

## Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University  
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt/Volume XXVIII Temmuz/July 2024 Sayı/No. 3

### ROMA STATÜSÜ M. 28'E GÖRE ÜSTLERİN ASTLARIN İŞLEDİĞİ SUÇLARDAN KAYNAKLANAN CEZAI SORUMLULUĞU

ACCORDING TO ARTICLE 28 OF THE ROME STATUTE CRIMINAL  
LIABILITY OF SUPERIORS ARISING FROM CRIMES COMMITTED BY  
SUBORDINATES

Hasan İBA\*  

#### ÖZET

*Roma Statüsü'nün 28. maddesi, üstlerin astlarının işledikleri suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluklarını düzenlemektedir. Düzenlemeye göre üst, hiyerarşik konumundan kaynaklanan yükümlülüklerini durumun gerektirdiği ölçüde yerine getirmediği için Divan'ın yargı çevresindeki suçların işlenmesini önleyememiş, icrası devam etmekte olan suçları bastıramamış, suç tamamlandıktan sonra sorumluları cezalandırmamış ya da cezalandırma yetkisinin olmadığı hallerde durumu soruşturulması ve kovuşturulması için yetkili makamlara bildirmemişse sorumlu olmaktadır. Düzenleme, Statü'de yer alan suçların ağırlığı ve geniş etki alanı dikkate alındığında üstleri yükümlülüklerini yerine getirme konusunda azami hassasiyet göstermeye sevk etmeyi ve bu suretle uluslararası alanda insan hakları ihlallerinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.*

*Bu çalışmada, birçok uluslararası belgede yer alan üstün sorumluluğu kurumu, Roma Statüsü'nün 28. maddesi bağlamında detaylı bir şekilde ele alınacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Üstün sorumluluğu, Savaş suçları, Soykırım suçu, İnsanlığa karşı suçlar, Saldırı suçu.

\* Dr. Öğr. Üyesi., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ERZİNCAN E-Posta: hiba@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2330-7190, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1400361.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** İba H, "Roma Statüsü m. 28'e Göre Üstlerin Astların İşlediği Suçlardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2024, s.207-262.
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



### **ABSTRACT**

*Article 28 of the Rome Statute, regulates the criminal liability of superiors arising from the crimes committed by their subordinates. According to the regulation, the superior is liable if he did not fulfill his obligations arising from his hierarchical position to the extent required by the situation. In terms of the crimes within the jurisdiction of the Court, superior must prevent, suppress these crimes or punish/report those responsible after the crimes were completed. Considering the gravity and wide impact of the crimes included in the Statute, the regulation aims to force superiors to show maximum sensitivity in fulfilling their obligations and thus to prevent human rights violations in the international arena.*

*In this study, the institution of superior liability will be discussed in detail in the context of Article 28 of the Rome Statute.*

**Keywords:** *Superior responsibility, War crimes, Crime of genocide, Crimes against humanity, Crime of aggression.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*The institution of superior responsibility is essentially based on customary international law, but it has also been included in many international agreements. In this study, the institution of superior responsibility -which dates back to ancient times and was shaped by many important events throughout the historical process- will be examined in the context of Rome Statute article 28.*

*According to Rome Statute article 28, the superior is under the obligation to prevent the commission of crimes by his subordinates within the jurisdiction of the Court, to suppress the crimes in progress, to punish those responsible after the crime is completed or -if he does not have the authority to punish- to report the situation to the competent authorities for investigation and prosecution.*

*The Rome Statute regulates superior responsibility in more detail and more comprehensively than all previous international texts. In paragraphs (a) and (b) of the regulation, two separate types of responsibility are included, which, although they have many common points, are distinguished from each other, especially in the context of the subjective element and agency status. In paragraph (a) of the regulation, the responsibilities of “military superiors” and “de facto military superiors” are regulated, and in paragraph (b) the responsibilities of superiors outside these two categories are regulated. Moreover, while the perpetrators may be liable for their reckless actions in paragraph (a) of the regulation, the subjective element included in paragraph (b) is only intent. Intentional ignoring is also considered a mental state equivalent to intent.*

*It is controversial whether the superior's responsibility is an independent type of responsibility or whether the superior will be responsible for the crimes committed*

by his subordinates. According to one view, superior responsibility is a form of participation in crime; according to another view, it is an independent type of responsibility; and according to the prevailing view, it is a sui generis category of responsibility. This debate is not important at a purely theoretical level, but is decisive in terms of the amount and type of punishment the superior will receive.

As a rule, liability for crimes committed by someone else is possible through participation in the crime. The institution of participation in crime is included in article 25 of the Statute. The institution of superior liability is a category of secondary responsibility that complements the institution of participation in crime. There are differences between the two institutions in many respects. First, the subjective element of participation is intention. If the conditions for superior responsibility are met, the superior can also be held responsible for his reckless behavior. Second, participation in the crime is possible until the crime is completed. Responsibility for violating the obligation to punish/notify the superior takes place after the subordinates complete the crime. Third, in participation in crime, the participants may be in the same hierarchy. In case of superior responsibility, the existence of a vertical relationship is mandatory.

In order to punish superior, according to article 28, (1) superior must have effective control over his subordinates, (2) superior must know that his subordinates have committed a crime or he must knowingly ignore it or at least he must be in a position to know (in terms of military and superiors who actually act as military superiors), (3) his subordinates must commit a crime as a result of not taking the necessary precautions.

The superior-subordinate relationship may be legally established *de jure* or *de facto*. What is important in the superior-subordinate relationship is that one/someone has the ability to have effective control over the other/others. While determining this issue, each concrete case should be evaluated within its own conditions.

Crimes that fall within the jurisdiction of the Court are genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. In terms of superior responsibility, it is not necessary for subordinates to be the perpetrators of these crimes; The participation of subordinates in these crimes as accomplices through their executive or negligent behavior does not prevent the superior from being held responsible. Likewise, it is not important that the crimes in question remain at the attempted stage.

## GİRİŞ

İnsanlık tarihi, savaşlar ve soykırımlarla doludur. Sivil ve askeri üstlerin astları üzerindeki yetkilerini uluslararası insancıl hukukun<sup>1</sup> gerektirdiği şekilde

<sup>1</sup> Kavram için bkz. Oğuz Demiralp, “Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi”,

kullanması bahse konu olayların tekrar yaşanmaması bakımından önem arz etmektedir. Bu yüzden üste, uluslararası insancıl hukuku ihlal etmeme hususunda astlarını kontrol etme ve denetleme yükümlülüğü getirilmeli, yükümlülüğünü ihlal eden üst sorumlu olmalıdır. Üstlerin astlarının işlediği suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluğunu düzenleyen *Roma Statüsü*'nün 28. maddesi bu işlevi haizdir.<sup>2</sup>

Kural olarak, bir kimsenin başkasının işlediği bir fiil dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için bu kişi ile arasında iştirak ilişkisinin olması gerekir.<sup>3</sup> İştirak kurumu, *Roma Statüsü*'nün 25. maddesinde düzenlenmiştir. *Statü*'nün 28. maddesinde düzenlenen üstün sorumluluğu kurumu, uluslararası ceza hukukunda başkasının fiilinden kaynaklanan sorumluluğun bir başka kategorisidir. Düzenlemeye göre üst, astlarının suçun icrasına başlamasını önleme, icrası başlayan suçu bastırma, suç işlendikten sonra sorumluları cezalandırma ya da cezalandırma yetkisi yoksa durumu yetkililere bildirme yükümlülükleri altındadır. Üst, yükümlülüklerini kasıtlı ya da taksirli davranışlarıyla ihlal ettiğinde sorumlu olmaktadır.

Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülükleri aktif davranışta bulunmayı gerektiren yükümlülüklerdir. Bu yönüyle üstün sorumluluğu kurumu, ihmali davranışla uluslararası sorumluluğun olmayacağı kuralının istisnasını teşkil etmektedir.<sup>4</sup> Salt ihmali davranışla ihlal edilebilen yükümlülüklerde sorumluluğun manevi unsuru, kural olarak, kasttır.<sup>5</sup> *Roma Statüsü* m. 28'e göre ise üst taksirinin varlığı halinde de sorumlu olabilmektedir. Ayrıca üstün sorumluluğunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olup olmadığı da açık değildir. Önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından astın işlediği suçla üstün yerine getirmediği yükümlülük arasında ilişki kurulabilirse de cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal astın suç işlemesinden sonra söz konusu olabildiği için bu ilişkiyi kurmak zordur.

---

*Uluslararası Suçlar ve Tarih/International Crimes and History*, 22, 2021, s. 21-28.

<sup>2</sup> Otto Triffterer/Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary*, 3<sup>rd</sup> Edition, C. H. Beck, 2015, s. 1081.

<sup>3</sup> Kai Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, 5(1), 2007, s. 159-160.

<sup>4</sup> Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, 2023, s. 546-547.

<sup>5</sup> Volker Nerlich, "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?" *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 678.

Belirtilen özellikleri dolayısıyla *Roma Statüsü* m. 28’de yer verilen üstün sorumluluğu kurumu uluslararası hukuka özgü, *sui generis* bir sorumluluk kategorisidir.<sup>6</sup>

Astların işlediği bütün suçlar, *Statü*’nün 28. maddesi bağlamında üstün sorumluluğuna yol açmamaktadır. Üstün sorumluluğu, *Uluslararası Ceza Divanı*’nın<sup>7</sup> yargı yetkisi kapsamındaki suçlarla sınırlıdır. *Statü*’nün 5. maddesine göre *Uluslararası Ceza Divanı*’nın yargı yetkisine giren suçlar; *soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu*’dur. Bu yüzden bu çalışmada “suç” kelimesi bu dört suç tipiyle sınırlı olarak kullanılacaktır. Bununla birlikte *Roma Statüsü*’nde bahse konu suçların tipleri; öldürme, yaralama, yağma, cinsel saldırı, mala zarar verme, çocuk düşürtme, hürriyetten yoksun bırakma, işkence, zorla çalıştırma, cebir, tehdit, ayrımcılık gibi birçok fiili kapsayacak şekilde geniş düzenlemiştir. Bu yüzden üstün sorumluluğunun dayanağını teşkil eden suçlar sınırlı sayıda olsa da geniş kapsamlıdır.

Düzenlemede fail bakımından, “askeri üst”, “fiilen askeri üst gibi hareket eden kimse” ve “diğer üstler” şeklinde üç farklı kategoriye yer verilmiştir. Çalışmamızda bu üç kategoriye ilgilendiren ortak konularda şemsiye kavram olarak “üst” kelimesini kullanacak, sorumluluk kategorilerinden salt birini ilgilendiren meselelerde ise düzenlemedeki tasnifi esas alacağız. Milli hukukumuzda 211 sayılı İç Hizmet Kanununun (İHK) 10. maddesine göre, “üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir”. İHK m. 9’a göre ise, “amir: makam ve memuriyet itibariyle emretmek yetkisini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir”. *Değirmenci*’ye göre, 211 sayılı Kanun dolayısıyla, “üst” kavramı yerine daha kapsayıcı bir kavram olarak, “amir” kavramının kullanılması daha doğrudur.<sup>8</sup> Biz, “amir” kavramının hukuki

<sup>6</sup> Stefan Trechsel, “Command Responsibility as a Separate Offense”, *Publicist*, 3(1), 2009, s. 34-35; Elies van Sliedregt, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, Bert Swart et al. (ed.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, s. 388; Chantal Meloni, “Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 631; Robert Cryer/Hakan Friman/Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3<sup>rd</sup> Edition, Cambridge University Press, 2014, s. 394; Maria L. Nybondas, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, T. M. C. Asser Press, 2010, s. 180; Mettraux, s. 38.

<sup>7</sup> 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin son fıkrasında, “Uluslararası Ceza Divanı” ifadesi kullanıldığı için, terminolojik olarak, “mahkeme” yerine “divan” kelimesini tercih ettik.

<sup>8</sup> Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi”, *Ceza*

olarak yetkilendirilmiş kimseyi çağrıştırmaması, üstün sorumluluğu kurumunun ise salt hukuki değil, fiili hiyerarşiyi de kapsamaması dolayısıyla “üst” kavramını tercih ettik. Ayrıca, kanaatimizce, “üst” kavramı kurumun doğasını yansıtmaması bakımından günlük dil pratiği ile daha uyumlu olduğu gibi, *Roma Statüsü* m. 28'in başlığında yer verilen “*superior*” kelimesinin dilimizdeki en uygun karşılığıdır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır:

*Uluslararası Ceza Divanı*'nın kuruluş antlaşması olan *Roma Statüsü*, 1998 yılında imzalanmış, *Uluslararası Ceza Divanı* faaliyetine 1 Temmuz 2002 tarihinde başlamıştır. *Divan*'ın önüne gelen ilk dava, 2005 tarihli. *Statü*'nün üstün sorumluluğu kurumunu düzenleyen 28. maddesinin kodifikasyonunda 2. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında kurulan *ad-hoc* (geçici/belli bir olay ya da durumla sınırlı) mahkemelerin statüleri etkili olmuştur.<sup>9</sup> Ayrıca bu mahkemelerce verilen kararlar, *Roma Statüsü* m. 28'in yorumlanması bakımından *Divan*'ın içtihatlarını etkilemektedir. Bu yüzden çalışmanın birinci bölümünde üstün sorumluluğu kurumunun tarihsel gelişimi ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Öğretide *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen üstün sorumluluğu kurumunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olup olmadığı tartışmalıdır. Kabul edilecek görüş; cezanın tayini, manevi unsur ve nedensellik bağlantısı başta olmak üzere birçok konuda belirleyici olmaktadır. Türk öğretisinde bir görüşe göre<sup>10</sup> üstün sorumluluğu astların işlediği suçlardan tamamen bağımsız iken diğer bir görüşe göre<sup>11</sup> üst, kendi ihmalinden astlarının işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Bize göre üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliği belirlenirken bütünsel bir niteleme yapmak yerine *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen faillik kategorileri ve yükümlülük türlerine göre değerlendirme yapmak gerekir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde üstün sorumluluğu kurumu subjektif

---

*Hukuku Dergisi*, 3(8), 2008, s. 61.

<sup>9</sup> Triffterer/Ambos, s. 1076; Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 1<sup>st</sup> Edition, Oxford University Press, 2012, s. 183.

<sup>10</sup> Yusuf Aksar, “The Concept of Command Responsibility? Superior or ‘Objective’ Responsibility” in *International Humanitarian Law: The Practice of the ICTY and the ICTR and Their Possible Impact on the ICC*, *Turkish Review of Balkan Studies*, 17, 2006, s. 15.

<sup>11</sup> Değirmenci, s. 59; Tezcan/Erdem/Önok, s. 547.

ve objektif unsurları itibarıyla ele alınacaktır. Üstün sorumluluğu bir kurum olarak ele alınacağı için büyük ölçüde deskriptif (tanıtıcı) nitelikte olacak olan bu bölümde; manevi unsurun neleri kapsadığı, sivil üstlerin taksirli sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, ast-üst ilişkisinden hangi durumlarda söz edilebileceği, “astların işlediği suç” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, hangi durumlarda üstün yükümlülüklerini ihmal etmiş sayılacağı, suç işlendikten sonra üst pozisyonuna gelen kişinin kendisinden önce işlenen suçları cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, üstün birden fazla yükümlülüğü ihlal etmesi halinde her birinden ayrı ayrı sorumlu olup olmayacağı ve astın işlediği suçla üstün yükümlülüklerini ihmal etmesi arasında nedensellik bağlantısının bulunup bulunmadığı gibi tartışmalı konular üzerinde durulacaktır.

## I. TARİHSEL GELİŞİM

### A. 2. Dünya Savaşı'na Kadar Olan Dönem

Üstün sorumluluğu kurumu, esasen uluslararası örfi hukuka dayanmakla birlikte birçok uluslararası antlaşmada da yer almıştır.<sup>12</sup> Geçmişte antik dönemlere kadar uzanan<sup>13</sup> ve tarihsel süreç içerisinde birçok önemli olayla<sup>14</sup> şekillenen üstün sorumluluğu kurumuna, uluslararası yazılı hukukta ilk kez 1864 tarihli *Cenevre Antlaşması*'nin 8. maddesinde yer verilmiştir.<sup>15</sup> İlgili düzenlemeye göre;

*“Bu Antlaşma'daki hükümler, ilgili hükümetlerin talimatları ve bu Antlaşma'da ortaya konulan genel ilkeler doğrultusunda, muharip tarafların başkomutanları tarafından yürütülecektir”.*

<sup>12</sup> Değirmenci, s. 60.

<sup>13</sup> Milattan önce 5. yüzyılda *Sun Tzu* tarafından yazılan “Savaş Sanatı” adlı eserde üstün sorumluluğuna ilişkin ilkel prensipler bulunduğu hakkında bkz. William H. Parks, “Command Responsibility for War Crimes”, *Military Law Review*, 62(1), 1973, s. 3.

<sup>14</sup> Triffterer/Ambos, s. 1063. Fransa Kralı VII. Charles'ın 1439 yılında çıkardığı fermanın üstün sorumluluğu ilkesinin tarihsel gelişiminde önemli bir yeri vardır: “Her kaptan ve teğmen, emri altındaki kimselerin kötü muamelelerini ve işledikleri suçları öğrenir öğrenmez, bu kimseleri adalete uygun bir biçimde yargılamak ve sorumluları fiillerinin haksızlığı ile orantılı bir biçimde cezalandırmakla yükümlüdür. Eğer kötülüklerin üstü kapatılır veya müdahalede gecikilirse ya da ihmal gösterilmesi veya başka bir nedenden dolayı suçlu kaçar ve böylece cezalandırmadan kurtulursa kaptan, suçu kendisi işlemiş gibi sorumlu olacak ve cezası asıl suçlunun alacağı cezanın aynısı olacaktır”. Aktaran: Leslie C. Green, “War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility”, *Naval War College Review*, 50(2), 1997, s. 26.

<sup>15</sup> Triffterer/Ambos, s. 1063.

*Antlaşma*'nın uygulanması astlar aracılığıyla olacağı için üst, astlarını *Antlaşma* hükümlerinin gerekleri konusunda bilgilendirmekle ve astlarının *Antlaşma* hükümlerine göre davranmalarını sağlamakla yükümlüdür.<sup>16</sup> Düzenlemede “üst” kavramının kapsamı, sadece başkomutan ünvanı ile sınırlanmıştır. Düzenlemenin bir başka dikkat çeken özelliği, üstün görevini yerine getirmemesi durumunda ne şekilde sorumlu olacağı hususuna yer verilmemiş olmasıdır.

Daha kapsamlı hükümlere, 1907 tarihli 4. *Lahey Antlaşması*'nda yer verilmiştir. *Antlaşma*'nın 3. maddesine göre;

“*muharip taraf... kendi silâhli kuvvetlerine dahil olan kimselerin fiillerden mesuldür*”.

