

ULUSLARARASI MAHKEMELERDE GÖRÜŞÜLEN DAVALAR /  
CASES BEFORE INTERNATIONAL COURTS

**Yayın Geliş Tarihi / Received:** 14.11.2021

**Yayına Kabul Tarihi / Accepted:** 16.11.2021

Bu makale için önerilen kaynak gösterimi / To cite this article (Chicago, 17-A sürüm / Chicago, 17<sup>th</sup> A):

Uraz, Onur. "Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme". *Uluslararası Suçlar ve Tarih / International Crimes and History* 22, (2021): 29-73.

**ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN  
GAMBİYA-MYANMAR DAVASINDA  
SOYKIRIM SUÇUNUN TESPİTİ  
BAKIMINDAN KARŞILAŞACAĞI  
DÖRT TEMEL HUKUKİ SORUNA  
DAİR BİR DEĞERLENDİRME\***

**Onur URAZ**

*Doktor. Öğretim Görevlisi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1761-049X>*

**Öz:** *Bu makale Gambiya'nın Kasım 2019 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı nezdinde Myanmar'a aleyhine yaptığı ve Myanmar'ın Rohingya azınlığına karşı soykırım suçunu işlemekte olduğunu iddia ettiği başvurusunu ve bu başvurunun esasını incelerken mahkemenin karşılaşılabileceği temel sorunları irdelemektedir. Gelen raporlar dikkate alındığında Myanmar'da Rohingya'lara karşı soykırım suçunun fiillerinin işlendiğine dair kuvvetli deliller mevcuttur. Ancak asıl sorunlar bu fiillerin özel kast (soykırım kastı) ile işlenip işlenmediği ve eğer işlendi ise devletin suçun faili olarak nitelenip nitelenemeyeceğidir. Bu çalışma ilk soruya ilişkin olarak cevabın Divan'ın yorum sırasında alacağı tutuma göre değişmeye açık olduğunu savunacaktır. Buna göre*

\* Bu çalışmaya olan katkılarından ötürü Sayın Selim Seçkin'e teşekkür ederim.

gerek “tek makul çıkarım” doktrinin uygulanması, gerekse “esaslılık şartının” değerlendirilmesi bağlamında kağıt üzerinde hakim görüş olan bireyci görüş takip edilir ve soykırım kastının muhtevası “fiziksel veya biyolojik yok etme” kastına indirgenirse, özel kastın varlığını çıkarsamak daha zor hale gelecektir. Öte yandan tıpkı Srebrenica değerlendirmesinde olduğu gibi kolektivist görüş arka kapıdan da olsa yoruma esas teşkil ederse kastın varlığının tespiti daha muhtemel olacaktır. Ayrıca, makale suçun bireysel olarak tanımlandığından hareketle Myanmar’ın devlet olarak soykırım suçunun faili olamayacağını ve ancak önleme yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle sorumluluğunun doğabileceğini savunacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Soykırım Suçu, Uluslararası Hukuk, Gambiya - Myanmar, Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Kastı

**AN EVALUATION OF THE FOUR MAIN  
LEGAL PROBLEMS THAT THE INTERNATIONAL  
COURT OF JUSTICE WILL LIKELY FACE IN  
ASSESSING THE CRIME OF GENOCIDE IN  
GAMBIA – MYANMAR CASE**

30

**Abstract:** *This article examines four fundamental legal problems that the International Court of Justice (ICJ) will likely face in *Gambia v. Myanmar* while examining whether the crime of genocide has been committed against the Rohingya People of Myanmar. When the reported evidence is considered, it can be forthrightly argued that the acts of genocide are committed against the Rohingya minority in Myanmar. The real challenge is, however, establishing whether these acts are committed with “genocidal intent” and, if so, whether Myanmar can be considered as the perpetrator as such. As to the first question, the article argues that the outcome of ICJ’s consideration will change depending on the theoretical perspective it endorses. If the Court prefers to emphasise its individualistic reading of the term “intent to destroy” as “intent to physically or biologically destroy” and considers “only reasonable inference” doctrine and the “substantiality requirement” accordingly, then it would be rather challenging to conclude that perpetrators acted with “genocidal intent”. If, on the other hand, the Court uses the backdoors created as to the Srebrenica situation and thus prefers a collectivistic interpretation of the legal definition, then it may become more likely to infer “intent to destroy” from the circumstantial evidence. Regarding the second question, the article will advance that since genocide is defined as an “individualised*

**Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme**

*crime” and states cannot form “intent”, unlike human beings, it seems theoretically implausible to be able to consider states as the principal perpetrators of the crime. Rather states can be held responsible, according to the principles of state responsibility, if they fail in fulfilling their duty to prevent genocide.*

**Keywords:** *The Crime of Genocide, International Law, Gambia - Myanmar, International Court of Justice, Genocidal Intent*

## 1. Giriş

11 Kasım 2019 tarihinde Gambiya Cumhuriyeti ('Gambia') Myanmar Birliği Cumhuriyetine ('Myanmar') karşı Uluslararası Adalet Divanına ('UAD') yaptığı başvuru ile, UAD'den Myanmar'ın 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nden ('Soykırım Sözleşmesi') doğan yükümlülüklerini yerine getirmedeğinin ve Rohingya azınlığına karşı yürüttüğü operasyonlar bağlamında sözleşmenin amir hükümlerini ihlal ettiğinin tespitini ve buna ilişkin devlet sorumluluğunun belirlenmesini talep etmiştir.<sup>1</sup> Bu başvuru, Soykırım Sözleşmesinden doğacak olan hukuki bir anlaşmazlığın UAD tarafından değerlendirileceği dördüncü başvuru olacaktır. Divan ilk olarak 1951 yılında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından istenen tavsiye görüşü talebine binaen, Soykırım Sözleşmesi'ne hangi kapsam ve ölçüde çekince koyulabileceğini değerlendirmiş olup,<sup>2</sup> ilgili görüş daha ziyade antlaşmalar hukuk bakımından önem arz etmektedir. UAD'nin gerek soykırım suçunun unsurlarına, gerekse suçun devlete nasıl isnat edilebileceğine dair değerlendirmeleri, sırasıyla 2007 ve 2015 yıllarında sonuçlandırılan, *Bosna-Hersek -Sırbistan*<sup>3</sup> ve *Hrvatistan – Sırbistan*<sup>4</sup> kararlarında ortaya konulmuş olup, *Gambiya - Myanmar* davası mahkemenin bu davalarda ortaya koyduğu kimi hukuki argümanları yeniden değerlendirebileceği ve test edebileceği bir ihtilaf olarak görülebilir.

Şunu öncelikle not etmek gerekir ki *Gambiya – Myanmar* davasının uluslararası hukukun muhtelif alanlarında önemli tartışmalar yaratması muhtemeldir. Örneğin Gambiya, Myanmar'ın *erga omnes* nitelikte olan bir *jus cogens* normu ihlal ettiği argümanına dayanarak, kendisinin bu davanın tarafı olmaya muktedir olduğunu belirtmiştir.<sup>5</sup> Her ne kadar Gambiya'nın geçici tedbir taleplerine dair yaptığı ilk incelemede mahkeme bu hususu değerlendirip, Gambiya'nın argümanını haklı bulmuş görünse de, bu değerlendirme tartışmasız olmaktan uzaktır. Nitekim yargıç Xue Hangin, konuya dair ayrı görüşünde, mahkemenin referans gösterdiği *Belçika – Senegal* davası ile maddi olgular bakımından farklılıklar olduğunu ve *erga omnes* yükümlülüklerin

1 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures, (2019).

2 Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice, (1951).

3 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgement.

4 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) [2015] Judgment.

5 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures (2019).

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

doğuracağı sonuçların bu kadar geniş yorumlanarak Gambiya'nın taraf olma ehliyetinin kabul edilmesine dair çekincelerini belirtmiştir.<sup>6</sup>

Buna ek olarak, Hangin, her ne kadar UAD'nin bu aşamada soykırım kastını değerlendirmesinin beklenmesi makul olmasa da, ilgili başvurunun Soykırım Sözleşmesi bağlamında bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmesi için en azından "soykırımsal fiillerin" süreklilik gösteren şekilde ortaya çıktığının belirlenmesi gerektiğini ve fakat bu olay özelinde bunun bulunmadığını not etmiştir.<sup>7</sup> Hangin'e göre ilgili durum Soykırım Sözleşmesinin kapsamına girmekten ziyade, Myanmar'da uzun süredir süre gelen etnik azınlıklara kötü muamele hususuna dair olup, insan hakları ihlali teşkil etmektedir.<sup>8</sup>

Yine Divan, 2009 yılından beri geçici tedbir taleplerini incelerken kullandığı, ve sıklıkla eleştirilen,<sup>9</sup> makul olma testini ('plausibility test') bu başvuruya dair geçici tedbir incelemesinde de bir kez daha yenilemiştir. Bu test temelde geçici tedbire hükmedilmesi için başvuran devletin korunmasını istediği hakkının ihlal edildiğine dair makul bir iddianın sabit görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı görüşünün gerekçesinde yargıç Cançado Trindade, bu testin modası geçmiş bir anlayışın ürünü olduğunu, insan hakları ihlallerinin devletlerarası ilişki ve hak ihlalleri kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek ilgili testin bireyci ve insancıl prensipleri temel alan başka bir testle ('human vulnerability') değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>10</sup>

Öte yandan Divan, her ne kadar Gambiya'nın talebine kıyasen daha soyut biçimde formüle edilse dahi, son tahlilde bir dizi geçici tedbire hükmetmiş ve bu tedbirlere yönelik atılan adımların Myanmar tarafından düzenli olarak rapor edilmesini talep etmiştir.<sup>11</sup> Geçici tedbir kararına

6 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), [2020] Order on Request for the indication of provisional measures. (Hangin's Separate Opinion).

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Örneğin Anne Peters, "'Vulnerability' versus 'Plausibility': Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017', EJIL Talk (5 Mayıs 2017), link: <https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/> erişim 15.10.2021.

10 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), [2020] Order on Request for the indication of provisional measures. (Trindade's Separate Opinion).

11 International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), [2020] Order on Request for the indication of provisional measures.

ilişkin önemli olan husus UAD Statüsünün 41. maddesinde belirtildiği üzere öngörülen bu tedbirlerin kesin karardan önce taraflara ve BM Güvenlik Konseyine bildirilecek olmasıdır. Bu bağlamda alınan geçici tedbir kararı ile bir bakıma hem hukuki bir kazanım elde edilmekte hem de söz konusu suçları işlediği iddia edilen devletler üzerinde BM Güvenlik Konseyi aracılığıyla siyasi bir baskı oluşturulması sağlanmaktadır. Ancak Myanmar şu ana dek ilgili tedbirleri almaktan ve gerekli raporlamalarda bulunmaktan mümkün merteye imtina etmektedir. Bu bakımdan gerek Divan'ın etkinliği, gerekse Güvenlik Konseyi'nin rolü eleştiriye açık hale gelmektedir.

Görüldüğü üzere dava tek bir makalenin şümülünde incelenemeyecek kadar geniş kapsamlı hukuki ihtilaf ve karşıt görüşler doğurmaya gebedir. Düştüğümüz bu kısa notun amacı bir yandan makalenin sınırlarını çizmeye yönelik bir girizgâh oluşturmak, öte yandan konunun hukuki boyutunun derinliğini okuyucunun dikkatine sunmaktır. Bu çalışmamız yukarıda kısaca bahsedilen hususlara değinmekten ziyade, hususiyetle uluslararası hukukta soykırım suçunun tanımının yorumlanması ve uygulanması ile suçtan doğan sorumluluğun devletlere isnadı çerçevesinde bir inceleme yapacak olup, bu kapsamda mahkemenin yaşaması muhtemel dört temel hukuki sorunu ortaya koyacaktır.

Soykırım suçunun tanımı 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesinin 2. maddesinde yapılmış olup, Roma Statüsü dahil müteakip tüm uluslararası hukuk antlaşma ve belgelerinde bu tanım aynen tekrar edilmiştir. Buna göre,

*...ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, (bağımsız ve ayrı bir antite olarak),<sup>12</sup> kısmen veya tamamen yok etme kastıyla aşağıdaki fiillerden herhangi biri işlenmesi soykırım suçunu oluşturur*

*a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;*

*b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;*

12 Aşağıdaki sayfalarda detaylandırıldığı üzere, parantez içindeki ifade resmi Türkçe çevirilerde dahil edilmeyen ama orijinal İngilizce tanımında bulunan 'as such' tabirinin mahkemelerce kabul görmüş yorumudur.

**Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme**

- c) *Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracak şekilde hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek;*
- d) *Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;*
- e) *Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek.*<sup>13</sup>

Sözleşmenin 3. maddesinde de cezalandırılacak eylemler belirlenmiştir. Bu kapsamda da soykırımda bulunmak, soykırımda bulunulması için iş birliği yapmak, soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak, soykırımda bulunmaya teşebbüs etmek ve soykırıma iştirak etmek tahdidi bir şekilde cezalandırılacak fiiller olarak sayılmıştır.

Tanımdan sabit olduğu üzere suçun maddi unsuru (*actus reus*) tahdidi niteliktedir. Diğer bir deyişle, soykırım suçunun işlenmesi ancak maddede belirtilen fiillerin işlenmesi halinde mümkün olmaktadır.<sup>14</sup> Gambiya'nın başvurusu, Myanmar'da Rohingya azınlığına karşı (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen fiillerin sistematik bir biçimde işlendiğini iddia etmektedir. Öte taraftan sarih olduğu üzere, soykırım suçunun ayırt edici unsuru fiiller olmayıp, tanımda sayılan fiillerin tümü, aynı zamanda insanlığa karşı suçların da maddi unsurunu teşkil etmektedir. Dahası bu fiiller birçok yerel ceza hukukunda da başlı başına veya bağıntılı biçimde suç olarak tanımlanmıştır. Soykırım suçunun ayırt edici unsurunu suçun manevi unsurunun (*mens rea*) oluşturduğu kabul edilmektedir.<sup>15</sup> Soykırım suçunun sabit olması için failin öncelikle işlediği fiil bakımından doğrudan kast (*dolus directus*) veya olası kast (*dolus indirectus*) ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu bakımdan suç taksirli bir fiille işlenemez. Buna ek olarak failin fiili işlerken, özel kast (*dolus specialis*, specific intent) olarak isimlendirilen ek ve hususi bir kastı da taşımaması gerekmektedir.<sup>16</sup> Bir örnek ile açıklamak gerekirse, soykırım suçunun oluşabilmesi için failin bir kimseyi kasten öldürmesi ve suçun olağan kastına ek olarak fiilini madde kapsamında korunan dört tip

13 The Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted Dec.9, 1948, 78. U.N.T.S. 277 (yürürlük tarihi 12 Ocak 1951). Çeviri yazarca yapılmıştır.

14 Bahadır Bumin Özarslan, "Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 1 (01 Haziran 2014): 197.

15 Paul Behrens, 'The mens rea of genocide' in P. Behrens & R. Henham (eds.), *Elements of Genocide* (Oxon: Routledge 2012), sy 70-71; Steven Lee, 'The Moral Distinctiveness of Genocide', 18 *The Journal of Political Philosophy* (2010), sy 335-356.

16 Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press 2013), sy 292.

gruptan birini kısmen veya tamamı ile yok etme kastını muhteva edecek şekilde işlemesi gerekmektedir.<sup>17</sup>

Soykırım suçuna dair hukuki tartışmalar büyük ekseriyetle özel kast unsurunun yorumlanmasından ve uygulanmasından doğmakta olup, *Gambiya – Myanmar* davası da bu bakımdan birçok tartışma yaratacaktır. Zira Rohingya azınlığına karşı mevzu bahis fiillerin işlendiğinin tespiti mümkün görünse de, bu fiillerin özel kast ile işlenip işlenmediği, işlendiyse dahi bunun devlete isnat edilip edilemeyeceği hususu sarih olmaktan uzaktır. Bu noktayı detaylandırıp, makalenin temel konusunu oluşturacak dört muhtemel ihtilafı belirtmeden önce uluslararası mahkemelerin ve divanların özel kast unsuruna dair içtihatlarına bakmak elzemdir. Birazdan açıklanacak sebepler ile tanımın orijinal metinlerinden olan İngilizce metni hareket noktası almak tartışma noktalarının daha net anlaşılması bakımından sağlıklı olacaktır.

