

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKLİ
OLARAK FAİLLİK**

Yüksek Lisans Tezi

NÜSRİ YÜKSEL

EYLÜL, 2021

T.C.

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKLİ
OLARAK FAİLLİK**

Yüksek Lisans Tezi

NÜSRİ YÜKSEL

Tez Danışmanı: MEHMET SİNAN ALTUNÇ

İSTANBUL, 2021

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAM

Tezin Adı : Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak Şekli Olarak Faillik

Öğrencinin Adı Soyadı: Nüsri Yüksel

Tez Savunma Tarihi :

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu
_____ Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü

Bu tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi M. Sinan ALTUNÇ

Üye

Üye

ÖZET

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKLİ OLARAK FAİLLİK

Nüsri Yüksel

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ

Eylül 2021, 100 Sayfa

Fail, ceza kanunlarında düzenlenen ve yaptırım öngören normların muhatabı olan kişidir. Fail, tek kişi ya da normu birlikte ihlal eden birden fazla kişi olarak karşımıza çıkabilir. Bazı suç tiplerinde birden fazla kişinin suçun gerçekleşebilmesi için zorunlu olarak bir araya gelmeleri istenmiştir. Bazen de ihtiyari olarak birden fazla kişi suçun meydana gelmesinde katkı sağlayabilir. Bu çalışmada, iştirak iradesi ile hareket eden ya da bir failin diğer fail üzerinde hâkimiyet kurması suretiyle faillerin suç işlemesi ele alınmıştır.

İştirak kuralları, suç tipinin tamamlayıcı ve genişletici yönünü oluşturur. Suça katkıda bulunanların katkı düzeylerine göre cezalandırılmasını amaçlayan bir hukuk kurumudur.

İştirak konusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ikili ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrım, faillik ve şeriklik olarak iki ana başlık altında toplanmıştır. Faillik, kendi içinde müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak ayrılır. Şeriklik ise azmettirme ve yardım etme şeklinde ikili bir sınıflamaya tabi tutulmuştur. Bu ayrım, eski ceza kanunumuzdaki ikili sınıflandırmayla benzerdir. Bu çalışmada; Türk ceza hukukunda iştirak şekli olarak faillik konusu ele alınmıştır. Çalışmanın başında, suça iştirak hükümlerinin hukuki niteliği, suça iştirakin cezalandırılma nedeni, iştirakçilerin sorumluluğu ve bu konudaki farklı görüşler üzerinde durulmuştur. Faillik konusu; müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik başlıkları altında işlenmiş, konu hakkında farklı görüşlere, örneklerle ve yargı kararlarına değinilerek konu somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın son bölümünde ise faillik ve faillik şekillerinin diğer iştirak kurumlarıyla olan ilişkisine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suça iştirak, Suç Ortaklığı, Fail, Müşterek Fail, Dolaylı Fail,

ABSTRACT

PERPETRATOR AS A FORM OF PARTICIPATION IN THE CRIME IN TURKISH CRIMINAL LAW

Nüsri Yüksel

Institute of Social Sciences, Department of Public Law

Thesis Advisor: Dr. Mehmet Sinan ALTUNÇ

September 2021, 100 Pages

The perpetrator is the person who is the addressee of the norms regulated in the criminal laws and stipulating sanctions. The perpetrator may appear as a single person or more than one person who violates the norm together. More than one person has been required to come together in order for the crime to occur in some types of crime. Sometimes more than one person may voluntarily contribute to the occurrence of the crime. In this study, it is discussed that perpetrators commit crimes by acting with the will of participation or by the dominance of one perpetrator over the other perpetrator. Participation rules constitute the complementary and expanding aspect of the crime type. It is a legal institution that aims to punish those who contribute to crime according to their contribution status.

The subject of participation is subject to dual distinction in the Turkish Penal Code No.5237. This distinction is grouped under two main headings as perpetrator and partnership. Perpetrator; are divided into separate perpetrator, joint perpetrator and indirect perpetrator. Partnership, on the other hand, is subjected to a dual classification as instigation and assistance. This distinction is similar to the binary classification in our old penal code. In this study; the subject of perpetration as a form of participation in Turkish criminal law has been discussed. At the beginning of the study, the legal nature of the provisions of complicity, the reason for the punishment of complicity, the responsibility of the participants and different opinions on this issue were emphasized. The subject of the perpetrator; It has been handled under the titles of individual perpetrator, joint perpetrator and indirect perpetrator, and the subject has been tried to be embodied by referring to different views, examples and judicial decisions on the subject. In the last part of the study, the relationship of the perpetrator and perpetrator forms with other affiliate institutions is mentioned.

Keywords: Participation In Crime, Criminal Partnership, Perpetrator, Co-Perpetrator, Indirect Perpetrator

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BÖLÜM I.....	2
SUÇA İŞTİRAKE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER, İŞTİRAKİN HUKUKİ ESASI, SUÇA İŞTİRAK ŞARTLARI	2
1. GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK	2
2. ÇOK FAİLLİ SUÇLAR	4
2.1. YAKINSAMA SUÇLARI.....	5
2.2. KARŞILAŞMA SUÇLARI.....	6
3. SUÇA İŞTİRAKİN HUKUKİ ESASI	7
4. SUÇA İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASI KONUSUNDA SİSTEMLER.....	9
4.1. EŞİTLİK SİSTEMİ.....	9
4.2. İKİLİK SİSTEMİ.....	10
4.3. CEZANIN FAİLE GÖRE TESPİTİ SİSTEMİ.....	11
5. SUÇA İŞTİRAK ŞARTLARI	14
5.1. FAİLİN KARARLAŞTIRILAN SUÇUN İCRASINA BAŞLAMIŞ OLMASI.....	14
5.2. FAİLİN FİİLİNİN KASITLI VE HUKUKA AYKIRI OLMASI.....	15
5.3. BİRDEN FAZLA KİŞİNİN BİRDEN FAZLA FİİLİNİN OLMASI.....	16
5.4. HAREKETLERİN NEDENSEL OLMASI.....	17
5.5. SUÇA İŞTİRAK İRADESİNİN BULUNMASI.....	18
5.6. SUÇUN BÜTÜN ORTAKLAR İÇİN AYNI OLMASI.....	19
BÖLÜM II	20
TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKLİ OLARAK FAİLLİK	20
1. SUÇA İŞTİRAKTE FAİLLİK VE TÜRLERİ.....	21
1.1. MÜSTAKİL FAİLLİK.....	22
1.2. MÜŞTEREK FAİLLİK.....	23
1.2.1. Müşterek Faillik Şartları	25
1.2.1.1. Birden çok failin fiilin icrası üzerinde ortak hâkimiyet kurması	26
1.2.1.2. Birlikte suç işleme kararının bulunması	32
1.2.1.3. Suçun icrasına başlanmış olması	35
1.2.2. Müşterek Failin Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halini İşlemesi Halinde Sorumluluk	36
1.2.3. Müşterek Faillerden Birinin İştirak Anlaşmasının Sınırını Kasten Aşması Halinde Sorumluluk.....	37
1.2.4. Müşterek Faillikte İliyet Bağındaki Sapmaların Sorumluluğa Etkisi	38
1.2.5. Müşterek Faillikte Fiili Gerçekleştirenin Belli Olmaması Halinde Sorumluluk	38
1.2.6. Özgü Suçlarda Müşterek Faillik	39

1.2.7. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik	41
1.2.8. Taksirli Suçlarda Müşterek Faillik	42
1.2.9. Müşterek Faillikte Hata	43
1.2.10. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Müşterek Faillik	43
1.3. DOLAYLI FAİLLİK.....	44
1.3.1. Dolaylı Failliğin Tarihçesi	48
1.3.2. Dolaylı Faillik Türleri.....	49
1.3.2.1. Kusur yeteneği bulunmayan veya kusur yeteneği zayıf olan şahısların suçta araç olarak kullanılması	49
1.3.2.2. Kusur yeteneği geçici bozulanların suçta kullanılması halinde dolaylı faillik	54
1.3.2.3. Zorlama yoluyla iradeye hâkimiyet şeklinde dolaylı faillik	55
1.3.2.4. Suç işlenmesinde kullanılan araç şahsın hatasından yararlanmak suretiyle dolaylı faillik	59
1.3.2.5. Sapmadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik.....	63
1.3.2.6. Aracı şahsın fiilinin hukuka uygun olması halinde dolaylı faillik	65
1.3.2.7. Bir başkasının hukuka uygun davranışının suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillik	67
1.3.2.8. Aracı şahsın hareketlerinin tipik olmadığı hallerde iradeye hâkimiyet	68
1.3.2.9. Organize suç örgütlerinin gücünden yararlanma yoluyla dolaylı faillik.....	69
1.3.2.10. Yetkili merciin konusu suç teşkil eden emrini yerine getirmede dolaylı faillik ...	70
1.3.2.11. Şahsi cezasızlık nedeni bulunan kişiye suç işletilmesi	72
1.3.2.12. Aracı failin işlediği fiilden tamamen sorumlu olduğu hallerde dolaylı faillik.....	73
1.3.2.13. Özgü suçlarda dolaylı faillik	75
1.3.2.14. Taksirli suçlarda dolaylı faillik.....	75
1.3.2.15. İhmali suçlarda dolaylı faillik.....	76
1.3.2.16. Bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillik.....	78
BÖLÜM III.....	80
FAİLLİK KONUSUNA İLİŞKİN OLARAK SUÇA İŞTİRAK KAPSAMINDA BAZI KARŞILAŞTIRMALAR	80
1. FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMI	80
2. DOLAYLI FAİLLİK-DOĞRUDAN FAİLLİK AYRIMI.....	82
3. DOLAYLI FAİLLİK-MÜŞTEREK FAİLLİK AYRIMI.....	83
4. DOLAYLI FAİLLİK-AZMETTİRME AYRIMI	83
6. DOLAYLI FAİLLİK-YARDIM ETME İLİŞKİSİ.....	90
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	98

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
ECK	: Eski Ceza Kanunu
m.	: Madde
TCK	: Türk Ceza Kanunu
yy	: Yüzyıl
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
E.	: Esas
K.	: Karar
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa aralığı
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi

GİRİŞ

Suç, ceza kanununun olumlu veya olumsuz emrinin ihlal edilmesi ve bu ihlal sonucunda genel olarak ceza adı altında yaptırım uygulanması sonucunu doğuran eylemlerdir. Ceza hukukunda suçun kanuni tanımını oluşturan suç kalıbında yasaklanan fiili gerçekleştiren kişi, yani ceza normunun cezalandırmak istediği kişi *fail* olarak tanımlanır.¹

Ceza normunda failden söz ederken çoğu zaman “bir kimse ... cezalandırılır”, “bir kişi ... cezalandırılır.” denilerek sıradan ve tek fail kastedilir.² Bazı suçlar, suç tanımına uygun olarak tek fail tarafından gerçekleştirilmez. Zira birden fazla kimsenin kanunla yasaklanan eylemin gerçekleştirilmesine katılması aranmaktadır.³ İştirakçilerin işlediği fiilin neticesi açısından illi, ancak şekil ve yoğunluk bakımından farklı katkıları durumlarda sorumlulukta nasıl bir siyaset izleneceği konusu gündeme gelecek ki bu sorun da suça iştirak müessesesi ile çözümlenir.

Suçta iştirak; suç tanımı itibariyle bir kimse tarafından işlenen suçların birden fazla kimsenin katkısıyla gerçekleştirilmesidir. İştirak kuralları, suç tipinin tamamlayıcı ve genişletici yönünü oluşturarak suça katkıda bulunanların katkı oranlarına göre cezalandırılmasını sağlayan ceza genel hukuku konusudur.⁴

Bu çalışmada, öncelikle suça iştirak konusuna değindikten sonra suça iştirakte faillik konusu ele alınarak faillik türleri açıklanacak, faillik türlerinin diğer iştirak müesseseleri ile benzer yönleri ve ilişkileri ortaya konulacak, suça iştirak kapsamında bazı faydalı karşılaştırmalar yapılarak konu hakkında uygulamada karşılaşılan sorunlara ve yüksek yargı mercilerinin çözüm yaklaşımlarına değinilecektir.

¹ Artuk, M. Emin & Gökçen, Ahmet & Alşahin, M. Emin & Çakır, Kerim, 2021. *Ceza Hukuku genel hükümler*, 15. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 299, 740; Özbek, Veli Özer & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar, 2020. *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin s. 507

² Özgenç, İzzet, 2020. *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Seçkin, s. 212

³ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 299, ss. 735-736

⁴ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, ss. 735-736

BÖLÜM I

SUÇA İŞTİRAKE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER, İŞTİRAKİN HUKUKİ ESASI, SUÇA İŞTİRAK ŞARTLARI

1. GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK

Suç, toplumsal düzenin devamı amacıyla hukuki değerlerin korunması için belirlenen kurallara yönelik haksız ve hukuka aykırı olarak meydana getirilen insan davranışıdır.⁵ Suçtan söz etmek için bazı unsurlara ihtiyaç vardır. Bu unsurlar, somut suç tanımından bağımsız olarak bulunması gerekli olan soyut unsurlardır. Bu unsurlara *kurucu-asli unsurlar* denilmektedir. Ceza hukukumuzda suçun kurucu unsurları; tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık, kusurluluktur.⁶

Hukuk sistemimizde suçun unsurları objektif (maddi) unsur ve sübjektif (manevi) unsur olarak iki sınıfa ayrılarak incelenir.⁷ Objektif unsurlar; tipiklik-kanunilik unsuru ve maddi unsur olmak üzere ikiye ayrılır. Tipiklik unsuru; suçun kanuni tanımını oluşturup suçun soyut bir modelini ifade etmektedir. Buna kısaca suç kalıbı da denir.⁸

Suçun maddi unsurunu fiil oluşturur. Fiil, belli bir neticenin gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik dış dünyaya yansıyan iradi insan davranışıdır. İcraî olabileceği gibi ihmali şekilde de olabilir.⁹ Ceza hukukunda failin tek başına anlamı bulunmamaktadır. Fiilin önemi, meydana getiren failden kaynaklanmaktadır. Sözlük anlamı olarak *fail*; eden, yapan, işleyen şeklinde, hukuki anlamda ise

⁵ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 261

⁶ Zafer, Hamide, 2015. *Ceza hukuku genel hükümler*. 4. Baskı. İstanbul: Beta, s. 168

⁷ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, ss. 289 vd. ; Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 179

⁸ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 290

⁹ Baş, Eylem, 2021. *Ceza hukukunda fail ve mağdur*. Ankara: Seçkin, s. 115

hukuki sonuç doğuracak bir suç işleyen kimse olarak tanımlanmıştır.¹⁰ TCK'nın *Faillik* başlığını taşıyan 37. maddesinde fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren olarak tanımlanmıştır. Ceza hukukuna göre fail, kanun koyucu tarafından suç olarak öngörülen fiili gerçekleştiren fiilin merkezi figürüdür. Fail olabilmek için kural olarak cinsiyet, vatandaşlık, yaş önemli değildir.¹¹ Hatta fail kavramı sadece gerçek kişiyi değil tüzel kişiyi de kapsayan geniş bir kavramdır. Tüzel kişinin suçun faili olup olamayacağı, işlenen fiil nedeniyle sorumlu tutulup tutulamayacağı, hangi yaptırımlara tabi tutulacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.¹² Bu nedenle bu çalışma gerçek kişi fail esas alınarak hazırlanmıştır.

Ceza normunda failden söz edilirken genellikle tek fail esas alınarak düzeleme yapılır.¹³ Ancak bazı suçlar, tek fail tarafından işlenemez. Suçun tipe uygun olarak suçun meydana gelebilmesi için birden fazla kimsenin kanunla yasaklanan normun ihlalinde iştirak derecesinde katkısı şarttır. Bu katkıdaki amaç, güç birleştirilmesi veya görev bölümü yapmanın zorunluluğundan kaynaklanabilir.¹⁴ Fiilin gerçekleştirilmesinde iştirakçilerin farklı şekildeki katkıları sonucunda faillerin sorumlu tutulmasında izlenecek yol, suça iştirakin konusudur. Farklı iştirak türlerine göre faillerin sorumluluk durumları iştirak hükümleri ile belirlenecektir.¹⁵

Suçta iştirak, genel kabul edilen görüşe göre ceza hukuku sistemimizde suçun özel görünüş şekilleri adı altında düzenlenmiştir. Suça iştirak; suç tanımı itibariyle bir kimse tarafından işlenen suçların birden fazla kimse tarafından gerçekleştirilmesidir. İştirak kuralları, suç tipinin tamamlayıcı ve genişletici yönünü oluşturarak suça katkıda bulunanların katkı oranlarına göre cezalandırılmasını sağlayan bir müessesedir.¹⁶

Kanundaki tipik düzenlemede dar anlamda failden söz edilir. İştirakin genişletici rolü sayesinde, suç tanımındaki fiilin gerçekleştirilmesinde veya neticenin

¹⁰ TDK sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr> [Erişim tarihi: 07.08.2021]

¹¹ Baş, s. 114

¹² Ayrıntısı için bkn. Baş, ss. 741-765

¹³ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 507

¹⁴ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, ss. 735-736

¹⁵ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 539

¹⁶ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, ss. 735-736; Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 507

oluşmasında doğrudan etkisi olanların yanında dolaylı olarak katkısı olanların da cezalandırılması amaçlanmaktadır.

İştirakten söz edebilmek için failler arasında iştirak iradesi olmalıdır. Yanı sıra, işlenmesi planlanan suçun icrasına başlanmış olması gereklidir. Son olarak da iştirakten söz edebilmek için birden fazla kişinin fiili gereklidir.¹⁷

2. ÇOK FAİLLİ SUÇLAR

Suç kalıbına uygun fiilin tek kişi tarafından işlenebilmesi durumunda tek failli suçlar, birden fazla failin fiile katılmasının şart olarak arandığı suçlara ise çok failli suçlar denir.¹⁸ Bu suçlara iştirak, kanuni bir zorunluluk olduğu için *zorunlu iştirak* tabiri de kullanılmaktadır.¹⁹ Çok failli suçlarda suçun kurucu unsuru olması sebebiyle birden fazla failin bulunması gereklidir.²⁰ Çok faili suçlar suçun özel görünüş biçimi değildir. Bunlar hakkında kural olarak iştirak hükümleri uygulanamaz.²¹ Çok failli suçlara iştirakten söz edebilmek için suçun oluşmasında katılımı zorunlu olan kişiler dışında bir iştirakçinin bulunması gerekir.²² Örneğin rüşvet ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu örnektir.²³ Çok failli suçalar ile tek failli suçlara uygulanacak hükümler açısından farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle çok failli suçlar ile tek failli suçların ayrımı önem taşımaktadır. Çok failli suçlarda ilgili suçun tanımında özel olarak yer verilir. Ancak iştirak hükümleri hususunda tüm suç tipleri için ayrı biçimde düzenleme bulunur.²⁴

¹⁷ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 736; Zafer, s. 414

¹⁸ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 507

¹⁹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 536

²⁰ Aydın, Devrim, 2009. *Türk Ceza hukukunda suça iştirak*. Ankara: Yetkin, 2009. s. 25

²¹ Aydın, s. 26

²² Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 735

²³ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s.734

²⁴ Zafer, s. 414

Çok failli suçlar için *zorunlu iştirak*, tek failli suçlardan olup iştirakle işlenen suçlar için de *geçici iştirak* sınıflandırması da çok failli suçların zorunluluk unsuruna göre yapılan bir sınıflandırmadır.²⁵

Çok failli suçlar doktrinde *yakınsama* ve *karşılaşma* suçları olarak iki başlık altında incelenir.²⁶

2.1. YAKINSAMA SUÇLARI

Birlikte suç işleyen kişilerin aynı yönde hareket etmesi, aynı amacı gerçekleştirmeye çalışmalarıdır. Birden fazla failin birleşmesi ile suç oluşur.²⁷ Bu failler, fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaktadır.²⁸ Bu durumda işlenen suç nedeniyle katılanların hepsi fail olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin TCK'nın 220. maddesindeki *suç işlemek amacıyla örgüt kurma* suçunda en az üç kişinin örgüt kurmak için bir araya gelmesi gerekmektedir.²⁹ Kamu görevini terk (TCK m. 260), hükümlü ve tutuklunun ayaklanması (TCK m. 296) gibi suçlar da yakınsama suçuna örnektir.³⁰

Yakınsama suçlarına azmettiren veya yardım eden olarak iştirak mümkündür. Ancak bu şekilde suça katılanlar, suçun oluşması için katılması gereken zorunlu iştirakçiler dışındaki kişiler olmalıdır.³¹

²⁵ Aydın, s. 236

²⁶ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 733

²⁷ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 508

²⁸ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 537

²⁹ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 733

³⁰ Ercan, İsmail, 2013. *Ceza hukuku genel hükümler*. İstanbul: Oniki Levha, s. 184

³¹ Ercan, s. 184

2.2. KARŞILAŞMA SUÇLARI

Karşılaşma suçlarında, suç işlemek için zorunlu olarak katılanların, aynı amacı gerçekleştirmek amacıyla farklı yönlerden hareket ettiği suçlardır. Bu faillerin işlenen suç açısından hareketleri farklılık arz etmektedir. Rüşvet suçunda rüşvet alan ve rüşvet verenin hareketleri, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticaret suçunda (TCK m. 188) satan ve satın alanın hareketleri bu suça örnektir. Karşılaşma suçlarında faillerin biri cezalandırılıp diğeri cezalandırılmayacağı gibi suça katılanlardan biri mağdur da olabilir.³²

Çok failli suçların bir diğeri tasnif biçimi ise *homojen-heterojen hareketli suçlar* olarak ayrılmasıdır. Homojen hareketli suçlarda faillerin hareketlerinin birinden diğeri doğru müşterek amaç veya işbirliği içerisinde olduğu ya da hareketlerin birbirine karşı olduğu suçlardır. Faillerin bir amaç için hareket ettikleri suçlar müşterek amaçlı karşılaşma suçları (anlaşma suçları) olarak isimlendirilir. Zıt hareketli homojen karşılaşma suçlarında ise faillerin hareketlerinin biriden diğeri doğru düşmanca olması söz konusudur. ECK'daki kavga suçu buna örnektir.³³

Heterojen hareketli karşılaşma suçlarında ise failler farklı hareketlerle suçu gerçekleştirirler. Hatta bu faillerin farklı hareketleri, farklı suç tiplerini gerçekleştirebilir. Kanun koyucu farklı hareketleri ayrı ayrı cezalandırabileceği gibi kimi hareketleri cezasız da bırakabilir. Rüşvet suçundaki rüşvet almak ve vermek fiili iki ayrı eylem olup heterojen hareketli karşılaşma suçlarına örnektir.³⁴

Tek taraflı çok failli suçlarda hareketler bir failden diğeri doğru gerçekleşmez. Tüm hareketler aynı doğrultudadır. Bu tür suçlara *kolektif suçlar* da denilmektedir. Tek taraflı çok failli suçlar da iki taraflı çok failli suçlar sınıflandırılmasında olduğu gibi homojen veya heterojen nitelikte olabilir. Homojen sınıflamasında hareketler bir merkezden dışarıya doğru gelişir. Örneğin silahlı ayaklanma suçunda olduğu gibi. Heterojen sınıflandırmada faillerden

³² Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 508

³³ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 734

³⁴ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 734

birinin hareketli diğerrinin hareketini kolaylaştırıcı veya hareketine yardımcı nitelik taşır.

Son olarak geniş anlamda fail, dar anlamda fail ayırımına da değinmek faydalı olacaktır. *Geniş anlamda faillikte*, ceza normu ile koruma altına alınan hukuki değeri ihlal eden herkes, illî hareketine göre fail olarak sorumlu tutulur.³⁵ Faillerin sorumlu tutulması için özel bir kanuni düzelemeye gerek yoktur. İştirak iradesi ile illî harekette bulunanların davranışlarını eşitlik prensibine göre açıklayan görüştür. İştirak hükümlerinin uygulamasını daraltan etkiye sahiptir. Azmettirme, yardımda bulunma eylemleri de bu kavramın içerisinde yer alır. Bu kavrama göre gerçekleşen fiile katkısı az olanlar daha az ceza ile cezalandırılacaktır.

Dar anlamda faillikte ise ceza normunda düzenlenen fiili bizzat gerçekleştiren kişi veya kişilerin fail olarak sorumlu tutulduğu, fiilin sonucunu gerçekleştirmesine illî katkısı olan kişilerin fail olarak sorumlu tutulamayacağı görüştür. Fail sayılamayan ancak illî katkısı olan kişilerin cezalandırılması, bu durumda iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde mümkündür.³⁶ Burada, İştirak hükümlerinin suç tipi üzerinde genişletici etkisi söz konusu olacaktır.³⁷ Hukukumuzda dar anlamda faillikten hareketle iştirak kurumunun oluşturulduğu savunulmaktadır.³⁸

3. SUÇA İŞTİRAKİN HUKUKİ ESASI

Öğretide suça iştirak durumunda faillerin eylemleri sonucunda tek suç mu, birden fazla suç mu, ya da şerik adedince suç mu oluşacağı tartışmalıdır. Bu tartışmalar konuyu temel olarak iki ayrı teoriyle açıklamaktadır.

³⁵ Koca, Mahmut & Üzülmmez, İlhan, 2015. *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 8. Baskı. Ankara: Seçkin, s. 422

³⁶ Koca & Üzülmmez, s. 423

³⁷ Zafer, s. 412

³⁸ Zafer, s. 413

Suç birliğı teorisine göre birden fazla şahıs tarafından işlenen suç tek bir suç olup bölünemez. Kanunda tipik olan ve tek fail tarafından işlenebilen suç gerçekleşmeden iştirak edenlerin fiillerinden dolayı sorumlulukları söz konusu olmaz. Mesela bir suçta asıl tipik fiili gerçekleşmeden yardım edenin fiili suç oluşturmaz. İştirakin genişletici etkisi sayesinde kanunda düzenlenen suç kalıbına göre tipik olamayan şerik veya katılanın eylemi de suç olacaktır. Suça iştirak hükümleri sayesinde kanuni tanıma uymayan iştirakçi fiillerinin de cezalandırılabilmesi mümkün olmuştur.³⁹

Suç ayrılığı teorisinde ise suça iştirak halinde fail adedince suç oluşur ve failler, işledikleri suçlardan ayrı ayrı sorumlu olurlar. Bu görüşe göre failler, asli ve fer'i olarak ayırmaya gerek olmadan işledikleri fiillerden ayrı ayrı sorumlu tutulurlar. Ancak bir failin fiilindeki ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler diğer faile sirayet etmez.

TCK sistemine göre iştirak oluşabilmesi için faillerin ortakça meydana getirdikleri bir fiilin olması gerekir. TCK'daki düzenlemeye göre odak noktası fiildir. Fiil olmadan, icra hareketlerine başlanmadan iştirak hükümleri uygulanamaz. Böylece tek fiil üzerinden olay çözümlenerek daha kolay şekilde diğer faillerin sorumlulukları belirlenebilecektir. İştirak, tek kişi tarafından işlenebilen suçu, failden başkasına doğru genişleterek tamamlayıcı bir rol oynar.⁴⁰ Tipik suçlardaki normlar, asli norm iken iştirake ilişkin normlar tali normlar olup asıl normu ihlal eden davranış ile iştirakçinin davranışı arasındaki bağı oluşturur.⁴¹ Fail tarafından tipe uygun, hukuka aykırı bir hareket meydana getirilmediği sürece iştirak kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu haliyle de iştirakçilerin sorumluluğu meydana gelmeyecektir.⁴²

³⁹ Aydın, s. 52

⁴⁰ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 736

⁴¹ Aydın, s. 53

⁴² Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 736

4. SUÇA İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASI KONUSUNDA SİSTEMLER

Suçta iştirakin cezalandırılması konusunda farklı görüşler ortaya konulmuştur. Öğretide bu hususta görüşler üç sistemle açıklanmıştır: Eşitlik, ikilik ve cezanın faile göre tespiti sistemi.⁴³

4.1. EŞİTLİK SİSTEMİ

Eşitlik sistemi (tekçi teori, objektif suç birliği teorisi); suçta iştirak edenlerin hareketlerine ayrı ayrı bakılmaksızın bir kader birliğine girmişçesine işlenen suçtan dolayı aynı cezaya tabi tutulduğu sistemdir.⁴⁴ Bu sistemde geniş anlamda faillik görüşüne uygun cezalandırma sistemi kabul edilmiştir.⁴⁵ Birden fazla kişi bir araya gelerek tek suç işleme konusunda karar birliği içerisine girdiği ve iştirak halinde, tek suçun ve birden fazla failin bulunduğunu kabul eden görüştür. Bu teoriye göre suç, onu meydana getiren hareketlerle bir bütündür ve parçalanamaz. Tek suçun varlığına rağmen suçta meydana getiren birden fazla failin bulunması halinde faillerin sorumluluğu konusunda ayırım ve derecelendirme yapılamaz.⁴⁶ Roma hukukunda, İsveç, İsviçre, Fransa hukuk sisteminde kabul edilen görüştür. Bu konuda genel kabul gören sistemdir.⁴⁷

Eşitlik sistemi, suçta katkıda bulunanlara aynı cezayı öngördüğü için suçta önleyici rolünün bulunduğu savunulmaktadır.⁴⁸ Ancak eşitlik sisteminde, her faile aynı ceza verilmesi ihtimali nedeniyle iştirakçilerden birinin diğerini ortaya çıkarmasını güçleştireceği ve gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağı gerekçeleri

⁴³ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 509

⁴⁴ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 509

⁴⁵ Zafer, s. 414

⁴⁶ Kapusuzoğlu, Beril Taşkın, 2017, *Suçta iştirakte bağlılık kuralı*, İstanbul: Onikilehva, s. 58

⁴⁷ Aydın, s. 66

⁴⁸ Eşitlik sisteminde faillere aynı cezanın verilmesi yönünde görüş bildiren yazarların gerekçeleri konusunda ileri sürdükleri görüşlere ayrıntılı olarak Aydın, 2009 s. 68 vd. yer verilmiştir.

ile eleştirilmektedir.⁴⁹ Bizce de suça iştirak eden faillerden suç açısından olmazsa olmaz hareketi ortaya koyan fail ile suçun icrasında veya suçun neticesi açısından önemsiz hareketi sergileyenin aynı cezaya tabi tutulması, eylem ve cezanın orantılığı ilkesine, cezanın caydırıcılığı ve suçlunun ıslahı amacına aykırı olacaktır.

