

**T.C.
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
SUÇ ARAŞTIRMALARI ANABİLİM DALI**

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA FAİLLİK

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Canberk ONAROK**

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ**

Ankara – 2014

**T.C.
POLİS AKADEMİSİ
GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
SUÇ ARAŞTIRMALARI ANABİLİM DALI**

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA FAİLLİK

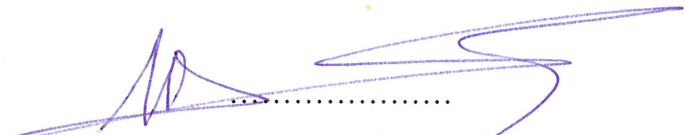
**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Canberk ONAROK**

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ**

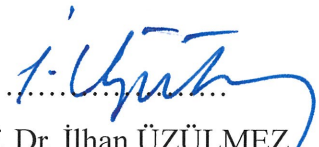
Ankara – 2014

ONAY

Canberk ONAROK tarafından hazırlanan “Türk Ceza Hukukunda Faillik” başlıklı bu çalışma, 16/12/2014 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği / oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Suç Araştırmaları Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. M. Bedri ERYILMAZ (Başkan-Danışman)


Prof. Dr. Vahit BIÇAK


Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

TELİF HAKLARI BEYANNAMESİ

GÜVENLİK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlardan her seferinde yollama yaparak yararlandığımı belirtir; bunu şerefimle beyan ederim.

Enstitü veya başka herhangi bir mercii tarafından belli bir zamana bağlı kalmaksızın, tezimle ilgili bu beyana aykırı bir durumun tespit edilmesi durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

16.12.2016

Canberk ONAROK

ÖZET

T.C.

Polis Akademisi

Güvenlik Bilimleri Enstitüsü

Suç Araştırmaları Anabilim Dalı

Türk Ceza Hukuku'nda Faillik

Hazırlayan: Canberk ONAROK

Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Prof. Dr. Mesut Bedri ERYILMAZ

2014, 91 Sayfa

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile iştirak; fail, azmettiren ve yardım eden başlıkları altında tasniflenmiş ve ele alınmıştır. Fail ve failin unsurları da Türk Ceza Kanunu 37. maddede açıklanmıştır. Kanun müşterek failin, azmettirenin ve yardım edenin yanı sıra dolaylı faile de müşterek failin tanımı ile birlikte yer vermiştir.

Yüksek lisan tezi niteliğindeki bu tezin amacı başta faili tüm unsurlarını ele alarak açıklamak ve müşterek fail, dolaylı fail, azmettiren ile yardım eden arasındaki farkları gözler önüne sermektir. Ayrıca bu çalışmada, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu arasındaki faile ilişkin değişiklikler anlatılmaya çalışılmıştır. Ve nihayetinde uygulamada somut olayların yargılama neticesinde ele alınması ile Türk Yargısının faile bakış açısı ve faile ilişkin görüşlerine de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: TCK, iştirak, fail, müşterek fail, azmettiren, yardım eden, dolaylı fail

ABSTRACT

**Turkish National Police Academy
The Institute of Security Sciences
Criminal Researches Department
“The Perpetrator” In Turkish Criminal Law
Prepared by: Canberk ONAROK**

LL. M Thesis

Thesis Advisor: Professor Mesut Bedri ERYILMAZ

2014, 91 Page

Participation is classified and handled under the titles of perpetrator, abettor and aider by the Turkish Criminal Code (Law Number 5237). The perpetrator and the elements of perpetrator are explained under Article 37 in Turkish Criminal Code. The Code places the indirect perpetrator together with the definition of joint perpetrator besides joint perpetrator, abettor and aider.

Firstly, the aims of this LL.m. thesis are to clarify the perpetrator term by taking into consideration all elements of it and to show the differences among joint perpetrator, indirect perpetrator, abettor and aider. Moreover, in this study, it is tried to explain the changes related to perpetrator on Turkish Criminal Code (5237 nr.) and Turkish Criminal Code (765 nr.) . Ultimately, the handling of concrete cases in practice as a result of adjudication, the standpoint and the interpretation of Turkish jurisdiction on perpetrator are also referred.

Key Words : Turkish Criminal Code, Participation, Perpetrator, Joint Perpetrator, Abettor, Aider, Indirect Perpetrator

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA FAİLLİK

İÇİNDEKİLER

ONAY	II
TELİF HAKLARI BEYANNAMESİ HATA! YER İŞARETİ TANIMLANMAMIŞ.	
ÖZET.....	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAK HAKKINDA GENEL BİLGİLER İLE İŞTİRAKE İLİŞKİN SİSTEMLER VE TEORİLER

1.1. GENEL OLARAK İŞTİRAK.....	4
1.1.1. Tek Failli – Çok Failli Suçlar	6
1.1.2. Geniş Fail – Dar Fail Kavramı	10
1.2. SUÇA İŞTİRAKTE SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE GEÇERLİ OLAN İLKELER.....	12
1.2.1. Eşitlik Sistemi.....	12
1.2.2. Cezanın Faile Göre Tespiti Sistemi	13
1.2.3. İkilik Sistemi	14
1.3. SUÇA İŞTİRAKTE FAİLLERİN ROLLERİNE İLİŞKİN TEORİLER	16
1.3.1. Objektif Teori	16
1.3.1.1. Biçimsel Objektif Teori.....	16
1.3.1.2. Maddi Objektif Teori.....	17
1.3.1.3. Uygunluk Teorisi	17
1.3.2. Sübjektif Teori.....	18

1.3.2.1. İrade Teorisi.....	18
1.3.2.2 Suça Katılanların Amacını Veya Yararını Esas Alan Teori...	18
1.3.3. Fiile Hakimiyet Teorisi.....	19
1.3.3.1.Harekete Hakimiyet Teorisi.....	19
1.3.3.2.İradeye Hakimiyet Teorisi.....	19
1.3.3.3 Fonksiyonel Hakimiyet Teorisi.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

FAİLLİK VE BİÇİMLERİ

2.1.FAİLLİK VE ŞERİKLİK KAVRAMLARI	22
2.1.1.Faillik.....	22
2.1.2.Şeriklik.....	23
2.1.2.1.Azmettirme	24
2.1.2.2.Yardım Etme.....	29
2.1.2.3.Bağlılık Kuralı	31
2.2. DOĞRUDAN FAİLLİK	33
2.3. MÜŞTEREK FAİLLİK.....	35
2.3.1. Müşterek Failliğin Unsurları	37
2.3.1.1. Fiil Üzerinde Müşterek Hakimiyet.....	37
2.3.1.2. Suçu Birlikte Gerçekleştirme Kararı	40
2.3.2. Müşterek Failliğin Diğer Görünüm Şekilleri	41
2.4. DOLAYLI FAİLLİK.....	44
2.4.1. Genel Olarak Dolaylı Faillik	44
2.4.2. Dolaylı Failliğin Türleri.....	46
2.4.2.1. İsnat Yeteneği Olmayan Kişiye Suç işletilmesi.....	46
2.4.2.2. Çocuklara Suç İşletilmesi	47
2.4.2.3. Sağır ve Dilsiz Suç işletilmesi.....	48
2.4.2.4. Akıl Hastasına Suç İşletilmesi	48

2.4.2.5. İsnat Yeteneği Bozulan Kişiyi Suç İşletilmesi.....	49
2.4.2.6. Kişiyi Cebir ve tehdit ile Suç İşletilmesi	50
2.4.2.7. Kişinin Hataya Düşürülerek Suç İşletilmesi.....	51
2.4.2.8. Şahsi Cezasızlık Nedeni Olan Kişiyi Suç İşletilmesi.....	52
2.4.2.9. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda Dolaylı Faillik.....	53
2.4.2.10. Bağlayıcı Gayrimeşru Emri Yerine Getiren Kişinin Sorumluluğu.....	53
2.4.2.11. İhmal Suretiyle Dolaylı Faillik	54
2.4.2.12. Şahsen İşlenebilecek Suçlarda Dolaylı Faillik.....	54
2.4.2.13. Asli Failin Kendine Karşı Bir Suç İşlemesi Halinde.....	55
2.4.2.14. Davranışın Bizzat Mağdura İşletilmesi Halinde Dolaylı Faillik.....	56
2.4.2.15. Asli Failin Fiili Kasten İşlememiş Olması Halinde	57
2.5. YAN FAİLLİK	58
2.6.765 SAYILI TCK'DA FAİLLİK VE İŞTİRAK.....	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAİLLİĞİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

3.1. ÖZGÜ SUÇLARDA FAİLLİK.....	64
3.2. İHMALİ SUÇLARDA FAİLLİK.....	67
3.3. TAKSİRLİ SUÇLARDA FAİLLİK	68
3.4. NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA FAİLLİK.....	71
3.5. ÖRGÜTLÜ SUÇLARDA FAİLLİK	74
3.6. KESİNTİSİZ SUÇLARDA FAİLLİK.....	74
3.7. ZİNCİRLEME SUÇLARDA FAİLLİK.....	76
3.8. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN SUÇLARDA FAİLLİK	78
3.9. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME	78

3.10. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA FAİLLERDEN BİRİNİN VEYA BİRKAÇININ YURTDIŞINDA OLMASI DURUMU.....	81
3.11. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA ŞİKAYETTEN VAZGEÇME.....	84
3.12. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA HÜKMÜN AÇIKLANMASIN GERİ BIRAKILMASI	85
SONUÇ.....	87
KAYNAKÇA.....	92
ÖZGEÇMİŞ	97

KISALTMALAR

TCK	: Türk Ceza Kanunu
M	: Madde
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CD	: Ceza Dairesi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
KK	: Kabahatler Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
E	: Esas
K	: Karar
SY	: Sayı

GİRİŞ

Suç hukuk düzeninin kendisine bir ceza müeyyidesi bağladığı beşeri fiil olarak tanımlanabilir. Daha dar anlamda ise suç, ceza kanununun ihlali olarak tanımlanmaktadır. Şu halde, kanun koyucunun yasakladığı ve yaptırım altına aldığı eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmaktadır. Ancak, suçun oluşabilmesi için tüm kurucu unsurlarını da ihtiva etmesi gerekmektedir. Bu kurucu unsurlar; fiil, fail, netice, fiil ile netice arasındaki uygun illiyet bağı, suçun konusu, mağdur, kast veya taksirdir. Kurucu unsurlardan fail yargılanması ve cezalandırılması amaçlanan kişi olması sebebi ile ayrı bir önemi haizdir.

Suçlar çoğunlukla tek bir fail tarafından işlenebilmektedir. Fakat suçun sair sebeplerle tek bir fail tarafından işlenmek yerine birden fazla fail veya suça iştirak edenle birlikte işlenmektedir.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi Türk Ceza Hukuku'nda iştirak olarak adlandırılmış ve kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitap İkinci Kısım Dördüncü Bölümü'nün konu başlığı olarak da iştirak kavramı tercih edilmiştir. İştirak konu başlığının altında ise, TCK 37. 38. ve 39. maddelerde çalışmamızın konusunu oluşturan faillik ile birlikte azmettirme, yardım etme madde başlıkları sırasıyla yer almaktadır.

Faillik madde başlığı altında, uygulama alanı oldukça geniş olan müşterek faillik ile dolaylı faillğe de terimler zikredilmeden yer verilmiştir. Her iki kurum da azmettirme ve yardım etme kadar önemli ve sıkça karşılaşılan suçun işlenme şekilleridir. Amacı hiçbir tereddüte mahal vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için ilk önce suçu icra eden ve yukarıda sayılan kurumlardan hangisinin suçun oluşumuna hareketi ile sebep olduğu ve ne şekilde katkı sunduğunun tespiti gerekir.

Türk Ceza Hukuku'nda failin tez konusu olarak seçilme amacı; fail, müşterek fail, dolaylı fail kavramlarını tüm yönleri ile incelemek ve ayrıca iştirak ile

azmettiren ve yardım eden kavramlarını failin daha iyi anlaşılmasını sağlayacak şekilde ele almaktır. Tezimizin bir amacı da ceza yargılamasında faile, müşterek faile ve dolaylı faile ilişkin kanun metninde yer alan düzenlemelerin yeterli olup olmadığının tespiti ile kanun metninde değişiklik yapılmasının gerekip gerekmediğinin tespitidir.

Çalışmamız temelde literatür taraması ile konuya ilişkin kaynaklar ve Yargıtay içtihatlarının incelenmesi ile hazırlanmıştır. Ayrıca konumuzu doğrudan ilgilendiren makale, tez, şerh ve ders kitapları ile uygulamanın içinden gelen araştırmacılarının da çalışmaları incelenmiştir. Her ne kadar öncelikli olarak 5237 sayılı yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu dikkate alınarak hazırlanan çalışmalar tezimiz için kaynak edinilmiş ise de yıllardır getirdiği birikimi göz ardı edemeyeceğimiz 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’muza ilişkin ve eski kanun döneminde hazırlanmış çalışmalardan da yararlanılmıştır. Aynı şekilde Yargıtay’ın mülga kanuna dair ilamlarından ve mülga kanun ile yürürlükte olan kanunu karşılaştırdığı ilamlarından yararlanılarak, önemli görülen ilamlara tezde yer verilerek konuya uygulamadaki bakış açısının da zenginlik katması amaçlanmıştır.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, Ceza Kanunumuzdaki sisteme de uygun olarak faili daha iyi anlayabilmemiz için iştirak kavramı ve iştiraktan söz edilebilmesi için var olması gereken iştirakin şartları incelenmiştir. Ayrıca suça iştirakte sorumluluğun belirlenmesinde geçerli olan ilkeler ile faillerin rollerine ilişkin teoriler de bu bölümde ele alınmıştır. Anılan ilkeler ve teorilerden hangilerinin bizim ceza sistemimizde kabul edildiği de ayrıca tartışılmıştır.

Tezimizin en önemli kısmı olarak kabul ettiğimiz ikinci bölümde ise fail kavramı tüm yönleri ile ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Tabi ki faili anlatırken şeriklik ile doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan faillik de özellikleri ve unsurları ile birlikte bu bölümde açıklanmıştır. Müşterek failliğin unsurları ile görünüm şekillerine yer verildiği gibi dolaylı failliğin türlerine de yer verilmiştir.

Tezimizin üçüncü ve son bölümünde de failliğin görünüm şekilleri ile birden fazla fail tarafından gerçekleştirilen suçlarda karşılaşılan bazı özel durumlar

incelenmiştir. Özellikle özgü suçlar, ihmali suçlar, taksirli suçlar, örgütlü suçlar, kesintisiz suçlar, zincirleme suçlar yönünden faillik açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞTİRAK HAKKINDA GENEL BİLGİLER İLE İŞTİRAKE İLİŞKİN SİSTEMLER VE TEORİLER

1.1. GENEL OLARAK İŞTİRAK

Suç, Devlet tarafından kanunla tanımlanıp ihlali halinde ceza öngörülmüş olan kurallara aykırı davranış olarak kabul edilmektedir. Herhangi bir suçun oluştuğunu kabul edebilmemiz için suçun maddi ve manevi unsurlarının o suçta bulunuyor olması gerekir. Suçun unsurları olarak kabul edilen fiil, netice, illiyet bağı, konu, mağdur ve kast ile taksirin yanı sıra suçun oluşması için bulunması gereken unsurlardan biri de faildir. Fail, hukuk düzenince ve toplum tarafından suç olarak kabul edilen herhangi bir eylemin baş aktörü konumundaki kişidir. Suç olarak kabul edilen fiil sadece tek başına fail tarafından, doğrudan ve tamamen kendi iç dünyasından kaynaklanan saiklerle gerçekleştirilebileceği gibi; birden fazla kişi ile birlikte, dolaylı olarak ve başkalarının maddi-manevi güdü ve teşviki ile de gerçekleştirilebilir.

Aslında Kanun Koyucu, suç tiplerini bazı istisnalar haricinde, sadece tek bir fail tarafından gerçekleştirilebileceği düşünerek belirlemiştir. Bundan dolayıdır ki kanun metinlerinin içinde ‘her kim’, ‘bir kimse’, ‘neden olan kişi’ gibi terimler ağırlıklı olarak yer almaktadır. Bu anlamda kanun koyucu suç tipini ihlal eden kişiyi suçun faili olarak kabul eden bir anlayış benimsemiştir. Örneğin; Türk Ceza Kanunu (TCK) madde (md) 85’de Kanun Koyucu ‘*taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi*’ demiştir. Ancak bazen suç tipleri birden fazla kişi tarafından birlikte hareket etmek suretiyle ihlal edilmiş olabilir bu durumda bilinen suç tiplerinden yararlanmak suretiyle bir sonuca ulaşmak mümkün olmaz. O halde diğer katılanları da içine alan hükümlerin varlığına ihtiyaç duyulur. İşte bu durumu ifade eden hukuk kurumuna kanun koyucu tarafından iştirak denmiştir.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi Türk Ceza Hukuku'nda iştirak olarak adlandırılmış ve Kanun Koyucu tarafından TCK'nın Birinci Kitap İkinci Kısım Dördüncü Bölümü'nün konu başlığı olarak da iştirak sözcüğü tercih edilmiştir.

Genel olarak, tek bir kişi tarafından gerçekleştirilebilecek bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi “suça iştirak” olarak ifade edilir.¹ İştirak halinde islenen bir suça iştirak özelliğini veren, bir tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olmasına rağmen, fiilin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Birden fazla şahsın beraber herhangi bir suçu icra etmesi, geçmişte de oldukça karşılaşılan bir suç tipi olmasına rağmen, son zamanlarda ve gelişen suç dünyasında sıkça karşılaşılan bir suç icra etme şeklidir. Bu sebeple de ceza ve ceza yargılaması hukukunda bu yeni suç işleme biçimine yönelik kurumlar daha fazla yer almaya başlamıştır. Birden fazla kişinin bir araya gelmek suretiyle işledikleri bu tür suçların başında kaçakçılık, yağma, hırsızlık, dolandırıcılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti, sahtecilik gibi suçlar gelmektedir.²

Suç kadar eski ve suçun özel bir görünüş biçimi olan iştirak, giderek yaygınlaşan bir suç işleme biçimidir. Modern yaşamın gelişen düzeni, yasal olan ekonomik ve sosyal faaliyetlerde bulunanları birlikte hareket etmeye sevk ettiği gibi, suç işleme eğiliminde olan kişileri de aynı yönde yani birlikte hareket etmeye yöneltmiştir.³

Kanunumuzun sisteminde iştirak genel bir nitelikli hal olarak ele alınmamıştır. Sadece birkaç suç bakımından cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Kanun Koyucu tarafından belirlenen suçlar haricinde iştirak, genel bir nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.⁴ Cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi

¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2005, s.272.

² Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s.23.

³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.587.

⁴ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s.451-452.

tarafından birlikte işlenmesi (m.102/3-d), tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi (m.106/2-c), kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.109/3-b), Eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlâli ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlâli suçlarının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.119/1-c), yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.149/1-c), görevini yaptırmamak için direnme suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (m.265/3) suçları bu hale örnektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Kanun koyucu tarafından bir fiilin bir fail tarafından tek başına gerçekleştirilmesi, suç açısından esas alınmaktaysa da genellikle suça neden olan fiiller birden fazla failin iştirakiyle gerçekleşmektedir. Bu halde, faillerin tamamı suça neden olan fiilin gerçekleştirilmesine illî değeri haiz bir katkıda bulunmaktadır ve bu katkıları nedeniyle sorumlulukları söz konusudur. Ancak Kanun Koyucu, bazı suçları uhdesinde barındırdığı kendi özellikleri nedeniyle ve başka bir suçun oluşumundaki etki nedeniyle müstakil bir suç olarak düzenlemiştir. Örneğin; suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m.165/1), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (m.281/1) gibi suçlar, fiili aşaması tamamlanıp, icrai kısmı gerçekleştirilmiş bir suça sonradan iştirak niteliği arz etmelerine rağmen, müstakil bir haksızlık ifade etmeleri itibariyle, ceza kanunlarında ayrı suçlar olarak düzenlenmişlerdir.⁵

1.1.1. Tek Failli – Çok Failli Suçlar

Tek failli suç, “*bir fiilin bir şahıs tarafından tek başına gerçekleştirdiği suçlardır*” şeklinde tanımlanmıştır.⁶ Yani somut olayda suçu gerçekleştirecek fail sayısının bir öneminin bulunmadığı tek failin suç olarak kabul edilen fiili icra edebildiği suçlara tek failli suç denmektedir. Örneğin: kasten öldürme suçunun birden fazla kişi ile

⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2005, s.495.

⁶ Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2013, s.51

gerçekleştirilmesi mümkün olmasına rağmen failin suçu tek başına gerçekleştirmesi halinde kasten öldürme eylemi tek failli suç niteliğini almıştır. Ancak rüşvet suçunda olduğu gibi rüşvet veren vatandaş ile rüşvet alan kamu görevlisinin suçun oluşmasında birlikte bulunmasının gerektiği suçlar, hiçbir zaman tek başına gerçekleştirilemeyeceğinden tek failli suç da oluşmayacaktır.

Bununla birlikte bazı suç tiplerinde suçun ihlal edilebilmesi için birden fazla kişi fail olarak gösterilir ve suçun işlenebilmesi için bunların hareketlerinin varlığı aranır. Bu suç tiplerine ise çok failli suçlar adı verilir.⁷ Ancak doktrinde bazı yazarlar çok failli suçlar yerine “*toplu suçlar*” tabirini kullanmayı tercih etmiştir.⁸

İştirakin suçun unsuru olduğu çok failli suçlarda, kanun hükmü gereğince veya suçun nitelikleri nedeni ile birden fazla kişi veya grup suçu icra etmektedir.⁹ Çok failli suçlarda kural olarak faillerin tamamı cezalandırılır. Ancak bazı çok failli suçlarda faillerden sadece birisi cezalandırılır. Eğer faillerden her ikisi de cezalandırılıyorsa dar anlamda çok failli suç, sadece faillerden bir tanesi cezalandırılıyorsa geniş anlamda çok failli suç söz konusudur. Örneğin; rüşvet suçunda her iki failde cezalandırılır. Buna karşılık cinsel ilişkiye yer hazırlayarak ya da yataklık yaparak para kazanan fail cezalandırılmakta ancak fuhuş yapan kadın cezalandırılmamaktadır. Dar anlamda çok failin suç sayısı çoktur. Bu suçlarda bazen faillerin fiilleri aynı yöndedir. Aynı netice için işbirliği mahiyetindedir. Örneğin; Anayasal düzeni yıkmak, ülke bütünlüğünü bozmak için, silahlı örgüt kurma suçlarında olduğu gibi. Bazen suç faillerinin birbirlerine karşı hareketleri birbirlerini tamamlarlar. Bazen faillerin hareketleri birbirlerine karşıdır. Karşılıklı yaralamada olduğu gibi. Çok failli suçlarda ortaya çıkan bir başka sorun da faillerden hangilerinin cezalandırılacağı, hangilerinin cezalandırılmayacağıdır. Bu durumda kanun koyucunun sâiki önem taşır, kanun koyucu hareketi gerçekleştiren faillerden birini korumayı amaçlamış olabilir. Örneğin; Türk Hukuku’nda fuhuş için tedarik

⁷ Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi ‘Türk Ceza Kanununun Anlamı’*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s.634.

⁸ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt I, 12.bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 1984, s.427.

⁹ Artuk, “*Yeni Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri*”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 2005, s.255; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.481

edilen kadına ceza verilmemesine karşın, kadını tedarik edene ceza verilmektedir. Bu suçlar genel ahlaka aykırı suçlar olarak kabul edilmiş ve kadının korunması hedeflenmiştir.¹⁰

Birden fazla kişinin fail olarak katılımının zorunlu olduğu çok failli suçlar da, yakınsama suçları ve karşılaşma suçları olmak üzere iki gruba ayrılmaktadırlar.

Yakınsama adı verilen suçlarda, suçun işlenişine zorunlu olarak katılımda bulunan kişiler, aynı yönde hareket etmektedirler ve aynı sonucun gerçekleşmesini amaç edinmişlerdir. Örneğin; ‘Suç işlemek amacıyla örgüt kurma’ (TCK m.220: en az üç kişi), ‘Kamu görevinin terki ve yapılamaması’ (TCK m.260: en az dört kişi), ‘Hükümlü ve tutukluların ayaklanması’ (TCK m.296: en az dört kişi), ‘Devletin güvenliğine’ veya ‘Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar’dan herhangi birini işlemek üzere anlaşma (TCK m.316: en az iki kişi) gibi suçlar, ancak çok sayıda kişinin fail olarak katılımıyla gerçekleşebilen suçlardır. Suçu gerçekleştiren failler arasındaki iç ilişki müşterek faillğe benzemektedir. Çünkü; bütün failler suç üzerinde müşterek hakimiyet kurmaktadır. Ancak müşterek failliğin söz konusu olduğu suçlar tek bir fail tarafından da işlenme özelliğine sahipken; yakınsama suçları ancak çok sayıda kişinin iştiraki ile gerçekleşebilmektedir. Yakınsama suçlarının bu özelliğine rağmen, yakınsama suçlarında da iştirak her zaman mümkündür. Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki yakınsama suçlarında suçun işlenişine iştirak eden kişiler, suçun gerçekleştirilebilmesi için zorunlu olan faillerin dışındaki kişilerdir.¹¹

Karşılaşma suçlarında ise, suçun işlenişine zorunlu olarak katılanlar, zıt istikametlerden ve farklı mahiyetteki katkılarıyla suçun gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu kişilerin her biri, işlenen suçun faili olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu itibarla, suçun işleniş açısından katılımı zorunlu olan bu kişiler mağdur olarak addedilemez. Örneğin; rüşvet suçunda (m.252) biri rüşvet veren diğeri rüşvet veren alan olmak üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda

¹⁰ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.496

¹¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.469.

(m.188), birisi satan, diğeri satın alan olmak üzere, rızaya dayalı kürtaj suçunda (m.100), biri çocuğu düşürten kişi, diğeri çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın olmak üzere, en az iki kişinin varlığı gerekir. Ayrıca karşılaşma suçlarında da yansıma suçlarında olduğu gibi şerik olarak iştirak etmek mümkündür.¹²

Suçta iştirak ile çok failli suçlar arasındaki farklar ise kısaca dört başlık altında belirtilebilir:

1) Çok failli suçun oluşması için faillerin tamamının gerçekleştirmiş olduğu hareketler suçun kurucu unsuru olmakta ve bu kurucu unsurların varlığı olmadan suç gerçekleşmemektedir. İştirakte ise birden çok fail bulunması yasal bir zorunluluk değildir. İştirakin söz konusu olduğu suçlarda bir fail ve ona yardım edenler veya azmettirenler bulunur.¹³ Yani Çok failli suçlarda, en az iki failin bulunması gerekmesine karşılık, suçta iştirakte suçun oluşması için birden fazla fail zorunlu olmayıp, suçun bir işlenme biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda faillerin suç örgütü kurma yönündeki iradeleri söz konusu çok failli suçun kurucu unsurunu oluşturmaktadır.