İngilizce metinde özel kast unsuru “*intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such*” olarak ifade edilmiştir. Ortaya çıkan ilk yorum sorunu “*intent to destroy*” yani “yok etme kastı” ifadesinin yorumlanmasıdır. Burada ifade etmek gerekir ki kimi resmi metinlerde yok etme kastı ifadesi “ortadan kaldırma amacı” olarak çevrilmektedir.<sup>18</sup> Bu çeviri kanımızca kaçınılması gereken bir çeviridir. Zira kast yerine amaç kavramının kullanılması suçun saik gerektiren bir suç olduğu imasını yaratmaya muktedirdir. Oysa gerek mahkeme ve divan kararlarından,<sup>19</sup> gerekse soykırım sözleşmesinin hazırlık çalışmaları sırasında - tanımının Türkçe çevrisine eklenilmesi “unutulan” - *as such* tabirine dair tartışmalardan<sup>20</sup> sabit olduğu üzere saik (*motive*) soykırım suçunun bir unsuru değildir. Bu bağlamda soykırım suçunun oluşması için failin grubu “sırf böyle bir grup olduğu” nedeni ile hedef almasına gerek yoktur. Örneğin askeri bir harekâtın başarısı maksadı ile bir grubun hedef alınarak yok edilmesi de soykırım suçunu oluşturabilecektir, yeter ki grup korunan

17 Serhat Sinan Kocaoğlu, “Suçların Suçu: Soykırım (Genocide)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 90 (Ekim 2010): 153, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-90-641>.

18 Örneğin TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun kullandığı çeviri. Bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/32702-Soykirim-Sucunun-Onlenmesine-Ve-Cezalandirilmesine-Dair-Sozlesme.pdf> erişim 10.10.2021.

19 *Prosecutor v. Blagojević et al.* [2007] IT-02-60-A, Judgement, para. 699. See also *Prosecutor v. Akayesu* [1998] ICTR-96-4-T, Judgement, para.521; *Prosecutor v. Krstić* [2001] IT-98-33-T, Judgement, para. 561; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgement, para. 187

20 Bkz U.N. Doc. A/C.6/SR.75-77.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

tip gruplardan olsun ve yok edilmesi kastı ile sayılı fiillerden biri veya birkaçı kasten işlensin.

“Intent to destroy” ifadesi ile alakalı temel tartışma konusu, yok etmek kavramından grubun üyelerini fiziki veya biyolojik olarak yok etme kastının mı, yoksa grubu bir kolektif antite olarak yok etme kastının mı anlaşılacağı hususudur. Bireyci olarak nitelenebilecek ilk görüşe göre, grup aynı karakteristiklere sahip olan (veya sahip olduğu düşünülen) insan toplulukları olup, grubun yok olması bu karakteristiklerin yok edilmesine bağlıdır. Bu karakteristikler kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan grubun yok edilmesi kastından mensup bireylerin varlığının yok edilmesi anlaşılmalıdır. Soykırımı insanlığa karşı suçlardan olan zulüm suçundan (persecution) ayıran niteliklerin en önemlisi budur. Dahası suçun maddi unsurlarının çocukların transferine dair (e) bendi hariç<sup>21</sup> fiziksel ve biyolojik nitelikte olması ve Soykırım Sözleşmesinin hazırlık aşamasında kültürel soykırım kavramının ve fiillerinin tanımın dışında bırakılması da bu görüşü savunanlar tarafından vurgulanmaktadır.<sup>22</sup>

Öte yandan kolektivist veya realist olarak nitelenebilecek ikinci görüşe göre ise *actus reus* ve *mens rea* birbirinden ayrı olarak düşünülmelidir. *Actus reus* bağlamında cevaplanması gereken tek soru listedeki fiillerden birinin fail tarafından kasten işlenip işlenmediğidir. Failin özel kasta sahip olup olmadığı değerlendirilmesi ise failin nevinin ötesine geçen bir mevzudur. Bu görüşe göre grup, bireylerin şahsen yarattığı değer ötesine geçen bir varlığa ve değere sahiptir. Bireyler adeta kimyasal veya biyolojik bir bağ ile bağlanarak bireysel özelliklere indiremeyecek kültür ve dil gibi çıktılar yaratırlar ve bu çıktılar grubun tümüne aittir. Bu anlayışa göre grubu yok etme kastı sadece bireylere yönelik fiziksel veya biyolojik yok etme kastına indirgenemez. Grubu yok etmeye yönelik her türlü faaliyet (kitapların yakılması, binaların yıkılması v.b.) kastın muhtevasına ve grubun hangi kısmının hedef alındığına dair değerlendirmelerde esas alınmalı ve eğer sayılan beş fiilden biri veya birkaçı genel saldırının bir parçası olarak kullanıldıysa soykırım suçunun sabit olduğuna karar verilmelidir.<sup>23</sup>

21 Kültürel soykırımdan son metne kalan tek fiil çocukların transferi olmuştur.

22 William Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge University Press, 2nd edn, 2009) sy 271.

23 Douglas Singleterry ““Ethnic Cleansing” and Genocidal Intent: A Failure of Judicial Interpretation?” 5 *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* (2010) sy 56.

Uluslararası mahkeme ve divanların kararlarına baktığımızda mantıksal bir kargaşa olduğu gözlemlenmektedir. Uluslararası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi ('UYCM') ve Uluslararası Rwanda Ceza Mahkemesi ('URCM') kararlarında "intent to destroy" kavramını etkin olarak "intent to *physically or biologically* destroy" olarak okumaktadır.<sup>24</sup> Aynı içtihat UAD tarafından da yinelenmiştir.<sup>25</sup> Bu bağlamda mahkeme içtihatlarının kâğıt üzerinde birinci görüşü kabul ettiği düşünülebilir. Ancak mahkemelerin bu yorumla çelişen ve ikinci görüşü yeri geldiğinde, Claus Kress'in deyimi ile arka kapıdan,<sup>26</sup> hukuki mütalaalarına sokmasını sağlayan iki ek değerlendirmesi vardır.

Bunlardan ilki hukuki tanımın sonuna eklenen gizemli *as such* kelimesine dair yorumlardır. İlgili tabir Soykırım Sözleşmesinin hazırlanması sırasında suçun sadece ayrımcı saikle işlenebileceği görüşünde olan devletlerle bu görüşe karşı çıkan devletler arasında anlaşma sağlanması yolunda bir ara formül olarak tanıma dahil edilmiş, ancak kelimenin neyi vurguladığı ziyadesi ile muğlak kalmıştır.<sup>27</sup> Zira UAD, UYCM ve URCM tarafından belirtildiği üzere bir ara formül olarak ortaya çıkan bu ifade saik elementi olarak düşünülemez.<sup>28</sup> Öte yandan dil bilgisi olarak tanımdaki grup kelimesi niteleyen sözcüğün sözlük anlamı (*as such*: bir kelimenin veya tabirin tam anlamı; olduğu gibi) bu muğlaklığı gidermemektedir. Her ne kadar UYCM'nin kimi davalarında farklı bir yorum tercih edilse de,<sup>29</sup> kelime ile ilgili hakim yorum kelimenin suçun teşekkül edebilmesi için korunan grubun "bağımsız ve ayrı bir antite" (*distinct and seperate entity*) olarak hedef alınması gerekliliğini vurguladığı olmuştur.<sup>30</sup> Bu yorum bütünüyle kolektivist jargonun bir uzantısı olup çelişki yaratmaktadır. İkinci

24 *Prosecutor v. Krstić* [2001] IT-98-33-T, Judgment, para 580; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* [1999] ICTR. 95-1-T Judgment, para.97; *Prosecutor v. Bagilishema* [2001] 95-1A-T, para.64.

25 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgment, para.344

26 Claus Kreß, 'The Crime of Genocide under International Law' 6(4) International Criminal Law Review (2006), sy 485.

27 U.N. Doc. A/C.6/SR.75-77.

28 Article 17 of Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (51 UN GAOR Supp. (No. 10) at 14, U.N. Doc. A/CN.4/L.532 (1996) (hereinafter 'Draft Code of Crimes against Peace'); *Prosecutor v. Sikirica* (et. Al) [2001] IT-95-8-T, Judgment on Defence Motions to Acquit, para. 89; *Prosecutor v. Krajišnik* [2006] IT-00-39-T, Judgment, para.856.

29 *Prosecutor v. Karadžić* [2016] IT-95-5/18, para 551.

30 *Prosecutor v. Stakić* [2003] IT-97-24-T, Judgment, para. 521; *Prosecutor v. Jelisić* [1999] IT-95-10-T, Judgment, para. 79; *Prosecutor v. Sikirica* et al. [2001] IT-95-8-T, Judgment on Defence Motions to Acquit, para. 89; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgment, para 187.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

kollektivist 'arka kapı' ise aşağıda ve özellikle dördüncü kısımda daha detaylı olarak incelenecek olan 'esaslılık koşuluna' dair getirilen niceliksel değerlendirme metodudur. Şunu belirtmek gerekir ki bu görüşlerden hangisinin öne çıkarıldığının, gerek grubun hangi kısmının hedef alındığının gerekse soykırım kastının tespitinde kritik önemi vardır. Örneğin dördüncü kısımda detaylandırılacağı üzere, Srebrenica olaylarının soykırım olarak nitelenmesi ancak ikinci görüşün belirtilen arka kapılardan öne çıkarılması ile mümkün olmuştur.

İkinci tartışma konusu ise "in whole or in part" ifadesinden kaynaklanmaktadır. Bu ekleme ile grubun tümünü değil ve fakat sadece bir kısmını yok etme kastı ile hareket etmekte özel kastın oluşması için yeterli olacaktır. Ancak uygulamada bu ifade ile alakalı iki husus sorun teşkil etmiştir. İlk olarak grubun bütününe tespit sorunu mevcuttur. Srebrenica örneğine dönersek grubun tümü olarak Müslümanları mı, Boşnakları mı, Bosna Müslümanlarını mı yoksa Srebrenica'daki Bosna Müslümanlarını mı anlamak gerektiği ve hangi standardın uygulanacağı hususu tartışılmıştır.<sup>31</sup> İkinci olarak her bir birey grubun kısmını oluşturduğundan hükmün lafzi yorumu bir veya birkaç kişinin dahi hedef alındığı durumlarda soykırım kastının bulunabileceği yönünde absürt bir çıkarsamaya izin vermektedir.<sup>32</sup> Uluslararası ceza mahkemeleri gai yorum ile bu durumu düzeltmek yoluna gitmişler ve hükmün "in whole or in substantial part" olarak okunması gerektiğine hükmetmişlerdir.<sup>33</sup>

Esaslılık koşulu (*substantiality requirement*) olarak bilinen bu ekleme beraberinde esaslılıktan ne anlanması gerektiği sorusunu getirmiştir. Bu bağlamda içtihat üç metot beraberce kullanılmaktadır.<sup>34</sup> Bunların ilki niceliksel metot olup, kısmın gerek mutlak gerekse grubun tümüne oransal olarak büyüklüğünün değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İkinci metot niteliksel metot olup grubun hedef alınan kısmının bütününe varlığı için öneminin değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Son olarak coğrafi metot grubun bütününden coğrafi olarak ayrılan bir kısmın, bu coğrafi ayrılığın önem arz ettiği hallerde,

31 *Prosecutor v. Krstić* [2001] IT-98-33-T, Judgement, para. 558.

32 Schabas, *Genocide in International Law*, 124-134.

33 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) [2015] ICJ Judgement, para 140. See also Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgement, paras. 197-201.

34 Ibid.

bu niteliği sebebi ile esaslı olarak nitelenebileceğini belirtmektedir.<sup>35</sup> Dikkat edilirse niceliksel metot bireyci bir mantıktan yola çıkmaktadır. Buna karşın niteliksel metot (dar yorumlanmadığı sürece) kolektivist bir bakışın ürünüdür. Nitekim içtihatla bu metodun geniş olarak yorumlandığı gözlemlenmekte ve grubunun lider kadrosunun veya entelektüellerinin bu kapsamda esaslı kısım teşkil edebileceği belirtilmektedir.<sup>36</sup> Bu anlayış açıkça yok etme kastını fiziksel veya biyolojik saldırılara indirgemeye çalışan yorumla çelişmektedir, zira grubun liderleri veya entelektüelleri fiziksel veya biyolojik devamlılık üzerinde görece minimal etkiye haizdir. Öte yandan coğrafi metot pragmatik bir temele oturmaktadır.

Üçüncü ve son temel tartışma konusu ise grubun etnik, dinsel, ulusal veya ırksal karakterinin nasıl belirleneceği hususudur. İlk olarak UCRM'nin İlk Derece Divanı tarafından *Akayesu* davasında ortaya konan değerlendirmede bu dört kavram objektif kriterlere bağlanmaya çalışılmıştır.<sup>37</sup> Ancak Tutsi ve Hutu'lar arasındaki ayrımın niteliği UCRM tarafından belirtilen bu objektif kriterlere tam olarak uymadığından mahkeme Tutsi'lerin korunan grup statüsünü tespit etmekte ziyadesi ile zorlanmıştır ve objektif görüşü terk etmiştir.<sup>38</sup> Öte yandan diğer uca gidersek, BM'nin Darfur Araştırma komisyonu raporu tamamı ile sübjektif bir pozisyon almış ve grubun objektif bir etnik, ırksal, ulusal veya dinsel farklılığının olmasının önemli olmadığını söylemiştir. Komisyona göre gruba bu niteliği kazandıran grubun fail(ler) tarafından o şekilde tanımlanıp tanımlanmadığıdır.<sup>39</sup> Bu görüş iki bakımdan sorunludur. İlk olarak Soykırım Sözleşmesi, her ne kadar bu bakımdan sıkça eleştirilse de, dört tip grubu koruma altına almıştır. Tamamı ile sübjektif bir yaklaşım listeyi ve sözleşmenin taraflarının iradesini manasız kılabilecektir. İkincil olarak faillerin sübjektif yaklaşımı soykırım suçlamalarından kurtulmak için lehlerine kullanabileceklerdir. Bu iki uç yaklaşımın yarattığı sorunlar sonucu,

35 Ibid.

36 *Prosecutor v. Popović et al.* [2010] IT-05-88-T, Judgment, para.822; *Prosecutor v. Karadžić* [2016] IT-95-5/18, Judgment, para.553; *Prosecutor v. Blagojević and Jokic*, [2007] IT-02-60-A, Judgment, para. 668.

37 *Prosecutor v. Akayesu* [1998] ICTR-96-4-T, Judgement, paras 512-515.

38 *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* [1999] ICTR-95-1-T, Judgement, para. 98. *Prosecutor v. Bagilishema* [2001] 95-1A-T, para. 65.

