

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİK**

**DOKTORA TEZİ**

**Özgün ÖZYÜKSEL**

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL**

**HAZİRAN 2020**

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİK**

**DOKTORA TEZİ**

**Özgün ÖZYÜKSEL**

**Tez Danışmanı: Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL**

**HAZİRAN 2020**

## ÖN SÖZ

Doktora bir maraton ve ben yeterlilik sınavımdan tez konusu seçimime, komitelerden savunmama dek desteğini benden esirgemeyen sevgili danışmanım, “tez annem” Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal sayesinde, bu maratonun en şanslı koşucularından biri oldum. Kendisine minnettarım.

2013’ten bu yana kendisinden çok şey öğrendiğim, yüksek lisans tez savunma jürimde ve doktora tez izleme komitemde yer alan ve eleştirileriyle bana adeta “ikinci bir danışman” olan kıymetli hocam Prof. Dr. Vesile Sonay Evik’e ne kadar teşekkür etsem azdır.

Yeterlilik sınavımı onurlandıran, güler yüzüyle tez izleme komitelerimize ev sahipliği yapan ve çalışmalarımda bana yol gösteren muhterem hocam Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu’na da çok müteşekkirim.

İnfaz hukukuna ilgimi artıran ve yeterlik sınavı jürimde yer almasından mutluluk duyduğum kıymetli hocam Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy Rétornaz ile lisanstan bu yana gıyabî öğrencisi olduğum değerli hocalarım Prof. Dr. Özlem Yenerer Çakmut ve Doç. Dr. Güçlü Akyürek’e de, böyle bir dönemde savunma jürimde görev almayı kabul ettikleri için teşekkürlerimi sunuyorum.

Bana ceza hukukunu sevdiren, henüz lisansın ikinci senesinde bu alanda akademik hedefler koymama vesile olan sevgili hocalarım Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu, Prof. Dr. Nevzat Toroslu ve Dr. Halûk Toroslu’ya da gönül borcum büyüktür.

Tez yazım sürecinde sürekli fikir alışverişinde bulunduğum değerli arkadaşım Av. Emre Dizdar’a da burada tekrar teşekkür ediyorum.

“2211-E Doğrudan Yurt İçi Doktora Burs Programı” çerçevesinde tarafıma sağladığı maddî destek dolayısıyla TÜBİTAK’a ayrıca müteşekkirim.

Bu vesileyle, mavi önlüğü giydiğim ilk günden bu yana tükenmez sevgileriyle en büyük destekçim olan canım anneme, babama ve ağabeyime; gerek yüksek lisans gerekse doktora çalışmalarım boyunca her daim motivasyon kaynağım olan can yoldaşıma ve birkaç gün sonra dünyaya getireceği kızımıza, Âhu’muza, Sumelâ’mıza minnet borcumu ifade etmek isterim. İyi ki varlar...

## İÇİNDEKİLER

|                                                         |      |
|---------------------------------------------------------|------|
| ÖNSÖZ .....                                             | ii   |
| İÇİNDEKİLER .....                                       | iii  |
| KISALTMALAR .....                                       | vii  |
| RÉSUMÉ .....                                            | viii |
| ABSTRACT .....                                          | xii  |
| ÖZET .....                                              | xvi  |
| GİRİŞ .....                                             | 1    |
| A.    Sunuş .....                                       | 1    |
| B.    Konunun Sınırlandırılması ve İnceleme Plânı ..... | 2    |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİĞİN ÇERÇEVESİ

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| I.    FAİLLİK - ŞERİKLİK AYRIMI ve DOLAYLI FAİLLİĞİN TANIMI .....      | 3  |
| A.    Faillik .....                                                    | 3  |
| 1.    Geniş Anlamda Faillik .....                                      | 4  |
| 2.    Dar Anlamda Faillik .....                                        | 8  |
| B.    Fail-Şerik Ayrımına İlişkin Başlıca Kuramlar .....               | 10 |
| 1.    Öznel (Sübjektif) Kuram .....                                    | 10 |
| 2.    Nesnel (Objektif) Kuram .....                                    | 13 |
| a.    Şekli Nesnel Kuram .....                                         | 13 |
| b.    Maddî Nesnel Kuram .....                                         | 15 |
| 3.    “Fiil Hâkimiyeti” Kuramı .....                                   | 16 |
| C.    Dolaylı Fail Kavramı .....                                       | 24 |
| 1.    Dolaylı Fail Kavramının Tanımı .....                             | 24 |
| 2.    Dolaylı Faillik İlişkisinde Yer Alan Kişiler .....               | 28 |
| 3.    Dolaylı Faillik İçin Aranacak İrade Hâkimiyetinin Ölçüsü .....   | 34 |
| D.    Dolaylı Faillikte Manevî Unsur .....                             | 38 |
| E.    Dolaylı Failliğin Diğer Faillik Türlerinden Ayırt Edilmesi ..... | 42 |
| 1.    Dolaylı Faillik - Doğrudan Faillik Ayrımı .....                  | 42 |
| 2.    Dolaylı Faillik - Müşterek Faillik Ayrımı .....                  | 45 |
| 3.    Dolaylı Faillik - Yan Yana Faillik Ayrımı .....                  | 48 |
| F.    Dolaylı Failliğin Şeriklik Türlerinden Ayırt Edilmesi .....      | 48 |
| 1.    Dolaylı Faillik - Yardım Etme Ayrımı .....                       | 48 |

|      |                                                                                                                                                                                           |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.   | İradeye Hâkimiyetin Söz Konusu Olmadığı Hâllerde Ancak “Yardım” Addedilebilecek Davranışların İradeye Hâkimiyet Durumunda “Dolaylı Faillik” İçin Yeterli Olup Olmayacağı Tartışması ..... | 50  |
| 3.   | Dolaylı Faillik - Azmettirme Ayırımı .....                                                                                                                                                | 53  |
| II.  | DÖRT TEMEL TARTIŞMA.....                                                                                                                                                                  | 58  |
| A.   | Dolaylı Failliğin Bir İştirak Türü Olup Olmadığı Tartışması.....                                                                                                                          | 58  |
| B.   | Bağlılık Kuralının Dolaylı Faillik İlişkilerinde Geçerli Olup Olmadığı Tartışması.....                                                                                                    | 64  |
| C.   | TCK m. 37/2, c. 1 Hükümünün Gerekli Olup Olmadığı Tartışması.....                                                                                                                         | 67  |
| D.   | Dolaylı Şerikliğe İlişkin Bir Hükümün Gerekli Olup Olmadığı Tartışması..                                                                                                                  | 73  |
| III. | DOLAYLI FAİLLİĞİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ.....                                                                                                                                                  | 74  |
| A.   | İradeye Cebren Hâkimiyet Yoluyla Dolaylı Faillik.....                                                                                                                                     | 75  |
| 1.   | “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden” Olarak Cebir.....                                                                                                                                       | 75  |
| 2.   | “İradeye Hâkimiyet Aracı” Olarak Cebir.....                                                                                                                                               | 82  |
| 3.   | Kusurluluğun Kalkabilmesi ve Dolaylı Faillik İlişkisinin Kurulabilmesi İçin Gereken Cebren Yoğunluğu .....                                                                                | 87  |
| 4.   | Maddî Cebre Maruz Bırakılan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                                            | 93  |
| 5.   | Manevî Cebre Maruz Bırakılan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                                           | 95  |
| 6.   | Dolaylı Failin Cebir Dolayısıyla Ayrıca Cezalandırılabilirliği .....                                                                                                                      | 99  |
| 7.   | Cebre Maruz Bırakılan Şahsın Sorumluluğu .....                                                                                                                                            | 100 |
| B.   | Hukuka Uygun Davranan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik .....                                                                                          | 102 |
| C.   | Kusur Yeteneğinin Yokluğundan veya Zayıflığından Yararlanma Yoluyla Dolaylı Faillik .....                                                                                                 | 107 |
| 1.   | Kusur Yeteneği.....                                                                                                                                                                       | 108 |
| 2.   | TCK’de Sınırlı Bağlılık Kuralının Benimsenmiş Olmasından Kaynaklanan Sorunun “İradeye Hâkimiyet” Ölçütü ile Çözülmesi.....                                                                | 112 |
| 3.   | Kusur Yeteneğinden Yoksun Çocuğun Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                                             | 116 |
| 4.   | Kusur Yeteneğinden Yoksun Akıl Hastasının Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması.....                                                                                                      | 120 |
| 5.   | Kusur Yeteneğinden Yoksun Sağır ve Dilsizin Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                                   | 124 |
| 6.   | Kusur Yeteneği Zayıf Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması..                                                                                                                       | 125 |
| 7.   | Kusur Yeteneği Geçici Nedenlerle Ortadan Kalkan veya Zayıflayan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması.....                                                                         | 127 |
| D.   | Hatadan Yararlanma Yoluyla (Ağır Basan Bilgiye Dayanan) Dolaylı Faillik                                                                                                                   | 130 |
| 1.   | Dolaylı Fail Tarafından Hataya Düşürülen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması.....                                                                                                | 131 |
| 2.   | Kendiliğinden Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                                             | 137 |
| 3.   | Üçüncü Bir Kişi Tarafından Hataya Düşürülen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                            | 138 |
| 4.   | Yararlanmaya Konu Olabilecek Hata Türleri .....                                                                                                                                           | 139 |
| a.   | Suçun Maddî Unsurlarında Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                                  | 139 |

|    |                                                                                                                                                                 |     |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b. | Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlere Ait Koşulların Gerçekleştiği Hususunda Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....              | 142 |
| c. | Hukuka Uygunluk Nedenlerine Ait Koşulların Gerçekleştiği Hususunda Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                              | 144 |
| d. | Suçun Nitelikli Hâllerinde Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                      | 147 |
| e. | Haksızlık Hatasına Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması .....                                                                                     | 153 |
| f. | Saik Hatasına Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması ....                                                                                           | 158 |
| E. | Sapmadan Yararlanma Yoluyla Dolaylı Faillik.....                                                                                                                | 160 |
| F. | “Fail Arkasındaki Dolaylı Faillik” Hâlleri.....                                                                                                                 | 163 |
| 1. | Taksirli Fiilinden Ötürü Sorumlu Olan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik.....                                                 | 167 |
| 2. | Kasıtlı Fiilinden Ötürü Sorumlu Olan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik.....                                                  | 168 |
| a. | Genel Olarak.....                                                                                                                                               | 168 |
| b. | Masabaşı Faillik ve TCK m. 220/5.....                                                                                                                           | 169 |
| G. | Hukuka Aykırı Emrin İfası Hâlinde Dolaylı Faillik .....                                                                                                         | 193 |
| H. | Bir Kimsenin Tipe Uygun Olmayan Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik .....                                                             | 200 |
| İ. | Kişisel Cezasızlık Nedenlerinden veya Cezayı Kaldıran Kişisel Nedenlerden Yararlanan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik ..... | 205 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### DOLAYLI FAİLLİĞİN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI VE

#### BAZI SUÇLARLA İLİŞKİSİ

|    |                                                                                                                                                      |     |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. | DOLAYLI FAİLLİĞİN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ .....                                                                                      | 207 |
| A. | Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Dolaylı Faillik.....                                                                                                    | 207 |
| B. | Suç Etki Eden Nedenler ve Dolaylı Faillik .....                                                                                                      | 211 |
| 1. | Dolaylı Faile Verilecek Cezayı Ağırlaştıran Neden: Davranışları Suça Vasıta Kılınan Şahsın Kusur Yeteneğinden Yoksun Olması (TCK m. 37/2, c. 2)..... | 211 |
| 2. | TCK m. 37/2, c. 2 Hükmünün Ceza Siyaseti Bakımından Yerindeliği .....                                                                                | 212 |
| 3. | Suç Etki Eden Nedenlerin Dolaylı Faile Etkisi .....                                                                                                  | 213 |
| 4. | Dolaylı Failin Suçuna Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti .....                                                                                  | 216 |
| 5. | Suç Etki Eden Nedende Hata .....                                                                                                                     | 216 |
| C. | Dolaylı Faillikte Teşebbüs .....                                                                                                                     | 216 |
| 1. | Dolaylı Faillikte Cezalandırılabilir İcra Başlangıcı .....                                                                                           | 217 |
| 2. | Dolaylı Faillikte Gönüllü Vazgeçme.....                                                                                                              | 225 |
| a. | Dolaylı Failin Gönüllü Vazgeçmesi .....                                                                                                              | 226 |
| b. | Davranışları Suça Vasıta Kılınan Şahsın Gönüllü Vazgeçmesi .....                                                                                     | 229 |
| D. | Dolaylı Faillikte Etkin Pişmanlık.....                                                                                                               | 230 |
| E. | Dolaylı Faillikte Suça İştirak .....                                                                                                                 | 231 |
| F. | Davranışları Suça Vasıta Kılınan Şahsın Dolaylı Failin Kastını Aşan Bir Suç İşlemesi .....                                                           | 233 |

|     |                                                                                                                                                     |     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| G.  | Dolaylı Faillikte Sapma .....                                                                                                                       | 235 |
| H.  | Dolaylı Faillikte Hata.....                                                                                                                         | 237 |
| 1.  | Arka Plândaki Kişinin Hataya Düşmesi.....                                                                                                           | 237 |
| a.  | Ön Plândaki Şahsın Kusur Yeteneği Konusunda Hata.....                                                                                               | 237 |
| b.  | Ön Plândaki Şahsın Kastı Konusunda Hata .....                                                                                                       | 240 |
| 2.  | Ön Plândaki Şahsın Hataya Düşmesi .....                                                                                                             | 241 |
| İ.  | Dolaylı Faillikte Haksız Tahrik .....                                                                                                               | 245 |
| J.  | Dolaylı Faillikte Şikâyetten Vazgeçme ve Şikâyeti Geri Alma.....                                                                                    | 248 |
| II. | DOLAYLI FAİLLİĞİN BAZI SUÇLARLA İLİŞKİSİ .....                                                                                                      | 249 |
| A.  | Taksirli Suçlarda Dolaylı Faillik.....                                                                                                              | 249 |
| B.  | Özel Kasıt Gerektiren Suçlarda Dolaylı Faillik .....                                                                                                | 252 |
| C.  | Herkesçe İşlenemeyen Suçlarda Dolaylı Faillik .....                                                                                                 | 254 |
| 1.  | Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik.....                                                                                                                  | 254 |
| 2.  | Bizzat İşlenmesi Gereken Suçlarda Dolaylı Faillik .....                                                                                             | 261 |
| D.  | İhmâlî Suçlarda Dolaylı Faillik.....                                                                                                                | 263 |
| 1.  | Saf İhmâlî Suçlarda Dolaylı Faillik.....                                                                                                            | 263 |
| 2.  | İhmâl Suretiyle İcra Suçlarında Dolaylı Faillik .....                                                                                               | 266 |
| E.  | TCK'nin İkinci Kitabında Yer Verilen Özel Dolaylı Faillik Hükümlerinin<br>Gerekli Olup Olmadığı Tartışması ve Bu Hükümlerin Yol Açtığı Sorunlar ... | 273 |
|     | SONUÇ .....                                                                                                                                         | 282 |
|     | KAYNAKÇA.....                                                                                                                                       | 287 |
|     | ÖZ GEÇMİŞ .....                                                                                                                                     | 310 |

**KISALTMALAR**

|         |                                                   |
|---------|---------------------------------------------------|
| ACK     | : Alman Ceza Kanunu                               |
| AsCK    | : 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu                  |
| AY      | : 2709 sayılı Kanun (1982 Anayasası)              |
| Bkz.    | : Bakınız                                         |
| CD      | : Ceza Dairesi                                    |
| CGK     | : Ceza Genel Kurulu                               |
| CMK     | : Ceza Muhakemesi Kanunu                          |
| dpn.    | : dipnot                                          |
| E.      | : Esas numarası                                   |
| İCK     | : İtalyan Ceza Kanunu                             |
| K.      | : Karar numarası                                  |
| KK      | : Kabahatler Kanunu                               |
| m.      | : madde                                           |
| RFCK    | : Rusya Federasyonu Ceza Kanunu                   |
| s.      | : sayfa                                           |
| T.      | : Tarih                                           |
| TBK     | : Türk Borçlar Kanunu                             |
| TBMM    | : Türkiye Büyük Millet Meclisi                    |
| TCK     | : Türk Ceza Kanunu                                |
| TÜBİTAK | : Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu |
| vb.     | : ve benzeri                                      |
| vd.     | : ve devamı                                       |
| vs.     | : vesaire                                         |



## RÉSUMÉ

La “perpétration indirecte”, qui constitue l'une des quatre formes de perpétration avec “perpétration directe”, “co-perpétration” et “perpétration à la hauteur de quelqu'un”, est une institution difficile à positionner dans la théorie générale du crime. Dans notre thèse, nous avons essayé d'examiner en détail l'institution de la “perpétration indirecte” -qui est considérée comme un type du “complicité” par certains auteurs- et de contribuer à la théorie et à la pratique, en offrant des solutions uniques sur certaines questions controversées.

Dans la première section de notre thèse, nous avons d'abord examiné la notion de “perpétration” dans son sens large et strict, et la relation entre ces deux approches différentes et l'institution de la “perpétration indirecte”. Ensuite, en examinant les principales théories sur la division de “l'auteur-participant”, nous avons analysé le concept de la “perpétration indirecte” sur la base de la théorie de la “domination de l'acte” et du concept de “domination de la volonté”.

Selon la théorie de la “domination de l'acte” qui a été avancée par Claus Roxin et adoptée également par le législateur turc, ceux qui établissent consciemment la domination sur l'acte criminel sont des “auteurs” et ceux qui contribuent à la réalisation de l'acte en ayant le contrôle sur sa propre action occasionnelle (en n'établissant aucune domination sur l'acte) est considéré comme un “participant”. Selon Roxin, la “domination de l'acte” peut prendre trois formes différentes: “domination de l'acte”, “domination de la volonté” et “domination fonctionnelle” qui, dans l'ordre, constituent la base de la “perpétration directe”, de la “perpétration indirecte” et “co-perpétration”. Dans notre thèse, nous avons aussi adopté la théorie de la “domination de l'acte” et défini le concept d’“auteur médiateur” comme “la personne physique qui -en ne s'exposant pas et n'ayant pas recours à la *vis absoluta*- établit délibérément la domination sur la volonté d'autrui et utilise ses actions en tant qu'instrument dans la commission du crime qu'il a voulu et commencé à exécuter”.

Dans les cas de la “perpétration indirecte”, le statut de “perpétration” de la personne en arrière plan découle de sa domination intentionnelle sur la volonté et les actions de la personne au premier plan. Pour pouvoir engager la responsabilité d'une personne en tant qu’“auteur médiateur d'un crime”, il/elle doit avoir connu et souhaité “tous les éléments nécessaires pour la commission du crime”. De plus, la personne à l'arrière-plan doit savoir qu'elle contrôle la volonté et l'action de la personne au premier plan, qu'elle utilise son action et qu'elle l'a souhaitée.

Même s'il y a généralement trois personnes (l'auteur médiateur, la victime et celle dont la volonté est prise sous contrôle et dont les actions sont utilisées en tant qu'instrument dans la commission du crime) dans les affaires de la "perpétration indirecte", parfois les deux dernières peuvent être la même personne et le nombre de personnes peut descendre à deux.

Dans la même section, nous avons essayé de distinguer la "perpétration indirecte" des formes de participation et d'autres formes de perpétration, en attirant particulièrement l'attention sur les nuances entre la "perpétration indirecte" et l'"incitation".

On peut se demander si la participation indirecte peut être acceptée comme type de complicité ou non. À notre avis, la "perpétration indirecte" doit être traitée comme une institution indépendante de la complicité, car la personne au premier plan n'a pas "la volonté de commettre un crime avec l'auteur médiateur" et l'auteur médiateur agit -pas avec "la volonté de commettre un crime avec la personne au premier plan", mais plutôt- avec "la volonté de médier l'action de la personne dont la volonté est sous domination".

Il est également controversé de savoir si "le principe accessoire" s'applique aux cas de la "perpétration indirecte" ou non. Alors que certains auteurs affirment que "le principe accessoire" s'applique également aux cas de la "perpétration indirecte", la majorité déclare que ce n'est pas possible, et même certains d'entre eux notent que cette question ne vaut même pas la peine d'être discutée. À notre avis, le principe accessoire ne s'applique pas aux cas de la "perpétration indirecte", puisque l'acte criminel est "l'œuvre de l'auteur médiateur" et tire son contenu de l'injustice -non de l'action de la personne au premier plan, mais au lieu de cela- de la domination intentionnelle de l'auteur médiateur sur la volonté et l'action de la personne au premier plan.

Une autre discussion est de savoir si la première phrase de l'art. 37/2 du CPT est nécessaire ou non. À notre avis, une telle disposition générale n'est pas nécessaire pour punir une personne qui établit délibérément la domination sur la volonté d'un autre et utilise ses actes comme un instrument pour commettre le crime qu'elle a voulu. En fait, malgré l'absence d'une telle disposition dans le CPT abrogé (n°765), l'institution de la "perpétration indirecte" a été acceptée dans la théorie et la pratique, et la punition d'un individu comme l'"auteur médiateur" n'était pas considéré comme contraire au principe de légalité.

Un autre sujet de discussion est de savoir s'il est possible de punir quelqu'un en tant que "complice indirect". Selon nous, il est possible de punir une personne -en tant que "complice", conformément aux dispositions de 38 et 39- qui conduit ou oblige une autre à participer à un crime en établissant la domination sur sa volonté. Ainsi, une disposition générale comme la première phrase de l'art. 37/1 du CPT n'est pas nécessaire pour la "complicité indirecte".

Dans la dernière partie de la première section, différentes formes d'apparence de la "perpétration indirecte" sont analysées en détail. Le premier instrument à dominer la volonté de quelqu'un est la "coercition" qui est un concept qui recouvre à la fois la "violence" et la "menace". Celui qui domine la volonté d'autrui et utilise son action comme un instrument recourant à la *vis compulsiva*, que ce soit l'art. 28 du CPT s'applique au cas ou non. Celui qui en utilise un autre comme un objet ordinaire dans la commission d'un crime recourant à la *vis absoluta*, au contraire, est tenu pour "auteur immédiat" du crime commis. Dans cette forme de perpétration indirecte, il y a toujours un cas d'"auteur derrière l'auteur".

Étant donné que le législateur turc a adopté "le principe accessoire limité" (art. 40/1 du TPC) et a jugé suffisant "l'existence d'un acte typique illégal et délibérément commis" pour la participation au crime, ceux qui contribuent à la commission d'un acte licite ne peut être tenu pour responsable en termes de "complicité". Pourtant, la légalité des actes d'une personne dont la volonté est prise sous contrôle ne rend pas les actes de la personne en arrière plan "licites", et il/elle devient "l'auteur médiateur du crime" en raison de sa domination sur la volonté et les actions de la personne au premier plan.

Une personne qui contrôle la volonté de quelqu'un non-imputable (une autre qui n'a pas la capacité d'agir avec faute) et utilise son action en tant qu'un instrument dans la commission d'un crime est également tenue responsable comme "auteur médiateur" du crime commis. Le législateur, à l'art. 31-34 du CPT, a supposé que certaines causes suppriment l'imputabilité et a interdit d'enquêter sur l'exactitude de ces hypothèses dans le jugement des ceux qui sont supposée manquer d'imputabilité. Pourtant, cette interdiction ne s'applique qu'à la responsabilité de la personne au premier plan (qui est supposée manquer d'imputabilité). Selon l'art. 40/1 du CPT, l'acte illégitime et délibérément commis par une personne non-imputable est convenable pour la participation. Donc, en déterminant le statut de la personne en arrière plan, il convient d'abord de rechercher si la personne au premier plan (qui est supposée manquer d'imputabilité) n'est "vraiment" pas imputable, et si elle n'est vraiment pas imputable, la personne en arrière plan qui contrôle sa volonté sachant ce "defekt" doit être acceptée comme "l'auteur médiateur du crime commis".

Une personne qui contrôle la volonté d'autrui en profitant de son erreur et utilise ses actions comme instrument dans la commission d'un crime qu'il a prévu est également tenue responsable en tant qu'"auteur médiateur" du crime commis. La personne au premier plan peut avoir été trompée par la personne en arrière plan ou par une tierce personne, ou elle peut avoir fait une erreur par elle-même. En outre, l'erreur peut être liée aux éléments matériels du crime (art. 30/1 du CPT) ou il peut également y avoir un autre type d'erreur mentionné dans d'autres paragraphes de l'art. 30.

Même si des actes atypiques ne conviennent pas à la participation, une personne qui établit la domination sur la volonté d'autrui et utilise ses actions atypiques comme instrument dans la commission d'un crime qu'il a l'intention de commettre peut également être tenue pour responsable en tant qu'"auteur médiateur du

crime”. Par exemple, une personne qui force une autre à se suicider sera punie comme “l’auteur médiateur du crime d’homicide volontaire”.

Selon certains auteurs, il existe une autre forme d’“auteur derrière l’auteur” : la perpétration indirecte par le biais d’une organisation criminelle. Selon cette théorie (la théorie de “*mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*”) développée par Roxin, dans une organisation entièrement criminelle qui a une structure hiérarchique stricte et plusieurs membres remplaçables, la domination des commandants sur l’organisation les rend dominants sur l’acte criminel et -de cette façon- ils deviennent “l’auteur médiateur du crime commis par le membre de l’organisation (l’auteur immédiat)”. Cependant, étant donné que la “perpétration indirecte” nécessite une “domination sur la volonté”, nous pensons que la “domination sur une organisation criminelle» ne serait pas suffisante pour accepter le commandant en tant que l’“auteur médiateur» du crime commis dans le cadre de l’organisation, et que l’art. 220/5 du CPT a créé inconstitutionnellement un statut de “responsabilité objective”.

Même si l’art. 41 du projet de CPT du 12/05/2003 prévoit qu’une personne qui conduit “une autre personne bénéficiant d’une impunité personnelle” à commettre un crime serait tenue pour l’“auteur médiateur du crime commis”, il est impossible d’accepter cette prémisse. En effet, à moins que la personne en arrière plan n’établisse une domination délibérée sur celui qui bénéficie d’une impunité personnelle, il ne serait pas possible de la considérer comme l’“auteur médiateur”.

Un supérieur hiérarchique qui contrôle la volonté d’un officier (par la contrainte ou en profitant de son erreur, par exemple) et utilise ses actions comme un instrument dans la commission d’un crime est également tenu responsable en tant qu’“auteur médiateur” du crime qu’il/elle a commis délibérément.

Dans la deuxième section de notre mémoire, nous avons analysé la relation entre la perpétration indirecte et certaines institutions de droit pénal (telles que les faits justificatifs, la tentative, le repentir, l’agitation illégitime) et certains types de délits (telles que délits d’imprudence, délits d’omission).

## ABSTRACT

“Indirect perpetration”, which constitutes one of four different forms of perpetration with “direct perpetration”, “co-perpetration” and “perpetration abreast of somebody”, is an institution difficult to position in general crime theory. In our dissertation, we have tried to examine the institution of “indirect perpetration” - which is considered as a type of “participation in crime” by some authors- in detail and contribute to theory and practice, by offering unique solutions on some controversial issues.

In the first section of our dissertation, we have first examined the notion of “perpetration” with both its broad and narrow sense, and the relation between these two different approaches and the institution of “indirect perpetration”. Then, looking into the main theories about the division of “perpetrator-participant”, we analyzed the concept of “indirect perpetration” on the basis of the theory of “domination of the act” and the concept of “will domination”.

According to the theory of “domination of the act” which has been put forward by Claus Roxin and adopted by Turkish legislator too, those who consciously establish domination over the criminal act are “perpetrators”, and those who contribute to the realization of the act having control just over his/her own casual action (establishing no domination over the act) are considered “participants”. According to Roxin, “domination of the act” may appear in three different forms as “act domination”, “will domination” and “functional domination”, which -in order- constitute the basis of “direct perpetration”, “indirect perpetration” and “co-perpetration”. In our dissertation, we have also adopted the theory of “domination of the act” and defined the concept of “indirect perpetrator” as “the natural person who -by not exposing and resorting to *vis absoluta*- deliberately establishes domination over another’s will and uses his/her actions as an instrument in the commission of the crime he/she intended and began to execute.”

In “indirect perpetration” cases, the “perpetration” status of the person in the background stems from his/her intentional domination over the will and actions of the person on the foreground. To be able to hold a person liable as “indirect perpetrator of a crime”, he/she has to have known and wanted “all elements which are needed to be intended for the commission of that crime.” Further, the person on the background has to know that he/she has control over the will and act of the person on the foreground, that he/she uses his/her action, and has desired it.

Even though there are generally three persons (the indirect perpetrator, the victim, and the one whose will is taken under control and whose actions are used as an instrument in the commission of the crime) in “indirect perpetration” cases, sometimes the last two may be the same person, and the number of persons may decrease to two.

In the same section, we tried to distinguish “indirect perpetration” from the forms of participation and other forms of perpetration, especially drawing attention to the differences between “indirect perpetration” and “instigation”.

It is controversial whether indirect participation can be accepted as a type of participation or not. In our opinion, “indirect perpetration” has to be treated as an institution independent of “participation”, since the person in the foreground does not have “the will to commit a crime together with the indirect perpetrator” and the indirect perpetrator acts -not with “the will to commit a crime together with the person in the foreground”, but instead- with “the will to mediate the action of the person whose will is under domination”.

It is also controversial whether “the accessory principle” does apply to “indirect perpetration” cases or not. While some authors argue that “the accessory principle” also applies to “indirect perpetration” cases, the majority states that this is not possible, and even some of them note that this issue is not even worth discussing. In our view, the accessory principle does not apply to “indirect perpetration” cases, since the criminal act is “the work of the indirect perpetrator” and takes its content of the injustice -not from the action of the person in the foreground, but instead- from the indirect perpetrator’s intentional domination on the will and action of the person in the foreground.

Another discussion is about if the first sentence of the art. 37/2 of the TPC is needed or not. In our opinion, such a general provision is not necessary, to punish someone who deliberately establishes domination over another’s will and uses his/her actions as an instrument in the commission of the crime he/she intended. As a matter of fact, despite the absence of such a provision in the period of abolished (765 numbered) TPC, the institution of “indirect perpetration” was accepted in both theory and practice, and the punishment of an individual as “indirect perpetrator” was not considered to be against the principle of legality.

Another debatable issue is whether it is possible to punish someone as an “indirect participator”. In our opinion, it is possible to punish someone -as “participator”- who leads or forces another to participate in a crime by establishing domination over his/her will, in accordance with the provisions of 38-39. Thus, a general provision like the first sentence of the art. 37/1 of the TPC is not needed for “indirect participation”.

In the last part of the first section, different appearance forms of “indirect perpetration” are analyzed in detail. The first instrument to dominate someone’s will

is the “coercion” which is a concept that covers both “violence” and “threat”. The one who dominates another’s will and uses his/her action as a tool resorting to *vis compulsiva*, whether the art. 28 of the TPC applies to the case or not. The one who utilizes another as an ordinary object in the commission of a crime resorting to *vis absoluta*, on the contrary, is held liable as “direct perpetrator” of that crime. In this form of indirect perpetration, there is always a case of “perpetrator behind the perpetrator”.

Since Turkish legislator has adopted “the limited accessory principle” (art. 40/1 of the TPC) and has considered sufficient “the existence of a typical-unlawful and deliberately committed act” for participation in crime, those who contribute to the commission of a lawful act cannot be held accountable within the terms of “participation in crime”. Yet, the lawfulness of the actions of a person whose will is taken under control does not make the acts of the person in the background “lawful”, and he/she becomes “the indirect perpetrator of the crime” due to his/her domination over the will and actions of the person in the foreground.

A person who controls over the will of a non-imputable one (another who lacks the capacity of acting with fault) and uses his/her action as an instrument in the commission of a crime is also held liable as “indirect perpetrator” of that crime. The legislator, in art. 31-34 of the TPC, has assumed that some causes remove the imputability, and has forbidden the investigation of the correctness of these assumptions in the trial of the crimes committed by those who are deemed to lack the imputability. Yet, this prohibition applies only to the responsibility of the person in the foreground (who is assumed to lack the imputability). According to art. 40/1 of the TPC, a non-imputable person’s unlawful and deliberately committed act is suitable for participation. Hence, while determining the status of the person in the background, it should first be investigated if the person in the foreground (who is assumed to be devoid of imputability) “really” is not imputable, and if he/she really lacks the imputability, the person in the background who controls over his/her will knowing this “defekt”, has to be accepted as “the indirect perpetrator of the crime”.

A person who controls over the will of another by taking advantage of his/her error and uses his/her actions as an instrument in the commission of a crime he/she intended is also held liable as “indirect perpetrator” of that crime. The person in the foreground may have been mistaken by the person in the background or by a third person, or he may have made an error by himself/herself. Besides, the error may be related to the material elements of the crime (art. 30/1 of the TPC) or there may also be another type of error mentioned in other paragraphs of the art. 30.

Even though non-typical acts are not suitable for participation, a person who establishes domination over the will of another and uses his/her non-typical actions as an instrument in the commission of a crime he/she intended can also be held liable as “indirect perpetrator of that crime”. Accordingly, for instance, a person who forces another to suicide will be punished as “indirect perpetrator of the crime of intentional killing”.

According to some authors, there is another form of “perpetrator behind the perpetrator”: armchair perpetration. According to this theory (the theory of “*mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*”) developed by Roxin, in a fully criminal organization which has a tight hierarchical structure and several replaceable members, commanders’ domination over the organization makes them dominant over the criminal act and by this way, they become “the indirect perpetrator of that crime”. However, since “indirect perpetration” requires “will domination”, we think that “domination over a criminal organization” would not be enough to accept commander as “indirect perpetrator” of a specific crime committed within the framework of the organization, and that art. 220/5 of the TPC has unconstitutionally created an obvious status of “objective responsibility”.

Even though the art. 41 of the Draft of the TPC of 12/05/2003 provides that a person who leads “another who benefits from a personal impunity” to commit a crime would be held liable as “indirect perpetrator of that crime”, it is impossible to accept this premise. Indeed, unless the person in the background establishes a deliberate domination over the one who benefits from a personal impunity, it would not be possible to consider him/her “indirect perpetrator”.

A superior who controls over an officer’s will (for instance by coercion or by taking advantage of his/her error), and uses his/her actions as an instrument in the commission of a crime is also held liable as “indirect perpetrator” of the crime he/she intended to commit.

In the second section of our dissertation, we have analyzed the relation between indirect perpetration and some institutions of criminal law (such as justification defenses, attempt, unjust provocation) and some types of offenses (like negligent crimes, omissive offenses).



## ÖZET

“Doğrudan (müstakil) faillik”, “birlikte (müşterek) faillik” ve “yan (yan yana) faillik” ile birlikte failliğin dört görünüm şeklinden birini oluşturan “dolaylı faillik” kurumu, suç genel teorisinde konumlandırılmasında güçlük çekilen başlıca kurumlardandır. Tezimizde, bir iştirak türü kabul edilip edilemeyeceği dahi doktrinde tartışmalı olan “dolaylı faillik” kurumu “Türk ceza hukuku” çerçevesinde etraflıca incelenmiş, tartışmalı konularda yer yer özgün bir yaklaşım ortaya koyularak teoriye ve pratiğe katkı sağlanmaya çalışılmıştır.

İki bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde, ilk olarak geniş ve dar faillik anlayışları ile çok failli suç tipi anlayışı incelenmiş ve bu anlayışları benimseyenlerin dolaylı faillik kurumuna bakışları ele alınmıştır. Ardından, fail-şerik ayırımı ilişkin başlıca kuramlar irdelenerek dolaylı faillik kavramı “fiil hâkimiyeti” kuramı ve “irade hâkimiyeti” kavramı zemininde tahlil edilmiştir.

Yasa koyucumuzun da “fail-şerik” ayırımına esas aldığı “fiil hâkimiyeti kuramı”na göre; fiil üzerinde bilinçli olarak hâkimiyet kuran kişiler fail, ihlâlê “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın” yalnızca kendi nedensel davranışlarına hâkim şekilde kasten katkı sağlayan kişiler ise şeriktir. *Roxin*’e göre, fiil hâkimiyetinin “hareket hâkimiyeti (*Handlungsherrschaft*)”, “fonksiyonel hâkimiyet (*funktionelle Tatherrschaft*)” ve “irade hâkimiyeti (*Willensherrschaft*)” olmak üzere üç farklı görünüm şekli mevcut olup bunlar sırasıyla doğrudan, müşterek ve dolaylı failliğe esas teşkil etmektedir. Biz de “fail-şerik” ayırımında, yasa koyucunun tercihiyle uyumlu olarak, “fiil hâkimiyeti” kuramını benimsediğimizden, dolaylı faili “iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını ‘işlemeyi kastettiği’ suça vasıta kılan gerçek kişi” olarak tanımlamış bulunuyoruz.

Dolaylı faillik ilişkilerinde, arka plândaki kişinin failliği, ön plândaki şahsın iradesi ve davranışları ile fiil üzerindeki kasta dayalı hâkimiyetinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, bir suçun “doğrudan faillik” şeklinde kasten işlenebilmesi için bilinmesi ve istenmesi gereken tüm unsurlar arka plândaki kişi tarafından bilinip istenmedikçe dolaylı faillikten de bahsedilememektedir. Ayrıca, arka plândaki kişi, ön plândaki şahsın iradesi ile tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunu ve bu şahsın davranışlarını suça vasıta kıldığını bilmeli ve bunları istemelidir.

Dolaylı faillik ilişkisinde, çoğunlukla, en az üç kişi (dolaylı fail, iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahıs ve mağdur) yer

almaktaysa da, “davranışları suça vasıta kılınan şahıs” ile “mağdur”un aynı kişi olduğu hâllerde bu sayı ikiye ineilmektedir.

Aynı bölümde, dolaylı failliğin diğer faillik ve şeriklik türlerden ayırıcına yönelik açıklamalara yer verilmiş, dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki farklara özellikle dikkat çekilmiştir.

Dolaylı failliğin bir iştirak türü kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bize göre, dolaylı faillik ilişkilerinde ön plândaki şahsın “dolaylı faille birlikte suç işleme iradesi”ne sahip olmaması ve dolaylı failin de -“ön plândaki şahısla birlikte suç işleme iradesi”yle değil- “iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma iradesi”yle hareket etmesi sebebiyle, dolaylı faillik kurumunun iştiraktan bağımsız bir müessese olarak ele alınması gerekmektedir. Nitekim, dolaylı failliği bir iştirak türü kabul eden yazarlar dahi, örneğin ön plândaki şahsın hukuka uygun davranışlarının suça vasıta kılındığı hâllerde iştirak kurallarının işletilemeyeceğini dile getirmektedir.

Aynı bölümde ele alınan bir diğer önemli tartışma, bağlılık kuralının dolaylı faillik bakımından uygulanabilirliğine ilişkindir. Doktrinde kimi yazarlar bağlılık kuralının dolaylı faillik ilişkilerine de uygulanacağını savunurken, çoğunluk bunun mümkün olmadığını belirtmekte, hattâ bu yönde görüş bildiren kimi yazarlar bu konunun tartışılmaya dahi değer olmadığını dile getirmektedir. Bize göre de, fiilin “dolaylı failin eseri” olması ve haksızlık içeriğini -ön plândaki şahsın davranışlarından değil- dolaylı failin ön plândaki şahsın iradesi ve davranışları üzerindeki kasıtlı hâkimiyetinden alması sebebiyle, dolaylı faillikte bağlılık kuralı geçerli değildir.

İlk bölümde yer verilen bir diğer tartışma, TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün gerekli olup olmadığına ilişkindir. İradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimsenin davranışlarını kastettiği suça vasıta kılan kişinin cezalandırılabilmesi için TCK m. 37/2, c. 1 benzeri bir genel hükme, bizim de katıldığımız görüşe göre, ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim, 765 sayılı mülga TCK döneminde, böyle bir hükmün yokluğuna karşın, dolaylı faillik kurumu doktrinde ve uygulamada kabul edilmiş, kişilerin “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılması kanunîlik ilkesine aykırı görülmemiştir.

Tartışılmaya değer olmakla birlikte öğretide az tartışılan önemli meselelerden bir diğeri de, bir kimsenin “dolaylı şerik” sıfatıyla cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı meselesidir. Fikrimizce, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimseyi bir suça katılmaya sevk eden veya zorlayan kişinin bu eyleminden sorumlu tutulabilmesi için, TCK m. 37/2, c. 1 benzeri bir “dolaylı şeriklik” hükmüne ihtiyaç olmayıp kişinin TCK m. 38-39 hükümleri çerçevesinde “şerik” sıfatıyla cezalandırılması pekâlâ mümkündür.