2) Çok failli suçlar ceza yasalarının özel hükümler kısmında yer alırken, suçta iştirak ilişkin kurallar, genel kurallar niteliğine haiz olduğundan ceza yasalarının genel hükümler kısmında yer almaktadır.¹⁵ 765 sayılı mülga TCK'da ve 5237 sayılı TCK'da da anılan şekilde çok failli suçlara ilişkin düzenlemeler kanunun özel hükümlere dair kısmında yer almış, iştirak ilişkin düzenlemeler ise genel hükümlere dair 37. ve devamı maddelerinde yer almıştır.

3) Suçta iştirake ilişkin kurallar, suçu genişletici ve tamamlayıcı bir etki gösterir. Bu kurallar nedeniyle aslında suç tanımına girmeyen hareketlerin

¹² Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.494.

¹³ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, s.497-498

¹⁴ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suçta İştirak*, s.254

¹⁵ Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1998, s. 56

cezalandırılması söz konusu olur. Buna karşılık çok failli suçlar, bağımsız suç tipleri olarak asli niteliktedirler.¹⁶ Örneğin: silahla yaralama eyleminin failine silah temin ederek suça yardım eden kişi, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'a muhalefet ederek kasten yaralama suçunun tanımında yer almayan başka bir suçu icra etmiş ve bu suç nedeniyle cezalandırılmasının önüne açmış olmaktadır.

1.1.2. Geniş Fail – Dar Fail Kavramı

Fail kavramını açıklamaya yönelik doktrinde geniş ve dar olmak üzere iki görüş ileri sürülmüştür. Geniş fail ve dar fail kavramlarına verilen anlamlar, faillik ile şeriklik kavramlarını da birbirinden ayıran unsurların belirlenmesinde belirleyici olmaktadır.¹⁷

Geniş fail görüşünden yana olanlar, kanunda suçun tanımında yer alan neticenin gerçekleşmesi açısından nedensellik değeri taşıyan herhangi bir hareketi icra eden kişinin fail olduğunu kabul etmektedir. Böylece belli bir suçun işlenmesine hukuka aykırı ve kusurlu biçimde katılan herkes faildir. Buna göre, suçu doğrudan işleyen fail dışındaki azmettiren ya da yardım eden gibi kişiler de fail kavramının kapsamına dahildir. Bu durumda her faile suçun yasada öngörülen cezasının aynen verilmesi gerekmektedir. İştirake dair hükümler sayesinde bu kadar geniş olan faillik kavramı sınırlandırılmış olmaktadır.¹⁸ Geniş fail anlayışını esas alan görüşte illiyet ilişkisi bakımından suçun işlenişine ilişkin kişilerin gerçekleştirdikleri katkıların eşitliği prensibi esas alınmaktadır.¹⁹ Suçu doğrudan icra etmeyip de suça teşvik eden ya da herhangi bir şekilde yardımda bulunan kişiler, o suçta korunan hukuki yararı, suçu işleyene oranla daha hafif biçimde ihlal ettiklerinden, daha az ceza alırlar.²⁰ Bu

¹⁶ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.253-256

¹⁷ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.424.

¹⁸ Centel ve diğerleri, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.474.

¹⁹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.420-421.

²⁰ Centel ve diğerleri, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.474-475.

durumda suça iştirake ilişkin hükümlerin kanundaki konumlarının cezayı sınırladığını, cezalandırma alanını daralttığını kabul etmemiz gerekmektedir.²¹

Dar fail kavramından yana olanlar, kanundaki suç tanımında yer alan hareketleri bizzat gerçekleştirerek neticeye doğrudan sebep olan kişinin fail olduğunu kabul etmektedir. Bu durumda suç tipini bizzat gerçekleştiren kişinin fail olduğu, bunun dışında neticenin gerçekleşmesine illi etkisi olan diğer etkilerin yeterli kabul edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Suçun işlenişine katılmakla birlikte, suçun tanımında yer alan icra hareketlerini gerçekleştirmeyen suç ortaklarını fail olarak cezalandırmak yerinde değildir. Ancak haksızlığı dikkate alarak, söz konusu suç ortaklarını gerçekleştiren haksızlıktan sorumlu tutmak uygun olacaktır. Ancak suça katkı ve etkileri suç tipindeki icra hareketlerini oluşturmayan diğer suç ortakları şerik olarak kabul edilmektedir. şerik olarak kabul edilen bu suç ortaklarının suça iştirake dair hükümler çerçevesinde cezalandırılmaları gerekmektedir. Bu sayede, ceza kanunlarında yer alan suça iştirake ilişkin hükümler, cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir işlev görürler.²²

Ceza hukukumuzda dar fail kavramından yola çıkılarak, iştirake ilişkin hükümlerin fail kavramını ve cezalandırma alanını genişlettiği kabul edilmektedir. Gerçekten fail, suçun oluşmasına herhangi bir biçimde katkıda bulunan kişi değil, suçun unsurlarını gerçekleştiren kişidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi olarak kabul ettiğimiz ilke, suçun unsurlarını gerçekleştirenlerin dışında olmasına rağmen suçun gerçekleşmesine etkileri bulunan kişilerin cezalandırılması için yasada açıklık bulunmasını zorunlu kılmaktadır. İşte iştirake ilişkin ve şerikliği açıklayan söz konusu kurallar bu işlevi yerine getirmektedir. Anılan kurallar hukukumuzda yer almasaydı, suçun meydana gelmesine, suç tanımındaki hareketi yapma dışında katkısı bulunanların cezalandırılması söz konusu olamazdı.²³

²¹ İzzet zgen, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul: İstanbul Byşehir Belediyesi Yayınları, 1996, s.52-54

²² Koca ve zlmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.421-422.

²³ Centel ve diğerleri, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.475.

1.2. SUÇA İŞTİRAKTE SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE GEÇERLİ OLAN İLKELER

İştirak Halinde İşlenen Suçlarda suça iştirak edenlerin ceza sorumluluğun belirlenmesinde eşitlik, ikilik ve cezanın faile göre tespiti olmak üzere üç sistem mevcuttur.²⁴

1.2.1. Eşitlik Sistemi

Geniş fail anlayışına dayanan eşitlik sistemi Roma hukukundan başlayarak kabul edilen en eski görüştür. Eşitlik sistemine göre; belli bir suça katılan herkes o suçtan eşit olarak sorumludur ve aynı ceza ile cezalandırılır.²⁵ Bu sisteme göre cezai sorumluluk da suç gibi bölünmesi söz konusu değildir. Bu nedenle de bir suça katılan herkes o suçun faili konumundadır ve suçun tam cezası ile cezalandırılması gerekmektedir. İştirakte bir suçun ve birden fazla failin varlığı kabul edildiği için bu görüşe “tekçi teori” veya “objektif suç birliği” de denmektedir. İsveç, İsviçre, Avusturya, Fransız ve Romen ceza kanunları eşitlik sistemine dayanmaktadır. Bu sistemin savunucusu olanlar yazarlara göre, suç bir bütündür ve parçalanamaz, suçta birden fazla failin olması da bunu değiştiremez.²⁶ Eşitlik sisteminde, suç olarak kabul edilen eylemin gerçekleşmesinde katkıları bulunan fail, azmettiren ve yardım eden şahısların tamamı eylemleri dikkate alınmadan fail kabul edilecektir ve suçun kanunda yer alan karşılığındaki müeyyidenin tamamı ile cezalandırılacaktır.

Eşitlik sisteminde suça katılan her failin suçtan dolayı aynı ceza ile cezalandırılması nedeni ile suçla mücadele açısından daha etkili ve caydırıcı olduğu iddia edilebilir. Ancak toplumun suçtan caydırılması için suçta ve cezada orantılılık

²⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.305; Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.319; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.422.

²⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013 s.591; Kayhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, S. Fatih Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *Suç teorisi* 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2000, s.453.

²⁶ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.66-68.

ilkesinden ödün vermeden, hakkaniyete riayet ederek ceza siyasetinin belirlenmesi daha yerinde olacaktır.

Bu sistemi basit bir örnekle ele alacak olursak; A şahsının gerçekleştirdiği kasten öldürme eyleminde suçta kullanılan silahı temin eden B şahsı, yardım eden sıfatıyla değil, A şahsı gibi kasten öldürme suçundan fail sıfatıyla cezalandırılacaktır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda Kanun Koyucu 14. maddenin 1. fıkrasında *“Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir”* demek suretiyle eşitlik sistemini benimsediğini açıkça belirtmiştir. Maddenin gerekçesinde de bu hükümlere ilişkin şu açıklamaya yer vererek kabahatlere iştirak açıklanmıştır: *“Maddenin birinci fıkrasında, kabahatlere iştirak haliyle ilgili olarak tek tip fail sistemi kabul edilmiştir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişiler arasında fail ve şerik (azmettiren ve yardım eden) ayrımı gözetilmemiştir.”* Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu'nda açıkça eşitlik sisteminin kabul edildiği ortaya konmuştur.

1.2.2. Cezanın Faile Göre Tespiti Sistemi

Cezanın faile göre tespiti sisteminde fail ve yardım eden ayrımı kabul edilmekle beraber cezanın tayininde esas alınan faildeki kötülüktür.²⁷ Burada her fiil, onu işleyen şahsa göre ölçülmelidir. Bu sisteme göre şeriklerin sorumluluğu ve cezası hakkında önceden mutlak bir hüküm konulamaz. Faillerin tehlikelilik durumu uygulanacak cezanın belirlenmesinde esas olmalıdır. Bu sistemde yardım edenin, failden daha az cezalandırılmasını önceden kesin olarak kabul etmek doğru değildir. Suç işleme konusunda kurnaz olan bir failin kendisini objektif bakımdan yardım eden ortak saydıracak fiilleri işlemekle yetinebilir. Anlaşıldığı üzere bu sisteme göre mesele ortakların tehlikelilik derecesine göre çözülecektir.²⁸ Cezanın faile göre

²⁷ Serap Keskin, Suç Ortaklığı (Suça İştirak), Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında TCK, İstanbul: Beta Yayınları, 1998, s.230.

²⁸ Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.592.

tespiti sistemi sübjektif sistem olarak da tanımlanmaktadır.²⁹ Yukarıda belirttiğimiz gibi failin kötülük derecesine göre sorumluluğu belirleneceğinden, her somut olayda failin kötülük derecesi tespit edilmeli ve buna göre ceza verilmelidir. Örneğin; hasmından intikam almak amacıyla hasmının kızına veya eşine cinsel saldırıda bulunan failin durumunda olduğu gibi failin husumeti nedeniyle ortaya çıkan kötülük derecesi ceza sorumluluğunun belirlenmesinde etkili olacaktır.

1.2.3. İkilik Sistemi

Bir diğer ifade şekliyle klasik sistem olarak da isimlendirilen bu sistemde, şeriklerin suça iştirakleri dikkate alınarak ikili bir ayırım yapılmakta ve suçun icra edilmesi yönünde asli katkıları olanlara suçun karşılığı olan tam ceza ile suçun icrasına yardım edenler ise suçun karşılığı olan cezaya nazaran daha az bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Zanardelli Kanunu olarak bilinen 1889 tarihli mehzaz İtalyan Ceza Kanunu da ikilik sistemi benimsemiştir.³⁰ Asli iştirak fer'i iştirak ayırımı yaparak iştiraki açıklayan 765 sayılı mülga TCK da aynı şekilde ikilik sistemini benimseyen ceza kanunlarındandır.

TCK m. 37'nin gerekçesinde yer aldığı üzere: *“Hükûmet Tasarısında da benimsenen “asli iştirak”, “fer’î iştirak” ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir”*. Her ne kadar 5237 sayılı TCK'da asli iştirak – fer'i iştirak ayırımından vazgeçilerek suça iştirake ilişkin düzenleme yapılmış ise de gerekçede de açıklandığı üzere fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınmak suretiyle sorumluluğun belirlenmesi ile ikilik sisteminin uygulanması sağlanmıştır. Suça iştirak edenlerin illi katkılarına göre cezalandırılmalarını öngören ve fail, azmettiren, yardım eden ayırımı yapan 5237

²⁹ Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997, s.1378.

³⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012, s.466.

sayılı TCK'da da mülga kanundan gelen sistemi devam ettiren Kanun Koyucu ikilik sistemini kabul etmiştir.

Bu sistemin en önemli unsurlarından biri de şeriklerin suçtan sorumlu olmalarını sağlayan bağlılık kuralıdır. Bağlılık kuralına göre suça iştirake ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için asıl failin davranışlarının cezalandırılabilir olması gerekmektedir. Suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarını gerçekleştiren fail henüz tipe uygun eylemler yapmadıkça suça iştirak edenler de cezalandırılmaz.³¹ Bağlılık kuralında suçtan sorumlu tutulmak için gerekli olan fiil hakimiyetinin yerine ikame edilerek fail tanımı içinde yer almayan ancak suça iştirak eden şeriklerin suçtan sorumlu tutulmalarını sağlamaya yarayan bu özelliğe “bağlılık kuralının çifte fonksiyonu” denmektedir.³²

İkilik sisteminin somut olaylarda en çok sıkıntı yaratacak özelliği, suça iştirak eden faillerden hangisinin fail hangisinin yardım eden olduğunun kesin bir şekilde ortaya konamaması olduğu iddia edilmiştir.³³ Ancak 5237 sayılı TCK incelendiğinde fail, azmettiren ve yardım edene ilişkin tanımların ayrıntılı ve yeterli olduğu görülecektir. Kanun Koyucu yardım eden de olduğu gibi yeri geldiğinde tüm olasılıkları tereddüt yaşanmasının önüne geçebilmek amacıyla kanuna derç etmiştir. Somut olaylarda ortaya çıkacak sorunların da içtihatlar sayesinde zamanla çözüleceği kanaatindeyiz.

³¹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.73; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s.424; Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s. 510-512.

³² Efekan Kaptan, *Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sy:96, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s.33; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.446.

³³ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 418-420.

1.3. SUÇA İŞTİRAKTE FAİLLERİN ROLLERİNE İLİŞKİN TEORİLER

1.3.1.Objektif Teori

Objektif teoriye göre fail ve şerik arasında yapılacak ayırmada, suçun neticelendirilmesi için şerik olan şahsın suça katkısının az ve çok etkili olması önemlidir.³⁴

1.3.1.1. Biçimsel Objektif Teori

Suç tipindeki unsurların bir kısmının veya tamamının gerçekleştirilmesini esas alarak faillik ve iştirak eden (şerik) ayırımının yapılmasını öngören teoriye biçimsel objektif teori denir. Farklı bir anlatımla biçimsel objektif teoriye göre, hareketleriyle kanuni suç tipini her yönüyle tamamen gerçekleştiren kişi fail, kanuni suç tipini tamamen gerçekleştiren kişi haricindeki kişiler iştirak edendir.³⁵

“ Dar anlamda fail kavramından hareket eden biçimsel objektif teori, iştirake ilişkin düzenlemeleri tipikliği genişleten hükümler olarak ele alır. Bu görüşe göre tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını kendi davranışlarıyla kısmen veya tamamen gerçekleştiren kişi faildir. Bunun dışındaki durumlarda suç ortaklığından söz edilir. Bu görüşe göre, hazırlık veya yardım niteliğindeki hareketlerle tipikliğin gerçekleşmesine katkıda bulunan kişi yardım edendir. Örneğin; A ve B hırsızlık yapmaya gidiyorlar. A, otomobilde kalıyor, B hırsızlık yapılacak eve çıkıyor. Olayda hırsızlığın tipiklik unsuru B tarafından gerçekleştirildiği için yalnızca B faildir. Buna karşılık A yardım edendir.”³⁶

³⁴ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.61.

³⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.424.

³⁶ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.254-255

1.3.1.2. Maddi Objektif Teori

Maddi objektif teori, biçimsel objektif teorinin zayıf noktasından yola çıkarak, fiilin gerçekleşmiş olması yerine fiile olan katkının objektif tehlikeliliğini ön planda tutmuştur.³⁷ “Bu durumda hem dolaylı fail hem de tipik olmayan ancak suçun gerçekleşmesi açısından önemli davranışları yapan iştirakçi cezalandırılabilir. Buna göre azmettiren ve örneğin yaralama suçu işlenirken mağduru tutarak direncini kıran veya kasayı kırarak failin parayı almasını sağlayan kişi de fail kadar tehlikeli olduğu için cezalandırılmalıdır.”³⁸

Başka bir anlatımla, maddi objektif teori, netice bakımından sebep teşkil eden hareketi yapan asli fail, herhangi bir şartı gerçekleştiren fail ise fer'i faildir.³⁹

Maddi objektif teori, tipik suçun gerçekleştirilmesine yönelik fiil ile netice arasındaki nedensellik bağlantısını esas alarak faillik ve şeriklik ayrımı yapmaktadır. Suçun gerçekleştirilmesine olan katkının neticenin vücut bulmasındaki etkisi esas alınacaktır. Sonuç olarak maddi objektif teori, tipik suça yapılan katkıyı objektif bir değerlendirmeye tabi tutup, bu katkının suç tipi itibarıyla önemine göre ayırım yapılmasını önermektedir.⁴⁰

1.3.1.3. Uygunluk Teorisi

Uygunluk teorisi, failin yaptığı hareketin suç tipini ihlalde gösterdiği tehlikeyi veya suç tipini gerçekleştirebilmede taşıdığı uygunluğu esas alır.⁴¹

Buna göre hırsızlık suçunun “tipik fiili zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak” olduğuna göre malı alan kişi asli fail sayılacak, örneğin malın yerini

³⁷ Mustafa Ruhan Erdem, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Faillik ve Suç Ortaklığı, Hukuki Perspektifler Dergisi*, sayı:5, 2005, s.205

³⁸ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.61.

³⁹ Özbek, *TCK İzmir Şerhi 'Türk Ceza Kanununun Anlamı'*, s.637

⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.425

⁴¹ Özbek, *TCK İzmir Şerhi 'Türk Ceza Kanununun Anlamı'*, s.637

gösteren ya da malın alınması için faili teşvik eden ise yardım eden fail olarak kabul edilecektir. Zira bu teoride tipik fiil dışında kalan hareketleri yapan kişinin fail sayılması olanaklı değildir. Bu teori azmettirenin suçtaki manevi katkısının önemini göz ardı ettiği gibi dolaylı faili açıklamakta da yetersizdir.⁴²

1.3.2. Sübjektif Teori

Fail ve müşterek failin tespitinde suçun manevi unsurlarından kastı dikkate alan sübjektif teoride asli faile daha fazla ceza verilmesi öngörülmüştür.

1.3.2.1. İrade Teorisi

İştirakte şeriklerin cezalandırılması ve cezanın belirlenmesinde suça katılanların kastı esas alınmalıdır. Suçu bizzat düşünen ve hareketlerini bunu gerçekleştirmeye yönelten fail suçun baş aktörü, yani asli faildir. Başka bir anlatımla, fail kendi saikiyle, yardım eden, failin saikiyle hareket etmektedir.⁴³ Suçun işlenişine ve dış görünüşüne olan katkı önemli değildir.⁴⁴

1.3.2.2 Suça Katılanların Amacını Veya Yararını Esas Alan Teori

Failin kastı bu konuda karar vermek için yetmeyeceğini kabul eden bu teoride, suça katılanların, iradelerinin yönü ve kuvveti, katılma ile kendi amacını veya yararını gerçekleştirmeyi düşünüyorsa fail, başkasının amacını ve yararını gerçekleştirmeyi düşünüyorsa yardım eden olarak kabul edilir.⁴⁵ bazı yazarlar bu teoride failin amacının nasıl saptanacağı, failin mi yardım edenin mi kastının birincil olduğunun belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir.⁴⁶

⁴² Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.61.

⁴³ Özbek, *TCK İzmir Şerhi 'Türk Ceza Kanununun Anlamı'*, s.637.

⁴⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.424

⁴⁵ Özbek, *TCK İzmir Şerhi 'Türk Ceza Kanununun Anlamı'*, s.637

⁴⁶ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.59.

765 sayılı TCK, yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'nın aksine asli fail- fer'i fail ayırımına yer vermiştir. Eski kanun dönemindeki ayırmada yapılan hareketin icra hareketi olup olmadığı ve hareketin suçun oluşumundaki önemi göz önünde bulundurulurdu. Düzenlemeye göre tipte yer alan hareketi yapan asli fail, buna yardımda bulunan fer'i faildi.⁴⁷ Bu ayırımın hukukçuları tatmin etmemesi başka kriterlerin geliştirilmesine yol açmıştır ve uygulanan ceza mevzuatımızda bu ayrıma yer verilmemiştir.

1.3.3. Fiile Hakimiyet Teorisi

Objektif ve sübjektif görüşlerin bir karışımı olarak görünen bu teori, tipik olayın gelişimini kontrol edebilme olanağına ve fırsatına sahip kişiyi fail saymaktadır. Fiil egemenlik teorisinin, harekete egemenlik, iradeye egemenlik ve fonksiyonel egemenlik olmak üzere üç görünüm şekli bulunmaktadır.

1.3.3.1.Harekete Hakimiyet Teorisi

Bu teoriye göre suçu doğrudan işleyen ve böylece kendi davranışı ile tipik olayı kontrol altında tutabilme durumunda olan kişi hareket egemenliğine sahip, yani doğrudan faildir.⁴⁸ Başka bir deyişle, kanunda suç olarak kabul edilmiş hareketleri doğrudan gerçekleştiren kişide harekete hakimiyet vardır ve bu kişi doğrudan fail olarak kabul edilir.⁴⁹

1.3.3.2.İradeye Hakimiyet Teorisi

Tipik olayı başkasını aracı olarak kullanarak gerçekleştirmesine rağmen, olayı kontrol altında tutabilme iradesine de sahip olan yani dolaylı fail olarak adlandırılan kişinin egemenliğidir.⁵⁰ İradeye hakimiyet, kanunda suç olarak tanımlanan hareketi

⁴⁷ Özbek, *TCK İzmir Şerhi 'Türk Ceza Kanununun Anlamı'*, s.637.

⁴⁸ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.255.

⁴⁹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.62.

⁵⁰ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.255.

aracı kullanarak icra eden, doğrudan hareket eden faili yönlendiren failde yani dolaylı failde bulunur.⁵¹

1.3.3.3 Fonksiyonel Hakimiyet Teorisi

Fiili bir başkasıyla birlikte işleyen ve tipikliğin gerçekleşmesine aktif olarak katkıda bulunan kişi fonksiyonel egemenliğe sahip, birlikte faildir.⁵²

Suç katılan kişi tipik suç üzerinde gerçekleştirmiş olduğu hareketle yukarıda belirtilen üç tür fiile egemenlik teorisinden herhangi birine uygun düşen hakimiyeti kurmuşsa fail, hiçbirine hakimiyet kuramamışsa yardım edendir.⁵³

Ceza kanunları belirli fiilleri suç olarak tanımlayıp bir yaptırıma bağlarken, bu suç tipini gerçekleştiren kişiyi muhatap olarak almaktadır. Fail olarak adlandırılan bu kişi davranış normunun asli muhatabı, suç tanımına uygun olayların ve ceza hukukunun ana aktörü konumundadır. Dolayısıyla, faillğe ilişkin kanuni düzenleme, suça iştirak bakımından hangi esasın benimsendiğini belirleyebilmek için hareket noktasını oluşturmaktadır. Ceza kanununun 37. Maddesinde faillerin suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirenler olacağı belirtilmiş ve böylelikle açıkça faillik için bağlantı noktası olarak kanuni suç tipini ve bunun bizzat veya birlikte gerçekleştirilmesini arayan fiile egemenlik teorisi benimsenmiştir. Bu durum Kanun Koyucu tarafından TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde “Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir” şeklinde ayrıca ifade edilmiştir.⁵⁴

⁵¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.425.

⁵² Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.256.

⁵³ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.62. ;Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.425; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.256.

⁵⁴ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.256.

İKİNCİ BÖLÜM

FAİLLİK VE BİÇİMLERİ

Kanun Koyucunun 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nda olduğu gibi 5237 sayılı yürürlükte olan TCK'da da suça iştirakte sorumluluğun belirlenmesinde geçerli olan sistemlerden ikilik sisteminin benimsendiğini yukarıda ayrıntıları ile açıklamıştık. Dolayısıyla suça iştirak edenler öncelikli olarak failler ve yardım edenler olmak üzere ikiye ayrılmışlardır.

Suçun kanuni tarifine uygun olarak haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir. Kanunda yer alan bu tarifi tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denir. Ancak suç, doğrudan fail tarafından gerçekleştirilmeyebilir; başkasını aracı kılmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu durumda da dolaylı fail söz konusu olacaktır. Suç birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirildiğinde ise müşterek faillik hali vardır.⁵⁵

Fiilin olmadığı suç söz konusu değildir. Kanun koyucunun suç olarak kabul ettiği bir eylemi gerçekleştiren kişi faildir. Tabi ki failin olmadığı suç da söz konusu değildir. Fail, kanunda suç olarak kabul edilmiş olan bir eylemde suçlu olan kişidir.⁵⁶ TCK m.37/1'deki düzenlemeden suçun kanunda yer alan tanımındaki eylemi icra eden kişinin fail olarak tanımlandığı sonucunu çıkarabiliriz. Maddede fail şu şekilde tanımlanmıştır: “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” Suçun faili sadece gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler adına işlenen suçlarda da suçu işleyen bir gerçek kişi vardır. Tüzel kişiler fail olamaz.⁵⁷

⁵⁵ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.470.

⁵⁶ Nurullah Aydın, *Türk Suç ve Ceza Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.99

⁵⁷ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.223

2.1.FAİLLİK VE ŞERİKLİK KAVRAMLARI

2.1.1.Faillik

Kanun Koyucu “ceza sorumluluğu şahsidir” demek suretiyle suçlu denen kişiyi, yani suçun failini belirtmektedir. Suçun faili hukukta insan olan kişidir. Köle ise insandır ama kişi olarak kabul edilmez ve efendisinin malvarlığını oluşturan şeylerden biridir. Ancak kölelik hukuken ortadan kalkınca, köle insan olarak kabul edilmiştir. Bugün ise suçun failinin sadece insan olacağı yönündeki zorunluluğun bir istisnası bulunmamaktadır. Artık hukuki olarak da hayvan haklarından söz edilmekle birlikte, hayvanlar hukukta bir aktör değildir, aksine diğer unsurlar gibi sadece hukukun objesidir. Bundan dolayı, hayvanlar ceza hukukunda suçun mağduru da faili de olamaz. Suçun faili değerlendirilmeleri gerekirse erkek, kadın ve çocuk kanun önünde eşittir. Bununla birlikte, bugün hukuk düzenleri, yargı aşamalarında, cezanın infazı dahil cezalandırmada çocuklar ve kadınlar lehine “pozitif ayrımcılık” yapmaktadır.⁵⁸ Bu şekilde devletler vatandaşları arasında hakkaniyeti sağlamaya çalışmaktadır.

