimes: Balancing Legal, Psychological And Moral Concerns**, Washington D.C, American Psychological Association, 2000.

Solis, Gary D., **The Law of Armed Conflict International Humanitarian Law in War**, UK, Cambridge University Press, 2010.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1998.

Stone, Julius “Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression”, **The American Journal of International Law**, Vol. 71, No. 2, Apr.1977, ss. 224-246.

Şatiroğlu, Hasan Utku, **Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu**, Yüksek Lisans, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Tan, Yudan “The Identification of Customary Rules in International And European Law Criminal Law”(2018) 34(2) **Utrecht Journal of International and European Law**, ss. 92-110.

Taner, Fahri Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, 2008.

Taner, Fahri Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 2007.

Taner, Fahri Gökçen, **Dava Zamanaşımının Kanunilik İlkesiyle İmtihani: İnsanlığa Karşı Suçlar**, (<http://www.taner.av.tr/makale/38-dava-zamanasiminin-kanunilik-ilkesiyle-imtihani.html>).

Taner, Tahir **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Basım, İstanbul, 1953.

Taşdemir, Kubilay **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Ankara, Ertem Basım, Ocak 2015.

Teitel, Ruti G., **Transitional Justice**, Oxford University Press, USA, 2002.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 2008.

Tezcan, Durmuş / Erdem Mustafa, Ruhan / Önok, R. Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Thirlway, Hugh, “The Sources of International Law”, **International Law**, Ed.: Malcolm D. Evans, Oxford University Press, First Edition, 2003.

Turhan, Faruk **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar**; Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 4 Nisan 2007, ([Erişim: https://hukuk.sdu.edu.tr > sites > files > uluslararasi-suclar-hpd-28092012](https://hukuk.sdu.edu.tr/sites/files/uluslararasi-suclar-hpd-28092012)).

Tütüncü, Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2012.

Viout, Jean-Olivier, “The Klaus Barbie Trial and Crimes against Humanity”, **3 HOFSTRAL & POL'Y SYMP 155**, 1999, ss. 155-166.

Werle, Gerhard, **Principles of International Criminal Law**, The Hague, TMC Asser Press, 2005.

Werle, Gerhard / Jessberger, Florian, **Principles of International Criminal Law**, Oxford University Press, Third Edition, 2014.

Wexler, Leila Sadat, “The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again”, 1994, ss. 289-380.

Wylter, Eric / Castellanos-Jankiewicz, León Arturo “State Responsibility and International Crimes”, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, Ed.: William A. Schabas, Nadia Bernaz, New York, 2011.

Yılmaz, Alia, **Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı**, Beta Basım; 2. Bası, İstanbul, Ağustos 2001.

Zimmermann, Andreas / Heinz, Ursula E. , **International Criminal Law and the Current Development of Public International Law**, Berlin, Duncker and Humblot, 2003.

Raporlar

Avrupa Konseyi Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmasına Dair 1974 Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016801ce394>)

Hudson, Manley, Working Paper -Special Rapporteur, (http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_16.pdf&lang=E) UN Doc. No: A/CN.4/16

Lauterpacht E., Greenwood C.J., Oppenheimer A.G., **International Law Reports**, Volume 100, Cambridge University Press, October 1995.

Önok, R. Murat **Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor**, ss. 1-84.

Report of the ILC to the General Assembly, ILC Yearbook, 1950, UN Doc. A/1316, (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf)

The Legal Framework for Universal Jurisdiction in France; Human Rights Watch, USA, 2014,

(https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/IJ0914France_3.pdf)

United Nation Codification Division Office of Legal Affair, **Historical Review of Developments Relating to Aggression** United Nations Publication, New York, 2003.

Wood, Michael, Second report on identification of customary international law, Special Rapporteur, International Law Commission Sixty-sixth session,

(<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/672>)

ULUSLARARASI MAHKEMELERE İLİŞKİN KARARLAR

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararları

Prosecutor v. Anto Furundžija, Judgment, IT-95-17/1-T, 10 December 1998,

(<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>)

Prosecutor v. Zajnir Delalic Hazim Delic, Case No: IT-96-21-T, 16 November 1998,

(http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf)

Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo (*Celebici* Case), The Judgement, Case No: IT-96-21-A, 20 February 2001,

(<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>)

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case No: IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 February 2001,

(<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>)

Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision On the Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, 2 October 1995,

(<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>)

Prosecutor v. Du(Ko Tadi) “Dule” Opinion and Judgment, Case No:IT-94-1-T, 7 May 1997,

(<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>)

Prosecutor v. Goran Jelasic, Case No: IT-95-10, Judgement, 14 December 1999,

(<http://www.icty.org/x/cases/jelasic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>)

Prosecutor v. Goran Jelasic, Case No: IT-95-10-A Appeal Chamber, 5 July 2001,

(<http://www.icty.org/x/cases/jelasic/acjug/en/jel-aj010705.pdf>)

Prosecutor v. Milomir Stakic, Case No.IT-97-24-T, Judgement, 31 July 2003,

(<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>)

Prosecutor v. Radoslav Brdanin, Case No. It-99-36-T, In The Trial Chamber II, Judgement, 1 September 2004,

(<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>)

Trial Chamber Issues International Arrest Warrants Against Karadžić and Mladić and Rebukes FRY and Republika Srpska for Failing to Arrest Them, 11 July 1996, CC/PIO/099-E,
(<http://www.icty.org/en/sid/7327>)

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Kararları

The Prosecutor v. Alfred Musema, Trial Chamber 1, Case No:ICTR-96-13-A 27 January 2000,
(<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf>)

The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999,
(<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>)

The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, 6 December 1999, ICTR-96-3-T,
(<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-3/trial-judgements/en/991206.pdf>)

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 September 1998,
(<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>)

Uluslararası Adalet Divanı

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia),
(<https://www.icj-cij.org/files/case-related/118/14913.pdf>)

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002), Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Summary of the Judgment of 3 February 2006,
(<https://www.icj-cij.org/files/case-related/126/10437.pdf>)

Case Concerning Application of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia And Herzegovina V. Serbia And Montenegro), Judgment Of 26 February 2007,
(<https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>)

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment of 27 June 1986,
(<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>)

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark, Federal Republic of Germany /Netherlands), Judgment of 20 February 1969
(<https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>)

Reservations To The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide Advisory Opinion Of May 28th, 1951

(<https://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>)

Diğer Mahkeme Kararları

ECommHR, Touvier v. France (Appl. No. 29420:95), Decision, 13 January 1997.

International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment of 1 October 1946,

(<https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/>)

ÖZGEÇMİŞ

Gözde Gürpınar, 1985 yılında İstanbul’da doğmuştur. Lisans eğitimini Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde gerçekleştirmiştir. Lisans eğitimi sırasında, American University Washington College of Law ve Loyola Üniversitesi’nde çeşitli eğitimlere katılmıştır. Yeditepe Üniversitesi’nden 2008 yılında mezun olup, 2009 yılında yüksek lisans eğitimine başlamıştır. 2014 yılında kurmuş olduğu hukuk bürosunda, Ticaret ve Şirketler Hukuku üzerine danışmanlık ve avukatlık hizmeti sunmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Gözde Gürpınar
Tez Başlığı : Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ndeki Uluslararası
Suçlarda Zamanaşımı ve Zamanaşımı Meselesinin
Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri
Savunma Tarihi : 10/ 12 / 2019
Danışmanı : Prof. Dr. A. Emre Öktem

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. A. Emre Öktem

Doç. Dr. Ceren Zeynep Pirim Kızılcı

Dr. Öğr. Üyesi Bleda Rıza Kurtdarcan



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

