



Türk ve Alman Ceza Hukuku Perspektifinden Roma Statüsü'nün İştirake Dair Hükümlerinin İncelenmesi*

The Examination of the Rome Statute's Provisions on Participation from the Perspective of Turkish and German Criminal Law

Sercan Tokdemir**

Öz

Failler dışında suça katılanların cezalandırılması için ceza kanunlarında iştirake ilişkin hükümler düzenlenir. Uluslararası mahkemelerin kuruluş belgelerinde ve içtihatlarında iştirak kurumu bu disipline özgü prensipler çerçevesinde şekillenmiştir. Bu durum, uluslararası ceza hukukunun bir parçası ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurucu belgesi olan Roma Statüsü için de geçerlidir. Uluslararası suçlar bakımından asıl sorumlu görülen kişi suç tipinin maddi unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişi değildir. Tipik fiillerin işlenmesine neden olan kişiler, arka planda duran üst düzey idareciler ve komutanlardır. Bu bağlamda planlama, komplo, müşterek suç girişimi, üstün sorumluluğu gibi bazı farklı sorumluluk şekilleri ve iştirakin klasik görünüş şekilleri olarak faillik, azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir. Roma Statüsü md 25 (3) (a) bendinde tek başına, başkalarıyla birlikte ve başkası aracılığı ile suç işleyen kişinin sorumlu olacağı ifade edilerek doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik; md 25 (3) (b) bendinde azmettirme ve yardım etme şeriklik şekilleri olarak kabul edilmiştir. Azmettirmenin bir işleniş şekli olan emretme ise bağımsız bir iştirak şekli olarak ayrıca düzenlenmiştir. Hükümde “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Statü'de akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) cezalandırılmamıştır. Bununla birlikte soykırım suçuna doğrudan ve alenen tahrik bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Müşterek suç girişimi (md 25 (3) (d)) iştirak benzeri bir kurum olarak düzenlenirken, uluslararası ceza hukukunun gereksinimleri doğrultusunda üstlerin sorumluluğu öğretisi (md 28) bir başka sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Roma Statüsü, müşterek suç girişimi, (akim kalmış) azmettirme, üstlerin sorumluluğu, fail arkasında fail

Abstract

Criminal codes are used to regulate provisions on participation to penalize those who contribute to crimes, except for the perpetrator. Furthermore, participation is shaped within the framework of specific principles in the statutes and case laws of international courts, as in the example of the Rome Statute, which is a part of international criminal law and the statute of the International Criminal Court (ICC). In international crimes, the person who personally perpetrated the *actus reus* of the crime is not deemed responsible. The persons who cause the commission of typical acts are senior administrators and commanders at the background. Herein, certain modalities of responsibility, such as planning, conspiracy, joint crime, responsibility of superiors, perpetration, instigation, and aiding, which are considered classical forms of participation, are accepted. In Articles 25(3)(a) and (b) of the Rome Statute, direct, joint, and indirect perpetration as well as instigating and aiding are accepted as forms of accessory, respectively. Moreover, ordering, which is a form of instigation, is

* Bu çalışma, 01-03 Haziran 2023 tarihleri arasında gerçekleştirilen “III. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresi” isimli uluslararası kongrede sunulan “Uluslararası Ceza Hukukunda Suça İştirakin Roma Statüsü Çerçevesinde İncelenmesi” başlıklı özet bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

** Sorumlu Yazar: Sercan Tokdemir (Dr. Öğr. Üyesi) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Tokat, Türkiye. E-posta: sercantokdemir28@gmail.com ORCID: 0000-0001-9749-688X

Atf: Tokdemir S, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Perspektifinden Roma Statüsü'nün İştirake Dair Hükümlerinin İncelenmesi” (2024) 44(1) PPIL 25. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.1328728>



regulated as an independent form of participation. The rule of accessory is accepted with the expression of “committed or attempted crime” in the provision; however, failed instigation is not punished, except for direct and public incitement to the crime of genocide. According to the international criminal law requirements, the responsibility of superiors is accepted as another modality of responsibility (Article 28); meanwhile, joint criminal enterprise (Article 25(3)(d)) is regulated as an institution similar to participation.

Keywords

Rome Statute, joint criminal enterprise, (failed) instigation, responsibility of superiors, background man

Extended Summary

One or more persons can commit a crime, and this notion is known as participation in criminal law. The provisions regarding participation should be regulated in a penal code for individuals who participate in the crime to be punished. In terms of participation, two basic systems have been adopted, namely, monist and dualist. In the first system, a person is treated as if he/she is the perpetrator. However, the second system is based on the distinction between the perpetrator and accessory, wherein direct, joint, and indirect perpetration within the scope of perpetration and instigation as well as aiding/abetting within the scope of complicity have been accepted as forms of participation in crime as in Turkish and German laws.

The institution of participation is formed within the framework of the specific principles embodied in the statutes and case laws of international courts, such as the Rome Statute, which is a part of international criminal law and the statute of the International Criminal Court (ICC), and it came into force on 01.07.2002. Moreover, it has regulated participation in genocide, aggression, crimes against humanity, and war crimes accepted within the jurisdiction of the ICC. International criminal law accepted the monist system until the adoption of the Rome Statute. However, after this statute came into force, a tendency emerged toward the dualist system.

According to the Rome Statute, the person who commits a crime as an individual, jointly with others, or through another will be responsible; thus, direct, joint, and indirect perpetration have been adopted (Article 25(3)(a)). Although the Rome Statute does not regulate side-by-side perpetration, it can be evaluated within the scope of direct perpetration.

The rule of accessory is accepted and is expressed as “committed or attempted crime” in the provision. Furthermore, instigating and aiding/abetting are accepted as forms of accessory. Meanwhile, ordering, which is a form of instigation, is regulated as an independent form of participation. For persons who participate in the crime as instigators or aiders to be punished, the main act must have reached at least the stage of attempt. The Rome Statute does not offer penalization for failed instigation due to the rule of accessory. However, direct and public incitement to the crime of genocide is regulated as an independent type of crime regardless of the aforementioned rule.

International criminal law is a discipline that addresses the most severe of the aforementioned crimes of concern to the international community with a character separate from the criminal law of nations but inspired by national criminal law. Thus, regarding criminal responsibility, its principles have emerged through a historical process. Along with the requirements of international criminal law, the doctrine of the responsibility of superiors is accepted as another modality of responsibility (Article 28), while joint criminal enterprise (Article 25(3)(d)) is regulated as an institution similar to participation.

To regulate Article 28, it is aimed to extend criminal responsibility to superiors for ensuring that persons under their command comply with the laws of war. The legal nature of superior criminal responsibility is controversial in the doctrine. The arguments indicate that it is an independent, sui generis, and mixed form of responsibility. In German law, however, the arguments focus on superior criminal responsibility as an independent factual negligence crime. Moreover, an opinion holds that the superior is responsible for helping the subordinate through negligence. According to the researchers, superior criminal responsibility should be evaluated in terms of the punishability of a negligence act committed by a subordinate despite its extending nature of personal criminal responsibility. In other words, the issue is only partially independent of participation.

For the provision related to joint criminal enterprise, any contribution to committing or attempting to commit a crime by a group of persons acting with a common purpose can be considered a form of accessory. The doctrine has discussed the legal nature of the institution, and various opinions have been suggested. One opinion has claimed that the institution was considered a form of corporation form; however, as per another opinion, it is a form of accessorial liability. According to the second view, the provision is unnecessary and is an expanded form of aiding and abetting. However, in our opinion, a joint criminal enterprise carries the characteristics of perpetration and accessory. Therefore, individuals who participate in this organization as perpetrators and accessories should be held responsible. Thus, describing it as an institution similar to participation or a mixed institution is a more appropriate approach.

Finally, the impact of the jurisprudence of international criminal courts on this issue should be considered. In this context, the joint criminal enterprise is an institution developed as an institution similar to participation with the case law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

This study's primary objective is to examine participation in crime under criminal law from the perspective of Turkish and German criminal laws within the framework of the Rome Statute and the jurisprudence of the court instead of an in-depth revelation of the difference between the Rome Statute and the jurisprudence of the court and

customary international law. Hence, using a comparative perspective, this study will identify differences between the national law and Rome Statute. Similarly, it will mention the regulations of various countries such as France, Italy, the United States, and the United Kingdom. The study will first examine participation in crime in general, which will be subsequently evaluated in terms of international criminal law. After demonstrating the general appearance of participation in international criminal law, the subject will be examined within the framework of the Rome Statute with the intention of making deductions.

Giriş

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesine suçta iştirak denir. Suçta iştirak edenlerin cezalandırılabilmesi için ceza kanununda iştirake ilişkin hükümlerin düzenlenmesi gerekir. Bu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur.

Gerek Türk gerekse Alman ceza hukukunda suçta iştirak suçun özel bir görünüş şekli olarak kabul edilir. Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi faillik ve şeriklik ayırımına dayanan ikici iştirak sisteminde “suçu bizzat işleyen” ile “suçta katkı sunan (şerik)” ayrı statüye sahiptir. Bu sistemde doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik olmak üzere üç tür faillik kabul edilmiş; şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmıştır. Şerikin sorumluluğu failin fiilinin işlenmesine bağlı kılınmıştır. Buna bağlılık kuralı denir. Tekçi iştirak sisteminde ise suçta iştirak edenin sorumluluğu suçta olan katkısına dayanır. Suçta iştirak eden herkes suçta işlemiş gibi muamele görür ve cezalandırılır. Faillik ve şeriklik ayırımı yapılmadığı için azmettiren ve yardım edenler fail statüsünde muamele görürler.

Uluslararası ceza hukuku farklı nitelikte bir hukuk sistemi olup ceza sorumluluğu bakımından kendine özgü prensipleri olan bir disiplindir. Suçta iştirak kurumu, bu hukuk disiplininin kendine özgü prensipleri çerçevesinde şekillenmiştir. Ceza hukukunda kabul edilen suçta iştirakin görünüş şekilleri uluslararası ceza hukukunda “şahsi ceza sorumluluğunu doğuran davranış türleri” veya “şahsi ceza sorumluluğu türleri” şeklinde ifade edilir. Tipik fiillerin işlenmesine neden olan kişiler, daha çok arka plandaki üst düzey idareciler ve komutanlardır. Arka planda duran ve fakat haksızlığın gerçekleşmesinde önemli bir rol oynayan bahsi geçen sığa sahip kişilerin sorumlu tutulabilmesi için planlama, komplo, müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu gibi önemli kurumlara yer verilmiştir. Bunun yanında iştirakin klasik görünüş şekilleri olarak faillik, azmettirme ve yardım etme de kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere 1 Temmuz 2002 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün (Roma Statüsü)¹ yürürlüğe girmesiyle uluslararası ceza hukukunda ikici iştirak sistemine bir eğilim gerçekleşmiştir.

Statü'de tek başına, başkalarıyla birlikte ve başkası aracılığı ile suç işleyen kişinin sorumlu olacağı ifade edilerek doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik kabul edilmiştir (md 25 (3) (a)). Statü'de yan yana faillik açıkça düzenlenmemiştir. Fakat bu, iştirak öğretisi bakımından bir eksiklik olarak görülmemelidir.

Statü'de azmettirme ve yardım etme şeriklik şekilleri olarak kabul edilmiştir. Azmettirmenin bir işleniş şekli olan emretme ise bağımsız bir iştirak şekli olarak ayrıca

1 Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force July 1, 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute). Statü'nün metni için bkz. <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023. Türkçe metni için bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf> Erişim Tarihi 14 Haziran 2023.

düzenlenmiştir (md 25 (3) (b)). Şeriklik sorumluluğu için “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Bu kuralın bir sonucu olarak Statü’de akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) cezalandırılmaya layık görülmemiştir. Bununla birlikte soykırım suçuna doğrudan ve alenen tahrik bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Statü’de müşterek suç girişimi iştirak benzeri bir kurum olarak düzenlenmiştir (md 25 (3) (d)). Hükümde müşterek bir amaçla hareket eden bir grup şahıs tarafından suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunulması, bir şeriklik şekli olarak görülebilir. Uluslararası ceza hukukunun gereksinimleri doğrultusunda üstlerin sorumluluğu öğretisi bir başka sorumluluk şekli olarak benimsenmiştir. Böylece emirleri altındakilerin savaş hukukuna uymalarını sağlama konusunda ceza sorumluluğunun üstlere teşmil edilmesi amaçlanmıştır.

Bu çalışmada temel amaç, suça iştirakin, Türk ve Alman ceza hukuku perspektifinden Statü ve Mahkeme’nin içtihatları çerçevesinde incelenmesidir. Çalışmanın amacı, suça iştirak bakımından Roma Statüsü (ve Mahkeme içtihadı) ile örfi uluslararası hukuk arasındaki farkı detaylı olarak ortaya koymak değildir. Çalışmada öncelikle suça iştirake ilişkin genel bilgi verilecek olup ardından, suça iştirak uluslararası ceza hukuku bakımından değerlendirilecektir. Uluslararası ceza hukukundaki genel görünüşü ortaya konulduktan sonra konu, doktrin ve içtihatlar dikkate alınarak Türk ve Alman ceza hukuku perspektifinden Roma Statüsü çerçevesinde detaylı olarak incelenecektir. Ayrıca mukayeseli bir bakış açısıyla Fransa, İtalya, Amerika, İngiltere gibi ülkelerin düzenlemelerine de değinilecektir.

I. Uluslararası Ceza Hukukunda Suça İştirak

A. Ceza Hukukunda Suça İştirak

Ceza hukukunda suça teşebbüs gibi suça iştirak de ceza sorumluluğunun genişlediği ve bu yüzden bağımsız ceza normlarıyla sorumluluğun isnat edilebildiği suçun özel görünüş şeklidir.² Ceza kanunlarında iştirake ilişkin genel hükümler bulunmazsa faillik dışında haksızlığa katkı sunan kişilerin (şeriklerin) cezalandırılması mümkün değildir. Şeriklerin cezalandırılmasının ayrıca düzenlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir.³

Suçun birden fazla kişinin iştirakiyle işlenmesi mümkündür. Bu şekilde suça iştirak eden her bir kişi “suç ortağı” olur.⁴ Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından işlenmesine “suça iştirak” veya “arızı iştirak” denir.⁵ Kanunun zorunlu

2 Klaus Letzgus, *Vorstufen Der Beteiligung* (1. Aufl, Duncker & Humblot 1972) 118, 119.

3 Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 33.

4 Faruk Erem, ‘Suça İştirak’ (1946) 3 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62, 62.

5 Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 1998) 16. Ayrıca bkz Mahmut Koca and İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 448; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs, Adalet Yayınevi 2022) 770; Murat Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 36.

iştirak olarak öngördüğü suçlara ise “çok failli” suçlar denir.⁶ Çok failli suçlar, birden fazla kişinin iştirak etmesiyle işlenir. Bu yüzden birden fazla kişi bu suçların işlenişine fail sıfatıyla iştirak etmek zorundadır.⁷ Bundan hareketle, iştirakin en önemli unsurunun birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin bulunması olduğunu söylemek mümkündür. Ancak birden fazla kişinin katkısına rağmen işlenişine iştirak edilen haksızlık tektir. Haksızlığın işlenişine gerçekleştirilen katkılar birbirine öyle bağlanmalıdır ki tek haksızlıktan bahsedilebilsin. Aksi halde iştiraktan bahsedilemez ve birbirinden bağımsız haksızlıklardan söz edilir.⁸

Suçta iştiraktan dolayı ceza sorumluluğunun doğması objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesini gerektirir. Suçta iştirak için “birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen birden fazla hareketin bulunması”, “gerçekleştirilen katkının suçun işlenmesi bakımından nedensel olması”, “iştirak konusu suçun herkes bakımından aynı olması”, “failin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması” ve “iştirak iradesiyle hareket edilmesi” gerekir. İştirak iradesinden anlaşılması gereken kasten hareket etmektir.⁹

Suçta iştirakte faillik ve şeriklik ayırımında tekçi ve ikici olmak üzere temelde iki sistem kabul edilir.¹⁰ Tekçi iştirak sisteminde suçta iştirak edenin sorumluluğu suçta olan katkısına dayanır. Suçta iştirak eden herkes, suçta işlemiş gibi muamele görür ve cezalandırılır. İkili iştirak sisteminde ise suçta bizzat işleyen ile suçta katkı sunan arasında ayırım yapılır.¹¹

Günümüz Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen birçok ülkede ikici iştirak sistemi kabul edilmiştir. İkici iştirak sistemini kabul eden ülkelerde (Almanya ve

6 Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayırımı)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020) 113; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 37.

7 Nadine Zurkinder, ‘Parties to Crime in Switzerland’ in Ulrich Sieber, Kostanze Jarvers and Silverman Emily (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context: Introduction to National Systems (National Characteristics, Fundamental Principles, and History of Criminal Law)*, vol 1. 1 (Duncker & Humblot 2015) 230; İzzet Özgeç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 592; Koca and Üzülmmez (n 5) 448; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 37–38. Zorunlu iştirak ve zorunlu olmayan iştirak ayırımı hakkında bkz Mehmet Emin Artuk and others, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Adalet Yayınevi 2022) 741 vd.

8 Akbulut (n 5) 771.

9 Tokdemir (n 3) 37–38. Suçta iştirakin unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl, Springer Verlag 2015) 371; Manfred Maiwald, *Einführung in Das Italienische Strafrecht Und Strafprozessrecht* (1. Aufl, Peter Lang 2009) 137–138, 141; Gerhards Robbers, *An Introduction to German Law* (5. Aufl, Nomos 2012) 457; Sanford H Kadish, ‘Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine’ (1985) 73 California Law Review 323, 355–356; Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (7. edn, LexisNexis 2015) 472–473; Paul Mitchell, ‘Mental Element in Complicity (Case Notes)’ (1998) 9 King’s College Law Journal 125, 125–128; Dennis J Baker, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences* (1. edn, Routledge 2016) 25, 46 vd; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. bs, Adalet Yayınevi 2023) 510 vd; Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu’ (2005) LXIII İÜHF 57, 62; Hakan Hakeri, ‘Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak’ (2006) 1 Ceza Hukuku Dergisi 75, 80; Veli Özer Özbeke, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 529; Akbulut (n 5) 770–771; Mustafa Özen, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı’ (2007) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 239, 243; Ali Hacifazlıoğlu, *Teori ve Uygulamada Suçta İştirak* (1. bs, Bilge Yayınevi 2014) 25.

10 Ceza hukukunda suçta iştirak sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 3) 38 vd; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 41 vd.

11 Tom Gal, ‘Direct Commission’, *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 18–19; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 40, 46.

Türkiye gibi) suça iştirak faillik ve şeriklik şeklinde ayrılmıştır.¹² Faillik kapsamında doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik; şeriklik kapsamında azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir.¹³ İçtihatlara dayanan Anglosakson hukuk sisteminde de ikici iştirak sistemi benimsenmiştir. Faillik iştirakin ilk görünüş şeklidir. Faillik, asıl faillik (birinci dereceden faillik) ve fer’i faillik şeklinde ayrılmıştır.¹⁴

ABD¹⁵, Avusturya¹⁶, İtalya¹⁷, Avustralya¹⁸ gibi ülkelerde suça iştirak edenler suçun işlenmesindeki rollerine göre farklı kategorilere ayrılmış ve fakat iştirak edenler aynı ceza ile cezalandırılmıştır. Buna “eşitlik sistemi” denir. Bunun dışındaki birçok devlette ise iştirak faillik ve şeriklik şeklinde; şeriklik de “maddi iştirak” ve “manevi iştirak” şeklinde ayrılmıştır. Bu ayrımı yapan bazı ülkelerde farklı kategoriler arasında yaptırım farkı bulunmaz. Cezanın belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Almanya, Türkiye ve Rusya gibi ulusal ceza hukuklarında ise iştirak türleri arasında ayırım yapılmış ve her bir iştirak şekli için farklı cezalar öngörülmüştür.¹⁹

B. Uluslararası Ceza Hukukunda Suça İştirakin Görünüş Şekilleri

1. Uluslararası Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış

Uluslararası hukukta²⁰ devlet görevlilerinin davranışlarından kaynaklı sorumluluk kural olarak devlete yüklenir. Bu kuralın en önemli istisnası uluslararası suçlardır.

12 Johannes Keiler, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law* (1. bs, Intersentia 2012) 158.

13 Halid Özkan, *Ceza Hukukunda Azmettirme* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013) 64, 65.

14 Tokdemir (n 3) 339 vd.

15 Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan 24.05.1962 tarihli Model Ceza Kanunu (MCK) ile Amerikan hukukunda, Anglosakson hukuk sisteminde suça iştirak kurumuna ilişkin geleneksel ayrımlar terk edilmiş ve faillik ve şeriklik ayrımıyla ikici iştirak sistemi açıkça kabul edilmiştir. Mezkûr kanunun iştirake ilişkin hükümleri incelendiğinde Alman ceza hukukundaki iştirak sistemine yakınlaştığını söylemek mümkündür. Bkz ibid 350–351. MCK metni için bkz Model Penal Code (adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, DC, May 24, 1962) <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2024.

16 Avusturya hukukunda suça iştirak bakımından faillik ve şeriklik ayrımı yapılmamış ve suça iştirak edenlerin aynı şekilde cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Azmettirmede bağılılık kuralı aranmamıştır, yani azmettirenin sorumluluğu asıl fiilin işlenmesine bağlı kılınmamıştır. Bu, tekçi iştirak sisteminin özelliğidir. Ancak yardım etme bakımından niceliksel bağılılık kuralı aranarak yardım edenin sorumluluğu, failin fiilinin en azından teşebbüs aşamasına varması gerektiğine bağlı kılınmıştır. Bu da, ikici iştirak sisteminin özelliğidir. Bu yüzden, tekçi ve ikici iştirak sistemlerinin temel özelliklerini bir arada barındıran karma (melez) bir sistem benimsendiği söylenebilir. Bkz ibid 42–43.

17 Detaylı bilgi için bkz ibid 372–376.

18 Detaylı bilgi bkz ibid 363–364.

19 Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem and Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (6 bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 506. Roma Statüsünde kabul edilen iştirak sisteminin Türk ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz Murat Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu/Almanya Büyükelçiliği 2010) 74.

20 “Uyulması zorunlu bir kurallar bütününtü oluşturmak” ve “örgütlenmiş bir toplumsal yapı aracılığıyla bu kurallara uyulmasını yaptırım yoluyla sağlamak” uluslararası hukukun iki temel özelliğidir. Uluslararası hukuk, uyulması zorunlu kurallar içermesi ve bunların uygulanmasının sağlanması bakımından uluslararası hukuk düzeni niteliğine sahiptir. Bu hukuk disiplini, “örgütlenmesi eksik bir toplum olan uluslararası toplumun hukuku” olmasından dolayı ulusal hukuk sistemlerinde var olan her imkâna sahip değildir. Bkz Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (12. bs, Turhan Kitapevi 2014) 6, 8. Uluslararası hukukta hukuk kuralları koyan tek kanun koyucu bulunmamaktadır. Bu görev devletler tarafından yerine getirilir. Devletlerarası ilişkilerin düzenlendiği bu hukuk disiplininde başlıca aktörler devletlerdir. Diğer bir ifadeyle hukuk kurallarını devletler belirler. Bkz Devrim Aydın, ‘Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi’ (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 132, 133.

Örneğin savaş hukuku kurallarını ihlal eden devlet görevlileri kişisel olarak sorumlu tutulabilir. Uluslararası suçların faillerinin suçu devlet adına ve görevleri icabı işledikleri yönündeki savunmalar ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu suçları yetkili üstlerin veya amirlerinin emri altında işledikleri yönündeki savunmalar da onları kişisel olarak sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü savaş hukukunda savaş suçu teşkil eden emre itaat kişiye reddetme hakkını vermektedir.²¹

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası toplumu ilgilendiren insanlığa ve barışa karşı suçlar ile savaş suçları gibi en ciddi suçlarla ilgilenen bir disiplindir. Hem iç hukuk kurallarını hem de uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden uluslararası suçlar²² işlendiğinde ulusal ceza hukuku ile uluslararası ceza hukuku kuralları bir araya gelebilir. Bu bağlamda uluslararası ceza hukukunun, uluslararası suçları belirleme, bu suçların işlenmesini önleme ve bu konuda ortaya çıkan yetkileri tayin etme konusundaki kurallardan oluştuğunu söylemek mümkündür. Bunun yanında ulusal ceza kanunlarının uygulanmasından kaynaklı devletlerarasında meydana gelen ihtilafları belirleyen kurallar da bu disiplinin konusunu oluşturur.²³

Uluslararası ceza mahkemeleri, uluslararası hukukun gereksinimlerine ve özgünlüğüne uygun olacak şekilde ulusal ceza hukuklarından esinlenmişlerdir. Ancak uluslararası hukukta cezai sorumluluk biçimlerinde karmaşık bir yapı mevcut olup dile getirilen en temel endişe, suçların fiziksel olarak işlenmesinden uzak duran yüksek rütbeli faillerin yargılanmasını sağlayan etkili yasal araçların sağlanamamasıdır.²⁴

Uluslararası ceza hukuku, ulusal ceza hukuklarından ayrı ve farklı karakterde bir hukuk sistemi olup ceza sorumluluğu bakımından kendine özgü prensipleri olan bir disiplindir.²⁵ Uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluş belgelerinde suça iştirakin görünüş şekilleri bu prensipler çerçevesinde şekillenmiştir.²⁶ Ceza hukukunda

21 M Yasin Aslan, 'Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu' (2007) TBB Dergisi 239, 239, 240.

22 Uluslararası suçlar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ya da sözleşmeler ile yasaklanmış fiilleri ifade eder. Kavram hakkında bkz Olgun Değirmenci, 'Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emri İfa Sorumluluğu' (2012) 10 Legal Hukuk Dergisi 60.

23 Aydın (n 20) 134. Uluslararası ceza hukukunun tanımı ve bu disipline ilişkin yaklaşımlar hakkında bkz Değirmenci (n 22) 59.

24 Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law (A Comparative Law Analysis)* (1 edn, Springer Verlag 2014) 159, 160.

25 Uluslararası ceza hukukunda "şahsi-kollektif karma bir sorumluluğun (*a mixed system of individual-collective responsibility*)" geliştirilmesi amacıyla bir kişi tarafından işlenen suçlardan kaynaklanan şahsi ceza sorumluluğunun bu hukuk disiplininin ihtiyaçları nispetinde kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz Kai Ambos, 'Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility' (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 159, 183.

26 Robert Cryer and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn, Cambridge University Press 2010) 377–378. Örneğin, emretmek (*ordering*) bağımsız bir iştirak formu olarak düzenlenmiştir. Esasen uluslararası suçların çoğu birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi ile işlenirken, bu suçların otorite sahibi bir kimsenin emri ile işlenmesi daha sık karşılaşılan bir durumdur. Uluslararası ceza hukukunda hemen hemen her suç bir emir çerçevesinde işlenir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) *Blaskić* ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (RUCM) *Akayesu* kararlarında emreden kişi, "suç işlemeye bir başkasını ikna etmek üzere otorite sahibi olduğu mevkiini kullanan kişi" olarak ifade edilmiştir. Bkz *Prosecutor v Tihomir Blaškić* (Judgment) ICTY-95-14, T Ch I (3 March 2000), para 601 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2000/en/19490>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024); *Prosecutor v Jean Paul Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4, T Ch I (2 September 1998), para 483 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ict/1998/en/19275>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024) [*Akayesu Case 2 September 1998*].

kabul edilen suçta iştirakin görünüş şekilleri uluslararası ceza hukukunda “şahsi ceza sorumluluğunu doğuran davranış türleri” veya “şahsi ceza sorumluluğu türleri (*modalities of individual criminal responsibility*)”²⁷ şeklinde ifade edilmiştir.²⁸ Ceza hukukunda iştiraktan doğan sorumluluğa ilişkin esasların, uluslararası ceza hukukunda karşılaştırmalı olarak önemli rol oynadığını belirtmek gerekir.²⁹

2. Genel Olarak Suça İştirak

Ulusal ceza hukuklarının aksine uluslararası ceza hukukunda haksızlığı işleyen asıl sorumlu kişi çoğu zaman suç tipinin objektif unsurlarını gerçekleştiren fail değil, bu haksızlığın işlenmesine neden olan arka plandaki üst düzey yöneticiler ve komutanlardır.³⁰ Bu yüzden suça iştirakin esasları, uluslararası ceza hukukunda bu kişilerin ceza sorumluluğuna yönelik farklılaşma göstermiştir. Örneğin, ulusal ceza hukuklarında haksızlığın gerçekleşmesine yardım eden olarak suça katkı sunan bir kimse, uluslararası ceza hukukunda fail sıfatıyla sorumlu tutulabilir.³¹ Bu farklılaşma temelinde geliştirilen ilkeler büyük önem arz etmektedir.³²

Arka planda duran ve fakat haksızlığın gerçekleşmesinde önemli bir rol oynayan bahsi geçen sığa sahip kişilerin ceza hukuku bakımından hakkaniyetli bir şekilde sorumlu tutulabilmesi için planlama, komplo, müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu gibi uluslararası ceza hukukunda önemli kurumlara yer verilmiştir. Uluslararası ceza hukukunda ulusal ceza hukuklarında kabul edilen faillik, azmettirme ve yardım etme gibi iştirakin görünüş şekilleri de kabul edilmiştir.³³ Dolayısıyla ulusal ceza hukukları ve uluslararası ceza hukukunda kabul edilen iştirakin görünüş şekilleri bakımından hem farklılıklar hem de benzerlikler bulunmaktadır.³⁴

27 Marchuk (n 24) 160; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 50. Uluslararası *ad hoc* mahkemelerin statülerinde “suçu planlayan, azmettiren, emreden, işleyen ve planlamaya maddi/manevi yardım eden, hazırlayan veya icra edenin suçtan şahsi olarak sorumlu olacağı” ifade edilmiştir. Bkz EYUCM Statüsü md 6 (1); RUCM Statüsü md 7 (1). Bkz The Statute of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia, UN Doc S/RES/808 (1993). EYUCM’nin statüsü için bkz <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023; The Statute of the International Tribunal for Rwanda UN Doc S/RES/955 (1994). RUCM’nin statüsü için bkz <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

28 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 505, 506.

29 Cryer and others (n 26) 361.

30 Uluslararası suçların daha çok devletin üst düzey ve ordu yetkilileri tarafından işlenmesi bu suçların yapısında mevcut olan bir özelliktir. Bu suçların failleri, yaşadıkları ülkelerde sahip oldukları güce güvenerek “nasıl olsa beni burada kimse cezalandıramaz.” düşüncesiyle hareket edebilirler. İşte uluslararası nitelikte daimi ve bağımsız bir mahkemenin varlığı, faillerdeki bu düşüncenin önemli ölçüde önüne geçebilecektir. Bkz Hakan Karakehya, ‘Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk’ (2008) 57 AÜHFD 133, 142 dn 33. Uluslararası suçların niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz Aydın (n 20) 136–145.

31 Cryer and others (n 26) 361, dn 2.

32 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 507.

33 ibid 507.

34 Cryer and others (n 26) 362.

Görüldüğü üzere uluslararası ceza hukukunda suça iştirak öğretisi bakımından birçok kurum kabul edilmiştir. Ancak bu durum, çoğu zaman bir karışıklığa da yola açabilmektedir. Bunun önüne geçmek adına sanığın ceza, sorumluluğunu tespit etme bakımından uluslararası mahkemelerin “sanık için en uygun sorumluluk şeklini takdir etme” yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, EYUCM'nin İlk Derece Dairesi'nin 15.3.2002 tarihli *Krnojelac* ve 31.7.2003 tarihli *Stakic* kararlarında sanığın işlediği suçu “en iyi nitelendiren sorumluluk türü” esas alınarak mahkûmiyet kararının verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁵

Tarihsel olarak bakıldığında tekçi iştirak sisteminin kabul edildiği uluslararası ceza hukukunda, Roma Statüsüyle, artık bireysel ceza sorumluluğunun ağırlığını esas alan ve iştirak şekilleri arasındaki farklılığa dayalı ikici iştirak sistemine bir kayış (eğilim) yaşanmıştır. Böylece uluslararası ceza hukukunda iştirak bakımından normatif bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.³⁶

3. Suça İştirakin Görünüş Şekilleri

Uluslararası ceza hukukunda, suça iştirakte faillik (*perpetration*), yardım etme (*aiding and abetting*)³⁷ ve müşterek suç girişimi (*joint criminal enterprise*) şeklinde üçlü bir ayırım kabul edilir. Bu ayırmada ilk ikisi ulusal ceza hukuklarında kabul edilirken, müşterek suç girişimi uluslararası ceza hukukuna özgü ve içtihatlarda ortaya çıkan bir kurumdur. Ne Kıta Avrupası ne de Anglosakson hukuk sisteminde bu kurumun karşılığı bulunmaktadır.³⁸

Uluslararası ceza hukukunda, suçun işlenmesini tasarlamak şeklindeki hazırlık hareketlerinin (planlamanın) başlı başına ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği meselesi tartışılmıştır.³⁹ Statü'de kabul edilmeyen ve fakat önceki

35 *Prosecutor v Milorad Krnojelac* (Judgement) ICTY IT-97-25-T, T Ch II (15 March 2002), para 173 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2002/en/19276>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024. *Prosecutor v Milimir Stakic* (Judgement) ICTY IT-97-24-T, T Ch II (31 July 2003), para 463 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2003/en/40192>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaranlar ibid; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 507; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 56 dn 307.