4.2. İKİLİK SİSTEMİ

Bir diğer suça iştirakin cezalandırılması konusunda sistem olan ikilik sisteminde ise suçun işlenmesinde rol oynayanların suçun meydana gelmesindeki faaliyetlerinin birincil veya ikincil olması durumuna göre cezalarının belirlendiği, iştirakçilerin, asli ve fer'i fail olarak ayrıldığı ve asli iştirak edenlerin cezasının fer'ilere göre daha ağır belirlendiği sistemdir.⁵⁰ İkilik sistemi, faillerin hareketlerinin esas alındığı objektif görüş ve suça katılanların iradelerinin esas alındığı sübjektif görüş olmak üzere iki ayrı görüş ile açıklanmaktadır.

Objektif teori, suça katılanların hareketlerinin esas alındığı teoridir. Kimlerin asli kimlerin fer'i fail olacağının kanun koyucu tarafından belirlendiği şekli objektif, netice bakımından sebep olan fiili gerçekleştirenin asli, diğer hareketleri gerçekleştirenin fer'i fail olarak kabul edildiği maddi objektif ve failin hareketinin suç tipi açısından ihlalde gösterdiği tehlikelilik ve suç tipine uygunluğunun esas alındığı uygunluk teorisi şeklide kollara ayrılarak incelenir.

Sübjektif teori ise suça katılanların iradesinin esas alındığı teoridir. Suça iştirak edenlerin kastının esas alındığı, suçu bizzat planlayan ve gerçekleştirmeye çalışanın asıl fail sayıldığı *irade teorisi* ve suçu kendi yararı ve amacı için

⁴⁹ Aydın, s. 71

⁵⁰ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 509; Aydın, s. 639

gerçekleştirenin asıl fail sayıldığı *suça katılanların yararını veya amacını esas alan teori* olarak ikiye ayrılır.⁵¹

İkilik sisteminde asıl failin fiili ile fer'i failin fiili sonucunda oluşan suçlar da farklıdır. Bu sistemde fer'i failin davranışı, fiil için zorunlu ve ağır derecede ise asli fail gibi sorumlu olması da mümkündür. Bu durumda fiili gerçekleştirenler müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.⁵² 765 sayılı TCK'daki asli fer'i iştirak ayrımı ikilik sisteminin sonucudur.

İkilik sistemi, suçtaki ağırlaştırıcı sebeplerin sirayeti, fer'i iştirakçinin yeri gelince suçun gerçekleşmesinde rollerinin aslilerden fazla olması, olaya göre asli-fer'i fiilin tespitinin güçlüğü gibi sorunlar nedeniyle eleştirilmektedir.⁵³

765 sayılı TCK'da ikilik sistemine yer verilmiştir. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok eyaletinde suç ortaklığı konusunda ikili sistem uygulanmaktadır.⁵⁴

4.3. CEZANIN FAİLE GÖRE TESPİTİ SİSTEMİ

Suçta iştirakin cezalandırılması konusunda sistemlerden sonuncusu olan cezanın faile göre tespiti sisteminde ise şeriklerin cezai sorumluluklarının kötülük derecelerine göre tespit edildiği, suçun gerçekleşmesinde maddi veya manevi etkilerinin dikkate alınmadığı sistemdir.⁵⁵ Bu görüşe göre eylemi gerçekleştiren failler objektif olarak aynı suçtan sorumludurlar. Ancak eylemlerinin derecelerine göre cezaları farklı tayin edilmektedir.⁵⁶ Bu görüşe göre fiil gerçekleşmeden sorumlulukları bilinemez. Faillerin meydana getirdikleri fiillerdeki saikleri ve

⁵¹ Ayrıntılı olarak Özbek & Doğan & Bacaksız, ss. 509-510

⁵² Aydın, s. 65, 72

⁵³ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 738; Aydın, ss. 73-75

⁵⁴ Dülger, Murat Volkan, 2005. Yeni Türk Ceza Kanununda suç ortaklığı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 1. S 2. s. 10

⁵⁵ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, ss. 737-738; Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 510

⁵⁶ Aydın, s. 73

psikolojik kişiliklerine göre sorumlulukları belirlenir. İkilik sistemindeki asli-fer'i fail ayrımına ek olarak faillerin maddi ve manevi durumları, kötülük dereceleri sorumluluklarının tespitinde rol oynar.⁵⁷ Bu sistemde kimi zaman faillerin fiile katkılarını tespitinde zorluklar, belirsizlikler meydana gelebilir. Bu durumda da sorunun çözümü ve iştirakin belirlenmesinde yargılama yapan hâkime görev düşecektir.⁵⁸ İtalya ve İsviçre ceza yasaları bu sistem ışığında oluşturulmuş, Almanya ve Avusturya ceza yasaları bu sistemin etkisinde kalınarak düzenlenmiştir.⁵⁹

Özbek'e göre, bu teoriler tek başına yetersizdir. İştirak kurumunda faillerin sorumluluklarının fiile katılmanın şekli, ağırlığı, katılma iradesinin esas alındığı *karma görüşe* göre hareket edilmelidir.⁶⁰

5237 sayılı TCK sisteminde suça iştirak faillik ve şeriklik şeklinde ikiye ayrılarak incelenmiş, şeriklerin sorumluluğu bakımından bağlılık kuralı⁶¹ kabul edilmiştir.⁶² TCK'nın 40. maddesinde; *"Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur. (3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir."* ifadesiyle bağlılık kuralı açıklanmıştır.

⁵⁷ Aydın, s. 76

⁵⁸ Aydın, s. 66

⁵⁹ Dülger, s. 10

⁶⁰ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 510

⁶¹ Bağlılık kuralı, suça iştirakte sorumlulukların ve bu sorumlulukların kapsamını belirlerken faillik ile şerikliği birbirinden ayıran ikilik sisteminde, suçun gerçekleştirilmesinde katkı sunan ancak bu katkıları suçun kanuni tanımına uymayan suç ortaklarının sorumluluklarını belirlemeyi sağlar. Suç açısından korunan hukuki yönelik her saldırının suç tipinin ihlali sayan geniş anlamda faillikte, kişiyi suçtan sorumlu tutmak için korunan hukuki değere saldırı yeterli olduğundan iştirak hükümlerine ve bağlılık kuralına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak dar anlamda faillikte, suça katılmasına rağmen katkılarının faillik derecesinde olmadığı durumlarda katkı sağlayanların cezalandırılması için başka düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu sorunun çözümü için bağlılık kuralı kabul edilmiştir. Bağlılık kuralı, ceza hukukunda sorumluluğu genişlen hükümlerdir (Kapusuzoğlu, ss. 93-94).

⁶² Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 738

5237 sayılı TCK ile 765 sayılı ECK'daki asli iştirak ve fer'i iştirak ayrımının kaldırıldığı 37. maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre asli iştirak-fer'i iştirak ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmaya neden olması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenlemenin tasarıdan çıkarıldığı, yeni yapılan düzenlemeyle iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirleneceği açıklanmıştır. Bu sisteme göre iştirak şekillerinin faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibaret olduğu belirtilmiştir.⁶³ Ancak madde düzenlemesi ve gerekçesi incelendiğinde yardım etmeye ilişkin madde düzenlemesi hâlâ eski ceza kanunumuzdaki asli-fer'i iştirak ayrımının korunduğunu göstermektedir.⁶⁴ Bizce de yeni kanundaki bu değişiklik suça iştirake ilişkin tasnifte esaslı bir değişiklik oluşturmeyen kavramsal bir değişikliktir. Diğer yandan mevzuat terimlerinin Türk diline uygun olarak sadeleştirilmesi anlamında olumlu bir değişiklik meydana getirilmiştir.

⁶³ “765 sayılı Türk Ceza Kanununda “asli” ve “fer'i iştirak” ayrımı kabul edilmiştir. “Asli iştirak”, “asli maddi iştirak” ve “asli manevi iştirak” olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayrımında “fiili irtikâp etme” ve “doğrudan doğruya beraber işleme”, “asli maddi iştirak” şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, “asli manevi fail” olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen “fer'i iştirak” hâllerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, “zorunlu fer'i iştirak”ın “asli iştirak” olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen “asli fail” bazen “fer'i fail” olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman “asli fail” olarak mı yoksa “fer'i fail” olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Hâlbuki örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Hükümet Tasarısında da benimsenen “asli iştirak”, “fer'i iştirak” ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlanması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.”

⁶⁴ Aydın, s. 73

5. SUÇA İŞTİRAK ŞARTLARI

Suçta iştirakin gerçekleşebilmesi için somut olayın özelliklerine göre; failin kararlaştırılan suçun icrasına başlamış olması, failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olması, birden fazla kişinin birden fazla fiilinin olması, hareketlerin nedensel olması, faillerin suçuna iştirak iradesinin bulunması ve suçun bütün ortaklar açısından aynı olması gerekir.⁶⁵ Aşağıda, sayılan bu şartlar başlıklar halinde açıklanmıştır.

5.1. FAİLİN KARARLAŞTIRILAN SUÇUN İCRASINA BAŞLAMIS OLMASI

TCK'nın 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, iştiraktan söz edilebilmesi için eylemin teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Suçun hazırlık hareketlerinin yapıldığı ancak icraî hareketlerinin gerçekleştirilmediği durumlarda iştirak edenin sorumluluğu meydana gelmez. Zira iştirak kuralları tamamlayıcı nitelikteki normlardır. Asıl hareket bulunmadan iştiraktan söz edilemez. Ancak özellikle Anayasal düzene karşı işlenen suçlarda olduğu gibi teşebbüsün cezalandırıldığı suç tipleri de bulunmaktadır.⁶⁶

Hazırlık hareketleri, gerçekleşen suçun icrasında katkı niteliğinde ise, gerçekleşen suçta iştirak eden faillerden birinin hareketi, suç tipi açısından hazırlık hareketi niteliğinde ise bu durumda tamamlanmış suç bulunduğundan iştirakçinin de sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak, hazırlık hareketleriyle gerçekleşen fiil üzerinde fiili hâkimiyet sağlanamayacağından, kişi müsterek fail olarak sorumlu tutulamayacak, ancak yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelecektir.⁶⁷

⁶⁵ Zafer, ss. 415-416

⁶⁶ Zafer, s. 416

⁶⁷ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 553

Suç ortaklarının sorumlu tutulabilmesi için suçun tamamlanması şart değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere suçun teşebbüs aşamasına varmış olması yeterlidir. Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda iştirak edenler teşebbüs indiriminden yararlanır. TCK'nın 61/5. maddesine göre teşebbüs indiriminin, iştirak indiriminden önce yapılması gerekir.

Ani suçlarda suç tamamlanmışsa suça iştirak edilmesi mümkün değildir. Ancak mütemadi suçlarda ise suçun icrasına başlanmış ancak temadi henüz sona ermemişse iştirak mümkündür.⁶⁸

Suça iştirakten söz edebilmek için asıl failin gerçekleştirdiği suç ile iştirak edenin gerçekleştirilmesini istediği ve planladığı suçun aynı suç olması gerekir. İştirak, varlığını asıl failin fiilinden alır.⁶⁹

5.2. FAİLİN FİİLİNİN KASITLI VE HUKUKA AYKIRI OLMASI

İştirak hükümlerinin uygulanması için salt icra hareketlerinin başlaması yetmez, suç işlemeye yönelik bu hareketlerin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gerekir. Suç tipinde aranan özel kast varsa veya suçun belirli bir saikle işlenmesi aranıyorsa özel kast ve saikin de gerçekleşmesi gerekir.⁷⁰ Bu kural yukarıda da açıklandığı gibi iştirak hükümlerinin tali-ikincil kurallardan kaynaklanır. Zira esas failin fiili olmadan, kasıtlı ve hukuka aykırı davranışı olmadan iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak bu kurala göre asıl faillerin bir nedenden dolayı ceza almaması iştirak eden diğer kişilerin cezadan muaf olması sonucunu doğurmaz, kusurluluk durumlarına göre bu kişilerin sorumluluğu devam eder.⁷¹

⁶⁸ Zafer, s. 417

⁶⁹ Hakeri, Hakan, 2015. *Ceza hukuku genel hükümler*. 18. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 553

⁷⁰ Dikmen, Hüseyin, 2020. Türk Ceza Hukukunda müşterek faillik, *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, s. 54; Koca & Üzülmöz, s. 428

⁷¹ Zafer, s. 417

Bağlılık kuralı gereği iştirakçilerin sorumluluğu belirlenirken bağlılık kuralının kapsamı genişledikçe iştirak hükümlerinin uygulanabilirliği azalır ve oluşan bu boşluk ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere dolaylı faillik ile doldurulacaktır.⁷²

5.3. BİRDEN FAZLA KİŞİNİN BİRDEN FAZLA FİİLİNİN OLMASI

İştirakten söz edebilmek için birden fazla kişinin netice ile nedensellik ilişkisi içerisinde birden fazla davranışının bulunması gerekir. Müşterek faillikte ise faillerin hareketlerinin fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kuracak nitelikte olması gerekir.⁷³ Azmettiren ile yardım edenin dış dünyaya yansıyan ve neticenin oluşmasına katkı sağlayan fiilleri sergilemeleri gerekmektedir. Bu fiil, kural olarak icraî olabileceği gibi ihmali şeklide de olabilir. Ancak bir şeyi yapmakla yükümlü olanların ihmalleri neticesinde suç meydana gelmişse artık bu kimseler fail olarak sorumludur.⁷⁴ Zira yükümlülük altında bulunan birden fazla kişinin olması ve bu kişilerin yükümlülüklerini ihmal etmesi şartıyla saf ihmali suçlar bakımından da müşterek faillik söz konusu olabilir.⁷⁵

Birden fazla failin fiili maddi olabileceği gibi manevi nitelikte hareket de olabilir. Hatta aynı fail, hem maddi hem de manevi hareketlerle suça iştirak edebilir. Bu ihtimalde suçun hukuki konusu bir kez ihlal edildiği için fail tek suçtan sorumlu olur. Suç açısından ortaya koyduğu birden fazla fiilden ağır olanından sorumlu tutulacaktır.⁷⁶

Suçta iştirakte birden fazla failin fiili, zaman bakımından farklı olabileceği gibi eş zamanlı veya suç tipine uygun hareketten sonra da olabilir. Ancak tipe uygun

⁷² Zafer, s. 418

⁷³ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 513

⁷⁴ Zafer, s. 418

⁷⁵ Yılmaz, Zahit, (2018). Müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumlarının ihmali suçlar yönünden değerlendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C 24. S.1 s. 126

⁷⁶ Hakeri, s. 541

hareketten sonraki hareketlerin suça iştirak hareketi olarak kabul edilebilmesi için en geç suçun işlenmesi sırasında iştirak iradesinin oluşması şarttır.⁷⁷

Suçta katılanın hem azmettirme hem de yardım etme fiilini gerçekleştirmesi halinde ortada birden fazla hareket sonucunda oluşan tek fiil bulunduğundan iştirak eden, en ağırından sorumlu olur ki bu durumda azmettirmeden cezalandırılacaktır.⁷⁸

İştirak için birden fazla failin özgü suçlarda bulunması gereken faillerden farklı fail olması gerekir. Zira özgü suçta birden fazla fail kanunen zorunlu olarak yer alır. İştirak için özel faillik niteliği taşıyan bu faillerden farklı bir fail olmalıdır. Ayrıca suça iştirak için birden fazla failin suçun gerçekleşmesini istemesi yetmez, suça fiili hareketlerle katılmaları gerekir. Ancak bu hareketin hazırlık hareketi veya icraî hareket olması önemli değildir. Yeter ki asıl failin hareketi icra aşamasına geçmiş olsun. İstisnai olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlarda, örneğin TCK 214, 316. maddedeki suçlar, bu şart aranmadan hazırlık hareketiyle suça iştirak cezalandırılabilir.⁷⁹

5.4. HAREKETLERİN NEDENSEL OLMASI

Bir kimsenin yapmış olduğu hareketler nedeniyle suça iştirakten sorumlu tutulabilmesi için hareketlerinin suçun işlenmesinde etkili olması gerekir. Suç ortağının hareketi suçun neticesi bakımından doğrudan ise hareket, suç açısından nedenseldir. Bunun yanında somut olayda ilgili şerikin hareketi olmadan suç meydana gelmeyecekti denilebiliyorsa bu durumda da hareket nedenseldir. Hatta

⁷⁷ Hakeri, ss. 541-542

⁷⁸ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 579; Zafer, s. 419; Faillerin maddi katkıları ile netice arasındaki nedensellik bağına ilişkisinin tespitine ilişkin görüşlere de kitabın bu bölümde yer verilmiştir.

⁷⁹ Hakeri, ss. 537-538

belli bir hareket yapılmasaydı diğer ortaklar başka şekilde hareket ederek suçu meydana getirebilecekti denilebiliyorsa bu hareket de suç açısından nedenseldir.⁸⁰

Örneğin kasten adam öldürme suçunu işleme konusunda anlaşılan faillerden A, silahla maktule ateş ederse hareketi doğrudan, asıl faile silah temin ederse dolaylı, ancak sonuç açısından nedensel hareket sergilemiş olacaktır. Asıl faile silah vermemiş olsa bile asıl fail bir şekilde silah temin edip suçu gerçekleştirebileceği ihtimali A'nın iştirak eden olduğu gerçeğini değiştirmez.

Failin hareketinin soyut nedensel olması halinde, nedensellik bağının kurulamayacağı zira suça iştirakte somut nedenselliğin kabul edildiği savunulmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunun işlenmesi için faillerden A, müştekinin evini açar, ancak bundan habersiz olan B, kapı yerine pencereden müştekinin evine girip hırsızlık yapması halinde A'nın fiilinin soyut nedensellik oluşturması nedeniyle oluşan suça iştirak etmediği savunulmaktadır.⁸¹ Bizce de bu görüş ceza hukukunun genel ilkelerine uygundur.

5.5. SUÇA İŞTİRAK İRADESİNİN BULUNMASI

Suça iştirak eden kişide, kendi fiiline ilişkin iradesi ve suça katılma iradesi olmak üzere iki tür irade bulunmalıdır. Ortağın kendi fiiline ilişkin iradesi, sübjektif irade koşuludur. Burada iştirak eden, neticeli suçlarda hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşeceğini, sırf hareket suçlarında ise başkasının hukuka aykırı bir fiiline katıldığını bilmelidir. Ancak bu “bilmenin” suçun tüm unsurları ile bilinmesi değil, ana hatları ile bilinmesi düzeyinde olması yeterlidir.⁸²

İştirak iradesi, suça katılan birden fazla failin birbirinden farklı hareketleri sonucu meydana getirdikleri fiilden sorumlu tutulmalarını sağlamaktadır. Bu irade, failin

⁸⁰ Hakeri, s. 543

⁸¹ Hakeri, s. 544

⁸² Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 513; Zafer, s. 419

sadece kendi hareketlerinden değil, diğer fail veya faillerin hareketlerinden sorumlu olmalarının önünü açmaktadır.⁸³

Tamamen rastlantısal olarak netice ile nedensellik bağı oluşturan bir fiille suçun işlenmesine neden olma durumunda iştirakten söz edilemez. Örneğin kişinin haberi olmadan uyuşturucu yerleştirilmiş aracı bir yerden başka yere götürmesi, birden fazla kimsenin birbirinden habersiz olarak bir şahsa ateş ederek yararlanmasına neden olmaları olaylarında iştirak iradesinden bahsedilemez. Bunun yanında kast olmaksızın taksirle bir kimsenin eylemine katılma, suçun gerçekleşmesine neden olma durumunda da iştirakten bahsedilemez.⁸⁴

Birden fazla kimse, aralarında iştirak iradesi olmadan birlikte hareket edip suça ilişkin hareketleri yaparlarsa, suç açısından iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulamazlar. Açık şekilde iştirak iradesi gösterilebileceği gibi zımni olarak da iştirak iradesi gösterilebilir.⁸⁵

5.6. SUÇUN BÜTÜN ORTAKLAR İÇİN AYNİ OLMASI

Suçta iştirak için suçun hem maddi hem de manevi unsurları açısından aynı olması gerekir. Ortakların manevi unsur açıdan farklı saiklerle hareket etmeleri halinde iştirak hükümleri uygulanamaz. Ayrıca asıl failin fiili olmadan, asıl fail icra hareketlerine başlamadan diğer faillerin sorumlulukları gündeme gelmeyecektir.⁸⁶

Asıl fail, kararlaştırılan suçtan farklı bir suç işlerse, gerçekleştirilen fiile göre cezaya hükmolunur. Yani daha hafif fiilden işlem yapılır. Zira gerçekleştirmeyen fiilden dolayı sorumluluk olmaz.

⁸³ Hakeri, s. 548

⁸⁴ Zafer, s. 420

⁸⁵ Hakeri, s. 549

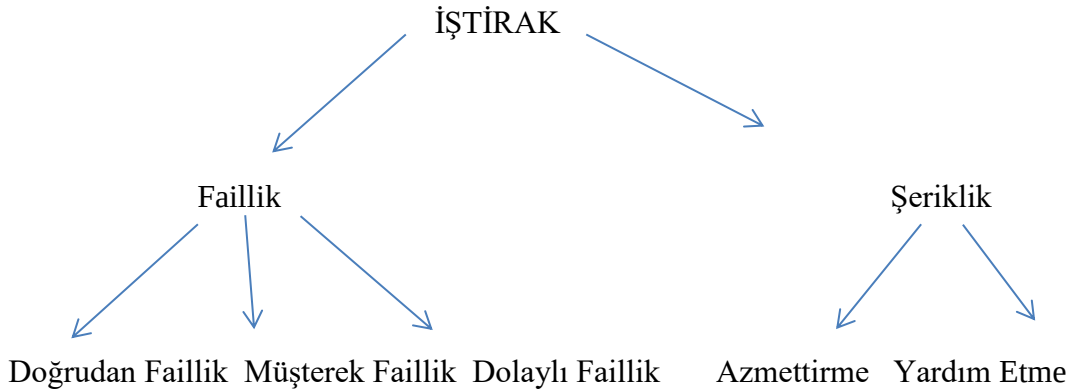
⁸⁶ Hakeri, s. 554

BÖLÜM II

TÜRK CEZA HUKUKUNDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKLİ OLARAK FAİLLİK

Suça iştirak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) Birinci Kitap, *Ceza Sorumluluğunun Esasları* başlıklı ikinci kısmının dördüncü bölümde, 37–41. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eski ceza kanunumuzda (ECK) "Cürüm ve Kabahatte İştirak" başlığı altında 64-67. maddeler arasında düzenlenmişti. Eski düzenlemede suça iştirak; asli iştirak ve fer'i iştirak olarak gruplandırılmıştı. Yeni ceza kanunu sistemimizde ise iştirak; faillik ve şeriklik olarak iki ana başlık altında düzenlenmiş, fer'i iştirak yerine yardım etme kurumu düzenlenmiştir. Faillik, kendi arasında müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak⁸⁷; şeriklik ise azmettirme ve yardım etme şeklinde ikili bir sınıflandırmada incelenmiştir.⁸⁸ Tez çalışmasının bu bölümünde suça iştirak türü olarak faillikten söz edilerek faillik şekilleri incelenecektir.

5237 sayılı TCK'da suça iştirak şeması



⁸⁷ Öğretide, birden fazla kimsenin iştirak iradesi olmadan birbirinden habersiz hareket ederek fiili işlediği *yan yana faillik* durumunun da faillik türlerinden sayan görüşler bulunmaktadır (Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 513, Zafer, s. 427). Ancak bizce yan yana faillikte, suça iştirak şartları bulunmadan birden fazla müstakil failin bir araya gelerek suç işlemesi hali dışında başka bir özellik bulunmadığından ayrı bir faillik türü olarak ele alınmasında yarar bulunmamaktadır.

⁸⁸ Koca & Üzülmez, s. 424

Türk Ceza Hukuku sisteminde suçta ve cezada kanunilik ilkesi, iştirak kuralları için de geçerlidir. İştiraktan söz edebilmek için TCK'nın 37 ilâ 39. maddelerinde düzenlenen iştirak şekillerinden birinin somutlaşması gereklidir.⁸⁹ Suça iştirak türü olarak faillik; müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik başlıkları altında incelenecektir.

1. SUÇA İŞTİRAKTE FAİLLİK VE TÜRLERİ

TCK'nın 37. maddesinde; *"Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur"* hükmü ile müstakil failliğin açıklaması yapılmıştır. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak fiili irtikâp eden ve doğrudan doğruya işleyen ayrımı kaldırılmıştır.⁹⁰

⁸⁹ Zafer, s. 422

⁹⁰ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 513; Aydın, s. 133

Bu husus TCK m.37'nin gerekçesinde; "765 sayılı Türk Ceza Kanununda "asli" ve "fer'i iştirak" ayrımı kabul edilmiştir. "Asli iştirak", "asli maddi iştirak" ve "asli manevi iştirak" olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırmada "fiili irtikâp etme" ve "doğrudan doğruya beraber işleme", "asli maddi iştirak" şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, "asli manevi fail" olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen "fer'i iştirak" hâllerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, "zorunlu fer'i iştirak"ın "asli iştirak" olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işleniş üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Hükümet Tasarısında da benimsenen "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işleniş üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir." şeklinde açıklanmıştır.

Fail olarak suça iştirak, maddi ve manevi nitelikte olabilir. Maddi davranışlar esas olarak fiile yönelirken manevi davranışlar fiile yönelik değil, faildeki suç işleme fikrine yöneliktir.⁹¹

Faillikte, sadece tipik hareketleri yapanlar değil, geniş anlamda tipik fiil için zorunlu hareketleri yapanlar da fail olarak nitelendirilir.⁹² Örneğin hırsızlık suçunda tipik eylem, suç eşyasının malikinin rızası dışında alınmasıdır. Ancak bizzat bu fiili değil de hırsızlık suçu işleyen asıl faile gözcülük yapan kimse de hırsızlık suçu bakımından faildir. Bu durum, suça iştirak konusunun düzenlendiği TCK'nın 37. maddesindeki gerekçede de ifade edilmiştir.

İştirak eden faillerin işlediği fiil, suç tipine göre meydana getirilen hareket veya hareket ve neticenin ikisi de olabilir. Örneğin kasten öldürme suçu açısından ölüm neticesi üzerinde, hırsızlık suçu açısından ise eşyayı zilyedinden alma fiili üzerinde fiili hâkimiyet kurulmalıdır. Faillerin suç tipine uygun hareket açısından fiili hâkimiyetleri, somut olayın özelliklerine göre müşterek faillik şeklinde olabileceği gibi yardım etme şeklinde de olabilir.⁹³

Faillik kendi içinde müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik şeklinde üç ayrı başlık altında incelenecektir.

1.1. MÜSTAKİL FAİLLİK

Ceza kanunu hükmü ile yasaklanan bir fiili yalnız başına gerçekleştiren kişiye müstakil fail denir.⁹⁴ Fail, sırf hareket suçları açısından da neticeyi meydana getiren kişidir.⁹⁵ Kanunda suç tiplerinde esas olan faillik türüdür.

⁹¹ Aydın, s. 130

⁹² Aydın, s. 132

⁹³ Aydın, s.134

⁹⁴ Artuk & Gökcen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 741

⁹⁵ Zafer, s. 422

Kişinin müstakil fail olabilmesi için hareketi bizzat gerçekleştirmesi gerekmez. Hayvanları veya bir aracı suçun fiilini gerçekleştirmesi için kullanabilir.⁹⁶ Bu konuya ayrıntılı olarak dolaylı faillik konusunda değinilecektir.

Müstakil fail, fiili yalnız başına gerçekleştirdiği için müstakil failin fiiline başka bir failin iştirak etmesi halinde müşterek faillik veya dolaylı faillik konusu gündeme gelecektir. Bu nedenle suça iştirak bakımında müstakil fail tek başına bir özellik ifade etmemekle birlikte müşterek faillik ve dolaylı faillik bahsi ile bu faillik türü anlam kazanacaktır.