Faillerin suçta değişik sorumluluklar almak suretiyle üstlendikleri sorumluluk ve sığata göre cezai sorumluluk almaları söz konusudur.⁵⁹“Her insanın suçun faili olamayacağı, insanın fail olabilmesi için bazı koşullara sahip olması gerektiği ileri sürölmüş, bundan cezaî ehliyet ceza ehliyeti veya suç işlemeye ehil olmak kavramı ortaya çıkarılmıştır.” Böylelikle bir kimsenin ceza hukukunun öznesi olma şartlarının tamamı, başka bir anlatımla ceza hukuku açısından önemi olan bir eylemi icra etmeye ehliyeti ifade edilmek istenmiştir.⁶⁰

Şüpheli ve sanık kavramları da failin soruşturma aşamasında ve kovuşturma aşamasında sahip olduğı sıfatlardır. Şüpheli, soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan faili; sanık ise kovuşturma aşamasında hüküm kesinleşinceye kadar,

⁵⁸ Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, www.zekihafizogullari.com/cezahukuku, Erişim Tarihi:15.11.2014. s.485,486.

⁵⁹ Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt:1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s.115.

suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder. Hükümlü ise hüküm kesinleştikten sonra ceza alan kişiyi ifade etmekte ise de biz hükümlünün artık fail olmadığını hükümlü kavramının fiilde dolayısıyla failden bağımsız olduğunu düşünüyoruz.

2.1.2.Şeriklik

TCK m 37 ve devamı maddelerde düzenlenen iştirak kavramı kendi içinde faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılır. Faillik, doğrudan, dolaylı ve müşterek faillik olarak kendi içinde üçe ayrılırken; şeriklik de azmettirme ve yardım etme olarak kendi içinde ikiye ayrılır. Herhangi bir suç birden fazla kişi tarafından icra edildiğinde, öncelikle bu suçu birlikte icra eden kişilerin faillik ve şeriklik statülerinin belirlenmesi gerekmektedir.

“Bir suçun işlenişine katılan, fakat gerçekleştirmiş oldukları katkı ile suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kuramayanlara”⁶¹ şerik denilmektedir. Şeriklik Türk Ceza Kanunu’nda azmettiren ve yardım eden başlıkları altında sırasıyla 38. ve 39. maddelerde düzenlenmiştir.

Kanun, verilen ceza bakımından faillik ve şeriklik ayrımı yaptığı gibi, şerikliği de kendi içerisinde ve suça katkısını gözeterek azmettiren ve yardım eden olarak ayırma cihetine gitmiştir. Azmettiren ve yardım eden fail gibi suçun merkezi aktörü değil sadece kenar figüranıdır.⁶² Kanunun kabul ettiği bu ayrıma göre azmettiren suçun kanun metninde yazan ve faile öngörülen cezanın tamamı ile cezalandırılırken, yardım eden faile nazaran indirimli bir ceza ile cezalandırılacaktır. Ancak azmettirenin tam ceza ile cezalandırılması azmettireni doğrudan fail yapmaz. Bu durum kanun koyucunun tercihidir ve ayrıca iştirakte bağlılık kuralından kaynaklanmaktadır. Çünkü azmettiren, iştirakte bağlılık kuralı sayesinde başkası tarafından bir suçun işlenmesi halinde cezalandırılmaktadır.⁶³

⁶¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 444.

⁶² Osman İsfen, *Yeni TCK’da Organize Hakimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy:7, Temmuz 2006, s.58.

⁶³ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.480.

Kanunumuz şeriklerin cezalandırılabilmesi için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını yeterli kabul etmiştir. Şerik fail ile doğrudan ilişki kurarak fiilini gerçekleştirmesine rağmen, şerikin hareketi suç tipi ile korunan hukuki yarara bir saldırı mahiyetini taşımakla birlikte, suç tipine uygun bir haksızlık niteliğine varmamaktadır. Fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığa bir katkı sağlayan fiil nedeni ile şerikin sorumluluğu bağlılık prensibi sayesinde gerçekleşmiştir. Bağlılık kuralı, iştirak halinde işlenen suçlarda faillerin haricinde şeriklerin de cezalandırılmasını sağlayan çifte bir fonksiyona sahiptir. Sonuç olarak, hukukumuzda şerikler bağlılık kuralı sayesinde cezalandırılabilir. ⁶⁴

2.1.2.1. Azmettirme

Azmettirme kelimesi Arapça kökenli olup, Arapça “azm” isminin, “ettirmek” yardımcı fiili ile Türkçeleşmesinden oluşmuştur. ⁶⁵ Azm; kasıt, niyet, karar, yola çıkma anlamlarına gelmektedir. ⁶⁶ Azmettirmenin sözlük anlamı Türkçe sözlükte “Bir suçu veya herhangi bir işi kesinlikle yapmasına karar verdirmek” olarak açıklanmaktadır. ⁶⁷ Bu kavram hukuk sözlüğünde ise “bir eylemi(suç) işlemeye kandırıp karar verdirtme” şeklinde tanımlanmaktadır. ⁶⁸

Azmettirme, suç işleme düşüncesi ve kararı bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararı verdirmek suretiyle bir suçun işletilmesi halidir. ⁶⁹ TCK’nın 38/1.

⁶⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 444-446.

⁶⁵ Azmettirmek: (-e durum ekiyle kullanılan fiil) Arapça azm- + Türkçe ettirmek (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.500f26f8bc1b07.88583038)(Erişim: 15.11.2014)

⁶⁶ Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, 20. Baskı, Ankara, 2003, s.59.

⁶⁷ TDKOnlineSözlük(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5063091955d367.18912404)(Erişim Tarihi: 15.11.2014)

⁶⁸ Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s.106

⁶⁹ Yargıtay 4. C.D. 15/04/2009 tarihli kararında azmettirmenin temel ögesinin azmettirilenin iradesi üzerinde suç işleme konusunda kesin etki yaratılması olduğunu açıklamıştır. Yargıtay 4. C.D anılan kararında özetle: “Suç azmettirmede temel öge, azmettirilenin iradesi üzerinde suç işleme konusunda kesin etki yaratmasıdır. Başka bir deyişle azmettiren, bir başkasına suç işleme kararı verdiren kişidir. Somut olayda sanığın, öbür sanık Kalender’e ‘kendisini darp eden kişilerin yanına kalmaması gerektiğini’ söylemek biçiminde kabul edilen eyleminin iradeyi suç işleme yönünde etkileyecek nitelik ve yeterlilikte kabul edilemeyeceği...” 4. CD 15/04/2009 tarih ve 2007/11093E. - 2007/7427K. Kaynak: Ulusal Yargı Ağı Portalı. Erişim Tarihi: 15.11.2014

maddesi uyarınca azmettiren o suçun cezası ile cezalandırılacaktır.⁷⁰ İlk şeriklik statüsünü oluşturan azmettirme, hukuki anlamı itibariyle, bir kişinin faili suç işleme kararına vardırmasını ifade etmektedir. Azmettirmenin esasını, fail iradesini etkilenmesi oluşturmaktadır. Azmettirmede bir başkasının fiiline katılmadan, suçun işlenmesinde manevi (psşik) müsebbiplik söz konusudur. Azmettiren, suçu iradesi üzerinde etkili olduğu ve fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kuran bir başkasına işletmektedir. Azmettirenin suça sınırlı katılımını ifade eden bu yönü, onu müşterek faillikten ayırmaktadır.⁷¹ Azmettiren bilerek ve isteyerek hareket etmeli, suç işleme niyeti olmayan bir kişiye yasal tanımda yazılı suçu, tüm unsurları ile işlemesi hususunda ona suç işleme kararı verdirmelidir.⁷² Kanun Koyucu azmettireni, suçu bizzat işleyene benzeterek, ona verilen cezanın aynının da azmettirene verileceğini hüküm altına almıştır. Çünkü, neticenin meydana gelmesi ile azmettirenin girişimleri arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmaktadır. Bu bakımdan, “asli manevi ortak” da denen, azmettiren, aslında failden başka bir şey değildir.⁷³ İzlenen suç politikasının bir gereği olarak azmettirenin suçun kanuni tanımındaki ceza ile cezalandırılacağı kabul edilmiştir.⁷⁴

Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, suçun işlenişine bulunduğu katkı suçun kanundaki tarifine uygun olmayan diğer suç ortaklarının da gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri gerekir. Suçun işlenişine bulunduğu katkı kanuni tariftaki haksızlığı gerçekleştirmeyen diğer suç ortakları, şerik olarak nitelendirilmekte ve kanunun şerikliğe ilişkin genel hükümleri, sorumluluk alanını genişleten hükümler olarak telakki edilmektedir. Azmettirme ve yardım etme olarak iki farklı tezahür şeklinin söz konusu olduğu şeriklikte, suç ortaklarının gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri ancak bağlılık kuralı vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Fail, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlık,

⁷⁰ Sedat Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, S. 849

⁷¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 452-453.

⁷² Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s.850

⁷³ Ali Koyuncu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2006, s.226

⁷⁴ Mustafa Albayrak, *TCK'da Birden Fazla Failin Katıldığı Suçlarda Faillerin Cezalandırılması Sorunu*, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sy:21, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.21

suçun objesiyle doğrudan temas halinde iken; şerik için böyle bir doğrudan temas söz konusu değildir. Şerik, faille olan şahsi bağlantısı nedeniyle ve ancak bağıllık kuralı vasıtasıyla söz konusu haksızlıktan sorumlu tutulacaktır.⁷⁵

Ancak belirtilmesi gerekir ki; 765 sayılı TCK’da azmettirme bir “asli iştirak” şekli olarak tavsif edilmiştir. Bu şekilde nitelendirmenin sebebi, azmettirenin fail gibi cezalandırılmasıdır. Her ne kadar Kanunda, “başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.” Şeklinde bir hükme yer verilmiş olması itibariyle 765 sayılı TCK’nın düzenlenmesiyle bir paralelliği var ise de; 5237 sayılı Yeni TCK’da azmettirme bir şeriklik türü olarak düzenlenmiştir⁷⁶

Azmettirme, belli bir suçı icra etme konusunda hiçbir fikri olamayan dolayısıyla karar vermemiş olan kişinin bir başkası tarafından bu suçı işlemeye karar verdirilmesidir. Dolayısıyla, azmettirme, başka bir kişide suç kararı oluşmasına neden olacak şekilde düşünce açıklamaları, ikna çabaları olarak gerçekleşir. Bu nedenle azmettirme bilinç ve irade ile yani kasıtlı icra edilebilir.⁷⁷ Ayrıca azmettirmenin tespitinde azmettirenin olaydan sonraki davranışlarından çok önceki davranışlarının göz önünde bulundurulması gerekir.⁷⁸

Azmettirme, daima fiil üzerinde manevi bir etkiyi ifade etmektedir. Genellikle kabul edildiği üzere; ihmali davranışla azmettirme mümkün değildir. Azmettirenin kasıtlı davranması gerekir. Bu kastın, failde belli bir suç işlemeye hususunda karar oluşturmaya, suçun fail tarafından gerçekleştirilmesi hususunu, azmettirilen suçun kanuni tanımındaki şartlarını içermesi gerekir. Azmettirenin kastının müşahhas olması gerekir; yani, kişi belli bir fiili işlemeye azmettirilmelidir ve bu fiilin belli bir şahsa yönelik olması gerekir. Ancak, fiilin işleneceği zaman ve yerin tayinine gerek yoktur. Azmettirme, bir fiilin esaslı unsurlarıyla veya ana hatlarıyla somutlaştırılmış olmasını zorunlu ve yeterli kılar. Bu itibarla, suçun icra

⁷⁵ Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.139.

⁷⁶ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.500.

⁷⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s.1113.

⁷⁸ Akçin ve diğerleri, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2012)*, s.165-167.

tarzına ilişkin ayrıntıların belirlenmesine gerek yoktur. Keza, belli bir kişi suç işlemeye azmettirilmelidir. Suç işlemesi istenen kişinin belli olmaması halinde artık azmettirmeden bahsedilmez. Bu durumda, diğer şartların gerçekleşmesi şartıyla suç işlemeye tahrik suçu oluşur.⁷⁹

Ayrıca azmettirmenin mutlaka doğrudan kastla gerçekleştirilmesi de zorunlu değildir. Azmettirenin kişinin davranışlarının, muhatabı üzerinde bir suç işleme kararı ile sonuçlanabileceğini öngörebileceği hallerde de yani olası kastın söz konusu olduğu durumlarda da azmettirmenin gerçekleştiği kabul edilmelidir.⁸⁰

Azmettiren, azmettirilen kişide suçun işlenmesi konusunda karar oluşturmalıdır. Şayet fail daha önce suçu gerçekleştirmeye karar vermiş ise; bu durumda azmettirmeye teşebbüs edilmiş veya suçun işlenmesine manevi yardımda bulunulmuş olur.⁸¹

Taksirli suçta suç işleme kararı bulunmadığından, taksirli bir suç işlemesi için bir kişi ikna edilemez. Taksire özelliğini veren sonucun istenmemesi olduğuna göre istenmeyen bir suçu işleme kararı verdirmek mantiken olanaklı değildir. Azmettirmek, belli bir suçun işlenmesini istemek olduğundan taksirli davranışlarla azmettirmek de mümkün değildir. Bir kişinin dikkatsiz, özensiz davranışları ile bir başkasına suç işleme kararı verdirtmesi düşünülemez. Hareketsiz kalmak suç işleme düşüncesi uyandırmayacağı için ihmali davranışla azmettirme de mümkün değildir, ancak ihmali bir suçun işlenmesine azmettirmek mümkündür. İcrai hareketler olmadan azmettirilenin suç işlemeye yönelik karar verebilmesinden söz edilemez. Bir suçun işlenmesine neden olunması halinde de azmettirme söz konusu olmaz. Örneğin; evin penceresini açık unutup giden hizmetçi, hırsızın eve girmesine olanak sağlamış olsa da hırsızlık suçunun azmettiricisi ya da yardım edeni değildir. Ancak eğer evin soyulacağını

⁷⁹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.478.

⁸⁰ Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s.1113.

⁸¹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.478

öğrenip hırsızların haberi olmadan onların işini kolaylaştırmak için pencereyi açık bırakmış ise kendisi açısından yardım etme söz konusudur.⁸²

Bir kimsenin bir suç işlemesine vesile olunması azmettirme olarak kabul edilemez. Örneğin; sigortadan para almak için evinin pencerelerini açık bırakarak hırsızlık olayının gerçekleşmesini isteyen veya kıskanç kocayı evine gönderterek karısını sevgilisiyle yakalayarak sevgilisini öldürmesini temin etmek isteyen kimse azmettiren sayılmaz. Azmettirmede hedefe yönelik bir fiilde bulunulması talebi olmalıdır. Buna karşın zaten az ya da çok suç işlemeye eğilimli kimseleri suç işlemeye motive etmeye yönelik durumları oluşturma azmettirme değildir. Bu tip durumlar çoğu kez önceden planlanmadan günlük hayatta zaten zaman zaman karşılaşılan durumlardır. Azmettirmeden söz edilebilmesi için, kişinin belirli bir suç için azmettirilmesi gerekir; soyut kavramlar içinde bir kişinin azmettirilmiş olması imkansızdır. Örneğin; banka soyarak zengin olan kimselerden bahsetmek suretiyle özendirme azmettirme sayılmaz.⁸³

Azmettiren, diğer kişinin suç isleme kararı almasını öngörüp kabullenmişse olası kasıtlı azmettirme olduğu da savunulmuştur. Ancak, böyle bir çözüme gitmek objektif sorumluluk sonucunu doğurabilir. Örneğin; B'ye bir miktar para vererek, "Bu parayı al, bir suç islersen kullan." diyen kişi, B'nin işlediği bir suçun iştirakçisi olarak sorumlu tutulamaz. Çünkü hangi suçun işleneceği konusunda iştirakçiler arasında bir irade birliği yoktur. Azmettiren, ikna ederek failin kim olacağını belirlediği gibi işlenecek suç ve suçun mağdurunu da somutlaştırmıştır. Bu özellikleri nedeniyle azmettirme, suçun manevi unsuruna ilişkin bir iştirak biçimidir ve azmettiren de asli manevi iştirakçidir. Azmettiricinin asli manevi iştirakçi olma nedeni, failin işleyeceği suç belirleyen ve faile karar verdiren olmasından kaynaklanır. Azmettiren fail olmamasına rağmen, suçun işlenmesinin asıl nedeni olduğu için Kanun Koyucu suç siyasetinin gereği olarak azmettireni işlenen suçun cezası ile cezalandırmıştır.⁸⁴

⁸² Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.165.

⁸³ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.489-490.

⁸⁴ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.166.

TCK m.38/3’de yer alan “Azmettirenin belli olmaması hâlinde, 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 cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.” hükmü ile azmettirenin belli olmadığı suçlarda azmettirenin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Bu hüküm iyi uygulandığı takdirde faydalı olacağı açık olan bir düzenlemedir. Ancak uygulamada azmettirenin olmadığı suçlarda masum kimselerin üzerine azmettirmenin yıkılabileceği tehlikesi düşünülerek çok dikkatli araştırmalar yapılması gerekmektedir.⁸⁵

2.1.2.2.Yardım Etme

5237 sayılı TCK’nın 39. maddesinde “Yardım Etme” başlığı altında yardım eden düzenlenmiştir. Bir suçun işlenişine yardım şeklindeki eylemleri ile katkı sağlayan şerik yardım eden olarak isimlendirilmiştir. Yardım eden hareketleri ile failin somut olaydaki suçu icra etmesini kolaylaştırmaktadır. Yardım etme, kısaca, başkası tarafından işlenen kasıtlı bir suça kasıtlı destek vermek olarak tanımlanabilir.⁸⁶

Maddede “yardım edenler” başlığı altında, suça nedensel katkıları asli olmayan, ancak tipik fiilin işlenmesine maddi veya manevi katkıda bulunanların sorumluluğuna yer verilmiştir. Tipik fiili işleyen ve bunun işlenişine doğrudan doğruya katılan “fail”, suçu işlemek konusunda faili ikna eden “azmettiren” ve nedensel katkılarından dolayı tipik fiilin işlenişini kolaylaştıranlar ise “yardım eden” başlığı altında düzenlenmiştir. Yardım eden olarak sorumlu tutulabilmek için yapılan davranışlar, TCK m.39’da sayılanlardan biri olmalıdır. İştirakin bu türünde iştirakçilerin davranışları faillik ve azmettirme olarak nitelendirilemeyen, sonuç açısından daha az öneme sahiptir. Bu nedenle yardım edenler daha az bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Kanunun a, b ve c bentlerinde sıralanan iştirak türlerinin bir kısmı maddi, bir kısmı ise manevi niteliktedir. 765 sayılı Eski TCK’da fer’i maddi –

⁸⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.493.

⁸⁶ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.462-463.

fer'i manevi iştirak biçiminde yapılan ayırım, yeni düzenlemede maddi yardım ve manevi yardım etme biçiminde yapılabilir. Bu tür bir iştirak türünün varlığı için yukarıda ele alınan iştirak unsurlarının tümünün bir arada bulunması gerekir.⁸⁷

Kanun Koyucu yardım edenlere, fail ve azmettirene oranla daha az ceza vermeyi tercih etmiştir. Ayrıca Kanun Koyucu ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası gerektiren haller dışında, yardım edenlere verilecek cezanın sekiz yılı geçemeyeceğini kabul ederek uygulayıcının takdir hakkının sınırlarını da kanaatimizce gereğinden fazla bir şekilde kısıtlamıştır.

Suçun gerçekleşmesindeki yardım etme niteliğinde olan katkının en geç suçun unsurlarının gerçekleştirilişi sırasında bir başka deyişle suç tamamlanmadan önce yapılması gerekir. Yardım etme hazırlık hareketlerine ilişkin de olabilir. Ancak, bu durumda sorumluluk için suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir.⁸⁸

Yardım edenler, asıl fail ya da failerin fiilini kolaylaştıran ya da onların fiiline yardım edenlerdir. Failin yanı sıra dolaylı faile veya azmettirene veya hepsine birden yardım etmek mümkündür. Bu durumda yardım edene tek ceza verilir. Örneğin; azmettirene öldürülecek kişinin kaldığı yeri bildiren, mağduru öldüren faile de silah temin eden A'ya iki ayrı ceza verilmez. Çünkü her iki davranışı da aynı suça yardım etme kapsamındadır. İştirak hakkında söylediğimiz tüm kurallar burada da söz konusudur. Bu nedenle yardım edenlerden birinin cezalandırılmaması diğerleri açısından sonuç doğurmaz. Yardım etmek biçimindeki iştirak de ancak kanunda öngörülen biçimde söz konusu olabilir. Örneğin; arkadaşının suç işleme kararı verdiğinden haberi olmayan kişinin konuşmaları suç işlemek isteyen kararını kuvvetlendirmiş olsa bile ortada iştirak yoktur. Yardım etmek biçimindeki bir iştirakin varlığı da iştirak iradesini yani belli bir suçu işlemek isteyenlere yardım etmek iradesini gerektirir. Ancak yukarıda ele aldığımız gibi failin kendisine yardım edildiğini bilmesi gerekmez. Yardım edenler, asli faillerden farklı olarak fiil üzerinde

⁸⁷ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.176.

⁸⁸ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.507.

hâkimiyet kurarak fiili icra edenler değildir. Yardım edenler ikincil nitelikteki nedensel katkıları ile suçun icra edilmesini destekleyici, kolaylaştırıcı nitelikte maddi veya manevi hareketler yapanlardır. Yardım etmek, fail ve faillere araçlar temin etmek, telkinlerde bulunarak suç kararlarına etki etmek ya da suçun islenmesini kolaylaştırmak biçiminde olabilir. Yardımlar, suç işlenmeden önce ya da suç işlendikten sonra da yapılabilir; bu nedenle önceden bir anlaşmanın yapılmış olması veya karara varılmış olması gerekmez. Suç işlendikten sonra yardımda bulunmayı vaad eden de suç işlenmeden önce veya işlendiği sırada iştirak iradesini açıklamıştır ancak vaad ettiği yardımları suç işlendikten sonra yapacaktır.⁸⁹

İştirakin “irade” ve “nedensellik” unsurlarının sonucu olarak, yardım etme biçimindeki bir iştiraktan söz edilebilmesi için fiilin belirgin ve somut olması gerekir. Suç isleme kararını desteklemek biçimindeki bir iştirakin varlığı, failin işleyeceği suçu somutlaştırmış olmasına bağlıdır. Genel olarak belirgin olmayan suçların islenmesi konusundaki manevi hareketler, “suç işlemeye teşvik” suçunu oluşturur. Yardım edenler de işlenen suçtan sorumlu olmalarına rağmen cezaları asıl faile nazaran daha azdır. Kanunun, yardım edenlere failden daha az ceza öngören düzenlemesi “zorunlu indirim” olarak nitelenmiştir. Ancak yardım edenin cezasının faile nazaran daha az olması bu durumun bir hafifletici neden olarak yorumlanması sonucunu doğurmaz. Çünkü yardım etme, faillğe nazaran suça etki eden hafifletici bir neden değildir. Yardım etme iştirakin bir başka biçimidir. Yardım edenlere verilen cezanın faile verilenden daha az olması, ikilik siteminin ve yardım edenlerin nedensel katkılarının sonucudur.⁹⁰

2.1.2.3. Bağlılık Kuralı

Suçta iştirak etmelerine rağmen, suçun işlenişine katkılarının kanuni tarife uygun olmayan diğer suç ortaklarının da gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri yukarıda da kısaca değinildiği gibi bağlılık kuralı ile mümkün olmaktadır. Fail, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla suçla doğrudan temas kurabilmekte iken,

⁸⁹ Aydın, Türk Ceza Hukukunda İştirak, s.176-177.

⁹⁰ A.g.e., s.178

şerikin bu şekilde bir doğrudan teması söz konusu değildir. Şerik, fail ile olan ilişkisi sayesinde ve bağlılık kuralı vasıtasıyla suçtan sorumlu tutulabilecektir.⁹¹

TCK md 40'da da bağlılık kuralı şu şekilde kanun metninde yer bulmuştur: *“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”*, Kanun Koyucu madde gerekçesinde ise bağlılık kuralının tanımına yer vermiştir: *“ Bağlılık kuralı, suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması hâlinde, bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.”* Ayrıca kanun metninde suça iştirak edenlerin somut olaydaki suçtan sorumlu tutabilmesi için en azından suçun teşebbüs aşamasında kalması gerektiği belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, hazırlık hareketlerinde kalmış bir suça, eylemleri ile katkıda bulunan azmettiren ve yardım edenin cezalandırılması söz konusu değildir.

Şeriklerin sorumluluğu tespit edilirken failin fiili göz önünde bulundurulur. Bu sebeple de şeriklerin sorumluluğunun derecesi ve ölçüsü asıl fiile, asıl fiilin özelliklerine hal ve şartlarına bağlıdır. ⁹² Kanuni tanıma uygun suç olarak kabul edilen bir fiilin varlığı ile bu fiilin kasten ve hukuka aykırı olması halinde sınırlı bağlılık kuralı söz konusudur. TCK'da da bu görüş kabul edilmiştir.⁹³

Ayrıca TCK'da yer alan bağlılık kuralında, suça iştirak eden her kişinin, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmadan, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, şeriklerden birinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenlerin diğer ortakları etkilemeyeceği ceza hukuku sistemimizde yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca, suça iştirak eden

⁹¹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.510.

⁹² Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 447.

⁹³ Berrin Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, GÜHFD, C:14, 2010, s.180-182.

diğer kişinin kusurunu etkileyen hallerden veya şahsi cezasızlık ya da cezayı kaldıran şahsi nedenlerden yararlanması söz konusu olduğunda dahi, bu nedenlerden yararlanmayan şerik bunlardan yararlanamayacaktır.⁹⁴

2.2. DOĞRUDAN FAİLLİK

Doğrudan veya bir başka deyişle bağımsız (müstakil)⁹⁵ fail, hareketi ile suçun tüm unsurlarını tek başına gerçekleştiren kişidir.⁹⁶ Kanuni tanıma uygun olan haksızlığı bizzat gerçekleştiren dolaylı fail suçun objektif ve sübjektif tüm şartlarını birlikte icra etmektedir. Doğrudan faillik açısından suçun kanuni tanımındaki fiilin tek başına ve bağımsız olarak icra edilmesi arandığından, somut olayda failin kendisinin veya başkasının yararına hareket etmiş olması aranmaz. Bu sebeple de fiili kendisi gibi işleyenleri fail sayan sübjektif teori, kanunundaki düzenlemeyle uyumlu değildir.⁹⁷

Aralarında birlikte suç işleme iradesi ve anlaşması olmadan, beraber suç işleyen kişiler ileride anlatılacak olan müşterek fail olarak değil doğrudan fail olarak sorumlu tutulur.⁹⁸

Doğrudan failliğin söz konusu olabilmesi için somut olayda suç tipinin buna uygun olması gerekir. Bazı suç tiplerinde, ancak belirli kişilerin suç faili olabilecekleri öngörülmüş olabilir. Bunlar özgü suçlar, bizzat işlenebilen suçlar ve yükümlülük suçlarıdır.⁹⁹ Özgü suçlara ilişkin 5237 sayılı TCK'da açık bir düzenleme varken; bizzat işlenebilen suçlarda ve yükümlülük suçlarında açık bir düzenlemeye Kanun Koyucu yer vermemiştir.