36 Gal (n 11) 18–19.

37 Manuel J Ventura, ‘Aiding and Abetting’, *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 173–174.

38 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 507.

39 ibid 516. Savaş saldırısını planlama ve hazırlama, Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (NUACM) Statüsü md 6 (a) ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (TUACM) Statüsü md 5 (a) hükmünde cezalandırılmıştı. Her iki statüde de asıl suçlardan herhangi birisini işlemek için müşterek bir plana iştirak eden liderlerin, yönetenlerin, azmettirenlerin, suç ortaklarının ve planın gerçekleşmesinde suçu işleyenlerin her birinin işlenen suçtan sorumlu olacağı düzenlenmişti. Ancak bu sorumluluk, barışa karşı suçlarla sınırlandırılmıştı. Bkz Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945, 82 UNTS 279. NUACM Statüsü için bkz <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945/article-6b>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023; International Military Tribunals for the Far East Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946, TIAS No. 1589. TUACM Statüsü için bkz <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023. EYUCM Statüsü md 7 (1) ve aynı şekilde RUCM Statüsü md 6 (1) hükümleri çerçevesinde uluslararası bir suçun işlenmesine ve planlamasına maddi ve manevi yardım etme cezalandırılmıştır. Yardım etme ikincil dereceden bir sorumluluk şekli olduğundan, asıl suçun işlenmesi veya teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Bu hükümlere göre, planlamak temel bir suçtur. Plan yapmak ve hazırlık yapmak yeterlidir. Planlanan ve hazırlanan suçun işlenmesi gerekmemektedir. Bkz Cryer and others (n 26) 382.

uluslararası ceza mahkemelerinin kurucu belgelerinde (statülerinde) ve içtihatlarında kendisine yer bulan bir iştirak şekli de planlamadır (*planing*)⁴⁰.

Uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarında planlama, Anglosakson hukuk sisteminde kabul edilen tamamlanmamış bir suç (*inchoate crime*)⁴¹ şekli olarak değil, planlanan suçun işlenmesi durumunda sorumluluğun doğduğu bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir.⁴²

Ad hoc (özel/hususi) mahkemelerinin içtihatlarında planlama tamamlanmamış bir suç olmaktan ziyade asıl suç yani plan konusu suç işlendiğinde iştirak sorumluluğunun doğduğu bağımsız bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir. Bir planlayıcı veya üzerinde anlaşma yapılan bir suçun faili, planlama faillik sorumluluğunun daha güçlü bir şekilde emildiği için nihayetinde suçu işlemekten dolayı sorumlu olur. Fail işlenen suçtan sorumlu tutulursa suçun planlanmasından ayrıca cezalandırılmaz.⁴³ Ayrıca içtihatlarda bir suçu işlemek üzere yapılan planlama, başlı başına cezalandırılmaya layık bir fiil olarak görülmemiş ve cezalandırılabilirlik için asıl suçun icrasına başlanması (en az teşebbüs aşamasında kalması) gerektiği kabul edilmiştir.⁴⁴

Bir veya birkaç kişinin hazırlık ve icra aşamalarında suçun işlenmesinin tasarlaması şeklinde tanımlanabilen planlama; Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suç grubunda kabul edilen *conspiracy*'nin ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde iştirak teorisinin özelliklerini taşır.

Muhtevalarında farklılıklar olmakla birlikte, Türk ceza hukukunda, faillik şekilleri olan doğrudan, müşterek⁴⁵ ve dolaylı faillik uluslararası ceza hukukunda da kabul edilmektedir. Örneğin, uluslararası ceza hukukuna özgü kabul edilen müşterek suç girişimine katkı sunmak faillik kapsamında mütalaa edilmektedir. Ancak böyle bir oluşuma katkı sunan bir kimsenin hukukumuzda şerik olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.⁴⁶

40 Yapılan planın, işlenecek suçta önemli bir katkı sunması bir etken olmalıdır. Bu çerçevede planlama iki şekilde gerçekleştirilebilir: “Planın icrası suretiyle bir suçun işlenmesi kastıyla suç teşkil eden bir davranışın tasarlanması (*to design a criminal conduct*)” ve “icrai veya ihmali davranışın gerçekleştirilmesi suretiyle bir suçun işlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu bilerek söz konusu davranışı tasarlamak (*substantial likelihood*)”. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 516.

41 Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suç için kullanılan *inchoate* kavramı “henüz başlamış”, “gelişmemiş/olgunlaşmamış”, “tamamlanmamış”, erken/önceki/ön aşama” gibi anlamlara gelir. Teşebbüs, suç anlaşması ve azmettirme suçu olmak üzere üç tip tamamlanmamış suç kabul edilmektedir. Bkz Tokdemir (n 3) 343–344.

42 Bkz aktaran Marchuk (n 24) 223–224. Planlamanın objektif ve sübjektif unsurları hakkında bkz ibid 225; Cryer and others (n 26) 382. Planlama ve suç anlaşması arasındaki farklar için bkz Jérôme De Hemptinne, ‘Conspiracy’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 372.

43 Marchuk (n 24) 223–224. Planlamanın azmettirme ile farkı hakkında detaylı bilgi için bkz Jérôme De Hemptinne, ‘Planning’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 358.

44 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517.

45 EYUCM, müşterek faillliği kendi içtihatlarıyla uyumlu görmemiş, örfi hukukta bunun yeri olmadığından hareketle kurumu reddetmiş ve onun yerine müşterek suç girişimi (*joint criminal enterprise*) kurumunu kabul etmiştir. Bkz ibid 509.

46 ibid 508–509.

Uluslararası ceza hukukunda faillik için *perpetration* ve *commission*⁴⁷ kavramları kullanılır.⁴⁸ Faillik, tipik haksızlığın bir kimse tarafından tek başına, başka kişilerle veya bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlenmesi şeklinde ortaya çıkan bir iştirak şeklidir. Diğer unsurların (garantörlük⁴⁹ ve subjektif unsurlar) oluşması şartıyla ihmali davranışla faillik de kabul edilmektedir.⁵⁰ Özellikle işlenen fiilleri engelleme yükümlülüğü olan kişilerin hareketsiz kalmaları ve suçun işlenmesini engellemeye yönelik önlemleri almamaları durumunda (icrai bir suç) ihmali iştirak gündeme gelebilir.⁵¹

Uluslararası ceza hukukunda şeriklik türleri ve muhtevası Türk ceza hukukunda şeriklik türleri olarak kabul edilen azmettirme ve yardım etmeden farklılık arz etmektedir. Türk ceza hukukunda faillik teşkil etmeyen ve şeriklik şekli olarak da kabul edilmeyen müşterek suç girişimi gibi iştirake ilişkin bazı kurumlar kabul edilmiştir.⁵²

II. Roma Statüsü'nde Suça İştirak

A. Genel Olarak

UCM'nin “kurucu belgesi”⁵³ olan Roma Statüsü, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Statü birçok devletin katıldığı konferansta kabul edilmiştir.⁵⁴ UCM; uluslararası ceza hukuku çerçevesinde oluşturulmuş, devlet sorumluları tarafından işlenen en ağır suçlar olan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturma yapmak gayesi⁵⁵ ile uluslararası toplum tarafından kurulan “*daimi*” ve “*bağımsız*”⁵⁶ bir mahkemedir.⁵⁷ Roma Statüsü;

47 Gal (n 11) 17 vd.

48 Cryer and others (n 26) 361. Her iki kavram eş anlamlı olarak kullanılır. Bkz Gal (n 11) 17 vd. Ulusal ceza hukuklarındaki iştirak şekillerinin uluslararası ceza hukukuna istenilen şekilde aktarılmadığı hakkında bkz Marchuk (n 24) 220.

49 Robert Roth, ‘Improper Omission’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 62.

50 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 508.

51 Köksal Bayraktar, Vesile Sonay Evik and Gülşah Kurt, *Özel Ceza Hukuku: Uluslararası Suçlar (Cilt 1)* (1 bs, On İki Levha Yayıncılık 2016) 60.

52 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 511.

53 Karakehya, “ulusal hukuklarla bir benzetmeye tabi tutulursa, ulusal hukukta anayasa ne ise, UCM bakımından da Statü biraz daha ayrıntılı olmak kaydıyla aynı şeyi ifade etmektedir.” ifadeleriyle Statü’yü anayasal nitelikte bir belge olarak vasıflandırmaktadır. Bkz Karakehya (n 30) 146.

54 ibid 133. Statü’nün, uluslararası hukukta çok taraflı anlaşma yöntemlerinden biri olup uluslararası konferans çerçevesinde teşekkül eden bir belge olduğu söylenebilir. Bkz Pazarıcı (n 20) 125.

55 UCM’nin kuruluş amaçları şu şekilde sıralanmıştır: “Dünya üzerinde hala sürmekte olan çatışmalara son vermek”, “uluslararası barışı ve adaleti sağlamak, sonraki süreçte ise bunu korumak”, “uluslararası toplumun vicdanını yaralayan suç faillerinin cezasız kalmasına son vermek”, “gelecekte suç işleyecek potansiyel suçluları caydırmak”, *ad hoc* mahkemelerin eksikliklerine çözüm oluşturmak”, “ulusal mercileri harekete geçirmeye zorlamak”. Bkz Karakehya (n 30) 142–143. Ayrıca bkz Cengiz Başak, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar* (1 bs, Turhan Kitapevi 2003) 53.

56 Başak (n 55) 55.

57 Roma Statüsü Başlangıç Bölümü (*Preamble*); Günal Kurşun, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi* (1 bs, İnsan Hakları Gündemi Derneği 2011) 5. Eser için bkz <https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf> Erişim Tarihi 13 Mart 2023. UCM’nin kuruluşunun tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz Karakehya (n 30) 136–141.

uluslararası suçları soruşturan ve kovuşturan yargısal nitelikte yeni bir kurum kurmamış, aynı zamanda uluslararası ceza hukukuna yeni bir düzenleme (tüzük, statü) kazandırmıştır.⁵⁸ Bununla birlikte Statü, dogmatik olarak uluslararası model ceza ve ceza muhakemesinden tamamen artırılmış bir düzenleme değildir. Yine de düzenlemeyi, çok sayıda devletin ceza adaleti sistemlerini Roma'daki her delegasyon için aşağı yukarı kabul edilebilir olan tek bir yasal araçta birleştirme çabası olarak görmek mümkündür.⁵⁹

Uluslararası ceza hukukunda bir suç ortağının katkısını doğru nitelendirmek için çeşitli iştirak şekilleri kabul edilmiş ve uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarında kullanılarak yorumlanmıştır. *Ad hoc* mahkemelerin uygulaması, suça iştiraktan doğan sorumluluk hususunda genellikle tekdüze bir seyir izlemiş olsa da Statü'de yenilikçi hükümlere yer verildiğini söylemek mümkündür.⁶⁰

Türkiye'nin⁶¹ imzalamadığı ve onaylamadığı Roma Statüsü'nde, UCM'nin sadece gerçek kişiler üzerinde yargılama yetkisine sahip olduğu açıkça ifade edilmiş ve şahsi ceza sorumluluğu kabul edilmiştir. Statü md 25 (2)'ye göre mahkemenin yargı yetkisi (*jurisdiction*)⁶² kapsamında kabul edilen bir suçu işleyen kişi, Statü'ye uygun olarak cezalandırılırken işlediği suç nedeniyle şahsen sorumludur.⁶³ Mahkemenin yargı yetkisi kapsamındaki suçları işleyenler, Statü'nün öngördüğü hürriyeti bağlayıcı cezalara veya kabul edilen diğer ceza ve tazminatlar şahsi olarak katlanacaklardır. Mahkeme tarafından hükmedilen cezalar, devletin ilgili fiillerden kaynaklı uluslararası hukuktaki sorumluluklarını kaldırmaz ve Statü'nün hiçbir hükmü bu şekilde yorumlanamaz.⁶⁴

Suçta iştirake ilişkin esaslar, "Kişisel Ceza Sorumluluğu" başlıklı Statü'nün 25. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir.⁶⁵ Statü'ye göre iştirak bakımından kişisel ceza sorumluluğu kapsamındaki fiiller; işlenmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış herhangi bir suçu tek başına veya müştereken ya da bir başkasının yardımı ile işlemek, işlenmesini teşvik etmek, ikna veya emretmek, işlenmesine yardım etmek, yataklık

58 Cryer and others (n 26) 299.

59 Kai Ambos, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute' (1999) 10 Criminal Law Forum 1, 1.

60 Marchuk (n 24) 223.

61 Türkiye her ne kadar şu an itibarıyla Roma Statüsü'ne taraf olmasa da Avrupa Birliği'ne katılma hedefi ve bu birliğin üyesi olan devletlerin Statüye taraf olduğu göz önünde bulundurulduğunda ilerleyen zamanlarda taraf olmasının sürpriz olmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinde "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükle hariç olmak üzere vatanadaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*" şeklindeki hüküm de bunun işaretlerindedir. 1982 Anayasası, Kanun Num 2709, Kabul Tarihi 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863. Bkz <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2024. Karakehya (n 30) 141. Aynı yönde düzenleme 23.4.2016 tarih ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu md 11 (1) (a) bendinde yapılmıştır. Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu, Kanun Num 6706, Kabul Tarihi 23.04.2016, RG 5.5.2016/29703 <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6706.pdf>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

62 Mahkeme'nin yargılama yetkisine ilişkin devlet egemenliği (*sovereignty*) odaklı eleştirel hukuki bir inceleme için bkz Sercan Tokdemir, 'The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute' (2023) 13 Hacettepe HFD 107, 107 vd.

63 Roma Statüsü md 25 (1), (2). Ayrıca bkz Ambos (n 59) 2, 7.

64 Aslan (n 21) 243, 244.

65 Kişisel ceza sorumluluğuna ilişkin genel prensipler için bkz Ambos (n 59) 2 vd.

yapmak, kolaylaştırmak, araç temin etmek, müşterek bir amaç kapsamında bir grubun işlediği bir suça herhangi bir surette katkı sağlamak, soykırımı açık ve doğrudan kışkırtmak fiilleridir.⁶⁶ Bu şekilde mezkûr maddede ceza sorumluluğunu genişleten hükümlere yer verildiği ileri sürülmüştür.⁶⁷

B. Suça İştirakin Görünüş Şekilleri

Statü md 25'te "faillik" ve "suça iştirakin diğer şekilleri" şeklinde bir ayırımla ikici iştirak sistemi benimsenmiştir. Bu şekilde faillik ve şeriklik ayırımı kabul edilmiştir.⁶⁸

Statü'de suçun işlenmesinden sonra işlenen iştirak fiilleri cezalandırılmamıştır. Fakat suçun tamamlanmasından sonraki iştirak fiilleri, müşterek anlaşma kapsamında ise iştirak kapsamında cezalandırılabilir. Aksi halde bu hareketler, ancak müstakil bir suç (yardım ve yataklık suçu gibi) olarak düzenlenmişse cezalandırılabilir.⁶⁹

Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamında kabul edilen suçlara herhangi bir şekilde iştirak eden bir kimse, diğer iştirakçilerin sorumluluğu göz önünde bulundurulmaksızın sadece suçun işlenmesine olan katkısı kadar sorumlu tutulabilir. Statü'de açıkça düzenlenmemiş olsa bile bu husus, kusurluluk ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerinin bir sonucudur. Bu durumda, suça iştirak eden her bir kimsenin sorumluluğu suça olan gerçek katkısı temelinde bireysel olarak belirlenmelidir. Böylece şerik, suça olan kendi katkısından sorumludur ve bu katkısı suçun kendisine isnat edilmesini ve kusurluluğunu belirler.⁷⁰

1. Faillik (*Commission*)

Roma Statüsü'nde faillik *commission* kavramı ile ifade edilmiştir.⁷¹ *Commission* kavramı, bir suçu işlemek, irtikâp etmek olarak tanımlanır.⁷² Statü md 25 (3) (a) bendinde üç faillik türü kabul edilmiştir.⁷³ Faillik tek başına (*as an individual*), başkasıyla birlikte (*jointly with another*) veya başkasını araç kullanmak suretiyle (*through another person*) tipik fiilin işlenmesi şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁴ Diğer bir ifadeyle faillik, suça fail olarak iştirakin farklı görünüş şekillerini ihtiva eden bir

66 Aslan (n 21) 243, 244. Kişisel ceza sorumluluğunun objektif ve sübjektif unsurları için bkz Ambos (n 59) 6 vd.

67 Ambos (n 59) 7.

68 ibid 8 vd.

69 ibid 11.

70 ibid 11–12. TCK md 40 (1)'de suça iştiraktan sorumluluk için kasten ve hukuka aykırı fiilin varlığı yeterli görülmüş; suçun işlenişine iştirak eden her kişinin, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Böylelikle kusur yargısı bağhık kuralının haricinde tutulmuş ve cezazsıllık nedeni kendisinde bulunan kişi dışındaki suç ortaklarının sorumluluğunun devam ettiği vurgulanmak istenmiştir.

71 Cryer and others (n 26) 362. Statü'de kabul edilen faillik kategorileri hakkında daha fazla bilgi için bkz William A Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (4th edn, Cambridge University Press 2011) 227.

72 Gal (n 11) 19.

73 ibid 20.

74 Roma Statüsü md 25 (3) (a); Cryer and others (n 26) 363; Gal (n 11) 21.

kavram olarak kullanılmıştır.⁷⁵ Statü’de düzenlenmese de Türk ceza hukukunda kabul edilen ve fakat kanunda düzenlenmeyen yan yana failliğin de faillik kategorisinde mütalaa edilmesi gerekir.⁷⁶ Türk ceza hukukunda kabul edilen doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik Statü’de kabul edilmiştir.⁷⁷

a. Doğrudan Faillik (*Commission as An Individual*)

Statü md 25 (3) (a) bendi kapsamında doğrudan yani müstakil faillik (*direct/singular*⁷⁸ *perpetration/commission*)⁷⁹ kabul edilmiştir. Doğrudan faillik, tipik fiilin bir kimse tarafından tek başına yani bireysel olarak işlenmesi şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁰ Doğrudan fail, suçun (kanuni) tanımındaki fiili/failleri bizzat işleyen kişidir. Daha doğrusu suçun tanımındaki fail unsuruna uyan kişidir.⁸¹

Ambos’a göre, doğrudan faillik için madde metninde kullanılan *as an individual* ifadesi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin tekrarı anlamına gelmektedir. Ayrıca bu ifade, bir kimsenin kendi fiilinden dolayı sorumluluğunun önemini yeterince vurgulamamaktadır.⁸²

Türk Ceza Kanunu (TCK)⁸³ md 37 (1)’de düzenlenen doğrudan faillığe ilişkin esasların Statü için de geçerli olduğu söylenebilir. Doğrudan fail, hukukumuzda suçun objektif ve sübjektif bütün unsurlarını tek başına gerçekleştiren kişi olarak tanımlanır.⁸⁴

b. Müşterek Faillik (*Jointly Commission/Co-perpetration*)

Statü’de müşterek faillik (*co-perpetration*⁸⁵) suçun bir başkasıyla müştereken işlenmesi (*jointly with another*) şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁶

75 Gal (n 11) 17.

76 Birlikte hareket planı olmadan tipik neticenin gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu yan yana failliğin Alman Ceza Kanunu’nda (ACK) da düzenlenmediği hakkında bkz Elvan Keçelioğlu, ‘Alman Ceza Hukukunda Faillik’ (2006) TBB Dergisi 73, 86.

77 Statü’de düzenlenen suçların Türk ceza hukuku dikkate alındığında iştirak bakımından bir özellik arz etmediği hakkında bkz Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2022) 73; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 74, 89.

78 Terje Einarsen and Joseph Rikhof, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes Terje Einarsen/Joseph Rikhof* (1. edn, Torkel Opsahl Academic EPublisher 2018) 615 vd.

79 Doğrudan failliğin objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz Gal (n 11) 23–25.

80 Detaylı bilgi için bkz ibid 17 vd.

81 ibid 19, 20, 24.

82 *Ambos* (n 59) 8.

83 Türk Ceza Kanunu, Kanun Num 5237, Kabul Tarihi 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

84 Koca and Üzülmöz (n 5) 454.

85 Cryer and others (n 26) 363; Schabas (n 71) 227; Elies Van Sliedregt and Lachezar Yanev, ‘Co-Perpetration Based on Joint Control over the Crime’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 85.

86 Statü md 25 (3) (a). Müşterek failliğin müşterek suç girişimi, yardım etme ve suç anlaşması ile karşılaştırılması ve aralarındaki farklar hakkında detaylı bilgi için bkz Van Sliedregt and Yanev (n 85) 90–94.

Uluslararası ceza hukukunda müşterek faillik için kullanılan *co-perpetration* kavramının dar bir anlamı vardır ve sadece tipik hareketleri birlikte gerçekleştiren kişileri ifade eder. Tipik fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran ve fakat fiili bizzat işlememesine rağmen müşterek fail olabilen bir kimse hukukumuzda müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirken, uluslararası ceza hukuku bakımından müşterek faillik kapsamında sorumlu tutulamaz. Ancak ulusal ceza hukuklarında olmayan müşterek suç girişimi sorumluluğu uluslararası ceza hukuku bakımından *co-perpetration* kavramı kapsamında kabul edilir.⁸⁷

Joint commision with another ifadesi dikkate alındığında müşterek faillik bakımından Statü'de hukukumuzdaki esaslara benzer bir anlayışın benimsendiği söylenebilir.⁸⁸ Türk ve Alman ceza hukukunda müşterek faillik için kullanılan fiil üzerinde egemenlik kurma (fiil hâkimiyeti) ölçütü, Ön Soruşturma Dairesi'nin *Lubanga* davasına ilişkin verdiği iddianamenin onaylanmasına dair 29.1.2007 tarihli kararında olduğu gibi UCM'nin ilk içtihatlarında⁸⁹ yer almıştır.⁹⁰

UCM'nin ilk mahkûmiyet kararı olan *Lubanga* kararı müşterek faillğe dayandırılmıştır. Kararda müşterek faillğin sübjektif ve objektif unsurları tespit edilerek kurumun uygulanma koşulları ortaya konulmuştur. Mezkûr kararda müşterek faillğin objektif ve sübjektif unsurları tespit edilmiştir.⁹¹

Müşterek faillerin her birinin fiilinin UCM'nin yargı yetkisi kapsamında düzenlenen her bir suçun sübjektif unsurlarını karşılaması gerekir. Müşterek failler, müşterek iradeyle uygulayacakları suç planının suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle neticeleneceğinin bilincinde olmalı ve bu planı kabul etmelidirler. Diğer bir ifadeyle, suçu işleme yönündeki isteklerini ortaya koymalıdır. Müşterek faillik, müşterek faillerin müşterek suç planının suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle neticeleneceğinin müştereken bilincinde olmalarını ve suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesi için belirli bir kastla müşterek faillik kapsamındaki fiilleri üstlenmelerini veya olayların olağan akışı içerisinde bu fiillerin suçun objektif unsurlarının gerçekleşmesiyle neticeleneceğinin bilincinde olmalarını gerektirir. Son olarak müşterek faillerin her birisinin suç üzerinde müşterek olarak kendi kontrolünü sağlayan koşulların bilincinde olmaları gerekir.⁹²

87 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 508.

88 ibid 508.

89 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, Pre-T Ch I (29 January 2007), para 330 vd. Ayrıca bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 365; Gal (n 11) 24; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 89.

90 Bkz aktaranlar Gal (n 11) 24; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 508–509. Daha fazla bilgi için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 382–384, 613–614, 652.

91 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgement) ICC-01/04-01/06, T Ch I (14 March 2012), para 994. Ayrıca bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 365; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 95 vd.

92 Cryer and others (n 26) 367. Sübjektif unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz Van Sliedregt and Yanev (n 85) 98–100.

Netice itibariyle, müşterek faillerin her birisinin suçu işlemeyi istemesi veya müşterek suç planının uygulanmasıyla neticenin olayların olağan akışı içerisinde gerçekleşebileceğinin bilincinde olmaları gerekir. Ayrıca her bir müşterek failin, müşterek suç planının uygulanması açısından suçun icrasına esaslı bir katkı sunduğunu bilmesi gerekir.⁹³

Müşterek failer arasında suçun işlenmesine ilişkin açık veya örtülü bir anlaşmanın veya suça ilişkin müşterek bir suç planının olması gerekir.⁹⁴ Bu anlaşma veya plan, suçun her bir müşterek faile müşterek olarak isnat edilmesini ve bu şekilde her birinin işlenen fiilden sorumlu olmasını sağlar. Statü md 25 (3) (a) bendinin metninde kullanılan *that other person* ifadesinin müşterek failliğin yanlış anlamlandırılmasına yol açacağı ve bundan hareketle kurumun bağımsız madde ile düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁵

Müşterek anlaşma veya suç planının olayların olağan akışı içerisinde suçun işlenmesiyle neticelenmesi gerekir. Suçun işlenmesiyle neticelenen müşterek suç planına her bir müşterek failin “önemli katkı (*essential contribution*)” gerçekleştirmesi gerekir.⁹⁶ Önemli katkının Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetin tesisini sağlayacak derecede esaslı bir katkı olarak anlaşılması gerekir. Katkının suçun işlenmesiyle hem zaman olması gerekmektedir, yani suçun icrasından önceki aşamada da bu şekilde bir katkının sunulması mümkündür. Bunun yanında müşterek faillerin hepsinin suç mahallinde bizzat bulunması da gerekmektedir.⁹⁷

c. Dolaylı Faillik (*Commision Through Another Person*)

Dolaylı faillik, Statü’de başkasını araç kullanmak suretiyle (*through another person*) tipik fiilin işlenmesi şeklinde ifade edilmiştir (md 25 (3) (a) bendi). Dolaylı faillikte işlediği fiilin ne anlama geldiğini anlamayan, yani fiilinin sonuçlarını idrak edemeyen bir kimsenin suçta kullanılmasında olduğu gibi kusur yeteneği olmayan bir kimsenin suçta araç olarak kullanılması söz konusudur. Bu şekilde ne yaptığının farkında olmayan bir kimseyi suçta araç olarak kullanan kişinin suçu işlediği kabul edilir. Ceza sorumluluğu olmayan bir çocuğu veya akli yetenekleri tam olmayan bir kimseyi suçta araç olarak kullanan kişi birinci dereceden fail (*principal*) olarak sorumlu olur.⁹⁸

93 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509.

94 Ambos (n 59) 9; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 95–96.

95 Ambos (n 59) 9.

96 Cryer and others (n 26) 366; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 97.

97 Cryer and others (n 26) 366; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (1st edn, Hart Publishing 2009) 156–157; Keiler Johannes and David Roef, ‘Forms of Participation’, *Comparative Concepts of Criminal Law*, (203–234), *United Kingdom 2016*. (2nd edn., Intersentia 2016) 243–244; Keiler (n 12) 155.

98 Cryer and others (n 26) 364.

Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi suçun maddi unsurunu gerçekleştiren kişinin (aracının) iradesi üzerinde hâkimiyet tesis eder ve onu suçta bir araç olarak kullanır.⁹⁹ Madde metninde failin sorumlu olup olmayacağına önemli bir husus olmadığı hususuna yer verilmiştir. Dolaylı faillikte suçta kullanılan kişi kural olarak sorumlu değildir. Bir başkası vasıtasıyla veya bir başkasını suçta araç olarak kullanarak suçun işlenmesi bu sonucu zaten vermektedir. Bu yüzden bu hususa ayrıca vurgu yapmak gereksiz olmuştur.¹⁰⁰

UCM'nin içtihatlarında “dolaylı failliğin bir türü”¹⁰¹ olan ve Alman yazar *Roxin* tarafından ortaya konulan “failin arkasındaki fail (*Täter hinter dem Täter/background man*)” kavramı kabul edilmiştir.¹⁰² Doktrinde bu sorumluluk şeklinin, dolaylı faillik ile müşterek failliğin kombinasyonundan oluştuğu ileri sürülmüştür.¹⁰³ EYUCM'nin içtihatlarında ilk zamanlar müşterek failliğin bir alt başlığı olarak kabul edilmişti. Bunun yanında bağımsız bir iştirak şekli olduğu da ileri sürülmüştür.¹⁰⁴

Doğrudan failin ceza sorumluluğunun kabul edildiği hallerde de onu perde arkasından yönlendirmek suretiyle iradesi üzerinde hâkimiyetin tesis edildiği bu durum, Alman ceza hukukundaki *Hinterman (background man)*¹⁰⁵ kavramına benzemektedir.¹⁰⁶ UCM'nin 1 Nolu Ön Soruşturma Dairesi'nin *Katanga and Ngudjolo* davasındaki 30.09.2008 tarihli kararında kabul edilen dolaylı failliğin bu biçiminin en önemli şekli “organizasyon üzerinde hâkimiyet kurma (*Organisationsherrschaft*)”¹⁰⁷ olarak ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu kavram, uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından ilk kez kullanılmıştır.¹⁰⁸ Bu şekilde içtihatlarda dolaylı faillikte sadece bir kişinin araç olarak kullanılması durumunda değil, aynı zamanda bir örgütün aracı olarak kullanılması (*indirect perpetration through an organisation*) durumunda da dolaylı failliğin gündeme gelebileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁹

Roxin tarafından geliştirilen bu kurumun koşullarından biri olan aracı kişinin “ikame edilebilirliği” ölçütüne değinilmemiştir. Ancak uluslararası ceza hukukunda bunun bir ölçüt olabileceği kabul edilmektedir. İkame edilebilir olma ölçütünün zorunlu

99 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 509; Gal (n 11) 22; Bohlander (n 97) 156–157.

100 Ambos (n 59) 8–9.

101 Van Sliedregt and Yanev (n 85) 110.

102 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 510. İştirakin bir görünüş şekli olarak “failin arkasındaki fail” hakkında detaylı bilgi için bkz Muhammed Emre Tulay, *Kriminelle Vereinigungen Im Deutschen Strafrecht Im Vergleich Zum Türkischen Strafrecht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Beteiligungsdogmatik* (1. Aufl, Felix) 117 vd.

103 Van Sliedregt and Yanev (n 85) 110.

104 Bkz ibid 110–111, 114.

105 Ambos (n 59) 8.

106 Cryer and others (n 26) 364.

107 Ambos (n 25) 181; Tulay (n 102) 121 vd; Van Sliedregt and Yanev (n 85) 111.

108 *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo* (Judgement) ICC-01/04-01/07 OA 8, Pre-T Ch I (30 September 2008), para 496, 498. Karar metni için bkz <<https://www.legal-tools.org/doc/67a9ec/pdf>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023. Ayrıca bkz aktaranlar Tezcan, Erdem and Önok (n 18) 510; Van Sliedregt and Yanev (n 83) 111.

109 Einarsen and Rikhof (n 78) 615 vd.

görülmemesinin faydası, daha küçük ve hiyerarşik yapılardaki dolaylı failliğin daha az resmi yapılara da uygulanabilirliğini sağlamaktır.¹¹⁰

UCM, dolaylı faillige ilişkin verdiği kararlarında itaat kurallarının katı olması nedeniyle suçların otomatik olarak işlendiği durumlarda organize ve hiyerarşik bir güç örgütünü aramıştır. Mahkeme, bu özellikte bir örgüt üzerinde kontrol sağlayan ve bu şekilde otomatik itaat aracılığıyla hâkimiyetini tesis eden kişilerin dolaylı failliğini şu şartlarda kabul etmektedir: Öncelikle hiyerarşik olarak organize bir grup veya hiyerarşik bir ilişki olmalıdır. Grup üzerinde hâkimiyetini tesis edenler yani kontrolünü sağlayanlar grubun politikaları ve uygulamaları hakkında söz sahibi olmalıdırlar. Grup veya hiyerarşik yapı üzerinde hâkimiyetini tesis edenler bu özgün rollerinin bilincinde olarak hareket etmelidirler.¹¹¹

Aynı örgüt¹¹² içinde grup veya hiyerarşik yapı üzerinde hâkimiyet kuranlar da kendi aralarında müşterek fail olabilirler. Yani “dolaylı müşterek faillik” (*indirect co-perpetration*) de mümkündür.¹¹³ Bu şekilde UCM’nin içtihatlarında dolaylı faillik kavramı daha geniş yorumlanarak müşterek suç girişimi ve dolaylı faillik kurumunun özelliklerini barındıran “karma bir faillik” şekli kabul edilmiştir.¹¹⁴ Demek ki, bir kimsenin hem dolaylı fail hem de müşterek fail olması mümkündür. Yani dolaylı faillik ile müşterek faillik aynı kişide birleşebilir. Örneğin, birbirinden bağımsız iki örgütün bir suçu müştereken işlediği bir durumda her bir örgüt lideri, üzerinde hâkimiyet tesis ettikleri kişilerin işlediği suçlardan dolaylı fail olarak, suçun müştereken işlenmesi nedeniyle diğer örgüt tarafından işlenen suçlardan müşterek fail olarak sorumlu olur.¹¹⁵

d. Yan Yana Faillik (*Commission Side by Side*)

Birden fazla kişi, birlikte suç işleme kararı olmadan “aynı konu üzerinde aynı suçu aynı anda” işlerse her biri yan yana (doğrudan/müstakil) fail olur. Örneğin

110 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 510.

