

HUKUKİ MÜTALAA

Sayın Av. Senem DOĞANOĞLU;

Sayın Av İlke IŞIK;

Sayın Av. Eylem SARIOĞLU;

Sayın Av. Erkan ÜNÜVAR;

Sayın Av. Tonguç CANKURT;

Katılan vekili olduğunuz dava dosyasına konu suç fiillerinin 5237 sayılı TCK m. 77’vd’de yer alan “insanlığa karşı suçlar”a vücut verip vermediği hususunda bilimsel bir mütalaanın hazırlanmasını tarafımdan talep etmekteyiz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 67/6’da “*Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafî veya kanunî temsilcinin, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri*” düzenlenmiştir. İşbu mütalaanın hukuki dayanağı söz konusu düzenleme olup, mütalaa tarafıma iletilen ve dava dosyasında yer alan bilge ve belgeler ışığında hazırlanmıştır.

I. İNCELEME

Mütalaa talep ettiğiniz 2018/287 E. sayılı dava dosyasının Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/232 E. sayılı ana dosyadan tefrik edildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda olayda insanlığa karşı suçların unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirme mevcut dava dosyası, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/232 E. sayılı dava dosyası ve tüm bağlantılı dosyalar üzerinden olayların sağlıklı biçimde ortaya konulması suretiyle yapılabilecektir.

A. OLAY

Tarafıma iletilen dosya içeriğinden 10 Ekim 2015 günü Ankara Garı önünde gerçekleştirilmesi planlanan Barış, Emek ve Demokrasi Mitingi’nin toplanma alanında IŞİD üyesi iki canlı bombanın intihar saldırısında bulunduğu ve bu nedenle

olay anında ve sonrasında 103 kişinin öldüğü, 500’den fazla kişinin yaralandığı anlaşılmaktadır. Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2018/287 E. sayılı dosyasında söz konusu saldırının iki örgüt üyesi tarafından tek başlarına gerçekleştirilmediği, yüksek derecede organize bir eylem olduğu ortaya konulmaktadır. Bu çerçevede saldırının IŞİD tarafından aylar öncesinden planlandığı, bu plan doğrultusunda suçta kullanılan araçların temin edildiği, intihar bombacılarının daha önce eğitim gördükleri Suriye ülkesinden yasadışı yollarla ülkeye sokulduğu, bir süre yerleştikleri Gaziantep ilinde örgüt üyeleri tarafından eyleme hazırlandıkları ve saldırıdan bir gün önce 9 Ekim 2015 tarihinde Ankara iline, örgüt üyelerinin öncülü-artçı biçimindeki eskortluğu ile hareket ettikleri ve 10 Ekim 2015 sabah saatlerinde Ankara iline vararak eylemi gerçekleştirdikleri görülmektedir.

Bu noktada eylem planına ilişkin en önemli delil niteliğinde olan örgüt içi yazışmalarda yer alan bazı ifadelerle değinmek gerekmektedir. Yazışmalarda suç fiilini tanımlar biçimde *“PKK’lıların yoğun yaşadığı yerler, PKK’lıların mitingleri, kafir yapılar, Yahudi ve Hristiyanlara yönelik eylem yapma”* gibi ifadelerle yer verilmiştir. Benzer biçimde eylem sonrası yapılan yazışmada fail Yunus DURMAZ’ın saldırıda ölenler için kullandığı *“onların hepsi Allah düşmanı PKK’lı”* nitelendirmesi de dikkat çekicidir. Bu ifade ve nitelemeler aşağıda açıklayacağımız üzere faillerin saikini ortaya koyması bakımından kanımızca önem arz etmektedir.

Suçun unsurlarının tespiti açısından önem arz eden diğer bir husus ise 10 Ekim 2015 tarihinde gerçekleşen davaya konu saldırının münferit olmadığı, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2018/287 E. sayılı dosyasında iddianameye yansır biçimde, IŞİD’in o dönem ülkede gerçekleştirdiği bombalı eylemlerin bir halkası olduğudur.

B. İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR BAKIMINDAN:

İnsanlığa karşı suçlar TCK’da Özel Hükümler Kitabı’nın “Uluslararası Suçlar” başlıklı Birinci Kısmı’nda düzenlenmiştir. Kısım başlığından da anlaşıldığı üzere insanlığa karşı suçlar uluslararası bir nitelik arz etmektedir. TCK m. 13’te ifade edilen evrensellik ilkesi gereği nerede olursa olsun cezalandırılması gereken, insan onurunu

zedeleyci, insanlığın varlığına kast eden bu suçların unsurlarının anlaşılması için uluslararası sözleşme ve mahkeme kararlarından yararlanmak gerekmektedir.

Bu bağlamda karşımıza çıkan ilk uluslararası sözleşmeler 1945 tarihli Nuremberg ve 1946 tarihli Tokyo (Uzakdoğu) Uluslararası Askeri Mahkemeleri Statüleri'dir. Burada yeni bir suç tipi olarak insanlığa karşı suç ve barışa karşı suçlar düzenlenmiştir. (Bekri, **Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması** (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2010 s. 29.) Ardından Almanya'da Aralık 1945 tarihinde çıkarılan 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu'yla, insanlığa karşı suçlar da dahil olmak üzere uluslararası suç tipleri iç hukuka aktarılmış ve her işgalci gücün kendi egemenlik alanı içerisinde hukuki düzenleme ve yargılama yapması kabul edilmiştir. İnsanlığa karşı suçlar bu Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü'ndekine paralel biçimde tanımlanmıştır. (Rückerl, **Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978**, Heidelberg, Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1979, s. 27; Seymen Çakar, **İnsanlığa Karşı Suçlar**, TBB Dergisi 2012 (103), s. 177.)

1991 tarihli Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 1994 tarihli Ruanda Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, 2002 tarihli Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü ve nihayetinde 2003 tarihli Roma Statüsü'nde de insanlığa karşı suçlar tanımlanmıştır. Bunlara BM Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen ve ileride taraf devletlerin imzasına açılması umut edilen 2019 tarihli taslak sözleşme metninde yer alan insanlığa karşı suç tanımını da ekleyebiliriz. (Tezcan/Erdem/Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 594-596.) Günümüzde, ülkemizde de olduğu gibi, söz konusu tanımları ve tipinin ulusal ceza kanunlarına aktarıldığı görülmektedir.

Bu düzenlemeler bağlamında verilen mahkeme içtihatları uluslararası ceza hukuku alanında oldukça belirleyicidir. Gelişmekte olan uluslararası ceza hukukunun yerleşmesinde bu içtihatların önemli bir payı vardır. İnsanlığa karşı suçlar bağlamında değerlendirildiğinde, suç fiillerinin kapsamının dönemselsel farklılıklara uğradığı görülmektedir. İnsanlığa karşı suçların ilk kez uygulama alanı bulduğu Nuremberg Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Almanya'da 10 Numaralı Kontrol Konseyi Kanunu

gereği işgal devletlerinde kurulan mahkemelerin verdiği kararlarda, söz konusu kapsamın oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. Örnek olarak Kristal Gece olarak tarihe geçen Yahudilerin malvarlıklarına ve sinagoglara yönelik saldırıların olduğu 9 Kasım 1938’de sinagog yangınına katılma, SS subayının bireysel inisiyatifle bir grup Yahudi’nin bulunduğu bir eve girerek onları kilere kilitlemesi ve ardından masaya yatırıp kırbaçlaması, eski bir senatör olan SPD üyesi Yahudi bir esnafın domuz kamyonuna bindirilerek elinde “ben karaborsacıyım” yazan bir yazıyı tutmaya zorunlu bırakılması ve kişiliğini küçük düşürücü biçimde halka teşhir edilmesi, 1943 başlarında bir işletmede Nazilerin savaşı kaybedeceği ve o zaman hesap vereceklerini ifade eden işçilerin sözlerinin idari ve adli makamlara aktarılması ve dokuz ay ve bir yıl hapis cezası almalarına neden olunması, mağdura siyasi görüşünden dolayı üç ay boyunca hakaret, fiziksel şiddet, tehdit vb. fiillerde bulunma, Hitler’e küfür ettiği için bir kişinin eşi önünde ağır biçimde dövülmesi gibi suç fiilleri insanlığa karşı suç olarak kabul edilmiştir. (OGHSt, Urt. V. 21 Dezember gegen T.u.K. Sts 40/48, A.e., s. 198; OGHSt, Urt. vom 21 Dezmbere 1948 gegen W.StS 139/48, A.e., s. 203; OGHSt, Urt. vom 21. Dez. 1948 gegen K. StS 87/48, A.e., s. 235; OGHSt, Urt. vom 25. Januar 1949 g. Sch. StS 81/48, A.e., s. 265; OGHSt, Urt vom 22. Februar 1949 g.K.u.A. StS 102/48, A.e., s. 307.)