⁹⁴ Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s.1169-1170.

⁹⁵ Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.594.

⁹⁶ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.470.

⁹⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.427.

⁹⁸ Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.594.

⁹⁹ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.470.

Özgü suçlar failin hukuki niteliğinden kaynaklanabileceği gibi failin doğasından da kaynaklanabilir.¹⁰⁰ Özgü suçlar TCK m. 40/2’de şu şekilde düzenlenmiştir: “Özgü suçlarda, ancak özel fail niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” Özgü suçlarda kimlerin suç faili suç tipinde baştan sayılmıştır. Dolayısıyla suç tipinde belirtilen niteliğe sahip olan kişiler bu suçun faili olabilecektir. Diğer kişilerin suça katılması halinde onlar kanun metninde de belirtildiği gibi azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacaklardır.¹⁰¹

Özgü suçlarda kimin suç faili olabileceği kanun maddelerinde sınırlanmıştır. Örneğin: rüşvet suçunu yalnız kamu görevlisi sıfatına sahip fail icra edebilir. Sadece kamu görevlilerinin fail olduğu suçlarda özgü faillik, failin niteliği, failin mesleği dikkate alınarak sınırlandırılmış iken TCK m. 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçu sadece gebe olan kadın tarafından gerçekleştirilebilir.¹⁰²

Bizzat işlenebilen suçlar, failin kendi hareketi ile ihlal edilebilen suçlardır. Bu suçlarda, suç tipindeki hareket bizzat fail tarafından icra edilmez ise artık fail değil, şeriktir.¹⁰³ Yani, tipik fiilin ancak failin kendi bedensel davranışları ile gerçekleştirebileceği suçlardır, bizzat işlenebilen suçlardır.¹⁰⁴ Örneğin tehdit suçunun faili tehdit niteliğindeki sözleri sarf eden kişi faildir. Diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabilirler.

Yükümlülük suçlarında ise, suç tipi faili özel bir şart yüklemiştir. Garantör durumdaki failin sorumluluğundan doğan ihmali suçlar¹⁰⁵ yükümlülük suçlarına örnek gösterilebilir: TCK m. 233’te yer alan aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen failin durumu.

¹⁰⁰ Aydın, Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.270.

¹⁰¹ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.470.

¹⁰² Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Yasası’nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK md. 100)*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt:2, Ankara, 2008, 585-602.

¹⁰³ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.471.

¹⁰⁴ Aydın, Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.271.

¹⁰⁵ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.471.

2.3. MÜŞTEREK FAİLLİK

Failliğin haksızlık içeriğinin kaynağı bizzat kendisidir ve bir yabancı eylemden kaynaklanmamaktadır ve bu nedenledir ki, azmettirme ve yardımdan farklı olarak bağlılık prensibi burada geçerli değildir. Yani failin sorumlu tutulabilmesi için başka faillerin kasten ve hukuka aykırı bir fiilin icrasına başlamış olmaları gerekmez. Müşterek faillerden birinin fiili örneğin hukuka uygun olsa dahi, diğer failler cezalandırılır.¹⁰⁶ Ayrıca müşterek faillikte her bir suç ortağı aynı zamanda faildir ve bu failler suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır.¹⁰⁷

Müşterek failliğin var olduğunu kabul edilebilmesi için, failin suçun işlenişine fonksiyonel bir etkisinin olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra bu etkinin birlikte suç işleme iradesine dayanarak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir. Ayrıca fiili birlikte gerçekleştirenlerin iradelerinin uyuşması da önemlidir.¹⁰⁸ Müşterek fail olayın gerçekleşmesinde merkezi rol oynayan kişidir ve eylemi alt düzeyde bir faaliyet niteliğinde değildir. Hatta suçun işlenişine az bir katkısı olsa bile, eşit düzeydeki bir kişidir.¹⁰⁹

“Müşterek faillik, suçun icraî hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek faillik, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrasına ilişkin işbölümü esasına dayalı ortak katılım sonucunda bunun icrası üzerinde kurulan müşterek hakimiyeti gerekli kılmaktadır. Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin etkili, aktif bir katkıda bulunmaktadır. Öyle ki; bu katkı, planlanan suçun gerçekleştirilmesi açısından önem arz etmektedir ve bu itibarla da, eylem üzerinde müşterek egemenliğin esas teşekkül etmektedir.”¹¹⁰

¹⁰⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 478.

¹⁰⁷ YCGK. 20/12/2011 tarih ve 2011/5-218E-2011/277K. Aktaran: İhsan Akçin, Kemalettin Erel, Yüksel Fazla, Coşkun Halitoğlu, Fatma Betül Örer, Süleyman Bozoğlu ve Özcan Özbey, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, (2005-2012), Ankara: Adalet Yayınları, 2012, s.153-155.

¹⁰⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.427.

¹⁰⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 477-479.

¹¹⁰ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.475.

Müşterek faillikte, beraber suçu icra etme iradesinin yanı sıra, fiil üzerinde müşterek egemenlik kurulduğu için, suça iştirak eden tüm şahıslar suç ortağı kabul edilir ve fail statüsündedir. Gerçekleştirilen haksızlığa doğrudan müdahil olan müşterek faillerin bu haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık kuralına gerek yoktur. Müşterek failler, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, işbölümü esasına dayanan müşterek katılım nedeni ile gerçekleştirilen haksızlıktan doğrudan doğruya ve karşılıklı olarak sorumlu tutulacaklardır.¹¹¹ Müşterek faillerin somut olaydaki suçtan sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık kuralı değil, suç üzerinde birlikte hakimiyet kurmaları göz önünde bulundurulur.¹¹²

Müşterek faillik için hareketlerin aynı zamanda yapılması gerekmemektedir. Aynı zamanda olmasa dahi, suçun işlenişi üzerinde hakimiyet kuran kimse de fail sayılacaktır. Örneğin; öldürülmesi kararlaştırılan mağdurun pusu yerine gitmesini sağlayan kimse, suçun işlenişi üzerinde hakimiyet kurmaktadır. Müşterek faillik için faillerin tipikliğin tüm unsurlarını ve bu arada tipik neticeyi yalnız başına gerçekleştirmiş olmaları aranmamaktadır. Fail, suça katılmasa bile, suçun planlanmasında esaslı bir rol oynamışsa, müşterek fail sayılacaktır.¹¹³

TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde, müşterek failliğin tanımı yapılmış ve hangi kıstaslara dikkat edilerek somut olaylarda müşterek failliğin var olduğunun tespit edilebileceği açıklanmıştır. Madde metninde müşterek faillığe ilişkin açık ve ayrıntılı bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmamasına rağmen gerekçede müşterek faillığe yer verilmesi eleştirilmiştir. Bu durumun karışıklığa yol açacağı ve müşterek faillik diye bahsedilen durumun aslında faillik kurumundan başka bir şey olmadığı belirtilmiştir.¹¹⁴ Ancak müşterek fail olarak belirtilen kişinin de fail olduğu açık olduğundan ve uygulamada müşterek failliğin tespitinde ciddi sorunlar yaşanmadığından bu görüşe iştirak etmiyoruz. Kanun koyucunu her ceza

¹¹¹ Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.261.

¹¹² İzzet Özgenç, *Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*, SÜHFD, C.4, S.1-2, 1994, 1994, s.159-162.

¹¹³ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.480-482

¹¹⁴ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.137; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul: Beta Yayınları, 2007, s.63-64; Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.118; Yener Ünver, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kusurluluk*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, 2006, s.69

hukuku kurumuna ilişkin ayrıntılı ve teferruatlı düzenleme yapması kanunu bir ders kitabı şekline sokacaktır. Kaldı ki müşterek faillikte yaşanacak bir kısım tereddütlerin ve duraksamaların önünü kesmek amacıyla gerekçede müşterek faillik tanımlanmıştır.

2.3.1. Müşterek Failliğin Unsurları

Yukarıda da açıkladığımız üzere müşterek failliğin her hangi bir suçta söz konusu olabilmesi için iki unsurun birlikte bulunması şarttır. Bu unsurlar objektif unsur olarak da kabul edilen fiil üzerinde müşterek hakimiyet ve sübjektif unsur olarak kabul edilen suçu birlikte gerçekleştirme kararıdır. Müşterek faillik TCK'nın 37. Maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: *“suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.”*

2.3.1.1. Fiil Üzerinde Müşterek Hakimiyet

Müşterek faillik, birlikte, görev paylaşımı yaparak suçun unsuru olan fiilin icra edilmesi halidir. Müşterek faillikteki bu görev paylaşımı sayesinde suç ya icra edilmiş olmakta ya da icrası önemli ölçüde kolaylaşmaktadır. Ayrıca suça müşterek fail olarak iştirak eden her failin diğer faillerle suç üzerinde aynı haklara sahip olarak suç işleme iradesinin olması ve bu iradeye bağlı olarak icra edilen suç üzerinde diğer faillerle birlikte hakimiyet kurması gerekir. Suçta müşterek hakimiyetin var olup olmadığını anlamak için fonksiyonel hakimiyetin bulunup bulunmadığına değerlendirmek gerekir. Bu da suça iştirak edenlerin suçtaki işbölümü çerçevesindeki katkıları, katkının önemi ve katkının zorunlu olup olmadığının incelenmesi ile ortaya çıkacaktır. Bu şartlar sağlandığında ortaya çıkan netice suça iştirak eden müşterek faillerin ortak eseridir.¹¹⁵

Müşterek faillikte, faillerin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmeleri için TCK m. 40'ta düzenlenen ve yukarıda kısaca açıkladığımız bağlılık kuralına gerek yoktur. Müşterek failler, suçu birlikte gerçekleştirme kararı ve iradesi çerçevesinde görev

¹¹⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.427-429.

paylaşımı esası nedeni ile icra edilen suçtan birlikte sorumludurlar.¹¹⁶ Faillerin tamamı suç üzerinde birlikte egemenlik kurmuş ise müşterek failliğin olduğu konusunda tereddüt yoktur.¹¹⁷ Örneğin: A, B ve C birlikte konuttan hırsızlık yapıp, konutun sahibi olan mağdurun ziynet eşyalarını çalmaya karar veriyorlar. Daha sonra da birlikte söz konusu konuta girerek konut sahibinin ziynet eşyalarını çalmayı başarıyorlar. Bu durumda her fail, fiili bizzat gerçekleştirmiştir.

Bu durumun haricinde, birlikte suç işleme kararına dayalı olarak görev paylaşımları (iş bölümü)¹¹⁸ uyarınca suçun maddi unsurlarından bir kısmını gerçekleştirerek de fiil üzerinde hakimiyet kurabilirler.¹¹⁹ Örneğin C'yi kasten öldürme suçunu birlikte icra eden A ile B'den A, C'yi tutsa B de bıçaklayarak C'yi öldürmüş olsa, hem A hem de B kasten öldürme suçu üzerinde müşterek hakimiyet kurmuşlardır. Söz konusu iş bölümü açık olabileceği gibi zımni de olabilir.¹²⁰

Herhangi bir suçun işlenmesi için faillerin fiillerindeki katkı suçun neticelenmesinde zorunluluk¹²¹ arz ediyorsa, bu suç ortağı müşterek faildir. Zaten müşterek faillerin suçun icrası için göstermiş oldukları katkılar fiilin neticelenmesi için zorunluluk arz ettiği gibi, faillerin müşterek katkılarından herhangi birinin

¹¹⁶ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.497.

¹¹⁷ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.431.

¹¹⁸ “sanık H ile maktul K arasındaki ihtilaftan kaynaklanan ve H'nin saldırısı ile başlayan somut olaya, sanık M'nin babası olan H'ye yardım etmek gayesiyle sonradan katıldığı dosya kapsamından açıkça anlaşıldığına göre; M'nin elinden bıçakla olay yerine dönmesinden hemen önce saldırgan tavırlarıyla ikinci kavgayı başlatarak K'nin kafasının koltuğunun altına sıkıştıran, M'nin hepsi öldürücü nitelikte olan altı bıçak darbesini vurması sırasında da ona engellemeye çalışmak yerine bıçaklama eylemi bitinceye kadar maktulü etkisiz kılacak biçimde tutmaya devam eden sanık H'nin, M'nin evden aldığı bıçakla gelip maktule yönelmesinden itibaren öldürme kastında M ile mutabık kaldığından ve zımni bir **işbirliği (işbölümü)** ile öldürme suçuna katıldığına kuşku bulunmadığından, bu sanığın maktule yönelik eylemin faillik kapsamında kaldığı...” (YCGK. 20.01.2009, 2008/1-232E – 2009/2 K) Kaynak: Ulusal Yargı Ağı Portalı. Erişim tarihi: 15.11.2014

¹¹⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.428.

¹²⁰ YCGK 02/02/2010 tarih ve 2010/1-239E – 2010/14K. Kaynak: Ulusal Yargı Ağı Portalı. Erişim Tarihi:15.11.2014.

¹²¹ Yargıtay da 2009 tarihli bir ilamında kendini sürekli taciz eden maktulü eve telefon ile çağırıp kocanın maktulü öldürmesi eylemine iştirak eden eşin söz konusu hareketini suçun icra edilmesi için zorunlu olduğunu kabul ederek maktulü eve çağıran eşi de TCK 37/1 uyarınca ceza verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: 1. CD. 16.03.2009 tarihli, 2007/8459E - 2009/1323K. Kaynak: Ulusal Yargı Ağı Portalı. Erişim Tarihi:15.11.2014

gerçekleşmemesi halinde suç olan fiil de gerçekleşmeyecektir.¹²² Örneğin: somut olayda gerçekleştirilecek bir banka soygununda gözcü olan şahsın görev bölümüne göre suçun icrasına katkısı olmasa suç gerçekleştirilemez diyor isek gözcü olan şahı yardım eden olarak değil müşterek fail olarak değerlendirilmeli ve cezalandırılmalıdır.

Müşterek faillik için faillerin suçun icrasına başladıktan sonra aynı anda suça katkılarının olması zorunlu değildir, suç tamamlanana kadar her an müşterek failler suça katılabilirler.¹²³ Hatta suçun icrasına başladıktan sonra eklenen suç işleme kararına dayanarak da müşterek faillik söz konusu olabilir.¹²⁴ Örneğin: A, C'yi kollarından tutarak hareket etmesini önleyecek oranda cebir kullanıyor, daha sonra olay yerine gelen B ise C'ye vurarak darp etmeye başlıyor. Bu durumda hem A hem de suça sonradan katılan B kasten yaralama suçuna müşterek fail olmuşlardır.

Müşterek failliğin oluşabilmesi için faillerin olay yerine bizzat bulunmaları zaruri değildir. Failin olay yerine uzak bir yerden suça telsiz, telefon veya başka bir iletişim aracıyla katılarak katkıda bulunması halinde de müşterek faillik söz konusu olacaktır. Suçu planlayan ve organize eden suç ortağı, fiilin icrasına iştirak etmemekte, suç kabul edilen fiilin icrasında müşterek bir hakimiyet kurmamakta ise müşterek fail olarak değil yardım eden, şerik olarak sorumlu tutulacaktır.¹²⁵ Fail suça bizzat katılmasa bile suçun organizesinde önemli bir görev üstlenmişse müşterek fail olarak kabul edilecektir.¹²⁶ Ancak suçun icrasına dair nitelikli bir plan hazırlamak müşterek faillik için esas alınmaz. Çünkü suç planı hazırlayarak başkasını suça azmettirme halinde failin müşterek fail olarak değil, azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekecektir.¹²⁷

¹²² Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.499-450.

¹²³ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.429.

¹²⁴ Centel ve diğerleri, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s..485-486.

¹²⁵ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.501.

¹²⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.479.

¹²⁷ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.500-502.

2.3.1.2. Suçu Birlikte Gerçekleştirme Kararı

Müşterek failliğin oluşabilmesi için suçun icra edilmesi amacıyla fonksiyonel öneme sahip bir katkının failler tarafından suçun icrasında gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilmez. Çünkü belirtilen katkıya ek olarak faillerin birlikte suç işleme kararlarının da bulunması müşterek faillik için gereklidir.¹²⁸ TCK m. 37/1’de yer alan “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” hükmündeki “fiili birlikte gerçekleştiren...” denilerek suçu birlikte gerçekleştirme kararından bahsedilmiştir.

Birlikte suç işleme kararı belli bir hareketin icrasına ve neticenin gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır. Yani müşterek failler arasında suçu birlikte icra ettiklerine ilişkin bir iradenin oluşması gereklidir. Ayrıca müşterek faillerin, suç olarak kabul edilen fiili gerçekleştirenken sahip oldukları iradenin kast olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kastın doğrudan veya dolaylı olmasının bir önemi yoktur.¹²⁹

Müşterek faillikte, fail olarak suça katılanların birbirini tanınması gerekmez. Suça katılanlar birbirleri ile daha önce ilişki içinde olmasalar bile suç üzerinde müşterek hakimiyet kurup suçu birlikte icra etmeye karar vermiş iseler müşterek fail olacaklardır. Müşterek faillerden birinin suçun tamamlanmadığını görerek diğer faillerin iradesinden ayrı şekilde suçu tamamlaması halinde, sonradan eklenen fiil bakımından müşterek faillik söz konusu olamaz. Benzer şekilde müşterek faillerden herhangi biri icra etmeyi diğer müşterek faillerle beraber kararlaştırdıkları suçun sınırını aşar ise, diğer faillerin kastı aşan kısma ilişkin olmadığından, sadece sınırı aşan fail bu durumdan sorumlu olacaktır.¹³⁰ Örneğin: A, B ve C, D’nin evini soymayı planlayıp, D’nin evine girdiklerinde hırsızlıktan sonra evde ev sahibi olan D ile karşılaşan C’nin D’ye karşı cebir kullanarak üzerinde bulundurduğu mücevherleri

¹²⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.430.

¹²⁹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.509.

¹³⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.431.

yağmalaması halinde, hırsızlık suçundan tüm şüpheliler müşterek fail olarak sorumlu olmalarına rağmen yağma suçundan sadece C sorumlu olacaktır.

Müşterek fail ile yardım eden bazen uygulamada birbirine karıştırılmaktadır. Müşterek fail ile yardım eden arasındaki ayrımı belirlerken fiil üzerindeki hakimiyet irdelenmeli ve eğer o fiil olmasaydı suç icra edilmezdi deniliyorsa söz konusu fiili icra eden müşterek fail olacaktır. Yargıtay¹³¹ da suçun icrasına olan hakimiyet ve suç icrası nedeniyle müşterek faillik halinin varlığının tespit edileceğini belirtmiştir.

2.3.2. Müşterek Failliğin Diğer Görünüm Şekilleri

İhmali suçlarda müşterek faillik: ihmali suçlarda ancak neticenin gerçekleşmemesi bakımından garantör olan şahısların birlikte karar alarak yükümlülükleri yönünden ihmalde bulunmaları sebebiyle ihmali suçlarda müşterek faillik söz konusudur.¹³² Örneğin: belediye başkanı ve belediye meclis encümenlerinin yükümlü oldukları şehir planına ilişkin konularda ihmalde bulunarak şehrin alt yapısının yağmur yağdığı zaman zarar görmesi halinde ihmalleri bulunan belediye başkanı ve belediye encümenlerinin müşterek fail olarak sorumlu olmaları gerekecektir. Ancak müşterek faillikte ihmal kavramı ele alınırken dikkat edilmesi gereken husus, sadece hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen ve yapılmadığı halde ihmal olarak kabul edilecek davranışlarda bu halin gerçekleşebileceğidir.¹³³

Faillerin bazılarının icrai olarak suça katkı sağlamaları, bazılarının ise ihmali olarak suça katılmaları halinde de müşterek faillik söz konusu olabilir. Ancak böyle durumlarda ihmali davranışta bulunan fail yardım eden olarak gözükmese bile müşterek fail olabilecektir. Hatta Kanun Koyucunun bu hususu bazı maddelerde açıkça düzenlendiği de görülmektedir. TCK m. 251/1 bu duruma örnektir. Anılan madde şu

¹³¹ “sanık Y’nin mağdureyi yanıltarak hileli bir şekilde kapının açılmasını sağlaması ve diğer sanık D’nin bıçakla mağdureyi vurması sırasında onu kollarından tutarak etkisiz hale getirmesi hususu nazara alındığında sanığın suç işleme iradesi ve suçun icrasına olan hakimiyeti nedeniyle yardımcı fail sayılması hukuka aykırıdır” (1. CD. 27.12.2006, 2006/1132E -2006/6069K) aktaran: Kaptan, *Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.36.

¹³² Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.480.

¹³³ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.117.

şekildedir: “*zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumludur*”. Maddede kanun koyucu açıkça denetim yükümlülüğüne sahip olan kamu görevlisini yardım eden olarak değil garantör olarak sorumlu tutmuştur.¹³⁴

Şeriklikte müşterek faillik: Şeriklik türlerinden azmettirme ve yardım etme açısından birlikte fiili icra etme iradesine dayanan hareket söz konusu olabilir. Bu durumda azmettiren ve yardım eden şahsın müşterek fail olduğu kabul edilir. İki fail birbirini destekleyen hareketlerle başka bir faili suça yönlendirmiş iseler, katkıları tek başına azmettirmeye elverişli olmasa bile ikisinin birlikte müşterek olarak azmettirmeyi gerçekleştirdikleri kabul edilir ve ikisi de buna göre ceza alır.¹³⁵

Taksirli suçlarda müşterek faillik: bazı yazarlar tarafından neticenin öngörülmediği ancak icra edilen suç açısından birlikte hareket etme kararının yer aldığı dikkate alınarak müşterek faillikte taksirin mümkün olduğu iddia edilmekte¹³⁶ ise de, taksirli suçlarda müşterek failliğin olmayacağı görüşü baskın bulunmaktadır. Birlikte hareket edilmesi düşüncesindeki irade, objektif özen yükümlülüğünün ihlali mahiyetindeki fiilin işlenmesine yöneliktir. Ancak taksirli suçlarda gerçekleşmesi zorunluluk arz eden neticenin öngörülmemesi nedeni ile karar birliğinden bahsedilemez.¹³⁷

Kısmi müşterek faillik: Kararlaştırılan bir suçu gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden iki kişiden birinin kararlaştırılan suç olan eylemden faydalanarak diğer kişiden bağımsız başka bir suç gerçekleştirmesidir. Örneğin: cebir suçunu icra etme konusunda ortak karar alan iki kişiden biri mağdura karşı gerçekleştirilen cebir suçunun haricinde, cebirden faydalanarak mağdurun malını da

¹³⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.481.

¹³⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.431.

¹³⁶ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku cilt II*, İstanbul: Beta Yayınları, 1999, s.1250-1252; Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, cilt 1, 10. Baskı, Ankara: Sevinç Matbası 1973, s.415-417.

¹³⁷ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.475.

alırrsa, malı alan yağma suçundan tek başına sorumlu olurken, cebir suçundan her iki failde müşterek fail olarak sorumlu olurlar.¹³⁸

Özgü suçlarda müşterek faillik: TCK md 40'tan çıkan yorumla, özel faillik niteliğine sahip kişilerin icra ettiği suçlar özgü suçlardır. Madde metni şu şekildedir: “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*”.

Örneğin TCK m. 164'te düzenlenen şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi suçunu ancak kanun metninde de sayıldığı üzere şirket veya kooperatifin kurucusu, ortağı, idarecisi, müdürü, temsilcileri, yönetim ile denetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurları gerçekleştirebilir. Yani özgü suçlara ait suç kabul edilen tipik fiil muhakkak gerekli niteliklere haiz şahıs tarafından icra edilmelidir.¹³⁹

Özgenç'e göre¹⁴⁰ özgü suçlar, “*sırf yükümlülük suçları*” ile “*hakimiyet ve yükümlülük suçları*” olmak üzere ikiye ayrılır. Fail olabilmek için, kişinin ceza hukuku haricinde başka bir hukuk sisteminde de bir yükümlülük altında ve bir sığata sahip olması durumunda sırf yükümlülük suçları söz konusu iken; özel faillik niteliğinin yetmediğı bunun yanında suç tipini oluşturacak belirli bir fiilin de arandığı durumda hakimiyet ve yükümlülük suçları söz konusudur.¹⁴¹

Bizzat işlenebilen suçlar: Sadece fail tarafından ve failin bedensel bir eylemi ile icra edilebilen suçlara bizzat işlenebilen suçlar denir. Bu suç tipinde dolaylı faillik ve müşterek faillik mümkün değildir. Suç tipinde öngörülen fiili gerçekleştirmeyen kişi fail olamaz ancak şerik olarak suçta katkı sağlayabilir.¹⁴² Örneğin: TCK m. 276'da düzenlenen “gerçeğe aykırı bilirkişilik ve tercümanlık” suçunda, suçun faili somut olaya göre ancak bilirkişi veya tercüman olabilir. Yukarıda da belirtildiğı

¹³⁸ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.432.

¹³⁹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.270-272.

¹⁴⁰ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.496.

¹⁴¹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, s.519-520.

¹⁴² Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.432.

üzere suça müsterek fail olarak diğerk faillerin katılmaları söz konusu olamaz. Suça katılan diğerk kişiler ancak şerik olabilecektir.

2.4. DOLAYLI FAİLLİK

2.4.1. Genel Olarak Dolaylı Faillik

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 37. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan, “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” amir hükmü aslında yeni ceza kanunu sistematığımızdaki dolaylı failliğin nasıl yer bulacağını belirlemektedir.

Madde metninin gerekçesinde ise “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 dolaylı faillik Kanun Koyucu tarafından tanımlanmıştır.