111 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Decision of the Warrant for Arrest) ICC-01/04-01/06-2-tEN, T Ch I (10 February 2006), para 94-96. Kara için bkz <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_02234.PDF> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaranlar ibid 510–511.

112 Tulay (n 102) 1 vd.

113 Cryer and others (n 26) 367.

114 Dolaylı failliğin genişletilmiş bu formunun maddi ve manevi unsurları hakkında daha fazla bilgi için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 615 vd.

115 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 511.

birbirinden haberi olmayan¹¹⁶ A ve B'nin, ortak düşmanları olan C'yi öldürmek amacıyla kurdukları pusu neticesinde aynı anda ateş etmesi durumunda yan yana faillik ortaya çıkar. Her biri doğrudan fail olur. Müşterek suç işleme kararı olmayan bu kişileri müşterek fail olarak kabul etmek mümkün değildir.¹¹⁷

Ulusal ceza hukuklarında yan yana failliğin kanunlarda ayrıca düzenlenmemesi makul karşılanmaktadır. Suça iştirak eden her bir fail, yalnızca kendi katkısının neden olduğu tipik neticeden sorumlu olur. Burada, bilerek ve isteyerek yapılan ortak bir fiilin varlığından bahsedilemez. Yani bir kimsenin katkısının diğer bir kimseye yükletilmesi mümkün değildir. Şu halde yan faillikte her bir fail, müstakil fail gibi sorumlu olur ve cezalandırılır. Söz konusu durum Türk ve Alman ceza hukuku için de geçerlidir.

Yan yana faillik sadece kasten işlenebilen suçlarda değil taksirle işlenen suçlarda da görülebilir. Hatta yan yana failliğin taksirli suçlarda özel bir ehemmiyeti vardır.¹¹⁸ TCK md 22 (5)'te bu husus, "*birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla taksirli bir suça iştirak eden herkes doğrudan faildir. Ancak taksirli sorumluluk şekli düzenlenmediğinden taksirli suçlarda yan yana faillik Statü bakımından bir özellik arz etmemektedir.

Statü'de yan yana failliğin düzenlenmemesi Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçların bu faillik türünde işlenemeyeceği anlamına gelmez. Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi yan yana faillik doğrudan faillik kapsamında mütalaa edilebilir. Aralarında birlikte suç işleme iradesi olmadığından her birinin sorumluluğu kendi işlediği fiile bakılarak tayin edilir.

116 Birden fazla kişinin birbirinden habersiz olarak aynı anda aynı tipik neticeyi gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsızdır. Ancak bir kimsenin, "birinin hakkında bilgi sahibi olduğu başka bir suç planının kendi amaçları" doğrultusunda kullanması imkân dâhilindedir. Örneğin; A, B'nin kendisini akşam karanlık çöktüğünde öldürmek istediğini bir şekilde öğrenir. A da, aslında L'yi öldürmek ister. Bunun için A, L'yi eve davet eder. L, akşam günbatımında eve geldiğinde B tarafından A zannedilerek öldürülür. Bu olayda, A ve B birlikte hareket etmemişlerdir. Yani müşterek faillikten bahsedilemez. A, B'nin suç planından haberdar olmuştur. Ama B, A'nın bunu öğrendiğini bilmemektedir. Şu halde A ve B müşterek fail olamazlar. Ancak, A'nın dolaylı faillik statüsü tartışılabilir. Çünkü A, B'yi kişide hataya (*error in persona*) düşürmektedir. Durum böyle olsa dahi, hataya dayalı belirli bir hâkimiyet fiili hâkimiyet açısından yeterli değildir. Çünkü fiilin işleniş tarzı ile tüm sorumluluk halen B'dedir. Olayda azmettirmeden de bahsedilemez. Çünkü A'nın B ile bir iletişimi olmamıştır. Ayrıca hâlihazırda B, suç işleme kararını almış durumdadır. Şu halde bu olayda yan yana faillik durumu vardır. A, rakibi olduğunu söylediği K'yı karanlık çöktüğünde öldürmesi için B'yi ikna etseydi ve B, K'yı değil de L'yi öldürseydi; olayda azmettirme söz konusu olurdu. Fiili hâkimiyet olmadığından dolaylı faillik de mümkün olmazdı. Ancak olay şu şekilde olsaydı: B, K'yı öldürmek için karar alıp pusuya yatsaydı, A da kendisine yaklaşan kişinin L olmasına rağmen K olduğunu söyleseydi ve B de K'ya ateş etseydi Alman ceza hukukunda, doktrinde, *Gropp*'a göre burada azmettirme, *Friester*'e göre ise, müşterek faillik olurdu. Bkz aktaran Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019) § 33, Rn 1188. Şahista veya konuda hatanın iştirak türleri bakımından etkisi için bkz Muhammed Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahista Veya Konuda Hata (Error in Persona Vel Obiecto)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2022) 286 vd.

117 Bohlander (n 97) 160–161; Kai Ambos and Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)* (1st edn, Ashgate 2013) 330; Keçelioğlu (n 76) 86.

118 Keçelioğlu (n 76) 86.

2. Şeriklik (*Complicity*)

a. Genel Olarak

Statü’de iştirake ilişkin hükümlerde asli ve fer’i iştirak ayrımı yapılmamıştır. Bu, iştirakte eşitlik sisteminin kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Bu ayrımın yapılmamasının nedeni; cezaların UCM’nin yargı yetkisi kapsamında kabul edilen her bir suç tipine ilişkin maddede değil, genel olarak “Uygulanabilir Cezalar” başlığı altında düzenlenen md 77’de¹¹⁹ belirlenmiş olmasıdır. Statü’de “Cezanın Belirlenmesi” başlığı altında düzenlenen md 78’de¹²⁰ cezaların belirlenmesine ilişkin ölçütler ortaya konulmuştur. Mahkeme, önüne gelen somut olayda md 77 ve md 78 çerçevesinde failin cezasını belirler. Cezanın belirlenmesi noktasında asli ve fer’i iştirak ayrımına yer verilmesi zaten doğru olamazdı. Neticede hâkim, her bir sanığın cezasını mezkûr maddeler çerçevesinde vicdani kanaatine göre verir. Ancak hâkimin, cezanın belirlenmesi aşamasında failin şahsi durumunu, cezanın sanığın kusurluluğu ile orantılı olmasını ve sanığın iştirak derecesini dikkate alması gerekir.¹²¹

Kanuni tarifte tanımlanan ve fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle şerikin sorumluluğu, fail ile kişisel irtibatını sağlayan bağlılık kuralına dayanır. Böylece faillik sıfatını taşımayan kişiler de işlenen haksızlıktan sorumlu olur.¹²² Şerikin sorumluluğunun failin fiiline bağlılığı, şerikin cezalandırılmasının her zaman bir başkasının fiilinin varlığını gerektirir. Diğer bir ifadeyle, şeriklik fiilinin haksızlık muhtevası asıl fiilin haksızlık muhtevasına dayanır.¹²³

Uluslararası ceza hukukunda suça iştirakten dolayı sorumluluğun doğması için suçun işlenmiş olması gerekir. Asıl fiilin işlenmesine bağlılığı ifade eden şeriklik sorumluluğu ikinci dereceden (bağlı) sorumluluk olarak kabul edilmektedir.¹²⁴ Asıl fiilin işlenmesinin aranması suça iştirakte bağlılık kuralının kabul edildiğinin bir ifadesidir. Statü’de emretme ve azmettirmeye ilişkin hüküm (md 25 (3) (b)) ile yardım etmeye ilişkin hükümde (md 25 (3) (c)) “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bağlılık kuralına işaret edilmiştir.

b. Şerikliğin Görünüş Şekilleri

Statü’de “Kişisel Ceza Sorumluluğu” başlığı altında azmettirme ile emretme (md 25 (3) (b)) ve suça yardım etme (md 25 (3) (c)) şerikliğin görünüş şekilleri olarak

119 Roma Statüsü md 77.

120 Roma Statüsü md 78.

121 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 511.

122 Koca and Üzülmöz (n 5) 485; Berrin Akbulut, ‘Bağlılık Kuralı’ (2010) XIV GÜHFD 167, 181–182, 183; Tokdemir (n 3) 54.

123 Heinrich (n 116) § 36, Rn 1278.

124 Marchuk (n 24) 220, 222–223.

düzenlenmiştir.¹²⁵ Statü md 25 (3) (b) bendinde düzenlenen azmettirme ve emretmenin, md 25 (3) (c) bendinde düzenlenen yardım etmeye göre daha yüksek derecede bir sorumluluğu gerektirdiği, yani şerikliğin daha kuvvetli hali olduğu kabul edilmiştir.¹²⁶

Doktrinde hukuki niteliği tartışmalı¹²⁷ olan müşterek suç girişimi (md 25 (3) (d)) ne failliğin ne de şerikliğin bir görünüş şekli olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce müşterek suç girişimi, “iştirak benzeri bir kurum” veya “karma nitelikli bir kurum” olarak nitelendirilebilir. Faillik ve şerikliğe ilişkin teorik esaslar ve yapılacak sistematik bir yorum bizi sonuca götürmektedir. Nitekim bu kurum, Statü'nün faillik ve şerikliğe ilişkin hükümlerinde (md 25 (3) (a), (b), (c) bentleri) değil, bağımsız bir hükümle (md 25 (3) (d) bendi) düzenlenmiştir.

Statü md 28'de belirlenen esaslar çerçevesinde, astın davranışlarını denetlemekle yükümlü olan üstün, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi neticesinde, astın Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki fiilleri işlemekten ne şekilde sorumlu olacağını belirlenmesi gerekir. Astın suçlarını önleme yükümlülüğünü, yani denetim görevini ihmal eden üstün ne doğrudan ne de müşterek fail olabilmesi mümkündür. İhmali azmettirme mümkün olmadığı için üst azmettiren de olamaz. Mezkûr maddede bahsi geçen koşulların gerçekleşmesi durumunda üst, şerik (yardım eden) olarak sorumlu tutulabilir. Konu, ceza hukukunda icrai suçlara ihmali iştiraki de ilgilendirdiğinden kurumun şeriklik başlığı altında değil, bağımsız bir başlık altında incelenmesi daha isabetli olacaktır.

(1) Azmettirme (*Instigation*)

Azmettirme, hiç suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseye fiili işleme kararını aldırmaaktır.¹²⁸ “*Belli bir suç işleme hususunda henüz bir fikri olmayan ve dolayısı ile karar vermemiş bir kişinin başkası tarafından bir suçu işlemeye karar verdirilmesi*” şeklinde tanımlanabilir. Azmettirmeden dolayı ceza sorumluluğunun doğması, failin ilgili suçu işleme konusunda herhangi bir düşüncesinin olmamasını gerektirir. Azmettiren, asıl fiil üzerinde hâkimiyetini kuramamaktadır. Azmettirme, fiil üzerinde

125 Safferling'in bu ayrımı çerçevesinde Statü'de suça şeriklik şekillerinin düzenlenmesi hakkında bkz Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht* (1. Aufl., Springer Verlag 2011) § 5, kn. 82–88. Schabas'a göre, Statü md 25 (3) (b) ve md 25 (3) (c) hükümlerinde laf kalabalığı yapılmıştır. Yazar, bunun nedeninin düzenlemenin taslağını hazırlayanların içtihat hukukunda kullanılan kavramlara aşina olmadığına dayandırmıştır. Statü md 25 (3) (c) bendinde kullanılan *abet* kavramının md 25 (3) (b) bendinde kullanılan kavramları (*order, solicit, induce*) kapsadığını ileri sürmüştür. Bkz Schabas (n 71) 228.

126 Ambos (n 59) 9.

127 Hem doktrinsel hem de ilkesel olarak kurumun dayanağının zayıf olduğu; dolaylı faillik, müşterek faillik ve suç örgütüne üyelik kurumlarının özelliklerini bünyesinde taşıdığı; şeriklik kategorisinde yardım etme kapsamında değerlendirilebilecek bazı cüz'î katkıların bile müşterek suç girişimi sorumluluğunu doğurabileceği ve bu noktada iştirak teorisi bakımından yardım etmenin faillik kapsamında değerlendirilmesinin hakkaniyet ve tutarlılığı açıklamanın tartışmaya açık olduğu; kastın isteme unsuru bakımından kurumun işlevsiz ve gereksiz hale geldiği; kişisel ceza sorumluluğu prensibinden uzaklaşıldığı; sorumluluğun isnat edilmesi bakımından kurumun kapsamının geniş olduğu ve savcının diğer iştirak kategorileri için yeterli delil bulamadığında doğrudan bu kuruma başvurma tehlikesinin olduğu, nihayetinde kurumun ceza hukukunun temel prensipleriyle bağdaştıramayacağı eleştirileri yapılmıştır. Eleştiriler hakkında detaylı bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 170 vd.

128 Ambos and Bock (n 117) 333.

doğrudan hâkimiyet kuran faile suç işlettirmeye yönelik telkin ve ikna faaliyetlerini içeren şeriklik statüsünde bir iştirak şeklindedir.¹²⁹

Azmettirme, failde fiili işleme kararının uyandırılması niteliğinde ve ağırlığında olmalıdır. Diğer bir ifadeyle azmettirme için basit telkin veya tavsiyeler yeterli değildir. Zira azmettirmek failin suçun icra hareketlerine başlamasını sağlayacak derecede yoğun ikna faaliyetinin gerçekleştirilmesini gerektirir. Ancak bu şekilde, bir kimsenin aklından hiç geçirmediği hukuka aykırı fiili işleme yönlendirilmesinden bahsedilebilir.¹³⁰

Azmettirmenin esası, failin iradesinin etkilenmesine dayanır. Diğer bir ifadeyle, azmettirme fiilinin haksızlığı, suçun işlenmesine sebebiyet vermeye dayanan bir haksızlık muhtevasına sahiptir. Bu durumda azmettiren bir başkasının fiiline katılmadan suçun işlenmesinde manevi müsbabip olarak sorumlu olur.¹³¹ Bir kimseyi suça azmettirmekle o kişinin zihninde psikolojik anlamda değişiklik yaşanır ve bu şekilde kişide suç işleme yönündeki istek harekete geçirilmiş olur. Failin harekete geçmesinde ilk ve etken sebep olduğundan azmettiren fail gibi muamelede bulunulur ve Türk ceza hukukunda olduğu gibi “failin fiilinin cezasıyla” cezalandırılır (TCK md 38).¹³²

Failin fiili işleme kararını alması azmettirenin eseri olmalıdır. Azmettirmenin failde fiili işleme kararının aldırılmasında nedensel olması gerekir. Bu yüzden hâlihazırda fiili işleme kararını almış bir kimsenin bu fiile azmettirilmesinin artık mümkün olmadığı kabul edilir (*omnimodo facturus*).¹³³

Statü’de (md 25 (3) (c)) dikkate alındığında azmettirmenin Kıta Avrupası hukuk sisteminde suça iştirak teorisi ile daha uyumlu olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür.

129 Tokdemir (n 3) 50 vd.

130 ibid 51.

131 Dennis Bock, ‘Grundwissen Zur Anstiftung (§ 26 StGB)’ (2007) JA 599, 600; Koca and Üzülmöz (n 5) 494–495; Tokdemir (n 3) 51.

132 Tokdemir (n 3) 51, 68. Alman ceza hukukunda azmettiren, “failin cezasıyla” cezalandırılır (ACK md 26). Bkz Günter Less, ‘Der Unrechtscharakter Der Anstiftung’ (1957) ZStW/Band 69-Heft 1 43, 43; Günter Heine and Bettina Weißer, ‘Anstiftung’ in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019) Rn 1, 2.

133 Tokdemir (n 3) 238–239. Ayrıca bkz Helmut Satzger, ‘Der >>omnimodo Facturus<<-Und Das, Was Man in Jedem Fall Dazu Wissen Muss!’ (2017) JURA/Heft 10 1169, 1169, 1172; Günter Heine and Bettina Weißer, ‘Beihefte’ in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019) § 26, Rn 6; Ambos and Bock (n 117) 335; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen Der Straftat* (1. Aufl, C H Beck 2003) § 26, Rn 65; Klaus Geppert, ‘Die Anstiftung (§ 26 StGB)’ (1997) JURA/Heft 6 299, 304; Jürgen Baumann and Ulrich Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, Gieseking 1985) 559; Günter Stratenwerth and Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)* (6. Aufl, Franz Vahlen 2011) AT, Rn 144; Arnd Koch and Katrin Wirth, ‘Grundfälle Zur Anstiftung’ (2010) JuS 203, 205; Christian Jäger, *Ezamen-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, C F Müller 2019) § 6, Rn 257.

(a) Tamamlanmış Azmettirme (*Completed Instigation*)

EYUCM'nin *prompting*¹³⁴, RUCM'nin *urging/encouraging*¹³⁵ kavramları ile ifade ettiği ve uluslararası suçların iştirak halinde işlenmesinin bir görünüş şekli olan azmettirme (*instigation*)¹³⁶, Statü md 25 (3) (b) bendinde telkin etmek ve ikna etmek gibi anlamlara gelen *solicit* ve *induce* kavramlarıyla ifade edilmiştir.¹³⁷ Bu şekilde azmettirmeye ilişkin genel bir hüküm düzenlenmemiş,¹³⁸ fakat azmettirme fiilinin işleniş şekillerine yer verilmiştir.¹³⁹ Statü'de suçun işlenmesine bir başkasını ikna edenlerin sorumlu olacağı belirtilmiştir.¹⁴⁰

Ad hoc mahkemelerin içtihatlarında azmettirme, azmettirme fiili ile asıl fiil arasında nedensellik bağı kurmak suretiyle bir suçu işlemeye yönelik olarak başkasını harekete geçirmek şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴¹ Örneğin, EYUCM'nin *Blaskic*¹⁴² davasında Yargılama Dairesi (*Trial Chamber*); azmettirmenin failin bir başkasının suçu işlemesine neden olmasına dayandığını, suçun işlenmesine açık bir katkı faktörünün azmettirmenin olmazsa olmaz şartı olduğunu, azmettirmede suçun işlenmesine neden olmanın başlı başına yeterli olmadığını ve ayrıca suçun işlenmesine azmettirmenin etkisinin ciddi bir katkı şeklinde gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴³

134 *Prompting* kavramı; kışkırtmak, harekete geçirmek anlamına gelir.

135 *Urging* kavramı kışkırtmak/sevk etmek, *encourage* kavramı cesaretlendirmek anlamına gelir.

136 *Instigation/Instigating*, bir suçu işlemeye bir başkasını kışkırtmak, harekete geçirmek anlamlarına gelir. Bkz Marchuk (n 24) 25–26. *Instigation*, bir kimsenin kendi davranışlarıyla bir olayın veya bir durumun gerçekleşmesine sebep olması demektir. *Instigator* kötü bir şeyin gerçekleşmesine sebep olan kişiye denir. Doktrinde azmettirme için *abetment* kavramlarını kullanan yazarlar olsa da bu kavram, daha çok suça manevi yardımı ifade etmektedir. Kelimenin sözlük anlamı hakkında detaylı bilgi için Tokdemir (n 3) 342, 343.

137 Einarsen and Rikhof (n 78) 408–409, 619, 654. Doktrinde *solicit* kavramı teşvik etme olarak çevrilmiş ve manevi iştirak şekli olarak azmettirmenin teşvik etmeyi de içerdiği ileri sürülmüştür. Buna göre, suçun işlenmesinin tek nedeni olmasa bile suçun işlenmesine yönelik teşvik niteliğindeki davranışlar da azmettirme kapsamında değerlendirilir. İki kavram arasında ayırım yapmanın mümkün olmadığını ileri süren bu yaklaşım nedensel bir etki suretiyle suçun işlenmesine neden olduğunu kabul etmektedir. TCK'da kullanılan “suç işleme kararını kuvvetlendirmek” bu kapsamda görülmektedir. Suç işleme kararını kuvvetlendirmek *ad hoc* mahkemeler bakımından maddi ve manevi yardım etme (*aiding and abetting*) kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 514. *Ambos*'a göre, madde metninde kullanılan *induce* kavramı *solicit* kavramını da ihtiva edecek şekilde geniş bir anlama sahip olup geniş anlamda bir başkasının suçu işlemesine neden olan herhangi bir fiili ifade eder. *Solicit* ise, *induce* kavramının daha güçlü ve daha özel bir anlamını ifade eder. Bkz Ambos (n 59) 10. *Einarsen ve Rikhof*, Statü'de *inducing* ve *incitement* kavramlarının eş anlamlı kullanıldığını, *solicit* ve *instigate* kavramlarının da benzer şekilde kullanıldığını ifade etmiştir. Bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 140. Kanaatimizce *solicit* kavramı azmettirmeyi ifade etmektedir. Kavram, Amerikan hukukunda azmettirme suçu (*solicitation*) için kullanılır. Bu yüzden Roma Statüsü'nde kullanılan bu kavramın azmettirme çerçevesinde mütalaa edilmesi gerekir. Ayrıca Statü md 25 (3) (b) bendi sadece emretme ve azmettirmeye özgü olarak düzenlenmiştir. Yardım etme (c) bendinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu yüzden sistematik olarak yapılacak bir yorum da bizi bu sonucu götürmektedir. Dolayısıyla teşvik anlamında kullanılan *solicit* kavramının yardım etme olarak değil, azmettirme anlamına gelen teşvik olarak anlaşılması daha makul bir yaklaşım olacaktır. Bkz Tokdemir (n 3) 344, 354.

138 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

139 Özkan (n 13) 70. RUCM, *Akayesu Davasına* ilişkin içtihadında azmettirmenin; bağış, söz verme, tehdit, otoriteyi veya gücü kötüye kullanma, entrika ve kurnazlık ile gerçekleştiğinde şerikliği oluşturacağını vurgulamıştır. Kararda, azmettirmenin bu işleniş şekillerinden biriyle gerçekleşmesi gerektiği, aksi takdirde asıl suç işlenmiş olsa dahi bir başkasını suç işlemek üzere harekete geçirmenin azmettirmeyi oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bkz *Akayesu Case* (2 September 1998), para 481. Ayrıca bkz aktaran Marchuk (n 24) 226.

140 Schabas (n 71) 228.

141 Bkz aktaran Marchuk (n 24) 226.

142 *Blaškić Case* (3 March 2000), para 207. Ayrıca bkz aktaran Kirsten MF Keith, 'The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence' (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 617, 626 vd.

143 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 380.

Statü’de kullanılan azmettirme, *ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında kullanılan azmettirme kavramı ile aynı içeriğe sahiptir. Bununla birlikte UCM’nin içtihatlarında azmettirmenin suça iştirakin yeni gelişmeye başlayan bir iştirak şekli olduğu ve içtihatlardaki durumun *ad hoc* mahkemelerin *instigation* kavramı ile ilgili yorumlarından uzak olup olmadığının net olmadığı ileri sürülmüştür. *Harun ve Diğerleri* davasında¹⁴⁴ Ön Soruşturma Dairesi bu hususu şu gerekçelerle ifade etmiştir: Bazı kanıtlayıcı faktörler göz önünde bulundurulduğunda şüpheli, devlet başkanı sıfatı ile *Cancavidler*’i (*Militia Janjaweed*) sivil halka saldırmaya azmettirmiştir. Fur grubuna karşı yapılan konuşmada *Cancavidlere* büyük miktarda para ve hükümetin sürekli desteği vaad edilmiştir. Benzer şekilde Uganda¹⁴⁵ olayında, LRA’nın (*Lord’s Resistance Army-Tanrının Direniş Ordusu*) liderliğini temsil eden *Kony, Otti, Odhiambo* ve *Ongwen* de dâhil olmak üzere tüm şüpheliler, çok sayıda insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlenmesine neden olmakla suçlanmışlardır. LRA Başkanı’nın ikinci Komutanı olan *Vincent Otti*’ye karşı tutuklama emri, kendisini LRA’nın hedeflerinin ve stratejilerinin uygulanmasına doğrudan müdahil olduğu iddia edilen bir komutan (emreden) olarak tanımlar. Tutuklama formunda kullanıldığı şekliyle şeriklik sorumluluğu ile uyumlu olan bir iştirak şekli bulunmamaktadır. Şüpheli, sivil halka yönelik acımasızca davranma yönünde yürütülen kampanyanın uygulanmasına *Kony* ile uyumlu bir çaba içinde hareket ettiği kanıtlanırsa müşterek fail olarak nitelendirilebilir. Statü md 25 (3) (b) bendi temelinde suçlanan tüm şüphelilerin önemli kişiler olduğu düşünüldüğünde, hükmün pratikte nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağına açıklığına yönelik eksiklik bulunmaktadır. Eski içtihatların; *incitement, encouragement* ve hatta *abetting* ile eş anlamlı imiş gibi görünen *inducement* (ikna etmek) kavramını daha geniş yorumlamaktan yana olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁶

Azmettirmenin suçun işlenmesinde etkili bir katkısı olacak şekilde işlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, fiilin azmettirme sonucu işlenmiş olması gerekir.¹⁴⁷ Suçun işlenmesinde azmettirme fiilinin en ufak bir etkisi dahi yoksa azmettirenin şerik olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda azmettirmenin fiilin işlenmesindeki nedenselliğinden bahsedilemez.¹⁴⁸

Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi azmettirme için aranan çifte kast, Statü bakımından da kabul edilmektedir. Yani taksirle azmettirme mümkün değildir. Buna göre hem azmettirme hem de azmettirilen suç bakımından azmettirenin kasten hareket etmesi ve asıl suçun azmettirme sonucu işlenmesi gerekir. Azmettirenin doğrudan kast veya olası kast ile hareket etmesi mümkündür. Azmettiren olası kast ile hareket etmemişse Statü md 30 çerçevesinde genel kastın varlığı kanıtlanmalıdır. Statü’nün

144 *Prosecutor v Ahmed Muhammad Harun* (Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/07-2, Pre-T Ch I (27 April 2007).

145 *Prosecutor v Joseph Kony* (Warrant of Arrest) ICC-02/04-01/05, Pre-T Ch I (27 September 2005), para 10, 42.

146 Bkz aktaran Marchuk (n 24) 226–227.

147 Einarsen and Rikhof (n 78) 619, 654, 408–409.

148 Coco Antonio, ‘Instigation’, *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. bs, Cambridge University Press 2019) 270.

md 25 (3) (b) bendinin yorumundan azmettirenin hem kendi fiilinin hem de asıl failin fiil ile ilgili çifte kast ile hareket etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.¹⁴⁹

Alman ceza hukukunda *omnimodo facturus* olarak ifade edilen asıl failin hâlihazırda suçu işleme kararını almış olması durumunda azmettirmenin mümkün olmadığı ve azmettirenin artık yardım etmeden sorumlu tutulabileceği uluslararası ceza hukukunda da kabul edilmektedir.¹⁵⁰

(b) Akim Kalmış Azmettirme/Azmettirmeye Teşebbüs (*Unsuccessful/Attempted Instigation*)

Statü'de düzenlenen şeriklik şekilleri bakımından bağıllık kuralı kabul edilmiştir. Şerikliğin görünüş şekilleri olarak düzenlenen emretmeden ve ikna etmeden dolayı bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için emir ve ikna konusu suçun işlenmiş olması veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir (md 25 (3) (b)).¹⁵¹ Bu şekilde hem emretmeden hem de azmettirmeden dolayı sorumluluğun doğması için bağıllık kuralı kabul edilmiştir.

Azmettirme kararı neticesinde azmettirme fiili işlenmesine rağmen failin herhangi bir nedenle fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamaması şeklinde ortaya çıkan azmettirmenin özel durumuna akim kalmış azmettirme (*misslungene/unsuccessful Anstiftung*) veya azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung/attempted instigation*) denir. Asıl fiilin işlenmediği bu durumda esasen işlenmiş bir azmettirme fiilinin varlığına rağmen failde ya suç işleme kararı oluşmamış veya oluşmasına rağmen fail suçun icrasına başlamamıştır. Örneğin, A tarafından C'yi öldürmeye azmettirilen B, suçu işlemek için hiçbir faaliyete girişmez ve vazgeçerse ya da yaptığı tüm hazırlıklara rağmen fiili işlemezse öldürmeye azmettirmeden dolayı, yani iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılmaz. Çünkü hem faile hem de arka plandaki azmettirmeye objektif olarak isnat edilebilecek bir asıl fiil bulunmamaktadır.¹⁵² Örnekten de anlaşılacağı üzere azmettirmeye teşebbüste icrasına başlanmış, yani işlenmiş bir asıl fiil bulunmamaktadır.¹⁵³ Kasten, hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiil bulunmadığından azmettirme ve asıl fiil arasında nedensellikten de bahsedilemez.¹⁵⁴

149 Marchuk (n 24) 225–226, 228. İçtihatlarla dayanan ulusal ceza hukuklarında da çifte kast aranmaktadır. Detaylı bilgi için bkz ibid 225–226; Tokdemir (n 3) 358.

150 "...ilk suç işleme fikrinin ve planının azmettiren tarafından üretilmesi gerekmez. Asıl fail suç işlemeyi düşünmüş olabilir. Fakat azmettirenin güçlü bir şekilde cesaretlendirmesi ve ikna etmesi ile son karar asıl fail tarafından halen verilebilir. Ancak asıl fail zaten suç işleme kararını vermişse, azmettirenin cesaretlendirmesi ve manevi desteği yardım etme (*aiding and abetting*) olarak nitelendirilir." Bkz *Prosecutor v Naser Oric* (Judgment) ICTY-IT-03-68, T Ch II (30 June 2006), para 271. <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2006/en/78025>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

151 Cryer and others (n 26) 379; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 514.

152 Tokdemir (n 3) 109.

153 ibid 94.

154 Heinrich (n 116) § 39, Rn 1364; Tokdemir (n 3) 94.

Statü’de asıl fiilin işlenmemesi durumunda arka plandaki kişinin (emredenin veya azmettirenin) sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁵⁵ Dolayısıyla akim kalmış azmettirme cezalandırılmamıştır. Mevcut TCK’da da akim kalmış azmettirmeyi cezalandıran herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Alman ceza hukukunda başlı başına haksızlık teşkil eden bu fiil genel bir hükümle (ACK md 30 (1))¹⁵⁶ cezalandırmaya layık görülmüştür. Her ne kadar madde metninde (md 25 (3) (b)) Amerikan hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı azmettirme suçu için kullanılan *solicit* kavramına yer verilmiş olsa da bu kavramla, azmettirme kapsamında gerçekleştirilen iknanın daha güçlü ve özel bir şekli vurgulanmak istenmiştir. Esasen madde metninde azmettirmeyi ifade etmek adına *induce* kavramına yer verilmesi yeterli olurdu. Bununla birlikte *solicit* kavramıyla akim kalmış azmettirmenin düzenlendiği sonucuna varılamaz.

Statü’den önceki uluslararası belgelerde (TUACM Statüsü, Soykırım Sözleşmesi, EYUCM Statüsü gibi) birbiriyle bağlantılı ve birbirinin içeriğini yansıtacak şekilde uluslararası ceza hukukunda kademeli bir gelişme gerçekleşmiştir. Bu, suça iştirak alanında da geçerliydi. Ancak Statü’de, suça iştirak alanında örfi hukuktan farklı olarak *solicit* ve *inducing* gibi yeni kavramlar kullanılmıştır. Bu kavramların yerine, TUACM ve EYUCM statülerinde azmettirme anlamında *instigation* kavramı kullanılmıştı. Dolayısıyla Statü öncesi örfi hukukta da *solicit*, akim kalmış azmettirmeyi ifade etmek için kullanılmamıştır.¹⁵⁷

Statü’de soykırımda bulunmaya doğrudan ve aleni tahrik etmek müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir (md 25 (3) (b)).¹⁵⁸ Böylece şeriklik (azmettirme, emretme, yardım etme) için kabul edilen bağlılık kuralından vazgeçilmiştir. Bu durumda doğrudan ve aleni olarak soykırım suçunu işlemeye tahrik eden bir kimse soykırım suçu işlenirse bile (en azından teşebbüs aşamasında kalmasa bile) soykırım suçuna tahrikten dolayı sorumlu olur.¹⁵⁹

Statü’de tahrik sadece soykırım suçu için kabul edilmişken; azmettirme savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi diğer uluslararası suçlar için de düzenlenmiştir. Bu bağlamda, tahrik suçunun sadece soykırım için değil, aynı zamanda diğer uluslararası suçlar için de kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁰

155 Schabas (n 71) 228.

156 deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBl I S 3322]. ACK md 30 (1): “Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs ederse cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23’üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.” Kanun metni için bkz Feridun Yenisey and Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009) 23–24.

157 Einarsen and Rikhof (n 78) 284–285.

158 ibid 623; Schabas (n 71) 229; Ambos (n 59) 13; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 564; Koca and Üzülmöz (n 77) 73; Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 74–75; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. bs, Yetkin Yayınları 2020) 104; Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 75.

