

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SUÇLULARIN ÇOKLUĞU

Doktora Tezi

Elif GÖKŞEN KÖSTEM

Ankara,2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SUÇLULARIN ÇOKLUĞU

Doktora Tezi

Elif GÖKŞEN KÖSTEM

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Devrim Güngör

Ankara,2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SUÇLULARIN ÇOKLUĞU

Elif Gökşen Köstem

DOKTORA TEZİ

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Devrim Güngör**

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1-Prof. Dr. Devrim Güngör

2- Prof. Dr. Muharrem Özen

3- Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu

4- Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün

5- Dr. Öğr. Üyesi Haluk Toroslu

Tez Savunması Tarihi

12.04.2023

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Devrim Güngör danışmanlığında hazırladığım “Uluslararası Ceza Hukukunda Suçluların Çokluğu (Ankara.2023) ” adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

03.04.2023

Elif Gökşen Köstem

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR CETVELİ.....	ix
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA BİREYSEL CEZA SORUMLULUĞU	9
I. GENEL OLARAK.....	9
II. CEZAİ SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ.....	12
A. BAŞKASININ FİİLİNDEN SORUMLULUK	12
B. OBJEKTİF SORUMLULUK.....	14
C. KUSURLU SORUMLULUK.....	15
III. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUK.....	16
A. GENEL OLARAK	16
B. KARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUK	18
C. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNİN KUSURLULUK DEĞERLENDİRMESİ.....	26
IV. ULUSLARARASI CEZA HUKUKU KAPSAMINDA TOPLU SUÇLULUK VE BİREYSEL SORUMLULUK.....	34
V. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SUÇA KATILIMIN CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SİSTEMLER.....	40
İKİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA ROMA STATÜSÜ'NE KADAR SUÇLULARIN ÇOKLUĞU	49

I. GENEL OLARAK.....	49
II. ULUSLARARASI ASKERİ MAHKEMELER VE KOLEKTİF KATILIM SORUMLULUĞU	53
A. NÜRNBERG VE TOKYO MAHKEMELERİ	53
B. KOLEKTİF KATILIM SORUMLULUĞU	56
1. Genel Olarak.....	56
2. Komplo	58
3. Suç Örgütleri.....	64
4. Değerlendirmemiz	66
III. ESKİ YUGOSLAVYA VE RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ VE MÜŞTEREK SUÇ GİRİŞİMİ.....	67
A. ESKİ YUGOSLAVYA VE RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ.....	67
B. MÜŞTEREK SUÇ GİRİŞİMİ.....	72
1. Genel Olarak.....	72
2. Müşterek Suç Girişiminin Unsurları.....	82
a. Müşterek Suç Girişiminin Maddi Unsurları	82
i. Birden çok kişinin varlığı	82
ii. Kurucu Şart'ta belirtilen bir suçun işlenmesini ya da suça dahil olunmasını sağlayacak ortak bir plan, tasarı veya amacın varlığı	83
iii. Kurucu Şart'ta belirtilen bir suçun işlenmesine ilişkin ortak tasarıya sanığın katılımı	88
b. Müşterek Suç Girişiminin Manevi Unsurları	91
i. Müşterek Suç Girişimi Kategori I: Kasıtlı Suça Yönelik Ortak Plan Sorumluluğu	91
ii. Müşterek Suç Girişimi Kategori II: Sistematik Vakalar	92

iii. Müşterek Suç Girişimi Kategori III: Genişletilmiş Müşterek Suç Girişimi	95
3. Müşterek Suç Girişiminin Uluslararası Ceza Hukukundaki Hibrit Mahkemelerde Uygulaması	98
4. Müşterek Suç Girişimi ile Suça İştirak Arasındaki Farklar	103
5. Müşterek Suç Girişimi Modeline Yönelik Eleştiriler	113
6. Değerlendirmemiz	117

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ROMA

STATÜSÜ'NDE SUÇLULARIN ÇOKLUĞU 119

I. GENEL OLARAK ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ..... 119

A. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KURULUŞU	119
B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN YARGI YETKİSİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK ŞARTLARI	122

II. ROMA STATÜSÜ'NDE SUÇLULARIN ÇOKLUĞU DÜZENLEMESİ.... 130

A. GENEL OLARAK.....	130
B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN ROMA STATÜSÜ 25. MADDE HAKKINDAKİ GENEL YORUMU	135
C. ROMA STATÜSÜ'NDE FAİLLİK VE SUÇA KATILIM TÜRLERİ.....	146
1. Genel Olarak.....	146
2. Faillik.....	147
a. Doğrudan Fail	147
i. Karşılaştırmalı Hukukta Doğrudan Fail	147
ii. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	148
b. Dolaylı Fail	149
i. Karşılaştırmalı Hukukta Dolaylı Fail	149
ii. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	159

c. Müşterek Fail	165
i. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Fail	165
ii. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	170
d. Dolaylı Müşterek Fail	174
3. Emretme, Teşvik Etme, Suçun İşlenmesine İkna Etme.....	181
a. Karşılaştırmalı Hukukta Emretme, Teşvik Etme veya Suçun İşlenmesine İkna Etme.....	181
b. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	189
4. Yardım Etme.....	192
a. Karşılaştırmalı Hukukta Yardım Etme	192
b. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	201
5. Ortak Amaç Sorumluluğu.....	206
a. Karşılaştırmalı Hukukta Ortak Amaç Sorumluluğu	206
b. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	211
D. ROMA STATÜSÜ 28. MADDE KAPSAMINDA KOMUTANLARIN VEYA DİĞER ÜST RÜTBELİLERİN SORUMLULUĞU	214
1. Genel Olarak Roma Statüsü 28. Madde	214
2. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu	220
E. DEĞERLENDİRMEMİZ	223
SONUÇ	226
KAYNAKÇA.....	233
ÖZET	257
ABSTRACT	258

KISALTMALAR CETVELİ

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

C. : Cilt

Çev. : Çeviren

E. : Esas

E.T. : Erişim Tarihi

ETCK : Eski Türk Ceza Kanunu

EYUCM: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

K. : Karar

K.G. : Karar Günü

m. : Madde

para. : Paragraf

RUCM : Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

S. : Sayı

s. : Sayfa

ss. : Sayfadan Sayfaya

TCK : Türk Ceza Kanunu

UCM : Uluslararası Ceza Mahkemesi

vd. : Ve Devamı

ör. : Örneğin

GİRİŞ

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası hukuk ile ceza hukukunun birleşmesi sonucu, insanlık tarihinin gördüğü en ağır suçlara bir karşılık oluşturabilmek amacıyla ortaya çıkmış ve hala güncel tartışmalarla dinamik olarak gelişen bir alandır.¹ Amacı insanlığın gördüğü en vahim suçların karşılıksız kalmadan soruşturulup kovuşturulmasını sağlamak ve bir daha tekrarlamaması için caydırıcı bir etki yaratmaktır.² Zira, sivillerin ağırlıkla zarar gördüğü büyük savaşlar, insanlığa karşı suçlar ve soykırımlar tarihte pek çok defa karşılıksız kalmış, sorumlular adalet önüne çıkartılmamıştır. Bu kapsamda uluslararası ceza hukukunun bir diğer temel amacı da insanlığın karşılaştığı bu en vahim suçlar karşısında bir cezasızlık alanının tanınmamasıdır.³

Uluslararası toplumun, ceza adaletinin gerekliliğini kavraması ve bu yönde hukuki düzenlemelere gitmesinin akabinde insanlık tarihinin gördüğü en ağır suçlardan sorumluların nasıl tespit edileceği sorusu gündeme oturmuştur. Uluslararası ceza

¹ CASSESE, Antonio, **International Criminal Law**, Oxford 2003, s. 15 vd.

² BASSIOUNI, Cherif, **Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition**, Leiden/Boston, 2013, s. CXXI.

³ Roma Statüsü'nün Giriş bölümü uluslararası ceza hukukunun amacına yönelik şu ifadelerle yer vermiştir: "Bu tüzüğe taraf devletler , Bütün insanların ortak bağlarla birleştiği, ortak bir miras dahilinde kültürlerin bir araya geldiği ve bu hassas mozağin her an dağılabileceğinden endişe duyulduğunun bilincinde olarak , Bu yüzyıl süresince milyonlarca çocuk, kadın ve erkeğin, insanlık vicdanını derdinden etkilemiş, hayal bile edilemeyen kötülüklerin kurbanı olduğunu akılda tutarak , Bu tür ağır suçların, dünyadaki barış, güvenlik ve esenliği tehdit ettiğini kabul ederek Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, çok ciddi suçların cezasız kalmaması ve ulusal düzeyde ve uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi suretiyle, bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınması gerektiğini teyit ederek , Bu suçların faillerinin, cezasız bırakılmasına son verme ve böylece bu tür suçları önleme konusunda kararlı olarak , Uluslararası suçların sorumluları üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasının her devletin görevi olduğunu anımsayarak , Birleşmiş Milletler Şartında yer alan amaç ve ilkeler ile özellikle tüm devletlerin, herhangi bir devletin toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığına karşı güç ve tehdit kullanmaktan veya BM amaçlarına uymayan şekilde müdahalelerden kaçınmaları gereğini tekrar teyit ederek , Bu bağlamda tüzüğün hiçbir maddesinin, hiçbir devlete başka bir devletin işlerine ya da silahlı çatışmalarına karışma yetkisi vermediğini vurgulayarak , Şimdiki ve gelecek nesillerin iyiliği için, uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, çok ciddi suçlar üzerinde haiz olarak, Birleşmiş Milletler Sistemi ile ilişki içinde, bağımsız ve daimi bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulması konusunda kararlı olarak , Bu tüzük çatısı altında kurulacak olan ceza mahkemesinin, devletlerin ulusal yargı yetkisinin bir tamamlayıcısı olduğunu vurgulayarak , Uluslararası adaletin uygulanacağına ilişkin, sonsuz güveni sağlama konusunda emin olarak Aşağıdaki hususlarda mutabık kalmışlardır." Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

hukukunun ilgilendiği temel suçlar olan insanlığa karşı suçlar, soykırım, savaş suçları ve saldırı suçu yapısal olarak birden çok kişi tarafından, sistemsal ve organize bir biçimde işlenmeye elverişlidir. Bu suçlar daha ziyade suç üreten sistemler/yapılar aracılığıyla işlenir.⁴ Ancak bu suçların oluşturduğu karmaşık kriminolojik şemalar içinde ortaya suçların ve suçluların çokluğu durumu çıkmaktadır. Böylece suça katılanların sorumluluk alanlarının tespiti güçleşmektedir.

Bu problemten yola çıkan bu çalışma uluslararası ceza hukukuna konu olan suçlar kapsamında suça katılanların bireysel sorumluluklarının nasıl tespit edildiği sorusunu sormaktadır. Bu soru çerçevesinde şekillenen açıklamalar doğrultusunda bu çalışmanın temel iddiası, uluslararası ceza hukukunda faaliyet gösteren mahkemelerde, zamanla bireysel sorumluluğun önemi ve bu konudaki pozitif düzenlemelerin alanı artsa da, failliğin sınırlarının geniş yorumlandığıdır. Esasen bu çalışmaya konu olan araştırma sorusu, hem karmaşık suç yapılarında suça katılanların bireysel katkılarının nasıl değerlendirildiğinin tespiti açısından önemlidir, hem de içtihatlarıyla gelişen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin failleri ve suça katılanları nasıl tespit ederek yargılama yaptığının anlaşılması açısından önemlidir. Bu soruyu cevaplarken, bu çalışma metodolojik olarak, Amerikan, İngiliz, Fransız, İtalyan, Alman ve Türk hukuk sistemlerinden örneklerle kavramları karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Ardından bu kavramların uluslararası ceza mahkemeleri bünyesinde nasıl yorumlandığı incelenerek birincil kaynaklar açısından karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının etkisi gösterilmiştir. Çalışmanın sonucunda ise, belli başlı sosyal ihtiyaçlara yönelik geliştirilen ulusal hukuk teorilerinin

⁴ Literatürde “sistem suçluluğu” (*system criminality*) başlığı altında geçen bu terim ile özellikle insanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçlarından oluşan uluslararası suçların, genellikle bu fiillerin bireysel faillerin de sisteme gömülü olduğu kolektif varlıklardan kaynaklandığı olgunu ifade eder. Burada suç devamlı olarak üreten bir sistem vardır ve failler bu sistemin içine gömülü, sistemle bir hareket eder durumdadır. Bkz. DOLMAN, M. M., KLEFFNER, Jann K., WILT, Harmen van der, NOLLKAEMPER, André, **System Criminality in International Law**, Cambridge 2009, s. 1.

uluslararası ceza hukukunda geniş kabul görmesinin yarattığı sonuçlara değinilerek, bireysel ceza sorumluluğunun tespitinin hala disiplinde akut bir problem olduğunun altı çizilmektedir.

Esas itibariyle pek çok örgüt lideri, örgütün işlediği suçları bizzat işlememektedir ancak hiyerarşide en yukarıda yer alan kişilerin en aşağıda işlenen suçlarla bağlantısının kurulması için farklı yaklaşımlardan yararlanılmaktadır. Bu sebeple açıklanan araştırma sorusunun cevabı uluslararası ceza hukukunun tarihi gelişimi içinde değişmiştir. Bu değişimi mahkeme kararları doğrultusunda yansıtabilmek amacıyla bu çalışma öncelikle uluslararası ceza hukukunda bireysel ceza sorumluluğu sorununu açıklamaktadır. Ardından, uluslararası ceza hukukunun tarihsel sürecinde Uluslararası Askeri Mahkemelerin ve Ad Hoc Mahkemelerin bireysel ceza sorumluluğuna yaklaşımını incelemektedir. Son olarak ise, bu hususta tek sabit mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, kurucu şartı Roma Statüsü kapsamında bireysel ceza sorumluluğunu ele alış biçimi incelenmektedir.

Uluslararası ceza hukuku hem uluslararası hukukun hem de ceza hukukunun birleşiminden oluşan ve doktrinel anlamda hala gelişmekte olan bir hukuk alanıdır. Özellikle ceza hukukun esasına ilişkin hususlarda karşılaştırmalı ceza hukukuna ilişkin çalışmalar uluslararası ceza hukuku bünyesinde önemli bir yer tutmaktadır. Zira, disiplin ulusal hukuk sistemlerinin ceza hukukunun esasına ilişkin sorunlara geliştirdikleri çözümleri uluslararası ceza hukuku bünyesinde uygulayarak zaman içinde uluslararası ceza hukukunun genel hükümlerini geliştirme eğilimindedir.⁵ Bu sebeple, bu çalışma kapsamında uluslararası ceza hukukun yoğunlukla tartıştığı bazı kavramların açıklamalarında karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmıştır. Kusurluluk, komplo ve suça katılım türleri incelenirken her bir kavramın Amerikan, İngiliz, Fransız, İtalyan, Alman

⁵ AMBOS, Kai, "Remarks on the General Part of International Criminal Law", **Journal of International Criminal Justice**, C.4, 2006, ss. 660-673, s. 661-662.

ve Türk hukukunda ele alınış biçimi ve bu kavramların uluslararası ceza hukukunda nasıl işlendiği incelenmiştir. Böylece çalışma kapsamında hem farklı hukuk sistemlerinin aynı kavramlar üzerindeki farklı yaklaşımları tespit edilmiş, hem de ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası ceza hukukundaki etkisi değerlendirilmiştir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde öncelikle çalışmanın esasını teşkil eden sorunsal ortaya konmaktadır. Bu sebeple öncelikle cezai sorumluluğun gelişimi incelenmektedir. Bu kapsamda başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk ve en nihayetinde kusurlu sorumluluk cezai sorumluluğun gelişimi olarak sırasıyla incelenmiş, günümüzde kabul edilen kusurlu sorumluluğunun esası ve önemi vurgulanmıştır. Bireysel ceza sorumluluğu ve kusurluluk birbirinden farklı konular olsa da birlikte hareket eden içkin yapıları gereği, bu çalışmanın birinci bölümünde uluslararası ceza hukukunda kusurluluk ele alınmıştır. Bu kapsamda kusurluluk kavramının Amerikan, İngiliz, Fransız, İtalyan, Alman ve Türk hukukunda düzenleniş biçimine değindikten sonra uluslararası ceza mahkemelerinin kusurluluk değerlendirmelerine ilişkin genel bir tartışma yürütülmüş böylece kusurluluk ile suça katılanların bireysel ceza sorumluluğunun tespiti arasındaki bağ açıklanmıştır.

Ardından, bu çalışmanın birinci bölümü dahilinde uluslararası ceza hukukunun temel tartışma hususlarından biri olan uluslararası ceza hukukunda işlenen suçların toplu halde işlenmesi gerçeği ve fakat bu suçlardan katılanların bireysel olarak sorumlu tutulmaları ikilemi değerlendirilmiştir. Esasen bu konu, bu çalışmanın ana sorunsalını da haritalamaktadır. Belirtildiği üzere, uluslararası suçlar çoğunlukla ferdi ve münferit değil sistemsel suçlardır. Bu sistemsel suçlardan bireyleri kendi katkıları ölçüsünde sorumlu tutmak hem bir çelişkiyi hem de çeşitli hukuksal sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunsal kapsamında, uluslararası ceza hukukunda suça katılımın cezalandırılmasına ilişkin sistemler de bu çalışmanın birinci bölümü dahilinde incelenmiştir.

Uluslararası ceza hukukun uygulayıcıları olan uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluş ve yapılanmaları da bu çalışmanın konusunu ilgilendirmektedir. Bu kapsamda çalışmanın odak noktasında uzaklaşmadan, Uluslararası Askeri Mahkemelerin, *Ad Hoc* Mahkemelerin ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş ve yetkisine değinilmiştir. Uluslararası ceza yargılamalarının ilk örnekleri 15. Yüzyıl'a kadar uzanıyor olsa da aslında bu alandaki somut adımlar, II. Dünya Savaşı sonrasında görülmüştür. Esasen I. Dünya Savaşı'nda da kendini gösteren sorumluları yargı önüne çıkarma çabası bir sonuç vermemiştir. Ancak II. Dünya Savaşı sonrasında İtilaf Devletleri'nin bir araya gelmesiyle uluslararası ceza hukuku açısından oldukça önemli olan temel suçlara yönelik tanımlar belirlenmiş ve askeri mahkemeler kurularak Nürnberg ve Tokyo'da tarihe tanıklık eden yargılamalar yapılmıştır. II. Dünya Savaşı'nda yaşanan büyük trajedilerin yenisi yaşanmaz inancı insanlık üzerinde etkisini devam ettirse de, 1990'lı yıllarda Avrupa'da ve Avrupa'nın yakın takibi altındaki Ruanda'da, dahası Birleşmiş Milletler Barış Gücü askerlerinin varlığında iki büyük soykırım işlenmiştir. Eski Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen uluslararası suçlar, uluslararası toplumun tepkisini çekmiş ve beraberinde bu suçlara yönelik ülkelerin koruma yükümlülüğünün olup olmadığı yönünde önemli tartışmalar getirmiştir. Aynı zamanda da bugün hala kararlarıyla referans noktası olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Her iki mahkeme de kuruldukları konulara yönelik yargılamaların sonuçlanmasıyla kapanmıştır. Bu iki önemli uluslararası mahkemenin varlığı uluslararası topluma sabit bir uluslararası ceza mahkemesinin gerekliliğini göstermiştir. Yapılan çalışmalar sonucu 1998 yılında Roma'daki konferansta kabul edilen Roma Statüsü ile Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuş ve Mahkeme 2002 yılı itibariyle işlerlik kazanmıştır. Bugün hala uluslararası ceza hukukunun temel referans noktalarından biri Mahkeme'nin kurucu statüsü olan Roma Statüsü ve kararlarıdır.

Uluslararası ceza hukuku geçtiği bu aşamalarda bireysel ceza sorumluluğunun tespitine ilişkin farklı cevaplar vermiştir. II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerine bakıldığında kolektif katılım sorumluluğunun benimsendiği görülmektedir. Kolektif katılım sorumluluğunun temelinde komplo ve suç örgütleri yatmaktadır. Bu çalışma kapsamında komplo kavramının Amerikan, İngiliz, Fransız, İtalyan, Alman ve Türk hukukundaki ele alınış biçimi incelenmiş ve kavramın Uluslararası Askeri Mahkemeler tarafından nasıl değerlendirildiği irdelenmiştir. Netice itibariyle, özellikle Nazi rejimi üzerinde en belirgin örneklerini gösteren kolektif katılım sorumluluğunda, sanıklar bir suç işleme anlaşması, komplo, içerisinde yer almaları ve sadece suçu doğuran belli örgütlere katılmaları sebebiyle bu örgütlerin suçlarından sorumlu tutulmuşlardır. Böyle bir yaklaşımla bireysel sorumluluğun sınırları kişinin irade ve hakimiyet alanının çok ötesinde genişletilmiş, başkasının fiilinden sorumluluk haline gelmiştir. Ayrıca yine bireysel ceza sorumluluğunun bu pencereden tayininde, sanık sandalyesine oturan kişinin yargılama sonunda mahkûm edileceği de oldukça yüksek bir ihtimal olarak yargıçların karşısında durmaktadır.

Uluslararası ceza hukuku dinamik ve hızlı gelişim gösteren bir alandır. Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının ardından 1990'lı yıllarda yaşanan iki büyük soykırım suçu sonrasında oluşturulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi de (*Ad Hoc* Mahkemeler), tıpkı kendilerinden önceki uluslararası yargılamalar gibi bireysel ceza sorumluluğunun tayini sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Kolektif katılım sorumluluğuna yöneltilen eleştiriler üzerine, *Ad Hoc* Mahkemeler daha farklı ancak kendi içinde çeşitli sorunlar barındıran müşterek suç girişimi kavramını uluslararası ceza hukukunun literatürüne kazandırmıştır. Müşterek suç girişimi kavramı farklı durumları kapsayacak üç kategoriden oluşmaktadır ve fiziki dahiliyet olmadan suçun faili olabilmeyi öngören bir kavramdır.⁶ Bir ortak amaç ve suç

⁶ AKSENOVA, Marina, **Complicity in International Criminal Law**, Portland 2016, s. 91.

planı dahilinde suç işlenmesi, suç işleyen mekanizmalara (toplama kampları gibi) dahil olunması ve suç planı dışında işlenen suçlar bakımından da öngörülebilirlik doğrultusunda fail olarak sorumluluğun doğması hallerini kapsayan müşterek suç girişimi, *Ad Hoc* mahkemelerin içtihatlarıyla oldukça genişletilmiş ve tüm sanıkları suçlu bulmaya elverişli bir hale gelmesi sebebiyle eleştirilmiştir.⁷ Bu çalışma kapsamında müşterek suç girişimi kavramının ortaya çıkmasına sebep olan temel hukuki ihtiyaçlar, kavramın içeriği ve türlerinin incelenmesi, diğer uluslararası *hibrit* mahkemelerdeki uygulaması incelenmiştir.

Çalışmanın son bölümü ise sabit bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ve bu Mahkeme'nin bireysel ceza sorumluluğunu nasıl değerlendirdiğine ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle Mahkeme'nin kuruluşu ile Roma Statüsü kapsamında kabul edilen yetki ve kabul edilebilirlik şartları incelenmiştir. Ardından, Roma Statüsü 25. madde kapsamında bireysel sorumluluğun nasıl düzenlediği incelenmiştir. Roma Statüsü 21. madde uygulanacak hukuku belirlerken Mahkeme'nin "*dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensiplerini*"⁸ uygulayabileceğini de belirtmektedir. Böylece bu çalışma kapsamında 25. maddede yer alan her bir suça katılım türü öncelikle karşılaştırmalı hukukta incelenmiştir. Kavramlar, çalışmanın diğer bölümlerinde de takip edilen metodolojiye sadık kalarak, Amerikan, İngiliz, Fransız, İtalyan, Alman ve Türk hukuklarında ele alınış biçimleriyle tartışılmış, ardından bu karşılaştırmalı hukuk tartışmalarının Mahkeme nezdinde nasıl sentezlendiğini incelenmiştir.

Böylece, bu çalışmanın Roma Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesini konu edinen üçüncü bölümünde, doğrudan, dolaylı, müşterek faillik hem karşılaştırmalı hukukta hem de Mahkemenin kararlarında incelenmiş, ardından ise Mahkeme'nin içtihat

⁷ BADAR, Mohamed Elewa, "“Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From Tadic to Stakic and Back Again", *International Criminal Law Review*, S. 6, 2006, ss. 293–302, s. 302.

⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

yoluyla uyguladığı dolaylı müşterek faillik kavramı ele alınmıştır. Aynı şekilde, Roma Statüsü 25. madde ile tanınan emretme, teşvik etme, suçun işlenmesine ikna etme, yardım etme ve ortak amaç sorumluluğu suça katılım türleri sırasıyla öncelikle karşılaştırmalı hukukta sonrasında ise Mahkeme kararları doğrultusunda incelenmiştir. Son olarak ise Roma Statüsü 28. Madde kapsamında yer alan komutan ya da üstün sorumluluğunu genel olarak Roma Statüsü'nde düzenlediği şekli ile ve Mahkeme kararlarında yorumlanışıyla ele alınmıştır.

Son olarak, bu çalışma ile suçluların çokluğu gibi ceza hukukuna dair önemli bir konuda farklı ülkelerin hukuk sistemlerinden karşılaştırmalı örneklerle yer verilerek uluslararası ceza hukukunun geliştirdiği bakış açısı sunulmuştur. Daha önceden literatürde tartışılmış olan suçluların çokluğu incelemelerine dayanan bu çalışma, uluslararası ceza hukukunun bu konudaki bakış açısını tartışmaya açarak karşılaştırmalı bir perspektiften literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA BİREYSEL CEZA SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası niteliği olan, sınır aşan unsurlar barındıran suçları kapsamaz; belirli olarak sadece çekirdek suçlar (*core crimes*) olarak kabul edilen, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu kapsar.⁹ Uluslararası niteliğe sahip sınır aşan suçlar transnasyonal ceza hukukunun alanına girmektedir ve günümüzde uluslararası ceza hukuku ile transnasyonal ceza hukuku birbirinden ayrılmaktadır. Zira biri belirli suçlar anlamında yürütülen uluslararası ceza hukuku süreçlerini ifade ederken, diğeri uluslararası unsurlar barındıran sınır aşan suçları içermektedir.

Uluslararası hukukun temelinde yer alan devletlerin sorumluluğu görüşünden bağımsız olarak uluslararası ceza hukuku işlenen çekirdek suçlar açısından uluslararası suçlardan dolayı bireysel ceza sorumluluğuyla ilgilenir. Bu kapsamda, uluslararası ceza hukukunda, ortaya çıkan suçların sorumluları tespit edilerek, suçtan sorumlu olanların adaletin karşına çıkartılması esası kabul edilmektedir. Ancak genel olarak, tarihsel süreçte, ceza sorumluluğunun bireysel düzeyde kusurlu sorumluluğa indirgenmesi ve bu görüşlerin uluslararası ceza hukukundaki tezahürü bir süreç almıştır. Cezalandırmadaki

⁹ Tarihi süreçte uluslararası suçlar ifadesi transnasyonal suçları da kapsamaktadır. Ancak günümüzde her iki alanın da gelişmesi ile bu ayırım daha belirgin hale gelmiştir. Her iki alan arasındaki bu ayırım daha berrak bir şekilde, Fransızca'da şu ifade ile belirtilmektedir: *le droit international penal, le droit penal international*. Bkz. CRYER, Robert et al., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge, 2019, s.6. Bu farklılık Dönmezer/Erman tarafından uluslararası ceza hukuku ve devletlerarası ceza hukuku terimleriyle açıklanmaktadır. İlki daha ziyade transnasyonal ceza hukuku sorunlarını konu edinirken, ikincisi bu çalışma kapsamında kullanılan uluslararası ceza hukuku terimini karşılamaktadır. DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Salih, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt IV, Uluslararası Ceza Hukuku, Milletlerarası Ceza Hukuku**, İstanbul 2021, s. 4-5

sorumluluk, ilkel toplumlarda başkasının fiilinden sorumluluk olarak görülmekteyken, bu anlayış yerini objektif sorumluluğa ve sonradan da kişinin kendi kusurundan sorumlu olduğu anlayış olan, kusurlu sorumluluğa çevirmiştir. Böylece kişinin kendi kusuru sonucu ortaya çıkan suçtan bireysel olarak sorumlu tutulması görüşü modern ceza hukukundaki hakim sorumluluk anlayışına dönüşmüştür.

Uluslararası ceza hukuku, her ne kadar bireysel ceza sorumluluğunu sağlamaya çalışsa da, tarihsel süreçte ceza sorumluluğunun gelişimine dair farklı aşamalardan etkilenmiştir. Öyle ki, günümüzde dahi özellikle faillğe ilişkin kavramların icrasında bireysel sorumluluğun sınırları, objektif sorumluluk halleri ve kavramların geniş yorumlanması sonucu ortaya çıkabilecek başkasının fiilinden sorumluluk halleri tartışılmaktadır. Bu sebeple ceza hukukunun tarihi sürecinde farklı farklı dönemlerde benimsenen cezai sorumluluğun türleri olan başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk ve nihai olarak kusurlu sorumluluk bu çalışmanın birinci bölümü kapsamında sırasıyla incelenecektir.

Ceza sorumluluğunda kusurlu sorumluluk esas olduğu için, uluslararası ceza hukuku kapsamında kusurluluk ise çalışmanın bu bölümünün bir diğer alt başlığını oluşturmaktadır. Uluslararası ceza hukukunda işlenen suçlardan bireysel olarak sorumlu olanların adalet karşısına çıkartılması hedeflendiği için kusurluluk deyimi ile ifade edilen, failin iradesinin bir tezahürü¹⁰ olan suçun manevi unsuru¹¹ (*mens rea*) önem taşımaktadır. Uluslararası ceza hukukunda da, sadece maddi nedensellik kapsamında zarara neden olmak yeterli değildir, suçun bir unsuru olarak fiilin iradiliği esas alınmıştır.¹² Suçu

¹⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2022, s. 258.

¹¹ TOROSLU, Nevzat, TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2021, s. 204. Dönmezer, klasik okula göre cezai sorumluluğu incelediği makalesinde, cezai sorumluluğun bulunması için aranan şartlardan birini manevi sebebiyet alakasının, yani kusurun bulunması olarak sıralamaktadır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, “Cezai Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, ss. 65-80, s. 67.

¹² Suç genel teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 258-259.

oluşturan ‘hareketin ve ihmalin mutlaka bilinçli ve iradi olmasını gerektiren bu unsur’¹³ kasıt ve taksir olarak ortaya çıkar. Kusurluluğun esasî teorik olarak ceza hukuku çerçevesinde oldukça tartışmalı bir konu olmakla birlikte, uluslararası ceza hukuku anlamında da kusurluluk, üzerinde tam olarak uzlaşma sağlanan bir konu değildir. Tarihi süreçte farklı uluslararası ceza mahkemelerinin farklı kusurluluk kabulleri olmuştur.¹⁴ Ancak güncel olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu şartı Roma Statüsünde, aksi belirtilmedikçe, sadece bilme ve isteme unsurlarını içeren kasıtlı olarak işlenen suçlardan kişilerin sorumlu tutulabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak bazı hallerde Statü, olası kast ve bilinçli taksir durumlarını da kapsamaktadır. Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde uluslararası ceza hukuku kapsamında kusurluluğun nasıl ele alındığı ve hangi hallerde doğrudan kastın yanında olası kast ve bilinçli taksirin de değerlendirildiği incelenecektir.

Uluslararası ceza hukukunun alanına giren çekirdek suçların karmaşık kriminolojik şemalarla ortaya çıkışı ve bu görünümleri sebebiyle münhasır özellikleri ise bir diğer alt başlık kapsamında incelenecektir. Netice itibarıyla, uluslararası ceza hukuku kapsamında ulusal hukuk sistemlerinde kabul edilen suça iştirak modellerinden farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bunun temel sebebi ise çekirdek suçların özellikleridir. Soykırım, insanlığa karşı suçlar, saldırı suçu ve savaş suçları günlük hayatta ortaya çıkan suçlardan değildir. Bu suçlar ferdi olarak işlense de pek çok defa arkalarında yer alan suç üreten sistemler aracılığıyla işlenmekte¹⁵ ve bu anlamda da gündelik hayatta karşılan basit suçlardan ve hatta ulusal hukuk sistemlerinin mücadele ettiği örgütlü suç yapılarından ayrılmaktadır. Bu kapsamda çekirdek suçların içkin yapısı ve bağlantılı olarak

¹³ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 204.

¹⁴ VAN SLIEDREGT, Elies, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, Oxford 2012, s. 39.

¹⁵ NOLLKAEMPER, André, “System criminality in international law: introduction”, **System Criminality in International Law**, NOLLKAEMPER, André, VAN DER WILT, Harmen (eds.), Cambridge 2008, s. 5

uluslararası ceza hukukunda bu suçların toplu olarak işlenmesi ancak sorumluluğun bireysel olarak tesis edilmesinin getirdiği zorluklar değerlendirilecektir.

Son olarak, çekirdek suçlara katılanların suça katkıları dolayısıyla bireysel sorumluluklarının nasıl tespit edildiği ve bu suçlardan kimlerin asli kimlerin ise tali sorumluluğa sahip olduğu da önem içermektedir. Nitekim, bu suçlar çoğu zaman kişilerin tek başlarına işleyemeyecekleri nitelikte suçlardır. Uluslararası ceza adaletinin tesisi ve tüm insanlığı tehdit eden bu suçların bir daha ortaya çıkmamasına katkı sağlama amacıyla burada sorulan asıl soru kimin daha çok sorumlu olduğudur. Bu soru, suça katılanların cezalandırılmasına ilişkin sistemleri uluslararası ceza hukuku kapsamında bir tartışma noktası haline getirmektedir. Bu sebeple bu bölüm kapsamında, suça katılanların cezalandırılmasına ilişkin sistemler içinde, mahkeme kararlarında da fazlasıyla tartışılan eşitlik ve ikilik sistemi ile normatif ve doğalcı sistemler incelenecektir.

II. CEZAİ SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ

A. BAŞKASININ FİİLİNDEN SORUMLULUK

Başkasının fiilinden sorumluluk türü devlet kanalıyla ceza hukukunun uygulanmadığı eski dönemlere dayanan bir anlayıştır.¹⁶ Bu tür sorumluluk anlayışında kişi kendi işlemediği ve hatta gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkı sunmadığı bir suçtan

¹⁶ ÖZEN, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara 1998, s. 16.

ötürü sorumlu tutulmaktadır.¹⁷ Bu anlayışta, “çocukların işlediği suçlardan dolayı babanın veya annenin işlediği suçlardan çocukların cezalandırılması yahut ailenin veya kabilenin bir üyesinin işlediği suçlardan ötürü tüm ailenin veya kabilenin ya da kabile veya aile reisinin sorumlu tutulması” söz konusu olmuştur.¹⁸ Bu sorumluluk anlayışının günümüzdeki kalıntıları terörist eylemlerde kendini göstermektedir; siyasi suçlarla itham edilenlerin ailelerinin işkenceye tabii tutulması, rehinelere kurşuna dizilmesi, siyasi sebeplerle kanlı missillemelerde bulunulması gibi.¹⁹

Modern ceza hukuku başkasının fiilinden dolayı cezai sorumluluğun doğması anlayışını kabul etmez. Zira bu görüş, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38. maddesinde “ceza sorumluluğu şahsidir” ifadesiyle kendini göstermektedir. Anayasayla benzer bir şekilde TCK madde 20 de, “cezai sorumluluk şahsidir, kimse başkasının fiilinden sorumlu tutulamaz” hükmü ile başkasının fiilinden sorumluluğun kabul edilemez olduğunu belirtir.

Öte yandan ceza sorumluluğunun şahsiliği bazı uluslararası metinlerde de yer bulmaktadır. İnsancıl hukukun temel metinlerinden olan Cenevre Sözleşmesi bireysel ceza sorumluluğunu kabul etmektedir.²⁰ Benzer şekilde güncel uluslararası ceza hukuku metinlerinde de ceza hukukunun şahsiliğinin altı çizilmektedir.²¹

¹⁷ ÖZEN, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 16. TOROSLU, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 202.

¹⁸ ÖZEN, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 16. Ayrıca bkz. TOROSLU, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 202.

¹⁹ ÖZEN, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 16. Ayrıca bkz. TOROSLU, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 202.

²⁰ DOERMANN, Knut, “Individual and State Responsibility in the Field of International Humanitarian Law”, *Refugee Studies Quarterly*, C. 18, S. 3, 1999, ss.78-83, s. 78. International Committee of the Red Cross, Practice Relation to Rule 102, **Individual Criminal Responsibility**, <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule102>, Erişim: Ocak 2023. Ayrıca Bkz. ÖZEN, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, s. 17.

²¹ International Committee of the Red Cross, Rule 151 **Individual Criminal Responsibility**, https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule151#Fn_D2E9F409_00018, Erişim: Ocak 2023.

B. OBJEKTİF SORUMLULUK

Objektif sorumluluk kişinin kendi fiilinden sadece nedensellik bağına dayanarak sorumlu tutulmasıdır. Burada fail ile fiil arasındaki psişik bağ aranmaz, fail hareketinin sonuçları yönünden en ufak bir nedenle kınanamasa dahi sadece zarara neden olması sebebiyle sorumlu tutularak cezalandırılır.²² Objektif sorumlulukta sadece zarara neden olma cezalandırmanın meşruluğunu doğurduğu için objektif sorumluluk nedensellik bağı sorumluluğu olarak da adlandırılmaktadır.²³

Daha ilkel dönemlere ait olan ve fail ile fiil arasındaki psişik bağı önemini kavramamış hukuk sistemlerinde görülen objektif sorumluluk, günümüzde çağdaş ceza hukuku sistemlerinde kabul edilmemektedir.²⁴ Objektif sorumluluğun kalıntıları arasında sayılan klasik örnekler, kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ve basın yolu ile işlenen suçlardır.²⁵ Ancak 5237 sayılı TCK, bu hususta özenli davranmış ve objektif sorumluluk yaratabilecek kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin olduğu durumlar için, ortaya çıkan netice bakımında failin en azından taksirle davranmış olmasını aramıştır.²⁶

Doktrinde objektif sorumluluğun unsurları olarak, iradi bir hareket bulunması, yasadaki suç tanımına uyan bir neticenin bulunması ve bu iradi hareket ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik ilişkisi bulunması sayılmaktadır.²⁷

²² TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 202.

²³ ÖZENBAŞ, Nazmiye, “Ceza Sorumluluğunun Gelişimi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, Aralık 2013, ss. 387-416, s. 394. CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2006, s. 413.

²⁴ TOROSLU, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak 1975, Yıl 16, S. 61-62, ss. 121-125, s. 122.

²⁵ TOROSLU, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, s. 122.

²⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 413. Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu kapsamında cezai sorumluluğun belirlenişinde kabul edilen sorumluluk halleri oldukça tartışmalı olup bizim de katıldığımız bir görüşe göre Basın Kanunu kapsamında objektif sorumluluk hali benimsenmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZEN, Muharrem, “Türkiye Cumhuriyeti’nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 3, 2001, ss. 54-92, s. 67 vd.

²⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 415 vd.

C. KUSURLU SORUMLULUK

Kusurlu sorumluluk, kişinin ancak kasıtlı veya taksirle ortaya koyduğu ve psikolojik olarak kendisine ait olan bir fiilden dolayı sorumlu tutulmasıdır.²⁸ Maddi fiil yanında failin kusurluluğu suçun vazgeçilmez bir unsurudur ve bu husus “nullum crimen sine culpa” kuralı ile kusursuz suç olmayacağı şeklinde ifade edilmektedir.²⁹ Çalışmanın önceki bölümlerinde de değinildiği üzere, kusurlu sorumluluk ve bağlantılı olarak cezai sorumluluğun şahsiliği anlayışı Anayasa’nın 38. maddesinde dile getirildiği gibi, TCK madde 20’de de altı çizilmektedir. Bu kapsamda, modern ceza hukukunda bir kimsenin işlediği bir fiilden dolayı cezai sorumluluğunun bulunabilmesi için hareket ile netice arasındaki maddi nedensellik bağının yanı sıra, fail ile fiil arasındaki manevi bağın da olması gerekmektedir.³⁰

Burada hususiyetle üzerinde durulması gereken konu ise kusurluluğun odak noktasıdır. Kusurlu sorumluluk faile değil, fiile odaklanır. Toroslu’nun ifadesiyle: “[K]usurluluğun konusu failin kişiliği değil, daima işlenen belirli bir fiil olmuştur ve dolayısıyla kınama yargısının konusu da kişinin oluş biçimi değil, onun yaptığıdır.”³¹ Aksi bir anlayışın çağdaş ceza hukuku ve kanunilik ilkesiyle çelişeceği açıktır, zira hukuk güvenliği ve belirginliği açısından fail değil hareket hukuki tartışmanın konusudur.³²

²⁸ TOROSLU, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, s. 123.

²⁹ ÖZEN, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, s. 20.

³⁰ APAYDIN, Cengiz, **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, Ankara 2018, s. 62. Ayrıca kusurluluğun fail ile fiil arasındaki psikik bağı işaret etmesi sebebiyle objektif sorumluluğun aksine, öğretilde sübjektif sorumluluk ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. (Bkz. APAYDIN, **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, s. 62)

³¹ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 204. Benzer görüşün açıklaması ve karşıt görüşlerin tartışması için bkz. DÖZMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, İstanbul 2019, s. 453-456.

³² TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 204. Hareketin değil failin odak noktasına oturtulduğu ve ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin en uç örneği olarak kişilik yönünden sorumluluk anlayışına da totaliter rejimlerde rastlanmaktadır. Bu tür sorumluluk anlayışında hareket ile fail arasındaki ayırım görülmez, fail yaptığı hareketten ziyade yaşam veya varoluş biçiminden ötürü cezalandırılır. Tarihte, Almanya’nın Nasyonal sosyalizm döneminde fail kusuru olarak kabul edilen bu görüş kapsamında, failin işlediği hareketten çok, farklı bir kişiliğe sahip olabilecekken suça eğilimli olması üzerinden sorumluluk tesis edilmiştir. Bkz. TOROSLU, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, s. 124.

III. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUK

A. GENEL OLARAK

Failin kendi kusuruyla hareket etmesi, bir diğer ifade ile, fail ile fiil arasındaki bu psişik bağ suçu oluşturan temel bir unsurdur. Bu çerçevede, kusurluluk “özünde ceza hukukuna aykırı maddi bir fiilin onu gerçekleştiren süjeye atfedilebilmesi için gerekli koşulların bütünü”³³ ifade etmektedir. Kusurlu sorumluluğun önemine farklı hukuk sistemlerinde de işaret edilmektedir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde suç hukuka aykırı bir fiilin kusurlu bir irade ile işlenmesi olarak kabul edilmektedir.³⁴ Bu kapsamda Anglo-Amerikan hukuk sistemi suçun maddi unsuru için Latince’den gelen *actus reus* terimini; suçun manevi unsuru için ise yine Latince’den gelen *mens rea* terimini kullanmaktadır. Öte yandan Kıt’a Avrupası hukuk sistemleri ise daha nötr terimler olarak kabul edilen maddi unsur/objektif unsur (*material element*) ve manevi unsur/sübjektif unsur (*mental element*) terimlerini kullanmaktadır.³⁵ Uluslararası ceza hukuku metinlerinde de Nürnberg ve Tokyo Askeri Mahkemeleri ile, Eski Yugoslavya ve Rwanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri Anglo-Amerikan hukukuna referans veren *mens rea* ve *actus reus* terimlerini kullanmayı tercih etmişken, Rome Statüsü daha nötr terimler olan maddi ve manevi unsur terimlerini tercih etmiştir.

Uluslararası literatürde sıkça atıf yapılan *actus reus* ve *mens rea* terimleri suçlu hareket (*guilty act*) ve suçlu zihin (*guilty mind*) demektir. *Actus reus* ve *mens rea*’nın bir bütün olarak suçu oluşturması ise Latince’den kalan şu prensip ile kendini

³³ TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği**, Ankara 2015, s. 155.

³⁴ BINDER, Guyora, **Criminal Law**, Oxford 2016, s. 95.

³⁵ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 39.

göstermektedir: “*actus non facit reum, nisi mens sit rea*”. Bu prensipte altı çizildiği üzere bir hareket, bir insanın zihni de suçlu olmadıkça, o insanı bir suçtan sorumlu yapmaz.³⁶ Kıt’a Avrupası hukuk sisteminin bir örneği olarak Fransız hukukunda ise bu ilke “*l’infraction une notion complexe, faite a la fois d’un comportement materiel et d’un etat d’esprit*” ifadesiyle suçun hem maddi hem de manevi unsurdan oluşan karmaşık bir kavram olduğu vurgulanmaktadır.³⁷ O halde ceza sorumluluğu da özünü bu ifadelerde bulmaktadır. Kanunilik ilkesi çerçevesinde kanunun kusurlu bulduğu hallerde sorumluluk söz konusu olacaktır, bu da kast ve taksire göre kusurluluğun belirlenmesidir. Özellikle Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde kasıt ve taksirin görünüşleri arasında farklılıklar olmakla birlikte, kusurluluğun derecelendirilmesi anlayışı da bulunmaktadır.³⁸ Uluslararası ceza hukukunda ise yine daha tarafsız terimler tercih edilmek amacıyla yapılan derecelendirilmede Latince terimlere yer verilmiştir.

Uluslararası ceza hukuku, kusurluluk gibi ceza hukukunun içkin bir konusu hakkında kendine has bir teorik birikime sahip değildir. Uluslararası ceza hukuku, işleyiş ve usulüne ilişkin kurallarını uluslararası hukuktan, içeriğini ise ceza hukukundan alan ve bu birleşimden doğan bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla, kusurluluk ve suça iştirak gibi hususlarda karşılaştırmalı hukuktan yararlanmakta ve bu gibi önemli ceza hukuku konularının ulusal hukuk sistemlerindeki düzenleniş biçimlerinden feyz alarak bir yol çizmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde kusurluluk kavramına ilişkin terminolojik tartışmaların ardından öncelikle karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde kusurluluğun ele alınış biçimi incelenecektir. Bu kapsamda uluslararası ceza mahkemelerinin de göz önüne bulundurduğu uluslar sistemler olan İngiliz, Amerikan, Fransız, İtalyan ve Alman hukuk

³⁶ Smith ve Hogan, bu Latince prensibin tercümesini şu şekilde yapmıştır: “An act does not make a man guilty of a crime, unless his mind be also guilty”, aktaran VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 40.

³⁷ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 39.

³⁸ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 39

sistemlerine referans verilecektir. Ardından uluslararası ceza mahkemelerinin tercihleri doğrultusunda kusurluluk değerlendirmeleri incelenecektir.

B. KARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUK

Kusurluluk, bir diğer ifade ile suçun manevi unsuru, suçun oluşumu için gerekli olan bir temel unsur olup, fiilin kasıt veya taksirle işlenmesini işaret eder. Kastın ve taksirin farklı görünüşleri kapsamında doğrudan kasıt ve basit taksir arasında derecelendirilen bir takım kusurluluk hallerini belirtir.³⁹ Latince ifadelerde kasıt *dolus*, taksir ise *culpa* olarak kullanılmaktadır. Yine uluslararası doktrinde de kullanıldığı şekliyle Latince terimlerden *dolus directus* doğrudan kastı, 2. dereceden *dolus directus* dolaylı kastı, *dolus eventualis* ise olası kastı ifade etmektedir.

İngiliz hukukunda doğrudan kastın karşılığı olarak ayrı ayrı kusurluluk halleri olan istemek (*intention*) ve bilmek (*knowledge*) girmektedir. *Moloney* davasında, bir kişinin bir amaç veya hedef doğrultusunda bir fiili işlemeyi istemesinin doğrudan kast olduğu kabul edilmiştir.⁴⁰ Öte yandan, bilmek de istemekle eşit kabul edilen bir diğer kusurluluk hali olarak İngiliz hukukunda tanınmaktadır ve *Montila* ve *Saik* davalarında bilmek kişinin bir hareketin suç olduğu konusundaki doğru bilgisi olarak kabul edilmektedir.⁴¹ Yine kusurluluk terimleri arasında yer alan dolaylı kast hali (*oblique intent*) doğrudan amaçlanmayan ancak failin ortaya çıkmasına kesin gözüyle baktığı bir

³⁹ Uluslararası literatürde bu ifade “*fault degrees*” (kusurluluk dereceleri) olarak kullanılmaktadır. Bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 40 vd.

⁴⁰ CHILD, John, ORMEROD, David, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, Oxford University Press, 2017.s. 98.

⁴¹ CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 106.

sonuç bakımından da kasıtlı kabul edilmesini kapsar ve bu konudaki temel içtihat *Woollin* kararıdır.⁴²

Taksir sorumluluğunda ise bilinçli taksir ve basit taksir halleri İngiliz hukuku içerisinde tanınmıştır. Lordlar Kamarası'nın vermiş oldu *G* kararında bir tedbirsizlik hali olarak kabul edilen bilinçli taksirde (*advert recklessness*) kişinin davranışı ile ortaya çıkacak riski görmesi ve sebepsiz yere o davranışa devam etmesi halinin cezai sorumluluğu doğuracağına karar verilmiştir.⁴³ Öyle ki, bilinçli taksir halinde kişi davranışı istemektedir. Basit/bilinçsiz taksirin ise ayırıcı unsuru kişide davranışıyla ortaya çıkan riske ilişkin bilincin olmamasıdır. Zira tam da bu bilinç durumu İngiliz hukukunda bilinçli taksiri kusurluluk halleri içerisinde daha kusurlu bir yere oturtmaktadır.⁴⁴ Taksir, ortalama bir insandan yapması beklenen bir davranışa uyulmaması hali olarak tanımlanmakta ve bu durumun bir ceza sorumluluğuna sebebiyet vermesi için kişinin kendisinden uyması beklenen bir norma uymaması halinin söz konusu olması gerekmektedir. Örneğin, bir cerrahın ameliyat esnasında uyması gereken kurallar, sıradan bir kişinin uyması gereken kurallara değil diğer cerrahların uyması gereken kurallara bakılarak belirlenecektir.⁴⁵ Bu kapsamda taksir, ihtiyatlı davranmamayı ve bu anlamda da objektif bir makullük (*reasonableness*) değerlendirmesini içermektedir.⁴⁶ İngiliz hukukunda kastın bilmek ve istemek unsurları ayrı ayrı ele

⁴² CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 98. İngiliz hukukunda yer alan kusurluluk skalasında dolaylı taksirin bir düşük seviyesi ise *belief* olarak geçen ve inanç olarak çevrilebilen bir kusurluluk halidir. Burada kişide oluşan şartlar çerçevesinde belirli bir sonucun ortaya çıkacağına yönelik kuvvetli bir inanç vardır. Bu yönüyle bilmek haliyle aynı olan inançta kişide bilmekten farklı olarak sonucun ortaya çıkmasına yönelik objektif bir durum söz konusu değildir. Bir hırsızlık örneğinde failin taşınır malı alırken iradesi malın başkasına ait olmasıdır. İngiliz hukukunda yer alan terimlerle bu örnek açıklandığında, bilmek halinde fail başkasının olduğunu bildiği bir malı almaktadır ve mal objektif olarak başkasına aittir. Ancak inanç halinde fail başkasının olduğunu inandığı bir malı almaktadır fakat objektif olarak mal başkasına ait olmayabilir. Somut pek çok olayda bilmek hali ile örtüşse de öğretide bu yönde bir ayırım yapılmıştır. Bkz. CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 108 vd. ASHWORTH, Andrew, **Principles of Criminal Law**, Oxford 2009, s. 183 vd.

⁴³ CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 109. ASHWORTH, **Principles of Criminal Law**, s. 178

⁴⁴ ASHWORTH, **Principles of Criminal Law**, s. 179.

⁴⁵ CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 121-122. ASHWORTH, **Principles of Criminal Law**, s. 177 ve s. 185 vd.

⁴⁶ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 44

alınmakta ve kastın türleri olan doğrudan kast, dolaylı kast ile bilinçli taksir iradilik içermektedir.⁴⁷

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki federe devletlerin ceza kanunlarının yenilenmesi ve harmonize edilmesi amacıyla geliştirilen Model Ceza Yasası (*Model Penal Code*) ise temelde dört kusurluluk halini kabul etmektedir: kasıt (*purpose*), bilmek (*knowledge*), bilinçli taksir (*advert recklessness*), basit/bilişsiz taksir (*negligence*).⁴⁸ Amerikan hukukunda da bu haller arasında hiyerarşik bir kusurluluk sıralaması kabul edilmiştir. Bu kapsamda kast, kişinin tam bir bilinçle hareket etmesini; bilmek, kişinin iradi olan davranışının belirli bir sonuca yol açacağından pratik olarak emin olmasını; bilinçli taksir, kişinin önemli ve meşru olmayan bir riski bilinçli olarak göze almasını; basit/bilişsiz taksir ise kişinin riskin farkında olmadığını ancak kendisinden o riskin farkında olmasının beklendiğini ifade etmektedir.⁴⁹ İngiliz hukuku açısından ulaşılan benzer bir sonuç Amerikan hukuku açısından da ulaşılabilir; bu anlamda kast, bilmek ve bilinçli taksir halleri iradilik unsuru barındırmakta, basit/bilişsiz taksir ise, failde riske dair bilinç olmaması sebebiyle, bu eşiğin altında yer almaktadır.⁵⁰

Fransız hukukunda ise kastın türleri olarak genel kasıt (*dol général*) ve özel kasıt (*dol spécial*) yer almaktadır, kanun bazı hallerde genel kasıtı yeterli görürken bazı hallerde özel kasıt istemektedir. Aynı zamanda da ortaya çıkması ihtimali mümkün ya da bu eşiğe yakın olan sonuçlar bakımından da dolaylı kasıt (*dol indirect*) kabul edilmiştir.⁵¹ Ayrıca olası kast (*dol éventuel, l'insouciance*) da kişinin davranışının bir zarara sebep olacağını

⁴⁷ Özellikle uluslararası doktrince doğrudan kast, dolaylı kast ve bilinçli taksir iradi (*intentional*) olarak kabul edilmekte, basit taksir ise bu sıralamanın altında kalmaktadır. Bu sebeple bilinçli taksir (*advert recklessness*) kimi zaman olası kast ile karşılaştırılmaktadır. Bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 44-45.

⁴⁸ Amerikan Law Institution, **Model Penal Code**, Madde 2, 1985, <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>, Erişim: Ocak 2023.

⁴⁹ Cornell Law School, Legal Information Institute, **Mens Rea**, https://www.law.cornell.edu/wex/mens_rea, Erişim: Ocak 2023.

⁵⁰ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 44.

⁵¹ PRADEL, Jean, **Droit Pénal Comparé**, Paris 2002, s. 293 vd. Ayrıca bkz. Code Penal, Madde 121-123, <http://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf>, Erişim: Ocak 2023.

bilmesi ama yine de davranışına devam etmesi hali olarak kabul edilmiştir.⁵² Bunu dışında biliçli taksir ve basit/bilişsiz taksir kabul edilmektedir. Biliçli taksir (*la négligence consiente*) halinde kişi sonucu öngörmekte ancak daha önceden almış olduğu ya da alacağı önlemler sebebiyle sonucun gerçekleşmeyeceğine kanaat etmektedir.⁵³ Basit/bilişsiz taksir (*la négligence*) ise öngörülebilir bir sonucun gerekli önlemlerin alınmaması sonucu ortaya çıkması hali olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴

İtalyan Ceza Kanunu ise 43. maddesinde suçun psikolojik unsuru başlığı altında kusurluluğu incelemektedir.⁵⁵ Bu kapsamda İtalyan hukuku kast ve taksir altında iki temel kusurluluk türü kabul etmektedir. Kast (*dolo*), kişi davranışının sonucunu öngörebiliyor ve bunu istiyorsa doğrudan (*dolo diretto*) veya; bir meydana bomba yerleştirme örneğinde hedef olandan başka insanların da ölmesi durumunda olduğu gibi, kişinin diğer sonuçları istememesi ancak ortaya çıkacak olmalarını öngörmesi ve kabul etmesi durumunda olası (*dolo eventuale*) olarak iki türde görülebilir.⁵⁶ Taksir ise biliçli ve bilişsiz taksir olarak ikiye ayrılmakta, biliçli taksirde sonuç kişi tarafından öngörülmekte ancak istenmemektedir; bilişsiz taksirde ise sonuç kişi tarafından öngörülmemektedir.⁵⁷

Alman ceza hukukunda da benzer bir şekilde kast ve taksir ayrımı görülmektedir. Ancak, Alman ceza hukukunda kast, temelde üç türe ayrılmaktadır: birinci dereceden doğrudan kasıt (*Absicht*), ikinci dereceden doğrudan kasıt (*Direkter Vorsatz*, *dolus*

⁵² PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, s. 298.

⁵³ PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, s. 302.

⁵⁴ PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, s. 302.

⁵⁵ Codice Penale, https://www.imolin.org/doc/amlid/Italy/penal_code.pdf, Erişim: Ocak 2023.

⁵⁶ Yine ayrıca kastın türleri açısından İtalyan hukuku ani kast - tasarlama kastı, genel kasıt – özel kasıt ayrımlarını da tanımaktadır. Ancak bu çalışma kapsamında uluslararası ceza hukukunda tartışılan kusurluluk türleri incelendiği, genel konudan kopmamak amacıyla kastın diğer ayrımlarına ilişkin açıklamalara yer verilmemektedir. Açıklamalar için DI AMATO, Astolfo, FUCITO, Federica, *Criminal Law in Italy*, 2020, s. 85.

bkz. MARTUFI, Adriano, *Introduction to Italian Criminal Law*, <https://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/tecniche-di-indagine/materiale-didattico/introduction-to-italian-criminal-law-4&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim: Ocak 2023.

⁵⁷ DI AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 87. MARTUFI, *Introduction to Italian Criminal Law*, https://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/Introduction-Italian-Criminal-Law/materiale-didattico/Introduction%20to%20italian%20criminal%20law%202016_provisional.pdf, Erişim: Şubat 2023.

directus), olası kast (*Bedingter Vorsatz, dolus eventualis*).⁵⁸ Alman hukukunda, İngiliz hukukunda bulunan *advert recklessness*⁵⁹ yoktur. Bunun yerine olası kast (*dolus eventualis*) terimi kullanılmaktadır, dolayısıyla sonucun öngörülmesi ancak yine de davranışa devam edilmesi hali kastın bir alt görünümü olarak kabul edilmektedir.⁶⁰ Birinci derece doğrudan kast halinde kişi davranışını ve sonucu bilmekte ve istemektedir. İkinci derece doğrudan kast halinde ise kişi davranışının asıl amacının dışında olan önlenemez sonuçları da bilmektedir ve kabul etmektedir.⁶¹ Olası kast sorumluluk türünde ise kişi davranışının muhtemel, ancak önlenemez olmayan, sonuçlarını bilmektedir ve bu şekilde hareket etmektedir.⁶² Alman ceza hukukunda taksir de bilinçli (*bewusste Schuld*) ve bilinçsiz taksir (*unbewusste Schuld*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki temel fark olası kastta kişi riskin farkındadır ve fakat harekete devam etmektedir; ancak bilinçli taksirde kişi riskin ortaya çıkmasını istenmemekte ve kendini riske planlı olarak maruz bırakmamaktadır.⁶³ Aradaki bu iradilik farkı sebebiyle bilinçli taksir, taksirin en kusurlu hali olarak kabul edilmektedir.⁶⁴ Bilinçsiz taksir ise kişinin davranışının sonucunu dahi öngöremediği durumlar için kullanılır.⁶⁵

Türk hukukuna bakıldığında TCK madde 21 ve 22 kapsamında kusurluluk kast ve taksirden oluşmaktadır. Kanunun 21. maddesinde tanımlandığı üzere, suçun oluşması

⁵⁸ BOHLANDER, Michael, **Principles of German Criminal Law**, Portland 2009, s. 63-64.

⁵⁹ *Advert Recklessness*, bu çalışma kapsamında içeriksel benzerliği sebebiyle bilinçli taksir olarak çevrilmiştir.

⁶⁰ TAYLOR, Greg, "Concept of Intention in German Criminal Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, C.24, S. 1, 2004, ss. 99-127, s. 102. BOHLANDER, **Principles of German Criminal Law**, Portland 2009, s. 64.

⁶¹ BOHLANDER, **Principles of German Criminal Law**, Portland 2009, s. 64. Doktrinde bu ikinci hal sonuç sorumluluğu (*the consequences*) olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. TAYLOR, "Concept of Intention in German Criminal Law", s. 102.

⁶² Olası kast Almanya'da basına konu olmuş Neo-Nazi bir saldırı sonrasında da oldukça tartışılmıştır. Döner Dükkanı Davası olarak geçen bu olayda, Almanya'dan Türkleri göndermek isteyen bir kişinin, bir döner dükkanını ateşe vermesi sonucunda dükkan içerisinde yer alan birinin de yaralanmasında, yaralama açısından sorumluluğun nasıl tespit edileceği tartışılmıştır. İlk derece mahkemesi insan öldürmeye teşebbüs üzerinden hüküm tesis ederken, Yüksek Mahkeme bu görüşü reddedip, ancak ve ancak failin bu sonucun ortaya çıkmasını uzak bir ihtimal olarak görmeyip bu ihtimalin gerçekleşmesini de Türklerin Almanya'dan gönderilmesi yönündeki nihai amacına ulaşmak için kabul ediyorsa öldürmeye teşebbüsün söz konusu olabileceğini belirtmiştir. TAYLOR, "Concept of Intention in German Criminal Law", s. 102.

⁶³ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 42.

⁶⁴ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 42.

⁶⁵ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 42.

kastın varlığına bağlıdır ve kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu durumda kanunun ifadesi ile kast iki unsur barındırmaktadır: bilmek ve istemek. Bununla birlikte kastın varlığından söz edebilmek için belirtmek gerekir ki failin iradesi hem davranışın hem de sonucun gerçekleştirilmesine yönelmiş olmalı, eğer suçun sonucu yoksa suçu oluşturan hareket veya ihmâl istenmiş olmalıdır.⁶⁶

Kastın isteme unsuru⁶⁷ değerlendirilirken rıza ölçütü dikkate alınmakta, failin gerçekleşme ihtimalini kabul ettiği sonuçları istemiş olduğu sayılmaktadır.⁶⁸ Bu itibarla fail hareketin hedef aldığı sonucun dışında, ortaya çıkması muhakkak ve muhtemel görünen sonuçlar bakımında da istemiş kabul edilir.⁶⁹ Nitekim, TCK madde 21/2’de kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hali olası kast olarak tanımlanmaktadır.⁷⁰ Ancak olası kastın varlığından bahsedebilmek için neticenin öngörülmesinden ziyade, neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalınması gerekmektedir.⁷¹ Mümkün olan sonuçlar açısından fail sonucun gerçekleşme ihtimalini öngörmekle birlikte bu sonucun ortaya çıkmayacağı inancı ile hareket etmişse sonucu istemiş sayılmayacağı için bilinçli taksir söz konusu olacaktır.⁷²

⁶⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 258-259.; TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 218-219.

⁶⁷ İsteme unsuru doktrinde irade unsuru olarak da isimlendirilebilmektedir. Bkz. DÖZMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 467.

⁶⁸ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 222. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 273.

⁶⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 273. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 222.

⁷⁰ Türk Ceza Hukuku doktrininde “failin maksadını gerçekleştirmeye yönelik kasta doğrudan kast (*dolus directus*), maksadın dışında kalan fakat failce öngörülen diğer neticelerin gerçekleşmesine yönelen kasta ise olası kast (*dolus eventualis*)” denildiği de görülmektedir. Bkz. DÖZMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 484. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011, s. 232. Ayrıca, doktrinde kastın belirli bir maddi konu üzerinde somutlaşması halinde muayyen kast, tipik neticenin kimin veya hangi nesnenin üzerine gerçekleşeceği hususunun failin zihninde somutlaşmamış olması halinde gayri muayyen kasttan söz edilmektedir. Bkz. DÖZMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 484.

⁷¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 274.

⁷² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 274. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 222. Olası kasıttan yer alan öngörme olgusu olası kasıt ve bilinçli taksiri birbirinden ayıran noktalardan biri olarak kabul edilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 232.

Kastın bilme unsuru, kasta niteliğini veren isteme unsurundan önce gelir, bir diğer ifade ile, kastın varlığını tespit etmek için bilmenin tespitinden sonra ikinci bir inceleme ile istemenin de tespit edilmesi gerekmektedir.⁷³ Kastın bilme unsuru kapsamında fiilin tasavvur edilmesi, tipe uygun hareketin düşünülüp öngörülmesi gerekir.⁷⁴ Bilmenin kapsamını suçun kanuni tanımı oluşturur, suç normunda suçu oluşturan kurucu tüm unsurlar fail tarafından bilinmelidir.⁷⁵

TCK madde 22 kapsamında ise taksir tanımlanmaktadır. Maddenin lafzına göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülemez olarak gerçekleştirilmesidir ve taksirle işlenen fiiller ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. Taksirde genel anlamıyla istenen bir davranışın istenmeyen sonucu vardır ve sorumluluğun esası kanunun ifadesiyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıştır.⁷⁶ Türk ceza hukukunda taksirli sorumluluğun doğması için kanunda taksirle işlenebilen bir suçun bulunması, hareketin iradi sonusun ise irade edilmemiş olması, davranış kurallarının ihlal edilmesi, sonucun öngörülebilir olması ve davranış ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.⁷⁷ Bu kapsamda, TCK madde 22'nin 2. ve 3. fıkraları çerçevesinde taksir, bilinçli ve basit/biliçsiz taksir olarak ikiye ayrılmakta, failin fiili istemesi ancak neticesini öngörememesi halinde basit; neticesini öngörmemesi ancak istememesi, kendi kişisel veya mesleki özgüveninden ötürü gerçekleşmesine ihtimal vermemesi halinde ise bilinçli

⁷³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 275. DÖZMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 467. Ayrıca. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 222.

⁷⁴ DÖZMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 464. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 223.

⁷⁵ DÖZMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 464. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 224. Doktrinde kastın bilme unsuru fiilin hukuka aykırılığının bilinmesi ve fiilin anti-sosyal karakterinin bilmesi olarak da incelenmektedir. Neticede kastın taksirden temel farkı, kastın kötü irade olmasıdır ve kural olarak kanunun koyduğu yasağı bilen, davranışının yararlı olduğuna inansa bile, kastla hareket etmiş sayılacaktır. Bkz. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 275-278.

⁷⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 281. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 237.

⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 283-284, s. 291.

taksir olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸ Bilinçli taksir, kast ve taksiri birbirinden ayıran sınırdır.⁷⁹

Türk ceza hukukunda, failin davranışı sonucunda kastettiğı bir neticenin yanında, kastetmediğı ve hatta öngörmediğı bir sonucun da çıkması durumunun nasıl değerlendirileceğı hususunda önemli bir tartışma vardır.⁸⁰ TCK m. 23'ün ifadesiyle, failin davranışıyla kastedilenden daha ağır veya başka bir netice ortaya çıkmışsa, sorumluluğun doğabilmesi için failin bu netice açısından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. TCK'nın bu hükmü ile kusursuz sorumluluğun kanundan tamamen çıkartıldığı iddia edilmektedir.⁸¹ Esasen “en azından taksirle hareket etme” ifadesine yer veren TCK, burada kusursuz sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmamakta, ismini değiştirerek bir taksir karinesi getirmektedir.⁸²

Ulusal hukuk sistemleri birbirlerinden farklı yaklaşımlar benimsiyor olsa da, esasen kusurluluk tartışmalarının temelinde iradilik unsuru yatmaktadır. Yukarıda incelenen tüm hukuk sistemleri içinde iradilik bir eşik yaratmakta; kimi zaman basit taksir hali, kimi zaman ise bilinçli taksir hali bu iradilik eşiğinin altında kalmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları uluslararası ceza hukukunun gelişimi açısından önemlidir, zira mahkemeler terimleri, kusurluluğun türlerini ve cezalandırılabilme eşiklerini karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından esinlenerek oluşturmaktadırlar.⁸³ Ancak özellikle ceza hukukunun esasına dair önemli konularda yapılan karşılaştırmalı çalışmalarda hukuk sistemlerindeki farklılıklardan ötürü bazen tam olarak birbirini karşılayan terimler bulunmamaktadır. Nitekim, kusurluluk terimleri açısından da İngiliz hukukunda yer alan *advert recklessness* ile Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinde kullanılan

⁷⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 274.

⁷⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 296.

⁸⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 302.

⁸¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 303.

⁸² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 304.

⁸³ Bu kapsamda Van Slidregt karşılaştırmalı hukuk çalışmasını bir tablo üzerinde göstererek farklı ülkelerin kusurluluk değerlendirmelerine ve ardından Uluslararası Ceza Mahkemelerinin kusurluluk değerlendirmelerine yer vermektedir. Bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 45.

dolus eventualis, her ne kadar bazı kaynaklar tarafından denk terimler olarak gösterilse de⁸⁴ esasen birbirinden farklıdır. Birincisi taksirli sorumluluğa ilişkin iken ikincisi kasta dair bir sorumluluktur. Ancak ceza hukukuna dair genel esaslarını karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından alan uluslararası ceza hukukunda, hukuki dinamikler arasındaki hassas dengenin bozulmaması için kimi zaman salt doktrinel tartışmaların derinlerine inilmemektedir.⁸⁵

C. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİNİN KUSURLULUK DEĞERLENDİRMESİ

Uluslararası ceza mahkemelerinin kusurluluk değerlendirmeleri ilgili mahkeme özelinde farklılıklar göstermektedir. Bu durumda değerlendirmeye öncelikle Uluslararası Askeri Mahkemeler özelinde başlanacak, ardından Ad Hoc Mahkemeler incelenecek ve son olarak Roma Statüsü madde 30 kapsamında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kusurluluk değerlendirmesine yer verilecektir.

Uluslararası Askeri Mahkemeler olan Nüremberg ve Tokyo Mahkemelerinin kurucu şartında kusurluluğa yer verilmemiştir. Mahkemenin yetkisine giren savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçların tanımlanmasında da aranan kusurluluk değerlendirmesine ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bu durumda bu mahkemelerin hakimleri suçları incelerken kusurluluk değerlendirmesini vakıa üzerinden kendilerince yapmak durumunda kalmışlardır, bu durum da müşterek bir kusurluluk yaklaşımının

⁸⁴ Bkz. PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, s. 298.

⁸⁵ AMBOS, Kai, "Remarks on the general part of international criminal law" *Journal of International Criminal Justice*, C.4, S.4, 2006, ss. 660-673, s. 669.

benimsenmemesine yol açmıştır.⁸⁶ Uluslararası Askeri Mahkemelerin kararlarında kusurluluk, geniş bir şekilde ele alınmış kavramlardan değildir.⁸⁷

Bosna ve Ruanda soykırımları üzerine kurulan *Ad Hoc* Uluslararası Ceza Mahkemeleri olan, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) ise kurucu şartlarında başlı başına kusurluluğa ayrılmış bir madde barındırmamakla birlikte, Uluslararası Askeri Mahkemelerine göre ceza hukuku anlamında kusurluluk kavramı ile daha ilişkili bir yaklaşım sergilemişlerdir. Öncelikle bu mahkemelerin yetki alanına giren suçlardan biri olan soykırım suçu, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde yer alan tanıma bağlı kalmış ve soykırım suçunun bir grubu ortadan kaldırmak amacıyla işlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu durum soykırım suçu açısından özel kast gerektiren bir değerlendirmeyi işaret etmektedir. Öte yandan *Ad Hoc* Mahkemelerin kurucu şartlarında kusurluluğa hasredilmiş özel maddeler bulunmasa da bireysel ceza sorumluluğu başlığı altında faillik ve iştirak halleri düzenlenmiştir. Her ne kadar bireysel ceza sorumluluğu, kusurluluğu yakından ilgilendiren bir husus olsa da kusurluluğa münhasır değerlendirmeler yine *Ad Hoc* mahkemelerin kararlarından çıkartılmaktadır.⁸⁸ Bu noktada EYUCM ile RUCM arasındaki kararlarda da özellikle kast harici kusurluluk türlerinin yorumlarında farklılıklar olduğu görülmektedir.⁸⁹ Ancak genel bir değerlendirme ile *Ad Hoc* mahkemelerin doğrudan kast, dolaylı kast (ikinci dereceden kasıt) ve olası kast (*dolus eventualis*) kusurluluk türlerini kabul ettiği ve cezalandırılabilirliğin eşiğini bu sınırdan çektikleri belirtilmektedir.⁹⁰

⁸⁶ SINGH, Avantika, "Mens Rea In International Law: Nuremberg To The International Criminal Court", **International Journal of Legal Developments and Allied Issues**, C. 6, S. 5, 2020, ss. 192-205, s. 195.

⁸⁷ SINGH, "Mens Rea In International Law: Nuremberg To The International Criminal Court", s. 195.

⁸⁸ BADAR, Mohamed Elawa, **The Concept of Mens Rea in International Criminal Law The Case for a Unified Approach**, Bloomsbury 2013, s. 327.

⁸⁹ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 51.

⁹⁰ EYUCM'nin oturmuş içtihatları açısından bkz. BADAR, Mohamed Elawa, "Drawing the Boundaries of Mens rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia," **International Criminal Law Review**, C. 6, 2006, s. 313-348, s. 315.

Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü incelendiğinde ise Statü'nün kusurluluğu düzenleyen özel bir maddesinin olduğu dikkat çekmektedir. Bir diğer ifade ile, Statü önceki mahkemelerin bu konudaki eksiklerini görmüş ve kusurluluk gibi önemli bir mevzuyu mahkeme kararlarına bırakmamış, kurucu statünün içerisinde yer alan bir madde ile düzenlemiştir.

Roma Statüsü madde 30 manevi unsur başlığı ile UCM kapsamında yargılanacak suçlara ilişkin kusurluluğun nasıl kabul edildiğini düzenlemektedir. Maddenin ifadesi şu şekildedir:

“1. Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde cezai sorumluluğu ve mesuliyeti bulunur.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır:

(a) hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması;
(b) netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması.

3. Bu maddenin amacına uygun olarak "bilgi", hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağının farkında olunması demektir. "Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır.”⁹¹

Van Slidregt mahkemelerin kabul ettiği kusurluluk türlerini bir tablo üzerinden detaylı olarak açıklamaktadır. Bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 52.

⁹¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

Roma Statüsü, UCM'nin yargı yetkisine giren suçların kasten ve bilerek işlenmesini kural olarak kabul etmiştir. Ayrıca madde ikinci ve üçüncü paragraflarında kasten ve bilerek ifadesinin hangi halleri kapsadığını açıklamaktadır. Böylece ikinci paragrafta yer alan ifadeler kapsamında kast, hareket ve sonuç açısından kabul edilmektedir. Bilmek ise sonuç ve o sonucun doğacağı şartların bilinmesini kapsamaktadır.⁹²

Esasen 30. maddenin ilk paragrafı kural olarak kasten suç işlenmesini benimserken, ikinci ve üçüncü paragraflarında kast ve bilmek ayrıntılı tarif edilerek kastın yoğunluğuna ilişkin açıklamalar da getirilmiştir. Öncelikle kastın unsurlarının ayrılması ve farklı kapsamlarının olduğuna vurgu yapılması İngiliz hukukunda yapılan ayrıma benzemektedir.⁹³ İkinci paragrafta yer alan “*neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması*” ifadesi ise Alman hukukunda ifade edilen ikinci dereceden doğrudan kast, ya da yine İngiliz hukukunda açıklanan dolaylı kast (*oblique intent*) terimlerini çağrıştırmaktadır.⁹⁴ Doktrinde doğrudan kast, bir soykırım suçunda failin bilerek ve isteyerek bir etnik gruba mensup olan kişileri öldürmesi; ikinci dereceden doğrudan kast, savaş esnasında bir binanın hedef alınması ancak içindeki insanların zarar görmesinin amaçlanmaması da sonucun oluşması için kaçınılmaz olması sebebiyle kabul edilmiş sayılması; olası kast ise yine savaş esnasında bir binanın hedef alınması halinde failin sivillere zarar vermek istememesi ancak bu olası riskin ortaya çıkması durumunda da onay göstermeye hazır olması hali örnekleriyle açıklanmaktadır.⁹⁵

Roma Statüsü 30. madde kapsamında en çok tartışmalı olan hususlardan biri olası kast halinin (*dolus eventualis*) madde kapsamına girip girmediğidir. Bu konuda doktrinde

⁹² KNOOPS, Geert-Jan Alexander., **Mens Rea at the International Criminal Court**, Brill 2016, s. 36. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 46.

⁹³ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 46. Roma Statüsü 30. maddenin karşılaştırmalı analizi için bkz. BADAR, Mohamed Elewa, “The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary from a comparative criminal law perspective” **Criminal Law Forum**, 2008, ss. 473-518, s. 484-485.

⁹⁴ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 46.

⁹⁵ ESER, Albin, “Mental elements–Mistake of fact and mistake of law”, **The Rome statute of the international criminal court: A commentary** içinde, Oxford 2002, ss. 767-948, s.906.

ve UCM kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hususta bir görüş 30. maddenin esasının sadece doğrudan ve ikinci dereceden doğrudan kasta ilişkin olduğunu ve bu sebeple olası kastın maddenin kapsamına girmediğini öne sürmektedir.⁹⁶ Karşıt görüşte yer alanlar ise, maddenin esasının olası kastı da kapsadığını, çünkü şartlı kastın iradilik unsuru taşıdığını, bu sebeple kastın altında yer alması gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁷ UCM'nin vermiş olduğu bazı kararlar da bu konuda farklı görüşlere sebep olmaktadır. *Lubanga* davasında Ön Soruşturma Dairesi'nin vermiş olduğu İsnatların Teyidi Kararında⁹⁸ olası kastın nasıl anlaşılması gerektiği ve Roma Statüsü madde 30 kapsamında yer alıp almadığına dolaylı da olsa değinilmiştir. Bu kapsamda, Mahkeme bazı suçlar veya iştirak türleri özelinde failden sonucu bilmesi beklendiği için olası kast hallerinin de dahil edildiğine yönelik, açıkça bir taraf tutmayan ancak olası kastın kullanılmasına da imkân sağlayan bir değerlendirme yapmıştır.⁹⁹ Bu kapsamda yer alan bir görüş de kural olarak 30. maddenin olası kast halini kapsamadığı ancak bazı durumların bu terimin hayat bulmasına imkân sağladığı yönündedir.¹⁰⁰ Mahkemenin olası

⁹⁶ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 47-48.