Tezin birinci bölümünün son kısmında ise, dolaylı failliğin görünüm şekilleri etraflıca incelenmiştir. Bir kimsenin bir başkasının iradesi üzerinde hâkimiyet

kurmasında akla gelen ilk etkili araç “cebiri”dir. Cebir, “maddî cebir (şiddet/violence)” ile “manevî cebri (tehdidi/menace)” kapsayan bir üst kavram olup zorlayıcı maddî veya manevî cebir (“vis compulsiva”) sayesinde iradesine bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını kastettiği suça vasıta kılan kişi -ön plândaki şahıs TCK m. 28’den yararlansın veya yararlanmasın- işlenen suçun dolaylı failidir. Zira, “bir kimseden cebre katlanmasının istenip istenememesi” ile “cebredenine cebre maruz bıraktığı şahsın iradesine hâkim olup olmaması” birbirinden bağımsız iki ayrı mesele olup cebrin TCK m. 28 uyarınca “katlanılması beklenen bir cebir” olması arka plândaki kişinin cebre maruz kalan şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurmasına engel değildir. Buna karşılık, bir başkasını mutlak maddî cebre (“vis absoluta”)ya başvurmak suretiyle suçta alelade bir nesne gibi kullanan kişi ise, fiil üzerindeki hâkimiyetinin “kendi hareketi üzerindeki hâkimiyeti”ne dayanması sebebiyle, işlenen suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulacaktır. İradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillikte ön plândaki şahıs -TCK m. 28’den yararlansın veya yararlanmasın- tipikliği “kasten ve hukuka aykırı olarak” gerçekleştirdiğinden, dolaylı failliğin bu görünüm şeklinde her hâlde “fail arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilecektir.

Sınırlı bağıllık kuralını (TCK m. 40/1) benimseyen yasa koyucunun iştirak için “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş tipik bir fiilin varlığını zorunlu kabul etmesi sebebiyle, hukuka uygun bir eylemin gerçekleştirilmesine nedensel katkı sağlayan kişiler iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu tutulamamaktadır. Ancak, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan bir kimsenin davranışlarının hukuka uygunluğu, bu davranışları kastettiği bir suçun icrasına vasıta kılan kişinin eylemini hukuka uygun kılmamakta ve “irade hâkimiyeti” sayesinde fiile hâkim olan arka plândaki kişi “dolaylı fail” hâline gelmektedir.

Dolaylı failliğin bir diğer görünüm şekli, kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı failliktir. Bir kimsenin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı veya azalıp azalmadığı, işlediği her suç için, somut olayın şartları göz önüne alınarak, bağımsız bir değerlendirmeye saptanır. Bununla birlikte, yasa koyucu, TCK m. 31 ilâ 34’te, bazı nedenlerin kusur yeteneğini kaldırdığını “varsaymış”, kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılan kişilerce işlenen suçların muhakemesinde “bu kişilerin sorumluluğu bakımından” söz konusu varsayımların (kanunî kesin karinelerin, fiksiyonların, faraziyelerin) doğruluğunun araştırılmasını yasaklamıştır. TCK m. 40/1 hükmüne göre, esasen, kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin “kasten ve hukuka aykırı” olarak işlediği tipik fiil iştirake elverişlidir. Buna göre, dolaylı faillik incelemesinde, ilkin ön plândaki şahsın -kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılmış olsun veya olmasın- “tipik fiili gerçekleştirdiği esnada” gerçekten kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığı araştırılmalı ve yoksunluk hâllerinde, bu durumu bilen arka plândaki kişi, ön plândaki şahsın iradesi ve fiili üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “kastettiği suçun dolaylı faili” kabul edilmelidir. Bize göre kusur yeteneğinden yoksun bir kimse de kasıtlı ve taksirli hareket edebildiğinden, kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı faillikte de “fail arkasındaki dolaylı faillik” durumundan bahsedilebilecektir.

Hatasından yararlanarak iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılan kişi de, ağır basan bilgiye dayanan bu hâkimiyeti sebebiyle, kastettiği suçun dolaylı faili olacaktır. Bu olasılıkta, ön plândaki şahıs arka

plândaki kişi veya üçüncü bir kimse tarafından hataya düşürülmüş olabileceği gibi, kendiliğinden de hataya düşebilir. Yararlanmaya konu hata, suçun maddî unsurlarına (TCK m. 30/1) ilişkin olabileceği gibi, TCK m. 30 hükmünün diğer fıkralarındaki türden bir hata da olabilir.

Dolaylı failliğin akla gelebilecek bir diğer görünüm şekli “sapmadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” olup gerek nedensellik bağında gerekse hedefte ve suçta sapma hâllerinde irade hâkimiyetinden ve dolaylı faillikten söz edilebilecektir.

Tipik olmayan fiiller iştirake elverişli değilse de, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimsenin tipe uygun olmayan davranışlarını kastettiği suça vasıta kılan kişi “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulabilecektir. Örneğin, bir başkasını intihara zorlayan kişinin durumu böyledir.

Doktrinde fail arkasındaki dolaylı faillığe gösterilen bir diğer örnek “suç örgütü içerisindeki hâkimiyetten yararlanma yoluyla dolaylı faillik”tir. “Masabaşı faillik kuramı” olarak da anılan kurama göre, “hukuk normlarından sıyrılmış” olan ve varlığını hepsi “ikame edilebilir birer araç” niteliğindeki üyelerinden bağımsız olarak sürdüren sıkı hiyerarşik yapıya sahip bir suç örgütünde, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların ağırlık merkezi doğrudan failden (suç örgütü üyesinden) yöneticiye doğru kaymakta ve bu yolla fiil hâkimiyetine kavuşan suç örgütü yöneticisi “dolaylı fail” hâline gelmektedir. Biz, Alman uygulamasında yaygın kabul gören ve Türk ceza hukuku doktrininde de önemli ölçüde taraftar toplayan bu kuramın TCK m. 220/5 hükmünde sorunlu bir şekilde somutlaştırıldığını düşünüyor; yarattığı “kesin faillik karinesi” ile apaçık objektif sorumluluk öngören bu normun ilga veya iptâl edilmesi, suç örgütü yöneticisinin sorumluluk statüsünün ise genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiğini savunuyoruz.

12/05/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükûmet Tasarısı’nın 41’inci maddesinde, kişisel cezasızlık nedenlerinden yararlanan kimselere suç işletilmesi durumunda sırf bu sebeple dolaylı failliğin söz konusu olacağı belirtilmiş ve bu görüş öğretide bazı yazarlarca desteklenmiş ise de, bir kimsenin kişisel cezasızlık nedenlerinden yahut cezayı kaldıran kişisel nedenlerden yararlanıyor olması, o kimseye suç işleten kişiyi “dolaylı fail” kabul etmek için yeterli değildir.

Memurun iradesi üzerinde -örneğin cebren veya hileyle- hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kılan amir, işlenen suçun dolaylı faili kabul edilecektir.

Tezin ikinci bölümünde ise, dolaylı failliğin bazı ceza hukuku kurumları ve bazı suçlarla ilişkisi incelenmiştir. Bu çerçevede, hukuka uygunluk nedenleri ve suça etki eden nedenlere ilişkin incelemenin ardından, dolaylı faillikte cezalandırılabilir icra başlangıcının tespiti meselesi ele alınmıştır. Ön plândaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurma fiili ile bu şahsa işletilen fiilin arka plândaki kişi bakımından normatif bir bütün oluşturduğunu kabul eden ve bizim de benimsediğimiz “bütüncül çözüm teorisi”ne göre, arka plândaki kişi, davranışlarını suça vasıta kılmak istediği

şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurmakla “suçun icrasında yararlanabileceği elverişli bir vasıta” yaratmakta ve bu açıdan irade hâkimiyetinin tesisi dolaylı faillik şeklinde işlenen suçlar bakımından bir tür “hazırlık hareketi” teşkil etmektedir. Buna göre, arka plândaki kişinin suça teşebbüs sebebiyle “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulabilmesi için, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kasten hâkimiyet kurması ve bu şahsın kastedilen fiilin icrasına elverişli davranışlarla başlaması zorunludur. Gönüllü vazgeçme bakımından ise, dolaylı faillik bir iştirak türü olmadığından, TCK m. 41 hükmü değil, TCK m. 36 hükmü uygulanacaktır.

Dolaylı faillik için arka plândaki kişinin “ön plândaki şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurma” ve “bu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma” yönünde doğrudan veya olası kastının bulunması zorunlu olduğundan, bir başkasının kasten veya taksirle işlediği suça taksirli davranışıyla katkı sağlayan kişinin bu suçun dolaylı faili sayılmasına olanak yoktur.

Dolaylı failin etkin pişmanlık kurumundan yararlanabilmesi için, Kanun’un aradığı çabayı o veya bu şekilde hâkimi olduğu bir fiille ortaya koyması gerekmektedir. Davranışları suça vasıta kılınan şahsın etkin pişmanlığından söz edilebilmesi içinse, bu şahsın tamamlanmış suçtan sorumlu olması ve tıpkı dolaylı fail gibi bu suçun etkilerini gidermeye yönelik gerekli fiilleri gerçekleştirmesi icap etmektedir.

Dolaylı faillik şeklinde işlenen suçlara azmettirme, yardım etme veya müşterek faillik biçiminde iştirak mümkündür.

Davranışları suça vasıta kılınan şahıs “dolaylı failin kastını aşan bir suç” işlediğinde, arka plândaki kişi, kastettiği suçların tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış şekinden “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılırken, kastını aşan kısımdan bu sıfatla sorumlu tutulamayacaktır.

İradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın suça vasıta kılınan davranışı ile başlatılan nedensel sürecin dolaylı fail tarafından öngörülenden farklı şekilde geliştiği “sapma” hâllerinde, arka plândaki kişinin sorumluluğunun tespitinde kasıt ve taksire ilişkin genel esaslara başvurulacak; işlemek istediği suçun “tamamlanmış” veya “teşebbüs aşamasında kalmış” şekinden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu olan kişi, doğrudan kastetmediği hâlde gerçekleşen suç bakımından olası kastı varsa “dolaylı fail”, taksiri varsa “doğrudan fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır.

Arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın kusur yeteneği konusunda hataya düşmesi muhtemeldir. Ön plândaki şahsın kusur yeteneğine sahip zannedildiği ilk olasılıkta, arka plândaki kişi, kusur yeteneğinden yoksun bulunan şahsın iradesi üzerinde hâkim pozisyona gelmekte, ancak bu hâkimiyeti kasta dayanmamaktadır. Bu nedenle, bu olasılıkta, dolaylı faillikten söz etmek mümkün değildir. Ön plândaki şahsın kusur yeteneğinden yoksun zannedildiği ikinci olasılıkta ise, arka plândaki kişi, bu şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu inancıyla hareket etse de, gerçekte (objektif olarak) irade ve fiil hâkimiyeti tesis edememekte ve suçun icrasına yönelik

şahsî nedensel davranışı üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle ancak “şerik” statüsüne girebilmektedir.

Arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın kastı konusunda hataya düşmesi de yine muhtemeldir. Ön plândaki şahsın kasıtlı davranıyor zannedildiği ilk olasılıkta, şeriklik iradesiyle hareket eden arka plândaki kişi kasıtsız davranan şahsın iradesi üzerinde objektif olarak hâkimiyet kurmuş olacak, ancak bu hâkimiyeti kasta dayanmadığından “dolaylı faillik”ten söz edilemeyecektir. Öte yandan, ön plândaki şahsın “kasıtsız olarak” işlediği fiil iştirake elverişsiz olduğundan, arka plândaki kişinin “şerik” sıfatıyla cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Ön plândaki şahsın kasıtsız davranıyor zannedildiği diğer olasılıkta ise, arka plândaki kişi ön plândaki şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet tesis edemeyecek; buna karşılık, ön plândaki şahsın işlediği fiil iştirake elverişli olduğundan, “şerik” sıfatıyla cezalandırılabilir.

Bir suçta “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” işleyen kişi, faillik statüsü ne olursa olsun, şartların sağlanması hâlinde, haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

Dolaylı faillik şeklinde işlenen suçlarda “fail” sıfatını taşıyan herhangi bir kişinin kim olduğu öğrenilmedikçe şikâyet hakkına ilişkin hak düşürücü süre işlemeyecek, örneğin iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan fakat “fail” sıfatını taşımayan şahsın kimliğinin öğrenilmesi bu süreyi başlatmaya yetmeyecektir. Fail arkasındaki dolaylı faillik hâllerinde ise, fiil ile arka veya ön plândaki şahsın kimliğinin öğrenilmesi altı aylık hak düşürücü süreyi başlatacaktır. Ayrıca, dolaylı faillik bir iştirak türü olmadığından, TCK m. 73/5 hükmü burada uygulanamayacaktır.

İradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu şahsın davranışlarını özel kasıtlı işlenmesi gereken bir suça vasıta kılan kişinin “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için özel kastının bulunması gerekli ve yeterli olup ön plândaki şahsın kasıtsız davranması dahi dolaylı faillğe engel teşkil etmemektedir.

Doktrinde özgü suçların dolaylı faillğe tümüyle elverişsiz olduğunu savunanlar varsa da, her şeyden önce, arka plândaki kişi ile ön plândaki şahsın her ikisinin de özel faillik niteliklerine sahip olduğu hâllerde dolaylı faillikten söz etmek mümkündür. Keza, yasa koyucunun aradığı hukukî ve/veya maddî niteliklere sahip bir kimsenin bu niteliklerden yoksun bir şahsı iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak suça sevk ettiği durumlar ile bunun tam aksinin gerçekleştiği durumlarda da, arka plândaki kişi, işlenen suçun dolaylı faili kabul edilecektir. Buna karşılık, arka plândaki kişinin ve iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan ön plândaki şahsın özel faillik niteliklerinden yoksun olduğu hâllerde ise özgü suçun işlenemeyeceği açıktır. Bu tespitler, “bizzat işlenmesi gereken suçlar” kategorisinde görülen suçlar bakımından da geçerlidir.

Doktrinde tartışmalı bir diğer mesele, ihmâlî suçların dolaylı failliğe elverişli olup olmadığı meselesidir. Fikrimizce, saf ihmâlî suçlarda belli bir hareketi gerçekleştirmekle yükümlü olan şahsın iradesinin hâkimiyet altına alınmasına ve davranışlarının suça vasıta kılınmasına bir engel bulunmamaktadır. Garantörsel ihmâlî suçlarda da, davranışları suça vasıta kılınan şahsın veya arka plândaki kişinin “garantör” sıfatını taşıması kaydıyla, dolaylı faillikten söz edilebilecektir. “Garantör” sıfatından yoksun bir kimsenin tipik neticeyi önlemek isteyen garantörü emredilen hareketin icrasından alıkoyduğu hâllerde ise, garantörün hareketini önleyen kişi, icraî bir davranış gerçekleştirmesi sebebiyle, “ihmâlî suçun dolaylı faili” değil, “icraî suçun doğrudan faili” kabul edilecektir.



## GİRİŞ

### A. Sunuş

Suç, kısaca, failin kişiliğine göre değişebilen cezaî sonuçlarla yasaklanmış hukuka aykırı fiilleri ifade etmektedir<sup>1</sup>. Buna göre, bir suçtan söz edilebilmesi için, en az bir fiil ile bir failin varlığına ihtiyaç vardır. Bir suç kural olarak tek başına bir fail tarafından işlenebilirse de, bazı durumlarda birden çok kişi suçun işlenmesinde zorunlu veya ihtiyarî olarak rol oynayabilir. TCK m. 37 ilâ 39 hükümlerinde, suçun icrasında rol oynayan kişiler için, ilki “faillik” ve diğeri “şeriklik” olmak üzere, iki farklı sorumluluk statüsü belirlenmiştir. Yasa koyucunun öngördüğü şeriklik türleri “azmettirme” (m. 38) ve “yardım etme”den (m. 39) ibaret iken, m. 37’de düzenlenen faillik “doğrudan (müstakil)”, “birlikte (müşterek)”, “dolaylı (dolayısıyla)” veya “yan (yan yana)” faillik şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Bir iştirak türü kabul edilip edilemeyeceği dahi tartışmalı olan ve üzerine az sayıda monografi yazılmış bulunan dolaylı faillik kurumunun “Türk ceza hukuku” çerçevesinde inceleneceği bu çalışmada, amaç, bilimsel ve yargısal içtihatlarda benimsenen muhtelif görüşlerin değerlendirilmesi suretiyle uygulamaya katkı sağlayabilmek ve yer yer önerilen normatif değişikliklerle yasa koyucuya yol gösterebilmektir.

---

<sup>1</sup> Nevzat Toroslu / Halûk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s. 17.



## **B. Konunun Sınırlandırılması ve İnceleme Plânı**

“Dolaylı faillik” kurumuna ilişkin çalışmamız esas itibarıyla “Türk ceza hukuku” çerçevesiyle sınırlandırılmış ise de, çalışmada karşılaştırmalı hukuk verilerine de sıklıkla yer verilecek, tartışmalı noktaların aydınlatılmasında yabancı dilde verilen eserlerden doğrudan veya dolaylı olarak yararlanılacaktır. Öte yandan, şeriklik ve diğer faillik türlerine de “konunun anlaşılması bakımından gerekli olduğu ölçüde” değinilecek, yargısal içtihatlardan yararlanılarak kuramsal boyutun ötesine geçilmeye çalışılacaktır. Dolaylı failliğin uluslararası ceza hukuku boyutu ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde, ilkin “faillik-şeriklik” ayrımı üzerinde durulacak ve “dolaylı fail” kavramı tanımlanarak dolaylı failliğin diğer faillik ve şeriklik türlerinden ayırt edilmesine çalışılacaktır. Yine birinci bölümde, dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığı, bağlılık kuralının dolaylı faillik ilişkileri bakımından uygulanıp uygulanamayacağı ve TCK m. 37/2, c. 1 hükmü ile dolaylı şerikliğe ilişkin bir hükme ihtiyaç olup olmadığı tartışmalarının ardından, dolaylı failliğin görünüm şekilleri irdelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, dolaylı failliğin bazı ceza hukuku kurumlarıyla ve bazı suçlarla ilişkisi ele alınacaktır.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **TÜRK CEZA HUKUKUNDA DOLAYLI FAİLLİĞİN CERÇEVESİ**

#### **I. FAİLLİK - ŞERİKLİK AYRIMI ve DOLAYLI FAİLLİĞİN TANIMI**

##### **A. Faillik**

Kanunî tanımda suçun işlenebilmesi için bir kişinin yeterli kabul edildiği suçlara “tek failli suç” adı verilmektedir<sup>2</sup>. Yasa koyucunun suçun işlenebilmesi için birden fazla kişinin varlığını gerekli gördüğü “zorunlu iştirak” hâllerinde ise “çok failli suç”tan bahsedilir<sup>3</sup>. Bununla birlikte, tek failli suçlar da sıklıkla birden fazla kişi tarafından işlenebilmektedir. Fakat, “suça muhtemel<sup>4</sup> iştirak” için kanunî tanımda aranan fail sayısından fazla kişinin suçu “iştirak iradesiyle ve birlikte” işlemesi gerektiğinden, tek failli bir suçun birden fazla kişi tarafından işlendiği her hâlde suça muhtemel iştiraktan söz etmek mümkün olmayacaktır<sup>5</sup>.

Faillik-şeriklik ayrımının anlaşılabilmesi ve dolaylı failliğin doğru şekilde tanımlanabilmesi için, failliği geniş ve dar anlamda ele alan görüşlerin irdelenmesinde yarar vardır.

---

<sup>2</sup> Vesile Sonay Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 5.

<sup>3</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 5; Toroslu/Toroslu, s. 354. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Türkân Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1998.

<sup>4</sup> Toroslu/Toroslu, s. 316: “Bu tür iştirake, bunu ... ‘zorunlu iştirak’ten (örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma gibi) ayırmak için ‘muhtemel iştirak’ denir.” Aynı yönde bkz. Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 26; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 5, dñn. 2.

<sup>5</sup> Aydın, **İştirak**, s. 29: “Suça iştirak ve suçun birlikte işlenmesi aynı şey değildir. (...) ‘habersiz birlikte suç işleme’ ve ‘kitle (yığın) hâlinde birlikte suç işleme’ hâllerinde ortada birden fazla fail olsa da bunlar arasında iştirak ilişkisi yoktur.” Aynı yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 1, 6, 7.

## 1. Geniş Anlamda Faillik

Korunmaya değer görülen hukukî varlık ve menfaatleri ihlâl eden (tehlikeye sokan yahut zarara uğratan) her fiilin, kanunda düzenlenmiş olsun olmasın, salt “antisosyal” niteliği sebebiyle cezaya lâyık olduğu düşüncesinden, kısacası kanunîlik ilkesinin maddî (öze ilişkin) yorumundan beslenen<sup>6</sup> “failliğin genişletici anlayışı”na göre; bir kişinin “fail” sayılabilmesi için, davranışının yasada gösterilen bir suç tanımıyla örtüşmesi (tipik olması) zorunlu olmayıp hukukî varlık veya menfaatin ihlâline iradî -ve ilâveten<sup>7</sup> hukuka aykırı ve kasıtlı yahut taksirli- davranışıyla katkı sağlayan herkes “fail”dir<sup>8</sup>. Failin tespiti sorununu ceza hukukunun “hukukî varlık ve menfaatleri korumak” şeklindeki temel amacı bağlamında ele alan<sup>9</sup> ve davranışın ihlâl açısından nedensel değer taşımasını “cezalandırılabilirliğin hukukî esası” kabul eden<sup>10</sup> bu düşünceye göre, örneğin kasten öldürme suçu bakımından, mağduru tek başına veya başkasıyla birlikte kurşunlayan, mağduru kurşunlayan şahsı suça azmettiren, teşvik eden, onun kararını kuvvetlendiren, ona fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, yol gösteren, vasıta temin eden, suçun icrasını bir şekilde kolaylaştıran ve mağduru “iradesine hâkim olduğu” bir kimseye kurşunlatan

<sup>6</sup> Failliğin genişletici anlayışının kanunîlik ilkesinin maddî yorumundan beslendiği yolundaki tespit için bkz. Toroslu/Toroslu, ss. 319-320; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 90.

<sup>7</sup> Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 386; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2011, s. 474. Ayrıca bkz. Franz v. Liszt / Eberhard Schmidt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 26. Auflage, Berlin/Leipzig: De Gruyter, 1932, s. 327’den aktaran İzzet Özgenç, **Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukukî Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1990, s. 38; İzzet Özgenç, **Suç İştirakin Hukukî Esası ve Faillik**, İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 1996, s. 53: “Burada kişinin bu ihlâli bizzat kendisinin gerçekleştirmesiyle, bu ihlâle bir başkasını sevk etmesi arasında bir fark yoktur.”

<sup>8</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu** ss. 89-90; Toroslu/Toroslu, ss. 319-320. Aynı yönde bkz. G. Battista Impallomeni, **Il Codice Penale Italiano**, Vol. 1, Firenze: Stabilimento Giuseppe Civelli Ed., 1890, s. 363; Gaetano Insolera, **Problemi di Struttura del Concorso di Persone nel Reato**, Milano: Giuffrè Editore, 1986, s. 16 vd.; Giuseppe Bettiol, **Diritto Penale**, 10. Edizione, Padova: CEDAM, 1982, s. 567’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 36.

<sup>9</sup> Eberhard Schmidt, “Die mittelbare Täterschaft”, **Festgabe für Reinhard von Frank**, Band II, Tübingen, 1930, ss. 116-117’den aktaran İzzet Özgenç, **Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukukî Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990, s. 37.

<sup>10</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 31-32, 89; Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 386.

kişilerin tamamı “fail”dir. Failliğin genişletici anlayışı, hukukumuzda, kabahatler (KK m. 14/1<sup>11</sup>) ile taksirli suçlar (TCK m. 22/5<sup>12</sup>) yönünden açıkça benimsenmiştir<sup>13</sup>.

Fail-şerik ayrımını “yasa koyucunun yarattığı, doğal olmayan bir ayırmadan ibaret<sup>14</sup>” kabul eden ve azmettirme ile yardımı da faillik kapsamında değerlendiren bu anlayışa paralel olarak, her bir failin eşit şekilde cezalandırılması öngörülmüş ve “cezada eşitlik sistemi” farklı görüşlere dayanılarak savunulmuştur<sup>15</sup>. Birden çok kişinin nedensel katkısıyla işlenen suçlarda “fail sayısı kadar suç” oluşacağını ileri sürenlere göre, her fail kendi suçundan sorumlu olacak ve herkesin suçu diğerlerinininkiyle aynı olduğundan her fail hakkında aynı “temel<sup>16</sup>” cezaya hükümlenacaktır<sup>17</sup>. Oysa, ceza hukukunda suç sayısının tespitinde esas ölçü -“fail sayısı” değil- “ihlâl edilen norm sayısı”<sup>18</sup> olup iştirak kurumunu yok sayan ve hukukî dayanaktan yoksun bulunan bu görüş “felsefî bir spekülasyon”dan ibarettir<sup>19</sup>. Gerçekten de, söz gelimi, on kişinin bir kimseyi kasten öldürdüğü bir olayda, ortada bir ölü varken on farklı kasten öldürme suçundan söz etmek mümkün değildir.

<sup>11</sup> **KK m. 14/1:** *Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.*

<sup>12</sup> **TCK m. 22/5:** *Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*

<sup>13</sup> Koca/Üzülmez, s. 388; Önok, s. 40.

<sup>14</sup> Edmund Mezger, **Strafrecht - Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, München/Leipzig: Duncker & Humblot, 1949, ss. 411-412’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 39.

<sup>15</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 31.

<sup>16</sup> Antonio Pagliaro, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, Milano: Giuffrè Editore, 2003, s. 544; Marco Boscarelli, **Contributo Alla Teoria del “Concorso di Persone nel Reato”, Le Fattispecie di Concorso**, Padova: CEDAM, 1958, s. 22’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 32-33: *“Bu sistemde ağırlatıcı veya hafifletici nedenler diğer faille sirayet etmeyecektir.”*

<sup>17</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 32-33; Nurullah Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 13, Sayı: 1, 1947, s. 72; Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt II, İstanbul: Der Yayınları, 2019, ss. 754-755, kn. 880.

<sup>18</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 33; Koca/Üzülmez, s. 430.

<sup>19</sup> Eugenio Florian, **Trattato di Diritto Penale**, 4. Edizione, Milano: Dott. Francesco Vallardi Editore, 1934, s. 688’den aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 756, kn. 881; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 32-33.

Suç birliğini kabul eden görüş ise, objektif ve sübjektif<sup>20</sup> olmak üzere, ikiye ayrılmaktadır<sup>21</sup>. Suçun icrasına sunulan katkıların katışıp kaynaşarak tek bir suçta vücut verdiği kabulünden hareket eden “objektif suç birliği” yaklaşımına göre, suçta birlik, “kader birliği” ile işlenen suçun tüm sonuçlarını kendilerine mâl eden faillerin cezasında birliği-eşitliği zorunlu kılmaktadır<sup>22</sup>. Ancak, işlenen suçun tek bir suçta vücut verdiği doğru ise de, suçta birlik, tüm faillerin kader birliği yaptığı ve nedensel katkıların her hâlde eşit olduğu iddiasını haklı göstermemekte ve eşitlik sistemini ceza siyaseti bakımından hakkaniyete uygun kılmamaktadır<sup>23</sup>.

Yine, “suçun icrasına katkı” niteliğindeki her bir davranışın -şartların eşitliği teorisinden hareketle, tipik olsun veya olmasın- “eşit nedensel değerlere sahip” kabul edildiği sübjektif suç birliği anlayışında da, suç, “suça katkı sağlayanların ortak eseri” sayılmakta ve tüm failler bu ortak eserden (tek suçtan) sorumlu tutulmaktadır<sup>24</sup>. Ancak, bu görüşü benimseyenler, “sorumluluk” bakımından suça katkı sağlayanlar (failler) arasında herhangi bir ayrım gözetmezken, faillere verilecek cezanın berirlenmesinde iki farklı yol izlemektedir<sup>25</sup>. Bu yaklaşımlardan ilkinde göre, katkıların eşitliği, faillere verilecek cezada da eşitliği gerektirmektedir<sup>26,27</sup>. Ne var ki,

<sup>20</sup> Her ne kadar “Türk Dil Kurumu - Güncel Türkçe Sözlük”te (<https://sozluk.gov.tr/>), anılan sözcüğün “sübjektif” şeklinde yazılması gerektiği belirtilmekteyse de, biz, bu sözcüğü aslına uygun şekilde okuyup yazmayı uygun görüyoruz. (<https://sozluk.gov.tr/>)

<sup>21</sup> Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 70.

<sup>22</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 31-32; Koca/Üzülmez, ss. 387-388; Önok, s. 41; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 36; Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 753, kn. 878: “*Bu görüşten esinlenerek cezada eşitlik sistemini kabul eden kanun, 1791 ve 1810 Fransız Ceza Kanunu olmuştur. (...) Kanaatimizce, bu sistem, Fin Ceza Kanunu, 2012 tarihli Macar Ceza Kanunu ve Bulgar Ceza Kanununda da benimsenmiştir.*” Objektif suç birliği görüşünün dört farklı alt kolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, ss. 71-72.

<sup>23</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 756, kn. 881; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 33.

<sup>24</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 754, kn. 879; Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 72.

<sup>25</sup> Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 72.

<sup>26</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 31; Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 72; Önok, s. 41. Örneğin, suçun işlenişine katkı sağlayanların cezalandırılmasında “eşitlik sistemi”ni benimseyen *von Liszt*, niteliği ve niceliği ne olursa olsun, ihlâl katkı sağlayan her kusurlu ve hukuka aykırı davranışın birbirine eş değer olduğu ve failler arasında sübjektif yönden “birinci derecede fail-ikinci derecede fail” şeklinde bir ayrıma gidilemeyeceği kanaatindedir. Bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 26, dpn. 13.

<sup>27</sup> Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 72: “*Sübjektif kıstasa göre hareket edenler, işlenen tek suçu bütün ortakların suçu kabul etmekte ve sorum bakımından fark görmemekte birleşirler, fakat bunlar da bir noktada ikiye ayrılırlar. Bir kısmı ceza tayininde tekrar objektif usule döner, yani işlenen suça bakar ve bu suçun cezasının bütün suç ortaklarına verilmesini ister. Bu suretle bir başka yoldan yine cezada eşitlik sistemine gelmiş bulunuyoruz.*”

bu iddiayı, şartların eşitliği teorisine yöneltilecek itirazlarla<sup>28</sup> yanıtlamak mümkündür. Ayrıca, “hukuka aykırı, kasıtlı ve nedensel değere sahip” olsa dahi, tipik olmayan (örneğin “karar kuvvetlendirme”den ibaret) bir davranışın, suçun icrasında, tipe uygun bir davranışla (örneğin, kasten öldürme suçunda “mağdurun kurşunlanması” hareketiyle) eş değer kabul edilmesi ve aynı ceza ile müeyyidelendirilmesi âdil olmayacaktır<sup>29</sup>.

Sübjektif suç birliği anlayışının “saf sübjektif” yorumunu benimseyenler<sup>30</sup> ise, cezada eşitlik sistemini önemli ölçüde yumuşatmakta; nedensel davranışları sebebiyle “fail” kabul edilen kişilerin ihlâlâ yönelik katkılarının “sübjektif<sup>31</sup>” açıdan birbirine her zaman denk sayılamayacağını ve ihlâlâ tâlî (ikinci derecede) katkı sağlayanların (“ikinci derecede fail”lerin<sup>32</sup>) diğerleriyle aynı cezaya lâyık kabul edilemeyeceğini ileri sürerek, “cezanın faile göre belirlenmesi sistemi”ni önermektedir<sup>33</sup>. Suçun işlenişine katkı sağlayan herkesin yine “fail” kabul edildiği<sup>34</sup> bu sistemde, suçun hukukî konusunu “daha hafif biçimde<sup>35</sup>” ihlâl edenlerin cezasının azaltılmasına-sınırlandırılmasına<sup>36</sup> (cezaî sorumluluklarının daraltılmasına<sup>37</sup>) olanak tanıyan hükümler, yalnızca “yaptırımın nedensel katkının hafifliği ölçüsünce

<sup>28</sup> Toroslu/Toroslu, **Genel Kısım**, ss. 148-149.

<sup>29</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 33.

<sup>30</sup> Örneğin, fail kavramını geniş yorumladığı hâlde, tüm faillerin eşit şekilde cezalandırılmayacağını savunan Schmidt ve Mezger’in görüşleri için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 36-41.

<sup>31</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 25: “Suça olan katkılar arasında objektif bakımdan ayırım görmeyen ... v. Buri, iştirak şekillerini sübjektif bir perspektifle ayırıma tâbi tutmaktadır. Ancak, bu sübjektivitede, ..., suçun sübjektif unsuru olan kast (irade) değil; ... güdülen amaç ve menfaat ayırıcı fonksiyon icra etmektedir.”

<sup>32</sup> Maximilian von Buri, **Über Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung**, GS 22, 1870, s. 22’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 26.

<sup>33</sup> Kunter, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, s. 72.

<sup>34</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 37: “Cezanın faile göre verilmesi sistemi fail ve şerik şeklinde ikili bir ayırım yapmamakta, suça iştirak eden herkesi prensipte eşit kabul ederek, cezasını belirlemek açısından geniş takdir yetkisi vermektedir.”

<sup>35</sup> Aydın, **İştirak**, s. 57.

<sup>36</sup> Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2019, s. 669; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 89-90; Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 386. Önok, s. 40: “Geniş anlamda faillik anlayışı esas alındığında, şerikliğe ... dair hükümler, cezayı sınırlandırmış olacaktır. Zira söz konusu hükümler olmasa, suçun oluşmasına herhangi düzeyde bir katkı sunan herkesi fail saymak gerekecekti. Bu modele meşhur bir tarihi örnek, 1794 tarihli Prusya Kanunu’dur (m. 64-77).”

<sup>37</sup> Silvio Ranieri, **Il Concorso di Più Persone in un Reato**, Milano: Giuffrè Editore, 1949, s. 202’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 39.

indirilmesine” hizmet etmekte<sup>38</sup>, tipikliği daraltıcı bir etki göstermemektedir<sup>39</sup>. Cezanın failin kötülüğüne ve tehlikeliliğine göre belirlendiği bu sistem, keyfiliğe yol açtığı ölçüde kanunilik ilkesiyle çelişmekte ve adaletsiz sonuçlara kapı aralamaktadır<sup>40</sup>. Bu nedenle, cezanın faile göre belirlenmesi sistemini savunanların bazıları, fail-şerik ayrımının kanunilik ilkesi bakımından zorunlu olduğunu savunmaktadır<sup>41</sup>. Öte yandan, “ikinci derecede fail” kabul edilen azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılması da izah edilememektedir<sup>42</sup>.

Failliğin genişletici anlayışına göre, dolaylı faillik, doğrudan faillikten salt görünüş itibarıyla ayrılmakta<sup>43</sup> ve tıpkı azmettirme, teşvik yahut karar kuvvetlendirme gibi “manevî bir faillik türü” sayıldığından, gereksiz bir kurum olarak görülmektedir<sup>44</sup>. Gerçekten de, bu anlayışa göre, ön plândaki şahsın o veya bu sebeple cezalandırılmaması (örneğin düştüğü hata sebebiyle kasıtsız yahut maruz kaldığı manevî cebir sebebiyle kusursuz kabul edilmesi), arka plândaki kişinin sorumluluğunu etkilemeyecek ve bu kişi “fiil üzerinde hâkimiyet kurmasa dahi” salt suçun icrasına kasten sağladığı nedensel katkı sebebiyle, her hâlde “fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır.

## 2. Dar Anlamda Faillik

“Faillik” kavramını kanunilik ilkesinin biçimsel yorumuna göre çözümleyen, cezalandırılabilirlik için -nedenselliğin yanı sıra- davranışın tipe uygunluğunu da

<sup>38</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 475; Toroslu/Toroslu, s. 319. Bizzat işlenebilen suçlar ile özgü suçlar bakımından ise, iştirake ilişkin hükümler, cezaî sorumluluğun alanını daraltıcı değil, aksine genişletici bir rol oynamaktadır. Aynı yönde bkz. Edmund Mezger, **Strafrecht I - Allgemeiner Teil - Ein Studienbuch**, München/Berlin, 1960, s. 230, 232’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 40, dpn. 81-82: “... bu suçlara azmettiren veya yardım eden, ancak söz konusu hükümler sayesinde cezalandırılabilir.”

<sup>39</sup> Aksi görüş için bkz. Bettiol, 1982, s. 576’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 90.

<sup>40</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 37.

<sup>41</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 37.

<sup>42</sup> Schmidt, “Die mittelbare Täterschaft”, s. 118’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 38, dpn. 72.

<sup>43</sup> Mezger, **Ein Lehrbuch**, s. 434; Schmidt, “Die mittelbare Täterschaft”, s. 120’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 39, 41.

<sup>44</sup> Edmund Mezger, “Die Teinnahmeregulung des Strafgesetzentwurfs von 1919”, **Deutsche Strafrechtszeitung** 8, 1921, s. 206’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 41, dpn. 86.

kural olarak zorunlu gören<sup>45</sup> ve TCK’de de benimsenen<sup>46</sup> “dar anlamda faillik” anlayışına göre, fail, korunmak istenen hukukî varlık ve menfaatin ihlâlüne kanunî tanımda gösterilen (tipik) davranışlarıyla -bizzat<sup>47</sup>- sebebiyet veren kişidir<sup>48,49</sup>. İhlâl “nedensel, fakat tipe uygun olmayan” davranışlarıyla katkıda bulunan ve bu nedenle “fail” addedilemeyeceği düşünülen kişilerin “şerik” sıfatıyla cezalandırılabilmesi ise, cezaî sorumluluğun alanını (ceza normunun kapsamını) bu yönde genişleten iştirak hükümleri sayesinde mümkün olmaktadır<sup>50,51</sup>. Kaynağını failliğin daraltıcı anlayışından alan<sup>52</sup> “cezada ikilik sistemi”ne göre, şeriklere faillere nazaran daha hafif bir ceza uygulanması hakkaniyet gereğidir<sup>53</sup>. Ancak, failer ile şeriklerin birbirinden ayırt edilmesinde yaşanan güçlük, ikilik sisteminin eleştirilmesine neden olmuştur<sup>54</sup>. Öte yandan, şeriklerin tipe uygun olmayan davranışları ancak failin tipik fiiline bağlı olarak önem kazandığından<sup>55</sup>, bunlar arasındaki bağlantının ne şekilde sağlanacağını belirleyen bir “bağlılık kuralı”na ihtiyaç doğmuştur<sup>56</sup>. Bu kural ise, yasa koyunun benimsediği bağlılık derecesine göre, suçun icrasına tipik olmayan davranışlarıyla katkı sunan bazı kimselerin sorumsuzluğunu ve buna bağlı eleştirileri

<sup>45</sup> Bettiol, 1982, s. 576’dan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 82; Ernst Beling, **Grundzüge des Strafrechts**, 11. Auflage, Tübingen, 1930, s. 63’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 44.

<sup>46</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 476; Önok, s. 39; Zafer, s. 413.

<sup>47</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 474; Koca/Üzülmez, s. 387.

<sup>48</sup> Dar anlamda failin tanımında “bizzat” ibaresine yer vermeyen bazı yazarlar için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 82; Toroslu/Toroslu, s. 320: “... *tipik fiili bütün kurucu unsurları yönünden gerçekleştiren kişiyi ifade eder.*”

<sup>49</sup> Ranieri, **Concorso**, s. 195’ten naklen Aydın, **İştirak**, s. 56: “*Fail kavramını dar anlamda ele alan görüşe göre ... fail, kanunun emrini ihlâl ederek yasaklanan tipik hareketleri yapan kişidir.*”

<sup>50</sup> Beling, s. 63; Reinhart Maurach, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Karlsruhe, 1971, s. 618; Max Ernst Mayer, **der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**, 2. Auflage, Heidelberg: C. Winter, 1923, s. 375, 388, 390’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 44-45. Yine bu yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 387.

<sup>51</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 82-83; Fabrizio Ramacci, **Corso di Diritto Penale**, Torino: Giappichelli Editore, 2007, s. 512’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 52; Ferrando Mantovani, **Diritto Penale - Parte Generale**, Padova: CEDAM, 1979, s. 455’ten aktaran Toroslu/Toroslu, s. 320.

<sup>52</sup> Koca/Üzülmez, s. 388.

<sup>53</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 34.

<sup>54</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 35.

<sup>55</sup> Angelo Raffaele Latagliata, **I Principi del Concorso di Persone nel Reato**, Pompei, 1965, s. 84; Cesare Pedrazzi, **Il Concorso di Persone Nel Reato**, Palermo: Priulla Ed., 1952, ss-22-23; Sergio Seminara, **Techniche Normative e Concorso di Persone**, Milano: Giuffrè Editore, 1987, s. 28’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 84.

<sup>56</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 84-85



beraberinde getirmiştir<sup>57</sup>. Özellikle, davranışı tipe uygun olmamasına rağmen, şerikin “kötülük ve vahşet bakımından<sup>58</sup>” failden çok daha ileri gittiği hâllerde, şerikin faile kıyasla daha hafif şekilde cezalandırılması kabul edilemez bulunmuştur<sup>59</sup>.