1.2. MÜŞTEREK FAİLLİK

Müşterek faillik, suç tanımındaki haksızlığın birden fazla ortak tarafından işlenmesi, fiilin icrasına birden fazla kişinin hâkim olması durumudur. Burada esas olan, birden fazla kimsenin bulunması ve fiilin icrasında müşterek olarak hareket edilmesidir. Failler, sorumluluklarını kendi fiillerinden aldıkları için iştirakte aranan bağılılık kuralı burada aranmaz.⁹⁷ Önemli olan birden fazla kişinin karar birliği içerisinde olmasıdır. Faillerden birinin fiili suçun gerçekleştirilmesinde önemli ve olmazsa olmaz nitelikte ise bu ihtimalde de müştereklik vardır.⁹⁸ İştirak edenlerden her biri, fiilin icrası veya sonuçsuz kalmasını sağlama iradesine sahiptir.⁹⁹ Müşterek faillerden her biri tarafından suçun objektif ve sübjektif unsurları gerçekleştirilmektedir.¹⁰⁰

Müşterek faillikte, suçun işlenmesinde işbirliği ile hareket edilmesi sebebiyle, suçun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirenler aynı suçtan sorumludurlar.¹⁰¹

⁹⁶ Zafer, s. 422

⁹⁷ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 742

⁹⁸ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 514

⁹⁹ Zafer, s. 423

¹⁰⁰ Aydın, s. 135

¹⁰¹ Koca & Üzülmüş, s. 428

Ancak aynı cezayı almayabilirler. Zira yaş küçüklüğü, haksız tahrik, kişisel nedenlere bağlı olarak cezaları değişebilir.¹⁰²

Müşterek faillik, TCK'nın 37/1. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; *“Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.”*¹⁰³ ifadesiyle müşterek faillik açıklanmıştır.

TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde müşterek faillğe ilişkin olarak; müşterek faillikte birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağının fail statüsünde olduğu, ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önemin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Müşterek faillikte fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunduğunu, her suç ortağının, suçun işlenişi üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmakta olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin gerekçesinde suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek failliğin mümkün olduğu, bu ihtimalde faillerin suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere, bir anlaşmaya vardığı ifade edilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰² Aydın, s. 135

¹⁰³ UYAP - Mevzuat bilgi sistemi

¹⁰⁴ “İlgili maddenin gerekçe metni şu şekildedir: “.... Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin 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. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişi üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.

Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek faillik mümkündür. Bazı hâllerde faillerden her biri suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere, bir anlaşmaya varabilir. Örneğin bir kişiyi öldürmek için aralarında anlaşmış olan beş kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. Bu örnek olayda bütün suç ortakları ortak bir suç işleme kararına dayanarak birlikte hareket etmektedirler. Bu beş suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin mağdura isabet edip ölümüne neden olması hâlinde dahi, tamamlanmış kasten adam öldürme suçundan dolayı bu kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

765 sayılı TCK'da *fiili irtikâp etmek ve doğrudan doğruya beraber işlemek* ayrımına 5237 sayılı TCK sisteminde yer verilmeyerek bunun yerine *fiili birlikte gerçekleştirenler* tabiri kullanılmıştır.¹⁰⁵ Fiili birlikte gerçekleştiren kişiler kavramı; fiili irtikâp eden, doğrudan doğruya beraber işleyen ve zorunlu fer'i iştirak kavramlarını içine alan geniş bir kavramdır.¹⁰⁶

Yargıtay, *müşterek failliği, bir suçu işleme konusunda sanıkların suç işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında ortak irade ile hareket etmeleri, suçun icrasında doğrudan doğruya etkili olan hareketleri sergilemeleri şeklinde tanımlamıştır.*¹⁰⁷

1.2.1. Müşterek Faillik Şartları

Müşterek failliğin oluşabilmesi için birtakım temel şartlar gereklidir. Müşterek failliğin şartları; birden çok failin fiilin icrası üzerinde ortak hâkimiyet kurması, birlikte suç işleme kararının bulunması ve suçun icrasına başlanmış olması başlıkları altında incelenecektir.

Ancak bazen istisna olarak suç siyaseti gereği sayılan şartlar gerçekleşmeden de müşterek faillik durumu meydana gelebilir. Örneğin TCK m. 220/5'teki düzenleme gereği suç işlemek amacı ile kurulan örgütlerin yöneticileri işlenen tüm suçlardan müşterek fail olarak sorumlu tutulurlar.¹⁰⁸

Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir ...”

¹⁰⁵ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 542

¹⁰⁶ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 513

¹⁰⁷ Hakeri, s. 562

¹⁰⁸ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 743

1.2.1.1. Birden çok failin fiilin icrası üzerinde ortak hâkimiyet kurması

Fiili hâkimiyet, suçun kanuni tanımında yer verilen tipik fiilin gerçekleşme sürecine etki edebilme, suçu işleyebilme, geciktirebilme, önleyebilme iktidarındır. Bu kavram, faillik-şeriklik ayrımı açısından önemlidir. Fiilin icrasına, işleniş şekline hâkim olan, suç yolundaki fiili hâkimiyeti elinde tutan, kısaca fiil üzerinde final hâkimiyetine sahip olan ve bunun bilincinde olan kişi faildir. Ancak fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın sadece kendi nedensel davranışına hâkim olacak şekilde suça katkı sağlayan kişi şeriktir.¹⁰⁹

Fiili hâkimiyet ilkesi açısından müşterek failler, birlikte suç işleme kararına katkı niteliğindeki davranışlarıyla tipik fiilin gerçekleştirilmesinde fonksiyon icra ederek fiil üzerindeki hâkimiyeti birbirleriyle paylaşan kişilerdir.¹¹⁰ Müşterek failliğin meydana gelebilmesi için bir kimse tarafından gerçekleştirilen suça diğer kişilerin fiil üzerinde hâkimiyet kurarak katılması gerekir. Burada suçtan sorumluluk için yasaklanan fiilin gerçekleştirilebilmesi için tek bir failin davranışı, eylemi şart değildir. Çünkü müşterek faillikte failler iş bölümü içerisinde bulunduklarından gerçekleşen fiilden hepsi sorumludur. Önemli olan fiili gerçekleştirenlerin birlikte suç işleme iradesidir.¹¹¹ Müşterek faillerin birbirlerini önceden tanıyıp tanımamalarının bir önemi yoktur.¹¹² Birlikte hareket edenler, müşterek hâkimiyet esasına göre hareket etmeli, her suçun işlenmesinde katkıda bulunmalı ve bu katkı suç planının başarıya ulaşması açısından önemli bir katkı olmalıdır.¹¹³ Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığı; suç ortakları arasındaki iş bölümü, suç işleyişindeki katkılarının önemi ve zorunluluğu ile her somut olaya göre değerlendirilecektir.¹¹⁴

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bir kararında, olaydan önce maktulün sanık Y'ye küfür edip Y'yi yaraladığı, bu sebeple maktul ile sanık Y'nin husumetli olduğu,

¹⁰⁹ Özyüksel, Özgün, 2020. Türk ceza hukukunda dolaylı faillik, *Doktora Tezi*, Galatasaray Üniversitesi SBE ss. 32-33

¹¹⁰ Özyüksel, s. 37

¹¹¹ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 748

¹¹² Dikmen, s. 51

¹¹³ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 543

¹¹⁴ Özbek & Doğan & Bacaksız, ss. 515-516; Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 545

sanık Y ile yeğeni olan sanık A'nın tam olarak tespit edilemeyen bir zamanda maktulü öldürmeye karar verdikleri, beraberce maktulü aradıkları, maktulün yanına beraber gittikleri, her iki sanığın maktulün yalnız kalmasını sağladıktan sonra sanık A'nın daha önceden Y tarafından kendisine verilen tabanca ile maktulü öldürdüğü olayda; sanıkların fikir, irade ve eylem birliği içerisinde fiil üzerinde hâkimiyet kurarak suçu doğrudan doğruya birlikte işledikleri gerekçesi ile sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 37, 82/1-e, 29, 62. maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerektiği görüşü ile öldürmeye yardım suçundan hüküm kurulması bozma sebebi sayılmıştır.¹¹⁵

Müşterek faillikte sorumluluk, bağlılık kuralına dayanmaz. Çünkü her bir fail, fiil üzerinde birlikte suç işleme iradesiyle iş bölümü esasına göre müşterek hâkimiyet kurduğu için işlenen suçtan doğrudan sorumludur.¹¹⁶ Müşterek faillikte failler, birlikte suç işleme kararı çerçevesinde işbölümü esasına dayalı olarak müşterek katkıları nedeniyle fiilden sorumlu tutulmaktadır.¹¹⁷

Müşterek faillikte her bir fail, fiil üzerinde ayrı ayrı müşterek hâkimiyet kurmuş ise faillerin her birinin müşterek fail olduğu kuşkusuzdur. Örneğin aralarında anlaşan üç fail, hasım B ile karşılaşp B'yi darp ederse üçü de müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Diğer yandan birlikte hareket eden üç fail aralarında anlaşp iş bölümüne göre her biri suçun maddi unsurlarının bir kısmını gerçekleştirme konusunda anlaşılırsa bu ihtimalde de fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurdukları için müşterek fail olarak sorumludur. Örneğin yağma suçunda faillerden biri mağduru tutar, diğeri eşyasını alırsa iki fail de müştereken sorumludur. Diğer bir ihtimalde de iştirak eden kişinin eylemi yardım etme gibi görünse de bu katkı suçun gerçekleştirilmesi açısından zorunlu bir hareket tarzında ise bu kişi müşterek fail sayılacaktır. Örneğin yakalanma riskinin yüksek olduğu bir yerde hırsızlık suçu işlenmesi için gözcülük yapan kişinin ilgili suç

¹¹⁵ Yargıtay 1. CD. 12.02.2013 tarih, 5800 E. 898 K., (UYAP –Mevzuat bilgi sistemi) [Erişim tarihi: 01.06.2021]

¹¹⁶ Aydın, s. 135; Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 543

¹¹⁷ Koca & Üzülmöz, s. 430

açısından hareketi olmazsa olmaz nitelikte olduğundan bu örnekte gözcü, müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹¹⁸

Müşterek faillikteki fiili hâkimiyet için suçun kanuni tanımındaki objektif şartların tamamının her bir fail tarafından gerçekleşmesi şart değildir. İş bölümü anlaşmasına göre sadece belirli davranışların bir fail tarafından işlenmesi müşterek hâkimiyet şartını gerçekleştirir. Yani tipik suçun tüm davranışlarının gerçekleştirilmesi faillik için şart değildir. Tipik suç ile nedensellik bağı içerisinde olan ve suç açısından zorunlu nitelikteki davranışların gerçekleştirilmesi ile müşterek faillik oluşabilir.¹¹⁹ Örneğin hırsızlık suçunda güvenlik görevlisini etkisiz hale getiren failin yanında bankanın kasasını boşaltan fail müşterek fail olarak sorumludur.¹²⁰

Müşterek faillerin davranışları kural olarak aynı zamanda başlar, sona erer ve suç birlikte gerçekleştirilir. Ancak bu durum her olayda şart değildir. Müştereklerden birinin davranışları diğerlerinden önce de gerçekleşebilir. Örneğin uyuşturucu madde imal ve ticareti suçunda faillerden birinin Hint keneviri ekip diğerinin de daha sonra tohumlarından uyuşturucu üretmesi ihtimalinde faillerin davranışları eş zamanlı değildir.¹²¹

Müşterek faillikte suçun icrasına ilişkin katkı, suçun başarıyla gerçekleşmesi açısından zorunluluk taşınmalıdır. Ancak bu zorunluluk gerçekleşen netice açısından aranan bir zorunluluk değildir. Failin iştirakiyle gerçekleştirilen eylemin sonunda meydana gelen netice ile iştirakçinin katkısı arasında illiyet bağı itibarıyla zorunluluk aranmamalıdır.¹²²

Müşterek faillikte fiili hâkimiyetin fiilin tümü üzerinde sağlanması gerekmektedir. Suça ilişkin fiilin bir kısım parçaları üzerindeki hâkimiyet müşterek sorumluluğu doğurmaz.¹²³

¹¹⁸ Koca & Üzülmöz s. 430

¹¹⁹ Aydın, s. 136

¹²⁰ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 543

¹²¹ Aydın, s. 137

¹²² Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 540

¹²³ Dikmen, s. 65

Suç üzerinde müşterek hâkimiyet kurulabilmesi için suç ortağının fiilin işleyişine doğrudan müdahalede bulunması gerekmez. Örgüt faaliyetler ile işlenen suçlarda örgüt yöneticisinin talimatları ile gerçekleşen suçlar bu duruma örnektir. Müşterek faillik için olay mahallinde bizzat bulunmak da gerekmez. Örneğin telefon ile talimat verilerek suç işlenmesi halinde olay mahallinde bulunmadan da suça fail olarak iştirak edilebilir.¹²⁴ Ancak bu durumda fiil üzerinde fonksiyonel, müessir bir hâkimiyet kurulamıyorsa artık müşterek faillik değil şeriklik meydana gelecektir.

Faillerin davranışları, her zaman karşılıklı ve birbirini tamamlayan nitelikte olmayabilir. Bazen, suçun gerçekleştirilme ihtimalini yükseltmek, başarıya ulaşmak amacıyla faillerden her birinin suçun tüm unsurlarını gerçekleştirmek üzere çaba göstereceği bir anlaşma ile müşterek faillik karşımıza çıkabilir. Bu durumda dahi ortakların her birinin davranışının suçun gerçekleştirilmesindeki önemi yadsınamaz.¹²⁵

Birlikte bir suçu işlemeye karar veren faillerin davranışının birbirini tamamlamadığı, her birinin davranışının ayrı ayrı suçu gerçekleştirmeye elverişli olduğu duruma örnek olarak; kasten öldürme suçunu işleme konusunda iştirak içinde olan yirmi kişinin, farklı mesafeden aynı anda hedefteki kişiyi öldürmek amacıyla ateş etmeleri örneğinde, suç açısından her failin davranışı eşdeğerdir. Bu olayda mağdurun sadece bir veya birkaç müşterek sanığın fiili nedeniyle ölmesi, diğerlerinin hedefteki mağduru vuramaması veya vurmasına rağmen mağdurun ölümüne neden olmaması ihtimalinde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uygulanacak mı, sadece mermi isabet ettirenler mi sorumlu tutulacaktır? Bu olayda bütün failler aynı suç işleme karar ile hareket etmekte ve suçun icraî hareketlerini müştereken gerçekleştirmektedir. Her suç ortağı ceza normu ile korunsan hukuksal değere doğrudan temas ve tecavüz içerisindedir. Dolayısıyla attıkları mermi maktule isabet etse de etmese de, atış mesafelerine göre hedefe isabet ettirme ihtimallerine bakılmaksızın tüm faillerin, suçtan ve neticeden

¹²⁴ Aydın, s. 138

¹²⁵ Zafer, s. 425; Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 548

müşterek fail olarak sorumlu oldukları kabul edilmektedir.¹²⁶ Ancak doktrin ve uygulamada 765 sayılı TCK'nın 465. maddesinde olduğu gibi cezanın indirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.¹²⁷

Yukarıdaki örneğe benzer olarak; bir kişiyi öldürmek amacıyla karar birliği içerisinde olan birden fazla kişi, mağdurun geçmesi muhtemel noktalarda ayrı ayrı pusu kurar ve mağdurun fiilen geçtiği bir noktadaki failin ateş etmesi sonucu mağdurun öldürülmesi ihtimalinde mağdurun geçmesi muhtemel noktalarda pusu kuran diğer failler müştereken sorumlu tutulacaklar mıdır? Müşterek faillik için fiilin icrasına yapılacak katkı, icra açısından zorunlu nitelikte bir katkı olmalıdır. Olayda olduğu gibi suçun gerçekleşme ihtimalini yükseltmek amacıyla suça alternatifli bir katılım sağlanması halinde de bu katılım, icra açısından zorunlu ise suça katılanlar müşterek fail olarak sorumludur. Katılım, suçu icra açısından zorunlu değilse yardım eden olarak sorumluluk doğacaktır. Örnek olayda fiile katılım, fiilin icrası için zorunluluk arz ettiğinden tüm failler müşterek fail olarak sorumludur.¹²⁸

Gözcülük yapan kişinin durumu ise somut olaya göre tayin edilmelidir. Fiilin icra anına göre gözcünün durumu belirlenmelidir. Çünkü olaydan sonra önemsiz gibi görülen katkı, olay anına göre değerlendirme yapıldığında suçun gerçekleşmesi için olmazsa olmaz nitelikte olabilir.¹²⁹ Suçun icrasında gözcülük yapan kişinin katkısı, fiil üzerinde önemli bir katkı sağlıyorsa, suçun icrası için zorunluysa, suçun icrası gözcülük yapanın faaliyetine bağlı ise bu durumlarda fiil üzerinde müşterek hâkimiyet sağlandığından gözcüyü fail, değilse yardım eden olarak sorumlu tutmak gerekecektir.¹³⁰

Suçta iştirakten söz edilebilmesi için eylemin en azından teşebbüs aşamasında kalmış, teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Suçun hazırlık hareketlerinin

¹²⁶ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 549; Yargıtay kararlarında da bu görüş hâkimdir. 1.CD. 2.10.1990 2114/2360 sayılı kararda üç sanığın ayrı silahlarla Fatma isimli mağdura ateş ettiği, ancak hangisinin silahından çıktığı belli olmayan bir mermi ile mağdurun yaralandığı olayda üç fail de kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu tutulmuştur. (Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 550)

¹²⁷ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 549

¹²⁸ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 552

¹²⁹ Koca & Üzülmüş, s. 431

¹³⁰ Zafer, s. 424; Ercan, s. 188

yapıldığı ancak icraî hareketlerinin gerçekleştirilmediği durumlarda iştirak edenin sorumluluğu meydana gelmez.¹³¹ İştirak halinde işlenen bir suçta, hazırlık hareketleri, gerçekleşen suçun icrasına katkı niteliğinde ise, gerçekleşen suçta iştirak edenlerden birinin hareketi, suç tipi açısından hazırlık hareketi niteliğinde ise bu durumda tamamlanmış suç bulunduğundan iştirakçinin de sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak, hazırlık hareketleriyle gerçekleşen fiil üzerinde fiili hâkimiyet sağlanamayacağından kişi müsterek fail olarak sorumlu tutulamayacak, ancak yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelecektir.¹³²

Örgüt liderinin durumu da işlenen suçta ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Suçun planlanmasında yer alıp icrasında herhangi bir katkı sunmayan örgüt lideri duruma göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak suçun işleyişindeki katkısı, suçu planlamasının ötesine geçip aynı zamanda suçun icrası üzerinde de etkili ise örgüt liderinin müsterek fail olarak sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu katkı, fiilin icrasına katılanları yönlendirme, sevk etme, talimat verme şeklinde olabilir. Örgüt lideri örgüt içerisinde emir komuta zincirindeki yeri dolayısıyla fiili işleyenleri araç gibi kullanıyorsa bu ihtimalde de dolaylı fail olarak sorumluluğu doğacaktır.¹³³

Müsterek faillikte fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurarak suç işleme kararı çerçevesinde hareket edenlerden hangisinin suçu işlediği tespit edilemiyorsa tüm katılanlar işlenen fiilden müstereken sorumlu olacaktır.¹³⁴

Müsterek faillikte birden fazla failin suçta ilişkin hareketlerinin eş zamanlı olması şart değildir. Bu hareketleri arasında zaman farkı olabilir, hareketler birbirini takip eder şekilde olabilir. Örneğin birlikte hırsızlık suçunu işleme konusunda karara varan A ve B şahıslarından A, maymuncuk ile kapıyı açtıktan sonra B eve girer ve eşyaları alırsa A ve B eylemden müsterek fail olarak sorumlu olacaktır.¹³⁵

¹³¹ Zafer, s. 416

¹³² Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 553

¹³³ Koca & Üzülmüş, s. 432

¹³⁴ Dikmen, s. 70

¹³⁵ Koca & Üzülmüş, s. 431

1.2.1.2. Birlikte suç işleme kararının bulunması

Müşterek faillik, fiilin işlenmesinde başarılı olunması, fiilin gerçekleşmesinin kolaylaştırılması amacıyla işbirliği esasına dayanır. Bunun için her failin suç işleme hususunda karara varması ve suçun işlenmesindeki rolünün önem arz etmesi gerekir.¹³⁶ Örneğin A şahsı komşusu B'nin evini soymak için B'nin tatile çıkacağı günü hesaplayarak soygun planı hazırlar ve bu planı arkadaşı olan C ile paylaşır, C'nin de bu plana uyması halinde A ve C'nin suç planının icrasına başlaması şartıyla C'nin planı kabul ettiği andan itibaren birlikte suç işleme kararı gerçekleşmiş olacaktır.

Müşterek olarak fiile katılanların, müşterek hareket ettiklerini bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmesi gerekir. Aksi takdirde müşterek faillikten bahsedilemez. Bu birliktelik ve irade, yazılı veya sözlü bir anlaşma yapılmış olmasını gerektirmez.¹³⁷ Somut duruma göre ani bir irade uyuşması müştereklik için yeterlidir. Birbirinden habersiz şekilde hareket ederek aynı suçu meydana getirenler müşterek fail olarak sorumlu tutulamazlar.¹³⁸ Müşterek faillik için birlikte suç işleme kararına istinaden müşterek bir hâkimiyet kurulmalıdır.¹³⁹

Birlikte suç işleme iradesi belli bir fiil ve neticeye ilişkin olmalıdır.¹⁴⁰ Faillerin, kast düzeyinde birlikte hareket etme iradesi bulunmalıdır. Ancak faillerin kastlarının farklılık arz etmesi, örneğin birinin dolaylı, diğerinin doğrudan kastla hareket etmesi, müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarına engel teşkil etmez. Ancak işlenecek suç için kanunda kast dışında amaç veya saik unsuruna yer verilmiş ise suça katılanların bu şartı da müştereken taşımaları gerekir.¹⁴¹ Bu amaç ve saik olmadan fiil üzerinde hâkimiyet oluşturularak suç işlense dahi özel şartı yerine getirmeyen kişi doğrudan veya müşterek fail olarak sorumlu tutulamaz.

¹³⁶ Koca & Üzülmüş, s. 428

¹³⁷ Dikmen, s. 52

¹³⁸ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 744

¹³⁹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 555

¹⁴⁰ Koca & Üzülmüş, s. 428; Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 516

¹⁴¹ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 744; Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 556

Ancak yardım eden olarak sorumluluğuna gidilebilir.¹⁴² Örneğin kasten öldürme suçunun saike göre nitelikli halinden (örneğin töre saiki ile işlenmesi hali), suçu bu saikle işleyenler sorumlu olacaktır. Belirli bir saikle hareket etmeyen diğer iştirakçiler ise suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır. Ancak suçun bu saikle işlediğini bilmesine rağmen bir saike sahip olmayıp suçu işleyen iştirakçi, kasten öldürme suçunun nitelikli hali açısından yardım eden olarak sorumlu tutulur.¹⁴³

Müşterek faillikte suç işleme kararı, suç işlenmeden önce ve diğer ortaklarla birlikte verilmiş olması gerekir. İstisna olarak suç işleme zamanında da birlikte suç işleme kararı alınabilir. Bunun için suç işleme kararının diğer ortakların bilgisine sunulup örülü de olsa onaylarının alınması gerekir.¹⁴⁴

Müşterek faillerin, işlemeyi planladıkları suçun icrasına başlayıp tamamlandığını düşünerek fiillerine son verdiği, ancak tamamlanmadığını fark edip fiile devam eden faillerden birinin tamamlandığı suçta, eklenen hareketler bakımında müşterek hareket edildiği söylenemez. Birlikte suç işleme şartı gerçekleşmemiştir.¹⁴⁵

Aralarında müşterek bir irade olmaksızın birden fazla kişinin aynı konu üzerinde, aynı anda, aynı suçu işlemesi durumunda müşterek faillikten söz edilemeyeceğinden bu kişilerin müstakil fail olarak sorumlulukları doğacaktır. Bu ihtimalde faillerin durumları “yan yana müstakil failliktir”.¹⁴⁶ Örneğin birbirinden habersiz olan iki kişi, ortak düşmanları olan mağduru pusuya düşürerek aynı zamanda mağdura ateş ederek mağduru öldürmeleri olayında ateş eden bu failler, ölüm sonucundan ayrı ayrı müstakil fail olarak sorumlu olacaklardır. Zira müşterek faillik için aranan koşullar oluşmamıştır.¹⁴⁷

Yukarıdaki olayda olduğu gibi aralarında müşterek irade olmayan ve birbirinden habersiz olan iki fail, ortak düşmanlar olan bir kişiye aynı anda zehir verir ve mağdur, dozu yüksek zehri veren failin fiili neticesinde ölürse; müşterek faillik

¹⁴² Koca & Üzülmmez, s. 429

¹⁴³ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 556

¹⁴⁴ Özbek & Doğan & Bacaksız, ss. 516-517

¹⁴⁵ Koca & Üzülmmez, s. 429

¹⁴⁶ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 557

¹⁴⁷ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 741

için birlikte suç işleme iradesi oluşmayacağından her bir fail kendi fiili nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu durumda neticeyi, dozu yüksek zehir veren failin fiili gerçekleştirdiğinden kasten öldürme suçundan bu kişi sorumlu tutulmalıdır. Ancak maktule zehir veren diğer fail, sadece yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Örneğin, fail A ve B'den A, ortak düşmanları olan mağdura zehir verir, fakat bu zehir tek başına mağduru öldürmeye yetecek tesirde değildir. Ancak A'dan habersiz olan B, aynı zamanda mağdura dozu daha yüksek olan zehirden verir ve mağdur, dozu yüksek zehir veren B'nin fiili neticesinde ölürse; A ve B arasında müşterek faillik oluşmayacağından B, kasten öldürme suçundan; A ise yaralama suçundan sorumlu olacaktır.¹⁴⁸ Bizce bu örnekte müşterek failliğin oluşmayacağı tespiti yerindedir. B faili, A'nın fiilinden haberdar olsun ya da olmasın işlediği fiil nedeniyle kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Ancak işlediği fiili ölüm neticesini gerçekleştirmese de mağdura verdiği zehir ile mağduru öldürmeyi amaçladığı ve hareketleri neticeyi gerçekleştirmeye elverişli ve netice açısından illî olduğundan A faili, öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.

Bir suçun işlenmesine asıl failin bilgisi olmaksızın iştirak edilmesi halinde müşterek faillik söz konusu olmaz. Ancak bile bile yardım eden bu kişi gerçekleşen suç bakımından yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁴⁹

İcrasına yeni başlanmış bir suça iştirak ederek müşterek fail olmak mümkündür. Bunun için aynı suç işleme kararı ve fiili üzerinde müşterek faillik için aranan şartların bu ihtimalde de gerçekleşmesi gerekir. Bunun yanı sıra diğer müşterek faillerin, sonradan suça iştirake rıza göstermeleri gerekmektedir. Böylece iştirak iradesi şartı da gerçekleşmiş olacaktır. Ancak suç işlenmesine sonradan dâhil olan müşterek fail, önceki failler tarafından gerçekleştirilen suçun nitelikli hallerinden sorumlu tutulamazlar. Sadece gerçekleştirilen suçtan sorumlu olurlar. Sonradan suça dâhil olan müşterek fail, kendisinden önce gerçekleşen fiilin bilincinde olarak, fiili benimseyerek, böylece önceki fiile muvafakat göstererek suça katılsa bile nitelikli hallerden sorumlu olmaz. Ancak bu halde sonradan iştirak eden kişi,

¹⁴⁸ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 741

¹⁴⁹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 558

suçun nitelikli hali açısından yardım eden olarak sorumlu olacaktır.¹⁵⁰ Örneğin hırsızlık suçu işlemek için bir araya gelen A ve B, kapıyı kırıp bir yere girdikten sonra, C fiile dâhil olur ve suç eşyasının bir yerden başka yere taşınmasına katılırsa, hırsızlık suçunun temel şekli açısından A, B ve C müşterek fail olarak sorumlu tutulur. Kapıyı kırmak suretiyle gerçekleştirilen fiilden ise A ve B müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak C, kendisinden önce gerçekleşen kapı kırma fiilinin bilincinde ve fiili benimseyerek suça dahil olursa mala zarar verme suçu açısından yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Suçun işlenmesine sonradan iştirak edenin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için suçun bütünü üzerinde müşterek hâkimiyet kurması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Müttemadi suçlarda fiil tamamlanıncaya kadar fiili hâkimiyet sağlayarak temadi eden fiile iştirak etmek mümkündür. Çok hareketli suçlarda ise sonradan dâhil olan failin hareketi, fiil üzerinde müşterek bir hâkimiyet sağlıyorsa, bu kişi müşterek fail olarak sorumludur. Örneğin yağma suçunu işlemek isteyen A mağduru tutup parasını almaya çalışırken B fiile dahil olur ve B'nin de gayretiyle A, mağdurun parasını alırsa A ve B; fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurduğundan suçtan müşterek fail olarak sorumludurlar. Ancak bu olayda A ve B'nin yaralama kastıyla hareket ettikleri varsayıldığında A'nın mağduru tutarak darp ettiği esnada B şahsı, A'nın haberi olmadan mağdurun cebinden parasını alırsa, A ve B yaralama suçu açısından müşterek fail olarak sorumlu olsa da yağmadan sadece B sorumlu olacak, fiili bizzat gerçekleştirmeyen A sorumlu tutulamayacaktır.¹⁵¹

1.2.1.3. Suçun icrasına başlanmış olması

Müşterek failliğin bir diğer şartı, suçun icrasına başlanmış olmasıdır. İştirakten söz edilebilmesi için eylemin teşebbüs aşamasında varmış olması gerekir. Suçun hazırlık hareketlerinin yapıldığı ancak icraî hareketlerinin gerçekleştirilmediği

¹⁵⁰ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, ss. 563-564

¹⁵¹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 565

durumlarda iştirak edenin sorumluluğu meydana gelmez.¹⁵² Zira iştirak kuralları tamamlayıcı nitelikteki norm olduğundan kural olarak asıl failin hareketi bulunmadan iştiraktan söz edilemez.¹⁵³ Bu düzenlemeden de yola çıkıldığında; suç ortaklarının sorumlu tutulabilmesi için suçun tamamlanmasının şart olmadığı, suçun teşebbüs aşamasında kalmış olmasının yeterli olduğu anlaşılabacaktır.