⁹⁷ BADAR, Mohamed Elewa, "Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?", **New Criminal Law Review**, C. 12, S. 2, 2009, ss. 433-467, s. 433.

⁹⁸ Ön Soruşturma Dairesi orijinal dilde *Pre-Trial Chamber* olarak geçmektedir. Pre-Trial Chamber teriminin türkçe çevirisi Önok'un eserinde Ön Soruşturma Dairesi olarak yapılmıştır. (Bkz. ÖNOK, Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, Ankara 2019.) Bu daire, soruşturma öncesi tahkikat sürecinde ve soruşturma evresinde hakimlik kararı verdiği için kovuşturma öncesi tüm sürece ilişkin kullanılan Ön Soruşturma tabirine katılıyor. İsnatların Teyidi Kararı ise orijinal dilde *Confirmation of Charges* olarak geçmektedir. Bu karar, Savcılığın iddianamesi kapsamında kovuşturma sürecine esas teşkil edecek isnatları mahkemeye tespit ve teyidini sağlar. Bu çerçevede karar, kovuşturmanın da sınırlarını belirler. Bu kapsam da doktrinde Önok'un kullandığı İsnatların Teyidi Kararı çevirisine de içeriksel olarak katılıyor. Bu çalışma her iki terim için de doktrinde ifade birliğini açısından Önok'un çevirisini kullanmaktadır.

⁹⁹ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 355, dipnot 438. Mahkeme kararında açıklandığı üzere Roma Statüsü madde 8/2,b,xxvi'de yer alan çocukların askere alınması suçunun Suçun Unsurları belgesindeki açıklamasında failin askere aldığı çocuğun 15 yaşın altında olduğunu biliyor olması gerekmektedir. Burada faile yüklenen bilmek ödevi ve bu ödevde uyulmaması Mahkeme kararında Roma Statüsü 30. maddede yer alan kastın bir istisnası olarak tartışılmasına sebep olmuştur. Mahkemenin tartıştığı bir diğer istisna ise müşterek faillik üzerinedir. Mahkemenin kabul ettiği müşterek fail anlayışında, müşterek fail ortak planının icrasının birtakım suçları ortaya çıkarabileceğini öngördüğü için sorumlu tutulabilmektedir. Bu da yine 30. Maddede yer alan kast görüşünün bir istisnası olarak yorumlanmıştır. *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 355 vd.

¹⁰⁰ WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian, "Unless otherwise provided": Article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law", **Journal of International Criminal Justice**, C. 3, S.1, 2005, ss. 35-55, s. 53.

kast konusuna ilişkin net bir açıklama getirmemesi bazı yazarlar tarafından da eleştirilmektedir.¹⁰¹

Kusurluluk türlerinin tartışıldığı bir diğer önemli ve görece güncel dava UCM'nin *Bemba* davasıdır.¹⁰² İsnatların Teyidi kararında, Mahkeme kusurluluk türlerini inceleyerek 30. maddenin dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve olası kastın madde kapsamında yer almadığını ifade etmiştir.¹⁰³ Bemba kararında Mahkeme oldukça net bir ifade kullanmış, doktrinde *dolus eventualis* olarak kullanılan kusurluluk türünün, İngiliz hukukunda yer alan *advert recklessness* terimine denk geldiğini de kararında işlemiştir.¹⁰⁴

Uluslararası ceza hukukunun müstakil ve kapsayıcı bir genel hükümler bölümü yoktur¹⁰⁵, ancak ceza hukukunun esasına ilişkin terimlerin kullanılması sebebiyle bu yöndeki ihtiyaç da büyüktür. Bu sebeple uluslararası ceza hukuku genel hükümlerle alakalı hususlarda ulusal hukuk sistemlerini incelemekte ve farklı hukuk sistemleri içerisinde bir sentez inşa etmeye çalışmaktadır.¹⁰⁶ Yukarıda tartışılan kusurluluk terimlerine ilişkin farklı yorumlar da esasen bu sürecin bir parçası olmaktadır.

Açıklandığı üzere 30. Madde kapsamında kural olarak taksirli sorumluluk halleri dahil edilmemiştir ve hatta olası kastın (*dolus eventualis*) varlığı üzerine dahi bir anlaşma bulunmamaktadır. Ancak Roma Statüsü kapsamında kuralın temel istisnasını 28. madde

¹⁰¹ WEIGEND, Thomas, "Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga decision on confirmation of charges", **Journal of International Criminal Justice**, C.6, S.3, 2008, ss. 471-487, s. 483-484.

¹⁰² UCM'nin manevi unsuru tartıştığı başka kararları da vardır ancak Bemba bu husustaki açık tutumu sebebiyle incelenmeye alınmıştır.

¹⁰³ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC 01/05–01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 Haziran 2009, para. 360.

¹⁰⁴ Mahkemenin bu görüşü *dolus eventualis* kavramını yanlış anladığı yönünde eleştirilmektedir. Bu görüş kapsamında *dolus eventualis* esasen bilinçli taksire tekabül etmemektedir, ve hatta bu görüşü savunanların ifade ettiği şekilde, Alman hukukunun penceresinde İngiliz hukukunda görülen ve *recklessness* kavramı ile açıklanan bilinçli taksir türünün yeri yoktur. Dolayısıyla *dolus eventualis* kavramı kasta dair olan bir sorumluluk türünü kapsamaktadır ve bu sebeple Roma Statüsü madde 30'un sınırları dahilinde kalmaktadır. Bkz. AMBOS, Kai, "Critical issues in the Bemba confirmation decision", **Leiden Journal of International Law**, C. 22, S. 4, 2009 ss. 715-726, s. 718-719.

¹⁰⁵ ESER, "Mental elements—Mistake of fact and mistake of law", s. 769-770.

¹⁰⁶ AMBOS, Kai, "General principles of criminal law in the Rome Statute", **Criminal Law Forum**, C. 10, S. 1, 1999, ss. 1-32, s. 1-2.

oluşturmaktadır. Roma Statüsü madde 28 çerçevesinde komutanların veya diğer üst rütbelilerin sorumluluğunun kusurluluğa ilişkin paragrafları şu şekilde düzenlenmiştir:

“(a) Etkin bir şekilde askeri komutan olarak faaliyet gösteren bir askeri komutan ya da şahıs, kendi etkin komutası ya da denetimi altında, veya durumuna göre etkin yetkisi ve denetimi altında bulunan kuvvetler tarafından işlenen ve bu kuvvetler üzerinde düzgün denetim yapmaması sonucunda oluşan Mahkeme’nin yargı yetkisi içinde olan suçlardan;

(i) askeri komutan ya da şahsın, bu kuvvetlerin o suçları işlemekte ya da işlemek üzere olduklarını bildiği, ya da zamanın şartlarına göre bilmesi gerektiği;

.....

(b) (a) paragrafında tanımlanmayan üst ve ast ilişkilerine istinaden, bir üst, kendi etkin yetki ve denetimi altında bulunan astlarının işlediği ve bu astları üzerinde düzgün denetim sağlayamaması sonucunda oluşan Mahkeme’nin yargı yetkisi içinde olan suçlardan;

(i) üstün, astlarının bu suçları işlemekte ya da işlemek üzere olduğunu ya bildiği ya da bunu açıkça gösteren bilgiyi görmezden geldiği; ”¹⁰⁷

¹⁰⁷ Bu çalışmanın yapıldığı dönem itibarıyla, Roma Statüsü’nün iki temel kaynakta çevirisi bulunmaktadır. Bunlardan biri Avrupa Birliği tarafından finanse edilen, Türkiye’de Katılımcı Demokrasinin Güçlendirilmesi: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İzlenmesi Projesi’nin internet sayfasında yer alan çeviridir. Bir diğeri ise Devrim Aydın tarafından gözden geçirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi’dir. (Bkz. AYDIN, Devrim, Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, Ankara 2006, <https://ihddiyarbakir.org/Content/uploads/62772829-b06e-4252-b92b-66dd792c52ed.pdf>, Erişim: Mart 2023) Bu çalışma kapsamında tutarlı bir şekilde Türkiye’de Katılımcı Demokrasinin Güçlendirilmesi: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İzlenmesi Projesi’nin yayınlamış olduğu çeviri İngilizce orijinal metin ile birlikte kullanılmıştır. Esasen iki çeviri metin birbirinden format olarak ayrı olmakla birlikte içerik olarak birbiriyle uyumludur. Ancak özellikle Roma Statüsü 28. maddenin çevirisinde, yazar, özellikle komutan ya da üstün tanımlanmasında Türkçede tekrara düşen bir ifade yaratsa da orijinal metnin birebir çevirisinin daha uygun olduğu kanaatiyle 28. maddenin çevirisini kendisi yapmıştır. Bu çeviride komutanın görevleri hakkında terminoloji için 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin çevirisinde kullanılan terminoloji takip edilmiştir. (Bkz. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, yayına hazırlayanlar BATUR YAMANER, Melike, ÖKTEM, Emre, KURTDARCAN, Bleda, UZUN, Mehmet, http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf, Erişim: Mart 2023.) 28. madde üzerine daha detaylı bir inceleme için bkz. III. Bölüm.

Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere, burada 30. maddenin aksine komutanın ya da üst rütbelinin bilerek ve isteyerek işlediği fiillerden bahsedilmez. Burada komutanın bir yükümlülüğü vardır ve komutan buna aykırı davranmaktadır. Bu durumda komutan ya da üst rütbeli kişi kendi kontrolündeki kuvvetlerin suç işlemekte veya işlemek üzere oldukları konusunda bilgi sahibi olması gerektiği için sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla Roma Statüsü madde 28/a kapsamında taksirli sorumluluk getirilmiş, komutanların ya da üst rütbelilerin dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırı davranışları sebebiyle sorumlu olacakları ifade edilmiştir.

Ayrıca devamında, komutan ya da üst rütbelilerin astlarının bir suç işledikleri veya işlemek üzere oldukları açıkça bilmeleri veya bunu bilerek görmezden gelmeleri hali düzenlenmiştir. Burada ise komutan ya da üst rütbelilerin suçun oluşmasına ilişkin riski görerek bu riski üstlenmeleri sebebiyle sorumlu oldukları anlayışı vardır. Böylece, kabul edildiği üzere, Roma Statüsü 28. madde ile somut olayın şartları dahilinde bir tür olası kast veya bilinçli taksir sorumluluğu kabul edilmiştir.¹⁰⁸

Sonuç itibarıyla Roma Statüsü, UCM'den önce kurulan mahkemelerin kurucu statülerinden farklı olarak, suçun manevi unsuruna ilişkin kusurluluk türlerini düzenleyen özel bir maddeye sahiptir. Her ne kadar uygulamada maddenin kapsamı tartışmalı da olsa, bu yönüyle Roma Statüsü uluslararası ceza hukukunun doktrinel gelişimine önemli bir katkı sağlamıştır. Kural itibarıyla uluslararası suçların kasten işlenebileceğini öne süren Statü, özellikle sorumluluk eşiğinin yüksek tutulduğu komutanlar ve üst rütbeliler için istisnai hallerde taksirli sorumluluğu da kabul etmektedir. Ayrıca iradilik unsuru taşıması sebebiyle olası kastın da Roma Statüsü 30. madde sınırları dahilinde olduğu kanaatindeyiz. Sonuç itibarıyla, birden fazla kişinin katılımıyla işlenen uluslararası suçlarda suçun manevi unsuru kast merkezli düzenlenmiştir ancak taksirli sorumluluk da Roma Statüsü'nün sınırlarından tamamen çıkartılmış değildir.

¹⁰⁸ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 48-52.

IV. ULUSLARARASI CEZA HUKUKU KAPSAMINDA TOPLU SUÇLULUK VE BİREYSEL SORUMLULUK

Uluslararası ceza hukuku sadece belli bazı suçları konu edinmektedir. Her ne kadar bu suçların belirlenmesinde uluslararası ceza mahkemeleri arasında farklılıklar olsa da¹⁰⁹, günümüzde UCM'nin konu itibariyle yargı yetkisine giren suçlar çekirdek suçlar (*core crimes*) olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de ifade edildiği üzere, çekirdek suçlar soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur. Dolayısıyla uluslararası ceza hukuku uluslararası unsurlar barındıran suçları değil, hususi olarak çekirdek suçları konu almaktadır.

Belirtilen bu suçlar günlük hayat içerisinde her gün karşılaşılan ve ulusal ceza yargılamalarına sıkça konu olan suç tipleri değildir. Çok katıllı, bazı durumlarda sistemsel ve oldukça karmaşık şemalar dahilinde ortaya çıkmaktadırlar. Üstelik, her ne kadar bu durum her çekirdek suç için bir zorunlu unsur olmasa da, bu suçlar genellikle kamu düzeninin önemli ölçüde bozulduğu; sadece devletler arası değil, devlet güçleriyle devlet dışı silahlı aktörler arasında geçen silahlı çatışma ortamlarında cereyan edebilmektedir. Bu durum çekirdek suçların soruşturulması ve kovuşturulması hususunda da özel usullerin takip edilmesini zorunlu kılar. Uluslararası suçların soruşturulması ve kovuşturulması ulusal düzeyde yapılan örgütlü suç soruşturma ve kovuşturmalarına benzetilse de, esasen soruşturmaya destek verecek bir kolluk kuvvetinin olmaması ve uluslararası mahkemelerdeki Kıt'a Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin

¹⁰⁹ Bu konuda örnek olarak *hibrit* mahkeme statüsünde olan Uluslararası Lübnan Özel Mahkemeleri, Lübnan Başbakanı Rafiq Hariri'nin öldürülmesi ve diğer eylemlere ilişkin terör suçlarını incelemektedir. Bkz. Uluslararası Lübnan Özel Mahkemeleri, Kurucu Statüsü, <https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal>, Erişim Ocak 2023.

karmasının uygulandığı ulusal düzeyden farklı bir hukuk kültürünün hakim olması gibi sebepler bu suçları daha da ayırt edici kılmaktadır.¹¹⁰

Uluslararası suçlara ilişkin usulü zorluklar bir yana, bu suçlar ceza hukukunun temel kavramlarının incelenmesi açısından da farklı özellikler taşımaktadırlar. Bu noktada uluslararası suçlara iştirak, uluslararası ceza hukukunun oluşumunun tüm aşamalarında hukukçular tarafından tartışılan ve kavramsallaştırılmaya çalışılan bir meseledir. Netice itibariyle uluslararası ceza hukuku bireysel ceza sorumluluğunu konu edinmektedir, bu açıdan uluslararası hukukta yer alan devletlerin sorumluluğundan farklıdır. Ancak bu durumda asıl sorun, çok fazla kişinin farklı rollerde ve farklı psikik bağlarla katıldığı, sonucunda ise bazen milyonlarca mağdurun oluşabileceği bu geniş çaplı suçlarda, suça sunulan bireysel katkının öncelikle bu suça sebep olan ve arka planda işleyen sistemden nasıl ayrılacağı ve sonrasında ise bu katkının nasıl tespit edileceğidir. İşte ifade edilen bu durum, uluslararası ceza hukukunda bireysel ceza sorumluluğu sorununu ortaya çıkartmaktadır.

Dolayısıyla, uluslararası suçların bu içkin yapılarını incelemeye öncelikle sistem suçluluğu (*system criminality*) terimini irdeleyerek başlamak gerekecektir.¹¹¹ Uluslararası ceza hukuku uygulamasının ilk esaslı örneklerinden biri olan Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemeleri şu önemli ifadeyi kayıtlara geçirmiştir: “*Uluslararası hukuka aykırı suçlar soyut varlıklar tarafından değil, insanlar tarafından işlenir ve uluslararası hükümler ancak bu tür suçları işleyen kişilerin cezalandırılmasıyla uygulanabilir.*”¹¹² Doktrinde sıkça atıf yapılan bu cümle, uluslararası ceza hukukunda amacın bireysel ceza sorumluluğunu tesis edebilmek olduğunu vurgulamaktadır ancak öte yandan uluslararası

¹¹⁰ DEL PONTE, Carla, “Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 4, S. 3, 2006, ss. 539–558, s. 540.

¹¹¹ NOLLKAEMPER, André, “System criminality in international law: introduction”, s. 5

¹¹² Orijinal ifadesiyle: “*Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.*” Uluslararası Askeri Mahkeme, *Fransa ve Diğerleri v. Goering ve Diğerleri*, 22 IMT 411, 466, 1946.

suçların ortaya çıkışını sadece bireysel düzeyde düşünmek de mümkün değildir.¹¹³ Bazen bir devletin bazen de daha düzensiz yapıların harekete geçirdiği sıradan insanlar eliyle işlenen suçlarda, arka planda çalışan ve suçu üretmeye devam eden sistemlerle bireysel düzeyde suçu işleyen insanlar netice itibariyle uluslararası ceza hukuku içinde birbirinden ayrılması güç bir yapıya dönüşürler.¹¹⁴

Pek çok defa, uluslararası suçların failleri kendi kişisel çıkarları ya da kendi iradelerindeki planlar dahilinde hareket etmemekte, başkaları adına hareket etmekte ya da başkalarının ortaya koyduğu bazı planları güvenlik kaygısı gibi bir takım meşrulaştırıcı hususlar üzerinden icra etmektedirler.¹¹⁵ Dolayısıyla burada arka planda işleyen ve suçu aslen üreten bir mekanizma varken bu mekanizmayı sürdürenler ve hatta bazen mekanizma üzerinde etkin olan isimlerin bireysel ceza sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi, bu ağır ve yıkıcı suçların önlenmesine bir etki sağlamamaktadır.¹¹⁶

Bu kapsamda irdelenmesi gereken temel mevzulardan bir diğeri de toplu suçluluk (*collective guilt*) ve bireysel sorumluluk (*individual responsibility*) terimleridir. Fletcher'ın üzerinde ısrarla durduğu bir terim olan toplu suçluluk, toplu suç eylemleri sonucunda ortaya çıkmaktadır¹¹⁷ ve çekirdek suçlar esasen doğaları itibariyle toplu

¹¹³ SCHABAS, William, "A. State policy as an element of international crimes", **Journal of Criminal Law and Criminology**, C. 98, S. 3, 2007, ss. 953-982, s. 953.

¹¹⁴ Bu durum uluslararası suçları hukuk felsefesi ve siyaset bilimi açısından inceleyen pek çok eserde de vurgulanmaktadır. Hatta ünlü düşünür Hannah Arendt, Nazi subayı Eichmann'ın yargılanmasına ilişkin yazmış olduğu *Kötülüğün Sıradanlığı: Eichmann Kudüs'te* kitabında, bu denli büyük suçların arkasında işleyen suçlu örgütlenmelerden bahsetmektedir. Bkz. ARENDT, Hannah, **Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil**, New York 1963, s. 240. Arendt'in kötülüğün sıradanlığı görüşü doktrindeki temel önemini korumakla birlikte benzer nitelikte, kötülüğün sıradan kişiler tarafından ve fakat bir organizasyon çerçevesinde işlendiği belirtilmektedir. Bkz. TALLGREN, Immi, "The Sensibility and Sense of International Criminal Law," **European Journal of International Law**, C. 13, S. 3, 2002, ss. 561-595, s. 575. Ayrıca bkz. NOLLKAEMPER, "System criminality in international law: introduction", **System Criminality in International Law**, s. 5

¹¹⁵ NOLLKAEMPER, "System criminality in international law: introduction", **System Criminality in International Law**, s. 4

¹¹⁶ Nollkaemper, bu durumu Saddam Hüseyin'in yargılanması örneği üzerinden tartışmaktadır. Zira, Saddam Hüseyin'in cezai olarak sorumlu bulunması, suçu büyüten ve teşvik eden sistemin kendisi için bir etki yaratmamıştır. NOLLKAEMPER, "System criminality in international law: introduction", **System Criminality in International Law**, s. 5

¹¹⁷ FLETCHER, George P., "The Storrs lectures: Liberals and romantics at war: The problem of collective guilt", **Yale Law Journal**, C.111, 2001, 111 ss. 1499- 1573, s. 1526.

işlenen ve bireyselliği olmayan suçlardır.¹¹⁸ Bu noktada sistemsel bir suçluluğun içinde sadece birkaç kişinin seçilerek bireysel olarak sorumlu tutulması durumu söz konusudur.¹¹⁹ Bir diğer ifade ile, uluslararası ceza hukukunda nihayetinde ortaya toplu bir suçluluk halinden bireysel olarak sorumlu tutulan sanıklar çıkmaktadır.

Bu durum, uluslararası ceza hukukunun amaçlarını ve hatta uluslararası suçların neden cezalandırıldığının sorgulanmasına sebep olsa da,¹²⁰ modern ceza hukukunun geldiği noktada kişilerin kendi kusurlu fiillerinden sorumlu tutulmalarına dayalı özgür iradeyi temel alan bireysel ceza sorumluluğunun yeri artık oturmuştur.¹²¹ Toplu olarak işlenen suçlardan kişiler suça katılımları kapsamında bireysel olarak sorumlu tutulacaklardır. Ancak uluslararası ceza mahkemeleri özel yetki ve kabul edilebilirlik şartlarıyla donatılmıştır ve suçlu bir yapı içerisinde suç işleyen ve bu yapının ufak bir dişlisi olan bir fail, bu mahkemelerce yargılanmak için kabul edilebilir bulunmayabilir. Bu durum usule dair olup suçu ortadan kaldırmaz; esasen uluslararası ceza adaletini sağlamakla mükellef ulusal mahkemeler bu gibi durumlarda ilgili yetki şartları kapsamında her zaman yargılama yapabilirler.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda, sistem suçluluğu terimi, bir arada bulunan ve bağımsız bir topluluğu (kolektif) kapsamaz; sistem kelimesi ile asıl ifade edilmek istenen, sistemi oluşturanlar arasındaki bağlantı ve örgütlenmedir. Bu durumda, sistem suçluluğu, kolektif oluşumların uluslararası suçların işlenmesini emretmesi ya da teşvik etmesi veya

¹¹⁸ FLETCHER, “The Storrs lectures: Liberals and romantics at war: The problem of collective guilt”, s. 1514.

¹¹⁹ DRUMBL, Mark A., “Collective violence and individual punishment: The criminality of mass atrocity”, **Northwestern University Law Review**, C. 99, 2004, ss. 539-611, s. 542.

¹²⁰ TALLGREN, “The Sensibility and Sense of International Criminal Law,” ss. 561-595.

¹²¹ Bireysel ceza sorumluluğu ile birlikte aynı zamanda uluslararası suçların kolektif nitelikleri sebebiyle, bazı yazarlar uluslararası ceza hukukunun bir yandan da kolektif suçluluğu da kapsayan bir yaklaşım benimsemesini de öne sürmektedir. Bkz. NOLLKAEMPER, Andre, “Systemic effects of international responsibility for international crimes”, **Santa Clara Journal of International Law**, C.8, 2010, s. 313. Ayrıca, uluslararası ceza hukuku muhtevasında bulunan suçların kolektif yapısı kapsamında bazı yazarlar uluslararası ceza adaletinin daha kapsayıcı bir şekilde tecelli edebilmesi için bu hususi suçlar için ulusal hukuk sistemlerinde de sorumluluğun kolektif formlarının tanınmasını önermektedir. Bkz. DRUMBL, Mark A. “Accountability for System Criminality”, **Santa Clara Journal of International Law**, C.8, 2010, s. 373

izin vermesi veya müsamaha göstermesi durumudur.¹²² Bu tanımda, kolektif oluşum uluslararası suçlara emretme veya teşvik etme şeklinde aktif katılımında bulunabilir ya da izin verme veya müsamaha gösterme şeklinde pasif katılımında bulunabilir ve kolektif oluşumun suça düzenli dahiliyeti vardır.¹²³ Yine bu tanım kapsamında kolektif oluşum sadece devlet olarak düşünülmez, daha geniş çaplı bir yaklaşımla pek çok kolektif oluşum tanımın sınırları dahilinde kalabilmektedir.¹²⁴ Bu kapsamda devlet dışı silahlı örgütler (Orta Afrika’da bulunan Tanrı’nın Direniş Ordusu gibi), siyasi partiler (Almanya’daki Nazi Partisi gibi), siyasi rejimler (Irak’taki Baas Partisi gibi) ve hatta Birleşmiş Milletlerin Srebrenitsa ve Ruanda katliamlarını önlemeyi başaramaması örneğinden yola çıkarak bazı durumlarda uluslararası organizasyonlar dahi bu tanım dahilinde kalabilmektedir.¹²⁵

Doktrinde farklı yazarlar tarafından defalarca altı çizilen toplu suçluluk konusu esasen uluslararası ceza hukukunun hala tartıştığı konulardan biridir. Zira, uluslararası suçlar pek çok defa arka planda duran adeta bir orkestra şefi tarafından dizayn edilmekte, yönetilmekte ve icra edilmektedir. Hatta incelikle dizayn edilmiş bu kötülük sistemi yoluna oturduktan sonra, esasen şefin çok fazla müdahale etmesi de gerekmez. Netice itibariyle, uluslararası suçlar, bir plan dahilinde birincil olarak suç işleyen ancak plana dahiliyeti olmayan ve hatta planın tamamından haberi dahi olmayan binlerce kişi; bu binlerce kişiyi ara emirleriyle yöneten ancak yine de tam plandan haberi olmayan onlarca kişi; ve plana hakim olmakla birlikte planın işleyeceğinden de inşa edilen oluşuma

¹²² NOLLKAEMPER, “System criminality in international law: introduction”, **System Criminality in International Law**, s. 16. Sistem suçluluğu, daha önce ilk defa Hollandalı Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme hakimi Röling tarafından, sisteme hizmet eden ve sistem sebebiyle ortaya çıkan suçlar olarak tanımlamıştır; Nollkaemper ise daha önceden yapılan bu tanım üzerinden kendi tanımını geliştirmiştir.

¹²³ NOLLKAEMPER, “System criminality in international law: introduction”, **System Criminality in International Law**, s. 17 vd.

¹²⁴ NOLLKAEMPER, “System criminality in international law: introduction”, **System Criminality in International Law**, s. 17 vd.

¹²⁵ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 21. NOLLKAEMPER, “System criminality in international law: introduction”, **System Criminality in International Law**, s. 17.

güvenerek şüphesi olmayan birkaç kişinin oluşturmuş olduğu bu suç sistemleriyle işlenmektedir. İşte uluslararası ceza hukukunda bireysel ceza sorumluluğu sorunu belki de milyonlarca kişinin katılmış olduğu bu karmaşık sistemler içinde belirli bir kişinin cezai sorumluluğunu tespit etme gayretidir. Yine tam da bu sebepten uluslararası ceza hukukunda failin kim olduğu, şerikin kim olduğu, suçlunun sadece bireyler mi yoksa bireylerin de ötesinde işleyen sistemler mi olduğu yönündeki tartışmalar her zaman güncel kalmaktadır.

Ortaya çıkan çok failli ve çok katılanları, planlı, örgütlü ve sistemsel olarak işlenen bu suçlarda esas sorumlular, yukarıda ifade edildiği şekliyle, bu sistemin çarklarını çalıştıran kimseler olduğu için ulusal hukuk sistemleri böyle durumlara alışkın olmadığı gibi, ulusal hukuk sistemlerinde yer alan faillik ve iştirak modelleri, uluslararası suçlarda karşılaşılan durumu karşılayamamaktadır.¹²⁶ Bu ihtiyaç uluslararası ceza hukukun ilk esaslı uygulaması olan Nürnberg ve Tokyo yargılamalarından bu yana devam etmekte ve bu sorun hala güncel olarak tartışılmaktadır. Netice itibariyle, tarihsel süreçte Nüremberg ve Tokyo yargılamalarında, suçun arkasında işleyen sistemin suçluluğu görüşü daha ağır basmış ve bu doğrultuda suçlu bulunan örgütlere üyelik ve komplo suçu üzerinden ceza sorumluluğu tesis edilmiştir. Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinde ise failliğin sınırı müşterek suç girişimi kavramı ile genişletilmiştir. UCM kapsamında bireysel ceza sorumluluğu önemli doktrinel ve pratik tartışmalara sebep olmakla birlikte özellikle içtihat yoluyla uygulanan dolaylı müşterek faillik görüşü ile yine failliğin alanı genişletilmiştir.¹²⁷ Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde öncelikle Roma Statüsü öncesinde

¹²⁶ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 21.

¹²⁷ UCM'nin bakış açısıyla *Ad Hoc* ve Uluslararası Askeri Mahkemelerin bakış açıları pek tabii aynı değildir. Roma Statüsü'nün oluşum süreci de farklı hukuk kültürlerinin sentezini yansıtmaktadır. Bu noktada, Roma Statüsü'nün yapım sürecinde Kıt'a Avrupası hukukundan gelen ceza hukukçuları aktif olarak katılmıştır ve uluslararası ceza hukuku alanında ceza hukukunun temel prensiplerinin daha hakim hale gelmesinde etki sağlamışlardır. Bkz. MINKOVA, Leona Georgieva, "A Battle of Ideas: Modes of Liability and Mass Atrocities", **Law and Society Inquiry**, ss. 1-28, s. 4.

bireysel ceza sorumluluğu sorununun nasıl çözümlendiği sonrasında ise Roma Statüsü ile bu alanda ne gibi bir düzenleme getirildiği tartışılacaktır.

V. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA SUÇA KATILIMIN CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SİSTEMLER

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası suçların kendine özgü yapıları çerçevesinde bireysel ceza sorumluluğunu düzenlemeye çalışırken ulusal hukuk sistemlerini incelemekte ve ulusal sistemleri modellemektedir.¹²⁸ Bu çerçevede bir suç işlemek amacı ile bir araya gelerek suç işleyenlerin nasıl cezalandırılacağına dair ulusal hukuk düzeyinde benimsenen sistemler, uluslararası ceza hukukunu anlamakta oldukça önemlidir.¹²⁹ Bu kapsamda, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de sıkça atıf yapılacağı üzere, suça iştirak edenlerin cezalandırılmasında benimsenen sistemlerden ikilik ve teklik sistemi ile doğalcı ve normatif sistem incelenecektir.¹³⁰

Suç katılıminin cezalandırılmasına ilişkin sistemler arasındaki en büyük ayırım eşitlik ve ikilik sistemi arasındadır. Eşitlik sistemi içinde farklı görüşler olmakla birlikte, sonuç itibarıyla iştirak halinde suç işleyenlerin eşit bir cezaya çarptırılmasını gerekli gören sistemler eşitlik sistemleridir.¹³¹ Böylece başkasının fiiline iştirak eden kişi o fiili bütün sonuçları ile kendine mal etmiş sayılmaktadır.¹³² Burada işlenen tek suç bütün

¹²⁸ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 36.

¹²⁹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 65.

¹³⁰ Bu çerçevede uluslararası ceza hukuku bakımından tali ve bağımsız, katılımcı ve suç merkezci cezalandırma sistemlerinin de etkisinin olduğu iddia edilmektedir. Ancak bu çalışma kapsamında tartışma merkezi olan eşitlik ve ikilik sistemi ile yine bu merkezli doğalcı ve normatif anlayış incelenecektir. Bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 36.

¹³¹ DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, Suçun Unsurları, Teşebbüs, Suçların Birleşmesi, İştirak*, İstanbul 2019, s. 753.

¹³² EREM, Faruk, “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 1946, ss. 62-107, s. 63.

ortakların suçu olarak görülmekte ve suç katılanlar arasında sorumluluk açısından bir fark gözetilmemektedir.¹³³ Neticede, suç bir bütündür ve parçalanamayacağı için cezai sorumluluk da bölünemez; böylece suça katılan herkes suçun faili olacağı için suçun cezası ile cezalandırılır.¹³⁴ Tek suçun birden fazla kişiyle işleniyor olması, iştirakçilerin hepsinin aynı ceza ile cezalandırılacağı anlamına gelmez,¹³⁵ ancak iştirakçiler aynı suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Aydın'ın da benzer bir örnek ile açıkladığı üzere, A'yı öldürmesi için B'yi azmettiren C ve ona suçta kullanması için zehir temin eden Z, zehir temin etmek ya da azmettirmek suçundan değil, insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

1930 tarihli Alfredo Rocco tarafından kaleme alınan ve hala İtalya'da kullanılmakta olan Rocco Kanunu'nun 110. Maddesi suça iştirak edenlerin cezasını düzenlemektedir. Maddede, birden fazla kişi aynı suça katıldığında her birinin bu suç için belirlenen cezaya tabii olacağı belirtilmiştir.¹³⁶ Böylece açıkça eşitlik sistemi benimsendiği anlaşılmaktadır.¹³⁷ Ayrıca, Fransız Ceza Kanunu'nda da benzer ifadeler yer verilmiştir.¹³⁸ Fransız Ceza Kanunu'nun 121-6 maddesinde açıkça ifade edildiği üzere, suç ortakları (şerik) da fail gibi cezalandırılacaktır.¹³⁹ Fransız Ceza Kanunu 121-7 maddesinde ise kimlerin suç ortağı olarak kabul edileceği açıklanmıştır. Fransız Ceza

¹³³ KUNTER, Nurullah, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 13, S. 1, 1947, ss. 63-94, s. 72.

¹³⁴ AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara 2009, s. 66.

¹³⁵ AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 68.

¹³⁶ İtalyan Ceza Kanunu 110. maddede orijinal dilinde ifade edildiği şekli ile: '*Quando piu' persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.*' İtalyan Ceza Kanunu için bkz. Codice Penale, <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>, Erişim: Mart 2023.

¹³⁷ AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 67.

¹³⁸ Fransız Ceza Hukukunda eşitlik sistemini benimsenmiştir ve bu system orijinal dilinde "*la theory de l'emprunt*" olarak geçmektedir. *L'emprunt de criminalité* için bkz. Doc du Juriste, La Complicité, <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-penal/dissertation/droit-penal-emprunt-criminalite-478473.html#:~:text=Depuis%20la%20r%C3%A9forme%20du%20Code,d%C3%A9finit%20les%20conditions%20d'existences>, Erişim Tarihi: Nisan 2021.

¹³⁹ Fransız Ceza Kanunu 121-6 maddesinde orijinal dilinde ifade edildiği şekli ile: '*Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7.*' Fransız Ceza Kanunu için bkz. Code Pénal, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149817/2021-04-08/#LEGISCTA000006149817, Erişim: Mart 2023.

Kanunu'na göre bilerek bir suçun işlenmesini ya da hazırlığını kolaylaştırmak için yardımda bulunan kişiler ile hediye, vaat, tehdit, emir ya da kendi gücü ya da otoritesini kötüye kullanarak bir suçun işlenmesini teşvik eden/kışkırtan ya da işlenmesi için talimat veren/yol gösteren kişiler suç ortağı (şerik) olarak kabul edileceklerdir.¹⁴⁰

Eşitlik sistemi içinde de iştirakçilerin davranışlarından yola çıkarak fail, azmettiren, yardım eden ayrımı yapılmaktadır.¹⁴¹ Bu görüş kapsamında yapılan incelemeler ortaya çıkan suçun tek ve bölünmez olmasını merkeze alan görüş (suç birliğini esas alan görüş, objektif suç birliği esası)¹⁴², faillerin nedensel katkılarını dikkate alan görüş (şart teorisini esas alan görüş, sübjektif suç birliği esası)¹⁴³ ve fail kadar suç olduğunu iddia eden görüş (faillerin çokluğunu esas alan görüş, suç ayrılığı esası)¹⁴⁴ olarak üç temel alanda toplanmaktadır.¹⁴⁵ Ancak her bir alanda da sonuç itibarıyla suçun meydana gelmesine katkıda bulunan her bir fail suç için öngörülen ceza ile cezalandırılacaktır.¹⁴⁶ Neticede, iştirak halinde ortaya çıkan suçta birden fazla kişinin farklı davranışlarıyla ortaya birlikte işlenen bir tek suç çıkacaktır; suçta birden fazla kişinin bulunmasına ve birden fazla davranışta bulunulmasına rağmen ihlal tektik ve tek bir suç ortaya çıkmıştır.¹⁴⁷

İkilik sisteminde ise suça katılanlar arasında asli ve fer'i katılım yönünde bir ayrım yapılmaktadır, suça katılanların sorumluluğu faaliyet oranlarına göre tayin

¹⁴⁰ Ayrıca yine Fransız Ceza Kanunu'nun 121-7 maddesinde orijinal dilinde ifade edildiği şekli ile: '*Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.*' Bkz. Code Pénal, Article 121-7 https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149817/2021-04-08/#LEGISCTA000006149817, Erişim tarihi Nisan 2020.

¹⁴¹ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 67.

¹⁴² AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 67. DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 753. KUNTER, 'Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza', s. 85.

¹⁴³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 502. AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 69. DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 754. KUNTER, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s. 86.

¹⁴⁴ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 69. DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 755. KUNTER, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s. 87.

¹⁴⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 754.

¹⁴⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 502.

¹⁴⁷ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 67.

edilmektedir.¹⁴⁸ Manzini'nin savunucusu olduğu ikilik sisteminde “tipik fiilin işlenmesi için zorunlu olan asıl hareketleri yapanlar açısından ayrı bir suç, bunun dışında kalan ve suçun işlenmesini kolaylaştıran diğer hareketleri yapanlar açısından ise bir başka suç söz konusudur.”¹⁴⁹ O halde, bu sistemde suçun birincil sorumluları¹⁵⁰ ile asıl suçu işlemeyip yalnızca yardım eden yardımcıları¹⁵¹ vardır. Bu esasta, tipik fiili işleyenler asıl failler ve tipik fiil için zorunlu hareketleri yapanlar müşterek failler olarak kabul edilirken; tipik fiilin dışındaki hareketlerle suçun işlenmesini kolaylaştıranlar ise yardım edenler olarak kabul edilir.¹⁵² Bir diğer ifade ile suça iştirak edenlerin rollerine bakılacak, neticenin sebebini oluşturan hareketlerde bulunanlar asli, netice açısından yalnızca bir vesile olanlar ise fer'i fail sayılacaktır.¹⁵³ Türk Ceza Hukuku açısından 765 s. eski ceza kanununda bu ayrım daha bariz olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira 5237 s. Ceza Kanununda olmadığı şekli ile 765 s. Ceza Kanunu açık bir ifade ile asli ve fer'i şerikleri düzenlemektedir.

Bu sistemin temelinde suçun oluşumunda suça katılanların payları doğrultusunda ceza vermek vardır.¹⁵⁴ Bu sebeple, suça önemli katkısı olanlar tam ceza ile, yardımcı olanlar ise suçun azaltılmış cezası ile cezalandırılacaktır.¹⁵⁵ Bu sistemde suç ortakları hakkında eşit ceza işlenen suçun yapısına aykırı olacaktır, zira suça katılan farklı kişilerin suçtan elde ettikleri yarar bir değildir.¹⁵⁶ O halde yine ikilik sisteminde suçun maddi kısımlarına odaklanılarak fer'i ve tali olan ortaklıklar asli olan ortaklığa kıyasla daha az ceza ile cezalandırılacaktır.¹⁵⁷

¹⁴⁸ EREM, “Suça İştirak”, s. 63

¹⁴⁹ AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 71.

¹⁵⁰ Birincil sorumlular İngilizce ifadesiyle *principals*, Fransızca ifadesi ile *les auteurs* olarak literatürde geçmektedir.

¹⁵¹ Yardımcılar ise İngilizce ifadesiyle *accessories*, Fransızca ifadesi ile *les auxiliaires* veya *les complices* olarak literatürde yer almaktadır. Fransızca kullanım için Bkz. KUNTER, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 77.

¹⁵² AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 72. KUNTER, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 77. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 501.

¹⁵³ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 757.

¹⁵⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 501.

¹⁵⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 501.

¹⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 756.

¹⁵⁷ KUNTER, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 78.

Eşitlik sisteminin eleştirilerinden yola çıkarak oluşturulan ikilik sisteminde de objektif suç birliği ilkesi kabul edilmektedir; ancak şart teorisi çerçevesinde her bir suç ortağının aynı cezaya tabii tutulmasını savunan eşitlik sisteminden farklı olarak, burada uygunluk teorisine dikkat edilerek nedensellik değeri taşıyan hareketleri gerçekleştirenler arasında hareketlerin değerine göre bir ayrım söz konusu olmaktadır.¹⁵⁸

Bu sistemde ortakların asli ve fer'i olarak bölünmeleri ve cezanın da bu yönde tayin edilmesi son derece önemli olduğu için, ikilik sistemine ilişkin temel sorun asli ve fer'i ortakların nasıl ayrılacağı meselesidir.¹⁵⁹ Bu husustaki sübjektif teoriye göre, kişisel ve özel menfaati için hareket eden" kişiler¹⁶⁰ ya da suçu kendi suçu gibi gören kişiler asli fail¹⁶¹; başkasının menfaatine hizmet edenler¹⁶² ya da başkasının fiiline iştirak etmek maksadıyla hareket edenler¹⁶³ fer'i fail olarak kabul edilir. Bu husustaki bir diğer yaklaşım olan objektif teoride, "suçun yalnız harici şekline bakılacaktır".¹⁶⁴ Faillik ve şeriklik arasındaki ayırım nesnel bir esasa, nedensellik ilişkisine dayandırılmaya çalışılır¹⁶⁵ ve nedensel katkı dikkate alınarak sorumluluk belirlenmeye çalışılır.¹⁶⁶ Bu husustaki son yaklaşım olan fiil egemenliği ya da fiile egemenlik, hakimiyet teorisi, objektif ve sübjektif teorilerin bir sentezinden¹⁶⁷ oluşan öncelikle ünlü hukukçu Reinhart

¹⁵⁸ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 757.

¹⁵⁹ KUNTER, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s. 78. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 757. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 72. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 504.

¹⁶⁰ ÖNOK, Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s.52. EVİK, **Vesile Sonay**, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011. s. 106, TAŞKIN KAPUSUZUOĞLU, Beril, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul 2017, s. 81.

¹⁶¹ KUNTER, 'Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza', s. 78. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 504.

¹⁶² ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s.52. DEMİREL, Muhammed, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul 2017, s. 30-31.

¹⁶³ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 757.

¹⁶⁴ KUNTER, "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza", s. 79.

¹⁶⁵ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 49. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 504.

¹⁶⁶ AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 74.

¹⁶⁷ Temelinin objektif görüşe dayandığı da ileri sürülmektedir, ancak içinde sübjektif teoriden unsurlar da vardır. Bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 55. Bazı yazarlar maddi objektif teorisinin geliştirilmiş şekli olarak fiil hakimiyeti teorisini incelemektedir. Bkz. DEMİREL, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, s. 48.

Maurach ve ardından Claus Roxin tarafından geliştirilen bir teoridir¹⁶⁸ ve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de değinileceği üzere, UCM de hakimiyet teorisini benimsemektedir.¹⁶⁹

Fiil egemenliği teorisi “*tipik olayın gelişimini dizginleyebilme durumunda olan kişiyi*”¹⁷⁰ “*suçun oluşum sürecini elinde bulunduranı*”¹⁷¹, “*olaylar üzerinde esaslı etkisi suretiyle anahtar konumunda olan, merkezde yer alan*”¹⁷² kişiyi fail olarak kabul etmektedir. O halde fail, “*fiilin gerçekleşmesini (ve buna götüren süreci) elinde tutan, yani hakimiyeti altında bulunduran; suçun işlenip işlenmeyeceğini ve nasıl işleneceğini belirleyen*”¹⁷³ kişidir. Bu teoride, fiil üzerindeki hakimiyet üç türe ayrılmıştır: harekete hakimiyet, iradeye hakimiyet ve fonksiyonel hakimiyet.¹⁷⁴ Fiilin bizzat işlenmesiyle gerçekleşen doğrudan faillikte kişi olayların merkezindedir, kendi davranışı ile olayları dizginleme durumuna sahiptir ve bu durum harekete hakimiyettir.¹⁷⁵ Bir diğer tür olan iradeye hakimiyette suçun bir başkası aracılığıyla işlendiği dolaylı faillik durumunda, üstün bir irade ile suçu işleyen kişinin iradesi yönlendirilmektedir¹⁷⁶, tipik fiil gerçekleştirilirken fiili gerçekleştiren kişinin yanında bulunmadan bu kişi üzerinde hakimiyet kurulmaktadır.¹⁷⁷ Üçüncü tür olan fonksiyonel hakimiyette ise müşterek faillikte görüldüğü üzere, fiilin bir başkasıyla birlikte işlenmesi ve fiilin işlenmesinde iş

¹⁶⁸ ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2018, s. 417. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 54. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 74. ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018, s. 518.

¹⁶⁹ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 55.

¹⁷⁰ ÖZTÜRK, ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 418. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 56.

¹⁷¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 518. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 56.

¹⁷² DEMİREL, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, s. 63. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 56.

¹⁷³ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 56.

¹⁷⁴ DEMİREL, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, s. 61. ÖZTÜRK, ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 418. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 58.

¹⁷⁵ DEMİREL, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, s. 62. ÖZTÜRK, ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 418. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 58. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 62.

¹⁷⁶ ÖZTÜRK, ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, s. 418. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 58.

¹⁷⁷ DEMİREL, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, s. 62.

bölümü içinde önemli bir fonksiyona sahip olunması söz konusudur.¹⁷⁸ Bu kapsamda teori doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik olarak failliğin üç farklı türünü belirlemekte ve birbirinden ayırmaktadır.¹⁷⁹

Fiil üzerinde hakimiyet sahibi olmayan ancak fiilin işlenişine sebebiyet veren veya işlenişini destekleyen nedensel katkılarda bulunan kişiler şerik olacaktır.¹⁸⁰ O halde, suça iştirak eden kişi bu sayılan hakimiyet türlerinden hiçbirini gerçekleştirmemişse fiil üzerinde egemenlik kurmamıştır ve yardım eden olarak kabul edilecektir.¹⁸¹ UCM, bireysel sorumluluğu tespit ederken ağırlıklı olarak fiil hakimiyeti görüşüne dayanmaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de tartışılacak olan fiil hakimiyeti görüşü, ilk başta uluslararası suçların içkin yapısında kullanılmaya elverişli bir teori olarak görülse de bu hususta önemli eleştiriler de mevcuttur.¹⁸²

Öte yandan, bir alternatif görüş olarak uluslararası ceza hukukunda suça iştirakin cezalandırılması sistemlerinde eşitlik sistemine yer verilmesi de tartışılmıştır. Tam olarak eşitlik sisteminin uygulanmasını önermese de, Stewart, fail ve şerik arasındaki ayrımın neden UCM tarafından bu kadar kesin uygulandığını sorgulamış ve eşitlik sistemini de incelemesine dahil ederek faillik ve şerikliğe ilişkin ayrımın cezanın tayin edildiği süreçte yapılabileceğini ifade etmiştir.¹⁸³ Ayrıca bu görüş kapsamında uluslararası ceza hukukunda şerikliğin failin fiiline katılım olarak anlaşılması sebebiyle ortaya çıkan şerikliğin suçtaki kusur oranının daha az olduğuna yönelik anlayışı eleştirmiştir.¹⁸⁴

Uluslararası ceza hukuku açısından bir diğer önemli suça katılım modeli ise normatif ve doğalcı yaklaşımdır. Esasen bu yaklaşım içerisinde de fail ve şerik ayrımı yapılmaktadır, ancak normatif ve doğalcı anlayış suç fiili üzerinden bir tespit

¹⁷⁸ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 418. DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 62- 63. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 58.

¹⁷⁹ DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 65.

¹⁸⁰ DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 64.

¹⁸¹ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 62.

¹⁸² Bu konuda detaylı açıklamalar için çalışmanın üçüncü bölümüne bakınız.

¹⁸³ STEWART, James G., “The end of ‘modes of liability’ for international crimes”, *Leiden Journal of International Law*, C.25, S. 1, 2012, ss. 165-219, s. 205 vd.

¹⁸⁴ STEWART, James G., “The end of ‘modes of liability’ for international crimes”, s. 209 vd.

yapmaktadır. Doğalcı anlayışta, suç fiilini işleyen faildir, fiile katılan ise şeriktir.¹⁸⁵ Anglo-Amerikan hukuk sistemi doğalcı anlayışın bir örneği olup, bu sistem içerisinde fiili işleyen fail olmasının tek istisnası masum birinin bir maşa gibi kullanılarak suç işlenmesi halidir.¹⁸⁶

Normatif yaklaşımda ise, fail, fiziki olarak suçu işlemese de, suç üzerinde karar verici bir etkisi olan ve bu sebeple suçun işlenmesinde en çok sorumluluğu olan kişidir.¹⁸⁷ Aynı görüş kapsamında, şerik ise suç üzerinde bu denli bir sorumluluğa sahip olmayan kişidir, bir diğer ifade ile, şerikler ortaya çıkan suçtan daha az sorumlu tutulan ve cezada indirim yapılması gereken kişilerdir.¹⁸⁸ Alman hukukunda geliştirilen hakimiyet teorisi esasen bu normatif anlayışa dayanmaktadır. Bu noktada her iki görüşünün de bir örneğini Van Sliedregt şu şekilde açıklamaktadır: Bir ordu içerisinde bir suç işlendiğinde doğalcı yaklaşımda fail fiili bizzat işleyen olacak, sonrasında sorumluluk üst rütbelere kadar çıkacaktır. Ancak normatif yaklaşımda sorumluluk yukarıdan aşağı inmektedir ve bu örnekte orduyu komuta eden en yüksek rütbeli komutan en büyük sorumluluk sahibi olarak kabul edilecek ve sorumluluk silsilesi aşağıda yer alan diğer ordu mensuplarına doğru inecektir.¹⁸⁹ Bu örnekten de fark edileceği üzere, esasen normatif yaklaşımların katı uygulamaları sorumluluk alanlarını genişletmekte ve başkasının fiilinden sorumluluğa sebep olmaktadır.

Günümüzde UCM, hem ikilik sistemine değinmekte hem de özellikle fiil hakimiyeti görüşüne dayanması sebebiyle normatif yaklaşımı benimsemektedir. Uluslararası ceza hukukunun temel amaçlarından biri yaşanan bu büyük trajediler kapsamında sorumlular arasında büyük balığın yakalanmasıdır. Bu durumda uluslararası

¹⁸⁵ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 72.

¹⁸⁶ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 72.

¹⁸⁷ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 72.

¹⁸⁸ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 72.

¹⁸⁹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 72-73.

suçları tasarlayan ve yönetenlerin sahada işlenen suçlarla bağının kurulmasına yönelik temel güçlük¹⁹⁰ normatif anlayışa dayanılarak aşılmaya çalışılmaktadır.



¹⁹⁰ MINKOVA, “A Battle of Ideas: Modes of Liability and Mass Atrocities”, s. 10.

İKİNCİ BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA ROMA STATÜSÜ'NE KADAR SUÇLULARIN ÇOKLUĞU

I. GENEL OLARAK

Günümüzdeki anlamıyla uluslararası ceza hukuku yabancılık unsuru içeren suçlardan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Esasen antik Yunan dönemine kadar uzanan tarihi süreçte savaş ahlakına aykırı davranışların cezalandırılması görülmektedir. Her ne kadar savaş hukukunun yazılı hale getirilmesi daha sonraki dönemlerde söz konusu olsa da savaş adabı klasik ve tarihi eserlerde yer almış, felsefe ve dini inançlarla şekillenen insanlığın temel değerlerinden kaynaklanmaktadır.¹⁹¹ Bu anlamda, Roma Statüsü'nün uygulanmasına ve sabit bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına dek, tarih farklı uluslararası ceza yargılamalarına tanıklık etmiştir. Çalışmanın bu bölümünde uluslararası ceza yargılamalarına genel bir bakış sunulduktan sonra hususi olarak Uluslararası Askeri Mahkemeler ile Ad Hoc Mahkemeler bünyesinde suçluların çokluğunun nasıl değerlendirildiği incelenecektir.

Tarih sahnesindeki ilk uluslararası ceza yargılaması Peter von Hagenbach'ın 1474'deki yargılanması olarak kabul edilmektedir. Hagenbach, dönemin Breisach valisidir. Ancak kendisinin yönetiminde yaşanan zulme karşı halk ayaklanmış, Hagenbach yakalanmış ve mahkemeye çıkartılmıştır. Müttefik devletlerden gelen 28 hakimin katılımıyla yargılanan Hagenbach, "Tanrı ve insanın kanunlarını ayaklar altına

¹⁹¹ SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2017, s. 1.

almaktan”¹⁹² yargılanmış ve suçlu bulunmuştur. Günümüzde hala 1474 yılında gerçekleşen bu yargılama, ilk uluslararası ceza yargılaması olarak kabul görmektedir.¹⁹³

Uluslararası ağır suçların ortaya çıktığı ortamların başında savaşlar yer aldığı için uluslararası suçlara ilişkin hukuki düzenlemeler öncelikle savaşın hukukunu belirlemeye yönelik olmuştur. Columbia Üniversitesi’nden Francis Lieber tarafından düzenlenen Lieber Yasası hala savaş hukukunun ilk modern düzenlemelerinden biri olarak görülmektedir.¹⁹⁴ Lieber Yasası Abraham Lincoln tarafından Amerikan iç savaşında da kullanılmıştır.¹⁹⁵ Savaş sırasında işlenen insanlık dışı suçları düzenleyen Lieber Yasası Amerika’nın iç hukukunda uygulama bulan bir metin olsa da etkisi uluslararası hukuka da yayılmıştır. Daha sonra 1874 yılında Brüksel’de yapılan bir toplantı için Profesör Bluntschli’nin hazırladığı savaşta kabul göre kurallara ilişkin çalışmada Dr. Lieber’in yazdıklarına dayanılmıştır. Brüksel’deki bu uluslararası toplantı ve sonucunda ortaya çıkan Brüksel Yasası oldukça ses getirmiş olup, 1899’daki Lahey Konferanslarında da önemli bir etki sahibi olmuştur.¹⁹⁶ Brüksel Yasası, ağırlıklı olarak Lieber Yasası’na dayandığı için, Lieber Yasası’nın dolaylı olarak uluslararası hukukta kabul gördüğü çıkarımında bulunulabilir.¹⁹⁷

Savaş hukukuna dair önemli gelişmeler 19. yüzyılın ortalarında ortaya çıkmıştır. Savaşta yaralananlara sivil müdahalenin temel prensiplerini içeren 1864 tarihli Cenevre

¹⁹² International Crimes Database, “History, Von Hagenbach Trial”, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Courts/History>, Erişim Tarihi: Kasım 2020.

¹⁹³ Ayrıca Von Hagenbach davası kaynaklarda ‘amirin emri’ tartışmasının yapıldığı ilk dava olarak da geçmektedir. Bkz. GÜNEYSU, Gökhan, “Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach’ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 833-849, s. 834.

¹⁹⁴ ÇAKMAK, Cenap, **A Brief History of International Criminal Law and International Criminal Court**, New York, 2017, s.11.

¹⁹⁵ ÇAKMAK, **A Brief History of International Criminal Law and International Criminal Court**, s.11. Bir görüşe göre, Francis Lieber o dönem için daha militarist olarak kabul edilmekte ve organize askeri çatışmaları ilerlemiş medeniyetler kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. MOYN, Samuel, “From Aggression to Atrocity: Rethinking the History of International Criminal Law”, **The Oxford Handbook of International Criminal Law** içinde, HELLER Kevin Jon et. al. (eds.), Oxford 2020, s. 4.

¹⁹⁶ ÇAKMAK, **A Brief History of International Criminal Law and International Criminal Court**, s. 13.

¹⁹⁷ ÇAKMAK, **A Brief History of International Criminal Law and International Criminal Court**, s. 13.

Sözleşmesi ihlallerinin yargılanması hususunda 1867 yılında bir mahkeme kurulma fikri ortaya çıkmıştır ancak hayata geçmemiştir.¹⁹⁸ Savaş yöntem ve metotlarına ilişkin önemli hususları içeren 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri ise, günümüzde uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁹ Bu metinlerle, savaşlarda yapılabilir ve yapılamaz davranışlar belirginleşmiştir. Ancak uluslararası suçların oluşması ve bu suçlardan bireysel sorumluluk algısının gelişmesi tarihin daha ileri sayfalarında gerçekleşmiştir.

Savaş hukukunun kodifikasyonuna ve uluslararası barışa yönelik bu gelişmelerin akabinde 1914’de I. Dünya Savaşı başlamıştır. Dört sene süren bu büyük savaşın sonrasında da Müttefik Devletler’den savaş hukukunu ve insancıl hukuku ihlal edenlerin yargılanması için uluslararası bir yüksek mahkeme kurulması kararlaştırılmıştır. Akabinde, 1919 Versay Anlaşması ihlallerden ötürü Alman İmparatoru’nun yargılanmasını öngörmüştür.²⁰⁰ Versay Anlaşması’nın 227. maddesi ABD, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya ve Japonya’da gelecek 5 hakimli bir özel mahkeme kurulmasını içermektedir.²⁰¹ Ancak Alman İmparatoru savaş sonrası Hollanda’ya kaçınmıştır ve Hollanda, İmparator’u Müttefik Devletler’e vermeyi reddettiği için bu yargılama gerçekleşmemiştir.²⁰² Versay Anlaşması’nın 228 ve 229. maddeleri Alman vatandaşlarının da savaş suçlarından dolayı İtilaf Devletleri’den oluşturulacak mahkemeler önünde yargılanmasını öngörmüştür. Ancak bu hükümler hiçbir zaman uygulanmamıştır.²⁰³

¹⁹⁸ UZUN, Elif, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2003, C. 3, S. 2, ss. 25-48, s.26. Ayrıca SCHABAS, **Introduction**, s. 2.

¹⁹⁹ CRYER, Robert et al., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, s.268.

²⁰⁰ CASSASE, Antonio et al., **Cassese’s International Criminal Law**, Oxford, 2013, s. 253. Esasen Alman İmparatoru’nun burada savaş esansında işlenen suçlardan değil savaşı çıkarttığı için yargılanması istenmiştir. Bu tartışma ilk defa saldırı suçunun uluslararası hukuk çerçevesinde kodifiye edilmesi hususunda da önemli bir adım olarak görülmektedir. Tartışma için bkz. MOYN, “From Aggression to Atrocity: Rethinking the History of International Criminal Law”, s. 5.

²⁰¹ CASSASE, **Cassese’s International Criminal Law**, s. 253.

²⁰² UZUN, **Milletlerarası Ceza Mahkemesi**, s.26.

²⁰³ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 116

Bir uluslararası mahkeme tesis etmek yerine, 1921-1923 yılları arasında Almanya’da birkaç yerel yargılama yapılmıştır ancak bunlar İtilaf Devletleri’nin öngördüğü ölçütlerde olmamıştır.²⁰⁴ Leipzig’de kurulan İmparatorluk Mahkemesi (*Imperial Court of Justice, Reichsgericht*) için İtilaf Devletleri yargılamayı Alman makamlarının yapması konusunda Şubat 1920’de anlaşmıştır ve başlatılan 1700 kadar soruşturmadan sadece 13 tanesi kovuşturma aşamasına geçmiştir, bu sayı içinden de sadece 10 sanık için hafif cezalar öngörülmüştür.²⁰⁵ Bu mahkemeler istenilen sonucu doğurmasa da özellikle mahkemelerden çıkan kararların kalitesi sebebiyle Leipzig Mahkemesi kararları o dönem için önemli içtihatlar olarak kabul edilmiştir,²⁰⁶ öte yandan uluslararası suçlarda bireysel ceza sorumluluğunun gerekliliği daha da somutlaşmıştır.

Ancak ne I. Dünya Savaşı sonrası yapılan yargılamalar, ne de öncesinde görülen örneklerde uluslararası ceza hukukunda suça iştirake ilişkin tatmin edici değerlendirmelere rastlanmaktadır. Bu hususta esaslı tartışmalar II. Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri ile başlamış, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile gelişmiş ve son dönemde Uluslararası Ceza Mahkemesi bünyesinde devam etmektedir. Bu sebeple, bu bölüm kapsamında öncelikle Uluslararası Askeri Mahkemeler bünyesinde tartışılan kolektif katılım sorumluluğu ardından ise Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri bünyesinde tartışılan müşterek suç girişimi sorumluluğu ele alınacaktır.

²⁰⁴ CRYER, *An Introduction to International Criminal Law*, s. 116

²⁰⁵ GRAF, Rüdiger, “Transitional Injustice at Leipzig: Negotiating Sovereignty and International Humanitarian Law in Germany after the First World War”, *Central European History*, S. 55, 2022, ss. 34–52, s. 35. Ayrıca yapılan yargılamalarda hakkında yaralı ele geçirilen Fransız askerlerinin öldürülmesi emrini verdiğine yönelik istikrarlı ifadeler bulunan Korgeneral Karl Stenger, Leipzig Mahkemelerinden beraat etmiş, hakkında verilen bu karar Alman basınında mutlulukla karşılanırken, İtilaf Devletleri tarafından skandal olarak kabul edilmiştir. Bkz. GRAF, “Transitional Injustice at Leipzig: Negotiating Sovereignty and International Humanitarian Law in Germany after the First World War”, s. 34.

²⁰⁶ CASSASE, *Cassese’s International Criminal Law*, s. 254.

II. ULUSLARARASI ASKERİ MAHKEMELER VE KOLEKTİF KATILIM SORUMLULUĞU

A. NÜRNBERG VE TOKYO MAHKEMELERİ

II. Dünya Savaşı'nın ardından, yaşanan büyük kayıpların sorumlularının adalet önüne çıkarılması amacıyla Almanya ve Japonya'daki savaş suçlularının yargılanması için iki adet *ad hoc* uluslararası askeri mahkeme kurulmuştur.²⁰⁷ Öncelikle kurulan Nürnberg ve ardından kurulan Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri o dönem için oldukça önemli kararlara imza atmıştır.

Kuruluş aşamasında ilk olarak 1943'te İtilaf Devletleri Moskova'da savaş suçlularının yargılanması için bir deklarasyonda bulunmuşlardır.²⁰⁸ Böylece 1945 yılında Londra'da Londra Anlaşmasını oluşturmak üzere İtilaf Devletleri bir araya gelmiştir. Müzakerelerde Sosyalist Sovyetler Cumhuriyetler Birliği bu yargılamaların zaten suçluluğu kesin olarak görülen sanıkların cezasının tebliği olarak düzenlenmesini teklif etmiş ancak bu yaklaşıma Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İngiltere tarafından şiddetle karşı çıkmıştır. Tüm çekişmeli görüşmelere rağmen, 8 Ağustos 1945 tarihinde Londra Anlaşması kabul edilmiş ve Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi kurulmuştur.²⁰⁹

²⁰⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nin ısrarlı çabalarıyla devam eden müzakereler sonucunda 22 Ocak 1945 tarihinde Başkan Roosevelt'e gönderilen Yalta Bildirisinde yüksek rütbeli Nazi subaylarının kurulacak olan Nürnberg Askeri Mahkemeleri'nde yargılanması, daha düşük rütbeli askerlerin ise yerel mahkemelerde yargılanması kararı alınmıştır. Bkz. HELLER, Kevin Jon, **The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law**, Oxford 2011, s. 10.

²⁰⁸ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 111.

²⁰⁹ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 111.

Nürnberg Mahkemeleri, II. Dünya Savaşı esnasında işlenen suçlar tamamlandıktan sonra kuruldukları için *nullum crimen sine lege* prensibi kapsamında suç ve cezaların kanuniliği açısından eleştiriler almış ve bu hususta önemli hukuki değerlendirmelere yer vermiştir.²¹⁰ Özellikle saldırı suçu kapsamında Mahkeme saldırgan savaşların uluslararası teamül hukukunca cezalandırılabilir olduğuna karar vermiş ve ayrıca bu ihlallerin doğurduğu ceza sorumluluğunu kabul etmiştir.²¹¹

Bu hukuki tartışmalara ek olarak, Nürnberg Mahkemeleri hukuk tarihi açısından da önemli kabul edilmektedir. Her ne kadar Londra Anlaşması öncesinde yapılan müzakerelerde suçlulara cezalarının tebliği amacıyla bu yargılamaların yapılması fikri öne sürülmüş olsa da, Nürnberg Mahkemeleri herkesin adil yargılanmayla suçu sabit olana kadar masum sayılacağı ilkesini değerlendirmelerinin merkezine almıştır.²¹² Ayrıca yapılan yargılamalar, yaşanan trajedinin boyutlarını bir kez daha gözler önüne sermiş ve tarihçiler ve gelecek nesiller için de yaşananların belgelenerek arşivlenmesine katkı sağlamıştır.²¹³ Nürnberg Mahkemeleri'nin bir diğer önemli özelliği uluslararası ceza yargılamasının önemini vurgulamasıdır. İşlenen suçların bir “kolektif ya da sistem suçluluğu” halinde işlenmiş olması sebebiyle yargılamaların sistemin kendi içinde yer alan hukuk mekanizmalarıyla değil tamamen yeni mahkemeler aracılığıyla yapılması gerekliliği gözler önüne serilmiştir.²¹⁴

Öte yandan, 1946 yılında Uzak Doğu için Uluslararası Askeri Mahkeme kurulmuştur. Günümüzde daha ziyade Tokyo Mahkemeleri adıyla bilinmektedir. Tokyo

²¹⁰ ACQUAVIVA, Guido, “At the Origins of Crimes Against Humanity, Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment”, **Journal of International Criminal Justice**, C.9, 2011, ss. 881-903, s. 884 vd.

²¹¹ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 112-113.

²¹² CASSASE, **Cassese's International Criminal Law**, s. 256.

²¹³ HEDINGER, Daniel, SIEMENS, Daniel, “New Perspectives on the Post-World War II Trial of Nuremberg and Tokyo, The Legal Moment in International History: Global Perspectives on Doing Law and Writing History in Nuremberg and Tokyo, 1945–1948”, **Journal of Modern European History**, C.14, S.4, Ocak 2016, ss. 492-499. s. 493. CASSASE, **Cassese's International Criminal Law**, s. 256..

²¹⁴ CASSASE, **Cassese's International Criminal Law**, s. 256..

Mahkemeleri, kendisinden kısa bir süre önce kurulan Nürnberg Mahkemeleri'ni hukuk mantığı açısından takip etmiştir.²¹⁵

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri günümüzdeki uluslararası ceza hukukunun gelişiminde büyük bir etkiye sahiptir. Hatta sonrasında kurulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri bu mahkemelerde verilen kararlara atıf yaparak uluslararası ceza hukukunda emsal karar olup olmayacağı yönündeki tartışmaları da beraberinde getirmiştir.²¹⁶ Nürnberg ve Tokyo yargılamaları işlenen suçlardan sorumlu olanların zamanında cezalandırılması hususunda başarılı örnekler sergilemiş²¹⁷ olsa da, Mahkemeler kuruluş şekilleri, tarafsız olmamaları, kazananların adaletini yansıtmaları ve uyguladıkları ölüm cezalarıyla yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle Tokyo Mahkemeleri, kimi zaman Amerika Birleşik Devletleri'nin Pearl Harbour baskınına karşı aldıkları bir intikam ya da kullanmış oldukları atom bombasından kaynaklanan suçluluğu bastırma yöntemi olarak yorumlanmıştır.²¹⁸ Ancak bu yargılamaların ardından uluslararası ceza hukukunun önemi ve uygulanabilirliği somut tartışma konusu haline gelmiştir ve bu yargılamalar bir dizi uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları belgelerinin gelişimine ivme kazandırmıştır.²¹⁹

²¹⁵ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 118.

²¹⁶ CRYER, Robert, "International Criminal Justice in Historical Context: the post-Second World War trials and modern international criminal justice", **International Criminal Justice Legitimacy and Coherence** içinde, BOAS, Gideon, et al. (eds), Cheltenham 2012, ss. 145-189, s. 146-147.

²¹⁷ BELLELLI, Roberto, **The Establishment of the System of International Criminal Justice, International Criminal Justice Law and Practice from the Rome Statute to Its Review**, BELLELLI, Roberto (eds), London, 2010, ss. 5-67, s. 11.

²¹⁸ CASSASE, **Cassese's International Criminal Law**, s. 257.

²¹⁹ SCHABAS, **An Introduction to the International Criminal Court**, s.8. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşı ile daha da önem kazanan insan hakları hukuku, savaş hukuku ve insancıl hukuktaki gelişmeler 1949'da Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokollerinin hayata geçmesi ile devam etmiştir. Aslında 1949 öncesinde oluşturulan Cenevre Sözleşmesi sadece savaşılanlara özgü olduğu için yetersiz kaldığı I. Dünya Savaşı sürecinde ortaya çıkmıştır. (Bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Treaties, State Parties and Commentaries, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/380> , Erişim: Mart 2023. Savaş sonrasında 1929'daki Diplomatik Konferans'ta Cenevre Sözleşmesi tekrar gözden geçirilmiş ve yaralı ve hastalar üzerine olan kısım yenilenmiş, savaş esirlerine ilişkin muameleyi düzenleyen kısım ise eklenmiştir. (Bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Treaties, State Parties and Commentaries, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/380> , Erişim Tarihi: Kasım 2020.) Aynı konferansta düşman topraklarında ya da düşman işgalinde kalan topraklarda bulunan sivililerin korunmasına ilişkin çalışmaların yapılması gerektiği de vurgulanmıştır. Bunun üzerine Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından 1934'de Tokyo'da düzenlenen Uluslararası Kızıl Haç Konferansı'nda 33 maddelik Tokyo Taslağı adıyla bilinen bir metin sunulmuştur. (Bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Treaties, State Parties and Commentaries, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/380> , Erişim: Mart 2023.) Ancak araya II. Dünya Savaşı'nın girmesi sebebiyle bu alandaki hukuki gelişmeler

B. KOLEKTİF KATILIM SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri bünyesinde bireysel ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği hassasiyetle tartışılmıştır.

II. Dünya Savaşı boyunca özellikle Almanya’da ortaya çıkan suçlarda, suçu planlayanlar ve genellikle toplumda önemli görevleri üstlenen ancak suça fiili olarak karışmamış insanlarla birlikte suçu bizzat işleyen kişilerin oluşturduğu karmaşık suç yapıları ile karşılaşılmaktadır. Bu durumda, suçu planlayanlar suça maddi katkı sağlamamakta, suçu maddi olarak işleyenler ise büyük suç planının ancak küçük bir kısmına vakıf olabilmektedir. Bu kapsamda Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Şartı’na göre Mahkeme nezdinde bir kişi üç şekilde sorumlu tutulabilir: doğrudan işlediği suçlardan, bir komploya katılmaktan, bir suç örgütüne üye olmaktan.²²⁰ İlgili madde doğrultusunda,

savaşın sonrasına ertelenmiştir. 1949 yılında Cenevre Sözleşmesi imzalanarak 1929’da yapılan iki temel değişiklik ve iki tane de yeni sözleşme kabul edilmiştir. Günümüzde Cenevre Sözleşmeleri dendiğinde dört tane sözleşme ve üç tane ek protokolden oluşan metinler bütününden bahsedilmektedir. I. Cenevre Sözleşmesi savaş sırasında karadaki yaralanmış ya da hasta olan askeriler ilgilidir. II. Cenevre Sözleşmesi savaş sırasında denizde yaralanmış ya da hasta olan askeri personelle ilgilidir. III. Cenevre Sözleşmesi savaş esirleri konusunu düzenler, IV. Cenevre Sözleşmesi ise sivillerin korunması ile ilgilidir. Ayrıca Ek Protokol I, uluslararası çatışmaları, Ek Protokol II uluslararası nitelikte olmayan çatışmaları, Ek Protokol III ise ayrıt edici işaret kullanılması konularıyla ilgilidir. (Cenevre Sözleşmeleri için bkz. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols, <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>, Erişim: Mart 2023.) Nürnberg Mahkemeleri’nin ardından soykırım konusunda çalışmalar artmıştır. 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına dair Sözleşmeyi kabul etmiştir. Bu sözleşme ile bir soykırım tanımı yapılmış ve bu tanım aynen ileride de Roma Statüsünde de kullanılmıştır. Ancak bu sözleşme uluslararası bir ceza mahkemesinin oluşturulması konusunda da oldukça önemlidir. Sözleşmenin 6. maddesinde soykırım suçunun yargılanması için suçun işlendiği yerdeki yetkin mahkemeden ya da bir uluslararası ceza mahkemesinden bahsedilmektedir. Aynı tarihli bir Genel Kurul kararıyla Uluslararası Hukuk Komisyonu Sözleşmenin 6. Maddesinde yer alan mahkemesinin kurucu şartını oluşturmak üzere göreve çağırılmıştır. (Bkz. SCHABAS, **An Introduction to the International Criminal Court**, s.8.)

²²⁰ BUSH, Jonathan A., “The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said”, **Columbia Law Review**, Haziran 2009, Sayı 109/5, ss. 1094-1267, s. 1136.

suça katılanların cezai sorumluluğunu belirleyebilmek için Nürnberg ve devamındaki yargılamalarda öncelikle suç ortaklığı ve suça katılım kavramları kullanılmıştır. Ancak sonrasında, bu kavramların da yetersiz olduğu düşünülerek işlenen suçların arkasındaki suçu devamlı olarak sürdüren “suç makinesinin” de cezalandırılması algısı gelişmiştir.²²¹

Bu ihtiyaç kapsamında, ilk olarak Albay Murray C. Bernays tarafından kolektif suç teorisi (*theory of collective criminality*) öne sürülmüştür. Albay Bernays şu cümlelerde Nazilerin cezai sorumluluğunu ifade etmektedir:

*“Ancak Mihver savaş suçlularının her birinin arkasında, Nazi doktrininin ve siyasasının temel suça teşviki yatmaktadır. Ortaya çıkartılması gereken teşvikin suçlu yapısıdır, ancak böylece ilgili kişilerin mahkumiyeti ve cezalandırılması ahlaki ve hukuki önemine ulaşacaktır. O halde, özel suç fiillerinin işlenmesine bağlı olmayan ama sadece bu suçları işlemek amacıyla oluşturulmuş olan organizasyonlara gönüllü üyeliği kaçınılmaz olarak takip eden bu yaklaşım bireysel suçluluğun yapısına ışık tutacaktır.”*²²²

Yukarıda yer alan cümlelerden anlaşılacağı üzere kolektif suçluluk yaklaşımı suç örgütlerini merkeze almakta ve bu yapıya gönüllü üyeliği ise bireysel sorumluluk kapsamında değerlendirmektedir. Kabul edildiği üzere, Uluslararası Askeri Mahkemelerde uygulanan kolektif suçluluk teorisinin iki temel unsuru vardır: komplo (*conspiracy*)²²³ ve suç örgütleri.²²⁴ Böylece öncelikle suç ittifakının suçu tespit edilecek

²²¹ VAN SLIEDREGT, Elies, **The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law**, The Hague 2003, s.15.

²²² SMITH, Bradley F., **The American Road to Nuremberg: The Document Record 1944-1945**, New York 1982, ss. 33-37.

²²³ Komplo kavramı Müşterek Hukuk sistemlerinde görülen bir suç tipidir. Doğrudan bir karşılığı Kıta Avrupa’sı hukuk sistemlerinde yoktur. Komplo kavramı ile ifade edilen bir suç ittifakı oluşturmak, suç işlemek amacıyla anlaşmaktır.

²²⁴ VAN SLIEDREGT, **The Criminal Responsibility**, s.17.

(Almanya örneğinde, Nazi örgütleri olan Nazi Partisi, Gestapo, SS ve SA suç ittifakı kapsamında suçlu bulunacaktır) sonrasında ise münferit kişiler suç örgütlerine üye olmalarından dolayı yargılanacak ve bizatihi üyelik suçluluğun tespitinde yeterli bulunacaktır.²²⁵

2. Komplo

Komplo kavramının tam karşılığı Kıta Avrupası Hukuku'nda yoktur. Komplo, Amerikan ve İngiliz hukukunda görüldüğü şekliyle bir suç işleme anlaşmasıdır. Suçun ortak özellikleri gereği, bir anlaşma olmalıdır; katılımcılarda bu anlaşmaya konu olan amacı devam ettirme iradesi olmalıdır ve bu suçu salt düşünce suçundan ayırmak için katılımcıların komplo planına ilişkin bir takım teşebbüs faaliyetlerinde bulunması gerekmektedir.²²⁶ Böylece komploya dahil olanlar hem bir suç anlaşmasına dahil olmaktan, hem de diğer dahil olanların komplo amacını devam ettirmek için işledikleri suçlardan sorumlu tutulacaklardır.²²⁷

Komplonun kendisi, yani suç anlaşması içinde olmak hali, planlanan suç hiç işlenmese de cezalandırılır.²²⁸ Komplo suçu temellerini Avrupa hukukundan almasa da günümüzde özellikle terörle ilgili suçlar kapsamında pek çok hukuk sistemi tarafından uygulanmaktadır.²²⁹ Amerikan hukukunda bir suç işleme anlaşması içinde bulunan

²²⁵ VAN SLIEDREGT, *The Criminal Responsibility*, s.17.

²²⁶ OKOTH, Juliet R. Amenge, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, The Hague 2014, s. 42.

²²⁷ OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 42-43

²²⁸ FRY, Elinor, VAN SLIEDREGT, Elies, "Conspiracy/Joint Criminal Enterprise", **Oxford Bibliographies**, <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0096.xml>, Erişim: Şubat 2023

²²⁹ FRY, VAN SLIEDREGT, "Conspiracy/Joint Criminal Enterprise", <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0096.xml>, Erişim: Şubat 2023/

kişiler, sonunda suç planını yerine getirirlerse, hem komplo kapsamında suç anlaşması yapmaktan, hem de ortaya çıkan suçlardan sorumlu tutulacaklardır. Bu durum Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen önemli bir karardan sonra *Pinkerton* kuralı olarak kabul edilmekte ve suç anlaşmasına daha fazla dahil olan kişinin daha fazla sorumlu tutulacağı görüşüne dayanmaktadır.²³⁰ İngiliz hukukunda da benzer bir yaklaşım söz konusudur. Suç anlaşmasının bizatihi kendisi cezalandırılmaktadır, ancak anlaşmanın sadece bilinç düzeyinde kalmaması gerekir. Suç işlenmese de ortada bir suç anlaşması olduğu sözle veya yazıyla ya da diğer açık eylemlerle kanıtlanabilir olmalıdır.²³¹

Fransız hukukunda ise bir suç işlemek amacıyla anlaşma yapılması cezalandırılan bir tehlike suçudur. Fransız Ceza Kanunu 450. maddesinin ifadesine göre bir suç ya da kabahatin bir veya birden fazla fiilini hazırlamak amacıyla kurulan suç örgütüne dahil olmak beş yıl hapis cezası ile cezalandırılır. Eğer söz konusu olan suç, cezası on yıl ve üzeri olan ağır bir suç ise suç örgütüne katılmak da on yıl ve para cezası ile cezalandırılır. Eğer söz konusu olan suç cezası beş yıl ve üzeri olan bir suç ise, suç örgütüne katılmak beş yıl hapis cezası ve para cezası ile cezalandırılır. Madde devamında etkin pişmanlık hükmü olarak kovuşturma başlamadan önce suç anlaşmasına katılan kişinin bu anlaşmanın varlığını ve diğer katılımcıları ortaya çıkartması halinde ceza almayacağını belirtmektedir.²³² Fransız hukukundaki düzenlemede suç örgütü kapsamında katı bir hiyerarşik yapılanma aranmamaktadır ve bir suç örgütüne katılmak için üç temel unsur gerekmektedir. Bunlar; resmi hiçbir şartı olmayan, sadece birinin suç işlemek için başka birini yanına almasıyla kurulabilecek bir suç anlaşmasının olması, sadece aynı

²³⁰ University of Minnesota, Criminal Law: Consequences of Conspiracy, https://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04, Erişim: Şubat 2023.