Söz konusu kapsam bugünkü düzenlemeler dikkate alındığında oldukça geniştir. Ancak bir sınırlama olarak söz konusu suçların gerçekleştirilmesi için bir çatışmanın varlığının arandığını, bu anlamda savaşa karşı suçların icrası kapsamına işlenebileceğini ifade edilmiş ise de Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da kısmen kabul edilen bu anlayış, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Sierra Leone Özel Mahkemesi kararlarında ve nihayetinde Roma Statüsü’nde terk edilmiştir. Bu bağlamda insanlığa karşı suçların oluşması için silahlı bir çatışmanın varlığı aranmayacaktır. (Tezcan/Erdem/Önok, s. 595-596.) Aksine silahlı bir çatışma sırasında işlenen suçlar esas itibariyle savaş suçuna vücut verecektir. TCK m. 77’deki düzenlememiz de buna uygun olarak suçun tanımında silahlı bir çatışmanın varlığı unsuruna yer vermemiştir.

Güncel yargılamalarda da suç tipinin geçmişteki kadar olmasa da oldukça geniş yorumlandığı görülmektedir. Hollanda Yüksek Mahkemesi, Menten Davası

olarak bilinen davada insanlığa karşı suç konseptinin “*teröre dayalı sistemin bir parçası olduğu ya da belirli gruplara karşı yürütülen siyasa ile bağlantı kurduğunu*” hükme bağlamıştır. (Menten Case, 75 I.L.R. 362, 362–363, 1981.) Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesinin 2002 tarihli Kunarac ve diğerleri kararında yer verildiği üzere insanlığa karşı suçun işlenmesi açısından “*saldırının sınırlı ve tesadüfi sayıda seçilmiş bireyleri değil yeterli sayıda insanı hedefleyerek gerçekleştirildiğinin ortaya konulması yeterlidir*”. (IT-96-23 & IT-96-23/1-A, para 90.) 2004 yılında verdiği Blaškić kararında da “*insanlığa karşı suçu tanımlayan hem mağdurun statüsünün sivil olması hem de saldırının kapsamı ya da planlamanın düzeyidir*” şeklinde suçun unsurlarını tanımlamıştır. (IT-95-14, para. 107.)

Konuya ilişkin en güncel kararlardan birisi dava dosyasındakine benzer biçimde IŞİD üyesi kişilerce gerçekleştirilen fiillere ilişkindir. Söz konusu karar IŞİD üyesi bir Irak vatandaşının Ezidi bir anne ve küçük kızını köle olarak satın alması, onlara işkence yapması, fiziki ve manevi olarak zarar vermesi ve nihayetinde küçük kızın ölümüne sebebiyet vermesi sebebiyle soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarını işlediğini hüküm altına alan Frankurt am Main Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin 30.11.2021 tarihli kararıdır. (OLG Frankfurt am Main Urt. v. 30.11.2021-5-3 StE 1/20-4-1/20.)

Uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta durum bu iken, somut olayı TCK m. 77 çerçevesinde ele alırsak şunları ifade edebiliriz:

“*Madde 77- (1) Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir*

kesimine karşı bir plan 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 tabi 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 hükmolunur. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

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

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

1. Korunan hukuksal yarar:

Suçun işlenişine göre, ilgili bireyin maddi ve manevi varlığı (onuru, yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, cinsel özgürlüğü, kişi özgürlüğü) korunduğu gibi, ilgili toplum kesiminin bir bütün olarak varlığı da korunmaktadır. (Tezcan/Erdem/Önok, s. 596.) Suç tipi ayrıca ortak insanlık değerlerinin korunması ve yüceltilmesini hedeflemektedir. (Parlar/Hatipoğlu, **5237 sayılı Türk Ceza Hukuku Yorumu**, C. 1, Ankara, 2007, s. 625.)

“Topluluğun bir bütün olarak var olma hakkı” insanlığa karşı suçta bir kesimin toplu biçimde imhası ve bu anlamda soykırımın varlığını anlamına gelmemektedir. Toplu biçimde imhanın olmadığı -ki somut olay Türkiye tarihinin en kanlı canlı bomba eylemidir- durumlarda da insanlığa karşı suç hükümleri uygulanacaktır. Somut olay bakımından 10 Ekim günü gerçekleştirilen saldırıda “yaşam hakkı” ve “vücut dokunulmazlığı” ihlal edildiği gibi “ilgili toplum kesiminin varlığı”na yönelik bir saldırı gerçekleştiği açıktır.

2. Fail:

Söz konusu suç özgü suç değildir. Dolayısıyla fail herhangi bir kimse olabilir. Devletin ve bu anlamda kamu görevlilerinin açık iş birliği, onayı veya teşviki gerekmez. Failde sürece katılma iradesinin bulunması yeterlidir. Eylemin emirle gerçekleşmiş olması dahi gerekmez. Doktrinde suçun ancak devlet benzeri bir yapının

eliyle işlenebileceği görüşü ileri sürülmekle birlikte, söz konusu görüş hem doktrinde hem de uygulamada oldukça azınlıkta kalan bir görüştür. (Ayrıntılı tartışmalar için bkz.; Önok, **Can Terrorist Acts be Prosecuted as a Crime Against Humanity?...**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 597.)

Bu anlamda terör örgütlerinin üyeleri de bu suçun faili olabilecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin de görüşü bu yöndedir. (ICC-01/04-01/07 1/660, parag. 1118 vd., 07.07.2014.) Hatta doktrinde isabetle ifade edildiği üzere IŞİD’in ülkemiz topraklarında gerçekleştirdiği bombalı saldırılar dizisi bunun en tipik örneğidir. (Önok, s. 683.) Dava konusu olay, yukarıda örneklerini verdiğimiz filler gibi, açık biçimde fail unsurunu karşılamaktadır. Söz konusu suçun terör örgütü olarak tanımlanan bir yapı tarafından gerçekleşmiş olması onun insanlığa karşı suç olmasını engellememekte, aksine bu ihtimali güçlendirmektedir.

3. Mağdur:

Madde metinde geçen “*toplumun bir kesimi*” ifadesinden anlaşılması gereken sivil nüfustur. Sivil nüfus saldırının hedefi olarak işaretleyen ayırt edici unsurlara sahip, büyükçe sayıda insan topluluğudur. Sivil halkın bir kısmı saldırıdan muaf tutulmuş olsa bile, önemli olan saldırının belirli sayıdaki sivillere yöneltilmiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle önemli olan sivil nüfusun saldırının asli hedefi olmasıdır. Sivil nüfus, ister ülkesinde bulunduğu devletin vatandaşı olsun, ister olmasın, genel olarak “savaşan (muharip) statüsü” tanınmayan herkesi kapsamaktadır. Kamu görevlileri de bu suçun mağduru olabilecektir. (Tezcan/Erdem/Önok, s. 602.) Dava konusu olayda hedef alınan mağdurların yukarıdaki anlamda “savaşan” statüsüne sahip olmadıkları; diğer bir deyişle, “sivil nüfus” niteliğinde oldukları açıktır.