4. *Lahey Antlaşması*'na *Ek Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri Hakkındaki Yönetmeliğin* 1. maddesinde ise harp kurallarının başlarında astlarından “mesul” bir üstün bulunması şartı ile yalnızca düzenli askeri birliklere değil, milislere ve gönüllü birliklere de uygulanacağı belirtilmiştir. Anlaşılacağı üzere, 4. *Lahey Antlaşması*'nın 3. maddesi ve ismi zikredilen yönetmeliğin birinci maddesi, “üst” kavramını başkomutan ünvanı ile sınırlamamıştır. Ancak her ne kadar üstün astlarının fiillerinden sorumlu olacağı belirtilmişse de burada öngörülen sorumluluk, bireylerin değil, devletlerin sorumluluğudur.<sup>17</sup> Zira, üstün astlarının fiileri dolayısıyla sorumlu olması, *Antlaşma*'nın imzalandığı tarihte ancak iç hukuk bakımından mümkün olabilmekteydi.<sup>18</sup>

Üstün, uluslararası hukukta sorumlu tutulması ile ilgili ilk somut girişim, 1919 yılında Almanya ve müttefik/itilaf devletleri<sup>19</sup> arasında imzalanan *Versay Antlaşması* ile olmuştur.<sup>20</sup> *Antlaşma*'nın 227. maddesine göre savaş sırasında gerçekleşen kıyımların sorumlusu olarak kabul edilen İmparator *Kaiser II. Wilhelm*'in, savaş suçlusu olarak müttefik devletlerce kurulacak uluslararası

<sup>16</sup> Triffiterer/Ambos, s. 1063.

<sup>17</sup> Triffiterer/Ambos, s. 1063; William J. Fenrick, “Article 28 – Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffiterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1<sup>st</sup> Edition, Baden-Baden, 1999, s. 516.

<sup>18</sup> Triffiterer/Ambos, s. 1063.

<sup>19</sup> 1. Dünya Savaşı'nda başını İngiltere, Fransa ve Rusya'nın çektiği devletler bloku.

<sup>20</sup> Chantal Meloni, “The Evolution of Command Responsibility in International Criminal Law”, Morten Bergsmo et al. (ed.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014, s. 684.



bir mahkemede yargılanması kararlaştırılmıştır.<sup>21</sup> Kazanan devletlerin tüm çabasına rağmen Hollanda, *II. Wilhelm*'i iade etmemiş daha sonraki süreçte Almanya, müttefik devletleri yargılamama konusunda ikna etmiştir.<sup>22</sup>

Bireylerin işledikleri suçlar nedeni ile uluslararası mahkemeler önünde yargılanabilmesi 2. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında gerçekleşen gelişmeler neticesinde mümkün olabilmiş, ulusal sınırları aşan suçların arka planındaki askeri ve siyasi liderlerin yargılanmasında dayanılan temel hukuki argüman, üstün sorumluluğu kurumu olmuştur.<sup>23</sup>

## B. 2. Dünya Savaşı ile Soğuk Savaş Arasındaki Dönem

1945 yılında ABD Hava Kuvvetleri'nin Japonya'nın Nagazaki kentine atom bombası atması ve Japonya'nın koşulsuz olarak teslim olmasının ardından müttefikler<sup>24</sup>, 1946 yılında, *Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi*'ni kurmuşlardır. *Tokyo yargılamaları* olarak da bilinen bu davalarda, savaş suçu ve insanlığa karşı suç işledikleri gerekçesiyle birçok üst düzey sivil ve askeri yetkili yargılanmıştır.<sup>25</sup> *Tokyo yargılamalarında*, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlarda yalnızca askeri liderlerin değil, sivil liderlerin de sorumlu tutması, üstün sorumluluğu kurumu bakımından çok önemli bir gelişmedir; o döneme kadar üstün sorumluluğu kurumu askeri üstlerle sınırlı olarak anlaşılmakta iken Tokyo yargılamaları ile birlikte kurumun uygulama alanı sivilleri de kapsayacak şekilde genişlemiştir.<sup>26</sup> 1998 yılında görülen *Delalic v.d.*' davasında Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, sivil üstlerin sorumluluğunu değerlendirirken Tokyo yargılamalarında mahkum edilen dönemin Japonya başbakanı *Tojo* ve dış işleri bakanı *Shigetmitsu*'nun davalarına atıf yapılmıştır.<sup>27</sup> *Tojo*, hükümetin başı olarak savaş esirlerine ve tutsaklarına kötü muamelede bulunanları cezalandırmayıp bu tür fiillerin gerçekleşmemesi için gerekli tedbirleri almadığı; *Shigetmitsu* ise Japon

<sup>21</sup> Meloni, "The Evolution of Command Responsibility", s. 684.

<sup>22</sup> Triffterer/Ambos, s. 1063.

<sup>23</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 184.

<sup>24</sup> 2. Dünya Savaşı'nda başını İngiltere, Rusya ve Amerika'nın çektiği devletler bloku.

<sup>25</sup> Sung Yoon Cho, "The Tokyo War Crimes Trial", *The Quarterly Journal of the Library of Congress*, 24(4), 1967, s. 309.

<sup>26</sup> Bernard V. A. Roling/C. F. Ruter, *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East: 29 April 1946-12 November 1948 (Vol I-II)*, APA-University Press, 1977, s. 446; Triffterer/Ambos, s. 1071.

<sup>27</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, Case No: IT-96-21-T, Date: 16.11.1998, para: 358.

Dış İşleri Bakanlığı'na savaş esiri ve tutsaklarına ilişkin yerleşik çatışma kurallarına aykırı hareket edildiği konusunda defalarca çağrıda bulunulmasına rağmen bu çağrılara kayıtsız kaldığı ve gerekli girişimlerde bulunmadığı gerekçesiyle sorumlu tutulmuştur.<sup>28</sup>

Üstün sorumluluğu kurumunu tartışmaya açan ve sınırlarını belirleme girişimlerini tetikleyen dava, general *Yamashita Tomoyuki* davasıdır.<sup>29</sup> *Yamashita*, 7.12.1945 tarihinde Amerikalı beş subaydan oluşan bir askeri komisyon tarafından yargılanmış, Filipinler'deki Japon askeri birliğinin komutanı olarak, bu birliklerce 1944-1945 yılları arasında, işlenen suçları önlemediği gerekçesi ile idam cezasına mahkum edilmiştir.<sup>30</sup> Özellikle, Amerikan birliklerine teslim olmayan Japon askerlerinin *Manila*'da yaklaşık 100 bin sivilin ölmesiyle sonuçlanan direnişi, *Yamashita*'nın cezasında etkili olmuştur.<sup>31</sup> Bu olaylar, Amerikan birliklerinin yoğun bombardımanı nedeniyle *Yamashita*'nın 10 gün boyunca Manila'daki Japon birliklerle bağlantı kuramadığı bir süreçte yaşanmıştır.<sup>32</sup>

*Yamashita* davası bir çok bakımdan eleştirilmiştir. *Yamashita*'ya kendisini savunması için yeterli süre verilmediği ve normal yargulamalarda sanık lehine uygulanan kuralların bu davada uygulanmadığı ileri sürülmüştür.<sup>33</sup> Örneğin, o dönem Amerikan medyasında, Anglo-Amerikan ceza yargılamasında yerleşik olan *hearsay kuralının* (başka bir tanıktan duyulana aktarmanın tanık delili olmayacağı kuralı) *Yamashita* davasında uygulanmadığı, yargılamada delil olarak kabul edilen beyanların çoğunlukla dedikodu olduğu haberleri yapılmıştır.<sup>34</sup> Yargılamada *Yamashita*'nın gerçekleşen fiillere katıldığı, emir verdiği, fiillerin gerçekleştiğini bildiği veyahut bilmesini gerektiren nedenlere

<sup>28</sup> Yael Ronen, "Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings", *Vanderbilt Law Review*, 43(2), 2010, s. 321-322.

<sup>29</sup> Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 1<sup>st</sup> Edition, 2009, s. 6.

<sup>30</sup> Franklin A. Hart, "Yamashita, Nuremberg and Vietnam: Command Responsibility Reappraised", Richard B. Lillich/John Norton Moore (ed.), *International Law Studies*, Naval Law College Press, 1980, s. 399.

<sup>31</sup> Ann Marie Prévost, "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", *Human Rights Quarterly*, 14(3), 1992, s. 314.

<sup>32</sup> Prévost, s. 314.

<sup>33</sup> Prévost, s. 317.

<sup>34</sup> 10.12.1945 tarih, "Çok Meşgul" başlıklı *Newsweek* gazetesinin haberini aktaran: Prévost, s. 318.

sahip olduğu hususlarında ikna edici gerekçeler ortaya konulamamıştır.<sup>35</sup> Bu yüzden *Yamashita davasına* yöneltilen en sert eleştiri, bu davada kusur ilkesinin ihlal edilmiş olmasıdır; *Yamashita*, “bir şey yaptığı için değil, bir şey olduğu için” objektif olarak sorumlu tutulmuştur.<sup>36</sup> İçinde bulunduğu koşullar ve kişisel özellikleri dolayısıyla haksızlığı bilebilecek ve ondan kaçınabilecek durumda olan kimselere kusur isnat edilebilir. Kusurluluğun manevi unsuru, bilme ya da bilmesi gerekmedir. *Yamashita* da bilmediğini bilmesi gerektiği için sorumlu tutulmuştur. Ancak “bilmesi gerekme” değerlendirmesi, *Yamashita*’nın kendi kişisel durumu göz ardı edilerek tamamen objektif kriterlere göre yapılmıştır. Mahkeme kararının kusur ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmesinin nedeni budur.

2. Dünya Savaşı sonrası yapılan yargılamaların en bilineni, *Nürnberg yargılamaları*dır. ABD, Birleşik Krallık, Rusya ve Fransa’dan oluşan müttefik devletlerce tayin edilen yargıçlar tarafından yapılan yargılamalar, 1947 yılından 1949 yılına kadar devam etmiştir. Nürnberg yargılamalarında az sayıdaki bir kaç vakıa dışında, üstler, astlarının işledikleri fiiller dolayısıyla sorumlu tutulmamışlardır.<sup>37</sup> Yargılamayı yapan mahkemenin statüsünde üstün sorumluluğu ilkesine yer verilmediği için bahsi geçen sınırlı sayıdaki vakıada üstlerin yargılanmasının dayanağını, yukarıda üzerinde durulan, 1907 tarihli 4. *Lahey Antlaşması* ve *Lahey Antlaşması’na ek yönetmelik* hükümleri oluşturmuştur.<sup>38</sup> Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson ceza sistemlerinin harmonize edildiği yargılama sürecinde, *Göring, Heß, Ribbentrop, Keitel* başta olmak üzere, Savaş’ın askeri, siyasi ve ekonomik liderliğini temsil eden birçok üst düzey yetkili yargılanmıştır.<sup>39</sup>

*Yamashita davasından* farklı olarak *Nürnberg yargılamalarında* objektif sorumluluk prensibi ret edilmiştir.<sup>40</sup> *Mahkeme*’ye göre, üstlerin astlarının

<sup>35</sup> Prévost, s.319.

<sup>36</sup> Mettraux, s. 7; Triffterer/Ambos, s. 1071; Meloni, “The Evolution of Command Responsibility”, s. 689, dipnot: 27.

<sup>37</sup> Hilaire McCoubrey, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(2), 2001, s. 389; Triffterer/Ambos, s. 1074.

<sup>38</sup> Gökçen Alpkaya, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002, s. 110; Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, 1(2), 1947, s. 160.

<sup>39</sup> Hart, s. 406.

<sup>40</sup> Hart, s. 301; Değirmenci, s. 67.

işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olabilmeleri için astlarının suç işlediğini bilmesi ya da en azından subjektif olarak bilebilecek durumda olması gerekir.<sup>41</sup> Böylece *kusur ilkesi* ile uyumlu bir yaklaşım esas alınmaya çalışılmıştır.

### C. Soğuk Savaş Dönemi

2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan insani dramlar, benzer olayların yaşanmaması için çözüm arayan uluslararası toplumda, uluslararası ceza hukukunun kodifiye edilmesi ve uluslararası suçları yargılamada süreklilik arz edecek bir mahkemenin kurulması konularını gündeme getirmiştir.<sup>42</sup> Bu genel konsensusa rağmen, savaş suçlarının yargılandığı uluslararası *ad-hoc* mahkemelerin görevlerini tamamlamalarının ardından uluslararası ceza hukuku soğuk savaş yılları boyunca ağır bir gelişim seyretmiştir.<sup>43</sup> ABD'nin önderlik ettiği batı bloku ülkeleri ile Sovyetler Birliği'nin önderlik ettiği doğu bloku ülkeleri arasındaki siyasi ve askeri gerginlik dönemini ifade eden soğuk savaş dönemi, 1947 tarihli Truman Doktrini'nin ilanından, 1991 tarihinde Sovyetler Birliği'nin dağılmasına kadar olan süreci kapsamaktadır. Bu dönemde atılan en önemli adımlardan biri; *Cenevre Antlaşması'na Ek 1977 tarihli I. Protokol*'un 86. maddesinin 2. fıkrasında üstün sorumluluğunun açık bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır:

*“Antlaşma'nın ve bu protokolün astlar tarafından ihlal edilmesi tek başına üstü cezai ya da disiplin sorumluluğundan kurtarmaz. İhlalin gerçekleştiğini ya da gerçekleşmek üzere olduğunu bilen veyahut içinde bulunduğu koşullar itibarıyla bilmesini gerektiren bilgiye sahip olan üst, ihlali önleme ya da bastırma için makul olan önlemleri almamışsa sorumlu olur”.*

Düzenlemede, ast-üst ilişkisine vurgu yapılmış üstün statüsünden (askeri ya da sivil) söz edilmemiştir. “Üst” ifadesi, protokolün bir sonraki maddesinde (m. 87) açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenleme, astların *Cenevre Antlaşması* ve *Antlaşma'nın* protokollerinin öngördüğü yükümlülüklerle uygun davranmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma ve bir ihlal olursa durumu yetkililere bildirme yükümlülüğünü “komutan” a yüklemiştir. İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, 87. maddede açıkça “komutan” ifadesine yer verilmesi nedeniyle 86. maddede geçen “üst” ifadesi yalnızca askeri üstleri

<sup>41</sup> Triffterer/Ambos, s. 1072 vd.

<sup>42</sup> Triffterer/Ambos, s. 1065.

<sup>43</sup> Triffterer/Ambos, s. 1065.

kapsamakta, sivil üstleri kapsamamaktadır.<sup>44</sup>

## D. Soğuk Savaş Sonrası Dönem

### 1. Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerindeki Yargılamalar

*Berlin duvarının* yıkılması sonrası değişen politik iklim, soğuk savaş döneminde durağan bir sürece giren uluslararası ceza hukukunda yeni bir dönemi başlatmıştır.<sup>45</sup> 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin dağılması sonrasında doğu bloku ülkelerinde çözümler başlamıştır. 1945 yılında komünist partinin lideri *Tito*'nun önderliğinde kurulan Yugoslavya Federal Demokratik Cumhuriyeti, 1990'lı yıllarda iç savaş neticesinde parçalanmış; Slovenya, Makedonya, Hırvatistan ve Bosna Hersek bağımsızlıklarını ilan etmiştir.<sup>46</sup> Bu devletler arasında en sancılı süreci Bosna Hersek yaşamıştır. Bosna Hersek'in bağımsızlığı için yapılan referandumda azınlıkta kalan Bosnalı Sırlar, Yugoslavya Halk Ordusu ve Sırbistan'ın desteği ile ayaklanmış, 100 bini aşkın insan ölmüş, iki milyon kişi evlerinden ayrılmak zorunda kalmıştır.<sup>47</sup>

1990'lı yıllarda Yugoslavya'nın parçalanması sürecinde yaşanan olayların bir benzeri de Ruanda'da yaşanmıştır. Ruanda'da Tutsiler ve Hutular arasındaki iktidar mücadelesi, Ruanda ve Burundi devlet başkanlarının 1994 yılında bir uçak kazasında hayatlarını kaybetmesiyle soykırıma dönüşmüş, yüzbinlerce Tutsi öldürülmüştür.<sup>48</sup>

Yugoslavya ve Ruanda da yaşanan acı olaylar dolayısıyla; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 26.04. 1945 tarihli *Birleşmiş Milletler Şartı*'nın 7. bölümünün "uluslararası barışı ve güvenliği tesis etme ve sürdürme" konusunda kendisine verdiği yetkiyi kullanarak 25 Mayıs 1993 tarihli 827 sayılı kararıyla *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'ni, 8 Kasım 1994 tarihli 955 sayılı kararıyla da *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi*'ni kurmuştur.

<sup>44</sup> Michael Bothe/Karl J. Partsch/Waldemar Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, s. 523.

<sup>45</sup> Meloni, "The Evolution of Command Responsibility, s. 695.

<sup>46</sup> Giray Saynur Bozkurt, "Tito Sonrası Dönemde Eski Yugoslavya Bölgesindeki Türkler ve Müslümanlar", *Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi/Journal of Turkish World Studies*, 10(2), 2010, s. 53-54.

<sup>47</sup> Fatih Halil Kaplan, "Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, 2013, s. 111-112.

<sup>48</sup> Kaplan, s. 109-110.

Bu mahkemelerce yapılan yargılamalarda üstün sorumluluğunun dayanağı, *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü*'nün 7. maddesinin üçüncü fıkrası ve *Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü*'nün 6. maddesinin üçüncü fıkrası olmuştur. Üstün sorumluluğunun esasları her iki düzenlemede de aynıdır:

“[Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 2. ve 5., Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün ise 2. ve 4. maddeleri arasında düzenlenen] suçların astları tarafından işlenmek üzere olduğunu ya da işlendiğini bilen veyahut bilmesini gerektiren nedenleri bulunan üst, suçun işlenmesini önlemek ya da işlenmiş olan suç dolayısıyla failleri cezalandırmak için makul ve gerekli olan tedbirleri almazsa sorumlu olur”.

Yugoslavya<sup>49</sup> ve Ruanda<sup>50</sup> ceza mahkemelerine göre üstün sorumluluğu kurumunun üç unsuru vardır:

(1) üst- ast ilişkisinin varlığı (düzenleme de sivil-askeri üst ayırımına yer verilme de mahkemelere göre sivil üstler de düzenlemede geçen “üst” kavramına dahildir.<sup>51</sup>)

(2) üstün astlarının suç işlediğini ya da işleyeceğini bilmesi ya da bilmesini gerektiren nedenlere sahip olması,

(3) üstün suç işlenmesini önleme ya da sorumluları cezalandırma hususunda gerekli ve makul olan tedbirleri almakta başarısız olması.

“Giriş” başlığında da ifade ettiğimiz üzere; üstün sorumluluğuna ilişkin Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin statülerinde yer verilen düzenlemeler ve söz konusu mahkemelerin bu düzenlemelere dayanan kararları, hem *Roma Statüsü* m. 28'nin kodifikasyonunda hem de *Divan*'nın içtihatlarında etkili olmuştur/olmaktadır. Yugoslavya ve Ruanda ceza mahkemelerinin statüleri ve kararları *Roma Statüsü* m. 28'in yorumlanmasında büyük önemi haiz olduğundan yukarıda yer verilen üç unsurun üzerinde detaylı bir şekilde durmak gerekir. Ancak, Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin içtihatlarını

<sup>49</sup> *Prosecutor V. Delalić et al*, (Celebici Case), In The Appeals Chamber, Case No: IT-96-21-A, Date: 20.02.2001, para: 346 < <https://cld.irmct.org/assets/filings/Judgement-Celebici.pdf>> Erişim Tarihi 12.10.2023.

