

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	7
İÇİNDEKİLER	9
KISALTMALAR	13
GİRİŞ	15

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ GÖRÜNÜMLERİYLE İŞTİRAK KAVRAMI VE ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA İŞTİRAKIN KODİFİKASYON SÜRECİ

I. HUKUKİ GÖRÜNÜMLERİYLE İŞTİRAK KAVRAMI	19
A. İştirak Kavramına Genel Bakış	19
1. Genel Açıklama.....	19
2. İştirakin Tanımı	19
a. Ceza Hukukunda İştirakin Tanımı.....	20
b. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda İştirakin Tanımı	21
3. İştirak Teorisi	22
a. Sorumluluğun Türev Niteliği (Bağılılık Kuralı)	23
b. Fiil Türleri (Maddi Unsur)	24
c. Kast (Manevi Unsur)	25
d. Netice ve Fiil Arasındaki Nedensellik (İllyet Bağı)	27
B. Ulusal Ceza Hukukunda İştirak	28
1. Kavram.....	28
a. Genel Açıklama	28
b. Hukuki Esası	29
c. Ceza Hukukunda İştirakin Tarihi Gelişimi.....	30
2. İştirakçilerin Sorumluluğuna Dair Sistemler	32
3. Fail ve Şerik Ayrımındaki Teoriler	34
C. Uluslararası Ceza Hukukunda İştirak	35
1. Uluslararası Ceza Hukuku	35
a. Uluslararası Hukukta Bireysel Cezai Sorumluluk.....	35
b. Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar	37

2. Uluslararası Suçlara İştirak	40
a. İştirake İlişkin Hukuki Düzenlemeler	41
b. Mahkeme Kararlarında İştirak	44
3. Planlama, Azmettirme ve Emretme Halinde İştirak	45
4. Yardım ve Yataklık Halinde İştirak	48
a. Maddi Unsur	49
b. Manevi Unsur	54
c. Soykırıma İştirak	58
d. Genel Çıkarımlar	60
II. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA İŞTİRAKİN KODİFİKASYONU	60
A. Genel Açıklama	60
B. Roberto Ago Dönemi	62
C. James Crawford Dönemi	72
D. Giorgio Gaja Dönemi	78
E. Genel Çıkarımlar	85

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA İŞTİRAK REJİMLERİ

I. GENEL AÇIKLAMA	87
II. GENEL İŞTİRAK REJİMİ (YARDIM VEYA DESTEK)	88
A. Genel Açıklama	88
B. Yardımın veya Desteğin Unsurları	89
1. Fiil Unsuru (Maddi Unsur)	89
2. İlliyet Bağı	94
3. Bilme Unsuru (Manevi Unsur)	98
4. Çifte Yükümlülük Unsuru	105
III. AĞIRLAŞTIRILMIŞ İŞTİRAK REJİMİ	108
A. Genel Açıklama	108
B. Yardım veya Destek Vermeme Yükümlülüğünün Unsurları	118
1. Uluslararası Hukukun Emredici Bir Hükmünün Ağır İhlalinin Varlığı	118
2. Yardım veya Desteğin Ağır İhlalin Oluşturduğu Durumun Sürdürülmesi (After the Fact) İçin Verilmesi	133

3. Manevi Unsur	136
4. Yardım veya Destek Vermeme Yükümlülüğünün İşleyişi.....	138
IV. ULUSLARARASI ÖRGÜTÜN ULUSLARARASI HAKSIZ BİR FİİLİNDE DEVLETİN İŞTİRAKİNE İLİŞKİN ÖZEL REJİM	143

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞTİRAKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE UYGULAMALAR İLE YORUMLANMASI VE İŞTİRAK SORUMLULUĞUNA BAĞLANAN SONUÇLAR

I. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE VE UYGULAMADA İŞTİRAKİN TEŞEKKÜLÜ.....	171
A. Genel Açıklama.....	171
B. Birincil Normlarda İştirakin Ele Alınışı	173
1. İnsan Hakları İhlallerinde İştiraki Yasaklayan Hükümler	174
a. 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin 3(e) maddesi ve Bosna Soykırımı Davası'nın iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi	174
b. 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 4(1) maddesi.....	185
c. Geri Göndermeme İlkesi	186
2. Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlallerinde İştiraki Yasaklayan Hükümler	189
3. Kuvvet Kullanma Hakkı Kapsamında İştirake İlişkin Temel Kurallar	191
a. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(5) Maddesi	191
b. Saldırı'nın Tanımı Kararı'nın 3(f) Maddesi	197
c. Tarafsızlık Hukuku	200
4. Silah Kontrolü Antlaşmaları Uyarınca İştiraki Yasaklayan Hükümler	203
a. Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretiminin ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme'nin 1(1)(c) Maddesi	203
b. Misket Bombaları Sözleşmesi'nin 1(1)(c) Maddesi	209
c. Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme'nin 1(1)(d) Maddesi.....	213
d. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesine İlişkin Antlaşma'nın 1. Maddesi	214