Failliğin daraltıcı anlayışını benimseyenlerin dolaylı faillik kurumuna ilişkin değerlendirmelerinde ise ciddi farklılıklar göze çarpmaktadır. İradesi üzerinde hâkimiyet kurularak suça vasıta kılınan şahsın nedensel süreçte alelade bir nesneden farksız hâle geldiğini ileri süren bir görüşe göre, suçun hukukî konusunu böyle bir vasıta ile ihlâl eden kişi de yine tipikliği “bizzat” gerçekleştirmiş olacak ve iştirake ilişkin hükümlere ihtiyaç duyulmaksızın “fail” sıfatı ile cezalandırılabilir<sup>60</sup>. Böyle bir durumda, irade hâkimiyetinin yoğunluğu ne boyutta olursa olsun, dolaylı failin elinde araçlaşan şahsın bedensel faaliyetlerini “davranış” olarak nitelemeye ve bu şahsı “fail” kabul etmeye olanak yoktur<sup>61</sup>. Buna karşılık, suça vasıta kılınan şahsın bozulmuş (ifsada uğramış) da olsa bir iradesinin bulunduğunu, bedensel faaliyetlerinin “fiil” ve kendisinin de pekâlâ “fail” sayılabileceğini, arka plândaki kişininse “azmettiren” kabul edileceğini savunan bir başka görüşe göre ise, dolaylı faillik, failliğin daraltıcı anlayışıyla bağdaşmayan, temelsiz bir kavramdır<sup>62</sup>.

## B. Fail-Şerik Ayrımına İlişkin Başlıca Kuramlar

### 1. Öznel (Sübjektif) Kuram

Nedenselliği “şartların eşitliği teorisi” çerçevesinde yorumlayan bu kurama göre, hukukî konunun ihlâline katkı niteliğindeki davranışlar objektif açıdan birbirlerine denk olup fail-şerik ayrımında “davranışların dış görünüşü” yahut

<sup>57</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 35. Ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, ss. 761-762, kn. 889: “*Maggiore gibi yeni-Kantçı yazarlar, cezanın faile göre tayini sistemini hararetle savunmaktadırlar. Bu yazara göre ... neticesiz kalan azmettirme veya kabul edilmeyen suç teklifi hâllerinde, azmettiren veya suç işleme teklifinde bulunan kimseyi cezalandırmamak ve hiç olmazsa teşebbüs cezasını vermemek için sebep yoktur.*”

<sup>58</sup> Enrico Ferri, **Principi di Diritto Criminale**, Torino: UTET, 1928, s. 554’ten aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 764, kn. 892.

<sup>59</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, ss. 761-762, kn. 889: “*Maggiore gibi yeni-Kantçı yazarlar, cezanın faile göre tayini sistemini hararetle savunmaktadırlar. Bu yazara göre fer’i failin aslı failden daha kusurlu, ‘daha iğrenç’ olması mümkündür.*”

<sup>60</sup> Beling, s. 40’tan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 45.

<sup>61</sup> Mayer, ss. 375-377’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 44.

<sup>62</sup> Leopold Zimmerl, “Grundsätzliches zur Teilnahmelehre”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Volume 49, 1929, s. 45 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 46.

“ağırlığı” gibi nesnel ölçütler yerine, “ihlâlê katkı sunanların genel kastı” veya “saiki” gibi öznel ölçütlerin kullanılması gerekmektedir<sup>63</sup>. Bu bakımdan, öznel kuramlar “irade kuramı” ve “menfaat kuramı” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Öznel kuramlardan genel kastı ölçüt kabul eden ve “irade (kasıt veya basit kasıt) kuramı (*dolustheorie*)” olarak isimlendirilen ilk kurama göre, suçu “faillik iradesi (*animus auctoris*)” ile işleyen kişi fail, “şeriklik iradesi (*animus socii*)” ile işleyen kişi şeriktir<sup>64,65,66</sup>. Fail suçu “bizzat istediği için” işlerken, şerik “fail istediği için” ihlâlê katkı sağlamakta ve failin iradesinin gerçekleşmesine çabalamaktadır<sup>67</sup>. Cürmî amacı (*intenzione criminosa*) kendisi için gerçekleştiren fail ile bu amacı başkasının amacı kabul edip destekleyen şerik arasındaki fark, özetle, icra edilen davranışın ihlâlê olan objektif katkısından değil, davranışa yön veren iradeden kaynaklanmaktadır<sup>68</sup>. İrade kuramı bir dönem taraftar toplamış ise de, suç tipini gerçekleştirmeye yönelik bir iradeye sahip bulunmayan bir kimsenin şerik sayılması zaten mümkün olmadığından, irade yahut kastın fail-şerik ayrımında işlevsiz birer ölçüt olduğu açıktır<sup>69</sup>. Ayrıca, kimin faillik ve kimin şeriklik iradesi ile davrandığının saptanması, bazı durumlarda, oldukça güçtür<sup>70</sup>. Öte yandan, kuram, azmettirmenin niçin “faillik” değil de, “şeriklik” türü sayılması gerektiği hususunda da tatminkâr bir açıklama ortaya koyamamaktadır.

İhlâlê katkı sağlayanları saiklerine, amaçlarına, ihlâlden umdukları faydaya göre sınıflandıran ve “menfaat kuramı (*interessentheorie*)” olarak adlandırılan ikinci

<sup>63</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 105.

<sup>64</sup> Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 418; Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2014, s. 362, kn. 671.

<sup>65</sup> Florian, s. 683; Gabriele Fornasari, **I Principi del Diritto Penale Tedesco**, Padova: CEDAM, 1993, s. 424; Ranieri, **Concorso**, s. 15’ten aktaran Aydın, **İştirak**, s. 59.

<sup>66</sup> Ralph Ingelfinger, StGB: Dölling u.a. (Hrsg.), **Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht, Handkommentar**, Baden-Baden, 2008, § 25, kn. 6’dan aktaran Halid Özkan, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 16. Yine bkz. Reinhold Köstlin, **Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts**, Tübingen: Laupp, 1845, s. 450’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 106.

<sup>67</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 418; Luigi Stortini, **Agevolazione e Concorso di Persone nel Reato**, Padova: CEDAM, 1981, s. 30 vd.’ndan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 59.

<sup>68</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 107.

<sup>69</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 107: “... şerik de suçun işlenmesini ve fiile katkıda bulunmayı istemelidir.”

<sup>70</sup> Ranieri, **Concorso**, s. 16’den aktaran Aydın, **İştirak**, ss. 59-60.

öznel kuram ise, failin kastıyla yetinmemekte ve suçtan kendisine yarar sağlamayı uman kişiyi fail, suçu başkasının yararına hizmet ettiği düşüncesiyle işleyen kişiyi ise şerik kabul etmektedir<sup>71</sup>. Bu kurama karşı da, hemen her insanın davranışlarında -az ya da çok- kişisel bir yarar gözettiği ve dolayısıyla bu ölçütün de işlevsiz kaldığı eleştirisi haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>72</sup>.

Alman uygulamasına uzun yıllar hâkim olan öznel kuram çoğu kez adaletsiz sonuçlar vermiş; örneğin Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin kararına konu “küvet olayı”<sup>73</sup>nda münhasıran kız kardeşinin (maktûlün annesinin) arzusu ve menfaati doğrultusunda yeni doğmuş yeğenini (kız kardeşinin çocuğunu) küvette boğarak öldüren kişi (teyze), Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin kararına konu “Stachynskij olayı”<sup>74</sup>nda ise KGB’nin<sup>75</sup> talimatı doğrultusunda Almanya’da iki Ukraynalıyı öldüren SSCB ajanı *Bogdan Stachynskij*, öldürme eylemini “münhasıran başkalarının menfaati için” gerçekleştirdikleri gerekçesiyle “şerik” kabul edilmişlerdir<sup>76</sup>. Yalnızca “irade” ve/veya “menfaat” gibi öznel ölçütlerle yetinerek,

<sup>71</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 417.

<sup>72</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 107. Ayrıca bkz. Önok, s. 339: “... azmettiren ve yardım edenlerin de, neticede, suçun işlenmesinde bir çıkarları vardır; aksi takdirde suçun işlenmesine katkıda bulunmazlardı; bu bakımdan, bu kriterin failliği devre dışı bırakmak için kullanılması makul değildir.”

<sup>73</sup> Olay ve karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 64.

<sup>74</sup> BGH Urteil vom 19/10/1962 (9 StE 4/62), BGHSt, 18, 87, NJW, 1963, 355’ten aktaran Özkan, **Azmettirme**, ss. 33-34: “‘Stachynskij olayı’ olarak adlandırılan Alman Federal Mahkemesi kararına konu olayda; gizli haber alma teşkilatının ... azmettirmesi ile bir başkasını bizzat öldüren ajanın yardım eden olarak cezalandırılması gerektiği söylenmiştir. Alman Ceza Kanunu §25/I (müstakil faillik) düzenlemesinden önce Alman Yargı içtihatlarında kullanılan bu teori, düzenleme sonrası kullanılmamıştır. Bu teorinin savunmuş olduğu en önemli görüş; suçun unsurlarını tek bir kişi icra etse dahi, şayet bu kişi şerik iradesiyle (animus socii) hareket etmişse sadece yardım eden olarak sorumlu tutulacağıdır. Teoriye göre belirleyici olan tek ölçüt suça katılanların sübjektif durumlarıdır. Kanaatimizce bu teori bağlılık kuralını göz ardı ettiği için ve belirleyicilik noktasında sadece suça katılanların sübjektif durumunu nazara aldığı için eleştirilebilir.” Olay ve ilgili karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, ss. 335-337.

<sup>75</sup> Önok, s. 339: “... Mahkeme, emirleri verenlerin ‘fail iradesine’ sahip olduklarına ve bu nedenle de dolaylı fail olduklarına karar vermiştir ...”

<sup>76</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 64-65; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: Vahlen, 2002, § 20, kn. 22’den aktaran Öztürk/Erdem, s. 362. Ayrıca bkz. Önok, s. 338: “... aşırı sübjektif görüş, Nazilerin iktidarında işlenmiş suçların cezalandırılması bakımından bir boşluğa neden olmaktaydı: kendisi bir suç örgütüne dönüşmüş bir devlet yapısı dâhilinde suç işleyen bireyler, fiillerini siyasal iktidarın iradesi doğrultusunda işlediklerinden; daha üst düzeyde yer alıp bu suçları organize edenler de, bunu kendi kişisel yararları için değil de, en üst düzey devlet yönetimi için yaptıklarından, neticede hepsi ‘yardım eden’ olarak nitelendirilmek suretiyle daha az ceza ile kurtulabiliyordu. Nitekim, Nazi konsantrasyon kamplarında işlenen suçların faili olan birçok kişi, II. Dünya Savaşı sonrasında Alman mahkemeleri nezdinde yargılandıklarında, bu sübjektif anlayışın uygulanması sonucunda şerik olarak mahkûm edilmiş ve kısa süre içerisinde salıverilmişti. Şayet

suçun icrasına yönelik katkının ihlâlî gerçeğindeki etkisini değerlendirme dışı bırakan bu kuramın fail-şerik ayrımında yetersiz kaldığı ortadadır<sup>77</sup>.

## 2. Nesnel (Objektif) Kuram

### a. Şeklî Nesnel Kuram

*Beling*'in görüşlerinden esinle *Liszt/Schmidt* ve *Hippel* tarafından geliştirilen<sup>78</sup>, Alman uygulamasındaki etkisini 1930'lara dek sürdüren ve kimine<sup>79</sup> göre 765 sayılı TCK'de de benimsenen bu ölçüte göre; tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını kısmen veya tamamen kendi davranışlarıyla gerçekleştiren kişi fail<sup>80</sup>, tipikliğin gerçekleşmesine bu tanımın dışında kalan (tipe uygun olmayan) kasıtlı davranışlarıyla nedensel katkı sağlayan kişi ise şeriktir<sup>81</sup>. Faillğin daraltıcı anlayışından hareketle, iştiraki "cezaî sorumluluğun alanını genişleten bir kurum" kabul eden<sup>82</sup> bu kuramın nesnelliği ihlâlî yönelik katkıyı haricen değerlendirmesinden, şeklîliği ise bu değerlendirmede kanunî tanımı (tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını, yasa koyucunun belirlemesini<sup>83</sup>) esas almasından ileri gelmektedir<sup>84</sup>.

---

*Eichmann o dönemde Almanya'da yargılanmış olsaydı, sübjektif yaklaşımın uygulanması durumunda, Alman CK m. 49/1 uyarınca en fazla üç yıl hapis cezasına mahkûm olabilecekti!"*

<sup>77</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 119.

<sup>78</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 109; Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 667. Yine bu yönde bkz. Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin-New York, 2001, s. 332'den aktaran Elvan Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 65, Ankara, 2006, s. 77.

<sup>79</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 417.

<sup>80</sup> Herbert Tröndle / Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, Berlin: C. H. Beck, 51. Auflage, 2003, § 25, kn. 2'den aktaran Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 667.

<sup>81</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 109. Aynı yönde bkz. Claus-Jürgen Hauf, **Strafrecht Allgemeiner Teil - Kurzlehrbuch**, Neuwied, 2001, s. 76'dan aktaran Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", s. 77; Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, § 29, kn. 33'ten aktaran Koca/Üzülmez, s. 390.

<sup>82</sup> Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: C. H. Beck, 1992, s. 188'den aktaran Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", s. 77; von HIPPEN, Robert, **Deutsches Strafrecht**, Vol. 2, Berlin, 1930, s. 453'ten aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 109.

<sup>83</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 417: "Şeklî objektif teoriler ... aslî ve fer'î fail ayrımında kanunkoyucunun iradesine bağlıdır. Kanun koyucu kimleri aslî ve kimleri fer'î fail olarak belirtmiş ise, bu ayırım esas alınır. Kanunlar, genellikle, suç tipindeki icra hareketlerini gerçekleştireni aslî fail olarak kabul edip, diğer şekilleri, buna maddî veya manevî katkısına göre, bir ayırımla düzenlerler."

<sup>84</sup> Baumann/Weber/Mitsch, § 29, kn. 35.

Fail-şerik ayrımında şeklî nesnel kuramı benimseyenler arasında “dolaylı faillik” kurumu yönünden önemli görüş ayrılıkları yaşanmış; bir kısım yazar<sup>85</sup> bu kurumu tümünden reddedip sorunu “azmettirme” kavramı ile çözmeye çalışırken, dolaylı failliği şeklî nesnel kuram ile telif etmeye çalışanların bir kısmı<sup>86</sup> dolaylı failin davranışlarını “tipik” kabul ederek dolaylı failliği “faillik” potasında eritmeye, diğer bir kısmı<sup>87</sup> ise dolaylı failliği doğrudan faillikten bağımsız bir faillik türü olarak açıklamaya gayret etmişlerdir.

Kanunî tanımı esas almak suretiyle “faillik” ile “şeriklik” arasındaki çizgiyi bir ölçüde belirginleştiren<sup>88</sup> şeklî nesnel kuram, genel itibarıyla, dolaylı faillik ve müşterek failliğe tatmin edici bir açıklama getirememiş ve türlü eleştirilere hedef olmuştur<sup>89</sup>. Bu eleştirilerin ilki, kuramı dolaylı faillik kurumu ile bağdaştırmaya çalışanların kurama şeklîlik -ve dolayısıyla netlik- katan “tipiklik” şartından ödün vermelerinden kaynaklanmıştır<sup>90</sup>. Keza, kuram, kasten hareket etmeyen<sup>91</sup> yahut kusur yeteneği bulunmayan<sup>92</sup> bir kimseyi “iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak suretiyle” suça sevk eden kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılmasını da açıklayamamaktadır<sup>93</sup>. Dolaylı failliğin şeklî nesnel kuram ile asla bağdaşmayacağını ve azmettirmenin dolaylı faillik hâllerini de kapsadığını savunan yaklaşım ise, dolaylı faillik kurumunu reddederek<sup>94</sup> azmettirme kavramının sınırlarını zorlaması sebebiyle eleştirilmiştir<sup>95</sup>. Nihayet, yine dolaylı faillik ile ilişkili olarak, kuramın, suç

<sup>85</sup> Leopold Zimmerl, **Aufbau des Strafrechtssystems**, Tübingen: Mohr, 1930, s. 144 vd.’ndan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110.

<sup>86</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110.

<sup>87</sup> Robert von Hippel, **Deutsches Strafrecht**, Vol. 2, Berlin, 1930, s. 470 vd.’ndan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 111.

<sup>88</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 78; Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 669. Yazarlara göre, kuram, faillik ile şeriklik arasında “kesin ve açık” bir sınır çizmiştir.

<sup>89</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 72; Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 669.

<sup>90</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 111.

<sup>91</sup> Seminara, s. 103’ten aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110.

<sup>92</sup> Seminara, s. 106’dan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110.

<sup>93</sup> Wolfgang Frisch, “Täterschaft und Tatherrschaft”, **Lexicon des Rechts – Strafrecht, Strafverfahrensrecht**, 1996, s. 974’ten aktaran Özkan, **Azmettirme**, s. 18.

<sup>94</sup> Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 77.

<sup>95</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 111.

örgütü yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin cezaî sorumluluğunu açıklamakta da yetersiz kaldığı ileri sürülmüştür<sup>96</sup>.

Çalışmamız açısından ikinci plânda kalmakla birlikte, kuramın özellikle müşterek faillik bakımından ürettiği kabulü imkânsız sonuçlara da öğretide dikkat çekilmiş<sup>97</sup>; faillerle birlikte “tipe uygun olmayan davranışlarıyla” fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran kişilerin şerik sayılarak daha hafif şekilde cezalandırılmasına, birden çok kişinin fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu fakat kimsenin tipik davranışı tek başına gerçekleştirmediği hâllerde ise ortada bir fail dahi kalmamasına sebebiyet veren “tipiklik” şartının ceza siyasetinde ciddi bir gedik yarattığı savunulmuştur<sup>98</sup>.

## **b. Maddî Nesnel Kuram**

Şekli nesnel kuramın eksiklerini kapatma gayretiyle, fail-şerik ayrımında nedensellik bağıını ön plâna alan ve “tipiklik”ten ziyade “ihlâle yönelik katkının tehlikeliliği”ne<sup>99</sup> önem atfeden bu kurama göre; hukukî konunun ihlâli açısından “sebepe” teşkil eden davranışı gerçekleştiren kişi fail, “vesile” oluşturan davranışı (ihlâlin herhangi bir şartını<sup>100</sup>) gerçekleştiren kişi ise şeriktir<sup>101</sup>.

Fail-şerik ayrımı meselesini, suçun işlenmesine katkı sağlayan her bir davranışı “ihlâlin gerçekleşmesine olan somut etkisi” bakımından maddî (objektif) bir değerlendirmeye tâbî tutarak çözmeye çalışan<sup>102</sup> bu kuram, “sebepe” ile “vesile” kavramları arasındaki çizginin belirsizliği<sup>103</sup> sebebiyle eleştirilere maruz kalmış; kimi

<sup>96</sup> Haft, s. 188’den aktaran Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 78; Özkan, **Azmettirme**, s. 18, dpn. 91.

<sup>97</sup> Kühl, 2002, § 20, kn. 24’ten aktaran Koca/Üzülmez, s. 390, dpn. 1371; Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 669.

<sup>98</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110, 119; Toroslu/Toroslu, s. 322.

<sup>99</sup> Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 670.

<sup>100</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 417.

<sup>101</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 111.

<sup>102</sup> Koca/Üzülmez, s. 390.

<sup>103</sup> Türk Dil Kurumu - Güncel Türkçe Sözlükte, “sebepe” ile “vesile” eş anlamlı kabul edilmektedir. (<https://sozluk.gov.tr/>)

yazarlarca<sup>104</sup> “sebepe-vesile” ayrımında yine kanunî tanıma başvurularak şekli ve maddî nesnel kuramların sentezi yoluna gidilmiştir. Buna göre, ihlâlin gerçekleşmesine en büyük katkıyı sağlayan davranış “sebepe”, ihlâle katkı niteliğindeki diğer her tür nedensel davranış “vesile” kabul edilecek; bunun tespitinde ise kanunî tanım esas alınacaktır<sup>105</sup>. Bu itibarla, tipe uygun olmamakla birlikte ihlâle nedensel katkı sunan kasıtlı davranışlar “vesile” addedilecek ve davranışların yasadaki şeriklik kalıplarından birine karşılık gelmesi şartıyla kişi “şerik” olarak cezalandırılacaktır<sup>106</sup>.

Şekli nesnel kuramın müşterek faillığe ve dolaylı faillığe ilişkin eksiklerini büyük ölçüde gideren<sup>107</sup> bu kuram, faillerle birlikte “tipe uygun olmayan davranışlarıyla” fiil üzerinde ortak fonksiyonel hâkimiyet kuran kişilerin davranışlarını “vesile” kabul etmesi ve bu kişilerin şerik sayılarak daha hafif şekilde cezalandırılmasına engel bir formül ortaya koyamaması nedeniyle eleştiriye açıktır. Azmettirmenin niçin “faillik” değil de, bir “şeriklik” türü olduğunu açıklayamaması da kuramın bir diğer zayıf yönüdür<sup>108</sup>.

### 3. “Fiil Hâkimiyeti” Kuramı

*Hegler*’in görüşlerinden hareketle<sup>109</sup> ilk kez *Maurach*’ın ortaya attığı, *Welzel*’in geliştirdiği<sup>110</sup> ve *Roxin*’in olgunlaştırdığı<sup>111</sup> bu kuram “nesnel ve öznel kuramların bir

<sup>104</sup> Karl Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahmme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, Berlin, 1890, s. 95 vd.’ndan aktaran Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 30.

<sup>105</sup> Birkmeyer, ss. 98-100’den aktaran Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 30. Yine Birkmeyer, s. 98’den naklen Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 111, dpn. 26: “... fail ... suç tipi için önemli bir şartı ortaya koyar, şerik ise ... tavsiye veya maddî faaliyetleriyle faile bilinçli olarak yardım eder.”

<sup>106</sup> Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Kommentar)*, Tübingen, 1931, ss. 103-104’ten aktaran Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 31.

<sup>107</sup> Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 112; Öztürk/Erdem, s. 361, kn. 670.

<sup>108</sup> René Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, s. 134’ten aktaran Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 33.

<sup>109</sup> Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 112; Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 72: “İştirak meselesinin çözümünde ‘üstün ağırlık (Übergewicht)’ kıstasını kullanan *Hegler*’in fikirlerinde ... fiil hâkimiyeti teorisinin izlerini müşahade etmekteyiz. Ancak, *Hegler*’in ... getirdiği izah, daha ziyade, ... dolaylı faillığe uygun düşmektedir.”

<sup>110</sup> Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, ss. 112-113.

<sup>111</sup> Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, 1984.

sentezi<sup>112</sup> niteliğinde olup gerek fail-şerik ayrımında gerekse doğrudan, müşterek ve dolaylı failliğin izahında sağladığı başarı dolayısıyla Alman öğretisiyle uygulamasına<sup>113</sup> ve İtalyan Yargıtayı içtihadına<sup>114</sup> önemli derecede etki etmiştir.

“Tipikliğin gerçekleşmesi sürecine hükmedebilme gücü<sup>115</sup> (suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarı<sup>116</sup>)” olarak tanımlanan “fiil hâkimiyeti<sup>117</sup> (*Tatherrschaft*)” kavramını fail-şerik ayrımında merkeze alan bu kurama göre; iradesine, fiilin icrasına ve suçun işleniş şekline hâkim olan<sup>118</sup>, suç yolu üzerindeki hâkimiyeti iradî olarak elinde tutan (tipik fiilin seyrini denetlemeye<sup>119</sup> ve dizginlemeye<sup>120</sup>/frenlemeye<sup>121</sup> muktedir olan), ihlâl sürecine elverişli araç ve davranışlarla “bizzat veya üçüncü bir şahıs vasıtasıyla” hükmeden<sup>122</sup>, kısacası fiil üzerinde finâl hâkimiyetine sahip bulunan<sup>123</sup> ve bunun bilincinde olan<sup>124</sup> kişiler fail; ihlâl “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın<sup>125</sup>”, “yalnızca kendi nedensel davranışına

<sup>112</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 120; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 79: “*Alman doktrininde bu teoriyi objektif ve sübjektif yönlü hakimiyet teorisi olarak ikiye ayırıp inceleyen yazarlar da vardır.*” (Bkz. Gropp, 2001, s. 332.) Öztürk/Erdem, s. 362, kn. 672.

<sup>113</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 95.

<sup>114</sup> Örnek bir karar için bkz. Cassazione Penale, sez. II, 19/03/1992, RIDPP, 1995, s. 322 vd.’ndan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 119.

<sup>115</sup> Koca/Üzülmez, s. 390.

<sup>116</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 114.

<sup>117</sup> Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A Yayıncılık, Aralık 2016, s. 337: “*Kanun koyucunun ikide bir ‘bağlılık kuralı’, yani ‘fiil üzerinde hakimiyet kurma’ dediği şey, her halde Rocco Kanunu’nun kullandığı ‘cooperare nel diritto’ teriminden başka bir şey değildir.*”

<sup>118</sup> Hans Welzel, **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung**, Berlin: De Gruyter, 1969, s. 101’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 112-113. Ayrıca bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78: “*Welzel’e göre (...) fail ‘kendi’ kararı ve bunun icrası üzerinde, başka bir ifadeyle icra edilip edilmeyeceği, icra edilmiş tarzı ve bu itibarla da ‘kendi’ fiili üzerinde hâkimiyet, iktidar sahibi olan kişidir: Fiil hâkimiyeti teorisi (Tatherrschaftstheorie)*”

<sup>119</sup> Fornasari, s. 426; Seminara, s. 121 vd.’ndan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>120</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 60 vd.’ndan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 115; Öztürk/Erdem, s. 362, kn. 672.

<sup>121</sup> Özkan, **Azmettirme**, s. 19.

<sup>122</sup> Wilhelm Gallas, “Täterschaft und Teilnahme”, **Materialien zur Strafrechtsreform**, Band 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn, 1954, s. 128’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 115; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 86.

<sup>123</sup> Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Volume 58, 1939, s. 491 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78.

<sup>124</sup> Maurach, s. 627, 659’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 83.

<sup>125</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.



hâkim şekilde<sup>126</sup> kasten katkı sağlayan kişiler ise şeriktir<sup>127</sup>. Buna göre, suçun işlenmesinde fail aslî (*Schlüsselfigur*), şerik ise tâlî figürdür (*Randfigure*)<sup>128</sup>. Suç nesnel ve öznel unsurlarıyla bir bütün olduğundan, fail-şerik ayrımında, salt nesnel veya öznel ölçütler yerine, karma nitelikteki “fiil hâkimiyeti” ölçütü esas alınmalıdır<sup>129</sup>.

Welzel<sup>130</sup>, Gallas<sup>131</sup> ve bir dönem Maurach<sup>132</sup>, fiil hâkimiyeti kuramının yalnızca kasıtlı suçlara uygulanabileceğini, taksirli suçlar açısından “failliğin genişletici anlayışı”nın ve tek tip fail sisteminin geçerli olacağını kabul etmişlerdir. Zira, bu görüşe göre, “sebebiyet suçu” niteliğindeki taksirli suçlarda hukukî konunun ihlâline katkı sağlayan taksirli davranışlar “şartların eşitliği teorisi” uyarınca birbirine denk olup tek bir taksirli davranış dahi “taksirli fail” sayılmak için yeterlidir<sup>133</sup>.

Öznel kuramın aksine, bu kuramda, suçun kimin yararına işlendiğinin hiçbir önemi bulunmadığı<sup>134</sup> gibi, bir kişinin fail kabul edilebilmesi için suça katkı niteliğindeki davranışları “faillik iradesi (*animus auctoris*)<sup>135</sup>” ile gerçekleştirmesi tek başına yeterli olmayıp ayrıca fiil hâkimiyetine<sup>136</sup> ve gerekli objektif-sübjektif faillik niteliklerine<sup>137</sup> de sahip olması zorunludur<sup>138</sup>. “Fail” ile tipik fiilin icrasına katkı

<sup>126</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 539’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78.

<sup>127</sup> Koca/Üzülmez, s. 390; Latagliata, **Concorso**, s. 255’ten aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 114.

<sup>128</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 115; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 25-26’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 89-90. Aynı yönde bkz. Maurach, s. 618, 631-632, 640-641, 646’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 82; Kühl, 2002, § 20, kn. 28’dan aktaran Özkan, **Azmettirme**, s. 19.

<sup>129</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 120.

<sup>130</sup> Welzel, “Studien ...”, ss. 501, 537-540, 553’ten naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 77-78.

<sup>131</sup> Wilhelm Gallas, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Berlin, 1968, s. 87, 90, 95, 136’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 85.

<sup>132</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 82.

<sup>133</sup> Welzel, “Studien ...”, ss. 501, 537-540, 553’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 77-78.

<sup>134</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.

<sup>135</sup> Welzel, “Studien ...”, ss. 542-543’dan naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 79: “*Final hareket, kişinin suç işleme kararını gayesinin şuurunda olarak icra etmesi olduğuna göre, failliğin tespitinde belirsiz, muğlak ‘faillik iradesi’ değil; final fiilî hâkimiyet, yani iradî kararın şuurlu bir şekilde icra edilmesi esas alınmalıdır.*”

<sup>136</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.

<sup>137</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 543’ten naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 79: “*... faillik vasıflarını taşıyan kişinin sözkonusu vasıfların arandığı suçu final olarak icra etmesi hâlinde, icra edilen hareket sosyal etik değerler itibarıyla önem arzedecektir. Bu bakımdan, final üzerindeki hâkimiyet sadece*

niteliğindeki davranışları kasten gerçekleştiren “şerik” arasındaki fark, “*animus auctoris-animus socii*” ayrımından değil, tipik fiilin seyrine hükmedebilme iktidarının münhasıran faile ait olmasından ileri gelmektedir<sup>139</sup>.

Şeklî nesnel kurama göre bir kişinin fail sayılabilmesi için tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını kısmen veya tamamen kendi davranışlarıyla gerçekleştirmesi zorunlu iken, fiil hâkimiyeti kuramında böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Buna göre, fiili birlikte işlemeyi kararlaştıran ve fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kuran kişilerin her biri, icra ettikleri davranış tipik olsun ya da olmasın, müşterek fail sayılmaktadır<sup>140</sup>.

Nihayet, fiil hâkimiyeti kuramında, maddî nesnel kuramın esas aldığı “sebepe-vesile” kıstasına kıyasla, çok daha sağlam bir kıstas ortaya konmakta; *Birkmeyer*’in şeklî ve maddî nesnel kuramları sentezleyerek dahi aşamadığı sorunlar, fiil hâkimiyeti ölçütü ile aşılmaktadır.

Fiil hâkimiyeti kuramı, “irade kuramı” ile arasında fark bulunmadığı<sup>141</sup> ve “suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarı” şeklinde tanımlanan fiil hâkimiyeti ölçütünün bazı durumlarda hatalı sonuçlar verdiği iddiasıyla eleştirilmiştir. Özellikle “suçu önleyebilme iktidarı” noktasında yoğunlaşan ikinci eleştiride, şeriklerin de pek çok hâlde suçu önleyebilme olanağına sahip olduğu ileri

---

*final bir hâkimiyet olmayıp, ‘sosyal bir hâkimiyet’ olarak tezahür edecektir.” Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu konuda bkz. “Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik” başlığı.*

<sup>138</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 87: “... *Welzel*, faillik için, üzerinde maddî hâkimiyet kurulduktan sonra ayrıca özel suç tipinde aranan objektif ve sübjektif faillik vasıflarının araştırılacağı fikrinde iken; *Gallas*, ancak bu sözkonusu özel vasıfların bulunması halinde, fiil üzerinde bir hâkimiyetin kurulabileceğini iddia etmektedir.”

<sup>139</sup> *Gallas*, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 128’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 115.

<sup>140</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113. Bu sayede, örneğin, suçun icrasında rolü mühim olan ve ihlâlâ “olmazsa olmaz” derecede katkı sunan bir gözcünün dahi, fiil üzerindeki finâl hâkimiyetinden ötürü, fail sayılabileceğine dair bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 253.

<sup>141</sup> İrade (basit kasıt) kuramı ile fiil hâkimiyeti kuramı arasında fark bulunmadığı yönündeki eleştiriler için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 116: “*Welzel*’in yaklaşımına karşı kast teorisi ile fiil hâkimiyeti teorisi arasında fark bulunmadığı eleştirisi yapılmıştır. Amaç teorisi kasıt failin bir amaca yönelik iradesi olarak kabul eder, dolayısıyla da bu irade ... şerikte de olabilir. Fiil hâkimiyeti sadece suçun tek fail tarafından icrası durumlarında kast ile özdeşleşir (çakışır).” İki kuram arasındaki fark yukarıda kısaca izah edilmiş olup bu eleştiriye hak vermek mümkün gözükmemektedir.

sürülmüştür<sup>142</sup>. Gerçekten de, örneğin, azmettirenin suça azmettirdiği kişiyi suçlu işlemekten bir şekilde vazgeçirmesi, faile silâh temin eden kişinin silâhı suçun icrasından önce geri alması yahut herhangi bir şerikin suçu ihbar ederek önlemesi çoğu kez mümkündür<sup>143</sup>. Ancak, bir kişinin tipikliğin gerçekleşmesi sürecine hükmedebilme gücüne (kısaca fiil hâkimiyetine) sahip kabul edilebilmesi için “suçu önleyebilmesi” tek başına yeterli olmayıp ayrıca suçun işleniş şeklini tayin edebilmesi, suç yoluna dilediği gibi yön verebilmesi gerekmektedir<sup>144</sup>.

Roxin’e göre, fiil hâkimiyetinin hareket hâkimiyeti (*Handlungsherrschaft*), fonksiyonel hâkimiyet (*funktionelle Tatherrschaft*) ve irade hâkimiyeti (*Willensherrschaft*) olmak üzere üç farklı görünüm şekli mevcut olup bunlar sırasıyla doğrudan, müsterek ve dolaylı failliğe esas teşkil etmektedir<sup>145</sup>.

Kasıtlı suçlar açısından bir tanım yapmak gerekirse, tipik fiili -maddî veya manevî cebrin etkisi altında yahut haksızlık hatası içerisinde olsun ya da olmasın<sup>146</sup> - serbestçe (mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın), kasten işleyen -ve suça özgü maddî ve manevî tüm faillik niteliklerini taşıyan<sup>147</sup> - kişi “harekete hâkim” sayılacak ve “doğrudan veya müstakil fail (*Alleintäter*)” addedilecektir<sup>148</sup>. Taksirli suçları da kapsamına alacak bir tarifle, doğrudan fail (*autore immediato*), ceza normunda

<sup>142</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 116.

<sup>143</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 116-117.

<sup>144</sup> Angelo Raffaele Latagliata, “Concorso ...”, **Enciclopedia del Diritto**, Vol. 8, Milano, 1959, ss. 594-597’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 114.

<sup>145</sup> Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin-New York, 2005, § 10, kn. 38 vd.; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: Vahlen, 2005, § 20, kn. 27; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 1. Auflage, München: C. H. Beck, 2003, § 25, kn. 28’den aktaran Osman İsfen, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK md. 220/5)”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, Sayı 7, İstanbul, 2006, s. 54. “Hareket hâkimiyeti” kavramını doğrudan faillik yerine, dolaylı failliğin izahında kullanan görüş için bkz. Heribert Schumann, **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, 1. Auflage, Berlin: Mohr Siebeck, 1986, s. 74 vd.’ndan naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 167: “Schumann, dolaylı faillikte fiil hâkimiyeti kıstası yerine şahsî sorumluluk prensibinin bir istisnasını teşkil eden ve doğrudan failin hareketinden sorumluluğu gerektiren ‘hareket hâkimiyeti’ (= ‘Handlungsherrschaft’) kavramını kullanmaktadır. Hareket hâkimiyeti, iradesi üzerinde hâkimiyet tesis ederek, iradesini yönlendirerek irade oluşumuna müdahale edilmesi sonucu şahsî sorumluluk yeteneği olan doğrudan failin fiilinden adeta kendisi işlemiş gibi sorumluluğu ifade etmektedir.”

<sup>146</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 131-136’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 91-92.

<sup>147</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 543’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 79.

<sup>148</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 128 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 91.

yasaklanan fiili (suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını) doğrudan doğruya<sup>149</sup>, tek başına<sup>150</sup> (veya ortak suç işleme iradesiyle hareket etmediği kimselerle yan yana) ve bizzat<sup>151</sup> (aracısız) gerçekleştiren ve suça özgü maddî ve manevî tüm faillik niteliklerini taşıyan<sup>152</sup> gerçek kişiyi ifade etmektedir. Öznel kuramın aksine, burada, kişinin suçu faillik iradesiyle işleyip işlemediğinin<sup>153</sup> yahut kimin yararına işlediğinin hiçbir önemi bulunmadığı gibi<sup>154</sup>, suçun “mağdurun yararına” işlenmesi dahi mümkündür<sup>155</sup>.

“Birlikte suç işleme kararı”nın icrasına katkı niteliğindeki “tipik veya tipe uygun olmayan<sup>156</sup>” davranışlarıyla tipik fiilin gerçekleşmesinde önemli<sup>157</sup>-etkili<sup>158</sup>

<sup>149</sup> Murat Volkan Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, İstanbul, 2005, s. 91: “... yasada tanımlanan suçu doğrudan doğruya işleyen eylemi yerine getiren kişi dolaylı faildir.”

<sup>150</sup> Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, Ankara: Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2009, s. 942; Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin / Kerim Çakır, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Nisan 2019, s. 729; Koca/Üzülmez, s. 392; Haydar Metiner / E. Ahsen Koç, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, II. Cilt (Madde 37-75), Ankara, 2008, s. 1112. “Tek başına” ibaresini içermeyen bir doğrudan fail tanımı, bizce de, eksik bir tanım olacaktır. Zira, tipik fiili bizzat gerçekleştiren (örneğin başkasına ait bir evi iki farklı noktadan ateşe veren) iki kişi, işlenen suçun “doğrudan” değil, “müşterek” failleri olacaktır. Nitekim, “doğrudan fail”in aynı zamanda “müstakil (bağımsız) fail” olarak adlandırılması da, tanımda “tek başına” ibaresine yer verilmemesinin bir hata olduğunu doğrulamaktadır.

<sup>151</sup> Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 1, Ankara, 2010, s. 192; Özkan, **Azmettirme**, s. 20. Yine bkz. Fornasari, s. 427’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>152</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 543’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 79.

<sup>153</sup> Aksi görüş için bkz. Jürgen Baumann / Ulrich Weber, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1985, s. 537’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 166, dpn. 2: “Buna karşılık Baumann, bir suç ortağının bizzat gerçekleştirmekle beraber, ‘fiil üzerinde hâkimiyet iradesi’nin mevcut olmaması, başka bir ifadeyle ‘şeriklik iradesi’yle suça katılması hâlinde fail olamayacağı fikrindedir.”

<sup>154</sup> Koca/Üzülmez, s. 392.

<sup>155</sup> Örneğin, yangın rizikosuna karşı sigortalanmış olan evini paraya çevirmekte zorlanan arkadaşına yardım etmek amacıyla, arkadaşından habersiz, evi ateşe veren kişinin eyleminde durum böyledir.

<sup>156</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 120: “Kanundaki suçun tipinde öngörülen hareketlerden olmasa da, suçun işlenmesi açısından tipik icra hareketleri kadar önemli, etkili olup da bu tipik icra hareketleriyle aynı sırada (zamanda) yapılan hareketler, fiil üzerinde hakimiyet gerçekleştirebilir.”

<sup>157</sup> Koca/Üzülmez, s. 393: “Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri roller, suçun icrasına bulunulan katkının arz ettiği önem ve zaruret göz önünde bulundurulmaktadır.”

<sup>158</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 261: “Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Öyle ki; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir.”

birer fonksiyon (işlev) icra ederek fiil üzerindeki hâkimiyeti birbirleriyle paylaşan<sup>159</sup> kişilerin her biri ise, fiil üzerindeki bu fonksiyonel hâkimiyetleri sebebiyle “müşterek fail (*coautore*)” kabul edilecektir<sup>160</sup>. “Eş değer sorumluluk” ilkesine dayanan<sup>161</sup> ve *korrelatif*, *additif* ve *alternatif* olmak üzere üç farklı şekli bulunan<sup>162</sup> müşterek faillik, fiilin “birlikte suç işleme kararına dayanan iradî bir iş birliği” ile işlenmesini gerektirdiğinden<sup>163</sup>, TCK’nin “*Faillik*” kenar başlıklı 37’nci maddesinin ilk fıkrasının<sup>164</sup> özensizce kaleme alındığı ve salt lâfzî yorumun fail-şerik ayrımında hatalı sonuçlar vereceği açıktır.

Nihayet, bu kurama göre, suç “iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu” bir şahsa işleten kişi de -kimilerine<sup>165</sup> göre “özel faillik niteliklerini taşıması kaydıyla”- bu şahsın iradesi ve davranışları üzerindeki hâkimiyetinden ötürü yine “tipik fiile hâkim” sayılmakta<sup>166</sup> ve “dolaylı fail (*mittelbare Täter, autore mediato*)” sıfatıyla cezalandırılmaktadır<sup>167</sup>. Cebir uygulama<sup>168</sup> yahut hatadan yararlanma<sup>169</sup> suretiyle ve

<sup>159</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 263: “*Müşterek failler, suç teşkil eden haksızlık vakasının bütünü üzerinde müşterek bir hâkimiyet kurmaktadırlar. Bu itibarla, bunlardan her birisinin suçun genel oluşumu üzerinde müstakil bir hâkimiyet kurduğundan bahsedilemez. Suçun işleniş üzerinde kısmî bir hâkimiyet kurulmayıp; bu vakianın bütünü üzerinde müşterek failler, ortak katılımlarıyla müşterek bir hâkimiyet tesis etmektedirler.*” (Reinhart Maurach / Karl Heinz Gössel / Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband II, Heidelberg, 1989, s. 291; Welzel, “Studien ...”, s. 549; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 277.)