<sup>50</sup> *Prosecutor V. Bagilishema*, Trial Chamber I, Case No. ICTR-95-1A-T, Date: 7.6.2001, para: 38 < <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ict/2001/en/91988>> Erişim Tarihi 5.04.2024.

<sup>51</sup> *Prosecutor V. Delalić et al*, In The Appeals Chamber, 12.10.2023.

*Roma Statüsü* m. 28’de düzenlenen üstün sorumluluğu kurumunun unsurlarını inceleyeceğimiz bölümde detaylı bir şekilde ele alacağımızdan, tekrara düşmemek için, bu üç unsura ilişkin açıklamalarımızı burada noktalıyoruz.

## 2. *Roma Statüsü* m. 28’in Kodifikasyonu

2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan acı olaylar, süreklilik arz eden uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasını dünya kamuoyunun gündemine sokmuştur; ancak, 2. Dünya Savaşı sonrası başlayan Soğuk Savaş dönemi savaşın tarafı olan devletlerin bu fikre kuşkulu yaklaşımlarına sebebiyet vermiştir.<sup>52</sup> Soğuk Savaş’ın sona ermesinin ardından Yugoslavya ve Ruanda ceza mahkemelerinin kurulması, süreklilik arz eden uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasını artık kaçınılmaz hale getirmiştir. Nihayet, *Uluslararası Ceza Divanı*’nın kuruluş antlaşması olan *Roma Statüsü* 1998 yılında yapılan uluslararası bir konferansla kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2002 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>53</sup>

Üstün sorumluluğu kurumu, *Statü*’nün 28. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar, düzenlemenin başlığı geleneksel doktrine sadık kalarak “komuta etme sorumluluğu” (*command responsibility*) olarak belirlenmişse de düzenlemenin birinci fıkrasında, “askeri komutan” veya “fiili olarak askeri komutan” gibi hareket edenlerin, ikinci fıkrasında ise “sivil” üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. *Roma Statüsü* m. 28’e göre:

“*Divan*’ın yargı yetkisine giren suçlarda *Statü*’nün cezai sorumluluk bakımından aradığı koşullara ilave olarak;

(a) *Askeri komutan veya fiili olarak askeri komutan gibi hareket eden kimse, kendisinin müessir komutası ve kontrolü ya da müessir otoritesi ve kontrolü altında bulunan birlikler üzerinde gerekli kontrolü sağlayamaması sonucunda bu birliklerin Divan*’ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde;

(i) *Suçun işlendiğini veyahut işlenmek üzere olduğunu biliyor veya içinde bulunulan koşullar itibarıyla bilmesi gerekiyorsa ve;*

(ii) *Suçü önlemek ya da işlenmekte olan suçta son vermek için sahip olduğu imkân ölçüsünde gerekli ve mâkul tüm tedbirleri almamış ya da soruşturulması ve kovuşturulması için olayı yetkili makamlara bildirmemişse*

<sup>52</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 337-338.

<sup>53</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 364. Çekimsiz oy kullanan Türkiye, *Statü*’ye taraf değildir.

sorumlu olacaktır.

**(b)** (a) fıkrasında tanımlanan durumlar dışındaki üst-ast ilişkilerinde, üst kendisinin müessir otoritesi ve kontrolü altında bulunan astları üzerinde gerekli kontrolü sağlayamaması sonucunda astlarının Divan'ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde;

**(i)** Suçların işlendiğini veyahut işlenmek üzere olduğunu bildiği ya da bu durumu açık bir biçimde ortaya koyan bilgileri bilinçli olarak görmezden geldiği hallerde;

**(ii)** Suç kendisinin müessir sorumluluğu ve kontrolü altındaki faaliyetlerle ilgiliyse ve;

**(iii)** Suçu önlemek ya da işlenmekte olan suçta son vermek için sahip olduğu imkân ölçüsünde gerekli ve mâkul tüm tedbirleri almamış ya da soruşturulması ve yargılanması için olayı yetkili makamlara bildirmemişse sorumlu olacaktır”.

Düzenlemenin (a) ve (b) fıkralarında, birçok ortak noktaları olsa da özellikle manevi unsur ve faillik statüsü bağlamında birbirinden ayrılan iki ayrı sorumluluk türüne yer verilmiştir. Düzenlemenin (a) fıkrasında, “askeri üst” ve “fiilen askeri üst konumunda olan” kişilerin, (b) fıkrasında ise bu iki kategori dışında kalan üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ayrıca, düzenlemenin (a) fıkrasında failler taksirli fiilleri nedeniyle de sorumlu olabilirken (b) fıkrasında yer verilen sübjektif unsur, yalnızca kasttır. Bilerek görmezden gelme de kasıtlı eş değer bir zihinsel durum olarak kabul edilmektedir.<sup>54</sup>

*Roma Statüsü*, üstün sorumluluğu kurumunu kendisinden önceki tüm uluslararası metinlerden daha ayrıntılı ve daha kapsayıcı bir şekilde düzenlemiştir. Düzenlemenin, *ad-hoc* mahkemelerin statülerindeki düzenlemelerden başlıca farkları; askeri üst-sivil üst ayrımını yapmış olması, “sonucunda” ifadesini kullanmak suretiyle üstün sorumluluğu ile astların işlediği suçlar arasında nedensellik ilişkisi kurması, müessir otorite/komuta ve kontrol koşuluna yer vererek üstün sorumluluğuna yol açacak ast-üst ilişkisini belli ölçüde somutlaştırması ve sivil üstlerin sorumluluk koşullarını diğer üstlere nazaran zorlaştırmasıdır.<sup>55</sup>

*Roma Statüsü*, üstün sorumluluğunu kendisinden önceki tüm uluslararası

---

<sup>54</sup> Triffterer/Ambos, s. 1124.

<sup>55</sup> Metrauxx, s. 25-26.



metinlerden daha ayrıntılı ve daha kapsayıcı bir şekilde düzenlemiş olsa da kurumun mahiyeti ve düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği konusu hakkındaki tartışmalar yoğun bir şekilde devam etmektedir.

## II. ROMA STATÜSÜ M. 28 BAĞLAMINDA ÜSTÜN SORUMLULUĞU KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Suça İştirak ile İlişkisi

Suçta iştirak, *Roma Statüsü*'nün 25. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bir şekilde formüle edilen bu düzenlemenin konumuz ile ilgili olan kısmı, üçüncü fıkrasının a, b ve c bentleridir:

“3- *Şu hallerde, Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçu işleyen kimse bu Statü'deki hükümlere göre sorumlu olmaktadır:*

(a) *suçu bireysel olarak, başkasıyla birlikte ya da başkası aracılığıyla işlemişse, birlikte ya da aracılığıyla suç işlediği kişi cezai olarak sorumlu tutulsun ya da tutulmasın;*

(b) *tamamlanmış ya da teşebbüs derecesinde kalmış suçta emretmiş, ikna etmiş ya da teşvik etmişse;*

(c) *tamamlanmış ya da teşebbüs derecesinde kalmış suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, araç sağlamak da dâhil olmak üzere, manevi ya da maddi yardımda bulunmuşsa”.*

Türk ceza hukukundaki terminoloji ile ifade etmek gerekirse ilk fıkrada faillik (müstakil, müşterek ve dolaylı faillik), ikinci ve üçüncü fıkralarda ise şeriklik statülerine yer verilmiştir.

Suçta iştirak, başkasının işlediği suçlardan sorumlu olmayı gerektirdiği için cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir kurumdur. *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen üstün sorumluluğu kurumunda da üst, astlarının suç işlemesi dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Bu yüzden üstün sorumluluğu kurumu da cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir kurumdur. Bahse konu ortak özellikleri dolayısıyla *Roma Statüsü*'nün hem suça iştirakı düzenleyen 25. maddesi hem de üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesi, *Statü*'nün suç tiplerinin düzenlendiği ikinci bölümünde değil, genel prensiplerin düzenlendiği üçüncü bölümünde yer almaktadır.

İkisinin de bireysel cezalandırılabilirlik sahasını genişleterek başkasının işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olmayı gerektirmesi, bu iki kurum

aralarındaki ilişkiyi tartışmalı hale getirmektedir. Bir görüşe göre<sup>56</sup> üstün sorumluluğu, suça iştirakin özel bir görünüş biçimi iken diğer bir görüşe göre<sup>57</sup> bağımsız bir sorumluluk kategorisidir.

Biz üstün sorumluluğunu, suça iştirakin özel bir görünüş şekli olarak kabul etmeyen görüşe katılıyoruz. *Blaskic davasında* da, yerinde olarak, belirtildiği üzere üstün sorumluluğu ve iştirak kurumları birbirlerini karşılıklı olarak dışlayan kurumlardır:

“Bir kişinin hem bir suça iştirak ettiği için hem de iştirak ettiği suçu önlemediği ya da bastırmadığı için sorumlu tutulması mantık kurallarına aykırıdır”.<sup>58</sup>

İki kurumun birbirini dışladığı argümanı, *Statü*'nün 20. maddesinde yer verilen *ne bis in idem* kuralının mantıksal sonucudur. Üst, hem suça iştirak hem de üstün sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olursa aynı davranış dolayısıyla iki kez sorumlu olmuş olur.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Fofana ve Kondewa davasında*, astlarının suç işlenmesini önlemek, işlenen suçları bastırmak ve suç işlenmiş ise sorumluları cezalandırmak veyahut yetkili mercilere durumu bildirmek yükümlülükleri altında olan üstün bu yükümlülüklerini yerine getirmeyip astlarının işlediği suça iştirak etmesi halinde yalnızca suça iştirak hükümlerine göre sorumlu olacağını kabul etmiştir:

“İddianamenede sanığın hem madde 6(1) [suça iştirak] hem de madde 6(3) [üstün sorumluluğu] göre cezalandırılması talep edilmiş ve yargılamada bu iki düzenlemenin koşullarının sağlandığı tespit edilmişse sanık hakkında yalnızca madde 6(1)'e göre hüküm kurulur”.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Darryl Robinson, “How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution”, *Melbourne Journal of International Law*, 13(1), 2012, s. 3; Ilias Bantekas, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, *The American Journal of International Law*, 93(3), 1999, s. 577.

<sup>57</sup> William A. Schabas, “Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute”, Horst Fischer (Ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law: Volume 3*, T. M. C. Asser Press, 2000, s. 342.

<sup>58</sup> *Prosecutor V. Blaskic*, In The Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, Date: 3.03.2000, para: 337 <<https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>> Erişim Tarihi 11.10.2023.

<sup>59</sup> *Prosecutor V. Fofana/Kondewa*, Trial Chamber I, Case No: SCSL-04-14-T, Date: 2.08.2007, para: 251. <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/scsl/2007/en/91923> > Erişim Tarihi 7.04.2024.

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Dordevic* davasında üst suça iştirak etmişse ayrıca üstün sorumluluğu kurumunun koşullarının gerçekleşmesini cezayı ağırlaştırıran bir neden olarak kabul etmiştir:

“*Hem madde 7 (1) [suça iştirak] hem de madde 7 (3) [üstün sorumluluğu]’ün koşullarının gerçekleştiği hallerde sorumluluk yalnızca m. 7(1)’e göre belirlenmelidir; failin üst pozisyonunda olması cezayı ağırlaştırıran bir neden olarak göz önünde bulundurulabilir*”.<sup>60</sup>

*Divan’a* göre üstün sorumluluğu, suça iştirak kurumunu tamamlamaktadır.<sup>61</sup> İştirakte bilme unsurunun aranması ve bu unsurun başkasının işlediği suçlarla ilgili olarak ortaya konulabilmesinin her zaman kolay olmaması dolayısıyla üstün sorumluluğu kurumu üstlerin sorumluluk alanının genişlemesini sağlamakta ve bu vesileyle üstleri yükümlülüklerini yerine getirme konusunda daha dikkatli olmaya sevk etmektedir.<sup>62</sup>

Üstün sorumluluğu kurumu ile iştirak kurumu arasında öncelik-sonralık ilişkisi vardır:

“*Statü’nün 28. maddesinde yer verilen üstün sorumluluğu kurumuna ilişkin değerlendirme ancak failin suça iştirak ettiğini gösterir yeterli delilin bulunmadığı tespit edildikten sonra yapılmalıdır*”.<sup>63</sup>

Üstün sorumluluğu kurumu ile iştirak kurumu arasındaki farklılıkları maddeler halinde şu şekilde ifade edebiliriz:

**(1)** Üstün sorumluluğunda mutlaka üst-ast şeklinde dikey bir ilişki olmalıdır. Suça iştirakte ise böyle bir zorunluluk yoktur. Astlar arasında da

<sup>60</sup> *Prosecutor V. Dordevic*, In The Trial Chamber II, Case No: IT-05-87/1-T, Date: 23.02.2011, para: 1891 <[https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223\\_djordjevic\\_judgt\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/en/110223_djordjevic_judgt_en.pdf)> Erişim Tarihi 11.10.2023.

Ruanda yargılamalarında da bu görüş benimsenmiştir: “*Aynı fil dolayısıyla üstü hem m. 6/1 hem de m.6/3’e göre sorumlu tutmak uygun değildir. Her iki maddenin de koşulları oluşmuşsa sorumlulukta m. 6/1 esas alınacak, m. 6/3’ün koşullarının gerçekleşmesi cezayı ağırlaştırıran bir neden olarak kabul edilebilecektir*”. *Prosecutor V. Nyiramasuhoko et al.*, In The Trial Chamber II, para. 56.

<sup>61</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Case No: ICC-01/05-01/08, Date:15.06.2009, para: 407 <<https://www.legal-tools.org/doc/07965c/pdf>> Erişim Tarihi 27.10.2023.

<sup>62</sup> Matthew Lippman, “The Evolution and Scope of Command Responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, 13(1), 2000, s. 139.

<sup>63</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 407.

(yatay düzenlemede) iştirak ilişkisi olabilir.<sup>64</sup>

(2) İştirakin manevi unsuru bilmedir.<sup>65</sup> Üst, astlarının fiillerine bu fiillerin icrasından önce ya da icrası başlamışsa icra süresince emir vermek, araç sağlamak ya da fiili beraber işlemek gibi aktif davranışlarıyla katkıda bulunmuşsa, *Statü*'nün iştirak kurumunu düzenleyen 25. maddesine göre sorumlu olur. Keza üst astlarının suç işlenmesini önleyebilecek ya da astlarının icrasına başladığı suçları bastırabilecek imkâna sahip olmasına rağmen kasten ihmal göstermişse yine iştirak hükümlerine göre sorumlu olur.<sup>66</sup>

Üst, astlarının suç işlenmesini önleme ya da icrasına başlanan suçları bastırma yükümlülüğünü taksirli davranışlarıyla ihlal etmişse *Statü*'nün 28. maddesinde düzenlenen üstün sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğünün ihlalinde ise zaten söz konusu yükümlülük suç işlendikten sonra doğduğu için suça iştirakten söz edilemez; zira suça iştirak suçun icrası tamamlanıncaya kadar mümkün olabilmektedir.<sup>67</sup> Bu son ihtimalde, üstün astlarını işledikleri suçlar dolayısıyla cezalandırmaması ya da durumu cezalandırma yetkisi bulunan mercilere bildirmemesi astlarını suç işleme konusunda teşvik etmişse üst, iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.<sup>68</sup>

*Değirmenci*'ye göre, üst astlarının suç işlediğini bilse ve kasıtlı olarak yükümlülüklerini yerine getirmese dahi, üstün yükümlülüğünü ihlali astın işlediği suça illi bir katkıda bulunmamışsa üst suça iştirakten sorumlu olmaz.<sup>69</sup> Yazar, örnek vermediği için üstün yükümlülüklerini kasten yerine getirmemesine rağmen suça illi katkısının olmadığı bir ihtimalin bulunup bulunmadığı hususu tartışmaya açıktır. Üstün yükümlülüklerini kasten yerine getirmemesi en azından astın işlediği suçların işlenmesini kolaylaştıracağı veya teşvik edeceği için suça iştirak mahiyetinde olacağı kanaatindeyiz.

(3) Üstün sorumluluğunda astın işlediği suçun objektif ve subjektif

<sup>64</sup> Robinson, s. 37.

<sup>65</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 197; Mettraux, s. 42.

<sup>66</sup> Nybondas, s. 635; Antonio Cassese/Paola Gaeta/Laurel Baig/Mary Fan/Christopher Gosnell/Alex Whiting, *Cassese's International Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford University Press, 2013, s. 191-192; R. Murat Önok, "Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1(3), 2005, s. 95-96.

<sup>67</sup> Triffterer/Ambos, s. 1099.

<sup>68</sup> Triffterer/Ambos, s. 1099; Robinson, s. 16-17; Mettraux, s. 42.

<sup>69</sup> Değirmenci, s. 80-81.

bileşenleri bakımından üstün tam bilgisi aranmaz; üstün, işlenen suçlara ilişkin genel bir bilgiye sahip olması ya da gerekli özeni gösterseydi bu bilgiye sahip olabilecek durumda olması yeterlidir.<sup>70</sup> Astın kimliğinin de net bir şekilde üst tarafından bilinmesi gerekmez.<sup>71</sup> Üstün suç işleyen kimsenin denetim ve kontrolü altındaki bir kimse olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması yeterlidir.<sup>72</sup> Suça iştirakte ise iştirak statüsü ne olursa olsun, kural olarak, suça katılanların suçun objektif ve sübjektif bileşenlerini bilmeleri gerekir.<sup>73</sup>

## B. Üstün Sorumluluğunun Astların İşlediği Suçlardan Bağımsız Bir Sorumluluk Kategorisi Olup Olmadığı Sorunu

Suçta iştirak bağımsız bir sorumluluk kategorisi değildir; birden fazla kişinin sorumluluğu *aynı* suçta kesişmektedir. Örneğin, (A), (B) ve (C)'yi, (D)'yi öldürmeleri için azmettirir ve failler bu fiili durumu bilen (E)'nin verdiği silahlarla birlikte ateş etmek suretiyle gerçekleştirir. Bu örnekte azmettiren (A), yardım eden (E) ve müşterek failler olan (B) ile (C) *aynı* suçtan (insan öldürme) sorumlu olurlar.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen üstün sorumluluğu kurumu tıpkı suça iştirakte olduğu gibi başkasının işlediği suç dolayısıyla sorumluluğu düzenlemektedir. Suça iştirak edenler aynı suçtan sorumlu olmaktadır. Üstün astın işlediği suçtan sorumlu olup olmayacağı hususu ise tartışmalıdır.

Bu tartışma, özellikle, nedensellik bağlantısı ve üstün alacağı ceza bakımından önemlidir. Üst, astları ile aynı suçtan sorumlu olacaksa tıpkı suça iştirakte olduğu gibi üstün astlarının işlediği suçlara nedensel katkısının olduğu açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Üstün astlarının işlediği suçlara nedensel bir katkıda bulunmasının gerekip gerekmediği hususu ise cezalandırma/bildirme yükümlülüğü bakımından yeterince açık değildir. Üstün astlarının işlediği suçtan sorumlu olup olmayacağı meselesinin önem arz ettiği bir diğer mesele, üstün alacağı cezanın miktarı ve türüdür. Üstü astlarının işlediği suçlardan sorumlu tutmak üstün cezasının ağırlaşması, üstü astlarının işlediği

<sup>70</sup> Nerlich, s. 672.