Kanun lafzının sivil nüfus yerine daha dar bir biçimde yorumu halinde de kanımızca benzer bir sonuç ortaya çıkacaktır. Somut olayda toplumun bir kesimi mitinge katılmak, ilgili pankartları taşımak, kortej oluşturmak gibi “ayırt edici” unsurlara sahip belirli siyasi görüşteki kalabalık sayıda insan grubudur. Eylem spesifik olarak belirli sayıda kişiye değil, halka yönelmiş olsa da bu, halkın belirli bir kesimidir. Bu kesim “barış” gibi günümüzde siyasi bir nitelik arz eden ve bu nedenle

saldırıya maruz kalması muhtemel bir talebi dile getirmek için bir araya gelmiştir. Zaten IŞİD'in saldırı öncesi marjinal örgüt vb. adlandırmalarla mitinge katılan dernek, sendika ve siyasi partilerin listesini tek tek çıkarması ve buna göre eylem kararı alması bunun bir göstergesidir. Yine eylem kararlarına ilişkin örgüt içi yapılan yazışmalarda *“PKK’lıların yoğun yaşadığı yerler, PKK’lıların mitingleri, kafir yapılar, Yahudi ve Hristiyanlara yönelik eylem yapma”* gibi ifade ve istekler bu hususu açığa çıkarmaktadır. Sonuç olarak saldırganlar siyasi ve dini olarak kendi varlıklarına karşı konumlandıkları çok sayıda kişiyi öldürmeyi hedeflemiş ve öldürme eylemini gerçekleştirmişlerdir.

4. Maddi Unsur

Madde metninde maddi unsur olarak kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tabi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme sayılmıştır. Seçimlik hareketli suçlardan birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Ancak Kanun'da bu fiillerin münferit değil, belirli bir plan dahilinde ve sistematik biçimde gerçekleştirilmesi aranmıştır. Bu bakımdan kendiliğinden gelişen bireysel şiddet hareketlerini kapsamayan, belli ölçüde organize şekilde gerçekleştirilen saldırılar, bu suç kapsamındadır. Sistematik olması gereken sivil nüfusa yönelik saldırıdır, yoksa bu kapsamda işlenen fiillerin kendisi değildir. Bu bakımdan genel saldırının bir parçası teşkil eden tek bir eylem de suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir. (Tezcan/Erdem/Önok, s. 604.) İnsanlığa karşı suçların oluşması için saldırının niteliği yönünden aranan sistematik ve yaygın olma koşulu Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 2007 tarihli Nahimana ve diğerleri kararında şöyle tanımlanmıştır: *“Saldırının büyük ölçekli karakteri ve mağdurların sayısı, yaygınlığını; sistematik olmak ise tesadüfen gerçekleşmesi olanaksız planlanmış karakterde olmasını ifade eder”*. (CTR-99-52, para. 920.)

Somut olayda TCK m. 77'de sayılan “kastan öldürme” ve “kastan yaralama” gerçekleşmiştir. Somut olay münferit veya rastlantısal değildir. Söz konusu örgüt bir plan dahilinde faaliyet yürütmekte, şiddeti sürekli tekrarlamaktadır. Saldırı yüksek düzeyde organizedir. Bu anlamda kanunda yer alan bir plan doğrultusunda sistemli

olma unsuru da gerçekleşmiştir. İŞİD terör örgütü sistemli bir biçimde toplumun belirli kesimlerini hedef alarak toplu öldürme fiilleri gerçekleştirmektedir. Sistematiğ olma hali İŞİD'in Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2018/287 E. sayılı dava dosyasının iddianamesinde belirtilen gerçekleştirmeyi planladığı bombalı saldırılardan anlaşılmaktadır. Söz konusu dava dosyasının 2016/232 E. sayılı dosyasındaki Savcılık Mütalaası'nın 27. ve 28. sayfalarında ve gerekçeli kararında İŞİD'in ülkemizde gerçekleştirdiğı sistematiğ saldırılar 15 madde halinde ortaya konulmuştur.