²³¹ Crown Prosecution Service, **Inchoate Offences: Conspiracy**, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/inchoate-offences>, Erişim: Şubat 2023.

²³² Code Pénal, Art 450, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136048?init=true&page=1&query=complot&searchField=ALL&tab_selection=all&anchor=LEGISCTA000006136048#LEGISCTA000006136048, Erişim: Şubat 2023.

düşünceleri paylaşmaktan öte bir takım hazırlık hareketlerinde bulunulması, bu örgüte dahil olan her katılımcının suç örgütünü bilerek ve suç işlemeyi isteyerek katılmasıdır.²³³

Bu durumda görülmektedir ki, Kıt'a Avrupası hukuk sistemine dahil olan Fransız hukukunda komplo suçu, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak kapsamında değerlendirilmektedir ve sadece düşünceden ziyade işlenmesi üzerinde anlaşılan suçun hazırlık hareketlerine başlanmasını aramaktadır. Esasen Fransız hukukunda sadece bir suç işleme düşüncesi, ya da suça yönelik hazırlık hareketleri başlı başına cezalandırılmamaktadır²³⁴, ancak bir suç işlemek amacıyla örgüt kurulmasına yönelik Fransız Ceza Kanunu'nun 450. maddesi, kanunun millete, devlete ve kamu barışına karşı suçlar isimli üçüncü başlığında yer almaktadır. Böylece millet, devlet ve kamu barışına karşı suçlar kapsamında hazırlık hareketlerinin cezalandırılması söz konusudur²³⁵, bu unsur da ilgili maddeyi, doğrudan muadili olmasa da, klasik anlamda komplo suçuyla kıyaslanabilir kılmaktadır.

Benzer şekilde, Alman hukukunda da suç işlemek amacıyla bir araya gelinmesi cezalandırılmaktadır. Alman ceza hukuku kapsamında komplo suçunun izleri incelenirken, birlikte suç işlemeye ilişkin hükümler komplo ile kıyaslanmaktadır.²³⁶ Ancak Anglo-Amerikan hukukundaki orijinal anlamıyla komplo birlikte suç işlemekten farklıdır. Alman Ceza Kanunu'nun 129a bölümünde terör örgütü kurmak suçu tanımlanmış ve bu kapsamda suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüte üye olmak cezalandırılmaktadır.²³⁷ Bu durumda belirli unsurlar aranacaktır. Öncelikle en az üç kişiden oluşan, ortak bir amacı olan, örgütün amacını kendi amaçlarından önde tutan ve hususi bir birlik duygusu taşıyan bir örgüt olmalıdır; bu örgüt gerek hiyerarşik gerek

²³³ SLAVKOVIĆ, Vucan, "Criminal Conspiracy in Comparative Law", **Труды Института государства и права Российской академии наук**, C. 15, S. 5, 2021, s. 91, <https://cyberleninka.ru/article/n/criminal-conspiracy-in-comparative-law/viewer>, Erişim: Şubat 2023.

²³⁴ WAGNER, Wienczyslaw J., "Conspiracy in Civil Law Countries", **The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science**, C. 42, S. 2, 1951, ss. 171-183, s. 171.

²³⁵ WAGNER, Wienczyslaw J., "Conspiracy in Civil Law Countries", s. 171.

²³⁶ SLAVKOVIĆ, Vucan, "Criminal Conspiracy in Comparative Law", s. 88,

²³⁷ German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, Erişim: Şubat 2023.

çoğunluk kararıyla hareket eden bir irade oluşturacak kurallar bütününe sahip olmalıdır; bu bir suç örgütü olmalıdır; bu suç örgütüne, örgütü kurmak, örgüte katılmak ya da üye toplamak suretiyle dahil olunmalıdır.²³⁸ Alman ceza kanununun 129a maddesi suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı karşılamakta olup, klasik anlamıyla komplo suçunun muadili değildir.

Türk Ceza Hukukunda ise diğer Kıt'a Avrupası örneklerinde olduğu gibi, doğrudan Anglo-Amerikan hukukunun benzeri bir komplo suçu yoktur. Ancak Türk Ceza Hukuku sisteminde de suç anlaşması yapmanın cezalandırıldığı noktalar vardır. Doktrinde komplo suçu organize suçlulukla birlikte kullanılmaktadır. Bu kapsamda Erdem'in yapmış olduğu organize suçluluk tanımı kendi içerisinde komployu barındırmaktadır ve şu şekilde ifade edilmiştir: *“organize suçluluk, faillerin amaçlarına ulaşmak için şiddete başvurdıkları veya dışarıya karşı güçlü bir korunma mekanizması meydana getirdikleri, komploya dayalı olarak faaliyet gösterdikleri ve kapalı bir topluluk oluşturdukları suçlardır.”*²³⁹ TCK m. 220'de yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve yine aynı madde içinde yer alan örgüt üyeliği suçlarıyla klasik anlamda komplo suçu bir karşılaştırma yapmaya görece elverişlidir.

Kanunun ifadesiyle en az üç kişi olacak şekilde kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu kapsamda suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar da cezalandırılacaktır. Örgüt faaliyetleri kapsamında suç işlenmesi halinde, işlenen suçlardan ayrıca ceza alınacaktır.

Kanunda ifade edildiği şekilde, örgütten bahsedebilmek için suç işlemek amacıyla bir araya gelmiş en az üç kişiden oluşan bir irade birliği gerekmektedir, ayrıca suçları

²³⁸ SLAVKOVIĆ, Vucan, “Criminal Conspiracy in Comparative Law”, s. 88-89,

²³⁹ ERDEM, Mustafa Ruhan, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.3, Temmuz 1995, ss.53-54'ten akt. KAVLAK, Cihan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara 2017, s.31.

işlemeye üye sayısı ve araçlar olarak yapısal elverişlilik olmalı, kişiler başına buyruk değil, gevşek de olsa bir hiyerarşik düzen ve plan içerisinde hareket etmeli ve suç işlenmese de ortak amaç doğrultusunda fiili bir birliktelik hali bulunmalıdır.²⁴⁰

TCK m. 220 kapsamında bir araya gelen kişiler, amaçlanan suçları işlemeseler dahi, bizatihi bu durumun toplumsal düzeni tehlikeye atması sebebiyle bu suçta korunan hukuki değerin kamu güvenliği ve kamu barışı olduğu ileri sürülmektedir.²⁴¹ Tam olarak bu nokta Türk Ceza Hukukunun komplo suçuyla bir kıyas noktasını oluşturmaktadır. Ancak Türk Ceza Hukukunda örgüt çerçevesinde aranan koşullar ve değerlendirme, Anglo-Amerikan hukukundaki komplo suçundan farklılıklar göstermektedir. Dolayısıyla, Kıt'a Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türk Ceza Hukukunda klasik anlamıyla komplo suçunun muadili bulunmadığı için doktrinde yer alan komplo kullanımına katılmıyoruz.

Öte yandan, TCK m. 316 kapsamında suç için anlaşma da cezalandırılmaktadır. Kanunda ifade edildiği şekliyle, devletin güvenliğine ve anayasal düzen ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa, suçların ağırlık derecesine göre hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Bu hüküm Fransız Ceza Kanunu 450. maddesinin mantığıyla benzerlik göstermektedir. Kanun devlet güvenliğine, anayasal düzene ve düzenin işleyişine karşı işlenen suçlar hakkında bir suç anlaşması yapılmasını cezalandırmakta, ancak bu durumun cezalandırılabilir olması için suçları elverişli vasıtalarla işlemek üzere, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşma yapılmasını belirtmektedir.

²⁴⁰ TURAN, Ubeydullah, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, 2016, ss. 41-84, s. 46-47. YENİDÜNYA, A. Caner, İÇER, Zafer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, 2013, ss. 797-828, s. 799.

²⁴¹ ÖZGENÇ, İzzet, **Suç Örgütleri**, Ankara 2013, s. 13.

Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinde bulunmayan ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerine ilişkin bir kavram olan komplo suçu Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin Kuruluş Şartı'nın 6. maddesinde ceza sorumluluğunun tayini konusunda yer almıştır. İlgili maddeye göre, sayılan suçlardan (barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar) birini işlemek için, bir ortak plan veya suç ittifakının oluşturulmasına ya da icrasına katılan liderler, organizatörler, azmettirenler ve suç ortaklarının herhangi biri tarafından işlenen bu planın icrasındaki fiillerden birlikte sorumlu olurlar.²⁴² Madde ortak bir suç planı dahilinde komploya yer vermiş olmakla birlikte komplo kavramına ilişkin bir açıklama getirmemiştir. Nürnberg Şartı'nın açıkça yer vermesiyle, Anglo-Amerikan hukukuna dair bir kavram uluslararası ceza hukukunda bireysel sorumluluğun tespitinde kullanılacak bir kavram haline gelmiştir.

Bu doğrultuda savcılık, 1919'dan 1945'e kadar Nazi partisini komplo içinde olmakla suçlamış ve bu komponun sanıkları bir arada tutan bağ olduğunu öne sürmüş, böylece Nazi Partisi'ne katılımın komploya katılmaya delil olduğunu iddia etmiştir.²⁴³ Komponun kabul edilip edilmeyeceği hakimler arasında büyük bir tartışmaya sebep olmuştur ve bazı hakimlerce sert bir dille eleştirilmiştir. Özellikle Fransız Hakim Donnedieu de Vabres komplo kavramına şiddetle karşı çıkarken, en başından beri Nürnberg yargılamalarını suçluların cezalarının tefhim edildiği bir platform olarak görülmesi kanaatinde olan Rusya'nın gönderdiği Rus Hakim Nikitcheko savunmuştur.²⁴⁴ Uzun tartışmaların ardından savcılığın iddiası kabul görmemiş, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için komplo uygulanmazken, sadece zaten yapısı itibariyle bir ortak plan gerektiren barışa karşı suçlar için komplo görüşü kısıtlı bir şekilde uygulanmıştır.²⁴⁵

²⁴² Charter of the International Military Tribunal, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, Erişim: Kasım 2022.

²⁴³ OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 83.

²⁴⁴ VAN SLIEDREGT, *The Criminal Responsibility*, s.19.

²⁴⁵ VAN SLIEDREGT, *The Criminal Responsibility*, s. 19. Ayrıca bkz. ÖNOK, Murat, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Failik Doktrinleri*, Ankara 2019, ss.100-101. (Yapısal Suçlarda Failin Tespiti)

Nihayetinde, Uluslararası Askeri Mahkemeler bünyesinde uygulanan komplo suçu, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde görülen komplo suçundan da farklıdır. Ulusal hukuk sistemlerinde ifade edilen klasik anlamıyla komplo suçu ile, üzerinde anlaşılan suç işlenmese dahi, bir suç anlaşması yapmış olmak cezalandırılırken, Uluslararası Askeri Mahkemeler bünyesindeki komploda, üzerinde anlaşılan suç icra edilmiştir.²⁴⁶ Bu yönüyle Uluslararası Askeri Mahkemeleri'nin ilgili kavrama yaklaşımı ulusal hukuktan ayrılmaktadır.

3. Suç Örgütleri

Suç örgütleri kolektif suçluluk teorisinin ikinci ayağını oluşturmaktadır. Komplo görüşü, Nazi sistemi içindeki “büyük balıkları”, liderleri ve komutanları yakalamak için kullanılırken, suç örgütleri “küçük balıkları” yakalamak için kullanılmaktadır.²⁴⁷ Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin Kuruluş Şartı'nın 9. Maddesi gereğince Mahkeme, sanığın üyesi olduğu grup ya da örgütü, suç örgütü ilan edebilir. Yine Kuruluş Şartı'nın takip eden 10. maddesinde kapsamında ise, bir grup veya örgüt Mahkeme tarafından suçlu ilan edilirse, taraf devletlerden herhangi birinin yetkili makamı, kişileri bu örgütlere üyelikten yerel, askeri veya işgal mahkemeleri önüne çıkartabilir. Bu durumda ilgili grup ya da örgütün suçluluğu ispatlanmış sayılır ve sorgulanmaz.²⁴⁸

Bu maddeler doğrultusunda Mahkeme Almanya özelinde toplamda üç örgütü (Nazi Partisi'nin yönetimi, SS ve SD ve Gestapo) suç örgütü olarak kabul etmiştir.²⁴⁹

²⁴⁶ CRYER, *An Introduction to International Criminal Law*, s. 368.

²⁴⁷ OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 85.

²⁴⁸ Charter of the International Military Tribunal, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, Erişim: Kasım 2022.

²⁴⁹ OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 86.

Ancak hakimler suç örgütlerine üye olmaları sebebiyle sanıkların suçlu bulunması konusunda ihtiyatlı davranmışlar, bu uygulamanın ceza sorumluluğunun şahsiliği gibi ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık yaratmaması, toplu olarak herkesi suçlu bulmakla sonuçlanmaması gerektiğini savunmuşlardır.²⁵⁰ Böylece Mahkeme kararları kapsamında suçlu bulunan örgütlere üyelik aksi kanıtlanabilir bir suçluluk karinesi olarak kabul edilmiş; kişilerin şahsi olarak sorumlu tutulması suç örgütüne üyeliğin üzerine ayrıca kişinin üyesi olduğu örgütün suçlu yapısını bilmesi ve üyeliğine gönüllü olarak devam etmesi aranmıştır.²⁵¹ Bu doğrultuda verilen *Friedman* Kararında Mahkeme, 10. maddenin örgütün suçlu amacını ya da fiillerini bilmeyen ve şahsi olarak suç ilan edilen fiillerin işlenmesine katılanlar dışında, devlet tarafında üyeliğe alınmış kişileri kapsamayacağına hükmetmiştir.²⁵² Böylece bir suç örgütünü suçlu ilan etmekle birlikte bireysel ceza sorumluluğu anlayışına getirilecek zararlar önlenmeye çalışılmıştır.

Nürnberg ve Tokyo yargılamalarında önemli olan bir diğer husus ise suç işlenmesine yapılan katkının suça katılıma etkisinin sadece cezanın tayininde dikkate alınmış olması, suça yapılan her türlü katkının cezai sorumluluk için yeterli görülmesi olmuştur.²⁵³ Bu süreçte, eşdeğer sorumluluk ilkesi uygulanarak, suçun işlenmesi kavramı tipik fiilin unsurlarının şahsen icra edilmesi ile sınırlı olarak anlaşılmamıştır.²⁵⁴

Eşdeğer sorumluluk ve tipik fiilin unsurları kapsamında suçun işlenmesi kavramlarına bakışı itibariyle önemli örnekler teşkil eden Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri sürecinden kalan bu hukuki tartışmalar ve komplo kavramı Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nce kabul edilen müşterek suç girişimi görüşünün temellerini oluşturmaktadır.²⁵⁵ Ancak bu kararlara getirilen eleştiriler

²⁵⁰ OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 84-85

²⁵¹ OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 87.

²⁵² VAN SLIEDREGT, *The Criminal Responsibility*, s.21. Ayrıca bkz. OKOTH, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, s. 84-85

²⁵³ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s.102.

²⁵⁴ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s.103.

²⁵⁵ Benzer görüş için bkz. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s.103.

doğrultusunda EYUCM’de bireysel ceza sorumluluğunun tayini için farklı bir yol izlenmiştir.

4. Değerlendirmemiz

Modern ceza hukukunun açmış olduğu pencereden, Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri kapsamında dayanan kolektif ceza sorumluluğuna yönelik eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Özellikle savcılık tarafından kuvvetle savunulan komplo anlayışı ve ilan edilen suç örgütlerine bizatihi üyeliğin bireysel ceza sorumluluğuna götürmesi görüşleri kusurlu sorumluluk anlayışıyla bağdaşmadığı gibi, katı yorumlanması halinde objektif sorumluluğun dahi sınırlarını zorlayarak başkasının fiilinden sorumluluğa sebep olabilecek niteliktedir. Öte yandan, savaşın kazananlarının bu yönde bir yaklaşımla adaleti yerine getirme çabaları da oldukça eleştiriye açıktır.

Ancak savcılığın bu yorumlarına rağmen, hakimler ihtiyatlı yaklaşımlar sergilemişlerdir. Mahkeme kararları kapsamında bireysel ceza sorumluluğunun önemi ve nasıl uygulanması gerektiği irdelenmiş ve kolektif suçluluk görüşünün temelleri tartışma konusu haline getirilmiştir. Hiçbir yargılamanın mükemmel olmaması gibi Nürnberg ve Tokyo yargılamaları da mükemmel değildir ve hatta siyasi ve hukuki anlamda esaslı eleştirilere konudur. Ancak bu yargılamalarla insanlık uluslararası ceza hukukunun uygulanabilirliğini tartışmaya başlamış, yaşanan büyük trajedilere karşı uluslararası ceza adaletinin olabileceğini somutlaştırmaya başlamış ve insanlığın en büyük dramlarından biri olan II. Dünya Savaşı’nı hukuki bir gözle önemli ölçüde kayda geçirmiştir.²⁵⁶ Bu

²⁵⁶ CRYER, *An Introduction to International Criminal Law*, s. 31 vd.

mahkemelerde temel alınan uygulamalar uluslararası ceza hukukunun ilerlemesine zemin hazırlamış ve sonrasında kurulan mahkemeler için önemli dersler barındırmıştır.

III. ESKİ YUGOSLAVYA VE RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ VE MÜŞTEREK SUÇ GİRİŞİMİ

A. ESKİ YUGOSLAVYA VE RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ

İkinci Dünya Savaşı uluslararası ceza hukukunun oluşmasında önemli bir köşe taşı olarak kalmıştır. Ancak yaşanan büyük insan hakları ihlalleri İkinci Dünya Savaşı ile sınırlı kalmamıştır. 1990'lı yıllarda Balkanlar'da ve Afrika'da yaşanan büyük trajediler ve sonrasında kurulan iki *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesi bugün sıkça atıf yapılan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin temellerini atmıştır.

1991 yılında Sosyalist Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin bölünmesi silahlı çatışma ortamı yaratmıştır. Çatışma süresi boyunca temel insan hakları sistemik bir şekilde ihlal edilmiş ve özellikle cinsel saldırı ve etnik temizlik suçları işlenmiştir. Bu ağır ihlallerin üzerine 1992 yılında Güvenlik Konseyi bir bilirkişi komisyonu oluşturmuştur. Cherif Bassiouni'nin de başkanlığını yaptığı bu komisyon son raporunu 1994 yılında yayınlamış ve Eski Yugoslavya'da yaklaşık 200.000 Yugoslavın öldürüldüğünü, 50.000 kişinin işkence gördüğünü 200.000 kişinin tecavüze uğradığını

tespit etmekle birlikte 700 toplama kampı ile 150 toplu mezarı belgelemiştir.²⁵⁷ Rapor, insan hakları ihlalleri ve işlenen büyük suçları tespit etmekle birlikte etkili bir uluslararası adalet mekanizmasının kurulmasının da önemini belirtmiştir. Rapor kapsamında özellikle “Büyük Sırbistan” hayali peşinde Sırlar tarafından uygulanan etnik temizlikten bahsedilmiş ve benzer uygulamaların Hırvatlar tarafından da yapıldığından bahsedilmiştir.²⁵⁸ Ancak sonrasında çatışmaya dahil olan tüm tarafların suçlu olduğu iddia edilmiş olsa da, rapor böyle bir eşitliğin fiili zemininin olmadığını ileri sürmüştür.²⁵⁹

Komasyon Raporunun ardından 1993 yılında 827 sayılı Güvenlik Konseyi kararıyla Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) kurulmuştur. Güvenlik Konseyi’nin bu kararı oldukça önemlidir, zira Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Güvenlik Konseyi kararı ile kurulan ilk mahkemedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin temel görevi uluslararası barış ve güvenliği sağlamaktır. Mahkemenin kurulması örneğinde ise Güvenlik Konseyi işlenen suçları sonuçlandırmak, adaleti sağlamak ve böylece barışın tesisine katkıda bulunmak amacıyla hareket etmiştir.²⁶⁰ Ayrıca bu yönüyle EYUCM, Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinden de ayrılmaktadır çünkü Nürnberg ve Tokyo yargılamaları ancak savaş bittikten, işlenen suçlar sona erdikten sonra kurulmuştur.²⁶¹

EYUCM’nin Kurucu Şartı’na göre mahkemenin yargı yetkisine girebilmesi için suçların Eski Yugoslavya’da , 1991 yılının başlangıcından itibaren işlenmiş olması ve son olarak suçların uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini oluşturmuş olması

²⁵⁷ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, **Final Report of The Commission Of Experts Established Pursuant To Security Council Resolution 780 (1992)**, U.N. Doc S/1994/674 (27 May 1994), https://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf , Erişim Tarihi: Kasım 2020, para. 87.

²⁵⁸ BROWN, Bartram S., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSIOUNİ Cherif (eds), Leiden 2008, ss. 69-101, s. 71.

²⁵⁹ BROWN, “*The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*”, s. 71.

²⁶⁰ AHUJA, Virendra, “Closure of ICTY: The Mandate Is Not Yet over”, **GNLU Journal of Law Development and Politics**, C. 10, S. 2, Ekim 2020, ss. 1-15, s. 2. BROWN, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, s. 69.

²⁶¹ PITTMAN, Thomas, “*International Justice: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*”, **Judges’ Journal**, C. 55, S. 3, ss. 6-15.

gerekmektedir.²⁶² Yargı yetkisinin ardından Kurucu Şart, konu itibarıyla Mahkemenin yetkili olduğu suçları da belirlemiştir. Bu kapsamda Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, savaş hukukunun ya da savaş teamüllerinin ihlalleri, soykırım ve insanlığa karşı suçları konu itibarıyla yargı yetkisine dahil etmiştir. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlardan soykırım hariç olmak üzere hepsi için silahlı çatışmanın mevcut olması gerekir.²⁶³ Aynı şekilde işlenen suçlarla silahlı çatışma ortamı arasında bir illiyet bağı olması aranmaktadır.²⁶⁴

2002 yılında, uluslararası ceza hukukunun gelişmesinde çok önemli kararlara imza atan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi için Mahkemenin 2010' da sonuçlanması üzerine bir tamamlanma stratejisi belirlenmiştir.²⁶⁵ Öngörülen sürede ceza adaletinin tesis edilebilmesi için Mahkeme liderlerin yargılanması hususuna odaklanmış, orta ve alt düzeyde kalan sorumluların yargılanmasını ise yerel mahkemelere bırakmıştır. Her ne kadar ilk öngörülen kapanma tarihi 2010 yılı içerisinde olsa da görülen davalar devam etmiş, böylece süreç uzamış ve Mahkeme 31 Aralık 2017 tarihinde resmi olarak kapanmıştır.

Mahkeme çok büyük zorluklarla kurulmuş ve çalıştığı süreç boyunca da uluslararası ceza hukuku için oldukça önemli usul ve yargılamalara ev sahipliği yapmıştır. Farklı etnik gruptan insanları yargılayarak Eski Yugoslavya'da barışın hâkim olmasına katkı sağlamaya çalışmıştır ancak bu amaca ne kadar ulaşabildiği pek çok defa eleştirilmiştir. Yine de Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Balkanlar'da başarıya uğramış olması sebebiyle sabit bir uluslararası ceza mahkemesinin ihtiyacı

²⁶² Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Madde 1, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

²⁶³ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Madde 1 vd., https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

²⁶⁴ Mahkeme'nin verdiği en önemli kararlardan biri olan *Tadic* kararında “bir suçun Mahkemenin yargı yetkisine girebilmesi için insancıl hukukun uygulanmasına imkân sağlayan nitelikte işlenen suç ile silahlı çatışma arasında illiyet bağı olmalıdır” tespiti yapılmıştır. Bkz. *Prosecutor v. Tadic*, Trial Chamber Opinion and Judgement, IT-94-I-T, 7 Mayıs 1997, para. 572.

²⁶⁵ ICTY, **Completion Strategy**, <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy>, Erişim Tarihi: Nisan 2022.

uluslararası toplumun dikkatini çekmiştir.²⁶⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, akabinde kurulan uluslararası mahkemeler için öncülük etmiştir.²⁶⁷

Aynı dönemlerde kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ise Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş yolunu takip etmiştir.²⁶⁸ Ruanda bağımsızlığını kazanmadan önce ülkenin genel yapısında Tutsi azınlık etnik grubu siyasi ve ekonomik hayatta baskındır. Ancak ülkenin bağımsızlık sürecinde çoğunluğu oluşturan Hutu etnik grubuna mensup olanlar siyasi hayatta etkin olmak istemiş ve Tutsileri bastırmaya başlamıştır.²⁶⁹ Bunun üzerine Tutsiler ülke dışına kaçmış ve içlerinden ülke içine çeşitli saldırılar düzenlemek üzere bir grup kurulmuştur. Bu durum Hutuların ülke içinde kalan Tutsiler üzerindeki baskısını arttırmıştır.²⁷⁰ Ekonomik kriz gibi sebeplerle de artan iç karışıklar hükümeti Tutsilerin kurmuş olduğu Ruanda Yurtsever Cephesi ile anlaşmaya zorlamış ancak bu anlaşma Hutular tarafında kabul edilemez bulunmuştur.²⁷¹ Son olarak 6 Nisan 1994 tarihinde devlet başkanı ve diğer devlet görevlilerini taşıyan bir uçak vurularak düşürülmüş ve hemen ardından sivillerce desteklenen Hutu askerleri ve milis kuvvetleri Tutsileri öldürmeye başlamıştır. Yaşanan bu kıyım çok kısa sürede tüm ülkeyi sarmıştır. 18 Temmuz 1994'de, Hutuların kurduğu hükümetin Ruandayı terk etmesi ve Ruanda Yurtsever Cephesinin yeni bir hükümet kurmasıyla sona ermiştir. Tarihin en kısa soykırımı olarak bilinen Ruanda soykırımında 800.000'den fazla Tutsi öldürülmüştür.²⁷²

Yaşanan bu büyük dramın hemen ardından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi soykırım suçuna dikkat çekerek 1994'de bir uzmanlar komisyonunun kurulmasını

²⁶⁶ BROWN, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", s. 101.

²⁶⁷ HAZAN, Pierre, **Justice in a Time of War: The True Story Behind the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, çev. James Thomas Snyder, Texas, 2004, s. 198.

²⁶⁸ HAZAN, **Justice in a Time of War: The True Story Behind the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, s. 198.

²⁶⁹ BOED, Roman, "The International Criminal Tribunal for Ruanda", **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSIOUNİ Cherif (eds.), Leiden, 2008, ss.103-116, s.103-105.

²⁷⁰ BOED, "The International Criminal Tribunal for Ruanda", s.103-105.

²⁷¹ BOED, "The International Criminal Tribunal for Ruanda", s.103-105.

²⁷² BOED, "The International Criminal Tribunal for Ruanda", s.103-105.

kararlaştırmıştır. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş süreciyle benzerlikler taşıyan bu süreçte, 4 Ekim 1994'de Komisyon raporunda soykırım, insanlığa karşı suç ve uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinin oluştuğu tespitinde bulunulmuştur.²⁷³ Bu raporun üzerine Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenlik adına 955 sayılı kararını kabul etmiş ve tespit edilen suçların sorumlularının cezalandırılabilmesi için Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kurmuştur.

Mahkeme kurulduğu günden beri uluslararası ceza hukuku için çok önemli kabul edilen örnek kararlara imza atmıştır. 1994'de çalışmaya başlayan Mahkeme görevini tamamlamadan önce son kararını Aralık 2014'de vermiştir. Mahkeme soykırım suçunun hukuki ele alınışı yönünden önemli örnekler sergilemiştir. Yine Mahkeme'den 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri kapsamında Ortak 3. Madde'nin hukuki yorumu açısından referans gösterilen kararlar çıkmıştır.

Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri insanlığın tarihindeki karanlık dönemlerin yargılanması açısından 1990'lı yılların önemli örneklerini oluşturmaktadır. Bu iki *ad hoc* mahkeme bu türden toplu suçlara ilişkin uluslararası hukuki müdahaleyle karşılık verildiğini gösteren yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur.²⁷⁴ Zira bu mahkemelerin özelinde bir kez daha ortaya çıkmıştır ki bu suçlar için yerel mahkemeler bazen yetersizliklerinden bazen de siyasi irade yoksunluğundan etkin mekanizmalar olmamaktadır.²⁷⁵ Gerek olay mahallinde siyasi etkilerden uzak, gerekse uluslararası yapıları gereğince *ad hoc* mahkemeler uluslararası ceza adaletine önemli

²⁷³ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, **Preliminary Report of the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935 (1994)**, U.N. Doc. S/1994/1125, 4 Ekim 1994, para 146-148, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_1994_1125.pdf, Erişim Tarihi: Kasım 2020.

²⁷⁴ MOGHALU, Kingsley Chiedu, 'Image and Reality of War Crimes Justice, External Perceptions of the International Criminal Tribunal for Rwanda', **International Criminal Law: Critical Concepts in Law, 1. Cilt içinde**, CASSESE Antonio et al. (eds), Londra, 2015, ss. 576-597, s.576 ve 596.

²⁷⁵ MOGHALU, 'Image and Reality of War Crimes Justice, External Perceptions of the International Criminal Tribunal for Rwanda', s.576 ve 596.

katkılar sunan içtihatlar bırakmış ve uluslararası ceza hukukun gelişimine esaslı katkılar sunmuştur.²⁷⁶

B. MÜŞTEREK SUÇ GİRİŞİMİ

1. Genel Olarak

Müşterek suç girişimi Nürnberg yargılamalarında kullanılan “komplo kurma” ve “ortak amaç” doktrinleri kapsamında, esasen Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi tarafından geliştirilen ve nedensellik bağının merkeze alındığı bir bireysel ceza sorumluluğu modelidir. Bu kavramın ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan bir karşılığı yoktur ancak Türk Hukuku kapsamında daha önceden yapılan çalışmalarda “ortak suç girişimi” veya “müşterek suç girişimi”²⁷⁷ olarak adlandırılarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda daha önceden yapılan çalışmalarla uyumlu olması açısından bu çalışmada da “müşterek suç girişimi” terimi kullanılacaktır. Öte yandan, bu kavram, uluslararası literatürde *Joint Criminal Enterprise* adı ile bilinmektedir.

²⁷⁶ *Ad Hoc* Mahkemelerle birlikte hızlı bir ivmeyle gelişen uluslararası ceza hukuku sisteminde kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması yönündeki çalışmalar hızlanmıştır. Yine bu süreçte, uluslararası ceza adaletinin sağlanabilmesi için ulusal mekanizmaların da dahil edildiği *hidrit* mahkemeler de oluşturulmuştur. Ayrıca mahkemelerin dışında, uluslararası ceza adaletinin yerine getirilmesi için El Salvador’da uluslararası hakikat komisyonu, Etiyopya ve Ruanda’da yaşanan çatışma süreçlerinin ardından ulusal mahkemelerin kurulması, Arjantin ve Şili’de ulusal tahkikat komisyonları ile ulusal yargılamaların yapılması, Güney Afrika Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu’nun kurulması ve Doğu ve Orta Avrupa eski rejimle bağlantılı kişilerin görevden alınması üzerine oluşturulan kanunlarla uluslararası ceza adaleti genişlemiştir. Ancak bu çalışmanın konusu uluslararası ceza mahkemelerinin bireysel ceza sorumluluğunun nasıl değerlendirdiği olduğu için bahsedilen bu gelişmeler çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bkz. BASSİOUNİ, Cherif, ‘*The Need for International Accountability*’, **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSİOUNİ Cherif (eds), Leiden, 2008, ss.3-29, s. 4 vd.

²⁷⁷ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 88.

Uluslararası suçların karmaşık yapısı gereği suça katılanların sorumluluklarının nasıl belirleneceği tartışmaları Nürnberg yargılamaları döneminde yoğun olarak yapılmış, en nihayetinde kolektif ceza sorumluluğu anlayışı, sakıncaları da göz önünde bulundurulacak şekilde, benimsenmiştir. Ancak kolektif ceza sorumluluğuna yönelik bu çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de değinilen eleştiriler göz önüne alınarak, EYUCM kapsamında yeni bir anlayış benimsenmiş, komplo üzerinden bireysel sorumluluk tayininden vazgeçilmiş ve bir faillik türü olan müşterek suç girişimi literatürde yerini almıştır.

EYUCM'nin Kurucu Şartı'nın 7. Maddesi kapsamında Kurucu Şart dahilinde yer alan suçları işleyen, planlayan, emreden, bu suçlara azmettiren veya diğer bir şekilde bu suçların planlanmasına, hazırlanmasına veya icra edilmesine yardım edenler bireysel olarak sorumlu olacaklardır. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere EYUCM'nin Kurucu Şartı failliğin yanı sıra iştirak türleri olarak planlama, emretme, azmettirme ve yardım etmeyi kabul etmektedir. Bir diğer ifade ile maddenin saydığı türler arasında müşterek suç girişimi adıyla bir suça katılım türü yer almamaktadır. Ancak Mahkeme görmektedir olduğu davaların özellikleri gerekçesiyle, içtihat yoluyla, bir faillik türü olan müşterek suç girişimini bireysel ceza sorumluluğunun bir görünümü olarak kabul etmiştir. Bu kavramın kabul edilmesinin sebebi uluslararası suçların aynı amaç doğrultusunda ve birlikte hareket eden sayısız kimse tarafından beraber işlenmesidir.²⁷⁸ Kaotik ortamlarda işlenen bu suçlarda her bir katılımcının suça bireysel katkısının tespit edilmesi oldukça güçtür, üstelik her bir aktörün kişisel katılımına yönelik bireysel olarak delillendirme yapmak çok mümkün değildir.²⁷⁹

Müşterek suç girişimi kavramının içkin yapısında ortak bir amaca dahil olarak suç işleme hali vardır. EYUCM tarafından ortak bir amaçla suç işleme, müşterek suç girişimi

²⁷⁸ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 92.

²⁷⁹ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 92. Ayrıca bkz. CASSESE, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", **Journal of International Criminal Justice**, Mart 2007, C. 5, S. 1, ss. 109-133, s. 110.

kavramının yaratıldığı *Tadic* kararından önce, *Furundžija* kararında ele alınmıştır. Anto Furundžija, Vitez bölgesinde bir yerel komutan olarak, Bosnalı Müslüman kadınlara karşı işlenen cinsel suçların planlaması, hazırlanması ve işlenmesine katılmak, azmettirmek, emir vermek ve yardımda bulunmakla yargılanmıştır. Kararı veren daire ortak amaç kapsamında suç işlenmesini ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan *quis per alium facit per se ipsum facere videtur* (başkaları aracılığıyla hareket eden kendi adına hareket etmiş olur) ilkesine dayanarak açıklamıştır.²⁸⁰ Ancak bu kararda ele alınan “başkaları aracılığıyla hareket eden kendi adına hareket etmiş olur” ilkesi, *Tadic* kararında müşterek suç girişiminin temel çıkış noktası olarak görülmüş ve farklı bir yapıya dönüştürülmüştür.

Tartışmalı *Tadic* kararına konu olan olayda Jusco Tadic, Bosna’da bulunan Jaskıcı köyüne saldıran bir Sırp silahlı grubunun üyesidir. Bu köy saldırısında Tadic ve diğer silahlı grup üyeleri ev ev gezerek köydeki erkekleri kadın ve çocuklardan ayırmış, onları yakalamış, dövmüş ve onları köyden götürmüştür.²⁸¹ Ancak sonrasında bu köy saldırısında 5 Müslüman Bosnalının öldürüldüğü ortaya çıkmıştır. İlk Derece Mahkemesi, Tadic her ne kadar bu saldırıda aktif bir rol üstlense de, kendisinin 5 kişinin öldürülmesine bizzat katıldığına dair makul şüphenin ötesinde kanaat oluşturacak bir delil bulunmadığına karar vermiştir.²⁸² Savcılık Tadic’in suç işlemeye dair ortak bir amacı olan bir gruba katılması kapsamında cezalandırılmasını öne sürmüş ve ölümlerin saldırının doğal ve öngörülebilir sonuçları olduğunu ve tüm bu eylemlerin Prejidor bölgesinin Sırp olmayan etnik gruplardan temizlenmesi amacıyla yapıldığını iddia etmiştir.²⁸³

²⁸⁰ *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber Judgement, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, para. 256.

²⁸¹ DAMGAARD, Ciara, **Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes**, Berlin 2008, s. 137.

²⁸² JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 28. Ayrıca, DAMGAARD, **Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes**, s. 137.

²⁸³ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 175. Ayrıca, Bkz. JAIN, **Perpetrator and Accessories**, p. 28.

Olayın özelliklerinden anlaşıldığı üzere, Tadic suç işleyen bir silahlı grubun üyesidir. Üstelik üye olduğu bu grubun ortak suç planını ve amacını da paylaşmaktadır. Ancak grubun işlediği bazı suçlara fiziki bir katkısı bulunmamakta, bir diğer ifade ile suça konu olan tipik fiili işlememektedir. Hatta, suçun işlenmesine etki edebilecek herhangi bir katkısı da bulunmamaktadır. Ancak kendisi bir süredir düzenli olarak suç işleyen bu grubun üyesidir, ortak suç planının farkındadır ve bilinçli bir şekilde grubun içinde yer almaya devam etmektedir. Bu durumda kendisinin katkı sunmadığı ancak ortak suç planının ve grubun suç amacının içerisinde kalan, başka grup üyeleri tarafından işlenen suçlardan Tadic de sorumlu tutulabilecek midir? Bu hukuki sorun karşısında, Temyiz Dairesi Tadic'in öldürme fiilini işleyen grubun suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağı yönünde bir tartışma yürüterek müşterek suç girişimi kavramını açıklamaya çalışmıştır.

Temyiz Dairesi öncelikle bireysel ceza sorumluluğunun EYUCM'nin Kurucu Şartı'ndaki yeri ve önemini açıkladıktan sonra uluslararası suçların ortak bir amaç ya da tasarıya katılımla da işlenebildiğinin altını çizmektedir. Temyiz Dairesi, uluslararası suçların özel yapıları gereği sadece fiili işleyen failleri cezalandırmanın, diğer katkı sunanları ise yardım eden olarak görmenin bu suçlara katılanları kapsayıcı olarak ele alamadığını iddia etmektedir.²⁸⁴ Esasen Temyiz Dairesi uluslararası suçların kolektif suçlulukla tecelli olduğunu, ortak bir suç amacı ve tasarısının devam ettirilebilmesi için grup halinde işlendiğini ifade ederek bu sebeple müşterek suç girişimi kavramına ihtiyaç olduğunu açıklamıştır.²⁸⁵ Temyiz Dairesi kendi ifadesiyle müşterek suç girişimi kavramının temellerini şu şekilde açıklamaktadır:

*“Bu nedenle, uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerine kalkışan herkes,
bu ihlalleri işleme ya da işlenmesine katılmış olma şekilleri ne olursa olsun,*

²⁸⁴ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 191.

²⁸⁵ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 190-193.

adelet önüne çıkartılmalıdır. Eğer böyle ise, Statü planlayan, teşvik eden, emir veren, fiziken suçu işleyen ya da bunun dışında planlanmasına, hazırlanmasına ya da icra edilmesine yardım ve yataklık eden kişiler üzerinde yetki sağlamayla kendini kısıtlamamaktadır. Statü burada bitmemektedir. Statü, birçok kişinin, daha sonradan beraberce ya da bu insanların bazı üyelerince işlenen suç aktivitesi üzerinde ortak planının olmasıyla ortaya çıkan suçun işlenmesine katılım hallerini dışarıda bırakmamaktadır. Her kim bir ortak suç planının icrasının bir grup insan ya da bu grubun bazı üyelerince işlenmesine katkıda bulunursa, aşağıda belirtilecek bazı şartlara tabi olarak cezai olarak sorumlu tutulabilir.

Yukarıda belirtilen bu yorum, sadece Statü'nün konusu ve amacında not edilmemiş, aynı zamanda da daha ziyade savaş zamanları işlenen uluslararası suçların doğasında da garanti altına alınmıştır. Pek çok zaman bu suçlar tek bir kişinin suçluluk eğilimi ile değil kollektif suçluluğun tecellisi ile oluşmaktadır: suçlar çoğunlukla bir ortak suç tasarısının devam ettirilmesi için bir grup birey tarafında işlenmektedir. Her ne kadar grubun sadece bazı üyeleri suç fiilini işlese de (öldürme, yok etme, şehirlerin, kasabaların ya da köylerin kasıtlı olarak tahrip edilmesi vd), grubun diğer üyelerinin katılması ve katkı sağlaması çoğunlukla söz konusu suçların işlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Bu tür katılımın manevi ağırlığı söz konusu filli bizzat işleyenlerden de çoğunlukla daha az değildir -ya da aslında aynıdır.

Bu şartlar altında, sadece maddi fiili işleyen kişiyi fail olarak cezai sorumluluğa tabii tutmak failin o fiili işleyebilmesini bir şekilde mümkün

kılan tüm birlikte faillerin rolünü yok saymak olacaktır. Aynı zamanda, şartlara bağlı olarak, birlikte failleri sadece yardım ve yataklıktan sorumlu tutmak da cezai sorumluluklarının derecesini hafife almak olacaktır.

Statü'ye ve savaş zamanı işlenen suçların için özelliklerine dayanan bu yorum, uluslararası ceza sorumluluğunun ortak suç tasarısını devam ettirmek için bir insanlar bütünü tarafından işlenen fiilleri kucaklayacağı sonucunu temin eder. Aşağıda belirtileceği üzere not edilmelidir ki, ortak amaç hakkındaki uluslararası cezai kurallar, Dünyadaki pek çok ülkenin ulusal yargı sistemlerinde takındıkları duruma önemli derecede yerleşmiş ve büyük ölçüde yansımıştır.”²⁸⁶

Kararda da ifade edildiği üzere müşterek suç girişi Kurucu Şart içerisinde yer almamaktadır. Ancak Mahkeme, ortak bir amaca ve suç planına dahil olarak suç işleme durumunu pek çok ulusal hukuk sisteminde yer aldığını ve müşterek suç girişiminin de uluslararası teammül hukukunda olduğunu iddia etmektedir. Öte yandan, Tadić kararının öncesinde verilen kararlarda Mahkeme, ortak suç planı, ortak suç tasarısı, ortak plan ya da tasarı gibi isimlerle müşterek suç girişi yapısına atıf yapmıştır.²⁸⁷ Ancak müşterek suç girişiminde, kişilerin sadece ortak plana dahil olan suçlardan değil, başkaları tarafından işlenen ortak planın amacı dışında kalan suçlardan da sorumlu tutulması özelliğiyle bu özel terim tercih edilmiştir ve *Babic* kararında müşterek suç girişi bir teknik terim haline gelmiştir.²⁸⁸

²⁸⁶ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 190-193. (Metnin çevirisi yazar tarafından yapılmıştır.)

²⁸⁷ HAAN, Verena, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, **International Criminal Law Review**, C.5, S. 2, 2005, ss. 167-201, s. 170.

²⁸⁸ HAAN, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, s. 170.

Müşterek suç girişiminin Kurucu Şart'ın lafzında yer almaması sebebiyle Mahkeme'nin bu kavramı uygulaması tartışılmıştır. Ancak Temyiz Dairesi, bir suç katılım modelinin Mahkeme nezdinde uygulanabilmesi için üç şartı var olması gerektiğine karar vermiştir. Öncelikle, ilgili suç katılım modeli Kurucu Şart'ta açıkça ya da zımnen yer almalıdır.²⁸⁹ Mahkemenin yoruma göre Kurucu Şart sadece suçun maddi unsurunu yerine getiren failleri değil, suç katılan herkesin ceza sorumluluğundan bahsetmekte ve bu anlamda sadece açıkça yazılan suç katılım hallerini değil, birden çok kişinin paylaştığı ortak bir suç planıyla oluşan ceza sorumluluğunu da kapsamaktadır.²⁹⁰

İkinci olarak, Mahkeme'nin uygulayacağı suç katılım türü uluslararası teamül hukukunda yer almalıdır.²⁹¹ Ortak bir suç planı dahilinde suç işlenmesi hali Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemelerinde de değinilmiştir ayrıca özellikle İtalya ve Almanya'da yapılan yerel yargılamalarda ortak suç planı ve ortak suç tasarısıyla suç işlenmesi hali, müşterek faillik de kullanılarak değerlendirilmiştir.²⁹² Gerek önceki uluslararası ceza mahkemelerinde benzer yaklaşımların yer almış olması, gerekse ulusal hukuk sistemlerinde aynı olmasa da, benzer hukuki yaklaşımların bulunması sebebiyle Mahkeme müşterek suç girişiminin uluslararası teamül hukukunda yer aldığına hükmetmiştir.²⁹³

Son olarak, Mahkeme uygulanacak suç katılım modeline dahil ilgili hukukun suçun işlendiği zamanda erişilebilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kapsamda Temyiz Dairesi yapmış olduğu incelemede, suçun işlendiği tarihte Eski Yugoslavya ceza kanunlarında müşterek suç girişimine benzer bir sorumluluk türü olduğunu, bu çerçevede

²⁸⁹ HAAN, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", s. 176.

²⁹⁰ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 189.

²⁹¹ HAAN, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", s. 177.

²⁹² HAAN, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", s. 177.

²⁹³ HAAN, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", s. 178.

suça katılan birinin yakalanırsa sorumlu tutulacağını bildiğini ifade etmektedir.²⁹⁴ Yukarıda açıklanan üç durumun da müşterek suç girişimi özelinde mevcut olduğuna kanaat getiren EYUCM Temyiz Dairesi, bu açıklanan sebeplerle kavramın uygulanabilirliğini kabul etmiştir. O halde Mahkeme, müşterek suç girişimi kavramının, Kurucu Şart'ta zımnen bulunduğunu, uluslararası teamül hukukundan geldiğini ve ayrıca Yugoslavya ceza hukuku içinde de benzer bir sorumluluk yaklaşımının olması sebebiyle ilgili hukuk kuralının suçun işlendiği zaman erişilebilir olduğunu vurgulayarak uygulamaya başlamış ve müşterek suç girişimi kavramının unsurlarını belirlemiştir.

Böylece müşterek suç girişimi kavramı fiziki olarak suça dahil olmadan suçun faili olmanın bir türü olarak kabul edilmiştir.²⁹⁵ Zira Temyiz Dairesi kararında, sadece maddi fiili işleyen fail sayılmasının birlikte faillerin rolünü yok saymak olacağını, birlikte faillerin suça etkisini ise yardım eden olarak kabul etmenin ceza sorumluluğunu hafife olmak olacağını açıkça belirtmektedir.²⁹⁶ Bu durumda müşterek suç girişimi, maddi unsuru gereği, birden çok kişiyle bir suç işleme planına katılım halinde ortaya çıkan suça bizzat katkı verilme de, bu suçtan sorumlu olunmasını sağlamaktadır.

Müşterek suç girişimi hususi olarak uluslararası ceza hukukunun konusu olan suçlardaki sorumluluğu tespit edebilmek için geliştirilmiş bir kavramdır. Bu durum Cassese'nin sözleriyle şu şekilde ifade edilmektedir:

²⁹⁴ HAAN, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", s. 178-179.

²⁹⁵ AKSENOVA, Marina, **Complicity in International Criminal Law**, Portland 2016, s. 91. Dolayısıyla müşterek suç girişimi bir şeriklik türü olarak değil bir faillik türü olarak kabul edilmiştir. (Bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s.146.) Öte yandan müşterek suç girişimi kapsamında faillik ve şeriklik arasında da bir ayırım yapılmamıştır. (Bkz. VAN SLIEDREGT, Elies, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, Oxford 2012, s.133). Böylece müşterek suç girişiminin eşitlik sistemini bemimsediği iddia edilebilir (Bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti** s.146, ayrıca eşitlik sistemi kapsamında suça bireysel katkıların cezanın tayinindeki rolü üzerine detaylı bilgi için bkz. STEWART, James G., "The End of Modes of Liability for International Crimes", **Leiden Journal of International Law**, C. 25, S. 1, 2012, ss 165-219.) Zira EYUCM'nin *Vasiljević* kararında belirttiği gibi tüm katılımcılar fail olarak değerlendirilse de katılımcıların bireysel katkıları cezanın tayininde rol almaktadır.(Bkz. *Prosecutor v. Vasiljević*, Appeal Chamber Judgement, IT-98-32-A, 25 Şubat 2004, para.110.)

²⁹⁶ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 192.

“Savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım, işkence ve terörizm gibi uluslararası suçlar ortak bir özellik paylaşırlar: birlikte hareket eden veya çoğu durumda bir siyasa izleyen çok sayıda kişi, askeri ayrıntı, paramiliter birlik veya hükümet görevlisi tarafından işlenen kolektif suçluluğun bir ifadesi olmak eğilimindedir. Böyle suçlar işlendiğinde, toplu suça ya da suç girişime katılan her bir kişinin hususi katkısını göstermek çok güçtür....Müşterek suç girişimi kavramı, özellikle ortak suç planındaki tüm katılımcıların cezai sorumluluğunu kapsamaya uygun görünen bir cezai sorumluluk türünü ifade eder.”²⁹⁷

Tadic Temiz Dairesi kararında müşterek suç girişiminin maddi unsurları birden çok kişinin varlığı, Kurucu Şart’ ta belirtilen bir suçun işlenmesini ya da suça dahil olunmasını sağlayacak ortak bir plan, tasarı veya amacın varlığı ve Kurucu Şart’ ta belirtilen bir suçun işlenmesine ilişkin ortak tasarıya sanığın katılımı olarak belirlemiştir. Müşterek suç girişiminin manevi unsuru ise belirlenen üç farklı müşterek suç girişimi kategorisi için değişmektedir.²⁹⁸ Bunlar sırasıyla müşterek suç girişiminin temel şekli, sistematik şekli ve genişletilmiş şeklidir. Bu kategoriler uluslararası doktrinde müşterek suç girişiminin kısaltması kullanılarak JCE-I, JCE-II ve JCE-III olarak adlandırılmaktadır.

Müşterek suç girişiminin basit şeklinde (JCE-I) tüm katılanlar bir ortak amacı devam ettirmek üzere hareket ederler ve aynı suç işleme kastına sahiptirler.²⁹⁹ Kararda bu durum öldürme fiili üzerinden açıklanmıştır: “Müşterek suç girişiminin basit halinde birlikte failler tarafından öldürmek için bir plan geliştirilmesi halinde ortak tasarımı

²⁹⁷ CASSESE, Antonio, **International Criminal Law**, Oxford 2008, s. 189-91’den aktaran SCHARF, Michael P. "Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation," **American Society of International Law**, C. 15, S. 6, 2011.

²⁹⁸ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 195 vd.

²⁹⁹ AKSENOVA, **Complicity**, s. 91.

etkilemek suretiyle her bir katılan bu planın içinde farklı roller yerine getirirse de hepsinde öldürme niyetinin olduğunun kabulü söz konusudur.”³⁰⁰

Müşterek suç girişiminin sistematik hali (JCE-II) organize kurumlarla sistematik kötü muamele hallerinde söz konusu olmaktadır.³⁰¹ Aslında ilk kategori ile yakından ilişkili olup burada suç planının kurumsallaştırılması söz konusudur.³⁰² Bu ikinci kategori için genellikle verilen örnek toplama kamplarıdır. Maddi unsur olarak bir baskı sisteminin işlemesine etkin katkı aranmaktadır.³⁰³ Bu kategoride işleyen bir baskı sisteminin devam ettirilmesi ve o sisteme dahil olmanın altı çizilmektedir.

Müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisi olan genişletilmiş hal (JCE-III) ise üzerinde en çok tartışmanın yapıldığı kategorilerden biridir. Bu kategoride, ortak planın icrası esnasında ortaya çıkan “doğal ve öngörülebilir sonuçlar” açısından da cezai sorumluluğun müşterek suç girişimi üyelerine teşmil etmesi söz konusudur.³⁰⁴ Kararda bu kategori ortak iradeye sahip bir grup tarafından bir etnik gruba dahil kişilerin yaşadıkları köy, kasaba ya da bölgeden zor kullanarak çıkartılmaları durumunda bir ya da birkaç mağdurun silahla öldürülmesi örneğiyle açıklanmıştır. Öldürme suçu her zaman ortak iradenin açıkça kabul ettiği bir fiil olmasa da silah zoruyla insanların yerlerinden edilmesi halinde bir ya da birden fazla sivilin ölebileceği öngörülebilir bir sonuçtur. Bu durumda ölüm riskinin ortaya çıkmasının tahmin edilebilir bir sonuç olması ve sanığın dikkatsiz ya da riske karşı kayıtsız olması halinde cezai sorumluluk tüm katılanlara teşmil edebilir.³⁰⁵ Çalışmanın devamında detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, bu üç kategori kapsamında müşterek suç girişiminin maddi unsurları aynı olmakla birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere, manevi unsur her bir kategoride farklıdır ve doktrinde de

³⁰⁰ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 196.

³⁰¹ AKSENOVA, **Complicity**, s. 91

³⁰² CASSASE, **The Proper Limits**, s. 112.

³⁰³ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 202. Müşterek suç girişiminin ikinci kategorisi kapsamında yapılan manevi unsur tartışması için devam eden bölümlere bakınız.

³⁰⁴ AKSENOVA, **Complicity**, s. 91-92.

³⁰⁵ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 204.

tartırlılmaktadır. Zira her bir kategoriye birbirinden ayrırttırın temel unsur sanığın fiil ile arasındaki psişik bağda yatmaktadır.

2. Múrtetek Suç Girişiminin Unsurları

a. Múrtetek Suç Girişiminin Maddi Unsurları

i. Birden çok kişinin varlığı

Múrtetek suç girişimi kavramının esasından da anlaşıldığı úzere tek kişiyle bu yapının oluşturulması múmkún değildir. Múrtetek suç girişiminin oluşması için en az iki kişi gerekirken kişi sayısında bir úst sınır yoktur.³⁰⁶ Yine yukarıdaki bölümlerde açıklandığı úzere sanığın fiziki olarak suçu işlemesi gerekmez.³⁰⁷ Ayrıca, múrtetek suç girişimini oluşturan kişilerin bir askeri ya da siyasi düzende organize olmaları gerekmemektedir.³⁰⁸

Múrtetek suç girişiminin kalabalık yapısının her zaman tamamıyla çözümlenememesi farklı yorumlara sebep olmuştur. Doktrinde de eleştirildiği úzere savcılığın hazırladığı iddianameler múrtetek suç girişimini oluşturan kişilerin bilgilerini içermektedir ancak böyle bir belirleme mmkún değilse savcılık sadece ait oldukları grup

³⁰⁶ *Prosecutor v. Kvoka*, Trial Chamber Judgment, IT-98- 30/1-T, 2 Kasım 2001, para 307; *Prosecutor v. Brdanin*, Trial Chamber Judgment, IT-99-36T, 1 Eylül 2004, para. 262

³⁰⁷ JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 45.

³⁰⁸ *Prosecutor v. Tadi*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 227.

ya da kategoriye belirtmektedir.³⁰⁹ Zaten sınırlarının belirsizliği sebebiyle oldukça tartışılan müşterek suç girişimi kavramına ilişkin içtihatla gelişen bu yaklaşım eleştirilmiştir. Ancak EYUCM son kararlarında savcılığın iddianamelerde müşterek suç girişiminin amacına, ilkelerine, sanığın ortak amaca katılımına, katılımcıların genel bilgilere ve hedeflenen mağdur kitleye dair bilgiler vermesini gerekli görmüştür.³¹⁰

ii. Kurucu Şart'ta belirtilen bir suçun işlenmesini ya da suça dahil olunmasını sağlayacak ortak bir plan, tasarı veya amacın varlığı

Müşterek suç girişiminin oluşturulabilmesi EYUCM'nin Kurucu Şart'ında yer alan bir suçun işlenmesi ya da suça dahil olunmasını sağlayacak ortak bir suç planı, suç tasarısı ya da suç amacının varlığına bağlıdır. Ancak Temyiz Dairesi'nin kararında da açıklandığı üzere bu plan, tasarı veya amacın daha önceden oluşturulması gerekmemektedir. Bu plan ya da amaç doğal bir şekilde somutlaşabilir ve bir grup insanın birlik halinde hareket ederek bir müşterek suç girişimi, oluşturdukları genel durumdan anlaşılabilir.³¹¹ Zira EYUCM'nin diğer bazı kararlarında da belirtildiği üzere, ortak plan sanık ile bir veya birden fazla kişi arasındaki suçun işleneceğine dair bir anlayış ya da düzenleme olarak tanımlanmıştır.³¹²

³⁰⁹ JAIN, **Perpetrator and Accessories** s. 46.

³¹⁰ JAIN, **Perpetrator and Accessories** s. 46. Ayrıca bkz. *Prosecutor v Simić et al*, Appeals Chamber Judgment, IT-95-9-A, 28 November 2006, para 22; *Prosecutor v Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, IT-99-36-A, 03 Nisan 2007, para 430.

³¹¹ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 227.

³¹² Bkz. *Prosecutor v Simić et al*, Trial Chamber Judgment, IT-95-9-T, 17 Ekim 2003, para 158. Ayrıca JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 46.

Suç planı, tasarısı ya da amacının varlığı olayın şartlarından da çıkartılabilmektedir.³¹³ EYUCM'nin *Blagoyejiv ve Jokic* kararında da olayın şartlarının bir suç tasarısının olduğunu ifade edebileceği belirtilmiştir. Bu kararda, Blagoyejic, Srebrenica'ya saldıran Sırp Cumhuriyeti Ordusu'na ait Drina Kıtasının Bratunac Tugayının komutanıdır. Jokic ise aynı kıtaya bağlı Zvornik Tugayında İstihkam Komutanıdır. Bu iki askeri birliğin faaliyetleri dahilinde beş günlük bir sürede Srebrenica'dan kaçan 7000'den fazla Müslüman Boşnak erkek yakalanarak insanlık dışı muameleye tabii tutularak, kalabalık yerlerde tutulmuş, dövülmüş, istismar edilmiş ve sonuç olarak da öldürülmüştür.³¹⁴ Bu dosyada, İlk Derece Mahkemesi ortak planın varlığını, 7000'den fazla kişinin beş gün içerisinde yakalanmasının, tutuklanmasının, öldürülmesinin ve gömülmesinin müşterek suç girişimi üyeleri arasında bir plan ve koordinasyon olmadan mümkün olmayacağından çıkartmıştır.³¹⁵

Suç planı, tasarısı ya da amacının varlığı konusunda özellikle müşterek suç girişiminin ikinci kategorisini oluşturan ve sistematik vakalar olarak bilinen durumların değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, klasik örneğini toplama kamplarının oluşturduğu bu kategoride, sanık kötü muameleyi oluşturan sistemi bilmelidir ve bu sistemi devam ettirmek amacıyla hareket etmelidir.³¹⁶ Burada, ortak planı oluşturan anlaşmanın tespiti yerine, EYUCM Temyiz Dairesi *Krnojelac* kararında farklı bir yoruma imza atmıştır. Milorad Krnojelac, Saray Bosna'nın güneyinde kalan Sırp kontrolündeki bir tecrit kampının komutanıdır. Krnojelac'ın idaresindekiler kampta işkece, kötü muamele ve insan öldürme gibi suçlar işlenmektedir.³¹⁷ Sanık Krnojelac'ın idaresindekilerin doğrudan fail olarak işledikleri bu suçlara ilişkin sanığın bireysel sorumluluğunun tartışıldığı

³¹³ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 148.

³¹⁴ Özet için bkz. *The Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1221/Blagojevi%C4%87-and-Joki%C4%87/>, Erişim tarihi: Kasım 2020.

³¹⁵ *Prosecutor v Blagojevic and Jokic*, Trial Chamber Judgment, IT-02-60-T, 17 Ocak 2005, para 721.

³¹⁶ JAIN, **Perpetrator and Accessories** s. 35 vd.

³¹⁷ ICTY Case Information Sheet, *Milorad Krnojelac*, https://www.icty.org/x/cases/krnojelac/cis/en/cis_krnojelac_en.pdf, Erişim tarihi: Kasım 2020.

kararda, Temyiz Dairesi, İlk Derece Mahkemesinin ortaya çıkarttığı sonuçlar kapsamında, Sırp olmayan tutukluların insanlık dışı muameleye tabii tutulduklarını ancak Krnojelac'ın bu suçları bizzat işleyen askerlerle bir anlaşma içinde olup olmadığının incelenmesinden ziyade, bu sistemi bilip bilmediğinin ve bu sistemi kabul edip etmediğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir.³¹⁸ Böylece sanığın kötü muameleyi yaratan sisteme dahiliyeti arttıkça müşterek suç girişimi üyeleriyle arasında anlaşma olduğunun ispatının öneminin yitirileceği sonucuna varılabilir.³¹⁹ Bu yorumda önem kazanan sanığın suçu yaratan sistemin varlığını bilmesi ve kabul etmiş olmasıdır.³²⁰ Ancak Mahkemenin yorumu oldukça geniş olmakla eleştirilmiştir.³²¹

Ortak amacın sınırlarına dair hukuki tartışmalar açısından önemli bir karar da EYUCM'nin *Brdanin* kararıdır. Radoslav Brdanin, Özerk Krajina Bölgesi'nin önde gelen siyasi isimlerinden biridir. Özerk Krajina Bölgesi Meclisi'nin başkan yardımcılığı ve Sırp Cumhuriyeti Devleti'nin başkan yardımcılığı yapmıştır.³²² Brdanin, Bosnalı Müslümanları ve Hırvatları, Sırp Devleti olarak planlanan yerden kalıcı olarak çıkartmaya yönelik oluşturulmuş bir müşterek suç girişimi kapsamında faaliyet göstermekten dolayı yargılanmıştır.³²³ EYUCM'nin İlk Derece Mahkemesi kararında, sanık ile yetkili kişi arasında suçun işlenmesine dair bir anlayış ya da düzenlemenin varlığının ispatının yeterli olmadığı belirtilmiştir. İlk Derece Mahkemesi'nin kararına göre, sanığın müşterek suç girişimi kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, suçların işlenmesine dair doğrudan faillerle bir anlayış ya da düzenleme içinde bulunması veya doğrudan failler tarafından işlenen suçun daha önceden sanık ve doğrudan faillerin aralarında anlaştıkları suçun doğal ve öngörülebilir bir sonucu olduğunun kanıtlanması

³¹⁸ *Prosecutor v Krnojelac*, Appeals Chamber Judgment, IT-97-25-A, 17 Eylül 2003, para 97.

³¹⁹ JAIN, *Perpetrator and Accessories* s. 48.

³²⁰ JAIN, *Perpetrator and Accessories* s. 48.

³²¹ JAIN, *Perpetrator and Accessories* s. 48.

³²² ICTY Case Information Sheet, *Radoslav Brdanin*, https://www.icty.org/x/cases/brdanin/cis/en/cis_brdjanin_en.pdf, Erişim tarihi: Kasım 2020

³²³ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 49.

gerekmektedir.³²⁴ Kararın devamında altı çizildiği üzere, iki kişinin bir suçun işlenmesi üzerinde anlaşması karşılıklı anlayış veya düzenleme gerektirmektedir.³²⁵ Ancak bu anlayış veya düzenlemeyi ortaya çıkartacak doğrudan deliller bulunamıyorsa, söz konusu anlayış veya düzenlemenin, sanık ve doğrudan faillerin stratejik planı gerçekleştirmek için birlikte hareket etmelerinden çıkartılabileceğine karar verilmiştir.³²⁶

Brdanin dosyasında İlk Derece Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar oldukça tartışılmıştır. Zira bu kararla bir yandan doğrudan failler ve sanık arasındaki anlaşma için getirilen koşullar müşterek suç girişimi kavramını ortak suç kastına yaklaştırmaktadır; öte yandan ise bu yorum üst kademelerde bulunan ve fiziki olarak suçun işlenmesinden uzakta olan kişilerin kovuşturulabilmesini zorlaştırmaktadır.³²⁷

Brdanin dosyası ile akla gelen hukuki soru müşterek suç girişimi üyesi olmayan kişilerin, müşterek suç girişimi üyelerince tasarlanan ortak planı icra edecek suçları işlemeleri halinde sorumluluklarının nasıl değerlendirileceğidir. EYUCM'nin *Brdanin* dosyasına ilişkin Temyiz Dairesi'nce verilen kararda harici olarak suçun maddi unsurlarını gerçekleştiren bu kişinin müşterek suç girişiminin varlığını bilmesi göz önüne alınabilecek bir unsur olmakla birlikte olmazsa olmaz bir şart olarak kabul edilmemiştir.³²⁸ Müşterek suç girişimi üyelerinden birinin ortak planın parçalarını oluşturan suçların maddi unsurlarının gerçekleştirilmesi için harici birini kullanmaları halinde, müşterek suç girişimi üyelerinin harici kişinin işlediği suçtan sorumlu tutulabilmeleri için, söz konusu suç müşterek suç girişimi üyelerinden birine atfedilebilir durumda olmalıdır ve bu üye, harici kişiyi kullanırken ortak plan dahilinde hareket ediyor olmalıdır. Ancak Mahkeme, bu durumun her dosyanın özelinde incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir.³²⁹

³²⁴ *Prosecutor v Brdanin*, Trial Chamber Judgment, IT-99-36-T, 1 Eylül 2004, para 347.

³²⁵ *Prosecutor v Brdanin*, Trial Chamber Judgment, IT-99-36-T, 1 Eylül 2004, para 352.

³²⁶ *Prosecutor v Brdanin*, Trial Chamber Judgment, IT-99-36-T, 1 Eylül 2004, para 353.

³²⁷ JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 50.

³²⁸ *Prosecutor v Brdanin*, Trial Chamber Judgment, IT-99-36-T, 1 Eylül 2004, para 410.

³²⁹ *Prosecutor v Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, IT-99-36-A, 03 Nisan 2007, para 413.

Mahkeme'nin önemli tespitlerinden biri de harici kişilerin ortak amacı aşan suçlar işlemleri halinde sorumluluğun nasıl tespit edileceği hususundadır. Bu noktada da Temyiz Dairesi, sanığın harici kişinin amacı aşan suçlar işlemesi durumunda (i) ortak planın parçasını oluşturan suçların maddi unsurlarını gerçekleştirmek için bu tür bir suçun daha işlenebileceğinin öngörülebilir olması; ve (ii) sanığın bu riski almaya gönüllü olması hallerinde sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir.³³⁰ Burada başka bir kişinin hareketinin sanığa atfedilebilmesi için gerekli olan illiyet bağı/hukuki temel (*link, legal basis*) müşterek suç girişimi üyelerinin asli faili (*principal perpetrator*) bir araç olarak kullanmalarından kaynaklanmaktadır.³³¹ Araç gibi kullanma aslında üst düzey yöneticiler ile alt düzeydeki astlar arasındaki bağlantıyı oluşturmakta ve üst düzey yöneticilerin üzerinde anlaştığı ortak planın dahilindeki suçların işlenmesi astların araç olarak kullanılması durumunda işlenen suçlar arka planında duran üst düzey yöneticilere isnat edilebilecektir.³³²

Brdanin dosyasına ilişkin Temyiz Dairesi'nin vermiş olduğu bu karar doktrinde oldukça tartışılmıştır. Hatta müşterek suç girişimi kavramı hakkında dikkatle çalışmış ünlü hukukçu Antonio Cassasse de bu mahkeme kararında getirilen yorumun altını çizmiştir ve bu yorumun ceza hukukunun temel prensipleri olan kusurluluk ve illiyet bağı anlayışıyla incelenmesi gerektiğini iddia etmiştir.³³³ Cassese'ye göre müşterek suç girişimi kapsamında öngörülebilirlik kavramından bahsedilmesi kişilerin kast gerektiren suçlarda tam kast olmadan da sorumlu tutulabilmelerine yol açacak, bu durum da kusurluluğun doğru tahlil edilememesine sebep olacaktır.³³⁴ Öte yandan tüm bu karar ile öngörülen sistem, harici kişinin işlediği suçun diğer tüm müşterek suç girişimi üyelerine

³³⁰ *Prosecutor v Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, IT-99-36-A, 03 Nisan 2007, para 411.

³³¹ *Prosecutor v Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, IT-99-36-A, 03 Nisan 2007, para 412.

³³² ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 155.

³³³ CASSESE, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", s. 109-110 ve 117.

³³⁴ CASSESE, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", s. 117.

isnat edilebilmesini sağlayacak hukuki temel açısından da yetersizdir.³³⁵ Neticede harici kişi ile müşterek suç girişi üyesi olan ama kendisiyle anlaşması bulunmayan diğer üyeler arasında bir irade birleşmesi yoktur.³³⁶ Bu yaklaşım hala başkasının eyleminden sorumluluğun hukuki esasını ve bağlantı noktasını açıklığa kavuşturamamaktadır.³³⁷

Cassese oldukça eleştirilen harici kişilerin işledikleri suçlardan dolayı diğer müşterek suç girişimi üyelerinin sorumlu tutulmasının ancak iki istisnai durumda söz konusu olabileceğini iddia etmektedir: ortak plana dahil suçlar üzerinde anlaşılırken bir üyenin emri altında faaliyet gösterecek olan haricinin ilgili suçları fiziksel olarak işleyeceği üzerinde anlaşılmasıdır veya müşterek suç girişimi üyesinin suçların işlenmesinde haricilerin kullanılabileceği riskini öngörmesi ve bu riski bilinçli olarak üstlenmesi durumudur.³³⁸

iii. Kurucu Şart'ta belirtilen bir suçun işlenmesine ilişkin ortak tasarıya sanığın katılımı

Müşterek suç girişiminin maddi unsurlarının sonuncusunu ise sanığın ortak tasarıya katılımı oluşturmaktadır. Pek çok kararda altı çizildiği üzere ortak tasarı kapsamındaki suçların işlenmesine sanığın bizzat katılması gerekmemektedir.³³⁹ Zira, müşterek suç girişimi tam olarak da fiziki olarak suç işlemeyecek konumda olup, ancak söz konusu suç ve zulümlerin sorumluluğunu taşıması gereken kişilerin cezai

³³⁵ OHLİN, Jens David, "Joint Intentions to Commit International Crimes", **Chicago Journal of International Law**, C.11, S.2, 2011, ss. 693-753, s. 699

³³⁶ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 155.

³³⁷ OHLİN, "Joint Intentions to Commit International Crimes", s. 699; ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 155.

³³⁸ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 155-156.

³³⁹ JAIN, **Perpetrator and Accessories** s. 50.

sorumluluklarını tahlil edebilmek için geliştirilmiş bir sorumluluk türüdür. O halde sanığın ortak suç planı, tasarısı ya da amacına katılımı gerekir ancak bu katılımın sınırlarının da belirlenmesi gerekmektedir.

Müşterek suç girişimi dahilinde ortak suç planı, tasarısı ya da amacına katılım, suça yardım etme kapsamında aranan katılımdan farklıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere *Tadic* kararında altı çizilen durum sanığın müşterek suç girişimi içerisindeki hareketlerinin bir şekilde ortak planın ya da amacın devamına yönelik olmasıdır.³⁴⁰ Ancak *Tadic* dosyasında EYUCM'nin Temyiz Dairesi'nin verdiği kararda sanığın müşterek suç girişimine katılımı ile yardım etme kavramı arasındaki farka yönelik getirilen hukuki açıklamalar doktrinde de bu konunun tartışılmasına sebep olmuştur.³⁴¹ Müşterek suç girişiminin yardım ve yataklık kavramından farkları ilerleyen bölümlerde daha detaylı olarak ele alınacaktır. Fakat sanığın hareketlerinin müşterek suç girişimine katılım için hangi hukuki sınırlar içinde kalması gerektiğine yönelik yapılan tartışmada genel kabul edilen görüş şerikliğin bir türü olan yardım etme düzeyinden daha fazla, ancak asli faillikten de daha az bir dahiliyet aranması gerektiği yönündedir.³⁴²

Müşterek suç girişimine katılanlarda ortak amacı gerçekleştirme niyeti olmalıdır ancak bu ortak amaca ulaşmak için katılanların sunduğu bireysel katkının derecesi tali öneme sahiptir.³⁴³ Bu görüş ile birlikte söz konusu katkının önemine yönelik herhangi bir eşik olup olmadığı yönünde yapılan tartışmalar önem kazanmıştır. Bu hususun uzunca tartışıldığı *Kvocka* dosyasında, EYUCM İlk Derece Mahkemesi'nin verdiği kararda, sanığın katkısının esaslı olması gerektiği belirtilmiştir. İlk Derece Mahkemesi esaslı katkı ifadesi ile; katılımın sistemin daha kolay ya da kesintisiz işlemesine sebep olması

³⁴⁰ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para 227

³⁴¹ *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para 229.

³⁴² JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 55, AMBOS, Kai, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, 2007 ss. 159-183, s. 171.

³⁴³ OLASOLO, Hector, "Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability under International Criminal Law in light of the First Case Law of the International Criminal Court", **The Emerging Practice of the International Criminal Court** içinde, SLUÏTER Goran et. al. (eds), Leiden/Boston, 2009, ss. 339-359, s. 348. Ayrıca bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 152.

örneğinde olduğu gibi bir girişimi etkili veya etkin yapacak bir hareket ya da ihmali ifade etmektedir.³⁴⁴ Ancak Mahkeme, özellikle düşük veya orta düzeyde katılan ve suçu fiziki olarak işlemeyen kişilerin durumlarının tahlilinde katılımın her bir dosya özelinde münferit olarak değerlendirilmesi gerektiğinin de altını çizmiştir.³⁴⁵

Kararın devamında Mahkeme esaslı katılımın değerlendirilmesinde birtakım hususların göz önünde bulundurulabileceğini belirtmiştir. Bunlar; suç girişiminin boyutları, icra edilen görevler, sanığın konumu, sistemin suç niteliğini öğrendikten sonra girişimin içinde geçirilen süre, suç faaliyetlerini veya sistemin etkili işleyişini engellemek için gösterilen çaba, işlenen suçların vahameti ve kapsamı ve sanığın görevini yerine getirirken sergilediği etkili, gayretli veya keyfi zalimliklerdir.³⁴⁶ Bu hususları saymış olmakla birlikte, Mahkeme ilgili kararda, işlenen suçların vahameti ve kapsamındansa, sanığın üstlendiği bireysel rolün çok daha önemli bir unsur olabileceğini belirtmiştir.³⁴⁷ Böylece gaz odalarında gazın çıkışını sağlayacak düğmeye basmakla görevli basit bir çalışanın bireysel sorumluluğu bir toplama kampının çevresini gözetleyen ve kaçanları vuran bir amirin sorumluluğundan daha fazla olabilmektedir.³⁴⁸

Ancak bu görüşler EYUCM'nin Temyiz Dairesi tarafından kabul edilmemiştir. Temyiz Dairesi, sanığın katkısının esaslı olup olmamasının önemli bir yere sahip olmadığını belirtmiştir. Temyiz Dairesi'nin görüşüne göre katkının esaslı ya da önemli olmasından ziyade, sanığın hareketinin ya da ihmalinin ortak suç amacına katkı sağlaması yeterlidir.³⁴⁹ Ancak Temyiz Dairesine göre sanığın maddi katkısının önemi ya da kapsamı müşterek suç girişiminin manevi unsurunu belirlemede önemlidir.³⁵⁰ Temyiz Dairesi'nin bu görüşü EYUCM'nin başka kararlarında da kullanılmıştır.³⁵¹

³⁴⁴ *Prosecutor v Kvočka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 309.

³⁴⁵ *Prosecutor v Kvočka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 309.

³⁴⁶ *Prosecutor v Kvočka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 311.

³⁴⁷ *Prosecutor v Kvočka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 311.

³⁴⁸ *Prosecutor v Kvočka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 311.

³⁴⁹ *Prosecutor v Kvočka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 187.

³⁵⁰ *Prosecutor v Kvočka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 188.

³⁵¹ *Prosecutor v Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, IT-99-36-A, 03 Nisan 2007, para 430. Müşterek suç girişiminde katılımın niteliği üzerine yapılan bu hukuki tartışmaları ulusal hukuk çerçevesinden

Kvocka kararında belirtilen bu husus uluslararası ceza hukukçuları tarafından da eleştirilmiştir. Jain'e göre Temyiz Dairesi'nin getirmiş olduğu açıklama doğrultusunda bir tutukevinde görevli olan ve orada işlenen suçlardan da haberdar olan ancak görevi sadece tutuklulara yemek yapmak olan aşçı da sorumlu tutulabilecektir, çünkü aşçı bu suçların işlendiği tutukevinde görevlidir.³⁵² Mahkeme'nin benimsediği bu yorum sadece orada görevli olması sebebiyle bir aşçının tutukevinde işlenen suçlardan sorumlu olduğunun kabul edilmesine imkan sağlamaktadır.³⁵³ Bu sebeple ortak suç planı, tasarısı ya da amacına katılımın eşiğinin belirlenmesi oldukça önemlidir.

b. Müşterek Suç Girişiminin Manevi Unsurları

i. Müşterek Suç Girişimi Kategori I: Kasıtlı Suça Yönelik Ortak Plan Sorumluluğu

Tadic dosyasına ilişkin Temyiz Dairesi'nin verdiği kararda kaleme alındığı üzere, müşterek suç girişiminin temel formunu oluşturan bu ilk kategoride, tüm faillerin birlikte paylaştığı ortak suç işleme kastı aranmaktadır.³⁵⁴ Burada temel olarak iki unsur söz konusudur: Ortak suç planına gönüllü katılım ve ortak kast.³⁵⁵

değerlendirmek oldukça güçtür. Zira, müşterek suç girişi kapsamında kabul edilen sorumluluk, fiil egemenliği esasına dayalı iştirak sistemleri açısından rahatça kabul görmemektedir. Ortak plana yönelmiş hareketlerin yeterli kabul edilmesi fiil egemenliğini sağlamaya yetmeyecek düzeydeki katkılar içinde müşterek suç girişi sorumluluğunu doğurmaktadır. (Bkz. Önok, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 152 ve 153.)

³⁵² JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 56.

³⁵³ JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 56.

³⁵⁴ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 228.

³⁵⁵ JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 57.