<sup>71</sup> *Prosecutor V. Blagojevic/Jokic*, In The Appeal Trial, Case No: IT-02-60-A, Date: 09.05.2007, para: 287 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac10ac2.html>> Erişim Tarihi 21.10.2023.

<sup>72</sup> *Prosecutor V. Blagojevic/Jokic*, In The Appeal Trial, para: 287.

<sup>73</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 191-192; Chantal Meloni, "Mode of Liability", s. 632.

suçlar dolayısıyla sorumlu tutmak ise üstün cezasının hafiflemesi sonucunu doğurur.<sup>74</sup> Nitekim *Oric davasında* iddia makamı, *Naser Oric*'in *Srebrenitsa* silahlı kuvvetlerinin komutanı olması dolayısıyla astlarının işlediği suçlardan sorumlu olduğunu ileri sürmüştü ve *Oric*'in 18 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasını talep etmiştir; ancak *Mahkeme Oric*'i astlarının işlediği suçlardan değil, bu suçları önlemedeki ihmalden sorumlu tutulmuş ve iki yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.<sup>75</sup>

Üstün astlarının işlediği suçtan sorumlu olup olmayacağı tartışmasının moral (ahlaki) etkisi de vardır. Üstün astlarının işlediği cinsel saldırı, öldürme, hırsızlık, gibi suçlardan sorumlu olması ile salt yükümlülüklerini yerine getirmemesi dolayısıyla sorumlu olması arasında moral fark vardır; şüphesiz ikincisi daha lehedir.

“Tarihsel Gelişim” başlığı altında üzerinde durduğumuz *Yamashita davası* ve *Tokyo yargılamalarındaki* yaklaşım, üstlerin astların işlediği suçlardan sorumlu olmalarıdır.<sup>76</sup> 2. Dünya Savaşı sonrası *ad-hoc* yargılamalarda da başlangıçta bu yaklaşım esas alınmıştır.<sup>77</sup> *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'nde görülen *Halilovic davasında* üstün astların işlediği suçlardan sorumlu olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır:

“*Mahkeme içtihatlarında üstün sorumluluğunun astların suçlarına ilişkin bir sorumluluk türü olup olmadığı detaylı olarak ele alınmamış olsa da söz konusu içtihatlardan üstün astlarının işlediği suçlardan sorumlu olduğu anlaşılmaktadır*”.<sup>78</sup>

*Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Oric davasında* ise üstün sorumluluğunun astların işledikleri suçlardan kaynaklansa da ayrı bir sorumluluk türü olduğunu, üstün astların işledikleri suçlardan değil, kendi

<sup>74</sup> Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, s. 395; William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 1<sup>st</sup> Edition, Oxford University Press, 2010, s. 457.

<sup>75</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 783.

<sup>76</sup> Meloni, “The Evolution of Command Responsibility”, s. 623; Antonio Cassese/Bert R. A. Röling, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker*, Polity Press, 1993, s. 74 vd.

<sup>77</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 193.

<sup>78</sup> *Prosecutor V. Halilovic*, In The Trial Chamber, Case No: IT-01-48-T, Date: 16.11.2005, para: 53 <<https://www.legal-tools.org/doc/abda04/pdf>> Erişim Tarihi 14.10.2023. *Robinson*'a göre de üstün sorumluluğu bağımsız bir sorumluluk kategorisi olmayıp, astın işlediği suçta katılmadır. Yazara göre, taksirli fiil ile de suçta iştirak edilebilir. *Robinson*, s. 8.

ihmalinden sorumlu olacağını belirtmiştir:

“Üst, astlarının davranışlarından sorumludur; fakat bu, üstün astlarıyla aynı şekilde sorumlu olduğu anlamına gelmemektedir. Üst, kendi ihmali dolayısıyla sorumludur”.<sup>79</sup>

Öğretide de üstün astlarının işlediği aynı suçtan sorumlu olmayacağı görüşü baskındır. Ancak aynı suçtan sorumlu olmama konusunda hemfikir olan yazarlar arasında üstün sorumluluğunun tamamen bağımsız bir sorumluluk kategorisi olup olmadığı hususu tartışmalıdır. *Aksar*'a göre üstün sorumluluğu tamamen bağımsız, objektif bir sorumluluk kategorisidir.<sup>80</sup> *Değirmenci ve Tezcan/Erdem/Önok*'a ise göre üst, astlarının işlediği suçlardan kendi ihmali dolayısıyla sorumlu olmaktadır.<sup>81</sup> Yabancı literatürdeki hâkim görüş, üstün sorumluluğu kurumunun üstün hem doğrudan hem de dolayısıyla sorumlu olduğu *sui generis* bir sorumluluk kategorisi olduğu yönündedir.<sup>82</sup> Doğrudandır, çünkü üst astın işlediği suçtan değil, kendi yükümlülüklerini ihmal etmekten sorumlu olmaktadır; dolayısıyla, çünkü üstün sorumluluğu astın işlediği suça bağlıdır.<sup>83</sup> Üstün sorumluluğunun astın işlediği suçla nedensellik bağlantısı, sübjektif bağlantı ve cezanın türü ile ağırlığı şeklinde üç bağlantı noktası vardır:

*Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen “gerekli kontrolü sağlayamaması sonucunda” ifadesi, üstün sorumluluğu ile astların işledikleri suçlar arasındaki nedensellik ilişkisine işaret etmektedir.<sup>84</sup> Bu nedensellik ilişkisi, üstün astlarının işledikleri suçları önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından kolaylıkla kurulabilirse de üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünden kaynaklanan cezai sorumluluğunda nedensellik bağlantısının bir unsur olup olmadığı hususu aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere tartışmalıdır.

<sup>79</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, Case No: IT-03-68-T, Date: 30.06.2006, para: 293 <<https://www.legal-tools.org/doc/37564c/pdf>> Erişim Tarihi 19.10.2023.

<sup>80</sup> *Aksar*, s. 15.

<sup>81</sup> *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 547; *Önok*, s. 95; *Değirmenci*, s. 59; *Olgun Değirmenci/Ali Mavuş, Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, 1. Baskı, Seçkin, 2016, s. 62, dipnot: 421.

<sup>82</sup> *Trechsel*, s. 34-35; *Sliedregt*, “ICTY-Three Generations”, s. 388; *Chantal Meloni*, “Mode of Liability”, s. 631; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, s. 394; *Nybondas*, s. 180; *Mettraux*, s. 38.

<sup>83</sup> *Ambos*, “Treatise On International Criminal Law”, s. 206.

<sup>84</sup> *Nerlich*, “*Superior Responsibility*”, s. 678; *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 423.

Üstün sorumluluğu ile astlarının işlediği ya da işlemeye teşebbüs ettiği suçlar arasında sübjektif yönden de bir bağlantı vardır. *Statü*'nün 28. maddesinde, “askeri üstler” ve “fiilen askeri üst gibi hareket eden üstler” ile bu ikisi dışında kalan “diğer üstler” arasında manevi unsur bağlamında ayırım yapılmıştır. Askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenler, astların suç işlediğini ya da işleyeceğini bilmeseler dahi taksirleri dolayısıyla sorumlu olabilmektedir. Başkasının işlediği suç dolayısıyla, ihmali nitelikteki taksirli davranışla sorumluluk, üstün sorumluluğu kurumunun en dikkat çekici özelliklerinden birisidir.<sup>85</sup> Üstün sorumluluğu, gerçek ihmali bir sorumluluk türüdür ve gerçek ihmali suçlarda manevi unsur kural olarak kasıttır.<sup>86</sup> *Değirmenci*'ye göre üstün sorumluluğu görünüşte ihmali bir suçtur. Görünüşte ihmali suçlar kural olarak icrai olarak işlenebilmekle birlikte ihmali davranışla da işlenebilen suçlardır.<sup>87</sup> Bu tür suçların tipik örneği, TCK m. 83'te yer verilen *ihmali davranışla kastten öldürme suçudur*. Öldürme fiili bıçaklama, ateş etme, boğma vs. gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir bir fiil olsa da kanun koyucu belli kimselerin (garantör) ihmali davranışla da bu suçu işleyebileceğini kabul etmiştir. *Roma Statüsü* m. 28'e göre üst önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerini yerine getirmezse sorumlu olmaktadır. Bu yükümlülükler yalnızca pasif kalmayla ihlal edilebilir yükümlülükler olduğundan *Değirmenci*'nin görüşüne katılmıyoruz.

Gerçek ihmali bir sorumluluk kategorisi olmasına rağmen üstlerin taksirleri dolayısıyla sorumlu olması, üstün sorumluluğu kurumunun *sui generis* özelliklerinden birisidir. Askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenler dışındaki üstler bakımından ise taksirli sorumluluk kabul edilmemiştir. Bu kategorideki üstler, astların suç işlediğini ya da işleyeceğini biliyorlarsa ya da bu durumu gösterir bilgileri bilerek görmezden geliyorlarsa sorumlu olabilmektedir. *Değirmenci* ve *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, “bilerek görmezden gelme” ifadesi dolayısıyla sivil üstler bilinçli taksirin varlığı halinde de sorumlu olabilirler. Bilinçsiz taksirde öngörülmeenin “istenmemesi” vardır. Bilerek görmezden gelmede ise “istememe” değil, “kabullenme” vardır; bu yüzden yazarların görüşüne katılmıyoruz.

<sup>85</sup> Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law (Volume 1: Foundations and General Part)*, Oxford University Press, 2013, s. 186; Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 200; Nerlich, s. 676.

<sup>86</sup> Nerlich, s. 678.

<sup>87</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin, 2023, s. 397; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin, 2023, s. 397-398.



Üstün sorumluluğunun astların işlediği suçlarla üçüncü bağlantı noktası, üstün alacağı cezanın türünün ve miktarının astların işlediği suça göre değişebilmesidir. Üstün cezai sorumluluğunda üstün ihmalinin türü ve kaçınılabilirliği önem arz ettiği gibi, astların işledikleri suçların türü, yaygınlığı ve ağırlığı da belirleyici olmaktadır.<sup>88</sup>

Üzerinde durulan üç bağlantı noktası, *Aksar*'ın ileri sürdüğünün aksine üstün sorumluluğu kurumunun bağımsız bir sorumluluk kategorisi olmadığını göstermektedir. Bize göre üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliği ele alınırken, *Roma Statüsü* m. 28'in kompleks yapısı dolayısıyla, bütünsel niteleme yapmaktan kaçınmak, faillik statülerine ve yükümlülük türlerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir:

(1) *Roma Statüsü* m. 28'in (a) fıkrasında askeri üst ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimselerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu üstler bakımından şu şekilde bir ayrımla değerlendirme yapılmalıdır:

(i) Askeri üst ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimseler, müessir kontrol kabiliyetine sahip olmalarına rağmen önleme ve bastırma yükümlülüklerini kasten ihlal ederlerse *Statü*'nün 25. maddesinde yer verilen iştirak hükümlerine göre sorumlu olurlar. Zira bu ihtimalde yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen üst, astlarının suç işlenmesini kolaylaştırmak suretiyle astlarının işlediği suça nedensel katkıda bulunmuş olur. *Statü*'nün 25. maddesindeki koşulların gerçekleşmesine ilave olarak üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddedeki koşullarının da gerçekleşmesi, mahkeme icthadlarına göre cezayı ağırlaştırıcı bir sebeptir.<sup>89</sup> Önleme ve bastırma yükümlülüklerini taksirle ihlal edilmesi halinde ise iştirak hükümleri değil, *Statü*'nün 28. maddesinde düzenlenen üstün sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu ihtimalde üstün sorumluluğu, astların işledikleri suçlarla nedensel olarak bağlantılı, manevi unsuru taksir olan *sui generis* bir sorumluluk kategorisidir.

(ii) *Roma Statüsü* m. 28'e göre, askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimseler cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğünü yalnızca kasten ihlal edilebilir; bu yükümlülük bakımından taksirli sorumluluğa yer verilmemiştir. Üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla cezalandırılabilmesi için yükümlülüğün ihlalinden sonra suç işlenmesi ve

<sup>88</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 197-198.

<sup>89</sup> *Prosecutor V. Dordevic*, In The Trial Chamber II, para: 1891; *Prosecutor V. Nyiramasuhuko et al.*, In The Trial Chamber II, para. 56.

bu suçların işlenmesinde üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal etmesinin astları cesaretlendirmesi koşulları aranır ancak o zaman üstün ihmali ile astların işledikleri suçlar arasında bağlantı kurulabilir.<sup>90</sup> *Roma Statüsü* m. 28'in lafzından ise bu koşulların aranmadığı anlaşılmaktadır. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü, mantıksal olarak, astların suç işlemesinden sonra ihlal edilebileceğinden astların işlediği suçlardan bağımsız kasıtlı-ihmali bir sorumluluk kategorisi niteliğindedir.

(2) *Roma Statüsü* m. 28'in (b) fıkrasında sivil üstlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu üstler bakımından da bir ayırım yaparak değerlendirme yapılmalıdır:

(i) Düzenlemeye göre, sivil üstler, askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenlerin aksine önleme ve bastırma yükümlülüğünü yalnızca kasten ihlal edebilirler; taksirle ihlal edemezler. Zira sivil üstten söz edilebilmesi için astlar üzerinde müessir kontrol kabiliyetine sahip olunması gerekir. Bilerek bu kontrol mekanizmasını işletmeyen üst, astların suç işlemesini kolaylaştırmak suretiyle ilgili suçlara illi katkıda bulunmuş olur. Kastın varlığı halinde iştirak hükümleri uygulanacağından, düzenlemedeki bu fıkranın kanaatimizce tek başına uygulanma kabiliyeti yoktur. Bu fıkradaki koşulların gerçekleşmesi, en fazla, *Statü*'nün 25. maddesinde düzenlenen suça iştirak hükümlerine göre sorumlu olacak failin cezasını ağırlaştırma fonksiyonu görebilir.<sup>91</sup>

(ii) Sivil üstler bakımından da tıpkı askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenlerde olduğu gibi, cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğü yalnızca kasten ihlal edilebilir. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü astların suç işlemesinden sonra ihlal edilebilir bir yükümlülük olduğu için bu yükümlülüğün ihlali astların işlediği suçlardan bağımsız bir sorumluluk kategorisi teşkil etmektedir. Bağımsız bir suç diyemiyoruz; çünkü *Statü*'nün 5. maddesine göre *Divan*'ın yargı yetkisine giren suçlar sınırlı sayıdadır ve sivil üstlerin *Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen sorumluluğu bu kapsamda değildir.

Üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliğine ilişkin kabul, özellikle nedensellik ilişkisi bağlamında, üstün sorumluluğu kurumunun unsurlarını etkilemektedir. Çalışmanın devamının üstün sorumluluğu kurumunun unsurları üzerinde durulacaktır.

<sup>90</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 194.

<sup>91</sup> *Prosecutor V. Dordevic*, In The Trial Chamber II, para: 1891.

### III. ROMA STATÜSÜ M. 28'E GÖRE ÜSTÜN SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

#### A. Manevi Unsur

*Roma Statüsü* m. 28'de sivil üstlerle diğer üstler birbirlerinden iki noktada ayrılmıştır:

(1) Düzenlemede askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden üstlerin taksirli sorumluluğuna yer verilmişken sivil üstlerin taksirli sorumluluğuna yer verilmemiştir.<sup>92</sup>

(2) Düzenlemede askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket edenlerin müessir komuta/otorite ve kontrol yetkisi astlarla sınırlanmışken sivil üstlerin hem astları hem de suç teşkil eden fiillerin ilgili olduğu faaliyetler üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olması koşulu aranmıştır.

Anlaşılabacağı üzere üstün sorumluluğu kurumunun uygulanma alanı, sivil üstlere nazaran askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden kimseler bakımından daha geniştir.<sup>93</sup> Bu başlık altında manevi unsur üzerinde durulacağından bahse konu iki ayrım noktasından ilki üzerinde durulacaktır.

*Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen “bilme” ve “bilmesi gerekme” ve “bilerek görmezden gelme” şeklinde üç subjektif duruma yer verilmiştir. Düzenlemede “bilmesi gerekme” unsuruna yalnızca askeri üstler ve askeri üst gibi davranan üstler bakımından yer verilmiştir. “Bilme” ve “bilerek görmezden gelme” ise hem sivil üstler hem de diğer üstler bakımından kabul edilen ortak manevi unsurlardır. *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, “bilerek görmezden gelme”, bilinçli taksire karşılık gelmektedir.<sup>94</sup> Bilinçli taksirde öngörmeye *istememe* şeklinde bir başka subjektif unsur daha eklenmektedir. Bilerek görmezden gelme durumunda ise istememeden ziyade *kabullenme* vardır. Bu yüzden biz, bilerek görmezden gelmenin *bilmeye* eş değer olduğunu ileri süren görüşe katılıyoruz.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Aşağıda üzerinde duracağımız üzere, Türk öğretisinde sivil üstlerin bilinçli taksirleri dolayısıyla sorumlu olabileceğini kabul eden bir görüş olmakla birlikte, biz, düzenlemede yer verilen “bilerek görmezden gelme” ifadesinin olası kasta karşılık geldiğini düşündüğümüzden bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>93</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 201.

<sup>94</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 554. Aynı yönde; Değirmenci, s. 75.

<sup>95</sup> Triffiterer/Ambos, s. 1124. b

*Statü*'nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde yer verilen ve hem sivil üstler hem de diğer üstler bakımından ortak manevi unsur olan "bilme", *Statü*'nün "manevi unsurlar" başlıklı 30. maddesinde yer verilen "bilme" kavramına karşılık gelmektedir. Bu yüzden *Statü*'nün 30. maddesi üzerinde durmak gerekir. *Roma Statüsü* m. 30'a göre;

"1. Aksi belirtilmedikçe, Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için suçun maddi unsurlarını bilerek ve kasten gerçekleştirilmesi gerekir.

2. Bu maddenin amaçları doğrultusunda, kasttan söz edilebilmesi için;

(a) Hareket bakımından, hareketin iradi olarak gerçekleştirilmesi,

(b) Netice bakımından, neticenin amaçlanması veya hayatın olağan akışı içerisinde gerçekleşeceğinin bilincinde olunması gerekir.

3. Bu maddenin amaçları doğrultusunda 'bilme', suçun unsurlarının gerçekleştiğinin ya da hayatın olağan akışına göre bir neticenin ortaya çıkacağına bilincinde olmaktır".<sup>96,97</sup>

Kast, zaten bilmeyi içerdiğinden, bilme ve kast kavramlarına *Roma Statüsü* m. 30'da ayrı ayrı yer verilmesinin nedeni, her bilmenin kast

<sup>96</sup> "(a) Hareket bakımından, hareketin iradi olarak gerçekleştirilmesi", şeklindeki çevirimizle ilgili olarak şu hususu belirtmemiz gerekir: Bu ifadeye karşılık gelen İngilizce metni birebir çevirmiş olsaydık, "iradi olarak gerçekleştirilme" yerine "amaçlama" ifadesini kullanmamız gerekirdi. Zira düzenlemede "means to" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade, amaçlama anlamına gelmektedir. Ancak, *Triffterer/Ambos*'un da haklı olarak belirttiği üzere, burada "means to" ifadesi, fiilin sadır olduğu kimseye isnat edilebilmesi için gerekli olan minimum sübjektiviteye yani "iradi olma" ya karşılık gelmektedir. *Triffterer/Ambos*, s.1121.