Kanunun faile ilişkin yapmış olduğu açıklama, fail hakimiyetinin görünüm şekillerine uymaktadır. Fiile hakimiyeti fiili doğrudan icra ederek, fiilin merkezinde bulunarak sağlanabilir. Bu durum harekete hakimiyet, bu şekilde görünen faillik türü ise doğrudan hakimiyettir.¹⁴³

Peki neden 765 sayılı mülga TCK’da dolaylı faillğe ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, 5237 sayılı TCK’da da azmettirme adı altında bir kurum ve buna ilişkin hüküm varken ayrıca dolaylı faillik kurumuna ihtiyaç duyulmuş olabilir. TCK’nın 40. maddesinde açıklanan bağıllık prensibi uyarınca asli fiilin hukuka aykırı ve kasten olması aranmaktadır. Bu nedenle asli failin hukuka uygun hareket

¹⁴³ İlhan Üzülmöz, *Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)*, EÜHFD, C:1, Sy:2, Kayseri, 2006, s.84.

ettiği veya kasten hareket etmediği hallerde dolaylı faillik kurumu bulunmadığı takdirde, asli failin bu fiiline iştirak edenlerin de cezalandırılması mümkün olmamaktadır, zira asli fail cezalandırılmaktadır. Böylece, dolaylı faillik kurumuna başvurmak suretiyle asıl fail cezalandırılmasa dahi, suça katılan diğer kimselerin cezalandırılması olanağı sağlanmış bulunmaktadır.¹⁴⁴

Dolaylı faillik ikilik sisteminin sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla kullanılan bir kurumdur. Dolaylı faillik, ikilik sistemini kesin bir şekilde uygulayan ceza hukuku sistemlerinde ceza ehliyeti olmayan iştirakçiyi yönlendiren ve davranışlarını denetleyen kişinin sorumluluğunu denetleyen bir yoldur.¹⁴⁵

Bir suçu doğrudan gerçekleştiren, diğer bir ifadeyle kanuni tanımda yer alan fiili kasten ve hiçbir tereddüde mahal vermeden bizzat gerçekleştiren ve yine kanuni tanımda aranan ilgili suça özgü maddi ve manevi faillik özelliklerini bünyesinde barındıran kişi doğrudan faildir. Ancak fail, suçun işlenişinde bir mekanik araçtan yararlanabileceği gibi; bir insanın dahi suçun işlenişinde vasıta olarak kullanılması mümkündür. Burada vitrin önünde duran şahsın iteklenmesiyle vitrin camının kırılması örneğinde olduğu gibi, bir insanın hareketsiz obje olarak düşünülmemesi gerekir; gerçekte, başka şahsın hareketinin suçun işlenişinde vasıta olarak ikame edilmesi hali söz konusudur. Bu durumda dolaylı faillikten söz edilir. Araç şahsın davranışı vitrin örneğinde olduğu gibi bir fiil niteliği arz etmiyorsa, ortada dolaylı faillik değil, doğrudan faillik hali söz konusudur.¹⁴⁶

Azmettirme ile dolaylı faillik birbirine karıştırılmamalıdır. Dolaylı failliğin ortaya çıkması genellikle dolaylı failliğin doğrudan faili suça azmettirmesi şeklinde olmakla birlikte ikisi arasında önemli farkların bulunduğu söylenmelidir:

1) Azmettirmede azmettiren kişi yanında azmettirilen de cezalandırılır. Halbuki dolaylı faillikte suça kullanılan kişi cezalandırılmaz.

¹⁴⁴ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*, s.97-98.

¹⁴⁵ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.141-144.

¹⁴⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*,s.98.

2) Azmettirilen özgür iradesiyle hareket ederken, dolaylı failin suça yönelttiği ise suçta kullanıldığını bilmez.

3) Azmettirilen kişi suçu azmettiren için ve onun adına gerçekleştirdiğini bilir. Dolaylı fail ise fiili kendisi için işlediğini düşünmektedir.¹⁴⁷

2.4.2. Dolaylı Failliğin Türleri

2.4.2.1. İsnat Yeteneği Olmayan Kişiye Suç işletilmesi

İsnat yeteneği olmayan kişinin bir suçun işleminde araç gibi kullanılması, en eski ve en sık rastlanan dolaylı faillik biçimidir. Örneğin bir akıl hastasının ya da 12 yaşından küçük bir çocuğun bir suçu işlemesi için etki altına alınması veya yönlendirilmesinde bu durum söz konusudur. Ancak bir kişinin isnat yeteneğinin olmaması, bu kişinin suç oluşmamasına engel olmadığı gibi iştirakçi olmasına da engel değildir. Bu nedenle, dolaylı failliği kabul eden yazarlar da isnat yeteneği olmayan kişiyle birlikte suç işleyenlerin her zaman dolaylı fail olabileceğini kabul etmektedirler.¹⁴⁸

Gerek Yargıtay gerekse öğretide bazı yazarlar, dolaylı faillik müessisini kullanma gereğini duymazlar, zira iştirakte bağıllık bakımından suçun aynı olması şartında kusur yeteneğinin mevcudiyeti şartını aramamaktadırlar. Dolayısıyla bu tip hallerde azmettirme kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay da aşağıdaki olayda bu yönde karar vermiştir: “Sanık, davacının küçük kızı Kamile’yi “seni köye götüreceğim, elbiseler alacağım, annenin parasını al, bana getir” diye kandırmış ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş bulunmasına göre, fiil hırsızlığa azmettirme suçu mahiyetindedir”.¹⁴⁹ Kanunumuz “kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullananların” cezasının artırılmasını

¹⁴⁷ Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2.baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2010, s.314

¹⁴⁸ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.149

¹⁴⁹ (CGK,19.02.1945 tarihli,1945/81E -1945/78K) aktaran: Cengiz Otacı, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*,<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/BaroDergileri/cos2006.pdf>, s.82, Erişim Tarihi:15.11.2014.

TCK 37/2 maddesinde hükme bağlamıştır. Böylece bu tip durumlarda dolaylı failin cezası artırılabacaktır.

Ancak kusur yeteneği olmayan şahsı araç olarak kullanan dolaylı failin cezası süreli hapis cezalarında kanunun öngördüğü şekli ile üçte birden yarısına kadar arttırılacak, süreli hapis cezası olmayan müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında arttırım yapılamayacaktır. Bu durum kanunumuzun bütününe yansıyan ceza siyasetine aykırılık teşkil ederek failler arasında hakkaniyetsiz cezaların çıkmasına neden olacaktır. Kanun Koyucu'nun hakimın takdirine güvenerek TCK m. 61'deki sıra çerçevesinde kusur yeteneği olmayanları araç olarak kullanan dolaylı faile hareketi ile orantılı ceza verilmesi gerekeceğini düşünüp hiç müdahil olmaması daha yerinde olurdu. Ne yazık ki Kanun Koyucu ve yüksek yargı¹⁵⁰ ilk derece mahkemesine böyle bir yetki vermeyi uygun bulmamış, TCK m. 37/2 için hakimın cezayı belirlemesindeki takdirini olabildiğince kısıtlamıştır.

2.4.2.2. Çocuklara Suç İşletilmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 6/f. 1. fıkrasının b bendine göre, “Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır.” Kanun koyucu çocukları isnat yetenekleri açısından üç gruba ayırmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğünü tanımlayan 31. maddesinin ilk fıkrasına göre “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir” Türk Ceza Kanunu'nun 31. fıkrasının 2. bendine göre “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 halinde 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

¹⁵⁰ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.499.

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.” Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların cezaî sorumluluklarının varlığı için, davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olmaları gerekir. Suça konu fiili gerçekleştirdikleri sırada 15 yaşından büyük olup henüz 18 yaşını doldurmamış olanlar ise Kanun Koyucu tarafından, aynı maddenin 3. fıkrasında davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin tam olduğu hükme bağlanmıştır.

12 yaşından küçük bir çocuğa suç işletilmesi halinde dolaylı fail cezalandırılabilirken, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin var olmadığı kabul edilen çocuk ceza almayacaktır. 12 ile 15 yaş aralığında bir çocuğa suç işleten dolaylı fail ise çocuğun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamamasından etkilenmeden kendi eyleminden sorumlu olacaktır.

2.4.2.3. Sağır ve Dilsiz Suç İşletilmesi

Türk Ceza Kanunu’nun 33. maddesinde sağır ve dilsizlerin davranışlarını yönlendirme yetenekleri ve ceza sorumluluklarına yer verilerek yaş küçüklüğü için öngörülen yaş sınırları bu kişiler için 3 yaş yukarı çekilmiştir. Buna göre 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 uygulanacaktır. Yaş küçüklüğünde belirttiğimiz özellikler bu gruptakiler için de uygulanacaktır.

2.4.2.4. Akıl Hastasına Suç İşletilmesi

Mülga kanundan farklı olarak tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımı yapılmamış olmasına rağmen Kanun Koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda failde hastalığın

derecesine göre iki grup akıl hastalığına yer vermiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin ilk fıkrasında *“Akıl hastalığı nedeniyle, islediği fiilin hukukî 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.”* Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *“Birinci fıkra 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 hâllerde 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”* denilmiştir. Kanun iki grup akıl hastasından bahsederek aslında mülga kanunda yer verilen kısmi ve tam akıl hastalığı ayrımını bir bakıma halen sürdürmüştür. Bu nedenle isnat yeteneği olmayan bir akıl hastasının suçta kullanılması halinde dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Davranışlarını kısmen yönlendirme yeteneğindeki akıl hastası ise indirimli ceza ile cezalandırılabilir. ¹⁵¹

2.4.2.5. İsnat Yeteneği Bozulan Kişiye Suç İşletilmesi

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, suçu doğrudan gerçekleştiren aracı şahsın isnat yeteneğinin olmaması, diğer suç ortağı olan şahsın dolaylı fail olacağı anlamına gelmez. İsnat yeteneği olmayan kişi, suçun işleniş bakımından soyut bir araç olarak kullanılmaktadır. ¹⁵²

Dolaylı faillik, isnat yeteneği tam olan bir kişinin isnat yeteneği ortadan kaldırıldıktan sonra bir suçun işlenmesinde kullanılması halinde de söz konusu olabilir. Örneğin bir kişinin hipnotize edilerek bir suç işlemesi sağlanmışsa, sorun dolaylı faillik hükümlerine göre çözülecektir. Tipik fiili isleyen kişinin (doğrudan failin) iradesi bir başkası (dolaylı fail) tarafından bozularak, asıl failin davranışları arka plandaki kişi tarafından denetlenmiştir. Ancak kişinin isnat yeteneğinin mutlaka

¹⁵¹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.153

¹⁵² Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.499.

dolaylı fail tarafından bozulmuş olması da gerekmez. Üçüncü bir kişi tarafından isnat yeteneği başka bir amaçla bozulan kişinin bu durumunu fırsat bilen dolaylı fail de kişiyi bir suçta kullanmış olabilir. Örneğin arkadaşı tarafından sarhoş edilen veya ameliyat amacıyla kendisine uyuşturucu verilen M'nin bu durumunu fırsat bilen dolaylı fail, M'yi bir suç işlemesi için kullanabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 34. maddesinin ilk fıkrasında bu durum *“Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, islediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez”* biçiminde düzenlenmiştir.¹⁵³

2.4.2.6. Kişiyi Cebir ve tehdit ile Suç İşletilmesi

Cebir ve tehditte, cebir ve tehdit kullanan kişi suçun işlenmesinde asli faili bir araç olarak kullanmaktadır. Asli failin davranışı ceza hukuku manasında hareket sayıldığından, durum örneğin bir silahın araç olarak kullanılmasından farklıdır. Bu nedenle, cebir ve tehdit uygulayarak bir kimseye suç işlettiren kimse, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacak, cebir ve tehdit suçunu işleyen kimse ise cezalandırılmayacaktır. Dolaylı faillikte yanılmanın önemi yoktur. Örneğin; A'yı öldürmek için araç olarak kullanılan kişi, yanılarak B'yi öldürse dahi, sonuçta dolaylı fail tamamlanmış kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulur.¹⁵⁴

Türk Ceza Kanunu'nda bu durum “Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” başlığı altında 28. maddede şu şekilde açıklanmıştır: *“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.”*

Maddede, cebir kullanan kişinin bir suç işletmek düşüncesiyle hareket etmiş olması gerektiğinin açıkça vurgulanmaması eleştirilerek, cebir kullanan kişinin belli bir suç işletmek düşüncesi yoksa cebrin etkisiyle suç işleyen de bir kişinin, maruz

¹⁵³ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.154.

¹⁵⁴ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*, s.101.

kaldığı cebrin etkisiyle suç işlemesi halinde her zaman dolaylı faillik olarak adlandırılan durum söz konusu olmaz. Bu durumda sırf bir kişiye cebir uygulandığı için işlenen suçtan cebredeni sorumlu tutmak objektif sorumluluğa neden olacaktır. Örneğin; A, B'ye silah doğrultarak C'ye bir hakaret mektubu yazmasını sağlamışsa dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Ancak A'nın B'ye silah doğrultup mektubu yazmaya zorladığı sırada B'nin gerekli önlemi almayan bina güvenlik görevlisine hakaret etmesi halinde ise dolaylı faillik söz konusu olmaz. Dolaylı failliğin söz konusu olması, amaçlanan belli bir suçu işletmek için kişiye cebir uygulanmasına bağlıdır.¹⁵⁵

Burada önemli olan konulardan biri dolaylı failin icra ettiği etkinin derecesin ne olması gerektiğidir. Dolaylı fail tarafından gerçekleştirilen aracı şahsa yönelik cebir ve tehditin hakimiyet kurmaya elverişli olması gerekir.¹⁵⁶

2.4.2.7. Kişinin Hataya Düşürülerek Suç İşletilmesi

Dolaylı faillik, isnat yeteneği tam olan bir kişinin dolaylı fail tarafından hileye düşürülmesi (oyuna getirilmesi) biçiminde de söz konusu olabilir. Bu durumda işlenen suçun faili suç teşkil eden aslî maddi ya da fer'i hareketleri yapan değil, bu hareketleri yapması için onu kaçınılmaz bir hataya düşürmüş olan kişidir. Başkasını aldatarak onu suç işlemeye yönelten kişi işlenen suçun faili olarak sorumludur. Örneğin; bir arkadaşına ateş etmeyi öğreten A, hedef tahtasının arkasına ellerini ve ağzını bağladığı B'yi önceden yerleştirerek arkadaşının o yöne birkaç kez ateş etmesini isterse ve bu atışlar sonucunda B ölürse, A dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Çünkü ateş eden kişiyi hataya düşürmüştür. Bayılttığı birinin ölmesini sağlamak için mağdurun vücudunu, üzerinde otopsi yapılacak olan cesetle değiştiren ve böylece otopsi ekibinin mağduru öldürmesini sağlayan kişi de otopsi ekibini hileye düşürerek onlara insan öldürmüştür. Üçüncü bir kişinin hataya düşürülerek bir başkasının mağduriyetine neden olunması halinde de dolaylı faillik söz konusu olur. Örneğin; iftira başlıklı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin 4. fıkrasında

¹⁵⁵ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.156.

¹⁵⁶ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.434.

“Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.” demektedir. Bu nedenle bir kişinin özgürlüğünün kısıtlamasını temin etmek için iftira eden, hürriyetten yoksun kılma suçunun faili olacaktır. Çünkü iftira eden, adli makamları yanıltarak, kastettiği suçun icra hareketlerinin adli makamlar aracılığıyla yapılmasını sağlamıştır.¹⁵⁷

Ayrıca aracı şahsın dolaylı fail tarafından hataya düşürülmesine gerek olmadan daha önce mevcut olan hatasından yararlanılarak suç işletilmesi halinde de dolaylı faillik söz konusudur. Örneğin: A, tarlada bulunan bir korkuluğa ateş etmeyi hedeflediğini ancak A’nın korkuluk sandığı şeyin aslında C isimli arazi sahibi olduğunu gören B’nin A’daki hatadan yararlanarak hasmı olan C’nin ölümüne sebebiyet vermesi halinde de C dolaylı fail olarak emsal olaydaki suçu icra etmiştir.¹⁵⁸

2.4.2.8. Şahsi Cezasızlık Nedeni Olan Kişiyi Suç İşletilmesi

Cezalandırılabilir olmayan biri, iştirak halinde suç işlediğinde cezalandırılmasa da diğer iştirakçilerin cezalandırılmaması için bir neden yoktur. Örneğin diplomatik dokunulmazlıktan yararlanan kişi cezalandırılmasa da suç işlemesi için onu azmettiren veya ona araç sağlayan kişi sorumludur. Şahsi cezasızlık nedeninin varlığı halinde de sadece ilgili kişi cezalandırılmayacak, ancak diğer iştirakçiler cezalandırılabilecektir. Örneğin TCK’nın 167. maddesinin ilk fıkrasında sayılan kişiler malvarlığına karşı suç işlediklerinde cezalandırılmamaktadırlar. Bu durumda fail, babasının eşyasını çalması konusunda ikna edilmiş ise fail cezalandırılmaz ancak ikna eden kişi azmettirme hükümlerine göre cezalandırılır. Şahsi cezasızlık nedeninden yararlanan kişinin, hataya düşürülerek suç işlemesi sağlanmışsa, “dolaylı faillik” söz konusu olabilir. Örneğin; kişi hataya düşürülerek babasına ait olan bir

¹⁵⁷ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.158.

¹⁵⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.436.

eşyayı çalması sağlanmışsa bu kez aldatan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Bunun pratikteki sonucu azmettiren veya dolaylı failin cezasını artıran nedenlerde kendisini gösterir.¹⁵⁹

2.4.2.9. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik bakımından teşebbüs, aracı durumundaki kişinin sevk edildiği suçu icraya başladığı anda söz konusu olmaktadır. Dolaylı failin aracısı konumundaki kişinin, icra hareketlerini elverişli vasıtalarla doğrudan doğruya gerçekleştirmeye başlayıp da elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi durumunda, dolaylı failin teşebbüs nedeni ile sorumlu tutulması gerekir. Örneğin; cebir ve şiddet kullanarak bir kişiye hırsızlık suçunun işletilmek istenmesi ve korkutulan aracının hırsızlık için girdiği konutta yakalanması durumunda, dolaylı failin hırsızlığa teşebbüs nedeni ile cezalandırılması gerekir.¹⁶⁰

2.4.2.10. Bağlayıcı Gayrimeşru Emir Yerine Getiren Kişinin Sorumluluğu

TCK'nın 24. maddesinin 4. fıkrasında “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*” denilmiştir. Bu nedenle kanuna aykırı bir emir yerine getirilmemelidir. Kanuna aykırı bir emri yerine getiren ve emri veren iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Bu durumda, emri veren azmettiren, emri uygulayanlar ise fail olarak sorumlu olacaktır. Anayasa'nın “Kanunsuz emir” başlıklı 137. maddesinin 3. fıkrasında “Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” denilmektedir. Üçüncü fıkradaki istisna, “bağlayıcı gayri meşru emir” olarak adlandırılmaktadır. Bu durum, TCK'nın 24/4 maddesinde “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur*” biçiminde düzenlenmiştir. Bu tür emirler askerlik ve kolluk hizmetleri açısından söz konusu olabilir. Böyle bir emri yerine getiren kişi cezalandırılmayacak ancak amirin ceza sorumluluğu devam edecektir. Bu durumda amirin azmettiren olarak sorumlu

¹⁵⁹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.161

¹⁶⁰ Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s.1082.

tutulması gerekmektedir. Ancak emri veren eğer emrin suç teşkil etmediği konusunda memuru aldatmış ve ikna etmişse dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.¹⁶¹

2.4.2.11. İhmal Suretiyle Dolaylı Faillik

Bir kimse, hareket etmekle mükellef olup da, hareket etmeye de istekli bir başkasının, emrin yerine getirmesine cebir veya hile ile engel olduğu takdirde dolaylı faillik söz konusu olur. Burada yine emredilen hareketi ihmal eden, yapmayan bir kimse vardır, ancak bunu sağlayan kimse arka plandaki bir başka kişidir. Bu olaylarda arka plandaki şahıs, garantördür ve alet kendi etkisi altında hareketsiz kalırken, fiil egemenliğini pozitif fiil ile üstlenmektedir. Örneğin; A ve B bir dükkanda yaptıkları hırsızlıktan sonra otomobil ile eve dönmektedirler. Yolda aracı kullanan B, dikkatsizlikle yaya C'ye çarpar. A araçtan inerek C'ye bakar ve hala yaşadığını görür ve derhal hastaneye götürmeleri halinde kurtarılabileceğini düşünür. Ancak kalbi yumuşak B'nin bunu bilmesi halinde C'yi hastaneye götüreceğini ve bu durumda da kendilerinin yakalanma tehlikesi olduğunu düşünen A, B'ye C'nin çoktan ölmüş olduğunu söyler. B, A'ya inanır ve araca binerek olay yerinden uzaklaşırlar. Veya bir diğer örnekte; B boğulmak üzeredir ve A onu kurtarmak istemektedir. Kendisi yüzme bilmeyen ve B'yi kurtarmak için de herhangi bir şey yapmayan C, A'yı silahla tehdit ederek onun B'yi kurtarmasına engel olur. Burada C dolaylı fail olarak B'yi kasten öldürmekten sorumlu olur.¹⁶²

2.4.2.12. Şahsen İşlenebilecek Suçlarda Dolaylı Faillik

Şahsen işlenebilecek suçlar ve özgü suçlarda dolaylı failliğin olup olamayacağı tartışmalıdır. Özgü suçlara iştirak ve özgü suçlarda dolaylı faillik sorununu daha sonra ele alacağız. Yalan yere yemin etmek, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek, yalan tanıklık, suç uydurma, suçu bildirmeme, iftira ve zina gibi bazı suçların bizzat fail tarafından işlenebileceği şahsen işlenebilecek suçlarda dolaylı failliğin mümkün olup olamayacağı yani bu suçların bir başkası eliyle işlenip işlenemeyeceği sorununa gelince. Örneğin; A'nın hipnotize ettiği B'nin

¹⁶¹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.161-162.

¹⁶² Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*, s.101

davranışlarını denetleyip onu yönlendirerek C'ye iftira etmesi sağlanabilir mi? Suçu icra eden ile fail arasında ayırım yapmayanlara göre, şahsen işlenebilecek suçlarda dolaylı faillik olmaz, çünkü bu tür suçlarda bir başkasının araç olarak kullanılması söz konusu olmaz. Aksi fikirde olan yazarlar ise suçu işleyen ile failin aynı kişi olmasının gerekmediğini, bu nedenle bir başkasını denetleyerek bizzat işlenebilecek bir suçu o kişiye işletmenin olanaklı olduğunu savunmaktadırlar. Şahsen işlenebilecek suçlarda da tipik fiili işleyen (suçu icra edenin) bir başkası (dolaylı fail) tarafından denetlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin; intihar etmek ve cinsel saldırıda bulunmak, bizzat işlenebilecek bir suçtur ancak kişinin bir başkası tarafından intihara veya cinsel saldırıda bulunmaya mecbur edilmesi olanaklıdır. Bir mahkûmun cezaevinden firar etmesini sağlamak için mahkûmun uyuşturularak tünel kazmasının sağlanması halinde, suçun icra hareketini yapanla fail farklı kişilerdir. Bir başka ifadeyle, suçun maddi unsurunu yapanla suç işleme kastı bulunanlar farklı kişilerdir. Bu durumda bir başkasına icra hareketlerini yaptıran kişi, dolaylı faillik hükümlerine göre sorumludur. Yukarıda incelediğimiz diğer durumlarda olduğu gibi burada da suçun tipik hareketlerini yapan kişinin davranışları bir başkası tarafından denetlenmiş ve yönlendirilmiştir. Bir başkasını hataya düşürerek, cebrederek, kendini bilemeyecek hale getirerek suç işleyen kişi, dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.¹⁶³

2.4.2.13. Asli Failin Kendine Karşı Bir Suç İşlemesi Halinde

Bu olasılıkta ise asli fail aynı zamanda mağdurdur. Asli failin kendisi vasıta olarak kullanılmak suretiyle, bizzat kendisine yönelik bir suç işletilmektedir. Mesela, dolaylı fail asli maddi faile başkasının olduğunu iddia ve ikna ederek ona gerçekte kendi malını tahrip ettirmiş olabilir. Bir kimsenin kendi malına zarar vermesi suç olmadığından iştirak kurallarının uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, kendi malını yine kendisine tahrip ettiren kişi, bu suçun dolaylı faili olarak cezalandırılabilecektir. Bu olasılığa Almanya'da gerçekleşen ve mahkeme kararına konu olan Sirius olayı da örnek olarak gösterilebilir. Orada dolaylı fail, asli maddi faili, Sirius gezegeninden gelen birisi olduğuna inandırarak, ölümünden sonra onu

¹⁶³ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.162

Sirius gezegenine götüreceğini söyleyip intihara teşebbüs etmesini sağlamıştır.¹⁶⁴ Bu durum dolaylı faillikteki hata halleri ile karıştırılmamalıdır. Dolaylı faillikte hata, dolaylı fail aracı konumundaki kişinin kusurlu olup olmadığı ya da kasten ve kastsız hareket ettiği hususunda yanılığa düşmesidir.¹⁶⁵

Ayrıca, tehdit ile kişinin kendisine karşı bir suç işlemesi de istenebilir. Bu takdirde tehdit faili, isteği doğrultusunda işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu olur. Örneğin, bir baba eğer intihar etmediği takdirde çocuklarının öldürüleceği tehdit ile karşı karşıya kalır ve bunun sonucunda intihar ederse, tehdit eden kişi, bu durumda intihara yönlendirme suçundan değil, kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılır. Yine zina eden karısını yakalayan kocanın karısına verdiği silahla intihar etmesini istemesi ve buna zorlamasında da sonuç aynıdır. Bu olaylarda bir kimsenin suç fiilini mağdura işletmesi halinde, kişinin kendisini öldürmesi suç oluşturmadığından dolaylı faillik nedeni ile cezai sorumluluk söz konusu olmaktadır. Nitekim Türk Ceza Kanunumuzun 84. maddesinin 4. fıkrasında bir kimsenin intihara cebir ve tehdit kullanmak suretiyle mecbur edilmesi halinde, failin kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Bu maddenin gerekçesinde de, bu takdirde kasten insan öldürme suçunun, mağdurun kendisini araç olarak kullanılması suretiyle yani dolaylı faillik şeklinde işlediği belirtilmiştir.¹⁶⁶

2.4.2.14. Davranışın Bizzat Mağdura İşletilmesi Halinde Dolaylı Faillik

Tipik fiili gerçekleştiren davranışların bizzat mağdura işletilmesi halinde dolaylı faillik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusu tartışmalıdır. Örneğin şarap çalan hırsızın ölmesini sağlamak üzere şarap şişesine zehir konulmasından sonra bunu çalarak içip ölen kişinin ölümünün de tipik fiil bizzat mağdura işletildiği için dolaylı faillik hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Başka bir yazar ise yüksek elektrik hattının varlığından habersiz bir kişinin yüksek gerilim hattına

¹⁶⁴ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*, s.99

¹⁶⁵ İlhan Üzülmöz, *Dolaylı Faillik* (TCK. M. 37/2), EÜHFD, C:1, sy:2, Kayseri, 2006, S.93