39 'The Commission of Inquiry to investigate reports of international humanitarian law and human rights law in Darfur, Sudan', Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary- General. Pursuant to Security Council resolution 1564 (2004) of 18 September 2004, Annex to U.N. Doc S/2005/60, 1 February 2005.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

içtihatla karma bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu husus *Gambiya – Myanmar* davası bakımından bir tartışma noktası oluşturmayacağından (zira Rohingya'lılar açıkça hem etnik hem de dini bir azınlıktır ve Myanmar'da bu hususu kabul etmektedir) ve makalenin fiziki sınırları sebebi ile objektif ve sübjektif yaklaşımlara dair açıklama ve mülahazalar daha ileri götürülmeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında *Gambiya – Myanmar* davasında ortaya çıkabilecek dört hukuki sorun şöyle sıralanabilir:

- 1- *Soykırım kastının varlığı ve ispatı sorunu*: Soykırım suçuna dair yargılamaalarda karşılaşılan en büyük sorunlardan biri soykırım kastının varlığını ispat olmuştur. Nitekim Nazi Almanya'sı gibi istisnaların aksine, soykırım kastına dair açık ifadeler ve beyanlar bulmak ziyadesi ile zordur. Bu bakımdan gerek ad-hoc ceza mahkemeleri gerekse UAD özel kastın faillerin fiillerinden ve genel durumdaki çıkarılabileceğini (*inference*) belirtmişlerdir. Makaleye konu davada bu çıkarılamayı yapmak ziyadesi ile önemli bir sorun teşkil edecektir çünkü, ileride detaylandırılacağı üzere, Rohingya azınlığına karşı yürütülen fiiller çok çeşitli olup basit biçimde soykırım kastına yönelik bir çıkarılamaya elverişli olup olmadıkları tartışmalıdır. Yukarıda bahsedilen yargıç Hangin'in ayrı görüşü de bu noktayı vurgulamaktadır. Bu kapsamda UAD'nin özel kastın muhtevasını bireyci veya kolektivist perspektiften anlaması kararını ziyadesi ile etkileyecektir.
- 2- *Kastın kime yöneltildiği sorunu*: İlk soruna bağlı olarak kastın grubun tümüne mi veya hangi kısmına yöneltildiği hususu da tartışmaya gebe olacaktır. Zira grubun büyük çoğunluğu kamplarda tutulmaktadır veya göçe zorlanmıştır. Soykırım suçunun fiillerine maruz kalan kişi sayısı ise grubun bütününe göre görece azdır. Bu bağlamda kastın kime yöneltildiğinin tespiti bir kez daha mahkemenin kasta dair hangi anlayışı öne çıkaracağına bağlı olacaktır.
- 3- *Esaslılık sorunu*: Özellikle mahkemenin bireyci yaklaşımı öne çıkarması halinde, hedef alınan kısmın esaslı bir kısım teşkil edip etmediği önemli bir tartışma konusu olacaktır.
- 4- *Bireysel olarak tanımlanmış suçun devlete isnadı sorunu*: Son olarak soykırım suçunun bireysel bir suç olarak tanımlanması bu

suçu devletin işleyip işleyemeyeceği ve her halde devlete isnadın ne şekilde yapılabileceğini doğuracaktır. Nitekim gerek komuta kademesindeki gerekse sahada bulunan kimselerin özel kast ile hareket ettiği kanıtlanırsa dahi, bu kast direkt olarak Myanmar Devletinin ‘kastı’ olarak görülebilir mi?

Bu dört konuyla alakalı analiz ve değerlendirmelere geçmeden önce ihtilafa dair bir tarihi özetin sağlanması ve hangi fiillerin işlendiğinin belirtilmesi ile davanın neden başka bir uluslararası yargı organı değil de UAD önüne geldiğini açıklamak faydalı olacaktır. Bu kapsamda makalenin ikinci kısmı başvuruya konu teşkil eden fiilleri tarihsel süreç içerisinde inceleyecek, üçüncü kısım davanın neden UAD önüne geldiğini inceleyecek, dördüncü kısım ise burada özetlenen dört muhtemel hukuki ihtilafı geçmiş divan ve mahkeme kararları ışığında tartışacak ve ortaya koyacaktır.

## 2. Rohingya Krizine Genel Bir Bakış

Güneydoğu Asya’nın en kuzeyinde yer alan Myanmar, 1885 yılından 1989’a kadar aslında Burma Birliği olarak anılmıştır. 1989’da resmi olarak Myanmar Birliği Cumhuriyeti adını alan ülke Güneydoğu Asya’da önemli bir tarihi, kültürel ve dini mirasa sahiptir.<sup>40</sup> Ülke, kuzey ve kuzeydoğuda Asya kıtasının en önemli gücü olarak öne çıkan Çin Halk Cumhuriyeti ile sınır paylaşmaktadır. Doğu ve güneydoğusunda Laos ve Tayland ile sınır paylaşan Myanmar’ın batı komşuları ise Bangladeş ve kuzeybatısında yer alan Hindistan’dır. Bu bölgedeki yerleşim binlerce yıl öncesine uzanmaktadır. Özellikle kıyı kentlerindeki yerleşimler ve ticari faaliyetler tarih öncesi çağlara kadar dayanmaktadır. Bu konumu itibarıyla de ülke uzunca bir süre Güneydoğu Asya’nın batı kapısı olarak değerlendirilmiştir.<sup>41</sup>

19. yüzyılın sonlarına kadar yerel krallıkların hüküm sürdüğü bölgede Budizm’in her daim hakim din olduğu görülmektedir. Özellikle 9. ve

40 “Myanmar”, içinde *Encyclopædia Britannica*, 14 Eylül 2020, <https://www.britannica.com/place/Myanmar>.; Myanmar, Burma dilinde “dünyanın ilk yerleşimcileri” anlamına gelmektedir. Mehmet Dalar ve Özkan Gökcan, “Myanmar’ın Rohingya Müslümanları Politikası: Tarihsel ve Hukuksal Bir Analiz”, *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 8, sy 15 (22 Nisan 2018): 35, <https://doi.org/10.29029/busbed.391407>.; 1962 yılında yönetimi devralan askeri cunta Burma adının sömürge dönemini yansıttığını belirterek ülkenin adını değiştirmiştir. Ahmet Ateş, “Burma’dan Myanmar’a Arakan’da Rohingya Müslümanları”, *İSTEM*, sy 29 (29 Aralık 2017): 176.

41 “Myanmar”.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

13. yüzyıllara ait birçok Buda tapınağı bulunmaktadır. Güney ve Güneydoğu Asya'daki farklı krallıklar arasındaki çatışmalar tarihin çeşitli dönemlerinde tekrar etmiştir. Bunlardan günümüzdeki Myanmar'ı en çok etkileyen ise 19. yüzyıldaki çatışmalar olmuştur. 19. yüzyıl içerisinde farklı zamanlarda meydana gelen üç savaş sonunda Myanmar 1885'te Hindistan'ın bir eyaleti, bir başka deyişle Birleşik Krallık'ın Güneydoğu Asya'da hâkim olduğu bir diğer ülke olmuştur.<sup>42</sup> Fiiliyatta 1948 yılına kadar devam eden Birleşik Krallık yönetimi sırasında baş gösteren ve azınlıkları menfi yönde etkileyen çatışmaların 1948 sonrası dönemde sona erdiğini söylemek maalesef mümkün olmamıştır. Aksine, özellikle Müslüman azınlıklara karşı şiddet eylemleri artarak devam etmiştir.

56,6 milyonluk nüfusu ile Myanmar, Güneydoğu Asya'daki en kalabalık ülkelerdendir. Bu nüfus içerisinde tarih boyunca olduğu üzere birçok farklı etnik kimlik ve dini inanç bulunmaktadır. Nitekim CIA Factbook 2020 Temmuz verilerine göre nüfusun yüzde 68'i Bamar, yüzde 9'u Shan, yüzde 7'si Khan, yüzde 4'ü Rakhine, yüzde 3'ü Çinli, yüzde 2'si Hint, yüzde 2'si Mont ve yüzde 5 de diğer olarak ifade edilmiştir.<sup>43</sup> Bunlara ek olarak, Myanmar'ın 135 farklı etnik kimliğe ev sahipliği yapmakta olduğu belirtilmektedir.<sup>44</sup> Etnik kimlik çeşitliliğine paralel olarak inançlar bakımından da ülkede çeşitlilik olduğunu söylemek mümkündür. Yine CIA Factbook'da yer alan 2014 verileri uyarınca halkın yüzde 87,9'u Budist, yüzde 6,2'si Hristiyan, yüzde 4,3'ü Müslüman, binde 5'i Hindu ve binde 2'si diğer dinlere mensuptur.<sup>45</sup>

Her ne kadar bu çeşitli kültürel yapı birçokları için önemli bir birikim olarak değerlendirilse de Myanmar'da toplumsal sorunlara neden olmaktadır. Bu bağlamda Myanmar'da farklı dini ve etnik gruplar arasındaki çatışmalar özellikle son yıllarda yoğunlaşmıştır. Ülkede son yıllarda artan farklı gruplar arasındaki şiddetin temel nedenleri olarak yukarıda bahsedilen çok etnikli yapı ve bu yapıların birbirlerine olan güvensizliği ve hoşgörüsüzlüğü gösterilebilir. Myanmar'da son yıllarda meydana gelen olayların vahameti uluslararası toplumun da dikkatini bu ülke üzerine yoğunlaştırmasına neden olmaktadır. Özellikle 2016 yılından itibaren bölgedeki şiddet katlanarak artmış ve sadece bu ülkeyi

42 Myanmar tarihine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: "Myanmar".

43 CIA World Factbook, "Burma", t.y., <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/attachments/summaries/BM-summary.pdf>.

44 Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 34.

45 CIA World Factbook, "Burma".

değil bölgedeki diğer ülkeleri, özellikle de göç dalgasına uğrayan Bangladeş'i yakından etkileyen bir hal almıştır.

## 2.1. İddia Edilen Soykırım Suçunun Mağduru: Rohingya'lar

İncelemeye konu olan UAD başvurusundaki mağdur azınlık Rohingya'lar'dır. Başvuruda da belirtildiği üzere Rohingya'lar 56 milyonu aşkın nüfusa sahip Myanmar'daki önemli etnik gruplardan biridir. Günümüzdeki çatışmaların temelinde farklı dinlere aidiyetin yattığı belirtilebilir. Bu bağlamda Myanmar'da çoğunluk olan Budist inancına mensup kişiler ile Müslümanlar arasında çatışmaların yaşanmakta olduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla Rohingya krizi hem dini hem de etnik ayrışmanın sonucu olarak değerlendirilebilir.

Myanmar'da Müslüman Rohingya'ların çoğunlukla yaşadığı yer ülkenin batısında yer alan ve Bangladeş'e sınırı bulunan Arakan (Rakhine) Eyaleti'dir.<sup>46</sup> Arakan'da günümüzde iki büyük etnik topluluğun varlığından söz edilmektedir. Bunlar İslam inancını benimsemiş Rohingya'lar ve Budizm inancını benimseyen Rakhaynlar'dır.<sup>47</sup> Bu ayrışmanın ve yaratmış olduğu çatışmaların anlaşılabilirliği için tarihsel süreci anlamak önem arz etmektedir. İslamiyet'in bu bölgede yayılması 8. Yüzyıla dayanmaktadır,<sup>48</sup> ve 13. Yüzyıla gelindiğinde Arakanlıların önemli bir bölümü Müslüman olmuştur.<sup>49</sup> Nitekim 1430 yılında Arakan'da bir İslam Devleti kurulur ve bu devlet 1784 yılına kadar bölgeyi kontrolü altında tutar. İlerleyen dönemde bu devletin yıkılmasında bölgedeki Budizm inancına mensup halkların önemli bir etkisi olduğu günümüzdeki çatışmaların nedenlerinin anlaşılması bakımından her daim göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>50</sup> Rohingya'lar,

46 Eyaletin resmi adı Rakhine'dir. Bununla beraber bölgeye yüzyıllar boyunca Arakan denmiştir. Bunun nedeni de tarihsel olarak bölgenin Arakan Krallığı'na ev sahipliği yapmış olmasıdır. Nitekim Arakan adı 1974 yılında Burma hükümetinin eyaletin adını Rakhine olarak değiştirmeye kadar da kullanılmıştır. Rohingya'lara aynı zamanda Arakan Müslümanları denilmesinin nedeni olarak bu tarihsel durum gösterilebilir. Varis Çakan, "Rohingya Müslümanları ve Arakan Soykırımı", *Asya Araştırmaları Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 2, sy 1 (15 Temmuz 2018): 40.

47 Mohammed Yunus, *A History of Arakan (Past & Present)*, 1994, 11, <http://www.netipr.org/policy/downloads/19940101-Dr-Yunus-History-Of-Arakan.pdf>.

48 Çakan, "Rohingya Müslümanları ve Arakan Soykırımı", 41.; Abdur Rahman Fuad, "Tarihi Açısından Arakan'daki Müslümanlar ve Budistler Arasında Bölgesel Çatışmaların Arka Planı", *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi* 5, sy 12 (27 Aralık 2018): 58.

49 Çakan, "Rohingya Müslümanları ve Arakan Soykırımı", 41.

50 Fuad, "Tarihi Açısından Arakan'daki Müslümanlar ve Budistler Arasında Bölgesel Çatışmaların Arka Planı", 58.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

Birleşmiş Milletler'in ('BM') ifadesine göre Myanmar'da yaşayan hem etnik hem de dinsel bir azınlık olarak değerlendirilmekte<sup>51</sup> ve Myanmar hükümetinin kendilerine uyguladığı on yılları aşan, ve birazdan detaylandırılacak, mezalim neticesinde BM Genel Sekreteri tarafından "dünyada en çok ayrımcılığa maruz kalan halk" olarak nitelendirilmektedirler.<sup>52</sup>

Günümüzde Rohingyaların (Myanmar ve Myanmar dışındaki) toplam nüfuslarının yaklaşık 2,5 milyon olduğu belirtilmektedir.<sup>53</sup> 2017'deki olaylara kadar Rakhine eyaletinde yaşayan Müslüman Rohingyaların nüfusunun yaklaşık 1,3 milyon olduğu belirtilmektedir. Fakat bu rakam eyalette 2017 yılındaki çatışmalar sonrasında önemli ölçüde azalmıştır. Bu kapsamda Uluslararası Göç Örgütü'nün Ocak 2019 tarihli raporundaki verilerine göre Ağustos 2017'den bu yana Myanmar'dan Bangladeş'e kaçmak durumunda kalan Rohingyaların sayısı 712.700'dür. Myanmar içerisinde de yerlerinden edilenlerin sayısının 128.000 olduğu belirtilmektedir.<sup>54</sup>

### 2.2. Çatışmaların Tarihçesi ve Nedenleri

Myanmar'da birçok farklı etnik kimlik ve dini inanca sahip insan yaşamaktadır. Bununla beraber bu çeşitlilik arz eden nüfusun özellikle günümüzde barış içinde bir arada yaşamalarından bahsetmek mümkün değildir. Esas itibarıyla farklı dini gruplar arasındaki çatışmalar uzun yıllardan bu yana süregelmekte ve günümüzdeki çatışmalar önemli bir tarihi arka planı barındırmaktadır. Dolayısıyla bu çatışmaların incelenmesi esnasında geçmişteki fay hatlarının da dikkate alınması önem arz etmektedir. Bölgedeki Müslümanlar ve Budistler arasındaki çatışmalar 18. Yüzyıla kadar dayandırılabilir. 1734 yılında Arakan İslam Devleti'nin yıkılmasında Budistlerin oynadığı rol tarihsel süreç bakımından önemli bir etmendir. Devamında özellikle 1824 yılında başlayan Anglo-Burma savaşları sonrasında bölge İngiliz sömürgesi haline gelmiştir. Gerek İngiliz yönetimi sırasında gerekse İngilizlerden sonra bağımsızlığına kavuşan ülkede Müslümanlar ile Budistler arasındaki çatışmalar devam etmiştir. Buradaki temel neden olarak da Myanmar'da İngilizlerin sömürge rejimine yönelik başlatılan

51 Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 36.

52 BBC, "Myanmar Rohingya: What You Need to Know About the Crisis", 23 Ocak 2020, <https://www.bbc.com/news/world-asia-41566561>.

53 Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 36.