İlk unsur olarak ortak suç planına gönüllü katılım kapsamında gönüllü katılımı belirleme konusunda EYUCM'nin açıklayıcı bir kararı yoktur.³⁵⁶ Ancak burada önemli olan sanığın girişimin cürmi niteliğinin farkında olarak ortak tasarının bir unsuruna gönüllü olarak katılmasıdır.³⁵⁷ Dolayısıyla, sanığın, girişimin devamı için işlenen her bir suçtan haberdar olası gerekmez.³⁵⁸ İkinci unsur olarak dikkat edilmesi gereken husus ise burada sanığın hem işlenen suça ilişkin ortak kastının hem de ortak plana katkıda bulunma kastının varlığının gerekmesidir.³⁵⁹

ii. Müşterek Suç Girişimi Kategori II: SistematiK Vakalar

Müşterek suç girişiminin ikinci kategorisinde sistematik ve kurumsal durumlardan bahsedildiği için (esir kampları gibi) manevi unsur kapsamında iki temel durum aranır: sistemin yapısının bilinmesi ve suç amacını devam ettirme iradesi.

Öncelikle sanığın kötü muamele uygulayan sisteme ilişkin kişisel bilgisi bulunmalıdır.³⁶⁰ Burada önemli olan soru bu kişisel bilginin hangi hallerde var olduğunun kabul edileceğidir. EYUCM'nin *Kvocka* kararında altı çizildiği üzere, sanığın sistematik yapı içerisindeki durumu ve işlevi, bu yapının içerisinde ne kadar zamandır yer aldığı ve aynı yapı içerisinde bulunan diğer insanlarla olan iletişimi ve aynı zamanda sanığa başka insanlar tarafında aktarılan bilgiler ve işlenen suçların doğrudan etkilerinin sanık

³⁵⁶ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 57.

³⁵⁷ BADAR, Mohammed Elawa, "Participation in crimes in the jurisprudence of the ICTY and ICTR", *Routledge Handbook of International Criminal Law* içinde, SCHABAS Willian ve BARNAZ Nadia (eds), London & New York, 2011, ss. 247-267, s. 252.

³⁵⁸ BADAR, "Participation in crimes in the jurisprudence of the ICTY and ICTR", s. 252.

³⁵⁹ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 57. Ancak Jain, uygulamada savcılığın genelde yargılanan her bir kişinin ve asli faillerin suç üzerindeki ortak kastını aynı zamanda suç planının amacı olarak kabul edildiğini de belirtmektedir. Bkz. JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 57.

³⁶⁰ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para 228, JAIN s. 58-59.

tarafından gözlemlenmesi gibi durumlarda sanığın bir sistem dahilinde işlenen suçlardan haberinin olduğunun çıkarımı yapılabilir.³⁶¹

Ancak bu durumun beraberinde gelen çeşitli hukuki sorular da mevcuttur. Bunların başında sanığın sistemsel yapı içerisindeki hiyerarşideki yerinin önemi gelmektedir. Zira sistemsel büyük yapılanmalarda bir iş bölümü olduğu gibi bu iş bölümü içerisindeki bazı birimlerin bazı diğer birimlere ilişkin bilgisi bulunmayabilir. Jain'ın bu konuyu açıklamaya kavuşturmak için verdiği örnek oldukça çarpıcıdır:

“[B]ir esir kampında esirleri kampa getiren şoförün kampın yemeklerini yapan aşçı ile bir bağı bulunmayabilir. Bu örnekte yer alan kişilerin kampa giren esirlerin bilgilerini toplamakla görevli olan memurla da bir bağları olamayabilir. Bu halde bu kişiler de kamp içerisinde işlenen sistemsel suçlardan sorumlu tutulacaklar mıdır?”³⁶²

Kvocka kararında hiyerarşide orta ve düşük seviyede olanların müşterek suç girişimine bizzat dahil olmayarak yardımda bulundukları ifade edilmiştir. Ancak Temyiz Dairesi müşterek suç girişiminin suç işlemeye dair bir suça katılım modeli olduğu, başlı başına suç olmadığı bu sebeple de müşterek suç girişimine yardımdan bahsetmenin doğru olmayacağı kanaatine varmıştır.³⁶³ Ancak yine de sanığın sistemin içerisindeki hiyerarşideki yeri sisteme dair bilgisine yönelik önem teşkil edecektir. Yine Kvocka dosyasında Temyiz Dairesinin kararına göre, sanığın hiyerarşideki konumu sanığın

³⁶¹ *Prosecutor v Kvocka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 324 ve 384; *Prosecutor v Kvocka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 201 ve 203. Ayrıca bkz., JAIN, **Perpetrator and Accessories**, p. 59

³⁶² JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 59.

³⁶³ *Prosecutor v Kvocka*, Trial Chamber Judgment, IT-98-30/1-T, 2 Kasım 2001, para 285; *Prosecutor v Kvocka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 91; Van Der WILT, Harmen, “Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations”, **Journal of International Criminal Justice**, C.5, S.1., 2007, ss. 91-108, s. 90

sisteme ilişkin bilgisi, ortak suç amacını devam ettirmedeki katılımı ve hatta katılımın derecesi delil olarak kullanılabilecektir.³⁶⁴

İkinci unsur olarak sanıkta suç amacını devam ettirme iradesi bulunmalıdır. İçinde bulunduğu sistemin yapısını bilen sanık, ortak suç amacını devam ettirmeyi de istemelidir. Öyle ki, Cassese müşterek suç girişiminin ikinci kategorisi olan sistematik vakalar için kurumsallaşmış ortak suç planına katılım sorumluluğu ifadesini kullanmaktadır.³⁶⁵ Gerçekten de Cassese'nin açıkladığı gibi oluşturulmuş olan kurumsal sistemler içerisinde sanıklar operasyonel veya idari görevlerini yerine getirirken suçların işlenmesine katkıda bulunmaktadır.³⁶⁶ Bu görüş doğrultusunda, her ne kadar yerine getirilen görevler önemsiz de olsa suç işleme makinası olarak tasarlanan bu kurumsal yapının ayrılmaz bir parçası olmaktadır.³⁶⁷ Cassese, durumu daha net açıklayabilmek için Auschwitz kampından örnekler vermiş ve kampa getirilen erkek ve kadınları yaşlı ve çocuklardan ayıran memurun kimlerin zorunlu çalışmaya kimlerin ise doğrudan gaz odalarına gönderileceği yönündeki bilgisi sebebiyle, her ne kadar eylemi toplu ölümler için esaslı olmasa da, sorumlu olduğunu belirtmiştir.³⁶⁸

³⁶⁴ *Prosecutor v Kvočka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 101. Van Der WILT, "Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations", s.99

³⁶⁵ CASSESE, Antonio, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, S. 1, 2007, ss. 109- 133, s. 112.

³⁶⁶ CASSESE, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", s. 112.

³⁶⁷ CASSESE, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", s. 112.

³⁶⁸ CASSESE, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", s. 112.

iii. Müşterek Suç Girişimi Kategori III: Genişletilmiş Müşterek Suç Girişimi

Tadic kararıyla birlikte uluslararası ceza hukukunun gündemine giren müşterek suç girişiminin 3. kategorisi en tartışmalı olan sorumluluk yapısıdır. Bu türde, ortak planın devamı için faillerden birinin işlediği ortak tasarıya dahil olmayan bir fiil, ortak amacın doğal ve öngörülebilir bir sonucu olarak kabul edilir³⁶⁹ ve böylece sorumluluk diğer grup üyelerine teşmil eder. *Tadic* kararında Temyiz Dairesi bu durumu etnik bir grubun yaşadığı yerden uzaklaştırılması amacını taşıyan bir grubun faaliyetleri sırasında beş sivilin ölmesi örneği ile açıklamaktadır. Bu durumda her ne kadar öldürme ortak tasarıda bulunan bir fiil olmasa da, öngörülebilir bir sonuç olması ve sanığın görevinde özensiz davranması sebepleriyle ortak suç girişimine katılan herkese insan öldürmeden doğan cezai sorumluluk yüklenebilir.³⁷⁰

Burada özenle üzerinde durulması gereken durum, ortak amaca katılan kişilerden birinin işlediği ve ortak plan dahilinde olmayan ancak öngörülebilir olan başka bir fiilden dolayı diğer katılımcıların sorumlu tutulmasıdır. Zira katılımcılar ortak suç tasarısının ana hedeflerinde mutabıktır ancak üzerinde anlaşılan suçların işlenmesine bağlı olarak işlenen bir takım diğer suçlar konusunda ortak bir kast yoktur.³⁷¹ Bir diğer ifade ile burada başkasının fiillerinden sorumluluk atfeden bir tür objektif sorumluluk hali söz konusudur.

Müşterek suç girişiminin birinci ve ikinci halinde de olduğu üzere burada da sanıkta suç amacına katılma ve onu devam ettirme niyeti olmalıdır.³⁷² Ancak burada tartışılan husus ortak suç amacının dışında kalan fiillerde sorumluluk olduğu için, bu tür

³⁶⁹ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 204.

³⁷⁰ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 204.

³⁷¹ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s.162.

³⁷² JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 61.

suçlar için sanığın öngörüsü ve bu riski almaya gönüllü olması belirleyicidir.³⁷³ *Tadic* Temyiz Kararında Mahkeme sorumluluğun sirayet edebilmesi için gerekli olan manevi unsur üzerinde durmuştur. Savaş esirlerine kötü muamele örneğinde bir takım grup üyelerinin bazı esirleri öldürmesi durumunda, ortaya çıkan ölümlerden diğer üyelerin de sorumlu olabilmesi için gruptaki herkesin bu sonucu tahmin edebilir olmasını aramıştır.³⁷⁴ Mahkemenin kararına göre burada taksirden daha fazlası gerekmektedir.³⁷⁵ Öyle ki, kişi belirli bir sonucun ortaya çıkmasını istemese de, grubun hareketlerinin yüksek ihtimalle o sonuca sebep olabileceğinin farkındaysa, fakat bu riski almaya yine de gönüllüyse, ortaya çıkan bu öngörülen sonuçlar bakımından sorumluluk doğacaktır.³⁷⁶ Bir diğer ifade ile, sanık öldürme suçunun öngörülebilir olması ve bu riski bilerek suç planının içerisinde bulunması sebebiyle diğer grup üyelerinin işlediği öldürme fiilinden dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Burada tartışılması gereken bir diğer önemli husus ise öngörülebilirliğin nasıl belirleneceğidir. *Tadic* Temyiz Dairesi kararında grubun içindeki herkesin bu öngörüde bulunabiliyor olmasının³⁷⁷ ve grubun diğer üyelerinin böyle bir suçu işleyebileceğine dair bir öngörünün bulunmasının³⁷⁸ altı çizilmiştir. Temyiz Dairesinin kararı hem subjektif öngörülebilirliğe hem de objektif öngörülebilirliğe değinmektedir. Ancak öngörülebilirliğin nasıl değerlendirileceği önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bassiouni'nin ifadesine göre öngörülebilirlik subjektiftir. Bireysel olarak sanığın öngörülebilirliği değerlendirilir; genel bir öngörülebilirlik değerlendirilmesi yapılmaz.³⁷⁹ Öte yandan, Cassese'ye göre ise objektif değerlendirme yapılarak ortalama akla sahip bir insanın öngörülebilirlik değerlendirmesi dikkate alınmalıdır.³⁸⁰ Ancak bu görüş

³⁷³ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 61.

³⁷⁴ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 220.

³⁷⁵ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 220.

³⁷⁶ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 220.

³⁷⁷ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 220.

³⁷⁸ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 228.

³⁷⁹ BASSIOUNI, Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden/Boston, 2013, s. 392.

³⁸⁰ CASSESE, *The Proper Limits*, s. 123.

öngörülebilirlik değerlendirmesinde taksirli sorumluluğun yolunu açmaktadır ve pek çok mahkeme kararı kapsamında da kabul edilmemiştir.³⁸¹

Mahkeme kararları müşterek suç girişiminin genişletilmiş haline ilişkin manevi unsur değerlendirmesi yaparken farklı yaklaşımlar sergilemiştir. *Kvocka* kararında fazladan işlenen aşkın suçtan dolayı sorumluluğun doğabilmesi için subjektif değerlendirme esas alınmıştır.³⁸² Kararda fazladan işlenen aşkın suçların doğal ve öngörülebilir sonuçlar olması halinde sanığın sorumlu tutulabileceği, bu değerlendirme yapılırken de ilgili sanığın bilgisi çerçevesinde bir değerlendirme yapılacağı belirtilmiştir.³⁸³ Bir diğer önemli karar olan *Karadzic*'de Mahkeme öngörülebilirliğin bir ihtimal değerlendirmesi (mümkünlük) olduğunun altını çizmektedir; ihtimalin gerçekleşme olasılığı değerlendirilmeyecektir.³⁸⁴ *Krstic* davasında ise İlk Derece Mahkemesi yine doğal ve öngörülebilirliğe değinirken aynı zamanda da ortaya çıkan aşkın suçlar açısından sanığın koşullar gereğince bu suçların ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğunu biliyor olması gerektiği belirtilmiştir.³⁸⁵ *Brdanin* kararında ise ölçek biraz daha aşağıya yerleştirilmiş ve aşkın suçların olası bir sonuç olması yeterli kabul edilmiştir.³⁸⁶

Brdanin kararının bir diğer önemi ise özel kast gerektiren suçlar konusuna değinmiş olmasıdır. EYUCM, *Brdanin* kararında özel kast gerektiren soykırım suçunun aşkın suç olarak işlenmesi durumunda, müşterek suç girişimine katılan sanığın da özel kasta sahip olmasını aramamıştır. Mahkemenin değerlendirmesinde sanığın, soykırımı oluşturacak bir suçun işlenebileceğini ve suç işlenirken soykırım amacı güdüleceğini

³⁸¹ OLASOLO, Hector, "Joint Criminal Enterprise And Its Extended Form: A Theory Of Co-Perpetration Giving Rise To Principal Liability, A Notion Of Accessorial Liability, Or A Form Of Partnership In Crime?", **Criminal Law Forum**, C. 20, S. 2, 2009, ss. 263–287, s. 281. Ayrıca bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 165.

³⁸² O'KEEFE, Roger, **International Criminal Law**, Oxford, 2015, s. 174.

³⁸³ *Prosecutor v Kvocka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 86.

³⁸⁴ *Prosecutor v. Karadzic*, Appeals Chamber Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability, IT-95-5/18-AR72.4, 25 Haziran 2009, para 13-18, para 15.

³⁸⁵ *Prosecutor v Krstić*, Trial Chamber Judgment, No IT-98-33-T, 2 Ağustos 2001, para 616.

³⁸⁶ *Prosecutor v. Brdanin*, Trial Chamber Judgement, IT-99-36-T, 1 Eylül 2004, para 265.

makul olarak öngörebilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁸⁷ Bu şartlar altında aslında müşterek suç girişimine katılmış bir sanık bizzat soykırım suçunu işleyen kişiden daha az kusurluluğa sahip olmasına rağmen soykırım suçu işlemekten sorumlu tutulacaktır.³⁸⁸ Bir diğer ifade ile, müşterek suç girişiminin icrasında soykırım doğal ve öngörülebilir bir sonuç olarak kalıyorsa ve sanık soykırımın mümkün bir sonuç olduğunun farkında ve bu bilinçle müşterek suç girişimine katılmışsa, soykırım suçundan fail olarak sorumlu tutulacaktır.³⁸⁹

Şüphesiz ki müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisi sorumluluğu oldukça genişletmektedir. Müşterek suç girişimine yönelik eleştirilere aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir ancak *Brdanin* kararında Hakim Shahabudeen'in muhalefet şerhine yer vermek konuyu açıklamaya yardımcı olacaktır. Hakim Shahabudeen, *Tadic* kararını da yorumlayarak, müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisinin suçun unsurlarıyla ilgili olmadığını, soykırım suçunda özel kastın suçun bir unsuru olduğunu, bu özel kastın ortaya konulamaması durumunda ise davanın düşmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁹⁰

3. Müşterek Suç Girişiminin Uluslararası Ceza Hukukundaki *Hibrit*

Mahkemelerde Uygulaması

Uluslararası ceza adaletine katkı sağlayan bir diğer mekanizma olan uluslararası ceza hukukunun *hibrit* mahkemelerinde, uluslararası gözetim, yerel mahkemeler özelinde

³⁸⁷ *Prosecutor v Brdanin*, Decision on Interlocutory Appeal, ICTY-99-36-A, 19 Mart 2004, para 5–10. Ayrıca bkz. OLASOLO, “Joint Criminal Enterprise And Its Extended Form: A Theory Of Co-Perpetration Giving Rise To Principal Liability, A Notion Of Accessorial Liability, Or A Form Of Partnership In Crime?”, s. 283.

³⁸⁸ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s.139.

³⁸⁹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 139.

³⁹⁰ *Prosecutor v Brdanin*, Decision on Interlocutory Appeal, ICTY-99-36-A, 19 Mart 2004, para 5–10 ve aynı belgede Hakim Shahabudeen'in Muhalefet Şerhi, para 2-4.

hem yargılama hem de kapasite geliştirme amaçlı birleşmiştir.³⁹¹ Sierra Leone için Özel Mahkeme, Doğu Timor'da İşlenen Ağır Suçlar için Özel Paneller, Kamboçya Mahkemeleri'ndeki Olağanüstü Daireler, Lübnan için Özel Mahkemeler, Irak Yüksek Mahkemesi ve Kosova Uzman Daireleri şimdiye kadar kurulan *hibrit* mahkemelerin örneklerini oluşturmaktadır. Daha önceki *ad hoc* mahkeme örneklerinden farklı olarak *hibrit* mahkemeler yerel halk tarafından adalet algısının daha çok benimsendiği ve daha az masrafla kurulan mekanizmalardır, ancak bütçeleri daha kısıtlıdır ve uluslararası platformda diğer *ad hoc* mahkemeler ya da Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi geniş bir varlık alanına sahip değildir.³⁹²

Uluslararası ceza hukukunun tartıştığı ve kullandığı kavramlar bu mahkemeler açısından da önem taşımaktadır. Bu kapsamda EYUCM kararlarıyla uluslararası ceza hukukunda bireysel ceza sorumluluğunun tespitinde önemli bir kavram olan müşterek suç girişimi *hibrit* mahkemeleri de etkilemiş ve onlar tarafından da kullanılan bir kavram olmuştur. Yukarıda adı geçen *hibrit* mahkemelerin hepsinde müşterek suç girişimi kullanılmıştır. Ancak bu kavramın uygulaması her bir mahkeme özelinde önemli farklılıklar taşımaktadır.

Sierra Leone için Özel Mahkemeler'in Kurucu Statüsü'nde, tıpkı EYUCM ve RUCM'de de olduğu gibi, müşterek suç girişimi kabul edilmiş bir suça katılım yöntemi değildir. Ancak özellikle Savcılık teşkilatı içtihat yoluyla kabul edilen bu kavrama geniş ölçüde dayanmıştır. Müşterek suç girişiminin maddi unsurları birden çok kişinin suç işlenmesi ya da suça dahil olunmasını sağlayacak ortak bir plan, tasarı veya amacın varlığına katkı sağlayarak suç işlenmesidir. Dolayısıyla burada esas vurgu suç işlemek amacıyla bir birliktelik oluşturulmasıdır. Ancak Sierra Leone için Özel Mahkemeler'in Savcısı müşterek suç girişimine dayanarak yazdığı bir iddianamede, Sierra Leone'deki

³⁹¹ BELLELLI, *The Establishment of the System of International Criminal Justice, International Criminal Justice Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, s. 14

³⁹² BELLELLI, *The Establishment of the System of International Criminal Justice, International Criminal Justice Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, s. 15.

siyasi gücü ve kontrolü eline geçirmek için müşterek suç girişiminin oluşturulmasından bahsetmektedir.³⁹³ Burada EYUCM özelindeki uygulamadan farklı olarak esasen siyasi gücü eline geçirmek ve iktidar olmak bir suç değildir.³⁹⁴ Sierra Leone için Özel Mahkemeler bünyesinde müşterek suç girişimi, suç oluşturmaya faaliyetleri yürütmek amacıyla bir araya gelinmesini kapsar bir şekilde yorumlamıştır.

Esasen EYUCM kapsamında uygulanan müşterek suç girişiminde de siyasi amaçlarla oluşturulan gruplar vardır. Ancak burada EYUCM şu durumun altını çizmektedir: nihai bir siyasi amaca ulaşmak için suç işlemek planıyla bir araya gelen kişiler müşterek suç girişimi kapsamında değerlendirilmiştir. Böylece örneğin bir bölgenin etnik olarak Sırlara ait olmasını istemek bir nihai siyasi amaç olabilir ancak bu amaca ulaşabilmek için bölgede yaşayan Müslüman grupların zorla göç ettirilmesi ya da benzer suçlara tabii tutulması amacıyla bir araya gelmek müşterek suç girişimi kapsamında bir suç planı olarak kabul edilmiştir.³⁹⁵ Sierra Leone için Özel Mahkemelerin yapmış olduğu değerlendirmelerde bu ayırım ortadan kalmış ve zaten dikkatle uygulanması gereken bir kavram olan müşterek suç girişimi daha da geniş bir alanda uygulanmaya başlanmıştır Böylece, Sierra Leone için Özel Mahkemeler’de uygulanan müşterek suç girişimi kavramı, sadece düşünce aşamasının ve suç olmayan gruplaşmaların cezalandırılmasıyla *nullum crimen sine lege* prensibiyle çatışmaktadır.³⁹⁶

Doğu Timor’da işlenen suçlar için Özel Paneller de müşterek suç girişimini hukuki değerlendirmelerine dahil etmiştir. Esasen Özel Paneller sorumluluk türleri açısından Roma Statüsü’nde yer alana dili kullanmıştır ancak bu *hibrit* mahkeme bünyesinde yer alan iddianamelerin çoğu açıkça ya da üstü kapalı bir şekilde müşterek

³⁹³ JONES, John, CARLTON-HANCILES, Claire, KAH-JALLOW, Haddijatou, SCRATCH, Sam, YILLAH, Ibrahim, “The Special Court for Sierra Leone: A Defence Perspective”, **Journal of International Criminal Justice**, C.2, 2004, ss. 211-230, s. 224.

³⁹⁴ JONES ve diğerleri, “The Special Court for Sierra Leone: A Defence Perspective”, s. 224.

³⁹⁵ WAYNE Jordash, VAN TUYL, Penelope, “Failure to Carry the Burden of Proof: How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone”, **Journal of International Criminal Justice**, C.8, S. 2, 2010, ss. 591–613, s. 598-600.

³⁹⁶ WAYNE, VAN TUYL, “Failure to Carry the Burden of Proof: How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone”, s. 609

suç girişimi doktrinine dayanmıştır.³⁹⁷ Esasen bu durum, başlı başına bu durum ise müşterek suç girişimi kavramının uygulama açısından yarattığı etkiyi göstermektedir.³⁹⁸

Kamboçya Mahkemeleri’ndeki Özel Daireler ise müşterek suç girişimi hakkında önemli bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu mahkemeler uluslararası ceza hukuku kapsamında açıkça müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisini uluslararası teamül hukukunda yeri olmaması gerekçesiyle reddetmektedir.³⁹⁹ Bu yargılamalar düzeyinde Kamboçya hukuku zaman yönünden yetki bakımında uygulanabilir olduğu için, Mahkeme müşterek suç girişiminin birinci ve ikinci kategorisinin ulusal hukuktaki müşterek faillik ile açıklanabileceği ancak ortak suç planının dışında kalan fiiller için Kamboçya hukuku kapsamında sadece komplo suçunun uygulanabilir olduğunu belirtmiş ve müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisini de ulusal hukuk kapsamında kabul edilmediği ve ayrıca teamül hukukunda bulunduğuna da kanaat getirmediği için uygulamamıştır.⁴⁰⁰

Bir diğer *hibrit* mahkeme olan Lübnan için Özel Mahkemeler ise Kurucu Statü’de bireysel sorumluluğa ilişkin *Ad Hoc* uluslararası ceza mahkemelerinin statülerindeki ifadenin aynısını kullanmıştır. Bu kapsamda Mahkeme müşterek suç girişimi kavramını uygulayabileceğini kabul etmiştir. Ancak Lübnan için Özel Mahkemeler yargı yetkisine giren suçların tanımını ise hususi olarak Lübnan ceza hukukundan almaktadır. Bu noktada Mahkemenin Temyiz Dairesi müşterek suç girişimini uygulamak yönünde karar kılmış ancak Lübnan yerel hukukunda müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisine benzer bir düzenleme olduğunu ancak bu kategoride aşkın suçlar için olası kasta dayanıldığını,

³⁹⁷ DANNER, Allison Marston, MARTINEZ Jenny S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, **California Law Review**, C. 93, 2005, ss. 75-169, s. 156.

³⁹⁸ DANNER, MARTINEZ, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, s. 156.

³⁹⁹ JAIN, Neha, “The Joint Criminal Enterprise Doctrine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia” **Trials for International Crimes in Asia**, SELLARS, Kirsten (Ed.) içinde, Cambridge 2015, ss. 275-300, s. 276.

⁴⁰⁰ JAIN, “The joint criminal enterprise doctrine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, s. 289.

ancak Mahkeme bünyesinde yargılanan terörizm suçunun ise özel kasıtlı işlenebildiğini bu sebeple müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Temyiz Dairesi, terörizm suçu için suça katılanları fail gibi değerlendirmek yerine şerik olarak değerlendirme yönünde görüş bildirmiştir.⁴⁰¹ Esasen, Lübnan için Özel Mahkemeler'in suç tanımını ulusal hukuk sisteminden alması ancak bu suçlara ilişkin ceza sorumluluğunu ise yerel hukukta iz düşümü olmayan ve hususi olarak uluslararası suçlar için tasarlanmış sorumluluk türlerine tabii tutması *nullum crimen sine lege* prensibinin ihlali olarak görülmüş ve eleştirilmiştir.⁴⁰²

Irak Yüksek Mahkemesi Roma Statüsü'nde yer alan ortak amaç sorumluluğunu aynı kelimelerle Kurucu Statüsü'ne yerleştirmiştir. Ancak ne müşterek suç girişimi ne de Roma Statüsü'nde yer alan ortak amaç sorumluluğuna dair detaylı bir hukuki değerlendirmede bulunmuştur.⁴⁰³

Son olarak Kosova Uzman Daireleri'nin Kurucu Statüsü 16. maddesinde bireysel ceza sorumluluğunu Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Statülerinde yer alan kelimelerle ifade etmiştir. Ayrıca madde 12 kapsamında, uluslararası teamül hukukunun Mahkeme nezdinde uygulanacak hukuk olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰⁴ Bu yönüyle Kosova Uzman Dairelerinin hukuki uygulama anlamında Ad Hoc mahkemelere, UCM'den daha yakın olduğu iddia edilmektedir.⁴⁰⁵ Kosova Uzman Daireleri'nin oldukça eleştirilen müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisini kabul etmeme ve hatta bu yönde yerleşmiş

⁴⁰¹ SCHARF, Michael, "Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation," **American Society of International Law**, C. 15, S. 6, 2011, <https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/6/special-tribunal-lebanon-issues-landmark-ruling-definition-terrorism-and>, Erişim: Mart 2023.

⁴⁰² MILANOVIĆ, Marko, "An Odd Couple: Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon," **Journal of International Criminal Justice**, C5, S, 5, 2007, ss. 1139-1152, s. 1140.

⁴⁰³ BANTEKAS, Ilias, "The Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity," **International and Comparative Law Quartely**, C. 54, S.1, ss. 237-253, s. 244.

⁴⁰⁴ YANEV, Lachezar. "Co-perpetration responsibility in the Kosovo Specialist Chambers: Staying on the beaten path?," **Journal of International Criminal Justice**, C. 14, S.1, 2016, ss. 101-121, s. 102 vd.

⁴⁰⁵ YANEV. "Co-perpetration responsibility in the Kosovo Specialist Chambers: Staying on the beaten path?," s. 102 vd.

uygulamayı değiştirme gücünün olduğu dahi iddia edilmiştir.⁴⁰⁶ Nitekim 22 Temmuz 2022 tarihli bir kararında Kosova Uzman Daireleri n Soruşturma Dairesi Hakimi, *Thaci et al.* kararında savcılığın müşterek suç girişiminin üçüncü kategorisini hariçte bırakarak tekrar iddianame hazırlamasını istemiştir.⁴⁰⁷

4. Müşterek Suç Girişimi ile Suça İştirak Arasındaki Farklar

Müřterek suç girişiminin detaylarıyla tartişıldığı *Tadić* kararında Temyiz Dairesi kolektif olarak işlenen suçlarda, bu suçlara katılımın ahlaki aęırlıęı⁴⁰⁸ çerçevesinde bir değerlendirme yaparak, fail ve şerikler arasında hiyerarşik bir bakış açısı ortaya koymuştur.⁴⁰⁹ Yukarıda yapılan tartişmalar kapsamında müşterek suç girişimine katılanların fail olarak değerlendirileceğine değinilmiştir. Müřterek suç girişimi bir faillik türü ise bu durumda bu kavramın suç genel teorisinde yer alan suça iştirak kavramından farklarının belirlenmesi gerekir. Bu noktada öncelikle suça iştirakin ne olduğundan kısaca bahsedilecek, ardından ise müşterek suç girişiminin iştiraktan farkları belirtilecektir.

Suç tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişinin bir araya gelmesiyle de işlenebilir.⁴¹⁰ Hatta bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi günümüzde artan bir eğilim gstermektedir⁴¹¹ çünkü günümüzde bazı suçların

⁴⁰⁶ REES, Jonathan, GERRY, Felicity, “Joint Criminal Enterprise in Kosovo Specialist Chambers”, <https://www.ibanet.org/article/882B3169-0EA7-4F4A-8F3B-FBF7C731607A>, Erişim: şubat 2022.

⁴⁰⁷ Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office, **Thaci et. al: Pre-Trial Judge’s decisions on motions challenging the KSC jurisdiction/form of the indictment**, <https://www.scp-ks.org/en/blogs/live-update-court/thaci-et-al-pre-trial-judges-decisions-motions-challenging-ksc>, Erişim: şubat 2022.

⁴⁰⁸ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 192.

⁴⁰⁹ JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 31-32.

⁴¹⁰ TOROSLU, Nevzat, TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 322. AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 23.

⁴¹¹ DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, İstanbul 2019, s. 746. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 315. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 24-25.

örgütlenerek işlenmesi suç ile amaçlanan sonuca ulaşmayı kolaylaştırmaktadır. O halde, “bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesi halinde, (*concursum plurium in idem delictum*) failer arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu suretle işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar adı verilir.”⁴¹²

Kanunda yer alan suç tanımında zorunluluk olmadığı halde birden fazla kişi tarafından suçun işlenmesi hali doktrinde muhtemel veya geçici iştirak olarak da adlandırılmaktadır.⁴¹³ Öte yandan kanunda tanımlanan suçun oluşabilmesi için birden çok kişinin bulunması gerektiği anlaşılıyorsa burada çok failli suçtan bahsedilmektedir ve bu durum zorunlu iştirak olarak da adlandırılmaktadır.⁴¹⁴ Çok failli suçlarda suçun kurucu unsuru birden çok kişinin bulunmasıdır.⁴¹⁵ Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma kanuni tanım gereği birden fazla kişinin öngörüldüğü bir suçtur. O halde çok failli suçlarda suç tanımında iki veya daha fazla failin bulunması gerekmektedir, suça iştirak suçun oluşması için zorunlu olmayıp suçun bir işlenme biçimi olarak görünmektedir.⁴¹⁶ Çok failli suçlara da iştirak mümkün olabilecektir ancak “bu tür iştirak, kuşkusuz zorunlu ortaklar dışında kalan kişiler tarafından gerçekleştirilebilir.”⁴¹⁷

Bu durumda, kanuni tanımda yer alan sayıdan fazla fail arasında nedensellik değeri taşıyan birden çok hareketin icra edilmesi, failer arasında iştirak iradesinin bulunması ve suçun icrasına başlanması⁴¹⁸, veya en azından suçun icrasının teşebbüs aşamasında kalması⁴¹⁹ suça iştirakin unsurları arasında sayılmaktadır. Belirtilen süjelerin

⁴¹² DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 746. Aynı tanıma dayanarak iştirake suç ortaklığı da denmektedir. Bkz. İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s.531

⁴¹³ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2006, s. 499. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 315

⁴¹⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 499. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 315

⁴¹⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 500.

⁴¹⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 500. Ayrıca zorunlu iştirak ve muhtemel iştirak arasındaki benzerlikler ve farklar için bkz. SANCAR, Türkan, **Çok Failli Suçlar**, Ankara 1998, s. 51 vd.

⁴¹⁷ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 354.

⁴¹⁸ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 766 vd.

⁴¹⁹ HAZIFOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015, s. 332 vd.

çokluğu, bir suç fiilinin gerçekleşmesi ve iştirak edenlerin fiile katkısı iştirakin maddi unsurunu oluştururken, iştirak iradesi kapsamında iştirak edenlerin kast ve taksirlerinin incelenmesi ise iştirakin manevi unsurunu oluşturmaktadır.⁴²⁰

Çalışmanın bu bölümünün amacı, suç genel teorisinde yer alan iştirak ile müsterek suç girişimini karşılaştırmaktadır. Bu noktada maddi unsurlar açısından her iki kavramda da benzerlikler dikkat çekmektedir. Süjelerin çokluğu, bir suçun işlenmesi ve sanığın suç fiilinin gerçekleşmesine katkısı ortak maddi unsurlardır. Süjelerin çokluğu, kanuni tanımda yer alandan daha fazla kişinin katılımıyla suç işlenmesi hali olarak her iki kavram açısından da ortak bir anlam ifade etmektedir.

Suçta iştirakten bahsedebilmek için tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun gerçekleştirilmesi gerekir.⁴²¹ Bu itibarla, suç genel teorisi kapsamında suça iştirak, suçun icrası başlamadıkça cezalandırılmamaktadır.⁴²² Müsterek suç girişiminin maddi unsurları arasında da suçun işlenmesi ya da suça dahil olunmasını sağlayacak bir plan, tasarı veya amacın varlığı aranmaktadır. Bu durumda teorik olarak müsterek suç girişimi, suç işleme konusundaki ortak amacı, planı veya tasarıyı da cezalandırmaktadır. Bu yönüyle müsterek suç girişimi Anglo-Amerikan hukukundaki klasik anlamda komplo suçunu anımsatmaktadır. Ancak bu yönde EYUCM'nin kararları incelendiğinde görüldüğü üzere, müsterek suç girişimi katılanları arasındaki icra edilmemiş suç anlaşmasının bizatihi varlığı cezalandırılmamış, aksine bu anlaşmanın icra edilmesi cezalandırılmıştır. Hatta bu yönde yargı kararlarında suç anlaşması gevşek yorumlanmış, failler arasında bir anlayış ya da düzenleme ortak suç planının varlığı için yeterli görülmüştür.⁴²³

⁴²⁰ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 331 vd.

⁴²¹ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 335.

⁴²² DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 785. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 335.

⁴²³ Bkz. *Prosecutor v Simic et al*, Trial Chamber Judgment, IT-95-9-T, 17 Ekim 2003, para 158. Ayrıca JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 46.

Bir diğ er maddi unsur olan iştirak edenlerin katkısı da karşılaştırılması gereken bir unsurdur. Suça iştirakten bahsedebilmek için katılanların davranışı nedensel olmalı, bir diğ er ifade ile suç fiilini gerçekleştirmeye yönelik bir katkı olmalıdır.⁴²⁴ Suç genel teorisindeki iştirak hükümleri kapsamında birden çok fail tarafından yapılan birden çok hareket ihmali ya da icrai olabilir ve maddi ya da manevi katkı sağlayabilir.⁴²⁵ Her fail tarafından suça katkı sağlayan hareketler eşit olmayabilir. Bu durumda, bazı hareketler suçun işlenmesi açısından esaslı iken, başka bazı hareketler ise suç açısından daha az öneme sahip olabilir. İştirakin olabilmesi için mutlaka suç için esaslı hareketlerin işlenmesi gerekmez, bir davranışın suçun işlenmesini destekler nitelikte olması veya suçu muhtemel hale getirmesi de iştirak için yeterlidir.⁴²⁶ Bu durumda suçun olmazsa olmaz hareketlerinin gerçekleştirilmesi, suçu kolaylaştırıcı hareketlerin gerçekleştirilmesi ve suçun işlenmesinden sonrası için tahminen suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun başarıya ulaşmasını muhtemel hale getiren davranışların gerçekleştirilmesi halleri cezalandırılabilir iştirak durumlarını oluşturacaktır.⁴²⁷ Bireysel sorumluluk ilkesi kapsamında kişinin doğrudan maddi yönden suça neden olması gerekmez, ortaklık ilişkisi kapsamında diğ er ortakların sunduğu nedensel katkılar da kişinin kendi davranışına dönüőecektir, bu sebeple kişinin suçun işlenmesi tehlikesini artırmış olması yeterlidir.⁴²⁸ Eşitlik sistemi kapsamında görece daha tali hareketlerle katkı sunanların cezaları takdiri indirim sebepleriyle indirilirken, ikilik sistemlerinde asli ve fer'i fail ayrımı yapılarak, fer'i faillerin cezasında indirim yapılması kanunen zorunlu tutulmaktadır.⁴²⁹

Müşterek suç girişimi kapsamında ise, bu girişime katılanların katkılarının boyutu EYUCM tarafından tartışılmıştır. Bu noktada tekrar belirtmekte fayda vardır ki, müşterek

⁴²⁴ HAZİFOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 333. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 775 vd.

⁴²⁵ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 770.

⁴²⁶ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 340.

⁴²⁷ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 340.

⁴²⁸ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 340- 341.

⁴²⁹ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 770.

suç girişimi bir faillik türüdür. Yani müşterek suç girişimine katılanların her biri fail olarak sorumlu tutulurlar. Bu kapsamda değerlendirmelere yer veren *Kvocka* kararında katkının esaslı olup olmaması tartişılmış, temyiz kararında nihai olarak ise hareket ya da ihmalin ortak suç amacına katkı sağlamasının yeterli olduğu, esaslı katkının aranmaması gerektiğine karar verilmiştir.⁴³⁰ Burada asıl sorun, özellikle hiyerarşik yapılar içerisinde orta kademedede bulunan yöneticilerin sorumluluğu yönündedir. Zira bu kişiler suçu bilmekte ancak, suça katılımları oldukça tali nitelikte kalabilmektedir. Bu durum EYUCM nezdinde her bir dosya üzerinde kararlaştırılması gereken bir konu olarak kabul edilmiştir. Ancak doktrinde muğlak olarak ifade edildiği şekliyle müşterek suç girişimi kapsamında katılanların doğrudan failden daha az, yardım edenden ise daha çok bir katılım göstermeleri aranmaktadır.⁴³¹

Suç genel teorisi içinde suça iştirakin manevi unsuru ise iştirak iradesidir. Bir suça katılan insanlar arasında, onları birbirlerine bağlayan unsur iştirak iradesidir, bir diğer ifade ile iştirakin manevi unsurudur.⁴³² İştirak iradesinin tespiti, iştirak halinde suç ortaklarını neden sadece kendi hareketlerinden değil de diğer ortakların da hareketlerinden sorumlu olacaklarını açıklamaktadır.⁴³³ Suça katılan kişide suça katılma bilinç ve iradesi olmalıdır, bu yönde bir kasıt olmadan tesadüfen suça iştirak yapılamaz.⁴³⁴ Suça katılan kişi suça dair tüm ayrıntıları bilmeyebilir ve suç işleme konusundaki anlaşma aniden birlikte hareket edilerek de gelişebilir.⁴³⁵ Ayrıca, suça iştirakte ortakların her birinin katkılarının karşılıklı olarak bilincinde olması gerekmez; bu bilincin sadece tek bir ortakta bulunması ve diğerlerinin koordinasyonunun sağlanması yeterlidir.⁴³⁶

⁴³⁰ *Prosecutor v Kvocka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 şubat 2005, paras 188.

⁴³¹ JAIN, **Perpetrator and Accessories**, s. 55, AMBOS, Kai, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, 2007 ss. 159-183, s. 171.

⁴³² DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 780.

⁴³³ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 780.

⁴³⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 506.

⁴³⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 506- 507.

⁴³⁶ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 343. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 507. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 784.

İştirakin maddi unsurlarında da tartışıldığı üzere, iştirakten söz edilebilmesi için işlenmesi konusunda anlaşılan tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış bir suç olmalıdır. Esasen, suça iştirakte sorumluluğun sınırlarını üzerinde anlaşılan suç belirleyecektir.⁴³⁷ Bu noktada, bu çalışma kapsamında üzerinde kararlaştırılardan farklı bir suç işlenmesinin ortaklar üzerindeki etkisi, yapılan kıyaslama için önem taşımaktadır.

İştirak kapsamında işlenen suç, iştirak iradesinden daha hafif bir suç ise sadece gerçekleşen suç cezalandırılacaktır.⁴³⁸ Ancak suça katılan ortaklardan birinin kararlaştırılan suçtan başka bir suç işlemesi halinde diğer ortaklarda bu yönde bir iştirak iradesinin bulunmaması sebebiyle, işlenen aşkın ya da farklı suçun diğer ortaklara nasıl etki edeceği oldukça tartışmalı bir konudur. Sübjektif görüş kapsamında, sadece iştirak edenlerin iradesi dikkate alınır, ağır suçu işleyen fail o suçtan, diğer yardım edenler ise iştirak iradelerinin yöneldiği suçtan sorumlu olurlar.⁴³⁹ Objektif görüş çerçevesinde ise şartların eşitliği teorisine dayanılarak neticenin sebepleri arasında bir ayrım gözetilmez, nedensellik değeri taşıyan hareketler kapsamında ortaya çıkan daha ağır netice tüm ortaklara yüklenir. Üçüncü görüş kapsamında ise, eğer ki yardım edenler fail tarafından işlenen aşkın suçu öngörmüşler veya öngörebilecek durumda iseler, ortaya çıkan daha ağır suç için ancak taksirle sorumlu tutulabilirler.⁴⁴⁰ Klasik okul bu sorunu ikili bir ayrımla incelemektedir. Eğer suç planını icra eden ortakların işledikleri farklı suçlar, kararlaştırılan hareketlerin sınırı dışında kalıyorsa, bu farklı suçlardan sadece onları işleyenler sorumlu olacaktır; ancak işlenen farklı suçlar kararlaştırılan hareketlerin sınırı içinde kalıyorsa, ortaya çıkan farklı sonuçtan daha ağır ya da hafif olmasına bakılmaksızın tüm ortaklar birlikte sorumlu tutulacaktır.⁴⁴¹ Bir diğer yaklaşımda ise, eğer

⁴³⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 509.

⁴³⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 791.

⁴³⁹ TOROSLU, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 352. DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 791.

⁴⁴⁰ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 791. TOROSLU, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 352.

⁴⁴¹ TOROSLU, TOROSLU, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 352.

işlenen suç iştirak iradesinin sınırı içindeyse ve kararlaştırılardan daha ağır bir netice doğmuşsa, kanuna bakılacak, kanunda bu aşırı neticenin faile yükleneceği konusunda hüküm varsa fail gibi diğer suç ortakları da sorumlu olacaktır.⁴⁴² Ancak, fail iştirak iradesinin olduğundan başka bir suç işlerse, suç ortakları bu başka suçtan sorumlu tutulmaz ve bu değerlendirmede ortaya çıkan başka suçun diğer ortaklarca öngörülüp öngörülemeyeceğine bakılmaz.⁴⁴³ Bu görüş kapsamında, örneğin hırsızlıktan sabıkası bulunan birinin bir başka kimseyi dövmesini azmettiren, failin sonrasında mağdurun cüzdanını çalabileceğini öngörse bile hırsızlığa azmettirmede için hırsızlıktan sorumlu tutulmaz, ancak fail azmettirenin istediğini yapmış fakat istenilenden daha ağır bir netice ortaya çıkmışsa ve kanunen bu aşırı netice faile yüklenebiliyorsa diğer suç ortakları da bu aşırı neticeden sorumlu tutulacaklardır.⁴⁴⁴

Bu hususlar müşterek suç girişimi açısından da oldukça önemlidir, zira müşterek suç girişiminin manevi unsuru her üç suç girişimi modeli için de değişiklik göstermektedir. Müşterek Suç Girişimi I. Kategori’de kasıtlı suça yönelik ortak suç planı dahilinde sorumluluk vardır ve manevi unsur için ortak suç planına gönüllü katılım ve ortak suç kastına sahip olmak aranır. Esasen I. Kategori birden çok kişinin bir suç işlemek için bir araya geldiği suç planına sanığın kasten katılımını içerir ve suç genel teorisindeki suça iştirak tanımına unsurları gereği oldukça yakındır. Uluslararası ceza hukuku anlamında da I. Kategori tartışmalı bir husus değildir.

Müşterek Suç Girişimi II. Kategori ise esir kampları gibi sistematik vakaları kapsar ve burada müşterek suç girişimi üyesinin dahil olduğu sistemin yapısını bilmesi ve bu sistemin yarattığı suç amacını devam ettirmek istemesi iştirak iradesi kapsamında aranan bir unsurdur. Bu noktada önemli tartışmalardan biri dahil olunan sistemin yapısını bilmenin ne zaman başladığı ve nasıl tespit edilebildiği yönündedir ve bu noktada

⁴⁴² DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 791.

⁴⁴³ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 793.

⁴⁴⁴ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 793. Ayrıca bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 509.

kişilerin bu sistemler içindeki hiyerarşik konumları önem taşımaktadır.⁴⁴⁵ Burada hususi olarak kurumsal sistemler aracılığıyla suç işlenmesi hali ve bu sistemlere dahil olanların sorumluluğu tartışıldığı için her ne kadar bireysel düzeyde kişinin üstlendiği rol sonuçta ortaya çıkan suç için esaslı olmasa da tüm sistemin işleyişine katkı sağlamaktadır ve bu önemsiz rolleri üstlenen kişilerde de dahil oldukları sisteme ilişkin bilgi varsa ve kendi paylarına düşen rolle bu sistemi devam ettirme iradesi varsa, sistemin yarattığı suçlardan bu kişiler de fail olarak sorumlu tutulmaktadırlar.⁴⁴⁶

Müşterek Suç Girişimi II. Kategoriyi suç genel teorisindeki iştirak kavramı çerçevesinden okuyabilmek için çok failli suç tipini değerlendirmek gerekir. “Çok failli suçlarda fiil kolektif bir faaliyete ilişkindir; sadece tek bir süjenin hareketi değil, çok failli faaliyeti düzenler.”⁴⁴⁷ Esasen çok failli suçlarda, faillerin bireysel katkıları suçun bütünü içine dağılır, artık o bireysel katkı tek başına değil kolektif hareketin içinde değerlendirilir. Böylece suçun icrası birden çok kişinin davranışlarıyla bölünür ve her bir davranış tek failli suç tipi açısından tipik olmasa dahi iştirake dair çok failli suç tipi açısından tipik olarak kabul edilir.⁴⁴⁸ Müşterek Suç Girişimi II. Kategoride’de buna benzer bir durum söz konusudur. Ortakların oluşturdukları bir bütün aracılığıyla işlenen suçlara, bu yapının bilinerek ve sürdürülmesi istenerek destek verilmesi müşterek suç girişimine dahil olanlardaki iştirak iradesini oluşturmaktadır.

Müşterek Suç Girişimi III. Kategori ise genişletilmiş müşterek suç girişimi olarak ifade edilmekte ve esasen ortak suç planına dahil olmayan aşkın suçların bir katılımcı tarafından işlenmesi halinde diğer ortaklara sorumluluğun nasıl teşmil edeceğine yönelik oldukça tartışmalı bir tür öne sürmektedir. Bu kapsamda, ortak planın devamı için faillerden birinin işlediği ortak tasarıya dahil olmayan bir fiil, ortak planın doğal ve

⁴⁴⁵ *Prosecutor v Kvočka*, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005, para 101. Van Der WILT, “Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations”, s.99

⁴⁴⁶ CASSESE, “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, s. 112.

⁴⁴⁷ SANCAR, **Çok Failli Suçlar**, s. 55.

⁴⁴⁸ TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 329.

öngörülebilir bir sonucu olarak kabul edilirse diğer ortaklar da müşterek suç girişimi üyesi olmaları sebebiyle aşkın suçun faili gibi değerlendirilirler.⁴⁴⁹ Burada ortakların iştirak iradesi kapsamında suç amacına katılma ve devam ettirme niyeti olmalıdır ve ayrıca aşkın suçlar için suçu doğrudan işlemeyen diğer ortakların suçun işlenebileceğine dair öngörüsü ve risk almaya gönüllü olmaları sorumluluğun tespitinde belirleyici olacaktır.

Müşterek Suç Girişimi III. Kategori, suç genel teorisi kapsamında suça iştirak ile karşılaştırıldığında ortaya sınırları belirli olmayan geniş bir faillik türü çıkmaktadır. Öncelikle yukarıda da açıklandığı üzere, III. Kategori kapsamında işlenen aşkın suçun kararlaştırılan suç planının sınırları içinde olup olmadığı tartışması yürütülmemektedir. Burada kararlaştırılan suç planının sınırları oldukça geniş yorumlanmakta ve esasen aşkın suçların öngörülebilirlik değerlendirmesinin eşiği de oldukça düşük kabul edilmektedir. *Tadic* kararı ile tartışılan Müşterek Suç Girişimi III. Kategori, bir köy boşaltma eylemi sırasında diğer köylülerden ayrılarak öldürülen mağdurların sorumluluğunun öldürme eylemine katılmayan ve orta düzey yetkili biri olan Tadic'e yüklenip yüklenemeyeceği yönündedir. Burada köy boşaltma hareket planı içinde işlenen öldürme fiilinin kararlaştırılan hareketin öngörülebilir sınırları içerisinde kaldığının kabul edildiği görülmektedir. Ancak belirtmekte fayda vardır ki, burada bahsedilen örnek mağdurun dövülmesi konusunda anlaşılması ancak dövülme sonucu mağdurun ölmesi durumuna benzer değildir; tamamen farklı ve ortak planda yer almayan yeni bir suçtan başkasını fail olarak sorumlu tutma durumu söz konusudur. Müşterek Suç Girişimi III. Kategori bu yönüyle bireysel ceza sorumluluğunun sınırlarını oldukça zorlamakta ve özellikle soykırım gibi suçların dahi aşkın suç olarak öngörülebilir kabul edilmesi ve böylece özel kasta sahip olmayan diğer ortaklara sorumluluğun teşmil etmesi sebebiyle bu sorumluluk türünün başkasının fiilinden sorumluluk sınırlarına yaklaştığı düşünülmektedir.

⁴⁴⁹ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 204.

Bu kapsamda, müşterek suç girişimi kavramı suç genel teorisindeki suça iştirak kavramı ile karşılaştırıldığı zaman özellikle iştirak iradesinin nasıl değerlendirileceği konusunda ortaya önemli farklar çıkmaktadır. Bu noktada, kavramın sınırları oldukça genişlemektedir ve kişiler müşterek suç girişimine katılımı ortak plana dahil olmayan suçlar için dahi fail olarak sorumlu tutulmaktadırlar. *Tadic* kararı ile gelişen bu kavram özelinde müşterek suç girişimin sınırlarını belirleme kaygısı EYUCM tarafından da güdülmüştür. Mahkeme hususiyetle müşterek suç girişiminin bir faillik türü olduğunun altını çizmiş ve genel iştirak unsurları bağlamında müşterek suç girişimi ile yardım etme arasındaki farkları *Tadic* kararında açıkça yazma gereği hissetmiştir. Kararda iki kavram arasındaki farklar şu unsurlarla belirtilmiştir:

“1) *Yarım eden başka bir kişi, fail, tarafından işlenen suçta her zaman şeriktir.*

2) *Yardım etme durumunda ortak kararlaştırılan planın varlığının ispat edilmesine gerek yoktur. Bir plan ya da anlaşma gerekli değildir, hatta sanık suç ortaklarının katkısını dahi bilmeyebilir.*

3) *Yardım eden, bazı belli suçların (öldürme, yok etme, tecavüz, işkence, özel mülkün acımasızca tahrip edilmesi gibi) işlenmesine münhasıran yöneltilmiş yardım etme, teşvik etme, manevi destek verme gibi fiilleri yerine getirir ve bu desteğin suçun işlenmesinde esaslı bir etkisi vardır. Aksine, ortak amaç ya da tasarıyı devam ettirmek amacıyla harekette katılımcının bir şekilde ortak plan ya da amacı ilerletmeye yöneltilmiş hareketleri yeterlidir.*

4) *Yardım etme durumunda, gerekli olan manevi unsur yardım edenin hareketlerinin belirli suçun fail tarafından işlenmesine yardım etmek olduğunu bilmesidir. Aksine, ortak amaç veya tasarı halinde daha fazlası gerekmektedir (örneğin; ya suçun işlenmesini istemek ya da ortak suç*

tasarısını devam ettirmek ve ortak amacın dışındaki suçların da işlenmesinin muhtemel olduğunu öngörmek.”⁴⁵⁰

EYUCM'nin açıklamalarından da anlaşılacağı üzere bu iki temel kavram arasındaki farklılıklar manevi unsurda gizli olmakla birlikte müşterek suç girişimine dahil olmak bir faillik hali iken yardım etme tali bir sorumluluk türü olan şeriklik kategorisinde kalmaktadır. Mahkeme kararında müşterek suç girişimini ve unsurlarını belirlemeye çalışıp, kavramın bir faillik türü olduğunun altını çizerken, özellikle hiyerarşik suç yapılarında yer alan orta ve üst düzey yöneticilerin durumu dikkate alınarak, müşterek suç girişi ile bir diğer şeriklik türü olan azmettirme arasındaki farka değinilmemiştir. Ancak Mahkemenin açıklamaları değerlendirildiğine benzer bir yaklaşımın azmettirme açısından da yürütülebileceği kanaatindeyiz.

5. Müşterek Suç Girişi Modeline Yönelik Eleştiriler

Müşterek suç girişi gerek manevi unsur açısından ihtiva ettiği üç kategori için gerekse katılımcıların doğrudan fail olarak değerlendirilmesi sebepleriyle eleştiriye tabii tutulmuştur. Müşterek suç girişimine yönelik getirilen eleştirilerin pek çoğu genişletilmiş kategori olan üçüncü türüne ilişkindir. Zira burada harici kişilerin işledikleri ve ortak plan kapsamında kalmayan suçlar da söz konusu olabilecektir.

O halde en temel çatı eleştirilerden biri müşterek suç girişiminin herkesi faillik kategorisinde değerlendirmesidir. Her üç kategoride de müşterek suç girişimine katılan

⁴⁵⁰ *Prosecutor v Tadić*, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 229. (Metnin çevirisi yazar tarafından yapılmıştır.)

fail olarak değerlendirilecektir. Bu sistem içerisinde bireysel kusurluluğun tespiti yapılmamakta ve kusurluluğun derecesi önem taşımamaktadır.⁴⁵¹ Bu yönüyle müşterek suç girişimi adeta herkesi fail olarak yargılamaya elverişli bir yapı oluşturmaktadır.

Öte yandan özellikle müşterek suç girişiminin genişletilmiş kategorisinde aşkın suçlardan sorumlu sanıkların sorumlu tutulması da aynı şekilde eleştirilmektedir.⁴⁵² Zira burada da faillerin aşkın suça ilişkin bir irade birliği bulunmamaktadır. Öngörülebilir fiiller için ceza sorumluluğu atfedilmektedir.⁴⁵³ Ancak aslında hem kastın olmadığı hem de dahil olmadıkları suçlardan dolayı sanıklar haksız yere sorumlu tutulmaktadırlar.⁴⁵⁴ Ayrıca aşkın suçları işleyenlerin subjektif sorumluluğuna bakılırken müşterek suç girişimi katılanlarının objektif olarak sorumluluğuna bakılması da sert eleştiriler almaktadır.⁴⁵⁵ Üstelik müşterek suç girişimi doktrininde suç girişiminin cürmi amacını devam ettirmek istemeyen katılımcılar için dahi bir sorumluluk atfı söz konusudur.⁴⁵⁶ Sonuç itibariyle müşterek suç girişimine her katılan aynı sorumluluktan yargılanmaktadır.⁴⁵⁷

Netice itibariyle toplu suçlara katılanların sorumluluğunu belirlemek amacıyla geliştirilmiş bir kavram olan müşterek suç girişiminin sınırları bireysel ceza sorumluluğu ilkesiyle çelişir bir düzeyde genişletilmiştir. Bu durum özellikle *hibrit* mahkemelerde kabul edilen müşterek suç girişimi kavramıyla daha tartışmalı bir hale gelmiştir. *Tadic* kararında müşterek suç girişiminin uluslararası teamül hukukundan kaynaklandığı iddiası, özellikle üçüncü kategori olan genişletilmiş hali için kabul görmemiş, ve *hibrit* mahkemelerin pek çoğu bu kategoriye uygulamamıştır.

⁴⁵¹ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 172.

⁴⁵² ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 172.

⁴⁵³ OHLİN, Jens David, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, s. 5, ss. 69-90, s. 69.

⁴⁵⁴ BADAR, “Participation in crimes in the jurisprudence of the ICTY and ICTR”, s. 254.

⁴⁵⁵ BADAR, “Participation in crimes in the jurisprudence of the ICTY and ICTR”, s. 254.

⁴⁵⁶ OHLİN, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, s. 69.

⁴⁵⁷ OHLİN, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, s. 69.

Bu eleştirilerin üzerine Ohlin müşterek suç girişimi kavramını ayırmayı önermiştir. Öneriye göre, müşterek suç girişimine katılım modeli incelenmeli ve bu kavramı müşterek suç girişiminde ortak faillik ve müşterek suç girişimine yardım etme olarak iki ayrı kavram ile açıklanmak gerekmektedir, böylece her durum tek bir çatı altında değerlendirilmemelidir.⁴⁵⁸

Müşterek suç girişiminin bir diğer önemli eleştirisi ise Türk hukuk sistemiyle yapılan kıyaslama kapsamında Önok tarafından ileri sürülmektedir. Maddi ve manevi yardımda bulunma durumunun söz konusu olabilmesi için uluslararası ceza hukuku kapsamında failin fiiline esaslı katkı sağlanmalıdır. Ancak müşterek suç girişimi içerisinde yer alan önemsiz katkıların dahi fail olarak değerlendirildiği bu sistemde, aslında Türk hukuk sistemi açısından yardım etme olarak değerlendirilebilecek katkılar fail olarak sorumluluk doğurabilmektedir.⁴⁵⁹ Bu durum hakkaniyetli olmayan sonuçlar ortaya çıkartmaktadır.⁴⁶⁰ Önok'un açıkça ortaya koyduğu bu karşılaştırma hem müşterek suç girişiminin sınırlarını tartışmak hem de yardım etme ile farklarını ortaya koymak açısından önemli bir eleştiridir. Benzer bir yaklaşımla, Danner ve Martinez müşterek suç girişimi kapsamında ne kadar düşük bir seviyeden olsa da bir kişinin suç girişimine katılımının onu doğrudan fail olarak sorumlu tutmasını eleştirmiş, bu tür bir yaklaşımın sadece bir gruba üye olmakla suçlu bulunmak olduğunu vurgulayarak uluslararası ceza hukuku açısından kabul edilebilir bir yaklaşım olmadığını vurgulamışlardır.⁴⁶¹

Aslında tam da eleştirilen bu özellikleri sebebiyle müşterek suç girişimi EYUCM tarafında geliştirilmiş ve kararlarda kullanılmıştır. Zira hakimlerin karar verirken çok zorlandıkları karmaşık suç yapıları içinde sübjektif olarak kurulması gerek fail ve fiil

⁴⁵⁸ OHLIN, Jens David, 'Joint Intentions to Commit International Crimes', Chicago Journal of International Law, C. 11, S. 2, 2011. ss. 693-753, s. 714 vd. Ayrıca bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s.142.

⁴⁵⁹ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 173.

⁴⁶⁰ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 173.

⁴⁶¹ DANNER, MARTINEZ, "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law", s. 137.

bağını müşterek suç girişimi doktrini daha farklı yorumlamakta, uluslararası suçların yapıları gereği beraberinde getirdikleri zorlulukları karar verme aşamasında kolaylaştırmaya yardımcı olmaktadır.⁴⁶²

Ancak aslında bazılarınca kolaylık olarak görülen bu sistem tam olarak eleştirildiği üzere herkesi yargılamaya elverişli hale getiren ve bireysel kusurluluğun önemini yadsıyan bir sisteme dönüşmüş olmasıyla eleştirilmiştir. Zira zamanla EYUCM'nin yargıçlarından da müşterek suç girişimi doktrinine muhalefet şerhi yazanlar olmuştur. Hakim Lindholm, *Simic* kararında yazdığı muhalefet şerhinde müşterek suç girişimi doktrini ile kendini bağlı görmediğini ve bu doktrinin karışıklığa ve zaman kaybına sebep olduğunu, gerek Mahkemenin gerekse uluslararası ceza hukukunun gelişiminde bir faydası olmadığını belirtmiştir.⁴⁶³

Tartışılan bu özellikleriyle müşterek suç girişimi doktrini herkesin cezalandırılmasını sağlayan bir şemsiye kavram olarak görülmüş ve uluslararası ceza hukukçuları tarafından sert biçimde eleştiri almaya da devam etmektedir.⁴⁶⁴ Ancak öte yandan zamanla EYUCM'nin ve diğer mahkemelerin kararlarıyla müşterek suç girişimi kavramı gelişmiştir. Hem uluslararası ceza hukuku içtihatları hem de sürekli gelişen uluslararası ceza hukukundaki teorik yaklaşımlarda güncel olarak araştırılan bireysel ceza sorumluluğunun tespiti sorununu incelerken, müşterek suç girişimi hala önemli bir yaklaşım olarak yerini korumaktadır.

⁴⁶² HAAN, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, s. 172-175.

⁴⁶³ *Prosecutor v Simic et al*, Trial Chamber Judgment, IT-95-9-T, 17 Ekim 2003, ss. 314-316.

⁴⁶⁴ BADAR, Mohamed Elewa, ““Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From Tadic to Stakic and Back Again”, *International Criminal Law Review*, S. 6, 2006, ss. 293–302, s. 302.

6. Değerlendirmemiz

Müşterek suç girişimi kavramı, esasen II. Dünya Savaşı sonrasındaki yargılamalarda kullanılan komplo kavramından türeyen ve ortak bir suç planına katılım ile birden çok kişinin suç işlemesi halini kapsamaktadır. Ancak müşterek suç girişimine katılan kişinin suç ile olan psişik bağı müşterek suç girişiminin farklı türlerini oluşturmaktadır.

EYUCM tarafından unsurları ve uygulaması yerleştirilen müşterek suç girişimi kavramı, esasen Kurucu şart'ın lafzında yer almamakla beraber, uluslararası ceza hukukuna konu olan suçların içkin yapısı gereği Kurucu şart'ta zımnen yer aldığı Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Uluslararası ceza hukukuna konu olan suçların birden çok kişini katılımı ile karmaşık şekillerde işlendiği ve bu anlamda müşterek suç girişimi benzeri bir yapıya ihtiyaç duyulduğu şüphesizdir. Ancak asıl mesele suça iştirak kapsamında cezalandırma alanını genişleten bu katılım modelinin sınırlarının nerede çizileceğidir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde tartışıldığı üzere, esir kampında çalışan bir aşçının orada işlenen suçlardan sorumlu tutulmasına imkan sağlanması, ya da yine incelendiği üzere, özel kasıt gerektiren soykırım gibi bir suçun aşkın suç olarak işlenmesi halinde, diğer müşterek suç girişimi katılımcılarının bu yönde özel kasıtları olmamasına rağmen, sadece müşterek suç girişimi üyeleri olmaları sebebiyle sorumlu tutulmaları ceza sorumluluğunun sınırlarını kontrol edilemeyecek ölçüde genişletmiştir. Zira, müşterek suç girişiminin genişletilmiş kategorisinde ortak plan dahilinde olmayan ve sanığın kastının olmadığı suçlardan dolayı sorumluluk doğması özellikle Kıta Avrupası'ndaki ceza hukuku anlayışına uzak kalmaktadır.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 167.

Uluslararası ceza hukukuna konu olan suçların yapıları sebebiyle ortaya çıkan tablolarda sorumluluktan kimsenin kaçamaması amaçlanmış ve bu doğrultuda cezalandırma sınırları genişletilmiştir. Ancak, sanık koltuğunda oturan kişinin bir şekilde sorumlu tutulması için ceza sorumluluğunun sınırlarının bu denli zorlanması hukuk güvenliği açısından da ayrı problemleri beraberinde getirmektedir. Netice itibariyle, üçüncü kategori kapsamında aşkın suçlar anlamında öngörülebilirliğin sınırları önemli ölçüde belirsizleşmiş ve esasen özellikle üçüncü kategorinin uygulanmasında uluslararası suçlara sebep olan olağanüstü durumlar kapsamında her aşkın suç her daim öngörülebilir kabul edilmiştir

Tartışmalı bir faillik modeli olan müşterek suç girişimi Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Sierra Leone Özel Mahkemeleri, Kamboçya Mahkemeleri'ndeki Özel Daireler ve Lübnan Özel Mahkemesi tarafından kullanılmış ve kullanılmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Roma Statüsü'nün müşterek suç girişimi kavramı ile ilişkisi çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak incelenecektir ancak, Roma Statüsü bu kavram kapsamında getirilen eleştirileri ve sakıncaları görmüş ve faillik kapsamında müşterek suç girişimine yer vermemiştir.⁴⁶⁶ Statü, ileride inceleneceği üzere, ortak bir amaçla hareket eden bir grubun işlediği suçlara katılım olarak ayrı bir şeriklik türü benimsemiştir.

⁴⁶⁶ Roma Statüsü'nün müşterek suç girişimine yer vermemesi ve ortak bir amaçla hareket eden bir grubun işlediği suçlara katılım ifadesiyle bir şeriklik türü kabul etmesi eleştirilmiş, ilgili türün yer aldığı Roma Statüsü m. 25/3(d)'nin uygulama alanı bulamaması ve tam olarak nasıl bir iştirak türü olduğu konusunda Statü'nün açık olmaması eleştirilmiştir. (Bkz. OHLIN, Jens David, "Joint Criminal Confusion", *New Criminal Law Review*, 2009, C. 12, ss. 406-419.)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ROMA STATÜSÜ'NDE SUÇLULARIN ÇOKLUĞU

I. GENEL OLARAK ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

A. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KURULUŞU

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kuruluşu aslında uzun bir sürecin sonunda olmuştur. Öyle ki, I. Dünya Savaşı sonrasında başlayan kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi kurma ideası ancak 1998 tarihli Roma Konferansı ile somutlaşabilmiştir. Bu sürecin başlangıcına dair somut adımların atılması ise esasen Milletler Cemiyeti'nin ilk dönemlerine kadar uzanmaktadır. Birleşmiş Milletlerin çalışmalarıyla devam eden bu süreçte uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasının gerekliliği 1937 tarihli Terörizmin Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin uygulanmasıyla sınırlı bir düşünce idi.⁴⁶⁷ Ancak bu fikir hiçbir zaman hayata geçirilemediği gibi II. Dünya Savaşı ile birlikte bu konudaki çalışmalarda bir azalma söz konusu olmuştur. Esasen 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu, bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına dair çalışmaları yürütmesi için

⁴⁶⁷ BASSIOUNI, Cherif, "The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement", **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSIOUNI Cherif (eds), Leiden, 2008, ss. 117-154, s. 117.

görevlendirmiş ancak o dönemde bu yönde bir uluslararası teşvik olmaması sebebiyle bu fikrin uygulanması uzun bir süreliğine askıya alınmıştır.⁴⁶⁸

Uluslararası toplumun sabit bir ceza mahkemesi kurmasında asıl hızlandığı dönem 1989 ile 1998 yılları arasındadır.⁴⁶⁹ 1989 yılında Trinidad ve Tobago, Birleşmiş Milletler’de uyuşturucu kaçakçılığı problemi için sabit bir ceza mahkemesi kurulmasını önermiştir.⁴⁷⁰ Bunun üzerine Genel Kurul, Uluslararası Hukuk Komisyonu’ndan uyuşturucu kaçakçılığının çözümü için bir ceza mahkemesi kurulması hususunda rapor hazırlanmasını istemiştir.⁴⁷¹ Öncelikle 1990’da uyuşturucu kaçakçılığıyla sınırlı olan rapor sunulmuş, Genel Kurul’un teşviki üzerine Komisyon çalışmalarına devam edilmiştir.⁴⁷² Bu dinamik süreçte öncelikle 1995 yılında bir *Ad Hoc* Komite kurulmasına, daha sonra bu komitenin raporu üzerine bir Hazırlık Komitesi’nin kurulmasına karar verilmiştir. Son olarak Genel Kurul’un 51. Oturumunda Hazırlık Komitesinin görevi 1998’e kadar uzatılmış ve çalışmalar hızlandırılmıştır.⁴⁷³ Bu çalışmaların sonunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Uluslararası Ceza Mahkemesi Taslak Statüsü Roma Konferansı’nda tartışılmıştır.⁴⁷⁴

1990’lı yılların ikinci yarısı Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulması açısından yoğun çalışmalara sahne olmuştur. Aynı döneme denk gelen Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri’nin kuruluşu ve o dönemde işlenen ağır

⁴⁶⁸ VIGORITO, Rosario, “The Evolution and Establishment of the International Criminal Court (ICC) - A Selected Annotated Bibliography of Secondary Sources”, **International Journal of Legal Information**, C. 30, S. 1, 2001, ss. 92-162, s. 93.

⁴⁶⁹ BASSIOUNI, “The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement”, s. 122-125.

⁴⁷⁰ BASSIOUNI, Cherif, SCHABAS, William, **The Legislative History of International Criminal Court**, Leiden, 2016, s. 69. ÇAKMAK, **A Brief History of International Criminal Law and International Criminal Court**, s. 104.

⁴⁷¹ BASSIOUNI, “The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement”, s. 122-123.

⁴⁷² BASSIOUNI, “The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement”, s. 123-124.

⁴⁷³ BASSIOUNI, “The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement”, s. 125. BASSIOUNI, SCHABAS, **The Legislative History of International Criminal Court**, s. 70 vd.

⁴⁷⁴ LEVIE, Howard S. “The History and Status of the International Criminal Court”, **International Law Studies Series US Naval War College**, C. 75, 2000, ss. 247-262, s. 253 vd.

suçlara bu mahkemeler eliyle verilen cevap uluslararası toplumun bu konudaki ilgisini arttırmış ve çalışmaları hızlandırmıştır.⁴⁷⁵

Ancak gerek hazırlık döneminde gerekse Roma Konferansı sırasında bir metin üzerinde anlaşmak, katılımcı delegeler için hiç kolay olmamıştır. Hazırlık Komitesi'nin çalışması 3 Nisan 1998 tarihinde sona ermiştir. Haziran 1998 itibariyle 5 hafta sürecek olan Roma Diplomatik Konferansı başlamıştır. Ancak delegeler arasında bir kısım konu hakkında daha bilgili iken bir diğer kısım aynı düzeyde bilgiye sahip olmadığı için müzakereler yavaş ve zorlu ilerlemiştir.⁴⁷⁶ Her zorluğa rağmen konferansın son döneminde, Diplomatik Konferans'ın başkanı olarak görev yapan Philippe Kirsch anlaşma sağlayabilmek adına bir uzlaşma paketi hazırlamıştır.⁴⁷⁷ Ancak Amerika Birleşik Devletleri bu paketi kabul etmemiştir. Müzakerelerin bitmesine saatler kala Amerika Birleşik Devletleri⁴⁷⁸ ve Hindistan⁴⁷⁹ üzerinde anlaşma sağlanacak metinde birkaç değişiklik önermiştir. Bu öneriler üzerine katılımcı devletlerin delegeleri büyük çoğunlukla hareketsiz kalınması yönünde oy kullanmıştır.⁴⁸⁰ Böylece değişiklik teklifleri kabul edilmemiş ve Diplomatik Konferans planlandığı üzere 17 Temmuz 1998 tarihinde sona ermiştir.

⁴⁷⁵ BASSIOUNI, "The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement", s. 125.

⁴⁷⁶ BASSIOUNI, "The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement", s. 134-35

⁴⁷⁷ BENEDETTI, Fanny, BONNEAU, Karine, WASHBURN, John, **Negotiating the International Criminal Court : New York to Rome, 1994-1998**, Leiden 2014, s. 121-122.

⁴⁷⁸ Esasen ABD gibi ülkelerin baştan beri Roma Statüsü'nün oluşturulabileceğine, bu konuda bir uzlaşmaya varılabileceğine yönelik bir inancının olmadığı da iddia edilmektedir. Bkz. BENEDETTI, BONNEAU, WASHBURN, **Negotiating the International Criminal Court : New York to Rome, 1994-1998**, s. 120.

⁴⁷⁹ Hindistan bu süreçte özellikle nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların kullanımının savaş suçu olarak tanımlanmasını istemiştir ancak bu öneri üzerinde uzlaşamamıştır. BENEDETTI, BONNEAU, WASHBURN, **Negotiating the International Criminal Court : New York to Rome, 1994-1998**, s. 138. Nükleer silahlar Statü bünyesine dahil edilemediği için kimyasal silahlar da dahil edilmemiştir. Neticede zengin ülkelerin nükleer kullanma gücü varken gelişmekte olan ülkelerin de kimyasal silah kullanma gücünün bu anlamda dengelendiği iddia edilmektedir. Bkz. CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 290.

⁴⁸⁰ BASSIOUNI, "The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement", s. 142-43, BENEDETTI, BONNEAU, WASHBURN, **Negotiating the International Criminal Court : New York to Rome, 1994-1998**, s. 138.

Roma Statüsü'nün kabul edildiği bu ana tanıklık eden Prof. Bassiouni, bu anları şöyle ifade etmiştir: “.... delegeler, 10 dakika kadar süren ritmik bir alkışa dönüşen, ayakta coşkulu bir alkışa başlar. Bazı delegeler birbirlerine sarıldı, bazılarının ise gözünde yaş vardı. Bu, bir diplomatik konferansta olabilecek en sıra dışı duygusal sahnelerden biriydi.”⁴⁸¹ Bu tarihi konferansla birlikte 17 Temmuz 1998’de Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurucu statüsü olan Roma Statüsü kabul edilmiştir. Roma Statüsü 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde Roma Statüsünü kabul eden 123 devlet bulunmaktadır ve bu devletler yılda bir kere Taraf Devletler Meclisi adı altında toplanmakta ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin yönetim idaresi ve yasama organı olarak görev almaktadır.⁴⁸²

B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN YARGI YETKİSİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK ŞARTLARI

Bu çalışmanın ana konusunu uluslararası ceza hukukunda suçluların çokluğu oluşturmaktadır. Ancak UCM kapsamında kimlerin, hangi şartlar altında bu mahkemede yargılanabileceği sorusu, esasa ilişkin suça katılanların sorumluluğunun tespitinden önce çözümlenmesi gereken önemli bir usuli mesele olan yetki ve kabul edilebilirlik şartlarını işaret etmektedir. Netice itibariyle, Roma Statüsü başlangıç hükümlerinde Statü kapsamına giren suçların faillerinin cezasız kalmaması ve bu tür suçların önlenmesi

⁴⁸¹ BASSIOUNI, “The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement”, s. 143.

⁴⁸² International Criminal Court, Assembly of State Parties, <https://www.icc-cpi.int/asp>, Erişim tarihi: Şubat 2023.

yönünde bir irade birliği olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁸³ Bu amaçlar doğrultusunda kimlerin ve hangi koşulların Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamına gireceği önem içermektedir. UCM'den önceki *ad hoc* mahkemeler daha ziyade yüksek rütbeli/mevkili yetkilileri yargılamayı tercih etmiş, daha düşük seviyedeki yetkililerin dosyaları ise yerel mahkemelere intikal ettirilmiştir.⁴⁸⁴ UCM kapsamında ise özellikle savcılık teşkilatının soruşturma yetkisini nasıl kullanacağı katı kurallara bağlanmamıştır ve hatta yeterince vahim bulunması durumunda orta ve düşük yetki seviyesindeki faillerin de Mahkeme'de yargılanabileceği ifade edilmiştir.⁴⁸⁵ Dolayısıyla Mahkeme'nin yetki ve kabul edilebilirlik şartları esasen vakıa seçimine ilişkin önemli yaklaşımları gösterdiği gibi, suça katılanların nasıl değerlendirileceği hususunda da bir ön değerlendirme niteliğindedir.

Roma Statüsü ile birlikte bir son başvuru mercii olan UCM sabit, bağımsız, evrensel ve tamamlayıcı bir mahkeme olarak faaliyet göstermektedir.⁴⁸⁶ Böylece Roma Statüsü yeni bir yargısal sistemi düzenlemektedir. Roma Statüsü içerisinde, kanunilik prensibine bağlı bir şekilde cezaların ve suç tanımlarının olduğu maddi ceza hukuku hükümlerine, ceza hukukunun genel ilkelerine ve ceza usul hukuku hükümleri ve iş birliği hükümlerine yer verilmektedir.⁴⁸⁷

UCM'nin faaliyet alanı yetki ve kabul edilebilirlik şartları ile belirlenmiştir. Roma Statüsü kapsamında öncelikle Mahkeme'nin konu itibarıyla yetki sınırları bulunmaktadır

⁴⁸³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü,

http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁴⁸⁴ O'BRIEN, Melanie. "Prosecutorial discretion as an obstacle to prosecution of United Nations peacekeepers by the International Criminal Court: The big fish/small fish debate and the gravity threshold", **Journal of International Criminal Justice**, C.10, S.3, 2012, ss. 525-545, s. 528.

⁴⁸⁵ International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, **The Policy Paper on Case Selection and Prioritisation**, 15 Eylül 2016, s. 14, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf, Erişim: Şubat 2023.

⁴⁸⁶ CASIS, Rainier J. "The International Criminal Court: History, Significance and Prospects", **World Bulletin: Bulletin of the International Studies of the Philippines**, 2003, C. 20, ss. 1-27, s. 9-10. Ayrıca bkz. BELLELLI, **The Establishment of the System of International Criminal Justice, International Criminal Justice Law and Practice from the Rome Statute to Its Review**, s.17.

⁴⁸⁷ BELLELLI, **The Establishment of the System of International Criminal Justice, International Criminal Justice Law and Practice from the Rome Statute to Its Review**, s.19.

(*ratione materiae*). Bu çerçevede UCM sadece belli bazı suçlar açısından yetkilidir. Bu suçlar soykırım (Roma Statüsü Madde 6), savaş suçları (Roma Statüsü Madde 8), insanlığa karşı suçlar (Roma Statüsü Madde 7) ve saldırı suçudur (Roma Statüsü Madde 8bis)⁴⁸⁸.