¹⁶⁶ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*, s.99

dokunmasını sağlamanın dolaylı failliğe neden olacağını söylemektedir. Yukarıdaki her iki olayda da dolaylı faillik kurumunun uygulanması söz konusu olamaz. Burada söz konusu olan mağdurun kasten öldürülmesi amacıyla sinsi bir yöntemin uygulanmasıdır ve şarap şişesine hırsız öldürmek kastıyla zehir koyup ölmesini sağlayan ya da yüksek gerilimin varlığını bilmeyen kişinin elektrik hattına dokunmasını sağlayan kişi kastettiği suçun faili olarak sorumludur. Ancak kişinin yanıltılması (hataya düşürülmesi) sonucu bir suç işlemesi sağlanmışsa dolaylı faillik söz konusu olabilir. Örneğin; bir tiyatro oyununda her zaman kullanılan oyuncak tabancanın gerçeği, oyuncudan habersiz olarak kendisine verilmiş ve oyuncu da bunun her zamanki tabanca olduğunu düşünerek rol icabı ateşleyip diğer oyuncunun ölümüne neden olmuşsa, ölümden sorumlu tutulamaz. Silahı değiştiren kişi ise dolaylı faillik hükümlerine göre sorumlu olabilir. Ancak aynı tiyatro oyununda, intihar sahnesinde kullanılan oyuncak tabancanın gerçeği oyuncudan habersiz olarak kendisine verilmiş ve bunun her zamanki tabanca olduğunu düşünerek rol icabı kafasına dayayıp ateşleyerek ölen oyuncu islenen suçun dolaylı faili değildir. Bu durumda fail, mağduru aldatıp kendisini öldürmesi için oyuncak silahı gerçeği ile değiştiren kişidir. Fail, kasten insan öldürmeden dolayı sorumludur.¹⁶⁷

2.4.2.15. Asli Failin Fiili Kasten İşlememiş Olması Halinde

Bu durumda asli failin yanılığa sevk edilerek ona bir suç işletilmesi söz konusudur. Kimliği hakkında yanlış bilgi vererek, sadece asli fail tarafından işlenmesi mümkün olan bir filin, asli faile işletilmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Mesela, tapu memuruna kendisini taşınmaz malın sahibi gibi göstererek bu taşınmazın başkasına satımının gerçekleştirilmesinde olduğu gibi. Aslında resmi evrakta yapılan bu sahtekarlık yalnız kamu görevlisi tarafından işlenebilirken, kamu görevlisi yanılığa sevk edilerek, kamu görevlisi resmi evrakta sahtekarlık suçunda bir araç olarak kullanılmıştır. Burada kamu görevlisine yüklenmesi gereken bir kusur bulunmamaktadır. Burada kamu görevlisini araç olarak kullanan kişi, kamu görevlisi olmasa dahi, dolaylı faillik kurumu sayesinde kamu görevlisi gibi cezalandırılabilir. Bir başka örnek olarak, bir kimsenin televizyonunu çalmak

¹⁶⁷ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.162

isteyen kişinin, ev sahibinin evde olmadığı sırada eve giderek, ev sahibinin kendisini gönderdiğini söyleyip evdeki hizmetçiyi kandırarak tamir edileceğini belirttiği televizyonu alması durumunda hizmetçinin taksirli davranışı oluşmuştur. Hırsızlık suçunu hizmetçi kasten işlemektedir ancak onu araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.¹⁶⁸

2.5. YAN FAİLLİK

Birden fazla kişinin bir suç tipini aralarında dolaylı faillik, müşterek faillik ve şeriklik ilişkilerinden biri söz konusu olmaksızın gerçekleştirdiği hallerde yan faillik söz konusudur. Failliğin bu türünde birden fazla kişi bilinçli ve iradi karşılıklı etkileşim olmadan hareket etmekte, tek başına neticeyi gerçekleştirmeye uygun şartları bizzat oluşturmaktadır. Yan faillik kanunda düzenlenmemesine rağmen doktrinde yer alan bir faillik formudur ve tarihi Roma Hukuku'na kadar dayanır.¹⁶⁹ Bu faillik türü bir suç tipini gerçekleştirmek için birbirinden bağımsız hareket edilen hallerde söz konusu olmakta ve daha ziyade taksirli suçlarda uygulanma alanı bulmaktadır. Yan faillik taksirli suçlar bakımından TCK'nın 22/5. maddesinde "Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir." şeklinde düzenlenmiştir.¹⁷⁰

Buna karşılık yan faillik istisnai olarak kasıtlı suçlarda da gündeme gelebilir. Bu, özellikle birden fazla kişinin ortak suç işleme kararı olmaksızın tipikliği gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olur. Örneğin; A ve B birbirlerinden habersiz olarak C'ye ateş ediyorlar. Bundan başka icrai hareket ile ihmali hareketin bir araya gelmesi durumunda da yan faillik söz konusu olabilir. Veya A, öldürmek amacıyla B'ye ateş eder. Yaralanan B'ye eşi C, ölsün diye gerekli yardımı yapmaz ve

¹⁶⁸ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak*, s.98-99.

¹⁶⁹ Elvan Keçelioğlu, *Alman Ceza Hukukunda Faillik*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl:19, Sy:65, 2006, s.86

¹⁷⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.443-444.

B ölür. Burada gerek A ve gerekse C, yan faildir ve her ikisi de tek başına fail gibi kasten öldürme suçundan sorumludur.¹⁷¹

2.6.765 SAYILI TCK'DA FAİLLİK VE İŞTİRAK

İştirakin esası ve iştirakçilerin sorumluluğu hakkında çeşitli sistemlerin etkisi nedeniyle ceza kanunlarında iştirak kurumu değişik şekil ve ayrımlarla düzenlenmiştir. 1889 tarihli Zanardelli Kanunu olarak bilinen İtalyan Ceza Kanunu ile 1930 tarihli Rocco Kanunu olarak bilinen İtalyan Ceza Kanunu iştirak hususunda farklı sistemleri kabul etmişlerdir. Türkiye Cumhuriyetinin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu da Zanardelli Kanunu'na dayanmaktadır¹⁷² ve ileride detaylı olarak anlatacağımız gibi asli iştirak – fer'i iştirak ayrımı yapılmıştır. 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1926'dan 2005 yılına kadar geçen zaman zarfı içerisinde, edinilen bilgi ve tecrübeler ışığında, Mülga Ceza Kanununda yaşanan sıkıntılar en aza indirilmek suretiyle, halen yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'da asli – fer'i iştirak ayrımından vazgeçilmiş, azmettirme ve yardım etme kurumlarında farklı düzenlemeler yapılmıştır.

01.03.1926 tarihinde kabul edilerek, 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 64. Maddesinin ilk metninde suça iştirak, şu şekilde düzenlenmiştir.¹⁷³ *“Birkaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır”*

765 sayılı eski Ceza Kanunumuz iştirak hususunda ikilik sistemine yer vermiştir. Klasik sistem olarak adlandırılan bu sistemde, suça iştirak edenlerin iştirakteki rollerine göre ikili ayrım yapmakta ve suçun işlenmesi yönünde asli

¹⁷¹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.262.

¹⁷² Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, s.27

¹⁷³ Kayıhan İçel ve Feridun Yenisey, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, İstanbul: Beta Yayınları, 1994, s.410.

nitelikte hareketleri yapanlar suçun tam cezasıyla, ikincil nitelikte hareketler yapanlar ise daha az ceza ile cezalandırılmaktadır.¹⁷⁴

Kanun Koyucu, bu sisteme göre suça katılan kişileri asli ve yardımcı suç ortağı olarak ikiye ayırmıştır ve yukarıda bahsettiğimiz gibi failleri cezalandırırken asli suç ortağına ve yardımcı suç ortağına farklı cezalar öngörmüştür.¹⁷⁵ Ayrıca Kanun Koyucu, asli ve yardımcı suç ortaklarına da kendi içlerinde gerçekleştirdikleri katkının maddi ve manevi olması niteliğine göre, maddi ve manevi suç ortağı olarak ayırma tabi tutmuş, buna göre asli maddi, asli manevi, yardımcı maddi, yardımcı manevi suç ortaklığı türlerini benimsemiştir. Yine asli nitelikte katılımları söz konusu olmayan suçu doğrudan doğruya beraber işleyen ve zorunlu yardımcı suç ortağı şeklindeki suç ortaklarını da gerçekleştirdikleri hareketin önemi nedeniyle suçun asıl cezası ile cezalandırma yolu seçilmiştir. Bu sistemin doğurduğu sakıncaları gidermek açısından, Eski TCK'da asli maddi suç ortağı, eylemi gerçekleştiren kişi ile yardımcı maddi suç ortağının somut olayda ayırt edilemediği durumlarda, suçun işlenmesine katılanların hepsinin aynı ceza ile cezalandırılması kabul edilmiştir.¹⁷⁶ Mevzuat 1889 İtalyan Ceza Kanunu ve 765 sayılı Eski TCK'nın benimsediği ikilik sisteminin en sakıncalı yanı asli suç ortağı ile yardımcı suç ortağının ayırımındaki güçlülüdür. Diğer bir eleştiri ise, asıl suç ortağının icraya başlamaması halinde, diğer suç ortaklarının da cezalandırılmamasıdır.¹⁷⁷ 5237 sayılı TCK'nın önceki tasarısında da asli iştirak - fer'i iştirak ayırımına yer verilmiş

¹⁷⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.466.

¹⁷⁵ “5237 sayılı Yasa ile asli iştirak-fer'i iştirak ayırımı kaldırılmıştır. Yasa gerekçesinde belirtildiğine göre; eski sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Bu nedenle, 765 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde uygulanan sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman asli fail olarak mı, yoksa fer'i fail olarak mı sorumlu tutulacakları duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanamamaktadır. Yine gerekçede ifade edildiği gibi, Hükümet Tasarısı'nda da benimsenen asli iştirak, fer'i iştirak ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı öngörmesi ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri fiilin işlenişinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.” YCGK. 20/01/2009 tarih ve 2008/1-232E. – 2009/2K. Kaynak: Ulusal Yargı Ağı Portalı. Erişim Tarihi:15.11.2014

¹⁷⁶ Ali Kemal Yıldız, *Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.113

¹⁷⁷ Erem ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.359.

olmasına rağmen, bu ayrımın adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı öngörmesi ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla düzenlemeden çıkarılmıştır.¹⁷⁸

5237 sayılı TCK'da müşterek faillğe ilişkin de önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Bilindiği gibi 765 sayılı TCK'nın 463. maddesinde birlikte suç işleme kararına istinaden hareket eden ve suçun icrasını müştereken gerçekleştiren suç ortaklarının cezasında indirim yapılmaktaydı. Bu indirim gerçekleşebilmesi için suçun kasten öldürme ve kasten yaralama olması ve hangi failin eyleminin neticeyi gerçekleştirdiğinin tespit edilememesi gerekirdi. Bu durumda müşterek failerin tamamının cezasından üçte birden yarıya kadar indirim yapılmaktaydı. Söz konusu kanun metni iştirake ilişkin meseleleri illiyet bağı esasına göre açıklamaya çalışan 19. yüzyıl ceza hukukunun bir kalıntısıdır ve günümüz ceza hukuku anlayışı ile bağdaşmamaktadır.¹⁷⁹

765 sayılı TCK'da azmettirme kavramı 64. maddede düzenlenmiştir: *“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 hapidir. Sair cezaların altında biri indirilir.”* Hükmü ile azmettirme kavramı ve cezası düzenlenmiştir. Buna göre azmettirilen şahsın icra edilen eylemde şahsi bir menfaati bulunmaz ise azmettiren ile aynı cezayı almaktadır. Ancak azmettirilen şahıs eylemin neticesinden maddi veya manevi şahsi bir menfaat elde ederse cezası indirilecek, menfaati kendisi için hafifletici nedene dönüşecektir. Örneğin; A, B'yi B'nin babasını da öldürmüş olan ve aralarında kan davası bulunan C'yi öldürmesi konusunda azmettirir, B de bunu severek kabul eder ve C'yi öldürürse B'nin cezası indirilecektir. 5237 sayılı TCK'da bu şekilde bir hafifletici nedenden vazgeçilerek azmettirilene de azmettirene verilecek cezanın aynısının hükmedileceğinin belirlenmesi suçta ve cezada eşitlik ilkesi açısından oldukça yerinde olmuştur. Ayrıca mülga Kanunda yer alan hafifletici

¹⁷⁸ Özgenç, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, s.121.

¹⁷⁹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.475.

neden azmettirileni motive ettiği gibi, suçun icra edilme niyetini de kuvvetlendirmekte, azmettiren şahsın daha rahat bir şekilde azmettirileni ikna etmesini sağlamaktadır.

765 sayılı TCK’da yardım etme 65. maddede düzenlenmiştir:

“ 1) Suç işlemeğe teşvik veya suçu irtikap kararını takviye ederek yahut fiil işlendikten sonra muzaheret ve muavenette bulunacağını vadeyleyerek,

2) Suçun ne suretle işleneceğine mütaallik talimat vererek yahut fiilin işlenmesine yarayacak iş veya vasıtaları tedarik ederek,

3) Suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırarak suça iştirak eden şahıs, işlenmiş fiille mahsus olan ceza ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ise yirmi yıldan, müebbet ağır cezası ise onaltı yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilir.

Bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzımam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifada edemez.”

5237 sayılı ve yürürlükte olan TCK da 765 sayılı TCK’dakine benzer bir sistemi kabul ederek, hangi hallerin yardım etme sayılacağını tek tek düzenlemiştir. Böylece, hangi davranışın yardım, hangisinin yardım sayılmayacağı konusunda Kanun Koyucu uygulayıcılara pek fazla bir takdir hakkı bırakmamıştır.¹⁸⁰

Ayrıca anılan maddenin son fıkrasında “zorunlu fer’i iştirak” olarak kabul edilen yapılmasaydı fiilin işlenişi imkansız olurdu denilecek eylemi icra eden yardım edene ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Özgenç’e¹⁸¹ göre, fail ve şerik ayrımında suçun işlenişine bulunulan katkının neticenin oluşumu açısından zorunluluk arz edip

¹⁸⁰ Koyuncu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, s.251.

¹⁸¹ Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, s.508.

etmediğinin esas alınması isabetli olmadığından, mücerret bir yardım etme niteliği arz eden bir iştirak katkısının “asli fail” olmayı gerektirdiğini ileri süren bu anlayış, suçun işlenişine bulunulan katkıların neticenin oluşumuna illi etkisini esas alan yanlış teorinin bir göstergesidir.

Zorunlu iştirakte bulunan fer'i fail yürürlükte olan kanun döneminde suç üzerinde müşterek hakimiyet kurması ve fiili birlikte icra etme iradesini taşıması nedeniyle müşterek fail olarak tanımlanacak ve 765 sayılı TCK dönemindeki tereddüt yaşanmadan suçtan sorumlu tutularak kanunda karşılığı olan tam ceza ile cezalandırılacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAİLLİĞİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

3.1. ÖZGÜ SUÇLARDA FAİLLİK

Belirli bir niteliğe, özelliğe sahip olan şahıslar tarafından işlenebilen suçlara “özgü suçlar” adı verilmektedir. Örneğin; ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu bir özgü suçtur. Kanunumuza göre bu suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kimseler, örneği kamu görevlileri fail; buna karşılık, iştirak eden diğer kimseler ise ancak yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁸²

Ceza Hukuku’nda özgü suçlarla ilgili yapılan doktrinsel tartışmalarda cevap bulunmaya çalışılan en önemli soru; özgü suçlara sadece kanunun aradığı şart ve vasıflara sahip kişilerin mi iştirak edeceği sorusudur.

Gereken nitelikleri taşımayan kişilerin de özgü suçlara iştirak edebileceği iddia edilmektedir. Aksi halde bir özgü suçun işlenmesini kolaylaştıran veya azmettiren kimselerin cezasız kalmaları gerekecektir. Ancak özgü suça ilişkin normun koruduğu hukuki varlığın sadece gereken nitelikleri taşıyan kimse tarafından ihlal edilebileceği doğru olduğu gibi, bu nitelikleri taşımayanların bunlara sahip olanları söz konusu varlığı ihlal etmeye azmettirebilecekleri veya onlara yardım edebilecekleri de aynı biçimde doğrudur. Bu nedenle gereken nitelikleri taşıyan kimsenin söz konusu menfaate zarar verici hareketlerden kaçınmak yükümlülüğü olduğu gibi, kanun, aynı şekilde, gereken nitelikleri taşımayanlar yönünden de bu ihlale neden olma konusunda gereken nitelikleri taşıyan kimselerle işbirliği yapmaktan kaçınma yükümlülüğü de getirebilir. Bu durumda gereken vasıflara sahip olmayan kimse, asla tek failli özgü suçun faili olamaz ise de, özgü suça ilişkin çok failli kanuni tipin aktif süjesi olabilir; bir başka anlatımla özgü suçu tek başına gerçekleştiremez ise de, ona iştirak edebilir. Gerçekten, özgü suçu düzenleyen

¹⁸² Hakeri, *Ceza Hukuk Genel Hükümler*, 2011, s.492.

normlar, iştiraki düzenleyen normlar ile birleşmek suretiyle cezalandırabilirliği, gereken nitelikleri taşımayanları da kapsayacak biçimde genişletir ve failin gereken nitelikleri taşıması nedeniyle özgü suça ilişkin kanuni tip yönünden tipik olmayan davranışları tipik hale getirir.¹⁸³

Özgü suçlara ilişkin iştirakten bahsedebilmek için, iştirake dair objektif ve sübjektif bütün unsurların gerçekleşmesi aranır. Objektif unsur yönünden, öncelikle kanun koyucunun gerekli gördüğü nitelikleri taşıyan kişinin katılması gerekir. Ancak, iştirakin tali nitelikte olduğu görüşünden yana olanlara göre, özgü suça ait tipik hareketin muhakkak gerekli özellikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesi şarttır. Suçun faili ile suça iştirak edenler arasında bir ayrım yapan ve özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceğini kabul eden Türk Ceza Kanunu da bu görüşü benimsemiştir.¹⁸⁴

Kanun koyucu TCK m.40/2’de “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.” hükmünü derç ederek özgü suçlarda iştiraki düzenlemiştir.

Özel faillik niteliği taşımayan kişiyi sadece şerik olarak kabul edip cezalandırdığı için adeta kayırdığı¹⁸⁵ ve kanun önünde eşitlik ilkesini de ihlal ettiği belirtilmiştir. Özgü suçlarda failin, ancak “özel faillik niteliği taşıyan kişi” olabileceği kuralına rağmen, suçun özgü suç veya diğer suç olmasına bağlı olarak, suçun işlenişine iştirak eden kişinin konumunun herhalde farklı olmaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁸⁶ Ancak doktrindeki bu görüşe, failin sıfatının anılan suçların icra edilmesi bakımından önem arz ettiğini ve failin bu sıfatının avantajını kullanarak suç işlemesi sebebiyle de suça iştirak edip avantajlı sığata sahip olmayan şeriklere nazaran daha fazla ceza alması gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁸³ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.300

¹⁸⁴ A.g.e., s.300-301

¹⁸⁵ Kayıhan İçel ve Ali Hakan Evik, *İçel Suç Teorisi Ceza Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2007 s.272.

¹⁸⁶ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara:US-A Yayınları, 2010, s.370 - 371.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi “5237 sayılı TCK’nın 40/2 maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet almak suçuna iştirak eden diğer sanık Ömer’in eylemden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin gözetilmemesinin yasaya aykırı” olduğu yönündeki ilamıyla özgü suçlara ilişkin iştirakle ilgili yerel mahkemenin verdiği kararı bozarak dosyayı mahkemesine iade etmiştir.¹⁸⁷

Kanun koyucu, işkence suçuna ilişkin TCK madde 94/4’te ise bu konudaki tercihten vazgeçerek TCK’nın 40/2 deki hükmüne bir istisna getirmiştir. Buna göre, kamu görevlisi olmayanlar işkence suçuna iştirak etmeleri halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklardır. Böylece kanun koyucu, kamu görevlisi olmayanların sadece bu nedenle (TCK 40/2 gereği) yardım eden olarak daha az ceza ile cezalandırılmalarının önüne geçmeyi amaçlamıştır.¹⁸⁸ Bu şekilde bir istisna getirilmemiş olsaydı, kamu görevlisi olmayan kişiler, ancak azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılacakken, TCK m.94/4 sayesinde “kamu görevlisi gibi cezalandırılır” ibaresiyle cezalandırma açısından faile uygulanan cezayla cezalandırılacaklardır.¹⁸⁹

Özgü suçlara iştirakte, iştirak iradesinin varlığı için gerekli nitelikleri taşımayan kişi, özgü suça iştirak etme bilinç ve iradesine sahip olmalıdır. Bu ise, o kişinin gerekli vasıflara sahip olanın bu durumu bilmesini gerektirir. Bunun bilinip bilinmemesine göre, suçun niteliği farklı olacağından failin sorumluluğu da değişecektir. Üç tür ihtimal söz konusu olacaktır. Birinci ihtimalde, yani belirli sıfat ve vasfa sahip olmayan iştirak eden, diğer iştirak edenin bu sıfat ve vasfını bilerek yardım eder. Yardım eden kişi, özgü suç nedeniyle sorumlu olacaktır. Örneğin; kocasını rüşvet almaya azmettiren eş de rüşvetten sorumlu olacaktır. İkinci ihtimalde,

¹⁸⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi 19.02.2007 tarih 2006/8410 esas 2007/1204 karar. Ulusal Yargı Ağı Portalı. Erişim Tarihi:15.11.2014

¹⁸⁸ Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2006, 115. Yazarlara göre hatta özel faillik sıfatı taşımayan kişinin suça katkısı sadece “yardım” boyutunda kaldığı takdirde yardım eden şerik olarak işkence suçundan sorumluluğu söz konusudur.

¹⁸⁹ Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006, s. 482., Mustafa Özen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı” TBBD., 2007, s.71, 250.

örneğin; bir kişinin belli bir kamu bankasında veznedar olduğu bilinmeksizin bankadaki paraların alınmasına azmettirilmesi halinde, o kişiyi yönlendiren, güveni kötüye kullanmadan, veznedar ise zimmet suçundan sorumlu olacaktır. Üçüncü ve son ihtimal ise, özgü suça konu olan hareketin, belirli sığata sahip olmayan bir kişi tarafından yapılmasının hiçbir şekilde cezalandırılmayan bir davranış olması halidir. Örneğin; askerlikten firar suçu sadece asker kişi tarafından işlenebilir, asker olmayan kişi yardım ettiğı kişinin bu sıfatını bilerek yardım etmişse, onun firar suçuna iştirak ettiğı kabul edilir ve aynı cezayla cezalandırılır; bilmeden yardım etmişse, o cezalandırılmaz ancak asker kişi firardan ceza alır.¹⁹⁰

3.2. İHMALİ SUÇLARDA FAİLLİK

İhmali suçlar, suçun failinin normun yap dediğinin yapılmaması suretiyle, diğeri bir deyişle normun kişiyi belli bir davranışta bulunma yükümlülüğünü yüklediğı hallerde kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, emredici normun korumak istediğı hukuki değerin ihlali anlamını taşımakta ve dolayısıyla suç oluşturmaktadır.¹⁹¹

İhmali suç tiplerinde ancak neticenin önlenmesi bakımından belirli bir yükümlülük altında olanlar fail sıfatına sahip olabilir. Böyle bir yükümlülük altında olan fail sayısı birden fazla ve bunlar arasında birlikte hareket etme yükümlülüğünü birlikte ihlal etme iradesi söz konusu ise iştirak halinde ihmali suç gerçekleştirilmiş olur. Örneğin; cezaevinden sorumlu Cumhuriyet Başsavcısı ile cezaevi savcısının koğuşlara müdahale etmemeleri sonucu, hükümlülerin firarının gerçekleştiğı bir olayda, başsavcı ile savcı ihmali fiillerinden iştiraken sorumludurlar.¹⁹²

Bu durumla ilgili sorun, işlenen icrai bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak edilebilip edilemeyeceğı noktasındadır. Belli bir davranışta bulunma, kanun metninde belirtilen neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunması

¹⁹⁰ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.477 – 478.

¹⁹¹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara: Seçkin, Ankara, 2003, s.26.

¹⁹² A.g.e., s.281

nedeniyle; kişi bir başkasının işlediği icrai suçun işlenişini önlemekle, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş ihmali bir suç işlemektedir. Bu kişi aynı zamanda bir başkasının icrai suçunun işlenmemesini önlememekle, ona yardımda bulunmaktadır. Böyle bir durumda, failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı karşısında, asli norm-tali norm ilişkisine ilişkin prensip gereğince, kişiyi ihmali suç faili olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Bu ihtimalde icrai davranış failleri ile ihmali davranışta bulunan garantör şahıs arasında bir irade birliğinin bulunmasına da gerek yoktur. Ancak, aralarında irade birliği oluşsa bile, sırf güvence yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir.¹⁹³

3.3. TAKSİRLİ SUÇLARDA FAİLLİK

Taksir, kural olarak failin iradi fiilinin neticesini öngörmesi gerekirken, öngörememesi şeklinde özen yükümlülüğüne aykırı davranmasını ifade eder. Taksirli suçlar da objektif olarak özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi suretiyle işlenen suçlardır. Taksirli suçlar birden fazla kişinin davranışının birleşmesiyle gerçekleşebilir. Taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanması hukuken kabul edilmemiştir.¹⁹⁴

Kelime anlamı olarak, “dikkatsizlik, tedbirsizlik”¹⁹⁵ anlamına gelen taksir, TCK m.22’ye derç edilmiş ve hukuki karşılığı olarak “İstenerek işlenen bir fiilden, fail tarafından istenmemiş olmamalarına rağmen yasanın cezalandırdığı sonuçların ortaya çıkması durumudur.”¹⁹⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise taksirin var olabilmesi için Türk Ceza Hukuku uygulamasına şu kıstasları koymuştur:

¹⁹³ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.497.

¹⁹⁴ Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, s.181., Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.212.

¹⁹⁵ <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: 15. 11.2014

¹⁹⁶ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s.661

1) Fiilin taksirle işlenebileceğinin yasada belirtilmesi gerekir.

2) Taksirli hareket iradi olmalıdır. (Hareket hem bilinmeli hem de istenmelidir. Fail, neticeyi meydana getiren icra veya ihmali davranışı bilerek veya isteyerek gerçekleştirmelidir.)

3) Dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmemiş olmalıdır.

4) Netice öngörülebilir olmalı, ancak istenmemelidir.