159 Ambos (n 59) 14.

160 Bayraktar, Evik and Kurt (n 51) 60–61; Einarsen and Rikhof (n 78) 610. Hollanda Bölge Mahkemesi, sonradan Hollanda vatandaşlığına geçen 63 yaşındaki *Yvonne Ntacyobatabara (Basebya)* isimli sanık hakkında 1.03.2013 tarihinde Ruanda’daki olaylardan dolayı soykırıma tahrik suçundan 6 yıl hapis cezasına hükmetmiştir (*The Prosecutor v Yvonne Basebya*, (Judgement) District Court of The Hague Case No. 09/748004-09 (1 March 2013) <<https://www.legal-tools.org/doc/3f41c2/>> Erişim Tarihi 25 Ocak 2020; ibid 435, 513.

Soykırma tahrik suçu için kamusal nitelik taşıyan bir alanda belli sayıdaki kişiye veya kitle iletişim gibi vasıtalarla genel anlamda kamuya yönelik suç teşkil eden bir fiili işlemeye çağırının (davetin) gerçekleşmesi gerekir.¹⁶¹

Soykırma tahrik suçunun objektif unsuru soykırımın işlenmesine doğrudan ve aleni olarak tahrikin gerçekleşmesidir. Sübjektif unsuru failin soykırma doğrudan ve aleni tahriki kasten işlemesidir. Tahrikin doğrudan olması ve soykırım hareketine yönelik çağırının belirli olması gerekir. Belirsiz ve dolaylı olarak gerçekleşen tavsiye niteliğindeki fiiller tahrik suçunu oluşturmaz. Suçun bir unsuru olan aleniyetten maksat kamunun muhatap alınmasıdır. Aleniyet değerlendirilmesinde kişi sayısı bir etmen olarak dikkate alınmamaktadır. Aleniyet, kamusal alandaki topluluklara yönelik televizyon veya radyo gibi araçlarla veya yazılı yayınlar vasıtasıyla gerçekleşebilir.¹⁶²

Soykırım kapsamında herhangi bir fiil işlenmese bile soykırma doğrudan ve aleni tahrik cezalandırılabilir. Aynı yönde düzenleme 1948 tarihli Soykırım (*Jenosid*) Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi)'nde de bulunmaktadır (md 3 (c)).¹⁶³

Soykırma doğrudan ve aleni tahrik, azmettirmeden farklılık arz eder.¹⁶⁴ Azmettirme fiili doğrudan belirli bir kişi veya kişi grubuna karşı işlenirken, tahrik fiili doğrudan kamuya karşı yani aleni olarak işlenir.¹⁶⁵ Suça azmettirme bir iştirak şekli olarak düzenlenmiş olup başlı başına bir suç tipi değildir. Soykırım suçuna tahrik, soykırım suçu işlenmese bile Roma Statüsü çerçevesinde cezalandırmaya layık bir fiil olarak kabul edilmiştir. Azmettirme ise uluslararası suçlardan birine ancak maddi bir katkı gerçekleştirildiğinde cezalandırılabilen bir fiildir.¹⁶⁶

Aleni ve doğrudan tahrikte genel anlamda kamu¹⁶⁷ hedef alınırken, azmettirmede belirli bir kişi hedef alınır. Soykırma tahrik müstakil bir suç olduğu için soykırım niteliğindeki bir fiile teşebbüs edilmemiş olsa dahi doğrudan ve aleni olarak bu fiile bir

161 Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 74; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 564. Suça tahrikin, azmettirmenin kamusal (aleni) nitelik taşıyan özelliği olduğu ve aralarında ayırım yapmanın zor olduğu hakkında bkz Safferling (n 125) § 5, Rn 84.

162 Einarsen and Rikhof (n 78) 377–378.

163 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277. Madde metni için bkz <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf> Erişim Tarihi 3 Ekim 2023. Ayrıca bkz ibid 377, 610; Schabas (n 71) 229; Ambos (n 59) 13.

164 Marchuk (n 24) 226; Ambos (n 59) 13; Tokdemir (n 3) 421.

165 Ambos (n 59) 13–14; Tokdemir (n 3) 423.

166 Jérôme De Hemptinne, 'Incitement' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 392. Soykırma tahrik ile azmettirme arasındaki farklar için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 620; Antonio (n 148) 265–266.

167 RUCM'nin Temyiz Dairesi; Medya Davası olarak da bilinen *Nahimana et al* kararında tahrikin bir kitleyi (kamuyu) etkilemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz *Prosecutor v Nahimana et al* (Judgement) ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007), para 678-679 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ict/2007/en/91996>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 380; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 565.

başkasını tahrik eden kişinin cezalandırılması mümkündür.¹⁶⁸ Azmettirmede ise bağlılık kuralı arandığı için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

TCK md 76’da soykırma tahrikin cezalandırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından bu tür fiilleri TCK md 214’te tanımlanan suç işlemeye tahrik kapsamında değerlendirmek mümkündür.¹⁶⁹ TCK md 214 (3)’te tahrik konusu suçların işlenmesi halinde tahrik eden kişinin işlenen suçlardan azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Statü’de her ne kadar bu yönde bir düzenleme bulunmasa da soykırım suçu kapsamında doğrudan ve aleni olarak tahrik edilen fiiller işlendiğinde, tahrik eden kişinin soykırma azmettirmeden sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Örneğin A doğrudan ve aleni olacak şekilde B, C ve D kişilerini soykırım suçu kapsamında kabul edilen fiilleri işlemeye tahrik eder ve suç işlenir. Bu durumda A, Statü md 25 (3) (b) kapsamında soykırma azmettirmeden sorumlu tutulabilir. Tahrik konusu fiilin işlenmemesi durumunda ise A’nın Statü md 25 (3) (e) kapsamında soykırma tahrikten sorumlu tutulması mümkündür.¹⁷⁰

(2) Emretme (Ordering)

Statü’de (md 25 (3) (b)) azmettirmenin yanında emretme, suça iştirakin bir başka görünüş şekli olarak düzenlenmiş ve suçun işlenmesi için bir başkasına emir verenlerin sorumlu olacağı şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷¹ Böylece emretme bağımsız bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir.¹⁷² Azmettirme ve tahrik etme olarak kabul edilmeyen bazı olaylar emir verme şeklinde gerçekleşebilir.¹⁷³

Emir veren kişinin sorumluluğu bazen dolaylı faillik kapsamında değerlendirilirse de ulusal ceza hukuklarında azmettirme çerçevesinde ele alınmaktadır.¹⁷⁴ Örneğin, Rus hukukunda emretme; bir kimsenin otoritesinin olduğu bir mevkii, başkasını harekete geçirmek için (kışkırtmak) kötüye kullanarak gerçekleştirdiği azmettirme olarak kabul edilir.¹⁷⁵ Amerikan hukukunda emretme ve azmettirme, suç işlenmesini tavsiye etmek ve cesaretlendirmek şekilleri ile işlenen azmettirme (*solicitation*) suçunu oluşturur.¹⁷⁶

168 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 564; Marchuk (n 24) 226.

169 Koca and Üzülmöz (n 77) 73; Tezcan, Erdem and Önok (n 77) 75; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’ni Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 74.

170 Einarsen and Rikhof (n 78) 116.

171 Marchuk (n 24) 22; Einarsen and Rikhof (n 78) 404–407. *Venture*, emretmeyi ağırlaştırılmış azmettirme (*aggravated instigation*) olarak nitelendirmiştir. Bkz Manuel J Ventura, ‘Ordering’ (1. edn, Cambridge University Press 2019) 284. Emretme ile azmettirme arasındaki farklar hakkında bkz Antonio (n 148) 263. Emretmenin saf anlamda bir şeriklik şekli olmadığı, üstün sorumluluğuna ilişkin hükmü (md 28) tamamlayıcı niteliği göz önünde bulundurulduğunda suç işlemek için astı kullanma yoluyla daha ziyade bir faillik şekli olarak mütala edilebileceği hakkında bkz Ambos (n 59) 10.

172 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’ni Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 51.

173 Cryer and others (n 26) 380.

174 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’ni Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 51.

175 Marchuk (n 24) 229.

176 ibid.

Ancak uluslararası ceza hukukunda emretmek, müstakil ve bağımsız bir iştirak şekli olarak düzenlenmiştir. Emretmeyi azmettirmeden ayıran temel nokta, emir veren ile alan arasındaki alt-üst ilişkisidir. Emretmede emri veren ile emre uyan arasında astlık-üstlük şeklinde bir hiyerarşi vardır. Otorite sahibi bir kimse, bu makamını bir başkasını suç işlemeye ikna etmek için kullanır. Bu durum fiili olabileceği gibi kanuna da dayanabilir. Emrin doğrudan doğruya faile verilmesi şart değildir.¹⁷⁷ Emretme, bir suçun doğrudan failine otorite sahibi bir kimse tarafından verilen talimatlar yolu ile gerçekleşir.¹⁷⁸

Emrin uygulanması tamamen suçun işlenmesine kışkırtılan kişinin (kendisine emir verilenin) iradesine bağlıdır. Bir kimse bir suçun işlenmesine zorlanırsa, zorlamayı yapan kişi emretmek suretiyle bunu yaparsa dolaylı fail olarak sorumlu olur. Alman ceza hukukunda azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki ayırım için kullanılan “arka plandaki kişinin failin iradesi üzerinde mi yoksa fiili üzerinde mi hâkimiyet kurduğu” şeklindeki kıstas uluslararası ceza hukukunda azmettirme ile emretme arasında yapılmaktadır. Şu hâlde emretmek, failin iradesi üzerinde hâkimiyet sağlandığı takdirde dolaylı faillik kapsamında kabul edilebilir.¹⁷⁹ Benzer şekilde, UCM Ön Yargılama Dairesi (*Pre-Trial Chamber*), Statü md 25 (3) (b) bendindeki anlamından hareketle bir şeriklik şekli olarak emretmeyi, bir başkasını kullanarak onu asıl fail yapıp suç işlemesine yol açmak suretiyle bir örgüt liderinin suçu işlemesi durumundan ayırmıştır.¹⁸⁰ *Ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında emretme, otorite sahibi bir mevkide bulunan kimsenin bu mevkii kullanarak bir kimsenin suç işlemesine neden olması şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸¹

Uluslararası suçların otorite sahibi bir kimsenin emri ile işlenmesi sıklıkla gerçekleşen bir durumdur. Savaş suçları ile ilgili yargılamalarda ortaya çıktığı gibi hemen hemen her suç bir emir çerçevesinde işlenir. UCM ve *ad hoc* mahkemelerin statülerinde emretmek ayrı bir cezai sorumluluk şekli olarak müstakil bir suç tipi çerçevesinde kabul edilmiştir.¹⁸² Bu suç tipinde emreden kişi, EYUCM'nin *Blaskic* kararında ve RUCM'un *Akayesu* kararlarında “suç işlemeye bir başkasını ikna etmek üzere otorite sahibi olduğu mevkiini kullanan kişi” olarak tanımlanmıştır.¹⁸³

177 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

178 Marchuk (n 24) 229.

179 Bkz aktaran ibid 229–230. Emretme ile dolaylı faillik arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz Safferling (n 125) § 5, Rn 83.

180 *Katanga and Ngudjolo Case* (30 September 2008), para 517.

181 *Blaškić Case* (3 March 2000), para 601; *Akayesu Case* (2 September 1998), para 483.

182 Cryer and others (n 26) 378.

183 *Blaškić Case* (3 March 2000), para 601; *Akayesu Case* (2 September 1998), para 483.

Emretmek üç unsurdan oluşur: Altlık-üstlük ilişkisinin (otorite konumunun¹⁸⁴) varlığı, emrin verilmesi ve ilgili maddi unsur.¹⁸⁵

Emretmeden dolayı sorumluluğun doğması için objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmesi gerekir.¹⁸⁶ Emretmenin objektif unsuru, bir kimseye suç işlemesi için talimat vermek suretiyle kendi sahip olduğu otoriteyi kötüye kullanmasıdır. Astlarının, kendi fiillerinin hukuki olmasını sağlamakta başarısız olması vasıtasıyla suçun işlenmesini emreden bir üst (amir), böylelikle mevkiinin verdiği otoriteyi kötüye kullanmış olur. Emir açıkça veya örtülü verilebilir. Otoriteyi kullanan kişinin cezai sorumluluğu için emrin ne yasal olması ne de kişisel veya doğrudan verilmiş olması gerekir. Emri veren ile emri yerine getiren (doğrudan fail) arasında resmi düzeyde altlık-üstlük ilişkisinin olması da gerekmez. Emredenin suçun işlenmesini emretmede fiili veya hukuki olarak otorite sahibi olması ve otoritenin mantıksal olarak açıklanması yeterlidir. Emretme ve suçun fiziksel olarak (bizzat) işlenmesi arasında nedensellik bağının olması bu tarz bir sorumluluğun maddi unsurunun bir parçasıdır.¹⁸⁷

Emretmenin sübjektif unsuru kasttır. Emir verenin kast ile hareket etmesi gerekir. Kastın doğrudan veya olası kast olması mümkündür.¹⁸⁸ Emrin ifası kapsamında suçun işlenmesinin emir veren açısından önemli ölçüde muhtemel addedilmesi yeterlidir.¹⁸⁹

Azmettirmede olduğu gibi emretmede de suçun işlenmesinde etkili olacak şekilde maddi ve doğrudan bir katkının gerçekleştirilmesi ve emir konusu fiil ile emir arasında nedensellik bağının olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, suç bir emir sonucu işlenmelidir.¹⁹⁰ Emretmede bir ast-üst ilişkisi gerekmemekte ve astın ikna edilmesiyle veya zorlanmasıyla suç işlettirilmektedir.¹⁹¹ Arka plandaki kişi faili ikna ederek veya zorlayarak suçun işlenmesi talimatını verdiğinde azmettirmenin şartları gerçekleşir.¹⁹²

Statü md 25 (3) (b) bendinde emretme ikinci dereceden (bağlı) sorumluluk şekli olarak kabul edilmiştir. Çünkü emretmeden dolayı bir kimsenin sorumlu tutulmasının

184 Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 50.

185 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 378.

186 Emretmenin objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz ibid 380; Marchuk (n 24) 22; Einarsen and Rikhof (n 78) 619, 653; Safferling (n 125) § 5, Rn 83.

187 Marchuk (n 24) 22.

188 ibid. EYUCM'ye göre, emretmeden farklı olarak azmettirmenin uygulanmasında fiilin işlenmesi olasılığının bilincinde olma ile icrai veya ihmali bir suçu işlemeye bir kimseyi azmettirenin sorumlu olması için sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir farkındalık ile azmettirme kabul edilebilir. Azmettirenin ilgili suçun işlenmesinde de kastının olması gerekir. Bkz *Prosecutor v Dario Kordic and Mario Cerkez* (Judgement) ICTY-95-14/2, A Ch (17 December 2004), para 32 <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024; *Oric Case* (30 June 2006), para 279.

189 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

190 Einarsen and Rikhof (n 78) 406–407; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

191 Safferling (n 125) § 5, Rn 83.

192 J Ventura (n 171) 289–290.

şartı emir konusu suçun işlenmesi veya en azından teşebbüs aşamasında kalmasıdır.¹⁹³ EYUCM ve RUCM de emretmeyi aynı minvalde değerlendirmiştir. Emretmeden dolayı sorumluluğun doğması bakımından suçun işlenmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra *von Falkenhorst*¹⁹⁴ olayında olduğu gibi emri veren kişi uygulanmayan emirlerinden dolayı sorumlu tutulurdu. Emretmeyi bu şekilde düzenlemenin şu avantajı olabilir. Emir konusu suç işlenmedikçe veya teşebbüs aşamasında kalmadıkça emreden sorumlu tutulmamasıyla verilen emirlerin cezalandırılmasının önüne geçilmiş olurdu.¹⁹⁵

Herhangi bir maddi (icrai) veya ihmali fiil işlemeyen “sırf suç mahallinde bulunuyor olmak” iştirak olarak kabul edilmemektedir. Ancak yasal görevi olan bir kimse, hiyerarşik üst olma pozisyonundan dolayı müdahale etmek için iştirak anlamına gelen hiçbir aleni fiil işlemeksizin suç mahallinde bulunur ve müdahalesi başarısız olursa faili cesaretlendirmekten veya tahrik etmeden sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, emredenler veya üst konumundaki diğer kişiler ile ilgili özel hüküm bir tarafa bırakılırsa Statü'de fiilin işlenmesindeki başarısızlıktan kaynaklı bir sorumluluk şekli düzenlenmemiştir.¹⁹⁶

(3) Maddi ve Manevi Yardım Etme (*Aiding and Abetting*)

Türk ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi ikici iştirak sistemini kabul eden ülkelerde şeriklik statüsünde kabul edilen bir iştirak şekli de yardım etmedir.¹⁹⁷ Bir başkası tarafından kasten işlenen bir suça kasten destekte bulunmaya yardım etme denir. Yardım mahiyetini taşıyan fiillerle suçun işlenişine iştirak eden kişiler yardım eden olarak sorumlu olur. Yardım eden, asıl fiilin işlenmesini teşvik etmek veya kolaylaştırmak suretiyle faile destek olur. Ceza hukukunda faillik ve azmettirme dışında suçun işlenmesine yapılan her türlü katkı yardım etme kapsamında değerlendirilir.¹⁹⁸

Yardım etmeden dolayı sorumluluğun doğması için gerçekleştirilen katkının ilgili suç tipinde tanımlanan neticenin gerçekleşmesinde nedensel olması gerekir. Yardım etmenin suç tipinde tanımlanan fiilin işlenmesini mümkün kılması, kolaylaştırması, yoğunlaştırması ve garantiye alması yeterlidir.¹⁹⁹

193 Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

194 Bilgi için bkz <https://en.wikipedia.org/wiki/Nikolaus_von_Falkenhorst> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

195 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 379.

196 Schabas (n 71) 228. Hiyerarşik olarak üst konumunda olan bir kimsenin soykırım suçunu işleyenleri sessiz kalmak suretiyle teşvik etmesine rağmen, statüsünün önemsiz ve subjektif unsur bakımından aranan asgari eşğin altında olması nedeniyle işlenen suçun insanlığa karşı suç olarak nitelendirileceği neticesine varılmıştır. Bkz Başak (n 55) 79–80.

197 Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019) § 27 Rn 81 vd; Muhammed Demirel, 'Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri' (2017) 5 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119, 119; Tokdemir (n 3) 69.

198 Koca and Üzülmez (n 5) 506; Tokdemir (n 3) 69–70.

199 Rengier (n 197) § 27 Rn 82; Tokdemir (n 3) 70.

Yardım etmede kasten, hukuka aykırı olarak işlenen ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin işlenmesi yardım edenin sorumlu olması için gerekli ve yeterlidir. Demek ki, azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de bağıllık kuralı aranmaktadır.²⁰⁰

Ceza hukukunda yardım etme maddi ve/veya manevi şekillerde gerçekleşebilir.²⁰¹ Statü md 25 (3) (c) bendinde maddi ve manevi yardım etme (*aiding and abetting/encouraging*)²⁰² düzenlenmiştir.²⁰⁴ Suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla maddi ve manevi yardımda bulunması veya suçun işlenmesi için gerekli araçları temin etmek dâhil olmak üzere suçun işlenmesine (tamamlanmasına) veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması halinde kişinin yardım eden olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir.²⁰⁵ Yardım etme, şerikliğin daha hafif hali olarak kabul edilir.²⁰⁶

Doktrinde, Statü’de, sadece TCK’daki (md 39 (2)) fer’i maddi iştirak (maddi yardım) türlerine karşılık gelen durumların düzenlendiği ileri sürülmüştür.²⁰⁷ Kanaatimizce Statü’nün mezkûr hükmünde kullanılan *aiding* ve *abetting* kavramları maddi ve manevi yardım etmeyi ifade etmekte olup sadece maddi yardıma yer verilmemiştir. Kavramlar, maddi ve manevi yardım kapsamındaki tüm yardım türlerini ihtiva etmektedir. Her ne

200 J Ventura (n 37) 228; Tokdemir (n 3) 71.

201 Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu* (2. bs., On İki Levha Yayıncılık 2011) 217 vd; Tokdemir (n 3) 71.

202 Cryer and others (n 26) 374.

203 İngiliz hukukunda 1861 tarihli *The Accessories and Abettors Act*’de ikinci dereceden/şeriklik sorumluluğu türleri olarak “*aiding* (yardım etme), *abetting* (cesaretlendirme), *counsel* (suç işlemek için danışmanlık yapmak) ve *procure* (suçun işlenmesine sebep olmak)” düzenlenmiştir. Ancak içtihatlarda genellikle bu sorumluluk türleri arasındaki anlamsal farklar gözetilmemiştir. Genel olarak *abetting* suçun işlenmesinde suç işleyene cesaret vermek [manevi yardım] anlamına gelirken, *aiding* suçun işlenmesi anında asıl fiile yardım etme [maddi yardım] anlamına gelir. Amerikan hukukunda, suçun işlenmesinde asıl faile kasten yardım eden veya onu cesaretlendiren şerikin subjektif unsur (*mens rea*) kapsamında hareket etmesi durumunda, suça yardım etme veya cesaretlendirmeden bahsedilir. Asıl fail tarafından işlenen suç ve ona yardım veya cesaret verme durumlarındaki suç ortaklığında subjektif unsur derecesinin ne olduğu konusunda bir kafa karışıklığı bulunmaktadır. EYUCM, *abetting* kavramını “bir şerik olarak suçun işlenmesini kolaylaştırmak (*facilitating the commission of an act*)”; *aiding* kavramını “birine yardımcı olma (*giving assistance to someone*)” şeklinde ifade etmiştir. Bu iki kavram arasındaki anlamsal farklılıklar içtihatlarda ihmal edilmiştir. EYUCM’nin gelişmiş içtihatlarında, “*aiding ve abetting*” ifadesi, “suçun işlenmesinde maddi bir etkiye sahip olmak üzere yardım etmeye, cesaretlendirmeye veya moral olarak destek vermeye yönelik maddi ve manevi olarak yardım edenin (*aider and abettor*) işlediği belirli fiiller” şeklinde kullanılmıştır. Bkz Marchuk (n 24) 230. Uluslararası ceza hukukunda genellikle iki kavramın birlikte kullanıldığı hakkında bkz aktaran J Ventura (n 37) 174. Ceza hukukunda kavramın Alman ceza hukukunda azmettirme için kullanılan *Anstiftung* kavramını karşılamadığı, bu kavramın daha çok manevi yardım şekillerinden biri olan suça teşvik etmeyi karşıladığı hakkında bkz Constanting Rehaag, *Prinzipien von Täterschaft Und Teilnahme in Europäischer Rechtstradition* (Duncker & Humblot 2009) 347. Alman ceza hukukunda azmettiren (*Anstifter*), kasti ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesine bir başkasını kasten ikna eden kişi şeklinde tanımlanır. Bkz Satzger (n 133) 1169; Marchuk (n 24) 225; Tokdemir (n 3) 52.

204 Schabas (n 71) 228. Roma Statüsü’nde düzenlenen maddi ve manevi yardım etme, son dönemlerde en çok tartışılan ve inceleme konusu yapılan iştirak şekillerindedir. Bkz J Ventura (n 37) 174. Maddi ve manevi yardım etmenin Roma Statüsü’nde nasıl düzenlendiği ile ilgili bkz Marchuk (n 24) 231, 232–233. Roma Statüsü 25 (3) (c); Anna Olofsson, ‘Aiding and Abetting International Crimes-In the Light of International Legal Pluralism’ (Stockholm University, Faculty of Law, Department of Law 2016) 41 vd <<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:968082/FULLTEXT01.pdf>> accessed 15 April 2023.

205 Yardım etmenin objektif ve subjektif unsurları hakkında bkz Safferling (n 125) § 5, Rn 84; Einarsen and Rikhof (n 78) 410–415, 620–622, 654; Cryer and others (n 26) 375–376; J Ventura (n 37) 176 vd. Yardım etme ile suç anlaşması arasındaki farklar için bkz De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 372; J Ventura (n 37) 182. Yardım etmenin diğer iştirak şekilleri ile ilişkisi ve farkları hakkında detaylı bilgi için bkz ibid 178 vd.

206 Ambos (n 59) 10. Azmettirmenin yardım etmeye göre şerikliğin daha kuvvetli hali olduğu hakkında bkz Tokdemir (n 3) 53.

207 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515.

kadar *abetting* kavramının suçu işlemeye teşvik etmeyi ifade ettiği söylenebilirse de kavramın bütün manevi yardım türlerini ihtiva ettiğini kabul etmek gerekir. TCK'daki maddi yardım türleri olan suçun icrasını kolaylaştırma ve fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak *aiding*; manevi yardım türleri olan suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek ve suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek türlerinin *abetting* kavramı kapsamında mütalaa edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, yardım etmeye ilişkin Statü'deki hükmü (md 25 (3) (c)) maddi yardım etmeyle sınırlandırmamak gerekir.

Statü'de azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Statü md 25 (3) (c) bendinde, “*işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması*” ifadesinde bağlılık kuralına ve bu şekilde yardım eden kişinin cezalandırılabilmesi için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması gerektiğine vurgu yapılmıştır.²⁰⁸ Dolayısıyla bağlılık kuralından dolayı akim kalmış yardım etme Statü'de cezalandırılmamıştır. Asıl fiilin icrası başlamadığı sürece hazırlık hareketleri aşamasında kalan yardım niteliğindeki suça katkıların, yardım etme teşebbüs aşamasında kaldığından (yardım etmeye teşebbüsten) bahisle cezalandırılmaz.

Maddi ve manevi yardım etmede objektif unsur için şerikin suçun işlenmesinde etkili (etkin) bir maddi yardım ve manevi yardım veya moral destek sağlaması gerekir.²⁰⁹ Kaçmalarını engellemek amacıyla mağdurların yanında silahlı olarak beklemek, faile silah tedarik etmek, faili suç mahalline götürmek, faile öldürülecek şahısları işaret etmek gibi davranışlar bu kapsamda kabul edilebilir.²¹⁰ Verilen örnek fiillerden birincisinin ve sonuncunun TCK ve Statü bakımından somut olayın şartları çerçevesinde müşterek faillik kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.²¹¹

Maddi ve manevi yardım etme bir suçun planlamasına, hazırlanmasına veya işlenmesine yönelik sağlanmış olabilir. Yardım; asıl suçun işlenmesinden önce, işlenmesi esnasında, işlendikten sonra veya asıl suç yerinden coğrafik olarak uzak bir yerde gerçekleşebilir. Eğer suç işlendikten sonra böyle bir yardım sağlarsa suçun işlenmesine yardım sağlayan kişi ile fail arasında önceden bir anlaşmanın sağlanmış olması gerekir. Suça yardım etme, yardım eden kişinin zaman ve yer olarak gerçekten suçun işlendiği yerde olup olmadığı önemsenmeden doğrudan veya aracı vasıtası ile

208 Maddi ve manevi yardım etmede şerik olarak yardım edenin sorumluluğu hakkında iki temel teori kabul edilir. Birincisi birinci dereceden sorumluluk/türetilmemiş sorumluluk (*non-derivative theory*), diğeri ikincil dereceden sorumluluk/türetilmiş sorumluluk (*derivative theory*). İlki yardım edenin fiiline dayanırken, diğeri asıl fiile dayanır. İlkinde yardım etmekle aslında yardım eden kendi suçunu yani yardım etme suçunu işlemiş olur. İkincisinde fail suçu işlemedikçe yardım eden sorumlu tutulamaz. Yardım etme, başlı başına bir suç tipi olarak kabul edilmemektedir. Yardım edenin sorumluluğu failin işlediği haksızlığa dayanır. Gerek Anglosakson gerekse Kıta Avrupası hukuk sisteminde baskın görüş ikinci teoriden yanadır. Bkz Flavio Noto, *Secondary Liability in International Criminal Law- A Study on Aiding and Abetting or Otherwise Assisting the Commission of International Crimes* (1 edn, Dike Publishers 2013) 3; Olofsson (n 204) 28.

209 J Ventura (n 37) 177.

210 Cryer and others (n 26) 375.

211 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513.

sağlanabilir. Yardım etmenin icrai bir fiil ile gerçekleştirilmesi gerekmez. İhmali bir fiil işlemek suretiyle de yardım etme sağlanabilir. Müdahalede bulunmaksızın sırf suç mahallinde bulunmuş olmak tek başına yardım fiili teşkil etmez. Fakat bu durum, örtülü olarak suçun işlenmesinde cesaretlendirme kapsamında mütalaa edilebilir. Aynen bunun gibi işlediği suçlardan dolayı astın cezalandırılmasını sağlamada üstün başarılı olamaması ilerde işlenecek suçların işlenmesine yardım etme şeklinde gerçekleşebilir. Yardım etmenin ihmali olarak gerçekleştiğini ispat etmek için ihmalin, daha az muhtemel bir suç anlamında etkin bir katkının olduğunun ortaya konulması gerekir. Bunun yanında, yardım edenin suçun işlenmesinin muhtemel olduğunu ve yardım etme fiilinin ihmali olduğunu bilmesi gerekir. Yardım etmenin subjektif unsuru, yardım eden kişinin faile yardım ettiğini bilmesidir. Bilme, tüm koşulların yorumlanmasını gerektirir. Yardım edenin, failin suça yönelik kastını bilmesine rağmen, fail ile aynı kastı paylaşması gerekmemektedir. Bu tarz şeriklik sorumluluğunda subjektif unsur şerikin suçun işlenmesine sağladığı yardım fiilini bilmesine dayanır. Failin, yardım eden tarafından gerçekleştirilen yardımı biliyor olması da gerekmez.²¹²

Azmettirmede olduğu gibi yardım etmede de çifte kast aranmaktadır. Yardım edenin kastının hem kendi fiiline hem de failin fiiline yönelik olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, yardım eden, bir başkasının işlediğini bildiği suça bilerek yardım etmelidir.²¹³

Statü’de yardım etme *ad hoc* mahkemelerin anlayışından farklı düzenlenmiştir. Bu farklılıklardan birincisi yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğunun doğması için “yardım edenin suçun işlenmesini kolaylaştırma amacını taşıması (*for the purpose of facilitating*)”²¹⁴ gerekir.²¹⁵ Diğer bir ifadeyle kast dışında ayrıca “amaç unsurunun” gerçekleşmesi gerekir. Amaç unsuru subjektif unsur bakımından özel subjektif bir gerekliliğe işaret etmektedir. Ayrıca bu unsur Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yapılan MCK’dan esinlenilerek kabul edilen bir unsurdur. MCK’da amaç unsuru azmettirme ve emretme için kabul edilmemiştir.²¹⁶

212 Marchuk (n 24) 231–232. Ayrıca bkz J Ventura (n 37) 185–186, 188–190, 233; Cryer and others (n 26) 376; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513.

213 J Ventura (n 37) 214.

214 Bu unsurdan hareketle şeriklik için asgari gerekliliğin ne olacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu noktada denilebilir ki, Statü uluslararası içtihatlarla uyumlu hareket etmiştir. Ancak şerikliğin asgari gereklilikleri konusunda gerek içtihatlar gerekse doktrin bakımından üzerinde çalışılmaya ve çok daha somut ilkelerin ortaya konulmasına ihtiyaç vardır. Kısacası, uluslararası suçlara şerikliğin tüm türleri bakımından henüz bir eşik belirlenmiş değildir. Bkz Ambos (n 59) 10, 11.