<sup>160</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 116, 120.

<sup>161</sup> Urs Kindhäuser, **Strafgesetzbuch, Lehr - und Praxiskommentar**, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2005, § 25, kn. 44’ten aktaran Koca/Üzülmez, s. 392.

<sup>162</sup> Özgenç, **Faillik**, ss. 263-270.

<sup>163</sup> Haft, s. 203’ten aktaran Koca/Üzülmez, s. 392; Özgenç, **Faillik**, s. 261.

<sup>164</sup> **TCK m. 37/1**: *Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*

<sup>165</sup> Jürgen Baumann, **Beiträge zur Strafrechtsdogmatik, Allgemeiner Teil**, Bielefeld: Gieseking, E u. W, 1987, s. 140, 190-191, 196-197, 220; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 264; Günter Stratenwerth, **Strafrecht Allgemeiner Teil I - Die Straftat**, Köln/Berlin/Bonn: Heymanns Carl, 1981, kn. 756, 758’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 168.

<sup>166</sup> Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 81: “*Suç üzerindeki esas hakimiyet öndeki kişinin üzerindeki iradi hakimiyet dolayısıyla, dolayısıyla faile aittir.*”

<sup>167</sup> Fornasari, s. 427; Giuseppe Maggiore, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, Vol. 1, 2. Edizione, Bologna: Nicola Zanichelli Ed., 1937, s. 464’ten aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62. Ayrıca bkz. Öztürk/Erdem, s. 370, kn. 692: “*İradeye egemenlik sayesinde bir başka kişiyi araç olarak kullanan dolaylı fail, tipikliğin gerçekleşmesi için zorunlu olan davranışı bir başkasına yaptırdığı için sorumlu tutulmaktadır. Olay bir bütün olarak arka plândaki kişinin eseri olarak nitelendirilebilmeli; bunun için de arka plânda bulunan kişinin iradesi araç olarak kullanılan kişinin iradesi üzerinde baskın konumda olmalıdır.*”

<sup>168</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 143 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 92.

ileride inceleyeceğimiz türlü şekillerde<sup>170</sup> ortaya çıkabilen irade hâkimiyeti, arka plândaki kişiyi “*iter criminis*”e yön vermeye muktedir (suçun işleniş sürecine hâkim<sup>171</sup>) kılmakta ve bu kişi hukukî varlık veya menfaatin ihlâlinden “ihlâlî bizzat gerçekleştirmiş gibi” sorumlu tutulmaktadır<sup>172</sup>.

19’uncu yüzyıl ceza hukukçularınca -“azmettirme” ile birlikte- “manevî faillik (*intellektuelle Urheberchaft*)” başlığı altında incelenen<sup>173</sup> dolaylı failliğin “kendine özgü, bağımsız bir faillik türü” olarak izahında “üstün ağırlık (*Übergewicht*)” ölçütünü ortaya atan *Hegler*; dolaylı faillik hâllerinde, arka plândaki kişinin “suç yolundaki seyir üzerinde” suça sevk edilen ön plândaki şahsa kıyasla çok daha önemli bir ağırlığa sahip bulunduğunu ve tipik fiilin bizzat icra edilmemesinden kaynaklanan eksikliği fazlasıyla kapatan bu üstün ağırlığın arka plândaki kişiyi “fail” statüsüne soktuğunu savunmuştur<sup>174</sup>. Fail-şerik ayrımında esasen nesnel kuramı benimseyen<sup>175</sup> *Hegler*’in dolaylı failliğin hukukî esasını açıklamada başvurduğu bu ölçüt “fiil hâkimiyeti” kuramına esin kaynağı olmuş; bu kuram sayesinde öznel ve nesnel kuramların çözmekte yetersiz kaldığı sorunlar aşılarak faillik ve şeriklik türlerinin birbirlerinden başarıyla ayrılması mümkün hâle gelmiştir<sup>176</sup>. Nitekim, yasa

<sup>169</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 170 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 92.

<sup>170</sup> Önok, s. 331: “Roxin’e göre bir kimsenin başkalarının davranışları üzerinde egemen olabilmesi üç şekilde mümkündür: cebir kullanarak, doğrudan failin hatasından yararlanarak veya organize bir güç yapısı/aygıtı aracılığıyla.”

<sup>171</sup> Koca/Üzülmez, s. 397.

<sup>172</sup> Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 515.

<sup>173</sup> Fatih Selâmi Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 63, Sayı: 1-2, 2005, s. 70. Aynı yönde bkz. Önok, s. 224: “Alman doktrininde de, arka plândaki kişinin durumu ‘entelektüel’ faillik olarak tasvir edilmiştir.”

<sup>174</sup> August Hegler, **Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft: Reichsgerichts-Festschrift**, Band V, 1929, s. 306’dan naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 74: “Sonuç olarak, suça sevk eden ... ‘fail’ olarak gözükmemekte; buna karşılık, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahıs ... fail olamamaktadır veya sadece taksirli suçun ya da (görünüşte mahsus suçlarda) genel suçun faili olmaktadır.” Ayrıca bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 110: “1929’da Hegler dolaylı failliği incelerken bunu üstünlük teorisine ya da fiil hakimiyeti teorisine dayanarak açıklamıştır. Ona göre dolaylı failin, objektif hukuka aykırı fiili kusursuz olarak icra eden kişi üzerinde üstünlüğü, fiil hakimiyeti söz konusudur.”

<sup>175</sup> Hegler, **mittelbaren Täterschaft**, s. 307’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 73.

<sup>176</sup> Aynı yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 120-121; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 95.

koyucu da, 5237 sayılı TCK uygulamasında fiil hâkimiyeti kuramının esas alınması gerektiğine 37’nci maddenin gerekçesinde<sup>177</sup> açıkça işaret etmiştir.

### C. Dolaylı Fail Kavramı

#### 1. Dolaylı Fail Kavramının Tanımı

“Dolaylı fail” kavramını TCK m. 267/4<sup>178</sup> ve 272/5<sup>179</sup> hükümleri, “dolaylı faillik” kavramını ise TCK m. 37<sup>180</sup> ile m. 84’ün<sup>181</sup> gerekçeleri dışında kullanmayan yasa koyucu, dolaylı faillik kurumunu -765 sayılı TCK’nin aksine- 5237 sayılı TCK m. 37/2’de düzenlemiş<sup>182</sup> ve “dolaylı fail” kavramını kabaca “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi” olarak tanımlamıştır. Madde gerekçesinin ikinci fıkranın dolaylı faillik ile ilişkili olduğuna açıkça işaret eden dokuzuncu paragrafında ise, arka plândaki kişinin ön plândaki (suçun icraî davranışlarını gerçekleştiren)

<sup>177</sup> **TCK m. 37’nin gerekçesi, paragraf 3:** *Hükümet Tasarısında da benimsenen ‘asli iştirak’, ‘fer’i iştirak’ ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işleniş üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.*

<sup>178</sup> **TCK m. 267/4:** *Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.*

<sup>179</sup> **TCK m. 272/5:** *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.*

<sup>180</sup> **TCK m. 37’nin gerekçesi, paragraf 9:** *Maddenin ikinci fıkrasında, dolaylı faillik düzenlenmiştir. Kişi suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır.*

<sup>181</sup> **TCK m. 84’ün gerekçesi, paragraf 7:** *Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir.*

<sup>182</sup> **Yargıtay CGK, T. 18/04/2017, E. 2017/284, K. 2017/238; Yargıtay 4. CD, T. 16/11/2017, E. 2017/19001, K. 2017/25030; Yargıtay 16. CD, T. 27.11.2017, E. 2017/2162, K. 2017/5474:** *“Kanunun 37. maddesindeki ... hüküm ile maddenin birinci fıkrasında müşterek faillik, ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik düzenlenmiştir.” Yargıtay 6. CD, T. 08/07/2015, E. 2014/12898, K. 2015/42416; Yargıtay 6. CD, T. 28/09/2015, E. 2014/14524, K. 2015/43148:* *“5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, yasanın gerekçesinde de gösterildiği üzere, asli iştirak ve ferî iştirak ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı öngörmesi ve uygulamada zorluklara neden olması sebebi ile önceki yasada yer alan bu ayrımın yerine, iştiraki bir sosyolojik birlik olarak kabul etmiş ve faillerin eylem üzerinde kurdukları hakimiyeti baz alarak, üç temel iştirak kategorisi düzenlemiştir. Bunlar; ‘fail (dolaylı faille birlikte)’, ‘azmettiren’ ve ‘yardım eden’dir. Ayrıca önceki yasa da yer almayan dolaylı faillik kavramı da yasada yerini bulmuştur.”*

şahsın iradesi ile tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurduğuna ve “fail” sıfatıyla sorumlu tutulmasının bu hâkimiyetten ileri geldiğine dikkat çekilmiştir.

Türk ceza hukuku öğretisinde, “dolaylı fail” ve “dolaylı faillik” kavramları için çeşitli tanımlar verilmiştir. Her biri ek açıklamalarla desteklenen bu tanımlara göre, dolaylı fail (dolayısıyla fail<sup>183</sup>, dolayısıyla fail<sup>184</sup>, fikrî fail<sup>185</sup>, gölge fail<sup>186</sup>, maddî fail<sup>187</sup>; *autore mediato*<sup>188</sup>, *autore finto/intellettuale*<sup>189</sup>; *Hintermann*<sup>190</sup>, *mittelbare Täter*; *auteur indirect/médiat*<sup>191</sup>, *auteur moral/intellectuel*<sup>192</sup>; *indirect perpetrator*, *principal by proxy*<sup>193</sup>), bir başkasını suç işlemekte araç olarak (*als Werkzeug*) kullanan<sup>194</sup>, suçu bir başkası vasıtasıyla işleyen<sup>195</sup> kişiyi ifade etmektedir. Bu

<sup>183</sup> Ali Kemâl Yıldız, “Dolayısıyla Faillik”, **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998, ss. 235-244; Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 821, kn. 964; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 205; Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Cilt I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 561 vd.; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, Nisan 2014, s. 494; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 73 vd.; Toroslu/ Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 326. Bu kavramın eleştirisi için bkz. Önok, ss. 222-223.

<sup>184</sup> Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt II, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1974, s. 552 vd.

<sup>185</sup> Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 383.

<sup>186</sup> Ali Hacıfazlıoğlu, **Teori ve Uygulamada Suça İştirak**, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014, s. 336; Hasan Gerçek, **Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 463; Osman Yaşar / Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt I, Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2014, s. 1121.

<sup>187</sup> Gian Domenico Pisapia, **Violenza, Minaccia e Inganno Nel Diritto Penale**, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, s. 196’dan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 144.

<sup>188</sup> Stefano Riccio, **L’Autore Mediato**, Napoli: Jovene Ed., 1939.

<sup>189</sup> Ranieri, **Concorso**, s. 179’dan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 143.

<sup>190</sup> Hans Heinrich Jescheck, **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, (Çev. Kayıhan İçel / Köksal Bayraktar / Feridun Yenisey), İstanbul: Beta Yayıncılık, 1989, s. 45’ten aktaran Aydın, **İştirak**, s. 143.

<sup>191</sup> Elisa Baron, **La Coaction en Droit Pénal**, Thèse de Doctorat Non Publiée, Université Montesquieu - Bordeaux IV École Doctorale de Droit, Bordeaux, 2012, s. 76, 376; Paul Piotet, **La Théorie de l’Auteur Médiat et le Problème de l’Instrument Humain Intentionnel (“Doloses Werkzeug”)**, Bern: Stamfli Cie, 1954.

<sup>192</sup> Gaston Stefani / Georges Levasseur / Bouloc Bernard, **Droit Pénal Général**, Paris: Dalloz, 2005, s. 267; Julia Pouyane, **L’Auteur Moral d’une Infraction**, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2003. Bu iki kavram, çoğunlukla, azmettirmeyi de kapsar şekilde kullanılmaktadır.

<sup>193</sup> Alan Reed / Michael Bohlander, **Participation in Crime – Domestic and Comparative Perspectives**, New York: Routledge, 2016, s. 465.

<sup>194</sup> Hacıfazlıoğlu, s. 336; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2019, s. 529; Öztürk/Erdem, s. 370; Süleyman Karabeyeser, “Suça İştirak”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 110, Ankara, Ekim 2015, s. 62. Aynı yönde bkz. **Yargıtay 13. CD**, T. 10/10/2012, E. 2011/16513, K. 2012/20933.



tanımlar, içerisindeki “araç-vasıta” tabiriyle örtülü olarak “irade hâkimiyeti” ölçütüne ve dolayısıyla “fiil hâkimiyeti” kuramına yaslanmakla birlikte, bir kişinin ne zaman bir başkası elinde “araçlaşmış” sayılacağına ilişkin net bir açıklama ortaya koymamakta; “azmettiren” ile “dolaylı fail” arasında belirgin bir çizgi çizemediği gibi, bir başkasını “*vis absoluta* (mutlak maddî cebir)” ile suça vasıta kılan kişinin “dolaylı fail” kabul edilmemesinin gerekçesini de açıklayamamaktadır. Yine eksik bulduğumuz bir başka tanıma göre ise, dolaylı fail, “üzerinde cebir kullandığı bir kimseye veya isnat yeteneği olmayan birine işlemeyi kastettiği suçu işleyen kimse”<sup>196</sup>’dir. Dolaylı failliği “bir kimsenin işlemeyi kastettiği suçu bir başkasına işletmesi”<sup>197</sup> olarak tarif eden yazarların verdiği bu iki tanım, aynı şekilde, azmettiren ve dolaylı fail ayrımını netleştirememesi bakımından eksik, bir başkasına “*vis absoluta*” ile suç işleyen kişiyi kapsamına alması bakımından açıkça hatalı ve dolaylı failliğin görünüm biçimlerinin anılan iki hâlden ibaret olduğunu düşündürmesi bakımından da hayli yanıltıcıdır<sup>198</sup>.

Dolaylı faillik ise, yine öğretideki tanımlara göre, “bir kimsenin başkasını suç işlemede araç olarak kullanması hâli”ni<sup>199</sup>, “suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılması”ni<sup>200</sup>, “bir suçun, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlendiği hâller”i<sup>201</sup>, “suçu başkası aracılığıyla işleme”yi<sup>202</sup> veya daha detaylı bir

<sup>195</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s.187; Mustafa Çiçek, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Bir İştirak Şekli Olarak “Dolaylı Faillik”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2014, s. 46; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 80.

<sup>196</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 350.

<sup>197</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 350.

<sup>198</sup> Her ne kadar net birer tanım gibi kaleme alınmışlar ise de, yazarların verdiği “dolaylı fail” tarifi dolaylı faillik hâllerine ilişkin bir örnekleme olarak düşünülmeli; “dolaylı faillik” tanımı ise “*Suçu işleyen kişi, suçu işletenin sadece bir aracıdır.*” şeklindeki müteakip cümle ile birlikte değerlendirilmelidir.

<sup>199</sup> Ali Rıza Töngür, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 28, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2015, s. 231.

<sup>200</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 948; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 741; Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 821, kn. 964; Özkan, **Azmettirme**, s. 208.

<sup>201</sup> Koca/Üzülmez, s. 397.

<sup>202</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 487.

tanım ile “isnat yeteneği olmayan, cezalandırılmayan veya kusurlu sayılmayan bir insanı, bir suçu işlemek için maddî bir araç gibi kullanma”yı<sup>203</sup> ifade etmektedir.

Çalışmanın sağlam bir zemine oturtulabilmesi açısından, gerekli tüm unsurları içeren ve ilgisiz her unsuru dışlayan bir “dolaylı fail” tanımına ihtiyaç bulunduğu açıktır<sup>204</sup>. Bu nedenle, biz, failliğin görünüm şekillerini birbirlerinden ve şeriklik çeşitlerinden ayırmada “fiil hâkimiyeti” kuramını benimsediğimizden, öncelikle, “irade hâkimiyeti” ölçütünün “dolaylı fail” kavramının tanımına dâhil edilmesinde isabet görmekteyiz<sup>205</sup>. Yine fikrimizce, bir kişinin dolaylı fail kabul edilebilmesi için, irade hâkimiyetinin kurulmasına ve suçun işlenmesine yönelik -en azından “olası”- kastının bulunması zorunlu olup dolaylı fail tanımında “kasıt” unsuruna yer verilmesi şarttır. Buna karşılık, gerekli nitelikleri taşımayan bir kişinin, özgü bir suçu, bu nitelikleri haiz bir kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak ve bu kişinin davranışlarını suça vasıta kılmak suretiyle işlemesi -gerekçesi ileride açıklanacağı üzere- mümkün olduğundan, tanımda “özel faillik niteliklerini taşıma” şartına yer verilmesi hatalı olacaktır<sup>206</sup>. Nihayet, arka veya ön plândaki kişinin mutlak maddî cebre maruz kaldığı durumlarda -kanımızca- dolaylı faillikten söz edilemeyeceği için, tanımda bu noktaya da dikkat çekilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, biz, dolaylı faili, “iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını<sup>207</sup> ‘işlemeyi kastettiği’ suça vasıta kılan gerçek<sup>208</sup> kişi” olarak tanımlıyoruz.

<sup>203</sup> Toroslu/Toroslu, s. 326. Tanımı içerisinden “maddî” ibaresini çıkararak benimseyen bir başka yazar için bkz. Önder Tozman, **Suçta Teşebbüs**, Ankara: Adalet Yayınevi, Nisan 2015, s. 197.

<sup>204</sup> Önok, s. 347: “... Roxin, failliğin tanımını ve unsurlarını mutlak ve katı bir biçimde belirlemeye yönelik çabaları da, faydasız olmaları nedeniyle eleştirmiştir. Yazara göre bu çabalar ... uygulamaya gelindiğinde başarısız olmuştur çünkü bütün tipik dolaylı faillik durumlarını tek bir ortak formül altında birleştirebilecek tasvirî (deskriptif) bir kavramı ortaya koymak mümkün değildir.”

<sup>205</sup> İrade hâkimiyeti ölçütünü içeren örnek bir tanım için bkz. İlhan Üzülmöz, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Kayseri, 2006, s. 84: “Bir suçu, iradesine hakim olduğu bir başkası aracılığıyla gerçekleştiren kişi dolaylı faildir.” Genel olarak “fiil hâkimiyeti” kuramına dayanan bir diğer tanım için bkz. Metiner/Koç, s. 1118: “Dolaylı fail, kendisi arka planda kalmak suretiyle suçun icrasını gerçekleştiren şahıs ve bu şahsın eylemi üzerinde hakimiyet kuran kişidir.”

<sup>206</sup> Aynı yönde bkz. Baumann, s. 140, 190-191, 196-197, 220; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 264; Stratenwerth, 1981, kn. 756, 758’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 168.

<sup>207</sup> Meral Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 107-108, İstanbul, Temmuz-Ağustos 2013, s. 67: “... dolaylı faillikte araç olarak kullanılan; kişinin bedeni değil, hareketleridir. Dolaylı fail, bir başkasının kendisi için, hareket

## 2. Dolaylı Faillik İlişkisinde Yer Alan Kişiler

Dolaylı faillik şeklinde işlenen bir suçta, çoğunlukla, en az üç kişi bulunmaktadır: Dolaylı fail, iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahıs<sup>209</sup> ve mağdur (suçun pasif süjesi). Örneğin, A'nın B'yi "ölümle tehdit ederek" C'nin arabasını yakmaya zorladığı ve B'nin arabayı yaktığı olayda durum böyledir.

Bununla birlikte, tespit edebildiğimiz kadarıyla tüm yazarlar, "davranışları suça vasıta kılınan şahıs" ile "mağdur"un aynı kişi olabileceği konusunda hemfikir olup kanaatimizce de dolaylı faillik ilişkisindeki kişi sayısının bu şekilde ikiye inmesi mümkündür<sup>210</sup>. Örneğin, A tarafından intihara zorlanan B'nin intihar ettiği olayda durum böyledir<sup>211</sup>. Nitekim, yasa koyucu da, TCK m. 84/4'te düzenlenen bu

---

*etmesine müsaade eder. Dolaylı fail, aracıyı adeta sahnedeki bir kukla gibi oynatırken, kendisi ipleri elinde bulunduran, perdenin arkasında yer alan kişidir. Bu nedenle, bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanmak yerine, 'bir başkasının hareketlerini' suçun işlenmesinde araç, vasıta olarak kullanmak veya bir başkası aracılığıyla suç işlemek ifadesi daha isabetlidir."* Yine bkz. Önok, s. 254: "... dolaylı faillikte aracı olan kişinin bedeni değil, hareketleri bir araç olarak kullanılır."

<sup>208</sup> Tüzel kişilerin suç faili olamayacağına ilişkin açıklamalarımız için bkz. "Dolaylı Faillik İlişkisinde Yer Alan Kişiler" başlığı.

<sup>209</sup> İnsan dışındaki varlıklar, iradeden ve hukukî anlamda bir "davranış" gerçekleştirme imkânından yoksun olduklarından, bunların iradesi üzerinde hâkimiyet kurulması ve davranışlarının suça vasıta kılınması da mümkün değildir. Buna göre, tipik fiili örneğin bir hayvan vasıtasıyla gerçekleştiren kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti "hayvanın var olmayan iradesi üzerindeki sözde hâkimiyet"ine değil, doğrudan "kendi hareketi üzerindeki hâkimiyeti"ne dayanacak ve kişi işlenen suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulacaktır. Aynı yönde bkz. Gerçekler, s. 463; Mahmutoglu, "... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 69; Sevtap Metin / Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul: Tekin Yayınevi, Şubat 2018, s. 46; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, Eylül 2018, s. 526.

<sup>210</sup> Örneğin bkz. Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 634; Önok, s. 226.

<sup>211</sup> Son derece isabetsiz bulduğumuz bir karar için bkz. **Yargıtay 1. CD**, T. 20/01/2020, E. 2019/3668, K. 2020/166: "... sanığın kızı maktulenin cep telefonu ile yaptığı görüşmelerden şüphelenerek, kızından cep telefonunu kendisine vermesini istediği, maktulenin cep telefonunu vermeden önce silme işlemi yapması üzerine kendisini basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte darp ettikten sonra 'kendini ispatla, ya sen kendin intihar edeceksin, ya da ben seni döve döve öldüreceğim' diye söyleyip evden ayrıldığı, bir süre sonra maktulenin av tüfeğiyle kendisini vurarak intihar ettiği olayda, sanığın olay öncesi maktuleye karşı sarf etmiş olduğu sözlerin içeriği dikkate alındığında, sanığın eyleminin TCK'nin 84/4-son maddesindeki cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur etme niteliğinde olmayıp TCK'nin 84/3 maddesindeki intihara teşvik niteliğinde olduğu ve bu suçtan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiş ..."

olasılıkta dolaylı failliğin söz konusu olacağını madde gerekçesinde belirtmiş, öğretideki baskın<sup>212</sup> görüşü açıkça benimsemiştir<sup>213</sup>.

Buna karşılık, “fail” ve “mağdur” sıfatlarının -kural olarak<sup>214</sup>- aynı kişide birleşmemesi sebebiyle, “dolaylı fail” ile “mağdur”un aynı kişi olmasına da imkân bulunmamaktadır<sup>215</sup>. Buna göre, B’ye karşı işlediği bir suç sebebiyle vicdan azabı çeken A’nın B’yi kendisini bacağından vurarak cezalandırmaya zorlaması ve bu zorlamaya karşı koyamayan B’nin A’yı bacağından yaralaması durumunda; B “işlediği haksızlığın kusursuzluğu” (TCK m. 28) sebebiyle cezalandırılmayacak, A ise “işlenen haksızlığın mağduru olması” sebebiyle suçlu dahi sayılamayacaktır<sup>216</sup>.

Diğer yandan, öğretideki ayrıkçı bir düşünceye göre, kişinin “kendisini suça vasıta kılmak suretiyle” dolaylı fail olması da istisnaen mümkündür<sup>217</sup>. “Sebebinde serbest hareket (*actio libera in causa*)” kuramını “önceden yüklenme kuramı

<sup>212</sup> Farklı görüş için bkz. Hasan Sınar, “İntihara Yönlendirme Suçu”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2018, s. 643; Hasan Sınar, **İntihara Yönlendirme**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 85: “*Kanımızca intihara yönlendirme suçu, ... pratik gerekliliklerin bir sonucu olarak kasten öldürme suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlendiği için, TCK m. 84/4 yönünden dolaylı faillik kurumunun uygulanabilmesi söz konusu olmaz.*”

<sup>213</sup> **TCK m. 84’ün gerekçesi, paragraf 7:** *Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenlerin, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir.*

<sup>214</sup> Yasa koyucu, organ veya doku ticareti suçunda (TCK m. 91-93) olduğu gibi, bazen bu kurala istisna getirebilmektedir.

<sup>215</sup> Aynı yönde bkz. Merve Selin Şohoğlu, **Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 123.

<sup>216</sup> A’nın B’ye yönelik tehdidi sebebiyle cezalandırılacağına ise şüphe yoktur.

<sup>217</sup> Ingborg Puppe, “Grundzüge der actio libera in causa”, **Juristische Schulung (JuS)**, 1995, par. 34, kn. 2; aksi görüş için bkz. Kai Ambos, “Der Anfang vom Ende der actio libera in causa”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1997, s. 2297’den aktaran Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım - I**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Adalet Yayınevi, Mart 2014 s. 398, kn. 602. Bu ayrıkçı görüş hakkında bilgi için bkz. Yener Ünver, “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1999, ss. 849-850. Ayrıca bkz. Halûk Toroslu, **İsnat Yeteneği**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015, s. 120: “*Sebebinde serbest hareketler bağlamında çözülmesi gereken, fiili işlediği sırada isnat edilebilir olmayan kimsenin neye dayanarak sorumlu tutulacağı sorunudur. (...) Bu konuya ilişkin olarak, birçok yazar tarafından savunulan ve daha rafine olduğu ileri sürülen bir ... düşünceye göre, suçun icrası, yalnızca doğrudan cezai normda tanımlanmış fiili oluşturan faaliyetlerden meydana gelmemekte ve fakat söz konusu fiili gerçekleştirmek amacıyla yapılan herhangi bir hareket de icra aşamasına dahil olmaktadır. Aslında suçun aktif süjesi, kendisini isnat yeteneğinden yoksun bırakmak suretiyle, kendi kendini suç planının bir aracı haline getirmekte ve bir hayvanın ya da ehliyetsiz üçüncü bir kişinin de yapabileceğini kendisi yapmaktadır.*”

(Vorverlagerungstheorie)” ile açıklamaya çalışan yazarların bir kısmına göre, kendisini “tipik fiilin icrasına yönelik peşin bir -olası veya doğrudan- kasıt ile” bilerek ve isteyerek kusur yeteneğinden yoksun bırakan kişi, kendi kendini suça vasıta kılmakta ve kusur yeteneğinden yoksun durumda iken işlediği suçun dolaylı faili hâline gelmektedir<sup>218</sup>. Ancak, önceden yüklenme kuramını benimseyenlerin tipik fiilin tespiti konusundaki yanılgısı<sup>219</sup> ve kuramın “teşebbüs” bakımından doğurduğu kabul edilemez sonuçlar<sup>220</sup> bir yana, gerek ACK m. 25/1’deki “einen anderen (başkası)” ibaresinin gerekse TCK m. 37/2’deki “bir başkasını” ibaresinin bu gibi durumlarda “dolaylı faillik” kurumunun işletilmesine olanak tanımadığı ortadadır<sup>221,222</sup>. Zira, fail, kendisini kusur yeteneğinden yoksun kılmakla “bir başka

<sup>218</sup> Örneğin, suç işleme kararı alan, cesaret bulmak için içki içen ve nihayet kusur yeteneğini tümüyle yitirdikten sonra suçu icra eden kişinin durumu böyledir.

<sup>219</sup> Heinrich, **Genel Kısım - I**, ss. 398-399, kn. 602: “Bu görüşe karşı, ‘fiil’den anlaşılması gerekenin, suç oluşturmamayan bir sarhoşluğa neden olma davranışı değil, ancak sarhoşken işlenen fiil olabileceği ileri sürülmektedir. Hukuka aykırı davranış içki içmek değil, ... sonraki fiildir. (...) bir yasak normundan (örn: ‘öldürmeyeceksin’) hareketle, içki içilmemesine yönelik bir davranış normuna ulaşılması mümkün değildir.”

<sup>220</sup> Heinrich, **Genel Kısım - I**, ss. 398-399, kn. 602: “... asıl fiilin, kişinin kendisini sarhoş duruma sokması olarak tespit edilmesi halinde, failin içki içmeye başladığı anda fiilin icrasına da doğrudan doğruya başlamış olduğu ve bunun sonucunda teşebbüs aşamasına girdiği kabul edilmelidir. Sonradan örn. bir kişiyi öldürmek amacıyla kasten içki içen, ancak ölçüyü tutturamayıp sonradan uyuşakalan bir kişiyi kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırmanın mantığı anlaşılammaktadır (kaldı ki dolaylı faillik kuralları kapsamında teşebbüsün başlama anına ilişkin ilkeler uygulanacak olduğunda da, mantıken bu sonuca ulaşılmaktadır.” Yine bu yönde bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 122: “Bu anlayışın ... isnat yeteneğinin kaybolmasına neden olan davranışı da suçun icrasına dahil ettiği dile getirilmiştir. Bu suretle nedensellik bağına ilişkin problemin yerine, tipik fiilin başlangıç anı meselesi konmakta, süje, suçu işlemeye kendini isnat yeteneğinden mahrum ettiği anda başlamaktadır. Böyle bir düşüncenin kabul edilmesi mümkün değildir; zira kişinin suç işleyebilmesi için gerekli koşulu yaratan davranış, bu suçun icra sürecinin bir parçası değildir ve bununla karıştırılmamalıdır. İlk davranış, yalnızca işlenen suça nazaran bir öncül niteliğindedir ve elverişsiz, yetersiz olması nedeniyle kişinin sonraki davranışıyla suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs dahi teşkil etmeyecektir. Örneğin kişinin bir cinayet işlemek için kendini sarhoş etmesi, hırsızlık suçu için bir merdiven temin etmesinden farksızdır.”

<sup>221</sup> Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 399, kn. 602. Ayrıca bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 65: “TCK m. 37/2’de yer alan ‘bir başkası’ ifadesiyle kastedilen, ‘fail’ dışında bir başkasıdır ve kural olarak bu kişinin ‘faillik’ sıfatı yoktur.”

<sup>222</sup> Aynı yönde bkz. Hasan Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 15, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2011, s. 75, dpn. 54: “ALIC kuramının hukukî niteliğini açıklayan teorilerden birinin -azınlıkta kalmakla birlikte- dolayısıyla faillik teorisi olması ilgi çekicidir. Buna göre, ALIC kuramına konu olaylarda aslında bir tür dolayısıyla faillik söz konusudur. Burada, fail, bir başkasını araç kişi olarak kullanmak yerine, kendisini bir araç durumuna getirmek suretiyle suçu işlemektedir. Bu nedenle, kişinin kendi iradî hareketiyle kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı durumlarda, kişi, dolayısıyla faillik kurumu çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır. Bununla birlikte, dolaylı faillik kurumu ile ALIC kuramının bilinen farklılıkları bu teoriyi zayıflatmaktadır. Çünkü bilindiği üzere, dolayısıyla failliğin uygulama alanı bulabilmesi için, öncelikle birisi araç durumundaki doğrudan, diğeri ise perde arkasındaki dolayısıyla olmak üzere iki fail bulunmalıdır, ALIC kuramında ise, fail tektir; yine dolayısıyla faillik kurumunda iki ayrı kusurluluk durumu incelenirken, ALIC kuramında tek kusurluluk hâli söz konusudur. Nihayet, dolayısıyla faillik kurumu, suça iştirake ikilik sisteminin sakıncalarını ortadan kaldırmak üzere benimsenmiş iken, ALIC kuramının suça iştirak ile ilgisi yoktur.”

kişi”ye dönüşmediği gibi<sup>223</sup>, fiili de yine “bizzat” işlemekte ve sebebinde serbest hareket kuramı uyarınca “suçun doğrudan faili” sıfatıyla sorumlu hâle gelmektedir. Bu itibarla, dolaylı faillik ilişkisinde, mağdurun davranışlarının suça vasıta kılınması mümkünse de, dolaylı fail ile davranışları suça vasıta kılınan şahsın aynı kişiler olması imkânsızdır.

Konuyla ilgili bir diğer tartışma ise, tüzel kişilerin dolaylı faillik ilişkisinin aktif veya pasif süjesi olup olamayacağına ilişkindir. Esasen, bu tartışma, tüzel kişilerin suç faili veya mağduru olup olamayacağına ilişkin genel tartışmanın bir uzantısı niteliğinde olup dolaylı faillik bakımından özellik arz eden bir nokta bulunmamaktadır. Tüzel kişilerin hareket ve kusur yeteneğinden yoksun olduğunu savunan yazarlara göre, tüzel kişilerin bir suçun doğrudan, müşterek veya dolaylı faili olmaları mümkün değildir<sup>224</sup>. Aynı şekilde, suçun pasif süjesinin ancak gerçek kişiler olabileceğini düşünen yazarlar<sup>225</sup> da, bir tüzel kişinin, dolaylı faillik yoluyla işlenen bir suçun “mağduru” değil, ancak “zarar göreni” olabileceği fikrini benimsemektedirler. Buna karşılık, tüzel kişilerin suç faili ve/veya mağduru olabileceklerini savunan yazarlar bulunduğu gibi, mevzuatında tüzel kişileri fail ve/veya mağdur kabul eden devletler de mevcuttur<sup>226,227</sup>. Biz, tüzel kişilerin, *de lege*

<sup>223</sup> Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 399, kn. 602.

<sup>224</sup> Çiçek, s. 158; Hafızoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 349; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 139; Koca/Üzülmez, s. 103; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 165; Toroslu/ Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 107. Aynı yönde bkz. Robert von Hippel, **Lehrbuch des Strafrechts**, Berlin, 1932, ss. 89-90’dan aktaran Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 239. Yine bu yönde bkz. Tröndle/Fischer, 2003, § 13, kn. 33; Stratenwerth, 2000, § 8, kn. 3’ten aktaran Öztürk/Erdem, s. 167, kn. 260. Tüzel kişilerin “fail” olarak sorumlu tutulmasını “üçüncü kişinin eyleminden sorumluluk” kapsamında gören ve reddeden görüş için bkz. Çetin Özek, “1997 Türk Ceza Yasa Tasarısına İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, Ayrı Bası, İstanbul, 1999, ss. 15-16’dan aktaran Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 243.

<sup>225</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 139; Koca/Üzülmez, s. 106; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2003, s. 141.

<sup>226</sup> Tüzel kişilerin yalnızca “suçun mağduru” olabilecekleri yolundaki görüş için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 107, 115-116. Yazara göre, devlet “her suçun daimî pasif süjesi” olup tüzel kişiliği bulunmayan sosyal toplulukların dahi suç mağduru olması mümkündür.

<sup>227</sup> Tüzel kişilerin “fail” ve “mağdur” olabilecekleri yolundaki görüş için karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. Nur Centel, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, s. 3316: “*Karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilere suç veya kabahatten dolayı yaptırım uygulanması kabul edilmektedir. Tüzel kişiler için ceza hukuku anlamında sorumluluğun İngiltere, Fransa ve (şirketler için olmak üzere) İsviçre’de kabul edildiği görülmektedir. Almanya ve İtalya’da ise tüzel kişilerin idari para cezası sorumluluğu vardır. (...) Fransız Ceza Yasası’nda, devlet dışındaki tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunduğu belirtilerek (m.121-2), Yasa’nın çeşitli maddelerinde tüzel kişiler suç faili olarak gösterilmektedir. Danimarka Ceza Yasası’nda da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmiştir (m.25 vd.).*” Ayrıca bkz. Demirbaş, s. 240: “... İngiltere, Kanada, ABD, Hollanda ceza kanunları tarafından da, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu benimsenmiştir.” Yine bkz.

*ferenda* “fail” kabul edilip belli suç tipleri açısından adlî para cezasıyla cezalandırılabilirmeleri gerektiğini düşünmekle birlikte<sup>228</sup>, TCK m. 20’nin gerekçesindeki<sup>229</sup> açıklık karşısında *de lege lata* “doğrudan, müşterek veya dolaylı fail” sayılamayacaklarını kabul ediyor<sup>230,231</sup>; buna karşılık, mağdur sayılmaları önünde ise *de lege ferenda* ve *de lege lata* hiçbir engel görmüyoruz<sup>232</sup>. Bu çerçevede, fikrimizce, tüzel kişiler, dolaylı faillik suretiyle işlenen bir suçta “dolaylı fail” değilse de, “mağdur” olabilecektir.

Savigny’nin ortaya attığı “varsayım (faraziye, fiksiyon) kuramı”na göre tüzel kişiler “üzerinde hâkimiyet kurulabilecek bir iradede yoksun<sup>233</sup>” olduklarından, bunların “davranışları suça vasıta kılınan şahıs” statüsünü işgâl etmesine de olanak bulunmamaktadır<sup>234</sup>. Biz tüzel kişilerin organları tarafından açıklanan iradeyi “tüzel

---

Güçlü Akyürek, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2014, s. 107, dpn. 475: “*Türk Ceza Kanunu’nun 20. maddesinin aksine 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nun 121-2 maddesinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiş hattâ 2004 yılında yapılan bir değişiklikle bu genelleştirilip özel olarak suçu tanımlayan maddede gösterilmesi gereği kaldırılmıştır.*”

<sup>228</sup> Centel, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, s. 3315: “... 2000’li yıllarda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından da yasakoyucu tüzel kişilerin suç faili olarak cezalandırılması eğilimini açıkça ortaya koymuştu. Örneğin, 765 sayılı TCK m.220’de rüşvet verme suçları tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiğinde bunlar cezalandırılmakla birlikte tüzel kişi hakkında da suçla elde edilen menfaatin iki katından üç katına kadar ağır para cezasına hükmolunması öngörülmüştü.”

<sup>229</sup> **TCK m. 20’nin gerekçesi, paragraf 2:** *Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen bir suçtan dolayı bunlar hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorununu birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.*

<sup>230</sup> Centel, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, s. 3314: “*Yasa koyucu tüzel kişileri suç faili saymamakla tüzel kişilerin niteliği konusundaki gerçeklik ve varsayım teorilerinden ikincisini kabul etmiş olmaktadır.*” Aynı yönde bkz. Hafızogulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 349.

<sup>231</sup> Yasa koyucunun “fail” kabul etmediği özel hukuk tüzel kişilerini bir tür “cezaî sonuç” niteliğindeki “iznin iptâli” ve “müsadere” yaptırımlarına muhatap kılması ise, kanaatimizce, ciddi bir tutarsızlıktır. Aynı yönde bkz. Demirbaş, s. 241: “*Aslında bu yaptırımlar, teknik anlamda güvenlik tedbiri olmadıklarından, bu yaptırımları ceza olarak değerlendirmek mümkündür.*”

<sup>232</sup> Suçun pasif süjesi “ceza normu tarafından korunan hukukî varlık veya menfaatin sahibi”ni ifade etmekte olup korunan varlık veya menfaatin bir tüzel kişiye ait olduğu durumlarda, mağdurun tüzel kişi olacağı açıktır. Örneğin, bir kamu tüzel kişisine ait taşınmazın camları kasten kırıldığında, mağdur kamu tüzel kişisi olacak ve failin cezası TCK m. 152/1-a uyarınca tâyin edilecektir. Tüzel kişilerin suç mağduru olamayacağı yönündeki düşünceye göre ise, bu kurgusal olayda kamu tüzel kişisi “suçtan zarar gören kişi” statüsünde olup suç mağdurunun kim olacağı meçhûldür.

<sup>233</sup> Demirbaş, s. 241.

<sup>234</sup> Aynı yönde bkz. Şohoğlu, s. 131. Aksi görüş için bkz. Zeynel Temel Kangal, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 136.

kişinin iradesi” telâkki ettiğimizden<sup>235</sup>, bu görüşe katılmıyoruz. Ancak, yasa koyucunun TCK m. 37/2, c. 1’de “... bir başkasını ...” ibaresini tercih etmesi sebebiyle, “tüzel kişilerin davranışlarının suça vasıta kılınması” mümkün gözükmemektedir<sup>236</sup>. Dolandırıcılık suçunun nitelikli hâllerinin düzenlendiği TCK m. 158’in ilk fıkrasının d<sup>237</sup> ve f<sup>238</sup> bentlerinde yer alan “araç olarak kullanılma” ibaresi ise, “anılan tüzel kişilerin iradeleri üzerinde hâkimiyet kurularak davranışlarının suça vasıta kılınması”nı değil, “suçun işlenişinde bunlardan bir şekilde yararlanılması”nı ifade etmektedir. Örneğin, dolandırıcılık suçunda, failin mağduru “kolluk amiri üniforması ile çektiği bir fotoğrafı göstererek” aldattığı<sup>239</sup> yahut maddî yararı “banka hesabına yatırılan tutarı çekmek suretiyle” temin ettiği<sup>240</sup> hâllerde dolaylı faillik değil, doğrudan faillik söz konusu olacaktır.