C. İştirake İlişkin Uluslararası Uygulama	216
1. Devletlere ve Devlet Dışı Aktörlere Askeri Yardım veya Destek Verilmesi	217
2. Ülkenin Kullanımına Yetki Verme veya İtiraz Etmeme	221
3. Teknik Destek ve İstihbarat Sağlama	224
4. Bir Anlaşma Uyarınca Yardım veya Destek Sağlama	227
5. Ekonomik İşbirliği Yapma	228
6. Suçluların İadesi	230
D. İştirak ve Durum Tespiti/Özen Yükümlülüğü (Due Diligence) Arasındaki İlişki	232
II. İŞTİRAK SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE UYGULANMASI	235
A. Genel Açıklama	235
B. İştirak Sorumluluğunun Kapsamı	237
1. İhlal Edilen Yükümlülüğü Yerine Getirme Ödevinin Devam Etmesi	239
2. İhlale Son Verme Yükümlülüğü	241
3. İhlalin Tekrarlanmayacağına İlişkin Güvence ve Garanti Verme Yükümlülüğü	242
4. Onarım Yükümlülüğü	244
a. Eski Hale İade	248
b. Tazminat	249
c. Tarziye	251
C. İştirak Sorumluluğunun Uygulanması	253
1. İştirak Sorumluluğuna Başvurulması	254
2. İştirak Sorumluluğunda Karşı-Önlemler	257
3. Uyuşmazlıkların Çözümünde İştirak Sorumluluğunun Uygulanması	259
SONUÇ	265
KAYNAKÇA	273

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AHİM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BM	: Birleşmiş Milletler
CIA	: Central Intelligence Agency
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EYUCM	: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması
KFOR	: The Kosovo Force
NATO	: North Atlantic Treaty Organization
RUCM	: Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
UNMIK	: The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu

GİRİŞ

*“Bir eylemin bir hukuk kişisine atfı, mahiyeti gereği bir kurgu içerir.”*¹ Sorumluluk hukuku, uluslararası hukukta gerçekleştirilen uluslararası haksız fiillerin, fiili gerçekleştiren her bir kişinin, kendi yetki alanında davrandığı ölçüde, söz konusu haksızlığın sonuçlarını üstlenmesi bilimidir. Her bir hukuk kişisi, her bir hukuk dalında kabul edilen farklı kurallarla, davranışlarıyla oluşan haksızlığın sorumluluğunu üstlenmek zorunda kalmaktadır. İştirak kavramı ise, hukukun birçok dalında, farklı karaktere bürünerek karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası sorumluluk hukukunda iştirak, uluslararası haksız fiilin birden fazla kişi ile birlikte gerçekleştirilmesiyle birlikte, fiili asıl gerçekleştiren kişi ile fiilin gerçekleşmesine katkıda bulunan kişinin birbirinden ayrıştırılmasına ve uluslararası haksız fiili gerçekleştiren kişinin yanında buna katkı sağlayan kişinin de sorumlu tutulmasına olanak sağlayan bir prensiptir.

İştirak, uluslararası haksız fiilin birden fazla kişi ile birlikte ortaklaşa gerçekleştiriliyor olmasıyla karıştırılmamalıdır. Ortak faillikte her bir fail haksız fiil sebebiyle aynı oranda sorumluyken, fiilin gerçekleşmesine katkıda bulunan iştirakçi bizatihi katkının kendisinin oluşturduğu haksızlık oranında sorumlu tutulmaktadır. Bu durum iştirakin türev nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, iştirak eden kişinin davranışı haksız fiili gerçekleştiren esas aktörün fiiline bağlanmaktadır. Yani iştirak sorumluluğunun meydana gelebilmesi için uluslararası haksız fiili oluşturan bir başat fiil şarttır. Ancak iştirak eden kişi başat fiilden ötürü değil, kendi fiiliyle oluşturduğu haksızlık sebebiyle sorumlu tutulmaktadır.