Mahkeme sadece bu suçlar için yetkili olduğu gibi yetkisinin de zaman açısından sınırları bulunmaktadır (*ratione temporis*). Mahkeme zaman bakımından üç şartta yetki sahibi olabilir. Öncelikle Roma Statüsü geçmişe yürümez, o halde 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra işlenen suçlar açısından Mahkeme yetkili olmaktadır. İkinci olarak, bir devlet Roma Statüsü'nü sonradan kabul ettiyse o devlet için Mahkeme onay, kabul, tasdik veya taraf olma belgesinin verilmesini takip eden 60 gün sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girer. Üçüncü olarak ise devletler belli suçlar açısından *ad hoc* bildirimde bulunarak Mahkeme'nin yetkisini kabul edebilirler. Bu durumda ilgili devlet Roma Statüsü Madde 12 kapsamında beyanda bulunduktan sonra Mahkeme'nin yetkisi söz konusu olacaktır.

Aynı zamanda mahkemenin yetkisi kişiler açısından da sınırlıdır (*ratione personae*). Roma Statüsü Madde 12'de belirtildiği üzere Mahkeme suç nerede işlenirse işlensin üye devletlerin vatandaşlarınca işlenen suçlarda yargı yetkisine sahiptir.⁴⁸⁹ Ancak bazı durumlarda kişi bakımından yetki Güvenlik Konseyi'nin kararıyla da söz konusu olabilir ya da yine bazı durumlarda üye olmayan bir devletin Mahkeme'nin yetkisini kabul etmesi halinde de ilgili vatandaşlar için yargı yetkisi söz konusu olabilir. Mahkeme

⁴⁸⁸ Roma Statüsü'nde birtakım değişiklikler öngören 2010 senesindeki Kampala Konferansı sonrasında Roma Statüsü'nin 8bis maddesi ile düzenlenen saldırı suçu Statü'ye eklenmiştir. Kampala Konferansı'nda kabul edilen saldırı suçunun tanımı, 2013'de yürürlüğe girmiştir ve yine kabul edildiği üzere otuz üye devletin saldırı suçu üzerinde yapılan Statü değişikliği ve Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesi şartı gerçekleşince Mahkeme bu suç üzerinde yargı yetkisini kullanabilecektir. Bu şart 17 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla gerçekleşmiştir. Bkz. BASSIOUNI, SCHABAS, **The Legislative History of International Criminal Court**, s. 132-133. WHITING, Alex, "Crime of Aggression Activated at the ICC: Does it Matter?", **Just Security**, <https://www.justsecurity.org/49859/crime-aggression-activated-icc-matter/#:~:text=The%20International%20Criminal%20Court's%20Assembly,effective%20on%20July%2017%2C%202018.>, Erişim Tarihi: Nisan 2020.

⁴⁸⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

aynı zamanda üye olmayan bir devletin vatandaşı üzerinde de eğer o kişi üye devlette suç işlediyse yargı yetkisini kullanabilecektir.⁴⁹⁰

Bir diğer yetki kuralı ise yer yönünden yetkidir (*ratione loci*). Yine Roma Statüsü Madde 12’de belirtildiği üzere Mahkeme üye devletlerin topraklarında işlenen suçlarda yetkilidir.⁴⁹¹ Bu durumda suçu işleyen kişinin uyruğunun bir önemi yoktur, suçun üye devletlerden birinin sınırları içerisinde işlenmiş olması yetki şartını yerine getirir.⁴⁹²

Yukarıda açıklanan yetki şartları çeşitli hallerde Mahkeme’yi harekete geçirebilir. Bu durumlar Roma Statüsü’nün 13. maddesinde belirtilmiştir.⁴⁹³ İlgili maddeye göre yargı yetkisi; bir taraf devlet tarafından Mahkeme savcısına başvuru bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü,⁴⁹⁴ Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvuru bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü⁴⁹⁵ ve son olarak bir suçun işlendiğine dair Mahkeme savcısı tarafından soruşturma başlatılması (*proprio motu*)⁴⁹⁶ durumlarında kullanılır. Şu anda Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde soruşturulan ve

⁴⁹⁰ BASSIOUNI, SCHABAS, *The Legislative History of International Criminal Court*, s. 147-148.

⁴⁹¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 12, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁴⁹² Uygulamada yetki şartları açısından farklı yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin, Myanmar’da yaşanan insanlığa karşı suçların UCM kapsamında soruşturulabilmesi açısından Mahkeme yer yönünden yetkiyi objektif açıdan yorumlamıştır. Myanmar’da işlenen insanlığa karşı suçlar sonucunda zorunlu göçe tabii olan binlerce kişi Bangladeş’e sığınmaktadır. Myanmar üye ülke değilken Bangladeş üye ülkedir. Hukuka aykırı olarak göçe zorlama suçu Myanmar’da başlıyor olmasına rağmen Bangladeş’te sonuca ulaşmaktadır. Suçun tamamlandığı ülke olan Bangladeş’in üye devlet olması sebebiyle UCM yer yönünden yetki şartının sağlandığını kabul etmiş ve soruşturmaya başlamıştır. Ancak doktrinde bu görüş, Mahkeme’nin yer yönünden yetki şartını Roma Statüsü’ne uygun olmayan bir şekilde genişletmesi sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. FISHER, Kirsten J., “The Problem with the Crime of Forced Migration as a Loophole to ICC Jurisdiction”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Aralık 2020, C. 11, S. 2, ss. 385-409, s. 385.

⁴⁹³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 13, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁴⁹⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 14, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁴⁹⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 13, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

Burada tartışmalı hususlardan biri, Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme’ye yönlendirilen bir durum üzerinde Savcılığın soruşturma başlatma zorunluluğunun olup olmadığıdır. Mahkeme’ye yönlendirilen Libya ve Darfur vakıalarının her ikisinde de bir ön soruşturma yaptıktan sonra soruşturma aşamasına geçmiştir. Bkz. BASSIOUNI, SCHABAS, *The Legislative History of International Criminal Court*, s. 156.

⁴⁹⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 15, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

kovuşturulan durumlara ilişkin 13 ülke içinden Darfur ve Libya’da işlenen suçlar BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye taşınmıştır.⁴⁹⁷ Güvenlik Konseyi’nin Mahkeme’ye bu nevi bir gönderimde bulunması evrensel yetki kuralları gereğidir.⁴⁹⁸

Yetki şartlarının ardından kabul edilebilirlik şartları da Mahkeme açısından önem taşımaktadır. Yetki şartlarının gerçekleşmesine rağmen bir soruşturmanın kovuşturma aşamasına geçmesi için kabul edilebilir bulunması gerekir. Hazırlık aşamasında yetkili makam olan Ön Soruşturma Dairelerince karara bağlanan kabul edilebilirlik şartları ise Roma Statüsü 17 ve devamı maddelerde düzenlemiştir.

Kabul edilebilirlik şartlarının temelinde Roma Statüsü’nün girişinde de vurgulanan tamamlayıcılık unsuru yer alır.⁴⁹⁹ Şöyle ki, uluslararası ceza yargılamasında asıl olan ulusal mahkemelerin insan haklarının ağır ihlallerini oluşturan uluslararası suçları yargılamasıdır. Bu yol ile başarılı olunamadığı takdirde, geniş tanımlanmış yargı yetkileri veya evrensel yetki bağlamında yetkisi olabilecek bir başka ülkenin yargılaması söz konusu olabilecektir. İşte bir son çare mahkemesi olarak kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kabul edilebilirlik şartları ancak bu aşamadan da sonra söz konusu olacak ve soruşturma konusu durum kabul edilebilir bulunabilecektir.⁵⁰⁰ Dolayısıyla uluslararası suçların öncelikle soruşturma ve kovuşturması ulusal makamlarda yapılmalıdır.⁵⁰¹ Ancak bu yönde bir soruşturma ve kovuşturma yerel makamlarda yapılmıyorsa ya da yapılamıyorsa UCM nezdinde dava kabul edilebilir bulunacaktır.

⁴⁹⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Libya Durumu, ICC-01-11, <https://www.icc-cpi.int/libya>, Erişim: Nisan 2022. Uluslararası Ceza Mahkemesi, Sudan Darfur Durumu, ICC-02-05, <https://www.icc-cpi.int/darfur>, Erişim Tarihi: Nisan 2022.

⁴⁹⁸ BASSIOUNI, SCHABAS, *The Legislative History of International Criminal Court*, s. 156 vd.

⁴⁹⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Giriş ve Madde 1, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁰⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi ifade edildiği üzere tamamlayıcıdır (*complementary*), ancak bu tamamlayıcılık yerine geçme (*substitute*) olarak anlaşılmamalıdır. Mahkeme ulusal sistemlerde görülen davaları yerine geçen, bu süreçleri ikame eden bir yapıya sahip değildir, ulusal düzeyde kovuşturulması ya da soruşturulması yapılmayan ya da yapılamayan ilgili suçlar yönünden tamamlayıcı bir işlev görmektedir. Bkz. BASSIOUNI, SCHABAS, *The Legislative History of International Criminal Court*, s. 133.

⁵⁰¹ MEYER, Frank, “Complementing Complementarity”, *International Criminal Law Review*, 2006, C. 6, ss. 549-583, s. 550.

Roma Statüsü'nün 17. maddesi gereğince kabul edilebilirlik açısından üç temel durum belirlenmiştir. Bunlar UCM'nin ulusal yargı yetkisinin tamamlayıcısı olarak söz konusu duruma ilişkin yerel makamlarda bir yargılama yapıp yapılmadığı, bu kapsamda yargılama yapmaya isteksiz davranılması ya da yargılamanın imkansız olması ve suçun gerekli vahamette olmasıdır.⁵⁰² Ayrıca 53. madde kapsamında savcılığın bir soruşturmaya başlamadan adaletin tecellisinde menfaat bulunup bulunmadığını da incelemesi gerekir.⁵⁰³ Bu belirtilen dört durumun sağlandığı hallerde Mahkeme kabul edilebilirlik kararı verecektir. Bir diğer ifade ile söz konusu durum bir son çare makamı olarak UCM'ye intikal etmiş olmalı, eğer bir ulusal süreç var ise yerel makamlar soruşturma ve kovuşturma için isteksiz olmalı ya da yerel makamların bu ölçekte bir soruşturma ve kovuşturma yürütmesinin imkansız olması, söz konusu durumun Mahkeme ölçütleriyle vahim kabul edilmesi ve bu durumun soruşturulması ve kovuşturulması için adaletin tecellisine hizmet etmesi gerekmektedir.

Öncelikle, 17. madde kapsamında soruşturma ve kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya yargılamanın imkânsız olduğu haller dışında, yargı yetkisi bulunan devlet tarafından dava konusu olayın soruşturulması veya kovuşturulması durumuna yer verilmiştir. İkinci durum olarak ise yine yargılama konusunda isteksiz veya yargılamaya gerçekten imkânı bulunmadığı haller dışında, yargı yetkisine sahip devletin, olayı soruşturduktan sonra ilgili şahsı yargılamaya gerek olmadığına karar vermesi hali konu edilmektedir.⁵⁰⁴ 17. Maddenin 1. fıkrasının c bendinde ise temel bir hukuk normu olan *ne bis in idem* ilkesine atıfta bulunulmuş ve Roma Statüsü'nün 20. Maddesinde belirtildiği

⁵⁰² Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 17, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁰³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 53, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁰⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 17, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

üzere, ilgili kişinin şikâyet konusu olaydan daha önceden yargılanmış olması hallerinde de davanın kabul edilemez bulanacağı belirtilmiştir.⁵⁰⁵

17. maddenin genelinde uluslararası ceza hukuku açısından oldukça önemli olan iki temel kavram konu edilmiştir. Bunlardan bir tanesi bir devletin yargılamada isteksiz davranması veya yargılamanın imkânsız olduğunun nasıl belirleneceği sorunudur. Bir diğer konu ise suçun vahametinin nasıl belirleneceğidir. Birinci sorunun cevabını 17. maddenin 2. fıkrası açıklamaktadır. Bu kapsamda ilgili kişi hakkında sorumluluğun gizlenmesi için bir karar verilmesi, yargısal süreçlerde adaletin tecellisi ile bağdaşmayacak şekilde makul olmayan gecikmelerin yaşanması veya yine adaletin tecellisi ile bağdaşmayacak şekilde yasal işlemlerin bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirilmemesi halleri sayılmaktadır.⁵⁰⁶ İmkansızlığın belirlenmesinde ise aynı maddenin üçüncü paragrafı yol göstermektedir. Bu durumda Mahkeme, ulusal yargı sisteminin bir kısmının veya tamamının çökmesi veya işlemez hale gelmesine bağlı olarak sanığı yakalamanın, gerekli delilleri ve ifadeleri temin etmenin veya başka işlemlerin yürütülmesinin imkansızlığını inceleyecektir.⁵⁰⁷ Ancak burada belirtmekte fayda vardır ki Mahkeme'nin amacı ulusal hukuk sistemlerinin işleyişini takip eden bir uluslararası insan hakları mahkemesi olmak değildir.⁵⁰⁸ Mahkeme'nin böyle bir görevi de yoktur. Ancak sanıklar açısından bir cezasızlık alanı yaratılmaması için sadece konuyla ilgili durumlar kapsamında 17. maddede belirtilen incelemelerin yapılması gerekecektir.

Kabul edilebilirliğin bir diğer unsuru olan suçun vahameti hem 17 hem de 53. maddelerde geçmektedir. Mahkeme açısından oldukça önemli olan suçun vahameti

⁵⁰⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 20, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁰⁶ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 17, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁰⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 17, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁰⁸ Aktaran SCHABAS, William A., **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute**, Oxford 2016, s. 468. Bkz. *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Appeal Chamber*, Judgment on the appeal of Mr. Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11-565, 24 Temmuz 2014, para 230.

kavramına ilişkin daha yol gösterici açıklamalar ise gerek Mahkeme'nin daha önceden verdiği kararlarda belirtilmiş⁵⁰⁹ gerekse Savcılık Ofisinin Yönetmeliği'nin 29. kuralında açıklanmıştır. Bu doğrultuda suçun vahametinin ölçülmesinde suçun derecesi, yapısı, işlenme biçimi ve etkisi gibi faktörler etkili olacaktır. Suçun vahameti kavramı tartışmalara açık bir kavram olmasına rağmen açıkça tanımlanmamıştır. Ayrıca suçun vahameti kavramı sadece kabul edilebilirlik ile ilgili değildir; aynı zamanda da Savcılık Birimi'nin soruşturma yürüteceği durumları seçerken kullandığı takdir yetkisini de göstermektedir.⁵¹⁰

Adaletin tecellisine hizmetin gözetildiği son unsur ise Roma Statüsü'nün 53. maddesinde açıklanmıştır. Aslında bu unsur Savcılık Biriminin bir soruşturmayı başlatması için gerekli olan şartlar arasında ifade edilmiştir. Bir diğer ifade ile adaletin tecellisine hizmet doğrudan kabul edilebilirlik kapsamında olmaktan ziyade Savcılığın bir durumu soruşturmaya başlamasından önceki aşamada göz önünde bulundurması gereken bir unsurdur. 53. madde kapsamında, suçun vahametinin de dahil edildiği mağdurun menfaatinin incelendiği, sanığın yaşının ve rolünün göze alındığı kapsamlı bir değerlendirme ile söz konusu durumda adaletin tecellisine hizmet edip etmediği tespit edilecektir.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Bu konuda verilmiş önemli kararlardan bazı örnekler için bkz. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* Judgment on Jurisdiction Appeal, ICC-01/04-01/06-772, Appeal Chamber (Temyiz Dairesi), 14 Aralık 2006, para. 23; *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11-382-Red, Pre-Trial Chamber II (Ön Soruşturma Dairesi II), 29 Ocak 2012, para. 50.

⁵¹⁰ DEGUZMAN, Margeret M., "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, C. 32, S. 5, ss. 1400-1465, s. 1404.

⁵¹¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 53, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023. UCM kapsamında Savcılık teşkilatının suçun vahametini ve aynı zamanda adaletin tecellisine hizmet etmesi göz önünde bulundurarak soruşturma açması, Savcılık kurumuna önemli bir güç vermektedir. En nihayetinde bu terimler matematiksel ölçümlere tabii değildirler. Bu kapsamda 2017 tarihinde Savcılığın Afganistan'da işlenen suçları soruşturma talebi adaletin tecellisine hizmet etmediği gerekçesiyle reddedilmiş ve oldukça tartışmaya sebebiyet vermiştir. Öte yandan Mavi Marmara olayı adıyla da bilinen Komor Adaları ön soruşturmasında hayatını kaybeden 10 aktivistin İsrail güçleri tarafından yardım filosunda hedef alınmasına yönelik soruşturma açılmasına ilişkin suçun yeterli vahamette olmadığını ifade etmiştir. Adaletin tecellisine hizmet konusunda tartışma için bkz. LUBAN, David, "The Interest of Justice at the ICC: A Continuing Mystery", <https://www.justsecurity.org/69188/the-interests-of-justice-at-the-icc-a-continuing-mystery/>, 17 Mart 2020, Erişim: Nisan 2022. Komor Adaları ve suçun vahameti tartışması için bkz. DEGUZMAN, Margeret M., "What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from

Yukarıda da ifade edildiği üzere Mahkeme'nin yetki ve kabul edilebilirlik şartları oldukça katıdır. Tüm bu yetki ve kabul edilebilirlik şartlarının ardından ön duruşma, duruşma ve karar aşamaları ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki bir davanın süreci sona erecektir.⁵¹² Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan devletlerin egemenliği kapsamında titizlikle kaleme alınmış olan Roma Statüsü çerçevesinde görülen ceza davaları insanlık tarihi açısından oldukça önemli kararlara konu olmaktadır.

II. ROMA STATÜSÜ'NDE SUÇLULARIN ÇOKLUĞU DÜZENLEMESİ

A. GENEL OLARAK

Roma Statüsü'nün 25. maddesi bireysel ceza sorumluluğunu düzenlemekte ve iştirak halinde işlenen suçlar açısından kabul edilen sorumluluk türlerini belirlemektedir. Bireysel ceza sorumluluğu başlıklı madde şu şekildedir:

“1. Mahkeme, bu tüzüğe uygun olarak, gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir.

2. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç işleyen kişi, bu tüzüğe uygun olarak cezalandırılmaktan şahsen sorumludur ve suç nedeniyle cezalandırılabilir.

the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation”, **American Society of International Law**, 2015, C.19, https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/19/what-gravity-threshold-icc-investigation-lessons-pre-trial-chamber#_edn7, Erişim: Nisan 2022.

⁵¹² CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 403 vd.

3. Bu tüzüğe uygun olarak, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı kişiler, aşağıdaki hallerde cezai sorumluluk taşır ve cezalandırabilir:

(a) Tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müstereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi halinde;

(b) Meydana gelen veya teşebbüs edilen böyle bir suçun işlenmesini emretmesi, teşvik etmesi veya suçun işlenmesine ikna etmesi halinde;

(c) Böyle bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunması, suça kışkırtması, veya suçun işlenmesi için gerekli araçları temin etme dahil olmak üzere, suçun işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması halinde;

(d) Ortak bir amaçla hareket eden bir grup şahıs tarafından böyle bir suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesine herhangi bir şekilde katkıda bulunması halinde. Bu katkının kasten ve:

(i) eylemin veya amacın, Mahkemenin yargı yetkisi içerisinde bulunan bir suçun işlenmesini içerdiği durumda, grubun suç faaliyeti veya amacını daha da ilerletmek amacıyla yapılması halinde veya;

(ii) grubun suç işleme niyetinin bilincinde olarak yapılmış olması halinde;

(e) Soykırım suçuyla ilgili olarak doğrudan veya dolaylı olarak diğerlerini soykırıma kışkırtma halinde;

(f) Maddi adımlar atıp, suçun icrasını başlatacak eylemi yaparak, bir suçu işlemeye teşebbüse etme ancak suçun şahsın niyetinden bağımsız sebepler nedeniyle gerçekleşmemesi halinde. Ancak suçun işlenmesinden vazgeçen veya suçun tamamlanmasını önleyen bir şahsın, suçun amacından

tamamen ve kendi isteğiyle vazgeçmesi halinde, suçun işlenmesine teşebbüsten dolayı bu tüzüğe göre cezai açıdan sorumluluğu bulunmaz.

4. Bireysel cezai sorumluluk konusundaki bu tüzükteki hiçbir hüküm, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğunu etkilemez.”⁵¹³

Roma Statüsü 25. maddenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisi vardır ve bireysel ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. Bir diğer ifade ile Uluslararası Ceza Mahkemesi bünyesinde gerçek kişiler bireysel faaliyetleri kapsamında ortaya çıkan suçlara bireysel katkıları ile sorumlu tutulacaklar, devletlerin uluslararası hukuktan doğan sorumlulukları ise Roma Statüsü dışında değerlendirilecektir. Statü iştirak hallerinden doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik (aracı kişinin cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın), ortaya çıkan ya da teşebbüs edilen suç için emretme, teşvik etme, ikna etme, suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardım etme, kışkırtma, araç temin etme veya suçun işlenmesine teşebbüse yardım etme hallerine yer vermiştir. Bu belirtilen iştirak hallerine ek olarak müşterek suç girişimine benzer bir tür olan ortak bir amaçla hareket etme halini de bir iştirak türü olarak Statü kabul etmiştir. Son olarak, 25. madde teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye de değinmektedir. Maddenin ifadesine göre, esaslı adımlarla suçun icrasına başlandığı, ancak kişinin iradesi dışında suçun icrasının gerçekleşmediği haller suça teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, suçun icrasını terk eden veya suçun tamamlanmasını önleyen kişi suçun amacından tamamen ve gönüllü olarak vazgeçmişse suça teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır.

Roma Statüsü 25. madde bireysel ceza sorumluluğu doğuracak suça katılım türlerini teker teker sıralamıştır. Ancak suça katılanların alacağı cezaya ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Statü’nün cezaların tayinini düzenleyen 78. maddesi kapsamında

⁵¹³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 25, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Şubat 2023.

cezanın tespiti aşamasında bireysel sorumluluğun da değerlendirileceği şu şekilde ifade edilmiştir: “Ceza verirken Divan, Usul ve Delil Kurallarına uygun olarak, suçun vahameti ile sanığın bireysel koşullarını göz önüne alacaktır.”⁵¹⁴ 78. maddede atıf yapılan Usul ve Delil Kuralları’nın 145. maddesinin 1(c) fıkrası ise cezanın tayini hususunda nelerin dikkate alınacağı konusunda daha detaylı açıklamalarda bulunmaktadır:

*“Özellikle mağdurlara ve ailelerine verilen zarar olmak üzere, diğer hususların yanı sıra, verilen zararın kapsamı, yasadışı davranışın niteliğini ve suçun işlenmesi için kullanılan araçlar; sanığın suça katılım derecesi, kastın derecesi; durum, zaman ve yerin koşulları; ve sanığın yaşı, eğitimi, sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınacaktır.”*⁵¹⁵

O halde 145. maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, cezanın belirlenmesinde suça katılımın ve kastın derecesine dikkat edilecektir. Roma Statüsü’nün bu ifadesi doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bu kapsamda bazı yazarlar failliğin daha yoğun bir suça katılım olduğunu iddia ederek faillerin daha fazla sorumlu ve sırasıyla Statü’de yer alan diğer suça katılım türlerinin daha az sorumlu oldukları yönünde bir çıkarım yapılabileceğini, Statü’nün lafzında bu anlamda bir hiyerarşi olduğunu ileri sürmektedir.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Şubat 2023.

⁵¹⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi, Usul ve Delil Kuralları, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>, Erişim Tarihi: Mayıs 2021.

⁵¹⁶ WERLE, Gerhard ‘Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute’, **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, 2007, ss. 953–975, s. 957. Ayrıca, Werle ve Burghardt, 25. madde kapsamında ele alınan üç tür failliğin (doğrudan, müşterek, dolaylı) esasen çok az ortak noktası olduğunu, bunların tek bir grup çatısı altında toplanmalarının tek sebebinin asli faillik ve fer’i faillik ayrımının yapılmış olduğunu iddia ederek, Statü’nün normatif bir bakış açısı içinde bir hiyerarşi öngördüğü belirtmektedir. Bkz. WERLE, Gerhard, BURGHARDT, Boris, "Establishing degrees of responsibility: modes of participation in Article 25 of the ICC Statute." VAN SLIEDREGT, Elies, ve VASILIEV Sergey eds. **Pluralism in International Criminal Law** içinde, Oxford 2014, ss. 301-319, s. 307 vd.

Ayrıca yine aynı görüş kapsamında, fail, azmettiren, yardım eden ve ortak amaçla toplu işlenen bir suça katılan olarak kabul edilen dört sorumluluk türünün aslında fail ve şerik ayrımına dikkat çektiği ve bu kapsamda Statü'nün ikilik sistemini benimsediği sonucuna da varılmaktadır.⁵¹⁷ Statü'nün faillik ve şeriklik sistemi arasında bir hiyerarşi öngördüğünü iddia eden bu görüş doğrultusunda faillik birinci sırada yer alan en ağır suça katılım türüdür; failliğin ardından sıralanan şeriklik türleri arasında kabul edilen azmettirme ve azmettirmenin farklı formları ikinci sırada yer almaktadır; bir suça yardımda bulunmak üçüncü sırada bulunmaktadır ve son olarak toplu bir suça katılmak kapsamında yer alan ortak amaç sorumluluğu ise en hafif sorumluluk türünü oluşturan dördüncü sırada yer almaktadır.⁵¹⁸

Ancak bu görüşün karşısında yer alan bir diğer görüşe göre ise esasen 25. maddenin lafzından böyle bir sonuç çıkartılması uygun değildir, zira ikilik sisteminin Statü lafzında benimsendiğine dair yeterli delil yoktur.⁵¹⁹ Bu görüşün dayandığı savlar arasında azmettirmenin de faillik kadar ağır ceza gerektiren haller ortaya çıkartabileceği yer almaktadır.⁵²⁰ Hatta Roma Statüsü'nün 77 ve 78. maddelerinde cezanın suçun ağırlığı ve bireysel koşullar dikkate alınarak tayin edileceği belirtilmiş olup, bu maddelerde bireysel ceza sorumluluğunda belirlenen iştirak türünün etkisine yer verilmediği ifade edilmektedir.⁵²¹ Bu görüş, Usûl ve Delil Kuralları'nın 145. maddesinde yer alan cezanın tayininde suça katılım derecesine bakılacağı ifadesine karşı ise bu konunun infaz ile ilgili olduğu, hükmün belirlenmesinde etkili olmadığı açıklamasını getirmektedir.⁵²²

⁵¹⁷ GOY, Barbara. "Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the ad hoc Tribunals", **International Criminal Law Review**, C.12, S.1, 2012, ss. 1-70, s. 6. WERLE, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", s. 957. WERLE, BURGHARDT, "Establishing degrees of responsibility: modes of participation in Article 25 of the ICC Statute", s. 306.

⁵¹⁸ WERLE, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", s. 957.

⁵¹⁹ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s.85.

⁵²⁰ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s.85.

⁵²¹ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s.85.

⁵²² VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s.85. Esasen uluslararası ceza hukuku bünyesinde her zaman hiyerarşik yaklaşımlar benimsenmemiştir. Bu konuda Sierra Leone Özel Mahkemeleri'nin Charles Taylor kararı ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Charles Taylor bir devlet başkanı olması ve iç savaş sürecinde kuvvetli bağları ve etkisi olmasına karşın, iç savaş esnasında işlenen suçlarda yardım eden sıfatıyla değerlendirilmiştir. (Bkz. *Prosecutor v. Charles Chankay Taylor*,

Her iki görüş de oldukça tartışmalıdır. Statü ayrı ayrı suça iştirak türlerini belirtmekte, her bir tür için genel bir açıklayıcı ifade kullanmakta ancak bu belirtilen sorumluluk türlerine ilişkin esaslı bir bilgi içermemektedir. Bu sebeple Roma Statüsü'nün UCM tarafından nasıl yorumlandığı ve hatta hakimlerin bu tartışmaya ilişkin değerlendirmeleri konuya açıklık getirmek amacıyla önem içermektedir.

B. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN ROMA STATÜSÜ 25.

MADDE HAKKINDAKİ GENEL YORUMU

Günümüzde faaliyetlerini sürdüren tek daimi uluslararası ceza mahkemesi olan UCM'de bireysel sorumluluğunun türleri ve nasıl belirleneceği konusunda önemli kararlara imza atmış, bu süreçte hem kendinden önceki uluslararası ceza hukukunun önemli içtihatlarına atıfta bulunmuş hem de kendi hukuki görüşünü oluşturmaya çalışmış ve hala bu yönde çalışmaktadır. Bu süreçte önem ifade edeceği üzere, Roma Statüsü 21. madde Mahkeme nezdinde uygulanacak hukuku belirlemektedir.

SCSL-03-01-T, 18 Mayıs 2012.) Charles Taylor kararı bu anlamda önemli ve tartışma yaratan bir karar olmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede Liberya'nın eski devlet başkanı olan Charles Taylor'ı Liberya iç savaşında işlenen savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve uluslararası hukukun diğer ihlallerinden sorumlu bulmuştur. Mahkemenin kararında, Charles Taylor'ın Devrimci Birleşik Cephe (*Revolutionary United Front- RUF*) ve Silahlı Kuvvetler Devrimci Konseyi (*Armed Forces Revolutionary Council- AFRC*) isyancılarına savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlemelerinde yardım ettiği kanaatine varmıştır. (Bkz. AMBOS, Kai, NJİKAM, Ousman, "Charles Taylor's Criminal Responsibility", **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 11, 2013, ss. 789-812, s. 791.) Mahkeme yaptığı değerlendirmede RUF ve AFRC'nin faaliyetlerini Sierra Leone sivil nüfusuna karşı suçlar çerçevesinde ele almış ve bu doğrultuda askeri operasyonlara yapılan her yardımın bu gruplarca işlenen suçlara yardım etmek olacağına karar vermiştir. (Bkz. AMBOS, NJİKAM, "Charles Taylor's Criminal Responsibility", s. 793.) Bu kapsamda, bir devlet başkanı olan ve isyancı gruplarla yakın bağları olan Charles Taylor'ın doğrudan veya aracılar vasıtasıyla bu gruplara silah sağlaması, askeri personel göndermesi, operasyonel destek sağlaması, teşvik ve manevi destek sağlaması kuvvetli siyasi konumu ve bağlantılarına rağmen yardım etme sorumluluk türü dahilinde değerlendirilmiş olduğunun altını çizmek gerekmektedir.

21. maddeye göre, uygulanacak hukuk açısından Mahkeme öncelikle Roma Statüsünü, Suçun Unsurları Belgesini ve Usul Delil Kurallarını dikkate alacağını, ikinci olarak ise uygun olduğu takdirde, geçerli anlaşmaları ve uluslararası silahlı çatışma prensipleri dahil, uluslararası hukukun ilke ve kurallarını uygulayacağını, son olarak da uluslararası hukuk ve uluslararası kabul görmüş norm ve standartlara uygun olmaları halinde, suç üzerinde normal olarak yargı yetkisi bulunan devletin iç mevzuatı dahil olmak üzere, dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensiplerini uygulayacağını ve geçmiş kararlarında yorumlanmış hukuk ilke ve kurallarının da uygulanabilir olduğunu hükme bağlamıştır.⁵²³ 21. maddede belirtilen “dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensipleri” ifadesi, Mahkemeyi özellikle bireysel ceza sorumluluğu gibi Statü’nün lafzının içeriği doldurmada yetersiz kaldığı suç genel teorisine dahil olan konularda, karşılaştırmalı ceza hukuku analizlerine yönlendirmektedir. UCM 25. maddeyi uygularken ve yorumlarken bu sebeple dünyadaki farklı ceza hukuku sistemlerini bireysel ceza sorumluluğunun tespiti ve suça katılıma ilişkin sistemler çerçevesinde karşılamış ve bir sonuca ulaşmıştır. Nihayetinde, bu çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde yapılan tartışmalara istinaden, suça katılanların cezalandırılmasına yönelik

⁵²³ Roma Statüsü Madde 21’in çevrilmiş tam metni şu şekildedir:

“Uygulanacak hukuk:

1. Mahkeme:

(a) Öncelikle bu tüzüğü, Suçun Unsurlarını, Usul ve Delil Kurallarını uygular.

(b) İkinci olarak, uygun olduğu takdirde, geçerli anlaşmaları ve uluslararası silahlı çatışma prensipleri dahil, uluslararası hukukun ilke ve kurallarını uygular.

(c) Bu tüzük ile, uluslararası hukuk ve uluslararası kabul görmüş norm ve standartlara uygun olmaları halinde, suç üzerinde normal olarak yargı yetkisi bulunan devletin iç mevzuatı dahil olmak üzere, dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensiplerini uygular.

2. Mahkeme, geçmiş kararlarında yorumlanmış hukuk ilke ve kurallarını uygulayabilir.

3. Bu hükümdeki hukuk uygulama ve yorumlarının uluslararası kabul görmüş insan hakları ile uyumlu olması, 7. maddenin 3. paragrafında belirtilen cins, ırk, renk, dil, din veya inanç, politik ve diğer görüşler, milli, etnik veya sosyal köken, refah, doğum ve diğer statülerden kaynaklanan gerekçelerle herhangi bir ayrımcılığa yol açmaması gerekir.”

Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 21, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Şubat 2023.

sistemler hususunda UCM kararlarında ikilik sisteminin benimsendiği ifade edilmekte ve ayrıca iştirak türleri arasında bir hiyerarşinin varlığına işaret edilmektedir.⁵²⁴

Roma Statüsü kapsamında bireysel ceza sorumluluğu ve Mahkeme'nin benimsediği teorik yaklaşımlar konusunda *Lubanga* ve *Katanga et. al.* davalarına ilişkin Ön Soruşturma Daireleri'nin vermiş olduğu İsnatların Teyidi kararları önem taşımaktadır. Mahkeme'nin yaklaşımını ve bu konuda yapılan doktrinel tartışmaları anlamlandırabilmek adına bu iki önemli kararda Ön Soruşturma Dairesi'nin incelemesine yer vermekte fayda vardır.

2007 tarihinde *Lubanga* davası için verilen İsnatların Tespiti Kararı'nda Ön Soruşturma Dairesi birlikte faillik sorumluluk türünü incelemiş ve bu vesile ile bireysel ceza sorumluluğunun tayini ve suça katılım türlerine ilişkin açıklamalar getirmiştir. Bu önemli kararda Savcılık birlikte faillik sorumluluk türünün açıklamasında Alman ceza hukukunda yer alan fiil hakimiyeti teorisinin kullanılması gerektiğini iddia etmiş, bunun üzerine Daire birlikte faillik sorumluluk türünü incelemeye almış ve Savcılığın bu iddiasını değerlendirmiştir.⁵²⁵ Mahkeme'nin ifadelerine göre birlikte faillik sorumluluk türünde, birden çok kişinin bir suça koordineli bireysel katkıları, her bir katılanı bir diğerinin katkısından da sorumlu tutmakta ve fail yapmaktadır.⁵²⁶ Mahkeme bu durumda fail ve şerik arasındaki ayrımın önemine de dikkat çekmiştir.⁵²⁷ Mahkeme bu doğrultuda, suça katılanların cezalandırılmasına ilişkin sistemler dahilinde teorik bir tartışma yürüterek, ikilik sistemi içinde objektif teori, sübjektif teori ve fiil hakimiyeti teorisini incelemiş ve Roma Statüsü'nde hangi yaklaşımın yer bulabileceğini irdelemiştir.

⁵²⁴ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 185. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s.83-85. *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 328-330. *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 500-518.

⁵²⁵ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 322.

⁵²⁶ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 326.

⁵²⁷ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 326.

Lubanga İstadların Teyidi Kararı kapsamında öncelikle Ön Soruşturma Dairesi ikilik sistemi içerisinde objektif yaklaşımı incelemiştir. Mahkeme'nin de ifade ettiğine göre objektif yaklaşımda fail fiilin unsurlarını gerçekleştiren olarak kabul edilecektir.⁵²⁸ Ancak Mahkeme'nin kararına göre Roma Statüsü objektif yaklaşımı karşılamamaktadır, zira Statü'de başkası aracılığıyla faillik kavramı da yer almaktadır, o halde bu sistem içinde faillik sadece fiili icra edene indirgenemeyecektir.⁵²⁹

EYUCM tarafından kabul edilen ve katılanların bireysel katkılarına bakılmaksızın suç işleme kastına ortak olanların fail kabul edildiği subjektif görüş de Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir.⁵³⁰ Ancak sonuç olarak Mahkeme 25/3(d) kapsamında ayrı olarak ortak amaçla bir grup tarafından işlenen suçlara grubun suç faaliyetlerini ilerletme amacıyla katılımı düzenlediği için subjektif görüşün de Roma Statüsü sistemindeki faillik kapsamında karşılık bulmayacağına kanaat getirmiştir.⁵³¹ Neticede 25/3(d) ile Roma Statüsü yardım eden ve azmettiren dışında kalan suça katılım hallerini kapsayacak bir şeriklik türünü kabul etmiştir.⁵³²

Son olarak ise Mahkeme fiil hakimiyeti teorisi yaklaşımını ele almıştır. Kararda açıklandığı şekli ile fiil hakimiyeti teorisi failliği ne sadece fiili işleyen düzeyinde ne de sadece kasta ortak olan düzeyinde ele almaktadır; bu teori suç mahallinden uzak olsa da suçun işlenmesini kontrol edenleri de fail saymaktadır.⁵³³ Objektif ve subjektif yaklaşımları eleyen Mahkeme, bazı ulusal hukuk sistemlerinde de uygulanan fiil hakimiyeti teorisinin Roma Statüsü'ne uygulanabilirliğine dikkat çekmiştir. Kararda,

⁵²⁸ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 328.

⁵²⁹ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 333.

⁵³⁰ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 329.

⁵³¹ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 334.

⁵³² *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 337.

⁵³³ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 330.

özellikle Roma Statüsü'nün madde 25/3(a) kapsamında başka birini kullanarak suç işleyenlerin, aracı olan kişinin cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, dolaylı fail olarak kabul edilecekleri yönündeki ifadesi üzerine, fiil hakimiyetine vurgu yapıldığı ve hakimiyet kuranların fail sayılacağı belirtilmiştir.⁵³⁴

Lubanga kararı açıkça ikilik sistemini ve fiil hakimiyeti görüşünü benimsemektedir. Hatta karar diğer teorileri de inceleyerek Statü'nün getirdiği sisteme uygun olmadıklarını da ifade etmektedir. Ön Soruşturma Dairesi'nin bu yorumunun ne kadar geçerli olduğu tartışmalıdır. Neticede bireysel ceza sorumluluğu her hukuk sisteminin kendi sınırlarında farklılıklar gösterebilecek bir konudur. Uluslararası bir mahkemenin kullanacağı bireysel ceza sorumluluğunu kodifiye etmek bu açıdan kendine has zorluklar barındırmıştır. Farklı hukuk sistemlerinden ülkeler için bu husus üzerinde müzakere etmek ve bir sonuca varmak oldukça zor olmuştur.⁵³⁵ Dolayısıyla Roma Statüsü'nün dili mümkün oldukça tarafsız yazılmıştır. Doğrudan Alman hukukundan gelen fiil hakimiyeti teorisinin açıkça Statü'de ifade edildiğini iddia etmek doğru olmayacaktır.⁵³⁶

Fiil hakimiyeti görüşünün bu denli benimsenmiş olması bir diğer önemli hususu da beraberinde getirmektedir. Mahkeme vermiş olduğu kararda, fail ile şerik arasında bireysel ceza sorumluluğu açısından bir hiyerarşi öngörmüştür. Ön Soruşturma Dairesi'nin değerlendirmesinde ceza sorumluluğu açısından fail (doğrudan fail, birlikte fail ve dolaylı fail) suça katılandan, katkı sunanlardan, daha kusurludur.⁵³⁷ Kararda tam olarak bu hiyerarşik ayrımı kurabilmek için fail ve şerik arasındaki ayrımı açıklayan teorilere yer verilmiş ve bilinçli olarak fiil hakimiyeti görüşü benimsenmiştir.

⁵³⁴ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 339.

⁵³⁵ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 86.

⁵³⁶ Benzer görüş için bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 86.

⁵³⁷ RASTAN, Rod, "Review of ICC Jurisprudence 2008", *Northwestern Journal of International Human Rights*, S.2, C.7, 2009, ss. 261-298, s. 263.

Bireysel ceza sorumluluğunun Uluslararası Ceza Mahkemesi nezdinde değerlendirilmesi hususunda bir diğer önemli karar ise *Germain Katanga ve Mathieu Ngudjolo Chui (Katanga et. al.)* kararıdır. Yine aynı Ön Soruşturma Dairesi'nin verdiği karar kapsamında öncelikle fail ile şerik arasındaki ayrımın altı çizilmiş ve sanıkların dolaylı fail olma ihtimalleri üzerinde durularak bir şeriklik türü olarak kabul edilen emretme ve azmettirme hallerine yönelik inceleme yapılmamıştır.⁵³⁸

Bireysel ceza sorumluluğunun ele alınışı konusunda mihenk taşı konumunda olan *Katanga* İsnatların Teyidi Kararında da sıkça *Lubanga* kararına atıf yapılmıştır. *Katanga* kararında belirtildiği üzere Roma Statüsü'nün öngörülebilir ve tutarlı bir hukuk metni olması için bireysel ceza sorumluluğunun fail ile şerik ayrımına dayanan fiil hakimiyeti yaklaşımı ile değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵³⁹ *Katanga* kararında Mahkeme fiil hakimiyeti görüşüne bir kez daha geniş bir şekilde yer vermiş ve Roma Statüsü'ndeki bireysel ceza sorumluluğu düzenlemesinin fiil hakimiyeti teorisi penceresinden incelenmesi gerektiğine kanaat etmiştir.

Faillik ile ilgili getirdiği açıklamalardan anlaşılacağı üzere *Katanga* kararında fail sorumluluğu en yüksek olan kişi olmakla birlikte, şeriklerin sorumluluğunun tali olduğu ifade edilmiştir. Karar, fiil hakimiyeti görüşünü merkeze alarak, failin fiilin ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği konusunda merkezi bir hakimiyeti olduğunu ve bu hakimiyetin de onu en kusurlu kişi yaptığını belirtmektedir.⁵⁴⁰ Fail en kusurluysa o halde şerikler daha düşük bir sorumluluğa sahip olacaktır.⁵⁴¹

Bu görüş çerçevesinde Roma Statüsü'nün 25. maddesinin lafzi yorumu da önem kazanmaktadır. Zira Statü failliği açıkladığı 25/3(a) bendinde suçun işlenmesinden

⁵³⁸ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 468-471.

⁵³⁹ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 485-486.

⁵⁴⁰ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 518.

⁵⁴¹ OHLIN, Jens David, VAN SLIEDREGT, Elies, WEIGEND, Thomas, "Assessing the Control-Theory", *Leiden Journal of International Law*, S. 26, 2013, ss. 725-746, s. 743.

bahsederken, 25/3(b) ve (d) bentlerinde suçta katılım ya da en azından suçun teşebbüs halinde kalmasını öngörmektedir.⁵⁴² Bu yorum kapsamında da failliğin merkezi bir rol üstlendiği ve daha sorumlu kabul edildiği anlayışı vardır.

Lubanga ve *Katanga* kararları, UCM'nin bireysel ceza sorumluluğunu nasıl belirleyeceği konusunda oldukça önemli yaklaşımları ortaya sermektedir. Ancak bu kararlarda altı çizilen benzer görüşler Mahkeme genelinde her hakim tarafından kabul edilmemektedir. Özellikle *Lubanga* kararı için Hakim Fulford ve *Mathieu Ngudjolo Chui* kararı için Hakim Van den Wyngaert'in muhalefet şerhleri en az kararların kendisi kadar dikkat çekicidir.⁵⁴³ Bahsi geçen muhalefet şerhleri faillik, birlikte faillik ve dolaylı birlikte faillik kavramlarını detaylı olarak incelemiş ve Mahkeme tarafından sıkça atıf yapılan fiil hakimiyeti teorisinin bu denli kullanımına ilişkin önemli tespitler getirmişlerdir. Bu kararlara faillik kavramının incelendiği, çalışmanın ilerleyen başlıklarda da ayrıntılı olarak değinilecektir. Ancak bu aşamada önemli olan hakimlerin fiil hakimiyeti teorisinin Roma Statüsü'nde var olmadığını ısrarla belirtmiş olmalarıdır. Daha doğru bir ifade ile Statü belli bir teoriyi temel alarak kaleme alınmamıştır.

Lubanga kararına muhalefet şerhinde Hakim Fulford iki temel hususa değinmektedir. Hakim Fulford'a göre öncelikle 25. maddenin lafzı gereği sıralanan suçta katılım türleri birbirini dışlayan bir yapıya sahip değildir.⁵⁴⁴ Hakim'in açıklamasına göre pek çok durumda madde içinde yer alan suçta katılım türleri birlikte ortaya çıkabilir ve 25. madde bunlar arasında yarattığı bir geçiş ile tüm ihtimalleri kapsamaktadır.⁵⁴⁵ Ayrıca Hakim Fulford belirtilen iştirak türleri arasında hiyerarşik bir sıralanma olduğuna da itiraz etmektedir. Hakim, azmettirmenin faillikten, yardım etmenin de suç işleyen bir gruba

⁵⁴² OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, "Assessing the Control-Theory", s. 743.

⁵⁴³ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 Aralık 2012.

⁵⁴⁴ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para. 7

⁵⁴⁵ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para. 7.

katılımdan nasıl daha hafif değerlendirildiklerini eleştirel bir dille sorgulamaktadır.⁵⁴⁶ Fiil hakimiyeti görüşünün temel iddialarına karşı çıkan Hakim Fulford, son olarak bu teorisinin Mahkeme kararlarında ifade edildiği şekilde kullanılmasına karşı çıkmıştır.⁵⁴⁷

Hakim Van den Wyngaert ise *Ngudjolo* kararına karşı yazdığı muhalefet şerhinde Mahkeme'nin *Lubanga* kararından sonra sıkça fiil hakimiyeti teorisine atıf yapmasını eleştirmiş ve çeşitli gerekçeler öne sürerek bu teoriyi benimsemediğini ifade etmiştir. Hakim Van den Wyngaert'in gerekçelerinin başında UCM'nin ulusal bir model öngören bir teoriye dayanmaması gerektiği yer almaktadır.⁵⁴⁸ Hakim'in bazı çekinceleri oldukça ciddidir. Fiil hakimiyeti teorisinin uygulanmasını kıyas yasağını içeren Statü'nün 22/2 maddesine aykırı bulmaktadır ve bu hukuki teoriyi 25. maddenin içeriğinden uzak bulmaktadır.⁵⁴⁹ Ayrıca Hakim Van den Wyngaert da suça katılım türleri arasında hiyerarşi olduğunu kabul etmemektedir.⁵⁵⁰

Hakim Fulford ve Hakim Van den Wyngaert'in muhalefet şerhleri oldukça önemli ve açıklayıcı hukuki bilgiler içermektedir, ancak azınlıkta kalmaktadır. Mahkeme kararlarında fiil hakimiyeti teorisinin ağırlığını göstermektedir. Gerek kabul edilen bu hukuki yaklaşım, gerekse önemli muhalefet şerhlerinin varlığı Ohlin, Van Sliedregt ve Weigend'in görüşüne göre hukuki gelenekler arasındaki bir mücadeledir.⁵⁵¹ Yazarlar bu durumu incelerken bir ön açıklama olarak normatif ve doğalcı yaklaşımlardan bahsetmekte ve aralarındaki farkı bir örnekle açıklığa kavuşturmaktadır. Bu çalışmanın I. Bölümünde de açıklandığı üzere, normatif yaklaşım bir suçta sorumluluğu en yüksek olan

⁵⁴⁶ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para. 8.

⁵⁴⁷ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para. 10.

⁵⁴⁸ Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 Aralık 2012, para. 5.

⁵⁴⁹ Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 Aralık 2012, para. 6.

⁵⁵⁰ Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgement pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 Aralık 2012, para. 6.

⁵⁵¹ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, "Assessing the Control-Theory", s. 742.

kişiyi ararken doğalcı yaklaşımda başlangıç noktası olayların doğal gelişimi, sebep sonuç bağlantısıdır.⁵⁵² Yazarların verdiği örnek de oldukça çarpıcıdır. Bir sivil öldüren askerin sorumluluğunun belirlenmesinde doğalcı yaklaşım fiili işleyen askerden, emri veren sorumlulara ve hatta ilgili bakana kadar uzanan bir sorumluluk silsilesi çıkartırken, normatif yaklaşımda sorumluluğu en yüksek olan kişi olan bakandan başlanarak aşağı doğru inen bir sorumluluk silsilesi izlenecektir.⁵⁵³ Sonuç olarak normatif anlayışta ilgili bakan fail olurken, doğalcı yaklaşımda şerik olacaktır.⁵⁵⁴

Yazarların kendi çalışmalarında belirttikleri üzere aradaki bu önemli fark hukuk kültürüne göre değişmektedir. Zira bu örnekteki normatif yaklaşıma dayanan görüş fail ile şerik arasındaki ayrımın sınırlarının belirlenmesinde kriterler oluşturan, faillik ve şeriklik üzerine dogmatik konseptlere dayanmaktadır.⁵⁵⁵ Bu yaklaşım Alman ve İspanyol hukuk sistemlerinden gelmektedir.⁵⁵⁶ Öte yandan doğalcı yaklaşımda ise, suçun tanımlanmasının ya da ceza hukukunun genel kısmına ait kuralların temel amacının faillik ve şeriklik arasındaki sorumluluk seviyelerindeki farklılığı aydınlatmak olmadığı anlayışı yer almaktadır.⁵⁵⁷ Dolayısıyla bu sorun infaz hukukuna dahil edilmiştir.⁵⁵⁸ Bu yaklaşım ise Fransız ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kendini göstermektedir.⁵⁵⁹

Uluslararası Ceza Mahkemesi farklı hukuki kültürlerden gelen hakimleri barındırmaktadır. Dolayısıyla verilen kararlarda gerek uluslararası hukukun gerekse ulusal hukuk sistemlerinin izlerinin bulunması hukuki zenginliği arttırmakta ancak aynı zamanda görüş ayrılıklarına da sebep olmaktadır. Tüm bu farklılıklarla birlikte, hala

⁵⁵² OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 740. Ayrıca bu çalışmanın I. Bölümünde yer alan tartışmalara bakınız.

⁵⁵³ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 741.

⁵⁵⁴ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 741. Bu çarpıcı örnekte görüldüğü üzere normatif yaklaşımın bir görünümü olan fiil hakimiyeti teorisinin neden Alman hukukundan çıktığı daha açık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu teorisin temel özelliği suçun işlenmesine fiili katkıda bulunmayan ancak tüm suç sistemini dizayn eden ve hatta bir orkestra şefi gibi yöneten kişileri işlenen suçlardan bizzat fail olarak sorumlu tutmaya yaramasıdır. Bu özelliği ile teori İkinci Dünya Savaşı ve devamında işlenen suçlarda yöneticileri fail olarak sorumlu kılmaya elverişlidir.

⁵⁵⁵ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 742-743.

⁵⁵⁶ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 743.

⁵⁵⁷ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 743.

⁵⁵⁸ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 743.s. 743.

⁵⁵⁹ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 743.

Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında temel görüş fiil hakimiyeti teorisi kapsamında sorumluluğun belirlenmesi iken, akademik tartışmalar bu teorinin geçerliliğini temelden sorgulamaktadır.

Sonuç itibarıyla, tüm bu doktrinel tartışmalar Mahkeme'nin kararları ile birlikte değerlendirildiğinde, görülmektedir ki Mahkeme kimin daha çok sorumlu olduğunu sorgulamakta, onları yargılamaya yönelmekte ve yargıladığı kişiler açısından da normatif bir bakışla sorumluluğu tesis etmektedir. Uluslararası ceza hukuku hem uluslararası hukukun hem de ceza hukukunun bir araya gelerek oluşturdukları bir alandır. Temel kavramlar ceza hukukundan alınmış olmakla birlikte uluslararası hukukun çizdiği kurallar çerçevesinde faaliyet imkânı bulur. Bireysel ceza sorumluluğunun belirlenmesi ise kökenini ceza hukukunun temel alanlarından biri olan iştirak kavramından almaktadır. Ancak hem uluslararası ceza hukukunun kendine özgü yapısı hem de UCM'nin çok uluslu yapısı üzerinde gerek Roma Statüsü'nün kaleme alınması döneminde gerekse Mahkeme kararlarıyla uygulamasında, bireysel ceza sorumluluğunun tespiti üzerinde uzlaşılması oldukça güç bir alan haline dönmüştür. Bu sebeple bireysel ceza sorumluluğunun nasıl tayin edileceği sorusunu tamamıyla ulusal hukuk sistemlerinin gözlükleriyle okumak her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir.

Fiil hakimiyeti görüşünün Mahkeme tarafından yaygın kullanımı da yukarıda ifade edilen genel durumun uygulamaya yansımaya yönelik bir örnektir. Esasen fiil hakimiyeti görüşü birden çok kişinin farklı roller üstlenerek kolektif olarak ortaya çıkarttıkları uluslararası suçlarda sorumluluğun tayini konusunda elverişli bir teoridir. Ancak kendi içinde de pek çok eksiklik barındırmaktadır. Her şeyden önce bu teorinin Almanya'nın tarihi geçmişine özel olarak ortaya çıktığı aşikardır. Kanaatimizce, fiil hakimiyeti teorisini her kapının kilidini açan mucizevi bir çözüm olarak değerlendirmemek gerekir.

Öte yandan azınlık görüşünde dile getirildiği üzere fiil hakimiyeti anlayışının beraberinde getirdiği hiyerarşik görüşe katılmak da her durumda mümkün değildir. Hakim Fulford'un da muhalefet şerhinde açıkça ifade ettiği üzere, her durumda azmettiren ya da emir verenin failden daha az kusurlu olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca azmettiren ya da emir veren kişi bizzat fiili icra eden kişiden daha kusurlu bir psişik dünyaya sahip olabilir. Bu durumda fiil hakimiyeti teorisinin yaklaşımı bu kişilerin fiil üzerindeki hakimiyetinin kuvveti sebebiyle onları fail olarak adlandırmaktır. Ancak bu durum başlı başına azmettiren veya emir veren ile fail arasındaki ayrımın çizilmesinde güçlük yaratabilmektedir.

Bireysel ceza sorumluluğunun tayini sorunu doktrinde de sıkça tartışılmış ve alternatif yaklaşımlar getirilmiştir. Bu yaklaşımlar arasında fiil hakimiyeti görüşünün sert geçişlerini kapatacak bir görüş olan suça katılanların kendi katılım oranlarında sorumlu tutulması anlayışı dikkat çekmektedir. Bu görüş kapsamında suça yardım eden, suçu planlayan veya azmettiren ortaya çıkan suçtan değil yardım etme, planlama ya da azmettirme fiilinden sorumlu tutulmalıdır.⁵⁶⁰ Esasen burada cezalandırılan şerikliğin tali yapısıdır. Şerikler failin suçundan değil kendi katkılarından dolayı cezalandırılmaktadır.⁵⁶¹ İkilik sistemini benimsememiş olan hukuk sistemlerinde dahi sonuç suçtan değil kişinin o suça katkısından sorumluluk tayin edilmektedir.⁵⁶²

Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir örnek olarak, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Model Ceza Yasası'nda kendi fiiliyle suç işleyen kişi ile başkasının fiiline katılan kişinin sorumluluğu birbirinden ayrılmaktadır.⁵⁶³ Esasen uluslararası ceza hukukunun ilgilendiği suçların özel yapısı sadece uluslararası ceza hukuku sınırları içerisinde ortaya çıkmamakta, aslında pek çok ulusal hukuk sistemi benzer suçlar açısından karşılaşılan sorumluluk sorununa çözümler aramaktadır. Bu kapsamda fiil

⁵⁶⁰ AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

⁵⁶¹ AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

⁵⁶² AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

⁵⁶³ AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

hakimiyeti görüşünün Roma Statüsü'nün lafzında yer aldığını iddia etmek doğru olmayacağı gibi, bir ulusal hukuk teorisinin tek anahtar olarak değerlendirilmesi de doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

C. ROMA STATÜSÜ'NDE FAİLLİK VE SUÇA KATILIM TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Roma Statüsü 25. maddede faillik, azmettirme, emretme, yardım etme ve ortak bir amaçla hareket eden bir grubun bir parçası olarak suça katkıda bulunma halleri düzenlenmiştir. Statünün lafzında faillik, doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik olarak üç kategori de ortaya çıkabilir. Ancak UCM kararlarıyla Roma Statüsü'nün lafzında yer alan bu kategorilerin yanına dolaylı faillik ile müşterek failliğin birleşiminden oluşan dolaylı müşterek faillik kategorisi eklenmiş ve böylece failliğin sınırları bu kategori ile genişlemiştir.

Roma Statüsü 21. madde Mahkemenin uygulanacak hukuk açısından “*dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensiplerini*” uygulayacağı çalışmanın bir önceki bölümlerinde belirtilmiştir.⁵⁶⁴ Böylece Roma Statüsü kapsamında özellikle bireysel ceza sorumluluğu ve suça katılım gibi ceza hukukunun esasına yönelik bir konu hakkında Roma Statüsü'nün lafzı, ek belgeler, uluslararası

⁵⁶⁴ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 21, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Şubat 2023.

anlaşmalar ve ilkeler yeterli kalmadığı takdirde ulusal hukuk sistemlerinin temel prensipleri ışık tutabilecektir. Bu durum, Roma Statü kapsamında tanımlanan bireysel ceza sorumluluğu türleri ağıısından karşılaştırmalı ceza hukuku çalışmalarının önemini vurgulamaktadır. Çalışmanın bu bölümünde, her bir sorumluluk türü öncelikle genel olarak karşılaştırmalı hukuk kapsamında incelenecek sonrasında ise UCM'nin kararlarıyla kavramın nasıl ele alındığı değerlendirilecektir.

2. Faillik

a. Doğrudan Fail

i. Karşılaştırmalı Hukukta Doğrudan Fail

Hukuk dilinde fail, hukuki sonuç doğuracak bir suç işleyen kimse demektir.⁵⁶⁵ Amerikan hukukunda, Model Ceza Yasası'nda tanımlandığı üzere, bir kişi kendi davranışlarıyla işlediği ve/veya hukuki olarak sorumlu olduğu birinin davranışlarıyla işlenen suçlarda fail olarak sorumludur.⁵⁶⁶ İngiliz hukukunda da suçun maddi unsurunu gerekli olan kast veya taksirle işleyen kişinin fail olduğu kabul edilir.⁵⁶⁷ Fransız

⁵⁶⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: şubat 2023.

⁵⁶⁶ Model Penal Code, Section 2.06, http://individual.utoronto.ca/dubber/web/website/genliab/Model_Penal_Code.htm, Erişim: şubat 2023. Ayrıca bkz. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 638.

⁵⁶⁷ Crown Prosecution Service, Secondary Liability: charging decisions on principals and accessories, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/secondary-liability-charging-decisions-principals-and-accessories>, Erişim: şubat 2023.

hukukunda ise Fransız Ceza Kanunu madde 121’de geçtiği şekliyle, suçu işleyen ya da işlemeye teşebbüs eden faildir.⁵⁶⁸ İtalyan ceza hukukunda da kanunun belirttiği şekliyle suç oluşturan davranış ya da ihmali doğrudan işleyen kişidir.⁵⁶⁹ Alman Ceza Kanunu madde 25’de getirilen tanım çerçevesinde ise suçu kendi işleyen kişinin fail olacağı belirtilmiştir.⁵⁷⁰ Türk ceza hukukunda ise TCK çerçevesinde suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi fail sayılacaktır.

ii. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yorumu

Roma Statüsü madde 25/3(a) kapsamında faillik tanımlanmakta ve yine aynı paragraf ile üç farklı faillik türü kabul edilmektedir. Böylece Rome Statüsü, “tek başına veya diğer şahsın cezai sorumluluğu olsun olmasın başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlenmesi”⁵⁷¹ hali tanımıyla doğrudan, müşterek ve dolaylı failliği kabul etmektedir.

UCM kapsamında esas tartışmalar failliğin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda failliğin türleri üzerinde yaşanmaktadır. Netice itibarıyla, normatif bir bakış açısıyla, ortaya çıkan suçlardan kimin daha çok sorumlu olduğunun araştırmasında yargılanan üst düzey yetkililer genellikle doğrudan suça karışan insanlar olmamaktadır. Mahkeme’nin vermiş olduğu kararlarda daha ziyade failliğin diğer türleri olan dolaylı ve müşterek faillik tartışılmaktadır.

⁵⁶⁸ Code Pénal, Article 121-4, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023.

⁵⁶⁹ AMATO, FUCITO, **Criminal Law in Italy**, s. 112.

⁵⁷⁰ German Criminal Code, Section 25, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752#25>, Erişim: Mart 2023.

⁵⁷¹ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 25, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Şubat 2023.

Ancak *Ntaganda* davasında, Mahkeme Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde faaliyet göstermiş silahlı bir grup olan Kongo’nun Özgürlüğü için Yurtsever Kuvvetler’in (*Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*) eski genel kurmay başkanı ve operasyon komutanıdır.⁵⁷² Bir silahlı operasyonda sivil olduğunu bildiği bir rahibi tutuklamış, sorgulamış ve sorgu sonrasında ateşli silahla vurarak öldürmüştür. UCM incelemesinde doğrudan failliği suçun maddi unsurlarını, suç tanımında yer alan kusurlulukla şahsen işleyen kimsenin doğrudan fail olacağını belirterek, bu vakıa açısından sanık Ntaganda’yı doğrudan fail olarak sorumlu tutmuştur.⁵⁷³

b. Dolaylı Fail

i. Karşılaştırmalı Hukukta Dolaylı Fail

Suçun başka bir kişinin kullanılarak işlenmesi hali genel olarak dolaylı faillik ile ifade edilir. Dolaylı faillik pek çok hukuk sistemi içerisinde yer almaktadır. Bir başkasının aracılığıyla suç işlemeyi düzenleyen dolaylı faillik için Alman hukukunda “*Hintermann*”, doğrudan fail için “*Werkzeug*”; İtalyan hukukunda ise “*autoria mediata*” veya yine arka plandaki düşünsel olarak süreci tasarlayan anlamında “*autore finto-autore intellettuale*” terimleri kullanılmakta, İngiliz ve İrlanda hukukunda ise dolaylı failin yönlendirdiği kişi için masum fail anlamında “*innocent agent*” ifadesi kullanılmaktadır.⁵⁷⁴ Esasen dolaylı

⁵⁷² *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case Information Sheet, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>, Erişim: Mart 2023.

⁵⁷³ *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgment, Trial Chamber VI, ICC-01/04-02/06, 8 Temmuz 2019, para. 735.

⁵⁷⁴ Aktaran AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 143.

faillik geçmişten beri kullanılagelen bir kavramdır. Latince uzanan el anlamına gelen “*longa manus*” ile ifade edilen dolaylı faillik durumunda, tipik fiili işleyen doğrudan/asıl fail, bir başkasının (dolaylı fail) kolu, aracıymış gibi yönlendirilmektedir ve suçu işleyen kişinin suçtan sorumlu tutulması anlayışı kabul edilmiştir.⁵⁷⁵

Amerikan hukukunda Model Ceza Yasası, failliği tanımladığı bölümde bir kişinin hukuki olarak sorumlu olduğu başka bir kişinin davranışlarıyla suç işlemesi durumunda yine kendisinin sorumlu olacağını belirtmektedir.⁵⁷⁶ Model Ceza Yasası devamında hangi hallerde bir kişinin başka birinden hukuki olarak sorumlu kabul edildiğini belirtmektedir. Maddenin devamında cezai sorumluluğu olmayan birinin kullanılması ya da kanunen başka birinden sorumlu kılındığı durumlarda o kişinin kullanılarak suç işlenmesi halleri sıralanmıştır. Doktrinde açıklandığı üzere Model Ceza Yasası kapsamında, bir çocuğun eline mağdurun yemeğine koyması için zararsız görünen bir zehrin verilmesi durumu dolaylı failliğin klasik örneğini oluşturmaktadır.⁵⁷⁷

İngiliz hukukunda ise *innocent agent* (masum fail) doktrini zamanla genişlemiştir. İlk başlarda daha dar yorumlanan başka birini kullanarak suç işleme hali (örneğin, Saunders v. Archer davasında sanık bir elmaya zehir yerleştirerek karısına vermiştir ancak karısı az bir miktar yedikten sonra elmayı çocuğuna yedirmiştir. Çocuğun ölümünden sanık sorumlu tutulmuştur) daha sonraları gelişerek daha geniş bir hukuki alanı kaplamaya başlamıştır.⁵⁷⁸ Ancak İngiliz hukuku bir kişi üzerinde tehdit veya cebirle tahakküm kurularak suç işlenmesi halini bu doktrin kapsamında değerlendirmemektedir.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 142.

⁵⁷⁶ Model Ceza Yasası, Bölüm 2.06, http://individual.utoronto.ca/dubber/web/website/genliab/Model_Penal_Code.htm, Erişim: Şubat 2023.

⁵⁷⁷ CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 498.

⁵⁷⁸ ALLDRIDGE, Peter. "The doctrine of innocent agency", **Criminal Law Forum**, C. 2, S. 1, 1990, ss. 45-83, s. 48 vd.

⁵⁷⁹ Bu konuda *Howe v. Bannister* davasına ilişkin açıklamalar için bkz. ALLDRIDGE, "The doctrine of innocent agency", s. 53. Ayrıca bkz. Crown Prosecution Service, Defences- Duress and Necessity, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/defences-duress-and-necessity>, Erişim: Mart 2023.

Fransız Ceza Kanununda, 121-3. maddede suçla ortaya çıkan zarara doğrudan sebep olmayan ancak zararın oluşmasına sebep olan durumu doğrudan yaratan veya oluşmasına katkıda bulunan veya zararı önlemek için önlem almayan kişiler, yasa ile öngörülen belirli bir güvenlik yükümlülüğünü açıkça kasıtlı olarak ihlal etmeleri veya önemli bir hata işlemeleri ve başkasını göz ardı edemeyecekleri ağır bir riske maruz bırakmaları halinde sorumlu tutulabilirler.⁵⁸⁰ Esasen maddenin lafzı hem dolaylı failliği hem azmettirmeyi hem de bir yanıla komutanın ya da üstün sorumluluğunu çağrıştırmaktadır. Ancak doktrinde Fransız Ceza Kanunu m. 121-3 kapsamında ifade edilen duruma *l'auteur indirect* denmektedir. Bu kapsamda, Fransız hukukunda dolaylı fail aslalarının ortaya çıkardığı zararı önlemek amacıyla gerekli önlemleri almaması sebebiyle sorumlu olacaktır.⁵⁸¹ Bu durumda, dolaylı failler genelde kamu ya da özel sektör karar vericileridir.⁵⁸²

Öte yandan Fransız hukukunda doktrinde suçun arka plandaki tasarlayıcısı anlamında *l'auteur moral* kavramı da kullanılmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nda bu kavram hakkında doğrudan bir düzenleme yoktur, fakat ilgili yerlerle başkasını kullanarak suç işleme halinde (örneğin, cebir ve tehdit altında suç işleme veya çocukların suç işlemede kullanılması gibi)⁵⁸³ sorumluluğun doğduğu sonucuna varılmaktadır. *L'auteur moral* suçun asıl beyni olan, suçu var eden kişiyi cezalandırmak için kullanılan bir terimdir.⁵⁸⁴ Dolayısıyla bu anlamıyla şerik olarak yer alan azmettirenenden farklıdır, suçun asıl beyni olması sebebiyle dolaylı faillğe daha yakındır. Ayrıca, Fransız Ceza

⁵⁸⁰ Code Pénal, Article 122-2, 122-8,
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023.

⁵⁸¹ SALVAGE, Philippe, **Droit Pénal Général**, Fontaine 2016, s. 56-57.

⁵⁸² Institut des Risques Majeurs, **Le régime de la responsabilité pénale des élus locaux**,
http://www.irma-grenoble.com/05documentation/04dossiers_articles.php?id_DTart=131&id_DT=14#:~:text=L'auteur%20indirect%20n'est,que%20se%20situeront%20les%20%C3%A9lus, Erişim: Mart 2023.

⁵⁸³ Code Pénal, Article 122-2, 122-8,
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023.

⁵⁸⁴ VANDENBUSSCHE, Corine. "Droit pénal général Leçon 4 Le délinquant", 2008, s. 7,
http://cdn.reseautudiant.com/forum/download.php/762,65/04_droit-penal_delinquant.unlocked.pdf, Erişim: Mart 2023.

Kanunu bazı sonuçların ortaya çıkmasında azmettiren olmayı otonom suçlar olarak da kabul etmiş (intihara yönlendirme gibi) ve *l'auteur moral* görüşü kapsamında o suçları bağımsız olarak cezalandırmıştır.⁵⁸⁵

İtalyan ceza hukukunda İtalyan Ceza Kanunu 111. madde kapsamında başkası aracılığıyla suç işleme durumu düzenlenmiştir. Kavram *autoria mediata* terimi ile anılmaktadır. İtalyan ceza kanununda belirtildiği üzere, isnat yeteneği olmayan ya da ceza verilemeyen bir kişi aracılığıyla suç işleyen kişi bu suçtan sorumlu olacaktır.⁵⁸⁶ Ayrıca, yine İtalyan ceza hukukunda, başkasının aldatması sebebiyle hataya düşmek, cebir ve tehdit altında olmak, tehditten kaynaklanan bir zaruret halinde olmak, başka biri tarafından suç işlemek için provoke edilmek gibi durumlar da düzenlenmiştir ve bu durumlar da başkası aracılığıyla suç işlemek sonucunu vermektedir.⁵⁸⁷ Esasen bu durumların bazıları İngiliz hukukunda yer alan *innocent agent* doktrinine oldukça yakındır. Ancak İtalyan hukukundaki hakim görüş bu durumların dolaylı faillik kategorisinde görülmemesi, bunların suçluların çokluğunun özel görünümüleri olarak kabul edilmesi yönündedir.⁵⁸⁸

İtalyan hukukunda yer alan *autoria mediata*, Alman hukuku kaynaklı dolaylı faillik ile birebir örtüşen bir kavram değildir. Esasen Alman hukukunda, ikilik sisteminin bir görünümü olarak şeriklerin sorumluluğu tali kabul edilir ve bu sorumluluk faillerin asli sorumluluğuna bağlıdır çünkü şerikler faillerin fiilinden sorumludurlar.⁵⁸⁹ Bu temel kabul sebebiyle, teorik olarak, Alman hukukunda cezalandırılmayacak birini kullanarak

⁵⁸⁵ VANDENBUSSCHE, Corine. "Droit pénal général Leçon 4 Le délinquant", 2008, s. 8 vd.

⁵⁸⁶ Codice Penale, Art 111, https://www.imolin.org/doc/amlid/Italy/penal_code.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁵⁸⁷ LANZA, Giulia, **Indirect Perpetration and Organisationsherrschaft An Analysis of Art. 25(3)(a), Third Alternative, ICCSt Taking Into Account the 'German' Differentiated Model and the 'Italian' Unitarian Model of Participation in a Crime**, Doktora Tezi, <https://iris.univr.it/retrieve/e14ff6e4-628d-0209-e053-6605fe0ad24c/TESI%20LANZA%205.10%20PDF.pdf>, Erişim: Mart 2023, s. 231.

⁵⁸⁸ LANZA, **Indirect Perpetration and Organisationsherrschaft An Analysis of Art. 25(3)(a), Third Alternative, ICCSt Taking Into Account the 'German' Differentiated Model and the 'Italian' Unitarian Model of Participation in a Crime**, s. 232- 234.

⁵⁸⁹ LANZA, **Indirect Perpetration and Organisationsherrschaft An Analysis of Art. 25(3)(a), Third Alternative, ICCSt Taking Into Account the 'German' Differentiated Model and the 'Italian' Unitarian Model of Participation in a Crime**, s. 232- 234.

arka planda suç işleyen kişi, ön planda kullanılan kişinin cezalandırılmayacak olması sebebiyle cezalandırılmayacaktır.⁵⁹⁰ Alman hukukundaki dolaylı faillik işte bu sınırı aşmak amacıyla geliştirilmiştir. Öte yandan, eşitlik sistemi içinde hareket eden İtalyan hukukunda isnat yeteneği olmayanlar veya cezalandırılmayanlar da suça katılan olarak kabul edilebilir, bu sebeple de özel bir dolaylı faillik düzenlemesine gerek kalmamaktadır.⁵⁹¹

Alman hukukunda ise yine dolaylı fail *mittelbare Täterschaft* terimi ile ifade edilmekte ve fiil egemenliği görüşü kapsamında bir açıklama getirilmektedir. Şöyle ki, arka planda kalan dolaylı fail her ne kadar tipik fiili işlemese de, tipik fiili işleyen doğrudan failin iradesine hakimdir.⁵⁹² Bu halde bulunan iradeye hakimiyet tipik fiili işleyen doğrudan failin fiile hakimiyetinden üstündür.⁵⁹³ Alman Ceza Kanunu’nun 25. maddesindeki ifadesi ile, bir suçu kendisi ya da başkası aracılığıyla işleyen kişi fail olarak sorumlu tutulacaktır.⁵⁹⁴

Ayrıca, fiil hakimiyeti teorisinin bir özel görünümü olarak, Alman hukukunda Nazi kararları, KGB ajanı kararı ve *Eichmann* kararı kapsamında hukukçu Claus Roxin tarafından hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti *Organisationsherrschaft*⁵⁹⁵

⁵⁹⁰ LANZA, *Indirect Perpetration and Organisationsherrschaft An Analysis of Art. 25(3)(a), Third Alternative, ICCSt Taking Into Account the ‘German’ Differentiated Model and the ‘Italian’ Unitarian Model of Participation in a Crime*, s. 232- 234.

⁵⁹¹ LANZA, *Indirect Perpetration and Organisationsherrschaft An Analysis of Art. 25(3)(a), Third Alternative, ICCSt Taking Into Account the ‘German’ Differentiated Model and the ‘Italian’ Unitarian Model of Participation in a Crime*, s. 232- 234.

⁵⁹² KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 461. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 223. ERDEM, ‘Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik’, s. 13.

⁵⁹³ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 223. ERDEM, ‘Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik’, s. 13.

⁵⁹⁴ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 155.

⁵⁹⁵ Literatürde bu terim genel Almanca orijinal adı ile kullanılmaktadır. Yukarıda incelenmiş olan fiil hakimiyeti görüşü (*control of the act*) *Tatherrschaft* ifadesi ile anılmakta iken, burada ele alınan *Organisationsherrschaft* (*control of the act by virtue of a hierarchal organization*) hiyerarşik bir örgüt vasıtasıyla fiil hakimiyetini ifade etmektedir. Bkz. AMBOS, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, s. 181. Önok, *Organisationsherrschaft* kavramını örgütsel ya da organize suç yapısına/aygıtına hakimiyete dayalı dolaylı faillik olarak kullanılmaktadır. Ancak kendisinin de belirttiği gibi, literatürde ‘organize güç mekanizmasından yararlanma’ olarak da kullanılmıştır. Bkz. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 326. Ancak bu çalışma kapsamında kavramın kendisi olan hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil egemenliği ifadesi kullanılacak, dolaylı faillik ile ilgili açıklamalara çalışmanın üçüncü bölümünde değinilecektir.

görüşü geliştirilmiştir. Bu görüşte arka planda yer alan her şeyin sorumlusu olan bir üst akıl varken fiil başkaları tarafından işlenmektedir. Dolayısıyla bu görüşün temelinde bir fail akıyla hareket eden kişilerin fail sayılacağı varsayımı yatmakta, başka birini kullanarak suç işleyen kişiler ise failin arkasındaki fail olarak adlandırılmaktadır.⁵⁹⁶ Aslında Roxin'in tanımladığı bir tür dolaylı failliktir, ancak arka planda kalan kişinin (*Hintermann*) yanı sıra, burada amaca ulaşmada aracı olan ön plandakiler de tam anlamıyla cezai sorumluluğa sahiptirler.⁵⁹⁷

Burada önemli olan hususlardan biri, dolaylı failin doğrudan faillerin iradesini baskıcı unsurlarla kontrol etmiyor oluşudur. Nazi Almanya'sından kalan belgelerden de anlaşılacağı üzere hiçbir görevli emre itaat etmemesi halinde öldürülmemiş veya ölüm cezasıyla tehdit edilmemiştir.⁵⁹⁸ O halde Nazilerle ilgili verilen kararları da eleştiren Roxin'e göre böyle bir sistemde sanığın kendi iradesinin başkası tarafından yönetildiğini veya hataya düştüğünü iddia etmek gibi bir ihtimali kalmayacaktır.⁵⁹⁹

Bu teoride *Hintermann* emirleri verir ancak emirlerinin kimler tarafından yerine getirileceğini bilmez, çünkü bu sistemde önemli olan ikame edilebilirliktir.⁶⁰⁰ Arka plandaki kişinin ön plandakiler üzerinde de bir baskısı yoktur, sistem ikame edilebilirlik üzerine çalışır ve emri yerine getirmek istemeyen birinin yerine yeni birisi hemen bulunabilir.⁶⁰¹ Bu görüşte, ayrıca yasadışılık da ikame edilebilirlik gibi önemli bir

⁵⁹⁶ WEIGEND, Thomas, "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept", *Journal of International Criminal Justice*, C. 9, S. 1, Mart 2011, ss. 91–111, s. 95.

⁵⁹⁷ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 125.

⁵⁹⁸ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 126. Esasen burada fiili bizzat gerçekleştirenler kendilerinden büyük bir idareciye tabii oldukları için kendi bilinçlerinin sesini duymaz olmaktadır. (Bkz. JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 125.)

⁵⁹⁹ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 125.

⁶⁰⁰ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 125. Ancak Roxin ikame edilebilirlik görüşü sebebiyle fazlaca eleştiri almıştır. Literatürde yer alan bir diğer görüş 1965 yılında Friedrich- Christian Schroeder tarafından ileri sürülmüştür. Schroeder, arka planda kalan kişinin başarısını, ön planda suç işleyenlerin ikame edilebilirliğine değil, bu kişilerin suç işlemeye tamamen hazır olmasına bağlar. Bir diğer ifade ile *Hintermann*, yine verdiği emirlerin yerine getirileceğini bilir ancak bunun sebebi ön saflarda yer alanların değişebilirliği değil bu kişilerin suç işlemeye olan gönüllüğünde yatmaktadır. Bkz. JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 127.