5) Netice ve hareket arasında uygun illiyet bağı yer almalıdır.¹⁹⁷

Taksirli suçlarda iştirakin olup olamayacağı ise doktrinde son derece tartışılan bir konudur. Her ne kadar taksirli suçlarda iştirakin olmayacağı görüşü doktrinde belli bir oranda yer bulmuştur. bizim de kanaatimiz taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığıdır. Çünkü iştirak halinde taksirli suçun var olduğunu savunanlar dahi neticenin faillerin tamamı açısından öngörülemez olduğunu kabul etmişlerdir.

Taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmamasının nedeni, iştirak iradesinin varlığının gerekliliğidir. İştirak iradesi, bir neticenin öngörülmesini ve bunun gerçekleşmesine yönelik bilincin varlığını gerektirir. İştirak iradesi, suça katılma iradesidir. Oysa taksirli suçlarda fail dahi hareketinden meydana gelecek olan neticeyi öngörmez. Suça katılan kişinin taksirle meydana gelen neticeye katılma iradesinin bulunması mümkün değildir.¹⁹⁸

Taksirli suçlarda netice istenmediği, hatta öngörülmediği için suça iştirakin “iştirak iradesi” koşulu gerçekleşemez. İştirak iradesi, yardım eden açısından failin bilip istediği neticeyi bilip istemesini gerektirir. Taksirli suçlarda failin dahi öngöremediği bir neticeyi diğer şeriklerin özellikle de yardım edenin öngörmesi ve istemesi söz konusu olamaz. Suça katılan kişinin taksirle meydana gelen neticeye

¹⁹⁷ (YCGK, 13.12.1993 tarih ve 1993/221E-1993/317K)’den aktaran; Albayrak, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, s.52

¹⁹⁸ Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.507

iştirak iradesinin bulunması mümkün değildir. Ayrıca bağıllık kuralı gereği, iştirak hükümleri, ancak kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı halinde uygulanabilir. Nitekim TCK'nın 40/1 maddesine göre suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı gerekir. Buna göre, suça iştirak, ancak kasten işlenen suçlarda olabilir. Taksirle işlenen suçlarda iştirak mümkün değildir.

Kanun koyucu da TCK m.40'da suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, suça iştirak ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabilecektir. Bu nedenle taksirli suça iştiraktan değil ancak birlikte sebebiyet vermekten söz edilebilir.¹⁹⁹ Böyle bir durumda da her fail kendi taksirinden dolayı sorumlu olur, diğerlerinin taksirli suçuna iştirak etmiş sayılmaz.²⁰⁰

Taksirli suçun işbirliği halinde işlendiği iddiasını savunanlar dahi taksirle işlenebilen bir suça iki ayrı hareketle sebebiyet vermeyi ayrıca ele almıştır. Örneğin; Trafik Kanunu'nu ihlal ederek hızlı sürülen iki ayrı aracın yolda çarpışması sonucu ölüme sebebiyet vermelerinde, birbirlerinden habersiz iki ayrı fail ve iki bağımsız hareket ancak bir netice vardır. Keza bir kimsenin dolu olan tabancayı masanın üzerine bırakması, bir diğerinin tabancayla oynarken başkasını vurması halinde de birbirinden bağımsız iki ayrı hareket ve bir netice vardır. Bu gibi durumlarda taksirle işlenmiş birçok suç vardır ve her fail bu suçtan tek başına sorumludur. Failin cezası kusuruna göre belirlenecektir. Hafif kusurlu ise alt sınır ağır kusurlu ise alt sınırdan daha fazla bir miktar veya üst sınır esas alınarak belirlenecektir.²⁰¹ YCGK da 2000 tarihli bir kararında taksirli suça birlikte sebebiyet verilmesini şu şekilde açıklamıştır. “Birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine

¹⁹⁹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.506.

²⁰⁰ Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.508

²⁰¹ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.495

güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur.²⁰²

Taksirli suçların birlikte işlenmesine ilişkin hukuk sistemimizde bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 113. maddesinde bu konu düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre isnat kabiliyeti olmayan akıl ve beden hastalarıyla onsekiz yaşından küçüklerin taksirli suçlar için işbirliğinde kullanılması ağırlatıcı sebeptir.²⁰³

Birden fazla kişinin katıldığı taksirli suçlarda 5237 sayılı TCK'da her fail kendi kusurundan dolayı sorumlu iken 765 sayılı mülga TCK'da taksirli olayı meydana getiren kişilerin toplam kusurlarının 8/8 oranını geçmemesi gerekmektedir. Yeni TCK'da ise, neticeyi meydana getirmede kusurlu bulunan her failin, kendi kusur derecesine göre ceza sorumluluğunun tam olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; iki aracın çarpışması sonucu B aracındaki yolcunun ölümü ile sonuçlanan kazada, B aracının sürücüsünün asli kusurunun yanısıra A aracının sürücüsünün de tali kural ihlalinde bulunduğu anlaşılmışsa, hakim 61/1. maddedeki ölçütlerden yararlanarak, A sürücüsünü 2 yıl, B sürücüsünü ise 3 yıl hapisle cezalandırabilir.²⁰⁴

3.4. NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARDA FAİLLİK

Şahıs suç olarak kabul edilen bir eylemi gerçekleştirirken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesine neden olmuş olabilir. Farklı bir anlatımla; fail, kastettiği neticenin dışında gerçekleşen bu daha ağır netice bakımından kasten hareket etmemiştir. Böyle bir halde netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç söz konusu olur.²⁰⁵

²⁰² Yargıtay Kararları Dergisi (YKD) 16.05.2000 tarih ve Esas no:2000-9/104E - 2000/110K, sayı:17, Ocak 2001, s.95

²⁰³ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.496

²⁰⁴ Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s.486.

²⁰⁵ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.274

Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar, failin istemediği, ancak iradi davranışının sebebiyet verdiği daha ağır veya başka neticelerden sorumlu tutulduğu suçlardır. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçların iştirak halinde işlenmesinde yardım edenin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olup olmayacağı sorununun, kanunumuzun netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin (TCK m.23) hükmüne göre çözmek gerekir. Maddede sadece failin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticeye sebebiyet vermesi halinde kişinin bu neticelerden taksirinin bulunması şartıyla sorumlu olacağına ilişkin hükümde fail ve şerikleri de kapsayacak şekilde “kişi” ibaresi kullanılmıştır.

Kanun koyucunun, madde de fail yerine kişi ifadesini tercih etmesinin nedeninin, şerikleri de söz konusu ağırlaşan neticelerden sorumlu tutabilmek olduğu söylenebilir. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara iştirak nedeniyle sorumluluğu, kasti temel suç tipiyle bağlantılı olarak belirlemek gerekir. Buna göre, kasten işlenen temel suç tipine, suça iştirakin şartlarını gerçekleştirerek katılan şerikler, bu fiilin meydana getirdiği daha ağır veya başka neticeler açısından en azından taksirlerinin bulunması durumunda sorumlu tutulabilirler. Diğer bir deyişle, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda her bir suç ortağının sorumluluğunu iştirakteki katkısına göre değil, ağır netice ile olan ilişkisine göre birbirinden bağımsız olarak değerlendirmek gerekir. Bunun sonucu olarak, asıl failin taksirinin bulunmaması diğer suç ortaklarının sorumluluğunu kaldırmamaktadır.²⁰⁶

TCK m.23, bu ağır veya başka neticeden sorumluluk için, failin bu netice bakımından en azından taksirli kusurunun varlığını gerekli görmektedir: “*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.*” Bu düzenleme ile hukuk sistemimizdeki netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar açısından kusursuz sorumluluk terk edilmiş olmaktadır. Örneğin; A, B’yi yaralamak kastıyla hareket eder; ancak, işlediği fiil neticesinde B ölür. Oğlu tarafından kendi haline terk edilen yaşlı ve hasta baba,

²⁰⁶ Mustafa Ruhan Erdem, “*Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara, 2009, s.110; Mustafa Ruhan Erdem, “*Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar*”, *Uğur Alacakaptan Armağanı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, C.1, İstanbul, 2008, S.261.

bakımsızlıktan dolayı ölür. Annesi tarafından cami avlusuna bırakılan bebek, havanın soğuk olması nedeniyle, kalıcı bir hastalığa yakalanır.²⁰⁷

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail, istemediği ancak kasıtlı davranışından kaynaklanan sonuçtan sorumlu tutulduğu için bu durumun bir objektif sorumluluk hali olduğu ileri sürülmüştür.²⁰⁸ Kastedilenden daha ağır bir sonuç meydana gelmişse hiç şüphesiz ki fail bundan sorumlu olacaktır. Ancak iştirak halinde islenen suçta diğer iştirakçilerin bu farklı sonuçtan sorumlu olup olamayacakları neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kabul edilen sisteme göre değişiklik göstermektedir.²⁰⁹ Gerçekleşen ağır neticeden sorumluluk için en azından taksir şart koşulmuşsa, gerçekleşen ağır neticeden sadece taksiri olan iştirakçiler sorumlu olacaktır; gerçekleşen ağır netice açısından objektif sorumluluk sistemi kabul edilmişse suça iştirak eden bütün failer ağır neticeden sorumlu olacaktır.²¹⁰

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları düzenleyen TCK m.23, “*netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*” diyerek yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme sonucunda, meydana gelen ağırlaşmış neticeden sorumluluk için netice açısından en azından taksirli olmak gerekir. Bu durumda meydana gelen ağır netice açısından taksiri dahi bulunmayan iştirakçinin bu ağır neticeden sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmalıdır. Bu durumda meydana gelen farklı veya ağır sonuç açısından en azından taksiri bile bulunmayan iştirakçileri bundan sorumlu tutmak olanaklı değildir.²¹¹

²⁰⁷ A.g.e., s.270

²⁰⁸ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.267

²⁰⁹ Kayhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, S. Fatih Mahmutoglu ve Yener Ünver, *Suç teorisi* 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2000, s.388

²¹⁰ İzzet Özgenç, *Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar tahlilleri*, 2. Bası, İstanbul: Sebat Yayınları, 1998, s. 241

²¹¹ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.268.

3.5. ÖRGÜTLÜ SUÇLARDA FAİLLİK

Örgüt ya da örgütlenmeden anlaşılması gereken, en az üç kişinin hiyerarşik yapılanma ve iş bölümü içerisinde birden fazla belirsiz sayıdaki suçları işlemek üzere anlaşarak sürekli birliktelikleridir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile kullandığı araç ve gereç açısından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekir. Hiyerarşik yapılanma ve işbölümü açısından örgüt içinde görevlerin tıpkı askeri birliklerde olduğu gibi önceden kesin bir şekilde belirlenmiş olması gerekmemektedir. Ancak, sürekli nitelikte basit nitelikte de olsa organize bir yapının ve belirsiz bir suç programının varlığı şarttır. İştirakte, belirli bir veya birden fazla suçun işlenmesi hakkında anlaşma ani ve tesadüfi şekildedir. Örgütlenmede ise, birden fazla belirsiz sayıda suçun işlenmesine yönelik bir programın gerçekleştirilmesi amacıyla failer arasında sürekli bir örgütsel bağ söz konusudur.²¹²

Örgütlü suçlar suç örgütlerinin üç ana özelliği bulunur. Bunlar; örgütün uzun zamanı hedefleyen bir yapısının olması, genellikle şiddeti yaygın olarak kullanmaları ve belli bir işbölümüne dayanan hiyerarşik yapılarının olmasıdır. Suç işleme amacıyla teşkil edilen örgütlerin, idare, işbölümü ve yönetim faaliyetlerini yerine getirebilmeleri için belli sayıda kişinin bir araya gelmiş olması gerekir. Bu özelliklerinden dolayı örgütlü suç; disiplini, sürekliliği ve hiyerarşik yapısı nedeniyle iştirak kavramını aşan bir oluşumdur. Örgütlü suçların en önemli özellikleri, çok failli bir örgütlenme yapısına ve gizlilik, dayanışma, süreklilik ilkelerine göre faaliyette bulunmalarıdır. Örgütler siyasal amaçlı örgütler, çıkar amaçlı suç örgütleri ya da terör örgütleri biçiminde olabilir.²¹³

3.6. KESİNTİSİZ SUÇLARDA FAİLLİK

Kesintisiz suçlar, genel olarak hareketin devamlılığına bağlı olarak ihlalin (neticenin) de devam ettiği suçlar şeklinde tanımlanmaktadır. Bu suçlarda failin iradi davranışından kaynaklanan ihlalin süreklilik göstermesi ve failin ihlalinin devamına

²¹² Sonay Vesile, Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2011, s.336

²¹³ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.276.

son verme iktidarına sahip olması gerekir. Kesintisiz suçların, tamamlanma zamanı ile sona erme zamanı farklıdır. Kesintisiz suç, ihlal edici davranışın olduğu anda değil, söz konusu durumun bir suçun varlığı için gerekli asgari ölçüde devam ettirildiği anda tamamlanır. İhlal edici durumun devamlılığını sağlayan iradi davranış son bulduğu ya da bu hareketi yapmanın imkansız olduğu anda sona erer. Kesintisiz suça, suç sona erinceye kadar iştirak mümkündür.

Her suçta netice bir olaydır ve bunu kanun koyucu suç tiplerinde değişik şekillerde belirtmiştir. Bundan dolayı, suç tipinde belirtilmiş olan bu olayın gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. Ancak suç tipleri arasında öyleleri vardır ki, suç tamamlandığı halde, bitmemiştir. Neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanan ve biten suçlara ani suç denmesi yanında, neticenin gerçekleşip de devam ettiği suçlara ise kesintisiz suçlar denmektedir.²¹⁴

Kesintisiz suçlara doktrinde gösterilen örnekler, suçun hukuki konusunun derhal ve bir andan ihmali mümkün olmayan fiillerdir. Örneğin; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m.220) ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK m.262) fiilleri birer kesintisiz suçtur.²¹⁵

Kesintisiz suçlarda iştirak sorununa gelince, kesintisiz suçlarda suçun icrasından önce iştirakin bütün halleri gerçekleştirilebilirken, suçun icrasına başlanıp tamamlanması gerçekleşinceye kadar da iştirak mümkündür.²¹⁶ Kesintisiz suçta, maddi iştirak suç icra edilene kadar gerçekleştirilebilir. Buna rağmen, azmettiren suç işleme konusunda ikna etmekte olduğu için azmettirme sadece suç tamamlanmadan önce olabilir.²¹⁷

²¹⁴ Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.77,78.

²¹⁵ Dönmezer ve Erman, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku* cilt I, İstanbul:Beta Yayınları, 1997, s.385.

²¹⁶ Tuğrul Katoğlu, *Mütemadi Suç*, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, AÜHF Sosyal Bilimler Enstitüsü,1996, s.143.

²¹⁷ Ayhan Önder, *mütemadi suç*, İÜHF, 29,1-2,1963, s.75

3.7. ZİNCİRLEME SUÇLARDA FAİLLİK

Zincirleme suç, genel olarak aynı suç işleme kararıyla kanunun aynı hükmünün birden fazla işlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda aynı suç işleme kararı kapsamında işlenen birden fazla suç, tek suç olarak kabul edilmekte; ancak cezası belirli oranda arttırılmaktadır.²¹⁸

Doktrinde zincirleme suç olarak kabul edilebilen fiillerin tümüne iştirak edilebileceği kabul edilmektedir. Yargıtayımız da, zincirleme suçlarda iştirak etmenin mümkün olduğu görüşündedir. Bu yöndeki bir kararında, aynı zamanda ve mekanda birbirlerine takiben nitelikli cinsel istismar eylemlerini gerçekleştirirken mağdurun ellerinden tutmak suretiyle direncini kırıp birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birini bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte diğer sanığın eylemine müşterek fail olarak katılmasından dolayı TCK'nın 103/3 ve 43/1 maddelerinin uygulanması gerektiğini hükmetmiştir.²¹⁹

Her neticenin ayrı bir suç teşkil etmesinin ve failin kaç netice meydana gelmişse, o kadar suçu gerçekleştirmiş kabul edilerek, her bir suç nedeni ile bağımsız ve ayrı cezalara çarptırılmasının istisnalarından biri müteselsil suç veya kesintili suç adı da verilen zincirleme suçlardır. Zincirleme suçta, her biri tek başına kanundaki tipe uygun birden fazla fiilin hukuki açıdan bir fiil olarak kabul edilmesi, birleştirilmesi söz konusu olup, her biri tek tek de cezalandırılabilen fiiller bakımından hukuken tek bir fiilde birleştirme anlaşılmaktadır.²²⁰

Zincirleme suçtan bahsedebilmek için, aynı suçun birbirini takip eder şekilde aynı mağdura karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Her gün aynı kişiye hakaret edilmesi veya cinsel tacizde bulunulması gibi

²¹⁸ Kayıhan İçel, *Suçların İçtimai*, İstanbul Üniversitesi Yayınları N:1762., Hukuk Fakültesi Yayınları N.385, İstanbul, 1972, 87; Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1995, 19.

²¹⁹ Yargıtay 5. C.D., 19.04.2007 tarih ve 531/2997 sayılı karar için Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *TCK Şerhi II*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s.1004.

²²⁰ Hakan Hakeri,, *Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç*, http://www.akader.info/KHUKA/5_99_ekim/alman_ceza_hukukunda.htm, 1999.

durumlarda, aslında hakaret ve cinsel taciz gibi suçlar birden fazla işlenmektedir. Ancak, bu suçlar arasındaki manevi bağ dolayısıyla, zincirleme suçun varlığı kabul edilmektedir. Keza, bir kişiye karşı müteaddit defa hırsızlık suçunun işlenmesi halinde de, zincirleme suç söz konusudur.²²¹

Şerik olan failin zincirleme suçun içine dahil olan suçlardan sadece birine iştirak etmesi mümkündür. Zincirleme suçta yer alan suçlardan sadece birine iştirak edilmiş, diğerlerine iştirak edilmemiş ise iştirakçi zincirleme suçun tümünden değil, sadece iştirak ettiği suçtan sorumlu tutulabilir.²²²

5237 sayılı TCK, zincirleme suç hakkında mülga kanundan farklı bir çözüm benimseyerek sadece suç işleme kararında birliğin değil, mağdurun da aynı kişi olmasını aramıştır. TCK m.43/1'e göre *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel sekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”* Bu durumda örneğin, fail ticari rakibine zarar vermeye karar vererek bir kaç gün ara ile rakibine ait işyerini soyarsa veya bu işyerlerini ateşe verirse mala zarar verme ve bu hırsızlık suçundan bir ceza verilecek ancak bu ceza artırılacaktır. İştirak halinde işlenen suçlarda da aynı çözüm uygulanacaktır. Ancak aynı olayda fail F, pazartesi günü işyerini A ile soymuş, çarşamba ve cuma günü ise tek başına soymuş ise A sadece iştirak ettiği suçtan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Çünkü zincirleme suç oluşturarak suçlardan bazılarını tek başına işleyen failin diğer suçları iştirak halinde işlemesi ya da suçlardan birini iştirak halinde işleyen failin diğer suçları tek başına işlemesi zincirleme suçun varlığına engel olmaz. İştirak ilişkisi veya iştirak biçimi zincirleme suçta etki eden bir durum değildir.”²²³

²²¹ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s.532.

²²² Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1995, s.103.

²²³ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.285,286

3.8. TEŞEBBÜS AŞAMASINDA KALAN SUÇLARDA FAİLLİK

Suç işleme kararı alıp, suç yolunda hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra icra hareketlerine başlayıp, ancak elinde olmayan nedenlerle neticeye ulaşamama haline teşebbüs denilmektedir.

Her kasıtlı suç birden fazla aşamalardan geçerek işlenir, tamamlanır. Suç, işlenişi bakımından değerlendirildiğinde aniden ortaya çıkmamakta, zaman içinde, birbirini takip eden farklı evreler sonucunda meydana gelmektedir. Geleneksel olarak bu süreç doktrinde; düşünce, hazırlık, icra, tamamlama ve sona erme şeklinde evrelere ayrılmış ve bu sürece suç yolu adı verilmiştir.²²⁴

Yukarıda belirttiğimiz gibi müşterek fail, bir suçun kanuni tanımında yer alan fiili diğer bir fail veya faillerle gerçekleştiren kişidir. Başka bir anlatımla, bir suçun tamamlanması için gereken icra hareketlerini ortak iradeyle birlikte gerçekleştiren kişiler müşterek fail olarak adlandırılmaktadır. Müşterek faillikte, suç tanımındaki hareketlerin birlikte gerçekleştirilmesi gerektiğinden, bu faillerden birinin gerçekleştirdiği hareketler, diğeri içinde geçerli olacağından, müşterek faillerin elverişli hareketle doğrudan icraya başladığı bir olayda teşebbüs hali gerçekleşmişse, her iki müşterek fail de suça teşebbüsten sorumlu olur.²²⁵

3.9. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Genel olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin suç yolunda daha ileriye giderek, suçu tamamlama, neticeyi gerçekleştirme imkanı varken, gönüllü olarak, kendi iradesiyle icra hareketlerine son vermesi veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekir.²²⁶

²²⁴ Önder Tozman, *Suçta Teşebbüs*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.8.

²²⁵ Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* s.486.

²²⁶ Centel ve diğerleri, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.476-477

Bir suçun işlenişine iştirak eden kişilerin suçun icrasına başladıktan sonra fakat icra hareketleri sona erdirilmeden veya netice gerçekleştirilmeden gönüllü vazgeçme mümkündür. Suça iştirak edenlerin hepsinin gönüllü vazgeçmesi halinde bir sorun oluşmayacaktır. Çünkü, gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran bir şahsi sebep değildir. İştirak edilen suçta birbirlerine göre konumları ne olursa olsun, suç ortaklarının işlemeyi kararlaştırdıkları suçun icrasına başlamadan vazgeçmiş olmaları halinde, o ana kadar gerçekleştirdikleri hareketler başka bağımsız bir suç oluşturmadığı takdirde, cezalandırılmaları yoluna gidilemeyecektir. Ancak, bu durumda suç ortaklarının cezalandırılmasının sebebini Ceza Kanunu'muzun gönüllü vazgeçmeye ilişkin 36. maddesi hükmü oluşturmaktadır. Çünkü, bu durumda işlenmesi kararlaştırılan suçun icra hareketlerine henüz başlanmış değildir. TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçmeden söz edebilmek için, suçun başlanmış olan icra hareketlerine pişmanlık duyularak devam edilmez veya icra hareketleri bitmiş olmakla birlikte, neticenin gerçekleşmesi engellenir.²²⁷

Fail icra hareketlerine hiç başlamamış ise teşebbüs bile söz konusu olmayacağından faile ve dolayısıyla diğer iştirakçilere de ceza verilmeyecektir. Fail icra hareketlerine başladıktan sonra vazgeçerse "gönüllü vazgeçme" hükümleri söz konusu olacağından buradaki kişisel indirim nedeni diğerlerine sirayet etmeyecek, bunlar iştirakçi olarak sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Birden fazla failin söz konusu olması halinde de müşterek faillerden hangisi vazgeçmişse onun hakkında indirim hükmü uygulanabilir. Gönüllü vazgeçme şahsi nitelik taşıdığı için failin gönüllü vazgeçmesi halinde diğer iştirakçilerin davranışları teşebbüs derecesinde kalacağından bundan dolayı sorumlu olacaklardır. Dolaylı failin vazgeçmesi halinde de failin vazgeçmesine dair hükümler uygulanacaktır. Örneğin; dolaylı fail, uyuşturucu vererek etkisi altına aldığı kişinin telkin edilen suçu işlemesini engellerse cezalandırılmaz. Tüm gayretlerine rağmen suç işlenmişse dolaylı fail bundan sorumlu olacaktır. Failin vazgeçmesinde olduğu gibi, dolaylı failin vazgeçmesi halinde de diğer iştirakçilerin sorumluluğu devam edecektir.²²⁸

²²⁷ Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümlere*, s.517,518

²²⁸ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.239.

Suç ortağının suçun işlenmesini önlemek için ne yapılması gerekiyorsa, onu yapmış en azından denemiş olması gerekir. Örneğin; suçu işlemekte olan suç ortaklarını suçu tamamlamaktan veya neticeyi gerçekleştirmekten vazgeçirmek, onlara engel olmak mümkün değilse, suçun mağduruna yardım etmeli veya polise haber vermelidir. Bu şekilde suçun işlenmesinin artık, onun katkısıyla hiçbir ilgisinin kalmaması gerekir. Diğer bir deyişle, suç ortağının suça iştirakten gönüllü vazgeçmiş sayılması için suçtaki nedensel katkısını bir yolla gidermiş olması gerekir. Örneğin; yardım eden suçun işlenmesi için sağladığı silahı, failin suçun icrasına başladıktan sonra geri alabilmişse, ancak fail başka birinden sağladığı silahla suçu işlemişse, yardım edenin suçtaki nedensel katkısını ortadan kaldırdığı için (suç yardım edenin hareketinden bağımsız olarak işlendiğinden) gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması mümkündür.²²⁹ Sadece diğer suç ortaklarına vazgeçtiğini haber vermesi (vazgeçtiğini diğer suç ortaklarının bilmesi) veya sadece ortaklaşa işlemekte oldukları suçu bırakıp gitmesi yetmemektedir. Aslında vazgeçtiğini diğer suç ortaklarına söyleyip söylememesi ya da diğerlerinin bunu bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Önemli olan suçun işlenmesini engellemeye yönelik ciddi gayret göstermiş olmasıdır.²³⁰ Gönüllü vazgeçen suç ortağının, suçun icrasına devam edilmemesi için veya icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra suçun icrasından vazgeçmişse suçun neticelenmesi için diğer suç ortaklarınca icra edilmemesi için yapabileceği tüm çabayı göstermesi gerekir.²³¹

Ancak azmettirenin cezalandırılabilmesi için failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir. Zira kanun azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmamaktadır. Azmettirilenin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi ise azmettirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Azmettirenin gönüllü vazgeçmesi de ancak icra hareketlerinin veya sonucun engellenmesine yönelik gayrette bulunmasıyla mümkündür. Bu da ancak azmettirilenin icra hareketlerine başlamasının veya icra hareketlerini bitirmesinin engellenmesiyle mümkündür. Suçtan sonra, azmettirenin kanunda yer verilen hallerde suçtan doğan zararı gidermesi halinde ise sadece kendisi

²²⁹ Önder Tozman, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, s.82.