215 J Ventura (n 37) 178, 213.

216 Ambos (n 59) 10.

EYUCM²¹⁷ ve RUCM bakımından ise gerçekleştirilen yardımın asıl fiile katkı sağlayacağına bilinmesi (*knowledge*) yeterli olup yardımın fiilin işlenmesini kolaylaştırma amacıyla yapılması gerekmemektedir. Dolayısıyla, yardım etmede amaç unsuru aranmamıştır. Tam anlamıyla hangi suçun işleneceğini bilmek gerekmemekte, belirli ve somut olarak işlenmesi öngörülen suçlardan herhangi birinin işleneceği konusundaki bilgi yeterli kabul edilmektedir. Statü'de ise yardım edenin failin suç teşkil eden davranışa girişme riskinin bilincinde olması yeterli kabul edilmiştir. Doktrinde, yardım etmenin subjektif unsuru bakımından amaç unsurunun aşırı bir gereklilik olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin, kâr amacıyla ve fakat suçun işlenmesinde kullanılacağını bildiği silahları satan bir kimsenin yardım etmeden cezalandırılması mümkün değildir.²¹⁸

Statü'de, yardım etme bakımından katkının önemli olması (*substantial contribution*) hususuna işaret edilmemiştir. Yani suça yardım etme bakımından gerçekleştirilen katkının önemli olup olmaması hususuna ehemmiyet verilmemiştir.²¹⁹ Bununla birlikte, UCM'nin içtihatlarında yapılan katkının önemli olduğu koşulu, Ön Soruşturma Dairesi'nin 16.12.2011 tarihli *Mbarushimana* kararında aranmıştır. Buna göre yardım etme hareketi, suçun işlenmesiyle hukuksal değerlerin ihlali açısından bir riske (tehlikeye) yol açmalı ve bu riski arttırmalıdır. Ayrıca gerçekleşen riskin, suçun işlenmesi bakımından nedensel olması gerekir.²²⁰

3. Müsterek Suç Girişimi (*Joint Criminal Enterprise*)

a. Genel Olarak

Müsterek suç girişiminde (*joint criminal enterprise*) suç teşkil eden müsterek bir amacı gerçekleştirme doğrultusunda bir araya gelen ve bu amaç için farklı nitelikte katkı gerçekleştirenlerin tümü fail olarak sorumlu tutulabilmektedir.²²¹ Uluslararası ceza hukukunda içtihatlarla oluşturulan bu kurumun kabul edilmesinin sebebi, aynı amaçla ve müsterek hareket eden birden fazla kişi tarafından uluslararası suçların işlenmesidir.²²²

217 EYUCM'nin *Tadic* davasında yardım etme bakımından iki önemli hususa değinilmiştir: Suçun işlenmesinin kolaylaştırılmasına yönelik maddi ve manevi anlamda bir yardımın gerçekleştirilmesi ve yardım fiilinin suçun işlenmesi üzerinde önemli bir etkiye sahip olması gerekir. Suçun işlenmesine önemli derecede etki sahibi olmaktan anlaşılması gereken, katkının suçun işlenmesine tesir etmiş olması, yani suçun işlenmesi ile katkı arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Bunun için fiziki olarak, yani bizzat suç mahallinde bulunmak da gerekmez. Yardım etme hareketi, suçun icra hareketinden farklı yer ve zamanda gerçekleşebilir. Dolayısıyla asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmış olması koşuluyla suça yardımın hazırlık aşamasında da gerçekleşmesi mümkündür. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 512; Cryer and others (n 26) 375–376. EYUCM bakımından hazırlık hareketleri aşamasında kalan akim kalmış yardım etmenin (yardım etmeye teşebbüsün) cezalandırılmadığını söylemek mümkündür. Çünkü bağlilik kuralı buna engel görülüş ve asıl suçun icrasının başlamaması durumunda teşebbüs aşamasında kalmış yardım etmenin cezalandırılması kabul edilmemiştir.

218 Cryer and others (n 26) 377–378; Ambos (n 59) 10–11; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513–514.

219 Schabas (n 71) 228; Cryer and others (n 26) 377; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513–514.

220 *Prosecutor v Callixte Mbarushimana* (Judgement) ICC-01/04-01/10, Pre-T Ch I (16.12.2011), para 54 <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/768/Mbarushimana/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaran Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 513–514.

221 ibid 519. Ayrıca bkz Ambos (n 59) 12–13. Kurumun teorik temelleri hakkında detaylı bilgi için bkz Ambos (n 25) 167–176; Önok, *Müsterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 87 vd.

222 Önok, *Müsterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 92.

Örneğin; bir esir kampının işletilmesinde A, kampın kurulmasını emreden komutan; B, C ve D mahiyetini bilmelerine rağmen gerekli teçhizatı hazırlayan kişiler; E kampın müdürü; F ve G kapıda bekleyen muhafızlar; H ve İ kampta kötü muamele fiilini işleyen kişiler olsun. Müşterek suç girişimine göre müşterek bir amaçla hareket eden tüm kişilerin fiilin işlenişine olan katkıları ne derecede olursa olsun kötü muamele fiilinden dolayı sorumlu tutulması gerekir.²²³

Örnekten anlaşılacağı üzere müşterek suç girişiminin faydası, “baskıcı suç yapılanmaları veya örgütleri” vasıtasıyla geniş çapta işlenen suçlara farklı nitelikte katkı gerçekleştiren herkese müşterek amaç çerçevesinde işlenen fiili isnat edebilmek ve geniş çaplı farklı nitelikteki katkıları faillik kategorisinde cezalandırabilmektir.²²⁴

Hem EYUCM’nin hem de RUCM’nin statülerinde müşterek suç girişimine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemişti. Ancak EYUCM müşterek suç girişiminden kaynaklı ceza sorumluluğuna ilişkin geniş bir içtihat oluşturmuştur. İstinaf Dairesi’nin *Tadic* kararı bu içtihatlar öncü olmuştur. Örneğin *Tadic*, 1992 yılında *Jaskici* köyünde beş sivilin öldürülmesinden sorumlu tutulan silahlı bir grubun üyesi olma suçundan beraat etmiştir. Çünkü doğrudan doğruya öldürme fiiline müştereken katıldığına ilişkin herhangi bir kanıt ulaşılamamıştır.²²⁵

b. Roma Statüsü’nde Düzenleniş

Müşterek suç girişimi, Statü md 25 (3) (d) bendinde düzenlenmiştir. Fakat hükümde müşterek suç girişiminin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.²²⁶ Mezkûr hüküm, doktrinde baskın görüş tarafından müşterek suç girişimine ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilmemektedir.²²⁷ Hükme göre, müşterek bir amaçla hareket eden insan gruplarının gerçekleştirdikleri veya gerçekleştirmeye teşebbüs ettikleri suça herhangi bir şekilde katkıda bulunanlar işlenen suçtan sorumludur. Statü’de,

223 Örnek için bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 519; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 51.

224 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 519.

225 *Prosecutor v Duško Tadić* (Judgment) ICTY-94-1, A Ch (26 January 2000). Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 368; Ambos (n 25) 164; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 94. Kurumun içtihat yoluyla oluşturulduğu hakkında bkz ibid 87. EYUCM’nin istinaf dairesi tarafından oluşturulmuş olan bu kuruma ilk derece dairesi tarafından sıklıkla başvurulmuştur. RUCM de *Simba* [*Prosecutor v Aloys Simba* (Judgement) ICTR-01-76, A Ch (27 November 2007)] kararından sonra verdiği kararlarında, EYUCM kadar olmasa da bu kuruma yer vermeye başlamıştır. EYUCM’nin içtihatlarında [*Prosecutor v Milutinović et al* (Judgement) ICTY- 99-37, A Ch (21 May 2003)], para 20; *Prosecutor v Miroslav Kvočka* (Judgement) ICTY IT-98-30/1, A Ch (28 February 2005)], para 79-80; *Oric Case* (30 June 2006), para 282] kurum faillik statüsünde kabul edilmiştir. Ancak bu nitelendirme doktrinde tartışılmış ve müşterek suç girişimine katılan kişilerin fail statüsünde olamayacakları ifade edilmiştir. Bkz aktaranlar Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 518, 519; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 51. NUACM Statüsü md 6 ve TUACM Statüsü md 5 (c) bendinde müşterek suç girişimi suç anlaşması ile birlikte düzenlenmiştir. Her iki hükme göre, gelecekte işlenecek suçların işlenmesine müşterek suç planı veya suç anlaşması kapsamında katılan herkes, herhangi biri tarafından icrası gerçekleştirilen tüm fiillerden sorumludur. Bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 367.

226 Cryer and others (n 26) 368.

227 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 522. Statü md 25 (3) (d) düzenlemesi ile müşterek suç girişimi kurumunun farklı olduğu hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 187.

açık bir şekilde, müşterek suç girişimine ilişkin hükmün, sadece Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçlar bakımından uygulama kabiliyetine sahip olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da müşterek suç girişimi sorumluluğu kabul edilmiştir.²²⁸

Grubun işlediği suça katkının mutlaka müşterek amaçla hareket eden gruba mensup bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Grup dışından bir başkasının da suça katkısı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu yüzden Statü, birinci ve bir ölçüde ikinci tip müşterek suç tipine daha yakın düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, doktrindeki baskın görüş, Statü'nün bu hükmünün bir müşterek suç girişimi düzenlemesi olmadığı yönündedir. UCM'nin içtihatlarında kurumun müşterek suç girişiminden farklı olduğu belirtilmiş ve uygulaması dışlanmıştır.²²⁹

Müşterek suç girişimi kurumunun kusurluluk prensibini²³⁰ ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Bazı yargılamalarda, oluşuma katılan her bir iştirakçinin katkısının rolü ve fonksiyonu göz önünde bulundurulmuş olsa da tüm katkıların eşit düzeyde olması gerektiği eğilimi devam etmektedir. Esasen bu yaklaşım, tekçi iştirak sistemini yansıtmaktadır. Ancak cezanın belirlenmesi aşamasında her birinin katkısının farklı olduğunun dikkate alındığı ve bu çerçevede katkısı daha az olana daha az ceza verildiği sürece kusurluluk ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Burada iştirakçinin organizasyonel rolü, fonksiyonu ve konumundan ziyade müşterek suç girişimine şahsi katkısı önemlidir. Kusurluluk, şahsi olarak katkıya işaret etmekte ve bu katkının müşterek suç girişimi içerisinde tayin edilen fonksiyonuna denk düşme zorunluluğu bulunmamaktadır.²³¹

c. Hukuki Niteliği

Doktrinde müşterek suç girişimi kurumunun hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur. Kurumun hukuki niteliğini belirlemenin önemli olduğu ve özellikle bu sorumluluk şeklinin çok tartışmalı olduğu vurgulanmıştır.²³² Kurumun Kıta Avrupası hukuk sistemindeki müşterek faillğe benzer şekilde düzenlendiği ileri sürülmüştür.²³³

228 Schabas (n 71) 230; Ambos (n 59) 12.

229 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 522. Ayrıca bkz Cryer and others (n 26) 374; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 52. Müşterek suç girişimi türleri için "Sübjektif Unsurlar" başlığına bkz.

230 Ceza hukukunda failin fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde işlenen fiil bakımından failin ceza sorumluluğu doğmaz. Bu prensip, hem işlediği fiil nedeniyle kusuru olmayan faille ceza verilmeyeceğini hem de kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini ifade eder. Kısacası kusursuz suç ve ceza olmaz. Bkz Artuk and others (n 7) 51. TCK md 20'de ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı açıkça ifade edilerek kusurluluk prensibine vurgu yapılmıştır.

231 Ambos (n 25) 173.

232 ibid 160 vd.

233 Daha fazla bilgi için bkz Einarsen and Rikhof (n 78) 389–400, 613–614, 653.

Müşterek suç girişimi, faillik²³⁴ statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilirse bu oluşuma iştirak edenlere yardım edilebilir. Şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilirse müşterek suç girişimine iştirak edenlere yardım etmeden bahsedilemez.²³⁵ Belirtmek gerekir ki, Statü md 25 (3) (d) bendindeki düzenleme, suç anlaşmasına ilişkin bir hüküm olarak nitelendirilmemektedir. Çünkü müşterek suç girişimi suç anlaşmasından²³⁶ farklı bir sorumluluk şeklidir.²³⁷ Suç anlaşmasında üzerinde anlaşılan suça ilişkin plana tüm suç ortaklarının aynı katkısı gerçekleştirmesi gerekmemektedir. İşlenmesi planlanan suç üzerinde anlaşmak yeterlidir.²³⁸ Suç anlaşmasında belirli bir suçu işlemek için bir araya gelen kişiler cezalandırılmakta ve anlaşma konusu suçun işlenmesi aranmamaktadır. Bilgisi dâhilinde olsun veya olmasın bu oluşuma katılan herkes anlaşma çerçevesinde işlenen bütün fiillerden sorumludur. Statü’de failin, suçun müşterek olarak işlenmesine veya teşebbüsüne katkıda bulunması aranmaktadır. Fakat katkının vazgeçilmez nitelikte olması gerekmemekte, önemli olması yeterli görülmektedir. Bunun yanında suçun tamamlanması aranmamakta en azından icra aşamasında (teşebbüs aşamasında) kalması yeterli görülmektedir. Yine subjektif unsur bakımından da işlenecek fiilin varlığını bilme veya en azından grubun amacını bilme şart koşulmaktadır.²³⁹ Müşterek suç girişimi cezai sorumluluğun bir şekli iken, suç anlaşması soykırım suçu bağlamında başlı başına bir suç tipi olarak kabul edilmekte ve anlaşma konusu suçun işlenmesi gerekmemektedir.²⁴⁰

Doktrinde; kurumun Statü’de faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak değil, şeriklik statüsünde bir iştirak şekli olarak düzenlendiği ileri sürülmüştür.²⁴¹ *Ambos*, müşterek suç girişimi kurumunun yardım etmenin genişletilmiş şekli olduğunu ve Statü’de gereksiz olarak düzenlendiğini ileri sürmüştür. Yazar, yardım etme kapsamındaki fiillerin işlenmesi için bunların planlanmasına veya belli bir grup tarafından icra edilmesine gerek olmadığını vurgulamıştır.²⁴² Yazara göre, müşterek suç girişimi ile yardım etme subjektif unsur bakımından farklılaşmaktadır.²⁴³ Bir kimse bir gruba yardım ettiğini bilerek hareket ediyorsa ve grubun suç işleme yönündeki kastını paylaşıyorsa müşterek suç girişimi kapsamında müşterek fail olarak sorumlu olur.

234 EYUCM’nin İstinaf Dairesi, *Milutinovic et al* kararında kurumu bir faillik şekli olarak kabul etmiştir (*Milutinović et al Case* (21 May 2003), para 79-80). Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 372.

235 *Ambos* (n 25) 169; Cryer and others (n 26) 372.

236 Müşterek suç girişimi kurumunun suç anlaşmasına benzediği hakkında bkz *Ambos* (n 25) 168. Suç anlaşmasına ilişkin açıklamalar için “Suç Anlaşması” başlığına bkz.

237 İki kurumun benzer ve farklı yönleri için bkz De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 371–372.

238 *ibid* 371–372.

239 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 522–523.

240 De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 372, 378.

241 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 523; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 145, 190.

242 *Ambos* (n 59) 13. Müşterek suç girişimi ile yardım etme arasındaki farklar hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 168 vd.

243 Aynı yönde bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 169.

Bu kişi, sadece bir kişiye yardım ettiğini düşünerek hareket ediyorsa fail müşterek suç girişimine üye biri olsa bile yardım eden olarak sorumlu tutulur. Alman ceza hukukunda yardım etme ile müşterek faillik arasında ayırım yapılırken fiil hâkimiyeti öğretisine başvurulur. Buna göre müşterek bir plan çerçevesinde birden fazla kişinin fonksiyonel katkısı gerçekleşmişse müşterek suç girişimi kapsamında müşterek faillikten bahsedilir.²⁴⁴

Kanaatimizce, müşterek suç girişiminde müşterek faillikten²⁴⁵ farklı bir sorumluluk rejimi kabul edilmekte ve her bir failin fiilin icrası üzerinde fonksiyonel hâkimiyet tesis etmesi şartı aranmamaktadır. Bu yüzden müşterek faillikten farklıdır. Suç anlaşmasından da farklıdır. Çünkü suç anlaşmasında anlaşma konusu suçun işlenmesi gerekmemekte, asıl suç işlenmese bile suç üzerinde sırf anlaşmış olmak yeterli kabul edilmektedir. Müşterek suç girişiminde ise fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir. Müşterek suç girişimi hem faillığe ilişkin hem de şerikliğe ilişkin özellikleri bünyesinde taşımaktadır. Fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması şeriklerin sorumluluğu için kabul edilmiştir. Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet tesis edemeseler dahi bu oluşuma katkı sunan herkesin fiilin işlenmesine yönelik müşterek bir amaç doğrultusunda hareket etmesi müşterek faillığe ilişkin bir özelliktir. Statü'deki hüküm, ne suç anlaşmasına ne de müşterek faillığe ilişkindir. Müşterek suç girişiminin, "iştirak benzeri bir kurum"²⁴⁶ veya "karma nitelikli bir kurum" olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür.

Statü'deki düzenlemenin iştirakin genel teorisine uygun olmadığını ve objektif ceza sorumluluğunu yansıtan bir hüküm olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca düzenleme, Statü'nün "Cezaların Şahsiliği" başlığı altında düzenlenen şahsi ceza sorumluluğuna aykırılık teşkil etmektedir. Statü md 25 (2)'ye göre, UCM'nin yargı yetkisine giren suçlardan birini işleyen bir kimse Statü'ye uygun olarak cezalandırılmaktan şahsen sorumludur.

Ceza hukukunda faillik ve şeriklik kategorileri teorik olarak birbirinden farklı sorumluluk rejimlerine tabiidir. Failin sorumluluğu doğrudan işlediği haksızlığa dayanırken, şeriklerin sorumluluğu için bağlılık kuralına ihtiyaç vardır. Çünkü şerik, failin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Faillik için bu kurala ihtiyaç bulunmamaktadır. Örneğin müşterek faillerden birinin sorumluluğu bir başka müşterek faile değil, bizzat kendi işlediği haksızlığa bağlı olup hepsinin sorumluluğu eşdeğerdir. Azmettirenin cezalandırılabilmesi için ise azmettirilen tarafından işlenen (tamamlanan) veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir fiilin varlığı gerekir. Kanaatimizce olması gereken, Statü'de müşterek suç girişimine ilişkin düzenlemeye

244 Ambos (n 25) 169, 170.

245 Müşterek faillikten farkının katkının önem düzeyine ilişkin olduğu hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 96.

246 Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

yer vermemektir. İştirak teorisine uygun olarak ikici iştirak sistemi temelinde fail olarak katılanların müşterek faillik, şerik olarak katılanların şeriklik (azmettirme ve yardım etme²⁴⁷) statüsünde sorumluluklarının tayin edilmesi gerekir. Cezanın belirlenmesi²⁴⁸ aşamasında işlenen suçun bir uluslararası suç olma niteliğini dikkate almak suretiyle cezaların üst sınırdan belirlenmesi yoluna gidilebilir.

d. Objektif ve Sübjektif Unsurları

Statü’de müşterek suç girişiminin objektif ve sübjektif unsurlarına yer verilmemiştir. Aynı husus EYUCM ve RUCM’nin statüleri için de geçerlidir. Ancak EYUCM’nin ve RUCM’nin içtihatlarından hareketle müşterek suç girişiminin objektif ve sübjektif unsurları ortaya konulmuştur. Bu unsurlar ortaya konulurken örfi hukuk (*customary law*) ve içtihat hukukundan yararlanılmıştır.²⁴⁹

(1) Objektif Unsurlar

Müşterek suç girişiminin türleri bakımından sübjektif unsuru farklılık arz etse de objektif²⁵⁰ unsurlar aynıdır.²⁵¹ EYUCM’nin *Tadic* kararında kurumun üç objektif unsuru ortaya konulmuştur: Birden fazla kişinin bir araya gelmesi, suça ilişkin müşterek plan veya amacın olması ve müşterek plana sanığın katılmış olması.²⁵² Bu unsurların gerçekleşmesi için iki kişinin varlığı yeterli olup aralarında askeri veya siyasi anlamda bir teşkilatlanmanın olması gerekmemektedir. Müşterek planın ne daha evvel tasarlanmış olması ne de açık olması şarttır.²⁵³

Müşterek suç girişimine gerçekleştirilen bir katkının suçun kanuni tanımındaki tipik fiillerden birini oluşturması suçun işlenmesi bakımından vazgeçilmez değildir. Bunun yanında failin işlediği suçun icrasına katkıda bulunması da gerekmemektedir. Diğer bir ifadeyle, müşterek planın gerçekleştirilmesine herhangi bir şekilde (doğrudan veya dolaylı olarak) katkıda bulunmak yeterlidir. Gerçekleştirilen katkının önemli olup olmaması hususu tartışmalıdır.²⁵⁴ EYUCM İstinaf Dairesi 3.4.2007 tarihinde verdiği

247 Önok’a göre de, suça katkısı tali nitelikte olan kişileri fail veya müşterek fail olarak değerlendirmek mümkün olmasa bile TCK bakımından yardım etmeden dolayı sorumlu tutmak gerekir. Yazar, birçok olayda bunun yeterli cezayı sağlayacağı kanaatinde. Bkz ibid 74.

248 Her bir müşterek suç girişimi üyesinin kendi kusuru göz önünde bulundurularak suç planına yaptığı katkının derecesinin cezanın bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulacağı hakkında bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 146.

249 Bkz aktaranlar Cryer and others (n 26) 368.

250 Müşterek suç girişiminde objektif hareketleri belirlemenin zor olduğu hakkında bkz Ambos (n 25) 171.

251 Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 145.

252 *Prosecutor v Duško Tadić* (Judgment) ICTY-94-1, A Ch (15 July 1999), para 227. Ayrıca bkz aktaranlar Ambos (n 25) 160; Cryer and others (n 26) 369. Objektif unsurlar hakkında ayrıca bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 147–148.

253 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 519–520; Cryer and others (n 26) 369.

254 Cryer and others (n 26) 369, 370; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 151.

Brdanin and Talic kararında katkının önemli olması hususuna vurgu yapmıştır.²⁵⁵

Müşterek suç girişiminde suçun unsurlarının gerçekleşmesiyle sonuçlanacak önemli bir katkının gerçekleştirilmesi aransa da her bir doğrudan failin suçun tüm unsurlarını tek başına gerçekleştirmesi gerekmemektedir.²⁵⁶ Bu noktada doğrudan faillerin her birinin müşterek suç girişiminin bir üyesi olmasının zorunluluğu hususu tartışmalıdır. *Brdanin and Talic* kararına göre, bu oluşuma üyeliği olmayanların üye olan birini azmettirmesi veya teşvik etmesiyle müşterek plan kapsamındaki suçun veya suçların işlenmesi gibi bir durumda diğer üye olanların sorumlu tutulması mümkündür. Burada önemli olan suçların üyelerden birine isnat edilebilir olması ve bu üyenin müşterek plan çerçevesinde doğrudan failleri harekete geçirmiş olmasıdır.²⁵⁷

Müşterek planda veya amaçta temelde bir değişiklik yaşanırsa bu plan veya amaçtan dolayı bir önceki üyelerin sorumlu tutulması kural olarak mümkün değildir. Diğer bir deyişle, bir kimse sadece kendi katkısını gerçekleştirdiği plandan veya amaçtan dolayı sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte planın veya amacın genişlemesine rıza gösteren eski üyeler de işlenen yeni suçlardan dolayı sorumlu tutulabilirler. Bu rızanın açık olması zorunlu değildir. Somut olayın şartlarından rıza verildiği anlaşılıyorsa yeni plan veya amaç üzerine varılan anlaşma geçerlidir.²⁵⁸

Son olarak, Türk ve Alman ceza hukukunda kabul edilen aksine, müşterek faillikte fonksiyonel hâkimiyetin tesis edilmiş olması bir objektif unsur olarak aranmamaktadır.²⁵⁹

(2) Söbjektif Unsurlar

Müşterek suç girişiminin türleri arasındaki asıl fark söbjektif unsur bakımından ortaya çıkmaktadır. İçtihatlarda müşterek suç girişiminin üç türü kabul edilmektedir.²⁶⁰

Birincisi, müşterek suç girişiminin temel şeklini (*basic form*) oluşturur. Bu oluşuma katılanlar müşterek bir plan ve kast ile hareket ederler. Müşterek suç girişiminin bu türünde bir grup insan suç işleme yönünde müşterek bir kast ile hareket ederler.²⁶¹ Kastın kapsamında müşterek bir plan tasavvur edilmekte ve plana katılan grup içindeki her bir kişinin farklı rolleri bulunmaktadır. Suçun tasarlanması veya hazırlanması şeklinde plana katılmak mümkün olduğu gibi suçun icrası aşamasında

255 *Prosecutor v Brdanin and Talic* (Judgement) ICTY-99-36, A Ch (3 April 2007), para 430.

256 Gal (n 11) 22.

257 *Prosecutor v Brdanin and Talic* (Judgement) ICTY-99-36, A Ch (3 April 2007), para 410-414. Ayrıca bkz aktaran Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 520.

258 Cryer and others (n 26) 370.

259 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 520; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 151.

260 ibid 369, 371; Ambos (n 25) 160; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 144.

261 Ambos (n 25) 160; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

ve farklı oranlarda da katılmak mümkündür. Demek ki, müşterek planın içerisine dâhil olmak suretiyle suçun icrasına doğrudan katılmayan kişiler de eşit şekilde sorumludur. Müşterek suç girişiminin bu türünde, müşterek suç girişiminin üyesi olmayan kişi dâhil müşterek plana katılan herkesin, suçun işlenmesine yönelik müşterek kast ile hareket etmesi gerekir. Plana dışardan katılanların müşterek suç girişimi üyelerinin kastlarını paylaşmaları gerekse de müşterek plan çerçevesinde böyle bir oluşumun varlığını bilmeleri gerekmez.²⁶²

Müşterek suç girişiminin bu türü müşterek faillığe benzemektedir. Çeşitli rollerle bu oluşuma katılanlar aynı suç işleme kastıyla hareket ederler. Dolayısıyla burada herkes müşterek suç işleme kararını paylaşır.²⁶³ Müşterek faillikten ayrılan temel yönü, suçun icrasına doğrudan katılmayan, yani müşterek suç planına dışarıdan katılan kişilerin de oluşumun üyeleriyle eşit şekilde sorumlu tutulabilmesidir.²⁶⁴ Alman ceza hukukunda müşterek faillik için kabul edilen objektif ve sübjektif unsurların (birden fazla kişinin müşterek suç kararıyla hareket etmesi) müşterek suç girişiminin bu türünde ortaya çıktığı kabul edilir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen müşterek faillik (*co-perpetration*) ve Anglosakson hukuk sisteminde kabul edilen müşterek suç girişimini (*common purpose/design*) karşılayan kurumun müşterek suç girişiminin bu türü olduğu kabul edilir. Denilebilir ki, olan hukuk bakımından sadece bu türü müşterek suç girişimini ifade etmektedir.²⁶⁵

İkincisi, sistematik şeklini (*systematic form*) oluşturmaktadır ve toplama kampları modeli şeklinde gerçekleşir.²⁶⁶ Burada mahpuslara yönelik müşterek suç işleme amacı doğrultusunda organize edilmiş bir sistem çerçevesinde hareket edilmekte ve birçok insan mahpuslara yönelik kötü muamele fiillerine iştirak etmektedir. Bu türünde, bu fiillere katılanlar, yetkili kişilerdir ve bu sistemi ya bizzat kurmuşlardır ya da bu sistemin bilincinde olup kendi fonksiyonları dâhilinde katkıları gerçekleştirmişlerdir. Böylece sistemin varlığından haberdar olan ve bu bilinçle sistemin yürütmesine katkıda bulunan herkes, işlenen fiillerden sorumlu olur.²⁶⁷ Birinci türünden farklı olarak burada, belirli bir suç işleme kastının olması gerekmeyip failin sistemin niteliğinden haberdar olması (sistemi bilmesi)²⁶⁸ ve katkı sunmak istemesi yeterlidir. Ayrıca yapılan katkının önemli olması, yani sistemi etkin kılması gerekir.²⁶⁹

262 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51.

263 Cryer and others (n 26) 371.

264 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 51; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 148.

265 Ambos (n 25) 170.

266 ibid 160; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 52.

267 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı' nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 52.

268 Ambos (n 25) 160–161.

269 Cryer and others (n 26) 371.

Üçüncüsü, genişletilmiş (*extended form*) şeklini oluşturur. Müşterek suç girişiminin bu türünde, müşterek suç işleme amacı doğrultusunda hareket eden kişiler, bu amacın dışında kalan kişilerden birinin müşterek amacın öngörülebilir bir neticesi olarak ortaya çıkan fiilinden sorumlu tutulurlar.²⁷⁰ “Öngörülür” kelimesinden ziyade “öngörülebilir” kelimesinden hareketle burada taksir sorumluluğu tartışılmıştır. Failin suçun gerçekleşme tehlikesini göze alması açıkça işlenen suç bakımından bilinçli taksirle (*reckless*) veya Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen olası kast (*dolus eventualis*) ile hareket ettiğini gösterir.²⁷¹ EYUCM'nin *Tadić* kararında İstinaf Dairesi, grup üyelerinden biri veya birkaçı müşterek amaç kapsamındaki suçu işleyebileceğini öngörebilir ve netice bakımından olası kast çerçevesinde bu tehlikeyi göze almışsa (kabullenmişse) sanığın sorumlu olacağına hükmetmiştir.²⁷² Örneğin, esir olarak tutulan kişilere her türlü fiziksel ve psikolojik saldırının yapılmasının öngörülebilir olduğu bir ortamda, gardiyanlardan bazıları cinsel nitelikteki saldırılarda bulunursa esaret sistemini yürüten faillerin hepsi gardiyanların bu fiillerinden sorumlu olur. Bu durum, müşterek suç planı çerçevesinde mümkündür. Ancak etnik temizlemeyi amaçlayan bir örgütün bazı üyelerinin aralarında anlaşarak bu amacı soykırıma dönüştürmesi durumunda olduğu gibi, planda ve amaçta ciddi anlamda bir değişiklik gerçekleşirse yeni planın bir parçası olmayan kişilerin bu yeni plan çerçevesinde işlenen fiillerden sorumlu tutulması mümkün değildir.²⁷³

Müşterek suç girişiminin bu türünde üstün sorumluluğu da söz konusu olabilir. Üst, üzerinde sorumluluk sahibi olduğu astının suçu işleyebileceğini öngörür ve öngörülen bu suç ast tarafından işlenirse mesele üstün sorumluluğu çerçevesinde mütalaa edilmektedir. Bundan hareketle, gelecekte astın işleyeceği suçlar, üst tarafından işleneceğini bilmesini gerektiren suçlarsa üst işlenecek bu suçlardan üstün sorumluluğu öğretisi çerçevesinde sorumlu olur. Üst tarafından işlenen haksızlığın temeli, işleneceğini bildiği suçların ast tarafından işlenmesinde gösterdiği ihmale dayanır.²⁷⁴

Müşterek suç girişiminin üçüncü türünün kusurluluk ilkesini ihlal ettiği ve burada objektif ceza sorumluluğuna yol açtığı ileri sürülmüştür. Burada öngörülebilirlik, cezalandırmayı öngörülemez hale getirmektedir. Bu türü, müşterek suç girişimi doktrininin temel dezavantajı olarak nitelendirilir. Bu yüzden hâkimler öngörülebilirlik ölçütüne temkinli yaklaşmışlardır.²⁷⁵

270 Ambos (n 25) 160.

271 Cryer and others (n 26) 371. Bu konudaki tartışma için ayrıca bkz Ambos (n 25) 174.

272 *Prosecutor v Duško Tadić* (Judgment) ICTY-94-1, A Ch (26 January 2000), para 220.

273 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 521–522; Cryer and others (n 26) 370; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddî Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 52.

274 Miles Jackson, ‘Command Responsibility’ in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 414. Detaylı açıklama için “Üstün Sorumluluğu Öğretisi” başlığına bkz.

275 Daha fazla bilgi için bkz Ambos (n 25) 174, 175.

Müşterek suç girişiminin bu üç türünden ikincisinin ve üçüncüsünün iki nedenden dolayı Statü md 25 (3) (d) bendi kapsamında kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Birinci neden, md 25/3 (d) (ii)'de bilme unsuru aranmışken, ikinci ve üçüncü türünde daha çok öngörülebilirlik unsurunun aranmış olmasıdır. İkinci neden, müşterek suç girişiminin suç anlaşmasını da ihtiva etmesidir. Bu nedenlerden dolayı gelecekte UCM'nin, içtihatlarda md 25 temelinde müşterek suç girişimi doktrinini kullanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.²⁷⁶

4. Suç Anlaşması (*Conspiracy*)

Suç anlaşması/komplo (*conspiracy*)²⁷⁷, uluslararası ceza hukukunda kabul edilen ve günümüzde tartışılan²⁷⁸ bir iştirak şeklidir.²⁷⁹ Uluslararası ceza hukukunda Anglosakson hukuk sisteminde olduğu gibi suç anlaşması, bağımsız ve tamamlanmamış bir suç olarak kabul edilmektedir. Başta Soykırım Sözleşmesi olmak üzere EYUCM ve RUCM'nin statülerinde suç anlaşması bu şekilde nitelendirilmiştir. Uluslararası hukukta artan eğilim, şahsi ceza sorumluluğu prensibi nedeniyle bu sorumluluk şeklinin sadece soykırım suçunda uygulanması, yani uygulama alanının kısıtlanması ve sorumluluğun sıkı koşullara bağlanması yönündedir.²⁸⁰

Örgüt kurma suçuna benzeyen, fakat daha hafif şartların gerçekleşmesini arayan suç anlaşması uluslararası ceza hukukunda belli bir suçu işlemekten kaynaklı bir sorumluluk rejimi olarak kabul edilmiştir.²⁸¹ Suç anlaşmasının cezalandırılmasının gerekçesi, bu oluşuma dâhil kişilerin sosyal açıdan tehlikelilik halidir.²⁸²

Suç anlaşması, Anglosakson hukuk sisteminde tamamlanmamış suç grubunda kabul edilir. Her kim suç için başkasıyla anlaşırsa üzerinde anlaşılan suç işlenmezse bile fail olarak sorumlu olur.²⁸³ Bu hukuk sisteminde, suç anlaşması, suç işlemek için iki veya daha fazla kişinin işlenecek suç üzerinde anlaşması ile anlaşma konusu suçun

276 ibid 172–173.