⁶⁰¹ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, p. 125. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 327

unsurdur.⁶⁰² Böylece arka planda kalan kişi bir mekanizmanın merkezine oturmuştur⁶⁰³ ve ön plandakiler de mekanizmanın dişlilerini oluşturmaktadır, bir diğer ifade ile, arka plandaki kişi tüm süreçte egemendir.⁶⁰⁴

Roxin'in bu görüşü tam da bu noktada klasik dolaylı faillik anlayışından ayrılmaktadır. Klasik anlamda dolaylı faillikte, dolaylı fail bir suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanmakta, doğrudan failin iradesi üzerinde hakimiyet kurmaktadır; ancak burada ön planda suçu işleyen doğrudan failin cebir veya şiddet altında bulunması veya hataya düşürülmesi gibi kusurluluğunu etkileyen bir durumunun bulunması gerekir.⁶⁰⁵ Bu durum doktrinde dolaylı faillikte arka plandaki failin doğrudan failden daha fazla biliyor olmasıyla, kasıtlı olarak doğrudan failden ya da onun bilgisinin yetersizliğinden yararlanıyor olmasıyla da izah edilmektedir.⁶⁰⁶ Zira, klasik dolaylı faillik görüşünde ön planda suçu bizzat işleyen kişiler genelde ceza almamakta, ya da taksirle işlenen suçtan sorumlu olmaktadır arka plandaki dolaylı fail suçtan kasıtlı olarak sorumlu olmaktadır.⁶⁰⁷ Öte yandan, hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşünde ön plandaki doğrudan faillerin fiili tipik ve kasıtlıdır, yukarıda tartışıldığı üzere, doğrudan failin kusurunu kaldıran bir cebir, tehdit ya da hata yoktur, doğrudan fail fiilin bilincindedir.⁶⁰⁸

Roxin'in ifadesiyle bu tür hiyerarşik örgütsel yapılanmalar klasik iştirak halinde suç işleme anlayışının dışında kalır, burada sorumlular organize güç yapılarıdır.⁶⁰⁹ Roxin'e göre suçluluğun bu tür atipik formları kolektif suçlar ya da bireysel fiiler yaklaşımlarıyla çözümlenebilmektedir, ancak her iki görüşün de bu atipik halleri kapsayamadığını iddia

⁶⁰² VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s.83.

⁶⁰³ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 327.

⁶⁰⁴ JAIN, *Perpetrator and Accessories*, s. 125.

⁶⁰⁵ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 821-822.

⁶⁰⁶ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 429.

⁶⁰⁷ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 327.

⁶⁰⁸ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 328.

⁶⁰⁹ ROXİN, Claus, "Crimes as Part of Organized Power Structures", *Journal of International Criminal Justice*, C. 9, 2011, ss. 193-205, s. 193-194.

etmektedir.⁶¹⁰ Zira organize olmuş güç yapılanmalarının kolektif suç olarak görülmesi halinde bireyin suç örgütü içerisindeki yerinin üyeler, destekçiler ve liderler olarak derecelendirilmesi yapılırsa da asıl cezalandırılması gereken yapılanmadır ve bu yaklaşımda yapılanma geri planda kaldığı için somut fiil açısından adaletli bir sonuç oluşamaz.⁶¹¹ Öte yandan organize bir yapı içerisinde işlenen suçlara bireysel fiiller olarak bakıldığında ise, bireysel yaklaşım her bir suç için suça katılanları belirleyebilecektir ancak, organizasyonun tepesinde bulunan ve işlenen her bir suçu teker teker bilemeyecek olan yüksek liderlerin cezalandırılmasını kapsayamayacaktır.⁶¹² Roxin'in burada altını çizdiği yaklaşım uluslararası ceza hukukunun temel suçları açısından önemlidir, zira kendisi bu suçların genelde devlet eliyle işlendiğini, tam da bu sebepten ceza hukuku sistemlerinin bu suçları kapsamlı bir şekilde ele almada yetersiz kaldığını, daha ziyade bireysel fiiller olarak değerlendirdiğini iddia etmektedir.⁶¹³

Hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti teorisinin unsurları olarak dikey hiyerarşik örgütsel yapılanma, doğrudan faillerin ikame edilebilirliği/değiştirilebilirliği, örgütsel yapılanmanın hukuksal sistemin dışında bulunması, doğrudan faillerin suç işlemeye hazır bulunması ve örgütsel yapılanma içinde liderlik rolünde⁶¹⁴ olması sıralanmaktadır.⁶¹⁵ Bu unsurlar arasın ilk üçü Roxin'in öne sürdüğü temel unsurlardır, diğer ikisi ise diğer ulusal hukuk sistemlerinin bu teoriyi uygulamalarıyla eklenmiştir.

Türk ceza hukukunda ise dolaylı faillik ya da dolayısıyla faillik⁶¹⁶ TCK m. 37/2'de "*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak*

⁶¹⁰ ROXİN, "Crimes as Part of Organized Power Structures", s. 194.

⁶¹¹ ROXİN, "Crimes as Part of Organized Power Structures", s. 194.

⁶¹² ROXİN, "Crimes as Part of Organized Power Structures", s. 194.

⁶¹³ ROXİN, "Crimes as Part of Organized Power Structures", s. 195. AMBOS, Kai, "The Fujimori Judgment A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *Journal of International Criminal Justice*, C. 9, 2011, ss. 137-158, s. 149.

⁶¹⁴ AMBOS, "The Fujimori Judgment A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", s. 151.

⁶¹⁵ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 415 vd.

⁶¹⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 821. Dolayısıyla faillik teriminin eleştirisi için bkz. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 222-223.

sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır” ifadesi kanunda yerini almıştır. Dolaylı faillik kavramı 765 s. TCK’da yer almazken, Hükümet Tasarısı’nın 41. Maddesinde dolayısıyla faillik adı altında isnat yeteneği bulunmayan veya kişisel nedenlerle ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere suç işletilmesi ele alınmış ve bu durumda bu belirtilen kişileri suç aracı olarak kullanan “dolayısıyla failin” cezalandırılması hükme bağlanmıştır.⁶¹⁷ Hükümet Tasarısında yer alan bu ifade dolaylı failliğin kapsamını daraltmaktadır ve ayrıca bu kavram kapsamında dolaylı failin doğrudan failin iradesi üzerinde hakimiyet kurması aranmamıştır.⁶¹⁸ Dolaylı faillik

⁶¹⁷ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi (Hükümet Tasarısı), <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, Erişim Tarihi: Ekim 2021. Ayrıca bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 223.

⁶¹⁸ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 223. TCK m. 37/2’nin gerekçesi de dikkat çekmektedir: “Maddenin ikinci fıkrasında, dolaylı faillik düzenlenmiştir. Kişi suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan cezanın bu nedenle artırılması kabul edilmiştir. Zira bu durumda sadece bir suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler istismar da edilmektedir.” (Bkz. TCK Madde Gerekçeleri, <https://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, Erişim Tarihi: Ekim 2021). Gerekçede de ön planda suç işleyen kişinin hareketi üzerindeki hakimiyetin altı çizilmiştir. Bu durumda dolaylı faillik kurumunda bir insanın hareketi vasıta olarak işlev görür. (Bkz. HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017, s. 581.) Türk hukuku kapsamında dolaylı faillik kurumunda iştirak hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. (Bkz. SINAR, Hasan, ‘Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik’, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2011, C. 6, S. 15., ss. 59-86, s. 60.) İştirak hükümlerini tamamlayıcı olarak kabul eden görüş kapsamında öne sürüldüğü üzere, eğer ki dolaylı faillik halinde suçu maddi olarak işleyen ve bu fiile iştirak edenin varlığı gerekiyorsa, kişinin isnat yeteneğinin olmaması ve kasıtlı hareket etmemesi asıl fail olamayacağını gösterir, böylece asıl fail olmadığı için asıl failin fiiline iştirak de olamayacaktır.(Bkz. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 142. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 810. HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 580. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 514) Ayrıca yine bu görüşe göre iştirak iradesi de bu durumda söz konusu olmayacaktır.(Bkz. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 142.) O halde bu yaklaşımda dolaylı faillik halinde suça iştirak olmadığı iddia edilmektedir. Yine benzer bir görüş doğrultusunda tamamlayıcı nitelikteki iştirak hükümlerinin uygulanmasında ortaklar sorumluluklarını failden alırlar anlayışı yatmaktadır. Şöyle ki, TCK m. 40, suça iştirak için “kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir” diyerek failin kusurlu olmaması halinde cezalandırılmayacağı hallerde onu suçta kullanan kişinin de cezalandırılmasının mümkün olmadığı geniş kapsamlı bağlilik kuralını kabul etmiştir. (Bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 514.) Bu durumda kusurlu olmayan kişiyi kullananların cezalandırılması açısından bir kanuni boşluk oluşacaktır ve bu kişilerin cezalandırılmasının tek yolu dolaylı faillik kurumuna başvurmaktır. (Bkz. SINAR, Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2011, C. 6, S. 15., ss. 59-86, s. 60-61. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 514.) TCK’da da dolaylı faillik kurumu açıkça düzenlendiğine göre bu durumda tamamlayıcı ve genel nitelikteki iştirak hükümlerine gidilmeyecek, dolaylı faillik kurumu kullanılacaktır.(Bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 514. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 319.) Pek tabii bu görüşler kapsamında dolaylı faillik iştirak kavramına dahil görülmemektedir çünkü TCK m. 40’da ifade edildiği üzere iştirak için kasten ve hukuka aykırı fiil gerekir ancak dolaylı faillik kurumunda ön planda suç işleyen kişi kusurlu ve hukuka aykırı davranmamaktadır. (Bkz. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 514. TOROSLU, TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 319. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve**

kurumunda bir insanın hareketi vasıta olarak işlev görür.⁶¹⁹ Fiili fiziki olarak icra eden kişi “araç olarak kabul edilirken arka plandaki cezadan aslen sorumlu olan kişi dolaylı fail olarak kabul edilecektir.”⁶²⁰ Ancak Hakeri’nin de belirttiği üzere araç olarak görev gören ön plandaki kişinin davranışı bir fiil niteliği arz etmiyorsa, kişinin varlığı bir obje gibi kullanılıyorsa (örneğin; vitrin önünde duran kişinin itilmesi sonucu vitrin camının kırılması) doğrudan faillik söz konusu olacaktır. Buradaki yaklaşım İngiliz hukukunda yer alan *innocent agent* doktrininin anımsatmaktadır.

Dolaylı faillik arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi bir araç olarak yönlendirmesidir, o halde ön planda yer alarak, fiili kasten, hukuka aykırı ve kusurlu olarak işleyen kişi zaten doğrudan fail olacaktır.⁶²¹ Ön planda suç işleyen kişi cebir veya tehdit ile suç işlemektedir; isnat yeteneğinden yoksundur ya da hatasından yararlanılmaktadır.⁶²² Bu durumda araç olarak kullanılan doğrudan fail söz konusu suçu bilerek işliyorsa sorumlu olmaya devam edecektir, ancak suç işlediğini bilmiyorsa sorumlu olmayacaktır.⁶²³ Öte yandan, arka planda kalan dolaylı fail, ön planda suç işleyen kişinin bir araç olduğunu bilmeli ve istemeli ve böylece kasten hareket etmelidir.⁶²⁴

Türk hukukunda dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki sınır azmettirenin rolü üzerinden belirlenmektedir. Azmettirmede, azmettirenin suç ve doğrudan fail üzerinde

Tatbiki Ceza Hukuku, s. 821) Bir diğer görüş çerçevesinde ise fiilin hukuka aykırı olması için failin isnat yeteneğine sahip olması aranmaz. Zira isnat yeteneği bulunmayan kişiler de suç işleyebilir ancak bunlar hakkında ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanır. Bkz. KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara 2003, s. 111. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 142.

⁶¹⁹ HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017, s. 581.

⁶²⁰ HAZİFOĞULLARI, ÖZEN, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 331.

⁶²¹ ERDEM, “Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik”, s. 13

⁶²² DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 822. HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 580 vd. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 514. TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 319.

⁶²³ AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 143.

⁶²⁴ EKİCİ SAHİN, Meral, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C. 8, S. 109-110, ss. 7- 25, s. 19. Ancak bu noktada faili hataya düşüren kişinin sorumluluğunun azmettirme çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin bir görüş de mevcuttur. Bu durumda faili hataya düşüren kişi kasıtlı olmalıdır, eğer kişi taksirli ise “fail ile birlikte failin hatasına sebep olan kişi de fiilin taksirli şeklinden dolayı birlikte sorumlu olurlar.” Bkz. GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara 2007, s.88.

bir kontrolü yoktur,⁶²⁵ azmettirme bir şeriklik türüdür⁶²⁶ ve azmettiren doğrudan faili suç işlemeye ikna etmektedir; doğrudan fail azmettirenin etkisinin farkındadır.⁶²⁷ Bu noktada fiil hakimiyeti görüşü de kullanılmaktadır. Arka plandaki kişi hakim ve üstün konumdaysa ve süreç kendi kontrolünde ilerliyorsa dolaylı fail; ancak arka plandaki kişi doğrudan failde suç işleme düşüncesi oluşturuyorsa ve sürece hakim değilse azmettiren olarak değerlendirilmektedir.⁶²⁸

ii. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu

Roma Statüsü 25. madde kapsamında “*tek başına veya diğer şahsın cezai sorumluluğu olsun olmasın başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi*” halinde faillik söz konusu olacaktır. Dolaylı faillik ceza sorumluluğu olsun ya da olmasın başkası vasıtasıyla suç işlenmesi hali olarak tanımlanmıştır. Bu durumda öncelikle Roma Statüsü'nün inşa ettiği sistemde, dolaylı failin vasıta olarak kullandığı kişinin ceza sorumluluğu olabilir veya olmayabilir.⁶²⁹

Roma Statüsü'nün dolaylı failliği kaleme alma şekli ise bazı yazarlarca ulusal hukuk sistemlerinde dolaylı failliğin düzenleme biçimine göre takdir görmüştür ve bu düzenleme kapsamında yer alan üç önemli hususa değinilmiştir. Öncelikle dolaylı fail suçu doğrudan işlememektedir ancak kendi yüksek bilgisini ve baskın niyetini dahil

⁶²⁵ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 147. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 686.

⁶²⁶ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 686.

⁶²⁷ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 147.

⁶²⁸ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Dolaylı Faillik”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, s. 2. ss. 79-95, s. 84-85.

⁶²⁹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 94-95.

etmesiyle onun da suçu işlediği varsayılmaktadır.⁶³⁰ Ön plandaki kişi herhangi bir şekilde vasıta olarak kullanılmaktadır ve vasıta üzerinde icra edilen kontrol sebebiyle bu durum azmettirmeden farklı sonuçlar doğurmaktadır.⁶³¹ Son olarak, bu görüşte dolaylı fail vasıta olanın sorumluluğundan bağımsız olarak sorumlu kılınmıştır.⁶³² Öte yandan, esasen ceza sorumluluğu olan bir kişinin iradesinin kontrol edilmesinin azmettirme olacağı ifade edilerek, ön planda suçu işleyen kişi üzerindeki hakimiyetin altının çizildiği dolaylı faillğe ilişkin bu görüş eleştirilmiştir.⁶³³

UCM dolaylı failliği *Lubanga* davasında tartışmıştır. Ön Soruşturma Dairesi, *Thomas Lubanga*'nın kendi kontrolü altındaki kuvvetleri kullanarak suç işlediğinin altını çizerek dolaylı faillik sorumluluk türünün değerlendirilmesini öne sürmüştür. Böylece, İngiliz hukukunda yer alan *innocent agent* doktrininden farklı olarak, ceza sorumluluğu bulunan kişilerin araç olarak kullanılarak suç işlenmesi durumunda, sorumluluğun o kişileri kontrol eden arka plandaki faile (failin arkasındaki faile) teşmil etmesi durumu Mahkeme nezdinde değerlendirilmiştir.⁶³⁴ Böylece Mahkeme arka plandaki kişinin icra ettiği kontrolün altını çizerek Roma Statüsü'nü Alman hukukunda yer alan Roxin'in hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşünden etkilenecek yorumlamaktadır.⁶³⁵ Esasen bu durumun bir yorumdan öte, Roma Statüsü 25. maddenin lafzının da Roxin'in hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşünün izleriyle kaleme alındığını iddia

⁶³⁰ ESER, Albin, "Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law", Antonio Cassese, **The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary**, Oxford, 2002, ss. 767-948, s. 794.

⁶³¹ ESER, "Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law", s. 794.

⁶³² ESER, "Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law", s. 794.

⁶³³ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 353. Ayrıca dolaylı faillik kavramında ön planda kullanılan kişinin zaten ceza sorumluluğu olmaması gerektiği belirtilerek, Statü'nün 'cezai sorumluluğu olsun olması' ifadesinin kullanılmasının bir tekrar olması eleştirilmiştir. Bkz. AMBOS, Kai, "General Principles of Criminal Law in the Rome Statute", s. 9.

⁶³⁴ JESSBERGER, Florian, GENEUSS, Julia, "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*: German Doctrine at The Hague?", **Journal of International Criminal Justice**, C. 6, S. 5, Kasım 2008, ss. 853-869, s. 857-858.

⁶³⁵ CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 353. Örgütsel hakimiyete dayalı dolaylı faillik için bkz. II. Bölüm, s. 95. Ayrıca bkz. ESER, "Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law", s. 794.

eden yazarlar bulunmaktadır.⁶³⁶ Esasen Roma Statüsü'nün dili nötrdür. Mahkeme kendi kararlarında bir ulusal hukuk teorisi olan, hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşünü benimsediğini belirtmekte ve böylece Roma Statüsü'nü Alman hukukunda hususi olarak Nazi yetkililerinin yargılanabilmesi için normatif bir perspektif üzerinden geliştirilmiş olan bir hukuk teorisine dayanarak okumayı tercih etmektedir.

Bu durum karara muhalefet şerhi yazan bazı hakimlerin de dikkatini çekmiştir. Ön Soruşturma Dairesi'nin fiil hakimiyeti görüşünü kabul etmesi ve bu tutumun İlk Derece Dairesi tarafından da onaylanması üzerine, karara muhalefet şerhi yazan Hakim Fulford, öncelikle Roma Statüsü m. 25 kapsamında getirilen suça katılım türleri arasında bir hiyerarşi olduğunu kabul etmemektedir.⁶³⁷ Hakim Fulford'un 25. madde suçluların çokluğu hallerinin hepsini kapsayabilmesi için kaleme alındığını, böylece başkası vasıtasıyla suç işleyen dolaylı (dolayısıyla) fail olurken, emreden ya da azmettiren de emir veren ya da suça azmettiren olacağını; böylece fail olanın daha çok suçlu olduğu yönünde bir çıkarım yapılamayacağını iddia etmektedir.⁶³⁸ Hakim Fulford, Roma Statüsü m. 21/1(c) çerçevesinde Mahkemenin ulusal hukuk sistemlerinden çıkarımları kullanabileceğini kabul etmektedir ancak aynı zamanda da Claus Roxin'in geliştirdiği fiil hakimiyeti görüşünün savaş sonrası Almanya'nın bazı gereksinimleri için uygun bir görüş olduğunu belirterek, Roma Statüsü'nün sadece lafzını yorumlayarak Statü'nün fiil hakimiyeti görüşünü kabul ettiği yönünde bir çıkarım yapmanın yanlış olduğunu, netice itibariyle UCM'nin savaş sonrası Almanya ile benzer gereksinimleri olmadığını, bir ulusal teoriyi değerlendirirken bağlamsal özelliklere de dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶³⁹

⁶³⁶ WEIGEND, "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept", s. 95.

⁶³⁷ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 6-12.

⁶³⁸ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 6-12.

⁶³⁹ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 6-12.

Lubanga davasının yanı sıra, *Katanga* ve *Ngudjolo* davasında UCM Ön Soruşturma Dairesi'nin 30 Eylül 2008 tarihli kararında Mahkeme açıkça hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşünün Roma Statüsü'nün çerçevesine dahil edildiğini, ulusal hukuk sistemlerinde de artan bir şekilde kullanıldığını ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarında da yer aldığını belirterek kararda hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti teorisine dayandığını ifade etmiştir.⁶⁴⁰ Daire kararın devamında yukarıda da açıklandığı üzere örgüt üzerinde kontrol sahibi olan kişilerin baskın iradeleri çerçevesinde bu suçların işlendiğini ve bu sebeple bu kişilerin arka plandaki failer olan dolaylı failer olduğunu ifade etmiştir.⁶⁴¹

UCM dolaylı faillik için gerekli olan maddi unsurları şu şekilde sıralamaktadır:

*"1. 'Organizasyon, üstler ve astlar arasındaki hiyerarşik ilişkilere dayanmalıdır'; 2. 'Örgüt, emirlerin yerine getirilmesinin 'otomatik' hale gelmesi için yeterli sayıda asta sahip olmalıdır' (Mahkeme bu noktada ve diğer pek çok konuda Roxin'den alıntı yapar); 3. 'Dolaylı fail kontrol uygulamalıdır ve bu kontrol astların uyumunda kendini göstermelidir (kontrol kanıtı, astlarını işe alma, eğitme, disiplin uygulama ve onlara kaynak sağlama kapasitesini içerir)' ve 4. 'Uyum, UCM yetkisi altındaki suçların işlenmesini içerir.'"*⁶⁴²

Ön Soruşturma Dairesi kararında belirttiği üzere fiil hakimiyeti görüşünün yansımaları uluslararası mahkemelerin içtihatlarında da yer almaktadır. EYUCM'nin vermiş olduğu *Stakic* kararında ilk derece mahkemesi başkalarıyla birlikte ya da bireysel

⁶⁴⁰ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 501.

⁶⁴¹ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 501-534.

⁶⁴² Aktaran GRANIK, Maria, "Indirect Perpetration Theory: A Defence." **Leiden Journal of International Law**, C.28, S. 4, 2015, ss. 977-992, s. 989 vd.

olarak pozitif hareketler ya da hareket etme yükümlülüğü ya da ihmal ile suçun maddi unsuruna fiziksel ya da doğrudan veya dolaylı olarak katılmayı faillik olarak tanımlamıştır. Sanığın suçun tüm unsurlarına bireysel olarak katılması gerekmemektedir.⁶⁴³ Ayrıca yine aynı kararda belirtildiği üzere, sanığın Prijedor bölgesinde bir siyasi lider olması sebebiyle, sanık failin arkasındaki fail olarak değerlendirilmiş ve Prijedor belediyesindeki diğer önemli kişilerle iş birliği içinde olması sebebiyle onlarla da müşterek fail olarak kabul edilmiştir.⁶⁴⁴

Ayrıca yine Ön Soruşturma Dairesinin belirttiği üzere, örgütsel hakimiyete dayalı fiil hakimiyeti görüşü ulusal hukuk sistemlerinde de kullanılmaktadır. Gerçekten de hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti teorisi pek çok farklı ulusal hukuk sisteminde de yerini bulmuştur. Şüphesiz ki ulusal mahkeme kararlarından bu anlamda en önemli olanlarından biri Peru eski devlet Başkanı Fujimori'nin yargılanması sonucunda verilen karardır. Fujimori görevde kaldığı süre içerisinde çeşitli insan hakları ihlallerine sebep olmuş ve inşa ettiği devlet yönetimi içinde çok sayıda kişinin kaçırılması ve ölümüne sebep olmuştur. Fujimori gazeteci ve iş adamlarının kaçırılmasıyla birlikte La Cantuta ve The Baries Altos katliamlarından da sorumlu tutulmuştur.⁶⁴⁵ Peru Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu kararda Claus Roxin'in hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşüne geniş yer vermiştir⁶⁴⁶ Arjantin'deki Cuntalar davasında, İspanya'daki ETA'nın 11 Mart saldırısı üzerine verilen Yüksek Mahkeme kararında, Brezilya Yüksek Mahkemesi'nin FARC örgütü hakkında vermiş olduğu kararlarda,

⁶⁴³ *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, IT-97-24-T, 31 Temmuz 2003, para. 439

⁶⁴⁴ *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, IT-97-24-T, 31 Temmuz 2003, para. 741. Ancak karar temyiz aşamasındayken bireysel ceza sorumluluğu hakkında getirdiği yorumlarla eleştirilmiştir. Temyiz Dairesi dolaylı failliğin EYUCM tarafından kabul edilmediğini, onun yerine müşterek suç girişimi kavramının kullanılması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Appeals Judgement, IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 Mart 2006, para 62. Ancak muhalefet şerhinde Hakim Fulford münferit olarak örnek gösterilen bu kararın ağırlıklı olarak Alman doktrinine dayandığını ifade etmiştir. Bkz. Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 10.

⁶⁴⁵ International Center for Transnational Justice, *Alberto Fujimori on Trial*, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Peru-Fujimori-Trial-2008-English.pdf>, Erişim: Haziran 2021.

⁶⁴⁶ AMBOS, "The Fujimori Judgment A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", s. 149.

Brezilya'daki Mensalao olayı sonrasındaki yolsuzluk kararlarında da Roxin'in hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşüne yer verilmiştir.⁶⁴⁷

Esasen, EYUCM'nin geliştirdiği müşterek suç girişimi kavramı, UCM kapsamında örgütsel hakimiyete dayalı fiil hakimiyetinin yorumlanmasıyla gelişen dolaylı faillik kavramına yerini bırakmıştır. UCM'nin dolaylı faillik yaklaşımı bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu görüş kapsamında arka planda suçu dizayn eden yöneticilerin suçla olan zayıf bağlantılarını kurmak için fiil hakimiyetine dayanmak yerine ortak suç işleme iradesine dayanılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁴⁸ Öte yanda başka bazı yazarlar ise örgütsel hakimiyete dayalı fiil hakimiyeti görüşü kapsamında geliştirilen dolaylı failliğin, uluslararası suçlardaki bireysel sorumluluğu tespit etmeye daha elverişli bir teori olduğunu iddia etmektedir.⁶⁴⁹

Sonuç itibarıyla, yukarıdaki paragraflarda da ifade edildiği üzere, dolaylı faillik Roma Statüsü kapsamında failliğin bir görünümü olarak tanınmakta, yargı kararlarında da bu yönde atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, Roma Statüsü'nü belli bir ulusal hukuk kavramının getirdiği lenslerle okumakta ve Alman hukukunda yer alan hiyerarşik örgüt üzerinde fiil hakimiyet görüşü temelinde kanaatini oluşturmaktadır. Böylece arka planda kalan fail bilgisi ve yüksek iradesiyle ön planda suç işleyenler üzerinde hakimiyet kurmakta ve suçu onlar vasıtasıyla işlemektedir. UCM dolaylı faillik kavramının uygulamasıyla, uluslararası ceza hukukunun ilgilendiği suçların karmaşık yapısı gereği, aslında fiile bizzat katkıda bulunmayan, hatta çoğu zaman fiilin işlendiği yerden çok uzakta yer alan kişilerin, hatta perde arkasında kalan faillerin sorumlu tutulmasını sağlayan bir dikey sorumluluk sistemi benimsenmiştir.

⁶⁴⁷ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 375-397.

⁶⁴⁸ OHLIN, Jens David, "Joint Intentions to Commit International Crimes", **Chicago Journal of International Law**, C.11, S.2, 2011, ss. 693-753, s. 714 vd.

⁶⁴⁹ GRANIK, "Indirect Perpetration Theory: A Defence", s. 985 vd.

c. Müşterek Fail

i. Karşılaştırmalı Hukukta Birlikte Fail

Suçun birlikte işlenmesi durumunda müşterek (birlikte) faillik söz konusu olacaktır. Amerikan hukukunda birlikte suç işleme hali kendi içinde bazı sorunları barındırmaktadır. Esasen birlikte suç işleyen müşterek faillerin hiçbirinin katkısı tek başına suçun maddi unsurunu oluşturmaz, bu bölünmüş hareketler bir araya geldikleri zaman suçun maddi unsurunu oluştururlar.⁶⁵⁰ O halde bu durumun komplo ile sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Komplo suçunda, bir suç işlemek için oluşturulan suç anlaşmasına katılım cezalandırılmaktadır. Bir komploya dahil olmak müşterek fail olmak demek değildir, zira komploya katılan bazı kişiler suçun işlenmesinde tamamen pasif bir görev alabilirler.⁶⁵¹ Öte yandan komplo içerisinde yer almak kural olarak suçun işlenmesinde diğer komplo üyeleri ile müşterek fail olarak sorumlu tutulmayı da beraberinde getirir. Hatta bu konuda dayanan *Pinkerton* prensibi kapsamında, tutuklanmış bir komplo üyesi, serbest olan diğer komplo üyelerinin işlediği suçlardan dahi sorumlu tutulabilir.⁶⁵² Yine bu kapsamda komploya yardım da kabul edilmemektedir, bir suç işleme anlaşması çerçevesinde bir araya gelenlere yardımda bulunmak kişiye tali bir sorumluluk vermemekte, aksine o grubun bir üyesi yapmaktadır.⁶⁵³ O halde en genel ifade ile, komplo bir suç işleme anlaşmasına dahil olmak iken, müşterek faillik birlikte suç işleme durumudur.

⁶⁵⁰ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 639.

⁶⁵¹ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 639- 640.

⁶⁵² FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 659- 660.

⁶⁵³ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 660.

İngiliz hukukunda da, birden çok kişinin suçu birlikte işleme hali müşterek faillik olarak anılmaktadır.⁶⁵⁴ Bu durum iki şekilde gerçekleşebilir. Kişiler birlikte hareket ederek suçun tüm unsurlarını birlikte gerçekleştirebilirler (örneğin, iki kişinin bir bıçağı birlikte tutarak mağduru bıçaklamaları gibi) ya da kişilerin bir araya gelen hareketlerinin toplamının bir suç oluşturması ile müşterek faillik oluşur (örneğin bir kişinin mağduru silahla korkutması öteki kişinin mağdurun cüzdanını çalması gibi). Kişilerin davranışlarını bir arada tutan temel özellik ise suça yönelmiş ortak iradeleridir.⁶⁵⁵ Böylece İngiliz hukukunda müşterek faillikte kabul edilen kural, hareketlerin karşılıklı olarak müşterek failer arasında atfedilebilir olduğudur. Ancak bu kural her bir müşterek failin suçun maddi unsuruna katkı sağlaması şartı ile uygulanmaktadır.⁶⁵⁶

Fransız hukukunda ise müşterek faillik *co-auteur* terimi ile ifade edilmektedir. Kanunda doğrudan tanımı bulunmamasına rağmen ortak hareket (*coaction*) doktrininden temellerini almaktadır.⁶⁵⁷ Bir suçun işlenmesine diğerleriyle birlikte doğrudan doğruya katılan kişi fer'i değil asli fail olarak kabul edilecektir.⁶⁵⁸ Bu kapsamda müşterek faillik Fransız Ceza Kanunu madde 121-1 ve 121-4'de tanımlanan faillik hükümlerine göre değerlendirilecektir ve böylece madde 121-7'de yer alan şeriklere ilişkin hükümlerden ayrı kabul edilecektir.

İtalyan hukukunda ise suçun birden çok kişi tarafından bir suç işleme anlaşmasına dayanarak ve her birinin fiilin bir kısmını işlediği durumlar müşterek faillik olarak kabul

⁶⁵⁴ KREBS, Beatrice, LAMOND, Grant, **Joint criminal enterprise in English and German law**, Doktora Tezi, 2015, University of Oxford, s. 94.

⁶⁵⁵ KREBS, LAMOND, **Joint criminal enterprise in English and German law**, s. 94- 95.

⁶⁵⁶ Bu ifadenin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bir tartışma mevcuttur. Örneğin, iki kişi mağdura öldürmek amacıyla saldırdıklarında ancak ölüm sonucu sadece birinin mağdura özel bir şekilde vurması sonucunda gerçekleşmesi örneğinde bazı yazarlar burada ölüm sonucu açısından müşterek faillerden ötekinin sorumlu tutulamayacağını çünkü o kişinin hareketlerinin ölüm ile nedensellik ilişkisi içinde olmadığını iddia etmiştir. Ancak bu görüş müşterek failliği oldukça kısıtlar nitelikte olduğu için de eleştirilmektedir. KREBS, LAMOND, **Joint criminal enterprise in English and German law**, s. 96.

⁶⁵⁷ BARON, Elisa, **La Coaction on Droit Penal**, Doktora Tezi, 2012, s. 12

⁶⁵⁸ BARON, **La Coaction on Droit Penal**, s. 13

edilmektedir.⁶⁵⁹ Müşterek fail suça ilişkin davranış ya da ihmale doğrudan dahil olmaktadır ve bu sebeple asli fail olarak kabul edilmektedir.⁶⁶⁰

Alman hukukunda Alman Ceza Kanunu 25. madde kapsamında suçun birden çok kişiyle işlenmesi durumunda müşterek faillik kapsamında sorumluluğun tesis edileceği belirtilmiştir. Müşterek faillik de fiil hakimiyeti görüşünün penceresinden okunmaktadır. Olaylar üzerindeki esaslı etkisi sebebiyle merkezde yer alan kişilerin fail olduğu anlayışına dayanan bu teoride, fiil üzerindeki hakimiyet üç türe ayrılmıştır: harekete hakimiyet, iradeye hakimiyet ve fonksiyonel hakimiyet.⁶⁶¹ Fiilin bizzat işlenmesiyle gerçekleşen doğrudan faillikte kişi olayların merkezindedir, kendi davranışı ile olayları dizginleme durumuna sahiptir ve bu durum harekete hakimiyettir.⁶⁶² Bir diğer tür olan iradeye hakimiyette, suçun bir başkası aracılığıyla işlendiği dolaylı faillik durumunda üstün bir irade ile suçu işleyen kişinin iradesi yönlendirilmektedir⁶⁶³, tipik fiil gerçekleştirilirken fiili gerçekleştiren kişinin yanında bulunmadan fiili icra eden üzerinde hakimiyet kurulmaktadır.⁶⁶⁴ Üçüncü tür olan fonksiyonel hakimiyette ise, müşterek faillikte görüldüğü üzere, fiilin bir başkasıyla birlikte işlenmesi ve fiilin işlenmesinde iş bölümü içinde önemli bir fonksiyona sahip olunması söz konusudur.⁶⁶⁵ Bu kapsamda teori, doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik olarak failliğin üç farklı türünü belirlemekte ve birbirinden ayırmaktadır.⁶⁶⁶

⁶⁵⁹ AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 112.

⁶⁶⁰ AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 112.

⁶⁶¹ DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 61. ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 418. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 58.

⁶⁶² DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 62. ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 418. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 58. AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 62.

⁶⁶³ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 418. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 58.

⁶⁶⁴ DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 62.

⁶⁶⁵ ÖZTÜRK, ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 418. DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 62- 63. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 58.

⁶⁶⁶ Fiil üzerinde hakimiyet sahibi olmayan ancak fiilin işlenişine sebebiyet veren veya işlenişini destekleyen nedensel katkılarda bulunan kişiler şerik olacaktır. (Bkz. DEMİREL, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 64-65) O halde, suça iştirak eden kişi bu sayılan hakimiyet türlerinden hiçbirini gerçekleştirilmemişse fiil üzerinde egemenlik kurmamıştır ve yardım eden olarak kabul edilecektir. (Bkz. AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 62.)

Türk hukukunda ise, TCK 37. maddede ifade edildiği üzere, “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden” her birinin, fail olarak sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Burada tipik fiilin parçalara ayrıldığı ve sonucun ortaya çıkması açısından nedensel değer taşıyan, bütünün olmazsa olmaz parçaları niteliğindeki hareketleri gerçekleştirenler müşterek fail olacaklardır.⁶⁶⁷ Müşterek faillğe ilişkin bazı önemli açıklamalar, bağlayıcı bir metin olmayan TCK’nın gerekçesinde yer almaktadır.⁶⁶⁸ Müşterek failliğin bir suç işleme kararı ve fiil üzerinde müşterek hakimiyet olmak üzere iki unsuru vardır.

Bir suç işleme kararı kapsamında⁶⁶⁹ müşterek failler arasında üzerinde anlaşılmış bir iştirak iradesi bulunmaktadır.⁶⁷⁰ İştirak iradesi içindeki suç ortaklarının suçun işlenişine dair kastlarının farklı olması müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarını engellemez.⁶⁷¹ Suç işleme kararında sapmalar yaşanması durumunda, kararlaştırılan suçun nitelikli şeklinin gerçekleştirilmesi veya kararlaştırılan suç tipine yakınlık taşıyan başka bir suçun işlenmesi durumunda, bu sonucun diğer müşterek failler tarafından öngörülebilir ve ihtimal dahilinde olması ve bunlara katlandıklarının ortaya konulması

⁶⁶⁷ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 818.

⁶⁶⁸ Gerekçeler bağlayıcı metinler olmadığı için, bir kavramın kanunda açıkça ifade edilmemesine rağmen gerekçede detaylandırılmasının tereddüt yaratacağı ve karışıklığa sebep olacağı belirtilmektedir. (Bkz. ÜNVER, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.1, S. 1, Eylül 2006, ss. 37-73, s. 69. AYDIN, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s. 137.)

⁶⁶⁹ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 819. CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 512.

⁶⁷⁰ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 819. KOCA, ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 454. Yargıtay da iştirak iradesi hususunda aynı yönde hareket edilmesini ve amaç birliğini aramaktadır. Bkz. 10. Ceza Dairesi 2020/21648 E. , 2021/12144 K.:

‘TCK’nın 188/5. maddesinin uygulanması için müşterek faillerin "aynı yönde" hareket etmeleri ve bir olay üzerinde aynı amaç doğrultusunda üç sanığın da TCK’nın 188/3. maddesinde tanımlanan fiil ve aynı yönde hareket etme iradelerinin birleşmesi gerektiği anlaşıldığından, tüm dosya kapsamına göre sanık ... ve diğer sanıklar Ramazan ve İlhan’ın olayda ele geçen uyuşturucu maddeleri birlikte temin ettikleri, sattıkları ve aynı yönde hareket ettikleri anlaşılamadığından, sanıklar hakkında TCK’nın 188/3. maddesi uyarınca belirlenen ceza üzerinden TCK’nın 188/5. maddesi uyarınca artırım yapılarak fazla cezaya hükmedilmesi...’ Ayrıca iştirak iradesinin suçun işlenmesinden önce veya en geç icra hareketlerinin gerçekleşmesi esnasında belirmiş olması gerekir. Ortaya çıkmış bir suça sonradan iştirak iradesi ile ortak olunamaz.⁶⁷⁰ Sonradan katılım halinde ancak sonradan işlenen suçlara ortak olunabilir, önceden tamamlanmış fiillerden dolayı bir sorumluluk olmayacaktır. (Bkz. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 819. HAKERİ, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.1, S. 1, Eylül 2006, ss. 75-109, s. 83.)

⁶⁷¹ Ancak işlenmesi kararlaştırılan suçun manevi unsurunda amaç veya saike yer verilmişse bütün müşterek faillerin bu amaç ve saikle hareket etmesi gerekmektedir. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 678. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 458.

şartıyla müşterek faillik bu suçlar bakımından da devam edecektir.⁶⁷² Ancak kararlaştırılan suçun sınırı diğer suç ortaklarından bağımsız ve bilinçli olarak aşılmış ise, sınırı aşan kısım bakımından o suç ortağı müstakil fail veya dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.⁶⁷³

Fiil üzerinde müşterek hakimiyetin olması unsuru açısından suçun icrai hareketleri bir suç işleme kararına bağlı olarak bir iş bölümü dahilinde ortak bir katılımı ve müşterek hakimiyet sağlanarak işlenmekte ve katılanlar gerçekleşen fiilin tümünden sorumlu tutulmaktadır.⁶⁷⁴ Böylece, suça katılan müşterek failer sorumluluğu doğrudan kendi fiillerinden almaktadırlar.⁶⁷⁵ Müşterek failin katkısı işlevseldir, suçun işlenebilmesi için vazgeçilmez, zorunlu bir önem ve değere sahiptir.⁶⁷⁶ Bu işlevsel katkı ise doktrinde fonksiyonel hakimiyet olarak da adlandırılmaktadır.⁶⁷⁷

⁶⁷² ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 679. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 460-461.

⁶⁷³ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 679. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 460-461.

⁶⁷⁴ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 820. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 675. KOCA, ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 455.

⁶⁷⁵ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 675. DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 820.

⁶⁷⁶ DÖNMEZER, ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, s. 820. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 674-675.

⁶⁷⁷ HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017, s. 573. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 448. Ayrıca, Fiil üzerinde müşterek hakimiyetin nasıl değerlendirileceği Yargıtay kararlarında da ele alınmıştır. Yargıtay'ın yakın zamanlı kararlarında da belirtildiği üzere fiil üzerinde müşterek hakimiyetin tespitinde faillerin suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmakta; fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin hakimiyetinde olması aranmaktadır. Bkz. 1. Ceza Dairesi 2021/11075 E. , 2021/13821 K. Maktulün ölümüne sebep olan iki ayrı silahla ateş eden failin olduğu sabit olup diğer sanıkların olayda hareketleri, pozisyonları ve bulundukları yeri belirlemek ve sonrasında suça katılım durumlarını yasa çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

- Eylem öncesi konuşup anlaşmaları ve birlikte seyahatleri,
- Maktulün kaldığı ev, gidiş geliş güzergahı ve saatini tespiti,
- Maktulün vurulduğu yere birlikte gidip sanık ...'in şoförlük yapması,
-Asli fail dışında maktule ateş ederken camları filmli olması sebebiyle dışarıdan görülmeyecek şekilde araçta oturup beklemeleri ve olay sonunda asli failin arabaya binip birlikte uzaklaşmaları şeklindedir. Tanık ...'nin beyanı dahil sanıkların bu hareketlerden başka katkılarının olduğuna dair bir delil mevcut değildir, bu hal sanıklar ... ve ...'i suçun müşterek faileri olarak kabul edilerek mahkumiyetleri yoluna gidilmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 37. maddesinde müşterek faillik tanımlanırken "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur" denilmiştir. Kanun'un 37. maddesi gerekçesi ve öğretideki görüşler karşısında müşterek faillik için iki unsurun birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

- Birlikte suç işleme kararı (fikir ve irade birliği),
- Fiil üzerinde ortak hakimiyet,
Yukarıda bahsedildiği gibi sanıklar arasında suç işleme konusunda fikir birliği mevcuttur.

ii. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu

Roma Statüsü'nün ifadesi ile “*tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi*” halinde faillikten bahsedilecektir. Maddenin lafzı müşterek faillik hakkında detaylı bilgi içermemektedir ancak “*başka bir şahısla müştereken*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Statü müşterek faillik kavramını tanımaktadır.⁶⁷⁸ Bu durumda UCM'nin kararları kapsamında müşterek failliğin Mahkeme bünyesinde nasıl anlaşıldığı önem içermektedir. UCM müşterek failliği tartışırken kararlarında müşterek failliğin bir faillik türü olduğunu ve bu yönüyle şeriklikle ayrıldığını, suça asli bir katılım gerektirdiği ve belirlenmesinde yine Alman hukukunda kullanılan fiil hakimiyeti teorisinin merkeze alınması gerektiğini vurgulamaktadır.⁶⁷⁹

Araştırılması gereken konu fiil üzerinde ortak hakimiyet kurup kurmadıklarıdır. Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Müşterek failler suçun işlenişine bulundukları iştirak katkıları ile suçun kanuni tarifinde yer alan objektif, maddi unsurların hepsini gerçekleştirmek zorunda değildirler. Kimi zaman tüm katılımcılar aynı hareketi gerçekleştirebilecekleri gibi (Maktulün üzerine bir kısmı isabet ettirmese dahi ateş etmeleri) kimi zaman iş bölümü gereğince bu maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmekle fiil üzerinde hakimiyet kurabilirler (Banka soygununda suç ortaklarından biri silahı ile bankadakileri etkisiz hale getirirken diğerinin kasadaki paraları alması) bu tür durumlarda suçun icrası açısından birbirlerini tamamlayıcı nitelikte hareketler olup her iki suç ortağı suçun işlenmesi sırasında müşterek hakimiyet kurmaktadır. Vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde;

- Asli fail maktule bıçakla vurmakta iken ortakların yumrukla vurması,
- Sanıklardan birinin yumrukla vururken diğerinin mağduru tutması,
- Asli fail hareket halindeki mağdura vururken diğer sanığın kaçış yollarını tutması, mağdura çelme atması,
- Sanığın yanında durmak suretiyle mağduru korkutup direncini kırma,
- Asli fail eylemini gerçekleştirirken diğer sanığın etraftan müdahaleleri engellemesi gibi hareketlerde ortak hakimiyet kurulduğu anlaşılabılır.

⁶⁷⁸ Uluslararası ceza hukukunun tarihinde müşterek faillik kavramı görece yeni kabul edilen kavramlardan biridir. EYUCM'nin Stakic kararında İlk Derece Mahkemesi müşterek faillik üzerine karar vermiş olmasına rağmen, Temyiz Dairesi müşterek faillik kavramının EYUCM'nin yerleşik içtihadı ve uluslararası hukuk tarafından desteklenmediğini ifade ederek, uluslararası teamül hukukunda olan ve Mahkeme'nin de rutin olarak kullandığı müşterek suç girişimi kavramının sözü geçen dosyada da kullanılması konusunda karar vermiştir. Bkz. *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, IT-97-24-T, 31 Temmuz 2003 para. 440 ve bkz. *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Appeals Judgement, IT-97-24-A, Appeals Judgement, 22 Mart 2006, para. 62. Aktaran VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 96-97.

⁶⁷⁹ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 338.

UCM'nin *Lubanga* davasında müşterek faillik kavramı öncelikle İsnatların Teyidi Kararı'nda ele alınmış, ardından İlk Derece Dairesi'nin kararında da kavramı oluşturan koşullardan bahsedilmiştir. Ön Soruşturma Dairesi İsnatların Teyidi Kararında müşterek failliği birden çok kişinin koordineli bireysel katkılarının bir suçun maddi unsurlarını oluşturması sonucu, katkı sağlayan herkesin diğer katılımcıların hesabına da sorumlu olması ve sonuç olarak tüm suç üzerinde de fail olarak değerlendirilmesi olarak tanımlamıştır.⁶⁸⁰

İlk Derece Dairesi ise *Lubanga* kararında, müşterek failliği inceleyerek aşağıdaki unsurları müşterek failliğin tespitinde gerekli görmüştür:

- (i) Sanık ve bir diğer müşterek fail arasında, uygulanmasıyla olayların doğal akışı içinde ilgili suçun işlenmesiyle sonuçlanacak bir anlaşma veya ortak planın varlığı,
- (ii) Sanığın ilgili suçun işlenmesiyle sonuçlanan ortak plana esaslı katkı sunması,
- (iii) Sanığın ortak planın icrasıyla olayların doğal akışı içinde ortaya çıkmış sonuçların doğacağıının farkında olması ya da sanığın düşmanca eylemlere aktif katılımı,
- (iv) Sanığın ortak planın icrasına esaslı katkı sağlıyor olduğunun bilincinde olması.⁶⁸¹

Mahkemenin bu kararı eleştirisiz kalmamıştır. Karara muhalefet şerhi yazan Hakim Fulford, dolaylı faillik üzerine yapılan açıklamalarda da değinildiği üzere, Claus

⁶⁸⁰ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 326.

⁶⁸¹ *Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber Judgment, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 1018. Kararda beşinci unsur olarak sanığın silahlı çatışmanın varlığının bilincinde olması ve kendi fiilleriyle silahlı çatışma ortamı arasında bir illiyet bağı olmasının gerekliliğine de vurgu yapılmıştır. Ancak pek tabii bu son şart müşterek faillik ilişkine değil, *Lubanga*'nın yargılandığı savaş suçlarına özgü bir şarttır.

Roxin'in fiil hakimiyeti görüşünün bu kadar merkeze alınmasını eleştirmiştir.⁶⁸² Hakim Fulford Roma Statüsü'nün 25. maddedeki lafzının açık olduğunu, bu anlamda Statü'ye Statü'nün dilinde yer almayan terimlerin eklenmesine gerek olmadığını vurgulamaktadır.⁶⁸³ Hakim Fulford'a göre, Roma Statüsü'nün başkası ile birlikte suç işlemekle ifade ettiği müşterek faillik zaten içkin yapısı içerisinde en az iki kişinin varlığını, bu kişiler arasında suçun işlenmesine ilişkin bir koordinasyonu ve özellikle kusurluluğa ilişkin Roma Statü 30. maddenin 25. madde ile beraber değerlendirilmesi durumunda birlikte bir suç işleme planı içerisinde yer aldıklarını ve bu planın icrasında hayatın doğal akışı içinde suçun ortaya çıkacağını anlıyor olmaları gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁸⁴ Ayrıca Hakim, kararda yer alan müşterek faillikte suça esaslı katkı görüşünü de eleştirmekte, esaslı katkı incelemesinin geçmişe dönük failin psikik dünyasına ilişkin farazi bir tahkikat olduğunu iddia ederek, esaslı katkı yerine suç ile arasında illiyet bağı olan doğrudan ya da dolaylı katkının değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir.⁶⁸⁵ Böylece muhalefet şerhiyle Hakim Fulford, İlk Derece Dairesi'nin verdiği karar kapsamında müşterek failliğin uygulamasında özel bir ulusal hukuk teorisine değinmeye gerek olmadığını göstermiştir.

Alman hukukunda yer alan fiil hakimiyeti teorisinin bu denli geniş ölçüde Mahkeme nezdinde kabul edilmesi eleştirilere sebep olduğu kadar taraftar da toplamıştır. Mahkemenin yetki alanına giren suçlar açısından teorik olarak en ikna edici ve pratik olarak en elverişli olan yaklaşımın Alman doktrininde yer aldığı ileri sürülen fikirler

⁶⁸² Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 6 vd.

⁶⁸³ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 13 vd.

⁶⁸⁴ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 13 vd.

⁶⁸⁵ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 17. Öte yandan, esaslı katkının illiyet bağı çerçevesinde yorumlanması müşterek failliğin sınırlarını da belirsiz bir şekilde genişleteceği iddia edilmektedir. Eleştiri için bkz. YANEV, Lachezar, **Theories of Co-Perpetration in International Criminal Law**, Brill 2018, s. 536.

arasındadır.⁶⁸⁶ Öte yandan *Lubanga* davası özelinde, müşterek faillik üzerinden sorumluluğun kurulması durumunda lider pozisyonlarda olanların hiyerarşik olarak kendi altlarında faaliyet gösterenlerin işledikleri suçlardan da sorumlu tutulabilmelerinin güç olduğu ifade edilmiş, ve bu sebeple müşterek dolaylı faillik kavramının ceza sorumluluğunun ve iştirakin tüm görünümünü kapsama konusunda daha başarılı ve faydalı olduğu iddia edilmiştir.⁶⁸⁷

UCM benzer bir tartışmayı daha sonra *Katanga* davasında da yürütmüştür. *Lubanga* davasına da sıkça atıf yapılan İsnatların Teyidi Kararı'nda öncelikle Roma Statüsü 25. maddede asli ve fer'i faillerin ayrı düzenlendiği, bu ayrımı yaparken de fiil hakimiyeti teorisinin kullanılacağı belirtilmiştir. Kararda fiil hakimiyeti teorisinin bu ayrımı belirleyici bir teori olduğunun altı çizilerek pek çok ulusal sistemde de benimsendiği belirtilmiştir.⁶⁸⁸ *Katanga* davasında asli failliğin üç türü olduğu, bunların doğrudan faillik, başkası aracılığıyla faillik ve müşterek faillik olduğu ve bu türlerin bir arada da bulunabileceğini belirtmiştir. Böylece karar hem bir sonraki başlık altında tartışılacak olan dolaylı müşterek failliğin hukuki zeminini hazırlamış hem de müşterek failliği tanımlarken *Lubanga* davasının çıkarımlarını kabul etmiştir.

Hem *Lubanga* hem de *Katanga* kararında müşterek faillik incelenirken, ısrarla müşterek faillik ile Roma Statüsü 25/3 (d) kapsamında tanımlanan ortak amaç sorumluluğu arasındaki farklar gözetilmiştir. Her iki kararda da müşterek failliğin bir asli faillik türü olduğu ancak ortak amaç sorumluluğunun ise bir şeriklik türü olduğu belirtilmiş ve bu yöndeki açıklamalarda da yine ikilik sistemi içerisinde yer alan objektif

⁶⁸⁶ OHLIN, Jens David, "Co-Perpetration: German Dogmatik or German Invasion?", **The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements**, Carsten Stahn ed. içinde, Oxford 2015, Cornell Legal Studies Research Paper No. 14-07, ss. 517-537, s. 537.

⁶⁸⁷ WIRTH, Steffen, "Co-Perpetration in the *Lubanga* Trial Judgment", **Journal of International Criminal Justice**, C. 10, 2012, ss. 971-995, s. 995.

⁶⁸⁸ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 484 vd.

ve sübjektif görüş değerlendirilmiş ancak son tahliller fiil hakimiyeti teorisine dayandırılmıştır.⁶⁸⁹

d. Dolaylı Müşterek Fail

Dolaylı müşterek faillik kavramı UCM tarafından ortaya atılmış ve ulusal hukuk sistemlerinde rastlanmayan ve hiyerarşik örgütler vasıtasıyla fiil hakimiyeti görüşünü uygulayan bir faillik türüdür.⁶⁹⁰ Ancak Alman hukuku açısından dolaylı müşterek faillik yeni bir yaklaşım değildir.⁶⁹¹ Alman hukuku bağlamında müşterek failliğin bir alt kategorisi olarak kabul edilebilecek dolaylı müşterek faillikte, kendi kontrolü altındaki kişileri ortak suç planının icrası açısından kendi katkısı çerçevesinde kullanan kişiler dolaylı müşterek fail olacaklardır.⁶⁹² Dolaylı müşterek failliğin ulusal uygulamasının sadece Alman hukukuyla sınırlı olması ve bu kavramın diğer ulusal hukuk sistemlerinde yer almaması sebebiyle, bu bölümde dolaylı müşterek faillik kavramının uluslararası ceza hukukunda ve UCM nezdinde ele alınışı incelenecektir.

Dolaylı müşterek faillik kavramı aslında Roma Statüsü'nün metninde de geçmemektedir. Yukarıdaki bölümlerde de bahsedildiği üzere Statü failliği “*tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla*” suç işlenmesi hali olarak tanımlamıştır.

⁶⁸⁹ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 482 vd. *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 338.

⁶⁹⁰ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 531.

⁶⁹¹ AMBOS, Kai, **Treatise on International Criminal Law, Vol. 1: Foundations and General Part**, Oxford 2013, s. 157.

⁶⁹² WEIGEND, “Problems of Attribution in International Criminal Law A German Perspective”, s 260.

Statünün lafzına sadık kalınması halinde tanınmış olan faillik türleri, doğrudan, müşterek ve dolaylı failliktir.

Dolaylı müşterek faillik, statünün sistemi içinde müşterek faillik kavramının genişletilmesi sonucu müşterek faillerin başkaları aracılığıyla suç işlemeleri hallerini kapsamaktadır.⁶⁹³ Müşterek faillik kavramı ile yatay düzeyde bir sorumluluk silsilesi çizilmektedir. Şöyle ki, müşterek fail bir suç işleme kararı çerçevesinde fiil üzerinde ortak hakimiyete sahiptir, bu durum yatay düzeyde bir sorumluluk tarifidir. Öte yandan dolaylı faillikte ise arka plandaki fail başkalarını kullanmaktadır. Bu da dikey bir sorumluluk anlayışıdır, dolaylı fail ön planda bulunanlar vasıtasıyla faildir. Dolaylı müşterek fail kavramında ise bahsi geçen yatay ve dikey sorumluluk modelleri birleştirilmektedir.⁶⁹⁴

Cryer, dolaylı müşterek failliği genel bir örnekle açıklamaktadır: Dış İşleri Bakanının Savunma Bakanı ile ortak bir plan çerçevesinde savaş suçu işlemeleri durumunda suçu oluşturan asıl fiiller ordu mensupları tarafından işlenecektir. Savunma Bakanı orduyu kontrol etmesi sebebiyle dolaylı fail olurken, Savunma Bakanıyla ortak bir suç planı içinde olan Dış İşleri Bakanı da ordu mensuplarının işlediği savaş suçları açısından dolaylı müşterek fail olacaktır.⁶⁹⁵

Bu noktada tartışılması gereken hususlardan biri ise, Roma Statüsü'nün lafzında geçmeyen bir kavram olan dolaylı müşterek failliğin nasıl UCM tarafından uygulandığıdır. *Katanga* davasında tartışılmaya başlanan dolaylı müşterek faillik kavramının öncelikle Roma Statüsü'nde yer almadığı savunma avukatları tarafından dile getirilmiştir. Mahkeme lafzi yorum yaparak “*tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi*” tanımında kullanılan “veya” bağlacının maddede yer alan faillik hallerini münhasır bırakmayacağı, bu faillik hallerinin bir arada bulunabileceği sonucuna

⁶⁹³ CRYER, *An Introduction to International Criminal Law*, s. 354.

⁶⁹⁴ OHLİN, Jens David, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, *Leiden Journal of International Law*, S. 25, C. 3, ss. 771-797.

⁶⁹⁵ CRYER, *An Introduction to International Criminal Law*, s. 354.

varmışır.⁶⁹⁶ Dolayısıyla Mahkeme birden fazla kişinin müştereken başkaları aracılığıyla suç işleme modeli olan müşterek dolaylı failliği, Roma Statüsü'nün faillik hallerinin bir arada kullanılmasına imkan tanınması yorumuna dayanarak kabul etmiştir.⁶⁹⁷

UCM dolaylı müşterek faillik modeline *Bemba* davasında ve *Ömer El Beşir* davasında vermiş olduğu tutuklama kararlarında da değinmiştir.⁶⁹⁸ *Bemba* tutuklama kararında Mahkeme sanığın müştereken başka biriyle ya da başkaları aracılığıyla savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar işlediği yönünde haklı gerekçeler olması sebebiyle tutuklama kararı vermiştir.⁶⁹⁹ *Ömer El Beşir* davasında ise devlet başkanı ve Sudan ordusunun başkomutanı olan El Beşir'in, Sudan'daki diğer üst düzey yetkili siyasiler veya ordu mensuplarıyla birlikte Sudan devletinin ayaklanma karşıtı operasyonlarının düzenlenmesinde, tasarlanmasında ve uygulanmasına esaslı role sahip olması sebebiyle meydana gelen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımında dolaylı müşterek fail olarak sorumlu olmasında haklı gerekçeler olmasıyla tutuklama kararı verilmiştir.⁷⁰⁰ *El Beşir* kararı devlet yapısı kullanılarak uluslararası suçların işlenmesi açısından da önemlidir. Burada Mahkeme, organize güç yapılanması içinde diğer üst düzey yetkililerle birlikte ve bu güç yapılanmasına dahil olanlar vasıtasıyla suç işlenmesi yorumunda, Arjantin Junta dönemine ilişkin ulusal mahkeme kararları ve Alman Sınır kararları olarak bilinen, Doğu-Batı Almanya'yı birbirinden ayıran duvara yaklaşan kaçakların duvarda

⁶⁹⁶ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 491 vd.

⁶⁹⁷ *Katanga* dosyası özelinde tartışılan konulardan biri de çocuk askerlerin çatışmada kullanılması üzerinedir. Mahkeme müşterek faillikle dolaylı failliği bir arada kullanarak başka bir gruba ait çocuk askerlerin silahlı çatışmada kullanılması suçunun müşterek fail olan Katanga'ya atfedilip atfedilemeyeceği üzerine bir inceleme yapmıştır. Bkz. *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 494.

⁶⁹⁸ ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 533.

⁶⁹⁹ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Urgent Warrant Of Arrest For Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi) III, ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para 21.

⁷⁰⁰ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi) I, ICC-02/05-01/09, 4 Mart 2009, s. 7 vd.

nöbet tutan askerlerce vurulmasını konu alan davalarda kullanılan yaklaşımlardan esinlenmiştir.⁷⁰¹

Yukarıdaki kararlarla birlikte dolaylı müşterek faillik hakkında derin tartışmalara sebep olan asıl karar *Katanga* davasına aittir. Yukarıda da değinildiği üzere İsnatların Teyidi kararında öncelikle Roma Statüsü'nün lafzi yorumu yapılmış ardından da faillik modellerinin birleştirilebileceği sonucu çıkartılmıştır. Savcılığın da iddia ettiği şekliyle *Katanga* davasında sanıklar Katanga ve Chui sadece kendi kontrolleri altındaki silahlı grupların işledikleri suçlardan değil aynı zamanda birbirlerinin kontrolü altındaki grupların işledikleri suçlardan da sorumlu tutulmuşlardır. Böylece sanıklar işlenen suçlardan müştereken ve dolaylı sorumlu bulunmuşlardır.

Mahkeme geçmişte verilen kararlara dayanarak, *Ruta et al.* kararında dolaylı müşterek failliğin oluşabilmesi için aranan objektif ve sübjektif unsurları şu şekilde belirlemiştir:

- “(i) şüpheli, başka biri ya da birileriyle yapılmış ortak plan veya anlaşmanın parçası olmalıdır;
- (ii) şüpheli ve diğer müşterek fail(ler) koordineli bir şekilde, suçun maddi unsurlarının ortaya çıkmasıyla sonuçlanacak esaslı katkılarda bulunmalıdır;
- (iii) şüphelinin örgüt/organizasyon üzerinde hakimiyeti olmalıdır;
- (iv) örgüt/organizasyon organize ve hiyerarşik güç araçları bulundurmaktadır;
- (v) şüphelinin verdiği emirlere otomatik olarak uyulmasıyla suçun icra edilmesi garanti altında olmalıdır;

⁷⁰¹ OLASOLO, Hector, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power at the International Level: From the Stakíc Case at the ICTY to the Case against the Sudanese President, Omar Al Bashir, at the ICC”, **Essays On International Criminal Law And Procedure**, Oregon 2011, ss.102- 121, s. 103.

- (vi) *şüpheli suçun manevi unsurunu da karşılamalıdır;*
- (vii) *şüpheli ve diğer müşterek failler, ortak planın icrasının suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesiyle sonuçlanacağını farkında olmalı ve bunu kabul etmelidirler, ve*
- (viii) *şüpheli başka bir kişi vasıtasıyla suçun işlenmesinde ortak hakimiyet tatbik etmesine imkan veren fiili durumların farkında olmalıdır.*”⁷⁰²

Mahkeme bu kararında dolaylı müşterek failliği o zamana kadar verilen dolaylı faillik ve müşterek faillik kararlarının bir birleşimi olarak ele almış ve diğer faillik türleri için getirilen kriterleri birleştirmiştir. Esasen burada önem arz eden Roma Statüsü’nün yorumlanma biçimidir. Böylece Statü’de yer alan faillik hallerinin münhasır olmadığı sonucuna varan Mahkeme, müşterek ve dolaylı failliğin aynı suç için aynı kişi özelinde görülebileceğine karar vermiştir. Bu vesile ile başka birinin kontrolü altında bulunan bir grubun işlediği suçlardan o grubu yöneten kişi ile müştereken bir suç planı içinde olan kişinin de sorumlu tutulmasının yolu açılmıştır.

Dolaylı müşterek faillik UCM’nin savcılık teşkilatı için oldukça elverişli bir sorumluluk modelidir. Zira devlet eliyle ya da organize bir şekilde işlenen suçlarda birden çok üst düzey hükümet ya da örgüt yetkilisi suç işlemek üzere birbiriyle iş birliği içinde bulunacaktır ancak hiçbirisi suçu bizzat işlemediği gibi bazıları da dikey hiyerarşik bürokrasiyi kullanarak kendi otoriteleri altındakileri kullanmaktadır. Bu etkin iş bölümü sonucu ortaya çıkan suçlardan sanık sadece kendi kontrolü altındaki kişilerin işlediği suçlardan değil, aynı zamanda iş birliği içinde bulunduğu kişilerin kontrolü altındakiler tarafından işlenen suçlardan da sorumlu tutulabilmektedir.⁷⁰³ Bu durum savcılık teşkilatı

⁷⁰² *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber II (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/09-01/11-373, 23 Ocak 2012, para 292 (Metin yazarın kendi çevirisidir). Ayrıca bkz. CRYER, **An Introduction to International Criminal Law**, s. 354.

⁷⁰³ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, s. 735. İkinci derece bağlılık kuralı için bkz. OHLIN, “Second-Order Linking Principles”, ss. 771-797.

için oldukça elverişli bir alan yaratmaktadır çünkü bu görüşle liderlerin sadece kendi kontrolleri altındakilerin işledikleri suçlardan değil, iş birlikçilerinin kontrolü altındaki kişilerin işledikleri suçlardan da sorumlu tutulabilmelerini⁷⁰⁴ sağlayan bir ikinci dereceden bağlama kuralı geliştirilmiştir.⁷⁰⁵

UCM tarafından müşterek faillik ve dolaylı faillik kategorilerinin birleştirilmesi ile dolaylı müşterek failliğin kabul edilmesi bazı hukukçular tarafından endişe ile karşılanmıştır.⁷⁰⁶ Bu kategoride dolaylı müşterek fail işlenen suça hem fiziki olarak uzaktır hem de her ne kadar hakimiyet teorisi ile açıklanmaya çalışılsa da aslında suç üzerindeki hakimiyeti zayıftır. O halde işlenen bir suçun hem dikey hiyerarşideki dolaylı faile hem de o dolaylı fail ile müşterek fail olan dolaylı müşterek faile atfedilebilmesi ancak ve ancak yatay düzeyde birlikte hareket eden müşterek faillerin amaçta ve kastta birleşmesiyle mümkün olacaktır.⁷⁰⁷ Böylece, müşterek faillerin suçun manevi unsuru üzerindeki bütünleşmiş güçlü birliktelikleri sonucu, birinin fiili bir diğerine atfedilebilir ve asıl suçtan hem dikey sorumluluk hem de yatay sorumluluk düzeyinde uzak olan müşterek dolaylı fail cezai olarak sorumlu bulunabilir.⁷⁰⁸

Bu noktada tartışmaya değer bir soru ise dolaylı müşterek failliğin getirdiği ceza sorumluluğunun sınırına ilişkindir. *Katanga et al.* davasında sanıklar Katanga ve Chui müştereken ve başkaları aracılığıyla savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işlemişlerdir. Ayrıca davaya konu Bogoto saldırısı sonrasında bölgedeki sivil kadınlara karşı cinsel saldırı fiilleri işlenmiş ve bu durum savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bağlamında değerlendirilmiştir. Aslında saldırıyı organize eden, bu amaçla müşterek hareket eden Katanga ve Chui'nin işlenen cinsel saldırı suçlarına yönelik bir anlaşmaları yoktur. Ancak

⁷⁰⁴ OHLIN, VAN SLIEDREGT, WEIGEND, "Assessing the Control-Theory", s. 735.

⁷⁰⁵ OHLİN, "Second-Order Linking Principles", ss. 771-797. Bu görüş hakkında Türkçe açıklamalar için bkz. ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 531 vd.

⁷⁰⁶ OHLIN, Jens David, "Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation", **Journal of International Criminal Justice**, Mart 2014, C. 12, S. 2, ss. 325- 343, s. 343.

⁷⁰⁷ OHLIN, "Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation", s. 343.

⁷⁰⁸ OHLIN, "Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation", s. 343.

Mahkeme'nin vermiş olduğu İsnatların Teyidi Kararı'nda, bu suçların olayların doğal akışı içinde işlenebileceğinin sanıklar tarafından bilinmesi sebebiyle, sanıklar saldırı sonrasında birbirlerinin birliklerinde yer alan askerlerin işlediği cinsel saldırı suçlarından da sorumlu tutulmuşlardır.⁷⁰⁹ Mahkeme'nin çoğunluk görüşü, Hakim Anita Usacka'nın muhalefet şerhinde eleştirilmiştir. Hakim Usacka, sanıkların üzerinde anlaşmış oldukları ortak planda cinsel saldırının dahil olduğunun Savcılık tarafından yeterli düzeyde kanıtlanamadığını ifade etmiştir.⁷¹⁰ Öte yandan, bu durum doktrinde de eleştirilmiş ve dolaylı müşterek faillik modelinin sınırlarının nerede çizileceğinin sorunlu olduğu ifade edilmiştir.⁷¹¹ Öyle ki, ortak plan dahilinde olmayan suçların işlenmesi halinde hakimiyet teorisinin özünde yer alan suça hakimiyet algısından uzaklaşmakta ve *Katanga* davasındaki yaklaşımla birlikte başkasının fiilinden sorumluluk modeline daha çok yaklaşılmaktadır.⁷¹²

Dolaylı müşterek faillik UCM tarafından *Kenyatta ve Muthaura, Gbagbo ve Blé Goudé, Ongwen* ve *Ntaganda* davalarında da uygulanmıştır.⁷¹³ Ancak *Ntaganda* davasında yazılan muhalefet şerhleri dolaylı müşterek faillik ve fiil hakimiyeti teorisinin hakim görüşü hakkında UCM'deki endişeleri dile getirmektedir. Ntaganda temyiz kararında Hakim Morrison ve Hakim Eboe-Osuji, dolaylı müşterek failliği Roma Statüsü 25/3(a)'nın yanlış bir yorumu olarak gördüklerini belirterek, bir Alman ulusal hukuk teorisinin uluslararası ceza hukukuna intikal etmesini eleştirmişlerdir.⁷¹⁴ Ancak aynı

⁷⁰⁹ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 576.

⁷¹⁰ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), Hakim Anita Usacka'nın Kısmi Muhalefet Şerhi (Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 19.

⁷¹¹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 170.

⁷¹² VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 170.

⁷¹³ VAN SLIEDREGT, Elies, "The ICC Ntaganda Appeals Judgment: The End of Indirect Co-perpetration?", <https://www.justsecurity.org/76136/the-icc-ntaganda-appeals-judgment-the-end-of-indirect-co-perpetration/>, Erişim: Mart 2023.

⁷¹⁴ VAN SLIEDREGT, Elies, "The ICC Ntaganda Appeals Judgment: The End of Indirect Co-perpetration?", <https://www.justsecurity.org/76136/the-icc-ntaganda-appeals-judgment-the-end-of-indirect-co-perpetration/>, Erişim: Mart 2023.

kararda, Perulu Hakim Ibáñez fiil hakimiyeti teorisi ile dolaylı müşterek failliğin uluslararası ceza hukukuna ithal edilmesini kuvvetli bir şekilde savunmuştur.⁷¹⁵

Sonuç itibarıyla, dolaylı müşterek faillik hala uluslararası ceza hukuku bünyesinde oldukça tartışmalı olan sorumluluk türlerinden biridir. Özellikle *Ntaganda* temyiz kararında yazılan muhalefet şerhlerinde anlaşıldığı üzere, dolaylı faillik farklı ulusal hukuk kültürlerinden gelen hakimler tarafından da farklı açılardan kabul görüp, eleştirilmektedir.

3. Emretme, Teşvik Etme, Suçun İşlenmesine İkna Etme

a. Karşılaştırmalı Hukukta Emretme, Teşvik Etme veya Suçun İşlenmesine İkna Etme

Roma Statüsü m. 25/3(b)'de “meydana gelen veya teşebbüs edilen böyle bir suçun işlenmesini emretmesi, teşvik etmesi veya suçun işlenmesine ikna etmesi halinde” bireysel ceza sorumluluğunun doğacağını ifade etmektedir.⁷¹⁶ Burada yer alan teşvik etme ve ikna etme ifadeleri bazı ulusal hukuk sistemlerinde azmettirme kapsamında kalmaktadır. Diğer bazı ulusal hukuk sistemleri açısından teşvik etme yardım etme başlığı altında kalırken, failde suç işleme düşüncesini oluşturmak anlamında kullanılan ikna

⁷¹⁵ Bu durumun sebebi Peru hukukunda fiil hakimiyeti teorisinin kullanılıyor olmasıyla da açıklanmaktadır. VAN SLIEDREGT, “The ICC Ntaganda Appeals Judgment: The End of Indirect Co-perpetration?”, <https://www.justsecurity.org/76136/the-icc-ntaganda-appeals-judgment-the-end-of-indirect-co-perpetration/>, Erişim: Mart 2023.

⁷¹⁶ Roma Statüsü'nün orijinal metninde “orders, solicits or induces the commission of such a crime” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Madde 25, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Şubat 2023.

etmek azmettirme başlığı altında kalmaktadır. Bazı başka hukuk sistemlerinde ise azmettirme ve yardım etme arasında bir fark gözetilmeyerek her ikisi de şeriklik üst başlığı altında incelenmektedir. Bu terminolojik farklar gözetilerek, bu başlık altındaki incelemeler emretme ve failde suç işleme düşüncesini oluşturma anlamında azmettirme merkezinde yapılacaktır, yardım etmeye ilişkin açıklamalar ise bir sonraki başlık altında tartışılacaktır.

Suçta katılım hali olan şerikliği bazı hukuk sistemleri iki kategori halinde incelemektedirler. Bu sistemlerde şeriklik suça yardımdan oluşan yardım etme halini ve daha çok dahiliyet gerektiren azmettirme halini kapsamaktadır, ancak azmettirenin sorumluluğu failin sorumluluğuna daha eşdeğer kabul edilmektedir.⁷¹⁷ Alman hukuku suça katılanlar arasında bu ikili sistemi kabul etmekten Fransız ve Anglo-Amerikan hukuku her iki katılım durumunun sorumluluğu arasında bir fark görmemektedir.⁷¹⁸ Azmettirmeyi faillğe yakın olarak değerlendiren sistemlerde azmettiren *auctor intellectualis* olarak kabul edilmekte ve suç üzerinde bağımsız sorumluluğu olduğu görüşü kabul edilmektedir.⁷¹⁹ Bu bağlamda Alman Hukukunda azmettirene yardım edenden daha fazla ceza verilirken, cezalandırmadaki bu ayırım Fransız ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde yoktur.⁷²⁰ Fransız ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri şerikliği kendi içinde yardım eden ve azmettiren olarak ayrı kategoriler olarak değil, sadece suça tali olarak katılanlar kategorisi altında incelemekte ve böylece Alman hukukunun aksine yardım edenlerin hafifletici sebeplerden yararlanacağı ve azmettirenlerin yararlanamayacağına yönelik bir önerme içermezler.⁷²¹ Emretme ise pek çok hukuk sisteminde başlı başına cezalandırılmamaktadır. Hatta, Fransız ve Alman hukukunda yetkinin kötüye kullanımı kapsamında azmettirmenin içine dahil edilmiştir.⁷²²

⁷¹⁷ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 644.

⁷¹⁸ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 644.

⁷¹⁹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 102.

⁷²⁰ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 645.

⁷²¹ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law Part*, s. 671.

⁷²² VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 102.

Şerik olarak sorumluluğu tek bir başlık altında toplayan sistemlerden olan Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde, failde suç işleme fikrini oluşturan kişi anlamında azmettirmeye doğrudan karşılık gelen bir terim yoktur. Farklı terimler kullanılmaktadır (ör. *soliciting*, *inducing*, *instigating*, *abetting*, *counseling*, *procuring*, *assisting*) ve bu terimlerden bazıları daha ziyade suça teşvik etmek, yönlendirmek anlamı içermekte bazıları ise azmettirme anlamını içermektedir.

Model Ceza Yasası 2.06. bölümde suça azmettirme bir şeriklik türü olarak tanınmaktadır. Ayrıca yine Model Ceza Yasası'nın organize suçla ilgili 5.02. bölümünde suça teşvik suçu da tanımlanmıştır.⁷²³ Bir diğer ifade ile, Amerikan hukukunda suç işlemeye yönelik teşvikte bulunmanın kendisi de bazı durumlarda suç olarak sayılmıştır. Bu noktada teşvik edilen suçun işlenip işlenmediğinin bir etkisi yoktur.⁷²⁴ Öte yandan, Amerikan hukukunda da bir suça katılım türü olarak azmettirmenin yardım etme ve dolaylı faillikten farklarının belirlenmesi hukuki tartışmalara sebep olmaktadır. Bu belirlemede iki temel unsur dikkate alınmaktadır; öncelikle azmettirmede suçu doğrudan işleyen kişi faildir ve sorumludur ve ayrıca azmettiren fiili kontrol eden değil, failde suç işleme düşüncesini oluşturan kişidir.⁷²⁵

İngiliz hukukunda ise *Kennedy* kararında altı çizilen failler sebep olur, şerikler yardım eder ya da teşvik eder görüşü geçerlidir. Bu çerçevede sonuca sebep olanlar fail olarak sorumlu tutulacak, sonuca sebep olmayıp tali olarak sorumlu olanlar ise şerik olarak sorumlu tutulacaklardır.⁷²⁶ İngiliz hukukunda azmettirme ve suça teşvik etme ile faillik arasındaki ayrım bu görüş çerçevesinde yapılmaktadır. Ancak bu ayrım gerçek

⁷²³ Model Penal Code, http://individual.utoronto.ca/dubber/web/website/genliab/Model_Penal_Code.htm, Erişim: Mart 2023.

⁷²⁴ COCO, Antonio, "Instigation", DE HEMPTINNE, Jérôme, ROTH, Robert, VAN SLIEDREGT, Elies (eds) **Modes of Liability in International Criminal Law** içinde, Cambridge 2019, ss. 257-283, s. 258.

⁷²⁵ FLETCHER, **Rethinking Criminal Law**, s. 672. Azmettirme ve yardım etmeyi kapsayan şeriklik açısından Amerikan hukukunda eyaletler farklı yaklaşımlar da benimsemektedir. Bu farklı yaklaşımlar ve doktrinel tartışmalar için bkz. ROBINSON, Paul H., WILLIAMS, Tyler Scot, **Mapping American Criminal Law: Variations Across the 50 States**, Kaliforniya 2018, s. 109 vd.

⁷²⁶ *R v. Kennedy*, 2007, UKHL, 38. Karardan aktaran, CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's **Essentials of Criminal Law**, s. 497.

vakalara uygulandığında sonuç her zaman berrak olmamaktadır. *Giannetto* kararında, karısını öldürmek için başka birini tutan A'nın sorumluluğu tartışılmış, bazı görüşler dolaylı faillik ve hatta *innocent agency* doktrini ileri sürerken başka bazı görüşler ise azmettiren olarak sorumluluğu ileri sürmüştür.⁷²⁷

İngiliz hukukunda esas ayırım fail ve şerikler arasında olduğu için, şeriklik altında yardım etme ve azmettirme birlikte ele alınmaktadır. İngiliz hukukunda suça azmettirme ve teşvik etme anlamına gelen farklı terimler kullanılmaktadır (*abeting, counselling*). Bunlardan biri de suçun gerçekleşmesini sağlamak anlamında kullanılan tedarik (*procure*) etmektir. Burada iştirakin maddi unsuru A'nın B'nin suçunu tedarik etmesiyle gerçekleşmektedir.⁷²⁸ Tedarik etmekte A, B'ye yardım etmemiş ya da azmettirmemiş olsa bile suçun ortaya çıkmasında A'nın illi bir bağı varsa suçu tedarik eden olarak sorumlu olacaktır.⁷²⁹ Bu durumda B suçu işlemektedir ancak A onun suçu işlemesini sağlamıştır.⁷³⁰ Bu yöndeki en tartışmalı karar *Cogan ve Leak* kararıdır. Davaya konu olayda Leak karısına kendi arkadaşı Cogan ile cinsel ilişkiye girmesini, arkadaşına da karısının rızası olduğunu söylemiştir. Kadın kocasından korktuğu için ilişkiye direnmemiş, Cogan ise kadının rızası olmadığını hiç öğrenmemiştir. Sonrasında açılan cinsel saldırı davasında Leak'in sorumluluğu tartışma konusu olmuştur. Bu noktada kimi görüşler yine *innocent agent* doktrini ve dolaylı failliği öne sürmüş, kimi görüşler ise tedarik etmek sorumluluk türünü tartışmıştır.⁷³¹ Öte yandan, failliği öne süren görüşlere karşı olarak fiilin vücuda bir organ ya da sair cisim sokularak gerçekleştirilmesi şartını Cogan'ın bizzat gerçekleştirmediğini ve bu suçun başkası vasıtasıyla da gerçekleştirmeye elverişli olmadığı konusunda ayrıca bir tartışma daha vardır.⁷³² Netice itibarıyla, ilk aşamada Kraliyet Mahkemesi Cogan ve Leak'i cinsel saldırı suçundan suçlu bulmuştur.