54 "IOM Bangladesh: Rohingya Humanitarian Crisis Response Monthly Report" (UN Migration, Ocak 2019), 1.

mücadelenin hem etnik hem de dinsel bağlamda Budist bir özellik taşıdığı ifade edilmektedir.<sup>55</sup> Bu koşullar altında bağımsızlık mücadelesi esnasında Müslümanların yer yer hedef haline geldiği belirtilmektedir. Bu süre zarfında 1940'lu yıllardan itibaren Budistlerin Müslümanlara yönelik saldırılarının artmaya başladığı not edilmektedir.<sup>56</sup>

Belirtilen bu çatışmalara rağmen Rohingyalıların durumuna ilişkin o dönemde olumlu gelişmeler olduğu da belirtilebilir. Bağımsızlık sonrası demokrasiye geçen Burma Devleti'nde Rohingyalıların 1948-1962 döneminde etnik bir grup olarak tanınmış ve Rohingya dili Burma radyosundaki programlarda yayımlanmıştır.<sup>57</sup> Bağımsızlık sonrasında Burma'nın ilk başbakanı olan U Nu'nun 25 Eylül 1954'teki ulusa sesleniş konuşmasında Rohingyalıların "yerli etnik grup" olarak tanımlanmıştır.<sup>58</sup> Bu gelişmelere rağmen ülkedeki Rohingyalılara yönelik bakış açısının 1962'deki askeri darbe sonrasında yönetimi ele geçiren cunta ile tamamen değiştiği ifade edilebilir. Bu tarihten itibaren Rohingyalılara yönelik baskıların bir devlet politikası haline geldiği görülmektedir. Ülkede darbeye başa gelen yönetim Rohingyalıların net bir şekilde tehdit olarak nitelendirmiş ve onlara yönelik ayrımcı ve dışlayıcı politikalar ortaya koymaya başlamıştır. Bu kapsamda Rohingyalıların yoğun olarak yaşadığı Myanmar'ın Rakhine eyaletinde askeri yetkililer aracılığıyla Müslümanların birçok sosyo-kültürel faaliyetleri sonlandırılmıştır. Örnek vermek gerekirse, Müslümanların yaşadığı yerlerde yeni camilerin inşa edilmesi yasaklanmıştır.<sup>59</sup>

Rohingyalılara yönelik bu dönemdeki dışlayıcı faaliyetlerden bir diğeri de Rohingyalıların devlet yayın organları aracılığıyla "yabancı" olarak nitelendirilmeye başlanmasıdır. Tüm bu dışlayıcı politikalar ve o dönemki adıyla Burma devletinin Müslüman nüfusa yönelik mezalimi birçok Rohingyalının doğduğu ve yaşadığı toprakları terk ederek Bangladeş'e sığınması ile sonuçlanmıştır. Bu durum aslında günümüzde de Myanmar devletinin birçok Rohingyalı Müslüman'a yönelik onların esasen Bangladeş vatandaşı olduklarına yönelik iddialarına dayanak oluşturmıştır.<sup>60</sup>

55 Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 40.

56 Dalar ve Gökcan, 41.

57 BBC, "Will Anyone Help the Rohingya People?", 10 Haziran 2015, <https://www.bbc.com/news/world-asia-33007536>.

58 Yunus, *A History of Arakan (Past & Present)*, 68.

59 Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 42.

60 Nitekim günümüzde Rohingyalıların için yasadışı Bengali göçmenler ifadesi Myanmar yönetimi tarafından sıklıkla dile getirilmektedir. Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 14.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

Askeri cuntanın Myanmar'daki yönetimi Rohingya'ların durumunu her geçen yıl daha da kötüleştirmiştir. Nitekim kötüleşen gidişata ilişkin 1970'li yıllardan itibaren önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Bu çerçevede ilk olarak 1974 yılında yürürlüğe giren anayasa önemli bir dönüm noktası olmuştur. Yürürlüğe giren anayasa ile Burma'daki yönetim yedi etnik eyalete ayrılmıştır. Bu eyaletler Çin (Chin), Kaçin (Kachin), Karen, Kayah (Karenni), Mon, Rakhine (Arakan) ve Şan (Shan)'dır. Öte yandan bu anayasa ile 1948-1962 yılları arasında Burma'daki etnik gruplardan biri olarak nitelendirilen Rohingya'lar Burma vatandaşı olmaktan çıkarılmıştır. O dönem için yaklaşık bir milyon oldukları tahmin edilen Rohingya Müslümanlara vatandaşlık verilmesinin reddedilmesine gerekçe olarak Burma yönetimi Rohingya Müslümanların ülkeye yasadışı getirilen göçmenler olduğunu iddia etmiştir.<sup>61</sup>

Burma yönetiminin Müslümanlara yönelik artan baskısı bölgede gerilimi artırmıştır ve yer yer sıcak çatışmalara neden olmuştur. Bu ortamda da 1978 yılında Rohingya Müslümanlar zorunlu göçe tabi tutulmuştur.<sup>62</sup> Tüm bu çatışma ve karışıklıkların ortasında 1982 yılında Burma'da çıkarılan vatandaşlık yasası bölgedeki tansiyonun daha da artmasına neden olmuştur. Günümüzde hala yürürlükte olan 1982 tarihli Vatandaşlık Yasası ile o dönemki adıyla Burma'da yaşayanlar için farklı vatandaşlık kategorileri belirlenmiştir. Bu bağlamda üç kategori oluşturulmuştur. Bu kategoriler tam vatandaşlık, ortak vatandaşlık ve natüralizasyon vatandaşlık olarak belirlenmiştir.<sup>63</sup> Rohingya Müslümanlar bu sınıflandırma içerisinde natüralizasyon vatandaşlık içerisinde tutulmuştur. Bu vatandaşlık kategorisinin diğerlerinden en temel farkı, natüralizasyon vatandaşlığın bu kişilerin Myanmar'da yasadışı olarak bulduklarını ifade etmesidir.<sup>64</sup>

Nitekim Gambiya'nın UAD'ye başvurusunda da Myanmar'ın Rohingya Müslümanlara yönelik mezalimi açıklanırken ilk olarak Rohingya'ların haklarının inkâr edilmesi vurgulanmıştır.<sup>65</sup> 1982 tarihli Vatandaşlık Yasası ile Rohingya'lar bir anlamda vatandaşlıklarını kaybetmiş ve "vatansız"

61 Ateş, "Burma'dan Myanmar'a Arakan'da Rohingya Müslümanları", 176.

62 Ateş, 191.

63 Ateş, "Burma'dan Myanmar'a Arakan'da Rohingya Müslümanları", 182.; Vatandaşlığın sınıflandırılmasına yönelik daha detaylı bilgi için bkz: Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 44.

64 Ateş, "Burma'dan Myanmar'a Arakan'da Rohingya Müslümanları", 182.

65 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 12.

kalmışlardır. Bunun sonucunda kendilerine yönelik baskılar siyasi, ekonomik ve toplumsal olarak artmıştır. Örnek vermek gerekirse Myanmarlı yetkililer “Rohingya” isminin kullanılmasına yönelik kısıtlamalar getirmiş ve bu kişilere “Bengalli” demiştir. Myanmar’ın baskıcı yasaları ve düzenlemeleri Rohingyaların evlenmelerine ve çocuk sahibi olmalarına yönelik kısıtlamalar getirmiştir. Bunlara ek olarak Rohingyalara uygulanan mezalime ilişkin başvuruda değinilen bir diğer çarpıcı örnek ise en temel haklardan olan hareket serbestisine getirilen kısıtlamalardır. Bu çerçevede Rohingyalıların şehirlerini terk edebilmeleri için izin belgesine sahip olmaları şart koşulmuştur.<sup>66</sup>

Bu bağlamda 1982 Vatandaşlık Yasası’nın Rohingyalı Müslümanların günümüzde yaşadığı sıkıntılara yasal temel oluşturmaktadır. Vatandaşlık Yasası Rohingyalı Müslümanlara karşı özellikle askeri cuntanın yönetimi ele geçirmesiyle başlayan baskıların daha da artırılmasına gerekçe olmuştur. Gambiya Başvurusunda da bahsedildiği üzere, Ekim 1992 tarihli BM Din ve İnanç Özgürlüğü Özel Raportörünün ifadelerinde Rohingyalılara yönelik yargısız infazların, işkencelerin, keyfi gözaltıların, toplu tecavüzlerin ve benzeri saldırıların 1989’dan bu yana devam ettirildiğine dikkat çekilmiştir.<sup>67</sup>

Bu baskılara tepki olarak Rohingyalıların çeşitli örgütler oluşturarak silahlı mücadeleye başladığı gözlenmiştir. Öte yandan devletin baskısından korkan çoğu Rohingyalının bu silahlı örgütlere katılmaktan imtina ettiği belirtilmektedir.<sup>68</sup> Her ne kadar Müslüman halkın çoğunluğu tarafından açık destek görmeseler de belirtilen silahlı grupların Myanmar devletinin Rohingyalı Müslümanlara yönelik mezalimi artırmasında bir bahane olarak kullanıldıkları ifade edilebilir. 1989 yılında tekrar darbenin yaşandığı ülkede 1991 ve 1992 yıllarında Rohingya köylerine yönelik Myanmar devleti operasyonlar düzenlemiştir.<sup>69</sup> Bu operasyonlar sonucunda da 1978 yılında olduğu üzere yine büyük bir göç dalgası gerçekleşmiş ve 250.000 Rohingyalı yasadışı yollarla Bangladeş’e kaçmak durumunda kalmıştır.<sup>70</sup> Göç eden bu kişilerin eski yerleşimlerine dönmelerine yönelik girişimlerde bulunulsa da özellikle Myanmar devletinin Rohingyalı vatandaşları olarak tanımaması nedeniyle birçok sorunla karşılaşmıştır. Ayrıca

66 Gambia, de 14.

67 Gambia, de 12.

68 Dalar ve Gökcan, “Myanmar’ın Rohingya Müslümanları Politikası”, 45.

69 Bu operasyonlar “Pyi Thaya Operasyonu” veya “Temiz ve Güzel Ulus Operasyonları” olarak adlandırılmaktadır. Akbar Ahmed, “The Rohingya: Myanmar’s Outcasts”, 30 Ocak 2012, <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/01/201212710543198527.html>.

70 Ateş, “Burma’dan Myanmar’a Arakan’da Rohingya Müslümanları”, 179.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

Myanmar devletinin Rohingya'lara yönelik şiddetinin artarak devam etmesi Bangladeş ve Myanmar arasında BM öncülüğünde varılan anlaşmanın uygulanamamasına neden olmuştur.<sup>71</sup>

Bu çatışma ortamı 2012 yılında bir kere daha alevlenmiştir. Ancak önceki seferlere kıyasen 2012 ve müteakip saldırı ve çatışmaların uluslararası kamuoyunda çok daha fazla yankı uyandırdığı söylenebilir.<sup>72</sup> 29 Mayıs 2012 tarihinde meydana geldiği iddia edilen olaylar Rohingya'lar için yeni bir baskı ve zulüm ortamını doğurmuştur. Söz konusu iddiaların temelinde ise Budist Myanmarlı genç bir kadının Rohingya'lılar tarafından tecavüze uğraması yer almıştır.<sup>73</sup> Bu iddialardan yola çıkan Myanmar devleti bölgedeki Müslüman Rohingya'lılara yönelik şiddetini artırmıştır. Myanmar devletinin uluslararası hukuk tarafından hiçbir şekilde kabul edilemeyecek bu eylemleri İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından "etnik temizlik" olarak nitelendirilmiştir.<sup>74</sup> Rohingya'lılara uygulanan mezalimin yanı sıra kendilerinin Myanmar devleti tarafından bir kere daha göçe zorlandıkları belirtilmelidir. Tüm bu olaylar sonucunda 280'den fazla Rohingya'lı kendilerine uygulanan şiddet nedeniyle hayatlarını kaybetmiştir.<sup>75</sup> Sayıları her ne kadar net olarak tespit edilemese de en az 150.000 Rohingya'lı'nın yerlerinden edildiği ifade edilmektedir.<sup>76</sup> Bunlara ek olarak 2012 yılındaki olaylar nedeniyle birçok Rohingya'lı günümüzde halen Myanmar güvenlik güçleri tarafından alıkonulmuş ve buldukları yerleri izinsiz terk etmeleri yasaklanmış durumdadır.<sup>77</sup>

*Nikkei Asian Review* gazetesinin baş editörü ve bölgeyi birçok kez ziyaret eden Gwen Robinson'ın ifadeleri 2012'deki olayların uluslararası hukuk

71 Ateş, 179.

72 Fuad, "Tarihi Açından Arakan'daki Müslümanlar ve Budistler Arasında Bölgesel Çatışmaların Arka Planı", 63.; Dalar ve Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası", 36.

73 Rohingya'lara yönelik bir şiddet dalgasının fitilini ateşleyen olaylara dair detaylı bilgi için: Çakan, "Rohingya Müslümanları ve Arakan Soykırımı", 45; Human Rights Watch, "Burma: New Violence in Arakan State", 26 Ekim 2012, <https://www.hrw.org/news/2012/10/26/burma-new-violence-arakan-state>.

74 "The Burmese government engaged in a campaign of ethnic cleansing against the Rohingya that continues today through the denial of aid and restrictions on movement," said Phil Robertson, deputy Asia director. "The government needs to put an immediate stop to the abuses and hold the perpetrators accountable or it will be responsible for further violence against ethnic and religious minorities in the country." Human Rights Watch, "Burma: End 'Ethnic Cleansing' of Rohingya Muslims", 22 Nisan 2013, <https://www.hrw.org/news/2013/04/22/burma-end-ethnic-cleansing-rohingya-muslims>.

75 Ateş, "Burma'dan Myanmar'a Arakan'da Rohingya Müslümanları", 192.

76 Riyaz ul Khaliq, "Who are Rohingya?", *Anadolu Ajansı*, 25 Ağustos 2019, <https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/who-are-rohingya/1564502>.

77 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 12.

bakımından yapılacak bir değerlendirmede milat olarak ele alınması gerekliliğini belirtmektedir. Robinson 2012'deki olaylara kadar Rohingyaların marketler işlettiğini, şehre üretim getirdiklerini ve çok çalıştıklarını birçok kişinin unuttuğunu not ederek, bölgede yaşayanlar arasında sevgiye dayalı olmasa da makul bir barış içinde birlikte yaşama var olduğu söylemektedir.<sup>78</sup> Gambiya'nın UAD'de görülen başvurusunda 2012'de yaşanan olaylar ve bunların yıkıcı etkileri muhtelif örneklerle belirtilmiştir.<sup>79</sup> 2012'de meydana gelen olaylar, sorunun çözümüne yönelik girişimleri ve umutları her yıl azaltan daha kötü bir süreç girilmesine neden olmuştur. Bir başka deyişle, 2012'den bu yana bölgedeki durum Rohingyalılar için ve onlara ülkelerini açan başta Bangladeş olmak üzere komşu ülkeler için giderek kötüleşmektedir.

Bu bakımdan 2016 yılında bir kere daha Rohingyalılara yönelik uygulanan şiddet artırılmıştır. Öyle ki bu tarih Gambiya'nın başvurusunda 2016 ve sonrasındaki eylemler "soykırım eylemleri" olarak ifade ve iddia edilmiştir.<sup>80</sup> 2016 yılında Myanmar ordusunun Rohingyalara yönelik operasyonu Ekim ayında başlatılmış olup bu operasyona "Temizlik Operasyonları" denilmiştir.<sup>81</sup> Bu operasyonun başlatılmasına gerekçe olarak gösterilen olay ise Bangladeş sınırında yer alan Myanmar güvenlik güçlerine yapılan ve dokuz Myanmar polisinin hayatını kaybettiği saldırıdır.<sup>82</sup> Hukuki gerçekliği tespit edilmemiş

78 BBC, "Will Anyone Help the Rohingya People?"

79 Başvuruda yer verilen ve 2012'deki şiddeti ve Myanmar devletinin Rohingyalılara ilişkin bakış açısını gözler önüne seren birtakım ifadeler şu şekildedir: "In June 2012, the spokesperson of the President of Myanmar posted a statement on his Facebook account warning of the arrival of 'Rohingya terrorists' who the Myanmar military would 'completely destroy.'" Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 18.; "Myanmar has specifically sought to instil hatred of the Rohingya among its military recruits. The UN Fact-Finding Mission reported that in October 2012 soldiers received training on the 'expansion of Islam' and the consequent 'extinction of Buddhism'." Gambia, de 19.

80 "Prior to the genocidal acts that began in 2016 ..." Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 12.

81 "Clearance Operations", Gambia, de 19.