1.2.2. Müşterek Failin Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halini İşlemesi Halinde Sorumluluk

Suçu müşterek olarak gerçekleştirmek için karar birliğine varan müşterek faillerden birinin kararlaştırılan aksine, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halini gerçekleştirirse diğer failler, ağır netice açısından en azından taksirle hareket etmeleri halinde sorumlu tutulacaklardır. Bu kural kanun maddesinde de açıklanmıştır (TCK m. 23).¹⁵⁴ Suçun temel şekli açısından birlikte suç işleme kararı bulunan failler müşterek fail olarak sorumlu olur. Ancak neticesi bakımından ağırlaşmış suçlarda müşterek faillerin sorumlulukları hususunda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardaki sisteme göre hareket edilecektir. Ancak müşterek faillerden biri netice açısından kasten hareket ederse, gerçekleşen ağır neticeden müstakil olarak sorumlu olacaktır.¹⁵⁵ Diğer failler, ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmeleri halinde sorumlu olacaklardır.¹⁵⁶ Örneğin A, B ve C mağduru yaralamak için anlaşılır. A ve B mağduru tutar, C de daha önce beyin ameliyatı olan mağdurun başına vurması sonucu mağdur bitkisel hayata girmişse, failler ağır netice bakımından mağdurun beyin ameliyatı

¹⁵² Hazırlık hareketleri, gerçekleşen suçun icrasında katkı niteliğinde ise, gerçekleşen suçta iştirak eden faillerden birinin hareketi, suç tipi açısından hazırlık hareketi niteliğinde ise bu durumda tamamlanmış suç bulunduğundan iştirakçinin de sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak, hazırlık hareketleriyle gerçekleşen fiil üzerinde fiili hâkimiyet sağlanamayacağından, kişi müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacak, ancak yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelecektir (Zafer, s. 416).

¹⁵³ Zafer, s. 416

¹⁵⁴ Kanun maddesine göre. “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

¹⁵⁵ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 559

¹⁵⁶ Dikmen, s. 56; Koca & Üzülmüş, s. 472

olduğunu bilmeleri koşuluyla sorumlu tutulabilir. Aksi halde failler sadece kasten yaralamadan sorumlu tutulacaklardır.¹⁵⁷ Bizce neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda sorumluluk açısından taksirli hareket yeterli görüldüğünden örnekteki olayda ağır netice bakımından mağdurun beyin ameliyatı olduğunu bilmeseler dahi ölüm neticesi açısından taksirli hareketi bulunan diğer iştirakçiler de neticeden sorumlu olmalıdır.

1.2.3. Müşterek Faillerden Birinin İştirak Anlaşmasının Sınırını Kasten Aşması Halinde Sorumluluk

Müşterek faillerden birinin, birlikte suç işlenmesi kararının icrasından faydalanarak kararlaştırılardan farklı bir suç işlemesi ihtimalinde meydana gelen yeni suçtan, sadece bu suç açısından kasten hareket eden fail sorumludur. Diğer fail veya failler, iştirak planı çerçevesinde gerçekleştirdikleri fiilden sorumlu olurlar.¹⁵⁸ Yukarıdaki yağma örneğinde müştereken gerçekleştirilmesi planlanan yaralama suçunun işlenmesi için icra edilen hareketlerden yararlanarak mağdurun parasını alan B şahsı yağma suçundan müstakil fail olarak sorumlu olacaktır.

Müşterek faillerden biri, planlanan suç anlaşmanın sınırını kasten aşar ve planlananın dışında bir suç işlerse bu fail, yeni suçtan müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır. Failin kastını ve durumu bilmeyen diğer iştirakçiler gerçekleşen yeni suçtan sorumlu tutulamaz.¹⁵⁹ Ancak anlaşmanın sınırını aşarak farklı bir suç işleyen fail, diğer iştirakçileri yeni suçun gerçekleştirilmesi konusunda kullanmışsa dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁶⁰ Örneğin mağduru kasten yaralama hususunda karar birliği içerisinde olan faillerden A, esasen kasten öldürme suçu işlemek amacıyla ortaklığa dahil olmuş ve hedefteki kişiyi öldürmüştü; A şahsı kasten öldürme suçundan müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır. Aynı örnekte mağduru öldürmek amacıyla hareket eden A, bizzat

¹⁵⁷ Aydın, s. 141

¹⁵⁸ Koca & Üzülmüş, s. 433

¹⁵⁹ Toptimur, İnan, (2017). Suça iştirak. *Yüksek Lisans Tezi*. Ankara; Çankaya Üniversitesi SBE. s. 55

¹⁶⁰ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 558

öldürme fiilini gerçekleştirmeyip diğer faillerden B'yi yanıltarak suçun işlenmesinde kullanırsa A, kasten öldürme fiili açısından dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

1.2.4. Müşterek Faillikte İlliyet Bağındaki Sapmaların Sorumluluğa Etkisi

Müşterek faillerin fiilleri ile oluşan suç arasındaki illiyet bağında önemsiz sapmalar, faillerin sorumluluklarına etki etmez.¹⁶¹ Örneğin husumet içerisinde bulundukları D'nin aracına zarar vererek haksızlık gerçekleştirmek amacıyla hareket eden faillerden biri mağdur D'nin aracına değil de evine zarar verirse, yine de failler müştereken zarar verme suçundan sorumlu olacaktır.

Hedefte önemli sapmalar meydana gelmesi halinde diğer faillerin olası kast derecesine varan kastlarının bulunması halinde müşterek fail olarak sorumlulukları devam edecektir. Ancak faillerden biri taksirli fiil ile hedeften saparsa müşterek failler planlanan suça teşebbüsten sorumlu olacaktır. Sapma sonucu gerçekleşen suçtan ise fiili gerçekleştiren fail taksirli hareketi ile sorumlu tutulacaktır.¹⁶²

1.2.5. Müşterek Faillikte Fiili Gerçekleştirenin Belli Olmaması Halinde Sorumluluk

Müşterek faillikte fiili gerçekleştirenin belli olmamasında sorumluluk durumu konusuna gelince, örneğin silahla işlenen kasten öldürme suçunda öldürücü darbenin faillerden hangisi tarafından gerçekleştiği belirlenemediği durumlarda faillerin tümü müşterek fail olarak sorumludur.¹⁶³ Bir başka örnekte; birini öldürmek için anlaşıp aynı anda silahla ateş eden kişilerden hangisinin silahından

¹⁶¹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 558

¹⁶² Dikmen, s. 60

¹⁶³ Aydın, s. 138

çıkan mermi ile ölümün gerçekleştiği belirlenemiyorsa faillerin hepsi müştereken sorumludur. Ancak ECK'nın 463. maddesinde bu durumda cezada indirim yapılacağı düzenlenmişti.¹⁶⁴ Yargıtay da bu ihtimalde cezada indirim yapılacağını kabul etmiştir.¹⁶⁵

Yeni TCK sisteminde müşterek fail olarak fiile iştirak edenlerden hangisinin fiili gerçekleştirdiğinin belirlenememesi halinde sorumluluk konusunda bir düzenleme yapılmadığından bu ihtimalde failer gerçekleşen suçtan müştereken sorumlu olacaktır.¹⁶⁶

1.2.6. Özgü Suçlarda Müşterek Faillik

Kural olarak ceza kanununda düzenlenen suçların faili açısından belli bir özellik aranmaz ve herkes suçun faili olabilir. Ancak bazı suçların sadece ceza normunda belirlenen özelliklere sahip, özel bir yükümlülük altında bulunan kişilerce işlenmesi şartı düzenlenmiş olabilir. İşte bu tür suçlara özgü suçlar denir. Özel faillik, failin hukuki niteliğinden veya failin doğasından kaynaklanabilir.¹⁶⁷ Bu durumda ancak kanunun aradığı şartı sağlayan kişi fail olarak sorumlu tutulabilir. Kanunun açıkça düzenlemesi olmadan özel faillik niteliği taşımayan kimsenin fail olarak sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Örneğin zimmet suçu açısından

¹⁶⁴ İlgili maddenin tam metni: “448, 449, 450, 456, 457’nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde onaltı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadarki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz.”

¹⁶⁵ Aydın, s. 138

¹⁶⁶ Aydın, s. 139

¹⁶⁷ Kapusuzoğlu, s. 160

5237 sayılı TCK'nın *Bağlılık Kuralı* başlıklı 40. Maddesinin 2. Fıkrasında özgü suç konusuna yer verilmiştir. Madde metninde; “ (2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” düzenlemesine yer verilmiştir.

(<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> [Erişim tarih:18.08.2021])

failin kamu görevlisi olması, çocuk düşürme suçu açısından ise gebe kadın olması gerekir.¹⁶⁸

Özgü suçlar; *gerçek özgü suçlar* ve *gerçek olmayan özgü* suçlar olarak sınıflandırılır. Gerçek özgü suçlarda, failin niteliği suç tipinde bir unsur olarak belirtilmiştir. Örneğin rüşvet suçu açısından fail, kamu görevlisidir. Gerçek olmayan özgü suçlarda fail için bir özellik aranmaz. Ancak suçun farklı türü, ağırlatıcı veya hafifletici sebebi açısından failde belli özellikler aranmaktadır. Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi cezanın artırım sebebi olarak düzenlenmiştir.¹⁶⁹

Özgü suçlarda müşterek faillik iki gruba ayrılarak incelebilir: 1) Sırf yükümlülük suçlarında, 2) Hâkimiyet ve yükümlülük suçlarında müşterek faillik.

Sırf yükümlülük suçlarında faillik, kişinin hukuk kuralı ile yükümlülük altına sokulduğu, özel faillik niteliğini haiz olduğu durumlarda söz konusu olur. Bu faillikte kanun koyucu tarafından yükümlülük ihlal edici belli bir davranış tanımlanmadığından müşterek faillik için aranan fiili hâkimiyet şartı burada aranmaz. Bu nedenle birlikte suç işleme kararı ile hareket eden özel fail niteliği taşıyan tüm suç ortakları müşterek fail olarak sorumludur.¹⁷⁰

Fail için özel yükümlülük şartının arandığı özgü suçlarda, kanun koyucu, ayrıca suç tipini oluşturacak belirli bir davranışı da tanımlamıştır. Bu suçlarda dolaylı fail olarak sorumluluk için özel faillik şartına ek olarak fiil üzerinde hâkimiyetin de kurulması gerekmektedir. Özel fail niteliği taşıyan kişinin suça iştirakteki katkısı fonksiyonel bir hâkimiyet kuracak nitelikte olmalıdır. Fonksiyonel hâkimiyeti yeterli olmayan iştirakçi suç açısından ancak yardım eden olarak sorumludur.¹⁷¹

Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunu kamu görevlisi A ile sıradan bir şahıs olan B işlerse, suçun temel şekli açısından A ve B müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak nitelikli hali açısından (TCK 204/2. maddesi) özel faillik niteliği

¹⁶⁸ Baş, ss. 119-121

¹⁶⁹ Baş, s. 123

¹⁷⁰ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 556; Koca & Üzülmez, s. 432

¹⁷¹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 565

taşıyan A müstakil fail, B ise nitelikli haline yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Fakat failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesi gereği B, sadece fail olarak sorumlu tutulması gereken suçtan sorumlu olacaktır.¹⁷²

1.2.7. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik

Belirli bir neticenin önlenmesi açısından belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda bu yükümlülüğe aykırı davranışla ihmali suç meydana gelir. Burada belli bir davranışta bulunma yükümlüğünü ihlal eden birden fazla fail, müşterek karara istinaden yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.¹⁷³ Failler arasında iştirak iradesi bulunmaması halinde ise ayrı ayrı müstakil fail olarak sorumlu tutulacaklardır.¹⁷⁴ Örneğin acil serviste çalışan iki sağlık görevlisinin ücretlerinin yetersizliğini bahane ederek gelen hastaya bakmamaları sonucu hastanın ölmesi olayında failler, müşterek fail olarak ölüm sonucundan sorumlu olacaklardır.

Buna karşılık icraî hareketle işlenebilen bir suçta ihmali hareket ile müşterek fail olarak katılmak mümkün değildir. Zira bu durumda fiili üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmamış olacaktır. Ancak şeriklik hükümlerinden sorumluluk gündeme gelebilir. Konuya ilişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bir kararında sanıklar A ve B'nin girdikleri ilişki sonucu dünyaya gelen ortak çocukları C'yi ortadan kaldırmak konusunda anlaştıkları, B'nin çocuğu öldürmek amacıyla A'dan aldığı, B'nin çocuğu boğarak öldürdüğü, buna rağmen anne A'nın engel olmadığı, çocuk B tarafından öldürüldükten sonra dere kenarına gömdüğü olayda; sanık B'nin eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 39/2-c maddesi kapsamında bebeği kasten öldürme suçuna yardım etme niteliğinde olduğu kabul edilerek TCK'nın 82/1-d-e, 39, 62 ve 53. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi yerine öldürme suçunun müşterek faili kabul edilmesini bozma sebebi

¹⁷² Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 566

¹⁷³ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 567; Koca & Üzülmüş, s. 433

¹⁷⁴ Yılmaz, s. 126

saymıştır.¹⁷⁵ Fakat bu olayda anne A'nın TCK'nın 83. maddesine göre ihmali hareketle kasten öldürme suçunun faili olacağı görüş ileri sürülmüştür. Ancak bu örnekte olduğu gibi annenin garantör fail olduğunu kabul edenler görüşe göre annenin de fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunanlar vardır.¹⁷⁶ Bizce burada annenin ihmali hareketle adam öldürme suçundan sorumlu tutulması daha yerinde olacaktır.

1.2.8. Taksirli Suçlarda Müşterek Faillik

Taksirli suçlarda gerçekleşecek netice öngörülmediğinden, fiile katılan ve neticenin gerçekleşmesine neden olan birden fazla kişinin netice açısından karar birliğinden söz edilemeyeceğinden bu suçlarda müşterek failliğin meydana gelebileceği savunulmaktadır. Ancak objektif özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu bir haksızlığı gerçekleştiren kişiler arasında karar birliği olabileceğini savunan görüşe göre taksirli suçlara müştereken katılım mümkündür. Fakat kanunda objektif sorumluluk açısından netice arandığından pratikte bu farklı görüşün bir uygulanabilirliği bulunmamaktadır.¹⁷⁷

¹⁷⁵ “Sanık Hacer’in yanında işçi olarak çalıştığı ve başkasıyla evli olduğunu bildiği sanık Zekeriya ile girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, olay tarihinde Hacer’in doğum sancılarının başlaması üzerine Zekeriya’nın aracı ile Hacer’i alarak hastaneye götürdüğü, hastanede bebeğin canlı olarak doğduğu, doğumdan sonra sanık Hacer ve Zekeriya’nın araca binerek çocuğu da alarak olay yeri olan ıssız mahalle götürdükleri, çocuğa ne yapacaklarını konuştukları, sanık Zekeriya’nın çocuğu öldüreceğini söyleyerek Hacer’in kucağından aldığı, Zekeriya’nın elleriyle çocuğu boğarak öldürdükten sonra götürüp dere kenarına gömdüğü olayda; sanık Hacer’in öldüreceğini söyleyerek çocuğu kucağından alan Zekeriya’ya engel olma konusunda bir çaba sarf etmediği, öldüreceğini söylediği halde bu duruma karşı sessiz kaldığı, Zekeriya’nın çocuğu öldürüp gömdükten sonra olay yerinden Zekeriya ile birlikte ayrıldığı anlaşılmakla, sanık Hacer’in eyleminin 5237 sayılı TCY.nın 39/2-c maddesi kapsamında yeni doğan bebeği kasten öldürme suçuna yardım etme niteliğinde olduğu kabul edilerek TCK.nun 82/1-d-e, 39, 62 ve 53. Maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, öldürme suçunun müşterek faili kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi...” Yargıtay 1. CD, 9.5.2012, 2011/6102 E. 2012/3766 K; (Koca & Üzülmöz, s. 434)

¹⁷⁶ Hakeri, s. 565

¹⁷⁷ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 568

1.2.9. Müşterek Faillikte Hata

Ceza kanunumuzda *hata* hükümlerine, TCK'nın 30. maddesinde yer verilmiştir.¹⁷⁸ Suça iştirakte faillerden birinin suç konusundaki yanılığı diğer failler bakımından önemsizdir. İşlediği suç açısından yanılığı içinde olan iştirakçinin fiile rağmen suç diğer fail veya faillerin fiili ile işlendiğinde bu hata dikkate alınmamalıdır.¹⁷⁹ Örneğin birlikte hareket ederek ava çıkan faillerden A, esasen hayvan avladığını düşünerek çalılıkların arkasında bulunan fail B'nin hasmına ateş etmesi olayında A şahsı hata hükümlerinden yararlırsa da diğer fail B'nin sorumluluğuna etkisi olmayacaktır.

1.2.10. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Müşterek Faillik

Sadece failin bedensel davranışı ile işlenebilen suçlara bizzat işlenebilen suçlar denir. Ancak icra hareketlerini gerçekleştiren kişi fail olabileceği için müşterek hâkimiyet kurarak bu suçlara müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir. İştirak edenler ancak şerik olarak katkı sağlayabilirler. Bizzat işlenebilen suçlara örnek olarak TCK'nın 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçu gösterilebilir.¹⁸⁰ Bu suçun faili, tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kişidir.

¹⁷⁸ Madde 30- “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” (UYAP mevzuat bilgi sistemi)

¹⁷⁹ Koca & Üzülmaz, s. 429

¹⁸⁰ Koca & Üzülmaz, s. 433

1.3. DOLAYLI FAİLLİK

Dolaylı faillik, bir başkasının fiili üzerinde hâkimiyet sağlayarak bu kimsenin suç işlenmesinde kullanılması,¹⁸¹ iradesine mutlak bir cebir uygulamaksızın hâkim olduğu bir kişinin davranışlarının bilerek ve istenerek işlenmesi kastedilen suçta kullanılmasıdır.¹⁸² Dolaylı faillik, bağlılık kuralı söz konusu olmadan, kanuni tanımdaki haksızlığı fiile iştirak etmeden gerçekleştiren kişinin işlenen suç karşısında cezasız kalmaması için iştirak kurumunun yetersiz kaldığı durumlarda devreye giren bir müessesedir. Ceza hukuku sistemimizde dolaylı faillik kavramı; dolayısıyla fail, bir başkasını suç işlemede araç kullanan, başkası vasıtasıyla suç işleyen şeklinde farklı tabirlerle ifade edilmektedir.¹⁸³

Dolaylı faillik kavramı, bu çalışmada suça iştirak konusu altında faillik türü olarak incelenmişse de dolaylı failliğin bir iştirak türü olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere göre iştirak hususu için en az iki farklı fail davranışı gerekli olup bu fillerin dolaylı faillikte olduğu gibi irade dışı, kullanılan kişi fiili veya hukuka uygun fiil olmaması gerekir.¹⁸⁴ Dolaylı failliğin iştirak türü olmadığını savunan bir diğer görüşe göre suça iştirak için fail ve şeriklik şeklinde iki katılımın olması gerekir. Bu görüş esas alındığında dolaylı faillik iştirak türü olarak değerlendirilemez, hatta müsterek failler arasında da iştirak durumu söz konusu olamaz. Çoğunlukta olan görüş ise, iştirak hükümlerinde asıl failin fiiline katılma değil, suç için bir araya gelme kıtası önemli olduğu gerekçesiyle dolaylı failliği bir iştirak türü olarak kabul etmektedir.¹⁸⁵ Gerek TCK sisteminde dolaylı failliğin *Suçta iştirak* başlıklı bölümde düzenlenmiş olması gerekse suça katılım için *suç için bir araya gelme* kıtasını yeterli bulduğumuzdan dolaylı failliğin suça iştirak türü olarak incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Suçta iştirak eden ve haksızlığı gerçekleştiren tüm şahısların cezalandırılması açısından iştirak kurumu her zaman çözüm olmayabilir. Suç konusu haksızlığı gerçekleştiren fail, bazı ihtimallerde suçun icrasına bizzat katılmamakta, arka

¹⁸¹ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 518

¹⁸² Özyüksel, s. 42

¹⁸³ Özyüksel, ss. 40-41

¹⁸⁴ Özyüksel, ss.58-64.

¹⁸⁵ Özyüksel, s. 73

plana geçerek başkalarına suç işletmekte veya bir başkasını suçta araç olarak kullanmaktadır. İşte bu tür durumlarda dolaylı faillik, iştirak kurumunun yetersiz kaldığı durumlarda devreye girerek suç ortaklarının cezasız kalmasını önleyerek bir boşluğu doldurma görevi üstlenir.

Bağlılık kuralı gereği asıl failin kasten ve hukuka aykırı fiili olmadan fiile katılanların suçtan sorumlu tutulması mümkün değildir. Asıl failin fiili hukuka aykırı olmadığı, asıl failin kasten hareket etmediği durumlarda meydana gelen suçlarda, asıl faile etki eden iştirakçilerin cezalandırılması, ancak dolaylı faillik kurumu ile mümkündür.¹⁸⁶

Dolaylı faillik, ikilik kurumunun meydana getirdiği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla getirilen bir yol olup esasen dolambaçlı bir yoldur.¹⁸⁷ Örneğin A şahsının, tam akıl hastası olan B'yi yönlendirerek C şahsına karşı müessir fiil işletmesi ihtimalinde akıl hastası olan B, ayırt etme gücüne sahip olmadığı için fiilden sorumlu tutulamaz. A ile B arasında bir iştirak iradesi olmadığı için şeriklik hükümlerine de başvurulamaz. Bu durumda fiilin cezasız kalmaması için dolaylı faillik hükümleri devreye girecektir.

Bir suçu kanuni tarifteki tanıma uygun olarak doğrudan doğruya, yanılığa uğramadan işleyen, suça özgü maddi ve manevi unsurları bünyesinde toplayan kimse doğrudan faildir.¹⁸⁸ Dolaylı faillik ise kısaca, suçun işlenmesinde bir başkasının kullanılmasıdır. Bir kimseyi belli bir fiili yapmaya sevk etme durumudur. Bu faillik türünde, bir başkası, suç tipinin gerçekleştirilmesi için sevk edilip zorunlu hareketler, sevk eden tarafından planlanıp sevk edilence gerçekleştirilir.¹⁸⁹ TCK'nın 37/2. maddesine göre; *“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”* hükmü dolaylı fiil açısından kanunun asıl düzenlemesini teşkil eder. Bunun yanında bazı özel hükümlerde sorumluluk açısından dolaylı

¹⁸⁶ Hakeri, s. 569

¹⁸⁷ Aydın, s. 141

¹⁸⁸ Hakeri, s. 569

¹⁸⁹ Koca & Üzülmüş, s. 435

faillığe yer verilen düzenlemeler görülür. Yeri geldiğinde bu hükümlere de değinilecektir.

TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde; *“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 icraî 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.” denilerek esas hatları ile dolaylı faillik açıklanmaya çalışılmıştır.

Kanundaki dolaylı faillik düzenlemesiyle, gerçekleşen fiilin cezasız kalmasının önüne geçilmiştir. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasında kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasının artırılması kabul edilerek dolaylı failliğin cezada artırım sebebi olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Burada dolaylı fail sadece suç işlemekle kalmamakta, bir de akıl hastası veya küçüğü istismar etmektedir.¹⁹⁰ Ayrıca bu kişilerin zayıflıklarından yararlanılarak diğer kişilere göre bunlara suç işletilmesi daha kolay olacağı için düzenleme yerinde görülmektedir.¹⁹¹ Ancak bu artırıma eleştiren görüş de mevcuttur.¹⁹²

Dolaylı faillikte arka planda bir fail vardır. Bir de bu kişinin hâkim olduğu ve iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını yönlendirdiği kimse vardır. Perde arkasındaki bu kişi ceza kanunumuza göre dolaylı faillik kurumu sayesinde fail olarak sorumlu olacaktır.¹⁹³ Yargıtay, dolaylı failliği açıkladığı kararında *hâkimiyet* kistasını; *“Dolaylı faillikte, suçun kanuni tanımında yer alan fiili*

¹⁹⁰ Parlar, Ali & Hatipoğlu, Muzaffer, 2010. 5237 sayılı TCK'da suça teşebbüs, iştirak ve yaptırımlar. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, s. 68

¹⁹¹ Özen, Mustafa, 2007. 5237 TCK'nın iştirak kurumuna bakışı. TBB dergisi. S. 70, s. 245

¹⁹² Özgenç, Türk ceza hukuku genel hükümler, ss. 568-569

¹⁹³ Birtek, Fatih, 2018. Ceza hukuku (genel hükümler). 6. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 409

*gerçekleştiren kişi, aslında cezai anlamda kusurlu değildir. Görünürde suçu işleyen kişi, aslında bir başka kişi tarafından suçu işlemeye araç olarak kullanılmaktadır. Arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır. Bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır. Öyle ki; suçu işleyen gerçek iradesi yok olmakta, arka planda kendisini yönlendiren kişinin talimatları ile hareket eder hale gelmektedir.” şeklinde yorumlamıştır.*¹⁹⁴

Dolaylı faillikte arka plandaki fail tarafından suç işlemeye yönlendirilen asıl fail pasif ve hareketsiz değildir. Ancak yaptığı davranışlar kendi iradesinin değil, kendisini yönlendiren dolaylı failin eseridir.¹⁹⁵

Dolaylı faillikte kural olarak suça karışan en az üç kişi bulunur. Bu kişiler suçta başkasını kullanan arkadaki fail, kullanılan asıl fail ve fiilin mağdurudur. Ancak iki kişinin katılımı ile de dolaylı faillik ilişkisi meydana gelebilir. Örneğin akıl hastasını intihara yönlendirme fiilinde, kullanılan fail ile fiilin mağduru aynı kişi olduğu için fiile iki kişi katılmaktadır.¹⁹⁶

Dolaylı fail, suçun icra hareketlerini bizzat gerçekleştirmeyen, amacına ulaşmak için bir başkasını vasıta olarak kullanan, fiilin icrası için sahaya inmeyen -tabir yerindeyse- “masadaki fail”dir. Aracı şahıs ise suça ilişkin iradesi bulunmadığı için adeta “maşa” görevinde kullanılır. Bu bağlamda aralarındaki bağı “*masadaki fail-maşa fail*” ilişkisi olarak betimlemek kanımca yerinde olacaktır.

Kusur yeteneği olmayan küçükleri veya akıl hastalarını suça azmettirme, bir kimseyi bilme ve isteme özelliğinden yoksun hale getirerek suç işleyen, bir kimseyi maddi veya manevi bir cebirle suç işlemeye iten kimse, arka plandaki kişi olarak gerçekleşen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.¹⁹⁷ Bu ve benzeri ihtimallerde nasıl bir çözüme gidileceği ve bu konuda farklı görüşlere çalışmada değinilecektir.

¹⁹⁴ Yargıtay 17. CD. 23.06.2015 T. 2015/1562 E. 2015/4345 K. sayılı kararı (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>) [Erişim tarihi: 01.09.2021]

¹⁹⁵ Aydın, s. 146

¹⁹⁶ Özyüksel, s. 28

¹⁹⁷ Özgenç, İzzet, 1996. *Suçta iştirkin hukuki esasları ve faillik*, İBB Hukuk Müşavirliği, s. 233 vd.

Tüzel kişilerin suçun faili olup olmayacağı hususu tartışmalı bir konudur. Tüzel kişilerin hareket ve kusur yeteneğinden yoksun olması sebebiyle doğrudan veya dolaylı olarak suçun faili olamayacağı savunulmaktadır. Ancak tüzel kişiler işlenen suçun faili olamasa da suçun mağduru olabileceklerini kabul eden görüşe itibar edilirse tüzel kişiler dolaylı faillik suretiyle işlenen suçlarda mağdur olarak yer alabilir.¹⁹⁸

1.3.1. Dolaylı Failliğin Tarihçesi

Ortaçağ hukukçularına göre dolaylı failin kullandığı kişinin sorumlu olup olmayacağı tartışılmışlardır. Fail, bir başkasının eli kolu gibi kullanılan bu duruma *sıra dışı azmettirme* denilmiştir. Bu kimselerin gerçekleştirdikleri fiillerden sorumlu tutulmayacağı, bunlara suç işleyenlerin sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.¹⁹⁹

Alman doğal hukukçularına göre fiili gerçekleştiren fail, geçici bir süre failin yerinin tuttuğu için iştirak iradesi ve isnat yeteneği bulunmadığı için cezalandırılmaz. Bunu kullanan şahıs cezalandırılmalıdır.²⁰⁰

19. yy'da ceza hukukçuları azmettirme ve dolaylı failliği bir arada ele alıp manevi faillik içerisinde kabul etmişlerdir.²⁰¹ Kavram olarak dolaylı faillik Stübel tarafından kullanılmıştır. Yazara göre dolaylı faillik, başkasını suç işlemeye kullanmak anlamına gelmektedir.²⁰²

Dolaylı faillik hukuk sistemimize ilk kez 5237 sayılı kanun ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. 765 sayılı ceza kanunumuzda yer almayan dolaylı faillik, ikilik sisteminin sakıncalarına alternatif olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 37/2. maddesiyle hukuk sistemimize girmiştir.