⁷²⁷ CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's *Essentials of Criminal Law*, s. 497.

⁷²⁸ CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's *Essentials of Criminal Law*, s. 507.

⁷²⁹ CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's *Essentials of Criminal Law*, s. 508.

⁷³⁰ CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's *Essentials of Criminal Law*, s. 509.

⁷³¹ CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's *Essentials of Criminal Law*, s. 509.

⁷³² FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 672.

Ancak Temyiz mahkemesi Cogan'ın yanlış yönlendirme sebebiyle kastının olmadığına fakat Leak'in cinsel saldırı suçundan “tedarik eden” sıfatıyla suçlu bulunmasına karar vermiştir.⁷³³

Tedarik etme sorumluluğu, Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde karşılaşılan bir sorumluluk türü değildir. Bu anlamda esasen başka birinin suçun işlenmesinde kullanılması (İngiliz hukukundaki ifadesiyle tedarik edilmesi) Roma hukukundan genel ve dolaylı faillik için kullanılan “*longa manus*” ifadesini çağrıştırmaktadır. Netice itibariyle *Cogan ve Leak* kararında da tartışıldığı üzere, suçun işlenmesinde kullanılan kişide suç işleme iradesi yoktur. Suçun işlenmesi için kullanılacak kişiyi “tedarik eden” ise esasında suç işleme kastı ile hareket etmektedir.

Fransız hukukunda ise öncelikle Fransız Ceza Kanunu madde 121-6 suça katılanların fail gibi cezalandırılacağı hükmüne yer vermektedir ve kanun bir sonraki maddede suça katılma türlerini belirlemiştir.⁷³⁴ Fransız ceza hukukunda yardım etmek ya da azmettirmek suça katılım türleri olarak sayılmaktadır.⁷³⁵ Fransız Ceza Kanunu madde 121-7’de hediye vererek, taahhütte bulunarak, korkutarak, emrederek ya da konumunu ya da gücünü kötüye kullanarak bir suç işlenmesini kışkırtan (*provoqué*) ya da suç işlenmesinin talimatını veren kimseler suça katılan olarak sorumlu tutulacaklardır.⁷³⁶ Fransız ceza hukukunda şerikin sorumluluğu failden gelir, bir diğer ifade ile şerik failin ceza sorumluluğunu alır ve böylece şerik fail ile aynı cezaya tabii olur.⁷³⁷ Fransız ceza

⁷³³ CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 509.

⁷³⁴ Code Pénal, Article 122-6, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023.

⁷³⁵ Code Pénal, Article 122-7, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023. Ayrıca bkz. PRADEL, **Droit Pénal Comparé**, s. 324.

⁷³⁶ Code Pénal, Article 122-7, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023.

⁷³⁷ Suça katılanın suçu işleyen sorumluluğunu almasına *l’emprunt de criminalité* prensibi denmektedir. Burada suça etki eden sebepler her katılan düzeyinde ayrıca incelenir. Bkz. LEVASSEUR, Georges, Cours de droit pénal général complémentaire, *La Sanction De La Responsabilité Des Complices: Les Systèmes Rationnellement Possibles*, https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/imputation/levasseur_complicite.htm, Erişim: Mart 2023.

hukuku bu prensibi katı olarak uygulamaktadır ve bunun bir yansıması olarak, azmettirenin azmettirmesi sonucu fiili işleyecek olan asli failin fiili işlememesi durumunda azmettirenin nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konu kanun yapım sürecinde de tartışılmış olup nihayetinde azmettirmenin suçun ortaya çıkmasından bağımsız olarak cezalandırılmaması gerektiği, zira bu durumun azmettirmeyi kanıtlamaya ilişkin temel sorunları beraberinde getireceği kanaatine ulaşılmıştır.⁷³⁸

İtalyan ceza hukuku suça maddi ve manevi olmak üzere iki tür katılım tanımaktadır. Manevi katılım suça maddi değil, entelektüel bir katkıyı içermektedir.⁷³⁹ Suça yönlendirme, suç işleme iradesini failde ortaya çıkartabilecek şekilde gerçekleşebilir ya da failde var olan suç işleme iradesini kuvvetlendirebilir.⁷⁴⁰ Ancak İtalyan Ceza Kanunu 115. madde de düzenlendiği üzere, azmettirme gerçekleşmiş ancak suç işlenmemişse cezalandırma olmayacaktır.⁷⁴¹ Doktrinde failde suç işleme düşüncesini yaratan manevi katılım *determinatore*, failde zaten var olan suç işleme iradesini kuvvetlendiren manevi katılım türüne ise *instigatore* denmektedir.⁷⁴² Her halde, İtalyan hukukunda manevi katılımda, katılımı oluşturan katkı ile suç arasında bir illiyet bağı aranmaktadır.⁷⁴³ İlliyet bağı tartışması ve suçun işlenmesinin cezalandırma için zorunlu olması yönüyle İtalyan ceza hukuku ve Fransız ceza hukuku benzerlikler göstermektedir.

İncelenen diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Alman ceza hukukunda suça katılanlar tek bir çatı altında değil, ikili bir ayırım gözetilerek incelenmektedir. Suça katılım suça azmettirme ya da yardım etme şeklinde gerçekleşebilir.⁷⁴⁴ Alman Ceza Kanunu 26. Maddesinde belirtildiği üzere bir başkasını kasıtlı olarak hukuka aykırı bir

⁷³⁸ PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, s. 322.

⁷³⁹ AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 115.

⁷⁴⁰ AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 115.

⁷⁴¹ Codice Penale, Art. 115, https://www.imolin.org/doc/amlid/Italy/penal_code.pdf, Erişim: Mart 2023.

⁷⁴² AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 115.

⁷⁴³ AMATO, FUCITO, *Criminal Law in Italy*, s. 115.

⁷⁴⁴ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 155.

fiili işlemleri için kasten teşvik eden kişi fail gibi cezalandırılır.⁷⁴⁵ Ayrıca devamında yer alan 29. maddeye göre ise diğerlerinin kusuruna bakılmaksızın, suça katılanlar kendi kusurları oranında sorumlu olurlar.⁷⁴⁶ Alman hukuku kapsamında İngiliz hukukunun aksine, tedarik etmeye benzer bir sorumluluk türü benimsenmemiştir⁷⁴⁷, doğrudan azmettiren ve yardım eden ayrımı gözetilmiştir. *Tali sorumluluğun asli sorumluluğa kısıtlı bağımlılığı* olarak tercüme edilebilecek bir prensiple Alman hukukunda da suçun işlenmesi şartı aranmaktadır.⁷⁴⁸ Bu hukuk sistemi çerçevesinde azmettirenin sorumluluğu failin sorumluluğundan ayrılırken yine Roxin'in fiil hakimiyeti teorisi kullanılmakta; böylece irade üzerinde hakimiyet kurularak suç işletildiği zaman dolaylı faillik, ancak suç işleme iradesinde bu yönde bir hakimiyet olmadığı durumlarda azmettirme söz konusu olacaktır.⁷⁴⁹ Son olarak bu kapsamda Alman Ceza Kanunu'nun 30. Maddesine değinmek gerekmektedir. Alman Ceza Kanunu 30. maddede suça azmettirmenin teşebbüs aşasında kalmasını, azmettirilen suçun teşebbüsüne verilen ceza ile cezalandırılacağını hükmetmektedir.⁷⁵⁰ Bir diğer ifade ile, Alman ceza hukukunda azmettirme sorumluluğundan ayrı olarak, azmettirmeye teşebbüs etme durumunun kendisi de ayrıca düzenlenmiş ve cezalandırılmıştır.⁷⁵¹

Türk ceza hukukunda bir suçun işlenmesi için faili suça ikna etmek, failde suç işlemek için algı yaratmak azmettirme faaliyetleri altında değerlendirilmektedir.⁷⁵² Türk hukukunda da suça katılım aynı başlık altında toplanmamış ve ikili bir sistemle suça katılım kapsamında azmettirme ve yardım etmeye yer verilmiştir. Türk hukuku kapsamında azmettirme, hiç akılda yokken failin aklına bir suç işleme fikrinin

⁷⁴⁵ German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, Erişim: Şubat 2023.

⁷⁴⁶ German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, Erişim: Şubat 2023.

⁷⁴⁷ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 156.

⁷⁴⁸ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 155.

⁷⁴⁹ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 155.

⁷⁵⁰ German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, Erişim: Şubat 2023.

⁷⁵¹ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması Alman hukukunda komplo benzeri bir şekil suç işlenmesi üzerine anlaşmanın cezalandırılmasına benzetilmektedir. Bkz. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 175.

⁷⁵² AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 164-166.

sokulmasıdır.⁷⁵³ Eğer ki, failde zaten böyle bir niyet var ancak bir karar yoksa bu durum suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek olacaktır ve bu durum azmettirmeye değil, yardım etmeye dahil olacaktır.⁷⁵⁴

Türk ceza hukukunda, suça azmettirme, failde suç işlemeye dair ilk ve etkin sebebin oluşturulmasıdır. Böylece faildeki suç işleme fikri azmettirme ile ortaya çıkmalıdır, bir diğer ifade ile suç ile azmettirme arasında illiyet bağı bulunmalıdır.⁷⁵⁵ Bu noktada azmettirmenin ne zaman gerçekleşeceği ve fail üzerindeki etkisi önem içermektedir. Azmettirme failde suç işleme düşüncesini yaratmak olduğu için, eğer ki işlenecek suçun hazırlık hareketleri zaten başlamışsa, bu katkı azmettirme olmayacak, suça teşvik olarak değerlendirilecek ve yardım etmeyi oluşturacaktır.⁷⁵⁶ Öte yandan eğer ki azmettiren failin üzerinde hakimiyet kuruyorsa ve onu bu anlamda kontrol ederek failde suç işletiyorsa bu durumda da başkasının iradesi üzerinde hakimiyet kurmaktan dolayı fail olarak değerlendirilecektir.⁷⁵⁷ Türk ceza hukukunda azmettirme kasıtlı suçlar için söz konusu olabilecektir.⁷⁵⁸ Ayrıca ihmalî bir davranışla azmettirme mümkün değilken, ihmal suçuna azmettirme mümkün olabilir.⁷⁵⁹ Sadece azmettirmenin varlığı, iştirakin maddi unsuru olmadan sorumluluk için yeterli değildir.⁷⁶⁰ Azmettirme sorumluluğunun doğabilmesi için azmettirilen suçun gerçekleşmesi, en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir.⁷⁶¹ Dolayısıyla, icra hareketleri başlamamış, teşebbüs derecesine varmamış hareketler için, TCK azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmamaktadır.⁷⁶²

⁷⁵³ HAZİFOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 331.

⁷⁵⁴ HAZİFOĞULLARI, ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 350.

⁷⁵⁵ EROĞLU, Tayyip, *Suçta İştirakin Bir Türü olarak Şeriklik*, Doktora Tezi, İstanbul 2022, s. 380.

⁷⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 832 vd.

⁷⁵⁷ HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 590

⁷⁵⁸ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 165.

⁷⁵⁹ AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 165.

⁷⁶⁰ EREM, Faruk, “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1, 1946, ss. 62-107, s. 71.

⁷⁶¹ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 830-831.

⁷⁶² AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 171-172.

b. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu

Roma Statüsü m. 25/3(b) kapsamında “*meydana gelen veya teşebbüs edilen bir suçun işlenmesini emretmek, teşvik etmek veya suçun işlenmesine ikna etmek*” halinde ilgili kişiler cezai sorumluluk taşıyabilecek ve cezalandırılacaklardır. Maddenin lafzında emretmek, teşvik etmek ve ikna etmek hallerinden bahsedilmektedir.⁷⁶³ Madde aslında ulusal hukuk sistemlerinde her zaman azmettirme olarak görülmeyen teşvik etme halini de azmettirme başlığı ile karşılamaktadır.

UCM ve doktrin, uluslararası ceza hukuku kapsamında azmettirenin ve emir verenin başka biri aracılığıyla suç işleyen dolaylı failden farkını belirlemeye çalışmaktadır. Kabul edildiği üzere, öncelikle dolaylı faillik, failliğin bir alt kategorisi iken azmettirme şeriklik kapsamında bir suça katılım halidir. Dolayısıyla azmettirmede azmettiren aslında suçun failinin iradesiyle bağlıdır.⁷⁶⁴ Azmettiren faili suça yönlendirebilir ancak failin iradesine hakim değildir, suçun işlenmesi ya da işlenmemesindeki tek irade faile aittir. Öte yandan dolaylı faillikte dolaylı fail, failin arkasındaki faildir, suçu bizzat işleyen kişinin suçun işlenmesinde özgün bir iradesi yoktur.⁷⁶⁵ Azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki temel fark başkasının iradesine hakim olmakta yatmaktadır. Eğer suçu bizzat işleyen kişinin iradesi bir başka kişi tarafından kontrol ediliyorsa, suçu işleyen aslında kontrol eden kişidir. Ancak bir kişinin suça

⁷⁶³ Maddenin İngilizce yazımında geçen kelimelerin (*soliciting* ve *inducing*) anlamları birbirine oldukça yakındır.

⁷⁶⁴ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 107.

⁷⁶⁵ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 107. Fiil hakimiyeti teorisinin merkeze alınması sonucu Roma Statüsü 25. madde 3. bendinin (a) ve (d) fıkraları arasında bir hiyerarşi olduğu iddia edilmektedir Böylece bu çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de değinildiği üzere en sorumlu fail, sonrasında emir veren ve azmettiren, sonrasında yardımda bulunan ve en son ortak amaç sorumluluğu kapsamında sorumlu olanlar yer almaktadır. Ancak Van Sliedregt, bu görüşte yer alan normatif yaklaşımı değil suç odaklı yaklaşımı kabul etmekte, emreden, azmettiren, yardımda bulunan ve ortak amaç sorumluluğu dahilinde sorumlu olanların şerik olduğunu kabul etmekle birlikte ortaya çıkan suçtan daha az sorumlu tutulmaları gerekmediğini savunmaktadır. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 70 vd ve s. 107.

yönelmesini sağlamak halinde suçu bizzat işleyen kişinin iradesi üzerinde bir hakimiyet olmayacaktır, suçun işlenip işlenmeyeceği ve hatta nasıl işleneceği hala failin kontrolü altındadır. İşte bu noktada azmettiren ya da emir veren kişi failin iradesine bağlıdır, bu sebeple bu kişiler fail değil suça katılındır.

Azmettirme pozitif bir hareketle yapılabileceği gibi, ihmal suretiyle de işlenebilir. Uluslararası ceza hukukunu ilgilendiren suçlar kapsamında suça azmettirme ihmal suretiyle işlenebiliyor olmasına rağmen, azmettirmeye sebep olan bu ihmal ile suç arasında bir illiyet bağı aranmaktadır.⁷⁶⁶ Bu yönüyle uluslararası ceza hukuku İngiliz hukukuna da benzerlik göstermektedir.

Bu teorik tartışmalar UCM'nin kararlarına da yansımış, bu kapsamda Mahkemenin Ön Soruşturma Dairesinin verdiği *Harun et al.* kararında azmettirme tartışılmıştır. Ahmad Harun, Sudan Hükümeti'nin İç İşlerinden Sorumlu Devlet Bakanı olarak Darfur Güvenlik Masası'na atanmıştır. Bu görevi esnasında Janjaweed Milislerin Darfur'daki siviller üzerinde işledikleri suçlar hakkında düzenli raporlar almaktadır. Savcılığın iddiaları ve Mahkemenin kanaati çerçevesinde, Ahmad Harun'un yerel halkla yaptığı konuşmalarda milislerin sivillere saldırımlarını ve köylerin yağmalanmasını azmettirdiğine yönelik kuvvetli şüphe vardır.⁷⁶⁷ Zira, Savcılığın iddialarına göre Harun'un konuşmalarından sonra bölgedeki yağma olayları birden artmıştır.⁷⁶⁸ Savcılığın yakalama kararı talebine yönelik Mahkeme'nin verdiği kararda Harun'un faaliyetleri Roma Statüsü m. 25/3(b) kapsamında azmettirme olarak değerlendirilmiştir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ SCHABAS, William, **The international criminal court : a commentary on the Rome statute**, Oxford, 2016, s. 433. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 108.

⁷⁶⁷ *Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb*, Decision on the Prosecution Application under Article 58/7 of the Statute, Pre Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05-01/07, 27 Nisan 2007, para 93-94 s. 32.

⁷⁶⁸ *Prosecutor's Application under Article 58 (7)*, Situation in Darfur, The Sudan, Pre Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05, 27 Şubat 2007, s. 57.

⁷⁶⁹ *Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb*, Decision on the Prosecution Application under Article 58/7 of the Statute, Pre Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05-01/07, 27 Nisan 2007, para 93-94, s. 32.

Emretme ise UCM'nin *Katanga* kararında tartışılmış bir sorumluluk türüdür. Dolaylı faillik ile emretme sorumluluk türlerinin tartışıldığı kararda, çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de incelendiği üzere, her iki sorumluluk türü arasındaki ayrım ortaya konulmuştur. İsnatların Teyidi Kararı'nda Mahkeme'nin yorumuna göre en yüksek yetkilere sahip olan kişi sadece suçun icrasını emretmez, bu kişi suçu icra eden örgüt üzerindeki kontrolü ile suçun işlenip işlenmeyeceğine ve hatta nasıl işleneceğine karar verir.⁷⁷⁰

Mahkemenin bu yorumu çerçevesinde Roma Statüsü m. 25/3(b)'nin niteliği gereği hangi tür suçluları kapsayacağı da bir tartışma konusu olmuştur.⁷⁷¹ Van Sliedregt'in aktarımına göre, Schabas emretme ve azmettirmenin düzenlendiği 25/3(b)'yi, Kıta Avrupası Hukukundaki yardım etme sorumluluk modelinin bir alt başlığı olarak görmektedir.⁷⁷² Öte yandan, Ambos ise yüksek yetkili suçluların 25. maddenin faillik hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, 25/3(b)'nin ise orta derecede yetkili olan suçlular için daha uygun bir hüküm olduğunu ifade etmektedir.⁷⁷³ Esasen Ambos'un görüşü 25. maddenin genel yapısıyla daha uyumludur. Orta derecede yetkili olan suçluların, suç örgütü üzerinde kuvvetli bir hakimiyetleri bulunmamakla birlikte işlenen suçlarda da sadece yardım etmenin ötesinde bir sorumlulukları bulunmaktadır.

⁷⁷⁰ *Prosecutor v. Katanga et. al.*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008, para. 518.

⁷⁷¹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 109.

⁷⁷² SCHABAS, *The international criminal court : a commentary on the Rome statute*, s. 431. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 109.

⁷⁷³ AMBOS, Kai, TRIFFTERER, Otto (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Nomos, 2016, s. 1001. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 109.

4. Yardım Etme

a. Karşılaştırmalı Hukukta Yardım Etme

Yardım etme bir suça katılım türü olup, suçun işlenmesini kolaylaştıracak faaliyetleri içerir. Azmettirmeye ilişkin açıklamalarda yer verildiği üzere, kimi ulusal hukuk sistemleri şeriklik altında iki farklı kategoride azmettirme ve yardım etmeyi ayrı ayrı ele almıştır, kimi ulusal hukuk sistemleri ise tek bir başlık altında tüm şeriklik türlerini düzenlemiştir. Bu kapsamda, hangi katkıların yardım etme türüne girdiği ve yardım etmenin sınırlarının belirlenmesi konusunda ulusal sistemlerde farklılıklar görülmektedir.

Amerikan hukuku kapsamında yardım etme ceza sorumluluğunun son hali olduğu için bu hususta hangi fiillerin yardım etme olarak kabul edilerek ceza sorumluluğuna dahil edileceği, hangi fiillerin ise dışarıda bırakılacağı önem içermektedir.⁷⁷⁴ Model Ceza Yasası'nda belirtildiği üzere, suçun işlenmesini destekleme ya da kolaylaştırma amacıyla suçun planlanmasına ya da işlenmesine yardımda bulunulması ya da suçun işlenmesinin onaylanması kişiyi yardım eden olarak şerik yapacaktır.⁷⁷⁵

İngiliz hukukunda ise, genel olarak failin fiilinin kolaylaştırılması bu kapsama girmektedir. Bu çerçevede, vasıta sağlama ya da fiili kolaylaştıran katkıda bulunma gibi haller suça yardım etmeyi oluşturmaktadır. Yardım etme daha önceden olabileceği gibi, suçun işlenmesi anında da olabilir ve ayrıca fail yardımı bilmese ya da istemese de yardım eden sorumlu olabilir.⁷⁷⁶ Ancak yardım edende suçun işlenmesine yardım etme iradesi

⁷⁷⁴ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 642.

⁷⁷⁵ Model Penal Code,

http://individual.utoronto.ca/dubber/web/website/genliab/Model_Penal_Code.htm, Erişim: Mart 2023.

⁷⁷⁶ CHILD, ORMEROD, Smith, Hogan, and Ormerod's *Essentials of Criminal Law*, s. 503.

bulunmalıdır.⁷⁷⁷ Ayrıca İngiliz hukukunda farklı türlerde suç teşvik etme halleri (*counseling, encouraging*) de şeriklik altında sıralanmıştır.

Fransız Ceza Kanunu'na göre madde 121-7'de ifade edildiği üzere, bilerek suçun işlenmesine ya da hazırlanmasına yardımda bulunan ya da bunu kolaylaştıran kişiler şerik olarak sorumlu tutulacaklardır.⁷⁷⁸ Yardım suçun işlenmesinden önce olabileceği gibi suçla aynı zamanda da gerçekleşebilir.⁷⁷⁹ Fransız hukuku prensip olarak ihmâl suretiyle yardım ederek suç katılmayı kabul etmemektedir; ancak, son dönemde gelişen içtihatlarla birlikte bir denetim ve/veya gözetim yetkisi olan bir kimsenin nezaretinde suç işlenmesine sessiz kalması yardım eden olarak sorumlu tutulmasına sebep olmaktadır.⁷⁸⁰

İtalyan ceza hukukunda genel olarak, kendisi bizzat suç teşkil etmeyen ancak başka bir suç işlenmesini kolaylaştıran fiiller şeriklik kapsamına girmektedir. Bu çerçevede suç katılımı, maddi veya manevi olabilir. Suçun icrası safhasında sunulan yardım maddi katılım olacaktır ve bu durumda fiilin suçun işlenmesi üzerinde bir etkisi olup olmadığı incelenecektir.⁷⁸¹ Manevi katılım ise fiziki değil fikri bir katkı vardır ve bu durumda da yardım eden failin suç işleme iradesini kuvvetlendirmelidir.⁷⁸² Bu durumda ise bizzat suç teşkil etmeyen davranış ile sonuç suç arasında illiyet bağı olması aranmaktadır.⁷⁸³

Alman Ceza Kanunu 27. maddede birinin kasten işleyeceği hukuka aykırı bir fiile kasten yardım edenin yardım eden olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir.⁷⁸⁴ Yardım etme failin fiiline katılanın iradi olarak sunduğu yardımı kapsar.⁷⁸⁵ Suça yardım

⁷⁷⁷ Bu konuda *Jogee* kararının tartışması ve açıklamalar için bkz. CHILD, ORMEROD, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, s. 510 vd.

⁷⁷⁸ Code Pénal, Article 121-7, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603 Erişim: Mart 2023.

⁷⁷⁹ SALVAGE, Philippe, **Droit Pénal Général**, s. 95.

⁷⁸⁰ SALVAGE, **Droit Pénal Général**, s. 95.

⁷⁸¹ AMATO, FUCITO, **Criminal Law in Italy**, s. 114.

⁷⁸² AMATO, FUCITO, **Criminal Law in Italy**, s. 115.

⁷⁸³ AMATO, FUCITO, **Criminal Law in Italy**, s. 115.

⁷⁸⁴ German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, Erişim: Şubat 2023.

⁷⁸⁵ BOHLANDER, **Principles of German Criminal Law**, s. 172.

olarak yapılan fiilin suç üzerinde bir etkisi olup olmamasının gerekliliği tartışmalı bir konudur.⁷⁸⁶ Doktrinde, maddi yardımın suçta kullanılmaması durumunda failde bir rahatlama ve güven duygusu yaratmış olması nedeniyle sorumluluğa sebep olacağı düşüncesi azınlıktadır. Çoğunluk görüşü, sonuç suç ile yardım arasında bir illiyet bağı aramaktadır, ancak neticede failde bir rahatlama hissine sebep olmanın da bir yardım niteliğinde suç açısından illiyet bağı taşıdığı bu kapsamda tartışılmaktadır.⁷⁸⁷

Türk hukuku kapsamında, TCK madde 39/2 kapsamında şu davranışlar yardım etme başlığı altında kabul edilecektir: *“Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak; suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”* Bu sayılan haller içerisinde fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak maddi yardım etme hallerini oluşturmaktadır.⁷⁸⁸ Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek ise manevi yardım etme hallerini oluşturmaktadır.⁷⁸⁹

Mutlaka ki yardım eden suça dahil olmaktadır ve suçun işlenmesinde etki sağlamaktadır. Tam da bu noktada, özellikle Roma Statüsü’nü ve UCM’nin kararlarını açıklayabilmek adına, uluslararası ceza hukuku açısından suça yardım etmenin sınırları dahilinde incelenmesi gereken ortak konular mevcuttur. Bu kapsamda öncelikle maddi yardım etmede nedensellik bağı ve nötr hareketler tartışılacak, ardından sırasıyla ihmal suretiyle suça yardım etmeye karşılaştırmalı ve uluslararası ceza hukukunun yaklaşımı

⁷⁸⁶ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 172.

⁷⁸⁷ BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 172.

⁷⁸⁸ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 835.

⁷⁸⁹ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 837.

ele alınacak ve son olarak yardım etmede kastın kapsamı farklı ulusal ve uluslararası ceza yargılamalarına değinilerek incelenecektir.

Ulusal hukuk sistemleri ve uluslararası ceza hukuku açısından önemli konulardan biri yardım etme kapsamında nötr hareketlerin ve bu bağlamda illiyet bağının nasıl değerlendirileceğidir. Alman hukukunda tartışılan bir örnek üzerinden ifade edecek olursak, bir banka çalışanı müşterisinin vergi kaçırmak amacıyla yabancı bir ülkeye para transferi yapmasını sağlarsa, kendi mesleğiyle alakalı bu davranışıyla suça yardım etmiş olacak mıdır?⁷⁹⁰ Bu sorunun cevabına geçmeden evvel burada ifade edilen mesleki davranışlar, yine benzer bir kapsamda kullanılan nötr hareketler ifadelerinden ne anlaşıldığı tartışılmalıdır. Hayatın olağan akışı içerisinde karşılaşılan hareketlere “günlük olağan hareketler” denilmektedir.⁷⁹¹ Hayatın olağan akışı içerisinde, bir mesleğin özelliğinden gelen hareketlerin icra edilmesi bazı durumlarda işlenecek bir takım suçlara yardımcı olabilir. Bu bağlamda mesleki hareketlerin tanımına ilişkin Demirel’in ifadeleri şu şekildedir:

“Eğer bu hareketler, herkese karşı bir mesleğin icra edilmesi çerçevesinde, failden ve failin fiilinden bağımsız olarak hukuken uygun görülmeyen bir amaca yönelik olmayıp tamamen kendi menfaatleri doğrultusunda mesleğin ifa edilmesi amacıyla gerçekleştirilen, bu anlamda da ilk etapta başkasının işlediği suça etki etmiş olsa da tipik bir destekleme hareketi şeklinde görünüm arz etmeyen hareketlerse bu defa ‘mesleki hareketler’ olarak nitelendirilmektedir.”⁷⁹²

⁷⁹⁰ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 117.

⁷⁹¹ DEMİREL, Muhammed, “Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 75, S. 2, 2017, ss. 489-537, s. 492.

⁷⁹² DEMİREL, “Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği”, s. 492-493.

O halde başta sorduğumuz mesleki hareketlerin suça yardım etme kapsamında nasıl değerlendirileceği sorusuna geri dönecek olursak, mesleki hareketlere bir çerçevede bir istisna getirilmemiş olduğu fark edilmektedir. Zira yardımda bulunma halinde yardımda bulunan yukarıda açıklanan örnekteki para transferinin vergi kaçırmak amacıyla yapıldığını bilmelidir.⁷⁹³ Öte yandan, illiyet bağı tartışmalarında farklı hukuk sistemlerinde farklı kabuller mevcuttur ancak genel olarak yardımın suçun işlenmesinde olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) bir katkı sağlaması halinde bu katkı İngiliz Hukukunda suç ortaklığı bağlamında değerlendirilirken, katkının belli bir etki yaratması Hollanda Hukukunda yeterli görülmektedir.⁷⁹⁴

Suç işlenmesine yardım etmenin ihmal suretiyle işlenip işlenmeyeceği de tartışılması gereken konulardan biridir. Yardım etmenin düzenlendiği TCK m. 39/2 kapsamında sıralanan maddi ve manevi yardım etme hallerinde pozitif bir hareketten bahsedilmektedir. Yine yukarıdaki paragraflarda tartışıldığı üzere, Fransız hukukunda da yardım etme için bir hareketten bahsedilmekte, kural olarak ihmal kabul edilmemektedir. Fakat, bir suç işlenirken sadece failin yanında bulunmak, failde onaylanma ve cesaretlenme duyguları yaratması sebebiyle suça yardım etme olarak değerlendirilecek midir? Bu durumda farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar mevcuttur.

İngiliz hukuku kapsamında *Rubie v. Faulkner* davasında bu soru bir direksiyon eğitmeninin sürücü adayının yol güvenliğini tehlikeye sokacak bir manevra yapmış olduğunu görmesine rağmen engel olmamasından doğan sorumluluğu üzerinden tartışılmıştır.⁷⁹⁵ Burada bahsi geçen direksiyon eğitmeninin sorumluluğu sürücü adayının gözetmeni olmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁹⁶ Ancak İngiliz hukuku kapsamında bu

⁷⁹³ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 117. Doktrinde bu örnekler çoğaltılabilmektedir. Örneğin bankaya taksi ile giden ve kendisini beklemesini söyleyen şahsın bankayı soyduktan sonra aynı taksi ile yoluna devam etmesi gibi. Bkz. DEMİREL, “Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği”, s. 492.

⁷⁹⁴ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 117.

⁷⁹⁵ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, s. 411. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 117.

⁷⁹⁶ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 117.

noktada çatışan iki görüş mevcuttur. Bir görüş kişinin pozitif bir yükümlülüğü olmadığı müddetçe ihmali davranışının suça yardım kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunurken⁷⁹⁷, bir diğer görüş suçun oluşabileceği durumlarda herkesin bir kamusal görevi olacağı varsayımıyla yukarıda bahsedilen görevden kaynaklı pozitif yükümlülüğün sınırlarını genişletmiş ve bu tür ihmali davranışları suça yardım etme kapsamına almıştır.⁷⁹⁸ Bu hususta yine önemli bir karar *Clarkson* kararıdır. Sanıklar (A ve B) kendi askeri birlikleri içinde bir odaya girerler ve odanın içinde bir kadına askerlerin cinsel saldırıda bulunduğunu görürler. Olayda A ve B'nin suça yardım ya da teşvikte bulunduklarına ilişkin hiçbir delil yoktur ancak sanıklar odada sessizce durmuşlardır. Bu olayda Askeri İlk Derece Mahkemesi sanıkları cinsel saldırıya yardım eden olarak sorumlu tutmuşken, Askeri Temyiz Mahkemesi sanıkların yalnızca odada bulunmalarının suça yardım etme iradelerini kanıtlamadığını belirterek yardım etmenin manevi unsuruna ilişkin bu nevi bir varsayımda bulunulamayacağını belirtmiştir.⁷⁹⁹ Fletcher'ın ifadesine göre ise Amerikan hukuku penceresinden görevden kaynaklı hareketin ihmali, icrai hareketlerle suça katkı sağlamak ile aynıdır, zira bu durumda da yapılması beklenen bir davranış yapılmamaktadır.⁸⁰⁰ Fransız hukukunda ise yargı kararlarında uygun şartlar altında sadece varlığı ile suçun gerçekleşmesinde teşvik edici olanların yardım eden olarak değerlendirileceği kabul görmüştür.⁸⁰¹

Somut bir katkısı ya da bir görev yükümlülüğü olmamasına rağmen suçu işleyen failin yanında bulunanların yardım etme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorununa ilişkin Hollanda Yüksek Mahkemesi sadece suç alanında bulunmanın, kendini uzaklaştırmamanın ve sessiz bir anlaşma içinde olmanın

⁷⁹⁷ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, s. 411. Aktaran bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 118.

⁷⁹⁸ Akt. bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 118.

⁷⁹⁹ Somut olaya konu vakıalar için ve hukuki inceleme için bkz. CHILD, ORMEROD, *Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law*, s. 504.

⁸⁰⁰ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, s. 587-588. Ayrıca bkz. FLETCHER, George P., "Criminal Omission: Some Perspectives", *The American Journal of Comparative Law*, C. 24, S. 4, 1976, ss. 703-717, s. 704.

⁸⁰¹ SALVAGE, *Droit Pénal Général*, s. 95.

yardım etme olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.⁸⁰² Amerikan hukuku ise bu noktada ilginç bir karar örneği sunmaktadır. Bir barda dört erkek tarafından işlenen toplu tecavüz vakasında, barda bulunan ve tecavüzü alkışlayarak karşılayanlar yardım eden olarak kabul edilmiş, o sırada barda bulunup suçu gören ancak hiçbir tepki vermeyenlere ise bir sorumluluk yüklenmemiştir.⁸⁰³

Benzer bir örnek uluslararası ceza hukukundan da verilebilir. EYUCM'nin Furundzija kararında, sanık Hırvat Savunma Meclisi'nin askeri inzibatına bağlı Joker isimli birimin komutanıdır. Olayda, sanık bir mağduru sorguya çekerken yanındaki sorguda kendi biriminden bir başka kişi sorgu esasında bir başka mağdura tecavüz etmiştir. Bu örnekte sanığın tecavüz fiiline hiçbir müdahalede bulunmaması, ancak o alandan da çekilmemesi, sessizce orada bulunmaya devam etmesi ve hatta kendi işini yapması işlenen suça destek olarak yardım etme kapsamında kabul edilmiştir.⁸⁰⁴ Bu tartışmalar açısından Türk Ceza Hukukunun yaklaşımı da benzer niteliktedir. Belli bir yükümlülüğün ifa edilmemesi sebebiyle ancak bir suçun icrasına katkı sağlanmış, yardım edilmiş olabilir.⁸⁰⁵ Burada ısrarla altı çizilen nokta suçun işlenişine engel teşkil eden bir yükümlülüğün olması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile suçun işlenmesine engel olunmamasıdır.⁸⁰⁶

Yardım edenin, başka bir fail tarafından işlenen fiilden sorumlu tutan ondaki yardım etme iradesidir.⁸⁰⁷ O halde burada, suça yardım etme başlığı altında, tartışılması gereken bir diğer önemli husus ise kastın neyi kapsayacağıdır. Bir başkasının işleyeceği suça yardım etme halinde çifte kast söz konusudur; yardım edenin kastı suç teşkil eden

⁸⁰² VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 118.

⁸⁰³ Aktaran bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 119.

⁸⁰⁴ FINNIN, Sarah, *Elements of accessorial modes of liability : Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Leiden, 2012, s. 78

⁸⁰⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 478.

⁸⁰⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 478. Burada normatif bir yaklaşım vardır, yapılması gereken bir davranışın yapılmaması hali söz konusudur. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 12, S. 1, ss. 304-312, s. 307.

⁸⁰⁷ DÖNMEZER, ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 831.

fiilin işlenişine ve bu fiilin işlenişine katkıda bulunmaya yönelik olmalıdır.⁸⁰⁸ Bu çifte kast görüşü İngiliz hukukunda da yerini almıştır. Öncelikle yardım eden yardım oluşturacak katkıyı sağlamalı ve bu yardımın faili destekleyeceğinin farkında olmalıdır. İkinci olarak da yardım eden suçun esaslı unsurlarını bilmelidir.⁸⁰⁹ Uluslararası ceza hukuku bağlamında bu çifte kast önem taşımaktadır. Zira, burada çözümlenmesi gereken temel soru şudur: Yardım edenin iradesi ortaya çıkacak suçu bilmesine yönelik mi olmalıdır yoksa yardım eden yardımı o suçun ortaya çıkması amacıyla mı sağlamalıdır? Bir diğer ifade ile kast bilgi temelli mi yoksa özel olarak amaç temelli mi olmalıdır? Netice itibariyle yardım etme sonucunda her zaman yardım edenin iradesinin dışında bir suç ortaya çıkabilir ve bu durumda bilerek ve isteyerek suça yardım etmekten ziyade ortaya çıkabilecek suçun öngörülebilirliği bir hukuki mesele halini alacaktır.⁸¹⁰ Bilgi ve amaç temelli yaklaşımları basit bir örnek ile açıklayacak olursak, bilgi temelli yaklaşımda X, Y' ye Z'yi öldürmede kullanacağını bilmesine rağmen kendi finansal karı için silah satmaktadır; amaç temelli yaklaşımda ise X, Y'ye silahı Z'yi öldürmesi için satmaktadır.⁸¹¹

Bu örnek çerçevesinde, amaç temelli yaklaşımda yardım edenin yardım fiili bizzatı o amacın ortaya çıkması için sunulmaktadır. Dolayısıyla amaç temelli yaklaşım kapsamında yardım edenin kastı sağlaması daha yüksek bir hukuki standartta mevcut olacaktır. Bilgi temelli yaklaşımda ise yardım edende aranan bilgi seviyesi önem ifade etmektedir. Ancak burada yardım edenden beklenen bilgi sadece suçun işlenebileceğinin ihtimalidir.⁸¹²

⁸⁰⁸ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 478.

⁸⁰⁹ ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, s. 415.

⁸¹⁰ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 114.

⁸¹¹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 114.

⁸¹² Bu durum şöyle bir örnek ile somutlaştırılmaktadır: Suç işleme niyetindeki faili suç yerine götüren sürücü, o yerde birtakım suçlar işlenebileceğini biliyordur ancak hangi suçun fail tarafından işleneceğini kesin olarak bilmiyordur. Bkz. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 116.

Hollanda hukuku bu noktada önemli bir örnek sunmaktadır. Hollanda hukuku çerçevesinde yardım edende olası suçların işlenebileceğine dair muhtemel bilginin bulunması ve bilinçli taksirle hareket edilmesi yeterli görülmekte ve böylece bilgi temelli yaklaşım takip edilmektedir.⁸¹³ Bu çerçevede *Franz van Anraat* dosyası hem uluslararası ceza hukuku hem de Hollanda hukuku kapsamında oldukça önemli kabul edilmekte ve yardım edenin sorumluluğunun tekrar tartışılmasına sebep olmaktadır. Franz van Anraat kimyevi maddelerin ticaretini yapan Hollandalı bir iş adamıdır. Irak'taki Saddam Hüseyin hükümetine 1985-1988 yılları arasında hardal gazının yapımında kullanılan tiyodiglikol maddesinden tonlarca satmıştır ve akabinde Irak'ta Kürtler üzerinde İran-Irak savaşında bazı İran köylerinde hardal gazı kullanılmıştır. 1989 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nden gelen bir yakalama talebi üzerine Van Anraat Milano'da yakalanmıştır, gözaltından çıkınca Bağdat'a kaçarak 2003'de Bağdat'ın işgaline kadar orada yaşadıkdan sonra Hollanda'ya dönmüştür ve Aralık 2004'de gözaltına alınmıştır.⁸¹⁴ Van Anraat, Saddam Hüseyin ve diğerleri tarafından işlenen soykırıma yardım ve yataklıkta bulunmaktan ve aynı zamanda savaş hukuku ve adetlerinin ihlal edilmesine yardım etmekten yargılanmıştır.⁸¹⁵ Yüksek Mahkeme Van Anraat'ı soykırıma yardım etmekten beraat ettirmiş, geri kalan tüm suçlamaları kabul etmiştir, Van Anraat'ın tüm temyiz gerekçeleri reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme sanığın, Saddam Hüseyin rejiminin bu belirli davranışına imkan ve araç sağlama konusunda kastı olduğuna kanaat getirmiştir.⁸¹⁶ Bu olay özelinde rejimin böyle bir ihtimali olduğunu öngörebilen Van Anraat yine de bu ticari işlemi yapmış olması sebebiyle ortaya çıkan suçta şerik olarak değerlendirilmektedir.

⁸¹³ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 116.

⁸¹⁴ Davaya konu olayın temel unsurları için bkz. ZWANENBURG, Marten, DEKKER, Guido den, "Prosecutor v. Frans van Anraat. Case No. 07/10742. 2009 Nederlandse Jurisprudentie 481", *The American Journal of International Law*, C.104, S. 1, Ocak 2010, ss. 86-94.

⁸¹⁵ ZWANENBURG, DEKKER, 'Prosecutor v. Frans van Anraat. Case No. 07/10742. 2009 Nederlandse Jurisprudentie 481', s. 87.

⁸¹⁶ ZWANENBURG, DEKKER 'Prosecutor v. Frans van Anraat. Case No. 07/10742. 2009 Nederlandse Jurisprudentie 481', s. 87.

Hollanda hukukundan verilen bu ilginç örnek kapsamında tartışılan iştirakte yardım etme sorumluluğundaki manevi unsur başka hukuk sistemlerinden örneklerle de çoğaltılabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde görülmüş *Presbyterian Church of Sudan Talisman Energy Şirketine Karşı* davasında, davalı Sudan Presbiteryen Kilisesi, Talisman Enerji Şirketi'ne tanınan imtiyazlı bölgede Müslüman olmayan sivil Sudan halkına karşı işlenen insan hakları ihlalleri kapsamında Talisman Enerji Şirketinin suç ortağı olduğunu iddia etmektedir. Bu iddialar kapsamında bölgede petrol arama faaliyetleri için Sudan Hükümeti sivillerin öldürülmesi, tecavüz ve zorla yerinden etme suçlarını içeren silahlı saldırılar düzenlemektedir.⁸¹⁷ Yapılan yargılama sonucunda Amerikan Mahkemeleri Talisman Enerji Şirketi'nin bu konuda sorumlu tutulamayacağını, bu konuda sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için davalının Talisman Enerji Şirketi'nin Sudan Hükümeti'nin insan hakları ihlallerine yardım etme amacı taşıdığını kanıtlaması gerektiğine kanaat getirmiştir.⁸¹⁸ Ancak doktrinde uluslararası örf ve adet hukuku kapsamında uluslararası suçlara yardımda aranan manevi unsurun amaç temelli değil bilgi temelli olduğu ifade edilmiş ve karar bu yönüyle eleştirilmiştir.⁸¹⁹

b. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu

Roma Statüsü m.25/3, c bendinde “*böyle bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, yardımda bulunması, kışkırtması veya işlenmesi için gerekli araçları temin*

⁸¹⁷ MORRISSEY, James, "Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute", **Minnesota Journal of International Law**, C.20, S.1, 2011, ss. 144-170, s. 144.

⁸¹⁸ MORRISSEY, "Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute", s. 144.

⁸¹⁹ MORRISSEY, "Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute", s. 145.

etme dahil işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması halinde” sorumluluğun doğacağı ifade edilmektedir. Roma Statüsü kapsamında sayılan hareketler bazı ulusal hukuk sistemlerine göre daha geniş kapsamlıdır. Bu başlıklar altında hangi katkının yardım etme kapsamında değerlendirileceği her bir olay özelinde mahkeme kararlarıyla tartışılmaktadır.

Roma Statüsü yardım etmenin maddi unsuru açısından bir sınırlama getirmemiştir. Statü “*bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, yardımda bulunması, kışkırtması veya işlenmesi için gerekli araçları temin etme dahil işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olması*” halinde sorumluluğun doğacağı ifade edilmekte, maddi unsura ilişkin kısıtlayıcı bir hüküm getirmemektedir. Ancak Statü, diğer *Ad Hoc* Mahkemelerin aksine suçun planlanması, hazırlanması ve icrasında diye belirterek hazırlık aşamalarındaki katkıyı da sorumluluğun kapsamına dahil etmemiştir.⁸²⁰

Roma Statüsü kapsamında incelenmesi gereken bir diğer önemli unsur ise yardım etmenin maddi eşiğinin ne olduğu, hangi fiillerin yardım etme kapsamında kalarak ceza sorumluluğuna sebep olduğudur. Bu bağlamda sağlanan yardım ile ortaya çıkan suç arasında illiyet bağının nasıl kurulacağı hususunda Statü’de açık bir hüküm bulunmamaktadır.⁸²¹ Netice itibarıyla Statü 1996 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslak Metninde yardım edenin doğrudan ve esaslı olarak katkı sağlaması aranmıştır.⁸²² 1996 tarihli metne doğrudan atıf yapan EYUCM’nin *Furundija* kararında Mahkeme suçu kolaylaştıran faaliyetlerin suça doğrudan sebep olması gerekmediğini ifade etmiştir.⁸²³ Ancak EYUCM

⁸²⁰ ESER, Albin, “Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law”, s. 798-799.

⁸²¹ Statü’nün lafzı herhangi bir şekilde yardım edilmesini ifade ettiği için Ambos’a göre suça katılımda bir sorumluluk hiyerarşisi gözetken Roma Statüsü’ne göre yardım etme suça katılımın en düşük sorumluluk gerektiren halidir. AMBOS, Kai, TRIFFTERER, Otto (eds), **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**, s. 1000- 1001.

⁸²² Uluslararası Hukuk Komisyonu, Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslak Metni, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf, Erişim Tarihi: Mart 2022.

⁸²³ *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber Judgement, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998.

yine de bu kararında, aradaki illiyet bağının *conditio sine qua non* olmasa da yardımın esaslı bir etkisi olması gerektiğini ifade etmiştir.⁸²⁴ Roma Statüsü bu anlamda yönlendirici değildir. Ancak, Statü zaten yardım etmenin manevi unsuru açısından görece yüksek bir standart belirlemişken maddi unsurda yüksek bir eşik belirlemesinin doğru olmayacağı da doktrinde ileri sürülen görüşler arasındadır.⁸²⁵

Manevi unsur açısından ise, Roma Statüsü m. 25/3(c) bendinde bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunulmasından bahsedilmektedir. Çalışmanın bir önceki bölümünde yapılan karşılaştırmalı hukuk tartışmaları kapsamında Statü'nün açıkça bilgi temelli yardım etme yaklaşımında daha yüksek bir eşik olan amaç temelli yaklaşımı benimsediği ve bu anlamda da Ad Hoc mahkemelerin içtihatlarından ayrıldığı açıkça görülmektedir.⁸²⁶ Bu durumda, Roma Statüsü'nün benimsediği bu yaklaşımda yukarıda tartışılan Van Anraat kararı benzeri olaylarda yardım eden sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu kapsamda uluslararası suçların önlenmesi etkisi düşünülerek yardım edenin manevi unsuruna yönelik bu eşik doktrinde yüksek görülmüş ve bilgi temelli yaklaşımın benimsenmesinin daha isabetli olacağı iddia edilmiştir.⁸²⁷

İçtihat incelendiğinde, UCM'de görülen davalar içerisinde henüz Roma Statüsü m. 25/3(c) kapsamında sadece yardım etme halinin değerlendirildiği hususi bir dava yoktur. Ancak *Bemba et al* dosyasında sanık ve bazı sanık yakınları hakkında şahitlere müdahale etmeleri gerekçesiyle ayrıca dava açılmıştır ve İlk Derece Dairesi ve Temyiz Dairesi sanıklardan bazıları hakkında suça yardım üzerinden hüküm kurmuştur. *Bemba*

para 231.

⁸²⁴ *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber Judgement, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998.

para 233.

⁸²⁵ Böyle bir eşiğin kabul edilmesi durumu yardım etmeyi bir şeriklik türünden ziyade müşterek faillığe yaklaştırmış olacaktır. ESER, "Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law", s. 799. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 118.

⁸²⁶ *Furundžija* Kararında İlk Derece Mahkemesi'nin kanaatine göre yardım edenin faille aynı kastı taşıması gerekmez, suç işleneceğinin bilinmesi yardım eden olarak sorumluluğun doğması açısından yeterlidir. *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber Judgement, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, para. 231. Ayrıca bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 128-129.

⁸²⁷ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 129-130.

et al⁸²⁸ bu anlamda UCM kapsamında henüz verilen tek karardır. Ancak bu karar çerçevesinde yine de önemli hususlar tartışılmıştır.

Öncelikle yukarıda da yapılan tartışmalar ışığında m. 25/3(c)'de yardım edenin sağlayacağı katkının derecesi ve suçla olan illiyet bağı açıkça belirtilmemektedir. Burada esaslı bir katkı mı yoksa suçun kolaylaştırılmasının sağlanmasından mı bahsedildiği, eşğin nasıl belirleneceği açık değildir. *Mbarushimana* İsnatların Teyidi Kararı, *Lubanga* İlk Derece Dairesi Kararı ve *Ruto et al.* İsnatların Teyidi Kararında UCM şeriklerin suçun işlenmesine esaslı katkısından bahsetmiştir.⁸²⁹ *Blé Goudé* kararında ise Mahkeme yardım edenin katkısını suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla destekte bulunmak olarak ifade etmiştir.⁸³⁰ *Bemba* kararında İlk Derece Dairesi yukarıda sözü geçen kararlara atıfta bulunarak 25. maddenin ifadesi gereği yardım edenin katkısının sağlaması gereken herhangi bir eşik olmadığını belirtmiştir.⁸³¹ Bu tespitin bir benzeri *Ongwen* ve *Al Mahdi* kararlarında da yapılmıştır, bu kararlarda da Mahkeme Roma Statüsü'nde bu kapsamda yardım edenin katkısının niteliğine dair bir eşğin olmadığını ifade etmiştir.⁸³²

Bu eşğin önemi *Bemba et al.* davasının temyiz kararında da tartışılmıştır. Mahkeme temyiz kararında yardım etmenin maddi unsurunun yardım edenin suçun icrasına yardım etmesi ya da suçun icrasını kolaylaştırmasıyla sağlanacağına karar

⁸²⁸ *Prosecutor v. Bemba et al.*, Public Redacted Version of Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber VII, ICC-01/05-01/13, 19 Ekim 2016; *Prosecutor v. Bemba et al.*, Public document Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", The Appeal Chamber, ICC-01/05-01/08 A, 8 Haziran 2018.

⁸²⁹ VENTURA, Manuel J., "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", **International Criminal Law Review**, C. 20, 2020 ss. 1138-1166, s. 1142 vd. Dava örnekleri için bkz. *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges (İsnatların Teyidi Kararı), ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 Aralık 2011, para. 279. *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 Mart 2012, para. 997. *Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, 23 Ocak 2012, para. 354.

⁸³⁰ *Prosecutor v. Blé Goudé*, Decision on the Confirmation of Charges Against Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11-186, 11 Aralık 2014, para. 167.

⁸³¹ *Prosecutor v. Bemba et al.*, Public Redacted Version of Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber VII, ICC-01/05-01/13, 19 Ekim 2016, para 93.

⁸³² VENTURA, "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", s. 1144. Bkz. *Prosecutor v. Ongwen*, Decision on the Confirmation of Charges Against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 Mart 2016, para. 43; *Prosecutor v. Al Mahdi*, Decision on the Confirmation of Charges Against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-84-Red, 24 Mart 2016, para. 26.

vermiştir.⁸³³ Esasen Mahkemenin temyiz aşamasında yaptığı bu yorum Roma Statüsü üzerindeki tartışmaya bir aydınlanma katmamıştır. Hatta bu çalışmanın önceki bölümlerinde tartışıldığı üzere Roma Statüsü kapsamında suçun vahameti bir kabul edilebilirlik şartıdır. Bir diğer ifade ile Roma Statüsü sadece belli bir vahametinin üzerindeki olay ve dosyaları kabul edilebilir bulmaktadır. Bu çerçeveden yardım etmeye yönelik maddi katkının eşığının yüksek tutulması müşterek faillikle olan sınırı çizmekte güçlük yaratırken⁸³⁴, bu eşığın alçak bırakılması davayı kabul edilebilirlik sınırlarının dışında bırakabilecektir.⁸³⁵

Bemba et al kararı kapsamında yardım etmenin manevi unsuru da tartışılmıştır. Esasen bu karar öncesinde verilen kararlarda da m. 25/3(c)'nin içeriğine değinilmektedir. *Mbarushimana* İsnatların Teyidi Kararında *Ad Hoc* Mahkemelerinin içtihadının aksine Roma Statüsü'nün yardım edende sadece suç işleneceğine dair bir bilginin mevcudiyetini yeterli görmediğinin vurgusu yapılmıştır.⁸³⁶ Amaç temelli eşığın yüksekliğine vurgu yapmasa da benzer nitelikte, *Ongwen* ve *Al Mahdi* davalarının İsnatların Teyidi Kararlarında yardım edende suçun işlenmesini kolaylaştırma amacı olması gerektiğinin altı çizilmiştir.⁸³⁷

Bemba et al kararında ise yardım edenin sorumluluğunun manevi unsuruna ilişkin önemli tespitler yapılmıştır. Kararda manevi unsura dair olan Roma Statüsü m. 30 ile m.

⁸³³ *Prosecutor v. Bemba et al.*, Public document Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", The Appeal Chamber, ICC-01/05-01/08 A, 8 Haziran 2018, para. 1327.

⁸³⁴ ESER, "Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law", s. 798-799.

⁸³⁵ VENTURA, "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", s. 1146 vd.

⁸³⁶ *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges (İsnatların Teyidi Kararı), ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 Aralık 2011, para 274.

⁸³⁷ VENTURA, "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", s. 1159. Karar örnekleri için bkz. *Prosecutor v. Bemba et al.*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/05-01/13-749, 11 Kasım 2014, para 35; *Prosecutor v. Blé Goudé*, Decision on the Confirmation of Charges Against Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11-186, 11 Aralık 2014, para 167-170. *Prosecutor v. Ongwen*, Decision on the Confirmation of Charges Against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 Mart 2016, para 43. *Prosecutor v. Al Mahdi*, Decision on the Confirmation of Charges Against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-84-Red, 24 Mart 2016, para 26.

25/3(c) arasındaki ilişki ortaya konarak yardım edenin çifte kastına vurgu yapılmıştır.⁸³⁸

Böylece yardım edende esas suça ilişkin ve yardım eden olarak kendi fiiline ilişkin kast bulunmalıdır.⁸³⁹

5. Ortak Amaç Sorumluluğu

a. Karşılaştırmalı Hukukta Ortak Amaç Sorumluluğu

Ortak amaç sorumluluğu olarak Türkçe'ye çevrilen bu ifadenin aslında Türk hukukunda ve pek çok ulusal hukuk sisteminde doğrudan bir karşılığı yoktur. Bu çalışmanın önceki bölümlerinde değinilen ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kullanılan suç ortaklığı (*complicity*) kavramından temellerini almaktadır.⁸⁴⁰ Uluslararası ceza hukukunun tarihinde ise Roma Statüsü'nde yer alan bu sorumluluk türüne en benzer sorumluluk müşterek suç girişimidir (*joint criminal enterprise*). Dolayısıyla bu başlık altında daha ziyade, kavramın komplo ve müşterek suç girişimi ile farkları tartışılacaktır.

Müşterek suç girişimine ilişkin açıklamalar çalışmanın önceki bölümlerinde yapıldığı için burada tekrar edilmeyecektir. Ancak ortak amaç sorumluluğunu daha iyi açıklayabilmek adına, bu çalışmanın önceki bölümlerinde de atıf yapılan ve *Pinkerton*

⁸³⁸ *Prosecutor v. Bemba et al.*, Case No. ICC-01/05-01/13-1989-Red, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 19 October 2016, para 97. VENTURA, "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", s. 1160.

⁸³⁹ *Prosecutor v. Bemba et al.*, Public Redacted Version of Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber VII, ICC-01/05-01/13, 19 Ekim 2016, para 97. Bkz. VENTURA, "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", s. 1160 vd.

⁸⁴⁰ Bu konu hakkındaki detaylı açıklamalar için çalışmanın I. Bölümüne bakınız.

doktrini olarak bilinen Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Pinkerton* kararının bu aşamada ele alınmasında fayda vardır. Bu kararla birlikte, bir komplo (*conspiracy*) içinde yer alan tüm ortakların, komplonun devamı için diğer ortakların işledikleri, bu hukuk dışı anlaşmanın doğal ve gerekli sonucu olarak görülebilecek, makul olarak öngörülebilir tüm suçlardan (bu suçlara doğrudan katıldıklarına dair delil olmasa bile) sorumlu oldukları anlayışı kabul edilmiştir.⁸⁴¹ *Pinkerton* doktrini olarak kabul edilen bir grup halinde işlenen suçlardan bizatihi katılım olmamasına rağmen ortak amacı devam ettirmeye yönelmiş öngörülebilir suçlardan tüm ortakların sorumlu olması görüşü, bu çalışmanın I. Bölümünde ele alınan müşterek suç girişiminin genişletilmiş şeklinde tarif edilen sorumluluğun esasını oluşturmuş ve EYUCM tarafından *Tadic* davasında tekrar kaleme alınmıştır. Böylece bu doktrin ve uygulaması bir kimseyi bizatihi bir suç grubuna üye olmaktan grubun işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu tutmaktadır. Özellikle Amerikan hukukunda yer bulan ve birden çok kişinin katılımıyla işlenen suçlar açısından önemli bir görüş olan *Pinkerton* doktrini ve oradan esinlenen müşterek suç girişiminin uygulaması ceza sorumluluğunun bireyselliğini tehlikeye düşüren sorunlar getirmiş ve hem doktrinde hem de yargı kararlarında oldukça eleştirilmiştir.

Öte yanda Roma Statüsü'nde bahsedilen ortak amaç sorumluluğunun Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde de bir karşılığı olmamakla birlikte müşterek failliği oluşturan şartlardan birinin suç üzerinde ortak anlaşma olması müşterek faillik ile ortak amaç sorumluluğunu birbirine yaklaştırmaktadır.⁸⁴² Ancak yine de kavramlar birbirlerini tam olarak karşılayamamaktadır. Ayrıca müşterek faillik bir faillik türü iken ortak amaç sorumluluğu Roma Statüsü kapsamında bir suç katılım modeli olup şeriklik türü oluşturmaktadır.⁸⁴³

⁸⁴¹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 132.

⁸⁴² VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 132.

⁸⁴³ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 84-85. Ayrıca bkz. ÖNOK, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti*, s. 187.

Müşterek suç girişimi kavramının temelleri ile ortak amaç sorumluluğunun temelleri bir olsa da her iki kavramında birbirinden ayrılması gerekir. EYUCM'nin ve RUCM'nin çok sık başvurduğu bir sorumluluk türü olan müşterek suç girişimi diğer mahkemelerde kullanıldığı şekliyle Roma Statüsü'nde yer almamaktadır. Roma Statüsü ortak amaç sorumluluğunu kabul etmekte ve bu sorumluluk türünü de müşterek suç girişiminden farklı görmektedir. Bu sorumluluk türü şeriklik kategorisinde olmakla birlikte yine müşterek suç girişiminden farklı olarak burada sanığın ortak amaçla hareket eden bir grubun (yani suç girişiminin) bir parçası olması gerekmez, müşterek suç girişiminin aksine ortak amaca katkı sunulmaz sadece işlenen suçlara katkı sağlanır ve burada sanık bir grubun suç amacını paylaşmaz.⁸⁴⁴

Sonuç itibariyle Roma Statüsü'nün 25/3(d) bendinde yer alan ortak amaç sorumluluğu kökenlerini Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinden alan komplo anlayışına dayandırmaktadır. Bu görüş *Ad Hoc* mahkemelerde geliştirilen müşterek suç girişimi anlayışının da temelini oluşturmaktadır. Ancak Roma Statüsü *Ad Hoc* mahkemelerin aksine, doktrinde ve uygulamada sıkça eleştirilen müşterek suç girişimini⁸⁴⁵ kabul etmeyerek, bir şeriklik türü olan ortak amaç sorumluluğunu kabul etmiş ve bu doğrultuda bir düzenleme yoluna gitmiştir.

Roma Statüsü'nün ifadesiyle ortak amaç sorumluluğu ortak bir amaçla hareket eden bir grup şahıs tarafından böyle bir suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesine başka bir yolla katkıda bulunması halinde gerçekleşir. Bu katkı bilerek ve suç oluşturan faaliyeti veya grubun hedefini daha ileriye götürmek amacıyla böyle bir faaliyet ya da hedefin UCM'nin yargı yetkisi altına giren bir suçun işlenmesini içermesi halinde veya grubun suç işleme niyetinin bilincinde olarak yapılmış olmalıdır. Statü tarafından benimsenen bu tanım aslında 1996 tarihli Avrupa Birliğine Üye Devletler Arasında İfadeye İlişkin Sözleşme m. 3/4 ve 1998 tarihli Terörist Bombalamaların Önlenmesine

⁸⁴⁴ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 188.

⁸⁴⁵ Bkz. VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 141 vd.

İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 2/3(c) hükmüne dayanmaktadır.⁸⁴⁶ Bu belirtilen sözleşmelerde de ortak amaç sorumluluğu hemen hemen Roma Statüsünün tanımladığı şekliyle tanımlanmıştır.

Daha önce kaleme alınmış uluslararası sözleşmelerde yer alan tanımlarla Roma Statüsü'nde yer alan tanım benzerlik göstermekle birlikte arada esaslı farklar da mevcuttur. Öncelikle Roma Statüsü kapsamında doğrudan katkı ve Roma Statüsü'nün yargı yetkisine giren bir suçun işlemesi ya da işlenmesine teşebbüs edilmesi aramaktadır. Bu durumda maddenin lafzı yakından incelendiğinde fark edildiği üzere Statü açıkça bir gruba dahil olmak ya da üyelik halinden bahsetmemekte, suçun icrasına ya da teşebbüs halinde kalmasına somut katkıdan bahsetmektedir.⁸⁴⁷ Buradan çıkartılabilecek iki temel sonuç vardır. Öncelikle Roma Statüsü m. 25/3(d)'nin ifadesinden Statü'yü kaleme alan iradenin bireysel sorumluluğa yüksek önem atfettiği anlaşılmaktadır. Statü kapsamında herhangi bir sorumluluk türünde bireysel olarak suçun ortaya çıkmasına katkı sağlamış olması önem taşımaktadır. Böylece uluslararası ceza hukukunda bireysel sorumluluk tayinini tercih etmiş, varsayım üzerine ceza sorumluluğu bina eden kolektif sorumluluğu ya da başkasının fiilinden sorumluluk hallerini benimsememiştir.⁸⁴⁸ Zaten statü bu katkıyı sağlayacak herhangi birinden bahseder. Böylece bir gruba üye olmanın ya da olmamanın m. 25/3(d) kapsamında bir belirleyiciliği yoktur.⁸⁴⁹ İkinci önemli sonuç ise, daha önce de ifade edildiği üzere, somut olarak suçun işlenmesine katkı sağlanması arandığı için bu bir faillik türü değil bir suça katılım, şeriklik türüdür.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 186.

⁸⁴⁷ AMBOS, Kai, "The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?", **The Law and Practice of the International Criminal Court**, (ed. Carsten Stahn), Oxford 2015, s. 593.

⁸⁴⁸ AMBOS, "The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?", s. 593.

⁸⁴⁹ AMBOS, "The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?", s. 593.

⁸⁵⁰ AMBOS, "The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?", s. 594.

Bu önemli iki tespitin ardından müşterek suç girişimi ile ortak amaç sorumluluğu iştirak türlerinin arasındaki farkı ortaya koymak gerekir. Roma Statüsü'nün hayata geçtiği ilk dönemlerde ortak amaç sorumluluğu aslında müşterek suç girişimine yakın bir sorumluluk türü olarak görülmüştür.⁸⁵¹ Ancak sonrasında katkı sağlayacak kişinin, grubun suç işleme kastına yönelik müşterek suç girişiminde aranan öngörülebilirlikten daha yüksek bir eşiğe sahip olması gerektiği anlayışıyla, ortak amaç sorumluluğu ile müşterek suç girişimi türleri birbirinden ayrılmıştır.⁸⁵² Bir diğer ifade ile ortak amaç sorumluluğunu uygulayabilmek için olası kastın varlığı yeterli gelmeyecektir.⁸⁵³

Öte yandan, hem müşterek suç girişimi hem de ortak amaç sorumluluğu açısından karşılaştırılabilecek en temel referans noktası ortak amaç unsurudur. Fakat aradaki asıl fark, müşterek suç girişimi ortak amaçla hareket eden bir grubu kolektif olarak değerlendirirken, Roma Statüsü m. 25/3(d) içerisinde suç işleyen bir grubun kolektif sorumluluğu bireysel katkıyla oluşan bireysel ceza sorumluluğundan üstün tutulmamaktadır.⁸⁵⁴ Bir diğer ifade ile, Roma Statüsü m. 25/3(d) kolektif olarak işlenen suça kasıtlı bireysel katkı sağlanmasını sorumluluk dahiline almaktadır.⁸⁵⁵

Bir diğer önemli husus ise ortak amaç sorumluluğunun yine 25. maddenin a bendinde yer alan müşterek faillik ve c bendinde yer alan yardım etme sorumluluğundan ayrılmasıdır. Öncelikle müşterek faillik konusunda aradaki temel fark müşterek failliğin suç üzerinde ortak hakimiyet gerektiren bir faillik türü olmasıdır. Öyle ki, bu ortak hakimiyet sonucu suça verilen katkıdan imtina edilmesi suçun ortaya çıkmamasıyla

⁸⁵¹ MANACORDA, Stefano, MELONI, Chantal, “Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 9, S. 1, Mart 2011, ss. 159–178, s. 176.

⁸⁵² MANACORDA, MELONI, “Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?”, s. 176.

⁸⁵³ ÖNOK, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti**, s. 189.

⁸⁵⁴ AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 594.

⁸⁵⁵ Burada iştirakin maddi unsuru katkı sağlamak iken manevi unsuru bu katkının kasten sağlanmasıdır. Maddi unsuru oluşturan katkı iddia edilen suçun ortaya çıkmasıyla illiyet bağı içinde olmalıdır. Bkz. AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 596.

sonuçlanabilir.⁸⁵⁶ Maddenin d bendinde yer alan ortak amaç sorumluluğunda ise iştirakin maddi unsuru bu denli yüksek bir eşikten belirlenmemiştir.⁸⁵⁷ Burada da kişinin bireysel bir katkı sunması beklenir ancak bu katkının olmayışı suçun ortaya çıkmasını engellemez.⁸⁵⁸

25. maddenin c bendinde yer alan yardım etmenin ortak amaç sorumluluğu ile farkı ise yine Roma Statüsü'nde açıkça yer alan “*suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla*” ifadesinde yatmaktadır. Bu ifade kapsamında yardımda bulunmak için genel kasttan ziyade özel olarak suçun işlenmesini kolaylaştırma kastı aranmaktadır.⁸⁵⁹ Ortak amaç sorumluluğunda ise hala genel kast geçerlidir. Öte yandan maddi unsur açısından bakıldığında, c bendi tek bir fiile yönelik bireysel yardımı cezalandırmakta iken, d bendi kapsamında ortaya çıkan kolektif suça bireysel destek cezalandırılmaktadır.⁸⁶⁰

b. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yorumu

Yukarıda değinilen ortak amaç sorumluluğunun genel hatları çerçevesinde zamanla gelişen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin içtihadı ortak amaç sorumluluğunun tamamen müşterek suç girişiminden farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Uygulama açısından ortak amaç sorumluluğu kapsamında temel soru bu sorumluluk türüyle sorumlu tutulacak kişinin suça ne tür bir katkıda bulunduğudır. Yukarıdaki açıklamalar ışığında

⁸⁵⁶ AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 595.

⁸⁵⁷ AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 595.

⁸⁵⁸ AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 595.

⁸⁵⁹ AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 596.

⁸⁶⁰ AMBOS, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, s. 596.

ortak amaç sorumluluğu ile müşterek faillik, müşterek suç girişimi ve yardım etme arasındaki temel farklara değinilmiştir. Mahkeme kararları doğrultusunda m. 25/3(d) kapsamında aranan katkının içeriği somutlaştırılmıştır.

Öncelikle *Katanga* davasının İsnatların Teyidi kararında Ön Soruşturma Dairesi açıkça m. 25/3(d)' de tanımlanan ortak amaç sorumluluğunu bir suça katılım türü olarak kabul etmiş, bu sorumluluğun bir şeriklik olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda Mahkeme'nin içtihadı da ortak amaç sorumluluğunun bir faillik türü olmadığı konusunda açıktır.

Ayrıca, *Lubanga* davasının İsnatların Teyidi kararında, Daire m. 25/3(d) kapsamında ele alınan ortak amaç sorumluluğunu bir çeşit artık hüküm olarak değerlendirmiştir. Dairenin vermiş olduğu kararda, bir şeriklik türü olan ortak amaç sorumluluğunun, 25. maddenin diğer bentlerinde ifade edilen emretme, azmettirme ve yardım etme sorumluluk hallerinden birinin sağlanmaması halinde uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir.⁸⁶¹ Bu anlamda m. 25/3(d) görece daha düşük sorumluluk sahibi katılanlara ayrılmış bir sorumluluk türü olarak görülmektedir.⁸⁶²

Ortak amaç sorumluluğunun belirlenmesi için aranan katkının niteliği de tartışmalı bir husustur. İncelemesinde bu konuya da yer veren *Mbarushimana* davasının İsnatların Teyidi Kararında katkının niteliği tartışmasına ilişkin I numaralı Ön Soruşturma Dairesi bir inceleme yapmıştır. Daire kararında m. 25/3(d) kapsamında sorumluluğun tespitinde aranan katkının en azından kayda değer derecede önemli bir katkı olması gerektiği sonucuna varmıştır.⁸⁶³ Daire önemli katkı değerlendirmesinin dosya özelinde

⁸⁶¹ *Prosecutor v. Lubanga*, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, para. 337.

⁸⁶² VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 147. MANACORDA, MELONI, "Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?", s. 176. Ancak burada düşük sorumluluk sahibi olarak suça katılanların Mahkeme'nin kabul edilebilirlik şartları arasında suçun vahameti şartını nasıl sağlayacakları, bu kişilerin Mahkeme tarafından yargılanıp yargılanmayacakları da ayrı bir tartışma konudur. Bu konudaki görüşler için bkz. AMBOS, "The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?", s. 602.

⁸⁶³ *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges (İsnatların Teyidi Kararı), ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 Aralık 2011, para. 283.

yapılması gerektiğini de ifade ederek yine de bir katkının önemli katkı olarak kabul edilmesi için yararlanılabilecek bazı kriterleri belirlemiştir. Bunlar:

“(i) grubun ortak amacının suçluluğunun öğrenilmesinden sonra katılımın sürdürülebilir tabiyatı, (ii) suç faaliyetini önlemek veya grubun suçları etkin işleyişini engellemek için gösterilen çabalar, (iii) kişinin sadece suç planını mı uyguladığı ya da suç planını yaratıp yaratmadığı, (iv) şüphelinin grup içinde ya da gruba göre pozisyonu, (v) işlenen suçların vahameti ve kapsamına karşı şüphelinin oynadığı roldür.”⁸⁶⁴

Harun et al. kararında Mahkeme, bireysel ceza sorumluluğunu m. 25/3(d) üzerinden kurmaktadır. Mahkeme kararında, Ahmad Harun’un işgal ettiği konum ve Sudan Güvenlik Komitelerindeki koordinasyon gücü ve bireysel katılımı gereği, kendi katkısının Sudan Silahlı Kuvvetlerinin ve milislerin Darfur’daki sivillere saldırılardan oluşan ortak planını devam ettirmeyi sağlayacağını bilicinde olduğunu vurgulayarak, Roma Statüsü m. 25/3(d) kapsamında sorumlu bulunması yönünde kuvvetli şüphe olduğunu belirtmiştir.⁸⁶⁵

⁸⁶⁴ *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges (İsnatların Teyidi Kararı), ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 Aralık 2011, para. 284 (Metin yazarın kendi çevirisidir).

⁸⁶⁵ *Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb*, Decision on the Prosecution Application under Article 58/7 of the Statute, Pre Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05-01/07, 27 Nisan 2007, para 88.

D. ROMA STATÜSÜ 28. MADDE KAPSAMINDA KOMUTANLARIN VEYA DİĞER ÜST RÜTBELİLERİN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak Roma Statüsü 28. Madde

Bireysel ceza sorumluluğunu düzenleyen Roma Statüsü 25. maddenin yanı sıra 28. Madde kapsamında komutanların veya diğer üst rütbelilerin sorumluluğu düzenlenmektedir. Bazı hususlarda bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin 25. ve kusurluluğa ilişkin 30. maddeden ayrılan 28. maddenin de uluslararası ceza hukukunda suçluların çokluğu konusu dahilinde incelenmesi gerekmektedir. İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Statü’deki, Mahkeme’nin yargı yetkisi içindeki suçlar için diğer cezai sorumluluk dayanaklarına ek olarak:

(a) Etkin bir şekilde askeri komutan olarak faaliyet gösteren bir askeri komutan ya da şahıs, kendi etkin komutası ya da denetimi altında, veya durumuna göre etkin yetkisi ve denetimi altında bulunan kuvvetler tarafından işlenen ve bu kuvvetler üzerinde düzgün denetim yapmaması sonucunda oluşan Mahkeme’nin yargı yetkisi içinde olan suçlardan;

(i) askeri komutan ya da şahsın, bu kuvvetlerin o suçları işlemekte ya da işlemek üzere olduklarını bildiği, ya da zamanın şartlarına göre bilmesi gerektiği; ve

(ii) o askeri komutan ya da şahsın, bu suçların işlenmesinin engelleme veya bastırılması için ya da konuyu soruşturma ve kovuşturma için yetkili mercilere sunmak için kendi kuvveti içindeki tüm gerekli ve makul tedbirleri almada başarısız olduğu durumlarda, cezai olarak sorumludur.

(b) (a) paragrafında tanımlanmayan üst ve ast ilişkilerine istinaden, bir üst, kendi etkin yetki ve denetimi altında bulunan astlarının işlediği ve bu astları üzerinde düzgün denetim sağlayamaması sonucunda oluşan Mahkeme'nin yargı yetkisi içinde olan suçlardan;

(i) üstün, astlarının bu suçları işlemekte ya da işlemek üzere olduğunu ya bildiği ya da bunu açıkça gösteren bilgiyi görmezden geldiği;

(ii) bu suçların üstün etkin sorumluluğu ve denetimi içinde olan faaliyetlerle ilgili olduğu; ve

(iii) üstün bu suçların işlenmesinin engelleme veya bastırılması için ya da konuyu soruşturma ve kovuşturma için yetkili mercilere sunmak için kendi kuvveti içindeki tüm gerekli ve makul tedbirleri almada başarısız olduğu durumlarda, cezai olarak sorumludur.”⁸⁶⁶

28. madde kapsamında Roma Statüsü'nde komutanlar kendi kontrolleri altında işlenen suçlardan sorumlu kılınmışlardır. 28. madde içeriğinde komutanın veya üstün sorumluluğu hakkında hem maddi ve hem de manevi unsurlara dair bir düzenleme getirilmiştir.

Maddi unsur açısından öncelikle 28. madde komutan ya da üst ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine dair bir tanım içermemektedir. Yine benzer bir şekilde,

⁸⁶⁶ Roma Statüsü 28. maddenin çevirisinde, yazar, özellikle komutan ya da üstün tanımlanmasında Türkçede tekrara düşen bir ifade yaratsa da orijinal metnin birebir çevirisinin daha uygun olduğu kanaatiyle 28. maddenin çevirisini kendisi yapmıştır.

komutanın hiyerarşik konumu konusunda da bir açıklama mevcut değildir. Zira maddenin metni komutan gibi etkin bir faaliyette bulunanları da kapsamaktadır. Bu durumda Roma Statüsü 28. madde kapsamına her türlü komutan ya da üst girebilir.⁸⁶⁷ Ayrıca madde, komutanın ya da komutan gibi faaliyette bulunan kişinin etkin yönetim ve denetiminden bahsetmektedir. Dolayısıyla üstün ast üzerindeki kontrolü ve komutası etkin olmalıdır. Bu durum komutanın sorumluluğunu belirlerken kısıtlayıcı bir unsur olarak değerlendirilmektedir.⁸⁶⁸

28. madde kapsamında komutanın ya da üstün sorumluluğu ihmali davranışına dayanmaktadır. Roma Statüsü bir komutan ya da üstten üç tür davranış beklemektedir. Bunlar suçların işlenmesini engellemek, ya da bastırmak ya da işlenen suçların soruşturma ve kovuşturması için ilgili mercilere iletmek için kendi kudreti içindeki tüm gerekli ve makul önemleri almasıdır. Bu davranış kurallarını yerine getirmemesi Roma Statüsü nezdinde bir komutanı ya da üstü cezai olarak sorumlu kılacaktır. Dolayısıyla, kendisinden beklenen bu davranışların yerine getirilmemesi ve böylece bu hareketsizliğin sonucunda ortaya uluslararası suçların çıkması ihmal suretiyle oluşmaktadır.⁸⁶⁹

Bu noktada, ihmalin nasıl değerlendirileceğine dair bir tartışma vardır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, burada astların işlediği suçların sorumluluğu kendilerine aittir ve Roma Statüsü 28. madde kapsamında denetim yükümlülüğüne uymayan bir komutan ya da üst, astların işlediği suçlardan sorumlu olmaz; komutan ya da üst sadece denetim görevini yerine getirmemekten sorumlu olur.⁸⁷⁰ Bu görüşe göre, Roma Statüsü 28. maddede ayrı bir ihmal suçu tanımlanmaktadır. Doktrinde

⁸⁶⁷ AMBOS, Kai, “Superior Responsibility”, **The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary**, Antonio CASSESE, Paola GAETA, John R. W. D. JONES, eds. içinde, Oxford, 2002, C. 3, ss. 823-872, s. 831.