82 Council on Foreign Relations, "Global Conflict Tracker", 20 Ağustos 2020, <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/rohingya-crisis-myanmar>. Saldırının faillerine ilişkin çeşitli görüşlerin bulunduğu belirtilebilir. Örneğin doktrinde yer alan görüşlerden biri saldırının Arakan Rohingya Kurtuluş Örgütü tarafından yapıldığına işaret etmektedir. Mehmet Dalar ve Özcan Gökcan, "Myanmar'ın Rohingya Müslümanları Politikası: Tarihsel ve Hukuksal Bir Analiz", *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 8, sy 15 (2018): 17. Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise saldırının Myanmar devleti tarafından yurtdışında yaşayan radikal gruplarca yapıldığı açıklanmasına rağmen sorumluluğunun Rohingyalılar'a atfedildiği ve "Temizlik Operasyonu"na başlatıldığı belirtilmektedir. Çakan, "Rohingya Müslümanları ve Arakan Soykırımı", 52. Gerekeçesi ne olursa olsun hiçbir devlet tarafından bir topluma karşı başlatılan ve soykırıma yönelik olduğu iddia edilen bu tür eylemlerin uluslararası hukuk bakımından kabulü mümkün değildir.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

iddialardan yola çıkılarak başlatılan operasyonlar Rohingya'lar için yıkıcı etkileri beraberinde getirmiştir. Başvuruda da bu duruma atf yapılarak operasyonla birlikte soykırıma yönelik faaliyetlerin işlendiği iddia edilmektedir.<sup>83</sup> Başvuruda Rohingya'lara yönelik başlatılan operasyonun detaylarına yer verilmiştir. Bu iddialara göre Myanmar güvenlik güçleri sıklıkla sivil olduğunu bildiği köylülere genç-yaşlı, kadın-erkek ayırım gözetmeden öldürmüş ve fiziki şiddet uygulamıştır. Bu iddialar ve bu mezalimden kurtulmayı başaranlar ifadeleri ile desteklenmiştir.<sup>84</sup>

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin bu operasyon sonucu yaptığı değerlendirmelerde, Myanmar güvenlik güçlerinin bölgedeki Rohingya'lıları özellikle hedef aldığı tespiti yapılmıştır.<sup>85</sup> Bu kapsamda Rohingya'lıların evleri, içlerinde insanlar varken dahi yakılmıştır. Rohingya'lıların besin kaynakları bilinçli bir şekilde talan edilmiş ve yakılmıştır. Evleri, malları ve varlıkları kullanılamaz hale getirilmiştir. Kadınlar, güvenlik güçleri tarafından toplu şekilde tecavüze uğramıştır. Hatta tanık beyanlarında bu tecavüzlerin Rohingya'lıları daha da aşağılamak için camilerde yapıldığı ifade edilmektedir.<sup>86</sup>

9 Ekim 2016'da başlatılan "Temizlik Operasyonu"nun 16 Şubat 2017'de sonlandırıldığı duyurulmuştur. Dört ay boyunca sistematik bir şekilde Rohingya'lara yapılan hukuka aykırı eylemler BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından etnik temizlik ve insanlığa karşı suçlar olarak nitelendirilmiştir.<sup>87</sup> Bu olaylar sonucunda en az 87.000 Rohingya'lının Bangladeş'e kaçmak durumunda kaldığı belirtilmektedir.<sup>88</sup> Fakat tüm bu yaşanan mezalime rağmen başvuruda da belirtildiği üzere

83 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 19.

84 "The military came to our village on 10 October in the morning. First they started shooting into the air, people were scared and came out of their homes, and then they started killing people. They were shooting at people. We were all trying to flee, I was running and at that point I was shot and fell into the paddy field. Since I was running I am not sure on which side the bullet entered and where it exited. My cousin helped me and brought me home and treated my wound. My father was killed at the same time as I was shot", Gambia, de 21.

85 UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Report of OHCHR mission to Bangladesh Interviews with Rohingyas fleeing from Myanmar since 9 October 2016", Flash Report (United Nations, Şubat 2017), <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MM/FlashReport3Feb2017.pdf>.

86 "Interviewees perceived that this was done deliberately to insult them and hurt their religious sentiments. Women and girls were also raped inside mosques", UN Human Rights Office of the High Commissioner, 36.

87 UN Human Rights Office of the High Commissioner, 42.

88 Ayşe Doğru, "Arakanlı Müslümanlar Zulmün 2'nci Yılında Hala Ülkelerine Dönemedi", *Anadolu Ajansı*, 27 Ağustos 2019, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/arakanli-muslumanlar-zulmun-2nci-yilinda-hala-ulkelerine-donemedi/1565999>.

Rohingyalar birkaç ay sonra bu belirtilenlerden de ağır eylemlerin mağduru olmuştur.

Rohingyaların günümüzde yaşadıkları sorunlu sürece ilişkin dönüm noktalarının son halkasını 2017'deki gelişmeler oluşturmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak 9 Ekim 2016 tarihinde başlatılarak dört ay boyunca şiddetli bir şekilde uygulanan "Temizleme Operasyonları" 25 Ağustos 2017 tarihinde Myanmar devleti tarafından tekrar başlatılmıştır. Myanmar tarafından operasyonlara tekrar başlanması gerekçesi olarak Arakan Rohingya Kurtuluş Ordusu'nun çeşitli askeri noktalara gerçekleştirdiği iddia edilen saldırılar gösterilmiştir.<sup>89</sup> Myanmar'ın Rohingyalara yönelik en kanlı operasyonları, iddia edilen bu saldırılardan sonra gerçekleştirilmiştir. BM İnceleme Misyonunun başvuruda alıntılanan araştırmalarına göre, Myanmar ordusu saatler içerisinde 2016'daki "Temizleme Operasyonuna" kıyasla çok daha geniş kapsamlı ve çok daha vahşi olduğu belirtilen bir operasyon başlatmıştır ve 2017'deki bu operasyonlar daha önce uygulanan mezalimin çok daha ötesindedir.<sup>90</sup> Bu doğrultuda BM ve çeşitli uluslararası kuruluşlarca Myanmar'ın 2017'de başlattığı operasyonun, "etnik temizlik" ve "insanlığa karşı suçların" tipik bir örneğini teşkil ettiği belirtilmektedir.<sup>91</sup>

Bu saldırılar neticesinde de Myanmar'ı terk etmeye çalışan Rohingyaların sayısı sürekli artmaktadır. 2017'deki olaylar öncesinde Myanmar'daki sayılarının 1 milyon olduğu tahmin edilirken, günümüzde Rakhine eyaletinde yaşayan Rohingyaların sayısı 500.000'den azdır.<sup>92</sup> 2017'den bu yana Bangladeş'e sığınmak durumunda kalan Rohingyaların sayısı 900.000 aşmıştır ve Çin Halk Cumhuriyeti Bangladeş'in bu göç akınından doğan tazminat taleplerine dair iki ülke arasında arabuluculuk yapmaktadır.<sup>93</sup> Yine 2016'daki saldırılardan ve Rohingyalara yönelik tarihteki diğer saldırılardan önce bu coğrafyadaki Müslümanların sayısının çok daha fazla olduğunu tahmin etmek zor değildir. Yaklaşık 750.000 Rohingyalı Bangladeş'te yetersiz koşullardaki kamplarda kalmaktadır. Tüm bu durumun vahameti

89 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 26.; BBC, "Myanmar Rohingya: What You Need to Know About the Crisis".

90 Birleşmiş Milletler İnceleme Heyeti ve görgü tanıklarının ifadelerine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 27 vd.

91 Khaliq, "Who are Rohingya?"

92 Khaliq; BBC, "Myanmar Rohingya: What You Need to Know About the Crisis".

93 Zehra Ulucak, "Myanmar'da Arakanlı Müslümanların Dramı Son Bulmuyor", *Anadolu Ajansı*, 24 Ağustos 2020, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/myanmarda-arakanli-muslumanlarin-drami-son-bulmuyor/1951328>.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

2021 yılı Şubat ayında gerçekleşen yeni darbe ile daha da artmış durumdadır, zira Rohingya'lar karşı yürütülen sistematik saldırıların baş müsebbibi olan ordu böylece yönetimi bütünüyle ele geçirmiştir.

Gambiya'nın başvurusuna kadar Myanmar'da gerçekleşen olaylara dair atılmış somut adımlardan bir diğeri de BM İnceleme Misyonu çatısı altında gerçekleştirilen çalışmalardır. Bu çalışmalar Gambiya'nın başvurusundaki en önemli delilleri teşkil etmektedir. Bu doğrultuda Myanmar'daki durumu incelemek ve Rohingya'ların maruz kaldığı insan hakları ihlallerini takip etmek üzere Mart 2017'de BM İnsan Hakları Konseyi bünyesinde Myanmar'a ilişkin Uluslararası Bağımsız İnceleme Misyonu kurulmuştur. İnsan Hakları Konseyi'nin 24 Mart 2017'de aldığı A/HRC/RES/34/22 karar doğrultusunda kurulan İnceleme Misyununun yetkisi Eylül 2019'da sona ermiştir. Bu süreç içerisinde Bağımsız İnceleme Misyonu, Myanmar'da güvenlik güçleri ve ordu tarafından yapıldığı iddia edilen işkence, tecavüz, toplu tecavüz, zorla yerinden etme, keyfi yargılamalar, malların hukuka aykırı imhası dahil olmak üzere birçok insan hakları ihlallerini araştırmak ve bunlara ilişkin delil toplamakla görevlendirilmiştir.<sup>94</sup>

İnceleme Misyununun son açıklaması 16 Eylül 2019'da yapılmış olup, Misyunun iki yıl içerisinde Myanmar'ın çeşitli bölgelerindeki 1300 kadar mağdur ve görgü tanığı ile mülakat yaptığı belirtilmektedir. Bu mülakatlardan da edinilen bilgiler çerçevesinde Myanmar'da yaşamaya devam eden Rohingya'ların durumunun daha da kötüleştiği ve hala soykırım tehdidi altında yaşadıkları ifade edilmiştir. Bunlara ek olarak Myanmar'ın soykırım suçundan dolayı sorumlu tutulması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>95</sup>

Myanmar'a ilişkin Uluslararası Bağımsız İnceleme Misyonu çalışmalarını Eylül 2018'te İnsan Hakları Konseyinin 39/2 sayılı Kararı ile kurulan Myanmar için Uluslararası Soruşturma Mekanizmasına devretmiştir. Bu mekanizma da ciddi uluslararası suçlar ve uluslararası hukukun ihlallerine ilişkin kanıtları toplamak ve ceza yargılamasında yararlanmak üzere dosyalar hazırlamakla görevlendirilmiştir.<sup>96</sup>

94 UN Human Rights Council, "Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar", 2020, <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/myanmarffm/pages/index.aspx>.

95 UN Human Rights Office of the High Commissioner, "Myanmar's Rohingya Persecuted, Living under Threat of Genocide, UN Experts Say", 16 Eylül 2019, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24991&LangID=E>.

96 UN Human Rights Council, "Independent Investigative Mechanism for Myanmar", 2020, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IIMM/Pages/Index.aspx>.

Belirtildiği üzere gerek İnceleme Misyonunun gerekse Soruşturma Mekanizmasının çalışmaları Gambiya'nın UAD'ye başvurusunun temellerini oluşturmaktadır ve dördüncü kısımda yapacağımız hukuki değerlendirme bağlamında maddi olgulara dair temel kaynak bu raporlar olacaktır.

### 3. Gambiya'nın Uluslararası Adalet Divanı'na Başvurusu

Tüm bu uluslararası tepkilerin yaratmış olduğu farkındalık neticesinde Gambiya'nın UAD'ye yapmış olduğu başvuru hukuki anlamda atılan en önemli somut adımı teşkil etmektedir. Bu öneminin yanında başvuruyu yapan ülkenin *erga omnes* nitelikte olan bir *jus cogens* normun<sup>97</sup> ihlaline dayanarak Gambiya olması, başvurunun UAD'ye yapılması, Gambiya'nın sunmuş olduğu deliller ve başvuru kapsamındaki talepler ile bu başvurunun Myanmar ve bölgedeki diğer ülkeler üzerindeki olası etkileri başvuruyu farklı kılan etmenler arasında değerlendirilebilir.

Başvurunun en dikkati çeken özelliği şüphesiz bu başvuruyu neden herhangi bir Asya ülkesi veya herhangi bir BM Güvenlik Konseyi Daimi üyesi değil de Batı Afrika'da yer alan küçük bir ülkenin yaptığıdır. Hukuki olarak Gambiya'nın başvuru sahibi olabilme ehliyetinin hukuki dayanağına ve buna dair tartışmalara giriş bölümünde değinildiğinden, bu hususlar burada tekrar edilmeyecektir. Sadece şunu tekrar hatırlatmakta fayda vardır ki Gambiya'nın *erga omnes* yükümlülük ihlaline dayanarak meşruiyet kazandırdığı başvurusuna dair bu argümanı tartışmaya fazlasıyla açık olup başlı başına bir çalışma konusu teşkil edecektir.

Öte yandan politik olarak başvurunun Gambiya tarafından yapılmasında temel olarak iki etkenin rol oynadığı belirtilebilir. Bunlardan ilki, İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) bünyesinde başlatılan ve Rohingya Müslümanların haklarının korunmasına yönelik yapılan çalışmalar olmuştur. Bu bağlamda başvuruda da belirtildiği üzere ilk olarak 1-2 Mart 2019 tarihinde Gambiya, İİT'deki üyeliği bağlamında Myanmar'a Rohingya Müslümanlara karşı yürütmekte olduğu soykırım

97 Emredici kurallar, *jus cogens*, devletlerden oluşan uluslararası toplumun bütünü tarafından benimsenmiş ve benimsenen bu prensibe aykırı başka hiçbir prensip öngörülemeyen kurallardır. Günümüzde soykırımın yasaklanması Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından emredici kurallardan biri olarak tanımlanmaktadır Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 17. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 84.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

faaliyetlerini acilen durdurması yönünde çağrıda bulunmuştur.<sup>98</sup> 31 Mayıs 2019 tarihinde düzenlenen 14. İslam Zirvesi'nde de Gambiya, Rohingya'lara karşı girişilen eylemlere yönelik sorumluların acilen yargılanması gerektiğine dair desteğini açıklamıştır.<sup>99</sup> Nitekim Myanmar'ın Gambiya'nın UAD başvurusuna yaptığı usul itirazlarından biri de Gambiya'nın kendi adına değil İİT adına hareket ettiği bu bakımdan başvuru ehliyeti olmadığı olduysa da, UAD'nin geçici tedbirlere dair incelemesinde bu itiraz kabul görmemiştir.

Gambiya bu noktada 74. Olağan BM Genel Kurulu marjında Myanmar'ın aleyhinde UAD'de Rohingya'lara ilişkin tutumu nedeniyle açılacak davayı yürütmeyi hazır olduğunu belirtmiştir.<sup>100</sup> 11 Ekim 2019'da ise Gambiya, Myanmar'ın Rohingya'lara yönelik süregelen Soykırım Sözleşmesini ihlal eder nitelikte eylemleri bulunduğu iddiasıyla bir nota da vermiştir. Öte yandan Myanmar, Gambiya'nın bu iddialarını reddetmiş ve notaya da cevap vermemiştir. Böylelikle Gambiya'nın UAD'deki başvurusuna giden yolun olduğu ifade edilebilir, zira UAD başvurusu öncesinde diğer uyuşmazlık çözüm yolları girişimleri böylece sonuçsuz kalmıştır.

Gambiya'nın öncü rol üstlenmesinde uluslararası kamuoyunda dile getirilen bir başka neden daha olduğu ve başvuruyu Gambiya Devleti adına imzalayan Gambiya Adalet Bakanı Abubacar Marie Tambadou'nun Rohingya konusunun UAD'ye taşınmasında özel bir rol oynadığından bahsedilmektedir.<sup>101</sup> Gambiya Dışişleri Bakanı'nın İİT kapsamında Bangladeş'teki Rohingya'ları ziyaretine son anda katılamaması üzerine katılan Tambadou, buradaki Rohingya'ların anlattıklarından etkilenmiş ve konunun Ruanda'da yaşanılanlara benzediğini ifade etmiştir.<sup>102</sup>

98 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures.; OIC, Resolution No. 4/46-MM on the Situation of the Muslim Community in Myanmar, OIC Doc. OIC/CFM46/2019/MM/RES/FINAL (1-2 March 2019), <https://www.oicoci.org/docdown/?docID=4447&refID=1250>, para. 11(a).