¹⁹⁸ Özyüksel, ss. 46-47

¹⁹⁹ Aydın, s. 142

²⁰⁰ Aydın, s. 142

²⁰¹ Özkan, Halid, 2013. *Ceza hukukunda azmettirme*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 235; Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 199

²⁰² Çiçek, Mustafa, (2014). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre bir iştirak şekli olarak dolaylı faillik. *Yüksek Lisans Tezi*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE, s. 62

1.3.2. Dolaylı Faillik Türleri

Dolaylı faillik, doktrinde farklı sınıflamalara ayrılarak incelenmiştir. Dolaylı failin aracı şahsa suç işletirken kullandığı yöntemlere göre veya aracı failin kastı olup olmadığına göre ya da işlenen suçtan sorumlu olup olmayacağına göre farklı gruplamalar yapılmıştır. Bu çalışmada, esas olarak dolaylı failin aracı fiil üzerinde egemenlik kurmak için kullandığı yöntemlere göre bir sınıflama yapılacaktır.

1.3.2.1. *Kusur yeteneği bulunmayan veya kusur yeteneği zayıf olan şahısların suçta araç olarak kullanılması*

Kusur yeteneği olmayan akıl hastası veya küçüğün suçta kullanılması halinde kabul edilen görüşe göre arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak sorumludur. Bunun için de arka plandaki şahıs, kullanılan şahıs üzerinde hâkimiyet kurmalıdır. Aksi takdirde arka plandaki şahıs şerik olarak sorumlu olacaktır.²⁰³ Konuya ilişkin yasal düzenlemeye bakıldığında, TCK'nın *Faillik* başlığını taşıyan 37. maddesinin 2. fıkrasında suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı, kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde cezanın artırılacağına yer verilmiştir.

Sorumluluk prensibi görüşüne göre arka plandaki şahsın dolaylı fail olarak sorumluluğuna başvurmak için kullanılan şahsın ayırt etme gücünden yoksun olması gereklidir ve bu şahsın arkadaki şahıs tarafından suça sevk edilmesi gerekir.²⁰⁴ Bunun yanında arkadaki şahıs, fiili işleyen ayırt etme gücüne sahip olmadığını bilmelidir. Bunu bilmemesi halinde fiili işleten, azmettiren olarak sorumlu olacaktır.²⁰⁵

Kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılan kişinin fiil işlendiği sırada gerçekten kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığını araştırılarak, fiil işlendiği sırada ön plandaki failin, gerçekten kusur yeteneğinden yoksun olduğunun

²⁰³ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 233

²⁰⁴ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 235

²⁰⁵ Hakeri, s. 573; Koca & Üzülmüş, s. 442

anlaşılması halinde bu durumu bilen arka plandaki fail, ön plandaki failin iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kuruyorsa dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁰⁶ Örneğin bir çocuğa suç işletilmesi halinde çocuğun kusur yeteneğine sahip olmaması ve arka plandaki failin çocuğun kusur yeteneğinin bulunmadığını bilmesi halinde arka plandaki fail, işlenen fiilden dolayı fail olarak sorumlu olacaktır.

Kusur yeteneği bulunmayanların suçta araç olarak kullanılması Yargıtay'ın istikrar bulan uygulamalarında da dolaylı faillik olarak kabul edilmiştir. *“Bir kişinin küçük olması veya akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği olmayan kişileri, bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanması durumunda, fiili işleyen kişi kusur yeteneğinin yokluğu nedeniyle cezalandırılmaz ise de, kullanan kimse dolaylı fail olarak suçu bizzat işlemiş gibi sorumlu tutulur.”* ifadesine, benzer durumlarda verilen kararlarda sıkça rastlanır.²⁰⁷

Akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü, aracı şahsın kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte değil de önemli ölçüde azaltacak nitelikteyse; kusur yeteneğindeki zayıflık failin fiili yeterince idrak edememesinden kaynaklanıyorsa, haksızlık yanılığı gibi bir durum söz konusu olacağı için arka plandaki şahıs suçtan dolayı fail olarak sorumludur. Buna karşılık failin kusur yeteneğindeki azalma, fiili işleyişinden kendini alıkoyma direncindeki zayıflıktan kaynaklanıyorsa arka plandaki şahıs şerik olarak sorumlu olacaktır.²⁰⁸ Ancak yine de kusur yeteneği azalmış olan şahıs, cebir, hile gibi yollarla hâkimiyet altına alınmışsa burada arka plandaki şahıs, dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.²⁰⁹

²⁰⁶ Özyüksel, s. 126

²⁰⁷ Yargıtay 2. CD. 11.11.2015 T. 2014/14811 E. 2015/20468 K.: “... Somut olayda, sanıkların beraberlerindeki küçük çocuklar ile birlikte gece saat 22.30 sularında müştekinin kardeşi ve arkadaşları ile yemek yediği lokantaya topluca girip, lokantada yemek olup olmadığını sordukları sırada müşteki ve yanındakilerin dikkatinin dağılması üzerine küçük Neslişah'ın, müştekinin yemek yerken oturduğu sandalyesinin kenarında asılı duran çantasını çaldığı, daha sonra hep birlikte lokantadan ayrıldıklarının kabul edilmesi karşısında; hırsızlık eyleminin elde veya üstte taşınan eşyaya karşı gerçekleştirilmemesi nedeniyle... BOZULMASINA...” (UYAP sistemi) [Erişim tarihi: 01.06.2021]

²⁰⁸ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 236

²⁰⁹ Özyüksel, s. 115

Çocukların suçta kullanılması halinde TCK'nın 31. maddesine göre üç ayrı yaş grubuna göre sorumluluk prensibi belirlenmiştir.²¹⁰ Arka plandaki şahsın, çocukları suçta kullanması durumunda; TCK'da benimsenen yaş gruplandırmasına uygun olarak; 0-12 yaş aralığındaki çocukları suçta kullanılması halinde dolaylı fail, 12-18 yaş aralığındaki çocukları suçta kullanılması halinde ise azmettiren olarak sorumlu olması çözümünü sunan görüş de mevcuttur.²¹¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi, temyiz incelemesi sonucu verdiği bir kararında; sanığın, on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan küçüğü kullanması ile gerçekleşen suçta, sanığı dolaylı fail olarak sorumlu tutmuştur.²¹² 12 yaşından küçük

²¹⁰ TCK'nın *Yaş Küçüklüğü* başlıklı 31. maddesine göre; "(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz." (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

²¹¹ Özbek & Doğan & Bacaksız, ss. 519-520

²¹² Yargıtay 14. CD. 02.03.2015 T. 2013/6245 E. 2015/2305 K. "... Suç tarihinde çalıştığı işyerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru "peçeten var mı" biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayaküstü sohbet etmeye başlaması ve akabinde kahve falı baktığını söyleyerek evine davet etmesi, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve gelmeleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığıyla porno videolar göndermesi, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağdurun kucağına oturduğunda mağdurun cinsel organının sanığın poposuna girmesi ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek acilen toparlanıp evden ayrılması biçiminde gerçekleşen olayda; ... Dolaylı fail durumunda olan sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmede, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştükleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK'nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, Bu haliyle; eylemin TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla

çocukların suç işlemesi halinde kanunen cezalandırılması mümkün olmasa bile çocuğun yaş küçüklüğüne rağmen suçun hukuki anlam ve önemini bilmesi halinde arka plandaki failin dolaylı fail değil, şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.²¹³

Bizce de çocukların suç işlenmesinde kullanılması durumunda TCK'daki yaş gruplandırmasına göre çözüm üreten görüşe göre hareket etmek, TCK'nın yaş küçüklüğüne ilişkin sistemi ve iştirak sistemine uyumlu olacaktır. Böylece ortaya çıkabilecek farklı uygulamaların önüne geçilecek, mahkeme kararları arasındaki uyum sağlanmış olacaktır. Örneğin hırsızlık suçunu işlemek isteyen A, 12 yaşından küçük B'ye mağdurun eşyasını aldırırsa TCK'nın 31/1. maddesine göre yaşı nedeniyle sorumluluğu bulunmayan B'ye ceza verilemeyecek, A ise dolaylı fail olarak hırsızlık suçundan sorumlu olacaktır. Yine aynı örnekte A, 12-15 yaş aralığında olan B'yi suçta kullanırsa, B'nin hırsızlık suçunun hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu suç nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde yine ilk ihtimalde olduğu gibi B, fiilden sorumlu olmayacak, A ise dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak B'nin hırsızlık suçunun hukukî anlam ve sonuçlarını algılaması ve bu suç nedeniyle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olması halinde B, asıl fail olarak sorumlu olacak, ancak TCK'nın 31/2. maddesine göre cezasında indirim uygulanacaktır. A ise hırsızlık suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Bu ihtimalde A şahsı yaşı küçük çocuğu suç işlemek amacıyla istismar ettiği için TCK'nın 38/2. maddesindeki azmettirmeye ilişkin özel düzenleme gereği A'nın cezası artırılacaktır. A'nın 15-18 yaş grubunda olması halinde ise aynı şekilde B'nin cezasında bu kez TCK'nın 31/3. maddesi uyarınca cezasında indirim uygulanacak, A ise -şartları varsa- hırsızlık suçuna azmettiren olarak sorumlu olacaktır.

Ceza hukukunda suçtan söz etmek için öncelikle bir insan davranışının olması gereklidir. İradeye dayanmayan fiillerin ceza hukuku bakımından fiil

yerinde görülmüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına”
(<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>) [Erişim tarihi: 01.09.2021]

²¹³ Özyüksel, s. 116; Aydın, s. 150

sayılmayacağı ve bu hareketleri meydana getirenlerin gerçekleşen fiilden sorumlu tutulmayacağını yukarıda ifade etmiştik. Çok küçük yaştaki çocukların ve bebeklerin suçta kullanılması halinde, bu kişilerin kas hareketleri veya hareketsizliklerinden yararlanarak suç işlenmesi halinde çocuğun iradesinden söz edilemeyeceğinden iradeye hâkimiyet şartı sağlanmadığından arka plandaki fail dolaylı fail değil, doğrudan fail olarak suçtan sorumlu olacaktır.²¹⁴

Sağır ve dilsizlerin suçta kullanılması haline gelince; bu kişilerin suçta kullanılması halinde yukarıdaki çözümden yararlanılır. Sağır ve dilsizlerin sorumlulukları TCK'nın 33. maddesinde düzenlenmiştir.²¹⁵ Buna göre sağır ve dilsizlerde TCK'nın 31. maddesinde yaş gruplandırmasına göre hareket edilecek, ancak yaş sınırına üçer yaş eklenerek hesap yapılacaktır.²¹⁶

Akıl hastalığı konusunda yeni TCK'da eski sistemden farklı olarak tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımı kaldırılmıştır. Ancak akıl hastalığını ele alan TCK'nın 32. maddesine bakıldığında konunun ikili bir ayrıma tabi tutularak incelendiği görülmektedir.²¹⁷ Akıl hastası; işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi, bu derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi şeklinde ikili bir gruba ayrılarak incelenmiştir. İlk ihtimalde akıl hastasına ceza verilemeyecek, ikinci ihtimalde ise verilecek cezada kanun gereği indirim uygulanacaktır. Akıl

²¹⁴ Özyüksel, s. 131

²¹⁵ Maddenin metni şu şekildedir: “Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

²¹⁶ Aydın, s. 152

²¹⁷ TCK'nın *Akıl Hastalığı* başlıklı 32. maddesine göre; “(1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. (2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

hastasının suçta kullanılması halinde ise sorumluluk açısından TCK'nın 32. maddesindeki ikili ayırım esas alınarak hareket etmek gerekecektir.²¹⁸

Yukarıda yaşı küçüklerin suçta kullanılması konusunda da ifade ettiğimiz konuya benzer olarak, akıl hastasının kas hareketleri veya hareketsizliklerinden yararlanarak suç işlenmesi halinde akıl hastasının iradi davranışından söz edilmeyeceğinden iradeye hâkimiyet şartı sağlanmadığından arka plandaki fail doğrudan fail olarak suçtan sorumlu olacaktır. Zira iradeye dayanmayan hareketler ceza hukuku bakımından fiil sayılmaz.²¹⁹

Akıl hastalığına ilişkin TCK'nın 175. maddesi,²²⁰ akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişinin cezalandırılacağından söz etmektedir. Bu ceza hükmü, dolaylı faillığe ilişkin bir düzenleme olmayıp suçun faili, fiili ihmali hareketi ile aracı kılınmaksızın gerçekleştiren doğrudan faildir.²²¹

1.3.2.2. Kusur yeteneği geçici bozulanların suçta kullanılması halinde dolaylı faillik

Bu başlık altında uyuşturucu ve uyarıcı madde, ameliyattan önce verilen uyuşturucu, sarhoşluk hali, hipnotize edilme gibi nedenlerle isnat yeteneği geçici olarak bozulan kişilerin suçta kullanılması halinde sorumlulukta nasıl bir yol izleneceği üzerinde durulacaktır. Alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle suç işlenmesi hali TCK'nın 34. maddesinde yer bulmuştur.²²² Bu maddeye göre iradi

²¹⁸ Aydın, s. 153

²¹⁹ Özyüksel, s. 134

²²⁰ *Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali* başlıklı maddenin tam metni: Madde 175- “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

²²¹ Özyüksel, s. 135

²²² TCK'nın *Geçici Nedenler, Alkol Veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma* başlıklı 34. Maddesine göre; “(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

olmadan, alkol ve uyuşturucu madde verilerek sarhoş edilen kişinin uyuşturucu madde etkisi ile suç işlemesi halinde bu kişiye ceza verilmez. Ancak irade dışı nedenlerle sarhoş olan veya uyuşturucu madde verilen kişinin bu durumundan faydalanılarak suç işlenmesi halinde arka plandaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Dolaylı fail, kullandığı failin geçici nedenlerle iradesinden yoksun kalmasına neden olsun ya da olmasın, gerçekleşen fiilden sorumludur. İrادی olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olan fail kullanılarak suç işlenmesi halinde TCK'nın 34/2. maddesi uyarınca fiili bizzat gerçekleştirenin *actiones liberae in causa* (sebebinde serbest hareketler kuramı) ilkesi gereği sorumlu olacağı açıktır. Bu failin diğer iştirak türleri ile suça iştiraki mümkündür.²²³

Kusur yeteneğinin geçici olarak bozulması halleri yukarıda sayılan hallerle sınırlı değildir. Ateşi hastalık, zehirlenme, sara nöbeti, diyabet, lohusalık hali de buna örnektir. Bu ve benzeri geçici nedenlerle iradesi zayıflanan kişinin iradesinin yönlendirilmesi kolaylaştığından iradesine hâkim olan arka plandaki kişi, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak ön plandaki failin sorumluluğu dolaylı failin sorumlu olup olmamasından bağımsızdır. Geçici nedenlerle iradesi etkilenen kişi, iradesine etki eden sebebin ortaya çıkmasında kasten hareket ettiyse *actio libera in causa* ilkesi uyarınca ön plandaki bu fail işlediği suçtan sorumlu olacaktır.²²⁴

1.3.2.3. Zorlama yoluyla iradeye hâkimiyet şeklinde dolaylı faillik

Bir kimse cebir, tehdit yoluyla bir başkasını suç işlemeye zorlarsa işlenen suç bakımından dolaylı fail olarak cezalandırılır. Bu kimse aynı zamanda fiil üzerinde de hâkimiyet kurmuştur. Kabul edilen görüşe göre burada kullanılan zor, zorunluluk halinin şartlarını oluşturacak düzeyde olmalıdır.²²⁵ Bu dolaylı faillik hali TCK'nın 28. maddesinde düzenlenmiş olup cebir, tehdit ve zorlamayı meydana getiren kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacak, bu fiile maruz kalan kişi ise kusurlu sayılmayacağı için hakkında ceza verilmesine yer olmadığına

²²³ Aydın, s. 154

²²⁴ Özyüksel, ss. 138-139

²²⁵ Koca & Üzülmöz, s. 436

karar verilecektir.²²⁶ Kanun maddesinde söz edilen *cebir*, cebre uğrayanın iradesine uygulanan etkiyi ifade etmekte olup, bu etkilemenin hem maddi hem de manevi şekilde olabileceği kabul edilmektedir.²²⁷

Dolaylı failliğin bu türünde sözü edilen zorlama, mutlak kuvvet derecesinde olmamalıdır. Ceza hukukunda suçtan söz etmek için öncelikle bir insan davranışının olması gereklidir. İradeye dayanmayan fiiller ceza hukuku bakımından sorumluluk gerektirmez.²²⁸ Dolaylı faillikte arka plandaki şahsın davranışı ile suç fiilini gerçekleştiren şahsın davranışı bazen ceza hukuku bakımından fiil olarak nitelendirilemez.²²⁹ Örneğin ayakta elleri serbest halde bekleyen A'nın ellerini tutarak B'nin yüzüne vurduran C, müessir fiilden doğrudan fail olarak sorumludur. Zira burada A'nın işlediği bir fiil yoktur. Arkadaki şahsın gerçekleştirdiği davranış vardır ve aracı şahıs sorumlu tutulamaz.

Buna karşılık bir şahsın iradesinin belli bir doğrultuda yönlendirilmesi, aldatılması, yanıltılması biçiminde davranışlarına etki edilmişse bu halde etki eden kimse dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²³⁰ Dolaylı failin davranışı ile fiili işleyen davranışının illî olması gerekir. Dolaylı failin zorlama davranışı sonucunda istenen suç değil de farklı bir suç işlenirse dolaylı faillik ilişkisi meydana gelmeyecektir. Şartları varsa arka plandaki kişi cebirden, fiili gerçekleştiren ise meydana gelen suçtan zorunluluk hali hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır.²³¹

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesinin bir kararında terör örgütüne para sağladığı iddiası ile Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkındaki Kanuna Muhalefet suçu isnat edilen sanığın eyleminin, terör örgütünün korkutucu etkisiyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılmasının gerektiğini; karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet sonucunda ya da muhakkak veya ağır bir tehdit sonucu suç işleyen kişinin -

²²⁶ Madde 28- “(1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

²²⁷ Özyüksel, s. 92

²²⁸ Özyüksel, s. 37

²²⁹ Demirbaş, Timur, 2020. *Ceza hukuku genel hükümler*, 15. Baskı. Ankara: s. 457, 527

²³⁰ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 201

²³¹ Özyüksel, s. 86

kusurlu sayılamayacağı için- cezalandırılmayacağını, bu durumda, cebir ve tehdide maruz kalan kişi hakkında dava açılmışsa 5271 sayılı CMK'nın 223/3-b maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceğini, cebir veya tehdit uygulayan kişinin ise dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağını belirtmiştir.²³²

Bu dolaylı faillik türünde, cebre maruz kalan kişi, zaten işlemeyi düşündüğü suç açısından cebirden yararlanma düşüncesiyle suç işlerse gerçekleşen suçtan sorumlu olur. Arka planda bulunan ve cebir uyguladığını düşünen kişi ise suçtan sorumlu tutulmayacaktır.²³³

Dolaylı faillik açısından manevi cebir olarak tehdit²³⁴ ve şantaj²³⁵ farklı suçlar olarak düzenlenmişse de esasen her iki suç tipinde mağdurun manevi olarak iradesinin etkilenecek bir harekete zorlanması söz konusu olduğundan tehdidin şantajı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir.²³⁶

Dolaylı faillik açısından cebre konu kötülüğün haksız olması şart değildir. Zira dolaylı faillik için önemli olan husus, kişinin ön plandaki kişinin fiili üzerinde iradi hâkimiyet kurularak suç işletilmesidir. Bu nedenle cebrin haksız olup olmadığının, ön plandaki kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulup tutulmayacağının önemi yoktur.²³⁷

Konu açısından cebir ve mücbir sebep ayrımını da ortaya koymak gerekir. Cebir, insan hareketinden; mücbir sebep ise doğadan kaynaklanmaktadır. Kural olarak mücbir sebep etkisiyle suç işlenmesi halinde karşı konulamazlığı mutlak bir durum meydana geldiğinde doğrudan faillikten söz edilemez. Ancak kişi, mücbir sebeple suçun meydana geleceğini öngörerek hareket etmişse, örneğin fırtınada

²³² Gaziantep BAM 4. CD. 02.06.2020 T. 2019/262 E. 2020/368 K. (UYAP sistemi) [Erişim tarihi: 01.06.2021]

²³³ Özyüksel, ss. 101-102

²³⁴ Mağdurun kendisinin veya bir yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına bir saldırı gerçekleşeceği, malvarlığı itibarı ile büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahsile fiilin işlenmesi fiilidir. (Artuk, M. Emin & Gökçen, Ahmet & Alşahin, M. Emin & Çakır, Kerim, 2018. Ceza Hukuku özel hükümler, 17. Baskı. Ankara: Adalet, s. 338)

²³⁵ Mağdurun hak veya yükümlülük konusu bir fiilin gerçekleştirileceğinden, şeref veya saygınlığına zarar verebilecek bir hususun açıklanacağı yahut isnat edileceğinden söz edilerek belli bir davranışa zorlanması fiilidir. (Özyüksel, s. 95)

²³⁶ Özyüksel, ss. 95-96

²³⁷ Özyüksel, s. 109

savurulup başka kişi ve nesnelere zarar verebileceğini öngörerek hareket etmişse gerçekleşen suçtan olası kastı nedeniyle doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır.²³⁸

Doktrinde iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillikten söz edebilmek için arka plandaki failin, cebri bizzat uygulayan kişi olması gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Dolaylı faillikte arka plandaki failin ön plandakinin fiili üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurması gerektiğinden hareketle bizim de katıldığımız görüşe göre dolaylı fail, üçüncü kişinin şiddet ve tehdidi altında bulunan ön plandaki kişinin fiili üzerinde hâkimiyet kurarak suç işlemesi halinde dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²³⁹

Doktrinde öne sürülen görüşe göre, iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillikte, uygulanan cebir sonucu işlenmesi istenen suç ile cebre uğrayan failin işlediği suç arasında doğrudan bir ilişki bulunmalıdır. Hem dolaylı faillik konusunda hem de TCK'nın 28. maddesi açısından bu ilişki zorunludur. Cebir altında suç işleyen ön plandaki failin cebri kurtulmak amacıyla veya başka bir saikle cebir uygulayan arka plandaki failin isteği dışında bir suç işlerse, ön plandaki fail, zorunluluk hali hükümleri saklı kalmak kaydıyla işlediği fiilden sorumludur. Arka plandaki fail ise gerçekleşen fiilden sorumlu tutulamaz. Ancak cebir eylemi nedeniyle sorumluluğu gündeme gelecektir.²⁴⁰ A, B şahsının kafasına silah dayayarak aracı yolda yürüyen C'ye çarpması yönünde tehditte bulunmasına rağmen B, C'ye çarpmamak için öndeki D'nin araca çarparak B'yi etkisiz hale getirmek isterse A, D'ye karşı mala zarar vermeden sorumlu tutulamaz. B ise şartları varsa zorunluluk halinden yararlanacaktır.

Bu başlık altında incelenen dolaylı faillik türünde, cebir etkisi ile suç işleyen faile uygulanan cebrin asgari sınırının sübjektif olarak tespit edilmesinin gerektiği, somut olayda cebir uygulanan failin, uygulanan cebre katlanmasının beklenmemesi gerektiği görüşüne karşılık olayda uygulanan maddi veya manevi cebrin kusurluluğa etki edebilmesi için sorunun normatif değerlendirme ile çözülmesinin gerektiği savunulmaktadır. Buna göre tehlikenin ağırlığı ile konu, kullanılan araç arasındaki orantının sağlanmasının gerektiği, cebir sonucu

²³⁸ Özyüksel, s. 95

²³⁹ Özyüksel, s. 97

²⁴⁰ Özyüksel, s. 98

meydana gelen haksızlığın mazur görülebilmesi için cebre uğrayan şahsın yöneldiği menfaatin haksızlık ile elde edilenden daha yüksek veya en azından denk olması gerekir. Tam tersi ihtimalde, işlenen suç nedeniyle ihlal edilen değer lehine dengesizlik meydana gelmesi halinde cebre uğrayan, TCK'nın 28. maddesindeki imkândan yararlanamayacaktır.²⁴¹ Bu görüşe göre ön plandaki failin kusurluluğunun kalkmış olması halinde arka plandaki failin dolaylı fail olarak sorumlu olur. Tersı durumda, ön plandaki failin işlenen fiilden sorumlu tutulması halinde arka plandaki failin azmettiren olarak sorumluluğunun önu açılacaktır. Bu görüşe göre sübjektif ölçüt yerine norm karşılaştırması yapmanın kanunilik ilkesine daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

1.3.2.4. Suç işlenmesinde kullanılan araç şahsın hatasından yararlanmak suretiyle dolaylı faillik

Hata bahsi, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir.²⁴² Maddenin ilk fıkrasında suçun maddi unsurlarında hata, ikinci fıkrasında suçun nitelikli unsurlarında hata, sonraki fıkrasında ise ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların oluştuğu hususunda hatadan bahsedilmiştir. Hataya düşen birinin davranışları üzerinde hâkimiyet kurmak, normal bir kimsenin davranışları üzerinde hâkimiyet kurmaya göre daha kolay olduğundan sıkça rastlanan dolaylı faillik türü olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁴³ Kişi, kasıtlı olarak faili hataya düşürür ve bu hatasından yararlanarak faile suç işletirse, arka plandaki failin dolaylı fail olarak sorumlu olduğu savunulmaktadır. Zira bu failin suç sürecine hâkim olması,

²⁴¹ Özyüksel, ss. 99-102

²⁴² 5607 sayılı TCK'nın Hata başlıklı 30. maddesine göre; "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

²⁴³ Özyüksel, s. 141

hareketi doğrudan gerçekleştirmesi nedeniyle fiil hakkında daha fazla bilgiye sahip olması sonucunda iradi olarak öndeki faile hâkimdir.²⁴⁴

Esas Failin Kastı olmaksızın Hareket Etmesi Halinde Dolaylı Faillikte, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilmeden hareket eden kimsenin kastından söz edilemez. Bu kimse TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinden yararlanacaktır. Örneğin ava çıkan kimse, hatası sonucu bir insana ateş etmesi durumunda kastı kaldıran hata vardır. Bu dolaylı faillik biçiminde yanılan kimse, işlenen suç üzerinde hâkimiyet kuramaz. İşlenen suç açısından bir aracı durumundadır. Örneğin uzağı göremeyen B'ye, hedef tahtası diye hasmını işaret edip ateş etmesini sağlayan A, meydana gelen ölüm sonucundan dolaylı fail olarak sorumludur. Zira B üzerinde bilgi hâkimiyeti yoluyla suçun işlenmesine neden olmuştur.²⁴⁵ Burada arka plandaki fail, ön plandaki faili oyuna getirerek ona suç işletmektedir.²⁴⁶

Arka plandaki şahıs, yanılığında katkısı olmadan yanılığ içinde olan şahsın yanılığından yararlanarak bu kişinin suç işlemesine neden olması halinde sorumluluğu tartışmalıdır. Arka plandaki şahsın, öndeki şahsın fiili üzerine hâkimiyet kurmadığı ve iştirak iradesiyle de hareket etmediğini savunan görüşe göre burada dolaylı faillik meydana gelmez. Ancak cezai boşluğu doldurmak için bu kişi fail olarak sorumlu tutulmalıdır.²⁴⁷ Bir görüşe göre arka plandaki kişi, fiili işleyen hataya düşmesine neden olmadan, mevcut hatasından yararlanarak suç işlettiği durumda da sorumluluğu vardır.²⁴⁸ Yukarıdaki örnekte A, B'nin hedef tahtası zannettiği ancak gerçekte A'nın hasmı olan C'ye ateş etmesini sağlarsa yine dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Başka bir görüşe göre arka plandaki şahıs, ancak açık bir aldatma halinde dolaylı faillikten sorumlu tutulabilir. Zira burada hata halinde olan kimseye soyut bir yardımda bulunuluyor. Bu durumda dolaylı failliğin söz konusu olmayacağını savunanlar da vardır.²⁴⁹

²⁴⁴ Kapusuzoğlu, s. 170

²⁴⁵ Koca & Üzülmüş, s. 437

²⁴⁶ Özyüksel, s. 141

²⁴⁷ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 203

²⁴⁸ Koca & Üzülmüş, s. 438

²⁴⁹ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 203

Antalya Bölge Adliyesi 4. Ceza Dairesinin bir kararında sanığın esasen katılana ait olan ağaçların kendisine ait olduğunu söyleyerek failer tarafından kesilmesine neden olduğu olayda sanığın dolaylı fail olarak sorumlu olduğu kabul edilmiştir.²⁵⁰

Esas Failin Haksızlık Yanılgısından Yararlanması Halinde Dolaylı Faillik, bu konunun alt başlıklarından biri olacaktır. TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasına göre; “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” Bir kimseyi kaçınılmaz bir haksızlık yanılgısına düşürerek bu kişiye suç işleyen kimse, işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumludur.²⁵¹ Fiili icra eden şahıs, fiilin sosyal değerlere ters düşeceğinin bilincinde olup sadece suç oluşturmayacağını düşünüyorsa bu durumda haksızlık yanılgısından söz edilemeyeceği için fail fiilinden sorumludur. Perde arkasındaki şahıs da şerik olarak sorumlu olacaktır. Fakat azınlıkta da olsa bu halde dolaylı faillik değil, azmettirme ilişkisinin bulunduğunu savunanlar mevcuttur.²⁵²

Hatanın kaçınılabilir olması ihtimalinde ise nasıl hareket edileceği tartışmalıdır. *Sorumluluk prensibini savunanlara göre* burada azmettirmeden söz edilmelidir. *Fail arkasındaki fail* formülünü kabul edenlere göre yine burada da dolaylı faillik mevcuttur.²⁵³ Bize göre burada hatanın kaçınılabilir olup olmadığından ziyade arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin fiili üzerinde hâkimiyet kurup kurmadığına göre değerlendirme yapmak gerekir. Bu değerlendirme sonucuna göre arka plandaki kişi iradi hâkimiyet ile öndeki kişinin fiilini yönlendiriyorsa gerçekleşen

²⁵⁰ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 4. CD. 09/01/2019 T. 2018/1867 E. 2019/76 K. : “... Katılanların Antalya ili, Döşemealtı ilçesi, Altınkale Mahallesi, 4083 sokak üzerinde bulunan tarlalarındaki 4'er adet selvi ağaçlarının, sanık tarafından selvi ağaçları alım satımı işi ile uğraşan Salih Aytaç adlı kişiye satıp ve bu kişiden 1.400,00TL para alarak, Salih Aytaç'ın da Kadir Kara ve Mustafa Silme adlı kişilere ağaçları kestirdiği olayda; ağaç alım satımı ile uğraşan Salih Aytaş'ı ile görüşüp O'na diğer katılanların sahibi olduğu selvi dikili taşınmazları göstererek kendisine ait olduğunu söyleyen ve katılanlara ait 4 er adet selvi ağaçların kesilmesi karşılığında 1.400 TL para alan sanığın, selvi ağaçlarının Salih Aytaş tarafından kesilip faydalanmak amacıyla götürüleceğini bilmesi ve neticeyi de istemesi, bu suretle ağaçları satın alan Salih Aytaş'ın ile Salih Aytaş'ın ağaçları kestirdiği Mustafa Silme ve Kadir Karagül'ü yanıltarak hırsızlık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanması karşısında, sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu, sanığın hırsızlık suçundan TCK'nın 37/2. maddesi uyarınca dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, bu hali ile sanığın her iki katılana karşı ayrı ayrı teşebbüs aşamasında kalan basit hırsızlık suçunu işlediği ...” (UYAP Sistemi) [Erişim tarihi: 01.06.2021]

²⁵¹ Koca & Üzülmöz, s. 438

²⁵² Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 216

²⁵³ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 218

suçtan dolayı fail olarak sorumlu olacaktır. Zira bu şart sağlandığında ön plandaki fail, dolaylı fail tarafından yanıltılarak suçta kullanılmış olacağından doğal olarak failin hatası kaçınılmaz hata olacaktır.