<sup>235</sup> Aynı yönde bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, Ankara, 2012, ss. 669-670.

<sup>236</sup> Aynı yönde bkz. Çiçek, s. 159.

<sup>237</sup> **TCK m. 158/1-d:** Dolandırıcılık suçunun ... kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle, ... işlenmesi halinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

<sup>238</sup> **TCK m. 158/1-f:** Dolandırıcılık suçunun ... bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle, ... işlenmesi halinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

<sup>239</sup> **Yargıtay 15. CD**, E. 2017/18606, K. 2017/22163: “(...) Sanığın, bir hükmün infazı nedeni ile Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu’nda bulunduğu sırada tanıştığı ve aynı cezaevinde olan katılan ...’a kendisini emniyet amiri olarak tanıttığı ve emniyet amirlerine ait üniforma ile çekilmiş vesikalık fotoğrafını göstererek güven sağladığı katılana, çocuklarını işe aldırabileceğini beyan ettiği, bunun üzerine katılan ...’in oğulları olan diğer katılanların sanığa para verdikleri iddia ve kabul edilen olayda; Sanığın isnat olunan eylemlerde, kamu kurum ve kuruluşlarından Emniyet Genel Müdürlüğü’nün maddi varlıklarından olan emniyet amiri üniformasını kullanması nedeniyle, eyleminin temas ettiği TCK’nın 158/1-d maddesinde düzenlenen ‘kamu kurum ve kuruluşlarının araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık’ suçu ile birlikte aynı zamanda, hükümden sonra 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanun’un 14. maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 158/1. maddesine eklenen (L) bendi kapsamında öngörülen nitelikli dolandırıcılık fiiline ilişkin delillerin takdiri ile değerlendirme yetki ve görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerektiği zorunluluğu, Bozmayı gerektirmiş, ...”

<sup>240</sup> **Yargıtay 15. CD**, E. 2017/20869, K. 2017/23591: “(...) Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde sahibinden.com isimli internet sitesi aracılığı ile araç satışına dair ilan verdikleri, müşteki ...’ın ilanda yazan telefon numarasını arayarak kendisini ... olarak tanıtan kişi ile 13500 TL’ye anlaştıkları, ...’nin 200 TL kapora istemesi üzerine müştekinin parayı bildirilen hesap numarasına gönderdiği olayda, ... gerçekte var olmayan bir aracı müştekiye satmak isteyerek menfaat temin ettikleri eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 158/1-f maddesinde düzenlenen ‘bilişim sistemlerinin banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık’ suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde aynı kanunun 157/1 maddesi gereğince basit dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırı olup, ...”



### 3. Dolaylı Faillik İçin Aranacak İrade Hâkimiyetinin Ölçüsü

Yasa koyucu, TCK m. 37’de zikretmemekle birlikte, madde gerekçesinin pek çok paragrafında “fiil hâkimiyeti” kuramına vurgu yapmış<sup>241</sup>, fail-şerik ayrımında bu hâkimiyetin ölçü alınacağını açıkça belirtmiştir. *Roxin*’in “hareket hâkimiyeti-fonksiyonel hâkimiyet-irade hâkimiyeti” şeklindeki sınıflandırması ve kullandığı terminoloji her ne kadar gerekçeye aynı netlikle yansıtılmamış ise de, bir kişinin doğrudan, müşterek yahut dolaylı fail kabul edilebilmesi için “fiilin işlenişi üzerinde hâkimiyet” kurması gerektiğine tekrar tekrar işaret edilerek fonksiyonel hâkimiyet için “suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet”, irade hâkimiyeti içinse “suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet” kalıpları tercih edilmiştir. Dolaylı faillik için ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kurulması lâzım gelen hâkimiyetin ne düzeyde olması gerektiği konusunda ise yasa koyucu suskun kalmış, bu sorunun çözümünü bilimsel ve yargısal içtihadla bırakmıştır.

Öğretiye bakıldığında, pek çok yazarın, tanımı kısa tutma gayretiyle, “irade hâkimiyeti” ölçütüne dolaylı fail ve dolaylı failliğin tanımında doğrudan yer vermediği; buna karşılık, gerek tanımdaki “araç (vasıta)” vurgusu gerekse açıklamalardaki net göndermelerle bu ölçüte dikkat çektiği ve “irade hâkimiyeti” kavramının bazı Yargıtay kararlarında<sup>242</sup> -öğretiye atıfla<sup>243</sup>- kullanıldığı görülmektedir. Ne var ki, çoğunlukla gerekçedeki “suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet” şartından söz edilen yargı kararlarında da, tıpkı TCK m. 37 ve gerekçesinde olduğu gibi, bu hâkimiyetin

<sup>241</sup> TCK m. 37’nin gerekçesinden: “... gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. (...) Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir. (...) Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. (...) Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır.”

<sup>242</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 13. CD, T. 10/03/2016, E. 2015/844, K. 2016/4103; Yargıtay 15. CD, T. 15/03/2016, E. 2013/26575, K. 2016/2548. Kararlara yazılan karşı oylarda, Özgenç’ten naklen, şu ifadeler yer verilmiştir: “Arka plandaki şahsın fiil üzerinde hakimiyet kurabilmesini sağlayan diğer bir husus, fiili icra eden üzerinde cebir veya tehdit tatbikidir. Gerçi, bu durumda cebir veya tehdit tatbik edilen ön plandaki şahıs fiilin icra edilişi üzerindeki hakimiyeti kendi elinde tutmaktadır. Fakat, arka plandaki şahsın irade hakimiyeti ona fiil üzerinde hakimiyeti sağlamaktadır.”

<sup>243</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2016, s. 526.

derecesine ilişkin bir ölçü verilmemektedir. Oysa, irade üzerinde yaratılan her etkinin irade hâkimiyetine vücut vermeyeceği açık<sup>244</sup> olup dolaylı faillığe esas oluşturabilecek bir irade hâkimiyetinin hangi durumlarda söz konusu olacağına ilişkin net bir ölçü ortaya konması zorunludur<sup>245</sup>. Aksi takdirde, “fiil hâkimiyeti” kıstası maddî karakterini yitirecek ve kanunilik ilkesi bakımından kabul edilemez bir belirsizlik doğacaktır<sup>246</sup>.

“Fail” kavramını, ontolojik fiil hâkimiyeti görüşü çerçevesinde, “kendi kararı ve bu kararın icrası (kendi fiili) üzerinde hâkimiyet sahibi olan kişi” şeklinde tanımlayan<sup>247</sup> Welzel’e göre, bir kişinin “dolaylı fail” sayılabilmesi için, öncelikle subjektif ve objektif faillik niteliklerini taşıyor olması, tipik fiili gerçekleştiren şahsın davranışlarını kasten araçlaştırması ve iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet ile fiil hâkimiyetini ele geçirmesi gerekmektedir. Fiil hâkimiyetinin münhasıran arka plândaki kişide bulunması ise, davranışları suça vasıta kılınan şahsın fiil üzerindeki hâkimiyeti elinde hiç bulundurmadığını ya da suç yolunda kaybettiğini ve “fail” sayılmasının her hâlde imkânsız olduğunu göstermektedir. Ön plândaki şahsı hiçbir durumda “fail” olarak adlandırmayan<sup>248</sup> ve dolaylı failliğin “failin arkasındaki dolaylı faillik” biçiminde tezahür edemeyeceğini savunan Welzel’e göre, dolaylı faillik için gerekli irade hâkimiyeti “fiili gerçekleştiren şahsın fiil üzerindeki hâkimiyetini bertaraf edecek ölçüde” bir hâkimiyettir<sup>249</sup>.

<sup>244</sup> Önok, s. 258; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85.

<sup>245</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 193-194: “Her iradî etkileşim irade hâkimiyetini sağlamaz. (...) ne zaman irade hâkimiyetinin ve ne zaman iradî etkileşimin söz konusu olduğu bir problem teşkil etmektedir.”

<sup>246</sup> Bloy, s. 346; Rolf Dietrich Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, München: Beck, 1977, s. 13’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>247</sup> Welzel, “Studien ...”, s 539’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 78; Evik, s. 112.

<sup>248</sup> İtalyan öğretisinde örneğin Carrara da, davranışları suça vasıta kılınan şahsın “fail” sayılamayacağı hususunda Welzel ile hemfikiridir. Francesco Carrara, **Programma del Corso di Diritto Criminale - Del Giudizio Criminale**, Vol. 1, Firenze: Fratelli Cammelli, 1897, s. 191’den naklen Erem/Danışman/Artuk, s. 383: “Carrara, maddî failin bir deli, bir küçük, cebir altında tutulmuş veya hataya düşürülmüş bir kimse olması hâlinde bu kişilerin bir ‘fail’ değil, kör bir araç ... olduklarını, manevî varlıklarını kaybederek yalnız maddî bir varlık hâline geldiklerini, asıl failin onları kullanan kişi olduğunu ileri sürmüştü.” Erem/Danışman/Artuk, s. 385: “Ümanist doktrin ‘dolaylı faillik’ kavramını bir başka açıdan geliştirmek lüzumuna inanmaktadır. Bir kimsenin maddî fail olarak bir ehliyetsizi (bir deliyi, bir küçüğü) kullanmasını, herhangi maddî bir aracı (örneğin bir tabancayı) kullanmağa benzetmeğe imkân yoktur. Bir başka ‘insan’ı suçta kullanmanın ceza hukuku yönünden özelliğini, ‘genel hükümler’de yer alacak kurallarla sağlamak zorunludur.”

<sup>249</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 80.

Ruh bilimine göre “iradesine hükmedilen” bir şahsın iradesinin hukuken her zaman “tahakküm altında” kabul edilemeyebileceğini<sup>250</sup>, fiil hâkimiyetini yitirmeyen şahsın eyleminin ceza hukuku anlamında “fiil” ve kendisinin de “fail” sayılmaya devam edeceğini ileri süren ve bu durumdaki bir şahsı suça yönlendiren kişinin yalnızca “azmettirme”den sorumlu tutulabileceğini savunan *Gallas* ise, yine *Welzel* gibi, “fail arkasındaki dolaylı faillik” olasılığını reddetmekte; “tipik fiili gerçekleştiren şahsın fiil hâkimiyetini (“fail” sıfatını) ortadan kaldırmaya yetmeyen” ve hukuken kurul(a)mamış bulunan bir hâkimiyetin dolaylı failliğe vücut veremeyeceğini savunmaktadır<sup>251</sup>.

*Maurach* ise, davranışları suça vasıta kılınan şahsı “aracı fail” olarak adlandırmakta ve dolaylı failliğin “fail arkasındaki dolaylı faillik” şeklinde de ortaya çıkabileceğini savunmaktadır<sup>252</sup>. “Birlikte suç işleme kararı” almış bulunmayan ve bu nedenle “müşterek fail” kabul edilemeyen kişilerin bir tipik fiil üzerinde “aynı anda” nasıl hâkimiyet kurabildiğini açıklayamadığı iddiasıyla eleştirilen<sup>253</sup> *Maurach*’a göre, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kurulan hâkimiyetin bu şahsın fiil üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldırması zorunlu olmayıp “arkadaki kişiyi tipikliğin gerçekleşmesi sürecine yön vermeye muktedir kılacak bir boyuta ulaşması” yeterlidir.

<sup>250</sup> Aynı yönde bkz. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1984, s. 146’dan naklen Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 194, dpn. 125: “İrade hâkimiyetinin mevcut olup olmadığı hususunda Roxin tarafından ileri sürülen fikre göre, sadece tabii bilimler sahasında kalan ve ancak bir uzmanın yapabileceği psikolojik bir değerlendirme metodoloji bakımından isabetli değildir. Gerçi tabii bilimlere dayalı empirik, tecrübi veriler hayatın gerçeklerine uygunluğu sağlaması açısından hukukî tespitlerin yapılışında esas alınması gerekir, fakat hiçbir zaman yeterli değildirler. Bir vakıanın hukukî anlam muhtevası, psişik verilerin ancak kanunun mantığıyla bağlantılı olarak değerlendirilmesi sonucu belirlenebilecektir. Bunun sonucu olarak, arka plândaki şahsın irade hâkimiyetinin var olup olmadığının tespitinde psikolojik veriler yalnız başına yeterli değildirler.”

<sup>251</sup> *Gallas*, s. 99 ve 141’den naklen Özgenç, *Faillik*, ss. 87-88: “Buna göre, bir başkasını fiilin işlenişinde ‘araç’ olarak kullanmak suretiyle oluşturulan fiil üzerindeki hâkimiyetin sınırı, hukukun bu aracı şahsın fiilini serbestçe işlenen ve buna bağlı olarak da şahsî sorumluluğu doğuracak bir fiil olarak değerlendirdiği noktada tayin edilmektedir.” Aynı yönde Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, s. 13; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin/New York, 1983, s. 21, 63; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1984, ss. 156-158’den naklen Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 196: “Bir hareket aynı zamanda hem sorumluluğu gerektiren serbest, hem de bir başkası tarafından hâkim olunan bir hareket olarak düşünülemez. Fiili icra eden ön plândaki şahıs fail olduğu için, arka plândaki şahıs ancak azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.”

<sup>252</sup> Özgenç, *Dolaylı Faillik*, ss. 83-84.

<sup>253</sup> Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 85.

İrade hâkimiyetinin alt sınırı tartışmalı olmakla birlikte, öğretide, bir başkasını “mutlak maddî cebir (*vis absoluta*)” uygulamak suretiyle suçta alelade bir nesne gibi kullanan kişinin “doğrudan fail” kabul edileceği konusunda bir mutabakat mevcut gözükmektedir. Zira, dolaylı faillikten söz edilebilmesi için, ön plândaki şahsın bir “davranış” gerçekleştirmesi zorunlu olup mutlak maddî cebre maruz kalan bir kimsenin iradesinin -zorlanmaktan öte- tümüyle ortadan kalkacağı ve iradî olmayan bir ihmâl yahut hareketin ceza hukuku anlamında “davranış” sayılamayacağı ortadadır<sup>254</sup>.

Ceza hukuku anlamında bir “davranış” ile “fiil” ve “fail”in varlığından söz edilebilmesi için, bir insan tarafından dış dünyada gerçekleştirilen, iradî ve belli bir amaca yönelmiş bir harekete yahut ihmâle ihtiyaç vardır<sup>255</sup>. Buna göre, “*vis absoluta*” uygulanmak suretiyle iradesi ortadan kaldırılan bir insanın hareketi ya da hareketsizliği herhangi bir nesnenin hareketinden veya hareketsizliğinden farksız olup böyle bir hareketin yahut ihmâlin ceza hukukunun konusunu oluşturamayacağı açıktır<sup>256</sup>. Diğer yandan, mutlak maddî cebir etkisi altındaki bir kimsede o an için “üzerinde hâkimiyet kurulabilir” bir irade bulunmadığından, bir hukukî varlık veya menfaati bu durumdaki birisi aracılığıyla ihlâl eden kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti “aracı kişinin ortadan kaldırılmış (var olmayan) iradesi üzerindeki sözde hâkimiyeti”ne değil, doğrudan “kendi hareketi üzerindeki hâkimiyeti”ne dayanacaktır<sup>257</sup>. Dolayısıyla, suça vasıta kılınan şahsın iradesini -zorlamaktan öte- ortadan kaldıran mutlak maddî cebir, irade hâkimiyetini konusuz bırakarak imkânsızlaştırmakta ve doğrudan faillığe vücut vermesi sebebiyle dolaylı faillik için gereken hâkimiyetin üst sınırını oluşturmaktadır. Bu çerçevede, “suça vasıta kılınan

<sup>254</sup> Aydın, **İştirak**, s. 146; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66; Önok, s. 253; Zeynel Temel Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, ss. 52-53; Koca/Üzülmez, ss. 289-290; Özen, **Genel Hükümler**, s. 634; Öztürk/Erdem, s. 383. Şohoğlu ise, “*vis absoluta* ile dolaylı failliğin bağdaşmazlığı” konusunda bizimle hemfikir (s. 37, 84, 85) gözükmekle birlikte, dolaylı faillikte davranışları suça vasıta kılınan şahsın iradeden yoksun olduğunu -kanaatimizce isabetsiz bir şekilde- savunmaktadır. Şohoğlu, s. 30: “*Birlikte faillik için ... iki veya daha fazla kişinin özgür iradesiyle suçun icrasına katkıda bulunması gerekir. Bu noktada dolaylı faillik ve birlikte faillik arasındaki ayrım ortaya çıkmaktadır. Dolaylı faillikte özgür iradesiyle suç işleyen kişi fail olsa da; araç kişi suç işleme iradesine sahip değildir.*”

<sup>255</sup> Koca/Üzülmez, s. 91; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 162.

<sup>256</sup> Kangal, **Zorunluluk Durumu**, ss. 52-53; Önok, s. 253.

<sup>257</sup> Örneğin kavgada çocuğunu sopa gibi kullanan anne, tıpkı gerçek sopa kullanan bir kimse gibi, tipik fiili doğrudan doğruya ve bizzat işleyip suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını tek başına gerçekleştirdiğinden, yaralama suçunun doğrudan faili sayılacak; hakkındaki temel ceza TCK m. 37/2, c. 2 hükmüne istinaden artırılmayacaktır. Örnekte anlatılan olayın videosu için bkz. [https://www.youtube.com/watch?v=eVaORMZ\\_sJU](https://www.youtube.com/watch?v=eVaORMZ_sJU).

*şahıs*” veya “*bir başkasını suça vasıta kılan kişi*” şeklindeki ifadelerin ancak “*vis absoluta*”dan kaynaklanan doğrudan faillik hâllerinde kullanılabileceğini; dolaylı faillik hâlleri içinse “*davranışları suça vasıta kılınan şahıs*” yahut “*bir başkasının davranışlarını suça vasıta kılan kişi*” tabirlerinin tercih edilmesi gerektiğini tekraren belirtmekte yarar görüyoruz<sup>258</sup>.

Dolaylı faillik için kurulması zorunlu irade hâkimiyetinin alt sınırına gelince; öncelikle, bize göre, dolaylı failliğin “fail arkasındaki dolaylı faillik” şeklinde ortaya çıkması pekâlâ mümkün<sup>259</sup> olup arka plândaki kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti tekeline alması zorunlu değildir. Bununla birlikte, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kurulan hâkimiyetin arka plândaki kişiyi “tipikliğin gerçekleşmesi sürecine hükmetmeye<sup>260</sup> (suçu işleyebilmeye, geciktirebilmeye ve önleyebilmeye<sup>261</sup>) muktedir” kılması dolaylı faillik için her hâlde şart olup irade hâkimiyetinin bu raddeye varmaması durumunda kişi ancak “şerik” olarak sorumlu tutulabilecektir. Somut olayda kişinin suç yoluna hükmetmeye muktedir olup olmadığının tespitinde ise, psikoloji biliminden beslenen hukukî bir değerlendirmeye başvurulacak<sup>262</sup> ve bu konudaki nihaî kararı “bilirkişi mütalâasını normatif bir değerlendirmeye tâbî tutmak suretiyle” yargılama makamı verecektir.

#### D. Dolaylı Faillikte Manevî Unsur

TCK m. 37/2, c. 1 hükmüne göre, “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.*” Burada “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanmak”tan maksat “bir başkasının davranışlarını suça vasıta

<sup>258</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 67: “... *dolaylı faillikte araç olarak kullanılan; kişinin bedeni değil, hareketleridir. Dolaylı fail, bir başkasının kendisi için, hareket etmesine müsaade eder. Dolaylı fail, aracıyı adeta sahnedeki bir kukla gibi oynatırken, kendisi ipleri elinde bulunduran, perdenin arkasında yer alan kişidir. Bu nedenle, bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanmak yerine, ‘bir başkasının hareketlerini’ suçun işlenmesinde araç, vasıta olarak kullanmak veya bir başkası aracılığıyla suç işlemek ifadesi daha isabetlidir.*” Aynı yönde bkz. Önok, s. 254: “... *dolaylı faillikte aracı olan kişinin bedeni değil, hareketleri bir araç olarak kullanılır.*” Yine bu yönde bkz. Aydın, **İştirak**, ss. 146-146; Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 821; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 167;

<sup>259</sup> Aynı yönde bkz. Eduard Kohlrausch / Richard Lange, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen**, 43. Auflage, Berlin: De Gruyter, 1961, s. 161; Maurach, s. 632; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>260</sup> Koca/Üzülmez, s. 390.

<sup>261</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 114.

<sup>262</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 146’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 194.

kılmak” olup arka plândaki kişinin failliği, ön plândaki şahsın iradesi ve davranışları ile fiil üzerindeki kasta dayalı hâkimiyetinden kaynaklanmaktadır.

Dolaylı faillik ilişkisinde, ön plândaki şahsın davranışlarını kasten yahut taksirle gerçekleştirmesi mümkündür<sup>263</sup>. Aynı şekilde, bir kimsenin bir başkasının iradesine etki edebilmesi için de kastının bulunması şart değildir. Örneğin, M’nin domuz olduğunu zanneden ve av arkadaşı L’yi de istemeden aynı hataya düşürerek M’nin L tarafından öldürmesine neden olan K’nin L’nin iradesine etki ettiği açıktır. Ne var ki, L’nin iradesinde taksirle yaratılan bu etki insan öldürme kastıyla hareket etmeyen K’yi suçun işleniş sürecine hâkim kılmadığından, L’nin iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğu ve davranışlarının suça vasıta kılındığı söylenemez<sup>264</sup>. Dolaylı faillikten söz edilebilmesi için, arka plândaki kişinin belli bir suçu işlemeye karar vermiş olmasının yanı sıra, “ön plândaki şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurma” ve “bu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma” yönünde de -doğrudan veya en azından olası- kastının bulunması zorunlu<sup>265</sup> olup bir kimsenin kasten veya taksirle işlediği suça taksirli davranışıyla katkı sağlayan kişinin bu suçun dolaylı faili sayılmasına olanak yoktur<sup>266</sup>. Bununla birlikte, suça nedensel katkısı bakımından kastı tespit edilemeyen kişinin taksire dayalı sorumluluğu saklıdır. Söz gelimi, hastanın tümörlü sağ böbreği yerine “sehven” sağlam böbreği için radikal nefrektomi önerip taksirle hataya düşürdüğü hastanın sakatlanmış rızasını alan ve yine taksirle hataya düşürdüğü doçent doktoru hastanın sol böbreğini çıkarmaya sevk eden profesör doktor, “taksirle yaralama suçunun dolaylı faili” değil, TCK m. 22/5<sup>267</sup>

<sup>263</sup> Örneğin, A’nın ölüm tehdidine boyun eğerek C’yi yaralamak zorunda kalan B yaralama suçunu “kasten, fakat kusursuz şekilde” işlerken, D’nin hilesine aldanarak domuz sandığı F’yi kurşunlayan E’nin mağdurun ölümüne veya yaralanmasına ilişkin sorumluluğu taksire dayanmaktadır. Ön plândaki şahsın kasten hareket ettiği hâllerde irade hâkimiyetinden ve dolaylı faillikten söz edilemeyeceği yolundaki aksi görüş için bkz. Şohoğlu, s. 41: “... ön plândaki kişinin kasten hareket etmiyor olması, dolaylı faillik için ön şarttır; aksi takdirde, ön plândaki kişi üzerinde hâkimiyet kurulduğundan bahsedilemez, iştirak hükümlerinin uygulanması gerekir.”

<sup>264</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 11: “Taksirle bir başkasının kasten gerçekleştirdiği hareketler üzerinde hâkimiyet kurmak mümkün değildir. (...) Araç olarak kullanılan kişinin, manevî unsur açısından kasten veya taksirle hareket etmesi, dolaylı failliğin kabulü için belirleyici değilken; arka planda kalan kişinin kasten hareket etmesi dolaylı failliğin kabulü için zorunludur.”

<sup>265</sup> Aynı yönde bkz. Çiçek, ss. 74-75; Demirbaş, s. 515; Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, ss. 10-11, 19; Şohoğlu, s. 41. Yine bu yönde bkz. Frister, 2011, § 27, kn. 44’ten aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 19.

<sup>266</sup> Koca/Üzülmez, ss. 200-205.

<sup>267</sup> **TCK m. 22/5:** Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

uyarınca doçent doktorla birlikte bu “suçun yan yana faillerinden biri” olacaktır<sup>268</sup>. Taksirle işlenemeyen suçlarda ise, kişilerin cezaî sorumluluğundan söz edilemeyecektir<sup>269</sup>. (TCK m. 22/1)

TCK m. 21/1, c. 2 hükmüne göre, “*Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” Hükümden de anlaşılabacağı gibi, kastın, ilki “bilme” ve ikincisi “isteme” olmak üzere, iki unsuru vardır<sup>270</sup>. Buna göre, bir suçun “doğrudan faillik” şeklinde kasten işlenebilmesi için bilinmesi ve istenmesi gereken tüm unsurlar arka plândaki kişi tarafından bilinip istenmedikçe dolaylı faillikten bahsedilemez<sup>271</sup>. Örneğin, B’nin taksirli olarak çarptığı yayanın (Y’nin) öldüğünü zanneden ve Y’ye ilkyardımda bulunmak üzere araçtan inen B’yi aynı hataya düşürüp bunun beyhude bir çaba olacağına inandırarak olay yerinden kaçmaya sevk eden yolcu A, “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” değil, B ile

<sup>268</sup> Benzer bir örnek için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 11: “*Örneğin, (...) doktor D, hemşire H'den hasta C'ye ağrı kesici bir iğne yapmasını ister. Ancak doktor D H'ye yanlışlıkla, içinde ağrı kesici ilâç yerine öldürücü bir madde bulunan şırıngayı verir. Şırınganın içinde ağrı kesici olduğunu zanneden H, hasta C'ye iğneyi yapar, ancak C ölür. Bu örnekte, doktor D, suç işleme ve işlediği suçta bir başkasını araç olarak kullanma kastıyla hareket etmemiştir. Doktor D, C'nin ölümünden dolayı fail olarak sorumlu tutulamaz. D'nin cezaî sorumluluğu taksir kuralları kapsamında belirlenmelidir. Doktor D, ancak iğnenin içinde zehir olduğunu bilse ve C'nin ölmesini isteyerek H'ye şırıngayı verseydi, gerçekleşen neticesinden dolayı fail olarak sorumlu olurdu.*” Fransa’nın Dijon şehrinde, bir barmenin (B’nin) “sarhoş olduğunu ve barı terk ettikten sonra otomobiliyle tekrar trafiğe çıkacağını” bildiği bir müşteriye (M’ye) içki servis etmeye devam ettiği ve sarhoş vaziyette trafiğe çıkan müşterinin üçüncü kişinin (Ü’nün) ölümüne yol açtığı olayda, ilk derece mahkemesi, M ile B’yi “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan ve dolaylı failleri” kabul etmiştir. (Kararı aktaran: Élisabeth Gomez, **L'imputabilité en Droit Pénal**, Thèse de Doctorat Non Publiée, Université de La Rochelle École Doctorale Droit et Science Politique Pierre-Couvrat, La Rochelle, 2019, ss. 184-185.)

<sup>269</sup> Örneğin, B<sub>1</sub>’in tek yumurta ikizi olan B<sub>2</sub>’nin A’ya ait dükkânı soyduğu, B<sub>1</sub>’i simaen tanıyan fakat ikiz kardeşinin varlığından haberdar olmayan A’nın dükkânın güvenlik kamerası kayıtlarını izledikten sonra B<sub>1</sub>’i kolluğa ihbar ettiği ve polis P’nin B<sub>1</sub>’i CMK m. 90/2 çerçevesinde yakaladığı olayda, A, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun taksirle işlenebilen suçlar arasında yer almaması sebebiyle, cezalandırılmayacaktır. Böyle durumlarda, dolaylı failliği “cezasızlığın önüne geçilmesinde -sözde-boşluk dolduran bir kurum” olarak görmek hatalı olacaktır. Temyiz yolunda giderilen böyle bir hata için bkz. **Yargıtay 12. CD**, T. 20/01/2014 , E. 2013/2231, K. 2014/832: “... 1932 doğumlu sanık H. A.’ın olay günü ikamet ettiği köyden ilçe merkezine gelerek gübre aldığı, gübre aldığı dükkândan 15-20 metre ileride bulunan kum dükkânına gitmek istediği sırada, yaşlılığı ve rahatsızlığı nedeniyle traktörü sürmek istememesi nedeniyle, yoldan geçen ve daha önceden tanımadığı 1995 doğumlu S. T. isimli şahıstan traktörü ileri almasını istediği, S. T.’in de sanığın talebi doğrultusunda traktörü ileri almak isterken yolun kenarında park hâlinde bulunan araçlara çarparak zarar verdiği olayda, sanığın suç işleme kastı olmadığı, S. T. isimli kişiyi aracı olarak kullandığına dair delil bulunmadığı dikkate alındığında, atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla, atılı suçtan sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi Kanuna aykırı olup ...”

<sup>270</sup> “İsteme”yi kastın unsuru kabul etmeyen görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s. 145.

<sup>271</sup> Aydın, **İştirak**, s. 148; Demirbaş, s. 515; Önok, s. 230.

birlikte “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun yan yana faillerinden biri” olacaktır<sup>272</sup>.

Öte yandan, belli bir suçu işlemeye karar veren bir kimsenin bir başkasının iradesi üzerinde kasıtsız şekilde hâkimiyet kurması da pekâlâ mümkündür<sup>273</sup>. Söz gelimi, öldürmek istediği hasmını (H’yi) kusur yeteneğine sahip zannettiği bir akıl hastasına (B’ye) öldürten A, B’nin iradesi üzerinde farkında olmadan ve istemeden hâkimiyet kurmaktadır. Ancak, dolaylı failliğin temelinde “iradesine hâkim olunan şahsın davranışlarının araçlaştırılması” yattığından, arka plândaki kişi, ön plândaki şahsın iradesi ile tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunu ve bu şahsın davranışlarını suça vasıta kıldığını bilmeli ve bunları istemelidir<sup>274</sup>. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda, B’nin iradesi üzerindeki hâkimiyeti kasta dayanmayan A “dolaylı fail” kabul edilemeyecek; fakat şeriklik iradesiyle hareket etmesi ve B’nin fiilinin iştirake elverişli olması (TCK m. 40/1) sebebiyle “azmettiren” yahut “yardım eden” sıfatıyla ölüm neticesinden sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kasten hâkimiyet kuran dolaylı failin bu hâkimiyeti ne şekilde kurduğunu bilmesi zorunlu değildir<sup>275</sup>. Örneğin, B’nin ilâç şişesinde bulunan hapları alıp yerlerine aynı görünüme sahip zehirli haplar koymak suretiyle B’yi hataya düşürmeye çalışan ve B’nin durumu fark etmesi olasılığına karşı “ölüm neticesini garanti altına almak adına” ilâç şişesinin dibine “B’yi intihara zorlayan, tehdit içerikli bir not” koyan A, B’nin iradesi üzerindeki hâkimiyeti -hileyle yahut cebren- ne yolla kurduğunu bilsin veya bilmesin, ölüm neticesinin ortaya çıkmasıyla “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” olacaktır.

Nihayet, olası kasıt da kastın bir türü olduğundan, arka plândaki kişinin anılan hususlarda olası kastının tespiti dolaylı faillik için “kural olarak” yeterlidir<sup>276</sup>. Ancak,

<sup>272</sup> Buna karşılık, olayda A’nın Y’nin ölmediğini fark ettiği ve B’yi kasten hataya düşürerek Y’nin ölmesini sağladığı varsayılacak olursa, bu defa B yine taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan faili olacakken, A kasten öldürme suçunun dolaylı faili kabul edilecektir.

<sup>273</sup> Bu konuda bkz. “Arka Plândaki Kişinin Hataya Düşmesi” başlığı.

<sup>274</sup> Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 231.

<sup>275</sup> Aksi görüş için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 19: “... arka plânda yer alan kişi, kendi suçunu işlerken bir başkasını nasıl ve hangi yöntemlerle araç olarak kullandığının farkında olmalı (...) araç olarak kullandığı kişinin kasten hareket etmediği, aracının eyleminin tipe uygun olmadığı veya hukuka aykırı olmadığı veya aracının kusur yeteneğinin olmadığı, dolaylı fail tarafından bilinmelidir.”

<sup>276</sup> Örneğin, piroman olduğunu bildiği bir kimsenin (K’nin) yanında bir galon benzini hasmına (H’ye) ait evin duvarlarına döken ve evi ateşe vermeye hazırlanan A, bunu gören H’nin evi ateşe verme



özel kasıt gerektiren suçların olası kasıtlı işlenmeye elverişli olmaması<sup>277</sup> sebebiyle, bu kategoride yer alan suçlarda arka plândaki kişinin “suçun kanunî tanımındaki unsurlar” bakımından doğrudan ve özel kastının bulunması şarttır<sup>278</sup>. Buna karşılık, arka plândaki kişinin “ön plândaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurma” ve “bu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma” yönünden olası kasıtlı hareket etmesi, özel kasıt gerektiren bir suçun dolaylı faillik şeklinde icrasına engel değildir. Örneğin, hırsızlığı meslek edinmiş olan ve hırsızlık için gittiği markete -kendisine bu yönde hiçbir telkinde bulunmaksızın- “*Ne çalarsa kârdır; o çalmazsa ben çalarım!*” düşüncesiyle on yaşındaki kleptoman çocuğunu da götüren babanın, çocuğu tarafından çalınan votka sebebiyle “hırsızlık suçunun dolaylı faili” kabul edilmesine bir engel yoktur.

## E. Dolaylı Failliğin Diğer Faillik Türlerinden Ayırt Edilmesi

### 1. Dolaylı Faillik - Doğrudan Faillik Ayrımı

Kabul ettiğimiz tanımlara göre, doğrudan fail (*autore immediato*) “suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını doğrudan doğruya<sup>279</sup>, tek başına<sup>280</sup> (veya ortak suç işleme iradesiyle hareket etmediği kimselerle yan yana) ve bizzat<sup>281</sup> gerçekleştiren ve suça özgü tüm faillik niteliklerini taşıyan<sup>282</sup> gerçek kişi”yi, dolaylı fail (*autore mediato*) ise “iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını ‘işlemeyi kastettiği’ suça vasıta kılan gerçek kişi”yi ifade etmektedir.

---

dürtüsünü dizginleyemeyeceğini öngörmesi ve bu olasılığı umursamaması sebebiyle, H’nin benzinini tutuşturmasıyla gerçekleşen mala zarar verme suçunun dolaylı faili kabul edilecektir.

<sup>277</sup> Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, ss. 149-150.

<sup>278</sup> Önok, s. 230.

<sup>279</sup> Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 91: “... *yasada tanımlanan suçu doğrudan doğruya işleyen eylemi yerine getiren kişi dolaylı faildir.*”

<sup>280</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 942; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 729; Koca/Üzülmez, s. 392; Metiner/Koç, s. 1112.

<sup>281</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 192; Özkan, **Azmettirme**, s. 20. Tanımda “bizzat” ibaresine yer veren bir başka yazar için bkz. Fornasari, s. 427’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>282</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 543’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 79.

Fiil hâkimiyeti kuramı çerçevesinde bir karşılaştırma yapılacak olursa, “doğrudan faillik” ile “dolaylı faillik” arasındaki en temel fark, doğrudan failin suçun hukukî konusunu “kendi davranışına hâkim şekilde, bizzat (aracısız)” ihlâl etmesine karşılık, dolaylı failin ihlâli “iradesine hâkim olduğu bir başka şahıs aracılığıyla” gerçekleştirmesidir. Buna göre, doğrudan failin fiil hâkimiyeti “harekete hâkimiyet”ten, dolaylı failin fiil hâkimiyeti ise “iradeye hâkimiyet”ten kaynaklanmaktadır<sup>283</sup>.

Dolaylı faillik ilişkisinde ilki “dolaylı fail” ve öteki “iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahıs” olmak üzere -mağdur hariç- en az iki kişinin varlığı zorunlu ise de, doğrudan faillikte tipik fiilin tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkündür. Şeriklerin suçun icrasına yönelik katkısı, kuşkusuz, fiili “kendi davranışına hâkim şekilde” işleyen kişinin “doğrudan fail” sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, tipikliğin gerçekleşmesine “birlikte suç işleme kararı” çerçevesinde etkili bir katkı sunan ve bu yolla “fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet” kuran kişi veya kişilerin varlığı durumunda artık doğrudan faillikten değil, müşterek faillikten söz edilecektir.

Fail-şerik ayrımını benimseyen yazarlarca “failliğin şerikliğe nazaran aslîliği” ilkesine yöneltilmiş bir itiraz bulunmamakla birlikte, faillik türleri arasında genel kabul görmüş bir aslîlik-tâlîlik sıralaması mevcut değildir. Buna göre, örneğin kusur yeteneğinden tümüyle yoksun bir akıl hastasının (B’nin) davranışlarını suça vasıta kılıp bu kişiyle birlikte bir kadını (C’yi) tekmeleyerek kadının rahmindeki cenini düşürten şahsın (A’nın), suçun doğrudan faili mi, yoksa dolaylı faili mi sayılacağı tartışmaya açık görünmektedir<sup>284</sup>. Öncelikle, A ile B “birlikte suç işleme kararı” alıp bu karar doğrultusunda hareket etmediğinden, verilen örnekte müşterek faillikten söz

<sup>283</sup> Gropp, 2005, § 10, kn. 38 vd.; Kühl, 2005, § 20, kn. 27; Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 28’den aktaran İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 54.

<sup>284</sup> Dolaylı failliğin söz konusu olduğu hâllerde müşterek faillikten bahsedilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. İzzet Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Konya, 1994, s. 161: “... kusur yeteneği veya, genel bir ifadeyle, kusurlu olmayan bir kimsenin işleyeceği fiile şerik olarak iştirak mümkün olduğu gibi, bu kişiyle beraber müşterek fail olarak da aynı suç işlenebilir. Meğerki, kusur yeteneği olan veya, genel olarak, kusurlu davranan kişi, diğeri üzerinde bir hâkimiyet tesis etsin ve onu bu suçun işlenişinde bir araç olarak kullanmış olsun.”

etmeye olanak yoktur<sup>285</sup>. Buna karşılık, bizzat attığı tekmeler sebebiyle çocuk düşürme suçunun doğrudan faili kabul edilmesi mümkün görünen A'nın, tekmelenen gebenin ünlü bir futbolcu doğuracağına inandırılan B'nin tekmeleri nedeniyle aynı suçun dolaylı faili sayılması gerektiği de savunulabilecektir. Esasen, salt teorik görünen bu tartışma büyük bir pratik öneme de sahiptir; zira, çocuk düşürme suçunun temel şeklini (TCK m. 99/1) “doğrudan fail” olarak işleyen kişinin cezası 5 ilâ 10 yıl hapis iken, aynı suçu “kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılmak suretiyle (TCK m. 37/2, c. 2)” işleyen dolaylı failin cezası 6 yıl 8 ay ilâ 15 yıl hapidir. Kusur yeteneğinden yoksun bir kimseyi istismar<sup>286</sup> ederek onun davranışlarını suça vasıta kılan ve tipik fiilin icrasına doğrudan katılmayan dolaylı failin cezası TCK m. 37/2, c. 2 uyarınca ağırlaştırılırken, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu B'nin yanında tipik fiilin icrasına bizzat katılan A'nın âzamî 10 yıl hapis ile cezalandırılmasını kabul etmek ise olanaksızdır. Bu itibarla, biz, “doğrudan faillik” ile “dolaylı faillik” arasında bir

<sup>285</sup> **Yargıtay 2. CD**, T. 11/05/2015, E. 2014/9204, K. 2015/10003: “... sanığın suç tarihinde ceza sorumlulukları bulunmayan 18.05.2005 doğumlu oğlu Ö. A. ile yanında kalan bakımını üstlendiği 13.01.2006 doğumlu B. A. ile birlikte müştekinin evinin kapı camını kırıp, sokağın köşesinde gözcülük yaparak olayın işleyişini kontrol edip nezarete bulunduğu ve çocukların eve girerek bir kısım mutfak eşyalarını çaldıkları sırada müştekinin eşi ve tanıkların olay yerine gelmelerine üzerine çocukların evden çıkıp kaçtıkları sokağın başında bulunan sanığın müştekinin eşinin yanına gelip ‘polise haber vermeyin zararınızı karşılıyorum’ dediği ancak müştekinin şikayetçi olması üzerine sanığın yakalanması şeklinde gelişen olayda, 5237 sayılı TCK’nun 37/2. maddesi gereğince, işlediği fiilin haksızlığını veya hukuki anlamını bilemeyecek olan küçüğe suçun işletilmesi durumunda dolaylı faillik söz konusu olacağından sanık hakkında atılı suçlardan hüküm kurulurken 5237 sayılı TCK’nun 37/2. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiş ...” **Yargıtay 6. CD**, T. 18/12/2013, E. 2011/12766, K. 2013/25676: “Suça azmettirmeden söz edebilmek için, TCK’nın 38. maddesi gerekçesinde de belirtildiği üzere, belli bir suçu işleme hususunda henüz fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi gerekir. Bu maddeye göre, azmettirenin suçun işlenmesinde doğrudan bir katkısı yoktur. Azmettirenin girişimi ile suç işlenmektedir. Müsterek faillikte ise, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı ‘fail’ konumundadır. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır. Suç ortaklarının, suçun işlenmesinde yaptıkları katkının, diğerinin fiilini tamamladığı durumlarda da müsterek faillik söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, oluş ve dosya içerisine göre; olay yerinde bulunan sanık Gülperi Arslanalp’ın, pazarda alışveriş yapan yakınının çocuk arabasına asılı vaziyetteki çantasını perdeleme yapmak suretiyle, suç tarihinde kusur yeteneği bulunmayan 12 yaşından küçük kızı Gülbahar Arslanalp’a hırsızlık yaptırarak aldığı anlaşılmaması karşısında; eyleminin, 5237 sayılı TCK’nın 141/1, 37/2. maddesine uyduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş ...” **Yargıtay 6. CD**, T. 30/04/2014, E. 2012/2493, K. 2014/8764: “... olay yerinde bulunan sanık Gülbahar Ecelioğlu’nun, pazarda alışveriş yapan yakınının pantolonun cebine elini sokarak para almaya kalkışan suç tarihinde kusur yeteneği bulunmayan 12 yaşından küçük Asya Dumanlıdağ’ın yakının tarafından yakalanması üzerine bağırıp dikkat dağıtmaya çalışmak suretiyle suçun işlenmesine katkıda bulunduğu anlaşılmaması, eylemin 5237 sayılı TCK’nın 142/2-b ve 37/2. maddesine uyduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş ...”