<sup>97</sup> Hukuk normlarında normatif ve olgusal (deskriptif) unsurlar bulunur; zira her norm dış dünyadaki bir gerçekliğe tekabül etmektedir. Öte yandan her maddi gerçeklik norma konu olduğunda, normatif bir içerik de kazanmaktadır. *Roma Statüsü* m. 32/1'e göre, suç tipinin olgusal unsurlarında hata, kastı engeller. Suç tipinin normatif unsurlarında hatanın hukuki sonucu ise haksızlık bilincinin suçun yapısal unsurları içerisinde nerede konumlandırıldığı ile ilgilidir. *Roma Statüsü* m. 32/2'ye göre, hukuku bilmemek kural olarak önemli değildir. Bununla birlikte düzenlemede iki istisnaya yer verilmiştir. Bu istisnalardan biri, bu tür bir hatanın suçun sübjektif unsurunu ortadan kaldırmasıdır. Bu istisnadan ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. İkinci istisna, *Statü*'nün 33. maddesidir. Bu düzenlemeye göre ast, üstün emrini yerine getirmek zorundaysa, emir açıkça haksız değilse ve ast, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa sorumlu olmaz. Aynı düzenlemeye (m. 33)'e göre, insanlığa karşı suça vücut veren fiiller ile soykırım suçuna vücut veren fiiller açıkça haksız olan fiillerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Annemieke van Verseveld, *Mistake of Law Excusing Perpetrators of International Crimes*, T. M. C. Asser Press, 2012, s. 82 vd.

olmamasıdır.<sup>98</sup> Zira kast, bilme ve irade unsurlarından oluşur. Hazırlık komitesinin 1997 yılı Şubat ayındaki toplantısında, “bilme” ve “kast” ifadeleri arasında “ve” bağlacının mı yoksa “veya” bağlacının mı kullanılması gerektiği hususu tartışılmış “ve” bağlacının kullanılmasına karar verilmiştir. Bu kararın arkasındaki gerekçe, unsurlar bilinmeksizin kasten hareket edilemeyeceğidir; başka bir ifadeyle bilmenin kastın zamansal olarak öngelen unsuru olmasıdır.<sup>99</sup> *Roma Statüsü* m. 30/2’de kast kavramı, davranış ve netice bakımından ayrı ayrı tanımlanmıştır. Netice, gelecekte gerçekleşecek bir fenomen olduğu ve gelecek bilinmeyeceği ancak öngörülebileceği için neticenin bilinmesinden söz edilmemiş neticenin “amaçlanmasından” ve “hayatın olağan akışına göre gerçekleşeceğinin bilincinde olma”dan söz edilmiştir.<sup>100</sup> *Triffterer/Ambos*’a göre, düzenlemede açıkça doğrudan kast-olası kast ayırımına yer verilmese de düzenlemedeki “amaçlanma” ifadesi doğrudan kasta, “hayatın olağan akışına göre gerçekleşeceğinin bilincinde olma” ifadesi ise olası kasta karşılık gelmektedir.<sup>101</sup> *Roma Statüsü* m. 30/3’te, davranış ve netice dışında kalan suçun diğer unsurlarına ilişkin manevi unsura yer verilmiştir. Üçüncü fıkrada yer verilen “netice” terimi, davranışın sonucu olan tipik netice değildir; bu ifade davranış anına eşlik etmeyen gelecekte gerçekleşecek unsurları (tipik netice dışındaki) ifade etmektedir.<sup>102</sup> *Statü*’ye göre, suçun davranış ve netice dışında kalan bu unsurları bakımından failin kasten hareket etmesine gerek yoktur. Failin bu unsurların gerçekleştiğini bilmesi veya hayatın olağan akışına göre gerçekleşeceklerinin bilincinde olması yeterlidir.

*Roma Statüsü* m. 30’da kast ve bilme kavramlarına ayrı ayrı yer verildiği ve *Statü*’nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde kasttan değil, yalnızca bilmeden söz edildiği için; üstün astlarının işlediği suçların netice unsurunu amaçlaması gerekmemektedir.<sup>103</sup> Bu husus, özellikle soykırım suçu bakımından önem arzeder. *Statü*’nün soykırım suçunu düzenleyen 6. maddesine göre, failin bir ulusu, ırkı, dini ya da etnik grubu kısmen veyahut tamamen yok etme kastı ile hareket etmesi gerekir. *Statü*’nün üstün sorumluluğu kurumunu düzenleyen 28. maddesinde kasta yer verilmediği için soykırım kastı ile hareket etmeyen üst, astlarının bu suça vücut veren fiilleri işlediğini biliyorsa

<sup>98</sup> *Triffterer/Ambos*, s.1117.

<sup>99</sup> *Triffterer/Ambos*, s.1117.

<sup>100</sup> *Triffterer/Ambos*, s. 1121-1123

<sup>101</sup> *Triffterer/Ambos*, s. 1112.

<sup>102</sup> *Triffterer/Ambos*, s. 1122-1124.

<sup>103</sup> *Triffterer/Ambos*, s. 1089 vd.

ya da en azından bilebilecek durumda ise sorumlu olabilecektir.<sup>104</sup>

*Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen ve hem sivil üstler hem de diğer üstler bakımından ortak unsur olan “bilme”nin varlığı tespit edilirken; hukuka aykırı fiillerin sayısı, kapsamı, sıklığı, yaygınlığı, söz konusu fiilleri gerçekleştiren kuvvetlerin türü ve sayısı, üstün hiyerarşik pozisyonu, fiillerin gerçekleştiği yer ile üstün fiillerin gerçekleştiği anda bulunduğu yer gibi kriterler göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>105</sup> Bu bağlamda, üste iletilen rapor ve mektup gibi belgelerde suç işlendiğini ya da işlenmekte olduğunu gösterir ifadeler, tanıklıklar, üstün yazılı ya da sözlü açıklamaları gibi delillerle üstün subjektif durumunu ispatlanabilir.<sup>106</sup> Ayrıca üstün sorumlu tutulabilmesi için, objektif olarak, astları üzerinde müessir kontrol imkânına sahip olması yeterli değildir; üstün bu durumu bilmesi gerekir.<sup>107</sup>

“Bilme” ve “bilmesi gerekme” hem sivil hem de diğer üstler bakımından ortak manevi unsurken “bilmesi gerekme” unsuruna yalnızca, *Roma Statüsü m. 28'in* askeri üstler ve askeri üst gibi hareket eden fiillerin sorumluluğunu düzenleyen (a) fıkrasında yer verilmiştir. Dolayısıyla sivil üstler astlarının suç işleyeceğini ya da işlediğini bilmeleri gerektiğinden bahisle sorumlu tutulamazlar.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere *Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen “bilme” kavramı, *Statü*'nün “manevi unsurlar” başlıklı 30. maddesinde yer verilen “bilme” kavramına karşılık gelmektedir. Zira *Statü*'nün 30. maddesindeki düzenleme, *Statü*'te yer verilen bütün suçlar için ortak düzenlemedir. “Bilmesi gerekme” kavramına ise *Statü*'nün 30. maddesinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte *Statü*'nün 30. maddesine sorumluluğun manevi unsurunun kast olduğu belirtilirken “aksi belirtilmedikçe” ifadesi kullanılmıştır. *Statü*'nün 28. maddesi, *aksi belirtilen* hallerden birisidir; çünkü m. 28'de “bilmesi gerekme” subjektif unsuruna yer verilmiştir. Anlaşılabacağı üzere, “aksi belirtilmedikçe” ifadesi, iki düzenleme arasında genel norm-özel norm ilişkisi yaratmaktadır.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Üstün sorumluluğunda soykırım suçu bakımından üstün kasıtlı hareket etmesinin gerekmediği hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Zahar, 614 vd.

<sup>105</sup> *Prosecutor V. Naser Oric*, In The Trial Chamber II, para: 319.

<sup>106</sup> Tezcan/Erdem/Önok, 2023, s. 553; Değirmenci, s. 87.

<sup>107</sup> *Prosecutor V. Prlic et al.*, In Trial Chamber III, Case No: IT-04-74-T, Date: 29.05.2013, para. 245 <<https://www.icty.org/x/cases/prlic/tjug/en/130529-1.pdf>> Erişim Tarihi 19.10.2023.

<sup>108</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 48; Nerlich, s. 675.

*Statü*'de terminolojik olarak *taksir* kavramına yer verilmese de *Bemba davasında* “bilmesi gerekme”nin, *taksire* (*negligence*) karşılık geldiği ifade edilmiştir.<sup>109</sup> Hangi durumlarda “bilmesi gerekme”den söz edilebileceği sıklıkla işaret edildiği üzere somut olaydan somut olaya değişkenlik gösterir.<sup>110</sup> Somut olayda astların *Divan*'ın yargı çevresine giren bir suç işlediğini veya işlemek üzere olduğunu gösterir vesileler olmasına rağmen üst özensizliği nedeniyle bu vesilelere duyarsız kalmışsa ya da duyarsız kalmamakla birlikte yine özensizliği nedeniyle bu vesileleri doğru bir şekilde yorumlayamamışsa sorumlu olur.<sup>111</sup> Örneğin, bir komutan emrindeki askerlerin göreve gitmeden önce alkol kullandığını ya da bazı askerlerin şiddete eğilimli olduğunu öğrenmişse gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.<sup>112</sup> Astlarının suç işlediği veya işleyeceği hususunda üstü şüpheye düşürmeye yetecek kadar bilginin varlığı yeterli olup bu bilginin kesin ve açık (hangi suçun, ne kapsamda, kimler tarafından vb.) olması gerekmez; genel bilgi yeterlidir.<sup>113</sup> Örneğin, üst kendisine ulaştırılan raporda, -kimlik bilgileri ve işledikleri fiiller belirtilmese de- astlarının disiplinsiz, görev gereklerine aykırı bir tutum içerisinde olduğunu öğrenirse araştırma yapmak ve gerekli tedbirleri almakla mükelleftir.<sup>114</sup>

*Statü*'nün 28. maddesinde “bilmesi gerekme” ifadesinin tercih edilmesi tartışma konusu olmuştur. Tartışmanın nedeni, Yugoslavya ve Ruanda uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde “bilmesi gerekme” ifadesi yerine “bilmesini gerektiren nedene sahip olma” ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Esasen “bilmesi gerekme” ifadesine, *Cenevre Antlaşması'na Ek 1977 tarihli I. Protokol*'un 86. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilmiştir. Dolayısıyla *Roma Statüsü*'nün 28. maddesindeki düzenleme ile eskiye dönülüp *Cenevre Antlaşması'na Ek I. Protokol*'deki ifade tekrar tercih edilmiştir. “Bilmesi gerekme” ve “bilmesini gerektiren nedene sahip olma” ifadeleri arasında şu şekilde bir farklılık olduğu belirtilmektedir: “Bilmesi gerekme”, üstün astlarının suç işlediğini ya da işlemek üzere olduğunu gösterir bilgiye aktüel olarak sahip olmasa da gerekli özeni gösterseydi sahip olabileceği anlamına

<sup>109</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 429.

<sup>110</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 319.

<sup>111</sup> Ambos, *Treatise On International Criminal Law*, s. 223.

<sup>112</sup> *Prosecutor V. Mucić et al.*, In The Appeals Judgement, Case No: IT-96-21-A, Date: 20.02.2001, para. 238 <<https://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>> Erişim Tarihi 19.10.2023.

<sup>113</sup> *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 249.

<sup>114</sup> *Prosecutor V. Mucić et al.*, In The Appeals Judgement, para: 238.

gelmektedir.<sup>115</sup> “Bilmesi için nedeni olması” ifadesi ise üstün, bir bilgiye sahip olduğu ve gerekli özeni gösterseydi bu bilgiden hareketle astlarının suç işlediğini ya da işleyeceğini bilebileceğini ifade etmektedir.<sup>116</sup> Bizim de katıldığımız yoruma göre; m. 28’de “bilmesi gerekme” ifadesinin yanı sıra “mevcut koşullar” ifadesine de yer verilmesi dolayısıyla m. 28’deki “bilmesi gerekme” ifadesi, Yugoslavya ve Ruanda uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde yer verilen “bilmesini gerektiren nedene sahip olmak” ifadesiyle aynı anlama gelmektedir.<sup>117</sup>

## B. Maddi Unsurlar

### 1. Üst-Ast İlişkisi

Üstün sorumluluğu, üst-ast ilişkisine dayanan bir sorumluluk türüdür. Aynı rütbeteki kişiler bakımından koşulları oluşmuşsa suça iştiraktan söz edilebilir.<sup>118</sup> Üst-ast ilişkisi hukuki (*de jure*) olabileceği gibi, fiili de (*de facto*) olabilir.<sup>119</sup> Fiili ast-üst ilişkisi, çoğunlukla iç savaşlarda görülen bir hiyerarşi tipi olsa da devletlerarası çatışmalarda da söz konusu olabilir.<sup>120</sup>

*Statü*’nün 28. maddesi, ast-üst ilişkisinde, soyut hukuki işlem temelli mekanik bir standart yerine normatif bir standart kabul etmiştir.<sup>121</sup> Üst-ast ilişkisi, atama ve seçme gibi hukuki bir işlemle kurulmuşsa üst karine olarak (*prima facie*), astları üzerinde müessir kontrol kabiliyetine sahiptir; ancak bu

<sup>115</sup> “‘bilmesi gerekme’ standardı, suçun işlendiği tarihte ulaşılabılır bir bilginin olup olmadığı hususundan bağımsız olarak üste, emri altındaki birliklerin fiilleri hakkında bilgi sahibi olabilecek tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir”. *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 433.

<sup>116</sup> Jenny S. Martinez, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaskic and Beyond”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 258. Sierra Leone Özel Mahkemesi, “bilmesi için nedeni olması” ifadesini bu şekilde yorumlamıştır: Bkz. *Prosecutor V. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, Case No: SCSL-03-01-T, Date: 30.05.2012, para: 498.

<sup>117</sup> Triffterer/Ambos, s. 1091; Nerlich, s. 674.

<sup>118</sup> Değirmenci, s. 84.

<sup>119</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.553; Mettraux, s. 141, Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 198-199. *Prosecutor V. Karadzic*, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-5/18-T, Date: 24.03.2016, para. 580 <[https://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](https://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf)> Erişim Tarihi 14.10.2023.

<sup>120</sup> Bantekas, s. 579.

<sup>121</sup> Mark Osiel, “The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity”, *Columbia Law Review*, 105 (6), 2005, s. 1779.



durumda dahi hukuki olarak müessir kontrol imkânına sahip olan üstün fiili olarak da müessir kontrol imkânına sahip olduğu ispat edilmelidir.<sup>122</sup> Hukuki olarak üst pozisyonunda olan kimse fiilen yetkilerini kullanamıyorsa cezai sorumluluk taşımazken hukuki olarak üst pozisyonunda olmayan bir kimse fiili olarak müessir kontrol kabiliyetine sahipse sorumlu olabilmektedir.<sup>123</sup> *Statü*'nün 28. maddesindeki “müessir komuta/kontrol ve otorite” ifadesinin anlamı budur.<sup>124</sup>

Bir ülkeye ait düzenli askeri kuvvetler bakımından üst-ast ilişkisinin tespit etmek, düzenli silahlı kuvvetlerin hiyerarşik katmanları açıkça belli olduğu için nispeten kolaydır.<sup>125</sup> Aynı şekilde, fiilen askeri üst gibi hareket eden örneğin, maramiliter birliklere liderlik yapanları ya da polis kuvveti amirlerini de üstün sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutmak görece kolaydır:

“[fiilen askeri üst gibi hareket edenler], *mevcut hukuk kurallarına göre askeri üst olarak görevlendirilmemiş ancak fiili olarak bir grup insan üzerinde emir komuta zinciri içerisinde müessir kontrol kabiliyetine sahip olan kimselerdir*”.<sup>126</sup>

“*Fiilen askeri üst gibi hareket eden üst kavramı, genellikle düzenli polis üniteleri, ya da düzenli olmayan direnişçi gruplar, paramiliter gruplar ve milisler üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olan kimseleri ifade eder*”<sup>127</sup>

Sorumlulukları *Statü*'nün 28. maddesinin (b) fıkrasında düzenlenen sivil üstleri tespit etmek ise güçtür.<sup>128</sup> Sorun, bu kapsamda değerlendirilebilecek, ülkenin yürütme organının başı, bakan, belediye başkanı, dini lider, siyasi parti yöneticisi gibi sivillerin hangi durumlarda m. 28'e göre sorumlu olacağıdır. Özellikle sivil üstler bakımından üst-ast ilişkisinin ortaya konulması uluslararası ceza yargılamalarının halli en zor unsurlarından birini

<sup>122</sup> *Prosecutor V. Karadzic*, In The Trial Chamber, para. 581.

<sup>123</sup> Mettraux, s. 141; Nerlich, s. 669. Sierra Leone Özel Mahkemesi de bu hususa vurgu yapmıştır: Bkz. *Prosecutor V. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, Case No: SCSL-03-01-T, Date: 30.05.2012, para: 493.

<sup>124</sup> Nerlich, s. 669.

<sup>125</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 551-552; Mettraux, *Command Responsibility*, s. 106.

<sup>126</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 409.

<sup>127</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 410.

<sup>128</sup> Rene Vark, “Superior Responsibility”, *Estonian National Defence College Proceedings*, 15(1), 2012, s. 152.

oluşturmaktadır.<sup>129</sup>

İçtihatlara göre, *Divan*'ın yargı yetkisi kapsamındaki suçları işleyenlerin üzerinde etki sahibi olmak üstün sorumluluğu bakımından gereklidir; ancak yeterli değildir.<sup>130</sup> Sivillerin tıpkı askeri üst ve fiilen askeri üst gibi hareket eden üstlerde olduğu gibi müessir kontrol imkânına sahip olması gerekir.<sup>131</sup> İçtihatlara göre müessir kontrol; “önleme, bastırma ve cezalandırma yükümlülükleri bakımından maddi imkânlara sahip olmadır”.<sup>132</sup>

*Kordic davası*'nda, Bosna'nın Las Valley bölgesinde sözü geçen bir politikacı olan sanığın, Müslüman Bosnalılar'ı katleden askeri personel üzerinde müessir kontrole sahip olmadığı gerekçesiyle sorumlu olmadığına hükmedilmiştir.<sup>133</sup> *Mahkeme*, bu kararı ile “müessir kontrol” ve “önemli etki” olgularını birbirinden ayırmış, sivil üstün astları kontrol etme gücünün olmadığı durumlarda, şahsından ya da pozisyonundan kaynaklanan fiili etkinliğini dikkate almamıştır.<sup>134</sup> Askeri üstler ve sivil üstler arasındaki farklılık özellikle suç işleyen astın cezalandırılması yükümlülüğünde kendini göstermektedir. Kural olarak, hiyerarşik konumların yasayla belirlendiği ve itaatın zorunlu tutulduğu askeri düzende üst, astı cezalandırma yetkisine sahiptir.<sup>135</sup> Sivil üstün ast üzerindeki etkisi yasadan kaynaklanmayan fiili bir durumdur ve genellikle de cezalandırma gücünü içermez.<sup>136</sup> *Aleksovski davası*'nda *Mahkeme*, bu hususta şu tespiti yapmıştır:

“Askeri hiyerarşide emir verme yetkisinin doğal olarak cezalandırma yetkisini de içermesi, sivil üstler bakımından geçerli değildir. Sivil üstün astları üzerinde askeri üste eşdeğer seviyede disiplin otoritesine sahip olması

<sup>129</sup> Vark, s. 152.