⁸⁶⁸ AMBOS, “Superior Responsibility”, s. 831.

⁸⁶⁹ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 199.

⁸⁷⁰ Ambos’a göre burada astların işlediği suçlar açısından üstün ihmal suretiyle icrası yoktur. Zira Roma Statüsü 28. maddede ifade edilen durumda astların işlediği suçlar herhangi bir unsuru oluşturmamakta sadece bu suçları önlememe suçundan bahsedilmektedir. Bkz. AMBOS, “Superior Responsibility”, s. 833 vd.

yer alan bir diğer görüş ise, Roma Statüsü 28. maddeyi bir suç katılım türü olarak görmektedir. Bu görüş kapsamında komutanın ya da üstün astın işlediği suçlardan sorumluluğu yeni bir suç değil, komutanı ya da üstü astın işlediği suçlardan sorumlu kılan bir şeriklik türüdür.⁸⁷¹ Öte yandan Roma Statüsü 28. madde kaleme alındığı şekliyle hem ayrı bir suç hem de bir sorumluluk türü olarak yorumlanmaya elverişlidir ve maddenin lafzının bu yönde açık kapı bırakması eleştirilmektedir.⁸⁷²

Roma Statüsü 28. maddenin ifadesinde maddi unsur açısından bazı noktaların altı çizilmelidir. Öncelikle madde, etkin yönetim ve kontrolden bahsetmektedir. Ardından bu etkin yönetim ve kontrol altında gerekli ve makul önlemlerin alınmasından bahsetmektedir. Son olarak ise bu önlemlerin suçun ortaya çıkmasını engelleme, bastırma veya ilgili mercilere soruşturma veya kovuşturma için gönderilmesinden bahsetmektedir. Etkin yönetim ve kontrol komutan ya da üstler için uluslararası insancıl hukuktan gelen bir yükümlülüktür.⁸⁷³ Bu yükümlülükle bağlantılı olarak, komutan ya da üstlerin gerekli ve makul önemleri almaları için hukuki yetkileri olduğu gibi fiziki imkanları da vardır.⁸⁷⁴ Son olarak ise komutan ya da üst suçu engelleme, bastırma ya da ilgili mercilere göndermekle yükümlüdür. Burada ifade edilen engelleme ve bastırma görevi esasen Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol I, madde 86 ve 87’de geçen komutanın görevlerinden gelmektedir.⁸⁷⁵ Bir görüşe göre Roma Statüsü’nde geçen üçüncü davranış olan ilgili

⁸⁷¹ MELONI, Chantal, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 5, S., 3, 2007, ss. 619-637, s. 633. Ambos da, nihayetinde 28. Maddenin ayrı bir suç olduğunu iddia etse de, komutanın ya da üstün sorumluluğunun emretme ile olan benzerliğine dikkat çekerek bir şeriklik türü olarak görüldüğünü açıklamaktadır. Bkz. AMBOS, “Superior Responsibility”, s. 836.

⁸⁷² VAN SLIEDGRET, Elies, “Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense”, *New Criminal Law Review*, C. 12, S. 3, 2009, ss. 420-432, s. 431.

⁸⁷³ NERLICH, Volker, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 5, S. 3, Temmuz 2007, ss. 665-682, s. 671.

⁸⁷⁴ AMBOS, “Superior Responsibility”, s. 843.

⁸⁷⁵ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 198. Ayrıca bkz. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, yayına hazırlayanlar BATUR YAMANER, Melike, ÖKTEM, Emre, KURTDARCAN, Bleda, UZUN, Mehmet, http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

mercilere soruşturma ve kovuşturma için gönderilmesi esasen bastırma görevinin içerisinde kalmaktadır.⁸⁷⁶

Komutan ya da üstün sorumluluğunun maddi unsuru hakkında önemli noktalardan biri de illiyet bağı tartışmasıdır. Roma Statüsü 28. madde lafzında “...bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması sonucunda, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde...” ifadesine yer verilmiş ve böylece ortaya çıkan suçların komutanın ya da üstün kontrol sağlamaması sonucunda ortaya çıkmış olmalarını öngörmüştür. Roma Statüsü 28. madde ihmal ile ortaya çıkan suçlar arasında bir illiyet bağı aramaktadır ancak bu bağı içeriğine ve niteliğine ilişkin herhangi bir açıklama getirmemektedir.⁸⁷⁷ Bu sebeple illiyet bağının 28. maddenin ayrı bir unsuru ya da komutanın ya da üstün sorumluluğunun maddi unsuruna dahil bir alt unsur olup olmadığı noktasında doktrinde teorik bir tartışma vardır.⁸⁷⁸

Öte yandan illiyet bağının bir unsur olarak komutanın ya da üstün sorumluluğunun tespitinde ne ölçüde değerlendirileceği de *Ad Hoc* mahkemelerin kararları ve Roma Statüsü'nün yaklaşımıyla aynı doğrultuda değildir. Burada esasen sorulması gereken soru, komutan ya da üstün tüm gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerinde getirmesine rağmen bu suçların işlenmesi durumunda ne olacağıdır.⁸⁷⁹ Bu durum doktrinde farazi illiyet bağı olarak da geçmektedir, zira bir görüşe göre bu suçların bizatihi varlığı gözetim ve denetim yükümlülüğünün hakkıyla yerine getirilmediğini göstermektedir.⁸⁸⁰ Bu görüşle paralel bir yaklaşımla EYUCM, *Čelebići* kararında komutanın ya da üstün sorumluluğunun

⁸⁷⁶ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 198.

⁸⁷⁷ TRIFFTERER, Otto, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, *Leiden Journal of International Law*, C. 15, S. 1, 2002, ss. 179-205, s. 196.

⁸⁷⁸ TRIFFTERER, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, s. 197.

⁸⁷⁹ TRIFFTERER, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, s. 198.

⁸⁸⁰ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 199.

TRIFFTERER, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, s. 198. AMBOS, “Superior Responsibility”, s. 842.

tespitinde ayrıca illiyet bağına kanıtlamanın gerekmediğine karar vermiştir.⁸⁸¹ Ancak Roma Statüsü'nün lafzı açıkça sonuçta ortaya çıkan suça komutanın ya da üstün ihmalinin sebep olmasını aramaktadır.⁸⁸² Esasen Statü'de sayılan üç temel davranış incelendiğinde, komutan ya da üstün engellemek ya da bastırmak görevleri için illiyet bağı aranabilir, ancak soruşturma ve kovuşturma için ilgili mercilere gönderme görevi için illiyet bağı tartışmasının içeriği, *Bemba* davasında Ön Soruşturma Dairesi tarafından illiyet bağının gelecek suçları önleme görevi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlaştırılmıştır.⁸⁸³

Roma Statüsü 28. madde kapsamında bir diğer tartışmalı husus ise manevi unsur üzerinedir. Bu çalışmanın kusurluluğa ilişkin ilgili bölümlerinde ifade edildiği üzere, Roma Statüsü 28. madde, 30. madde ile kusurluluğa getirilen genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. 28. madde askeri bir komutan ya da üstün, astın işlediği suçları bildiğini ya da bilmesi gerektiğini belirtmekte, ayrıca devamında askeri olmayan ast üst ilişkileri içinde de üstün astın işlediği suçları bildiğini ya da bilinçli olarak görmezden geldiğini ifade etmektedir. Roma Statüsü 30. madde kapsamında getirilen genel kural uluslararası suçların kasten işlendiğidir. Ancak 28. madde ile ifade edilen üstün bilme ödevi, uluslararası ceza hukuku kapsamında taksirli sorumluluğun kabulü olarak görülmektedir.⁸⁸⁴ Burada uluslararası ceza hukuku kapsamında astın işlediği kasıtlı suçlardan üstün taksirle sorumlu olması durumu ortaya çıkmaktadır.⁸⁸⁵

⁸⁸¹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 199.

⁸⁸² VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 199.

⁸⁸³ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 199.

⁸⁸⁴ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, s. 201.

⁸⁸⁵ NERLICH, "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?", s. 676. Bu noktada, komutanın ya da üstün sorumluluğunu ayrı bir suç olarak değerlendiren görüşe göre, bu suçun kendisi taksirle işlenen bir suçtur. Bkz. AMBOS, "Superior Responsibility", s. 833. Türk hukuku kapsamında kasıtlı suçtan taksirli sorumluluk tartışmalıdır. Ancak taksirde fail sonucun gerçekleşmesini istemez, bu sebeple bir suçun işlenmesine katılma iradesi de taksirle oluşmaz. Bkz. AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s. 121.

28. madde önemli bir ayrım daha yapmaktadır. Madde, birinci paragrafında askeri hiyerarşik ilişkileri düzenlerken, ikinci paragrafında askeri olmayan ast-üst ilişkilerini düzenlemektedir. Böylece Roma Statüsü 28. madde komutanın sorumluluğuna geniş bir açı ve düzenleme getirmektedir. Ancak iki paragraf arasında kusurluluk açısından farklılıklar vardır. Uluslararası ceza hukuku açısından askeri komutan ya da üstlerin Roma Statüsü m. 28/a(i) kapsamında “*bildiği, ya da zamanın şartlarına göre bilmesi gerektiği*” ifadesiyle esasen komutanın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasına dayanarak taksirli sorumluluğu kabul etmekteyken, m. 28/b(i) kapsamında askeri olmayan ast-üst ilişkileri kapsamında ise “*bildiği ya da bunu açıkça gösteren bilgiyi görmezden geldiği*” ifadesi ile neticenin öngörülüp istenmemesinden sebeple bilinçli taksir kabul edilmektedir.⁸⁸⁶

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yorumu

Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nin eski başkan yardımcısı ve silahlı bir örgüt olan Kongo Özgürlük Hareketi’nin lideri Bemba’nın yargılaması, UCM’nin Roma Statüsü 28. madde kapsamında sorumluluğu incelediği ilk olaydır. Bemba astlarının işlediği savaş suçları kapsamında öldürme, cinsel saldırı ve yağma suçlarından ve insanlığa karşı suçlar kapsamında öldürme ve cinsel saldırı suçundan Roma Statüsü m. 28 çerçevesinde yargılanmış ancak Temyiz Dairesi kararında beraat etmiştir.⁸⁸⁷ Beraat

⁸⁸⁶ VAN SLIEDREGT, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, s. 201. AMBOS, “Superior Responsibility”, s. 845 vd.

⁸⁸⁷ O’SULLIVAN, Carmel, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine” **Leiden Journal of International Law**, C. 35, S. 3, 2022, ss. 661–78, s. 661-662.

kararı, Temyiz Dairesi hakimlerince 3-2 oylamayla kabul edilmiştir ve bu oran aslında Roma Statüsü 28. madde üzerindeki keskin tartışmalar konusunda UCM’de de yaşanan bölünmeyi göstermektedir.⁸⁸⁸

Hakimler tarafından yazılan karar ve muhalefet şerhlerinde 28. maddenin niteliği, sorumluluğun sınırlarının nasıl çizileceği ve illiyet bağı gibi önemli hususlarda hukuki tartışmalar ve görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ancak Temyiz Dairesi kararında bazı hususlar üzerinde çoğunlukta uzlaşmıştır. Öncelikle komutanın ya da üstün sadece o görevde olması sebebiyle sorumluluğu kabul edilmemektedir; burada sorumluluk bir komutanın esasen birliğinin onurunu korumakla görevli olması ve birliğinde gerçekleşen suçları samimiyetle önleme ve cezalandırma görevinden kaynaklanmaktadır.⁸⁸⁹ İkinci olarak, komutan tarafından alınan önlemlerin suçu önlememesi durumunda doğrudan komutanın görev ve sorumluluklarını yerine getirmediği sonucuna ulaşılamayacaktır.⁸⁹⁰ Son olarak ise, alınan önlemlerin orantılılığı astların işlediği ve makul şüphenin ötesinde kanıtlanmış suçlar temel alınarak incelenmeli ve değerlendirilmelidir.⁸⁹¹

Tartışma noktaları incelenecek olursa, komutanın sorumluluğu hususunda başkalarının işlediği suçlardan oluşan bu bireysel sorumluluğun ne kadar esnetilebileceği konusunda Hakim Monagang ve Hakim Hofmanski sadece ve sadece işlenen suçlar ve komutan arasında kişisel bir bağ varsa sorumluluğun doğacağını iddia etmiştir.⁸⁹² Komutanın sorumluluğunun niteliği açısından, Hakim Eboe-Osuji bu durumun bir şerklik

⁸⁸⁸ O’SULLIVAN, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine”, s. 662. GALAND, Alexandre Skander, “Bemba and the Individualisation of War: Reconciling Command Responsibility under Article 28 Rome Statute with Individual Criminal Responsibility”, *International Criminal Law Review*, C. 20, S. 4, 2020, ss. 669-700, s.671.

⁸⁸⁹ GALAND “Bemba and the Individualisation of War: Reconciling Command Responsibility under Article 28 Rome Statute with Individual Criminal Responsibility”, s. 677.

⁸⁹⁰ GALAND “Bemba and the Individualisation of War: Reconciling Command Responsibility under Article 28 Rome Statute with Individual Criminal Responsibility”, s. 679.

⁸⁹¹ GALAND “Bemba and the Individualisation of War: Reconciling Command Responsibility under Article 28 Rome Statute with Individual Criminal Responsibility”, s. 680.

⁸⁹² O’SULLIVAN, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine”, s. 668.

olduğunu ileri sürerken bazı hakimler aynı kanaati paylaşmamıştır.⁸⁹³ Öte yandan manevi unsura ilişkin tartışmalar arasında genel görüş olan taksirli sorumluluk olmasına karşın, Hakim Eboe-Osuji, komutanın kendi kontrolü içindeki tüm gerekli ve makul tedbirleri almada isteyerek başarısız olmasını ifade etmiştir.⁸⁹⁴ İlliyet bağı ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusundaki tartışmalarda ise, Hakim Wyngaert ve Hakim Morrison 28. madde kapsamında EYUCM’ye benzer bir yorum yaparak illiyet bağına gerek olmadığını belirtmişken; Hakim Monagang ve Hakim Hofmanski ve Hakim Eboe-Osuji illiyet bağının Roma Statüsü 28. madde kapsamında gerekliliğini kabul etmiş ancak içeriği konusunda farklı görüşler öne sürmüşlerdir.⁸⁹⁵

Bemba kararı Roma Statüsü 28. maddenin uygulaması için oldukça önemlidir. Ancak karar ve muhalefet şerhleri incelendiğinde komutanın ya da üstün sorumluluğu konusunda esaslı pek çok unsur bakımından hakimler arasında bir uyum olmadığı dikkat çekmektedir. Bu durum 28. maddeye yönelmiş yazım biçiminin ve niteliğinin belirsizliğine ilişkin eleştirileri⁸⁹⁶ de haklı çıkarmaktadır. Mahkemenin komutanın ya da üstün sorumluluğu hususunda istikrarlı bir görüş oluşturması için anlaşıldığı üzere, henüz biraz daha zamana ihtiyacı vardır.

⁸⁹³ O’SULLIVAN, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine”, s. 670.

⁸⁹⁴ O’SULLIVAN, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine”, s. 669.

⁸⁹⁵ O’SULLIVAN, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine”, s. 671-672.

⁸⁹⁶ VAN SLIEDGRET, “Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense”, s. 431.

E. DEĞERLENDİRME

Çalışmanın bu bölümünde Roma Statüsü'nün 25. maddesinin içeriği ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ilgili maddeye nasıl yaklaştığı incelenmiştir. Bu kapsamda, bireysel ceza sorumluluğunu konu edinen 25. madde iştirak halinde işlenen suçlarda doğrudan faillik, birlikte faillik, dolaylı faillik, azmettirme, emretme, yardım etme ve ortak amaç sorumluluğu gibi iştirak türlerini kapsamaktadır.

Roma Statüsü esasen suça katılım türlerini bu şekilde ayrıntılı olarak düzenleyerek, uluslararası ceza hukuku alanında faaliyet göstermiş ve gösteren diğer mahkemelere göre bireysel ceza sorumluluğuna ne kadar büyük önem atfettiğini göstermektedir. Bu kapsamda Statü ayrıca daha önce *Ad Hoc* mahkemeler tarafından uygulanan müşterek suç girişimine yönelik eleştirileri de görmüş ve bu sorumluluk türünü kabul etmemiştir. Müşterek suç girişimi altında bir faillik türü yerine ulusal hukuk sistemlerine daha yakın bir şekilde doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik türlerini kabul etmiş ve içtihat yoluyla dolaylı faillik ile müşterek failliği birleştirerek dolaylı müşterek faillik sorumluluk türünü kabul etmiştir.

Statü nötr bir dille kaleme alınmıştır. Esasen, birbirinden farklı hukuk kültürlerinin hüküm sürdüğü farklı ülkelerin bir araya gelerek oluşturdukları ve ceza yargılaması yapan bu Mahkeme'nin, kurucu statüsü uluslararası hukukta yer alan egemenlik ilkesi gereği de herhangi bir ulusal hukuk sistemini işaret edemez. Ancak bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin suça katılım türlerinin içeriğinin nasıl doldurulacağı, bu terimlerin nasıl uygulanacağı konusunda Statü yeterli gelmemektedir. Roma Statüsü m. 21 gereğince “dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensipleri” UCM kapsamında değerlendirilecektir. Bu sebeple Mahkeme 25. Maddenin içeriğine ilişkin karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına yönelip,

bireysel sorumluluğun tespiti hususunda kendince elverişli bir teorinin arayışına girmiştir.

UCM istikrarlı bir şekilde 25. maddede öngörülen iştirak türlerini değerlendirirken ikilik sistemini temel almaktadır. Ayrıca Mahkeme normatif bir bakış açısı takip ederek, sorumluluğu fiil hakimiyeti teorisi üzerinden belirlemektedir. Böylece Mahkeme fail ve şerik arasındaki ayrımı fiil üzerindeki hakimiyeti esas alarak belirleyip bir de 25. madde kapsamında değinilen suça katılım türleri arasında bir hiyerarşi öngörmektedir. Normatif bakışın bir etkisiyle Mahkeme adeta her defasında “en suçlu kimdir?” sorusunu sormaktadır. Soruşturma ya da kovuşturma faaliyetlerini ancak yeterli vahamete ulaşmış durumlar için başlatabilen Mahkeme en nihayetinde sanıkları daha ziyade fail olarak sorumlu tutmaya eğilimli davranmaktadır. Çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde yapılan açıklamalar UCM bünyesinde failliğin sınırlarının oldukça geniş olduğunu göstermektedir.

Bu noktada özellikle suça katılım türleri arasındaki hiyerarşiyi kabul eden ve fiil hakimiyeti görüşünü merkeze alan çoğunluk görüşüne muhalefet eden hakimlerin endişelerini biz de paylaşıyoruz. Fiil hakimiyeti teorisi II. Dünya Savaşı sonrasındaki Almanya’da yapılan yargılamalar açısından geliştirilmiş özel bir teoridir.⁸⁹⁷ Bu teorinin her kapıyı açan bir anahtar olarak değerlendirilmesi doğru değildir, zira UCM Almanya’nın o dönemki şartlarına benzerlik göstermemektedir.⁸⁹⁸ Ayrıca yine açıklandığı üzere, Roma Statüsü’nün ifadesinde suça katılım türleri arasında bir hiyerarşi yoktur. Burada UCM Roma Statüsü’nün lafzından uzaklaşarak bireysel ceza sorumluluğunu bir ulusal hukuk teorisinin penceresinden değerlendirmektedir.

Uluslararası ceza hukukuna konu olan suçların karmaşık yapıları gereği, suça bireysel katkının nasıl tespit edileceği doktrinde de pek çok defa tartışılmıştır. UCM’nin

⁸⁹⁷ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 6-12.

⁸⁹⁸ Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012, para 6-12.

fiil hakimiyeti teorisine sıkı bağlılığına bir alternatif olarak, eşitlik sisteminin uygulanması ve faillik ve şerikliğe ilişkin ayrımın cezanın tayininde etki etmesi önerilmiştir.⁸⁹⁹ Yine bir diğer öneri olarak, suça katılanların kendi katılım oranlarında sorumlu tutulması anlayışı ileri sürülmüştür. Bu görüş kapsamında suça yardım eden, suçu planlayan veya azmettiren ortaya çıkan suçtan değil yardım etme, planlama ya da azmettirme fiilinden sorumlu tutulmalıdır.⁹⁰⁰ Esasen burada cezalandırılan şerikliğin tali yapısıdır. Şerikler failin suçundan değil kendi katkılarından dolayı cezalandırılmaktadır.⁹⁰¹ İkilik sistemini benimsememiş olan hukuk sistemlerinde dahi sonuç suçtan değil kişinin o suça katkısından sorumluluk tayin edilmektedir.⁹⁰² Önerilen bu alternatifler beraberinde teorik tartışmaları da getirmektedir. Biz bu noktada tüm bu alternatif görüşlerin ileri sürdüğü şekliyle, fiil hakimiyetinin Statü'nün lafzında yer almadığı ve bireysel sorumluluğun tespitindeki tek anahtar olmadığı görüşünü paylaşıyoruz.

Son olarak ise, Roma Statüsü 28. maddede komutanın ya da üstün sorumluluğu tanımlanmaktadır. Maddenin lafzı gereği burada tanımlanan yeni bir suç mu yoksa 25. maddede yer alan sorumluluk türlerine ek bir sorumluluk mu olduğu tartışmalıdır. Keza unsurları konusunda da ortak bir görüş bulunmamaktadır. 28. madde hakkında verilmiş olan tek bir UCM kararı da maalesef bu hususlar konusunda beklenen teorik aydınlığı sağlamamakta, aksine hakimlerin farklı düşünceleri 28. maddenin esasına ilişkin teorik tartışmaları daha çok alevlendirmektedir.

⁸⁹⁹ STEWART, "The end of 'modes of liability' for international crimes", **Leiden Journal of International Law**, C.25, S. 1, 2012, ss. 165-219, s. 205 vd.

⁹⁰⁰ AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

⁹⁰¹ AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

⁹⁰² Amerikan hukukundaki Model Ceza Yasası bu anlamda bir örnek teşkil etmektedir. Bkz. AKSENOVA, **Complicity**, s. 88.

SONUÇ

Uluslararası ceza hukukuna konu soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarının karmaşık yapıları içinde esasen bireysel ceza sorumluluğunun tespitini zorlaştıran suçluların çokluğu durumu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma, uluslararası ceza hukukuna konu suçların içkin yapıları gereği bireysel ceza sorumluluğunun nasıl tespit edileceği yönündeki araştırma sorusu çerçevesinde şekillenmiştir. Bu kapsamda öncelikle bu çalışmanın temel sorunsalı birinci bölümde ortaya konmuştur. Ardından ikinci bölümde uluslararası ceza hukukunun gelişim sürecinde bireysel ceza sorumluluğunun nasıl değerlendirildiğine ilişkin Uluslararası Askeri Mahkemeler ile *Ad Hoc* Mahkemelerin oluşumu ve ceza sorumluluğuna yaklaşımları incelenmiştir. Son olarak ise, günümüzde bu alandaki tek kalıcı mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi ele alınarak, kurucu metni Roma Statü kapsamında bireysel ceza sorumluluğu ele alınmıştır.

Uluslararası ceza hukuku tarihi gelişimi sürecince bireysel ceza sorumluluğuna ilişkin farklı çözümler kullanmıştır. Bu durumun temel sebebi uluslararası ceza hukukuna konu suçların içkin yapıları gereği birden çok kişiyle işleniyor olmaları ve böylece suça katkının belirlenmesindeki güçlülüdür. Aslında burada asıl dikkat edilmesi gereken unsur, bu suçların sistemseller suçlar olmalarıdır. Bir diğer ifade ile, bu suçlar tasarlanmakta ancak sonrasında sistemler aracılığıyla işlenmektedir. Böylece toplu halde işlenen sistemseller suçlarda ceza hukuku kapsamında bireylerin kendi katkıları doğrultusunda sorumlu olması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında esasen gerçekte ne olduğu sorusu temel odak noktasını oluşturmamaktadır, daha ziyade kimin daha çok sorumlu olduğu üzerine yoğunlaşmaktadır. Zira bu suçların içkin yapıları ve ağır sonuçları gereği gerçekte ne olduğu ortadadır. Ancak asıl sorun ortaya çıkan suçtan kimin daha çok sorumlu olduğunu

bulmaktır. Bu kapsamda uluslararası ceza hukuku bünyesinde suça katılanların cezalandırılmasına ilişkin sistemler önem içermektedir. Kimin daha çok sorumlu olduğu sorgulaması odak noktasını failliğe ve failliğin sınırlarına yönelttiği için, güncel uluslararası ceza hukuku tartışmalarında daha ziyade ikilik sistemleri ve bu sistemlerden gelen normatif bakış açıları değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımlarda, suçta sorumluluk doğalcı bakış açılarının aksine normatif olarak tesis edilir. Bir diğer ifade ile, suça doğal olarak sebep olanların birincil sorumlu olarak ele alınmasındansa, o suça normatif olarak sebep olanlar sorumlu olmaktadır. Bu durumda bir askerin savaş suçu işlemesi halinde, askerden çok o suça sebep olan ortamı yaratan komutan cezai olarak kınanabilmektedir. Normatif yaklaşımlar kimin daha çok sorumlu olduğunu arayan uluslararası ceza hukukuna bu yönüyle elverişli bir teorik zemin hazırlamaktadır.

Uluslararası ceza hukukunun bu noktaya erişmesi de kendi içinde zaman almıştır. Bu sebeple bu alanda suçluların çokluğunun incelemesinde, alanın tarihi gelişimi ve her bir tarihi dönümde sorunsala farklı yaklaşımlar getirilmesi önem içermektedir. Tarihsel süreçte yaşanan büyük savaşlar, soykırımlar ve insanlığa karşı suçlar sonrasında, esasen I. Dünya Savaşı'ndan beri sorumluların yargı karşısına getirilmesi niyeti olsa da bu yönde asıl çalışmalar II. Dünya Savaşı sonrasında atılmıştır. Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemelerinin kurulmasıyla uluslararası ceza hukuku bireysel sorumluluğu nasıl tayin edeceği sorusunu pratik olarak cevaplamak zorunda kalmıştır.

II. Dünya Savaşı sonrası kurulan bu mahkemelerde kolektif ceza sorumluluğu anlayışı benimsenmiştir. Bu kapsamda Anglo- Amerikan hukukundan gelen bir terim olan komplo suçu kullanılmıştır. Komplo suçu, suç işlemek üzere bir anlaşmaya dahil olmakla oluşur ve bu anlamda Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinde doğrudan bir muadili yoktur. Uluslararası Askeri Mahkemelerde de Komplo (*conspiracy*) ayrı bir suç olarak görülmüş ve ortaya çıkan suçları üreten örgütlere üye olmak komplo suçunu işlemek olarak değerlendirilmiştir. Netice itibarıyla bu örgütlere üye olmakla kişiler ortaya çıkan

örgütün suçlarında sorumlu tutulmuşlardır. Böylece kendi kişisel katkıları olmayan suçlardan sadece kolektifin bir parçası olmaları sebebiyle sorumlu kabul edilmişlerdir. Kolektif ceza sorumluluğu ceza adaletini sağlamaktan uzakta bir yaklaşım olduğu için oldukça eleştirilen Nürnberg ve Tokyo yargılamalarından sonra terk edilmiştir.

1990'lı yıllarda Avrupa'da ve Afrika'da yaşanan iki büyük soykırım sonrasında kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri (*Ad Hoc* Mahkemeler) ise kolektif sorumluluk prensibini benimsememiştir. Ancak yine de uluslararası ceza hukukunun ilgilendiği karmaşık ve çok failli suçlar içinde bireysel katkının nasıl tespit edileceği konusu mevcudiyetini sürdürmüştür. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kapsamında bu sorunun çözümüne hitap etmesi umulan müşterek suç girişimi kavramı ortaya çıkartılmıştır. Müşterek suç girişimi bir faillik türü olup üç modelden oluşmaktadır. Müşterek suç girişiminde birden çok kişinin bir araya gelerek bir suçun işlenmesine dair ortak amaç, plan ya da tasarıya katılımının bulunması söz konusudur. Birinci modeli olan basit halinde ortak suç planına gönüllü katılım ve ortak kast söz konusudur. İkinci modeli olan sistematik vakalarda esir kampları gibi suçu üreten sistemlere dahil olunması söz konusu olduğu için kişinin sistemin amacını bilmesi ve suç amacını devam ettirme iradesi göstermesi aranır. Üçüncü modelinde ise genişletilmiş bir sorumluluk alanı kabul edilmektedir. Ortak plan ya da tasarıya dahil olan kişilerin, diğer ortaklar tarafından ortak planın dışında kalan ancak doğal ve öngörülebilir bir suç işlenirse o suçtan sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Burada işlenen diğer suçlar kapsamında aslında kast yoktur. Zaman içinde aşkın olarak işlenen ve özel kast gerektiren suçların dahi öngörülebilirliğin sınırları esnetilerek müşterek suç girişimine dahil olan diğer katılımcılara yansıtıldığı görülmektedir. Bu yönüyle genişletilmiş müşterek suç girişimi kusurlu sorumluluğun sınırlarından çıkmaktadır. Bu durum doktrinde ve uygulamada eleştirilmektedir.

1998 yılında kabul edilen ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu statüsü olan Roma Statüsü kolektif sorumluluk anlayışını da müşterek suç girişimi kavramını da kabul etmemektedir. Statü suça sağlanan bireysel katkının merkeze alındığı bireysel ceza sorumluluğunu benimsemektedir. Statü 25. maddede bireysel ceza sorumluluğu başlığı ile suça iştiraki düzenlemektedir. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bireysel ceza sorumluluğunu tayin etmesi öncelikli olarak yetki ve kabul edilebilirlik şartlarını sağlanmasına bağlıdır.

Mahkemenin, konu yönünden, yer yönünden, kişi yönünden ve zaman yönünden yetki şartları vardır. Bu kapsamda öncelikle Uluslararası Ceza Mahkemesi tamamlayıcı nitelikte bir mahkemedir. Bir diğer ifade ile uluslararası ceza adaletinin sağlanması hususunda temel görev ulusal mahkemelere düşmektedir ancak bu mahkemelerin isteksiz ve yetersiz kalması durumunda Uluslararası Ceza Mahkemesi yetkili olup, mevcut davayı kabul edilebilir bulabilecektir. Mahkeme konu yönünden yalnızca soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu yargılama yetkisine sahiptir. Ayrıca kişi yönünden üye devletlerin vatandaşlarını yargılama yetkisi vardır. Zaman açısından ise bir devlet Roma Statüsü'ne üye olduktan sonrasında işlenen suçlar bakımından Mahkeme yetkilidir. Ancak ilgili devlet geriye dönük olarak Statü'nün işlerlik kazandığı 2002 yılına kadar Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul edebilir. Son olarak yer yönünden ise Mahkeme üye devletlerin topraklarında işlenen suçlar bakımından yetkilidir. Pek tabii bu yetki şartları kendi aralarından birbirlerini tamamlar bir şekilde kullanılmaktadır. Örneğin suç üye olmayan bir devlette başlayıp üye olan bir devlette tamamlandığında Mahkeme yer yönünden yetki iddiasında bulunabilmektedir. Ya da yine benzer bir mantıkla üye olmayan bir devletin vatandaşının üye devlet içinde suç işlemesi ya da üye olan bir devlette üye olmayan bir devletin vatandaşının suç işlemesi durumlarında da Mahkeme yargılama yetkisinin olduğu iddiasında bulunabilecektir.

Kabul edilebilirlik şartlarında ise tamamlayıcılık ilkesi merkeze alınacak şekilde, ilgili devlet yargılama konusunda isteksiz veya yetersiz ise Mahkeme durumu kabul edilebilir bulacaktır. Öte yandan Mahkeme suçun vahametine ve adaletin tecellisinde menfaat bulunmasına da bakacaktır. Burada suçun vahameti bu çalışma açısından önem taşımaktadır. Zira Statü kapsamında kabul edilen suça katılım hallerinden özellikle suçun merkezinden uzak olan yardım etme ya da ortak amaç sorumluluğu gibi sorumluluk hallerinin Mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunup bulunmayacağı bir soru olarak kalmaktadır.

Statü kapsamında bireysel ceza sorumluluğu 25. maddede düzenlenmiştir. Roma Statüsü örneklerine kıyasla daha detaylı olarak bu alanı düzenlemiştir. Statü'nün lafzı, uluslararası suçlardan bireysel sorumluluğun altını çizmekte ve bu kapsamda kabul edilen faillik ve suça katılım türlerini sıralamaktadır. Roma Statüsü herhangi bir hukuk sistemi temel alınarak yazılmamıştır. Ancak Roma Statüsü 21. madde kapsamında UCM *“dünyadaki mevcut hukuk sistemlerinin ulusal yasalarından kaynak alınan temel hukuk prensiplerini”*⁹⁰³ uygulayabilecektir. Bu sebeple, UCM, kararlarında 25. maddede yer alan suça katılım türlerinin içeriğini belirleyebilmek için karşılaştırmalı hukuktan yararlanmış ve kendince en elverişli görüş olarak Alman hukukunda Nazilerin yargılanması sürecinde geliştirilmiş olan fiil hakimiyeti teorisini kabul etmiştir. Mahkeme genel itibarıyla 25. maddenin tümünü fiil hakimiyeti penceresinden okumaktadır.

Roma Statüsü 25. madde faillik kapsamında doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik hallerini düzenlemektedir. Şeriklik kapsamında ise emreden, azmettiren, suça teşvik eden, yardım eden ve ortak amaç sorumluluğu halleri düzenlenmektedir. Suça katılanların cezalandırılmasına ilişkin sistemler çerçevesinde ikilik sistemini kabul eden

⁹⁰³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

Mahkeme, normatif bir anlayışa sahip olan fiil hakimiyeti görüşü kapsamında faillik ve iştirak halleri arasında bir hiyerarşi olduğunu da kabul etmektedir. Bu kapsamda, fail suçun merkezinde, azmettiren emir veren biraz daha dışında, yardım eden biraz daha dışında, ortak bir amaç birliğine katılan ise suça en uzak kalan sorumluluk halkasında bulunuyor olarak kabul edilmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı hem doktrinde hem de bazı hakimlerin muhalefet şerhiyle eleştirilmiştir. Statünün nötr bir dil benimsediğini belirten bu görüşler fail ve şerikler arasında böyle bir sıralamanın da karşısında yer almıştır. Ayrıca Alman hukukunda hususi bir durum üzerine kullanılan bir hukuk teorisinin Mahkeme nezdinde bu kadar merkeze alınması da eleştirilmiştir.

UCM verdiği kararlarda 25. maddede yer alan faillik türlerini genişleterek bir yeri tür daha kabul etmiştir. Statü'nün lafzında yer alan müşterek faillik ile dolaylı faillik türlerini birleştirerek müşterek dolaylı faillik türünü kabul etmiştir. Bu yoruma özellikle savunma avukatları kanunilik prensibi çerçevesinde itirazlarda bulunsa da, Mahkeme zaten Statü'de bulunan iki türün birleşimi olduğunu iddia ederek dolaylı müşterek faillik kavramını hayata geçirmiştir. Dolaylı müşterek faillikte, bir örgüt liderinin bir diğer örgüt lideri ile anlaşarak onun emiri altındaki kişileri kullanarak suç işlemesi hali incelenmektedir. Bu durumda aslında hem yatay hem de dikey sorumluluk inşa etmektedir. İki örgüt lideri eşitler arasında bir suç anlaşması yapmaktadır, içlerinden birinin emir komutası altındaki kişiler kullanılarak suç işlenmektedir. Böylece emir komutası altındaki kişileri kullanan örgüt lideri doğrudan suç işleyen bu kişilerin iradesine hakim olması sebebiyle dolaylı fail olacak, onunla suç anlaşması yapan öteki örgüt lideri ise emir komutası altında olmayan başka kişilerin işlediği suçlara yapmış olduğu suç anlaşması kapsamında sunduğu katkı ile ortak olacak ve müşterek dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Müşterek dolaylı faillik, faillik kavramının sınırlarını genişlettiği için eleştirilmiştir. Öte yandan özellikle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda

birbirleriyle anlaşarak suç işleyen silahlı örgütler sıkça karşılaşılan bir durumdur. Buradaki temel soru örgüt liderlerinin sokakta işlenen suçlardan nasıl sorumlu tutulacağı olduğu için ancak faillik kavramının bu türden bir yorumu bu soruyu cevaplamaya elverişli olacaktır.

Öte yandan azmettirme ve emretme, yardım etme ve ortak amaç sorumluluğu hallerine yönelik Mahkeme'nin çok çeşitli kararları bulunmamaktadır. Buradan da anlaşılabilceği üzere bir son başvuru makamı olan UCM yargılamalarında failliğe ağırlık vermekte ve yine bu kapsamda failliğin sınırları üzerinde tartışmalar yürütmektedir.

İnsanlığın en yıkıcı suçlarını konu edinen uluslararası ceza hukuku kapsamında, bu suçlardan sorumluluğu en fazla olanların yargılama önüne çıkartılması ihtiyacı ve amacı anlaşılabilir bir hukuki stratejidir. Ancak görülmektedir ki, uluslararası ceza hukukunda ulusal hukuk sistemlerine göre muhakeme işlemlerinin çıkış noktası farklıdır. Ulusal sistemlerde, “gerçekte ne olmuştu?” sorusu sorulurken uluslararası ceza hukukunda aslında gerçekte ne olduğu açıktır. Burada temel soru bu yaşananlarda kimin daha çok kınanabilir olduğudur. Bu sebeple, tarihi gelişiminden beri gerek komplo suçunun kullanılmasıyla, gerek müşterek suç girişimi kavramı ve bu kavramın sınırlarının genişletilmesiyle, gerekse faillik türlerinin birlikte kullanılarak müşterek dolaylı faillik türünün kabul edilmesiyle failliğe ilişkin sınırların genişletildiği görülmektedir. Her ne kadar suçluların çokluğunun beraberinde gelen bireysel sorumluluğun tespitine ilişkin zaman içerisinde müspet hukuki gelişmeler kat edilse de, failliğin sınırlarına ilişkin bu tartışmalar suça katılanların katkılarının adil olarak tespit edilmesi yönündeki çabaları gölgelemektedir.

KAYNAKÇA

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, yayına hazırlayanlar BATUR YAMANER, Melike, ÖKTEM, Emre, KURTDARCAN, Bleda, UZUN, Mehmet, http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/434_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

ACQUAVIVA, Guido, “At the Origins of Crimes Against Humanity, Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment ”, **Journal of International Criminal Justice**, C.9, 2011, ss. 881-903.

AHUJA, Virendra, “Closure of ICTY: The Mandate Is Not Yet over”, **Gnlu Journal of Law Development and Politics**, C. 10, S. 2, Ekim 2020, ss. 1-15.

AKSENOVA, Marina, **Complicity in International Criminal Law**, Portland 2016.

ALLDRIDGE, Peter. "The doctrine of innocent agency", **Criminal Law Forum**, C. 2, S. 1, 1990, ss. 45-83.

AMBOS, Kai, "Remarks on the general part of international criminal law" **Journal of International Criminal Justice**, C.4, S.4, 2006, ss. 660-673.

AMBOS, Kai, “Critical issues in the Bemba confirmation decision”, **Leiden Journal of International Law**, C. 22, S. 4, 2009, ss. 715-726.

AMBOS, Kai, “General principles of criminal law in the Rome Statute”, **Criminal Law Forum**, C. 10, S. 1, 1999, ss. 1-32.

AMBOS, Kai, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, 2007 ss. 159-183.

AMBOS, Kai, “Superior Responsibility”, **The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary**, Antonio CASSESE, Paola GAETA, John R. W. D. JONES, eds. içinde, Oxford, 2002, C. 3, ss. 823-872.

AMBOS, Kai, “The Fujimori Judgment A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 9, 2011, ss. 137-158.

AMBOS, Kai, “The ICC and Common Purpose- What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?”, **The Law and Practice of the International Criminal Court**, (ed. Carsten Stahn), Oxford 2015.

AMBOS, Kai, NJIKAM, Ousman, “Charles Taylor’s Criminal Responsibility”, **Journal of International Criminal Justice**, Cilt 11, 2013, ss. 789-812.

AMBOS, Kai, **Treatise on International Criminal Law, Vol. 1: Foundations and General Part**, Oxford 2013.

AMBOS, Kai, TRIFFTERER, Otto (eds.), **The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary**, Nomos, 2016.

Amerikan Law Institution, **Model Penal Code**, Madde 2, 1985, <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>, Erişim: Ocak 2023.

APAYDIN, Cengiz, **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, Ankara 2018.

ARENDT, Hannah, **Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil**, New York 1963.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, Emin, ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018.

ASHWORTH, Andrew, **Principles of Criminal Law**, Oxford 2009.

AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara 2009.

AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara 2009.

AYDIN, Devrim, Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, Ankara 2006, <https://ihddiyarbakir.org/Content/uploads/62772829-b06e-4252-b92b-66dd792c52ed.pdf>, Erişim: Mart 2023

BADAR, Mohamed Elawa, **The Concept of Mens Rea in International Criminal Law The Case for a Unified Approach**, Bloomsbury 2013.

BADAR, Mohamed Elewa, ““Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From Tadic to Stakic and Back Again”, **International Criminal Law Review**, S. 6, 2006, ss. 293–302.

BADAR, Mohamed Elewa, “Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?”, **New Criminal Law Review**, C. 12, S. 2, 2009, ss. 433-467.

BADAR, Mohamed Elewa, "Drawing the Boundaries of Mens rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia," **International Criminal Law Review**, C. 6, 2006, s. 313-348.

BADAR, Mohamed Elewa, "The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary from a comparative criminal law perspective" **Criminal Law Forum**, 2008, ss. 473-518.

BADAR, Mohammed Elawa, "Participation in crimes in the jurisprudence of the ICTY and ICTR", **Routledge Handbook of International Criminal Law** içinde, SCHABAS William ve BARNAZ Nadia (eds), London & New York, 2011, ss. 247-267.

BANTEKAS, Ilias, "The Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity," **International and Comparative Law Quartely**, C. 54, S.1, ss. 237-253.

BARON, Elisa, **La Coaction on Droit Penal**, Doktora Tezi, 2012.

BASSIOUNI, Cherif, "The Making of the International Criminal Court, International Criminal Law Volume III International Enforcement", **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSIOUNI Cherif (eds), Leiden, 2008, ss. 117-154.

BASSIOUNI, Cherif, **Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition**, Leiden/Boston, 2013.

BASSIOUNI, Cherif, SCHABAS, William, **The Legislative History of International Criminal Court**, Leiden, 2016.

BASSIOUNI, Cherif, 'The Need for International Accountability', **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSIOUNI Cherif (eds), Leiden, 2008, ss.3-29.

BELLELLI, Roberto, **The Establishment of the System of International Criminal Justice, International Criminal Justice Law and Practice from the Rome Statute to Its Review**, BELLELLI, Roberto (eds), London, 2010, ss. 5-67.

BENEDETTI, Fanny, BONNEAU, Karine, WASHBURN, John, **Negotiating the International Criminal Court : New York to Rome, 1994-1998**, Leiden 2014.

BINDER, Guyora, **Criminal Law**, Oxford 2016.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, **Final Report of The Commission Of Experts Established Pursuant To Security Council Resolution 780 (1992)**, U.N. Doc S/1994/674 (27 May 1994), https://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf, Erişim Tarihi: Kasım 2020.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, **Preliminary Report of the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935 (1994)**, U.N. Doc. S/1994/1125, 4 Ekim 1994, para 146-148, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_1994_1125.pdf, Erişim Tarihi: Kasım 2020.

BOED, Roman, “The International Criminal Tribunal for Ruanda”, **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSİOUNİ Cherif (eds.), Leiden, 2008, ss.103-116.

BOHLANDER, Michael, **Principles of German Criminal, Law**, Portland 2009.

BROWN, Bartram S., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, **International Criminal Law: International Enforcement**, 3. Cilt içinde, BASSİOUNİ Cherif (eds.), Leiden 2008, ss. 69-101.

BUSH, Jonathan A., “The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said”, **Columbia Law Review**, S. 109/5, Haziran 2009, ss. 1094-1267.

CASIS, Rainier J. “The International Criminal Court: History, Significance and Prospects”, **World Bulletin: Bulletin of the International Studies of the Philippines**, 2003, C. 20, ss. 1-27.

CASSASE, Antonio et al., **Cassese’s International Criminal Law**, Oxford, 2013.

CASSESE, Antonio, “The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, S. 1, 2007, ss. 109- 133.

CASSESE, Antonio, “The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, **Journal of International Criminal Justice**, Mart 2007, C. 5, S. 1, ss. 109-133.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2006..

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2006.

Charter of the International Military Tribunal, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, Erişim: Kasım 2022.

Charter of the International Military Tribunal, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, Erişim: Kasım 2022.

CHILD, John, ORMEROD, David, **Smith, Hogan, and Ormerod's Essentials of Criminal Law**, Oxford University Press, 2017.

COCO, Antonio, “Instigation”, DE HEMPTINNE, Jérôme, ROTH, Robert, VAN SLIEDREGT, Elies (eds) **Modes of Liability in International Criminal Law** içinde, Cambridge 2019, ss. 257-283.

Code Pénal Français, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136037/#LEGISCTA00000613603, Erişim: Mart 2023.

Codice Penale, <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>, Erişim: Mart 2023.

Codice Penale, https://www.imolin.org/doc/amlid/Italy/penal_code.pdf, Erişim: Ocak 2023.

Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 Aralık 2012.

Cornell Law School, Legal Information Institute, **Mens Rea**, https://www.law.cornell.edu/wex/mens_rea, Erişim: Ocak 2023.

Crown Prosecution Service, Defences- Duress and Necessity, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/defences-duress-and-necessity>, Erişim: Mart 2023.

Crown Prosecution Service, **Inchoate Offences: Conspiracy**, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/inchoate-offences>, Erişim: Şubat 2023.

Crown Prosecution Service, Secondary Liability: charging decisions on principals and accessories, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/secondary-liability-charging-decisions-principals-and-accessories>, Erişim: şubat 2023.

CRYER, Robert et al., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge, 2019.

CRYER, Robert, “International Criminal Justice in Historical Context: the post-Second World War trials and modern international criminal justice”, **International Criminal Justice Legitimacy and Coherence** içinde, BOAS, Gideon, et al. (eds), Cheltenham 2012, ss. 145-189.

ÇAKMAK, Cenap, **A Brief History of International Criminal Law and International Criminal Court**, New York, 2017.

DAMGAARD, Ciara, **Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes**, Berlin 2008.

DANNER, Allison Marston, MARTINEZ Jenny S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, **California Law Review**, C. 93, 2005, ss. 75-169.

DEGUZMAN, Margeret M., “Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court”, **Fordham International Law Journal**, C. 32, S. 5, ss. 1400-1465.

DEGUZMAN, Margeret M., “What is the Gravity Threshold for an ICC Investigation? Lessons from the Pre-Trial Chamber Decision in the Comoros Situation”, **American Society of International Law**, 2015, C.19, https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/19/what-gravity-threshold-icc-investigation-lessons-pre-trial-chamber#_edn7, Erişim: Nisan 2022.

DEL PONTE, Carla, “Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 4, S. 3, 2006, ss. 539–558.

DEMİREL, Muhammed, “Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası**, C. 75, S. 2, 2017, ss. 489-537.

DEMİREL, Muhammed, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul 2017.

DI AMATO, Astolfo, FUCITO, Federica, **Criminal Law in Italy**, 2020.

Doc du Juriste, La Complicité, <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-penal/dissertation/droit-penal-emprunt-criminalite-478473.html#:~:text=Depuis%20la%20r%C3%A9forme%20du%20Code,d%C3%A9finit%20les%20conditions%20d'existences>, Erişim: Nisan 2021

DOERMANN, Knut, “Individual and State Responsibility in the Field of International Humanitarian Law”, **Refugee Studies Quarterly**, C. 18, S. 3, 1999, ss.78-83.

DÖNMEZER, Sulhi, “Cezai Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, ss. 65-80.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, Suçun Unsurları, Teşebbüs, Suçların Birleşmesi, İştirak**, İstanbul 2019.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Salih, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt IV, Uluslararası Ceza Hukuku, Milletlerarası Ceza Hukuku**, İstanbul 2021.

DRUMBL, Mark A. “Accountability for System Criminality”, **Santa Clara Journal of International Law**, C.8, 2010, ss. 373-382

DRUMBL, Mark A., “Collective violence and individual punishment: The criminality of mass atrocity”, **Northwestern University Law Review**, C. 99, 2004, ss. 539-611.

EKİCİ SAHİN, Meral, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C. 8, S. 109-110, ss. 7- 25.

ERDEM, Mustafa Ruhan, “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.3, Temmuz 1995, ss.53-54’ten akt. KAVLAK, Cihan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara 2017.

EREM, Faruk, “Suça İştirak”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 1946, ss. 62-107.

ESER, Albin, “Individual Criminal Responsibility, Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law”, Antonio Cassese, **The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary**, Oxford, 2002, ss. 767-948.

ESER, Albin, “Mental elements–Mistake of fact and mistake of law”, **The Rome statute of the international criminal court: A commentary** içinde, Oxford 2002, ss. 767-948.

EVİK, Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011.

FINNIN, Sarah, **Elements of accessory modes of liability : Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court**, Leiden, 2012.

FISHER, Kirsten J., “The Problem with the Crime of Forced Migration as a Loophole to ICC Jurisdiction”, **Journal of International Humanitarian Legal Studies**, Aralık 2020, C. 11, S. 2, ss. 385-409.

FLETCHER, George P., “Criminal Omission: Some Perspectives”, **The American Journal of Comparative Law**, C. 24, S. 4, 1976, ss. 703-717.

FLETCHER, George P., “The Storrs lectures: Liberals and romantics at war: The problem of collective guilt”, **Yale Law Journal**, C.111, 2001, 111 ss. 1499- 1573.

FLETCHER, George P., **Rethinking Criminal Law Part II: Rethinking the General Part**, Oxford, 2000.

FRY, Elinor, VAN SLIEDREGT, Elies, “Conspiracy/Joint Criminal Enterprise”, **Oxford Bibliographies**, <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0096.xml>, Erişim: Şubat 2023.

GALAND, Alexandre Skander, “*Bemba* and the Individualisation of War: Reconciling Command Responsibility under Article 28 Rome Statute with Individual Criminal Responsibility”, **International Criminal Law Review**, C. 20, S. 4, 2020, ss. 669-700.

German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/, Erişim: Şubat 2023.

German Criminal Code, Section 25, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752#25>, Erişim: Mart 2023.

GOY, Barbara. “Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the ad hoc Tribunals”, **International Criminal Law Review**, C.12, S.1, 2012, ss. 1-70.

GRAF, Rüdiger, “Transitional Injustice at Leipzig: Negotiating Sovereignty and International Humanitarian Law in Germany after the First World War”, **Central European History**, S. 55, 2022, ss. 34–52.

GRANIK, Maria, “Indirect Perpetration Theory: A Defence.” **Leiden Journal of International Law**, C.28, S. 4, 2015, ss. 977–992.

GÜNEYSU, Gökhan, “Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach’ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** , C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 833-849

GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara 2007.

HAAN, Verena, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, **International Criminal Law Review**, C.5, S. 2, 2005, ss. 167-201.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2022.

HAKERİ, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.1, S. 1, Eylül 2006, ss. 75-109.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2017.

HAZAN, Pierre, **Justice in a Time of War: The True Story Behind the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, çev. James Thomas Snyder, Texas, 2004.

HEDINGER, Daniel, SIEMENS, Daniel, “New Perspectives on the Post-World War II Trial of Nuremberg and Tokyo, The Legal Moment in International History: Global Perspectives on Doing Law and Writing History in Nuremberg and Tokyo, 1945–1948”, **Journal of Modern European History**, C.14, S.4, Ocak 2016, ss. 492-499.

HELLER, Kevin Jon, **The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law**, Oxford 2011.

ICTY Case Information Sheet, *Milorad Krnojelac*, https://www.icty.org/x/cases/kjnojelac/cis/en/cis_kjnojelac_en.pdf, Erişim tarihi: Kasım 2020.

ICTY Case Information Sheet, *Radoslav Brdanin*, https://www.icty.org/x/cases/brdanin/cis/en/cis_brdjanin_en.pdf, Erişim tarihi: Kasım 2020.

ICTY, **Completion Strategy**, <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy>, Erişim Tarihi: Nisan 2022.

Institut des Risques Majeurs, **Le régime de la responsabilité pénale des élus locaux**, http://www.irma-grenoble.com/05documentation/04dossiers_articles.php?id_DTart=131&id_DT=14#:~:text=L'auteur%20indirect%20n'est,que%20se%20situeront%20les%20%C3%A9lus, Erişim: Mart 2023.

International Center for Transnational Justice, *Alberto Fujimori on Trial*, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Peru-Fujimori-Trial-2008-English.pdf>, Erişim: Haziran 2021.

International Committee of the Red Cross, Practice Relation to Rule 102, **Individual Criminal Responsibility**, <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule102>, Erişim: Ocak 2023.

International Committee of the Red Cross, Rule 151 **Individual Criminal Responsibility**, https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule151#Fn_D2E9F409_00018, Erişim: Ocak 2023.

International Crimes Database, “History, Von Hagenbach Trial”, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Courts/History>, Erişim Tarihi: Kasım 2020.

International Criminal Court, Assembly of State Parties, <https://www.icc-cpi.int/asp>, Erişim tarihi: Şubat 2023.

International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>, Erişim Tarihi: Mart 2023.

International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, **The Policy Paper on Case Selection and Prioritisation**, 15 Eylül 2016, s. 14, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf, Erişim: Şubat 2023.

International Law Commission, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, 1996, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf, Erişim Tarihi: Mart 2022.

İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016.

JAIN, Neha, “The Joint Criminal Enterprise Doctrine at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia” **Trials for International Crimes in Asia**, SELLARS, Kirsten (Ed.) içinde, Cambridge 2015, ss. 275-300.

JESSBERGER, Florian, GENEUSS, Julia, “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*: German Doctrine at The Hague?”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 6, S. 5, Kasım 2008, ss. 853–869.

JONES, John, CARLTON-HANCILES, Claire, KAH-JALLOW, Haddijatou, SCRATCH, Sam, YILLAH, Ibrahim, “The Special Court for Sierra Leone: A Defence Perspective”, **Journal of International Criminal Justice**, C.2, 2004, ss. 211-230.

KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara 2003.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander., **Mens Rea at the International Criminal Court**, Brill 2016.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018.

Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office, **Thaci et. al: Pre-Trial Judge’s decisions on motions challenging the KSC jurisdiction/form of the indictment**, <https://www.scp-ks.org/en/blogs/live-update-court/thaci-et-al-pre-trial-judges-decisions-motions-challenging-ksc>, Erişim: Şubat 2022.

KREBS, Beatrice, LAMOND, Grant, **Joint criminal enterprise in English and German law**, Doktora Tezi, University of Oxford, 2015.

KUNTER, Nurullah, “Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 13, S. 1, 1947, ss. 63-94.

LANZA, Giulia, **Indirect Perpetration and Organisationsherrschaft An Analysis of Art. 25(3)(a), Third Alternative, ICCSt Taking Into Account the ‘German’ Differentiated Model and the ‘Italian’ Unitarian Model of Participation in a Crime**, Doktora Tezi, <https://iris.univr.it/retrieve/e14ff6e4-628d-0209-e053-6605fe0ad24c/TESE%20LANZA%205.10%20PDF.pdf>, Erişim: Mart 2023.

LEVASSEUR, Georges, Cours de droit pénal général complémentaire, La Sanction De La Responsabilité Des Complices:Les Systèmes Rationnellement Possibles, https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelles/penalistes/la_loi_penale/imputation/levasseur_complicite.htm, Erişim: Mart 2023.

LEVIE, Howard S. "The History and Status of the International Criminal Court", **International Law Studies Series US Naval War College**, C. 75, 2000, ss. 247-262.

LUBAN, David, "The Interest of Justice at the ICC: A Continuing Mystery", <https://www.justsecurity.org/69188/the-interests-of-justice-at-the-icc-a-continuing-mystery/>, 17 Mart 2020, Erişim: Nisan 2022.

MANACORDA, Stefano, MELONI, Chantal, "Indirect Perpetration *versus* Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?", **Journal of International Criminal Justice**, C. 9, S. 1, Mart 2011, ss. 159–178.

MARTUFI, Adriano, **Introduction to Italian Criminal Law**, <https://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/tecniche-di-indagine/materiale-didattico/introduction-to-italian-criminal-law-4&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>, Erişim: Ocak 2023.

MEYER, Frank, "Complementing Complementarity", **International Criminal Law Review**, 2006, C. 6, ss. 549-583.

MILANOVIĆ, Marko, "An Odd Couple: Domestic Crimes and International Responsibility in the Special Tribunal for Lebanon," **Journal of International Criminal Justice**, C5, S, 5, 2007, ss. 1139-1152.

MINKOVA, Leona Georgieva, "A Battle of Ideas: Modes of Liability and Mass Atrocities", **Law and Society Inquiry**, ss. 1-28.

Model Penal Code, Section 2.06, http://individual.utoronto.ca/dubber/web/website/genliab/Model_Penal_Code.htm, Erişim: Şubat 2023.

MOGHALU, Kingsley Chiedu, 'Image and Reality of War Crimes Justice, External Perceptions of the International Criminal Tribunal for Rwanda', **International Criminal Law: Critical Concepts in Law, 1. Cilt içinde**, CASSESE Antonio et al. (eds), Londra, 2015, ss. 576-597.

MORRISSEY, James, "Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute", **Minnesota Journal of International Law**, C.20, S.1, 2011, ss. 144-170.

MOYN, Samuel, "From Aggression to Atrocity: Rethinking the History of International Criminal Law", **The Oxford Handbook of International Criminal Law** içinde, HELLER Kevin Jon et. al. (eds.), Oxford 2020.

NERLICH, Volker, “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 5, S. 3, Temmuz 2007, ss. 665–682.

NOLLKAEMPER, André, “System criminality in international law: introduction”, **System Criminality in International Law**, NOLLKAEMPER, André, VAN DER WILT, Harmen (eds.), Cambridge 2008.

NOLLKAEMPER, Andre, “Systemic effects of international responsibility for international crimes”, *Santa Clara Journal of International Law*, C.8, 2010, ss. 313-352.

O'BRIEN, Melanie. “Prosecutorial discretion as an obstacle to prosecution of United Nations peacekeepers by the International Criminal Court: The big fish/small fish debate and the gravity threshold”, *Journal of International Criminal Justice*, C.10, S.3, 2012, ss. 525-545.

O'KEEFE, Roger, **International Criminal Law**, Oxford, 2015.

O'SULLIVAN, Carmel, “New Court, Same Division: The Bemba Case as an Illustration of the Continued Confusion Regarding the Command Responsibility Doctrine” **Leiden Journal of International Law**, C. 35, S. 3, 2022, ss. 661–678.

OHLIN, Jens David, “Co-Perpetration: German Dogmatik or German Invasion?”, **The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements**, Carsten Stahn ed. içinde, Oxford 2015, Cornell Legal Studies Research Paper No. 14-07, ss. 517-537.

OHLIN, Jens David, “Joint Criminal Confusion”, **New Criminal Law Review**, 2009, C. 12, ss. 406-419.

OHLIN, Jens David, “*Joint Intentions to Commit International Crimes*”, **Chicago Journal of International Law**, C.11, S.2, 2011, ss. 693-753.

OHLIN, Jens David, “Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation”, *Journal of International Criminal Justice*, Mart 2014, C. 12, S. 2, ss. 325-343.

OHLIN, Jens David, VAN SLIEDREGT, Elies, WEIGEND, Thomas, “Assessing the Control-Theory”, **Leiden Journal of International Law**, S. 26, 2013, ss. 725-746.

OHLIN, Jens David, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, **Chicago Journal of International Law**, C.11, S.2, 2011, ss. 693-753.

OHLIN, Jens David, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, **Leiden Journal of International Law**, S. 25, C. 3, ss. 771-797.

OHLIN, Jens David, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, **Journal of International Criminal Justice**, 2007, s. 5, ss. 69-90.

OKOTH, Juliet R. Amenge, **The Crime of Conspiracy in International Criminal Law**, The Hague 2014.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, C. 12, S. 1, ss. 304-312.

OLASOLO, Hector, “Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability under International Criminal Law in light of the First Case Law of the International Criminal Court”, **The Emerging Practice of the International Criminal Court** içinde, SLUİTER Goran et. al. (eds), Leiden/Boston, 2009, ss. 339-359.

OLASOLO, Hector, “Joint Criminal Enterprise And Its Extended Form: A Theory Of Co-Perpetration Giving Rise To Principal Liability, A Notion Of Accessorial Liability, Or A Form Of Partnership In Crime?”, **Criminal Law Forum**, C. 20, S. 2, 2009, ss. 263–287.

OLASOLO, Hector, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power at the International Level: From the Stakić Case at the ICTY to the Case against the Sudanese President, Omar Al Bashir, at the ICC”, **Essays On International Criminal Law And Procedure**, Oregon 2011, ss.102- 121.

ÖNOK, Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, Ankara 2019

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018.

ÖZEN, Muharrem, “Türkiye Cumhuriyeti’nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 3, 2001, ss. 54-92.

ÖZEN, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara 1998.

ÖZENBAŞ, Nazmiye, “Ceza Sorumluluğunun Gelişimi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, Aralık 2013, ss. 387-416.

ÖZGENÇ, İzzet, **Suç Örgütleri**, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2018.

PITTMAN, Thomas, “*International Justice: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*”, **Judges’ Journal**, C. 55, S. 3, ss. 6-15.

PRADEL, Jean, **Droit Pénal Comparé**, Paris 2002.

RASTAN, Rod, “Review of ICC Jurisprudence 2008”, **Northwestern Journal of International Human Rights**, S.2, C.7, 2009, ss. 261-298.

REES, Jonathan, GERRY, Felicity, “Joint Criminal Enterprise in Kosovo Specialist Chambers”, <https://www.ibanet.org/article/882B3169-0EA7-4F4A-8F3B-FBF7C731607A>, Erişim: Şubat 2022.

ROBINSON, Paul H., WILLIAMS, Tyler Scot, **Mapping American Criminal Law: Variations Across the 50 States**, Kaliforniya 2018.

ROXİN, Claus, “Crimes as Part of Organized Power Structures”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 9, 2011, ss. 193-205.

SALVAGE, Philippe, **Droit Pénal Général**, Fontaine 2016.

SANCAR, Türkan, **Çok Failli Suçlar**, Ankara 1998.

SCHABAS, William, “A. State policy as an element of international crimes”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, C. 98, S. 3, 2007, ss. 953-982.

SCHABAS, William, **An Introduction to the International Criminal Court**, Cambridge, 2017.

SCHABAS, William, **The international criminal court : a commentary on the Rome statute**, Oxford, 2016.

SCHARF, Michael, "Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation," **American Society of International Law**. C. 15, S. 6, 2011, <https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/6/special-tribunal-lebanon-issues-landmark-ruling-definition-terrorism-and>, Erişim: Mart 2023.

Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 Mart 2012.

SINAR, Hasan, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2011, C. 6, S. 15., ss. 59-86.

SINGH, Avantika, "Mens Rea In International Law: Nuremberg To The International Criminal Court", **International Journal of Legal Developments and Allied Issues**, C. 6, S. 5, 2020, ss. 192-205.

SLAVKOVIĆ, Vucan, "Criminal Conspiracy in Comparative Law", **Труды Института государства и права Российской академии наук**, C. 15, S. 5, 2021, s. 91, <https://cyberleninka.ru/article/n/criminal-conspiracy-in-comparative-law/viewer>, Erişim: Şubat 2023.

SMITH, Bradley F., **The American Road to Nuremberg: The Document Record 1944-1945**, New York 1982.

STEWART, James G., "The end of 'modes of liability' for international crimes", **Leiden Journal of International Law**, C.25, S. 1, 2012, ss. 165-219.

STEWART, James G., "The End of Modes of Liability for International Crimes", **Leiden Journal of International Law**, C. 25, S. 1, 2012, ss 165-219.

TALLGREN, Immi, "The Sensibility and Sense of International Criminal Law," **European Journal of International Law**, C. 13, S. 3, 2002, ss. 561-595.

TAŞKIN KAPUSUZOĞLU, Beril, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul 2017.

TAYLOR, Greg, "Concept of Intention in German Criminal Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, C.24, S. 1, 2004, ss. 99-127.

TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği**, Ankara 2015.

TOROSLU, Nevzat, “Cezai Sorumluluğun Gelişimi”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak 1975, Yıl 16, S. 61-62, ss. 121-125.

TOROSLU, Nevzat, TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2021.

TRIFFTERER, Otto, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, **Leiden Journal of International Law**, C. 15, S. 1, 2002, ss. 179-205.

TURAN, Ubeydullah, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, 2016, ss. 41-84.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi (Hükümet Tasarısı), <https://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, Erişim Tarihi: Ekim 2021.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: Şubat 2023.

Uluslararası Askeri Mahkeme, *Fransa ve Diğerleri v. Goering ve Diğerleri*, 22 IMT 411, 466, 1946.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf, Erişim: Mart 2023.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Libya Durumu, ICC-01-11, <https://www.icc-cpi.int/libya>, Erişim: Nisan 2022.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Sudan Darfur Durumu, ICC-02-05, <https://www.icc-cpi.int/darfur>, Erişim Tarihi: Nisan 2022.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, The Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols, <https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols>, Erişim: Mart 2023.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Treaties, State Parties and Commentaries, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/380>, Erişim: Mart 2023.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Treaties, State Parties and Commentaries, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/380>, Erişim Tarihi: Kasım 2020.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Treaties, State Parties and Commentaries, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/380>, Erişim: Mart 2023.

Uluslararası Lübnan Özel Mahkemeleri, Kurucu Statüsü, <https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal>, Erişim Ocak 2023.

University of Minnesota, **Criminal Law: Consequences of Conspiracy**, https://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04, Erişim: Şubat 2023.

Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Madde 1, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, Erişim: Şubat 2023

UZUN, Elif “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 3, S. 2, 2003, ss. 25-48.

ÜNVER, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.1, S. 1, Eylül 2006, ss. 37-73.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Dolaylı Faillik”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, s. 2. ss. 79- 95.

Van Der WILT, Harmen, “Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations”, **Journal of International Criminal Justice**, C.5, S.1., 2007, ss. 91-108.

VAN SLIEDGRET, Elies, “Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense”, **New Criminal Law Review**, C. 12, S. 3, 2009, ss. 420-432.

VAN SLIEDREGT, Elies, “The ICC Ntaganda Appeals Judgment: The End of Indirect Co-perpetration?”, <https://www.justsecurity.org/76136/the-icc-ntaganda-appeals-judgment-the-end-of-indirect-co-perpetration/>, Erişim: Mart 2023.

VAN SLIEDREGT, Elies, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, Oxford 2012.

VAN SLIEDREGT, Elies, **The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law**, The Hague 2003.

VANDENBUSSCHE, Corine. "Droit pénal général Leçon 4 Le délinquant", 2008, s. 7, http://cdn.reseautudiant.com/forum/download.php/762,65/04_droit-penal_delinquant.unlocked.pdf, Erişim: Mart 2023.

VENTURA, Manuel J., "Aiding and Abetting and the International Criminal Court's Bemba et al. Case: The ICC Trial and Appeals Chamber Consider Article 25(3)(c) of the Rome Statute", **International Criminal Law Review**, C. 20, 2020 ss. 1138-1166.

VIGORITO, Rosario, "The Evolution and Establishment of the International Criminal Court (ICC)- A Selected Annotated Bibliography of Secondary Sources", **International Journal of Legal Information**, C. 30, S. 1, 2001, ss. 92-162.

WAGNER, Wienczyslaw J., "Conspiracy in Civil Law Countries", **The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science**, C. 42, S. 2, 1951, ss. 171-183.

WAYNE Jordash, VAN TUYL, Penelope, "Failure to Carry the Burden of Proof: How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone", **Journal of International Criminal Justice**, C.8, S. 2, 2010, ss. 591–613.

WEIGEND, Thomas, "Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga decision on confirmation of charges", **Journal of International Criminal Justice**, C.6, S.3, 2008, ss. 471-487.

WEIGEND, Thomas, "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept", **Journal of International Criminal Justice**, C. 9, S. 1, Mart 2011, ss. 91–111.

WERLE, Gerhard 'Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute', **Journal of International Criminal Justice**, C. 5, 2007, ss. 953–975.

WERLE, Gerhard, BURGHARDT, Boris, "Establishing degrees of responsibility: modes of participation in Article 25 of the ICC Statute." VAN SLIEDREGT, Elies, ve VASILIEV Sergey eds. **Pluralism in International Criminal Law** içinde, Oxford 2014, ss. 301-319.

WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian, "Unless otherwise provided': Article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law", **Journal of International Criminal Justice**, C. 3, S.1, 2005, ss. 35-55.

WHITING, Alex, “Crime of Aggression Activated at the ICC: Does it Matter?”, **Just Security**, <https://www.justsecurity.org/49859/crime-aggression-activated-icc-matter/#:~:text=The%20International%20Criminal%20Court's%20Assembly,effective%20on%20July%2017%2C%202018.>, Erişim Tarihi: Nisan 2020.

WIRTH, Steffen, “Co-Perpetration in the *Lubanga* Trial Judgment”, **Journal of International Criminal Justice**, C. 10, 2012, ss. 971-995.

YANEV, Lachezar, **Theories of Co-Perpetration in International Criminal Law**, Brill 2018.

YANEV, Lachezar. "Co-perpetration responsibility in the Kosovo Specialist Chambers: Staying on the beaten path?." **Journal of International Criminal Justice**, C. 14, S.1, 2016, ss. 101-121.

YENİDÜNYA, A. Caner, İÇER, Zafer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, 2013, ss. 797-828.

ZWANENBURG, Marten, DEKKER, Guido den, “Prosecutor v. Frans van Anraat. Case No. 07/10742. 2009 Nederlandse Jurisprudentie 481”, **The American Journal of International Law**, C.104, S. 1, Ocak 2010, ss. 86-94.

Mahkeme Kararları

1. Ceza Dairesi 2021/11075 E. , 2021/13821 K.

10. Ceza Dairesi 2020/21648 E. , 2021/12144 K.

Prosecutor v Blagojevic and Jokic, Trial Chamber Judgment, IT-02-60-T, 17 Ocak 2005.

Prosecutor v Brdanin, Appeals Chamber Judgment, IT-99-36-A, 03 Nisan 2007.

Prosecutor v Brdanin, Decision on Interlocutory Appeal, ICTY-99-36-A, 19 Mart 2004.

Prosecutor v Brdanin, Trial Chamber Judgment, IT-99-36T, 1 Eylül 2004.

Prosecutor v Krnojelac, Appeals Chamber Judgment, IT-97-25-A, 17 Eylül 2003.

Prosecutor v Krstić, Trial Chamber Judgment, No IT-98-33-T, 2 Ağustos 2001.

Prosecutor v Kvočka, Appeals Chamber Judgment, IT-98-30/1-A, 28 Şubat 2005.

Prosecutor v Simić et al, Appeals Chamber Judgment, IT-95-9-A, 28 Kasım 2006.

Prosecutor v Simic et al, Trial Chamber Judgment, IT-95-9-T, 17 Ekim 2003.

Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb, Decision on the Prosecution Application under Article 58/7 of the Statute, Pre Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05-01/07, 27 Nisan 2007.

Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb, Decision on the Prosecution Application under Article 58/7 of the Statute, Pre Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05-01/07, 27 Nisan 2007.

Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb, Decision on the Prosecution Application under Article 58/7 of the Statute, Pre Trial Chamber I (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05-01/07, 27 Nisan 2007.

Prosecutor v. Al Mahdi, Decision on the Confirmation of Charges Against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-84-Red, 24 Mart 2016.

Prosecutor v. Bemba et al., Case No. ICC-01/05-01/13-1989-Red, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 19 October 2016.

Prosecutor v. Bemba et al., Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/05-01/13-749, 11 Kasım 2014.

Prosecutor v. Bemba et al., Public document Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", The Appeal Chamber, ICC-01/05-01/08 A, 8 Haziran 2018.

Prosecutor v. Bemba et al., Public Redacted Version of Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber VII, ICC-01/05-01/13, 19 Ekim 2016.

Prosecutor v. Blé Goudé, Decision on the Confirmation of Charges Against Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11-186, 11 Aralık 2014.

Prosecutor v. Blé Goudé, Decision on the Confirmation of Charges Against Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11-186, 11 Aralık 2014.

Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case Information Sheet, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>, Erişim: Mart 2023.

Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, Trial Chamber VI, ICC-01/04-02/06, 8 Temmuz 2019

Prosecutor v. Charles Chankay Taylor, SCSL-03-01-T, 18 Mayıs 2012

Prosecutor v. Furundžija, Trial Chamber Judgement, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC 01/05–01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 Haziran 2009.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Urgent Warrant Of Arrest For Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi) III, ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008.

Prosecutor v. Karadzic, Appeals Chamber Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability, IT-95-5/18-AR72.4, 25 Haziran 2009.

Prosecutor v. Katanga et. al., İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), Hakim Anita Usacka'nın Kısmi Muhalefet Şerhi (Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008.

Prosecutor v. Kvocka, Trial Chamber Judgment, IT-98- 30/1-T, 2 Kasım 2001.

Prosecutor v. Lubanga, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007.

Prosecutor v. Lubanga, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007.

Prosecutor v. Katanga et. al., İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/04-01/07, 30 Eylül 2008.

Prosecutor v. Lubanga, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 Mart 2012.

Prosecutor v. Lubanga, Judgment on Jurisdiction Appeal, ICC-01/04-01/06-772, Appeal Chamber, 14 Aralık 2006.

Prosecutor v. Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges (İsnatların Teyidi Kararı), ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 Aralık 2011.

Prosecutor v. Milomir Stakic, Appeals Judgement, IT-97-24-A, 22 Mart 2006.

Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi) I, ICC-02/05-01/09, 4 Mart 2009.

Prosecutor v. Ongwen, Decision on the Confirmation of Charges Against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 Mart 2016.

Prosecutor v. Ongwen, Decision on the Confirmation of Charges Against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 Mart 2016.

Prosecutor v. Ruto et al., Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, 23 Ocak 2012.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Appeal Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, ICC-01/11-01/11-565, 24 Temmuz 2014.

Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999.

Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgment, IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999.

Prosecutor v. Tadic, Trial Chamber Opinion and Judgement, IT-94-I-T, 7 Mayıs 1997.

Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11-382-Red, Pre-Trial Chamber II (Ön Soruşturma Dairesi II), 29 Ocak 2012.

Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1221/Blagojevi%C4%87-and-Joki%C4%87/>, Erişim tarihi: Kasım 2020.

Prosecutor v. Vasiljevi, Appeal Chamber Judgement, IT-98-32-A, 25 Şubat 2004.

Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, İsnatların Teyidi Kararı (Decision on Confirmation of Charges), Pre-Trial Chamber II (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-01/09-01/11-373, 23 Ocak 2012.

Prosecutor's Application under Article 58 (7), Situation in Darfur, The Sudan, Pre Trial Chamber (Ön Soruşturma Dairesi), ICC-02/05, 27 Şubar 2007.

R v. Kennedy, 2007, UKHL, 38.



ÖZET

Uluslararası ceza hukukunda suçluların çokluğunu konu alan bu tez üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölüm kapsamında uluslararası ceza hukukunda bireysel ceza sorumluluğu genel olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede cezai sorumluluğun gelişimi, uluslararası ceza hukukunda kusurluluk, uluslararası ceza hukukunda toplu suçluluk ve bireysel sorumluluk ile bu kapsamda suça katılım modelleri incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde Roma Statüsü'ne kadar uluslararası ceza hukukunda suçluların çokluğuna ilişkin yapılan düzenlemeler ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle Uluslararası Askeri Mahkemelerin kuruluşu incelenerek, bu mahkemelerdeki yargılamalarda uygulanan kolektif ceza sorumluluğu ve mahkemelerin bu kapsamda değindiği komplo suçu ve suç örgütlerine ilişkin yaklaşımları değerlendirilmiştir. Ardından, Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin uyguladığı bir faillik türü olan müşterek suç girişimi ele alınmış, kavramın neden ortaya çıktığı, unsurları, suç genel teorisindeki suça iştirakten farkları ve *hibrit* uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarında nasıl uygulandığı ve kavramın eleştirileri incelenmiştir.

Çalışmanın son bölümü ise günümüzde bu konudaki tek sabit mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne (UCM) ve kurucu statüsü olan Roma Statüsü'ne ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle UCM'nin kuruluşu, yetki ve kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin kısa bir bakış sunan bu çalışma, esasen Roma Statüsü kapsamında bireysel ceza sorumluluğunun nasıl düzenlendiğine odaklanmış, hem Statü'nün ilgili 25. Maddesine ilişkin genel yaklaşım ele alınmış, hem de 25. ve 28. maddelerde sunulan sorumluluk türleri sırasıyla karşılaştırmalı hukukta ve UCM kararlarında incelenmiştir.

ABSTRACT

This dissertation examines individual criminal responsibility in international criminal law. It consists of three main parts.

The first chapter examines the general concept of individual criminal responsibility in international criminal law. In this context, the development of the idea of criminal responsibility, culpability in international criminal law, collective guilt and individual responsibility as well as modes of participation in crime are addressed.

The second chapter discusses regulations regarding individual criminal responsibility in international criminal law until the Rome Statute. Firstly, the establishment of the International Military Courts was examined. The application of collective criminal responsibility and the approaches of the conspiracy and criminal organizations were evaluated. Then, the dissertation discusses the joint criminal enterprise (JCE) which was used by the *Ad Hoc* International Criminal Tribunals as a form of perpetration. The dissertation addresses the root causes of JCE, its different modes, its distinct features from participation of crime, its application in the hybrid tribunals, and its criticism.

The last part of the study is devoted to the International Criminal Court (ICC), which is the only permanent international criminal court, and its founding status, the Rome Statute. In this chapter, the dissertation provides a brief overview of the ICC, its jurisdiction and admissibility criteria. Then it focuses on the relevant regulation on individual criminal liability in Art. 25 and Art. 28 of the Rome Statute. The dissertation addresses different types of liability listed in Art 25 and Art 28 of the Rome Statute by providing explanations in comparative criminal law and in the ICC decisions.