<sup>286</sup> **TCK m. 37’nin gerekçesi, son paragraf:** 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.

aslılık-tâlîlik ilişkisi kurmanın mümkün ve gerekli olmadığını<sup>287</sup>, suçu aynı anda kendi davranışlarına ve başkasının iradesine hâkim şekilde işleyen kişinin “suçun hem doğrudan hem de dolaylı faili” hâline geleceğini; tipik fiili “kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılarak bu kimsenin yanında” gerçekleştiren kişinin cezasının ise “dolaylı fail” sıfatı sebebiyle TCK m. 37/2, c. 2 çerçevesinde ağırlaştırılması gerektiğini düşünüyoruz<sup>288</sup>.

Son olarak, bir kimsenin “mutlak maddî cebir uygulanmak suretiyle” suçun işlenmesinde alelade bir nesne gibi kullanıldığı durumlarda, mutlak maddî cebre başvuran kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti doğrudan “kendi hareketi üzerindeki hâkimiyeti”ne dayandığından, bu kişi işlenen suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulacaktır<sup>289</sup>.

## 2. Dolaylı Faillik - Müsterek Faillik Ayrımı

Müsterek faillik, suçun “birlikte suç işleme kararı<sup>290</sup>” alan ve “tipik fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet” kuran kişilerce “iş bölümü esasına dayalı olarak” işlenmesi hâlinde söz konusu olmaktadır<sup>291</sup>. Buna karşılık, dolaylı faillikte, dolaylı fail davranışları suça vasıta kılınan şahsın iradesi ve dolayısıyla fiil üzerinde hâkimiyet kurarken, dolaylı fail ile ön plândaki şahıs arasında “birlikte suç işleme” konusunda bir uzlaş<sup>292</sup> bulunmamakta, dahası bu kişi davranışlarının suça vasıta

<sup>287</sup> Aynı yönde bkz. Fatma Umay Genç, “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2018, s. 194.

<sup>288</sup> Farklı görüş için bkz. Önok, s. 285: “... 12 yaşını doldurmamış çocukla birlikte fiil üzerinde müsterek hâkimiyet kurmanın mümkün olduğu; bu durumda, çocuğun kusur yeteneğine sahip olmasa da, kasıtlı davranması nedeniyle iştirak kurallarının uygulanabileceği; o hâlde, reşit sanığın da dolaylı fail değil, doğrudan fail sayılması gerektiği öne sürülmüştür. Ben de bu görüşe katılıyorum.” Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, 9. Baskı, ss. 450-451, dpn. 1523.

<sup>289</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66; Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 69.

<sup>290</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 297’den naklen Özgenç, **Faillik**, s. 276: “... müsterek failler arasında fiili müstereken işlemekte olduklarına dair, müsterek hareket ettiklerine dair bir bilginin, iradenin hâkim olması gerekir. Müsterek suç işleme kararı, kast içinde mütalâa edilmelidir.”

<sup>291</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 261. Ayrıca bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 689: “Fiilin işleniş üzerinde hâkimiyet kurulması müsterek failliğin objektif unsurunu, birlikte suç işleme kararı ise sübjektif unsurunu oluşturmaktadır.”

<sup>292</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 276: “Fiil üzerindeki fonksiyonel (müessir) hâkimiyet, müsterek failler arasında üzerinde mutabakata varılmış bir suç planının varlığını gerekli kılmaktadır.”

kılındığından bîhaber<sup>293</sup> dahi olabilmektedir. “Fail arkasındaki dolaylı faillik” durumunun söz konusu olduğu<sup>294</sup> hâllerde ise, “dolaylı fail” ve “davranışları suça vasıta kılınan şahıs” ayrı ayrı fiil hâkimiyetine sahip olmakla birlikte, bu iki süjenin failliği “birlikte suç işleme kararı”na dayanan “müşterek fonksiyonel hâkimiyet”ten değil, sırasıyla “irade hâkimiyeti” ve “hareket hâkimiyeti”nden kaynaklanmaktadır<sup>295</sup>.

Öte yandan, fail-şerik ayrımında öznel kuramı benimseyen kimi yazarlar, müşterek faillikte müşterek faillerin suçu “diğer müşterek failler vasıtasıyla” işlediğini ve bu nedenle müşterek failliğin esasen bir tür “karşılıklı dolaylı faillik” olduğunu ileri sürmekteyse de<sup>296</sup>, müşterek failler birbirlerinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmadığından, bu görüşe katılmak olanaksızdır<sup>297</sup>.

Dolaylı faillik ile müşterek faillik arasındaki en temel fark, ileride ayrıntısıyla tartışılacağı üzere, ikincisinin -ismiyle müsemma- bir iştirak türü sayılmasına karşılık, dolaylı failliğin iştirak kurumu dışında, bağımsız bir kurum niteliğinde olmasıdır.

Faillik türleri arasında genel kabul gören bir aslîlik-tâlîlik sıralamasının bulunmaması, müşterek faillik ile dolaylı failliğin çakiştiği durumlarda hangisinin

<sup>293</sup> Örneğin, iftiraya inanarak tutuklama kararı veren hâkimin durumu böyledir. Aynı yönde bkz. Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 62: “*Dolaylı faillikte, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişinin, bu konuda özgür iradesiyle hareket etme ve bir karar verme imkânı bulunmadığı gibi, bu kişi çoğu kez başkası tarafından bir suçun işletilmesi maksadıyla kendisinin kullanıldığı farkında bile olmayabilir.*” Bununla birlikte, davranışları suça vasıta kılınan şahsın bu durumdan mutlaka bîhaber olduğunu söylemek de hatalı olacaktır. Örneğin, cebir altında suç işleyen kimse, davranışlarının suça vasıta kılındığından haberdardır. Genellemeye dayanan aksi görüş için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 205: “*Dolaylı fail tarafından davranışları kontrol edilerek suç işlemeye yönlendirilen kişi, suçta kullanıldığının farkında değildir.*” Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 565: “*Dolaylı faillikte, dolaylı fail olan kişi, vasıta şahsı kendisi için hareket ettirir ve bu şahıs bundan habersizdir.*”

<sup>294</sup> “Fail arkasındaki dolaylı fail” kavramını reddeden yazarlar (Welzel, Jescheck, Spendel) için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196, dpn. 131.

<sup>295</sup> Bu hâlde müşterek failliğin söz konusu olacağını savunan yazarlar için bkz. Friedrich Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, **Juristenzeitung**, 1956, s. 549; Paul Bockelmann, **Strafrechtliche Untersuchungen**, Göttingen: Otto Schwartz, 1957, s. 121, dpn. 21’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>296</sup> Baumann/Weber, § 36, I, 3a; Kohlrausch/Lange, s. 161; Richard Lange, **Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf**, Leipzig: De Gruyter, 1935, s. 55’ten aktaran Özgenç, “...Müşterek Faillik”, s. 160.

<sup>297</sup> Aynı yönde bkz. Baumann/Weber, s. 526; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 264’ten aktaran Özgenç, “...Müşterek Faillik”, s. 160.

hükme esas alınacağı; örneğin 8 yaşında bir çocuğun (C'nin) davranışlarını “onu bunun bir oyun olduğuna inandırarak” suça vasıta kılıp çocukla birlikte bir kimsenin (D'nin) evini “birlikte suç işleme kararı” çerçevesinde, farklı noktalardan ateşe veren şahısların (A ve B'nin), suçun müşterek failleri mi, yoksa dolaylı failleri mi kabul edileceği konusunda duraksamaya neden olmaktadır. Biz, bu sorunu da, “*Dolaylı Faillik – Doğrudan Faillik Ayrımı*” başlığındaki tartışmaya paralel şekilde çözümlüyor, “müşterek faillik” ile “dolaylı faillik” arasında bir aslîlik-tâlîlik ilişkisi kurmanın mümkün ve zorunlu olmadığını düşünüyoruz. Buna göre, iradeye hâkimiyet ile fonksiyonel hâkimiyetin aynı anda söz konusu olduğu “müştereke dolaylı faillik” hâllerinde, fiile hâkim olan kişiler “suçun hem müşterek hem dolaylı faili” kabul edilecek<sup>298</sup>; bu kişilerin cezası, kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin davranışlarının suça vasıta kılındığı durumlarda “dolaylı fail” sıfatları sebebiyle TCK m. 37/2, c. 2 uyarınca, “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi”nin nitelikli hâl olarak düzenlendiği durumlarda ise ilgili özel hüküm (örneğin TCK m. 102/3-d) uyarınca ağırlaştırılacaktır<sup>299</sup>. Buna göre, örneğin, kusur yeteneğine sahip olmayan C'yi “mülkiyeti ve zilyetliği D'ye ait olan” konuta D'nin rızası hilâfına girmeye sevk eden A ve B “konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun hem müşterek hem de dolaylı faili” olarak cezalandırılacak ve cezaları TCK m. 37/2, c. 2 ve 119/1-c hükümleri gereğince ayrı ayrı ağırlaştırılacaktır<sup>300</sup>.

<sup>298</sup> Gerekece belirtmeksizin ve herhangi bir ayrıma gitmeksizin, dolaylı failliğin söz konusu olduğu hâllerde müşterek faillikten bahsedilemeyeceğini savunan yazar için bkz. Özgenç, “... Müşterek Faillik”, s. 161.

<sup>299</sup> Kesinlikle isabetsiz bulduğumuz bir karar için bkz. **Yargıtay 14. CD**, T. 13/12/2018, E. 2015/5566, K. 2018/7541: “Sanık İbrahim’in, mağdurla tartışma yaşayan diğer sanık Betül’ü yanına çağırarak kendisine cinsel saldırıda bulunduğu yönünde şikâyet etmesini söyleyerek, bilgisayarda hazırladığı şikâyet dilekçesini Betül’e verdiği, Betül’ün bu dilekçeyi Cumhuriyet Başsavcılığı’na sunduğu bu şikâyet sebebiyle mağdurun bir gün gözaltına alındığı, sanık İbrahim’in Cumhuriyet Başsavcılığındaki ifadesinde; mağdurun sanık Betül’e basit cinsel saldırıda bulunduğunu gördüğünü beyan ettiğinin anlaşılması karşısında; sanık İbrahim’in fiil üzerinde sanık Betül ile birlikte hakimiyet kurduğu ve TCK’nın 37. maddesi gereğince doğrudan fail durumunda olduğu, ... sanıklar İbrahim ve Betül tarafından işlenen iftira suçu dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu ve TCK’nın 267/4. maddesi uyarınca her iki sanığın dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları karşısında; TCK’nın 109/3-b maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinin kabulü için madde gerekçesinde de belirtildiği şekilde suçun icra hareketlerinin birden fazla şahıs tarafından doğrudan fail olarak birlikte gerçekleştirilmesinin, yani TCK’nın 37. maddesi anlamında müşterek faillik durumunun gerektiği, dolaylı faillikte bu fıkra hükmüne göre ceza verilemeyeceği gözetilmeden, dolaylı fail konumunda olduğu anlaşılan sanık Betül ve asli fail sanık İbrahim hakkında tayin edilen cezalarda TCK’nın 109/3-b maddesi gereğince artırım yapılması, ... bozmayı gerektirmiş ...”

<sup>300</sup> **Yargıtay 17. CD**, T. 12/11/2015, E. 2015/7186, K. 2015/9264: “... sanık Salim'i hile yolu ile 5237 sayılı TCK’nın 37/2 anlamında dolaylı fail olarak suça araç olarak kullanmakla birlikte, konut dokunulmazlığı eylemlerini birlikte gerçekleştirdikleri halde sanık hakkında konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından kurulan hükümlerde 5237 sayılı TCK’nın 119/1-c maddesi uyarınca cezadan artırım yapılmaması; aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”

### 3. Dolaylı Faillik - Yan Yana Faillik Ayrımı

“Faillik” kenar başlıklı TCK m. 37’de yahut “Suça İştirak” başlıklı dördüncü bölümün diğer maddelerinde düzenlenmeyen ve kimi yazarlarca “gereksiz bir kurum<sup>301</sup>” olarak görülen “yan faillik (*Nebentäterschaft*)” kurumu, aralarında “birlikte suç işleme” konusunda açık veya örtülü bir anlaşma bulunmayan birden çok müstakil failin suçu -müşterek faillikte olduğu gibi “birlikte” değil- “yan yana” işlemesini ifade etmektedir<sup>302</sup>.

Öğretide, yan failliği “davranışları tipikliği tek başına gerçekleştirmeye yetmeyen birden çok müstakil failin yan yana geldiği hâller” ile sınırlayan ve “en az bir kişinin suçu salt kendi davranışlarıyla tamamlamaya muktedir olduğu durumlar”da yan faillik kurumuna başvurmanın gereksiz olduğunu savunanlar mevcut<sup>303</sup> ise de; kanaatimizce, yan failliği, böyle bir ayrıma gitmeksizin, “çok failli doğrudan faillik” şeklinde formüle etmek ve “doğrudan failliğin bir görünüm şekli<sup>304</sup>” olarak ele almak hatalı olmayacaktır. Buna göre, dolaylı faillik ile doğrudan faillik arasındaki farklar, “dolaylı faillik-yan faillik” karşılaştırması bakımından da aynen geçerlidir.

### F. Dolaylı Failliğin Şeriklik Türlerinden Ayırt Edilmesi

#### 1. Dolaylı Faillik - Yardım Etme Ayrımı

Fail-şerik ayrımını TCK m. 37 ilâ 39’da açıkça benimseyen yasa koyucu, yardım etmeyi (TCK m. 39) azmettirmeden (TCK m. 38) sonra “ikinci şeriklik türü” kabul etmiş<sup>305</sup>; bir suçun failini yahut şerikini<sup>306</sup> suç işlemeye teşvik eden, bunların

<sup>301</sup> Wolfgang Mitsch, **Recht der Ordnungswidrigkeiten**, 2. Auflage, Berlin Heidelberg: Springer Verlag, 2005, s. 130’dan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 686.

<sup>302</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 686; Özgenç, “... Müşterek Faillik”, s. 175.

<sup>303</sup> Mitsch, s. 130’dan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 686.

<sup>304</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 1989, § 49 III, kn. 80; Mitsch, s. 131; Trunk, s. 80’dan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 686.

<sup>305</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 187: “Suça iştirak, TCK’nun 37 ila 40. maddeleri arasında faillik ve şeriklik (azmettirme ve yardım etme) şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde her ne kadar 765 sayılı TCK’nun benimsemiş olduğu ikilik sisteminin terk edildiği belirtilmişse de esasında TCK’nun 37 ila 39. maddeleri arasında faillik ve şeriklik ayrımı yapılarak örtülü olarak ikilik sistemi muhafaza edilmiştir.”

suç işleme kararını kuvvetlendiren, bunlara fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden (m. 39/2-a), suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan (m. 39/2-b) veya suçun işlenmesinden önce yahut işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştıran (m. 39/2-c) kişilerin “yardım eden” sıfatıyla -azmettirenle kıyasla daha hafif bir şekilde de olsa<sup>307</sup>- cezalandırılmasını öngörmüştür<sup>308</sup>. Buna göre, fail yahut azmettiren sayılmamakla birlikte, tipik fiilin işlenmesine o veya bu şekilde kasten ve hukuka aykırı olarak katkı sağlayan herkes “suça yardım eden” sıfatını taşıyacaktır.

Dolaylı fail “iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını” suça vasıta kılarak tipik fiil üzerinde fiil hâkimiyeti kurarken, suça yardım eden kişi “fiil üzerinde” değil, yalnızca “tipik fiile katkı niteliğindeki kişisel nedensel davranışı üzerinde” hâkimdir<sup>309</sup>. Bir başka deyişle, dolaylı fail suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarına sahip iken, yardım eden bu iktidardan yoksundur. Nitekim bu nedenle, dolaylı faillik bir faillik şekli, yardım etme ise bir şeriklik türü kabul edilmektedir<sup>310</sup>.

Dolaylı faillik ile yardım etme arasındaki bir diğer fark ise bağlılık kuralı bakımından ortaya çıkmaktadır. TCK m. 40’ın birinci ve üçüncü fıkralarına göre, bir kimsenin “suça yardım eden” sıfatıyla cezalandırılabilmesi için, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir tipik fiilin varlığı

<sup>306</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 188-189: “Yardım eden, ... fiile maddi veya manevi nitelikte destekleyici hareketlerle katkıda bulunarak, ... önündeki engelleri kaldıran, suçun işlenmesi için fırsat, araç veya bilgileri sağlayan, yol gösteren, faili ... cesaretlendiren, kararını kuvvetlendiren, kısacası suçun icrasını muhtemel kılan, hızlandıran, destekleyen, kolaylaştıran kişidir. Yardımın mutlaka fail veya faillere yapılmasına gerek yoktur. (...) suçun ... yardım edenine dahi yapılabilir.” Enrico Jovane, **Innovazioni Essenziali nel Nuovo Codice Penale**, Libro Primo, Par. 2, Torino: Fratelli Bocca, 1931, ss. 329-330’dan naklen Aydın, **İştirak**, s. 177: “Failin yanı sıra, dolaylı faile veya azmettirenle veya hepsine birden yardım etmek mümkündür. (...) Failin kendisine yardım edildiğini bilmesi gerekmez.”

<sup>307</sup> Aydın, **İştirak**, ss. 178-179: “Kanunun yardım edenlere failden daha az ceza öngören düzenlemesi ‘zorunlu indirim’ olarak nitelenmiştir. Ancak (...) 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 sisteminin ve yardım edenlerin nedensel katkılarının sonucudur.”

<sup>308</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 189.

<sup>309</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 205: “Aralarındaki en önemli fark, dolayısıyla faillikte doğrudan asıl failin davranışlarının yönlendirilerek denetim altında tutulmasıdır. Asıl doğrudan failin hareketleri üzerinde hakimiyet kuran dolayısıyla fail, kurduğu bu hakimiyet nedeniyle şerik değil, fail olarak kabul edilip ona göre cezalandırılmaktadır.”

<sup>310</sup> Çiçek, s. 82; Demirbaş, s. 503; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 205; Koca/Üzülmez, s. 415.



zorunludur. Buna karşılık, öğretide yaygın kabul gören ve bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, fiilin “dolaylı failin eseri” olması ve haksızlık içeriğini -ön plândaki şahsın davranışlarından değil- dolaylı failin ön plândaki şahsın iradesi ve davranışları üzerindeki kasıtlı hâkimiyetinden alması sebebiyle, dolaylı faillikte “bağlılık kuralı” geçerli değildir<sup>311</sup>.

## 2. İradeye Hâkimiyetin Söz Konusu Olmadığı Hâllerde Ancak “Yardım” Addedilebilecek Davranışların İradeye Hâkimiyet Durumunda “Dolaylı Faillik” İçin Yeterli Olup Olmayacağı Tartışması

Bir başkasının kasıtlı ve hukuka aykırı fiiline, bu fiil üzerinde “fonksiyonel hâkimiyet” yahut “irade hâkimiyeti” yoluyla hâkimiyet kurmaksızın, “azmettirme” boyutuna varmayacak ölçüde kasten nedensel katkı sunan (bir suçun failini yahut şerikini suç işlemeye teşvik eden, bunların suç işleme kararını kuvvetlendiren, bunlara fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat eden, suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan veya suçun işlenmesinden önce yahut işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını o veya bu şekilde kolaylaştıran) kişi, diğer koşulların da sağlanması durumunda, işlenen suçtan “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık, tipik fiilin işlenmesine sağlanan nedensel katkının “fonksiyonel hâkimiyete vücut verecek ölçüde etkili bir katkı” oluşturması durumunda, bu katkıyı kasten sunan kişi, “yardım eden” (TCK m. 39) sıfatıyla değil, “müşterek fail” (TCK m. 37/1) sıfatıyla cezalandırılmaktadır<sup>312</sup>. Örneğin, normal şartlarda, tipik fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlaması sebebiyle “yardım eden” (TCK m. 39/2-b) olarak sorumlu tutulabilecek bir kimse, icraya sunduğu katkının somut olayda

<sup>311</sup> Can Canpolat, **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir ve Cebir Uygulayanın Dolaylı Faillikten Doğan Sorumluluğu**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2016, s. 289; Çiçek, s. 83; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 205-206; Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 44; Özgenç, **Faillik**, ss. 245-247. Aynı yönde bkz. Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, ss. 75-76: “*Bilindiği üzere bağlılık prensibi dolaylı faillik açısından geçerli değildir. Çünkü dolaylı faillikte eylemin gerçek sahibi arka plandaki kişidir ve hukuk düzeniyle çatışan suçta kullanılan kişi değildir.*” Yine bu yönde bkz. Çiçek, s. 83; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635.

<sup>312</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 190.

“fonksiyonel hâkimiyet” derecesine ulaşması hâlinde “suçun müşterek faili” olarak cezalandırılacaktır<sup>313</sup>.

Roxin’in isabetli sınıflandırmasına göre, irade hâkimiyeti fiil hâkimiyetinin üç görünüm şeklinden biri olup iradesine hâkim olduğu bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılan kişi de, fiile yönelik katkısı fiil hâkimiyetinin yokluğunda “suça yardım” kapsamında değerlendirilecek olsa dahi, tıpkı araç sağlamaktan ibaret eylemiyle fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran kişi gibi, “fiile hâkim” olmaktadır. İrade hâkimiyeti yoluyla suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarını ele geçiren bir kişinin işlenen suçtan artık “yardım eden” olarak değil, “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiği ise açıktır<sup>314,315</sup>. Ayrıca, tipik fiilin icrasına

<sup>313</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 219: “Araç sağlamanın fiilin işlenişi üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğu (eski yasamıza göre zorunlu fer’i iştirak olarak nitelendirilebilecek) durumlarda, yani araç sağlanmaması hâlinde fiilin işlenemeyecek olduğu hâllerde yardım etme değil, müşterek faillik söz konusudur. (...) Yargıtayımız bir kararında olayın başından itibaren her aşamada diğer sanıklarla birlikte irade ve eylem birliği içinde hareket ederek suçta kullanılan silâhı sanığa veren, müdahilin yaralandığı sırada olay yerine çok yakın bir noktada bulunduğu anlaşılan kişinin aslî fail olarak cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Y.8.C.D. 2005/2896-2006/1400, Artuç-Akkaya-Gedikli, 193.”

<sup>314</sup> Aynı yönde bkz. Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 92: “... şerikliğe göre failliğin önceliği söz konusu olduğu için azmettiren veya yardım edenin eylem üzerinde hakimiyeti olduğu takdirde dolaylı faillik söz konusu olacaktır.” Yine bkz. Gallas, s. 105 ve Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278’den naklen Özgenç, **Faillik**, s. 204: “... Gallas’a göre ... yardımda bulunan şahsın ancak fiil üzerinde hâkimiyetinin olması hâlinde dolaylı faillik mümkündür. Söz konusu hâkimiyet de, fiilin gerçekleşip gerçekleşmemesinin bu yardıma bağlı olması hâlinde mevcuttur. (...) Yine suç türleri itibarıyla bir ayırım yapmaksızın Maurach/Gössel/Zipf, mücerret yardım edenin fiil üzerinde hâkimiyetinin ancak bu yardım fiili ile doğrudan şahsa davranışının mümkün kılınması veya önemli ölçüde kolaylaştırılması hâlinde söz konusu olabileceği kanaatindedirler. Başka bir ifadeyle, final hâkimiyetin belirleyici karakterinin kendisinde mevcut olması hâlinde, yardım eden şahıs dolaylı fail olacaktır.” Yine bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 348-349: “... yardım eden kişiyi, fiil üzerinde hâkimiyet kurabilmişse dolaylı fail olarak kabul etmek mümkündür. Fiil üzerinde hâkimiyet, fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bu yardıma bağlı ise söz konusu olabilir. Herhangi bir nedensel katkı, doğrudan fiil üzerinde hâkimiyet kurulması için yeterli kabul edilmemek gerekir. Burada araştırılması gereken, gerçekleştirilen yardımın, neticenin oluşumuna gerçekten önemli bir katkısının olup olmadığıdır. Yardımda bulunulmasa bile yine de netice gerçekleştirebileceği şeklinde bir varsayım, dolayısıyla failliğin kabulüne engeldir.” Ayrıca bkz. Şohoğlu, s. 147.

<sup>315</sup> Aksi görüş için bkz. Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549 ve Schumann, s. 98’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 203: “Meselâ, baş ağrısını gidermek için çocuğuna ilâç yerine, farkına varmadan öldürücü zehir vermekte olan dar görüşlü anneye ricası üzerine ve bu yanılığın haberdar olan bir başkasının bardakla su vermesi olayında, Nowakowski’ye göre, bu şahıs ne fiil üzerinde hâkimiyet kurmuştur ve ne de faillik iradesiyle hareket etmiştir. Ancak, kasten işlenmeyen suça şerik olarak iştirak edilemeyeceği için, burada ortaya çıkan cezaî boşluğu doldurmak amacıyla yardımda bulunan şahsı fail olarak telâkki etmek gerekir. Yine, Schumann da söz konusu olayda dolaylı failliğin mevcut olmadığı fikrindedir. Zira, ona göre, ancak sarîh veya zımnî bir aldatma ile dolaylı faillik söz konusu olabilir. Hâlbuki bu olayda aldatma değil, sadece yanılığın içinde bulunan bir şahsın işlediği fiilde ona mücerret bir yardımda bulunma söz konusudur.”

sunulan katkının “olmazsa olmaz” nitelik ve nicelikte olması zorunlu değildir<sup>316</sup>. Buna göre, örneğin, bir başkasının mülkiyetinde bulunan metruk bir evin camlarını sırayla taşıyarak birbirleriyle yarışmaya karar veren ve fakat çevredekilerin tepkisinden çekinen yedi ilâ dokuz yaşındaki çocukların bu kararını kuvvetlendiren ve/veya her birine bir sapan verip bazı kurallar önererek oyunu çocuklar için daha da eğlenceli hâle getiren kişi, normal şartlarda TCK m. 39/2’nin (a) ve (b) bentleri kapsamında “suça yardım eden” sayılabilecekken, somut olayda kusur yeteneğinden yoksun çocukların iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “mala zarar verme suçunun dolaylı faili” kabul edilecektir<sup>317</sup>. Aynı şekilde, korkuluk sandığı bir kimseye ateş etmeye hazırlanan avcıya gerçeği bilerek kendi silâhını veren kimse de kasten öldürme suçundan “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>318</sup>.

<sup>316</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 176-177’den naklen Özgenç, **Faillik**, s. 204: “Burada önemli olan, icra edilen yardımın neticenin oluşumuna gerçekten bir katkısının olup olmadığıdır. Söz konusu yardımda bulunulmasa bile yine netice gerçekleşecekti şeklinde bir varsayım, dolaylı failliğin kabulü açısından bir engel teşkil etmemektedir. Farazi illiyet bağı meselesi dolaylı faillik dışında, genel sorumluluk meselesi içinde mütalâa edilmesi gereken bir husustur.” Ayrıca bkz. Önok, s. 313: “... kuru sıkı tabanca ile ateş ettiğini zanneden F’nin elindeki tabancanın gerçek ve dolu olduğunu anlayan kişi, F’ye nasıl hedef alacağını göstermek suretiyle yardım ederse, bu kişiyi artık dolaylı fail saymak gerekir. Doktrine göre, buradaki F, kendi başına hedef alabilecek ve aynı neticeyi gerçekleştirecek durumda olsa bile, bu değerlendirme değişmeyecektir.” Aksi yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 348-349.

<sup>317</sup> Yine, söz gelimi, elindeki taşla C’nin arabasının kaportasına vuran B’ye suçun işlenmesini kolaylaştırmak ve zararı artırmak amacıyla çekiç temin eden A, normal şartlarda “yardım eden” (TCK m. 39/2-b) sıfatıyla sorumlu tutulacakken, B’nin anahtarla kaportaya vurarak kendince müzik yapan ve eylemin antisosyalliğini kavrayamayan bir akıl hastası olması durumunda, “B’nin iradesi üzerindeki hâkimiyeti” sebebiyle “mala zarar verme suçunun dolaylı faili” kabul edilecektir. Bu gibi durumlarda, arka plândaki kişinin “dolaylı fail” kabul edilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Önok, ss. 284-285: “... dolaylı faillikten bahsedebilmek için arka plândaki kişinin fiil egemenliğinin ağır basması gerektiğinden, ön plândaki kişinin kusur yeteneğinden yoksunluğu arka plândaki kişi tarafından bilinse bile; eğer zaten bir suç işleme kararı ön plândaki kişide mevcut olup arka plândaki kişi bunu sadece desteklemişse veyahuzatıen işlenecek suçun işleniş biçimine dair bazı değişikliklere yol açmışsa, dolaylı faillik yoktur.” Rus doktrininde benimsenen aksi görüş için Anatoliy Zelinskiy, **Souçastıye v Prestuplenii**, Volgograd: Volgogradskaya Pravda, 1971, s. 21’den aktaran Emin Hüseyinoğlu, “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1, Ankara, 1988, s. 764: “Yardım etme, sadece kusur yeteneği bulunan ve ceza ehliyeti için gereken yaş sınırına ulaşmış kişiler hakkında mümkün olabilir. Aksi hâlde kişi, yardım eden olarak değil, dolaylı fail olarak sorumlu olur”

<sup>318</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 348; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, ss. 87-88. Roxin, Stratenwerth, Jescheck ve Welzel’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 174-175: “Karar verdiği hareketinin sebebiyet vereceği neticeden habersiz olan bir şahsa olayı bütün yönleriyle müşahade eden bir başkasının buna rağmen sadece yardım etmesi hâlinde, başta Roxin olmak üzere birçok yazar dolaylı failliği tabiatıyla kabul etmektedirler. Ancak, bu durumda dolaylı faillik, arka plândaki adamın kasıtsız davranan şahsın iradesi üzerindeki hâkimiyetine veya onun iradesini etkilemesine dayanmamaktadır. Arka plândaki şahsın, kasıtsız davranan şahsı bir kör illi faktör olarak illiyet serisi içine katması hususu, bir başka ifade ile, illi vakıaların sebebiyet vereceği neticelerin bilincinde olmak dolaylı failliği gerektirmektedir.” (Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 174; Stratenwerth, 1981, kn. 767; Hans Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, s. 603; Welzel, s. 102.) Verilen örnekte dolaylı faillik kurumunun işletilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Önok, s. 307.

Nihayet, zorunluluk hâlini “kusurluluğu kaldıran neden” kabul eden ve bizim katılmadığımız görüşe göre, zorunluluk hâlindeki bir kimsenin tipik fiilini kolaylaştıran kişi de, yine, “suça yardım eden” olarak değil, “suçun dolaylı faili” olarak cezalandırılacaktır<sup>319</sup>.

### 3. Dolaylı Faillik - Azmettirme Ayrımı

Gerek dolaylı faillikte gerekse azmettirmede “kişinin bir başkasını suça yönlendirmesi (bir başkasına suç işletmesi)” söz konusu olduğundan, bu iki kurum, 19. yüzyılın sonlarına kadar<sup>320</sup>, “geniş anlamda faillik” veya “çok faili suç tipi” anlayışı çerçevesinde, bir bütün olarak, “manevî faillik (*intellektuelle Urheberschaft*)” başlığı altında incelenmiştir<sup>321,322</sup>. Türk ve Alman ceza hukuku öğretisinde artık tercih edilmeyen bu kavram, günümüz Fransız öğretisinde “*auteur*

<sup>319</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 198: “Bazı yazarlara göre, daha önceden ıztırar haline düşmüş bir şahsa kurtuluşu için maddî veya manevî herhangi bir surette yardımda bulunan şahıs ıztırar halinde işlenen fiilden dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Fakat, doktrinde çoğu yazarlar tarafından kabul edilen görüşe göre, bu halde dolaylı faillik değil, kasten, hukuka aykırı ve fakat mazur görülebilen bir esas fiile azmettiren veya yardım eden (şerik) olarak iştirak söz konusudur ...” Ayrıca bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 151-153’ten naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 199: “Roxin burada bir ayrım yapmaktadır. ... maddî yardımda bulunmaksızın, ıztırar halindeki şahsı sadece teşvik eden arka plândaki şahıs, doktrinde hâkim olan görüşe uygun olarak, sadece şerik olabilecektir. Buna karşılık, ıztırar halindeki şahsa vasıta tedariki gibi maddî yardımda bulunulması halinde, bu şahsa elinde daha önce mevcut olmayan bir imkân sağlanmaktadır; işte bu imkânı tedarik etmek suretiyle arka plândaki şahıs fiil üzerinde hâkimiyet kurmakta ve dolaylı fail olmaktadır.” İkinci hâlde dolaylı failliği reddeden görüş için bkz. Adolf Schönke / Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, München: C. H. Beck, 1974, § 25, kn. 33; Hermann Blei, **Strafrecht I, Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, München, 1977, s. 231’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 199. Dolaylı failliği her iki olasılıkta da reddeden görüş için bkz. Önok, s. 301. Biz TBK m. 63/2 uyarınca zorunluluk hâlini her hâlde “hukuka uygunluk nedeni” kabul ettiğimizden, bir başkası tarafından zorunluluk hâli içerisine sokulan kişinin fiiline katkı sunan kişinin eylemini -tıpkı meşru savunma kapsamında hareket eden şahsa yardım eden kişinin eylemi gibi- hukuka uygun sayıyor, bu kişinin “dolaylı fail” yahut “şerik” olarak cezalandırılmayacağını savunuyoruz.

<sup>320</sup> Bu iki kurum arasındaki kesin ayrımın ilk kez 1871 tarihli Prusya Ceza Kanunu ile yapıldığı bilgisi için bkz. Muhammed Demirel, **Suç İştirake Bağlılık Kuralı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 94.

<sup>321</sup> Buri, s. 29; Ernst Joachim Lampe, “Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Volume 77, 1965, s. 289 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 168. Aynı yönde bkz. Önok, ss. 235-236.

<sup>322</sup> Örneğin bkz. Muhammed Demirel / Melik Kartal, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 483, dpn. 113: “... bu belirlemenin temeli, 15 Mayıs 1871 tarihli Krallık Ceza Kanunu § 48 StGB düzenlemesine dayanmaktadır. ... söz konusu düzenlemede azmettirme tanımı, ‘Bir ödül öngörerek veya vaatte bulunarak, tehdit uygulayarak, nüfuzunu veya kamusal otoriteyi kullanarak, kasıtlı bir şekilde hataya sevk ederek veya bu hataya neden olarak ya da başka araçları kullanmak suretiyle ...’ şeklindeki ifadelerle yapılmıştır (Maurach/Gössel/ Zipf, § 51 kn. 13). Elbette bu tanımın günümüzdeki azmettirme tanımına çok fazla uymadığı açıktır. Zira ‘tehdit ve hataya düşürme’ durumları günümüzde dolaylı faillik kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak o dönem dolaylı faillik kurumunun bulunmaması, bu tür hareketlerin de azmettirme kapsamında değerlendirilmesi sonucunu beraberinde getirmiştir.”

*intellectuel-auteur moral*<sup>323</sup> şeklinde hâlen kullanılmakta ise de, dolaylı faillik ile azmettirmenin birbirinden çok farklı kavramlar olduğu konusunda bugün geniş bir uzlaşma mevcuttur<sup>324</sup>.

Sözlük<sup>325</sup> tanımı ile “bir işteki engelleri yenme kararlılığı”na karşılık gelen “azim” kelimesinin ettirgen çatıda türetilmesinden oluşan “azmettirme”<sup>326,327</sup> kavramı, TCK m. 38’in gerekçesinde “*belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri*<sup>328</sup> -ve dolayısıyla kararı<sup>329</sup> - bulunmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadında ise “*önceden suç işlemek niyet ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etken olarak ona belli bir suç işletmeyi sağlamak*<sup>330</sup>” biçiminde tanımlanmakta ve “suçun ilk ve etkili psikik (ruhsal) nedeni”ni oluşturmaktadır<sup>331</sup>.

<sup>323</sup> Örneğin bkz. Stefani/Levasseur/Bernard, **Droit Pénal Général**, s. 267. Bu iki kavram, çoğunlukla, azmettirmeyi de kapsar şekilde kullanılmakta; salt dolaylı faillik için “*auteur indirect/médiate*” tabiri tercih edilmektedir.

<sup>324</sup> Luigi Majno, **Ceza Kanunu Şerhi – Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt: 1, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1977, ss. 329-330. Ne var ki, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğuna dikkat çekmekle birlikte, “kusur yeteneğinden yoksun birini suça azmettiren kişinin işlenen suçun dolaylı faili sayılacağını” savunan bir kısım yazar, “azmettiren” ve “dolaylı fail” kavramlarını özensizce kullanmaktadır. Örneğin bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 526: “*Azmettirme ile dolayısıyla faillik birbirine karıştırılmamalıdır. (...) Çocuğu suça azmettirmek, dolayısıyla faillik anlamına gelmektedir.*” Diğer yazarlar için bkz. Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 202; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 949; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, ss. 744-745; Eda Salman, **Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 48; Metin/Heper, **Radbruch Formülü**, ss. 46-47; Metiner/Koç, ss. 1118-1119; Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 281; Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 197. Toroslu’nun eserindeki bu hata, kitabın iki yazarlı 24’üncü baskısında düzeltilmiştir. Bkz. Toroslu/Toroslu, s. 326.

<sup>325</sup> Türk Dil Kurumu - Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>)

<sup>326</sup> Yine aynı sözlüğe göre, azmettirme sözcüğü “bir suçu veya herhangi bir işi kesinlikle yapmasına karar verdirme” anlamına gelmektedir.

<sup>327</sup> “Azmettirme” kavramını “bir başkasında kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil işleme düşüncesi uyandırma” biçiminde tanımlayan yazarlar için bkz. Öztürk/Erdem, s. 389, kn. 730.

<sup>328</sup> Belli bir suçu işleme fikrine sahip olmakla birlikte bu konuda henüz karar vermemiş olan bir kimseyi karar aşamasına geçiren kişinin eylemini de “azmettirme” kavramı çerçevesinde değerlendiren görüş için bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 495: “*Faile suç işleme kararı verdirme, onu suç işlemesi konusunda ikna etmedir. Aslında failde suç işleme fikri yoktur veya fikir olsa da henüz karar aşamasında değildir. Azmettiren, faili suç işlemesi için ikna eden, ona suçu işlemeye karar verdirten kişidir.*”

<sup>329</sup> Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 514.

<sup>330</sup> **Yargıtay CGK**, T. 23/10/1989, E. 1989/1-235, K. 1989/302. (Kazancı Online İçtihat Bilgi Bankasından aktaran Özkan, **Azmettirme**, s. 5, dpn. 5.)

<sup>331</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 489; Koca/Üzülmez, s. 414; Majno, s. 326; Toroslu/Toroslu, s. 352; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 427.