²³⁰ Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.237

²³¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.470.

hakkında hüküm doğuracak etkin pişmanlık söz konusu olacaktır. Yardım eden iştirakçinin gönüllü vazgeçme hali incelenecek olursa, asli maddi fail, icra hareketlerine başladıktan sonra yardım edenin gönüllü geçmesinin söz konusu olması, hareketinin nedensel katkısını ortadan kaldırmış olmasına bağlıdır. Örneğin; araç sağlayanın bu aracı geri alması, suç planından kolluğu haberdar etmesi yani icra hareketlerinin tamamlanmasını ya da suçun işlenmesini engellemeye yönelik çabalarda bulunması gerekir. Aksi halde yardım edenin kararlaştırılan hareketleri yapmaması, olay yerinden ayrılması tek başına vazgeçme hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir. Bir bankanın soyulabilmesi için banka planlarını veren kişi soygun başlamadan önce bunları geri alırsa ya da soygundan yetkili makamları haberdar ederse gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Örneğin; soygundan sonra soyguncuların nerede bulunabileceğine dair bilgi vermişse artık gönüllü vazgeçme söz konusu olmaz ve kanunda düzenlenmiş olması halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir. Eğer bu suç için etkin pişmanlık hükmü söz konusu değilse iştirakçinin bu hareketleri belki yargıcın takdiri indirim yetkisini kullanması için neden oluşturur.²³²

3.10. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA FAİLLERDEN BİRİNİN VEYA BİRKAÇININ YURTDIŞINDA OLMASI DURUMU

Devletler sahip oldukları yargılama ve cezalandırma yetkisini ve görevini ancak hükmettikleri ülke topraklarında kullanabilirler. Devletlerin hükmettikleri ülke topraklarının da sınırları bellidir. Bu sınırlar dışında suç işlenmesi halinde de failin Türk vatandaşı olması halinde TCK m. 11'e göre, failin yabancı olması halinde de TCK m. 12'ye göre ve kanunda aranan özel şartların bulunması halinde yargılanacaktır.

Coğrafi bakımdan kara ülkesi, hava ülkesi ve deniz ülkesi olmak üzere üç kısma ayrılan devletin ülkesi, yeryüzünün, o devletin egemenliğine tabi kılınmış olan

²³² Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, s.240.

belli bir kesimdir.²³³ TCK m. 8/2’de ülke kavramına açıklık getirilmiştir. Buna göre suç, Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında; açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla; Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla²³⁴, Türkiye’nin kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde²³⁵ Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne karşı işlendiği kabul edilir.

Ceza kanunlarının ülke bakımından uygulanmasında ise çeşitli sistemler²³⁶ mevcuttur:

- *Mülkîlik Sistemi*: Ceza Kanunu devletin ülkesinde uygulanır. (TCK m. 8 ve 9)
- *Şahsîlik İlkesi*: Ceza Kanunu vatandaş hakkında uygulanır, vatandaşın nerede olduğunun önemi yoktur. (faile göre şahsîlik TCK m. 10 ve 11; mağdura göre şahsîlik TCK m. 12/1,2)
- *Koruma Sistemi*: Ceza Kanunu devlet ve uyruğun hukuki çıkarlarına karşı işlenen suçlarda uygulanır. (TCK m. 13)
- *Evrensellik İlkesi*: Ceza Kanunu bütün suçlara uygulanmalıdır. (TCK m. 12/3)

Türk Ceza Kanunu’ndaki yukarıda kısaca anlatılan düzenlemenin haricinde Anayasa’da bir hüküm yoktur. Devletin yargı yetkisinin egemenliğin bir sonucu olduğundan bu konuda herhangi bir düzenlemeye gerek de yoktur. Anayasa’nın 9.

²³³ Özbek ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* s.146.

²³⁴ Ayrıca **askeri işgal altında bulunan yerler** konusunda mevzuatta bir hüküm olmamasına rağmen bu yerlerinde farazi anlamda ülke sayılması nedeni ile işgal eden devletin yasası uygulanır. Bakınız: Özbek ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.149.

²³⁵ TCK’nın 8. Maddesinin gerekçesinde ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması şu şekilde açıklanmıştır: “mülkîlik ilkesinden ve ceza kanunlarının milli egemenliğin bir sonucu oldukları kuralından hareketle, Türkiye’de işlenen suçlar hakkında sanığın ve mağdurun uyrukluğuna bakılmaksızın Türk kanunlarının uygulanacağı maddede açıkça belirtilmiştir.”

²³⁶ Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s.236-237.

maddesinde “*yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı*” ifadesi ise yargı yetkisinin yer yönünden uygulanmasını değil, kimler tarafından uygulanacağını göstermektedir.²³⁷

Asıl konumuza dönecek olursak, peki birden fazla kişinin birlikte icra ettiği suçlarda faillerden bir veya birkaçı yurtdışında ise yargılama ve cezalandırma nasıl yapılacaktır. Bu duruma ilişkin Kanun Koyucu tarafından TCK’da herhangi bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemiştir. Bu nedenle de genel iştirak kuralları üzerinden sorunun çözümü yoluna gidilmelidir.

Suçla ilişkin fiil ve neticeyi ülke içinde gerçekleştiren kişiler, fail ya da müşterek fail olarak Türk Kanunları nazara alınarak cezalandırılacaklardır. İştirakte bağıllık kuralı gereğince azmettiren ve yardım edenin yabancı bir ülkeden suça iştirak etmesi durumu değiştirmeyecektir. Çünkü, iştirakte bağıllık kuralı nedeni ile azmettiren ve yardım eden sıfatına sahip şerikler hakkında TCK uygulanacaktır. Ancak Türkiye dışında yabancı ülkede işlenen bir suça, Türkiye’den sadece azmettirme ve yardım etme şeklindeki hareketlerle iştirak edilmişse, suçun Türkiye’de işlendiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü, TCK’nın 8. maddesinin 1. fıkrasına göre fiil ve neticenin Türkiye’de gerçekleştirilmesi halinde suçun Türkiye’de işlendiği kabul edilir. Sonuç olarak suç, failin fiili icra ettiği veya neticeyi gerçekleştirdiği yabancı ülkede icra edildiğinin kabulü gerekir.²³⁸ Doktrinde ise, bazı yazarlar şeriklerden biri veya birkaçı hareketin bir kısmını Türkiye’de gerçekleştirmiş veya netice Türkiye’de elde edilmiş olduğunda suçunda Türkiye’de icra edilmiş sayılması gerektiğini kabul etmiştir.²³⁹

Yukarıda da açıkladığımız gibi bu hale ilişkin TCK’da özel bir düzenleme olmaması ve olan mevcut genel düzenlemeler ışığında bağıllık kuralı da dikkate alınarak genel iştirak kurallarının uygulanması gerektiğinden karşıt görüşe

²³⁷ Devrim Aydın, *Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*, TBBD, Sayı:94, 2011, s.133

²³⁸ Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.140; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.708.

²³⁹ Erem ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.167; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.256; Yaşar ve diğerleri, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s.243.

katılmıyoruz ve fiil ve netice Türkiye’de gerçekleşmemiş ise suçta Türkiye’de gerçekleşmeyecektir, bu nedenle de Türkiye’den suça azmettiren ve yardım eden olarak katılan şeriklerin ancak bağımsız şekilde suç oluşturan eylemlerinde sorumlulukları bulunacaktır.

Aynı şekilde fiil ve netice Türkiye’de gerçekleşmesine rağmen şeriklerden bir kısmının Yurtdışında bulunması durumunda da suç Türkiye devletinde icra edildiği kabul edildiğinden yurt dışında bulunan şerikler Türkiye’de cezalandırılacaktır. Burada şeriklerin vatandaş veya yabancı olması durumuna göre TCK m. 11 ve 12 uyarınca yargılama yapılacaktır.

3.11. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA ŞİKAYETTEN VAZGEÇME

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir fiilden dolayı şikayete yetkili kişinin süresi olan altı ay içinde yazılı olarak CMK m.158’deki makamlardan, bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesine şikayet denir. Şikayet suç haberinin öğrenilmesi yollarından biri olmanın yanında dava şartlarındandır.²⁴⁰

Ceza mevzuatımızda şikayete ilişkin düzenleme TCK m 73’de yer almaktadır. Anılan maddenin 1. fıkrasında “*soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz*” denilerek takibi şikayete bağlı olan suçlarda şikayetin yukarıda belirtildiği gibi bir dava şartı olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca aynı maddede altı aylık sürenin zamanaşımı süresi geçmeden fiil ve failin öğrenilmesinde itibaren başlayarak dikkate alınacağı yer almaktadır.

Şikayetten vazgeçme ise TCK m. 73/4’te düzenlenmiştir ve söz konusu madde incelendiğinde şikayetten vazgeçmenin kovuşturması şikayete tabi olan suçlarda hüküm kesinleşinceye kadar suçtan zarar görenin talebi ile gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır.

²⁴⁰ Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku dersleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.317.

Konumuz olan iştirak halinde işlenen suçlara dair ise Kanun Koyucu tarafından mevzuatımızda özel bir düzenleme yapılmıştır. TCK m. 73/5’te “*iştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar*” denilmek suretiyle birden fazla kişinin iştirak halinde icra ettiği suçlarda suçtan zarar görenin bir veya birden fazla sanık (şüpheli) hakkında şikayetten vazgeçtiği durumda suçtan zarar görenin şikayetten vazgeçmediği diğer sanıklar (şüpheliler) lehine bir sonuç doğuracağını ve onların bu vazgeçmeden yararlanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Ayrıca 73/6’da şikayetten vazgeçmenin, vazgeçmeyi kabul eden suçu icra etmiş şahsı etkileyeceği belirtildiğinden, iştirak halinde icra edilmiş bir suçta, suçtan zarar gören şikayetten vazgeçmiş olsa ve sanıklardan sadece biri veya bir kısmı bu vazgeçmeyi kabul etmese, söz konusu vazgeçmeyi kabul etmeyen sanığın bu durumdan etkilenmeyeceği ve onun için yargılamanın devam edeceği kabul edilmiştir.

3.12. BİRDEN FAZLA KİŞİ İLE İŞLENEN SUÇLARDA HÜKMÜN AÇIKLANMASIN GERİ BIRAKILMASI

CMK’nın 231/5 ve 231/6. fıkralarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu şartları ile birlikte düzenlenmiştir. Anılan fıkralara göre: “*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.*” Bu durumda yukarıda belirtilen şartları sağlayan ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul eden sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

Peki iştirak halinde işlenen bir suçta gerçekleştirilen yargılamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu nasıl uygulanacaktır. Bu durumda sadece yukarıda belirtilen ve kanunda yer alan şartları sağlayan iştirakçi hükmün açıklanması geri bırakılmasından yararlanacak diğer iştirakçiler ise yararlanamayacaktır.

CMK m. 231/11’de “*Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar*” denilerek hakkında hükmün açıklanması kararı verilen sanığın daha sonra denetime uymaması halinde ne yapılması gerektiği açıklanmıştır. Bu halde de iştirak halinde suç işleyen sanıklardan birden fazlası hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa fakat sanıklardan sadece biri denetime uymasa, hüküm denetime uymayan sanık hakkında açıklanacak diğerleri aleyhine bir sonuç doğmayacaktır.

SONUÇ

Çalışmamızda genel olarak anlattığımız fail kavramı, bir anlamda ceza hukukunda suçu ve cezayı tespit ederken hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişinin Kanun Koyucu tarafından kategorize edilmesidir. Kanun koyucu, faili; doğrudan fail, müşterek fail, dolaylı fail, azmettiren ve yardım eden olarak ayırarak cezanın somutlaştırılmasında uyulacak kıstasları fail yönünden belirlemiş ve bu kavramların tanımlarını yaparak kanunilik ilkesinin gereğini yerine getirmiştir.

Failin iyi bir şekilde anlaşılması ve açıklanması için iştirak kavramının da ele alınması gerekmektedir. Objektif, sübjektif ve fiile egemenlik gibi failin iştirakteki konumunu ele alan teoriler iştirak kavramının hukuk bilimi açısından bakış açılarını yansıttığı gibi kanunların yazımı sırasında kabul edilen felsefeyi de gözler önüne sermektedir.

İştirak, aynı suçu birden fazla kişinin birlikte icra etme iradesi ile hareket etmesi sonucu gerçekleştirmesi veya neticeye teşebbüs etmesi olarak tanımlanabilir. Bu tanımda iştirake ilişkin en önemli unsur “birlikte icra etme iradesi”dir. Suçu birden fazla kişi birlikte gerçekleştirmiş olsa bile, failler birbirlerinden habersiz olarak, iştirak iradeleri olmadan hareket etmeleri halinde iştiraktan söz edilemeyecek, her failin eylemi diğerinden bağımsız olarak ele alınacaktır. Türk Ceza Hukuku sisteminde de bu şekilde bir düzenleme kabul edilmiş ve bu durum “fikir ve eylem birliği” olarak uygulamada ve teoride kendine yer bulmuştur.

İştirakte fail başka faillerin eylemi ile fiilini birleştirerek yeni ve çok failli suç tipi meydana getirmiştir. Faillerin iştirakteki konumları birbirleri ile eşit düzeyde olabileceği gibi faillerden bir veya birkaçı yardım eden durumunda bulunup daha alt düzeyde de eyleme iştirak edebilir.

İştirakçinin eyleminin Kanun Koyucu tarafından cezalandırılmasının başlıca nedeni her failin eyleminin suç içermesi halinde cezasız bırakılmaması gayesidir. İştirak iradesi içinde suçu icra eden fail sadece kendi eyleminden değil tüm faillerin eylemi birlikte değerlendirilerek cezalandırılmaktadır. Her fail sadece kendi eylemi

göz önüne alınarak diğer faillerin eyleminden bağımsız cezalandırılıyorsa hakkaniyetli bir cezalandırılma gerçekleştirilemezdi. Ancak iştiraki değerlendirerek yapılan cezalandırmada, failler eylemleri haricinde fikirleri ile de suça olan iştirakleri ve iştirak iradeleri belirlenerek cezalandırılmaktadırlar.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı TCK'nun yürürlüğe girdiği 1926'dan 2005 yılına kadar geçen zaman zarfı içerisinde, edinilen bilgi ve tecrübeler ışığında, Mülga Ceza Kanununda yaşanan sıkıntılar en aza indirilmek suretiyle, Türk hukukçular ve akademisyenler tarafından hazırlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, Mülga Ceza Kanunu'nda olduğu gibi iştirakçilerin suçtaki sorumluluklarının belirlenmesinde fail ve şerik ayrımına devam edilmektedir. Bu şekilde yapılan ayırmda objektif ölçütler esas alınarak, failin suç olarak kabul edilen eyleme iştiraki dolayısıyla sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla suçun işlenişine etkisi değerlendirilmektedir. Faillik ve şeriklik ayrımı yapılarak 765 sayılı mülga TCK'da olduğu gibi ikilik sistemi 5237 sayılı TCK'da da kabul edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iştirak, üç ana başlık altında ve üç madde başlığında ele alınmıştır. Bu üç başlık 37. maddede yer alan fail, 38. maddede yer alan azmettiren ve 39. maddede yer alan yardım edendir. Ayrıca 37. maddenin 2. fıkrasında failin bir başka şekli olarak da kabul edebileceğimiz dolaylı fail, “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi” olarak tanımlanmış ve açıkça düzenlenmiştir.

Fail, tek başına koruma altına alınan değerlere saldırırsa, doğrudan ve müstakil faillikten söz edilir. Eğer fail tek başına değil de birden fazla kişi ile birlikte bu korunan değere tecavüz eder, birlikte suç işleme iradesi gösterir ve fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurarsa TCK m. 37'de “fiili birlikte gerçekleştirilen kişiler” olarak tarif edilen müşterek faillik kurumu söz konusu olacaktır. Kanun metninde ve gerekçede müşterek failliğe ilişkin tanımlamanın net ve anlaşılır yapılamadığı yönünde eleştiriler gelmiştir. Hatta kanun metninde anlatılamadığı için gerekçede ayrıntılı açıklanmak zorunda kalındığı dahi iddia edilmiştir. Ancak biz bu görüşlere

madde metninde yer alan açıklamanın yeterli olduğu ve uygulamada bu metni dikkate alarak istikrar kazanmış yargı kararlarının mevcut olduğunu dikkate alarak katılmıyoruz. Ayrıca müşterek failliğin kanundaki düzenlemesini eleştirenlerin istediği gibi bir metnin fazlasıyla uzun ve ayrıntılı olacağı için tercih edilmediği göz ardı edilmemelidir.

Ayrıca kanunumuzda doğrudan faillığe ilişkin herhangi bir düzenleme ve tanımlama da yapılmadığı belirtilerek kanun metni eleştirilmiş ise de Kanun Koyucu, TCK m. 37’de müşterek failliğe ilişkin “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” demek suretiyle müşterek failliğin yanı sıra faile ilişkin de tanım yapmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi faildir.

Yürürlükte olan TCK ile müşterek faillığe ilişkin 765 sayılı kanun döneminde 463. maddede yer alan kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında failin tespit edilememesi halinde müşterek faillere az ceza verilmesi uygulamasından vazgeçilmiştir. Böylece müşterek failliğin tanımında da yer alan birlikte suç işleme kararı ve müşterek hâkimiyet kurma şartları dikkate alınarak müşterek failerin tamamına ceza verilmesi yoluna gidilmiştir.

Mülga Ceza Kanunu’na nazaran, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki iştirake ilişkin belki de en önemli yenilik dolaylı faile ilişkindir. Dolaylı faillikte, asıl fail olan ve perdenin arkasındaki kişi diyebileceğimiz fail, çeşitli vasıtalar veya yöntemler ile suçun icra hareketlerini doğrudan gerçekleştiren şahıs üzerinde hâkimiyet kurmakta ve bu hâkimiyet ona dolaylı fail sıfatı kazandırmaktadır. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kusur yeteneği olmayan şahısların araç olarak kullanılması sureti ile gerçekleştirilecek dolaylı faillik hali özel olarak düzenlenmiştir ve basit dolaylı faillığe göre cezada artırım öngörülmüştür. Ancak bu artırım, sadece süreli hapis cezaları için mümkün olup ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası için dolaylı failin cezasında artırım yapılamayacaktır. TCK’nın 37. maddesinin ikinci fıkrasındaki bu cümle de, ceza siyasetine ve hakkaniyete aykırı olması sebebiyle kanun metninden çıkarılması yerinde olacaktır.

Azmettiren ise, aklında suç işlemeye yönelik fikri olmayan faile suç işlenmesi yönünde fikir vererek, faile suçu icra ettiren kişidir. Azmettiren her ne kadar manevi davranışları ile suça iştirak etmiş ise de suçu doğrudan gerçekleştiren fail gibi cezalandırılacağına kanun metninde yer verilmiştir. Azmettirmeye, ceza hukukunda çok fazla rastlamaktayız. Diğer faillik ve şeriklik statülerinden ayrılmasındaki kıstaslar 765 sayılı TCK'da bulunmaktaysa da, 5237 sayılı TCK ile asli ve fer-i iştirak ayrımına gitmeden azmettirmenin tespit edildiği ve uygulanabilirliğinin isabetli olduğu görülmektedir.

TCK'da hangi durumlarda yardım etmenin oluşacağı benzer kavramlarla açıklanarak ve tek tek belirterek, kanunu uygulayacak olan mercilerin tereddütte kalmadan ve takdir hakkını çok fazla kullanmadan uygulamalarını sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Kanun Koyucu, burada maddi ve manevi yardım etme türlerini genel olarak tanımlamak yerine tahdidi olarak sayarak yardım edenin azmettiren ve dolaylı faile karıştırılmasının önüne geçmek istemiştir.

Zorunlu fer'i iştirak olarak adlandırılan ve 765 sayılı TCK döneminde yardım etme başlığı altında düzenlenen kuruma yeni kanun döneminde iştirake ilişkin kabul edilen sistemde artık gerek olmaması nedeniyle yer verilmemiştir. Çünkü zorunlu fer'i iştirak eden suça katılan diğer kişilerle suç üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu takdirde artık fail olarak sorumlu tutulacaktır.

Sonuç olarak; yukarıda belirttiğimiz, dolaylı faillikte kusur yeteneği olmayanların araç olarak kullanılması hali ceza siyasetine uygun olmaması nedeni ile tekrar gözden geçirilmelidir. Kanun metninde değişiklik yoluna gidilerek dolaylı failliğe ilişkin öngörülen bu artırımdan vazgeçilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Yapılan eleştirilere rağmen müşterek failliğe ilişkin kanunda yer alan düzenleme ve tanımlamanın yeterli olduğu kanaatindeyiz. Kanun metni müşterek failliğe ilişkin anlaşılır ve sade bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca müşterek failliğe dair yargı kararlarının da istikrar kazandığı ve uygulamada tereddütlerin yaşanmadığı görülmektedir. Ayrıca zorunlu fer'i iştirake 5237 sayılı kanunda ayrıca yer vermeyerek faillik kurumu üzerinden yargılamanın yapılması yerinde olmuştur.

Müşterek faillik kurumundan faydalanılarak Mülga Kanun döneminde yer alan zorunlu fer'i iştirake ilişkin cezalandırma ve yargılama rahatça yapılabilir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, (2010), Bağlılık Kuralı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14.
- Albayrak, Mustafa, (2010), Türk Ceza Kanunu Öz Kitap, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Albayrak, Mustafa, (2008), TCK’da Birden Fazla Failin Katıldığı Suçlarda Faillerin Cezalandırılması Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sy:21, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Artuk, Mehmet Emin, (2005), “Yeni Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, sy: 5.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, A. Caner, (2009), TCK Şerhi II, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, A. Caner, (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Caner, (2006), Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Turhan Yayınevi.
- Aydın, Devrim, (2011), Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, TBBD, Sayı:94.
- Aydın, Devrim, (2009), Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aydın, Nurullah, (2008), Türk Suç ve Ceza Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bakıcı, Sedat, (2008), 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bıçak, Vahit, (2013), Suç Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Polis Akademisi Yayınları.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, (2011), Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

- Demirbaş, Timur, (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Develioğlu, Ferit, (2003), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 20. Baskı, Ankara.
- Donay, Süheyl, (2007), Türk Ceza Kanunu Şerhi, İsatambul: Beta Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, (1999), Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku cilt II, İstanbul: Beta Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, (1997), Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku cilt I, İstanbul:Beta Yayınları.
- Erdem, Mustafa Ruhan, (2008), “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, Uğur Alacakaptan Armağanı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, C.1, İstanbul.
- Erdem, Mustafa Ruhan, (2009), “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara.
- Erdem, Mustafa Ruhan, (2005), Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Faillik ve Suç Ortaklığı, Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı:5.
- Erem, Faruk, (1973), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, 10. Baskı, Ankara: Sevinç Matbası.
- Erem, Faruk, (1984), Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 12.bası, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet ve Artuk, Mehmet Emin, (1997), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Eryılmaz, Mesut Bedri, (2013), Ceza Muhakemesi Hukuku dersleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Evik, Sonay Vesile, (2011), *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul: Onki Levha Yayınları.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, (2010), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara:US-A Yayınları.
- Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, www.zekihafizogullari.com/cezahukuku.

- Hakan Hakeri, (1999), Alman Ceza Hukuku'nda Mütessesil Suç, http://www.akader.info/KHUKA/5_99_ekim/alman_ceza_hukukunda.htm.
- Hakeri, Hakan, (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hakeri, Hakan, (2003), Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara: Seçkin, Ankara.
- Hakeri, Hakan, (2006), Yeni Türk Ceza Kanunda İştirak, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:1.
- <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> Güncel Türkçe Sözlük.
- İçel, Kayhan; Sokullu-Akıncı, Füsün; Özgenç, İzzet; Sözüer, Adem; Mahmutoglu, S. Fatih ve Ünver, Yener, (2000), Suç teorisi 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- İçel, Kayıhan ve Evik, Ali Hakan, İçel, (2007), Suç Teorisi Ceza Hukuku, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- İçel, Kayıhan ve Yenisey, Feridun, (1944), Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, İstanbul: Beta Yayınları.
- İçel, Kayıhan, (1972), Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Yayınları N:1762., Hukuk Fakültesi Yayınları N.385, İstanbul.
- İhsan Akçin, Kemalettin Erel, Yüksel Fazla, Çoşkun, Halitoğlu, Fatma Betül Örer, Süleyman Bozoğlu ve Özcan Özbey, (2012), Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, (2005-2012), Ankara: Adalet Yayınları.
- İsfen, Osman, (2006), Yeni TCK'da Organize Hakimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy:7.
- Kaptan, Efehan, (2014), Ceza Hukukunda Suça İştirak, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sy:96, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Katoğlu, Tuğrul, (1996), Müttemadi Suç, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, AÜHF Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Keçelioğlu, Elvan, (2006), Alman Ceza Hukukunda Faillik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl:19, Sy:65.

- Keskin, Serap, (1998), Suç Ortaklığı (Suça İştirak), Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında TCK, İstanbul: Beta Yayınları.
- Koca, Mahmut ve Üzülmaz, İlhan, (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Koyuncu, Ali, (2006), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Otaç, Cengiz, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/BaroDergileri/cos2006.pdf>.
- Önder, Ayhan, (1992), Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Önder, Ayhan, (1963), mütemadi suç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29,1-2.
- Önok, Murat, (2006), Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özbek, Veli Özer, (2010), TCK İzmir Şerhi 'Türk Ceza Kanunun Anlamı', 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, Veli Özer; Kanbur, M. Nihat; Bacaksız, Pınar; Koray Doğan ve İlker Tepe, (2010), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özen, Mustafa, (2007), "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İştirak Kurumuna Bakışı" TBBD.
- Özgenç, İzzet, (1994), Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik, SÜHFD, C.4, S.1-2.
- Özgenç, İzzet, (1996), Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları.
- Özgenç, İzzet, (2005), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Özgenç, İzzet, (2013), Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Özgenç, İzzet, (1998), Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar tahlilleri, 2. Bası, İstanbul: Sebat Yayınları.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, (2006), Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Soyaslan, Doğan, (2005), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şen, Ersan, (2006), Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:1, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Toroslu, Nevzat, (2005), Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tozman, Önder, (2009), “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi.
- Tozman, Önder, (2008), Suça Teşebbüs, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ulusal Yargı Ağı Portalı
- Ünver, Yener, (2006), Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kusurluluk, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1.
- Üzülmez, İlhan, (2006), Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2), EÜHFD, C:1, Sy:2, Kayseri.
- Yalçın Sancar, Türkan, (1998), Çok Failli Suçlar, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Yargıtay Kararları Dergisi (2001), sayı:17.
- Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan, Tahsin ve Artuç, Mustafa, (2010), Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenerer Çakmut, Özlem, (2008), Türk Ceza Yasası’nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK md. 100), Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt:2, Ankara.
- Yıldız, Ali Kemal, (2007), Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Yılmaz, Ejder, (2003), Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Canberk ONAROK
Doğum Yeri : Turhal
Mesleği : Cumhuriyet Savcısı

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi :
Bildiği Yabancı Diller :
Yabancı Dil Puan ve Türü :
Bilimsel Faaliyetler :

İş Deneyimi

Stajlar : Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Avrupa
Birliği Genel Sekreterliği
Projeler :
Çalıştığı Kurumlar : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

İletişim

E-Posta : canberkonarok@gmail.com
Tel. : 0 505 872 44 12
Tarih : 16/12/2014