277 Suç anlaşması, “suç için teşekkül oluşturmayı cezalandıran ve bunun için tasarlanan suçun işlenmiş olmasını aramayan; bu oluşuma katılan herkesi, haberleri olsun olmasın, daha sonra bu plan çerçevesinde işlenen tüm fiillerden ayrıca cezalandıran bir kurumdur”. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517. Suç anlaşmasının ceza hukukunda “iştirake teşebbüsün (teşebbüs aşamasında kalmış iştirakin)” bir türü olduğu hakkında bkz Tokdemir (n 3) 116.

278 Tartışmalar için bkz De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 367 vd.

279 Schabas (n 71) 229; De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 367 vd. Tarihsel gelişim hakkında bkz Cryer and others (n 26) 383–384.

280 De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 367, 370. Soykırım Sözleşmesi’nde sadece suç anlaşması değil; soykırım, soykırım suçuna doğrudan ve aleni tahrik, teşebbüs, soykırım suçuna iştirak fiilleri de cezalandırılmaktadır (md 3 (b), (c), (d), (e)). Bkz ibid 373.

281 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517, 518.

282 ibid 517. Tehlikelilik argümanı hakkında ayrıca bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 106.

283 Paul H Robinson, *Criminal Law: Case Studies & Controversies* (1. edn, Aspen Publishers 1997) 611; De Hemptinne, ‘Conspiracy’ (n 42) 369.

işlenip işlenmediğine bakılmaksızın oluşan bir suç tipidir.²⁸⁴ Demek ki Anglosakson²⁸⁵ hukuk sisteminde suç anlaşması bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmektedir.²⁸⁶ Suç anlaşması için müşterek kararın ve suç için kullanılacak usule ilişkin bir anlaşmanın varlığı gerekir.²⁸⁷ Suç üzerinde anlaşan kişilerin cezalandırılabilmesi için anlaşma konusu suçun işlenmiş olması gerekmez. İşlenecek suçla ilişkin bir planın yapılması suç anlaşmasından dolayı sorumluluk için yeterlidir.²⁸⁸

Suç anlaşmasının kanıtlanabilmesi adına üzerinde anlaşılan suç ile ilgili teşebbüs aşamasına varmış bazı fiillerin işlenmesi gerekir. Bu, anlaşma konusu suçun işlenmesi gerektiği anlamına gelmemektedir.²⁸⁹ Suçun daha sonra işlenmesi durumunda ise iştirak eden kişi bu suçla hem iştiraktan hem de suç anlaşmasından dolayı ayrı ayrı cezalandırılır.²⁹⁰

Suç anlaşması, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ulusal ceza kanunlarında sadece önemli bazı suç tipleri (terörizm ve vatana ihanet gibi) bakımından sınırlı olarak kabul edilmiştir.²⁹¹ Bu hukuk sisteminde suç anlaşması maddi bir fiile iştirak veya teşebbüsün bir görünüş şekli olarak niteledirilmişdir.²⁹²

Suç anlaşması için Türkçe'de kullanılan komplo kavramının kaynağını teşkil eden komplo (*complot*) düzenlemesi Fransız Ceza Kanunu (Fr CK) md 412 (2)'de bulunmaktadır. Mezkûr hükümde, bir saldırı gerçekleştirme hususunda iki veya daha fazla kişinin üzerinde anlaşmaya vardığı karar cezalandırılmıştır.²⁹³ İtalyan ceza

284 Schabas (n 71) 229; Cryer and others (n 26) 383. Tanım için ayrıca bkz De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369.

285 Suç anlaşmasının orijinin içtihat hukuku olduğu hakkında bkz De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369.

286 ibid 369, 370; Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 113.

287 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 518.

288 ibid.

289 Schabas (n 71) 229. Suç anlaşmasının objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 378–380.

290 De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 517. Belirtmek gerekir ki, bu durum ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Örneğin Alman ceza hukukunda anlaşmaya konu amaç suç işlendiğinde faillerin, ACK md 30 (3) çerçevesinde ayrıca cezalandırılması kabul edilmemektedir. Amerikan hukukundaki anlayışın aksine İngiliz hukukundaki anlayışa uygun olarak sorumluluk için faillerin anlaşmanın amacına yönelik herhangi bir davranışı gerçekleştirmesi aranmamaktadır. İngiltere'de amaç suçun icrasına başlasa bile yine de bu suç oluşur ve hatta her ikisinden dolayı sorumluluk kabul edilmektedir. Ancak içtihadı dayalı suç anlaşması bakımından her ikisinden de sorumluluğun isnadi için adaletin selametinin bunu gerektirdiğinin savcı tarafından ispat edilmesi gerekir. Aksi halde, sadece birinden cezanın tayin edilmesi gerekir. Bunun yanında amaç suçun işlenmemesi durumunda suç anlaşmasından dolayı faillere amaç suçun cezasıyla aynı miktarda, yani amaç suçun tam cezası verilebilmektedir. Amerikan ceza hukukunda; içtihatlarla maksada ulaşma imkânı olmasa bile bu durumun suç anlaşması sorumluluğunu etkilemeyeceği, anlaşmanın amacını gerçekleştirmeye yönelik davranışların yapılması gerektiği, amaç suçun icrasına dönük açık bir fiile girişilmedikçe sanığa suç anlaşmasından dolayı ceza verilmeyeceği kabul edilmektedir. Amaç suçun işlenmesi durumunda suç anlaşmasından dolayı ayrıca ceza verilmemekte, savcılar tarafından suç anlaşması sorumluluğunun isnat edilebilmesi mümkün kabul edilmektedir. Amaç suç işlenmişse ve bu da ispat edilebiliyorsa ayrıca suç anlaşmasından ötürü yargılamanın yapılması adalet bakımından özel bir avantaj sağlamaktadır. Bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 110, 113, 121, 122.

291 De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 369–370.

292 Schabas (n 71) 229.

293 French Penal Code, entered into forced March 1, 1994, replaced the French Penal Code of 1810 <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french_penal_code_33.pdf> Erişim Tarihi 26 Ocak 2024. Ayrıca bkz Önok, *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (n 5) 110.

hukukunda meseleye ilişkin düzenleme yapılmıştır. İtalyan Ceza Kanunu (İCK)²⁹⁴ md 115 (1)'de hiç kimsenin kanunun özel hükümler kısmında özel suç tipleri bakımından yapılan düzenlemeler haricinde iştirak konusu suç işlenmediği sürece suç anlaşmasından sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında suç işleme konusunda anlaşma durumunda hâkimin güvenlik tedbiri uygulayabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.²⁹⁵ Kıta Avrupası ülkelerinden Almanya'da, suç anlaşması, kanunun genel hükümleri içerisinde iştirake ilişkin hükümler kapsamında cezalandırılmıştır. ACK md 30 (2)'de cezalandırılan suç anlaşmasının gerçekleşmesi için anlaşma konusu suç üzerinde en az iki kişinin iradesinin uyuşması gerekir. Suç anlaşması müşterek suç planı olarak anlaşılmalıdır. Müşterek suç planı çerçevesinde birden fazla kişinin gerçekleştirdiği ve suçun işlenmesini amaçlayan anlaşmalar hazırlık aşamasında kalsa bile cezalandırılır.²⁹⁶ Alman ceza hukukunda Anglosakson hukuk sistemindeki gibi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Türk ceza hukukunda konuya ilişkin genel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte TCK md 316'da²⁹⁷ "Suç İçin Anlaşma" başlığı altında belirli suçlar bakımından kabul edilmiştir.²⁹⁸

Soykırım Sözleşmesi md (3) (b), EYUCM md 4 (3) (b) ve RUCM²⁹⁹ md 2 (3) (b)'de tamamlanmamış bir suç sorumluluğu şeklinde düzenlenen ve sadece soykırım suçu bakımından kabul edilen suç anlaşması Statü'de düzenlenmemiştir.³⁰⁰ Suç anlaşmasına yakın sorumluluk şekli olarak müşterek suç girişiminin ve azmettirmenin düzenlendiği ileri sürülmüştür.³⁰¹

294 Italian Penal Code, adopted October 19, 1930 entered into force July 1, 1931 replaced Zanardelli Code of 1889.

295 Maiwald (n 9) 139. Ayrıca bkz Tokdemir (n 3) 373–374. **İCK md 115:** *Kanun başka türlü emretmedikçe iki veya daha fazla kişi bir suç işlemek gayesiyle aralarında anlaşsalar ve bu suç işlenmezse, bunlardan hiçbiri sırf anlaşma fiilinden dolayı ceza görmezler (f.1). Bununla beraber, suç işlemek hususunda anlaşma halinde, hâkim bir emniyet tedbiri tatbik edebilir (f.2). Kanun metninin çevirisi için bkz Domenico Rende and Burhanettin Köni, 'Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi' (1936) 2 İÜHFD 338, 100–101.*

296 Daha fazla bilgi için bkz Tokdemir (n 3) 120 vd.

297 **TCK md 316:** *"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşsalar, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez."* Madde gerekçesinde devletin ülkesine, egemenliğine, birliğine ve anayasal düzene karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere gerçekleştirilecek birleşmeleri önlemek amacıyla caydırıcı bir tehlike suçunun oluşturulduğu, suçun sadece anlaşmanın gerçekleştirilmesiyle oluşacağı, anlaşmadan maksadın iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen bir biçimde bir irade birleşmesine varmış olmaları ve anlaşmanın suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtaları kapsadığı belirtilmiş ve maddi unsur olan anlaşmanın kapsamı belirlenmiştir. Bkz. TCK md.316'nın gerekçesi.

298 Tokdemir (n 3) 123.

299 RUCM'da soykırım suçu üzerine anlaşma düzenlenmiştir. Soykırım için anlaşma *"soykırım suçunu işlemek üzere iki veya daha fazla kişi arasında yapılan anlaşmadır."* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz md (3) (b). Ayrıca bkz aktaran Cryer and others (n 26) 384.

300 ibid 368, 384; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 518; De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 368, 373, 384.

301 De Hemptinne, 'Conspiracy' (n 42) 368.

5. Üstün Sorumluluğu (*Superior Responsibility*)

Üstün sorumluluğu öğretisi (*doctrine of the superior responsibility*)³⁰² “uluslararası ceza hukukuna özgü”³⁰³, “spesifik” ve “modern”³⁰⁴ bir sorumluluk şekli olup ulusal ceza hukuklarında genel bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmemiştir.³⁰⁵ Öğretinin esası, üstün kendi idaresindeki astlarının işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğunun tespit edilmesine dayanır.³⁰⁶ Öğreti her fiil bakımından değil, sadece uluslararası suçlar bakımından kabul edilmiştir.³⁰⁷

a. Roma Statüsü'nde Düzenlenişi

Yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası ceza hukukunda haksızlığın işlenmesinde asıl neden olan kişiler olayın perde arkasındaki idareciler ve komutanlardır. Yani üst düzey yöneticilerdir. Statü'de üstün sorumluluğu öğretisi bu temelde düzenlenmiştir. “Komutanların ve Diğer Üst Rütbelilerin Sorumluluğu” başlıklı md 28'de³⁰⁸ üstlerin sorumluluğu öğretisi “özel bir cezai sorumluluk şekli”³⁰⁹ olarak kabul edilmiştir. Böylece uluslararası ceza hukukunun gereksinimleri doğrultusunda, emirleri

302 Tarihsel gelişim için bkz Cryer and others (n 26) 387–388; Schabas (n 71) 232; Jackson (n 274) 409; Murat Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (2005) 1 Uluslararası Hukuk ve Politika 93, 98–104; Değirmenci (n 22) 65 vd. Üstün sorumluluğu öğretisinin kapsamı hakkında bkz Jackson (n 274) 414. Uluslararası ceza hukukunda amirin emrini ifa sorumluluğuna ilişkin ileri sürülen teoriler (mutlak sorumluluk, sınırlı sorumluluk ve amirin sorumluluğu) hakkında bkz Değirmenci (n 22) 61 vd.

303 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 123.

304 Jackson (n 274) 409.

305 Müşterek suç girişimi ile üstün sorumluluğu öğretisinin eş zamanlı (hem zaman) olması mümkündür. Bu durumda üstün, müşterek suç girişiminden mi yoksa üstün sorumluluğu öğretisi çerçevesinde mi sorumlu olacağı meselesinde işlenen haksızlığın ağırlığının dikkate alınması ve bu kapsamda müşterek suç girişiminden sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun için üstün katkısının önemli derecede bir katkı sunmuş olması gerekir. Bkz ibid 413. EYUCM'nin içtihatlarında müşterek suç girişimi ile üstün sorumluluğunun eş zamanlı gerçekleşmesi durumunda sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunu üzerinde durulmuştur. Mesele, içtima çerçevesinde mütalaa edilmiş ve mezkûr soruna çözüm aranmıştır. İchtihatlarda görünüşte içtima hallerinden olan ve bir normun bir başka norm tarafından tüketilmesi olarak tanımlanan “tüketen-tüketilen norm (*Konsumtion*)” ilişkisinden hareketle müşterek suç girişiminin uygulanacağı kabul edilmiştir. EYUCM'e göre müşterek suç girişimi üstün sorumluluğu kurumunu da ihtiva etmektedir. Bu durumda üstün konununun cezada arttırıcı bir unsur olarak göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmiştir. İchtihatlar için bkz *Prosecutor v Radislav Krstic* (Judgement) ICTY IT-98-33, T Ch I (2 August 2001) para 610; *Prosecutor v Miroslav Kvocka* (Judgement) ICTY IT-98-30/1, T Ch I (2 November 2001), para 265, 319-320; *Prosecutor v Dragan Obrenovic* (Sentencing Judgement) ICTY IT-02-60/2, T Ch I (10 December 2003), para 79, 80, 85; *Prosecutor v Blagojevic and Jokic* (Judgment), IT-02-60, T Ch I (17 January 2005), para 687, 692; *Miroslav Kvocka Case* (28 February 2005), para 97, 104; *Prosecutor v Slobodan Milosevic* (Decision on Motion for Judgement of Acquittal), ICTY IT-02-54, T Ch III (16 June 2004), para 143. İchtihatlar için ayrıca bkz Ambos (n 25) 162–167. Ayrıca bkz aktaranlar ibid 163, 164; Jackson (n 274) 414. Tüketen-tüketilen norm ilişkisi için bkz Rengier (n 197) § 56, Rn 30; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017) § 21, Rn 60; Gropp (n 9) § 14, Rn 30; Kayıhan İçel, *Suçların İçtimaı* (1. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972) 193; Kayıhan İçel, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ (2008) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35, 42–45. Müşterek suç girişimi ile üstün sorumluluğu öğretisi arasındaki temel fark ilkinin icrai harekete, diğerinin ihmali harekete dayanmasıdır. İlkinde müştereken suça katılanlar arasında paralel bir ilişki varken, diğerinde hiyerarşik ve dikey bir ilişki bulunmaktadır. Eş zamanlı olarak ikisinin gerçekleştiği bir durumda müşterek suç girişiminin üyeleri arasında hiyerarşik olarak farklılıklar varsa yapısal anlamda bahsi geçen ikinci farklılık önemini kaybeder. Detaylı bilgi için bkz Ambos (n 25) 180 vd.

306 Cryer and others (n 26) 387.

307 Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’na Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 55; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 296) 95.

308 Roma Statüsü md 28.

309 Aslan (n 21) 244.

altındakilerin savaş hukukuna uymalarını sağlama konusunda ceza sorumluluğunun üstlere teşmil edilmesi amaçlanmıştır.³¹⁰ Ancak bu sorumluluğun, saldırı suçundan dolayı devlet yöneticilerine yöneltilecek suçlama ile karıştırılmaması gerekir. Üstün sorumluluğu öğretisi saldırı suçu haricindeki suçlar bakımından söz konusu olabilir. Çünkü saldırı suçunda devlet yöneticilerinin zaten doğrudan şahsi sorumluluğu söz konusudur.³¹¹

Statü md 28’de askeri üstler ile sivil üstlerin sorumlulukları ayrı ayrı düzenlenmiştir.³¹² 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I. Protokol md 86 (2)’de bu ayırım kabul edilmemiş, üstün ast üzerinde etkin kontrolünü (*effective control*)³¹³ sağlaması bakımından her iki sorumluluk rejimi eşdeğer kabul edilmiştir.³¹⁴

Statü md 28’in birinci fıkrasında askeri üstlerin (amirlerin) sorumluluğu düzenlenmiştir. Bir askeri komutanın (amirin) veya askeri komutan gibi etkin bir şekilde faaliyette bulunan bir kimsenin (fiili amirin), kendi fiili yönetimi ve denetimi altındaki silahlı kuvvetlerin, bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması neticesinde Statü kapsamında işlenen fiillerden dolayı sorumluluğu cihetine gidilebilir. Bunun için askeri/fiili amirin, askeri kuvvetlerin Mahkeme’nin yargılama yetkisi kapsamındaki fiilleri işlemekte olduğunu veya işlemek üzere olduğunu o andaki mevcut koşullar çerçevesinde bilmesi gerekir (md 28 (a) (i)). Ayrıca askeri/fiili amir, söz konusu fiillerin işlenmesini önlemek veya bastırmak ya da konuyu yetkili mercilere soruşturma ve kovuşturma için sevk etme konusunda yetkisi kapsamındaki bütün gerekli ve makul önlemleri almada yetersiz kalmalıdır. Maddenin b bendinde, a bendinde tanımlanmayan astlık-üstlük ilişkisi içerisinde konusu suç teşkil eden emirler düzenlenmiştir. Maddenin b bendi, sivil veya yarı-askeri üstler için uygulanabilir bir hüküm değeri taşımaktadır. Buna göre bir üst, kendi etkin otoritesi ve kontrolü altındaki astlarının, bunlar üzerinde gerektiği gibi kontrolü sağlayamamaktan dolayı Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamında işledikleri fiillerden dolayı sorumludur (md 28 (b)). Bunun için üstün, astın söz konusu fiilleri işlemekte veya işlemek üzere olduğunu bilmesi ya da bunu açıkça gösteren bilgileri bilinçli olarak göz ardı etmiş olması gerekir (md

310 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 523, 524; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 97. Öğreti, silahlı çatışmalar esnasında işlenen uluslararası suçlar nedeniyle hesap sorulmasını kolaylaştırır. Çatışmada yer alan her bir askerin ihlalini takip etmektense bunların üstlerini yargılamak daha “akılcı” ve “faydacı” bir yöntem olarak görülmüştür. Bkz ibid 98.

311 Aslan (n 21) 245. Üstün sorumluluğu öğretisinin saldırı suçu bakımından uygulanabilir olup olmadığı hakkında bkz Jackson (n 274) 415–416.

312 Ambos (n 59) 16; Cryer and others (n 26) 391; Jackson (n 269) 418–419; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 57. Detaylı bilgi için bkz Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 104–107.

313 Etkin kontrolün üstün sorumluluğu öğretisinin mihenk taşı olduğu hakkında bkz Jackson (n 274) 417.

314 Protocol Additional I to the 1949 Geneva Conventions and Relating to The Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 UNTS 3 (Protocol Additional I to Geneva Conventions). Bkz <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024. Türkçe metin için bkz <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024. Her iki sorumluluk şeklinin eşdeğer olduğu hakkında ayrıca bkz Ambos (n 59) 17.

28 (b) (i)). İşlenen fiiller astın sorumluluk ve otoritesi dâhilinde olan faaliyetlere dair olmalıdır (md 28 (b) (ii)). Bunun yanında üstün; söz konusu fiillerin işlenmesini önlemek, bastırmak veya yetkili mercilere soruşturma ve kovuşturma için sevk etme hususunda yetkisi kapsamındaki bütün gerekli ve makul önlemleri almakta yetersiz olması gerekir (md 28 (b) (iii)).

Kontrolü altındaki astlarını denetleme görevinde ihmal gösteren üstün sorumluluktan kurtulabilmesi, suçların işlenmesini önlemesi veya faillerin cezalandırılması için harekete geçmesine bağlıdır. Üstün, ihmali hareketiyle suçların işlenmesini mümkün hale getirmesi durumunda yapılması gereken, harekete geçmek suretiyle ilgilileri ya bizzat kovuşturması ya da kovuşturulmasını sağlamak üzere yetkili makamlara teslim etmesi veyahut en azından yetkili makamların olaya el koymasını temin etmesidir. Statü'de suçları önlemeyen üstün suçu işleyenleri sadece cezalandırmasının sorumluluğu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Üstün, önleme olanağı olup da bunu yapmayarak kasten suçların işlenmesine sebep olması ve daha sonra failleri sadece cezalandırmakla yetinmesi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.³¹⁵ Bu durumda, üstün ulusal hukuktan kaynaklı disiplin ve ceza sorumluluğu saklıdır.³¹⁶

Üstün verdiği emir çerçevesinde işlenen suçlarda suça iştirakin bir şekli olarak azmettirme veya emretme söz konusu olabilir. Statü'de bağımsız bir iştirak şekli olarak düzenlenen emretmeye dair md 25 (3) (b) hükmü, üstün sorumluluğu öğretisini tamamlayıcı niteliktedir. Aynı şekilde Statü md 28 de emretmeye dair bir hüküm olup üstün sorumluluğunu tamamlamaya yönelik bir düzenlemedir. Burada emretmeden bahsedilmiştir. Fakat md 28 üstün ihmali düzenlerken, md 25 (3) (b) bendindeki emretmekten kaynaklı sorumluluk üstün icrai bir hareketine dayanır.³¹⁷

b. Hukuki Niteliği

(1) Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Üstün sorumluluğu öğretisi, ast tarafından işlenen suçlarla ilgili olarak üstü, bu suçları önlemedeki veya cezalandırmadaki ihmali temelinde sorumlu kılan bir sorumluluk şeklindedir.³¹⁸ Bu temelde, üstün sorumluluğu öğretisine dair Statü md 28 hükmü ihmali bir hareketten kaynaklanan ceza sorumluluğu meselesine ilişkindir. Bu, uluslararası ceza hukukunda ihmali hareketten dolayı failin ceza sorumluluğu cihetine

315 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 533–534. Ayrıca bkz Jackson (n 274) 419.

316 Cryer and others (n 26) 396.

317 Ambos (n 59) 10; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 515. EYUCM'nin içtihatlarında emretmeye ilişkin norm, üstün sorumluluğuna ilişkin norm karşısında özel bir norm (*lex specialis*) olarak kabul edilmişti. Bkz aktaran Ambos (n 25) 66–67.

318 Jackson (n 274) 410. Üstün sorumluluğu öğretisinin diğer sorumluluk şekilleri ile çakışması hakkında bkz ibid 414.

gidilemeyeceğine ilişkin anlayışın bir istisnasını³¹⁹ oluşturur. Mezkûr maddede astın davranışlarını denetlemekle yükümlü olan üstün, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi neticesinde astın işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğu düzenlenmiştir.³²⁰

Burada üstün, Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamında işlenen fiillere iştirak etmiş olmasa da cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Esasen üst, suçun işlenişine maddi olarak katılmamakta ve fakat suçların işlendiğini bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen, suçları önleme veya failleri cezalandırma konusundaki yükümlülüğünü ihmal etmektedir.³²¹

Doktrinde üstün sorumluluğu öğretisinin objektif sorumluluğa yola açacak şekilde düzenlendiği ileri sürülmüştür. Üst, sadece denetleme görevini yerine getiremediği için değil, ayrıca astın fiillerinden dolayı da sorumlu tutulmaktadır. Bu yüzden bir taraftan yetersiz/eksik denetlemeden dolayı doğrudan (*direct liability*), diğer taraftan başkalarının (astlarının) fiillerinden dolayı (*indirect liability*)³²² olarak sorumlu olmaktadır.³²³

Doktrinde üstün sorumluluğu öğretisinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.³²⁴ Bir görüş, üstün sorumluluğu öğretisinde üstün suçun bir tarafı olarak sorumlu olduğunu ve “bağımsız bir sorumluluk şekli” olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir görüş, astın suçlarını önleme veya cezalandırmadaki ihmalinden dolayı üstün sorumluluğunun “bağımsız ihmal bir suç” olduğunu savunmuştur. Diğer bir görüş, üstün sorumluluğu öğretisinin “kendine özgü bir sorumluluk şekli (*sui generis*)” olduğunu kabul etmiştir. Doktrinde üstün sorumluluğu öğretisinin “karma (melez) bir sorumluluk şekli” olduğu ileri sürülen başka bir görüştür.³²⁵

İngiliz hukukunda olduğu gibi bazı ulusal hukuk sistemlerinde üstün sorumluluğu bir iştirak şekli olarak nitelendirilmiştir. Almanya ve Kanada’da olduğu gibi bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde ise subjektif unsura dayalı olarak bir başkasının

319 Ambos (n 59) 19; Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 55; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 296) 95. Statü’de suçun ihmalî davranışla işlenmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bkz Cryer and others (n 26) 363. Örneğin, soykırım suçuna ilişkin hükümde belirtilen davranışların ihmalî olarak da işlenebileceği ileri sürülmüştür. Bkz Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 554; Başak (n 55) 102. *Ad hoc* mahkemeler, statülerinde bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen fiilin ihmal suretiyle işlenebileceğini içtihatlarında kabul etmiştir. Özellikle, EYUCM’nin *Tadic* kararında bir sorumluluk şekli olarak fiilin ihmalî olarak işlenebileceği yaklaşımı kabul edilmiştir. Bkz aktaran Roth (n 49) 59. Statü md 8 (2) (b) (xxv) bendinde düzenlenen fiil (Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dâhil olmak üzere yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasının bir savaş yöntemi olarak kullanılması) ihmalî olarak işlenen savaş suçuna örnek verilebilir.

320 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 524–525; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 95. Astın işlediği suçların niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz Ambos (n 25) 178.

321 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 525.

322 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 95, 124.

323 Ambos (n 25) 176.

324 Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 56. Tartışma için bkz Ambos (n 59) 19–20; Jackson (n 274) 411; Ambos (n 25) 176 vd; Roth (n 49) 63.

325 Jackson (n 274) 411, 412; Roth (n 49) 63.

işlediği ciddi bir suçtan üstü dolaylı olarak sorumlu tutmanın adil olmayacağından hareketle “bağımsız gerçek ihmal bir suç (*seperate crime of ommission/echtes Unterlassungsdelik*)”³²⁶ olarak kabul edilmiştir. Statü md 28'deki düzenlemenin ihmalî suça ilişkin olduğu kabul eden bu görüşe göre, esasen üstün sorumluluğu görev (yükümlülük) ihlalinin ciddi bir şekli olarak kabul edilmelidir.³²⁷ Doktrinde Roma Statüsü'nde üstün sorumluluğu öğretisinin bağımsız bir ihmalî suç şeklinde düzenlendiği yönündeki bu görüş eleştirilmiştir. Bu görüşün md 28'deki düzenlemeyle uyumlu olmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, mezkûr maddede kullanılan terimler kurumun ceza sorumluluğunun bir temeli olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ast tarafından işlenen Mahkeme'nin yetkisi kapsamındaki suçlardan astın ve üstün sorumlu tutulabilmesi mümkündür.³²⁸

326 Ambos (n 25) 176. Gerçek olmayan ihmalî suçun üstün sorumluluğu öğretisini daha iyi nitelendirdiği hakkında bkz Roth (n 49) 64. Alman ceza hukukunda ihmalî suçlar, “gerçek ihmalî suçlar (*echtes Unterlassungsdelik/proper omission*)” ve “gerçek olmayan (*unechtes Unterlassungsdelik/improper omission*)” ihmalî suçlar” şeklinde ikiye ayrılır. Gerçek ihmalî suçlar, ihmalî hareketin suç tipinde gösterildiği suçlardır. Bu suçlar, neticesi harekete bitişik suçlardır yani yapılması istenilen (emredilen) hareketin yapılmamasıyla suç oluşur. Bkz Koca and Üzülmöz (n 5) 393–394; Roth (n 49) 58. Uluslararası ceza hukukunda Statü md 8 (2) (b) (xxv) bendinde düzenlenen fiil (Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dâhil olmak üzere yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivillerin aç bırakılmasının bir savaş yöntemi olarak kullanılması) ve Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleyle İlişkin Cenevre Sözleşmesi III md 118 (4) (b) hükmünde düzenlenen savaş esirlerinin ülkelerine iadesinin hukuksuz olarak geciktirilmesi gerçek ihmalî suçlara örnek olarak verilebilir. Bkz ibid 61. Ayrıca bkz Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva Convention III), 75 UNTS 135. Bkz <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c8.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024> Türkçe metin için bkz <http://ceidizleme.org/ekutuphanesim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024. Gerçek olmayan ihmalî suçlar, tipiklikte tanımlanan neticenin engellenmemesiyle işlenen suçlardır. Bu suçlar, icrai hareketle işlenen suçların ihmalî hareketle işlendiği suç tipleridir. Bunun için failin neticeyi önleme konusunda “özel bir hukuki yükümlülüğünün” yani garanti yükümlülüğünün (garantörlük) olması gerekir. Gerçek olmayan ihmalî suçun cezalandırılabilmesi için neticeyi önleme konusunda failin yükümlülüğünün ahlaki veya dini olması yeterli değildir. Bu hususta fail hukuki bir yükümlülük altında olmalıdır. Bu suçlarda neticeye neden olan yükümlülük ihlalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. Örneğin, “kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesini” cezalandıran TCK md 83'te bu eşdeğerlik açıkça ifade edilmiştir. Gerçek olmayan ihmalî suçun neticeli ve serbest hareketli bir suç olması gerekir. Yani bağlı hareketli suçlarda böyle bir eşdeğerlikten bahsedilemez. Bu eşdeğerlik için failin neticeyi önleme yükümlülüğü bakımından garantör olması gerekir. Ancak hukuken garantör olabilen bir kimse gerçek olmayan ihmalî bir suçun faili olabilir. Eşdeğerlik koşulunun ceza kanunun genel hükümleri içerisinde yapılacak genel bir düzenleme ile sağlanması yolu tercih edilebilir ise de kanaatimize bu yeterli değildir. Bu hususta genel bir hükmün düzenlenmesi kanunilik ilkesinin tüm gereklerine cevap veremez. Özellikle de kanunilik ilkesinin bir sonucu olan “belirlilik ilkesi” bakımından problem çıkabilir. Hangi ihmalî davranışların suç teşkil edeceği konusunda bir belirsizlik ortaya çıkabilir. Makul olan çözüm, neticeli suçlardan hangilerinin ihmalî hareketle işlenebileceğinin unsurlarıyla birlikte ceza özel hükümleri içerisinde açıkça düzenlenmesidir. Nitekim TCK, gerçek olmayan ihmalî suçlar konusunda bu çözümü tercih etmiştir. Dolayısıyla, ceza kanununda ihmalî hareketle işlenebileceği açıkça yazmayan bir fiilden dolayı failin cezalandırılması mümkün değildir. Aksi durum, kanunilik ilkesini ihlal edeceği gibi bu durum, kanun koyucunun iradesiyle açık bir çelişki oluşturmaktadır. Bkz Koca and Üzülmöz (n 5) 397, 398, 399, 400. Uluslararası ceza hukukunda gerçek olmayan ihmalî suçların kabul edilen unsurları şu şekilde ifade edilmiştir: Failin hareket etme konusunda yasal (hukuki) bir yükümlülüğünün olması, hareket etme konusunda kabiliyetinin olması (hareket edebilme imkânının olması), failin hareketi gerçekleştirmemesi (ihmal etmesi), ihmalî hareketin icrai harekete eşdeğer olması ve son olarak spesifik suçun ve iştirak şekline ilişkin sübjektif unsurun gerçekleşmesi. Bkz Roth (n 49) 69. Özel yükümlülük bir statüden veya garantör ve garantör olunan kişinin durumundan kaynaklanabilir. Özellikle silahlı çatışmalarda bu duruma çok sık rastlanır. *Ad hoc* mahkemelerin de kimi zaman kabul ettiği gibi yükümlülüğün ceza hukuku normuna dayanması gerekir. Çünkü ceza normları en iyi garantiyi sağlayacak hükümlerdir. Ancak içtihatlarda bu konuda net bir tavır ortaya konulamamıştır. Belirtmek gerekir ki, özel yükümlülükleri açıkça düzenleyen ulusal ceza normlarının genel olarak bu hususta yükümlülük kaynağı olamayacağı kabul edilmektedir. Bkz ibid 62, 71. Uluslararası ceza hukukunda özellikle *ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında gerçek olmayan ihmalî suç sorumluluğu yardım etme ve müşterek suç girişimine iştirak bakımından göz önünde bulundurulmuştur. Bunun için asıl failin hareketiyle zarara uğrayan (ihlal edilen) hukuksal değerlerin korunması bakımından şahsı ve özel bir yükümlülüğün olması ve ayrıca ihmal teşkil eden fiilin iştirak bakımından önemli bir katkı sunması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz aktaran ibid 65.