Dolaylı fail “iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını” suça vasıta kılarak tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurarken, azmettiren “fiil üzerinde” değil, -tıpkı “yardım eden” gibi- yalnızca “tipik fiile katkı niteliğindeki kişisel nedensel davranışı üzerinde” hâkim olup dolaylı failin suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarına sahip olmasına karşılık, azmettiren bu iktidardan yoksundur<sup>332</sup>. Bir başka deyişle, dolaylı faillikte davranışları suça vasıta kılınan şahsın iradesi dolaylı failin hâkimiyetinde iken, azmettirmede azmettirilen kişi “suç yolunda ilerleyip ilerlememe” hususunda irade serbestîsine sahip bulunmaktadır<sup>333</sup>. Bu nedenle, tipik fiil, dolaylı faillikte dolaylı failin<sup>334</sup>, azmettirmede ise azmettirilenin eseri olarak ortaya çıkmakta ve dolaylı faillik bir “faillik” şekli kabul edilirken, azmettirme tereddütsüz bir “şeriklik” türü sayılmaktadır<sup>335</sup>.

Öte yandan, “azmettirme”den söz edilebilmesi için, azmettirilen kişinin önceden suç işleme kararı almamış olması, hattâ suç işleme düşüncesinin dahi bulunmaması gerekiyorken<sup>336</sup>, dolaylı faillikte böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Buna göre, suç işleme kararı almış bulunmakla birlikte, bu kararını türlü sebeplerle henüz icra etmemiş olan bir şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kılan kişinin “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulacağı

<sup>332</sup> H. Sefa Eryıldız, “Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (ALM. CK m. 26)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 120, Ankara, Ağustos 2016, s. 40; İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 58; Önder Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, Haziran 2017, s. 298; Önok, ss. 231-232.

<sup>333</sup> Aydın, **İştirak**, s. 147: “Azmettiren, azmettirileni belli bir suçu işlemesi için ikna etmekteyken; dolaylı fail, asıl (doğrudan) faili denetimi altına alarak onun davranışlarını yönlendirmektedir.” Aynı yönde bkz. Majno, s. 327; Önok, s. 233. Buna yakın bir açıklama için bkz. **Yargıtay 12. CD**, T. 20/01/2014, E. 2013/2231, K. 2014/832: “Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki en önemli fark ..., arkadaki kişi fiilin icrası safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Azmettirmede ise, serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak azmettiren azmettirdiği suçun işleniş safhasında olayların seyrine hâkim olamamakta, suçun işleniş bakımından azmettirilene tâbî olmaktadır.”

<sup>334</sup> Reed/Bohlander, s. 456: “Indirect perpetration exists where the crime can be qualified as the creation of the person ‘behind the scenes’.”

<sup>335</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, ss. 67-68. Aynı yönde bkz. Özkan, **Azmettirme**, s. 208: “Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki sınır, faillik ile şeriklik arasındaki ayırım için de kullanılan ‘fiil hâkimiyeti/egemenliği’ teorisi ile açıklanabilir. Alman mahkeme kararlarında da azmettirme ile dolaylı faillik arasındaki fark yalnızca ‘araçların kontrolü’ yani ‘araç üzerindeki egemenlik/hâkimiyet’ kriterine dayanılarak yapılmaktadır.”

<sup>336</sup> Farklı görüş için bkz. Soyaslan, **Genel Hükümler**, s. 495.

hususunda duraksamaya yer yoktur<sup>337</sup>. Keza, intihar kararı almış bir kimseyi intihara zorlayan kişi de, yine, TCK m. 84/4 sevkiyle “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” hâline gelecektir<sup>338</sup>.

Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki bir diğer fark, bağlılık kuralı bakımından ortaya çıkmaktadır. Bir kimsenin “azmettiren” sıfatıyla cezalandırılabilmesi için, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir tipik fiilin varlığı şarttır. (TCK m. 40/1 ve 3) Buna karşılık, fiilin bir bütün olarak “dolaylı failin eseri” olması ve haksızlık içeriğini dolaylı failin ön plândaki şahsın iradesi ve davranışları üzerindeki kasıtlı hâkimiyetinden alması sebebiyle, dolaylı faillikte “bağlılık kuralı” uygulanamaz<sup>339</sup>. Gerçekten de, “kasıtsız” ve/veya “hukuka uygun” davranan bir kimsenin suça azmettirildiğinden söz etmek olanaksızken<sup>340</sup>, böyle bir kimsenin iradesi ve davranışları üzerinde hâkimiyet kurulmuş ise bu hâkimiyeti elinde bulunduran kişi işlenen suçun dolaylı faili kabul edilebilecektir.

Öğretide bir kısım yazar<sup>341</sup>, azmettirmede azmettirenle birlikte azmettirilenin de cezalandırıldığını, buna karşılık dolaylı faillik ilişkisinde ön plândaki şahsın cezalandırılmadığını ileri sürmekteyse de, bu görüş ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz “sorumlu failin arkasındaki dolaylı faillik” hâlleri bakımından isabetsizdir. Gerçekten de, örneğin, A tarafından hataya (TCK m. 30/1) düşürülen B’nin çalılar arasındaki C’yi geyik zannederek öldürdüğü olayda, A “kasten öldürme

<sup>337</sup> Aksi görüş için bkz. Çiçek, s. 82: “Dolaylı faillikte ... önceden suç işleme kararı mevcut olmayan bir kimsenin, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmak suretiyle denetim altına alınması, böylece araç kişinin suçun icra hareketlerini gerçekleştirmesinin sağlanması söz konusudur.”

<sup>338</sup> TCK m. 84/4 hükmüyle kasten öldürmeden ayrı ve bağımsız bir suç tipinin yaratıldığı ve bu hüküm yönünden dolaylı faillik kurumunun işletilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Sınar, “İntihara Yönlendirme Suçu”, s. 643; Sınar, **İntihara Yönlendirme**, s. 85

<sup>339</sup> Aynı yönde bkz. Canpolat, s. 289; Çiçek, s. 83; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 205-206; Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 209; Mahmutoğlu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, ss. 75-76; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635; Özgenç, **Faillik**, ss. 245-247; Özkan, **Azmettirme**, s. 208.

<sup>340</sup> Özkan, **Azmettirme**, ss. 210-211: “Asli failin kasıtsız olarak işlenen fiiline dolaylı fail olarak iştirak edilmesi mümkün gözükmekteyse de, azmettiren olarak iştirak etmenin mümkün olmadığı görüşündeyiz. Çünkü azmettirmeden bahsedebilmek için asli failin fiilinin haksızlık içermesi, yani hukuka aykırı olması ve kasten işlenmesi zorunludur. Mevcut ceza kanunumuzda belirlenen sınırlı bağlılık kuralının sonucu olan bu durum azmettirme ile dolaylı faillik arasına kalın bir çizgi çekmektedir.”

<sup>341</sup> Örneğin bkz. Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 119; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 526; Özen, **Genel Hükümler**, s. 638.

suçunun dolaylı faili” iken, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden B “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan faili” olarak cezalandırılacaktır.

Son olarak, TCK m. 37/2, c. 2<sup>342</sup> ve 38/1-3<sup>343</sup> hükümleri de, “dolaylı faillik-azmettirme” ayrımının pratikteki önemini açıkça ortaya koymaktadır. Zira, bu hükümlere göre, örneğin bir akıl hastasına suç işleyen kişi “azmettiren” sayıldığında işlenen suçun cezasıyla cezalandırılırken, “dolaylı fail” kabul edildiğinde cezasının TCK m. 37/2, c. 2 uyarınca ağırlaştırılması gerekecektir. Buna karşılık, yirmi yaşındaki oğlunu tehdit ederek suç işlemeye zorlayan baba “işlenen suçun dolaylı faili” olarak ilgili suçun cezasıyla cezalandırılırken, değerlendirmede hataya düşülerek “azmettiren” sayılması durumunda cezası TCK m. 38/2, c. 1 kapsamında ağırlaştırılacaktır<sup>344</sup>. Nihayet, hataya düşürülerek suça sevk edilen ve arkasındaki dolaylı failin kimliğini soruşturma veya kovuşturma makamlarına bildiren kişi, isabetli bir kararla “dolaylı fail” kabul edildiğinde herhangi bir ceza indirimi alamazken, “azmettiren” sayıldığı takdirde TCK m. 38/3’teki indirimden yararlanabilecektir.

<sup>342</sup> **TCK m. 37/2, c. 2:** Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

<sup>343</sup> **TCK m. 38:** (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz. (3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

<sup>344</sup> Örnek bir karar için bkz. **Yargıtay 2. CD**, T. 07/05/2014, E. 2014/9712, K. 2014/12356: “Sanık S. T.’nin 1996 doğumlu olan, ceza sorumluluğu bulunmayan kızı Nazar ile birlikte Lütfi Kırdar Kongre ve Fuar alanına gittikleri ve şikâyetçinin sergisinin bulunduğu stanttaki şikâyetçiye ait çantayı alması hususunda sanık Saime’nin kızı Nazar’a işaret etmesi ve Nazar’ın çantayı almasından sonra kaçmaya çalışmaları sırasında yakalanmaları şeklinde gelişen olayda, 5237 sayılı TCK’nun 37/2. maddesi gereğince, işlediği fiilin haksızlığını veya hukuki anlamını bilemeyecek olan küçüğe suçun işletilmesi durumunda dolaylı faillik söz konusu olacağından sanık hakkında hırsızlık suçundan hüküm kurulurken 5237 sayılı TCK’nun 37/2. maddesi gereğince uygulama yapılması gerekirken aynı Kanunun 38/2. maddesi uyarınca artırım yapılması ... bozmayı gerektirmiş ...” Yine aynı yönde bkz. **Yargıtay 2. CD**, T. 11/11/2015, E. 2014/14811, K. 2015/20468: “... sanıkların, beraberlerindeki küçük çocuk ile olay yerine gidip TCK’nın 37. maddesi kapsamında suça doğrudan katılmak suretiyle gerçekleştirdiklerinin anlaşılması karşısında sanıklara verilecek cezanın TCK’nın 37/2. maddesi uyarınca artırılması gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile aynı Kanun’un, 38/2. maddesi uyarınca artırılması bozmayı gerektirmiş ...”



## II. DÖRT TEMEL TARTIŞMA

### A. Dolaylı Failliğin Bir İştirak Türü Olup Olmadığı Tartışması

Dolaylı failliğin bir iştirak türü sayılıp sayılamayacağı öğretide öteden beri tartışmalı<sup>345</sup> olup dünden<sup>346</sup> bugüne<sup>347</sup> her dönem destekçi bulan ilk görüşe göre, dolaylı failliği iştirak türü kabul etmeye imkân yoktur. Bu görüşü benimseyen bir kısım yazara göre, bir kimsenin iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilmesi için iştirake esas teşkil edecek bir (asıl) fiile ve faile ihtiyaç olup kusur yeteneğinden yoksun bulunan yahut kasıtlı davranmayan bir kimsenin fiiline iştirak edilmesi olanaksızdır<sup>348</sup>. Aynı şekilde, davranışları suça vasıta kılınan şahsın davranışının

<sup>345</sup> Ferrando Mantovani, **Diritto Penale - Parte Generale**, Padova: CEDAM, 2001, s. 536; Boscarelli, s. 105 vd.; Tullio Padovani, **Le Ipotesi Speciali di Concorso nel Reato**, Milano: Giuffrè Editore, 1973, s. 13 vd.'dan naklen Aydın, **İştirak**, ss. 141-142: "Ortaçağ döneminin doğal hukukçuları da dolaylı failin kullandığı kişinin iştirakçi olup olamayacağını tartışmışlardır."

<sup>346</sup> Ottorino Vannini, **Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale**, Firenze: Dott. Carlo CYA Ed., 1939, s. 248; Padovani, **Concorso**, ss. 14-15, 18 vd.; Impallomeni, s. 212; Garofoli, s. 807; Mantovani, 2001, s. 536'dan naklen Aydın, **İştirak**, s. 142, dpn. 307-310: "Geçmişte 'longa manus' olarak ifade edilen bu durumda, fail (tipik fiili gerçekleştiren asıl/doğrudan fail) bir başkası tarafından kendi kolu, aracı gibi yönlendirilmiştir. Sıradışı azmettirme (istigazione impropria) olarak adlandırılan bu tür durumlarda, suçta kullanılan akıl hastasının ya da çocuğun iştirakçi sayılamayacağı ve bu kişilere suç işleyenlerin işlenen suçtan sorumlu olduğu ileri sürülmüştür. Alman ontolojik-doğal hukukçuları, geçici bir süre failin yerini dolduran/tutan (figura tappabuchi) kişide iştirak iradesi olmadığı ve isnat yeteneği de bulunmadığı için ceza verilmesi de onu kendi yerine kullanan kişiye işlenen suç nedeniyle ceza verilmesini savunmuşlardır. Zira bu durumda suçta kullanılan kişi işlenen suçun oluşumu açısından 'en önemli ektir' (accessorieta estrema)."

<sup>347</sup> Ali Kemâl Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, ss. 114-115: "Suç ortaklığından söz edebilmek için ya kanunî tanımdaki eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi ya da kanunî tanımda gösterilen eylemi gerçekleştiren kişinin eylemine azmettirme veya yardım etme suç ortaklığı türüyle katılmak gereklidir. Dolaylı faillik aşlında bir suç ortaklığı türü olmayıp suç ortaklığı hükümlerinin uygulanamayacağı durumlarda başka birisini kanunî tanımdaki eylemi gerçekleştirmek açısından araç olarak kullanan kişinin eyleminin yaptırma bağlanabilmesi için kabul edilmiş bir kurumdur." Yine bkz. Bilgehan Savaşçı Temiz, "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, s. 2495; Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 488; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 153; Ekici Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", ss. 65-67; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 553; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008, s. 282; Önok, s. 229; Şen, s. 121. Bu görüşün Rus doktrininde de benimsendiğini bildiren yazar için bkz. Hüseyinoğlu, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak", s. 766. Bir iştirak türü olmadığını açıkça dile getirmemekle birlikte, dolaylı failliğin "iştirak kurumunun bıraktığı boşlukları doldurduğunu" ifade ederek aynı kanaati zımnen paylaştan yazarlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 949; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 742; Metiner/Koç, s. 1118.

<sup>348</sup> Alberto Cadoppi / Paolo Veneziani, **Elementi di Diritto Penale Parte Generale**, Padova: CEDAM, 2002, s. 389; Gian Domenico Pisapia, **Studi di Diritto Penale**, Padova: CEDAM, 1956, s. 67; Padovani, **Concorso**, s. 30 vd.; Riccio, s. 4'ten aktaran Aydın, **İştirak**, s. 142. Bu görüşün özeti ve eleştirisi için bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 352: "... birçok yazar, suça iştirak eden sıfatını kazanabilmesi için suça maddeten katılan kimsenin isnat edilebilir olması ... ve ayrıca kast ile hareket etmiş olması gerektiği kanaatindedir. Böyle olunca, isnat edilebilir olmaktan çıkarılan, isnat

hukuka uygun olduğu hâllerde de suça iştirakten bahsetmek mümkün değildir<sup>349</sup>. İştiraki “failin fiiline katılmak” biçiminde ele alması sebebiyle eleştirilen<sup>350</sup> bu yaklaşıma göre iştirak için “en az bir şerik ile bir failin varlığı” zorunlu olduğundan, “müşterek failler arasında<sup>351</sup>” veya “dolaylı fail ile davranışları suça vasıta kılınan şahıs arasında” bir iştirak ilişkisi söz konusu değildir<sup>352</sup>. Bu nedenle, iştirak kurumunun işletilemediği bu gibi hâllerde, “kasıtsız” ve/veya “hukuka uygun” davranan bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezalandırılabilmesi için iştirak dışında bir başka kuruma gereksinim olup bu gereksinimi gideren kurum “dolaylı faillik” kurumudur<sup>353</sup>.

Buna karşılık, azımsanamayacak sayıda yazar<sup>354</sup> ise, dolaylı failliği tereddütsüz bir iştirak türü kabul etmektedir. Bu görüşü benimseyen bir kısım yazara göre, iştirak

---

*yeteneğini haiz olmayan, başkası tarafından hataya düşürülen ve maddi cebir altında hareket etmek zorunda kalan bir kimse, maddeten cürmî bir fiilin icrasına katılmış olsa bile, suç ortağı, yani suça iştirak etmiş sayılmayacaktır. (...) Dolayısıyla faillik düşüncesi eleştirilmiştir: (...) bir suçun işlenmesine maddeten katılan herkes, o suça iştirak etmiş sayılır, yani o suçun failidir.”*

<sup>349</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66.

<sup>350</sup> Aydın, **İştirak**, s. 44: “Bu teorinin zayıf yönü, iştirakçilerin hareketlerini birbirine bağlayan bağı, ... iştirakçide mevcut olan bir suça iştirak iradesini ihmal etmesidir. İştirakçinin katıldığı fiil başkasına ait bir fiil değil, kendi fiili gibi sorumlu tutulduğu bir fiildir.”

<sup>351</sup> Müşterek failliği “iştirak türü” kabul edip dolaylı failliği iştirakin dışında, bağımsız bir kurum olarak inceleyen ve tarafımızca da isabetli bulunan görüş için bkz. Yıldız, **Seminer Notları**, s. 114 vd.

<sup>352</sup> Aydın, **İştirak**, ss. 43-44: “Almanya’da ortaya çıkan ve TCK’deki sistemi de etkileyen bir görüş, tipik fiile ilişkin asıl hareketleri yapanları fail saymaktayken, tipik fiil dışındaki davranışlarla suçun işlenmesine katkıda bulunanları iştirakçi saymaktadır. (...) Asıl fiil gerçekleşmezse, suça iştirak söz konusu olmayacaktır. (...) Bu görüş kabul edildiğinde, tipik fiilin birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde her biri müşterek fail olduğundan iştirakten bahsedilemeyecektir. İştirakin varlığı için mutlaka tipik fiil dışında kalan davranışların katılımı söz konusu olmalıdır. Örneğin bir kişiyi birlikte bıçaklayan A ve B arasında iştirakten bahsedilemez çünkü her biri tipik fiili işleyen faildir. Eğer A azmettirilmiş veya A’ya bıçak verilmiş ise ancak bu durumda azmettiren veya yardım eden biçiminde ortaya çıkan bir iştirakten söz edilebilir. Oysa iştirak iradesi kapsamında iştirakçilerden her birinin tipik fiili işlemesi hâlinde de bu kişiler arasında iştirak ilişkisi söz konusudur.”

<sup>353</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, ss. 487-488.

<sup>354</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 676; Aydın, **İştirak**, ss. 145-146; Çiçek, s. 2; Demirbaş, s. 460; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 305; Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 118; Gerçekler, s. 444; Koca/Üzülmez, s. 389 vd.; Nâmik Kemâl Topçu, **Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, s. 339; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 418; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 517; Özen, **Genel Hükümler**, s. 617; Özkan, **Azmettirme**, s. 207 vd.; Öztürk/Erdem, s. 360, kn. 665; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 61; Şohoğlu, s. 125; Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 199; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 223 vd.; Zafer, ss. 425-426. Dolaylı failliği iştirak türü kabul eden Şohoğlu, “özü suçlarda dolaylı faillik” meselesini incelerken ise, dolaylı failliği iştirak kurumunun dışında mütalâa etmektedir. Bkz. Şohoğlu, s. 117: “Arka plândaki kişi, o suç için aranan özel niteliklere sahip olmasa da, örneğin kamu görevlisi olmasa da, özel nitelikleri taşıyan kimse üzerinde hâkimiyet kurulmuşsa arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu hâlde kamu görevlisinin iştirak iradesi olmadığından, iştirakten değil, dolaylı faillikten bahsetmek gerekir.”

-“failin fiiline katılma”yı değil- “suç için bir araya gelme”yi ifade etmekte; iştirake ilişkin normlar ile suç yaratan normların birleşiminden meydana gelen “bağımsız-muhtemel çok failli suç tipleri”nin icrasına katılan herkes söz konusu çok failli suça iştirak etmiş ve bu suretle suçun faili hâline gelmiş olmaktadır<sup>355,356</sup>. Buna göre, en az iki kişinin (dolaylı fail ile iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahsın) suç için bir araya gelmesi iştirakin kabulü için yeterli olduğundan, ön plândaki şahsın fiilden sorumlu tutulamadığı durumlarda dahi “topal da olsa<sup>357</sup>” bir iştirak ilişkisi mevcuttur<sup>358</sup>. Nitekim, ikinci fıkrasında dolaylı failliği düzenleyen “*Faillik*” kenar başlıklı TCK m. 37 hükmünün “*Suçta İştirak*” başlıklı

<sup>355</sup> Aydın, **İştirak**, ss. 45-49: “İştiraki failin fiiline katılmak olarak ele alan ve bu nedenle çoğu zaman tipik davranışları yapan ve cezalandırılabilir bir asıl failin varlığını gerekli gören ... anlayışın ... yetersizlikleri ‘çok failli suç tipi’ anlayışı ile aşılabilmektedir. (...) ‘çok failli suç tipi’ anlayışı kabul edildiğinde, ... iştirakçilerin her birinin suça katılmak iradesiyle yaptıkları davranışlarının, gerçekleştirilen suç açısından tipik olduğu ve her birinin suçtan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. (...) Bunun sonucu olarak iştirak halinde işlenen bir suçta, iştirakçi sayısı kadar da fail vardır. (...) İşlenen tipik fiil her bir iştirakçiye ait olduğu için asıl failin cezalandırılıp cezalandırılmaması diğer iştirakçilerin durumunu etkilemez. (...) ‘çok failli suç tipi’ görüşü iştiraki açıklamakta daha tutarlıdır. (...) iştirakçilerden her biri işlenen suçtan sorumlu olacak ancak nedensel katkılarına göre her birinin cezai sorumluluğu değişecektir.” Aydın, **İştirak**, s. 64: “Biz, iştirakçilerin tümünü fail olarak kabul ederek, asıl (birincil) failler (müşterek failler ve azmettiren); fer’i (ikincil) failler (maddi ve manevi yardımda bulunanlar) ayrımını kabul ediyoruz.”

<sup>356</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 352: “Dolayısıyla faillik düşüncesi eleştirilmiştir: (...) bir suçun işlenmesine maddeten katılan herkes, o suça iştirak etmiş sayılır, yani o suçun failidir. Suça katılan bazı kimselerin isnat yeteneğinden yoksun olması, bazı kimselerin suçun işlenmesine zorlanmış bulunması, o kimselerin cezaya muhatap olmamalarını sağlar, ancak faillik sıfatını etkilemez. Böyle olunca, suça iştiraktan söz edilebilmek için, suça katılan kişilerin her birinin ceza sorumluluğunun olmasına gerek yoktur, sadece tek bir kişinin ceza sorumluluğunun olması yeterlidir. Bununla birlikte, Kanun ... 37/2. madde hükmünde, açıkça dolayısıyla failliği düzenlemiştir. (...) A, isnat yeteneği olmayan B’yi ikna ederek, hasmı C’yi öldürttüğünde; B sadece ‘araç’ olduğundan, A, B’nin öldürme fiiline iştirak etmiş olmayacak, kendisinin işlememiş olduğu bir fiilin, işlemişçesine faili olacaktır. O zaman, ortada birden çok fail olmadığından, her halde suça iştiraktan de söz edilemeyecektir. Oysa, (...) B isnat yeteneğine sahip bir kimse olduğunda, bu kez suça iştirak söz konusu ... olmaktadır. Bu çelişkili bir durumdur. Kanun koyucunun, bu yolu seçmede, maksadının ne olduğu anlaşılamamaktadır, çünkü dolayısıyla faillğe gitmeden, iştirake ilişkin sorunların çözülmesi, sanılanın tersine imkânsız değildir.”

<sup>357</sup> Dolaylı failliği “topal iştirak” olarak adlandıran görüş için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 1974, s. 554, kn. 1265: “... iştirak kaidelerile meselenin çözümlenebileceği kanaatinde olan müelliflere göre, iştirakin bulunması için birden fazla kimsenin varlığı şart olabilir de, birden fazla sorumlunun bulunması şart değildir: bir deliye suç işleyen kimse ile bir köpeğe eşya çaldırtan şahıs arasında fark inkâr edilemez; birden fazla şahıslar bulunduğu takdirde, iştirak vardır ve aslî failin cezalandırılmaması, diğerlerinin şerik sıfatı ile ceza görmelerine engel olamaz. Cezalandırılmayan bir kimseyi suça sevk eden şahıs, suçun gerçek âmîl ve sebebidir, bu nedendir ki, iştirakteki rolü ne olursa olsun, kendisini suçun maddî faili saymamak için sebep yoktur. Kaldı ki, ceza sorumluluğu olmayan bir kimseyi bir ‘alet’ saymak da doğru olamaz ve iştirakin tek bir sorumlu ile gerçekleşebilen bir suç işleme biçimi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu gibi hâller, bir sütunu yıkılan tapınağa benzetilebilir ve ‘topal iştirak’ adı ile anılabilir, fakat yine de iştirak kaidelerile çözümlenmesi mümkün bir durum teşkil eder.”

<sup>358</sup> Bettiol, 1982, s. 271 ile Latagliata, “Concorso ...”, s. 578’den naklen Erem, **Genel Hükümler**, s. 562: “Diğer faillerin cezalandırılabilmesi için maddî failin cezalandırılmış olması şart değildir. Bu sebeple dolayısıyla faillik dahi neticede iştirakin bir çeşidi sayılmak lâzımdır.”

dördüncü bölümde yer alması da, bu yaklaşımı benimseyenlere göre, dolaylı failliğin bir iştirak türü sayıldığına işaretir<sup>359</sup>.

5237 sayılı TCK’de, failliğin daraltıcı anlayışı çerçevesinde, “fail-şerik” ayrımı benimsenmiş<sup>360</sup>; faillik türlerini birbirinden ve şeriklik çeşitlerinden ayırmada “fiil hâkimiyeti” ölçütü esas kabul edilmiştir. Buna göre, ceza normuyla korunmak istenen hukukî varlık ve menfaati “harekete hâkimiyet, fonksiyonel hâkimiyet veya irade hâkimiyeti” suretiyle hâkimi olduğu tipik fiil ile ihlâl eden kişi suçun doğrudan, müşterek yahut dolaylı faili sayılmakta; ihlâle “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın<sup>361</sup>”, “yalnızca kendi nedensel davranışına hâkim şekilde<sup>362</sup>” kasten katkı sağlayanların “şerik (azmettiren yahut yardım eden)” sıfatıyla cezalandırılabilmesi ise, cezaî sorumluluğun alanını (suç yaratan normun kapsamını) bu yönde genişleten iştirak hükümleri sayesinde mümkün olmaktadır<sup>363,364</sup>.

Suçta iştiraktan söz edilebilmesi için; suç yaratan normda gösterilenden fazla sayıda kişinin hukukî konunun ihlâlüne aktif yahut pasif bir davranışla (hareket veya ihmâl) “maddî veya manevî<sup>365</sup>” katkı sağlaması, en az bir suç ortağının diğerlerinin suç teşkil eden davranışlarını bilmesi ve suçun işlenişine kendi nedensel davranışlarıyla isteyerek katkıda bulunması gerekmektedir<sup>366</sup>. Burada, karşılıklı bir iştirak iradesinin varlığı zorunlu olmayıp iştirak iradesiyle hareket eden kişinin iştirak kurallarına “tek başına” muhatap kabul edilmesi mümkündür<sup>367</sup>. Bununla

<sup>359</sup> Aynı yönde bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 28/09/2015, E. 2014/14524, K. 2015/43148: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, yasanın gerekçesinde de gösterildiği üzere, aslî iştirak ve ferî iştirak ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı öngörmesi ve uygulamada zorluklara neden olması sebebi ile önceki yasada yer alan bu ayrımın yerine, iştiraki bir sosyolojik birlik olarak kabul etmiş ve faillerin eylem üzerinde kurdukları hakimiyeti baz alarak, üç temel iştirak kategorisi düzenlemiştir. Bunlar; ‘fail (dolaylı faille birlikte)’, ‘azmettiren’ ve ‘yardım eden’dir.”

<sup>360</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 89; Özkan, **Azmettirme**, s. 9.

<sup>361</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.

<sup>362</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 539’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78.

<sup>363</sup> Beling, s. 63; Maurach, s. 618; Mayer, s. 375, 388, 390’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 44-45. Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 387.

<sup>364</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 82; Ramacci, 2007, s. 512’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 52, dpn. 141; Mantovani, 1979, s. 455’ten aktaran Toroslu/Toroslu, s. 320.

<sup>365</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 156.

<sup>366</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 155-167.

<sup>367</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 168-169.

birlikte, iştirak iradesinin tek taraflı olduğu durumlarda dahi, fiiline katkı sağlanan kişinin iradesinin hâkimiyet altında bulunmaması zorunludur<sup>368</sup>. Gerçekten de, dolaylı faillik hâllerinde, iradesi hâkimiyet altına alınarak davranışları suça vasıta kılınan şahıs, “dolaylı faille birlikte suç işleme iradesi”ne sahip olmadığından, içinde bulunduğu durumdan haberdar olsun veya olmasın, iştirak kurallarına muhatap kabul edilemeyecektir. Aynı şekilde, dolaylı fail de “ön plândaki şahısla birlikte suç işleme iradesi”ne değil, “iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma iradesi”ne sahip olduğundan, bu kişi açısından da iştirak iradesinden ve iştirakten söz etmeye olanak yoktur.

Öte yandan, TCK m. 40/1’de sınırlı bağıllık kuralını benimseyen yasa koyucunun iştirak için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığını zorunlu kabul etmesi de, yine, dolaylı failliği bir iştirak türü olarak değerlendirmeye engeldir. Zira, dolaylı failliğin söz konusu olduğu pek çok hâlde, davranışları suça vasıta kılınan şahıs “kasıtsız” ve/veya “hukuka uygun” davranabilmektedir. Örneğin, B’nin hileli davranışları sonucu hataya düşerek, bostan korkuluğu diye C’yi kurşunlayan veya C’nin malı diye kendi malını yakan A’nın durumu böyledir. Buna karşılık, dolaylı failliğin iştirak türü sayılamayacağı yolundaki savı ön plândaki şahsın cezalandırılmıyor olmasına dayandıran görüş, fikrimizce, kabul edilebilir değildir; zira herhangi bir sebeple cezalandırılmayan bir kimsenin suçuna iştirak edilmesine bir engel bulunmadığı gibi<sup>369</sup>, bazı dolaylı faillik durumlarında ön plândaki şahıs da taksirli yahut kasıtlı fiilinden ötürü cezalandırılabilir.

Bu noktada, “Faillik” kenar başlıklı TCK m. 37’nin -tıpkı azmettirme ve yardım etmeye ilişkin maddeler (TCK m. 38-39) gibi- ikinci kısmın “Suça İştirak”

<sup>368</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 153: “Suçu işleyen failin iradesi özgür değilse, fail bir nevi araç konumunda ise iştirak yoktur. Sorumluluk suçu işleyen kişiye aittir. Dolayısıyla failliğin söz konusu olduğu bu durumda suç, birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, iştirakin en önemli unsuru olan iştirak iradesi olmadığından suça iştirakten bahsedilemez.”

<sup>369</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 1974, s. 554, kn. 1264-1265: “Aslî maddî failin cezalandırılmaması halinde, (...) iştirak kaideleriyle meselenin çözümlenebileceği kanaatinde olan müelliflere göre, iştirakin bulunması için birden fazla kimsenin varlığı şart olabilirse de, birden fazla sorumlunun bulunması şart değildir: ... birden fazla şahıslar bulunduğu takdirde, iştirak vardır ve aslî failin cezalandırılmaması, diğerlerinin şerik sıfatı ile ceza görmelerine engel olamaz. (...) iştirakin tek bir sorumlu ile gerçekleştirilen bir suç işleme biçimi olduğunu kabul etmek gerekir.”

başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiş olması ve madde gerekçesinde<sup>370</sup> failliğin de “sorumluluk statüsü niteliğinde bir iştirak şekli” sayılması karşısında, dolaylı failliği iştirak türü kabul etmeyen görüşün yasa koyucunun iradesine aykırı düşeceği ileri sürülebilir. Ancak, doğrudan (müstakil) faillik ile onun bir görünüm şeklinden ibaret olan yan yana failliğin birer iştirak türü sayılamayacağı açık olup bu ikisinin yasa metninde ve gerekçesinde “suça iştirak” çerçevesinde ele alınmasının isabetsizliği ortadadır. Bu bakımdan, nasıl ki doğrudan ve yan yana failliği salt yasa koyucunun özensiz düzenlemesine istinaden iştirak türü saymak mümkün değilse, dolaylı failliğin iştirak şekli kabul edilmesi de, aynı şekilde, olanaksızdır. Buna karşılık, müşterek failliğin bir iştirak türü olduğu konusunda duraksamaya yer yoktur. Bu itibarla, TCK’deki iştirak şekilleri, kanaatimizce, müşterek faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibaret olup dolaylı faillik iştirak kurumunun dışında kalmaktadır<sup>371</sup>. İlk bakışta salt teorik gözüken bu tartışma, ileride de görüleceği üzere, gönüllü vazgeçme, şikâyet ve diğer bazı meseleler bakımından pratikte büyük öneme sahiptir.

Nihayet, en azından “fail arkasındaki dolaylı faillik” şeklinde ortaya çıkan dolaylı faillik hâllerinde iştirak ilişkisinin gündeme geleceği bir an için düşünülebilirse de, bu düşüncede de isabet bulunmamaktadır. Zira, öncelikle, “taksirli suçlara iştirak” bizce<sup>372</sup> mümkün olmadığından (TCK m. 40/1), “taksirli fail arkasındaki dolaylı faillik” durumlarında iştiraktan bahsedilemeyecektir. Örneğin, kendi taksiriyle hataya düşerek bostan korkuluğu sandığı C’yi başından vurmaya

<sup>370</sup> **TCK m. 37’nin gerekçesi, paragraf 3:** “(...) 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.”

<sup>371</sup> Aynı yönde bkz. Yıldız, **Seminer Notları**, ss. 114-115: “Suç ortaklığından söz edebilmek için ya kanunî tanımdaki eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi ya da kanunî tanımda gösterilen eylemi gerçekleştiren kişinin eylemine azmettirme veya yardım etme suç ortaklığı türüyle katılmak gereklidir.”

<sup>372</sup> Aynı yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 346; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 122. Ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, ss. 798-799: “... failler arasında neticenin gerçekleşmesi bakımından değilse bile, taksirli hareketi yapmak bakımından bir işbirliğinin bulunması ve her failin böyle bir işbirliği iradesiyle hareket etmesi gerekir ve ancak bu takdirdedir ki, taksirli suçlarda iştirak söz konusu olabilir. Örneğin bir yol kenarında bulunan bir ağacı iki kişi keser ve ... düşen ağaç bir kişinin yaralanmasına ... neden olursa, faillerin böyle bir işbirliği ile hareket ettikleri görülür. (...) taksirli suçlara iştiraktan çok, taksirli suçları birlikte işlemekten söz etmek çok daha yerinde olur.” Ayrıca bkz. Özgenç, “... Müşterek Faillik”, s. 190: “... ağaç kesme olayında suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştirme doğrultusunda bir irade birliği mevcut değildir. Bu itibarla, söz konusu hâllerde taksir dolayısıyla kusur muhtevaları farklılık arz edebilen birden fazla yan yana ve fakat, müstakil taksirli suç faili mevcuttur.”

karar veren B'ye gerçeği bilerek fişek temin eden A C'nin ölümü sebebiyle “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” sayılırken<sup>373</sup>, B “taksirle ölüme sebebiyet verme” suçundan cezalandırılacak; fakat A açısından da, B açısından da iştirak kuralları uygulanamayacaktır<sup>374</sup>. “Kasıtlı ve cezalandırılabilir fail arkasındaki dolaylı faillik” hâllerine gelince; bu gibi hâllerde de, yine, öndeki fail “arkadaki faille birlikte suç işleme iradesi”ne sahip olmaması, arkadaki fail ise -“öndeki faille birlikte suç işleme iradesi”yle değil- “iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma iradesi”yle hareket etmesi sebebiyle, iştirak kurallarına muhatap kabul edilemeyecektir. Gerçekten de, B’ce uygulanan ve kusurluluğu kaldıracak raddeye ulaşmayan manevî cebrin etkisi altında -örneğin mal varlığı itibarıyla zarara uğratılma (TCK m. 106/1, c. 2) tehdidine boyun eğerek- C’yi öldüren A, işlediği bu kusurlu haksızlıktan ötürü kasten öldürme suçunun faili sayılırken, B A’nın iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle aynı suçun dolaylı faili kabul edilecek; fakat, gerek A gerekse B birlikte suç işleme iradesinden yoksun olduğundan, bir iştirak ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir.

## B. Bağlılık Kuralının Dolaylı Faillik İlişkilerinde Geçerli Olup Olmadığı Tartışması

Fail-şerik ayrımının benimsendiği ceza kanunlarında, şeriklerin -ve bir görüşe göre<sup>375</sup> tipe uygun olmayan davranışlarıyla fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuranların- tipik fiilden sorumlu tutulmasının koşullarını tayin eden bağlılık kuralı, iştiraki “failin fiiline katılmak” şeklinde ele alan yaklaşımın bir ürünüdür<sup>376</sup>. Bu

<sup>373</sup> Farklı bir yaklaşım için bkz. Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549 ve Schumann, s. 98’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 203.

<sup>374</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 348.

<sup>375</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 86. Müşterek faillik hâllerinde bağlılık kuralına başvurulmayacağı yolundaki görüş için bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 697; Çiçek, s. 40; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, ss. 305-306; Koca/Üzülmez, s. 393; Özgenç, **Faillik**, s. 262; Özgenç, “... Müşterek Faillik”, ss. 160-161; Şohoğlu, s. 38. Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 554: “... suçun işlenişinde birlikte hâkimiyet kurarak suçu işleyen kimseler müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklar ve ... cezalandırılacaklardır. (...) haksızlık içeriğinin kaynağı bizzat kendisidir ... ve bu nedenledir ki, azmettirme ve yardımdan farklı olarak bağlılık prensibi burada geçerli değildir.”

<sup>376</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 171. Ayrıca bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 86: “İştirak hükümlerini failin fiiline katılmak şeklinde bağlılık teorisiyle açıklayan görüş suçun icra hareketlerinin müşterek failler arasında bölüşülerek gerçekleştirildiği durumlarda diğer suç ortaklarının atipik hareketinin asli failin fiiline katılmak şeklinde ortaya çıkmaması nedeniyle eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin yağma suçunu işlemek isteyen kişilerden birisinin mağdura

düşünceye göre, şeriklik failliğe nazaran ikincil nitelikte olup şeriklerin tipe uygun olmayan davranışları ancak fail(ler)in iştirake esas teşkil eden tipik fiiline bağlı olarak önem kazanmaktadır<sup>377</sup>. Fiil hâkimiyeti kuramı çerçevesinde açıklamak gerekirse, failin sorumluluğu fiil üzerindeki hâkimiyetinden, şerikin sorumluluğu ise failin fiiline yönelik nedensel katkısından ileri gelmekte<sup>378</sup>; faillik söz konusu olmadıkça, şeriklikten de bahsedilememektedir<sup>379</sup>.

Bağlılık kuralı şeriklerin -ve bir görüşe göre<sup>380</sup> tipe uygun olmayan davranışlarıyla fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuranların- “failin fiiline bağlı olarak” cezalandırılmasını sağladığından, şeriklerin sorumluluğu için aranan esas fiilin hangi özelliklere sahip olması gerektiği (bağlılığın ölçüsünün ne olacağı) konusunda farklı yazarlarca, muhtelif görüşler ileri sürülmüş; her bir ülkenin yasama organı, kendi ceza siyaseti doğrultusunda, bağlılık kuralının farklı bir görünüm şeklini (derecesini) benimsemiştir<sup>381</sup>. Bu yazarlardan Mayer’in tasnifine göre, bağlılık kuralının (*Akzessorietätprinzip*); “asgarî bağlılık kuralı (*Minimale Akzessorietätsprinzip*)”<sup>382</sup>, “sınırlı bağlılık kuralı (*Limitierte Akzessorietätsprinzip*)”, “aşırı bağlılık kuralı (*Extreme Akzessorietätprinzip*)” ve “katı bağlılık kuralı (*Hyper*

---

*silâhı doğrultması, diğerinin parayı alması durumunda hiçbir failin davranışının tek başına tipik fiili oluşturmadığı belirtilmiştir. (...) Bu eleştiriye cevap olarak, bu gibi durumlarda icra hareketlerini bölüşerek birlikte gerçekleştiren kişilerin fiillerinin karşılıklı olarak birbirine bağlı olduğu ... belirtilmiştir. Bu konuda haklı olarak yapılan diğer bir tespit de, bağlılığın sadece şerikliğe özgü bir kural ... olmadığıdır. Bağlılık, suça iştirake ... tüm atipik hareketler açısından söz konusudur. Dolayısıyla (...) fiil üzerinde müsterek hakimiyet kurulması nedeniyle asli failliği gerektiren, ancak tek başına tipikliği gerçekleştiremeyen hareketler açısından da bağlılık kuralı geçerlidir. Müsterek faillikte ... hareketlerin karşılıklı olarak birbirine bağlılığı söz konusudur.”*

<sup>377</sup> Latagliata, **Concorso**, s. 67; Pedrazzi, ss. 22-23; Seminara, s. 28’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 84. Aynı yönde bkz. Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 176.

<sup>378</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 84.

<sup>379</sup> Gropp, 2005, s. 352’den aktaran Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 176.