Aracı Şahsın Zorunluluk Halinin Şartlarında Yanılgıya Düşmesi Durumunda Dolaylı Faillik, bu konu altında incelenecek bir diğer başlıktır. Zorunluluk hali; TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında, “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” şeklindeki düzenleme ile vücut bulmuştur. Failin suç tipine uygun fiiline rağmen sorumluluğunu kaldıran bir düzenlemedir. Bu ihtimalde aracı şahıs, sorumluluğunu kaldıran zorunluluk halinin şartlarının gerçekleştiği düşünülmektedir. Fakat bu konuda arkadaki fail tarafından yanıltılmıştır. Burada fiili gerçekleştiren aracı şahıs zorunluluk hali prensibinden yararlandığı için sorumlu tutulamaz, fakat arka planda başka bir şahıs varsa dolaylı faillikten sorumlu tutulur.²⁵⁴

Hukuka Uygunluk Şartlarında Yanılma da esas failin hatasından yararlanma şeklinde gerçekleşen dolaylı faillik halidir. Bir fiili icra eden fail, hukuka uygunluk sebebinin varlığının şartları konusunda yanıltılarak suça sevk edilmesi ihtimalinde arkadaki şahıs dolaylı fail olarak sorumludur. Fiili işleyen kişi ise hata hükümlerinden yararlanacaktır. Bu ihtimalde aracı şahsın kastı bulunmadığı için arkadaki şahıs şerik vasfı kazanamayacaktır.²⁵⁵ Örneğin; A, B'ye gerçekte söz konusu olmadığı halde C'nin kendisine saldıracağı konusunda B'yi yanıltarak B'yi C'ye saldırtıyor. B meşru savunma hali içerisinde bulunduğundan gerçekleşen fiilden A, dolaylı fail olarak sorumludur.²⁵⁶

Arka plandaki fail tarafından hataya düşürülerek bir kişiye suç işletilmesi halinde suç açısından kastı bulunmadığından fiili bizzat işleyen ve hataya düşen kişi cezalandırılmaz. TCK tasarısında hata durumunda faili belirlemeye yönelik “Hata,

²⁵⁴ Koca & Üzülmüş, s. 438

²⁵⁵ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 220

²⁵⁶ Koca & Üzülmüş, s. 439

başkasının aldatması sonucu meydana gelmişse hataya düşüren sorumludur” şeklindeki madde taslağı kanunlaşmamıştır. Ancak bu hükmün kanunda yer bulmaması hataya düşürenin cezasız kalmasına neden olmaz. Zira iştirak hükümleri sayesinde dolaylı faillik kurumu ile hataya düşüren kişinin sorumluluğuna gidilebilir.²⁵⁷

Arka plandaki kişi, yargı görevini yapan ön plandaki kişiye sahte deliller oluşturarak sanığın hapis cezası almasına neden olması halinde arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Bu dolaylı faillik türüne *yargılama dolandırıcılığı* ya da *usûl dolandırıcılığı* adı verilmiştir.²⁵⁸

Suçun Nitelikli Hallerinde Hataya Düşen Kişinin Davranışlarının Suçta Kullanılması Yoluyla Dolaylı Faillikte; TCK’nın 30. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre hataya düşen failin hatasından yararlanacağı belirtilmiştir. Ancak bu kişinin hatasından yaralanarak suç işlenmesi halinde arka plandaki failin gerçekleşen suçtan sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bu hata hali öğretide tedrici unsur yanılması olarak kabul edilmektedir.²⁵⁹ Aşağıda, aracı şahsın fiilinden tamamen sorumlu olması halinde dolaylı faillik konusu anlatılırken bu konuya yeri geldiği için yeniden değinilecektir.

1.3.2.5. Sapmadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik

Sapma; failin hareketinin yöneldiği konuyu somut olarak bireyselleştirmiş olmakla birlikte, seçilen araçların yetersizliği veya kullanma hatası yüzünden ya da başka bir nedenle fiilin asıl gerçekleştirmeyi düşündüğü konu üzerinde değil, düşündüğünden farklı, ancak aynı değerdeki başka bir konu üzerinde gerçekleştirmesi durumudur.²⁶⁰ Bu başlık altında nedensellik bağında sapma, hedefte sapma ve suçta sapma halinde dolaylı faillik durumlarına bakılacaktır.

²⁵⁷ Aydın, s. 159

²⁵⁸ Özyüksel, s. 147

²⁵⁹ Özyüksel, s. 157

²⁶⁰ Erdem, Mustafa Ruhan, 2019. Suçun konusunda yanılma ve sapma, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel sayı, s. 52

Nedensellik bağında sapma, belirli bir tarzda gerçekleştirilmek istenen bir suçun, başka bir tarzda meydana gelmesidir. Örneğin A'nın B'yi boğulması için denize atması, fakat B'nin boğularak değil, kafasını taşa çarptığı için beyin kanamasından ölmüş olması ihtimalinde nedensellik bağında sapma oluşur.²⁶¹ Nedensellik bağındaki sapma, ön plandaki failin kastını ortadan kaldırsın ya da kaldırmassın, nedensellik bağında sapma yaratarak failin iradesine hâkim olan arka plandaki fail, dolaylı fail olarak sorumludur. Örneğin A'yı öldürmek amacıyla hareket eden ancak yaralayan B'ye, A'nın öldüğünü söyleyerek B tarafından A'nın diri diri gömülesi sonucunda ölümüne sebep olan arka plandaki kişi, ölüm sonucundan dolaylı fail olarak sorumludur. A ise taksirle öldürme veya öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacaktır.²⁶²

Hedefte sapma halinde ise sapma nedeniyle kastedilen neticenin başka bir şey veya kimse üzerinde gerçekleşmesine denir.²⁶³ Hedefte sapma halinde arka plandaki fail, ön plandaki failin iradesine hâkim olarak bu kişinin davranışlarının hedefte saparak gerçekleştirdiği neticeden dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Örneğin kalabalık bir yerde hasmı B'yi öldürmek isteyen A'nın silahının ayarını bozarak hedeflenenin dışında bir kişinin öldürülmesine neden olan kişi, ölüm sonucundan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁶⁴ Bu dolaylı faillik hali, aşağıda *Aracı şahsın işlediği fiilden tamamen sorumlu olduğu hallerde dolaylı faillik* başlığı altında *Fiili icra edenin mağdurun şahsında yanılgiya düşürülmesi* halinde yeri geldiği için yeniden ele alınacaktır.

Suçta sapma halinde ise kastedilen ile gerçekleşen suçlar arasında netice farkının olduğu, sapma sebebiyle farklı hukuki konuların ihlal edilmesi halidir.²⁶⁵ Diğer sapma türlerinde olduğu gibi bu halde de suçta sapma yaratarak ön plandaki failin iradesine hâkim olan, bu suretle farkı bir suç işlemesine neden olan kişi gerçekleşen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁶⁶ Örneğin C'yi silahla korkutmak isteyen B'nin elindeki silahta mermi olduğunu bilmesine rağmen

²⁶¹ Özar, Süleyman, 2006. Türk ceza hukukunda sapma, TBB Dergisi, S. 66, s. 252

²⁶² Özyüksel, ss. 170-171

²⁶³ Özar, s. 243

²⁶⁴ Özyüksel, s. 170

²⁶⁵ Özar, s. 250

²⁶⁶ Özyüksel, s. 172

şarjörün boş olduğunu söyleyen A, esasen C'ye karşı tehdit suçunu işlemek isteyen B'yi, silahta mermi olduğu bilgisiyle yanıltarak B'nin C'yi silahla yaralamasına neden olması ihtimalinde C'nin yaralanması suçundan A dolayı fail olarak sorumlu olacaktır. Zira A, fiil hakkındaki üstün bilgisini kullanarak tehdit suçunu yaralama suçuna çevirerek fiil üzerinde egemenlik kurmuştur.

1.3.2.6. Aracı şahsın fiilinin hukuka uygun olması halinde dolayı faillik

Ceza hukukunda suçun özünü hukuka aykırılık oluşturur. İşlenen suç açısından hukuka uygunluk halinin bulunması halinde tüm hukuk düzeni açısından eylem hukuka uygun kabul edilecektir.²⁶⁷ Hukuka uygunluk halinin bulunduğu bir olayda, aracı şahsın fiilinde suçun objektif unsuru oluşmuştur. Fakat olayda hukuka uygunluk sebebi bulunduğu için fiili gerçekleştiren aracı şahıs sorumlu tutulamaz. Arka plandaki şahıs, eylem nedeniyle dolayı fail olarak sorumludur. Burada arka plandaki kişi bilerek hukuka uygunluk durumu yaratmaktadır. Hukuka uygunluk durumu yaratarak aracı şahsı hukuka uygunluk nedeni içinde sokmak suretiyle bu kişinin suç işlemesine neden olmaktadır.²⁶⁸ Örneğin; sık sık bahçesine giren komşusunun köpeğini ortadan kaldırmak isteyen A, köpeği kışkırtarak köpeğin polis memuru B'ye saldırmasına neden oluyor. Köpek saldırısından kurtulmak isteyen B'nin son çare olarak görevi nedeniyle verilen silahıyla köpeği öldürmesi halinde B, meşru müdafaa nedeniyle hukuka uygunluk hali içerisinde işlediği fiilden sorumlu tutulamayacaktır. Ancak arka plandaki A, hukuka uygunluk hali yaratarak köpeğin öldürülmesini sağladığından oluşan suçtan dolayı fail olarak sorumludur. Bir kimsenin suç uydurarak ihbarda bulunması sonucu başka birinin gözaltına alınmasına neden olması halinde Cumhuriyet savcının gözaltı kararını hukuka uygun kabul eden görüşe göre asılsız ihbarda bulunan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından dolayı fail olarak sorumludur.²⁶⁹ Ancak kanımca burada ihbar edeni dolayı fail sorumlu

²⁶⁷ Özyüksel, s. 113

²⁶⁸ İçel, Kayıhan, 2016. *Ceza hukuku genel hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Beta, s. 544

²⁶⁹ Demirbaş, s. 527; Aydın, s. 159

kabul etmek yerinde olsa da Cumhuriyet savcısının gözaltı kararının hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır.

Suçsuz olduğunu bilmesine rağmen birine bir suç isnadı sonucunda bu kimse tutuklanır veya hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile karşılaşır, iftiranın sabit olması halinde müfteri, aynı zamanda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu açısından dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁷⁰ Bu dolaylı faillik türü, Yargıtay kararlarında istikrarla kabul görmüş bir uygulamadır.²⁷¹

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu açısından kanunda özel bir hüküm mevcuttur. İftira suçunu düzenleyen 267. maddesinin 4. fıkrasındaki özel düzenlemeye göre; *“Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.”*

Yargıtay’ın hürriyeti tehdit suçuna ilişkin temyiz başvurularını incelemeye yetkili 14. Ceza Dairesinin verdiği kararlarda iftira suçunun sabit olması durumunda, mağdur eğer hürriyeti bağlayıcı ceza almışsa, fail iftira suçu açısından doğrudan fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından da dolaylı fail olarak sorumluluğu kabul edilmektedir.²⁷²

²⁷⁰ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 211

²⁷¹ Yargıtay 21. CD. 30.11.2015 T. 2015/3889 E. 2015/5672 K. : “...Sanık hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan uygulama yapılırken, yasa maddesinin "204/1" yerine "104/1" şeklinde yazılması, mahallinde düzeltilebilir nitelikte yazım hatası olarak görülmüştür. 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçunu işleyen sanığın, kardeşi Y.. Ç.. kimlik bilgilerini kullanmış olması nedeniyle kardeşi Y.. Ç.. Küçükçekmece 5. Asliye Ceza mahkemesinin 2006/42 Esas sayılı dosyasında bu suçla ilgili olarak yargılandığı, yargılama sırasında 05.07.2006 tarihinde göz altına alındığı ve sonuçta yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraate hükmedildiği anlaşılmakla, sanığın ayrıca 5237 sayılı Yasanın 267/4 maddesi uyarınca "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan" da dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğinin gözetilmemesi...”
(<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>) [Erişim tarihi: 01.09.2021]

Aynı doğrultuda Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 22.10.2014 tarih, 2013/1087 Esas ve 2014/11517 Karar sayılı kararı mevcuttur. (UYAP sistemi) [Erişim tarihi: 01.06.2021]

²⁷² 14. CD. 30.09.2014 T. 2013/746 E. 2014/10680 K. sayılı kararında: “ ... somut olayda sanığın kollukta verdiği ifadesinde mağdurlar H.. B.. ile O.. Y..’in kendisini siyasi mesele nedeniyle arabanın içinde kapıları kilitleyip inmesine izin vermeyerek aracın içinde kasten yaraladıklarını beyan ettiği, Cumhuriyet Başsavcılığındaki ifadesinde ise aracın içine kilitlemediklerini ancak

1.3.2.7. Bir başkasının hukuka uygun davranışının suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillik

Suçta iştirak açısından hukuka aykırı bir fiilin olması gerekir. Zira hukuka uygun bir fiil suç oluşturmayaacağı için olmayan bir suça da iştirak mümkün değildir. Dolaylı faillik konusu açısından da arka plandaki şahsın davranışı ne kadar kötü olursa olsun ön plandaki şahsın fiili hukuka uygun ise arkadaki kişi açısından da hukuka uygunluk halinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Ancak karşıt görüşe göre ön plandaki kişinin hukuka uygun fiilini belli bir suçun icrasında kullanan kişinin eylemi hukuka uygun olmaz, arka plandaki kişi irade hâkimiyeti nedeniyle dolaylı fail sıfatını alacaktır.²⁷³ Dolaylı faillikte sorumluluk açısından bağıllık kuralı yerine iradeye hâkimiyet ölçütünü benimsediğimizden bu ihtimalde de dolaylı faillik halinin mevcut olduğunu kabul ediyoruz. Bu dolaylı faillik haline örnek vermek gerekirse; trafik kazası sonucunda yaralanan sürücüye yetişmek için yola çıkan ambulansın yaralıya müdahalesini engellemek isteyen A, ambulansa ateş ederek yaralıya müdahale edilmesini engellemesi halinde, ambulansın müdahale edememesi nedeniyle sürücünün ölmesi ihtimalinde ambulanstakiler hukuka uygunluk halinden yararlınsa da ambulansa ateş ederek yardıma engel olan A, ölüm sonucu açısından dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

aralarındaki alacak verecek meselesi nedeniyle kasten yaraladıklarını beyan ettiği, mahkemedeki savunmasında ise aslında olayın kollukta anlattığı şekilde gerçekleştiğini ancak araya girenler nedeniyle ifade değiştirdiğini belirttiği, mağdurlar hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan verilen kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararın sanık H.. A..’un değişen ifadesine, kasten basit yaralama suçundan verilen kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararının ise şikâyet yokluğu nedenine dayandığı, sanığa yönelik yaralama eyleminin gerçekleştiğinin dosya içindeki sanığa ait rapor, sanık beyanı ve diğer beyanlardan anlaşıldığı, mağdurlar hakkındaki gözaltı kararının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanında basit yaralama suçu nedeniyle de verildiği ve mağdurların aynı gün içerisinde Cumhuriyet Savcılığındaki ifadelerinden sonra serbest bırakıldıkları anlaşılmakla tüm dosya kapsamı nazara alındığında, sanığın salt iftira kastıyla hareket edip mağdurların gözaltında kalmasını sağlayacak bir eyleminden söz edilemeyeceğinden unsurları itibarı ile oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” içeriği dairesinin kararına örnektir. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>) [Erişim tarihi: 01.09.2021]

²⁷³ Özyüksel, s. 114

1.3.2.8. Aracı şahsın hareketlerinin tipik olmadığı hallerde iradeye hâkimiyet

Dolaylı faillik, yalnızca bir kişiye suç işletilmesi halinde meydana gelmesiyle sınırlı değildir. Asıl failin fiilinin suç oluşturmaması halinde de arka plandaki failin dolaylı fail olarak sorumluluğuna gidilebilir.²⁷⁴ Burada arkadaki şahıs, esasen suç tanımı bakımından tipik olmayan zor altında kalma, hata, irade zayıflığı veya yanılması sonucu olarak fiile hâkim olmaktadır. Örneğin, bir başkasına ait olduğu konusunda kişi ikna ederek kişinin kendi malına zarar vermesinin sağlanması durumunda kişi kendi malına zarar veremeyeceği için eylem tipik değildir. Fakat arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.²⁷⁵

Kasten öldürme suçları bakımından karşımıza çıkan diğer bir ihtimalde kişi, arka plandaki failin tehdidi, zorlaması veya aldatması sonucunda kendisini öldürmektedir. Bu durumda da kasten öldürme suçu açısından tipik bir suç yoktur. Bu durumda kişinin kendisini öldürmesini sağlayan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁷⁶ Ancak anlatılan öldürme olayında arka plandaki failin mutlak bir cebir sonucu kişinin kendisini öldürmesini sağlamışsa bu durumda doğrudan faillikten söz edilecektir.²⁷⁷

Sorumluluk prensibini benimseyen yazarlara göre örnekte bahsi geçen öldürme olayında, arka plandaki şahsın fiil üzerinde hâkimiyet kurup kurmadığına bakmak gerekir. İkraha veya tehdide maruz kalan şahsın davranışları suç teşkil etmiyorsa dolaylı faillikten de söz edilemez. Arka plandaki şahıs şeriklik hükümlerine göre cezalandırılacaktır.²⁷⁸

Arka plandaki fail, kişiyi yanıltarak ölümüne sebep olması ihtimalinde de dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Alman Federal Mahkemesi *Sirius kararında*, failin arkadaki şahsın tarafından yanıltarak kendi lehine hayat sigortası düzenlettikten sonra intihara teşebbüs ettirilmesi nedeniyle arkadaki yönlendireni dolaylı fail

²⁷⁴ Aydın, s. 160

²⁷⁵ Koca & Üzülmüş, s. 436)

²⁷⁶ Toptimur, s. 89; Koca & Üzülmüş, s. 437)

²⁷⁷ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 237

²⁷⁸ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 237

olarak sorumlu tutmuştur.²⁷⁹ Arkadaki şahsın yanıltması saik yanılgısı niteliğindeyse ve saik yanılgısı sonucu kişinin intihara yönlendirilmesi ihtimalinde arka plandaki şahsın sorumluluğu konusu tartışmalıdır. Bu durumda arka plandaki şahsın bilgi üstünlüğü ile fiili etkilediği için dolaylı fail olarak sorumlu olacağı kabul görmüştür.²⁸⁰

Arka plandaki şahsın akıl hastasını veya yaşça küçüğü intihara yönlendirmesi ihtimalinde de akıl hastası veya küçük, hareketi idrakten yoksun olduğu için intihara yönlendiren arka plandaki şahıs, öldürme fiilinden dolaylı fail olarak sorumludur.²⁸¹

Arka plandaki fail, asıl faili tehdit ederek kendisine karşı suç işlenmesini sağlayabilir. Örneğin bir yakınına zarar vereceği tehdidiyle kişinin intihar etmesini isteyen arka plandaki fail, intihara yönlendirme suçundan değil kasten öldürme suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu konuda ceza kanunumuzda özel düzenleme gereği dolaylı failin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. TCK'nın 84/4. maddesine göre bir kişinin cebir ve tehdit kullanılarak intihara mecbur bırakılması halinde yönlendiren kişinin fail olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir.²⁸²

1.3.2.9. Organize suç örgütlerinin gücünden yararlanma yoluyla dolaylı faillik

Organize suç örgütüne dâhil olan kişi, bu dolaylı faillik türünde örgüt hiyerarşisi içerisinde, emir-komuta zincirinde bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu kişi örgüt içerisinde kendisinden isteneni kayıtsız olarak yerine getirmeye yatkındır. *Fail arkasındaki fail* görüşüne göre fiili işleyene emir veren arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumludur. Fiili işleyen kimse de fiilin haksızlık oluşturacağının bilincinde olarak hareket ettiğinden doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır.²⁸³

²⁷⁹ Toptimur, s. 90

²⁸⁰ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 238

²⁸¹ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 239

²⁸² Hakeri, s. 571

²⁸³ Koca & Üzülmüş, s. 439

Kural olarak organize suçlarda örgüt liderinin her emri örgüt yöneticilerince yerine getirildiği bilinir. Emri yerine getirmeyen kişi örgüt içerisinde çok kolay ikâme edilebilir. Ancak örgüt liderinin taleplerinin otomatik olarak yerine getirilmiyorsa ve bu kişinin yerine yenisi hemen ikâme edilemiyorsa bu durumda örgüt lideri azmettiren ya da şerik olarak sorumlu tutulacaktır.²⁸⁴ Örgüt liderinin tüm örgüt üyelerine hâkim olamayacağı, örgüte katılımın örgüt liderinin bilgisi dışında da olabileceği gerekçesiyle örgüt liderinin örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçların tümünden dolayı fail olarak sorumlu tutulmasının doğru olmayacağı savunulmaktadır.²⁸⁵ Bu görüşe göre 5237 sayılı TCK'nın 220/5. maddesinin²⁸⁶ örgüt lideri açısından objektif sorumluluk durumu yarattığı, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ters düştüğü ve Anayasanın 38/7. maddesine aykırı olduğu savunulmaktadır.

1.3.2.10. Yetkili merciin konusu suç teşkil eden emrini yerine getirmede dolaylı faillik

Anayasanın *Kanunsuz Emir* başlığını taşıyan 137. maddesine göre; “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. (2) Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (3) Askerî hizmetlerin görülmesi*

²⁸⁴ Koca & Üzülmüş, s. 440

²⁸⁵ Özyüksel, s. 191

²⁸⁶ 5237 sayılı TCK'nın *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma* başlıklı 220. maddesine göre; “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. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

...

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”²⁸⁷

Yetkili merciin emri hukuka uygunluk sebebidir. Ancak emrin hukuka aykırı fakat bağlayıcı olması ihtimalinde nasıl hareket edileceği Anayasal düzeyde düzenlenmiştir. Kamu görevlisi, bulunduğu hiyerarşi içerisinde aldığı emri ifa etmek konusunda bir yükümlülük altındadır. Bu halde iradesi ile hareket etmediği için kamu görevlisi sorumlu tutulamaz. Ancak emri veren sorumlu olacaktır.²⁸⁸ Emrin suç oluşturmaya da hukuka aykırı olması nedeniyle emri yerine getirenin kınanmaması eleştirilmektedir. Ancak üstün norm olan AY m. 137 hükmü nedeniyle emri yerine getiren kişiye ceza verilemez.²⁸⁹ Ancak emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde emrin muhatabının irade hürriyetinin elinden alındığı söylenemez. Gerçekleşen fiilden sorumluluktan kurtulamaz. Emri veren kişi de azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Ancak emri icra eden, konusu suç olan emrin hukuka uygun olduğu kanısındaysa, hatadan yararlanacağı için gerçekleşen fiilden sorumlu olmayacak, emri veren dolaylı fail olarak sorulu olacaktır.²⁹⁰ Konusu suç teşkil eden emri veren amir, memur üzerinde hâkimiyet kurarak suç işletiyorsa bu halde emri veren kişi, meydana gelen suçtan dolaylı fail olarak sorumludur. Ancak eylemi gerçekleştiren memur, somut olayda ceza alabileceği gibi suçsuz da görülebilir. Örneğin rüşvet alan bir polis memurunun rüşvet olayını açığa çıkaracağından bahisle şantaj yoluyla uyuşturucu kuryeliğine zorlayan amir, uyuşturucu ticareti yapma suçundan dolaylı fail olarak, memur ise şantajda kullanılan olay kendisinden kaynaklandığından, şantaja boyun eğmemesi gerektiğinden uyuşturucu ticareti yapma suçundan doğrudan fail olarak sorumludur.²⁹¹

²⁸⁷ UYAP mevzuat bilgi sistemi

²⁸⁸ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 223

²⁸⁹ Özyüksel, s. 207

²⁹⁰ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 224

²⁹¹ Özyüksel, s. 210

1.3.2.11. *Şahsi cezasızlık nedeni bulunan kişiye suç işletilmesi*

Şahsi nedenlerle işlediği fiilden sorumlu olmayan kişinin fiiline iştirak mümkündür. Bu durumda şahsi cezasızlık nedeninden yararlanan kişi cezalandırılmaz, fakat iştirak eden diğer iştirakçilerin cezalandırılmasına engel yoktur. Ancak şahsi cezasızlık halinden yararlanan failin davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunduğundan, dolaylı failin yönlendirmesi bulunmadığından dolaylı fail olarak fiile iştirakin mümkün olmadığı görüşüne katılıyoruz. Arka plandaki fail, şahsi cezasızlık şartının bulunması konusunda asıl faili yanıltmışsa hata hükümleri uyarınca asıl fail, kaçınabilir bir hataya düşmüşse hatasından yararlanır, arka plandaki fail ise dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁹²

TCK'nın *Şahsi Cezasızlık Sebebi Veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep* başlıklı 167. maddesi; yağma ve nitelikli yağma hariç olmak üzere malvarlığına karşı suçların haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacağını belirterek şahsi cezasızlık halini düzenlemiştir. A, mağdur C ile kardeş olan B'yi, C'nin telefonunu çalması hususunda ikna eder ve sonucunda B, C'nin telefonunu çalarsa, şahsi cezasızlık sebebiyle B'ye ceza verilemez. Ancak A, azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Aynı örnekte A, esasen üçüncü bir kişiye ait olmasına rağmen C'ye ait olduğunu söylediği telefonun B tarafından çalınmasını sağlarsa, şahsi cezasızlık hali konusunda hataya düşürülen B, hata hükümleri nedeniyle cezalandırılmazsa bile A, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

²⁹² Aydın, s. 161

1.3.2.12. Aracı failin işlediği fiilden tamamen sorumlu olduğu hallerde dolaylı faillik

Dolaylı fail, çoğu zaman suç işleme iradesi ve kastı olmayan aracı şahıslar kullanılarak amacına ulaşmaya çalışır. Fakat bu başlık altında incelen dolaylı faillik hallerinde, esasen aracı şahsın bir suç işleme kararı vardır. Çoğu zaman işlenen suçtan dolaylı faille birlikte aracı şahıs doğrudan sorumludur. Ancak aracı şahıs ile arka plandaki dolaylı failin sorumlulukları arasında ağırlık ve nitelik açısından farklılık bulunur.