99 UN Fact-Finding Mission, Report of the Detailed Findings (2019), para 40.

100 Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 9.

101 Tambadou'nun konuya ilişkin düşüncelerinin yer aldığı BBC mülakatı için bkz: "Rohingya crisis: The Gambian who took Aung San Suu Kyi to the world court", BBC, 23 Ocak 2020, <https://www.bbc.com/news/world-africa-51183521>; Tambadou aynı zamanda Ruanda Soykırımı'na ilişkin davada da çalışmıştır. Samira Sadeque, "The Story Behind The Gambia's Lawsuit against Myanmar over the Rohingya Genocide", *Inter Press Service News Agency*, 3 Aralık 2019, <http://www.ipsnews.net/2019/12/story-behind-gambias-lawsuit-myanmar-rohingya-genocide/>.

102 Mark Leon Goldberg ve Param-Preet Singh, "Why The Gambia is Suing Myanmar for The Rohingya Genocide", erişim 16 Eylül 2020, <https://www.undispatch.com/why-the-gambia-is-suing-myanmar-for-genocide-of-the-rohingya/#:~:text=The%20small%20west%20African%20country,long%20faced%20discrimination%20and%20persecution.>

### 3.1. Neden Uluslararası Adalet Divanı?

Soykırım sözleşmesi bağlamında doğan bir ihlale dair yapılacak yargılamalarda gerçek kişiler ve devletler bakımından bir ayrıma gidilmesi elzemdir. Gerçek kişiler bakımından Sözleşmenin 6. maddesi soykırım olarak tanımlanan fiillerin yargılanmalarının yapılabileceği mahkemeleri belirlemiştir. Bu madde uyarınca, bu suçun işlendiğine dair hakkında iddia bulunan kişiler suçun işlendiği ülkedeki devletin yetkili bir mahkemesi veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan sözleşmeci devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanır. Bu madde ile soykırıma ilişkin yargılamalarda iki farklı mahkemenin yetkili olabileceği belirtilmektedir. Bunlardan ilki iddia edilen suçun işlendiği devletin yetkili bir mahkemesidir. Somut olayda Myanmar devletinin başvuru süreci öncesi ve sonrasındaki tutumu göz önüne alındığında bu ihtimalin gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir.

İkinci ihtimal ise yargılama yetkisini kabul etmiş olan sözleşmeci devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesidir. Soykırım Sözleşmesi imzalandığında böyle bir mahkeme henüz kurulmamış olsa da günümüzde 2002 yılında kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi ('UCM') mevcuttur. Merkezi Lahey'de bulunan UCM'nin temel amacı soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ile saldırı suçlarının faillerini yargılama ve hesap verebilirliği sağlamaktır.<sup>103</sup> Kurucu sözleşmesi 1998 tarihli Roma Statüsü olan bu mahkemenin en temel özelliklerinden biri de yukarıda belirtilen suçları işlediği iddia edilen gerçek kişileri yargılanmaya yetkili olmasıdır.<sup>104</sup>

Buna karşın UCM'nin yargı yetkisi Roma Statüsünün 12. ve devamı maddeleri uyarınca ancak belli durumlarda doğmaktadır. Buna göre bir kimsenin UCM önünde soruşturulması ve yargılanabilmesi için ya suç konu fiilin Roma Statüsüne taraf bir devletin ülkesinde işlemiş olması, ya failin taraf bir devletin vatandaşı olması ya da ihlale konu olaya dair BM Güvenlik Konseyinin UCM'yi yetkili kılması gereklidir. Öncelikle Myanmar UCM'nin kurucu statüsü olan Roma Statüsüne taraf ülkelerden biri değildir ve Güvenlik Konseyi durumu UCM'ye taşımamıştır. Bu durum ilk bakışta UCM'nin olaylar özelinde yetkili olarak kılmanın önünde esaslı bir engel teşkil etmektedir. Ancak an itibari ile bu engel yaratıcı bir çözümle aşılmaya çalışılmaktadır.

103 T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Uluslararası Ceza Divanı", erişim 15 Eylül 2020, <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa>.

104 Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 712.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

Bangladeş UCM ye taraf bir devlettir ve gerek zorunlu göç ettirmenin gerekse kimi diğer insanlığa karşı suç ve soykırım suçu teşkil edebilecek fiillerin hareketlerinin Myanmar'da başlayıp Kamboçya'da bittiğinden bahisle iddia edilen suçlardan en azından bir kısmının taraf bir devletin topraklarına gerçekleştiği veya tamamlandığı ve dolayısı ile UCM'nin yetkisinin doğduğu argümanı ortaya atılmıştır. Savcılık bu argümana dayanarak ön-duruşma dairesinde (*pre-trial chamber*) soruşturma açma izni istemiş ve daire bu izni 14 Kasım 2019 tarihinde vermiştir. Bu bağlamda UCM savcılığı Roma Statüsünün Bangladeş'te yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2010 tarihinden günümüze uzanan zaman diliminde ortaya çıkmış olduğu iddia edilen ve yargı yetkisine giren suçlarla ilgili soruşturmasını devam ettirmekte olup, henüz iddianame tamamlamamıştır.

Öte yandan Myanmar'ın devlet olarak Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal edip etmediğine ve sorumluluğuna dair yargı yetkisine sahip tek yargı organı UAD olarak görünmektedir. UAD, BM'nin 6 temel organından biri ve başlıca adli organıdır.<sup>105</sup> UAD'ye ilişkin hükümler gerek 1945'te San Francisco'da imzalanan BM Şartında gerekse aynı yıl imzalanan Uluslararası Adalet Divanı Statüsünde belirlenmiştir. UAD, devletlerarası meselelerde bağlayıcı karar verme yetkisi ve BM organlarının ve kimi uluslararası örgütlerin talebi üzerine danışma görüşü verme yetkisini haizdir.<sup>106</sup> Bu doğrultuda UAD'nin temel işlevi Statü'nün 38. Maddesi uyarınca önüne gelen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun bir şekilde çözmektedir. UCM'den farklı olarak, UAD'de devletlerin birbirlerine karşı başvuruda bulunması mümkündür. Dolayısıyla UAD kimi zaman "Dünya Mahkemesi" (*World Court*) olarak da adlandırılmaktadır.<sup>107</sup>

Konumuz Rohingya krizi bağlamında değerlendirecek olursak, Myanmar BM üyesi ve Soykırım Sözleşmesine taraf devletlerdendir. Gambiya başvurusunda UAD'nin yargı yetkisini Soykırım Sözleşmesinin 9. maddesine dayandırmıştır. Bu maddeye göre taraf Devletler arasında bu Soykırım Sözleşmenin "yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya üçüncü maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir Devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı önüne

105 BM Şartı m.92

106 Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 516.

107 Goldberg ve Singh, "Why The Gambia is Suing Myanmar for The Rohingya Genocide".

götürülür”. Daha önce belirtildiği üzere Myanmar’ın başvuruya dair ön itirazlarından biri, Gambiya ile mevcut bir uyuşmazlık olmadığı idi. Ancak Soykırım yasağı *erga omnes* bir yükümlülük doğurduğundan ve ihlal edilmemesinde tüm taraf devletlerin çıkarı olduğu kabulüne dayanan mahkeme ön incelemesinde bu itirazı kabul edilir bulmamıştır.

Myanmar’ın diğer itirazı ise Soykırım Sözleşmesinin 8.maddesini koyduğu çekince sebebi ile mahkemenin yetkisi olmadığıdır. 8. Maddeye göre taraf Devletlerden “herhangi biri, soykırım fillerinin veya üçüncü maddede belirtilen her hangi bir fiilin önlenmesi ve sona erdirilmesi için gerekli gördükleri takdirde, Birleşmiş Milletlerin yetkili organlarından, Birleşmiş Milletler Şartına göre harekete geçmesini isteyebilir”. Myanmar’a göre UAD’de bir BM organı olduğundan bu maddeye konulmuş olan çekince mahkemenin yargı yetkisini ortadan kaldırmaktadır. UAD bu itirazı da haklı gerekçelerle reddetmiştir. Zira UAD’nin Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlıklara dair yetkisi 9. madde de özel olarak düzenlendiğinden, 8. madde kapsamındaki genel düzenleme bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, Divan hem Soykırım Sözleşmesi hem de UAD Statüsü’ne taraf olan Gambiya ve Myanmar arasında ortaya çıkan bu uyuşmazlığın incelenmesinde yetkili olduğunu en azından ilk incelemesinde, belirlemiştir.<sup>108</sup>

### 3.2. İddia ve Talepler

Gambiya’nın başvurusundaki temel iddia; Myanmar’ın devlet organları, yetkilileri ve diğer kişi ve kurumların devletin yönlendirmesiyle Soykırım Sözleşmesinde yükümlülüklerini ihlal ettiğidir. Bu kapsamda Soykırım Sözleşmesinin 1, 3, 4, 5 ve 6. Maddelerinin Myanmar devleti tarafından ihlal edildiği iddia edilmektedir. Bu maddelerin ihlali gerekçelendirilirken de başvuruda pek çok iddia ve delile atıf yapılmıştır. Bu bağlamda sadece öldürme, fiziksel saldırı, gıda kaynaklarına ulaşımın engellenmesi, doğum oranlarının kontrolü gibi fiiller değil, aynı zamanda Rohingyaların yasal haklarının sistematik bir biçimde, seyahat özgürlüklerinin ciddi bir biçimde kısıtlanması gibi fiiller de özel kastın varlığına delalet eden fiiller olarak başvuruda belirtilmiştir.

İddia edilen bu hususlara ilişkin Gambiya’nın UAD’den talepleri beş başlık altında toplanmıştır. Bu talepler şu şekildedir:

<sup>108</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), [2020] Order on Request for the indication of provisional measures.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

1. Myanmar'ın Soykırım Sözleşmesi altındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği ve hala ihlal etmekte olduğunun tespit edilmesi,
2. Myanmar tarafından devam ettirilen hukuka aykırı eylemlerin durdurulması ve Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki sorumluluklara uyulması,
3. Myanmar'ın Soykırım faili kişileri yetkili bir mahkeme önünde yargılanmalarını sağlaması,
4. Soykırım eylemlerinin mağduru olan Rohingyaların zorla gönderildikleri yerlerden güvenli dönüşleri, vatandaşlıklarına ve insan haklarına saygı gösterilmesi ve ayrımcılık ve zulme karşı korunmaları dahil olmak üzere çıkarlarının korunması ve onarılması,
5. Soykırım Sözleşmesinde öngörülen vahşeti tekrar etmeyeceğine ilişkin Myanmar tarafından güvence sunulması.<sup>109</sup>

Bu taleplere ek olarak Gambiya'nın başvurusunda geçici tedbir talepleri de bulunmaktadır. Başvuruda da belirtildiği üzere UAD Statüsünün 41. maddesinde Divan durum gerektirdiği takdirde taraflardan herhangi birinin haklarını koruma için dava görülürken çeşitli geçici önlemler alma yetkisine sahiptir. Gambiya da bu çerçevede UAD'den Myanmar devleti tarafından devam ettirildiği ileri sürülen bu eylemlerin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir talep etmiştir. Gambiya'nın ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin tartışma yaratan önemli noktalardan biri, Gambiya'nın iddia edilen soykırım eylemlerinin doğrudan mağduru olmamasıdır. Nitekim geçici tedbir talebi ile ilgili UAD Statüsünün 41. maddesinde de "taraflardan herhangi birinin haklarını korumak" ibaresi kullanılmıştır. Ancak yukarıda belirtildiği doğrultuda, UAD'nin 23 Ocak 2020 tarihinde geçici tedbir taleplerine dair aldığı kararda soykırım yasağının *jus cogens* norm olması ve *erga omnes* niteliği sebebi ile, yasağın ihlalinin tüm taraf devletlerin haklarına karşı ihlal doğuracağı kabul edilmiştir. Mahkeme geçici tedbir taleplerini uygun görerek, Myanmar'ın Soykırım Sözleşmesine kapsamındaki her türlü ihlali ivedilikle sona erdirmesine, gerekli önlemleri almasına, gerek resmi devlet ajanlarının gerekse ülkedeki diğer kimselerin soykırımsal fiillerinin engellenmesine, Soykırım Suçunun oluşmuş olabileceğine dair delilleri yok etmeyip korumasına ve bu kapsamda yaptığı işlem ve

<sup>109</sup> Gambia, Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures de 38.

eylemleri düzenli olarak mahkemeye raporlamasına hükmetmiştir.<sup>110</sup> Bu kararın üzerinden bu makale tamamlanmakta iken neredeyse iki yıl geçmiş olup, tarafların iddia, savunma ve karşı iddialarının dinlenmesi süreci devam etmektedir. Özellikle istenen ek süreler ve Myanmar'daki darbe süreci ziyadesi ile uzatmıştır.

#### 4. Mahkemenin Değerlendirmesine Etki Edecek Dört Muhtemel Hukuki Sorun ve Bunların Karar Üzerindeki Önemine Dair Analiz

An itibari ile UAD'nin önündeki en önemli iki soru Rohingya'lara karşı işlenen "soykırimsal" fiillerin özel kast ile işlenip işlenmediği ve bu bakımdan suçun oluşup oluşmadığı, ve eğer suç oluştuysa bu suçun devlete atfedilip edilemeyeceği sorunudur. Giriş kısmında bahsedilen ve birazdan detaylandırılacak olan dört muhtemel hukuki sorunun ilk üçü bu sorulardan ilkinde, sonuncusu ise ikincisine dairdir. Belirtmek gerekir ki UAD bu sorunlarla ilk kez karşılaşmayacaktır. Gerek 2007 gerekse 2015 kararlarında aynı konularla ilgili değerlendirme yapmak zorunda kalmıştır. Ancak şunu belirtmek gereklidir ki Myanmar olayı sunduğu maddi olgular bakımından UAD'yi daha zor ikilemlerde bırakmaya adaydır.

##### 4.1. Soykırım Kastının Varlığı ve İspatı Sorunu

Divanın karşı karşıya olduğu ilk ve en esaslı sorun özel kastın varlığı ve bu kastın nasıl ispat edileceği sorunudur. Giriş kısmında da belirtildiği üzere özel kasta dair direkt delil bulmak istisnai bir durum teşkil etmektedir. Bu sorunla ilk karşılaşan uluslararası mahkemeler olan UYCM ve URCM çözüm olarak "tek makul çıkarsama" (*only reasonable inference*) doktrinini ortaya atmışlardır.<sup>111</sup> Buna göre özel kastı kanıtlayacak direkt kanıtın (sözlü ifade, yazılı açıklama v.b.) bulunmadığı hallerde fiillerin ve fiillerin işlendiği bağlamın bütünü göz önüne alınarak, ilgili fiillerin soykırım kastı (özel kast) dışında başka hiçbir kastla işlenemeyeceği sabitse, özel kasta dair çıkarsama yapılabilecektir. Bu doktrin iki ad-hoc mahkemenin içtihatlarında en sık başvurulan doktrinlerden biri haline gelmiştir ve gerek mahkumiyet gerekse beraat kararlarında kullanılmıştır.

<sup>110</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), [2020] Order on Request for the indication of provisional measures.