327 Cryer and others (n 26) 397–398; Ambos (n 59) 17; Jackson (n 274) 412.

328 Jackson (n 274) 412.

Uluslararası ceza hukukunda üstün sorumluluğu öğretisi, geleneksel iştirak düşüncesine daha yakın ve tek başlık altında birden fazla sorumluluk şeklini içerek şekilde düzenlenmiştir. Öğreti, Alman ceza hukukunda olduğu gibi suçun işlenmesine müdahale bakımından kasten yükümlülüğün ihlal edilmesine dayanır ve taksirli olarak görevin ihmal edilmesiyle eşdeğer kabul edilmemektedir. Kasti (bilerek), yükümlülük ihmali üstün suçta önlemeye yönelik bir kabiliyeti ve yükümlülüğü olduğunda söz konusu olur.³²⁹

Jacksons'a göre, Statü md 28'de düzenlenen üstün sorumluluğu öğretisi, üstü Mahkeme'nin yargılama yetkisi kapsamına giren suçlardan dolayı sorumlu kıldığı gerçeği karşısında, doktrinde meseleye ilişkin yapılan tüm değerlendirmelerle bağlantılıdır. Buradaki asıl endişe, herhangi bir nedensel katkısı olmayan üstün, suç ortağı olarak cezalandırılmaması gerekirken bu hüküm nedeniyle sorumlu tutulmasıdır. Hükümün kapsamında, basit bir hata nedeniyle üstün sorumlu tutulabilmesi bu endişeyi daha da arttırmaktadır. Yazara göre, üstün sorumluluğu öğretisi, ihmal suretiyle yardımdan (*aiding and abetting by omission*) dolayı ceza sorumluluğu gerektiren bir sorumluluk türüdür, yani bir çeşit ihmali iştiraki ifade etmektedir. Üstün bu konudaki sorumluluğu, ihmalden kaynaklı spesifik bir sorumluluktur.³³⁰

Cryer ve diğerleri, Statü md 28'de üstün sorumluluğu öğretisinin, Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında düzenlenen önemli suçlar için bir sorumluluk şekli olarak düzenlendiğini ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre, md 28'deki bazı unsurlardan hareketle üstün sorumluluğu, yükümlülük ihmalinin olduğu bir suç tipi olarak anlaşılmasına rağmen, düzenleme açıkça üste bağlı astların suçlarına işaret etmektedir. Bu, kurumun iştirak şekline daha yakın düzenlendiğini gösterir. Suça müdahale noktasında bir yükümlülük ve suça ilişkin bir bilme durumu varsa maddi ve manevi yardım etmeye dayalı bir iştirak sorumluluğundan bahsedilir.³³¹

Ambos'a göre, emri altındaki askeri kuvvetlerin işlediği fiilleri bilen bir üst, en azından fiziksel olarak cesaretlendirdiği için silahlı kuvvetleri destekleyen konumunda şerik (yardım eden) olarak sorumlu tutulabilir. Astlarının fiillerini önlemede başarısızlık gösteren üst, üstün sorumluluğu öğretisi çerçevesinde cezai olarak sorumlu olur.³³²

Tezcan/Ertem/Önok'a göre, astlık-üstlük ilişkisi içerisinde gündeme gelen azmettirmenin (veya emretmenin) üstün sorumluluğu öğretisiyle bir alakası yoktur. Bu durumda iştirak kuralları çerçevesinde ast ve üstün cezai sorumluluğunu tespit etmek mümkündür. Ayrıca md 28'i uygulamak gereksizdir ve zaten mümkün de gözükmemektedir. Örneğin; belirli bir sivil nüfusu katletmek isteyen bir komutan, bunu bizzat veya emir vermek suretiyle gerçekleştirmek yerine, komutası altındaki kişilerin (astların) bu fiili işlediklerini

329 Cryer and others (n 26) 399.

330 Jackson (n 274) 412, 413, 430. Şerikliğin bir görünüş şekli olan yardım etme ile üstün sorumluluğu öğretisi arasındaki farklar için bkz J Ventura (n 37) 182.

331 Cryer and others (n 26) 399. Örneğin Başak, soykırım suçu bakımından üstün sorumluluğu öğretisinin iştirak halinde işlenen suçlar kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz Başak (n 55) 79.

332 Ambos (n 59) 20.

bilmesine rağmen kasten müdahale etmeyerek sivillerin ölmesine neden olursa ceza hukukunda genel sorumluluk ilkelerine göre sorumlu tutulabilir. Bu durumda zaten üstün sorumluluğu öğretisine gitmeye gerek yoktur. Üstün suçun işlenmesine yönelik doğrudan katkısı (icrai hareketleri) varsa cezai sorumluluğu doğrudan belirlenebilir. Bu durumda üstün amir olma sıfatı cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilir.³³³ Yazarlara göre, üstün sorumluluğu öğretisi, iştiraktan farklı ve bağımsız bir ceza sorumluluğu türüdür. Burada, fiilin isnat edilebilirlik kapsamını ve bu şekilde şahsi ceza sorumluluğunu genişleten bir anlayış benimsenmiştir.³³⁴

(2) Kanaatimiz

Statü md 28'de düzenlenen üstün sorumluluğu öğretisi, sadece uluslararası suçlar bakımından kabul edilen ve uluslararası ceza hukukuna özgü bir sorumluluk şeklidir. Her ne kadar şahsi³³⁵ ceza sorumluluğunu genişletici mahiyette bir niteliği olsa da üstün sorumluluğu öğretisini, bir başkasının icrai olarak işlediği suça ihmali bir davranışla iştirakin cezalandırılabilirliği meselesi çerçevesinde mütalaa etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle iştiraktan tamamen bağımsız bir konu değildir. Burada, astın işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğu üstlere de teşmil edilmektedir. Zira üst, astın fiillerini denetlemeye ilişkin yükümlülüğünü ihmal ederek suça iştirak etmektedir. Suça iştirak de suçun özel bir görünüş şekli olarak ceza sorumluluğunu genişletici nitelikte bir kurumdur. Bu, md 28'deki şartlar incelendiğinde düzenlemenin mahiyetine aykırı bir nitelendirme değildir.

Ceza hukukunda ihmali suçlarda yükümlülüğü olan kişiler, birlikte suç işleme kararı çerçevesinde yükümlülüklerini yerine getirmezlerse müşterek fail olarak sorumlu olurlar.³³⁶ Ancak asıl problem, icrai suça ihmali davranışla müşterek fail statüsünde iştirakin mümkün olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır.³³⁷ İcrai hareketle işlenen bir suça ihmali bir davranışla iştirak etmek mümkün değildir, yani icrai ve ihmali hareketi gerçekleştirenler arasında müşterek faillik söz konusu olamaz. Bu ihtimalde fiilin müştereken icrasından, yani fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetin kurulmasından bahsedilemez.³³⁸

333 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 525–526; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 95–97. Üstün konununun cezayı arttırıcı bir unsur olarak dikkate alınabileceği hakkında bkz Roth (n 49) 64.

334 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 526. Aynı yönde bkz Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 56; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 296) 97, 119, 124.

335 Üstün sorumluluğu öğretisinin şahsi ceza sorumluluğuna aykırı olduğu, taksirli ihmal bakımından öğretinin şahsi kusur ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bkz Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 98.

336 Özgenç (n 7) 623; Koca and Üzülmez (n 5) 462.

337 Özgenç (n 7) 623.

338 Koca and Üzülmez (n 5) 463. Ancak işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde (TCK md 94 (5)) cezada indirim yapılmayacağı düzenlenerek ihmali olarak işkence suçunu işleyen kamu görevlisinin sorumluluğu icrai olarak bu fiili işleyen kişiyle eşdeğer tutulmuştur. Aynı şekilde "Denetim Görevinin İhmali" başlığı altında TCK md 251 (1)'de zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında denetim görevini ihmal ederek zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine imkân sağlayan kamu görevlisinin sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir. Böylece ikinci fıkrada icrai suça ihmali iştirak (yardım etme) cezalandırılmıştır.

Belirtmek gerekir ki ihmali azmettirme de mümkün değildir. Çünkü ihmali bir hareketle bir kimseye suç işleme kararının verdirilmesi genel olarak kabul edilmemektedir.³³⁹ Ancak icrai harekete ihmali davranışıyla iştirak eden kişi, failin fiilini önleme yükümlülüğünü ihmal ettiğinden suçun işlenişine yardım etmiş olmaktadır. İhmali davranışı gerçekleştiren kişinin, başka bir suçun yani gerçek ihmali bir suçun faili olarak sorumlu tutulamıyorsa bu durumda icrai hareketle işlenen suçta ihmali davranışla şerik olarak iştirakinden söz edilir. Dolayısıyla suçu önlemekle yükümlü olan kişi, bu yükümlülüğünü ihmal etmek suretiyle aynı zamanda gerçek ihmali bir suçun faili olursa “failliğin şerikliğe önceliği ilkesi” gereği icrai suçta yardım eden değil sadece gerçek ihmali suçun faili olarak sorumlu tutulur. Aksi halde, “bir başkasının işlemekte olduğu suçun işlenişine engel olmama halinde bu icrai suçta yardımda bulunma” söz konusu olur.³⁴⁰

Kanaatimizce, üstün sorumluluğu öğretisi iştiraktan farklı ve bağımsız bir sorumluluk türü olarak nitelendirilmemelidir. Meselenin iştirake ilişkin hüküm (Statü md 25) haricinde bağımsız bir maddede (Statü md 28) düzenlenmiş olması da tek başına iştirak haricinde hareket etmeyi gerektirmez. Bağımsız bir maddede düzenlenmesinin amacı, meselenin hem uluslararası ceza hukukundaki ehemmiyetinden hem de kendine özgü bir sorumluluk şekli olmasından kaynaklanmaktadır. Hüküm, üstün, astın işlediği fiillerden dolayı cezai sorumluluğunu tespit etmeye, yani sorumluluk statüsünü belirlemeye yönelik olarak düzenlenmiştir. Üstün sorumluluk statüsünün belirlenmesi bakımından meselenin suçta iştirak, daha doğrusu icrai suçta ihmali olarak iştirak etme çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Dolayısıyla, sorumluluk şeklinin üstün sorumluluğu şeklinde anlaşılması ve fakat cezanın belirlenmesi bakımından üste şerik gibi davranılması gerekir. Bu durumda, Statü md 28’de belirlenen esaslar çerçevesinde, astın davranışlarını denetlemekle yükümlü olan üst, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi neticesinde astın Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamındaki fiilleri işlemekten ancak yardım eden olarak yani şerik olarak sorumlu tutulabilir.³⁴¹ Üstü, astın işlediği fiillerden dolayı fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü Statü’de tanımlanan uluslararası suçlar gerçek olmayan ihmali suçlar olarak düzenlenmemiştir. Gerçek olmayan ihmali suçlardan dolayı bir kimsenin fail olabilmesi için icrai olarak işlenebilen bir suçun (neticeli serbest hareketli) ihmali olarak da işlenebileceğinin

339 ibid 502; Roth (n 49) 67. *Ad hoc* mahkemelerin içtihatlarında ihmali azmettirme, emretme ve planlamanın mümkün olduğu kabul edilmişti. Örneğin asılların suç teşkil eden davranışlarını işlemesine ortam hazırlamak ihmali azmettirme kapsamında kabul edilmişti. İhmali azmettirmenin kabul edilebilmesi için azmettirenin de fail gibi hukuksal değerlerin korunması bakımından özel yükümlülük altında olması gerektiği ileri sürülmüştür. Fakat failin alacağı kararı doğrudan ve esaslı olarak etkilemesi gerektiği için azmettirmenin icrai olarak işlenebileceği genel olarak kabul edilir. Bkz aktaran ibid 67.

340 Özgenç (n 7) 623, 635.

341 Uluslararası ceza hukukunda, üstün emretme sorumluluğuna dayanarak fail olarak cezalandırılmasına yönelik içtihatların yerinde olmadığı hakkında bkz Schabas (n 71) 235.

yani icrai hareket ile ihmali hareketin eşdeğerliliğinin³⁴² açıkça kanunda düzenlenmesi gerekir. Bu, kanunilik³⁴³ ilkesinin bir sonucudur. Statü'de, Mahkeme'nin yargılamaya yetkili olduğu suçların kapsamında cezalandırılan fiillerin mahiyeti dikkate alınarak bu hususta düzenleme yapılması gerekir. Örneğin, soykırım kapsamında işlenen öldürme suçu serbest hareketli ve neticeli bir suçtur. İhmali davranışla kasten öldürmeden dolayı bir kimsenin suçun icrai şeklinin düzenlendiği hüküm kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. İcrai davranışa eşdeğer ihmali davranışın ayrıca cezalandırılabilirliğine ilişkin hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim TCK'da kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi ayrıca cezalandırılmıştır. Statü'de gerçek ihmali suçların cezalandırıldığı genel³⁴⁴ bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumda astın suçlarını önleme yükümlülüğünü yani denetim görevini ihmal eden üstün ne doğrudan ne de müşterek fail olabilmesi mümkündür. Ancak bu, üstün otoritesi altındaki astının fiiline yardım eden olarak sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla Statü md 28'de bahsi geçen koşulların gerçekleşmesi durumunda üstün şerik (yardım eden) olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

c. Objektif ve Sübjektif Unsurları

(1) Genel Olarak

Üstün sorumluluğu öğretisi, örfi hukuktan hareketle ortaya konulmuştur.³⁴⁵ Üstün sorumluluğunun objektif ve sübjektif unsurları şunlardır: Birinci objektif unsur üst ve ast arasında altlık-üstlük ilişkisinin olmasıdır. İkincisi uluslararası ceza hukuku ihlallerini önlemeye veya cezalandırmaya dair makul tedbirlerin alınmaması olmasıdır. Bunun yanında Statü'de objektif unsur kapsamında ayrıca nedensellik ilişkisi (*causality*)³⁴⁶ aranmaktadır. Makul ve gereken tüm önlemleri almadığından

342 Eşdeğerlilik ile ilgili yasal (*legal*) ve ahlaki (*moral*) olmak üzere iki yaklaşım ileri sürülmüştür. İlk yaklaşıma göre eşdeğerlilik, hukuki bir normun varlığını gerektirir ve hukuki olarak bir norm olmadığı sürece ihmalen dolayı ceza sorumluluğu doğmaz. İkinci yaklaşım, eşdeğerlilik bakımından ihmali hareketi, kınanabilirliği olan (kusurlu) hareket olarak kabul eder. Her ikisi de birbirini tamamlar niteliktedir. Uluslararası ceza hukuku, ahlaki standartların ağır ihlalini oluşturan hareketin "hukukta masum" olarak nitelendirilemeyeceğinin garantilenmesini amaçlar. Aynı zamanda kanunilik ilkesi, ihmalen dolayı ceza sorumluluğunu doğuran yükümlülük ihmalinin kaynağının dikkatli bir şekilde incelenmesini gerektirir. Roth (n 49) 74.

343 Kanunilik ilkesinin düzenlendiği Statü md 22 ile "Suçun Unsurları" belgesinin genel girişinin ikinci paragrafı, yedinci paragrafının a ve b bentleri ile dokuzuncu paragrafları dikkate alındığında icrai hareket anlamında kullanılan *conduct* kelimesinin ihmali hareketi de ihtiva ettiği ve bu yüzden gerçek ihmali suça ilişkin bir hükmün yokluğunun kanunilik ilkesinin ihmali anlamına gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz ibid 70. Ancak uluslararası suçların ciddi ve ağır suçlar olduğu dikkate alındığında bu hususta kanunilik ilkesi sert yorumlanmalıdır. İhmal için her bir suç tipi kapsamında düzenlenen neticeli suçlar bakımından düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuda yapılacak genel bir düzenleme de yeterli değildir. Hangi ihmali davranışların suç teşkil edeceği konusunda bir belirsizlik ortaya çıkabilir. Bu da kanunilik ilkesini ihlal eder. Dolayısıyla üstün fail gibi sorumlu tutulabilmesi için makul olan çözüm, neticeli suçlardan hangilerinin ihmali hareketle işlenebileceğinin unsurlarıyla birlikte ayrıca düzenlenmesidir.

344 Temmuz 1998'de Roma Konferansı'nın Hazırlık Komitesi tarafından ihmalen kaynaklı ceza sorumluluğunu kapsamlı düzenleyen taslak bir hüküm (md 28) hazırlanmıştı. Ancak gerçek olmayan ihmali suçlardan dolayı sorumluluğun gereklerini açıkça düzenleyen bu hüküm konferans sonunda kabul edilmemişti. Statü'nün mevcut halinde açık bir şekilde ne fiilin ihmali olarak işlenebileceğine ilişkin ne de yükümlülüğün ihlaline ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bkz ibid 60, 70.

345 Schabas (n 71) 234. Üstün sorumluluğu öğretisinin objektif ve sübjektif unsurları hakkında detaylı bkz Jackson (n 274) 416 vd.

346 Jackson (n 274) 426.

dolayı bu suçların işlendiği ispatlanmalıdır.³⁴⁷ Sübjektif unsur, üstün, astlarının ceza sorumluluğunu gerektiren faaliyetlere giriştiklerini bilmesi veya bilmesi gerektirir.³⁴⁸

(2) Objektif Unsurlar

Üstün sorumluluğu öğretisinde **ilk objektif unsur** astlık-üstlük ilişkisinin varlığıdır. Bu unsur, üstün sorumluluğu öğretisinin mihenk taşıdır.³⁴⁹ Üstlük, “başkasını belirli bir eyleme zorlayabilme yetkisi ve ehliyeti bakımından üstün konumda olma” demektir. Bu bağlamda, belli bir davranışı talep etme yetkisinin ve fiili olarak zorlama ehliyetinin olması yeterlidir. Kısacası, astın suçları işlemesini önleme veya işlemişse bu suçları cezalandırma bakımından “üstün maddi iktidarı” şeklinde tanımlanabilir.³⁵⁰

Resmi komuta zincirinin olduğu modern disiplinli ordularda görünürde astlık-üstlük ilişkisi rahatlıkla tespit edilebilir. Ancak modern çatışmalarda bu temelden hareket edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu yüzden EYUCM’nin *Celebici* kararında³⁵¹ suç oluşturan fiilleri önleme ve cezalandırma iktidarı olarak tanımlanan “etkili kontrol testi”³⁵² geliştirilmiştir. Bu, UCM’nin kabulüyle maddi anlamda etkinin yeterli olmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla üstün, bulunduğu konumu vasıtasıyla astlarının üzerinde resmi veya resmi olmayan bir hiyerarşi kurması gerekir.³⁵³ Bu unsurdan, üstün astlarını etkili bir şekilde kontrol etme yetkisinin olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak kontrolün mekanik ve doğal değil, yüksek derecede normatif standartlar çerçevesinde mütalaa edilmesi gerekir. Bu, somut olayda üstün konumuna göre değişir. Doğrudan bir kontrolün yeterli olup olmadığı, kontrolün başka üst veya astlar tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı ve üstün astlarını ne kadar tanıdığı gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekir.³⁵⁴

347 Cryer and others (n 26) 389; Ambos (n 25) 161; Jackson (n 274) 410–411, 416, 430; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529.

348 Ambos (n 59) 19; Jackson (n 274) 410, 416; Ambos (n 25) 161; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529.

349 Ambos (n 25) 162; Jackson (n 274) 417; Keith (n 142) 618; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 108; Başak (n 55) 80.

350 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109.

351 *The Prosecutor v Zejnir Delalic et al* (Judgement) ICTY IT-96-21-A, A Ch (20 February 2001), para 256 [*Celebici Case*]-<<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2001/en/91728>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024. Ayrıca bkz aktaran Keith (n 142) 622 vd.

352 Ambos (n 25) 177; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109.

353 Cryer and others (n 26) 390.

354 Ambos (n 25) 177.

Astlık-üstlük ilişkisinin, hukuken (*de jure*)³⁵⁵ veya fiilen (*de facto*)³⁵⁶ olması mümkündür.³⁵⁷ Üstün hukuki konumu tek başına belirleyici değildir, yani fiilleri önleme ve cezalandırmada genel anlamda fiili bir gücün (iktidarın) olması gerekir. Fakat astlık-üstlük ilişkisinin hukuki olması etkili kontrolün bir kanıtı olabilir. İlişkinin niteliği her somut olaya göre değişir. Astların üzerinde otoriteyi tesis etmek için güç kullanımına ihtiyaç duyulması durumunda, otomatik olarak etkin kontrolün sağlanmadığı çıkarımı yapılamaz.³⁵⁸

Hukuki astlık-üstlük ilişkisi, ilgili üste yetkili makamın resmi olarak görev tevdi etmesiyle kurulur ve üste hukuken emretme yetkisini verir. Bu ilişki, üstün görev yaptığı teşkilat içerisindeki konumu ve bu konumun kurumsal işlevinden hareketle belirlenir. Üstün emretme yetkisini fiilen kullanması söz konusu olabilir. İlişkinin hukuken tespit edilemediği özellikle iç savaşlarda, gayri resmi teşkilatlanmaların başında olanlar ve fiilen kontrolü altındaki kişilerin işlemesi muhtemel suçlarını önleme ve cezalandırma yetkisini haiz olanlar, bu görevlerini ihmal etmelerinden dolayı sorumlu tutulabilirler.³⁵⁹ Üst ile ast arasında resmi veya gayri resmi bir “tabiiyet, hiyerarşi veya emir komuta zinciri” ilişkisinin olması esastır.³⁶⁰

Hukuken veya fiilen altlık-üstlük ilişkisinde emir-komuta zincirinin (*chain of command*) bulunması gerekir. Fakat astın üste doğrudan bağlı olması gerekmez. Üst, emir-komuta zincirinde doğrudan kendisine bağlı olmayan kişilerin fiillerinden de sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla bir astın fiilinden birden fazla üst sorumlu tutulabilir.³⁶¹

Emir-komuta zinciri, üstün doğrudan veya dolaylı³⁶² olarak emri altında personelin olmasını gerektirir. Fakat bundan anlaşılması gereken, üstün emrine verilmiş personelin varlığı değil, hukuki teşkilatlanma içerisinde üst gibi davranan kişinin fiili ve etkin kontrolü altındaki personellerin davranışlarını belirleyebilme gücünün varlığıdır. Diğer

355 Amirin emrini ifaya ilişkin Statü md 33'te ise aradaki ilişkinin sadece hukuken olabileceği kabul edilmiştir. Bkz Değirmenci (n 22) 82.

356 Asıl problem *de facto* ilişkinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Uluslararası yargı mercileri bu hususta bazı ölçütler geliştirmişlerdir. Örneğin EYUCM, görev dağılımını bir ölçüt olarak kullanmıştır. Bunun yanında, belli bir yerde görevi olan kişilerin o yerde bulunan bir kimsenin talimatlarına uyması, emirlerine itaat etme yükümlülüğü altında olması ölçüt olarak göz önünde bulundurulabilir. Ayrıca emirleri imzalama yetkisinin *de facto* ilişkinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilmesi mümkündür. Bir görüş, diğerleri üzerinde etkili olmayı da bir ölçüt olarak kabul etmektedir. Bir kimse, *de facto* olarak denetimi altında olan kişiler üzerinde nüfuzunu kurabiliyor ve onları yönlendirebiliyorsa, bu kişinin hukuki konumu dikkate alınmaksızın üst olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun için üstün, o kişileri etkin kontrolü altına alması gerekir. Bkz aktaran Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 111.

357 Cryer and others (n 26) 390; Keith (n 142) 618; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 108; Değirmenci (n 22) 82.

358 Cryer and others (n 26) 390.

359 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529–530; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 108.

360 Jackson (n 274) 417.

361 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109–110.

362 Doktrinde bu durum “zincirleme üstün sorumluluğu (*multiple superior responsibility*)” ile ifade edilmektedir. Bu bağlamda suçu asil işleyen kişinin bu fiilinden dolayı sorumluluğun zincirin en başındaki kişiye isnat edilemeyeceği meselesi üzerinde durulmuştur. Doktrinde sorumluluğun isnadının temellendirilmesinde fiziksel olarak fiilin işlenmesi ile zincirin en başındaki üstün ihmhalinin birbirinden çok uzak olduğu ileri sürülmüştür. Bkz Jackson (n 274) 415.

bir ifadeyle üstün, astın davranışlarını belirleyebilme konusunda etkin bir denetim gücünü elinde bulundurması gerekir.³⁶³

Üstün ast üzerinde etkili bir denetime sahip olması ve astın suçunu önleme veya onu cezalandırma konusunda yeterliliği gösteren bir gücü elinde bulundurması gerekir. Bu belirleme konusundaki değerlendirme her somut durum için bağımsız olarak ele alınmalıdır.³⁶⁴ Üstün fiili ve etkin kontrol yetkisini kullandığının belirlenmesinde uluslararası ceza hukukunda bazı ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütler şu şekilde örneklendirilebilir: Hiyerarşik olarak teşkilatlanmış ve belli bir gayeye yönelen bir topluluğun ve teşkilat içiresinde emir-komuta zincirinin varlığı, genel itibariyle kabul görmüş emretme ve verilen emirlere itaat etme uygulamasının olması, astların itaat etmeme veya emre karşı çıkma durumunda bu davranışlarının disiplin cezası gerektireceği beklentisini taşımaları, üstün fiili ve etkin bir şekilde yetkilendirmediği fiilleri önleme ve cezalandırmama konusunda imkân sahibi olması gerekir.³⁶⁵

İkinci objektif unsur, ast tarafından işlenen ve üstün bildiği ya da bilmesi gerektiği suçları önlemeye veya cezalandırmaya dair makul tedbirlerin alınmamış olması, yani “müdahale yükümlülüğünün”³⁶⁶ yerine getirilmemesidir.³⁶⁷ Tedbirlerin üstün kontrolünün tabiatına uygun olarak alınması gerekir. Statü’de belirtildiği gibi, suçları önleme veya cezalandırma amacına matuf olarak imkân dâhilinde ve/veya ilgili kovuşturma makamlarına tevdi edilen konuya ilişkin alınan tedbirlerin makul olması gerekir. Hangi tedbirlerin üst tarafından alınacağı üstün sahip olduğu güce bağlı olup bu konuda bir içerik analizi yapılmalıdır. Bu bağlamda, suçları önleme veya cezalandırma konusundaki ihmaldene dolayı üstün sorumluluğu cihetine gidilebileceğini önemle vurgulamak gerekir.³⁶⁸ Ast tarafından işlenmeden önce üstün bildiği veya bilmesi gereken suçların önlenmesi veya cezalandırılması bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ancak suçu önleme konusunda gücü olmakla birlikte, astı hemen cezalandırmakla durum düzeltilemiyorsa astın suçu işlemesini önlemede gösterdiği ihmalden dolayı üstün sorumlu tutulmaması gerekir.³⁶⁹

Üstün, astlarının davranış ve fiillerini denetleme ve gözetleme, bu kapsamda astın suç oluşturan fiillerini önleme ve işlenmiş suçları cezalandırma yükümlülüğünün olması gerekir.³⁷⁰ Diğer bir ifadeyle, üstün denetleme ve kontrol konusunda garantör olması, yani olayda bir garantörlük durumunun olması gerekir. Garantörlük, meşru ve pozitif hukuktan

363 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529–530; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 109–110.

364 Başak (n 55) 82.

365 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 110; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 530.

366 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 120, 125.

367 Cryer and others (n 26) 394; Jackson (n 274) 419; Keith (n 142) 618.

368 Cryer and others (n 26) 394–395; Jackson (n 274) 419 vd.

369 Cryer and others (n 26) 394–395.

370 Jackson (n 274) 419.

(örfi hukuktaki durumlara denk gelen sözleşme hukukunda pozitif bir düzenlemeye dayanan bir normdan) kaynaklanmalıdır.³⁷¹ Ancak kanaatimizce, Mahkeme'nin yargı yekisi kapsamındaki uluslararası suçlar gerçek ihmali suçlar olarak düzenlenmemiştir. Bu yüzden üstün bu suçlar bakımından garantörlüğünden ve dolayısıyla kanunilik ilkesi gereği bu suçlardan dolayı fail olarak ceza sorumluluğundan bahsedilemez.

Denetleme, gözetleme ve işlenen suçlardan dolayı cezalandırma yükümlülüğünün doğması için üst, hukuka uygun davranmaya yönlendirmek amacıyla astlarını bilgilendirmeli, ilgili konularda gerekli eğitimi ve nasihatleri vermeli ve üzerlerinde daimi bir denetim ve gözetim tesis etmelidir. Bu çerçevede bazı hususlara üstün dikkat etmesi gerekir. Üst, emri altındaki kuvvetlerine insancıl hukuk konusunda gerekli eğitimi vermelidir. Operasyonel kararlarda uluslararası insancıl hukuk kurallarına riayet etmelidir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali durumunda bu ihallerden haberdar olmayı sağlayacak etkin bir bildirim sistemini kurmalı ve bildirim sisteminin denetimi konusunda etkin bir kontrol sağlamalıdır. Hukuka aykırı durumlar gerçekleştiğinde veya gerçekleşmek üzere olduğunun bilincine vardığında bunları düzeltici tedbirlere başvurmalıdır.³⁷²

Bütün bu yükümlülükler kapsamında üstün, normal bir üstün emri altındaki astlarının fiillerini denetleme konusunda göstermesi gereken özene göre hareket etmesi gerekir.³⁷³ Statü md 28'de "yetkisi dâhilindeki tüm gerekli ve makul önlemleri"³⁷⁴ alması koşulu aranarak bu hususta yüksek bir eşik aranmıştır. Kısacası, üstün astlarının işlediği veya işlemekte olduğu suçları önlemesi veya cezalandırması gerekir. Örneğin, henüz suç işlenmemiş olsa bile eldeki bilgi ve istihbarata göre işlenmesi imkân dâhilindeyse emir-komuta zincirindeki ilgili yetkili üstlerin, suçların işlenmesini önlemeye yönelik emirler çıkartmaları ve bu husustaki emirlerin yerine getirildiğini denetlemeleri gerekir. Bu hususta üstün sorumluluğunun doğması için ihmal sonucu astlar tarafından suç işlenmeli veya en azından suç teşebbüs edilmelidir. Salt anlamda ihmal, cezai sorumluluğa yol açmaz.³⁷⁵

Doktrinde üst tarafından alınması gereken tedbirlere ilişkin bazı noktalara dikkate etmek gerekir. Öncelikle üstün suçları önleme ve cezalandırma yükümlülükleri birbirinden farklıdır. Her iki durumda da tedbirleri almak için üstün, astı tarafından işlenen suçları önleme ve/veya gerekirse cezalandırma için harekete geçmesi ve bu kapsamda alınan tedbirlerin makul olması gerekir. Alınan tedbirlerin gerekli, makul ve bunun maddi olarak imkân dâhilinde olup olmadığının belirlenmesinde etkin kontrolün derecesi önem arz eder.³⁷⁶

371 Ambos (n 25) 176.

372 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 532–533. Üst tarafından alınması gereken tedbirlere ilişkin bkz Jackson (n 274) 421; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 120–121.

373 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 121.

374 Jackson (n 274) 420; Başak (n 55) 80.

375 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 533.

376 Jackson (n 274) 419–420.

Statü'de **üçüncü objektif unsur**, işlenen suçlar ile denetleme görevinin ihlali arasında aranan nedensellik bağıdır.³⁷⁷ Ancak ne çeşit bir nedenselliğin olması gerektiği düzenlemeden (Statü md 28) anlaşılammaktadır. Nedensellik, sadece üstün, ast tarafından suçların işlenmesinin önlenmesi yükümlülüğü bakımından kabul edilmiştir. İşlenen suçlardan dolayı astın üst tarafından cezalandırılması bakımından kabul edilmemiştir.³⁷⁸ Mezkûr düzenlemeye göre, makul ve gereken tüm önlemleri almadığı için bu suçların ast tarafından işlendiği kanıtlanmalıdır.³⁷⁹ UCM'nin içtihatlarında üstün kontrol yükümlülüğü ile suçlar arasında ilişkinin olabileceği kabulünden hareketle, sadece suçları önlemede ihmal konusunda nedenselliğe başvurulmaktadır. Ast tarafından işlenen suç ile üstün ihmali arasında kurulmaya muhtaç doğrudan bir nedensellik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda Roma Statüsü md 28 çerçevesinde, üstün ihmalinin suçun işlenme tehlikesini (riskini) arttırdığının kanıtlanması yeterlidir.³⁸⁰ Suçların ast tarafından işlenmemesi veya işlenmesini önleme konusunda üstün yükümlülüğünü ihmal etmesinin kuvvetle muhtemel (*high possibility*) şekilde suçların işlenme tehlikesine yol açacağına ortaya konulması gerekir.³⁸¹

(3) Söbjektif Unsurlar

Üstün sorumluluğu öğretisinde en tartışmalı konu söbjektif unsurdur.³⁸² Bunun, ihmal sonucu gerçekleşen sorumluluğun geniş bir alan olmasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.³⁸³

Uluslararası ceza hukukunda üstün kasten, olası kastla veya taksirle (bilinçsiz veya bilinçli) hareket etmek suretiyle yükümlülüğü ihmal etmesi mümkündür. Buradaki kast, denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlaline ilişkin kasttır. Astın işlemekte olduğu suçu bilmesine rağmen bunlara göz yummak şeklinde ortaya çıkan kast, doğrudan üstün sorumluluğunu gerektirir. İhmal neticesinde astın işlediği suçlar açısından üstün sorumluluğu taksir derecesini aşamaz.³⁸⁴

Üstün, astın fiili işlemek üzere, işleniyor veya işlenmiş olduğunu bilmesi gerekir. Yani üstün sorumluluğunun söbjektif unsuru bilmedir.³⁸⁵ EYUCM ve RUCM içtihatlarında bilmenin iki şekilde gerçekleşebileceği kabul edilmiştir: Gerçekten

377 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 121–122. Belirtmek gerekir ki uluslararası örfi hukukta bu şart aranmamaktadır. Örneğin, EYUCM'nin içtihatlarında [*Oric Case* (30.06.2006), para 338] astın işlediği suçlar ile üstün ihmali arasında nedensellik ilişkisi aranmamıştır. Bkz aktaran Ambos (n 25) 178; Jackson (n 274) 426–427.