Aracı Failin gerçekleştirdiği Fiilin Sonucu Olan Zararın Çeşidi ve Ağırlığı Hususundaki Yanılmasından Yararlanma (Niteliksel ve Niceliksel yanılma): Bu ihtimalde arkadaki şahıs, icra edilen fiilin yol açacağı zararın türü ve ağırlığı konusundaki bilgisi failinkine göre daha fazladır. Bu durumda fiili gerçekleştiren sorumlu olur. Fakat arkadaki şahsın sorumluluğu konusunda görüş birliği yoktur.²⁹³

Örneğin A, B'yi yanıltarak orijinal bir tabloyu, değersiz olduğuna ikna edip yok etmesini sağlaması olayında, B'nin yanılışı saik yanılışı olmayıp tedrici unsur yanılışıdır. Özgenç'e göre burada fiili icra eden dışında, A şahsı da arkadaki şahıs olarak niceliksel yönden daha ağır sonuçtan dolaylı fail olarak sorumludur.²⁹⁴

Bu başlık altında incelenecek bir diğer ihtimal de *Zararın Niteliği Konusunda Failin Yanıltılarak Veya Yanılışından Yararlanılarak Suç İşletilmesidir*. Örneğin A, su tabancasında zararlı bir sıvı olduğunu bilmesine rağmen, içinde su bulunduğu yönünde B'yi yanıltarak C'ye sıkmasına ve C'nin görme duyusunu yitirmesine neden olursa; B kasten yaralama fiilden, A ise kasten yaralama fiile azmettirmeden sorumludur. A, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali bakımından ise dolaylı fail olarak sorumludur²⁹⁵. Ancak tek fiil nedeniyle iki defa cezalandırılmayacağından A'nın sorumluluğu fikri içtima hükümlerine göre belirlenmelidir.

²⁹³ Koca & Üzülmüş, s. 439

²⁹⁴ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 242

²⁹⁵ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 244

Fiili İcra Edenin Mağdurun Şahsında Yanılgıya Düşürülmesi: Bu dolaylı faillik hali, dolaylı failin aracı şahıs üzerinde egemenlik kurma yöntemine göre yapılan sınıflandırma nedeniyle yukarıda *Sapmadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik* konusu altında ele alınmıştı. Ancak bu başlık altında aracı şahsın fiilinden sorumlu olduğu hallerde dolaylı faillik konusu sınıflandırılarak incelendiğinden bu konuyu yeniden ele almak yararlı olacaktır.

Aracı şahıs, esasen A şahsına karşı suç işleme düşüncesindeyken arkadaki şahıs, aracı şahsı yanıltarak B şahsını, muhtemel mağdurun A olduğu konusunda yanıltarak B'ye karşı suç işletirse arkadaki şahsın sorumluluğu tartışmalıdır. Örnekte kasten adam öldürme suçu işleyen asıl failin yanılgısı önemsiz olduğundan sorumluluğu konusunda tereddüt yoktur. Arkadaki failin sorumluluğu için çoğunluk, burada da dolaylı failliğin meydana geleceği görüşündedir. Gerekçe olarak da gerçekte öldürülen kişinin kişiliğine ilişkin üstün bilgi, suç işleyen kişiyi, arka planda yer alan kişinin elinde bir araç konumuna getirmesine dayanılmaktadır.²⁹⁶ Fakat buradaki mağdurun kimliği konusundaki yanıltma nedeniyle arka plandaki şahsın azmettiren olduğunu savunan görüşler de vardır.²⁹⁷

Saik Yanılgısı: C şahsı ile husumeti bulunan arkadaki şahıs A, C'nin öldürülmesi için B şahsına; C'nin kendi karısıyla ilişkisi olduğunu söyler, böylece C'nin B tarafından öldürülmesini sağlarsa nasıl bir sorumluluk prensibi izleneceği tartışmalıdır. Olaydaki yanılgının, suça ilişkin düşüncede önemli bir değişikliğe neden olduğundan saik yanılgısı olmadığını iddia eden düşünceye göre arkadaki şahıs dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.²⁹⁸ Ayrıca bu türde incelenen yanılgının saik yanılgısı olmadığı, *tedrici-dereceli unsur yanılgısı* olduğunu kabul eden görüşler de vardır.²⁹⁹

²⁹⁶ Toptimur, s. 132

²⁹⁷ Diğer farklı görüşler ve ayrıntısı için Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 245 vd.

²⁹⁸ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 240

²⁹⁹ Ayrıntısı için: Toptimur, ss.128-130

1.3.2.13. Özgü suçlarda dolaylı faillik

Dolaylı failliğin diğer bir biçimi de özgü suçlarda gerekli niteliklere sahip şahısların suçta kullanılmasıdır. Özgü suçlarda dolaylı failliği çeşitli ihtimallerde değerlendirmek gerekir. Öncelikle özel faillik sıfatını haiz olmayan arka plandaki kişi, yine özel faillik sıfatına sahip olmayan birini suçta kullanmışsa özgü suç işlenemeyecek ve arka plandaki fail özgü suçtan sorumlu olmayacaktır. Bir diğer ihtimalde; özel faillik sıfatı bulunan arka plandaki kişi, özel faillik sıfatı bulunmayan birini suçta kullanmışsa bu durumda arkadaki fail özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak özel faillik sıfatını haiz olmayan arka plandaki kişi, özel faillik niteliği bulunan birini suçta kullanması halinde arka plandaki failin özgü suçtan sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre arka plandaki fail, özgü suçlu vasfı taşımasa dahi özgü suç bakımından dolaylı faildir. Zira dolaylı faillik açısından bağlılık kuralı, aranmaz. Öndeki failin iradesine hâkim olarak özgü suçu işleten kimse, suçu gerçekleştirmek için özel faillik niteliği taşıyan öndeki faili kullandığı için özgü suçtan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.³⁰⁰ Örneğin kamu görevlisini hataya düşürerek sahte resmi belge düzenlemesine neden olan kişi, kamu görevlisi olmasa bile resmi belgede sahtecilik suçu açısından kamu görevlisi gibi sorumlu olur.³⁰¹ Ancak arka plandaki şahsın özgü suçlarda aranan özel faillik şartını sağlamaması nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulamayacağı, iştirake ilişkin diğer hükümlere göre sorumluluğunun tespitinin gerektiğini savunan görüşler de vardır.³⁰²

1.3.2.14. Taksirli suçlarda dolaylı faillik

Dolaylı faillik konusunda bahsedildiği üzere, gerçekleşen fiil üzerinde arka plandaki fail, ön plandaki failin iradesi ve davranışları üzerinde hâkimiyet

³⁰⁰ Özyüksel, s. 268

³⁰¹ İçel, s. 545

³⁰² Toptimur, s. 147

kurması halinde sorumlu tutulacaktır. Dolaylı failde manevi unsur bakımından kast aranır. Dolaylı failin kasten hareket etmesi gereklidir. Kast olmaksızın bir başkasının fiili üzerinde hâkimiyet kurulamayacağından, teorik olarak taksirli davranışlarla dolaylı faillik meydana gelmez.³⁰³ Zira taksirli bir hareketle başkasının fiiline hâkim olma, başkasını aracı kılarak suç işleme iradesi bulunamaz. En azından olası kast ile hareket edilmesi gerekir.³⁰⁴ TCK'nın 175. maddesindeki *“Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklindeki düzenleme, bir dolaylı faillik hali değildir. Esasen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu taksirli sorumluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu hükme göre bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kimse hastanın öldürülmesini sağlarsa bu halde dolaylı faillikten söz edebiliriz. Dolaylı faillikte arka plandaki failin taksirli hareketi ile suç işlenmesi mümkün görülme de ön plandaki failin taksirli hareket ile suç işlemesine engel yoktur.³⁰⁵

Diğer yandan belli bir suçu işleme konusunda karar veren bir kimsenin bir başkasının iradesi üzerinde kast olmadan hâkimiyet kurması mümkündür. Ancak bu ihtimalde başkasının fiili üzerinde hâkimiyet kurma bilinci ve sonuca ilişkin istemi bulunmadığından, arka plandaki fail, ön plandaki failin fiiline dolaylı fail olarak değil, şartları varsa azmettiren veya yardım eden olarak katılmış olacaktır. Örneğin A, B'nin akıl hastası olduğunu bilmeden B'nin C'yi öldürmesini sağlarsa, akıl hastası B'nin fiili üzerinde hâkimiyet kurmuş olmasına rağmen arka plandaki A, azmettiren olarak sorumlu olacaktır.³⁰⁶

1.3.2.15. İhmali suçlarda dolaylı faillik

İhmali suçlarda dolaylı fail olarak katılımının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Alman ceza hukukunda, neticeyi engelleme hususunda yükümlülüğü

³⁰³ Demirbaş, s. 527; Özyüksel, s. 258

³⁰⁴ Özyüksel, ss. 39-40

³⁰⁵ Özyüksel, s. 53

³⁰⁶ Özyüksel, s. 56

olan kişinin yükümlülüğe aykırı olarak hareket etmesi halinde dolaylı fail olarak sorumluluğu kabul edilmiştir.³⁰⁷

Saf ihmali suçlar; belirli bir hareketin yapılması zorunluluğu suç tipinde öngörüldüğü, hukuksal açıdan yapılması gerekenin ihmal edilmesi nedeniyle failin cezalandırıldığı, failin kanunun emrettiği hareketi hiç yapmaması, bu hareketi zamanında yapmaması veya hareketi kanunun gösterdiği yer dışında yapması gibi değişik ihtimallerde cezalandırıldığı suçlardır. Bu suçlar, yapılması gereken hareketin yapılmamasıyla oluşur, başkaca bir özellik aranmaz.³⁰⁸

Aksini savunanlar olsa da belli bir davranışta bulunma yükümlüğü altında bulunan bir kişinin bu yükümlüğüne aykırı olarak davranması amacıyla iradesinin hâkimiyet altına alınarak suçta vasıta olarak kullanılmasında engel bulunmamaktadır.³⁰⁹

İhmal suretiyle icraî suçlar, ihmalin maddi bir sonuca neden olduğu, aktif bir hareketle işlenebilen icraî bir suçun, hareketsiz kalarak işlenmesi halidir. Bu suçlarda, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail, bu neticenin gerçekleşmesi kendisinden kaynaklanmasa bile suçun oluşumunu engellemediği için ihmali hareketle suç işlemiş sayılır.³¹⁰ İhmal suretiyle icraî suç faili öğretide *garantör* olarak tabir edilmektedir. Garantörün neticeyi engelleme yükümlülüğünün dayanağı; kanuni düzenleme, sözleşme ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olabilir. Bu dayanakların kanunda açıkça düzenlenmiş olması, suçta ve cezada kanunilik açısından bir güvencedir.³¹¹

Hem arka plandaki kişinin hem de ön plandaki kişinin garantör sıfatını taşımadığı, özel faillik niteliğinin bulunmadığı hallerde gerçekleşen fiilden her iki kişi de gerek doğrudan gerekse dolaylı fail kabul edilemez. Örneğin başka bir suç nedeniyle kaçmaya çalışan A ve B, yolda trafik kazası sonucu yaralanan bir

³⁰⁷ Koca & Üzülmüş, s. 443

³⁰⁸ Tozman, Önder, 2009. İhmali suçlarda teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, TBB Dergisi, S. 84, s. 162

³⁰⁹ Özyüksel, s. 270

³¹⁰ Tozman, s. 163

³¹¹ Erbaş, Rahime (2019), Türk ceza hukukunda görünüşte ihmali suçlarda garantörlük, *Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi SBE, ss. 483-485

mağduru görmelerine rağmen yardım etmek isteyen A'ya B, yakalanacakları korkusuyla tehdit suretiyle engel olursa, A faili, ancak yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihlal suçu nedeniyle doğrudan ve dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla yaralama ve yaralamamanın sonuçlarından sorumlu tutulamaz.³¹²

Garantör sıfatı bulunmayan bir kişinin bu sıfatı taşıyan birini vasıta olarak kullanarak bu kişiye suç işletmesi halinde dolaylı faillik meydana getirip getirmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Ancak garantör sıfatı bulunmayan kişi, ilgili suç açısından neticeyi önleme konusunda bir yükümlülük altında bulunan kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olması halinde, bu engeli icraî bir hareketle yerine getirdiği gerekçesiyle suçu icraî hareketle işleyen doğrudan fail olduğu görüşü, suça iştirak sistematığına daha uygun olduğundan bizim de katıldığımız görüştür.³¹³

Bir diğer ihtimalde; belli bir yönde hareket yükümlülüğü bulunan kişinin yükümlülüğünü yerine getirmesinin cebir veya tehdit ile engellenmesi halinde yine engelleyen kişi dolaylı faillik nedeniyle sorumlu olacaktır.³¹⁴

Son olarak; garantör niteliği taşıyan bir kimsenin bu niteliği taşımayan birinin iradesine hâkim olarak bu kişiye suç işletmesi halinde; garantör durumunda olan arkadaki fail aslında öndeki failin iradesine egemen olarak değil, ilgili suç açısından neticeyi önleme konusunda kendi yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle ihmali suçun doğrudan faili olacaktır.³¹⁵

1.3.2.16. Bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillik

Sadece failin belli bir davranışı ile işlenebilen suçlarda yalnız icra hareketlerini gerçekleştiren kişi fail olabileceği için bu suçlara müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmadığını müşterek faillik konusunda belirtmiştik. Ancak dolaylı

³¹² Özyüksel, s. 276

³¹³ Özyüksel, s. 277

³¹⁴ Koca & Üzülmüş, s. 443

³¹⁵ Özyüksel, ss. 278-280

faillikte suçun icra hareketlerine bizzat katılmak gerekmediğinden asıl fail cebren, aldatma yoluyla, hataya düşürülerek suç işlemeye yönlendirilebilir. Bizzat işlenebilen suçun failine de bu şekilde suç işletilebilir. Bu nedenle aksini belirten görüşlere katılmıyor, bu tür suçlara dolaylı fail olarak katılmanın mümkün olduğu yönündeki görüşlere katılıyoruz.³¹⁶

Örneğin mahkemede tanıklık yapacak kişi tehdit edilerek belli yönde ifade vermesi sağlanmışsa, tanığın daha sonra yalan söylediği tespit edilirse ifadesini etkileyen arka plandaki kişi yalan tanıklık suçundan dolayı fail olarak sorumlu olacaktır.

³¹⁶ Özyüksel, s. 272; Aydın, s. 163

BÖLÜM III

FAİLLİK KONUSUNA İLİŞKİN OLARAK SUÇA İŞTİRAK KAPSAMINDA BAZI KARŞILAŞTIRMALAR

1. FAİLLİK-ŞERİKLİK AYRIMI

Suçta iştirak konusunda faillik konusunu ve faillik şekillerini yukarıda ifade etmiştik. Faillik konusunun iştirak kurumu ile ilişkisinin ortaya konulması ve faillik-şeriklik ayrımının iyi anlaşılması açısından şeriklik konusunu ana hatları ile açıklayarak konuya başlayacağız.

Şerik, suçun icrasına bizzat dâhil olmamakla beraber gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulan kişidir. Şerik, suça katkı sağlamasına rağmen kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştirmeyen suç ortağıdır. Şerikliğe ilişkin hükümler, sorumluluk alanını genişleten hükümlerdir.³¹⁷ Şerikin sorumluluğu da bağlılık kuralından kaynaklanmaktadır.³¹⁸ Zira fail ile doğrudan temas olmadan sorumlu tutulmaktadır.³¹⁹ Şeriklik, TCK sisteminde azmettirme ve yardım etme şeklinde ikiye ayrılır.

Şeriklikten söz edebilmek için kasten ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirilmelidir. Şerik, gerçekleşen suçta illî değer taşıyan davranışı kasten ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Fail tarafından gerçekleştirilmesi düşünülen suçun düşünce aşamasında olması veya hazırlık hareketlerinden ibaret kalması halinde şerikin sorumluluğu için gerekli şart gerçekleşmeyecektir. Ancak kanun koyucu bu ihtimalde de bazen suç işleme iradesini ortaya koyan şerikin cezalandırılması için özel düzenlemeler yapmıştır. Örneğin suç işlemeye tahrik (TCK m. 214), halkı kin

³¹⁷ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 571

³¹⁸ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 758

³¹⁹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 571

ve düşmanlığa alenen tahrik suçu (TCK m. 216)³²⁰ gibi suçlarda bu tür düzenlemeyi görürüz.

Ceza hukuku sistemimizde şeriklik başlığı altında azmettirme ve yardım etme konuları düzenlenmiştir. Ancak azmettirmenin ayrı bir faillik türü olduğunu savunan görüşler de vardır.³²¹

5237 sayılı TCK'da suça iştirak konusunun faillik-şeriklik şeklinde ikili bir ayrıma göre incelenir. Suça katılanların sorumluluklarının tespiti, ikilik sisteminde fail ve şerikin tespiti ile gerçekleşecektir.

Faillik-şeriklik ayrımı, çeşitli sistemler ile ortaya konulmaya çalışılmıştır:

Sübjektif teori; suçun neticesinin meydana gelmesinde etkili olan nedenler arasında ayırım yapılacaksa bu ayırımın sübjektif esaslara göre yapılmasını savunman görüştür. Buna göre suçu kendisi için gerçekleştiren kişi fail, başkası için gerçekleştiren kişi şeriktir.³²² Bu görüşe göre fail-şerik ayrımının kişinin iç dünyasına ait değerlere; düşüncesi, karakteri, amacı, zihniyetine göre yapılması gerekir.

Objektif teoriler ise şekli objektif ve maddi objektif teori başlıkları altında ele alınmıştır. *Şekli objektif teori*, tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını bizzat gerçekleştirdiği icra hareketleri ile kısmen veya tamamen meydana getirenlerin fail olarak, fiilin icrasına doğrudan katılmayarak hazırlık veya yardım hareketlerini gerçekleştirenlerin şerik olarak kabul edildiği sistemdir.³²³ Bu teori, faillik ve şeriklik arasındaki ayrımı objektif kriterlere göre, dış dünyaya yansıyan sonuçlara göre değerlendirme olanağı sağlasa da dolaylı failliği açıklamada yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.³²⁴ *Maddi objektif teori* ise fiile katılanların hareketlerinin objektif olarak suçu gerçekleştirmede, neticeyi meydana getirmesindeki katkısının esas alındığı teoridir. Failin fiile olan

³²⁰ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 739

³²¹ Hakeri, s. 576

³²² Özbek & Doğan & Bacaksız, s.512

³²³ Kapusuzoğlu, s. 84

³²⁴ Kapusuzoğlu, s 85

katkısının tehlikeliliğini esas alır. Bu teori, fiilin icrasına nedensel etkisi olmayan faillerin sorumluluklarını daralttığı iddiası ile eleştirilmektedir.³²⁵

Hâkimiyet teorisi; fail olarak sorumlulukta fiil üzerinde hâkimiyet kıstasının esas alındığı, fiile hâkim olan, eylem kararı veren ve yönlendiren kişinin fail sayıldığı, fiil açısından ikincil hareketleri yapan kişinin şerik sayıldığı sistemdir.³²⁶

Bir suçun failine, failin haberi olmaksızın suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında katkı sağlayan kişi müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulur. Zira müşterek faillikte iştirak iradesi bulunması gerektiğinden suç üzerinde karşılıklı anlaşma bulunmalıdır.³²⁷

2. DOLAYLI FAİLLİK-DOĞRUDAN FAİLLİK AYRIMI

Doğrudan fail, suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını doğrudan doğruya tek başına ve bizzat gerçekleştiren, özgü suçlarda ise tüm faillik niteliklerini taşıyan kişidir. Dolaylı fail ise iradesine bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını işlemeyi kastettiği suçta kullanan kişidir.³²⁸

Doğrudan fail ile dolaylı fail arasında, fiil hâkimiyeti kıstası açısından önemli bir fark vardır. Doğrudan faillikte fail, suçun hukuki konusunun kendi davranışlarına hâkim şekilde bizzat ihlal eder. Ancak dolaylı faillikte fail, bu ihlali iradesine hâkim olduğu başka bir şahıs aracılığıyla gerçekleştirir. Doğrudan fail harekete hâkimken dolaylı fail iradeye hâkimdir.³²⁹

³²⁵ Kapusuzoğlu, s. 87

³²⁶ Özbek & Doğan & Bacaksız, ss.512-513

³²⁷ Zafer, s. 424

³²⁸ Özyüksel, s. 57

³²⁹ Özyüksel, s. 57

3. DOLAYLI FAİLLİK-MÜŞTEREK FAİLLİK AYRIMI

Müşterek failliğin, suç tanımındaki haksızlığın birden fazla ortak tarafından işlenmesi, fiilin icrasına birden fazla kişinin hâkim olması, fiilin icrasında müşterek olarak hareket edilmesiyle meydana geldiğini müşterek faillik bahsinde ifade etmiştik. Birlikte suç işleme kararı alan faillerin, fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran kişilerin iş bölümü esasına göre fiil işlemesi hali söz konusudur. Ancak dolaylı faillikte suça katılan arkadaki fail ile ön plandaki fail arasında bir uzlaşma bulunmaz. Hatta bu faillik halinde ön plandaki fail, arkadaki failden habersizdir.³³⁰

Dolaylı faillik ile müşterek faillik arasındaki bir diğer fark ise müşterek faillik bir iştirak türü olarak düzelenmişse de dolaylı faillik iştiraktan bağımsız bir kurumdur.³³¹

4. DOLAYLI FAİLLİK-AZMETTİRME AYRIMI

Dolaylı faillik ile azmettirme konusu birbirine yakın kurumlar olduğundan dolaylı faillik ile azmettirmenin farkına değinmek faydalı olacaktır. İştirak konusu bakımından birbirinden farklı kurumlar olmasına rağmen bu iki kurum, işlenen suçlardan sorumluluk dayanağı bakımından karıştırılır. Kimi olaylarda bu iki kurum birbirine geçmekte, doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmaktadır. Kimi zaman fiilin arka planındaki kişi dolaylı fail gibi görünse de şartlar oluşmadığından bu kişinin azmettiren olarak sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu açıdan dolaylı faillik ile azmettirme ayrımı önemlidir. Dolaylı faillik konusunun azmettirme kurumu ile ilişkisinin ortaya konulması, iki kurumun farkının iyi anlaşılması açısından azmettirme kurumuna değinerek konuya başlayacağız.

³³⁰ Özyüksel, s. 61

³³¹ Özyüksel, s. 60

Azmettirme; suç işleme düşüncesi ve kararı bulunmayan bir kimseyi suç işlemeye sevk edecek derecede yoğun bir manevi nüfuz faaliyetidir. Bu nüfuz, azmettirenin fiili olmadan asıl failin suçu işlenemeyecek olması düzeyindedir.³³² Azmettirenin suç işleyen üzerindeki hâkimiyeti maddi ve doğrudan değil, manevi ve dolaylı bir faaliyettir.³³³

TCK'nın Azmettirme başlıklı 38. Maddesi ile “(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. (3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.” şeklindeki düzenlemede azmettirme; kimi zaman cezanın artırım sebebi olarak kabul edilmiş, ayrıca azmettireni ortaya çıkarmak için son fıkrada fail ve şerikler için cezada bir indirim sebebi düzenlemiştir.

Azmettirme kasten yapılır. Bu kast hem azmettirme fiilini hem de azmettirilenin işleyeceği fiili kapsayan iki yönlü bir kasttır.³³⁴ Sadece kasten işlenen suçlar açısından azmettirme mümkündür.³³⁵ Olası kast veya taksirli hareketle azmettirme mümkün değildir.³³⁶ Ancak olası kastla azmettirme fiilinin meydana gelebileceğini savunan yazarlarda vardır.³³⁷ Azmettirenin karşı taraftaki fail ile doğrudan temasa geçmesi şart değildir.³³⁸ Azmettirmeye azmettirme, yani dolaylı azmettirme de mümkündür.³³⁹ Azmettirme fiili için harekete geçmek gerektiğinden, fiili bir davranış bulunmadan azmettirme olmayacağından ihmali davranış sonucu

³³² Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 531

³³³ Birtek, s. 414

³³⁴ Koca & Üzülmöz, s. 458

³³⁵ Birtek, s. 414

³³⁶ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 572; Koca & Üzülmöz, s. 458; Aydın, s. 166

³³⁷ Hakeri, s. 577

³³⁸ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 760

³³⁹ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 760

azmettirmeden söz edilemez. Ancak ihmali bir suçun işlenmesi için azmettirme fiilinde bulunmak mümkündür.³⁴⁰ Azmettiren durmayıp bir de suça karışmışsa hem azmettiren hem de fail olarak iki kez cezalandırılmaz, bu ihtimalde içtima hükümlerine göre cezası tesis edilecektir.³⁴¹

Azmettirmeden söz etmek için; ilk olarak *suç fikri olmayan birine suç işleme fikri telkin* edilmelidir. Basit bir telkin ve tavsiyeden daha yoğun bir faaliyettir.³⁴² Suç işleme kararı azmettirilende zaten varsa azmettirme değil manevi teşvik söz konusu olacaktır.³⁴³ Azmettirenin fiili olmadan suçun işlenemeyeceği söylenebiliyorsa azmettirilenin bu şartı gerçekleştirebilecektir.³⁴⁴ Azmettirme fiilinin bulunup bulunmadığını tespit etmek için failin suçu işlediği sonraki hareketlerine değil, suçtan önceki hareketlerini incelemek gereklidir.³⁴⁵ İkinci şart ise, *azmettirilenin fiili işlemesidir*. Azmettirilen başka bir suç işlerse azmettiren sadece asıl işlenen suçtan sorumlu olacaktır.³⁴⁶ Azmettiren, ikna faaliyeti ile suçu, suçluyu ve mağduru somutlaştırmaktadır. Bu nedenle azmettiren manevi iştirakçidir.³⁴⁷ Somutlaştırılan mağdurdan başka birine karşı suç işlenmesi halinde suç fikrini veren kişi azmettiren olarak değil, suç işlemeye teşvik eden olarak sorumlu tutulabilir.³⁴⁸

Bir suça neden olmak tek başına azmettirme nedeniyle sorumlu tutulmak anlamına gelmez. *Azmettirilenin manevi unsurunun, kastın da gerçekleşmesi gerekir*. Azmettirilenin manevi unsuru yani kastı, bir suçun işleneceğini, sonucunun da gerçekleşeceğini bilerek ve isteyerek failde suç işleme kararını oluşturma faaliyetidir.³⁴⁹ Bu kast, işlenecek suçun tüm unsurları ile bilinmesi anlamına gelmez, ana hatları ile bilmesi yeterlidir.³⁵⁰ Örneğin evin penceresini açık bırakan hizmetçi, eve hırsız girmesine neden olmuşsa azmettiren olarak

³⁴⁰ Koca & Üzülmmez, s. 262, Aydın, s. 165

³⁴¹ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 756; Koca & Üzülmmez, s. 463

³⁴² Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 756, 759

³⁴³ Birtek, ss. 414-415

³⁴⁴ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 531

³⁴⁵ Yargıtay CGK 16.10.2010, 2009/1-251 2010/25, (Özbek & Doğan & Bacaksız s. 531)

³⁴⁶ Aydın, s. 655

³⁴⁷ Aydın, s. 166

³⁴⁸ Aydın, s. 167

³⁴⁹ Hakeri, s. 577

³⁵⁰ Koca & Üzülmmez, s. 459

sorumlu tutulması için yeterli değildir. Hırsız girmesi kastı ile açık bırakmışsa bu halde de yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelebilir.³⁵¹

Azmettirmeden sorumlulukta, azmettiren ile failin kastı aynı suçla ilişkin olmalıdır.³⁵² Azmettirenin işlemlerini istediği suç dışında başka bir suçun fail tarafından gerçekleştirilmesi halinde azmettiren bu suçtan sorumlu olmayacaktır.³⁵³ Fakat bu aynılık, saik için aranmaz. Azmettiren ile fail, farklı saikle suç işleyebilir.³⁵⁴

Azmettirme sorumluluğu açısından azmettirenin fiili ilk ve etkili olmalıdır. Henüz suç işleme düşüncesi olmayan birine suç işleme fikri telkin edilmelidir. Failde belli bir suçu işleme konusunda olgunlaşmamış bir fikri kuvvetlendiren, tereddüdü ortadan kaldıran faaliyetler azmettirme sayılmaz. Şartları oluşmuşsa suç işlemeye teşvik sayılır.³⁵⁵

Azmettirenin varlığı için suç işleme yeteneği olan birinin suç işlemesi istenmelidir. Aksi takdirde dolaylı faillik gündeme gelecektir. Ancak olaydaki şahsi cezasızlık halleri azmettirenin sorumluluğuna etki etmez. Azmettirenin sorumluluğu devam eder.³⁵⁶

Suç işleme konusunda kararını vermiş birinin suçun daha az veya daha çok ceza gerektiren nitelikli halini işlemesi hususunda başka biri tarafından telkin edilmesi azmettirme sayılmaz. Ancak yardım etmenin türü olan suç işleme kararını güçlendirmek veya suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek fiili olarak değerlendirilebilir.³⁵⁷ Azmettirilen tarafından işlenen suçtan daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleştirilmesi halinde aynı suç işlendiğinden azmettiren, gerçekleşen suçtan sorumludur.³⁵⁸