Bu anlamda kanımızca olayda tek tartışmalı husus olan sistematiğlik unsurunun da gerçekleştiğini ifade edebiliriz. Bu noktada kamuoyunda Sivas Katliamı Davası olarak bilenen karara atıf yapmakta yarar vardır. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 1994/30, K. 2012/52, T. 13.03.2012 kararında 1993'te meydana gelen Sivas Katliamı bakımından insanlığa karşı suç tartışması yürütmüştür. Mahkeme insanlığa karşı suçun sistematiğlik dışındaki suçun tüm unsurlarının gerçekleştiğini ifade etmiştir. Sivas Katliamı Davası'ndan farklı olarak, 10 Ekim günü gerçekleşen saldırıda sistematiğlik unsurunun da gerçekleştiğı açıktır.

5. Manevi Unsur

Kanun metninde fiillerin siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle işlenmesi aranmıştır. Ancak bu tür uluslararası suçların özel kasta bağlanmasının uluslararası ceza hukukuna uygun olmadığı, suçun oluşması için genel kastın yeterli olması gerektiğı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Buna göre suçta özel kast aramak suç tipinin uygulama alanını gereksiz yere kısıtlamış ve soykırım suçuyla aradaki farkı çizmeyi güçleştirmiştir. (Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, Seçkn, 2020, s. 87). Kaldı ki UCM Statüsünde de insanlığa karşı suçların tanımında özel kastın varlığı aranmamıştır. (Parlar/Hatipoğlu, s. 627.)

Somut olayda kanımızca TCK'da aranan özel kast mevcuttur. Failler suçta siyasal/felsefi/ırki/dinsel saikle işlemişlerdir. Faillerin mürted-düşman gördükleri kişilere yönelmiş bir saldırısı vardır. Kastları doğrudan sivillere yöneliktir; failler fiillerini sistemli diğer saldırıların devamı ve bir parçası olarak görmekte ve sahiplenmektedirler. Faillerin somut olayın hazırlık ve gerçekleştirilme sürecinde

gösterdikleri davranışlar bize kendi fillerinin diğer fiillerle bağlantısının bilincinde olduğunu göstermektedir.

IŞİD bu saldırıyı belirli bir siyasi kimliğe sahip kişilere ve bu siyasal düşüncelere karşı gerçekleştirmiştir. IŞİD'e göre mağdurlar “*kafir, mürted, Müslüman olmayan*”lardır. Sanıklardan Yunus Durmaz'ın saldırıda ölenler için “*onların hepsi Allah düşmanı PKK'lı*” ifadesi bunu ortaya koymaktadır. Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/232 E. sayılı dosyasında gerekçeli kararda IŞİD'i tarif ederken kullanılan “*DEAŞ(IŞİD) silahlı terör örgütünün radikal selefi düşünceler doğrultusunda kendilerinden olmayan tüm toplum kesimlerini kafir ve düşman olarak gördükleri...*” ifadesi aynı hususun altını çizmektedir. Söz konusu negatif tanımlama soykırım suçunda yapılan tartışmaların aksine insanlığa karşı suçların oluşmasına engel teşkil etmeyecektir.

2011 tarihli Bagosora ve diğerleri kararına göre “*Failin eylemlerinin ya da ihmali davranışlarının bu yaygın ve sistematik saldırının bir parçası olduğunu bilmesi yeterlidir*” ki, olayımızda bu husus da mevcuttur.