<sup>111</sup> Prosecutor v. Tolimir [2015], IT-05-88/2-A, Judgment, para. 263.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

Örneğin UYCM'nin *Tolimir* davasında İlk Derece Divanı Zepa bölgesindeki Boşnak toplum liderlerini öldüren *Tolimir* ve beraberindekilerin bu fiilleri soykırım kastıyla ilişlediğine, zira fiillere zorunlu göç ettirmeler ve gruba yönelmiş diğer mezalimlerin eşlik ettiğini belirtmiş ve bunun soykırım kastını çıkarsamak için yeterli olduğuna hükmetmiştir.<sup>112</sup> Fakat Temyiz Divanı bu değerlendirmeye katılmamış, zorunlu göçlerden haftalar sonra işlenen bu öldürme fiillerine dair yapılabilecek tek çıkarsamanın soykırım kastı (özel kast) olmadığına hükmetmiştir.<sup>113</sup> Belirtmek gerekir ki mahkemenin bu doktrini uygulama şekli sıklıkla eleştirilmiş ve Srebrenica başta olmak üzere bir çok zamanda mantıki çelişkilere yol açmıştır. Srebrenica hususundaki çelişki Myanmar olayı ile oldukça alakalı olduğundan birazdan daha detaylı incelenecektir.

Ancak bu incelemeye geçmeden evvel UAD'nin bu doktrini ne ölçüde ve nasıl uyguladığına bakmakta fayda vardır. Zira UYCM ve URCM'nin aksine UAD devlet sorumluluğu ile ilgilenmektedir. Ancak Soykırım'ın hukuki tanımı bireysel bir suç olarak yapılmıştır. Öyleyse UAD devletin kastının olabileceği yönünde daha radikal bir yolu mu izlemelidir yoksa devlet otoritelerinin kastını tespit edip bunun devlet sorumluluğu kapsamında nasıl değerlendirileceğini mi incelemelidir? Bu sorunun cevabı birazdan inceleyeceğimiz 4. muhtemel hukuki sorun bakımından da ziyadesi ile önemlidir zira hukuki tanım kapsamında devletin suçun faili olabilmesi için bir antite olarak iradeye sahip olabileceğinin kabulü gerekli görünmektedir. UAD, Hırvatistan – Sırbistan davası kapsamında bu konuya değinmiş ve kasta dair araştırmasını şu soru üzerine kurmuştur: 'Is there a pattern of conduct from which the only reasonable inference to be drawn is an intent of the Serb authorities to destroy, in part, the protected group?' (İlgili fiiller tek makul çıkarımın Sırp otoritelerinin özel kasta haiz olduğu yönünde tekrar eden bir biçimde mi tezahür etmektedir?).<sup>114</sup> Divan buna ek olarak devletin suç işleyebileceğini de kabul etmiştir ve bu bağlamda bir çelişki olduğu söylenebilir. Bu hususa birazdan 4. Sorun kapsamında dönecektir. Ancak bu noktada vurgulanması gereken UAD'nin de kasta dair araştırmasını ilgili doktrin üzerine kurmuş olmasıdır. Bu bağlamda aynı sorunun Myanmar olayları ile alakalı olarak da temel çıkış noktası alınacağını tahmin etmek zor görünmemektedir.

112 *Prosecutor v. Tolimir* [2012] IT-05-88/2-T, Judgment, para. 777 v.d.

113 *Prosecutor v. Tolimir* [2015], IT-05-88/2-A, Judgment, paras. 263 v.d.

114 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) [2015] Judgment, para 407, 441, 515.

Ancak bu doktrinin uygulanması sorunsuz olmaktan ziyadesi ile uzaktır. Buna en iyi örnek Srebrenica olayları bağlamında doktrinin uygulanma şeklidir. Srebrenica katliamının soykırım kastı ile işlenip işlenilmediğini incelerken, UYCM bu doktrine başvurmuş ve kastın varlığını tespit etmiştir ve aynı bulgu UAD'nin *Bosna – Sırbistan* davası kararında teyit edilmiştir. Fakat Srebrenica olaylarında tek çıkarsamanın bu olabileceği husus oldukça tartışmalıdır. Zira mahkeme makalenin giriş kısmında da değinildiği üzere “intent to destroy” tabirini “intent to physicaly or biologically destroy” olarak yorumlamakta ve böylece soykırım kastının sadece gruba mensup bireylerin fiziki veya biyolojik olarak yok olması iradesi ile hareket edilmesi halinde oluşacağını kabul etmektedir. Hal böyleyken mahkemenin Srebrenica’da yaptığı çıkarım ziyadesi ile problemlidir, çünkü mahkeme son tahlilde faillerin Srebrenica’daki Bosna Müslümanlarını yok etme kastı ile hareket ettiklerine hükmetmiştir. Sorun şudur ki Srebrenica olaylarında askerlik çağındaki 8.000 erkek katledilmiş, grubun kalanı ise Srebrenica’dan zorla göç ettirilmiştir. Öyleyse, ‘Srebrenica’daki Bosna Müslümanlarının’ tümüne karşı fiziksel veya biyolojik yok etme kastından bahsetmek mümkün müdür?

William Schabas konuya ilişkin o dönem yazdığı makalesinde bu çıkarsamanın mümkün olmadığını zira faillerin elinde imkan olmasına rağmen 32.000 kişiyi öldürmek yerine belki de daha büyük bir zahmete girerek otobüslerle sürgün ettirdiklerini belirtmiştir. Fiziki veya biyolojik olarak hedef alınan kısım 8.000 kişidir ve fakat, birazdan makalenin de açıklayacağı üzere, bu kısmın esaslılık koşulunu sağlaması oldukça namümkündür. Bu bakımdan Schabas’a göre askerlik çağındaki erkeklerin öldürülmesi daha ziyade bir askeri strateji sonucu ortaya çıkmıştı ve grubu yok etme kastına işaret etmemektedir.<sup>115</sup> Mahkeme ise kararının meşruiyetini desteklemek adına farklı bir gerekçe getirmiştir. Mahkemeye göre iki, üç jenerasyon erkeğin yok olması grubun biyolojik olarak devamına önemli bir engel teşkil edecektir.<sup>116</sup> Ancak bu argüman oldukça zayıf görünmektedir zira 16 yaşın altındaki erkekler ile yaşça ileri erkekler hayatta kalmaya devam etmekteydi. Yine mahkeme askerlik çağındaki erkeklerin katlinin toplu göçle beraber ele alındığında grubun Srebrenica’ya geri dönmesini ziyadesi ile zor hale getirdiğini ve Srebrenica’daki Bosna Müslümanlarının böylece yok

115 William Schabas, ‘Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, 25 *Fordham International Law Journal* (2001), sy 46 vd.

116 *Prosecutor v. Krstić* [2004] IT-98-33-A, Judgement, para 15,16.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

olacağını iddia etmiştir.<sup>117</sup> Ancak bu iddia ziyadesi ile spekülatif olmanın ötesinde, kastı fiziksel veya biyolojik yok etme iradesine indirgeyen doktrinle açıkça çelişmektedir. Bu bağlamda birazdan açıklanacağı üzere mahkeme kağıt üzerinde bireyci yorumu öne çıkarsa da, aslında arka kapıdan kolektivist ve genişletici yorumu kullanarak Srebrenica da yaşananları soykırım olarak nitelemiştir.

Ancak ikinci ve üçüncü sorunları ele alıp bu hususu detaylandırmadan önce bu sorunlu yaklaşımın Myanmar olayı bakımından doğurgularına göz atmak gereklidir. BM İnceleme Komisyonunun en detaylı raporu olan ve Gambiya'nın başvurusuna temel delilleri sağlayan 2018 yılındaki raporundan da sabit olduğu üzere, Myanmar'da yaşanan olaylar kapsamında fiziki veya biyolojik nitelikteki fiillerden çok daha ağırlıklı biçimde zorunlu göç ve yerinden etme, zorla asimilasyon, yerleşim yerlerinin yok edilmesi ve buna benzer grubu fiziksel ve biyolojik olarak yok etmekten ziyade onlara zulüm etme ve Myanmar'ı terk etme zorunda bırakmaya yönelik fiiller işlenmektedir.<sup>118</sup> Yine her ne kadar doğum oranlarını düşürme politikası uygulansa da, bu politika Rohingya azınlığının üremesini tamamen durdurmaya yönelmemekte, sadece sınırlamaktadır. Zira BM İnceleme Komisyonu da bu durumun farkındadır ki 'other forms of destruction, such as social assimilation or attacks on cultural characteristics, do not constitute *genocide if they are not related to the physical or biological destruction of the group*'<sup>119</sup> fikrini not düşerek sosyal asimilasyon v.b. politikaların ancak fiziki veya biyolojik yok etme ile beraber olduğunda soykırım suçu kapsamında değerlendirilebileceğini (ve Myanmar'da durumun böyle olduğunu) bir *argumentum a contrario* ile ortaya koymuş ve bir başka kolektivist arka kapı yaratmaya çalışmıştır. Bu durum göz önüne alındığında mahkemenin önünde bir ikilem olduğu söylenebilir, ya bu ve/veya birazdan açıklayacağımız arka kapılardan birini kullanarak soykırım kastının olduğuna karar verecek, yahut kastı fiziksel veya biyolojik yok etme kapsamında dar anlayarak soykırım kastını çıkarsama bakımından oldukça zor bir konum alacaktır.

117 *Prosecutor v. Krstić* [2001] IT-98-33-T, Judgement, para. 595.

118 UN Human Rights Council, 'Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar', UN Doc. A/HRC/39/CRP.2, (17 September 2018).

119 Ibid. para. 1412.

#### 4.2. Kastın Kime Yöneltildiği ve Esaslılık Sorunu

Bu duruma bağlı olarak mahkemenin karşılaştığı ikinci ve üçüncü sorunlar kastın kime yöneltilmesinin belirlenmesi ve eğer bu grubun bir kısmı ise esaslı bir kısım teşkil edip etmediği sorunudur. Bu bakımdan ilk soruna verilecek cevap bir kez daha mahkemenin öne çıkaracağı felsefi yaklaşıma bağlıdır. Bireyci yorumun benimsenmesi halinde mahkeme fiziksel veya biyolojik olarak fiillerle hedef alınan Rohingya'ları hedef alınan kısım olarak belirleyecek ve esaslılık değerlendirmesini buna göre yapacaktır. Öte yandan BM inceleme komisyonunun veya UYCM'nin açtığı arka kapılardan birini kullanarak kolektivist görüşü benimsemesi halinde Mynamar'daki Rohingya azınlığının tümünün hedef alındığını kabul edebilecektir.

Bu noktada grubun tümünün nasıl belirleneceği hususu da önem arz etmektedir. Bir kez daha Srebrenica örneğine dönersek, UAD ve UYCM son tahlilde grubun tümünü Bosna Müslümanları olarak tanımlamış ve bu bakımdan etnik ve dini özelliklerin çakışmasından ayrı bir grup oluştuğunu ima etmiştir. Bu bakış felsefi olarak eleştirilebilir olsa da, sosyal gerçekliği yansıttığı söylenebilir. Dahası hem etnik hem de dini gruplar Soykırım Sözleşmesince korunduğundan bu yaklaşım bir sorun yaratmamıştır. Ancak ileride korunan bir grup niteliği ile korunmayan bir grup niteliğinin çakışması halinde, ilgili topluluğun Soykırım Sözleşmesi bağlamında bir bütün olarak görülüp görülemeyeceği tartışmaya açıktır (Örneğin politik ve dini bir çakışma olarak Sosyalist Müslümanlar). Ancak UYCM'nin ve UAD'nin yaklaşımı göz önüne alındığında bu yargı organlarının grubun bütünden Myanmar'daki Rohingya'ları anlayacağını tahmin etmek mümkündür. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki felsefi bakımdan Myanmar'daki Rohingya'ların neden Rohingya'larının tümünün bir parçası değil de bir bütün olarak anlaşıldığını meşru kılmak oldukça zordur ve ancak sosyo-politik gerekçelendirmelerle meşru kılınabilir.

Bu notu düştükten sonra bir kez daha Srebrenica olayına dönüp UYCM ve UAD'nin nasıl kolektivist bir arka kapı yarattığını incelemekte fayda vardır. UYCM'de Srebrenica olaylarına verdiği en önemli ve ilk kararlardan olan *Krstić* kararında İlk Derece Divanın 8.000 kişilik kısmı mı yoksa Srebrenica'daki Bosna Müslümanlarını mı hedef alınan kısım olarak belirttiğine dair bir kavram kargaşası mevcuttu.<sup>120</sup> Buna binaen savunma makamı temyiz dilekçesinde kasti fiziksel veya biyolojik yok

120 *Prosecutor v. Krstić* [2001] IT-98-33-T, Judgement, para. 595.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

etme iradesine indirgeyen doktrine dayanarak İlk Derece Divanın 8.000 kişilik kısmı hedef alınan kısım olarak nitelediğini, bununla Divan'ın “kabul edilemez ardışık gerekçelendirme” (impermissible sequential reasoning) yaptığını zira bu 8.000 kişilik kısmın esas olarak grubun (Bosna Müslümanları) kısmının (Srebrenica'daki Bosna Müslümanları) kısmını (askerlik çağındaki Srebrenica'daki Bosna Müslümanları) oluşturduğunu belirtmiştir. Dahası savunma makamı bu 8.000 kişiyi hiçbir standarda dayanarak esaslı kısım olarak nitelimenin mümkün olmadığını savunmuştur.<sup>121</sup>

Bu ziyadesi ile kuvvetli savunma karşısında UYCM Temyiz Divanı yenilikçi ve fakat kavramsal olarak sorunlu bir gerekçelendirme ile İlk Derece Divanının kararına açıklık getirmiştir. Evveliyetle şu husus Divan nezdinde de açıktır ki Bosna Müslümanları gibi milyonları bulan nüfusa sahip bir grup mevzu bahis olduğundan gerek hayatını kaybeden 8.000 kişiyi gerekse 40.000 kişilik Srebrenica'daki Bosna Müslümanlarını niceliksel metot ile esaslı olarak nitelirmek mümkün değildir. Bu bakımdan Divan değerlendirmesini coğrafi ve niteliksel metotların bir karışımı üzerine kurarak kendine bir çıkış yolu yaratmıştır. Mahkemenin gerekçesi basitçe şöyle ilerlemektedir.<sup>122</sup> (1) Aslen hedef alınan kısım Srebrenica'daki Bosna Müslümanlarıdır zira 8.000 kişinin katli zorunlu göçlerle beraber değerlendirildiğinde bu 8.000 Srebrenica'daki Bosna Müslümanları bakımından niteliksel olarak elzemdir ve onların yok edilmesi grubun tümüne etki edecektir. (2) Srebrenica'nın BM tarafından güvenli bölge ilan edilmesi, bölgenin 'Büyük Sırbistan' planı bakımından önemi ve coğrafi konumu bir arada değerlendirildiğinde grubun bütününden ayrılan bir öneme sahip olduğu sabit olduğundan, niceliksel olarak görece küçük bir grup olsa da coğrafi ve siyasi açıdan “esaslı” bir kısım teşkil etmektedir.<sup>123</sup>

Bu gerekçelerden ikincisi, yani coğrafi metot, her ne kadar spekülative ve politik temelli olsa da, anlaşılabilir bir gerekçelendirmedir. Ancak niceliksel metodun uygulanma biçimi oldukça sorunludur. Şöyle ki divan her ne kadar bu değerlendirmeyi esaslılık koşuluna dair değerlendirmesi kapsamında yapsa da, niceliksel metodun uygulanma biçiminin aslen esaslılık değerlendirmesi ile ilgisi yok denecek kadar azdır. Mahkeme burada niteliksel metodu adeta bir paravan gibi kullanarak grubun doğasına ve özel kastın muhtevasına dair kolektivist

121 *Prosecutor v. Krstić* [2004] IT-98-33-A, Judgement, para.18.

122 *Prosecutor v. Krstić* [2004] IT-98-33-A, Judgement, paras 19-21.

123 *Ibid.*

görüŖe bir arka kapı açmış, hedef alınan kısmın 8.000 kiŖi değil de Srebrenica'daki Bosna Müslümanları olduğu argümanını olay özelinde hedef alınan 8.000 kiŖinin zorunlu göçlerde göz önüne alındığında grubun devamı için niteliksel önemine vurgu yaparak meşru kılmaya çalışmıştır. Ancak Ŗu ortadadır ki bu argüman ancak “fiziksel veya biyolojik yok etme kastına” dair görüş terk edilirse geçerli olacaktır ve son tahlilde esaslılık değerlendirmesi ile iliŖkisi minimaldir. Ŗu not edilmelidir ki, bu değerlendirmeye dair tüm eleŖtirilere rağmen UAD Bosna – Sırbistan davası kararında bu gerekçelendirmeyi aynen kullanmıştır. Bu bakımdan UAD'nin Myanmar olayına nasıl yaklaŖacağı ziyadesi ile merak uyandırmaktadır.