<sup>130</sup> *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 240.

<sup>131</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 422.

<sup>132</sup> *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 249.

<sup>133</sup> *Prosecutor V. Kordic/Cerkez*, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-14/2-T, Date: 26.02.2001, para: 413-415 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,41483e9be.html>> Erişim Tarihi 12.11.2023.

<sup>134</sup> *Prosecutor V. Kordic/Cerkez*, In The Trial Chamber, para: 415

<sup>135</sup> *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, Case No: IT-95-14/1-T, Date: 25.06.1999, para: 78 <<https://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>> Erişim Tarihi 27.10.2023.

<sup>136</sup> *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, para: 78.

*beklenebilir bir durum değildir*".<sup>137</sup>

Hangi durumlarda önleme, bastırma ve cezalandırma bakımından maddi imkândan başka bir ifadeyle müessir kontrolden söz edilebileceğine ilişkin olarak mahkeme kararlarında bazı kıstaslar ortaya konulmuştur:

“Üstün müessir kontrole sahip olup olmadığı değerlendirilirken;

(i) emir verme ve emirlere uyulması,

(ii) aktüel olarak disiplin işlemi yapabilme yetkisi,

(iii) terfi ettirebilme ya da görevden alabilme yetkisi gibi faktörler göz önünde bulundurulmalıdır”.<sup>138</sup>

*Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Celebici davasında, Konjic savunma birliklerinin kordine edeni* sıfatıyla yargılanan *Zejnir Delalic*’in, kamptaki işkence, cinsel saldırı, öldürme gibi fiileri gerçekleştirenler üzerinde müessir kontrol kabiliyetinin bulunmadığını belirterek *Delalic*’in suçsuz olduğuna hükmetmiştir.<sup>139</sup> *Mahkeme*’ye göre, *savunma birliklerinin kordine edeni* ünvanı bilindik bir askeri unvan olmayıp<sup>140</sup> *Delalic*’in ilk yardım malzemelerini temin etme, ulaşım araçlarını transfer etme gibi lojistik işleri kordine etmesi, ona hukuki ya da fiili olarak üst sıfatını kazandırmaz.<sup>141</sup> İddia makamı, *Delalic*’in önemli belgelerde imzasının olduğunu<sup>142</sup>, önemli görevlere atamalarda önerilerinin yetkili mercilerce esas alındığını<sup>143</sup>, tutsakların hangi koşullarla salıverilebileceğine karar verdiğini<sup>144</sup> ileri sürerek *Delalic*’in üstün sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmasını talep etmiştir. *Mahkeme*, *Delalic*’in söz konusu evrakları karar veren sıfatıyla değil, kararın alınmasına tanıklık eden sıfatıyla imzaladığını<sup>145</sup>, öneride bulunmanın

<sup>137</sup> *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, para: 78.

<sup>138</sup> *Prosecutor V. Karadzic*, In The Trial Chamber, para. 581.

<sup>139</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 643 vd.

<sup>140</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 665.

<sup>141</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 668.

<sup>142</sup> İddia makamına göre, *Pazaric ve Jablanica* arasındaki tren yolunun tekrar açılması talimatını veren belgenin altında *Delalic*’in imzasının olması, onun önemli kararları alma yetkisine ve dolayısıyla da üst sıfatına sahip olduğunu göstermektedir. *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 671-672.

<sup>143</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 674.

<sup>144</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 669.

<sup>145</sup> *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 671-672.

atama yapma yetkisine sahip olma anlamına gelmediğini<sup>146</sup>, *Delalic*'in tutsakları salıverme yetkisine sahip olduğu iddiasının ise yeterli delille desteklenmediğini<sup>147</sup> belirterek iddia makamının talebini yerinde görmemiştir. Bu davada yargılanan bir diğer sanık olan *Zdravko Mucic*, tutsaklar kampının fiili komutanı olarak kampta işlenen suçları önleyebilecek imkânlarla sahip olmasına rağmen yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle sorumlu tutulmuştur.<sup>148</sup> Tanıklar, *Mucic*'in tutsaklara karşı suç işlenmemesi konusunda astlarına talimat verse de çoğunlukla kampta bulunmadığını, tutsaklara kötü muamelede bulunulduğuna ilişkin iddiaları görmezden geldiğini belirtmiştir.<sup>149</sup> *Mahkeme*, kampta işlenen suçların sayısı ve yoğunluğunu dikkate alarak *Mucic*'in yaşananlardan haberdar olmadığı şeklindeki savunmasını yerinde görmemiştir.<sup>150</sup>

*Uluslararası Ceza Divanı*'nın yargı yetkisine giren suçlar coğrafi olarak geniş bir alanda sirayet eden çoğunlukla birden fazla kişinin dâhil olduğu suçlardır.<sup>151</sup> Astın doğrudan ilgili üste bağlı olması zorunlu değildir.<sup>152</sup> Daha açık bir ifadeyle üst-ast ilişkisi tek katmanlı değildir; bu yüzden aynı suç dolayısıyla birden fazla üst sorumlu olabilir.<sup>153</sup> Ancak burada sınırın müessir kontrol kabiliyeti olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin, operasyonel üstler, ilgili birim amirleri aracılığıyla, operasyona katılan tüm üniteleri yönetir; operasyonel üstün astlarla olan ilişkisi, bireysel olarak belirli astlar üzerinde denetim yetkisine sahip olan taktik üstlerin astları ile olan ilişkisiyle aynı değildir.<sup>154</sup> Bu durum operasyonel üstün sorumlu olmayacağı anlamına gelmez. Ancak, şüphesiz, taktik üstlerin astları üzerinde müessir kontrol

<sup>146</sup> İddia makamı, *Celebici* tutsak kampının komutanını olarak *Zdravko Mucic*'in görevlendirilmesini *Delalic*'in resmi olmayan bir toplantıda önerdiğini ileri sürmüştü, *Mahkeme*, bir yandan “öneride bulunmanın” öte yandan “atamalar yapma yetkisine sahip olmanın” birbiriyle çelişen iddialar olduğunu; zira, böyle bir yetkisi varsa öneride bulunmayacağını doğrudan görevlendirmede bulunabileceğini belirtmiştir. *Prosecutor V. Delalic et al.*, In The Trial Chamber, para: 674.

<sup>147</sup> *Prosecutor V. Delalic et al.*, In The Trial Chamber, para: 669.

<sup>148</sup> *Prosecutor V. Delalic et al.*, In The Trial Chamber, para: 774.

<sup>149</sup> *Prosecutor V. Delalic et al.*, In The Trial Chamber, para: 772-773.

<sup>150</sup> *Prosecutor V. Delalic et al.*, In The Trial Chamber, para: 770.

<sup>151</sup> Jamie Allan Williamson, “Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability”, *International Review of the Red Cross*, 90(870), 2008, s. 310.

<sup>152</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 552; Değirmenci, s. 85.

<sup>153</sup> Önok, s. 110.

<sup>154</sup> Önok, s. 110.

kabiliyetine sahip olduğunu ispat etmek ve dolayısıyla üstün sorumluluğu hükümlerini işletmek operasyonel üstlere nazaran daha kolaydır.

Üstün sorumluluğundan söz edilebilmesi için kendisine sorumluluk isnat edilenin “üst” pozisyonunda olduğunu bilmesi gerekir.<sup>155</sup> Resmi olarak kendisine yetki verilen kişi henüz bu durumu öğrenmemişse görevlendirme anı ile öğrenme anı arasında işlenen suçlardan “üst” sıfatıyla sorumlu olmaz; aynı şekilde görev kabul edilmemişse yine görevi kabul etmeyen kimse, *görevi kabul etseydi astların suçlarını önleyebilir ya da bastırabilirdi* iddiası ile sorumlu tutulamaz.<sup>156</sup>

*Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen “müessir komutası ve kontrolü ya da müessir otoritesi ve kontrolü altında bulunan birlikler” ifadesindeki “müessir komuta ve kontrol” ifadesi, askeri üstler; “müessir otorite ve kontrol” ifadesi ise fiilen askeri üst gibi hareket eden üstler için kullanılmıştır; bu iki ifade arasındaki farklılığın tek nedeni budur; aralarında öz itibarıyla bir farklılık yoktur.<sup>157</sup>

## 2. Astın Divan'ın Yargı Çevresine Giren Bir Suçu İşlemiş Olması

*Statü*'nün 28. maddesinin hem (a) hem de (b) fıkrasına göre üst, astlarının “*Divan*'ın yargı yetkisine giren suçları işleme”<sup>158</sup> dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Söz konusu ifadede ortaya konması gereken iki husus vardır:

- (1) *Divan*'ın yargı yetkisine giren suçlar nelerdir?
- (2) “Suç işleme” ifadesinden neyi anlamak gerekir?

İlk sorunun yanıtı kolaydır. Zira *Statü*'nün 5. maddesine göre; *Divan*'nın yargı yetkisine giren suçlar; *soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu*'dur. *Roma Statüsü*'nde, ismen dört suç tipinden söz edilse de, söz konusu suçların tipikliğinde, öldürme, yaralama, yağma, cinsel saldırı, mala zarar verme, çocuk düşürtme, hürriyetten yoksun bırakma, işkence, zorla çalıştırma, cebir, tehdit, ayrımcılık gibi birçok fiil yer almaktadır. Bu yüzden üstün sorumluluğunun dayanağını teşkil eden suçların çerçevesi geniştir.

<sup>155</sup> Mettraux, s. 139.

<sup>156</sup> Mettraux, s. 139.

<sup>157</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 412.

<sup>158</sup> *Aksar*'a göre suç işlenmese dahi üst yükümlülüklerini yerine getirmese sorumlu olabilecektir. *Aksar*, s. 15.

İkinci sorunun yanıtı ise birinci sorunun yanıtına nazaran zordur. Örneğin, astların ihmali davranışları ile *Divan*'ın yargı yetkisine giren suçları işleyip işleyemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Keza, “suç işlemek” ifadesi, astın yalnızca müstakil fail olduğu suçları kapsayacak kadar dar veyahut astların iştirak ettikleri fiilleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaya müsaittir.

Bir görüşe göre, “işlemek” ifadesini katı bir şekilde yorumlamak, astın sadece fail olduğu suçlar dolayısıyla üstü sorumlu tutmak gerekir.<sup>159</sup> Ast, üçüncü bir kimsenin işlediği fiile şerik olarak katılmışsa, üst sorumlu tutulamaz; zira bu ihtimalde üstün işlenen suçta önleme ya da bastırma bakımından maddi imkânlarla (*material ability*) sahip olduğu ileri sürülemez.<sup>160</sup>

Hâkim görüşe göre, üstün sorumluluğu astların yalnızca bizzat işledikleri, icrai nitelikteki tamamlanmış suçlarla sınırlı değildir: Ast, ihmali davranışlarıyla da *Divan*'ın yargı yetkisi kapsamındaki suçları işleyebilir.<sup>161</sup> Örneğin, işgal edilen şehirde güvenliği sağlamakla görevli olan astların bu yükümlülüklerini ihmal etmeleri neticesinde işgal bölgesinde savunmasız kişilere karşı üçüncü kişiler tarafından cinsel saldırı, adam öldürme gibi fiillerin işlenmesi halinde üstün sorumluluğuna gidilebilir.<sup>162</sup> Astların korumakla yükümlü olduğu kimselere zarar veren üçüncü kişilerin kimliklerinin tespit edilip edilmemesi de sorumluluk bakımından önemli değildir.<sup>163</sup> Astın dâhil olduğu hiyerarşi zincirinde sorumluluk sadece astın bir üzerinde olan üst ile sınırlı değildir; bu tür durumlarda müessir kontrol koşulunun gerçekleştiğini tespit zor olsa da, teorik olarak, arada başka üstlerin olması tek başına diğer

<sup>159</sup> Mettraux, s. 135.

<sup>160</sup> Mettraux, s. 136.

<sup>161</sup> Kai Ambos, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to The ‘Most Responsible’”, Andre Nollkaemper (Ed.), *Sistem Criminality in International Law*, 1<sup>st</sup> Edition, Cambridge University Press, 2009, s. 137; Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 1<sup>st</sup> Edition, T. M. C. Asser Press, 2010, s. 148-50; Roberta Arnold, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 2007, s. 823; Nerlich, s. 668-669; Sliedregt, “the ICTY-Three Generations”, s. 383; Joakim Dungal/Shannon Ghadiri, “The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed After The Cessation of Effective Control”, *University of California Davies Journal of International Law and Policy*, 17(1), 2011, s. 5.

<sup>162</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 305.

<sup>163</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 305.

üstlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>164</sup>

Üst astın yalnızca fail olduğu suçlar dolayısıyla değil, astın şerik olarak katıldığı suçlar dolayısıyla da sorumlu tutulabilir.<sup>165</sup> Son olarak astın işlediği suçun tamamlanmış olması zorunlu değildir; suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi üstün sorumluluğuna gidilebilir.

Mahkeme içtihatları da bu doğrultudadır:

*“Üstün astının işlediği suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluğu, astın aktif olarak işlediği ya da işlenmesine katıldığı suçlarla sınırlı değildir; üst, astın işlediği ihmali suretiyle icra suçları dolayısıyla da sorumludur”.*<sup>166</sup>

*“Üstün sorumluluğu kurumunun arkasındaki gerekçeye odaklanmak gerekir: bu kurum, üstlere astlarının icrai ya da ihlmali davranışlarıyla uluslararası insancıl hukuku ihlal etmemeleri hususunda yükümlülük getirmektedir. Üstün sorumluluğu, astlarının sadece öldürme ve kötü muamele fiillerini engellemekle sınırlanmış olsaydı; uluslararası insancıl hukukun uygulanması hiç istenilmeyecek ölçüde sınırlanmış olurdu; zira bu ihtimalde üst astın doğrudan işlemediği ancak işlenmesine maddi ya da manevi olarak katkıda bulunduğu öldürme ve kötü muamele suçlarını bilerek gözardı edebilirdi”.*<sup>167</sup>

Astın işlediği suçların üstün sorumluluğuna vücut verebilmesi için işlenen suçun üst ile ast arasındaki hiyerarşik ilişki kapsamında olması gerekir.<sup>168</sup> Örneğin, öldürme fiili, üstün sorumluluğunu gerektirebilecek bir fiil olmakla birlikte ast, eşini öldürmüştü bu fiil dolayısıyla elbette üstün sorumluluğundan söz edilemez.<sup>169</sup>

*Statü*'nün 28. maddesinde yer verilen “*Divan*’ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi” şeklindeki ifadede üzerinde durulması gereken bir diğer

<sup>164</sup> *Prosecutor V. Prlic et al*, In Trial Chamber III, para: 239.

<sup>165</sup> Ambos, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, s. 137; Meloni, *Command Responsibility*, s. 148–50; Arnold, s. 823; Nerlich, s. 668-669; Slidrege, “ICTY-Three Generations”, s. 383; Dungal/ Ghadiri, s. 5.

Sierra Leone Özel Mahkemesi de bu yorumu esas almıştır: Bkz. *Prosecutor V. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, Case No: SCSL-03-01-T, Date: 30.05.2012, para: 492.

<sup>166</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 302.

<sup>167</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 300.

<sup>168</sup> Mettraux, s. 82.

<sup>169</sup> Mettraux, s. 82.

husus, “suç” kavramından neyi anlamak gerektiğidir. Astın kusursuz olduğu durumlarda, suç oluşmuş kabul edilecek midir? Öğretide, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa üstün sorumluluğundan söz edilemeyeceği, kusuru etkileyen nedenlerin varlığı halinde ise fiilin haksızlık niteliği devam ettiği için koşulları oluşmuşsa üstün sorumluluğuna gidilebileceği ileri sürülmektedir.<sup>170</sup>

### 3. Üstün Yükümlülüklerini Yerine Getirmemiş Olması

*Roma Statüsü*'nün 28. maddesine göre üstün üç tür yükümlülüğü vardır: (1) suç işlenmesini önlemek, (2) icrasına başlanan suçları bastırmak, (3) sorumluları cezalandırmak ya da sorumluların cezalandırılması için yetkili mercileri bilgilendirmek.

Ceza hukukunda herkes suç teşkil haksızlıklardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, icrai suçlarda “yapmama” (negatif yükümlülük), ihmali suçlarda ise “yapma” (pozitif yükümlülük) şeklindedir.<sup>171</sup> Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülükleri aktif bir davranışta bulunmayı gerektirdiği için pozitif nitelikteki yükümlülüklerdir; bu yüzden üstün sorumluluğu, üstün ihmali davranışlarına dayanan bir sorumluluk türüdür.<sup>172</sup>

Ceza hukukunda bazı suçlar salt ihmali davranışla (gerçek ihmali suçlar) işlenebilirken bazı suçlar ise normalde icrai davranışla işlenmekle birlikte ihmali davranışla da işlenebilir (ihmal suretiyle icra suçları/görünüşte ihmali suçlar).<sup>173</sup> Gerçek ihmali suçlar, ceza kanunun özel kısmında bağımsız olarak düzenlenirken ihmal suretiyle icra suçları ya ceza kanununun özel hükümler kısmında bağımsız birer suç tipi olarak ya da ceza kanunun genel hükümler kısmında genel bir hükme yer verilmek suretiyle düzenlenebilir.<sup>174</sup>

Üstün sorumluluğu, gerçek ihmali suç kategorisi içerisinde değerlendirilmelidir; zira bu sorumluluk türü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere

<sup>170</sup> Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 203; Meloni, *Command Responsibility*, s. 150 vd.

<sup>171</sup> Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 203; Meloni, *Command Responsibility*, s. 207.

<sup>172</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 54; Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 186.

<sup>173</sup> Kai Ambos, “Omissions”, Kai Ambos et al. (Ed.), *Core Concepts of Criminal Law and Criminal Justice (Vol. I)*, Cambridge University Press, 2020, s. 18.

<sup>174</sup> Ambos, “Omissions”, s. 20-21.