378 Jackson (n 274) 426–427.

379 Ambos (n 25) 177–178; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529. Üstün sorumluluğu ihmale dayandığı için nedenselliğin zor ve fakat imkânsız olmadığı, bu yüzden bu unsura başvurulabileceği hakkında bkz Cryer and others (n 26) 396.

380 Bkz aktaran Cryer and others (n 26) 396–397.

381 Jackson (n 274) 427.

382 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 119–120.

383 Cryer and others (n 26) 392. Söbjektif unsurun doktrinde uzun zamandır tartışılan bir konu olduğu hakkında bkz Jackson (n 274) 422.

384 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 112.

385 Keith (n 142) 618 vd; Başak (n 55) 80.

bilmek (*actual knowledge*)³⁸⁶ ve dolaylı olarak bilmek veya bilmesi gerekmek (*constructive knowledge*).³⁸⁷ Bilme, Statü md 30 (3)'te suçun subjektif unsuru ile bağlantılı olarak “*bir durumun varlığının veya olayların normal akışına göre bir neticenin gerçekleşeceğini bilincinde olma*” şeklinde ifade edilmiştir.³⁸⁸

Bilme doğrudan veya koşullardan buna işaret eden bir kanıtla ortaya konulmalıdır. Somut olayın şartlarından hareketle elde edilen delilin çerçevesinde hukuka aykırı fiillerin sayısı, türü ve kapsamı bu fiillerin işlendiği zaman, askeri güç ve lojistiğin sayısı ve türü, coğrafi konum, fiillerin gerçekleşme sahası (yayılmı), operasyonların planlı olarak gidişatı, katılan yetkili ve personelin benzer fiilleri icra tarzı ve komutanın aynı zamanda bulunduğu yer gibi hususlar göz önünde bulundurulur.³⁸⁹

Uluslararası hukukta işlenmesi emredilen veya bilerek işlenmesine göz yumulan suçlara ilişkin doğrudan bir kanıtın bulunmadığı durumlarda iki çözüm savunulmuştur. Birinci çözüm, üstün emriyle astların suçu işlediğinin karine olarak kabul edilmesidir. Belli suçların bilerek işlendiğinin kanıtlanmasının zor olduğu durumlarda ulusal hukuk sistemlerinde bu çözüm çok yaygındır. İkinci çözüm; üstün suçların işlenmesini emrettiği için değil, bunları önlemeyi ihmal ettiği için cezalandırılmasıdır. Statü'de (md 28) ikinci çözüm tercih edilmiştir.³⁹⁰

İşlenen veya işlenmekte olan suçların varlığını kanıtlamak zor olsa da somut olayın koşullarından hareketle maddi delillerin incelenmesi sonucu üstün olayları bildiği sonucuna ulaşmak mümkün olabilir.³⁹¹ Üstün ast tarafından işlenen suçları ve suç tiplerini bilmesi, cezai sorumluluk bakımından yeterli görülmemiştir. Ast tarafından suçun işlendiğini veya işlenmekte olduğunu bilmesinin gerekmesi de yeterlidir. Fakat bu, faillerin kimliğinin tam olarak bilinmesini ihtiva etmez.³⁹² Statü md 28'de bu husus, “bilmesi gerekirdi” anlamına gelen *should have known*³⁹³ şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin; bir komutan, bilme konusundaki kayıtsızlığı nedeniyle işlendiğini bilmediği savaş suçlarından dolayı sorumlu tutulabilir. Ayrıca daha sonra işlendiğini

386 Jackson (n 274) 422; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113; Keith (n 142) 620.

387 Bkz aktaranlar Ambos (n 25) 162; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 531; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113, 114. Modern içtihat hukukunda amaç, bilme, bilinçli taksir ve basit taksir arasında ayırım yapılmaktadır. Bkz Ambos (n 59) 21, 22. Bilme veya bilmesi gerekme unsuruna göre Türk ceza hukuku bakımından üstün sorumluluğuna ilişkin yapılan değerlendirmeler için bkz Önok, ‘Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor’ (n 19) 57–58; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 296) 112–113.

388 Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 112.

389 Cryer and others (n 26) 390. Ayrıca bkz Keith (n 142) 620–621; Başak (n 55) 82; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113.

390 Schabas (n 71) 232; Ambos (n 59) 19; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 97.

391 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 531; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 113.

392 Cryer and others (n 26) 390–391.

393 Ambos (n 59) 18; Jackson (n 274) 423; Ambos (n 25) 179; Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 114. EYUCM’nin içtihatlarında *has reason to know* (*bilmesi gerekme*) kavramı kullanılmıştır. Bkz aktaran Keith (n 142) 622. Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol md.86 (2)’de “suçların işlendiği sonucuna varmalarını mümkün kılan bilgiye sahip olma” anlamına gelen *had information enabling them to conclude* ifadesi kullanılmıştı. Bkz aktaran Önok, ‘Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini’ (n 302) 114.

öğrendiği savaş suçlarını rapor etmemesi bu suçlara iştirakten dolayı cezalandırılmasını gerektirebilir. Üst, emir komuta zincirinde suçu işleyen astlara birim olarak ne kadar yakınsa ihlalleri bilmesi gerektiği de o kadar muhtemeldir.³⁹⁴

Astın fiili işlemek üzere, işleniyor ya da işlenmiş olduğuna ilişkin ihtimalin bulunduğu bir durumdan haberdar olmasına ve emin olmak için ek araştırma veya soruşturma yapması gerekmesine rağmen bunu ihmal eden üst sorumludur. Üstün bilgi eksikliği, üst statüsünde olduğu durumun kendisine verdiği yetkiyi kullanmamaktan veya bilmesini gerektiren bir durumdan kaynaklanması halinde üst yine de sorumludur.³⁹⁵ Bunun yanında, fiilin işlenmek üzere olduğunu bilmekle birlikte o an fiilin işlenmesini önlemeyip daha sonra sırf bu hatasını geçiştirmek amacıyla astı/astları cezalandırma yoluna giden üstün sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.³⁹⁶

Doktrinde sübjektif unsur temelinde üstün sorumluluğunun derecelendirilebileceği ileri sürülmüştür. Alman Uluslararası Hukuka Karşı İşlenen Suçlar Kanunu'nda (AUHKİSK)³⁹⁷ üç kategori kabul edilmiştir: **Askeri amir veya diğer üstlerin sorumluluğunu** kapsayan birinci kategoride fail (üst), astın suçu işlediğini veya işlemek üzere olduğunu bilmektedir. Mezkûr kanunda bu durumda üstün şerik gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İkinci kategori, **gözetim görevinin ihlaline** ilişkindir. Kasten veya taksirle asta gereği gibi nezaret etmede ihmal gösteren üstün sorumluluğunun düzenlendiği bu durumda, kast varsa beş yıla kadar, taksir varsa üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ancak bu ihtimalde üstün suçun işlenmek üzere olduğunu öngörebilmesi ve bunu önleyebilecek durumda olması gerekir. Üçüncü kategoride **suçu bildirmeme görevini ihmal** düzenlenmiştir. Bu durumda üstün suçun işlendiğini bilmesine rağmen soruşturulması veya kovuşturulması konusunda yetkili mercie durumun bildirmemesi beş yıla kadar hapis cezası ile yaptırma bağlanmıştır. Doktrindeki bu kategorilerin uluslararası ceza hukukunda henüz kabul edilmediğini belirtmek gerekir.³⁹⁸

Statü md 28'de astın sorumluluğu bakımından sübjektif unsur için daha ağır koşullar aranmıştır.³⁹⁹ Böylece sorumluluk rejimini taksirden daha yüksek bir eşik olarak belirlenmiştir. Bu şekilde Statü, sivil üstlerin konumunu dikkate almak suretiyle uluslararası hukukta üstün sorumluluğuna ilişkin öğretiyi değiştirmiştir. Mezkûr düzenlemeyle, sivil üstlerin astları üzerindeki tam kontrolü sağlayamamaktan dolayı işlenen suçlardan kovuşturulmalarını zorlaştırmıştır.⁴⁰⁰ Böylece ceza hukukunun genel

394 Cryer and others (n 26) 394; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 531–532; Aslan (n 21) 246. Bu ihtimalde üstün sorumluluğunun, gerçek durumu öğrenmemesi hususundaki taksirine dayandığı hakkında bkz Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 114.

395 Başak (n 55) 82.

396 ibid 83.

397 deutsches Völkerstrafgesetzbuch [vom 26.06.2002 BGBl I S 2254].

398 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 119–120.

399 Cryer and others (n 26) 390; Jackson (n 274) 423.

400 Ambos (n 59) 18.

ilkelerinden sapmadan ve fakat geniş sorumluluk doğuracak şekilde bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁰¹ Demek ki, üstün suçun işlenmekte veya işlenmek üzere olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi yeterli değildir. Üst, Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki fiillerin işlendiğini bilmeli veya işlendiği hususundaki bilgileri bilinçli olarak dikkate almamak suretiyle hareketsiz kalmalıdır. Yani daha yoğun bir subjektif durum benimsenmiştir. EYUCM'de bu bakımdan askeri ve sivil amirler arasında böyle bir ayırım yapılmamıştır. Böylece Statü'de üstün sorumluluğu öğretisinin diğer şartları da oluşmuşsa sivil üstlere de uygulanabileceği yönündeki anlayış değiştirilmiştir.⁴⁰²

Bununla birlikte Statü'de askeri ve sivil üstler için subjektif unsur bakımından bir farklılaşmaya gidilmiştir.⁴⁰³ Statü md 28'de, siviller bakımından sahip olunan bilgiye karşın görmezden gelme durumunun gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda olaylardan bihaber olan sivil üst işlenen veya işlenmekte olan fiillerden dolayı sorumlu tutulamaz.⁴⁰⁴ Buna göre, hükmün örfi değeri zamanla kabul edilirse Statü bakımından askeri üstler için taksir (*negligence*), sivil üstler için bilinçli taksir (*recklessness*) derecesinde sorumluluğun tespit edilmesi gerekir. İfade etmek gerekir ki EYUCM ve RUCM sivil ve askeri üstler için manevi unsura ilişkin böyle bir ayrımı benimsememiştir.⁴⁰⁵ Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol md.86 (2)'de "suçların işlendiği sonucuna varmalarını mümkün kılan bilgiye sahip olma" ifadesi bilinçli körlük (*wilful blindness*) anlamında "bilinçli bilgisizlik (*conscious ignorance*)" olarak yorumlanmıştır.⁴⁰⁶ Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, astın işlediği suçları bilmesi gerekmesi bakımından üstün sorumluluğu gerçek durumu öğrenmeme hususundaki taksirine dayanır.⁴⁰⁷

Sonuç

Uluslararası ceza hukuku; uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlarla (savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçu) ilgilenen, ulusal ceza hukuklarından ayrı ve fakat onlardan ilham alan farklı karakteri olan bir disiplindir. Ceza sorumluluk bakımından tarihsel süreç içerisinde bu disiplinin kendine özgü prensipleri ortaya çıkmıştır. Örneğin üstün sorumluluğu öğretisi bu bağlamda ortaya çıkmış ve Roma Statüsü'nde (md 28) olduğu gibi uluslararası mahkemelerin statülerinde kendine yer bulmuştur. Uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarının da bu husustaki etkisini gözden kaçırmamak gerekir. Bu bağlamda müşterek suç girişimi, EYUCM'nin içtihatları ile iştirake benzer bir kurum olarak geliştirilmiş bir kurumdur.

401 Aslan (n 21) 245. Aynı yönde bkz Jackson (n 274) 425.

402 Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 529.

403 Jackson (n 274) 424-425.

404 Ambos (n 25) 179; Jackson (n 269) 424; Tezcan, Erdem and Önok (n 19) 532; Önok, 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (n 19) 116.

405 Ambos (n 59) 16-17; Ambos (n 25) 179; Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 116.

406 Ayrıca bkz Ambos (n 25) 179.

407 Önok, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (n 302) 114.

Suçta iştirak, uluslararası ceza hukukunun kendine has özellikleri çerçevesinde şekillenmiştir. Bu durum, çalışmada esas alınan Roma Statüsü için de geçerlidir. Uluslararası suçlar bakımından asıl sorumlu olan kişiler suç tipinin maddi unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişiler değildir. Tipik fiillerin işlenmesine neden olan kişiler daha çok arka planda duran üst düzey idareciler ve komutanlardır. Bu bağlamda emretme, müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu öğretisi Statü’de bağımsız sorumluluk rejimleri olarak düzenlenmişlerdir. Bununla birlikte Statü’de iştirakin klasik görünüş şekilleri olarak faillik kategorisinde doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik; şeriklik kategorisinde azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir. Statü’de müşterek suç girişimi ve üstün sorumluluğu kurumları hariç tutulduğunda temelde ikici iştirak sisteminin benimsendiğini söylemek mümkündür.

Ulusal ceza hukukları ve uluslararası ceza hukukunda kabul edilen iştirakin görünüş şekilleri arasında farklılıklar ve benzerlikler bulunmaktadır. Muhtevaları bakımından farklılıklar olsa da Türk ceza hukukunda faillik şekilleri olan doğrudan, müşterek ve dolaylı faillik Statü’de temel esaslarıyla kabul edilmiştir. Örneğin, müşterek suç girişimine katkı sunmak bir faillik türü olarak kabul edilirken, böyle bir oluşuma katkı sunan bir kimsenin hukukumuzda şerik olarak sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

Ad hoc mahkemelerin uygulaması, suçta iştirak bakımından çoğunlukla tekdüze bir seyir izlemiş olsa da Roma Statüsü’nde ve UCM’nin içtihatlarında bu hususta yenilikçi yaklaşımlar benimsenmiştir. Mahkeme’nin içtihatlarında Alman doktrininde kabul edilen fiil hâkimiyeti ve özellikle dolaylı faillik kurumu bakımından “failin arkasındaki fail” doktrinine müracaat edilmesi buna işaret etmektedir. Zaten Statü’nün iştirake ilişkin hükümleri irdelendiğinde Alman ceza hukukunun etkisini görmek mümkündür. Aynı şekilde Alman ceza hukukunda olduğu gibi yan yana faillik ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak bu bir eksiklik olmayıp bu faillik kategorisi doğrudan faillik kapsamında değerlendirilebilir. Yan yana faillige ilişkin bu durum, Türk ceza hukuku için de geçerlidir.

Soykırım Sözleşmesi, EYUCM ve RUCM’nin statülerinde düzenlenen suç anlaşması ise Statü’de kabul edilmemiştir. Müşterek suç girişiminden dolayı suç anlaşmasına ilişkin bir hükme gerek duyulmadığı söylenebilir. Roma Statüsü’nde kabul edilmeyen, fakat önceki uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde ve içtihatlarında kendisine yer bulan bir iştirak şekli de planlamadır.

Ceza hukukunda failin işlediği haksızlık nedeniyle şerikin sorumluluğu bağıllık kuralına dayanır. Bu durumda failin fiiline bağıllığı ifade eden şeriklik sorumluluğu ikinci dereceden (bağlı) bir sorumluluk şekli olup Statü’de kabul edilmiştir. Statü’de emretme ve azmettirmeye ilişkin hüküm (md 25 (3) (b)) ile yardım etmeye ilişkin hükümde (md 25 (3) (c)) “işlenen veya teşebbüs edilen suç” ifadesiyle bu kural açıkça ifade edilmiştir. Bu kuralın bir sonucu olarak Statü’de akim kalmış azmettirme

cezalandırılmamıştır. Akim kalmış azmettirme, azmettirmenin özel bir durumu olup burada azmettirme fiili işlenmesine rağmen asıl fiil işlenmemektedir. Daha doğrusu, failin doğrudan doğruya icrasına başladığı bir fiilden bahsedilemez. Mevcut TCK'da da akim kalmış azmettirmeyi cezalandıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Alman ceza hukukunda ise başlı başına haksızlık teşkil eden bir fiil olarak cezalandırılmıştır (ACK md 30 (1)). Statü'de soykırımında bulunmaya doğrudan ve aleni tahrik etmek müstakil bir suç olarak düzenlenmiş ve bu şekilde bağluluk kuralından vazgeçilmiştir. Sadece soykırım suçu için düzenlenen bu durum UCM'nin yargılama yetkisi kapsamındaki diğer uluslararası suçlar bakımından da kabul edilmelidir.

Statü md 25 (3) (d) bendinde müşterek suç girişimi düzenlenmiştir. Doktrinde kurumun hukuki niteliği tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki baskın görüş, Statü'nün bu hükmünün bir müşterek suç girişimi düzenlemesi olmadığı yönündedir. Ayrıca UCM'nin içtihatlarında, kurumun müşterek suç girişiminden farklı olduğu ifade edilmiş ve uygulaması dışlanmıştır. Mezkûr hükümde, müşterek bir amaçla hareket eden insan gruplarının gerçekleştirdikleri veya gerçekleştirmeye teşebbüs ettikleri haksızlığa herhangi bir şekilde katkı sunanların sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce müşterek suç girişimi gibi bir kuruma yer verilmemesi daha isabetli olurdu. Çünkü bu oluşuma katkı sunanların eşit derecede sorumluluk sahibi olması, Statü'de kabul edilen cezaların şahsiliği prensibine aykırılık teşkil etmekte ve objektif ceza sorumluluğuna yol açmaktadır. Fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması şeriklerin sorumluluğu için kabul edilmiştir. Fiilin işlenmesine yönelik olarak müşterek bir amaç doğrultusunda hareket edilmesi müşterek faillğe ilişkin bir özelliktir. Bundan dolayı iştirak benzeri veya karma nitelikli bir kurum olarak nitelendirilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bunun yanında, hakkaniyeti sağlamak adına, cezanın belirlenmesi aşamasında işlenen suçun bir uluslararası suç olma niteliğini dikkate almak suretiyle cezanın üst sınırdan belirlenmesi yoluna gidilebilir. Böylelikle suç ve ceza arasındaki orantı da sağlanmış olur.

Statü md 28'de uluslararası ceza hukukuna özgü bir sorumluluk şekli olan üstün sorumluluğu öğretisi özel bir sorumluluk şekli olarak düzenlenmiştir. UCM'nin yargı yetkisi kapsamındaki uluslararası suçlar bakımından kabul edilen bu öğreti, üstün kendi idaresindeki astlarının işlediği fiillerden dolayı ceza sorumluluğunun belirlenmesine dayanır. Mezkûr maddede askeri üstler ile sivil üstlerin sorumlulukları ayrı ayrı detaylı olarak düzenlenmiştir.

Üstün sorumluluğu öğretisinde üstün cezai sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı olup doktrinde bağımsız, *sui generis* ve karma nitelikte bir sorumluluk şekli olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Alman ceza hukukunda ise bağımsız gerçek ihmali bir suç olduğu yaklaşımı kabul edilmiştir. Düzenlemenin ihmali suça ilişkin olduğunu kabul eden bu görüş, sorumluluğun üstün yükümlülük ihlalinin ciddi bir şekli olduğunu

ileri sürmüştür. Kanaatimizce şahsi ceza sorumluluğunu genişletici niteliğine rağmen üstün sorumluluğu öğretisi, başkasının icrai olarak işlediği suça ihmali bir davranışın cezalandırılabilirliği çerçevesinde değerlendirilmelidir. Astın davranışlarını denetleme yükümlülüğü altında olan üstün, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda yardım eden (şerik) olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya / Bibliography

Kitap ve Makaleler

Akbulut B, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV GÜHFD 167-212.

—, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. bs, Adalet Yayınevi 2022).

Ambos K, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute' (1999) 10 Criminal Law Forum 1-32.

—, 'Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility' (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 159-183.

Ambos K and Bock S, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)* (1st edn, Ashgate 2013) 323-339.

Antonio C, 'Instigation', *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. bs, Cambridge University Press 2019), 257-283.

Artuk ME and others, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs, Adalet Yayınevi 2022).

Aslan MY, 'Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu' (2007) TBB Dergisi 239-254.

Aydın D, 'Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi' (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131-167.

Baker DJ, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences* (1. edn, Routledge 2016).

Başak C, *Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar* (1 bs, Turhan Kitapevi 2003).

Baumann J and Weber U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, Gieseking 1985).

Bayraktar K, Evik VS and Kurt G, *Özel Ceza Hukuku: Uluslararası Suçlar (Cilt I)* (1 bs, On İki Levha Yayıncılık 2016).

Bock D, 'Grundwissen Zur Anstiftung (§ 26 StGB)' (2007) JA 599-604.

Bohlander M, *Principles of German Criminal Law* (1st edn, Hart Publishing 2009).

Çelen Ö, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020).

Cryer R and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edn, Cambridge University Press 2010).

- De Hemptinne J, 'Conspiracy' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 367-387.
- , 'Incitement' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 388-407.
- , 'Planning' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1 edn, Cambridge University Press 2019) 355-367.
- Değirmenci O, 'Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu' (2012) 10 Legal Hukuk Dergisi 57-96.
- Demirel M, 'Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri' (2017) 5 Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119-161.
- Dressler J, *Understanding Criminal Law* (7. edn, LexisNexis 2015).
- Einarsen T and Rikhof J, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes Terje Einarsen/ Joseph Rikhof* (1. edn, Torkel Opsahl Academic EPublisher 2018).
- Erem F, 'Suça İştirak' (1946) 3 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62-107.
- Evik VS, *Suçta İştirake Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu* (2. bs., On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Gal T, 'Direct Commission', *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 17-29.
- Geppert K, 'Die Anstiftung (§ 26 StGB)' (1997) JURA/Heft 6 299-305.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl, Springer Verlag 2015).
- Hacifazlıoğlu A, *Teori ve Uygulamada Suça İştirak* (1. bs, Bilge Yayınevi 2014).
- Hakeri H, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak' (2006) 1 Ceza Hukuku Dergisi 75-109.
- , *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. bs, Adalet Yayınevi 2023).
- Heine G and Weißer B, 'Anstiftung' in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019).
- , 'Beihilfe' in Adolf Schönke and Horst Schröder (eds), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019).
- İçel K, *Suçların İçtima* (1. bs, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972).
- , 'Görünüşte Birleşme (İçtima) ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35-49.
- J Ventura M, 'Aiding and Abetting', *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 173-256.
- , 'Ordering' (1. edn, Cambridge University Press 2019) 284-306.
- Jackson M, 'Command Responsibility' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 409-431.
- Jäger C, *Ezamens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, C F Müller 2019).
- Johannes K and Roef D, 'Forms of Participation', *Comparative Concepts of Criminal Law, (203-234), United Kingdom 2016*. (2nd edn., Intersentia 2016).

- Kadish SH, 'Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine' (1985) 73 California Law Review 323-410.
- Karakehya H, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk' (2008) 57 AÜHFD 133-163.
- Keçelioğlu E, 'Alman Ceza Hukukunda Faillik' (2006) TBB Dergisi 73-88.
- Keiler J, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law* (1. bs, Intersentia 2012).
- Keith KMF, 'The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence' (2001) 14 Leiden Journal of International Law 617-634.
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15 bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. bs, Adalet Yayınevi 2022).
- Koch A and Wirth K, 'Grundfälle Zur Anstiftung' (2010) JuS 203, 203-209.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017).
- Kurşun G, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi* (1 bs, İnsan Hakları Gündemi Derneği 2011) <https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.
- Less G, 'Der Unrechtscharakter Der Anstiftung' (1957) ZStW/Band 69-Heft 1 43, 43-58.
- Letzgus K, *Vorstufen Der Beteiligung* (1. Aufl, Duncker & Humblot 1972).
- Mahmutoğlu FS, 'Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu' (2005) LXIII İÜHFM 57.
- Maiwald M, *Einführung in Das Italienische Strafrecht Und Strafprozessrecht* (1. Aufl, Peter Lang 2009).
- Marchuk I, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law (A Comparative Law Analysis)* (1 edn, Springer Verlag 2014).
- Mitchell P, 'Mental Element in Complicity (Case Notes)' (1998) 9 King's College Law Journal 125-128.
- Noto F, *Secondary Liability in International Criminal Law- A Study on Aiding and Abetting or Otherwise Assisting the Commission of International Crimes* (1 edn, Dike Publishers 2013).
- Olofsson A, 'Aiding and Abetting International Crimes-In the Light of International Legal Pluralism' (Stockholm University, Faculty of Law, Department of Law 2016) <<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:968082/FULLTEXT01.pdf>> accessed 15 April 2023.
- Önok M, 'Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini' (2005) 1 Uluslararası Hukuk ve Politika 93-126.
- , 'Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor' (Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu/Almanya Büyükelçiliği 2010).
- , *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özen M, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı' (2007) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 239-253.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).

- Özkan H, *Ceza Hukukunda Azmettirme* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013).
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (12. bs, Turhan Kitapevi 2014).
- Rehaag C, *Prinzipien von Täterschaft Und Teilnahme in Europäischer Rechtstradition* (Duncker & Humblot 2009).
- Rende D and Köni B, 'Yeni İtalyan Ceza Kanununda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi' (1936) 2 İÜHFD 338.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019).
- Robbers G, *An Introduction to German Law* (5. Aufl, Nomos 2012).
- Robinson PH, *Criminal Law: Case Studies & Controversies* (1. edn, Aspen Publishers 1997).
- Roth R, 'Improper Omission' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 58-81.
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen Der Straftat* (1. Aufl, C H Beck 2003).
- Safferling C, *Internationales Strafrecht* (1. Aufl, Springer Verlag 2011).
- Sancar TY, *Çok Failli Suçlar* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 1998).
- Satzger H, 'Der >>omnimodo Factorus<<-Und Das, Was Man in Jedem Fall Dazu Wissen Muss!' (2017) JURA/Heft 10, 1169-1182.
- Schabas WA, *An Introduction to the International Criminal Court* (4th edn, Cambridge University Press 2011).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. bs, Yetkin Yayınları 2020).
- Stratenwerth G and Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)* (6. Aufl, Franz Vahlen 2011).
- Tezcan D, Erdem MR and Önok M, *Uluslararası Ceza Hukuku* (6 bs, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Tezcan D, Erdem MR and Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Tokdemir S, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022).
- , 'The Jurisdiction of the International Criminal Court: A Critical Legal Scrutiny on the Principle of Complementarity Adopted in the Rome Statute' (2023) 13 Hacettepe HFD 107-128.
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahista Veya Konuda Hata (Error in Persona Vel Obiecto)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2022).
- , *Kriminelle Vereinigungen Im Deutschen Strafrecht Im Vergleich Zum Türkischen Strafrecht Unter Besonderer Berücksichtigung Der Beteiligungsdogmatik* (1. Aufl, Felix).
- Van Sliedregt E and Yanev L, 'Co-Perpetration Based on Joint Control over the Crime' in Jérôme De Hemptinne, Robert Roth and Elies Van Sliedregt (eds), *Modes of Liability in International Criminal Law* (1. edn, Cambridge University Press 2019) 85-120.
- Yenisey F and Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009).
- Zurkinder N, 'Parties to Crime in Switzerland' in Ulrich Sieber, Kostanze Jarvers and Silverman Emily (eds), *National Criminal Law in a Comparative Legal Context: Introduction to National Systems (National Characteristics, Fundamental Principles, and History of Criminallaw)*, vol 1.1 (Duncker & Humblot 2015) 208-239.

Uluslararası Sözleşme ve Belgeler

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945, 82 UNTS 279 <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945/article-6b>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277 <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf> Erişim Tarihi 3 Ekim 2023.

Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva Convention III), 75 UNTS 135 <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c8.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024; Türkçe metin için <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

International Military Tribunals for the Far East Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946, TIAS No. 1589 <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Protocol Additional I to the 1949 Geneva Conventions and Relating to The Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 UNTS 3 (Protocol Additional I to Geneva Conventions) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024; Türkçe metin için <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

Roma Statüsü, Kabul Tarihi 17 Temmuz 1998, Yürürlük Tarihi 1 Temmuz 2002 <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf> Erişim Tarihi 14 Haziran 2023.

Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3 <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

The Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 3 (Rome Statute).

The Statute of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia, UN Doc S/RES/808 (1993) <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

The Statute of the International Tribunal for Rwanda UN Doc S/RES/955 (1994) <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_rwanda.pdf> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Ulusal Düzenlemeler

1982 Anayasası, Kanun Num 2709, Kabul Tarihi 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2024.

Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu, Kanun Num 6706, Kabul Tarihi 23.04.2016, RG 5.5.2016/29703 <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6706.pdf>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBl I S 3322]
deutsches Völkerstrafgesetzbuch [vom 26.06.2002 BGBl I S 2254].

French Penal Code, entered into force March 1, 1994; replaced the French Penal Code of 1810 <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french_penal_code_33.pdf> Erişim Tarihi 26 Ocak 2024.

Italian Penal Code, adopted October 19, 1930; entered into force July 1, 1931 replaced Zanardelli Code of 1889.

Model Penal Code (adopted at the 1962 Annual Meeting of the American Law Institute at Washington, DC, May 24, 1962) <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2024

The Accessories and Abettors Act 1861(1861, c 94).

Türk Ceza Kanunu, Kanun Num 5237, Kabul Tarihi 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2023.

Uluslararası Yargı Kararları

Nikolaus von Falkenhorst <https://en.wikipedia.org/wiki/Nikolaus_von_Falkenhorst> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

Prosecutor v Ahmed Muhammad Harun (Warrant of Arrest) ICC-02/05-01/07-2, Pre-T Ch I (27 April 2007).

Prosecutor v Aloys Simba (Judgement) ICTR-01-76, A Ch (27 November 2007).

Prosecutor v Blagojevic and Jokic (Judgment), IT-02-60, T Ch I (17 January 2005).

Prosecutor v Dario Kordic and Mario Cerkez (Judgement) ICTY-95-14/2, A Ch (17 December 2004) <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v Dragan Obrenovic (Sentencing Judgement) ICTY IT-02-60/2, T Ch I (10 December 2003).

Prosecutor v Jean Paul Akayesu (Judgment) ICTR-96-4, T Ch I (2 September 1998) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icttr/1998/en/19275>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v Joseph Kony (Warrant of Arrest) ICC-02/04-01/05, Pre-T Ch I (27 September 2005).

Prosecutor v Katanga and Ngudjolo (Judgement) ICC-01/04-01/07 OA 8, Pre-T Ch I (30 September 2008) <<https://www.legal-tools.org/doc/67a9ec/pdf>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

Prosecutor v Milomir Stakic (Judgement) ICTY IT-97-24-T, T Ch II (31 July 2003) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2003/en/40192>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024.

Prosecutor v Milorad Krnojelac (Judgement) ICTY IT-97-25-T, T Ch II (15 March 2002) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2002/en/19276>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2024.

Prosecutor v Milutinović et al (Judgement) ICTY- 99-37, A Ch (21 May 2003).

Prosecutor v Miroslav Kvocka (Judgement) ICTY IT-98-30/1, A Ch (28 February 2005).

Prosecutor v Miroslav Kvocka (Judgement) ICTY IT-98-30/1, T Ch I (2 November 2001).

Prosecutor v Nahimana et al (Judgement) ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icttr/2007/en/91996>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

Prosecutor v Naser Oric (Judgment) ICTY-IT-03-68, T Ch II (30 June 2006) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2006/en/78025>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

Prosecutor v Radislav Krstic (Judgement) ICTY IT-98-33, T Ch I (2 August 2001).

Prosecutor v Slobodan Milosevic (Decision on Motion for Judgement of Acquittal), ICTY IT-02-54, T Ch III (16 June 2004).

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Decision of the Warrant for Arrest) ICC-01/04-01/06-2, T Ch I (10 February 2006).

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, Pre-T Ch I (29 January 2007).

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Judgement) ICC-01/04-01/06, T Ch I (14 March 2012) <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_02234.PDF> Erişim Tarihi 17 şubat 2024.

Prosecutor v Tihomir Blařkić (Judgment) ICTY-95-14, T Ch I (3 March 2000) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2000/en/19490>> Eriřim Tarihi 19 řubat 2024.

Prosecutor v. Callixte Mbarushimana (Judgement) ICC-01/04-01/10, Pre-T Ch I (16.12.2011) <<https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/768/Mbarushimana/>> Erişim Tarihi 18 şubat 2024.

The Prosecutor v Yvonne Basebya (Judgement) District Court of The Hague Case No. 09/748004-09 (1 March 2013) <<https://www.legal-tools.org/doc/3f41c2/>> Erişim Tarihi 25 Ocak 2020.

The Prosecutor v Zejnil Delalic et al (Judgement) ICTY IT-96-21-A, A Ch (20 February 2001) <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2001/en/91728>> Erişim Tarihi 19 şubat 2024.