#### 4.3. Bireysel Olarak Tanımlanmış Suçun Devlete İsnadı Sorunu

UAD'nin karşı karşıya kalması muhtemel son sorun ise bireysel suç olarak tanımlanmış olan soykırım suçunun devleteler tarafından işlenip işlenemeyeceği sorusudur. UAD *Bosna – Sırbistan* davasında bu soruya olumlu cevap vermiştir ve Soykırım Suçunun bir devlet tarafından organları eliyle işlenebileceğini belirtmiştir.<sup>124</sup> Soru işareti olan husus ise devletin özel kasta nasıl sahip olabileceğidir. Günün sonunda tüzel kiŖi olan devletin, gerçek kiŖilere özgü olduğu düşünölen “kasten” fiilde bulunma yetisi var mıdır? UAD'ye göre soykırım fiillerinin devletin otoriteleri tarafından, devletin hiyerarşik yapısı dahilinde sistematik bir biçimde işlenmesi ilgili kastın ve suçun devlet tarafından işlendiğinin tespiti için yeterli olabileceğidir. Bu bağlamda kast son tahlilde devletin yönetici kademesinde oluşmakta ve hiyerarşik yapı yoluyla sistematik biçimde uygulanmakta ve böylelikle bir noktada “devletin kastı” haline gelmektedir. UAD ilgili davada Sırbistan bakımından böyle bir durum oluşmadığını, her ne kadar Srebrenica'da Soykırım suçu işlense de bunun devlet tarafından işlenmediğini zira belirtilen şekilde bir kastın devlet nezdinde oluşmadığını tespit etmiş. Sırbistan'ın soykırım suçunun faili olarak değil ve fakat önleme yükümlölüğünü yerine getirmeme bakımından sorumlu olduğuna hükmetmiştir.<sup>125</sup>

Durum her ne kadar böyle olsa da mahkemenin gerekçesi kanımızca gerek felsefi gerekse devlet teorileri bakımından sorunludur. Devletin yönetici kadrosunun kastı ile devletin “kastını” bir tutmak bilhassa

124 The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgement para. 180-182 ve 383.

125 Ibid.

## Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme

demokratik devlet teorisine, devletin ayrı tüzel kişiliği olduğunu kabulüne ve suçun bireyselliği ilkesine ters düşmektedir. Dahası, her ne kadar sosyal ontolojide devletin kastı olabileceğine dair teoriler geliştirilse de,<sup>126</sup> devletin böyle bir insani özelliğe haiz olabileceğini tartışmasız bir biçimde kabul edildiğini iddia etmek zor görünmektedir. Bu bakımdan soykırım suçunun tanımı şu anda olduğu gibi bireysel bir suç olarak kaldıkça devletin suçun faili olması kanımızca mümkün ve makul değildir. Devletler uluslararası hukuktan doğan önleme yükümlülüğünü ihlalden dolayı sorumlu tutulabilirler ve fakat suçun faili olamazlar. Bu bağlamda Myanmar olayına dair UAD'nin nasıl bir değerlendirme yapacağı merakla beklenmektedir, zira Srebrenica'nın aksine Rohingya'lar karşı yürütülen hareketler açıkça devletin emir ve komutası doğrultusunda yürütülmektedir.

### 5. Sonuç

On yıllardan beri Myanmar'da çeşitli zorluklarla yüzleşmek durumunda kalan Rohingya Müslümanların haklarının temin edilmesi ve daha fazla zarara uğramamaları için 11 Kasım 2019 tarihli Gambiya'nın Myanmar'a karşı UAD'de açmış olduğu dava uluslararası kamuoyu tarafından yakından takip edilmektedir. BM Genel Sekreteri Antonio Guterres tarafından en fazla zulüm gören halklardan biri olarak nitelendirilen Rohingya'lar, uzun yıllardan bu yana yurtları olan Myanmar topraklarında zulüm görmektedir. 1960'lı yıllara kadar dayandırılabilir bu baskı ortamı, 2000'li yıllardan itibaren çok daha vahim bir boyuta ulaşmıştır. Özellikle 2016 ve 2017 yıllarında Myanmar ordusu tarafından Rohingya'ların yaşadıkları yerlere yönelik başlatılan operasyonlarda birçok insan hakkının ihlal edildiği BM ve çeşitli sivil toplum örgütlerinin raporlarında ortaya konulmuştur.

Myanmar'ın Rohingya'lara karşı tutumunun artık göz ardı edilemeyecek bir noktaya ulaşması ve Rohingya'lar için koşulların giderek ağırlaşması itibarıyla bu sürecin durdurulmasına dair daha somut adımlar atma gereği doğmuştur. Bu çerçevede de muhtelif sahalarda önemli girişimler başlatılmıştır. Bu girişimlerin en somut ve güncel olanı ise Gambiya'nın UAD'de Myanmar'a karşı yaptığı başvurudur. Başvuruda temel olarak Myanmar'ın soykırım suçu işlediği, işlemeye devam ettiği ve bu suçlarından dolayı sorumlu tutulması gerektiği iddia

<sup>126</sup> Örneğin bkz. Tracy Isaacs, *Moral Responsibility in Collective Context* (Oxford University Press, 2011) sy 37, 48.

edilmektedir. Bu iddialar doğrultusunda Rohingyaların haklarının korunmasının garanti edilmesi, zararların karşılanması talep edilmektedir. Aynı zamanda dava süresince de Rohingyaalara yönelik Myanmar'ın mevcut tutumunun durdurulmasına yönelik olarak geçici tedbir talebi söz konusudur ve bu talep Ocak 2020 itibari ile mahkemece kabul edilmiştir.

UAD'ye yapılan bu başvuru kapsamında birçok hukuki ihtilaf oluşmaktadır ve oluşmaya devam edecektir. Gambiya'nın başvuruda bulunma ehliyeti, *erga omnes* yükümlülüklerin muhtevası ve usul hukuku bakımından kapsamı, geçici tedbirlerin uygulanması sorunu, UAD'nin geçici tedbirlere dair 'makul olma testi' gibi hususların tümü şimdiden tartışılmaktadır. Ancak bu makale hususiyetle mahkemenin esasa dair, yani soykırım suçunun işlenip işlenmediği ile alakalı, yapacağı değerlendirmede ortaya çıkabilecek sorunlara yoğunlaşmıştır. Bu bakımdan temel sorunlar işlenen "soykırımsal" fiillerin gerekli özel kast ile işlenip işlenmediği ve eğer işlendi ise devletin suçun faili olacağıdır.

Bu sorunun ilk kısmı ile alakalı olarak makalenin temel argümanı şudur: eğer UAD soykırım kastına dair kağıt üzerinde benimsediği bireyci yorumu takip eder, yani soykırım kastını "fiziksel ve biyolojik" yok etme kastına indirirse, ve gerek esaslılık koşulunu gerekse hedef alınan kısmın belirlenmesini bu bakış açısından yaparsa, "tek makul çıkarım" doktrini çerçevesinde maddi olgulardan soykırım kastını çıkarsaması zor olabilecektir. Öte yandan tıpkı Srebrenica olayı özelinde yaptığı gibi esaslılık ilkesine ve kastın çıkarsanmasına dair genişletici yorumları soykırım kastına kolektivist bir yorum getirecek arka kapılar olarak kullanmayı seçer ise, soykırım kastının olayda tüm Rohingyaalı azınlığa karşı olduğu sonucuna varması daha mümkün görünmektedir. Sorunun ikinci kısmına dair ise soykırımın bireysel bir suç olarak tanımlanması ve devletlerin kastından söz etmenin mümkün görünmemesi sebebi ile menfi cevap ermek lazımdır. Bu bakımdan UAD'nin *Bosna – Sırbistan* davasında teoride kabul ettiği "devletin suçun faili olabileceği" görüşünden geri adım atması kanımızca yerinde olacaktır. Zira bu görüş temel olan devletin yöneticilerinin kastı ile devletin kastını bir tutma noktasına varan varsayım gerek modern devlet teorisi ile gerekse suçun şahsiliği ilkesi ile çelişmektedir.

**Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme**

**Kaynakça**

Ahmed, Akbar. "The Rohingya: Myanmar's Outcasts". 30 Ocak 2012. <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/01/201212710543198527.html>.

Ambos, Kai Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part (Oxford University Press 2013)

Amnesty International. "Amnesty International withdraws human rights award from Aung San Suu Kyi", 12 Kasım 2018. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/11/amnesty-withdraws-award-from-aung-san-suu-kyi/>.

Ateş, Ahmet. "Burma'dan Myanmar'a Arakan'da Rohingya Müslümanları". İSTEM, sy 29 (29 Aralık 2017): 173-97.

BBC. "Myanmar Rohingya: What You Need to Know About the Crisis", 23 Ocak 2020. <https://www.bbc.com/news/world-asia-41566561>.

Behrens, Paul 'The mens rea of genocide' in P. Behrens & R. Henham (eds.), Elements of Genocide (Oxon: Routledge 2012).

"Rohingya crisis: The Gambian who took Aung San Suu Kyi to the world court", 23 Ocak 2020. <https://www.bbc.com/news/world-africa-51183521>.

"Will Anyone Help the Rohingya People?", 10 Haziran 2015. <https://www.bbc.com/news/world-asia-33007536>.

Birleşmiş Milletler Şartı ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (t.y.).

CIA World Factbook. "Burma", t.y. <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/attachments/summaries/BM-summary.pdf>.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Erişim 12 Eylül 2020. [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1\\_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf).

Council on Foreign Relations. “Global Conflict Tracker”, 20 Ağustos 2020. <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/rohingya-crisis-myanmar>.

Çakan, Varis. “Rohingya Müslümanları ve Arakan Soykırımı”. *Asya Araştırmaları Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 2, sy 1 (15 Temmuz 2018): 38-56.

Çoban, Ebru. “Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği”. *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 5, sy 17 (01 Mart 2008): 46-72.

Dalar, Mehmet, ve Özkan Gökcan. “Myanmar’ın Rohingya Müslümanları Politikası: Tarihsel ve Hukuksal Bir Analiz”. *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 8, sy 15 (22 Nisan 2018): 33-64. <https://doi.org/10.29029/busbed.391407>.

Doğru, Ayşe. “Arakanlı Müslümanlar Zulmün 2’nci Yılında Hala Ülkelerine Dönemedi”. *Anadolu Ajansı*. 27 Ağustos 2019. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/arakanli-muslumanlar-zulmun-2nci-yilinda-hala-ulkelerine-donemedi/1565999>.

European Parliament. “Aung San Suu Kyi suspended from the Sakharov Prize Community”, 10 Eylül 2020. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200907IPR86516/aung-san-suu-kyi-suspended-from-the-sakharov-prize-community>.

Fuad, Abdur Rahman. “Tarihi Açıdan Arakan’daki Müslümanlar ve Budistler Arasında Bölgesel Çatışmaların Arka Planı”. *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi* 5, sy 12 (27 Aralık 2018): 56-64.

Gambia. *Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures*. Erişim 18 Eylül 2020.

Goldberg, Mark Leon, ve Param-Preet Singh. “Why The Gambia is Suing Myanmar for The Rohingya Genocide”. Erişim 16 Eylül 2020. <https://www.undispatch.com/why-the-gambia-is-suing-myanmar-for-genocide-of-the-rohingya/#:~:text=The%20small%20west%20African%20country,long%20faced%20discrimination%20and%20persecution>.

**Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme**

Human Rights Watch. "Burma: End 'Ethnic Cleansing' of Rohingya Muslims", 22 Nisan 2013.

<https://www.hrw.org/news/2013/04/22/burma-end-ethnic-cleansing-rohingya-muslims>.

"Burma: New Violence in Arakan State", 26 Ekim 2012.

<https://www.hrw.org/news/2012/10/26/burma-new-violence-arakan-state>.

"Questions and Answers on Gambia's Genocide Case Against Myanmar before the International Court of Justice", 05 Aralık 2019.

<https://www.hrw.org/news/2019/12/05/questions-and-answers-gambias-genocide-case-against-myanmar-international-court>.

International Court of Justice, Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1951).

International Court of Justice, The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) [2007] ICJ Judgement.

International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) [2015] Judgment,

International Court of Justice. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Request for the indication of provisional measures (2020).

"IOM Bangladesh: Rohingya Humanitarian Crisis Response Monthly Report". UN Migration, Ocak 2019.

Isaacs, Tracy Moral Responsibility in Collective Context (Oxford University Press, 2011)

Khaliq, Riyaz ul. "Who are Rohingya?" Anadolu Ajansı. 25 Ağustos 2019.

<https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/who-are-rohingya/1564502>.

Kocaoğlu, Serhat Sinan. "Suçların Suçu: Soykırım (Genocide)". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sy 90 (Ekim 2010).

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-90-641>.

Kreß, Claus ‘The Crime of Genocide under International Law’ 6(4) International Criminal Law Review (2006)

“Myanmar”. İçinde Encyclopædia Britannica, 14 Eylül 2020.  
<https://www.britannica.com/place/Myanmar>.

Lee, Steven ‘The Moral Distinctiveness of Genocide’, 18 The Journal of Political Philosophy (2010)

OIC. “Organization of Islamic Cooperation Charter”. Erişim 10 Eylül 2020. [https://www.oic-oci.org/page/?p\\_id=53&p\\_ref=27&lan=en](https://www.oic-oci.org/page/?p_id=53&p_ref=27&lan=en).

Özarslan, Bahadır Bumin. “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 4, sy 1 (01 Haziran 2014): 187-214.

Pazarcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk. 17.Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Sadeque, Samira. “The Story Behind The Gambia’s Lawsuit against Myanmar over the Rohingya Genocide”. Inter Press Service News Agency, 03 Aralık 2019. <http://www.ipsnews.net/2019/12/story-behind-gambias-lawsuit-myanamar-rohingya-genocide/>.

Schabas, William ‘Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, 25 Fordham International Law Journal (2001).

Schabas, William Genocide in International Law (Cambridge University Press, 2nd edn, 2009).

Singletery, Douglas “Ethnic Cleansing” and Genocidal Intent: A Failure of Judicial Interpretation?’ 5 Genocide Studies and Prevention: An International Journal (2010).

T.C. Dışişleri Bakanlığı. “İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)”. Erişim 11 Eylül 2020. İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT).

“Uluslararası Ceza Divanı”. Erişim 15 Eylül 2020.  
<http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa>.

**Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme**

Ulucak, Zehra. "Myanmar'da Arakanlı Müslümanların Dramı Son Bulmuyor". Anadolu Ajansı. 24 Ağustos 2020.

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/myanmarda-arakanli-muslimanlarin-drami-son-bulmuyor/1951328>.

UN Human Rights Council. "Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar", 2020.

<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/myanmarffim/pages/index.aspx>.

"Independent Investigative Mechanism for Myanmar", 2020.

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IIMM/Pages/Index.aspx>.

UN Human Rights Office of the High Commissioner. "Myanmar's Rohingya Persecuted, Living under Threat of Genocide, UN Experts Say". 16 Eylül 2019.

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24991&LangID=E>.

Peters, Anne "“Vulnerability” versus “Plausibility”: Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017", EJIL Talk (5 Mayıs 2017)

"Report of OHCHR mission to Bangladesh Interviews with Rohingyas fleeing from Myanmar since 9 October 2016". Flash Report. United Nations, ubat 2017.

<https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MM/FlashReport3Feb2017.pdf>.

UN Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect. "Genocide". Erişim 18 Eylül 2020.

<https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide.shtml>.

"The Genocide Convention". Erişim 20 Eylül 2020.

<https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml>.

Yunus, Mohammed. A History of Arakan (Past & Present), 1994.

<http://www.netipr.org/policy/downloads/19940101-Dr-Yunus-History-Of-Arakan.pdf>.