Faillerin birden fazla suça dair kastlarının bir arada bulunabilmesi de mümkündür. Tarafıma iletilen dava dosyasında da bu durum söz konusudur. Failler hem insanlığa karşı suçları hem de anayasayı ihlal suçunu işlemek istemektedirler. IŞİD anayasal düzeni ortadan kaldırmak istemektedir ve bu nedenle kendinden olmayan sivilleri yok ederek insanlığa karşı suçlar işlemektedir. Anayasal düzeni ortadan kaldırsa dahi, geçmişte Suriye'de olduğu üzere, insanlığa karşı suçlar işlemeye devam edecektir. Bu tür örgütlerin eylemlerinin günlük dilde insanlık dışı olarak tarif edilmesi de bu gerçeğe dayanmaktadır. IŞİD sadece devletlerin tüzel kişiliğine değil insanlığın varlığına yönelmiş bir örgüttür. Aşağıda içtima başlığında ortaya koyacağımız üzere, gerçek içtima hükmü dolayısıyla sanıkların hem insanlığa karşı suçlardan hem de anayasal düzeni ihlalden ceza alması gerekmektedir.

6. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bu kadar ağır sonuçlar doğuran söz konusu suç tipinde hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi mümkün görülmemektedir.

7. Kusurluluk:

Suç tipi kusur bakımından diğer suç tiplerinden farklı özellikler taşımamaktadır. Amirin emri gibi haller de hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu ortadan kaldıracak bir neden değildir.

8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri:

Suçun özel görünüş biçimleri bağlamında somut olay bağlamında özellikle içtima kurumu önem arz etmektedir.

a) Teşebbüs:

Suç tipi teşebbüs kurumu bakımından bir özellik arz etmemektedir.

b) İştirak:

İştirak açısından suç tipi bir özellik arz etmemektedir.

c) İçtima

İçtima bakımından maddede özel bir düzenleme söz konusudur. TCK m. 77/2'e göre kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından belirlenen mağdur sayısınınca gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Ancak kanımızca somut olay bağlamında önem arz eden husus TCK m. 309 yani anayasayı ihlal suçu ile insanlığa karşı suçlar arasındaki içtima ilişkisidir. TCK m. 309 yani anayasayı ihlal suçunun varlığı kanımızca tartışma konusuysa da bu tür terör suçlarının uygulamada bu kapsamda değerlendirilebildiği bilinmektedir. Burada önem arz eden husus suçun anayasayı ihlal suçuna vücut vermesi nedeniyle, insanlığa karşı suç olmayacağı yönündeki hatalı önyargıdır. Kanımızca bu önyargı devlet ile insanlık onuru kavramlarını birbirinden ayıran ve insanlığa karşı suçlarda devletin mağdur, kamu görevlilerinin de fail olmayacağı yönündeki statükocu bir anlayışın ürünüdür. Bu anlayış ne modern ceza hukukuna ne de mevcut kanuni düzenlemeyle uyusmamaktadır.

Mevcut düzenlemeye göre sanıkların eylemlerinin başka bir suç tipine de vücut vermiş olması insanlığa karşı suçlardan ceza vermesine engel değildir.

Çünkü ortada tek bir fiil vardır ve bir fiille birden fazla suçun meydana gelmesi halinde mahkeme heyetinin nasıl hüküm kurması gerektiği kanunda açık biçimde düzenlenmiştir:

i. **Gerçek İçtima Bakımından:** TCK m. 309/2 gereği gerçek içtima hükümleri uygulanmalı ve failler hem anayasayı ihlal hem de başta insanlığa karşı suç olmak üzere işledikleri diğer tüm suçlardan ceza almalıdırlar. Gerçekten de TCK m. 309/2 çok açıktır. Buna göre *“anayasayı ihlal suçunun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlar dan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunacaktır”*. Somut olayımızda IŞİD örgütü *“cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs ederken”* ayrıca insanlığa karşı suçları da işlemiştir. Şu hâlde sanıklara bu suçtan da ceza verilmelidir. Aksi yöndeki hatalı bir yorum özellikle başta zamanaşımı olmak üzere ileride cezanın infazını etkileyecek hükümler bakımından hukuka aykırı biçimde sanıklar lehine sonuç doğuracaktır.