³⁵¹ Aydın, s. 166

³⁵² Hakeri, s. 577

³⁵³ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 761; Koca & Üzülmöz, s. 459

³⁵⁴ Aydın, s. 167

³⁵⁵ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 760; Koca & Üzülmöz, s. 456; Aydın, s. 167

³⁵⁶ Aydın, s. 168

³⁵⁷ Hakeri, s. 578

³⁵⁸ Koca & Üzülmöz, s. 460

Bir suç işleme kararına sahip olan birini farklı bir suç işlemesi konusunda telkin edilmesi artık yeni işlenen suç açısından azmettirme sayılacaktır.³⁵⁹ Çünkü yeni suç açısından failin daha önce suç işleme niyeti bulunmadığından azmettirmenin unsurları oluşmuştur.³⁶⁰ Bu duruma “döndüren azmettirme” denmektedir. Örneğin A tarafında C’ye karşı hırsızlık suçu işlemeyi düşünen B’nin dolandırıcılık suçunu işlemesi konusunda ikna edilmesi olayında A, gerçekleşen dolandırıcılık fiili açısından azmettiren durumundadır.³⁶¹

Azmettirme faaliyetinde azmettiren, fail ile birlikte aynı suçtan sorumlu tutulur. Ancak aynı cezayı almaları gerekmez.³⁶² Mülga TCK’nın 64. maddesinde³⁶³ yer bulan azmettirenin cezasında indirim öngören düzenlemeye yeni ceza kanununuzda yer verilmemiştir.³⁶⁴

TCK’nın 38/2. maddesine göre³⁶⁵ üstsoy veya altsoy ilişkisindeki nüfuzu kullanarak suçun işlenmesi için azmettirilmesi halinde azmettirenin cezasının artırılacağı düzenlenmiştir. küçüklerin azmettirilmesi halinde yine verilecek cezanın artırılması gerekecektir.³⁶⁶ Bu cezada artışa ilişkin düzenleme, sadece süreli hapis cezalarının verildiği hallerde uygulanması gerektiği savunulmaktadır.³⁶⁷

TCK’nın 38/3. maddesine göre³⁶⁸ azmettirenin kimliğinin belirlenmesinin sağlanması amacıyla kim olduğunu söyleyen suç ortağının cezasının indirileceği

³⁵⁹ Koca & Üzülmöz, s. 456

³⁶⁰ Aydın, s. 173

³⁶¹ Hakeri, s. 577

³⁶² Hakeri, s. 583

³⁶³ Maddenin tam metni şu şekildedir: “Başkalarını cürüm ve kabahat işlemeğe azmettirenlere dahi aynı ceza hükmolunur. Ancak fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezası, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis yerine yirmi sene ağır hapistir. Sair cezaların altıda biri indirilir.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

³⁶⁴ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, Ceza hukuku genel hükümler, s. 757, Aydın, s. 170

³⁶⁵ TCK 38/2 “Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

³⁶⁶ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 532

³⁶⁷ Özgenç, Türk ceza hukuku genel hükümler, s. 574; Koca & Üzülmöz, s. 463

³⁶⁸ TCK 38/3. maddesi: “Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis

düzenlenmiştir. Bu hüküm cezada indirim yapılmasını öngören şahsi sebep niteliğinde bir hükümdür. TCK m. 61/5 çerçevesinde indirim yapılırken dikkate alınmalıdır.³⁶⁹ Buradaki ceza indirimi mutlak indirim değil, hâkimin takdirindedir.³⁷⁰

Azmettirme konusunu yukarıda ana hatları ile ifade ettikten sonra dolaylı faillik-azmettirme ayrımından söz edeceğiz. Dolaylı faillik ile azmettirme ayrımı fiili hâkimiyet teorisi ile açıklanabilir.³⁷¹ Buna göre dolaylı faillikte failin arkasında her zaman başka bir fail bulunur. Perde arkasındaki bu fail her zaman asli faile göre daha üstün bir pozisyonundadır.³⁷² Dolaylı faillikte suç işlenmesi amacıyla bir başkasının fiili üzerinde hâkimiyet kurulmaktadır. Yargıtay, verdiği bir kararda bu hâkimiyeti;

“... ”

Arkadaki kişi failin icrası safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Azmettirmede ise, serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak azmettiren azmettirdiği suçun işleniş safhasında olayların seyrine hâkim olamamakta, suçun işleniş bakımından azmettirilene tabi olmaktadır. Azmettirmede aracı kişide suç işleme iradesi oluşturulurken, dolaylı faillikte aracının suç işlemeye zorlanması ve aslında suç işlemek istemeyen kişiye suç işletilmesi söz konusudur.” şeklinde açıklamıştır.³⁷³

İki kurum arasındaki en önemli fark, asli failin serbest iradesi ile karar alıp almadığıdır. Burada izlenecek yöntem, arka plandaki şahsın iradeye egemenliğini, araç şahsın harekete egemenliği ile karşılaştırmaktır. Eğer arka plandaki şahsın iradesi baskınsa dolaylı faillik; fakat fiilde aracı şahsın harekete egemenliği,

cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.” (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

³⁶⁹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, ss. 574-575

³⁷⁰ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 533; Hakeri, s. 584; Koca & Üzülmüş, s. 465

³⁷¹ Hakeri, s. 580

³⁷² Özkan, 2013 s. 237 ; Evik, s. 205

³⁷³ Yargıtay 12. CD. 20.01.2014 T.2013/2231 E. 2014/832 K. sayılı kararı (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>) [Erişim tarihi:01.09.2021]

iradeye egemenlikten baskınsa azmettirmeden söz edilir. Dolaylı faillikte arkadaki fail, asli faile egemen olup baştan sona kendi yönlendirmesi ile fiili işletmektedir. Asli fail bir vasıta konumundadır. Azmettirmede ise asli fail irade serbestisine sahiptir. Azmettiren sadece asli failin fikrinin oluşumu aşamasında devreye girer. Bu aşamadan sonra suçu işleyip işlememek, asli failin elindedir.³⁷⁴

Azmettirmede, suçu işleyen, azmettiren adına suç işlediğini bilmesine rağmen dolaylı faillikte suç işleyen, arka plandaki şahıstan habersizdir. Azmettirmede; hem azmettiren hem de suç işleyen, işlenen suçtan sorumlu iken dolaylı faillikte çoğu zaman aracı şahsın sorumluluğuna gidilemez.³⁷⁵

Dolaylı faillikte arka plandaki fail, tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurup suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarına sahiptir. Ancak azmettiren tipik fiil üzerinde değil, tipik fiile katkı niteliğindeki kişisel nedensel davranışlar üzerinde hâkim olup suç yolunda ilerleyip ilerlememe iktidarına sahip değildir.³⁷⁶

Bir diğer fark, bağıllık kuralı bakımından ortaya çıkar. Azmettirmeden söz etmek için asli fail tarafından işlenen fiile ihtiyaç vardır. Azmettirenin sorumlu olması için hukuka aykırı ve kasıtlı bir suç olmalıdır. Kısmi de olsa azmettiren ile asli fail arasında ortak bir iradenin varlığından söz edilebilir. Ancak dolaylı faillikte bu iradeden söz edilemez. Yönlendirilen failin suç işleme kararı ve düşüncesi yoktur. Dolaylı failin işlenmesini istediği suçta bir vasıta durumundadır. Ortada bir süje-obje ilişkisi mevcuttur.³⁷⁷ Dolayısıyla dolaylı faillikte bağıllık kuralı işlemez. Fiil esas olarak dolaylı failin eseri olup aracı şahıs kullanılmaktadır. Azmettirmede fiil, tipiklik ve hukuka aykırılığını failin esas fiilinden almaktayken dolaylı faillikte fiil, tipiklik ve hukuka aykırılığını bizzat kendisinden alır.³⁷⁸

Dolaylı faillikte suça sevk eden ile sevk edilen şahsın kastı arasında fark vardır. Sevk eden, kasten hareket etmektedir. Sevk edilen ise iradesinin olmaması sebebiyle hatasından yararlanan bir aracı durumundadır. Hatta aracı şahsın fiili

³⁷⁴ Özkan, s. 237

³⁷⁵ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 519

³⁷⁶ Özyüksel, s. 70

³⁷⁷ Özkan, s. 213; Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 200

³⁷⁸ Özyüksel, s. 71; Evik, Vesile Sonay, 2011. *Suçta iştirakte yardım edenin ceza sorumluluğu*. 2. Baskı. İstanbul: Oniki Levha s. 205

hukuka uygun da olabilir.³⁷⁹ Azmettirmede ise manevi unsur olan kast hem azmettiren de hem de fiili gerçekleştiren de mevcuttur.

Dolaylı fail, bir başkası tarafından suç işlemeye azmettirilebilir. Ya da dolaylı fail, bir başkasına suç işletmesi konusunda dolaylı faile yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Örneğin dolaylı failin mağduru öldürmesi konusunda A, dolaylı faili azmettirirse A, azmettiren olarak sorumlu tutulur. Aynı örnekte A, dolaylı faile araç sağlamışsa yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.³⁸⁰

Azmettirmede failin etkilenme biçimi, kullanılan araç önem arz etmez.³⁸¹ Hatta azmettiren, fail üzerinde otorite kurarak da faili etkilemiş olabilir. Ancak dolaylı faillikten farklı olarak failin davranışları üzerinde fiili hâkimiyet söz konusu değildir.³⁸²

6. DOLAYLI FAİLLİK-YARDIM ETME İLİŞKİSİ

Ceza hukukunda yardım eden, konusu suç olan bir fiilin gerçekleştirilmesine katkısı asli olmayan, fiilin gerçekleştirilmesine maddi veya manevi katkıda bulunan kişidir. Faillik ve azmettirme olarak nitelendirilmeyen her katı, yardım etme çerçevesinde değerlendirilmelidir.³⁸³ Daha önce *fer'i faillik* başlığı altında düzenlenen yardım etme şekilleri, yeni TCK'da *yardım etme* başlığı altında düzenlenmiş ve suça iştirakte ikilik sistemi devam ettirilmiştir.³⁸⁴ Türk Ceza Kanununda yardım etmeye ilişkin düzenleme 39. maddede karşımıza çıkar.³⁸⁵

³⁷⁹ Özgenç, *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*, s. 200

³⁸⁰ Aydın, s. 147

³⁸¹ Özbek & Doğan & Bacaksız s. 575

³⁸² Aydın, s. 168

³⁸³ Koca & Üzülmüş, s. 466

³⁸⁴ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 535

³⁸⁵ Madde metnine göre; “Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hallerde kişi

İştirakçinin yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi için kanun maddesinde sayılan yardım etme hallerden birinin gerçekleşmesi gereklidir. Yardım edenin davranışı diğer suça katılan iştirakçilerin davranışlarına göre daha az öneme sahiptir ve yardım eden fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmayan davranışlarla fiile katılır.³⁸⁶ Yardım edenin asıl failler gibi fiil üzerinde hâkimiyet kuralı ile hareket etmesi şart değildir. Bu yönüyle fiil üzerinde fiili hâkimiyet gerektiren müşterek faillikten ayrılmaktadır.³⁸⁷ Yardım eden, suçu gerçekleştiren faile göre ikincil nitelikteki davranışları ile maddi ve manevi hareketlerle suçun icrasına katılır. Bu davranışlar, fiil için olmazsa olmaz nitelikte olmayan, fakat suç tipinin gerçekleşmesine katkısı nedensel olan, fiilin gerçekleşmesini mümkün kılan, kolaylaştıran ve garantileyen davranışlardır.³⁸⁸ Yardım edenin hareketi, asıl failinki gibi yaratıcı, yapıcı nitelikte değil; destekleyici, hazırlayıcı, kolaylaştırıcı niteliktedir.³⁸⁹

Yardım fiili, suçun işlenmesinden önce ya da fiilden sonra da yapılabilir. Bu nedenle asıl fail ile yardım eden arasında önceden yapılmış bir anlaşmanın olması gerekmez. Suç işlendikten sonra yardımda bulunmayı vaat eden kişi de yardım edendir. Ancak bu yardım fiilen, suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirecektir.³⁹⁰

Suçta yardım edenin cezası asıl faille bağlantılı olarak belirlenir.³⁹¹ Yardım eden, doğrudan fiile katılmadığı, müşterek hâkimiyet kurulmadığı için yardım edenin cezası da daha az miktarda düzenlenmiştir. Ancak TCK'nın 39/1. maddesinin son cümlesine göre müebbet hapis halleri haricinde verilecek ceza sekiz yıldan fazla olamaz.³⁹² Cezadaki bu indirim, yardım edenin cezasını hafifletici bir neden

işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama. (UYAP Mevzuat bilgi sistemi)

³⁸⁶ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 536

³⁸⁷ Koca & Üzülmmez, s. 466; Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 536

³⁸⁸ Koca & Üzülmmez, s. 467

³⁸⁹ Hakeri, s. 585

³⁹⁰ Aydın, s. 178

³⁹¹ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 583

³⁹² Aydın, s. 176

olarak düşünülmemelidir. Bu durum ikilik sistemi ve yardım edenin katkısının niteliğinin bir sonucudur.³⁹³

Diğer iştirak türleri için aranan şartlar yardım etme için de geçerlidir. Yardım etmeden sorumlu tutmak için iştirak iradesi, yani asıl failin işlemeyi düşündüğü suçu gerçekleştirme iradesi ile hareket edilmelidir. Ancak bunun için yardım edenin fiiline katkı sağladığı failin bunu bilmesi gerekmez.³⁹⁴ Yardım eden, fiilin gerçekleşmeyeceğini bildiği ya da fiilin tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalmasını istediği hallerde suçtan sorumlu tutulamaz.³⁹⁵

Yardım eden olarak sorumlu tutulmak için belirgin, somut bir yardımın bulunması gerekir. Bu kural iştirakin irade ve nedensellik unsurlarının bir sonucudur. Somut bir fiil olamadan suç işleme kararını desteklemek biçimindeki iştirak genel olarak bir suçun işlenmesi konusunda manevi hareket içerdiği için suç işlemeye teşvik suçunu oluşturacaktır.³⁹⁶

Asıl failin, yardım edenin kastını aşarak başka suç işlemesi halinde yardım edenin bu suç açısından kastı bulunmadığı için gerçekleşen suçtan, yardım eden sorumlu tutulamaz. Ancak asıl failin meydana getirdiği neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan yardım edenin en azından taksiri olduğu tespit edilebiliyorsa bu halde sorumludur.³⁹⁷

Yardım etme fiili, suça ilişkin icraî hareketlerin başlanmasından neticenin meydana geldiği ana kadar gerçekleştirilebilir.³⁹⁸ Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması kaydıyla hazırlık hareketi niteliğindeki hareketlerle de yardım etme fiili mümkündür.³⁹⁹ Mütemadi suçlarda fiilin başlangıcından suçun tamamlanmasına kadar yardım etme fiilinde bulunulabilir. Suç tamamlanmış ise

³⁹³ Aydın, s. 178

³⁹⁴ Artuk & Gökçen & Alşahin & Çakır, *Ceza hukuku genel hükümler*, s. 769; Koca & Üzülmöz, s. 466; Aydın, s. 177

³⁹⁵ Koca & Üzülmöz, s. 470

³⁹⁶ Aydın, s. 178

³⁹⁷ Koca & Üzülmöz, s. 471

³⁹⁸ Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 578

³⁹⁹ Koca & Üzülmöz, s. 467

artık yardım etme şeklinde bir şeriklik mümkün olmayacağı için ayrı bir suç, örneğin TCK m. 283'teki suçluyu kayırma suçu gündeme gelecektir.⁴⁰⁰

Yarım etme fiili, kasten işlenebilen bir suçtur. Bir kimsenin işlemeyi düşündüğü suça kasten katkı sağlamaktır.⁴⁰¹ Taksirli sorumluluk halleri saklı olmak kaydıyla taksirle yardım etme mümkün değildir.⁴⁰² Ancak asıl fail kasten hareket etmese de yardım etme fiili ile iştirak mümkündür. Ancak yardım eden, asıl failin kasten hareket etmediğini biliyor ve bu durumundan yararlanarak hareket ediyorsa gerçekleşen fiil nedeniyle dolaylı fail olarak sorumluluğa gitmek gerekmektedir.⁴⁰³

Yardım etme, maddi yardım ve manevi yardım şeklinde iki ana grupta sınıflandırılabilir. Maddi yardım; suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak şeklinde sınıflandırılabilir. Manevi yardım ise suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek şeklinde sınıflandırılmıştır.

Yardım etme kurumu yukarıda ana hatları ile ifade edildikten sonra konuya bakıldığında; dolaylı faillikte fail, tipik fiil üzerinde fiili hâkimiyet kurarken, suça yardım eden, fiil üzerinde değil yalnızca tipik fiile katkı sağlayan şahsi nedensel davranışlar üzerinde hâkimdir. Dolaylı fail, bağlılık kuralı açısından da yardım edenden ayrılır. Dolaylı faillikte bağlılık kuralı geçerli değilken yardım etmede fail ile şerikler arasında bağlılık kuralı mevcuttur.⁴⁰⁴

Dolaylı fail ve azmettirenin fiiline de katkı sağlayarak yardım eden olarak sorumlu tutulmaya engel yoktur. Ancak hem dolaylı fail hem de azmettirene, ikisine yardım eden kişi tek yardım etmeden ceza alır. Çünkü olay tektir.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 536

⁴⁰¹ Hakeri, s. 585

⁴⁰² Özgenç, *Türk ceza hukuku genel hükümler*, s. 578

⁴⁰³ Koca & Üzülmüş, s. 470

⁴⁰⁴ Özyüksel, s. 63

⁴⁰⁵ Aydın, s. 177

Dolaylı faillik sadece asli failin değil, azmettirenin ya da yardım edenin yönlendirilmesi şeklinde de meydana gelebilir. Örneğin; A, B şahsını öldürmek istemektedir. A, suçu işlemek için C den silah ister. C de silahlı yaşı küçük D aracılığı ile A'ya gönderirse, C şahsı, küçük çocuğun suça yönlendirilmesi fiili nedeniyle asıl suç açısından yardım etmeden dolaylı faillik hükümlerine göre sorumludur. Kanunda açık düzenleme bulunmasa da bu örnekte olduğu gibi suça iştirak edenlerden herhangi birini yönlendirerek suç işleyen kişi, iştirakçinin fiili hangi iştirak türünü oluşturuyorsa dolaylı fail buna göre sorumludur.⁴⁰⁶ Öğretide suçun meydana gelmesinde şeriki yönlendirerek suç işletilmesi halini dolaylı şeriklik olarak ele alan görüşler de mevcuttur.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Aydın s. 148

⁴⁰⁷ Özyüksel, s. 74

SONUÇ

Ceza kanunlarında düzenlenmiş hukuk kuralını ihlal eden ve ihlal nedeniyle öngörülen ceza yaptırımının muhatabı olan kişiye fail denir. Fail, genellikle norm düzenlemelerinde tek kişi olarak karşımıza çıkar. Ancak Suçun işlenmesi açısından zorunluluk olmasa dahi birden fazla kişi suçun işlenmesine katkı sağlamış olabilir. Bu durumda suça katkı sağlayanların sorumluluklarının belirlenmesi suça iştirak hükümleri sayesinde olacaktır. Suça iştirak kurumu, suç normunun dar anlamdaki düzenlemesini genişletir ve fiile iştirak ederek suçun gerçekleştiren asıl fail dışındaki iştirakçilerin cezalandırılmasını sağlar.

Suçta iştirak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun dördüncü bölümünde 37–41. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eski ceza kanunumuzda "Cürüm ve Kabahatte İştirak" başlığı altında 64-67. maddeler arasında düzenlenmişti. Eski düzenlemede asli iştirak ve fer'i iştirak olarak ayırma tabi tutulan suça iştirak; yeni ceza kanunu sistemimizde ise faillik ve şeriklik olarak iki ana başlık altında düzenlenmiştir.

Suçta iştirak şekli olarak faillik, kendi arasında müstakil faillik müşterek faillik ve dolaylı faillik şeklinde sınıflandırılarak incelenir. Farklı görüşler bulunsa da yan yana faillik, esasen birden fazla müstakil failin bir araya gelmesi ile meydana geldiği için ayrı bir faillik türü olarak değerlendirilemez. Ceza hukuku sistemimizde iştirak, fail odaklıdır. Böylece fiilin gerçekleştirilmesinde katkısı olan iştirakçilerin daha kolay tespit edilerek cezalandırılması amaçlanmaktadır.

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birine denir. Failliğin ilk ve yalın türü müstakil failliktir, ceza kanunu hükmü ile yasaklanan bir fiili yalnız başına gerçekleştiren kişiye denir. Müşterek faillik; suç tanımındaki haksızlığın birden fazla ortak tarafından işlenmesi, fiilin icrasına birden fazla kişinin hâkim olması durumudur. Müşterek faillikte, faillerin hareketlerinin fiili üzerinde müşterek hâkimiyet kuracak şeklide olması gerekir. Bu fiil, icraî olabileceği gibi ihmali şeklide de olabilir. Müşterek faillikte suçun icrasına ilişkin diğer faillerin katkısı, suçun başarıyla gerçekleşmesi açısından

zorunluluk taşınmalıdır. Müşterek faillikte failler, sorumluluklarını kendi fiillerinden aldıkları için iştirakte aranan bağılılık kuralı aranmaz. Bu yönüyle de faillik, şeriklikten ayrılmaktadır.

Müşterek faillikte, her failin suç işleme hususunda karara varması ve suçun işlenmesindeki rolünün önem arz etmesi gerekir. Müşterek olarak fiile katılanların müşterek hareket ettiklerini bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmeleri gerekir. Birlikte suç işleme iradesi belli bir fiil ve neticeye yönelik olmalıdır. Faillerin birlikte hareket etme iradesi kast düzeyinde olmalıdır.

Suçta iştirakte faillik kurumunun bir diğer türü, iştirakçiler arasında iştirak iradesinin aranmadığı, asıl failin iradesinin fesada uğradığı dolaylı failliktir. Dolaylı faillik, bir başkasının üzerinde etkinlik kurarak bu kimsenin suç işlemede kullanılmasıdır. Suç konusu haksızlığı gerçekleştiren fail, bazı ihtimallerde suçun icrasına bizzat katılmamakta, arka plana geçerek başkalarına suç işletmekte veya bir başkasını suçta araç olarak kullanmaktadır. Bu faillik türü, iştirak kurumunun yetersiz kaldığı durumlarda devreye girerek fiile iştirak eden ortakların cezasız kalmasını önlemektedir. Dolaylı faillikte arka planda bir fail vardır. Bir de bu kişinin hâkim olduğu ve iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını yönlendirdiği kişi vardır. Bu kişiye suç işleten perde arkasındaki kişi ceza kanunumuza göre dolaylı faillik sayesinde sorumlu olacaktır.

Dolaylı faillik kurumu teoride kabul edilse de yeni TCK'nın 37/2. maddesi ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Ancak bu faillik türünde arka plandaki fail, ön plandaki kişinin iradesine ve hareketine hâkim olarak suç işlediği için esasen bu konuda yasal düzenleme bulunmasa da arka plandaki failin işlenen fiilden sorumlu tutulması mümkündür. Bu kabul suçta ve cezada kanunilik ilkesine de ters düşmez.

Dolaylı fail, suçun icra hareketlerini bizzat gerçekleştirmeyen, amacına ulaşmak için bir başkasını vasıta olarak kullanan “masadaki fail”dir. Aracı şahıs ise suçta ilişkin iradesi bulunmadığı için adeta “maşa” olarak kullanılır. Bu bağlamda aradaki bağı “*masadaki fail-maşa fail*” ilişkisi olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

Dolaylı faillik, farklı şekilde sınıflara ayrılarak incelenmiştir. Dolaylı failin aracı şahsa suç işletirken kullandığı yöntemlere göre veya aracı failin kastı olup olmadığına göre ya da işlenen suçtan sorumlu olup olmayacağına göre farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. Ancak bu sınıflandırmadaki başlıklar sınırlı sayıda değildir. Somut olayda dolaylı failliğin tespiti açısından arka plandaki failin ön plandaki kişinin fiili üzerinde hâkimiyet kurup kurmadığının tespit edilmesi gerekir. Arka plandaki kişinin öndeki faile göre fiile ilişkin üstün bilgisi, suç işleyen kişiyi, arka planda yer alan kişinin elinde bir araç konumuna getiriyorsa bu durumda hâkimiyet kıstası gerçekleşmiş olacak ve dolaylı faillik hali meydana gelecektir.

Faillik konusu, diğer iştirak şekilleri ile ilişkili olup suça iştirak konusu kapsamında faillik-şeriklik, dolaylı faillik-azmettirme, dolaylı faillik-yardım etme kurumları arasındaki ayrımın tespit edilmesi gerekir. Somut olayda fiile katılanların asıl failin kendisi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurup kurmadığı, asıl faile bağlılık kuralı çerçevesinde hareket edip etmediği, fiil üzerinde hâkimiyet kurup kurmadığı, asıl fiile katılmakla birlikte fiile katkısının yardım etme ile sınırlı mı olduğu, asıl failde suç işleme düşüncesinin bulunup bulunmadığı, asıl faille iştirak anlaşması bulunup bulunmadığı gibi kıstaslarla faillerin fiile iştirak biçimi tespit edilerek suça katılanların durumu ve sorumlulukları tespit edilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Artuk, M. Emin & Gökçen, Ahmet & Alşahin, M. Emin & Çakır, Kerim, 2021. *Ceza Hukuku genel hükümler*, 15. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi

Artuk, M. Emin & Gökçen, Ahmet & Alşahin, M. Emin & Çakır, Kerim, 2018. *Ceza Hukuku özel hükümler*, 17. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi

Aydın, Devrim, 2009. *Türk ceza hukukunda suça iştirak*. Ankara: Yetkin Yayınevi

Baş, Eylem, 2021. *Ceza hukukunda fail ve mağdur*. Ankara: Seçkin

Birtek, Fatih, 2018. *Ceza hukuku (genel hükümler)*. 6. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi

Demirbaş, Timur, 2020. *Ceza hukuku genel hükümler*, 15. Baskı. Ankara: Seçkin

Ercan, İsmail, 2013. *Ceza hukuku genel hükümler*, İstanbul : Oniki Levha.

Evik, Vesile Sonay, 2011. *Suçta iştirakte yardım edenin ceza sorumluluğu*. 2. Baskı. İstanbul: Oniki Levha.

Hakeri, Hakan, 2015. *Ceza hukuku genel hükümler*. 18. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi

İçel, Kayıhan, 2016. *Ceza hukuku genel hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Beta

Kapusuzoğlu, Beril Taşkın, 2017, *Suçta iştirakte bağlılık kuralı*, İstanbul: Onikilehva

Koca, Mahmut & Üzülmöz, İlhan, 2015. *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 8. Baskı. Ankara: Seçkin

Özbek, Veli Özer & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar, 2020. *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 11. Baskı. Ankara: Seçkin

Özgenç, İzzet, 2020. *Türk ceza hukuku genel hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Seçkin.

Özgenç, İzzet, 1996. *Suçta iştirakin hukuki esasları ve faillik*. İBB Hukuk Müşavirliği

Özkan, Halid, 2013. *Ceza hukukunda azmettirme*. Ankara: Adalet Yayınevi

Parlar, Ali & Hatipoğlu, Muzaffer, 2010. *5237 sayılı TCK'da suçta teşebbüs, iştirak ve yaptırımlar*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin

Zafer, Hamide, 2015. *Ceza hukuku genel hükümler*. 4. Baskı. İstanbul: Beta

Diğer Kaynaklar:

Çiçek, Mustafa, 2014. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre bir iştirak şekli olarak dolaylı faillik. *Yüksek Lisans Tezi*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE.

Dikmen, Hüseyin, 2020. Türk Ceza Hukukunda müşterek faillik, *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.

Dülger, Murat Volkan, 2005. Yeni Türk Ceza Kanununda suç ortaklığı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 1. S 2. ss. 85-137.

Erbaş, Rahime (2019), Türk ceza hukukunda görünüşte ihmali suçlarda garantörlük, *Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi SBE,

Erdem, Mustafa Ruhan, 2019. Suçun konusunda yanılma ve sapma, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel sayı, ss. 43-68

Özar, Süleyman, 2006. Türk ceza hukukunda sapma, *TBB Dergisi*, S.66, ss. 225-256

Özen, Mustafa, 2007. 5237 TCK'nın iştirak kurumuna bakışı. *TBB dergisi*. S 70. ss. 230-257.

Özyüksel Özgün, 2020. Türk ceza hukukunda dolaylı faillik, *Doktora Tezi*, Galatasaray Üniversitesi SBE.

TDK sözlük, <https://sozluk.gov.tr>

Toptimur, İnan, 2017. Suça iştirak. *Yüksek Lisans Tezi*. Ankara; Çankaya Üniversitesi SBE.

Tozman, Önder, 2009. İhmali suçlarda teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, TBB Dergisi, S. 84

UYAP Mevzuat Bilgi Sistemi

UYAP Yüksek Yargı Karar Arama Motoru (UYAP sistemi)

Yılmaz, Zahit, 2018. Müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumlarının ihmali suçlar yönünden değerlendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018. C 24, S 1, ss. 122-131

(<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>)

<https://www.mevzuat.gov.tr>