üstün önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerini ihmal etmesiyle sınırlıdır.<sup>175</sup>

Kural olarak, gerçek ihmali suçlar, sırf hareket suçları iken ihmal suretiyle icra suçları neticeli suçlardır.<sup>176</sup> Üstün sorumluluğunda üstün salt ihmali, sorumluluk bakımından yeterli değildir; üstün sorumlu olabilmesinin zorunlu koşulu, ast tarafından *Divan*'nın yargı yetkisi kapsamında yer alan bir suçun işlenmiş olmasıdır. Gerçek ihmali suç kategorisi içerisinde değerlendirilebilecek bir sorumluluk türü olmasına rağmen üstün sorumluluğunun astın işlediği bir suçun (neticenin) varlığını gerektirmesi, üstün sorumluluğu kurumunun kendine özgü özelliklerinden birisidir.<sup>177</sup> Üstün sorumluluğu kurumunun bir başka kendine özgü özelliği, yukarıda detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere, üstün astlarının işlediği icrai suçlardan taksirin eşlik ettiği ihmali davranışıyla sorumlu olmasıdır.<sup>178</sup>

*Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen; “müessir kontrol” ve “yetkisi dâhilindeki tüm gerekli ve makul tedbirleri almamış [olmak]” ifadeleri, üstün sorumluluğunun objektif bir sorumluluk türü olmadığını göstermektedir.<sup>179</sup> Bu yüzden suçun üst tarafından önlenememesi, bastırılmaması ya da astların cezalandırılmaması, her durumda sorumluluğu gerektirmemektedir. Üstün bahse konu yükümlülükleri yerine getirebilir durumda olması gerekir.<sup>180</sup> Bu açıdan düzenleme “kusursuz ceza olmaz” ilkesi ile uyumludur. *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, buradaki özenin derecesi “normal bir amirin” göstereceği özen olmalıdır.<sup>181</sup> Yazarlara göre düzenlemede “tüm gerekli ve ve makul tedbirler” ifadesiyle daha yüksek bir eşik belirlenmiştir; bu yönüyle düzenleme yerinde

<sup>175</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 54; Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 186.

<sup>176</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 54.

<sup>177</sup> Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 206.

<sup>178</sup> Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, s. 186; Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 200; Nerlich, s. 676.

<sup>179</sup> *Prosecutor V. Bagilishema*, In the Trial Chamber I, Case No: ICTR-95-1A-T, Date: 7.06.2001, para. 44 <<https://www.refworld.org/pdfid/48abd5170.pdf>>Erişim Tarihi 21.10.2023.

<sup>180</sup> “Müessir kontrol, esasen önleme bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerini yerine getirme hususunda maddi yeterliliğe sahip olmayı ifade eder”. *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 422. “Uluslararası hukuk üste imkânsız yerine getirme yükümlülüğü yükleyemez. Üst yerine getirebileceği yükümlülükleri yerine getirmediğinde sorumlu olabilir”. *Prosecutor V. Delalić et al.*, In The Trial Chamber, para: 394-395.

<sup>181</sup> *Tezca/Erdem/Önok*, s. 555.

değildir.<sup>182</sup> Kanaatimizce, ilgili ifadede yer verilen “makul (reasonable)” kelimesi, “normal olan”a karşılık gelmektedir; bu yüzden düzenlemede aranan özen, “normal bir amirin” göstermesi gereken özen olup bundan daha yüksek bir eşik belirlenmemiştir.

Üst açısından yerine getirilebilir yükümlülüklerin neler olduğu, elbette somut olaydan somut olaya ve özellikle de üstün astları üzerindeki etkisinin derecesine göre değişkenlik gösterir.<sup>183</sup> Üstün yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini somut olaya göre değerlendirmek gerekir; üst, somut olayda yükümlülüklerini gerekli emirleri vermemek, düzenli bir şekilde birliğini teftiş etmemek, astlar arasında gerekli görev değişikliklerini yapmamak, kendi üstlerine rapor sunmamak, astlarını uluslararası mevzuat ve hukuki sorumlulukları konusunda bilgilendirmemek ve benzeri birçok şekilde ihlal edilebilir.<sup>184</sup> Ancak bahse konu yükümlülüklerden birini ihlal tek başına sorumluluk bakımından yeterli değildir:

*“Her ne kadar üstün temel yükümlülüklerini [astları teftiş etmek, mevzuat konusunda bilgilendirmek gibi üst paragrafta sayılan genel yükümlülükler kastedilmektedir] yerine getirmemesi, üstün sorumluluğuna ilişkin değerlendirmede dikkate alınacak önemli bir faktör olsa da söz konusu yükümlülükleri ihlal otomatik olarak üstün sorumlu olacağı anlamına gelmez. Aynı durum aksi hal için de geçerlidir; üstün temel yükümlülüklerini yerine getirmesi de tek başına üstün sorumlu olmayacağı anlamına gelmez”.*<sup>185</sup>

Üstün önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerinden birini yerine getirememesi, sorumlu olamayacağı anlamına gelmez. Örneğin, üst suç işlenmesini önleme ya da bastırma bakımından müessir komuta ya da otoriteye sahip olmayabilir; ancak üstün önleme ve bastırma yükümlülüklerini yerine getirebilecek imkâna sahip olmaması, üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez.<sup>186</sup>

Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülükleri arasında mantıksal olarak öncelik-sonralık ilişkisi vardır: Önleme yükümlülüğü suç öncesine, bastırma yükümlülüğü suç esnasına, cezalandırma/bildirme

<sup>182</sup> 2 Tezca/Erdem/Önok, s. 555.

<sup>183</sup> *Prosecutor V. Aleksovski*, In The Trial Chamber, para. 81.

<sup>184</sup> Ambos, *Treatise On International Criminal Law*, s. 211.

<sup>185</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 330.

<sup>186</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 335.

yükümlülüğü ise suç sonrasına ait yükümlülüklerdir.<sup>187</sup> Üst, suç işlenmesini önlemek için yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerini ihmal etmişse icrasına başlanan suçu sonradan bastırma da sorumlu olabilecektir.<sup>188</sup> Aynı şekilde, üst önleme veya bastırma yükümlülüklerini yerine getirmemişse sonradan cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü yerine getirse dahi sorumlu olabilecektir.<sup>189</sup> Dolayısıyla düzenleme üste suç işlenmesini önlemek, işlenen suçu bastırmak ya da sorumluları cezalandırmak bakımından seçim yetkisi vermemektedir; bir başka ifadeyle üst, suçun işlenmesine izin verip suç işlendikten sonra sorumluları cezalandırma hakkına sahip değildir.<sup>190</sup>

Önceki üst zamanında işlenmiş olan suçlar bakımından cezalandırma veya durumu yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü sonradan üst pozisyonuna geçen kimse bakımından da devam eder.<sup>191</sup> Bu husus, *Hadžihasanović davasıyla* birlikte tartışma konusu olmuştur. Bu davada, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla sorumluluğun ancak suçların işlendiği tarihte üst durumunda olan kimse bakımından geçerli olacağı kabul edilmiştir.<sup>192</sup> *Oric davasında* ise *Hadžihasanović davasındaki* içtihadın “yanlış”, “açıkça eleştiri gerektiren” bir karar olduğu, *Divan*’ın yargı yetkisine giren suçlar işlendikten sonra üst pozisyonuna gelen kişinin de cezalandırma/bildirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.<sup>193</sup> Zira, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü

<sup>187</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 326.

<sup>188</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 436.

<sup>189</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility* s. 199. “Üstün asli yükümlülüğü, suç işlenmesini engellemektir. Cezalandırma yükümlülüğü, suç işlendiği üst tarafından bilinmiyorsa önem arz eder”. *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 326.

<sup>190</sup> *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 326.

<sup>191</sup> Ambos, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, s.135.

<sup>192</sup> *Prosecutor V. Hadžihasanović/Kubura*, In The Appeals Chamber, Case No: IT-01-47-AR72, Date:16.06.2003, para: 45 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,48aaefec2.html>> Erişim Tarihi 25.12.2023.

Kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Theodor Meron, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, 99(4), 2005, s. 824-826.

Mahkeme ile aynı yönde bkz. Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 192.

<sup>193</sup> *Prosecutor V. Naser Oric*, In The Appeals Chamber, Case No IT-03-68-A, Date: 3.06.2008, para: 167 vd.

< <https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ad3a4d2.html>> Erişim Tarihi 03.11.2023. Detaylı bilgi için bkz. Barrie Sander, “Unravelling the Confusion Concerning Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *Leiden Journal of International Law*, 23(1), 2010, s. 105 vd.

ihlal gelecekte benzer suçları tetikleme tehlikesi taşır.<sup>194</sup>

Önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme yükümlülüklerinin sırasıyla suçtan önce, suç sırasında ve suçtan sonra olacak şekilde zamansal olarak birbirlerinden ayrılabilmesi, aynı suç dolayısıyla bu üç yükümlülüğün de üst tarafından ihlalini mümkün kılmaktadır. *Bemba davasında* bu tür bir durumda üstün sorumluluğu hükümlerinin her bir ihmal için ayrıca uygulanacağı belirtilmiştir.<sup>195</sup> Kanaatimizce, bu yaklaşım, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal bakımından kabul edilebilir. Önleme ve bastırma yükümlülükleri, aynı sorumluluk tipinde seçimlik nitelikte olduğu için *Mahkeme*'nin yaklaşımı *ne bis in idem* (aynı fiil dolayısıyla birden fazla kez sorumlu olmama) kuralı ile bağdaşmamaktadır.

#### 4. Astın Suç İşlemesi ile Üstün Yükümlülüklerini İhlal Etmesi Arasındaki Nedensellik İlişkisi

*Roma Statüsü* m. 28'de “kontrolü sağlayamaması sonucunda birliklerin Divan'ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadedeki “sonucunda” kelimesi, üstün sorumluluğu ile astların işlediği suçlar arasındaki nedensellik ilişkisine işaret etmektedir.<sup>196</sup> Düzenleme bu yönüyle, *Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi*'nin *Celebici davasında* esas aldığı, astın işlediği suç ile üstün ihmali arasında nedensel bir bağ kurulmasına gerek olmadığı şeklindeki yaklaşımdan ayrılmıştır.<sup>197</sup>

Çağdaş ceza hukukunda, haksızlık ve haksızlık dolayısıyla sorumluluğun en temel koşullarından birisi, davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisinin olmasıdır.<sup>198</sup> Ceza hukukunda nedensellik, genel olarak, failin kanuni tipe uygun eylemi ile tipik netice arasındaki doğal ve hukuki bağlantı şeklinde ifade edilebilir. *Davranış olmasaydı neticede olmazdı* yargısına ulaşılabiliyorsa, diğer koşulların da varlığı halinde, sorumluluk faile isnat

<sup>194</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 199.

<sup>195</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 436.

<sup>196</sup> Nerlich, “*Superior Responsibility*”, s. 678. *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 423.

<sup>197</sup> “*Nedensellik bağlantısı, geleneksel olarak, uluslararası ceza hukukunda üstün astlarının işlediği suçları önleme ve bastırma yükümlülüklerini ihlal etmesi bakımından sorumluluğun zorunlu bir koşulu olarak kabul edilmemiştir*”. *Prosecutor V. Delalic et all*, In The Trial Chamber, para. 398.

<sup>198</sup> Mettraux, s. 82.

edilebilmektedir.<sup>199</sup> Bu açıklama, icrai suçlar için geçerlidir. Üstün sorumluluğu, üstün önlememe, bastırmama ya da cezalandırmama/bildirmeme şeklindeki ihmali davranışlarından kaynaklanmaktadır. İhmali davranışla netice arasında doğal bir nedensellik yoktur; bu tür davranışlar bakımından nedensellik hipotetiktir.<sup>200</sup> İhmali davranışlarla işlenebilen suçlarda nedensellik testi, *fail kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirseydi netice ortaya çıkmazdı ya da en azından ortaya çıktığı şekilde gerçekleşmezdi* şeklindedir.<sup>201</sup> Bu testi üstün sorumluluğu kurumuna uygulayacak olursak: *üst yükümlülüklerini yerine getirseydi ast suçun icrasına başlayamayacaktı ya da icrasına başladığı suçu tamamlayamayacaktı* denebilen hallerde üstün ihmali ile astların işledikleri suçlar arasında nedensellik ilişkisi kurulabilmektedir.<sup>202</sup> Hangi yükümlülüklerin ihlalinin bu nitelikte olduğu somut olaya göre yapılacak *ex-ante* bir değerlendirmeye belirlenebilir.<sup>203</sup>

Bu nedensellik ilişkisi dolayısıyla üstün suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almaması tek başına sorumluluk bakımından yeterli değildir. Üstün sorumluluğu hakkında değerlendirme yapılabilmesi için metodik olarak önce astların bir suçun icrasına başladığının tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla *üst -açıkça ihmal göstermiş olsa dahi-* ast suç işlemedikçe sorumlu tutulamaz; aksi takdirde astlarının suç işlediğini düşünen ve hiç bir önlem almayan üstün henüz astları tarafından suç işlenmemiş olsa da sorumlu tutulması gerekirdi.

*Trechsel'e göre Roma Statüsü* m. 28, üstleri astları tarafından işlenen suçları önlemediği ya da bastırmadığı için değil, “astlarının işlediği suçları önleme ve bastırma için imkânları ölçüsünde alabileceği tedbirleri almadığı” için sorumlu tutulmaktadır.<sup>204</sup> Üstün sorumluluğunu astların suç işlemesi tetiklese de sorumluluğun nedeni, üstün kendisinden beklenen tedbirleri almamış olmasıdır. Üst içinde bulunduğu koşullar içerisinde gerekli tedbirleri almış olsaydı dahi astlar suç işlemiş olabilir. Bu durumda üst sorumlu olmamaktadır. O halde astın işlediği suç ile üstün ihmali arasında, *üst gerekli tedbirleri almış olsaydı, suç işlenmesini önlerdi ya da icrasına başlanan suçu*

<sup>199</sup> Treschel, s. 29.

<sup>200</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s. 199; Treschel, s. 29-30.

<sup>201</sup> Ambos, “Omission”, s. 19.

<sup>202</sup> Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility*, s.199.

<sup>203</sup> Trechsel, s. 30.

<sup>204</sup> Trechsel, s. 30.

*bastırırdı* şeklinde nedensel bir ilişki kurmaya gerek yoktur.<sup>205</sup> Kanaatimce, üstün ihmali ile astın işlediği suç arasındaki nedensellik ilişkisi “olsaydı olmazdı” şeklinde katı bir görünümde değildir. Ancak bu, önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından üstün ihmali ile astların işlediği suç arasında hiçbir nedensel bağın olmadığı anlamına da gelmez. Üstün ihmalinin astın işlediği suçta nedensel bir katkısının olması gerekir. *Oric davasında* da ifade edildiği üzere, “üstün ihmali, astın işlediği suçu mümkün kılmalı, en azından kolaylaştırıcıdır.”<sup>206</sup>

Nedensellik bağıntısında öncelik ve sonralık ilişkisi zorunludur. Her netice öngelen sebeplerin sonucudur. Üstün önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından, gerekli ve makul tedbirlerin alınmamasının astın işlediği suçta nedensel katkısı somut olayda açık bir şekilde ortaya konulabilir. Üstün cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün ihlali ise, suç işlendikten sonra gerçekleşmektedir. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü suç işlendikten sonra gündeme geldiği için astın işlediği suçla bu yükümlülük türü arasında nedensellik ilişkisi yoktur:

*“işlenmiş suç dolayısıyla sorumluları cezalandırma ya da cezalandırılmaları için durumu yetkili mercilere bildirme yükümlülüğünün ihlalinin geçmişte gerçekleşmiş suçta neden olduğunu ileri sürmek mantık dışıdır”*.<sup>207</sup>

Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü bakımından üstün ihmali ve astın eylemi arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi yön değiştirmektedir. Astın eylemi üstün ihmali izlememekte, üstün ihmali astın eyleminden sonra gelmektedir. Bu durum, cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluğun objektif sorumluluğa yol açıp açmadığı hususunda tereddüte neden olmaktadır.<sup>208</sup>

*Bemba davasında* nedensellik bağlantısına ilişkin bu sorunun üç

<sup>205</sup> Trechsel, s. 30.

<sup>206</sup> Robinson, s. 42. *Prosecutor V. Oric*, In The Trial Chamber II, para: 282.

<sup>207</sup> *Prosecutor V. Blaskic*, In The Appeal Chamber, Case No: IT-95-14-A, Date: 29.06.2004, para: 83

< <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/> Erişim Tarihi 07.11.2023.

<sup>208</sup> *Prosecutor V. Delalic et all*, In The Trial Chamber, para: 396. Carol Fox, “Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders’ Duty to Punish Known Past Offences”, *Case Western Reserve Law Review*, 55(4), 2004, s. 449; Christopher Greenwood, “Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision” *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 2004, s. 603-604.

yükümlülük türü bakımından da ortak olan bir yaklaşımla (riskin arttırılması yaklaşımı) çözümlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu davada *Divan*, Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin bazı kararlarında nedensellik bağlantısını bir unsur olarak kabul etmemesinin bu mahkemelerin statülerinde nedensellik bağlantısı ile ilgili açık bir hükmün yer almamasından kaynaklandığını<sup>209</sup>, *Roma Statüsü*'nün 28. maddesinde “sonucunda” ifadesine yer verilmek suretiyle bu sorunun çözümlendiğini ve bu yüzden nedensellik bağlantısını bir unsur olarak kabul etmenin zorunlu olduğunu<sup>210</sup>, üstün sorumluluğunun ihmalî bir sorumluluk türü olduğunu<sup>211</sup>, bastırma ve cezalandırma/bildirmeme yükümlülüklerinin suç işlenmeye başlandıktan sonra söz konusu olabileceğini dolayısıyla üstün sorumluluğunda nedensellik bağlantısının ‘olmasaydı olmazdı’ testiyle belirlenemeyeceğini<sup>212</sup>, düzenlemede yer verilen üç yükümlülüğün ortak noktasının ihlal edilmeleri halinde astların suç işleme riskini arttırmaları olduğunu<sup>213</sup> belirtmiştir. *Ambos*'a göre riskin arttırılması yaklaşımı, nedensellik sorununu üç yükümlülük türü bakımından da çözümlenebilecek nitelikte bir mantıksal tutarlılığa sahiptir.<sup>214</sup> Ancak, *Ambos*, *Divan*'ın üstün sorumluluğunda “olmasaydı olmazdı” testinin uygulanamayacağı şeklindeki görüşüne katılmamaktadır. *Ambos*'a göre “risk yaratılmasaydı suç işlenemezdi” önermesi, “olmasaydı olmazdı” önermesi ile bağdaşabilmektedir.<sup>215</sup> *Bemba* davasındaki yaklaşım, *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen önleme, bastırma ve cezalandırma/bildirme şeklindeki üç yükümlülüğü tek bir yükümlülüğe (önleme) indirmediği başka bir ifadeyle *Roma Statüsü*'nün lafzıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle, yerinde olarak, eleştirilmektedir.<sup>216</sup>

<sup>209</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Para: 423.

<sup>210</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 423.

<sup>211</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 425.

<sup>212</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 425.

<sup>213</sup> *Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, para: 425.

<sup>214</sup> Kai Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision” *Leiden Journal of International Law*, 22(4), 2009, s. 721-722.

<sup>215</sup> Ambos, “Critical Issues”, s. 722.

<sup>216</sup> Miles Jackson, “Causation and the Legal Character of Command Responsibility after Bemba at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 20(2), 2022, s. 446; Erasmus Mayr, “International Criminal Law, Causation, and Responsibility”, *International Criminal Law Review*, 4-5, 2014, s. 856.