Uluslararası yükümlülüklerin ihlalleri, genellikle, birden fazla hukuk kişinin dahiliyle gerçekleşmektedir. Günümüzde, devletler, uluslararası örgütler yahut diğer kişilerin birbirleriyle kurdukları iletişim çok yönlüdür ve bu çok yönlü temas hali iştirakin kapılarını aralamaktadır. Geçtiğimiz yüzyılda üçüncü ve dördüncü nesil –özellikle velaket ve hibrit- savaşların artması, iştirak sorumluluğunun daha fazla gündeme gelmesine sebep olmuştur. Uluslararası hukukta silahlı çatışmalar, vesayet savaşlarıyla birlikte, tarafların birbirleriyle savaştıkları ve sorumluluğun taraflarının kolay

¹ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*, Devlet Kuramı İçinde, Cemal Bali Akal (Derleyen), 2. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 439.

biçimde tespit edilebildiği düzlemde, bu ayrımın gerçekleştirilmesinin zor olduğu bir düzene doğru ilerlemiştir. Çünkü hukuka aykırılığın tarafları genellikle birilerinin katkısıyla ihlallerini gerçekleştirmektedir. Fakat hem sunulan katkının hemde esas aktör ile iştirakçi arasında katkıya yönelik bağın tespiti birçok olayda yapılamamaktadır.

Uluslararası haksız fiili gerçekleştiren kişi tek olduğunda atfın gerçekleştirilmesi daha kolayken, kişi sayısı arttıkça bu durum çetrefilli bir hal almaktadır. Fiilin atfının gerçekleştirilmesi için oluşturulacak kurguda, sunulan katkının iştirak kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti uygulamada bir hayli zor olmaktadır. Çünkü iştirak eden taraflar, bu sorumluluktan kaçınmak için kendilerine güvenli limanlar aramaktadırlar ve uluslararası hukukun merkezi bir yasal düzeninin olmaması ve uygulama mekanizmalarının görece zayıflığı bu kaçışa olanak sağlamaktadır. Aynı zamanda, uygulamada, iştirak sorumluluğu için aranan bilişsel gereklilik eşiği oldukça yüksektir ve hayatın olağan akışı içerisinde iştirak olduğu kaçınılmaz görünen durumlarda dahi iştirak sorumluluğunun tesis edilememesine sebebiyet vermektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın iştirak sorumluluğuna yaklaşımı da² bu negatif durumu beslemekte ve çoğu durumda, ironik bir biçimde, uluslararası haksız fiile iştirak edenin gerçekleştirdiği haksızlık yanına kar olarak kalmaktadır.

Uluslararası sorumluluk hukuku alanının ilkeleri, Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından Devletlerin ve Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Haksız Fiillerden Sorumluluklarına ilişkin olarak hazırlanan Maddeler Çalışmalarında ortaya konmuştur. Teamül hukuku kuralı niteliğinde olduğu kabul edilen Maddeler Çalışmalarına göre, bir devlet veya uluslararası örgüt, kendisine isnat edilebilen icrai veya ihmali davranışıyla, uluslararası yükümlülüğünün ihlalini gerçekleştirdiyse, davranışı/fiili uluslararası hukuka aykırılık/haksızlık teşkil edecek³ ve sorumluluğu meydana gelecektir. Sorumluluğa ilişkin temel ilke bu şekilde olmakta birlikte, uluslararası haksız fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda izlenecek yola ilişkin diğer maddelere başvurmak gerekecektir.

² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43., <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 05.03.2020.

³ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Article 2, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, Erişim Tarihi: 12.03.2020; Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, 2011, Article 4, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf, Erişim Tarihi: 12.03.2020.

Komisyon, devlet ve uluslararası örgütün iştirak sorumluluğuna ilişkin olarak, ceza hukukunu çağrıştırdığı gerekçesiyle “yardım veya destek (*aid or assistance*)” başlığıyla bir düzenleme yapmayı uygun görmüştür. Komisyon her ne kadar iştirak kelimesini kullanmamayı tercih etse de doktrinde konuyla ilgili çalışan yazarlar özellikle iştirak kelimesini kullanmakta ısrarcı bir tutum sergilemektedir. Sorumluluk hukukunda bu ayrışma, en temelinde, gerçekleştirilen haksız fiile “suç” demek yerine “hukuka aykırı/haksız fiil/eylem” denilerek ve uluslararası yükümlülüğün ihlalini suç işlemekten ayrı bir yere konularak zaten gerçekleştirilmiştir. Günümüzde, uluslararası sorumluluk hukuku disiplininin ceza hukukundan ayrık olduğuna, sorumluluğa ilişkin ilkelerin nevi şahsına münhasır olarak ortaya çıktığına kimsenin itirazı yoktur. Hal böyleyken kullanılan her bir terimde ceza hukuku disiplininin ayrışma çabasına girilmesi gereksiz kalmakta ve meseleyi tanımlayan en iyi terim “iştirak” iken “yardım veya destek” olarak ele almak konunun içinin iyi doldurulamamasına sebebiyet vermektedir. Aynı zamanda, iştirak kelimesi hukukun her bir dalında kendine özgü anlamına kavuştuğundan, kelimeyi yalnızca ceza hukuku alanına hasretmek için de bir sebep görünmemektedir. Bu sebeple çalışmanın başlığı olarak “yardım veya destek” yerine “iştirak” kelimesini kullanmak uygun görülmüştür.