Gerçek içtima hükmü varken, fikri içtima tartışmasına girmeye gerek dahi yoktur. Ancak TCK m. 309/2 çok açık olmasına rağmen, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması konusunda tereddütlerinin varlığı ihtimaline karşı fikri içtima tartışması yürütmeyi gerekli görmekteyiz. Fikri içtimayı düzenleyen TCK m. 44 gereği *“bir fiil ile birden farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır”*. Somut olayda ortada hem insanlığa karşı suç hem de anayasal düzeni ihlal suçuna vücut veren, bu anlamda her iki suç için tamamıyla örtüşen tek bir fiilin olup olmadığı tartışma konusudur.

Ancak ortada tek bir fiil olduğu kabul edilse bile altının önemle çizilmesi gereken bir husus vardır ki; o da hangi suç tipi ağır olursa olsun, her iki suç tipinin de mutlak suretle hükümde tartışılması ve gösterilmesinin zorunlu olduğudur. Yani sadece cezalandırılacak suç tipi

değil, tüm suç tipleri hükümde gösterilecektir. Gerçekten de ceza yargılamasının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta suçların içtimainın söz konusu olduğu hallerde, bunun hüküm fıkrasında muhakkak surette belirtilmesi gerekir. Hâkim, yargılamanın konusunu oluşturan olayda içtima öğretisi anlamında kaç tane fiilin bulunduğunu, bunların hangi suç tipine sebebiyet verdiğini, suçların içtimainın söz konusu olduğu hallerde bunun türünü belirlemek ve bunu hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Zira suçların içtimai, faile verilecek cezanın belirlenmesin de önemli bir fonksiyon icra eder. Fikri içtima halinde faile tek bir ceza verilecek ise de hükümde fikri içtima ilişkisi içinde bulunan suçların hepsinin gösterilmesi gerekir. (Göktürk, **Fikri İçtima**, doktora tezi, Ankara, 2009, s. 240.)

Gerek gerçek içtima gerekse de fikri içtima kuralları insanlığa karşı suçların başka herhangi bir suç tipiyle içtima ilişkisine girmeyeceğini, ortada gerçek içtima halinin var olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Aksi yönde yani sadece anayasayı ihlalden hüküm kurmak, firari sanıkların durumunu da yakından etkileyecektir. Çünkü bilindiği TCK m. 77/4 gereğince insanlığa karşı suçlarda zamanaşımı işlemeyecekken; anayasal düzeni ihlal suçunda zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme söz konusu değildir. Şu durumda dava dosyasında yer alan firari sanıklar yakalandığında TCK m. 309 çerçevesinde suçlarının zamanaşımına uğradığı ileri sürülebilecek ve firari sanıkların cezasızlığı söz konusu olabilecektir. Somut olayda bu oldukça olasıdır. Bu kadar kanlı bir saldırıya imza atan sanıkların zamanaşımı gibi bir kurumdan yararlanması adalet duygularını derinden sarsacaktır.

Ayrıca insanlığa karşı suçlardan hüküm kurulması halinde yurtdışında yakalanan firari sanıkların ülkeye iadesi daha kolay olacaktır. Ülkemizin de taraf olduğu Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi başta olmak üzere uluslararası sözleşmeler uluslararası bir suçun varlığı halinde taraf devletlere suçlunun iadesi yönünde karar verme yükümlülüğü yüklemiştir.

II. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME:

Olay örgüsü ve insanlığa karşı suçların unsurları bağlamında yapılan incelenme ışığında;

Dava dosyasına konu olayda insanlığa karşı suçların bütün unsurlarıyla oluştuğu; söz konusu suça tipik bir örnek teşkil ettiği; aksi biçimde bir yorumun ulusal, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri ve içtihatlarına aykırı olacağı; sanıklar lehine hukuka aykırı biçimde lehe durumlara neden olacağı; firari sanıkların cezasızlığını beraberinde getirebileceği ve TCK m. 77’i, kanun koyucunun amacının aksine, hiçbir olaya uygulanamayacak kadük bir madde haline getireceği mütalaa olunur. 24.04.2023.

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Doktoru

Dr. Öğretim Üyesi Barış IŞIK