## SONUÇ

*Roma Statüsü*'nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde, uluslararası toplumun beklentilerini karşılama ve tekrar suç işlenmesini önleme amacı ile *kusursuz ceza olmaz ve ceza kusuru aşamaz* prensipleriyle karakterize olan *kusur ilkesi* bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak bu iki amacı bağdaştırma arzusu, kanaatimizce, *Roma Statüsü* m. 28'in birçok bakımdan sorunlu olmasına neden olmuştur.

Üstün sorumlu olabilmesi için astlarının suç işlemesi gerekir. Başkasının işlediği suçlar dolayısıyla sorumluluk, kural olarak, *Roma Statüsü*'nün 25. maddesinde düzenlenen suça iştirak kurumu ile mümkün olmaktadır. Suça iştirakte suç ortakları suça kasıtlı nedensel katkıları dolayısıyla sorumlu olmaktadır; bu yüzden suça iştirakte sorumluluk, kusur ilkesi ile uyumludur. Suça iştirak kurumunun mevcudiyetine rağmen üstün sorumluluğu kurumuna ihtiyaç duyulmasının nedeni, önleme amacına yönelik faydacı düşüncelerdir. Suça iştirak, bireysel cezalandırılma alanını genişleten bir kurumdur; üstün sorumluluğu kurumu suça iştirak kurumunun genişlettiği cezalandırılabilirlik alanını daha da genişletmektedir.

Üstün sorumluluğu kurumu ile suça iştirak kurumu başkasının işlediği suçlardan kaynaklanan sorumluluk kategorileri oldukları için aralarındaki ilişki tartışmalıdır. Bir görüşe göre üstün sorumluluğu suça iştirakin özel bir görünüş şekli iken bir başka görüşe göre iştiraktan bağımsız bir sorumluluk kategorisidir. Bu tartışmada biz üstün sorumluluğu kurumunu suça iştirak kurumunu tamamlayan tali nitelikte bir kurum olarak niteleyen görüşe katılıyoruz. İki kurum arasında birçok bakımdan fark vardır. Suça iştirakin manevi unsuru kasttır. Üstün sorumluluğunda koşulları oluşmuşsa üst taksirli davranışlarıyla da sorumlu olabilmektedir. Suça iştirak suç tamamlanıncaya kadar mümkündür. Üstün sorumluluğunda cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla sorumluluk astların suçu tamamlamasından sonra söz konusu olmaktadır. Ayrıca suça iştirakte suça katılanlar aynı hiyerarşide yer alabilirler. Üstün sorumluluğunda ise dikey bir ilişkinin varlığı zorunludur.

Üstün sorumluluğu kurumunun hukuki niteliğine ilişkin bu tartışmanın bir başka boyutu, üstün astın işlediği suçtan sorumlu olup olmadığı hususuna ilişkindir. Türk öğretisinde üstün sorumluluğunun astın işlediği suçlardan tamamen bağımsız olduğunu (*doğrudan sorumluluk*) ileri süren yazarlar olduğu gibi, üstün astlarının işlediği suçlardan kendi ihmali dolayısıyla



sorumlu olması gerektiğini (*dolayısıyla sorumluluk*) ileri süren yazarlar da vardır. Biz, bu görüşlerden farklı olarak bütünsel bir değerlendirme yapmak yerine faillik statülerine ve yükümlülük türlerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Üst, önleme ve bastırma yükümlülüğünü kasten yerine getirmiyorsa suça iştirak hükümlerine göre sorumlu olur; bu ihtimalde *Statü*'nün 28. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi cezayı arttıran bir neden olarak göz önüne alınabilir. Önleme ve bastırma yükümlülüklerinin taksirle ihlali sivil üstler dışındaki üstler bakımından sorumluluğu gerektirir. Sivil üstler ancak kasıtları varsa sorumlu olabilirler. Cezalandırma/bildirmeme yükümlülüğü geçmişteki suçlarla ilgili olduğundan ve geçmişteki suçlarla bu yükümlülüğün ihlali arasında bir nedensellik ilişkisi olmağundan cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal ile astın işlediği suç arasında objektif ve sübjektif bir bağlantı yoktur; daha açık bir ifadeyle cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlal, bağımsız bir sorumluluk kategorisidir. Önleme ve bastırma yükümlülüklerinde ise üst, astlarının suç işlediğini bilebileceğinden (sübjektif bağlantı) ve bu suçların icrasını engelleyebileceğinden (objektif bağlantı) bahisle sorumlu olmaktadır. Sonuç olarak bize göre üstün sorumluluğu, önleme ve bastırma yükümlülükleri bakımından *dolayısıyla*, cezalandırma/bildirme yükümlülüğü bakımından ise *doğrudandır*.

Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü ile astların işledikleri suçlar arasında nedensellik bağlantısı olmadığı için cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü ihlalden kaynaklanan sorumluluğun önleme ve bastırma yükümlülüklerini ihlalden kaynaklanan sorumluluk ile birarada düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Bu üç yükümlülük türünün bir arada düzenlenmesi ve düzenlemede “sonucunda” ifadesine yer verilmesi, düzenlenmenin yorumunda soruna yol açmaktadır. Düzenlemenin lafzı üç yükümlülük türünü kapsadığı için *Bemba davasında Divan, riskin arttırılması* kavramını kullanarak üç yükümlülük türü için de geçerli bir nedensellik konsepti inşa etmeye çalışmıştır. Ancak öğretilerde bazı yazarların da haklı olarak ifade ettiği üzere, *Divan*'ın nedensellik bağlantısı konusunda *Roma Statüsü* m.28'in lafzıyla uyumlu bir yorum yapma çabası, bir başka açıdan düzenlemenin lafzıyla çelişkiye neden olmaktadır. *Riskin arttırılması* kavramı henüz işlenmemiş ya da en azından tamamlanmamış suçları kapsayabilecek nitelikte bir kavram olduğu için geçmişte işlenmiş suçlardan kaynaklanan sorumluluğu temellendirememektedir. *Roma Statüsü* m. 28'in lafzından cezalandırma/bildirme yükümlülüğünün tamamlanmış suçlarla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. *Riskin arttırılması* kavramı, üç yükümlülük türü bakımından ortak bir nedensellik konsepti inşa ederken esasen bu üç yükümlülük türünü

*önleme yükümlülüğü* şeklinde tek bir yükümlülük türüne indirgemektedir. Bu durum bastırma yükümlülüğü bakımından kavramsal olarak bir soruna yol açmamaktadır. Zira bastırma yükümlülüğünün yerine getirilmesi suçun tamamlanmasını *önleme* işlevini haizdir. Cezalandırma/bildirme yükümlülüğü ise haksızlık artık tamamlandığı ve tamamlanmış haksızlığı önlemek mümkün olmadığı için *önleme* kavramına indirgenemez. İndirgenirse cezalandırma/bildirme yükümlülüğü ihlal, sadece gelecekte işlenecek suçlar bakımından sorumluluğa yol açabilir; çünkü *olan* önlenemez, *olacak olan* önlenemez. Bu yorum ise *Statü*'nün 28. maddesinin kafzı ile uyumlu olmadığı gibi gelecekte suç işlenmesinin beklenmediği durumlarda (örneğin, savaşın sona ermesi) tamamlanmış suçlar bakımından cezalandırma/bildirme yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen üstün cezalandırılmamasına, başka bir ifadeyle, cezalandırma boşluklarına neden olabilir.

*Roma Statüsü* m. 28'e göre askeri üstler ve fiilen askeri üst gibi hareket eden üstler, taksirli davranışlarıyla sorumlu olabilmektedir. Salt ihmali davranışlarla ihlal edilebilir olan yükümlülüklerde sorumluluğun manevi unsuru, kural olarak, kasıttır. *Roma Statüsü* m. 28'de sivil üstler dışındaki üstlerin salt ihmali nitelikteki taksirli davranışlarıyla sorumlu olacakları kabul edilmek suretiyle bu kurala istisna getirilmiştir. Türk öğretisinde üstün sorumluluğu kurumunu görünüşte ihmali bir suç kategorisi olarak kabul edilen bir görüş mevcut olsa da *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen yükümlülükler pasif davranışla ihlal edilebilir olduğundan bu görüşe katılmıyoruz.

Kanaatimizce, düzenlemede taksirli sorumluluğa yer verilmesinin nedeni, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, uluslararası toplumun beklentilerini karşılama ve suç işlenmesini önleme şeklindeki faydacı mülahazalardır. Taksirli sorumluluğuna yer verilmek suretiyle üstlerin hesap vermeleri kolaylaştırılmış, üstler daha özenli olmaya sevk edilmiştir. *Roma Statüsü* m. 28'de askeri üstler ve fiilen askeri üstler gibi hareket eden üstler bakımından kabul edilen taksirli sorumluluk esası, bu iki grup dışında kalan sivil üstler bakımından kabul edilmemiştir. Türk öğretisinde *Roma Statüsü* m. 28'de yer verilen "bilerek görmezden gelme" ifadesinden hareketle sivil üstlerin bilinçli taksirleri dolayısıyla sorumlu olabilecekleri ileri sürülse de bilinçli taksir, *öngörme* ve *istememe* unsurlarından oluştuğu, "bilerek görmezden gelme"de ise *kabullenme* söz konusu olduğu için bu görüşe katılmıyoruz.

Askeri ve askeri üstlerin taksirleri dolayısıyla sorumlu olmalarına ilişkin uluslararası toplumun beklentilerini karşılama ve suç işlenmesini önleme şeklindeki faydacı mülahazalar, kanaatimizce, astları üzerinde etkin otorite ve kontrole sahip olan sivil üstler için de geçerlidir. Bu yüzden -her ne kadar sivil

üstlerle askeri üstlere ilişkin hiyerarşik yapılar arasında nitelik farkı olsa da düzenlemede sivil üstlerin de taksirli sorumluluğuna yer verilmesi gerekirdi. *Roma Statüsü* m. 28’de, sivil üstler bakımından, üstün astları üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olma koşuluna, üstün astların işledikleri suçlarla ilgili olan faaliyetler üzerinde de müessir otorite ve kontrole sahip olması koşulu eklenmiştir. Sivil üstler dışındaki üstlerin sorumluluğu bakımından bu ilave koşula yer verilmemiştir. Sivil üstlerle askeri üstlere ilişkin hiyerarşik yapılar arasındaki nitelik farkı, *Roma Statüsü* m. 28’de bu şekilde dikkate alınmıştır. Askeri üstlerin yükümlülüklerini özensizlikleri nedeniyle yerine getirmemeleri astların suç işleme tehlikesini ne kadar arttırıyorsa, astları ve astlarının işledikleri suçlarla ilgili olan faaliyetler üzerinde müessir otorite ve kontrole sahip olan sivil üstlerin özensizlikleri nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirmemesi de astların suç işleme veya icrasına başladıkları suçları tamamlama tehlikesini o ölçüde arttırmaktadır. Bu tehlike dolayısıyla askeri üstlerin taksirli sorumluluğu kabul edildiğine göre yine bu tehlike dolayısıyla sivil üstlerin de taksirli sorumluluğu kabul edilmelidir.

*Roma Statüsü* m. 28 ile ilgili olan bir başka sorun, *kanunilik ilkesi* ile ilgilidir. *Roma Statüsü* m. 22’de *suçta kanunilik*, m. 23’te ise *cezada kanunilik* ilkesine yer verilmiştir. *Statü*’de cezalara ilgili suç tiplerinin tanımında değil, bağımsız ve ortak bir düzenleme olan m. 77’de yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre *Statü*’de yer alan tüm suçlar bakımından verilebilecek cezalar, mübbet hapis cezası, 30 yıla kadar süreli hapis cezası ve para cezasıdır. Hangi fiil dolayısıyla hangi cezaya hükmedileceği açık değildir. *Statü*’nün üstün sorumluluğunu düzenleyen 28. maddesinde üstün sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, *Statü*’nün cezaları düzenlediği 77. maddesinde de üstün sorumluluğu ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Mahkeme kararlarında, üstün cezai sorumluluğu belirlenirken, astın işlediği suçların ve üstün ihmalinin ağırlığı dikkate alınarak ceza miktarı tayin edilmektedir. *Kanunilik* ilkesi gereği, astın işlediği suçta gönderme yaparak belli oranlarda indirim öngören bir hükme madde metninde yer verilmesi gerekirdi.

## KAYNAKÇA

- Aksar Y, “The Concept of Command Responsibility? Superior or ‘Objective’ Responsibility’ in International Humanitarian Law: The Practice of the ICTY and the ICTR and Their Possible Impact on the ICC”, *Turkish Review of Balkan Studies*, 17, 2006, s. 5-26.
- Alpkaya G, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002.
- Ambos K, “Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to The ‘Most Responsible’”, Andre Nollkaemper (ed.), *Sistem Criminality in International Law*, 1<sup>st</sup> Edition, Cambridge University Press, 2009, s. 127-157.
- Ambos K, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision” *Leiden Journal of International Law*, 22(4), 2009, s. 715-726.
- Ambos K, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(1), 2007, s. 159-183.
- Ambos K, “Omissions”, Kai Ambos et al. (ed.), *Core Concepts of Criminal law and Criminal Justice (Vol. I)*, Cambridge University Press, 2020, s. 17-53.
- Ambos K, *Treatise on International Criminal Law (Volume 1: Foundations and General Part)*, Oxford University Press, 2013.
- Arnold R, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 2007.
- Bantekas I, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, *The American Journal of International Law*, 93(3), 1999, s. 573-595.
- Both C M/ Partsch K J/Solf W, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1<sup>st</sup> Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- Bozkurt G S, “Tito Sonrası Dönemde Eski Yugoslavya Bölgesindeki Türkler ve Müslümanlar”, *Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi/Journal of Turkish World Studies*, 10(2), 2010, s. 51-95.

- Cassese A/Gaeta P/Baig L/Fan M/Gosnell C/Whiting A, *Cassese's International Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford University Press, 2013.
- Cassese A/Röling B R A, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger*, 1<sup>st</sup> Edition, Polity Press, 1993.
- Cho S Y, “The Tokyo War Crimes Trial”, *The Quarterly Journal of the Library of Congress*, 24(4), 1967, s. 309-318.
- Cryer R/Friman H/Robinson D/Wilmshurst E, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3<sup>th</sup> Edition, Cambridge University Press, 2014.
- Çınar M F, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayımevi, 2004.
- Değirmenci O, “Uluslararası Ceza Hukukunda Komuta Sorumluluğu İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(8), 2008, s. 57-103.
- Değirmenci O/ Mavuş A, *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, 1. Baskı, Seçkin, 2016.
- Demiralp O, “Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi”, *Uluslararası Suçlar ve Tarih/International Crimes and History*, 22, (2021), s. 21-28.
- Dungel J/Ghadiri S, “The Temporal Scope of Command Responsibility Revisited: Why Commanders Have a Duty to Prevent Crimes Committed After The Cessation of Effective Control”, *University of California Davies Journal of International Law and Policy*, 17(1), 2011, s. 1-40.
- Fenrick W J, “Article 28—Responsibility of Commanders and Other Superiors”, Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1<sup>st</sup> Edition, Baden-Baden, 1999.
- Fox C, “Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders’ Duty to Punish Known Past Offences”, *Case Western Reserve Law Review*, 55(4), 2004, s. 443-500.
- Green L C, “War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility”, *Naval War College Review*, 50(2), 1997, s. 26-68.
- Greenwood C, “Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision” *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 2004, s. 598-605.

- Hart F A, “Yamashita, Nuremberg and Vietnam: Command Responsibility Reappraised”, Richard B. Lillich/John Norton Moore (ed.), *International Law Studies*, Naval Law College Press, 1980, s. 397-414.
- Jackson M, “Causation and the Legal Character of Command Responsibility after *Bemba* at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, 20(2), 2022, s. 437-458.
- Kaplan, F H, “Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri Kararlarında Soykırım Suçu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, 2013, s. 106-129.
- Kelsen H, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, 1 (2), 1947, s. 153-171.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin, 2023.
- Lippman M, “The Evolution and Scope of Command Responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, 13(1), 2000, s. 139-170.
- Martinez J S, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaskic and Beyond”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 638-664.
- Mayr E, “International Criminal Law, Causation, and Responsibility”, *International Criminal Law Review*, 4-5, 2014, s. 855-873.
- McCoubrey H, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(2), 2001, s. 386-394.
- Meloni C, “Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 619-637.
- Meloni C, “The Evolution of Command Responsibility in International Criminal Law”, Morten Bergsmo et al. (ed.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014, s. 683-714.
- Meloni C, *Command Responsibility in International Criminal Law*, 1<sup>st</sup> Edition,

T.M.C. Asser Press, 2010.

Meron T, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, 99(4), 2005, s. 814-837.

Mettraux G, *The Law of Command Responsibility*, 1<sup>st</sup> Edition, Oxford University Press 2009.

Nerlich V, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, *Journal of International Criminal Justice*, 5(3), 2007, s. 665-682.

Nybondas M L, *Command Responsibility and Its Applicability to Civilian Superiors*, 1<sup>st</sup> Edition, T.M.C. Asser Press, 2010.

Osiel M, “The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity”, *Columbia Law Review*, 105(6), 2005, s. 1751-1862.

Önok R M, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1(3), 2005, s. 93-126.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin, 2023.

Parks W H, “Command Responsibility for War Crimes”, *Military Law Review*, 62(1), 1973.

Prévost A M, “Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita”, *Human Rights Quarterly*, 14(3), 1992, s. 303-338.

Robinson D, “How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution”, *Melbourne Journal of International Law*, 13(1), 2012, s. 1-58.

Robinson D, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, 21(4), 2008, s. 925-963.

Roling B V A/Ruter C F, *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East: 29 April 1946-12 November 1948 (Vol I-II)*, 1<sup>st</sup> Edition, APA-University Press 1977.

Ronen Y, “Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings”, *Vanderbilt Law Review*, 43(2), 2010, 313-356.

- Sander B, “Unravelling the Confusion Concerning Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *Leiden Journal of International Law*, 23(1), 2010, s. 105-135.
- Schabas W A, “Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute”, Horst Fischer (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law: Volume 3*, T.M.C. Asser Press, 2000, s. 337-346.
- Schabas W A, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 1<sup>st</sup> Edition, Oxford University Press, 2010.
- Sliedregt E V, “Command Responsibility at the ICTY-Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, Bert Swart et al. (ed.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, s. 377-400.
- Sliedregt E V, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 1<sup>st</sup> Edition, Oxford University Press, 2012.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, 2023.
- Trechsel S, “Command Responsibility as a Separate Offense”, *Publicist*, 3(1), 2009, s. 26-35.
- Triffterer O/Ambos K, *The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary*, 3<sup>th</sup> Edition, C.H. Beck, 2015.
- Vark R, “Superior Responsibility”, *Estonian National Defence College Proceedings*, 15, 2012, s. 143-161.
- Verseveld A V, *Mistake of Law Excusing Perpetrators of International Crimes*, 1<sup>st</sup> Edition, T.M.C. Asser Press, 2012.
- Williamson J A, “Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability”, *International Review of the Red Cross*, 90(870), 2008, s. 303-317.
- Yılmaz E M, *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu*, Genelkurmay Basımevi, 2011.
- Zahar A, “Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide”, *Leiden Journal of International Law*, 14 (3), 2001, s. 591-616.