İştirak hükmüne göre, yardım veya destek sağlayan devlet yahut uluslararası örgüt, bu yardım veya desteği kendisinin de mükellef bulunduğu bir yükümlülüğün ihlaline yönelik olarak ve uluslararası haksız fiilin koşullarını bilerek gerçekleştirirse iştiraktan sorumlu tutulacaktır.⁴ Şu durumda bir devlet yahut uluslararası örgüt, esas aktör için bir yükümlülük olan ancak kendisi için bir yükümlülük oluşturmeyen yükümlünün ihlaliyle uluslararası haksız fiilin gerçekleştirilmesine yardım veya destek sağlasa da iştirak bağlamında sorumluluğu meydana gelmeyecektir. Aynı zamanda, yardım veya destek sağlayan kişi, davranışını gerçekleştirirken, haksız fiilin koşullarının bilincinde olmalıdır. Bilmeksizin gerçekleştirdiği yardım veya destekten sorumlu tutulamayacaktır.

Çalışmada, uluslararası haksız fiile katılmanın en yaygın yollarından birisi olan iştirak kurumu incelenmiştir. Bu minvalde, Uluslararası sorumluluk hukukunda devletler ve uluslararası örgütler için geçerli olan iştirak rejiminin hukuki çerçevesi çizilerek, mevcut kuralların uluslararası haksız fiillerdeki iştirak sorumluluğuna ne ölçüde yanıt verdiği ele alınmıştır.

⁴ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, Article 16; Draft articles on the responsibility of international organizations, 2011, Article 14.

İştirak sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulamadaki belirsizliğine yer verilerek, iştirak eden kişinin sorumluluğuna yol açacak kriterler ortaya konmuştur. Çalışma içerisinde genel sorumluluğa yönelik anlatımlarda zaman zaman devlet kelimesi aynı zamanda uluslararası örgütü de kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Bu durum sorumluluğa ilişkin temel kuralların devletler üzerinden şekillenmesinden ileri gelmektedir. Söz konusu anlatımlarda devlet kelimesi ile hem devlet hem de uluslararası örgüt kast edilmektedir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümün ilk kısmında iştirak kavramının ceza hukuku disiplini ile uluslararası hukuk disiplini arasındaki benzerlikler ve farklılıkların ortaya konulması maksadıyla, genel bir bakış yapılarak, iştirakin tanımı, iştirak teorisi ve ulusal (iç/yerel) ceza hukukunda iştirak kavramının ele alınışı incelenmiştir. İkinci kısımda ise, Uluslararası Hukuk Komisyonu Raportörlerinin temel yaklaşımları ve devletlerle uluslararası örgütlerin görüşleri doğrultusunda, iştirakin uluslararası sorumluluk hukukundaki kodifikasyon sürecine yer verilmiştir.

İkinci bölümde, uluslararası sorumluluk hukukunda iştirak rejimlerinin neler olduğu ve Maddeler Çalışmaları'nda kabul edilen kuralların ne şekilde anlaşılması gerektiği sorusuna cevap aranmıştır. Bu doğrultuda, Genel İştirak Rejimi (Yardım veya Destek), Ağırlaştırılmış İştirak Rejimi ve Uluslararası Örgütün Uluslararası Haksız Bir Fiilinde Devletin İştirakine İlişkin Özel Rejim olmak üzere iştirakin üç hukuki rejiminin olduğu tespit edilmiş ve söz konusu rejimlerin unsurları doktrindeki tartışmalar ve uygulamayla birlikte etüt edilmiştir.

Üçüncü bölümün ilk kısmında, uluslararası düzenlemelerde iştirake atıfta bulunan kurallar ile iştirak sorumluluğunun uygulamada hangi biçimlerde olduğu incelenerek, uluslararası düzenlemeler ve uygulama ışığında iştirak sorumluluğunun meydana gelmesi hususu ele alınmıştır. İkinci kısımda ise, iştirakçi kişinin sorumluluğunun kapsamının ne olacağı ve iştirakin uygulanması meselesi incelenmiştir. İştirak sorumluluğunun kapsamı ve uygulanmasına ilişkin kurallar ikili ilişki -haksız davranışı gerçekleştiren taraf ile hakkı ihlal edilen taraf- üzerine kurulmuş olduğundan, iştirak sorumluluğunun sonuçlarına ilişkin var olan belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır.

Sonuç kısmında, bölümler içerisinde anlatılan konulara ilişkin -özellikle iştirak rejimlerinde aranacak unsurlara ve sorumluluğun doğmasına yönelik- varmış olduğumuz yargılara yer verilerek çalışma tamamlanmıştır.