<sup>380</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 86. Müsterek faillik hâllerinde bağlılık kuralına başvurulmayacağı yolundaki görüş için bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 697; Çiçek, s. 40; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, ss. 305-306; Koca/Üzülmüş, s. 393; Özgenç, **Faillik**, s. 262; Özgenç, “... Müsterek Faillik”, ss. 160-161; Şohoğlu, s. 38. Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 554: “... suçun işlenişinde birlikte hâkimiyet kurarak suçu işleyen kimseler müsterek fail olarak sorumlu tutulacaklar ve ... cezalandırılacaklardır. (...) haksızlık içeriğinin kaynağı bizzat kendisidir ... ve bu nedenledir ki, azmettirme ve yardımdan farklı olarak bağlılık prensibi burada geçerli değildir.”

<sup>381</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 180.

<sup>382</sup> İtalyan Ceza Kanunu’nda “asgarî bağlılık kuralı”nın benimsenmiş olmasının dolaylı faillik kurumuna etkisi hakkında bkz. Önok, s. 240.



*Akzessorietätprinzip*)” şeklinde, dört farklı derecesi bulunmaktadır<sup>383</sup>. Bunlardan ilki şerikin cezalandırılabilmesi için tipikliğin maddî unsurlarının gerçekleştirilmiş olmasını yeterli kabul ederken, sınırlı bağlılık kuralı kasıtlı haksızlığı (kasıtlı ve hukuka aykırı tipik fiili), aşırı bağlılık kuralı kasıtlı ve kusurlu haksızlığı<sup>384</sup>, sonuncusu ise kasıtlı ve kusurlu haksızlığın yanında, cezalandırılabilirliğin diğer şartlarının da sağlanmasını (objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını, kişisel cezasızlık nedenleri ile cezayı kaldıran kişisel nedenlerin yokluğunu) zorunlu kabul etmektedir<sup>385</sup>.

Yasa koyucu “*Bağlılık kuralı*” kenar başlıklı TCK m. 40’ta sınırlı bağlılık kuralını benimsediğinden, Türk ceza hukukunda iştiraktan söz edilebilmesi için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir tipik fiilin varlığı gerekli ve yeterlidir<sup>386</sup>. Ne var ki, ileride ayrıntısıyla ele alınacağı üzere, dolaylı failliğin söz konusu olduğu pek çok hâlde, ön plândaki şahsın suça vasıta kılınan davranışları “kasıtsız” ve/veya “hukuka uygun” olabilmektedir. Buna göre, TCK m. 40’ta düzenlenen sınırlı bağlılık kuralının dolaylı faillik ilişkisine uygulanması durumunda, söz gelimi, hileli davranışlarla hataya düşürdüğü B’yi “bu hususta açık veya örtülü rızası bulunmayan C’nin taşınır malını bulunduğu yerden almaya” sevk eden A, hiçbir şekilde cezalandırılamayacaktır. Dahası, davranışları suça vasıta kılınan şahsın davranışlarının “tipe uygunluk” arz etmediği (herhangi bir kanunî tanımla örtüşmediği) durumlarda, tipikliğin maddî unsuru dahi gerçekleşmeyecek; örneğin bir kimseyi intihara zorlayan kişi, dolaylı faillik ilişkisine asgarî bağlılık kuralı uygulansa bile, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır. Oysa, bu gibi durumlarda, iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılan kişinin “tümüyle kendi eseri” olarak ortaya çıkan

<sup>383</sup> Akbulut “*Extreme Akzessorietätprinzip*” ile “*Hyper Akzessorietätprinzip*” kavramlarını sırasıyla “ekstrem bağlılık kuralı” ve “aşırı bağlılık kuralı” şeklinde Türkçeye çevirmiş ise de, biz, Koca/Üzülmez’in “aşırı bağlılık kuralı” ve “katı bağlılık kuralı” şeklindeki tercümesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

<sup>384</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 431.

<sup>385</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, ss. 180-181; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 85-86; Koca/Üzülmez, ss. 408-410.

<sup>386</sup> TCK m. 40/1, c. 1 hükmünün “Suça şerik olarak iştirak için fail tarafından kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.” şeklinde anlaşılması gerektiğine dair bkz. Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 306.

haksızlıktan “bağlılık kuralına ihtiyaç olmaksızın”, “fiil hâkimiyeti kuramı uyarınca” sorumlu tutulacağı açıktır<sup>387</sup>.

Bu nedenlerle, bağlılık kuralının iştirak kurumundan bağımsız bir kurum niteliğindeki dolaylı faillik kurumuna uygulanması olanaksızdır<sup>388</sup>.

### C. TCK m. 37/2, c. 1 Hükmünün Gerekli Olup Olmadığı Tartışması

TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün gerekli olup olmadığı meselesi “dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığı” tartışmasıyla bağlantılı gözükse de, öğretide her iki soruya olumlu veya olumsuz cevap verenler olduğu gibi, birine olumlu diğerine olumsuz yanıt verenler de bulunmaktadır.

Gerçekten de, öğretide azımsanamayacak sayıdaki yazara göre<sup>389</sup>, dolaylı faillik bir iştirak türü olup ikilik sisteminin benimsendiği TCK’deki iştirake ilişkin

<sup>387</sup> Aynı yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 206: “... dolayısıyla faillikte fiil, bir bütün olarak arka plandaki kişinin eseridir. Diğer bir deyişle, eylemin gerçek sahibi, suçta kullanılan kişi değil, arka plandaki kişi olduğu için, bağlılık prensibi geçerli değildir. ... şeriklik, tipiklik ve hukuka aykırılığını (haksızlık içeriğini) failin esas fiilinden almaktayken, dolayısıyla faillikte fiil, tipiklik ve hukuka aykırılığını (haksızlık içeriğini) bizzat kendisinden almaktadır.”

<sup>388</sup> Canpolat, s. 289; Çiçek, s. 83; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 206; Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 209; Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, ss. 75-76; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 170, 214; Özgenç, **Faillik**, s. 201; Özkan, **Azmettirme**, s. 208; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 252. Aynı yönde bkz. Şohoğlu, s. 38. Aynı yönde bkz. Demirel, **Bağlılık Kuralı**, ss. 309-310: “... ön plandaki kişiyle arka plandaki kişilerin ... aralarında herhangi bir bağılıktan bahsedilmesi ... mantık kurallarının bir gereği olarak da mevzu bahis olamaz. Bu bakımdan, bu konu, müşterek faillikte olduğu gibi değerlendirmeyi dahi gerektiren bir husus olarak görülemeyecektir.” Yine bu yönde bkz. Hegler, **mittelbaren Täterschaft**, s. 306’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 74. Bağlılık kuralının dolaylı faillik hâllerinde de uygulanması gerektiği yolundaki aksi görüş için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 384: “Dolaylı failin cezalandırılabilmesi doğrudan failin fiiline bağlıdır. Bu fiil işlenmiş olmalıdır ki dolaylı fail cezalandırılabilsin.” Dolaylı faillik kurumuna bağlılık kuralından ötürü ihtiyaç duyulduğu görüşü için bkz. Ilaria Campagna, **Autoria e Complicità nel Reato Collettivo**, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento Facoltà di Giurisprudenza, 2016, s. 60.

<sup>389</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 676; Çiçek, s. 163; Demirbaş, s. 460; Erem/Danışman/Artuk, s. 385; Hakan Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2006, s. 98; Metiner/Koç, s. 1109, 1119; Özkan, **Azmettirme**, s. 208; Öztürk/Erdem, s. 370; Şohoğlu, s. 137; Zafer, ss. 425-426. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Uğur Yayınları, 2003, ss. 269-270: “... bazı yazarlar ... iştirak kurumuna başvurularak problemin çözümlenebileceği düşüncesindedirler. Bunlara göre iştirakin gerçekleşmesi için birden fazla fail bulunmalıdır; fakat birden çok sorumluya gerek yoktur. Sorumluluk taşımayan kişiyi suça yönelten kişi, suçun asli maddi faili sayılabilir. Burada bir ‘topal iştirak’ vardır. Fakat her halde iştirak vardır. (...) Fikrimizce, iştirakte cezanın faile göre belirtilmesi sistemi kabul edilecek olursa, dolaylı faillik kavramını, esasta kabule ihtiyaç kalmaz. Fakat şeriklerin cezalandırılması hususunda ikilik sistemini kabul eden kanunların uygulanması bakımından dolayısıyla faillik

diğer normlar dolaylı failin cezalandırılmasına imkân vermediğinden, TCK m. 37/2 benzeri bir norma ihtiyaç vardır. Biz dolaylı failliği -evvelce sıraladığımız gerekçelerle- iştirak kurumu dışında kabul ettiğimizden, bu görüşe katılmamaktayız.

Yine dolaylı failliği iştirak türü kabul eden bir kısım yazar<sup>390</sup>, iştiraki “çok failli suç tipi anlayışı” çerçevesinde açıklamakta ve TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün gereksiz bir hüküm olduğunu ileri sürmektedir. Fail-şerik ayrımını reddeden bu anlayışa göre, iştirake ilişkin normlar ile suç yaratan normların birleşiminden bağımsız-muhtemel çok failli suç tipleri meydana gelmekte; “suç için bir araya gelen” kişilerin bu yeni suç tiplerinin icrasına katkı sağlayan davranışları bağımsızlıklarını yitirerek “iştirakçilerin ortak eseri” niteliğinde yek bir tipik fiil oluşturmakta<sup>391,392</sup> ve iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılan dolaylı fail “iştirak iradesiyle hareket etmesi sebebiyle” iştirak kurallarının muhatabı olmaktadır<sup>393</sup>. Oysa, dolaylı fail “ön plândaki şahısla birlikte suç işleme iradesi” ile

---

*kavramının kabulü zorunludur. (...) biz, dolayısıyla failliği mahsus suçlarda ve hukuka uygunluk nedeninin suça yönelten tarafından yaratıldığı ve asli maddi failin yaratılan bu hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla cezalandırılmadığı hallerde, ikilik sistemini uygulayan mevzuat yönünden yerinde saymaktayız.”* Yine bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, ss. 828-829, kn. 973: “*Dolayısıyla faillik, ikilik sisteminin meydana çıkardığı zorlukları ortadan kaldırmak için ileri sürülen ‘dolambaçlı bir yol’dan ibarettir. (...) dolayısıyla failliği kabul etmekle beraber, kapsamını ve uygulama alanını daraltmaktayız; özgü suçlarda ve tipe uygun hareketin bulunmaması yahut hukuka uygunluk sebebinin varlığı yüzünden failin cezalandırılmaması hâllerinde, sözü geçen dolayısıyla faillikten yararlanmak - ikilik sistemini benimseyen mevzuat ve bu arada kanunumuz bakımından- mümkündür; buna karşılık, failin başka herhangi bir sebeple cezalandırılmaması hâlinde, iştirak kurallarının uygulanması ile sorunların çözümlenmesi imkân dairesinde olduğu için, dolayısıyla faillige başvurmakta bir zorunluk yoktur.”*

<sup>390</sup> Aydın, **İştirak**, s. 45 vd.; Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 118; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 61.

<sup>391</sup> Cadoppi/Veneziani, s. 386; Francesco Antolisei, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 13. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1994, s. 504; Latagliata **Concorso**, ss. 268-269; Mantovani, 2001, ss. 529-530; Renato Dell’andro, **Le Fattispecie Plurisoggettiva in Diritto Penale**, Milano: Giuffrè Editore, 1956, s. 75 vd.; Roberto Garofoli, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, 3. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2006, s. 803; Seminara, s. 280 vd.’ndan aktaran Aydın, **İştirak**, ss. 45-49. Ayrıca bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 90-92.

<sup>392</sup> Aydın, **İştirak**, s. 64: “*Biz, iştirakçilerin tümünü fail olarak kabul ederek, asıl (birincil) failler (müşterek failler ve azmettiren); fer’i (ikincil) failler (maddi ve manevi yardımda bulunanlar) ayrımını kabul ediyoruz.”*

<sup>393</sup> Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 61: “*... katıldığımız ... görüş ... suça iştiraki failin fiiline katılmak olarak algılayan ve suça iştiraktan söz edebilmek için tipik fiili gerçekleştiren ve mutlaka cezalandırılabilir olan bir asıl failin varlığını arayan bu anlayışı eleştirmektedir. Buna göre, iştirak kurallarının uygulanabilmesi için, suçu oluşturan tipik fiile ilişkin davranışın tamamının bir tek fail tarafından gerçekleştirilmiş olması ve bu bağlamda bu fiile katılanların ikincil derecedeki davranışlarının, mutlaka bir esas davranışa katılması gerekli değildir. Bu niteliği ile ‘çok failli suç tipi anlayışı’ olarak da isimlendirilen bu görüşe göre, bir suçun işlenmesine maddi olarak katılan her bir iştirakçinin davranışı, tipik fiil içerisinde kendi bağımsızlığını yitirerek, o tipik fiilin bir parçası hâline dönüşmektedir. Bu şekilde her bir iştirakçi (katılan), hem bağımsız bir parça teşkil eden kendi davranışından hem de tipik fiil bütününi teşkil eden diğerlerinin davranışından sorumlu olmaktadır.*

değil, “iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma iradesi” ile hareket ettiğinden, dolaylı faillik ilişkisinde yer alan kişilerde, fikrimizce, iştirak iradesi bulunmamaktadır. İştirak iradesinden yoksun kimselerin yer aldığı bir ilişkiyi iştirak kapsamında değerlendirmeye ise olanak yoktur.

Diğer yandan, dolaylı failliği -isabetli bir şekilde- iştirak kurumu dışında değerlendiren yazarlar da, tıpkı dolaylı failliği iştirak türü kabul edenler gibi, TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün gerekli olup olmadığı konusunda uzlaşıya varamamakta; anılan hükmün varlığını kanunîlik ilkesi açısından zorunlu sayanlar<sup>394</sup> kadar, hükmün gereksiz olduğunu savunanlara<sup>395</sup> da öğretide rastlanmaktadır.

Failliğin daraltıcı anlayışının esas alındığı<sup>396</sup> TCK’de, yasa koyucu, fail ve şeriklerin sorumluluğunun tespiti bakımından ikilik sistemini benimsemiş<sup>397,398</sup>; fail-

---

*Bu anlayışın bir sonucu olarak, kusur yeteneği olan bir kişi ile kusur yeteneği bulunmayan bir kişi arasında -iştirakçilerden birinde iştirak iradesinin bulunmasının yeterli olması nedeniyle- bir iştirak ilişkisi bulunabilecektir. (...) Bu durumda bir başkasının araç olarak kullanılarak perde arkasından suç işletilmesi halinde de, perde arkasındaki dolaylı failin iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu nedenle, bu görüş çerçevesinde, dolaylı faillik hali de, iştirake ilişkin kurallar çerçevesinde çözümlenebilir niteliktedir ve dolaylı failliğin, iştirak kuralları dışında kanunda ayrıca düzenlenmesi şeklinde bir zorunluluk yoktur.”*

<sup>394</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, ss. 487-488; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, ss. 65-66: “(...) bizim de katıldığımız ve TCK’nın da m. 37/2’deki düzenlemesiyle benimsediği ... görüşe göre, iştirak failliğe göre ikincil niteliktedir. Asıl olan failliktir. Ancak, failin kusur yeteneğinin bulunmaması veya suçu cebir veya tehdit altında işlemiş olması nedeniyle cezalandıramadığı durumlarda, faili suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasız kalmaması için dolaylı faillik müessesesine ihtiyaç vardır. TCK m. 40/1’de ... iştirakte bağlılık kuralı düzenlenmiştir. Bu kurala göre, asıl fail hukuka uygun hareket ettiğinde veya kasten hareket etmediğinde, asıl faili cezalandıramayacağımız için, onun fiiline iştirak edenleri de cezalandıramayız. Dolayısıyla, dolaylı failliği bir iştirak türü olarak kabul eder veya dolaylı failliğe ilişkin problemlerin iştirak kuralları kapsamında çözümlenebileceğini söylersek; asıl fail hukuka uygun hareket ettiğinde veya kasten hareket etmediğinde arka planda kalan kişiyi de cezalandıramayız. Böyle bir durumun ortaya çıkmaması için dolaylı faillik kurumuna ve bu kuruma ilişkin özel düzenlemeye ihtiyaç vardır. TCK m. 37/2 de bu ihtiyacı karşılamaktadır.” Aynı yönde bkz. Önok, s. 229, 308: “... TCK m. 37/2 hükmü olmasaydı, araç kişinin hatasından yararlanmak suretiyle onun aracılığıyla suçun işlenmesini sağlayan dolaylı faili cezalandırmak mümkün olmazdı.”

<sup>395</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, ss. 675-676: “Bazı yazarlara göre ... dolaylı faillik bir iştirak şekli değildir. Özel hükümler içerisinde yer alan kanuni tanımın hareket unsurunun dolaylı failliği içerdiğini belirtmektedir. Dolaylı fail, tipikliği kendi davranışlarıyla bizzat gerçekleştirmek suretiyle fiili doğrudan (müstakil) fail olarak işlemektedir.”

<sup>396</sup> Önok, s. 39; Zafer, s. 413.

<sup>397</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 187: “Suça iştirak, TCK’nun 37 ila 40. maddeleri arasında faillik ve şeriklik (azmettirme ve yardım etme) şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde her ne kadar 765 sayılı TCK’nun benimsemiş olduğu ikilik sisteminin terk edildiği belirtilmişse de, esasında TCK’nun 37 ila 39. maddeleri arasında faillik ve şeriklik ayrımı yapılarak örtülü olarak ikilik sistemi muhafaza edilmiştir.” Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 388: “İkilik sistemi ... suçun işlenişine olan katkıların ağırlığından hareketle iştirak rollerinin belirlenmesini öngörmektedir. Esası dar fail anlayışına dayanan bu sistemde, suçun unsurlarını bizzat gerçekleştirenle, diğerleri arasında ayırım yapılması öngörülmektedir. Buna göre, suçun işlenişine

şerik ayrımında ise “fiil hâkimiyeti” ölçütünün esas alınması gerektiğine 37’nci maddenin gerekçesinde<sup>399</sup> açıkça işaret etmiştir. Fiil hâkimiyeti kuramına göre, “iradesine, fiilin icrasına ve suçun işleniş şekline hâkim olan<sup>400</sup>”, suç yolu üzerindeki hâkimiyeti iradî olarak elinde tutan (tipik fiilin seyrini denetlemeye<sup>401</sup> ve dizginlemeye<sup>402</sup>/frenlemeye<sup>403</sup> muktedir olan), özetle fiil hâkimiyetine sahip bulunan ve bunun bilincinde olan<sup>404</sup> kişiler fail, ihlâlâ “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın<sup>405</sup>”, “yalnızca kendi nedensel davranışına hâkim şekilde<sup>406</sup>” kasten katkı sağlayan kişiler ise şerik<sup>407</sup> sayılmaktadır. Fiil hâkimiyetininse, *hareket hâkimiyeti*, *fonksiyonel hâkimiyet* ve *irade hâkimiyeti* olmak üzere üç farklı görünüm şekli mevcut olup bunlar sırasıyla doğrudan, müşterek ve dolaylı faillığe esas teşkil etmektedir<sup>408</sup>. Bu

---

olan farklı katkılar kendi nesnel ağırlıklarına göre değerlendirilecektir. (...) TCK’da kasten işlenen suçlar bakımından 37-39. maddeler arasında faillik ve şeriklik ayrımı yapılarak, 765 sayılı eski TCK’da olduğu gibi, ikilik sistemi benimsenmiştir.” Aynı yönde bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, ss. 828-829, kn. 973; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 113.

<sup>398</sup> Aksi görüş için bkz. Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, ss. 92-93: “Dolaylı failliğin esasını ve kapsamını açıklamada ileri sürülen farklı görüşlerden katı bağluluk prensibi 765 sayılı TCK açısından geçerliydi. Bu yasanın düzenlemesinde suça iştirak açısından ikili sistem benimsendiği için bu sistemin açığını kapamak için dolaylı faillik kurumu devreye girmekteydi. Ancak 5237 sayılı YTCK açısından ikilik sistemi terk edildiği için esas eylemi gerçekleştiren kişi kusurlu olmasa da şerikler kusurlarından sorumlu tutulabilecektir. Buna göre bir kişiye aldatarak ve kastı olmaksızın suç işleyen kişi kusurlu eyleminden dolayı sorumlu tutulacaktır. Nitekim dolaylı faillik konusunda 765 sayılı TCK’da bir düzenleme bulunmazken 5237 sayılı YTCK’nın 37. maddesinin 2. fıkrasında bu durum açık bir biçimde düzenlenmiştir.”

<sup>399</sup> **TCK m. 37’nin gerekçesi, paragraf 3:** Hükümet Tasarısında da benimsenen ‘asli iştirak’, ‘fer’i iştirak’ ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işleniş üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.

<sup>400</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 112-113; Welzel, **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung**, s. 101’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78: “Welzel’e göre (...) Fail ‘kendi’ kararı ve bunun icrası üzerinde, başka bir ifadeyle icra edilip edilmeyeceği, icra ediliş tarzı ve bu itibarla da ‘kendi’ fiili üzerinde hâkimiyet, iktidar sahibi olan kişidir: Fiil hâkimiyeti teorisi (Tatherrschaftstheorie)”

<sup>401</sup> Fornasari, s. 426; Semina, s. 121 vd.’ndan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>402</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 115; Öztürk/Erdem, s. 362, kn. 672.

<sup>403</sup> Özkan, **Azmettirme**, s. 19.

<sup>404</sup> Maurach, s. 627, 659’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 83.

<sup>405</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.

<sup>406</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 539’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78.

<sup>407</sup> Koca/Üzülmüş, s. 390; Latagliata, **Concorso**, s. 255’den aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 114.

<sup>408</sup> Gropp, 2005, § 10, kn. 38 vd.; Kühl, 2005, § 20, kn. 27; Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 28’den aktaran İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 54. “Hareket hâkimiyeti” kavramını doğrudan faillik yerine, dolaylı failliğin izahında kullanan görüş için bkz. Schumann, s. 74 vd.’ndan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 167.

çerçevede, fiil üzerinde bir şekilde hâkimiyet kuran kişi “suçun doğrudan, müşterek veya dolaylı faili” hâline gelmektedir.

Buna göre, örneğin, kuduz olan köpeğini B’yi ısıracağını bilerek ve bu neticeyi isteyerek serbest bırakan A “her ne kadar köpeğin zincirini çözmekten ibaret hareketi atipik gözükse de” kasten yaralama suçunun doğrudan faili kabul edilirken, konutta hırsızlık yapan D’nin tipik eylemine “kapıyı açık bırakmaktan ibaret davranışıyla etkili bir katkı sağlayan” hizmetçi C hırsızlık suçunun müşterek faili, ölümle tehdit ettiği F’yi G’nin otomobilini yakmaya zorlayan E ise “manevî cebir niteliğindeki davranışı tipik gözükmemekle birlikte” mala zarar verme suçunun dolaylı faili olarak cezalandırılmaktadır. Zira, aynı örnekler üzerinden gitmek gerekirse, fiil hâkimiyeti kuramı çerçevesinde, TCK m. 86/1 hükmünü “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan fiil üzerinde hâkimiyet kuran kişi ...*”, TCK m. 141/1 hükmünü “*Başkasına ait taşınır bir malın, zilyedinin rızası olmadan, ... yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınması eylemine hâkim olan kimse ...*”, TCK m. 151/1 hükmünü ise “*Başkasının taşınır veya taşınmaz malının kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kirletilmesi fiiline hâkim olan kişi ...*” şeklinde okumak mümkündür. Hâl böyle olunca, A, C ve E’nin atipik gözükten davranışları “bu kişilerin fiile hâkim olmaları sebebiyle” kanunî tanıma uygun düşmekte ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunda “haksızlığa (hukuka aykırı birer tipik fiile)” vücut vermektedir.

Bu çerçevede, nasıl ki B’yi ısırması için köpeğinin zincirini çözen A’nın kasten yaralama suçundan cezalandırılabilmesi için TCK m. 37/1 hükmüne gereksinim duyulmuyor ise, fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran C’nin “hırsızlık suçunun müşterek faili” olarak sorumlu tutulabilmesi yahut F’nin iradesi ve dolayısıyla fiil üzerinde hâkimiyet kuran E’nin “mala zarar verme suçunun dolaylı faili” kabul edilebilmesi için de, TCK m. 37/1 veya m. 37/2, c. 1 hükmüne ihtiyaç yoktur.

Nitekim, Alman Ceza Kanunu m. 25/1'de<sup>409</sup>, Hollanda Ceza Kanunu m. 47'de<sup>410</sup>, İspanyol Ceza Kanunu m. 28'de<sup>411</sup>, İsrail Ceza Kanunu m. 28'de<sup>412</sup>, Kolombiya Ceza Kanunu m. 29/1'de<sup>413</sup>, Portekiz Ceza Kanunu m. 26'da<sup>414</sup>, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu m. 33/2'de<sup>415</sup> TCK m. 37/2'ye benzer düzenlemeler bulunurken, örneğin Avusturya<sup>416</sup>, Bulgaristan<sup>417</sup>, Danimarka<sup>418</sup>, Fransa<sup>419</sup>, İtalya<sup>420</sup>, İsveç<sup>421</sup> ve İsviçre'deki<sup>422</sup> ceza kanunları ile 765 sayılı TCK'de dolaylı faillığe ilişkin

<sup>409</sup> **Alman Ceza Kanunu m. 25/1:** “*Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.*” (Çevirisi: Suçu bizzat veya başkası aracılığıyla işleyen kişi, fail olarak cezalandırılır.) Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 41-42.

<sup>410</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 42-43.

<sup>411</sup> **İspanyol Ceza Kanunu m. 28/1:** “*Son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente, o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*” Çevirisi için bkz. Önok, s. 237: “*Fiili tek başına, (başkalarıyla) birlikte veya araç olarak kullandıkları bir başkası aracılığıyla işleyenler, faildir.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 44-46.

<sup>412</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, s. 241.

<sup>413</sup> **Kolombiya Ceza Kanunu m. 29/1:** “*Es autor quien realice la conducta punible por si mismo o utilizando a otro como instrumento.*” Çevirisi için bkz. Önok, s. 238: “*Cezalandırılabilir davranışı kendisi veya bir başkasını araç olarak kullanarak gerçekleştiren kişi, faildir.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 67.

<sup>414</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 78.

<sup>415</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 61-62. Ayrıca bkz. Hüseyinoğlu, “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak”, s. 757: “*RFCK’nın 33/2. maddesine göre, ceza sorumluluğu bulunmayan kişileri araç olarak kullanmak suretiyle suçu işleyen kişi, suçun faili sayılır.*”

<sup>416</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 55-56.

<sup>417</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 58-59.

<sup>418</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 55.

<sup>419</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 46-48.

<sup>420</sup> Önok, ss. 239-240: “*İtalyan Ceza Kanunu’nda dolaylı faillığe dair genel bir hüküm yoktur. Doktrinde de kuruma son derece mesafeli bir yaklaşım vardır. Bununla birlikte, dolaylı faillik kategorisine girdiği söylenebilecek özel bazı durumlar çeşitli hükümlerde açıkça düzenlenmiştir: İt. CK m. 46’da bir başkasını suç işlemeye fiziksel olarak zorlamak, m. 48’de hile yoluyla bir başkasını suç işlemeye sevk etmek, m. 54/son’da tehdit yoluyla başkasına suç işlettirmek, m. 86’da da algılama yeteneği ortadan kaldırılan kişiye suç işlettirmek. (...) Bazı yazarlar İt. CK m. 111 hükmünün de dolaylı faillik anlayışını yansıttığını belirtirler. Söz konusu hükümde, isnat edilebilirliği olmayan kişileri ... ya da kişisel bir nedenle cezalandırılabilir olmayanları suça ikna eden kişinin sorumluluğuna yer verilmiştir. (...) Her durumda, eşitlik sistemine dayanan ve suça her türlü katkıyı zaten kapsamına alan m. 110 hükmü karşısında, İtalyan sisteminde dolaylı faillik gibi bir kurumun anlamsız ve gereksiz olduğu savunulmaktadır. Yukarıda belirtilen hükümler, zaten arka plândaki kişinin işlenen suçtan sorumlu olacağını açıkça öngördüğü için, dolaylı faillik kurumunun pratik bir faydası olmayacaktır. Bu bakımdan, çoğunluk, söz konusu hükümleri dolaylı faillik kurumu kapsamında ele almamaktadır. (...) İtalyan Ceza Kanunu’nun asgarî bağluluk kuralını esas aldığını ve eşitlik esasına dayandığını göz önünde bulundurunca, bu yaklaşım normaldir.*” Karşılaştırınız Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 49: “*... kanun koyucu her ne kadar 110. maddede sorumluluk açısından eşitlik sistemini benimser gibi gözükse de bu hükmü tamamlayan sonraki maddelerinde suç ortaklarının sorumluluğunu derecelendiren hükümler sayesinde eşitlik sisteminden faile göre belirlenmesi sistemine dönüş yapmıştır.*”

<sup>421</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 54.

<sup>422</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 53-54.

genel bir hükme yer verilmemiştir<sup>423</sup>. Ne var ki, dolaylı faillik kurumu, tıpkı “yan yana faillik” yahut “işlenemez suç” kurumları gibi, 765 sayılı TCK döneminde, öğretide ve uygulamada kabul görmüş; ceza normu ile korunan hukukî varlık ve menfaati “iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılmak suretiyle” ihlâl eden kişi, ihlâlden “dolaylı fail” sıfatı ile sorumlu tutulmuştur. TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün gerekli olduğu görüşünü benimseyenler için, mevzuatında TCK m. 37/2, c. 1 benzeri bir hükme yer verilmeyen devletlerde yahut 765 sayılı TCK dönemi Türkiye’de kişilerin “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılması “kanunîlik ilkesi” açısından kabulü imkânsız bir uygulama ise de, bize göre, bu gibi bir hükmün yokluğu, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezalandırılmasını “kanunîlik ilkesine uygun” kabul etmeye engel değildir.

#### **D. Dolaylı Şerikliğe İlişkin Bir Hükümün Gerekli Olup Olmadığı Tartışması**

Kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimseyi bir suça katılmaya sevk etmesi veya zorlaması mümkündür. Bu gibi durumlarda akla, böyle bir kişinin “dolaylı şerikliğe ilişkin özel bir hükümün yokluğunda” cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusu gelmektedir.

TCK’de dolaylı şerikliğe ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, bu tartışma, ilk bakışta, TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün gerekli olup olmadığı tartışmasıyla yakından ilgili gözükmektedir. Nitekim, dolaylı failin cezalandırılabilmesi için TCK m. 37/2, c. 1 hükmüne ihtiyaç bulunduğunu savunan kimi yazarlar, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimseyi bir suça katılmaya sevk eden veya zorlayan kişinin “dolaylı şerikliğe ilişkin bir hükümün yokluğunda” cezalandırılmayacağını, aksine bir uygulamanın kanunîlik ilkesine aykırı düşeceğini ileri sürmüş ve olası tartışmaların önünün kesilmesi amacıyla böyle bir hükme TCK’de yer verilmesi gerektiğini savunmuştur<sup>424</sup>.

<sup>423</sup> Diğer hukuk düzenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çiçek, ss. 65-67; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 41-80; Önok, ss. 235-241.

<sup>424</sup> Örneğin bkz. Aydın, **İştirak**, s. 147: “Dolaylı faillik sadece aslî maddî failin denetim altına alınmasında değil, azmettiren ya da yardım edenin denetlenmesi hâlinde de söz konusu olabilir. Bu durumda dolaylı failin sorumluluğu değişir. Örneğin A, B’yi öldürmek için C’den zehir istemiş ve C bu zehri hipnotize ettiği M aracılığıyla A’ya göndermişse bu durumda C dolaylı fail olmasına rağmen



Bize göre, dolaylı faillik kurumunun işletilebilmesi için TCK m. 37/2, c. 1 hükmüne ihtiyaç bulunmadığı gibi, burada da arka plândaki kişinin sorumluluğu bakımından açık bir hükme ihtiyaç yoktur. Zira, fiil hâkimiyeti kuramına göre, tipik fiilin işlenişine “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın” kendi nedensel davranışlarına hâkim şekilde kasten katkı sağlayan kişiler “şerik” statüsünde olup bir kimseyi “davranışlarını suça vasıta kılmak suretiyle” bir suça katılmaya sevk eden yahut zorlayan kişinin durumu da, sonuç itibarıyla, şerikliğin tanımına uymaktadır. Buna göre, örneğin, hileli davranışlarla aldattığı B’yi C’nin işlediği bir suça yardım etmeye sevk eden veya ölümle tehdit ettiği D’yi “E’yi suça azmettirmeye” zorlayan A, “B ile D’nin iradesi ve davranışları üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle” C ve E tarafından işlenen suçların şeriki (yardım edeni ve azmettireni) olarak sorumlu tutulacaktır<sup>425</sup>. Bu gibi durumlarda, A’ya verilecek ceza dayanağını TCK m. 38-39 hükümlerinden alacağından, C ve E tarafından “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir tipik fiilin varlığına ihtiyaç duyulacaktır. (TCK m. 40/1 ve 3)

### III. DOLAYLI FAİLLİĞİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Kişinin bir suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulabilmesi için iradesi üzerinde bilerek ve isteyerek hâkimiyet kurduğu bir kimsenin davranışlarını kastettiği suça vasıta kılması gerekmektedir. İrade hâkimiyetinin tesisinde, esas itibarıyla, cebirden, ön plândaki şahsın kusur yeteneğinin yokluğundan yahut hatasından yararlanılıyorsa da, uygulamada dolaylı failliğin üzerinde durulması gereken bazı özelleşmiş görünüm şekilleriyle karşılaşılabilmekte<sup>426</sup>; örneğin, ön plândaki şahsın suça vasıta kılınan davranışları hukuka uygun, kasıtsız ve herhangi bir kanunî tanıma uygun

---

*yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Bu konuda kanunda açık hüküm olmaması bir eksikliktir. Her ne kadar TCK m. 37/f. 2’de ‘Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.’ denmişse de, iştirakçileri fail, azmettiren ve yardım edenler biçiminde sınıflandıran ve TCK m. 37/f. 1’de ‘Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.’ diyen TCK’nin sadece tipik davranışları yönlendiren kişiyi dolaylı fail olarak kabul ettiği sonucu çıkarılabilir. Oysa yukarıda ele alındığı gibi, iştirakçilerden herhangi birini yönlendiren ve onun davranışlarını denetleyen kişi, bu davranışlar hangi iştirak biçimine vücut veriyorsa o şekilde sorumlu olmalıdır. Ancak TCK’nin kabul ettiği sistem nedeniyle bu konuda tartışmaya yer verilmemesi için açık hükme yer verilmesi isabetli olurdu.”*

<sup>425</sup> Aynı yönde bkz. Eryıldız, “Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (ALM. CK m. 26)”, s. 42: “... suça iştirak edenin azmettirme hareketlerini gerçekleştirmek üzere, bir başkasını araç olarak kullanması hâlinde ... ‘dolaylı faillik suretiyle azmettirme’ (=die Anstiftung durch mittelbare Täterschaft) söz konusu olacaktır.”

<sup>426</sup> Önok, s. 252.

düşmeyen davranışlar olabileceği gibi, “iştirake elverişli” davranışlar da olabilmektedir. İleride örnekleriyle izah edileceği üzere, dolaylı faillik ilişkilerinde ön plândaki şahsın “fail” sıfatını taşıması ve fiilinden ötürü cezalandırılması, bazı durumlarda, mümkün gözükmemektedir.

Aşağıda dolaylı failliğin farklı görünüm şekilleri irdelenecek ve çeşitli “fail arkasındaki dolaylı faillik” olasılıkları değerlendirilecektir.

### A. İradeye Cebren Hâkimiyet Yoluyla Dolaylı Faillik

Cebir, bir kimsenin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmada en etkili araçlardan biridir. Bu nedenle, iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik, kimi yazarlarca “dolaylı failliğin en tartışmasız<sup>427</sup>, en tipik<sup>428</sup> ve en klâsik<sup>429</sup> görünüm şekli” olarak nitelenmiştir. Ancak, her ne kadar son iki niteleme kabul edilebilir ise de, doktrinde ileri sürülen görüşler incelendiğinde, “en tartışmasız” nitelemesinin gerçekçi bir niteleme olmadığı; gerek cebirin türleri ve irade üzerindeki etkileri gerekse dolaylı faillik için aranacak cebir yoğunluğu bakımından öğretide önemli tartışmaların yaşandığı görülmektedir.

#### 1. “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden” Olarak Cebir

TCK m. 28 uyarınca “*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.*” Buna paralel CMK m. 223/3-b hükmüne göre de, “*Sanık hakkında ... yüklenen suçun ... cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi ... hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*”

<sup>427</sup> Bernd Schünemann, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch-Grosskommentar**, 1. Band, Berlin: De Gruyter, 2007, § 25, kn. 69’dan aktaran Canpolat, s. 233.

<sup>428</sup> Arndt Sinn, **Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts**, Baden- Baden: Nomos, 2000, s. 111’den aktaran Canpolat, s. 233.

<sup>429</sup> Günter Heine / Bettina Weisser, “StGB §25”, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, München: C. H. Beck 2014, § 25, kn. 8’den aktaran Canpolat, s. 233.

Genel ve tamamlayıcı birer suç tipi (TCK m. 106 ve 108) olan ve pek çok suç tipinin kurucu unsurunu<sup>430</sup> yahut ağırlaştırıcı nedenini<sup>431</sup> oluşturan “cebir” ve “tehdit” fiillerine, TCK’nin toplam yirmi yedi farklı hükmünde, bir arada, “*cebir veya tehdit*” şeklinde verilmiştir. Oysa, sözlük<sup>432</sup> tanımı ile “zor, zorlayış, zorlama işi” anlamına gelen cebir kavramı, kısaca “muhatapın (cebre maruz kalan kişinin) iradesinin zorlanması”nı ifade etmekte; irade üzerindeki zorlamanın “manevî bir zorlama” şeklinde ortaya çıkmasına ise hiçbir engel bulunmamaktadır<sup>433</sup>. Bu nedenle, biz, “cebir” kavramını maddî cebre indirgeyen TCK terminolojisini reddederek bu kavramı “maddî cebir (şiddet/violence)” ile “manevî cebri (tehdidi/menace)” kapsayan bir üst kavram olarak ele alıyor<sup>434,435</sup>; “cebir”den söz edilen TCK m. 28 hükmünde, ayrıca “şiddet<sup>436</sup>”, “tehdit” ve “korkutma<sup>437</sup>” ibarelerine yer verilmesini gereksiz görüyoruz<sup>438, 439</sup>.

<sup>430</sup> Örneğin bkz. **TCK md. 265/1**: *Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

<sup>431</sup> Örneğin bkz. **TCK md. 103/4**: *Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ... gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

<sup>432</sup> Türk Dil Kurumu - Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>)

<sup>433</sup> Faruk Erem, “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 16, Sayı: 61-62, Ankara, Ocak 1990, s. 94; Özgün Özyüksel, **İntihara Yönlendirme (TCK md. 84)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 120.

<sup>434</sup> Aynı yönde bkz. Erem, “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, s. 94; Hafızoğulları/Özen, **Genel Hükümler** s. 292 vd.; Özgür Küçüktaşdemir, **Türk Ceza Hukukunda Maddî ve Manevî Cebir**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2012, s. 51; Toroslu/Toroslu, ss. 249-251; Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 70. “Fizikî cebir-psikolojik cebir” şeklindeki alternatif isimlendirme için bkz. Soyaslan, **Genel Hükümler**, ss. 457-460.

<sup>435</sup> Cebri “şiddet”ten ibaret kabul edip tehdidi “cebir” kavramının dışında ele alan görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, ss. 681-683; İçel, ss. 426-427; Hakeri, **Genel Hükümler**, ss. 424-425; Koca/Üzülmüş, s. 289; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 402; Öztürk/Erdem, ss. 288-290, kn. 514-517.

<sup>436</sup> Özyüksel, s. 120: “... ‘maddî cebir’ ... TCK terminolojisinde -kanaatimizce yanlış bir şekilde- salt ‘cebir’ kavramı ile ifade edilmektedir. ... bu terminoloji karmaşası, esasen 28’inci maddenin ve yasanın bütününe hâkim görünmektedir. Mezkûr hükmün kenar başlığında ve tek fıkralık metninde ‘cebir ve şiddet’ şeklinde bir kalıp kullanmayı tercih eden yasa koyucu, bu ifadeye altı farklı kanunî tanımda (m. 102, 103, 109, 309, 311, 312) daha yer vermiş; ... 80’inci madde hükmünde ise, bunun yerine ‘cebir veya şiddet’ kalıbını kullanma yoluna gitmiştir. Öte yandan, tutarsızlık bununla da sınırlı kalmamış; pek çok farklı suç tipinde, ‘unsur’ yahut ‘ağırlaştırıcı neden’ olarak ‘cebir’ hareketine yer verilirken, ‘şiddet’ten hiç söz edilmemiştir. Bu noktada ‘cebir’den bağımsız bir ‘şiddet’, yahut ‘şiddet’ten bağımsız bir ‘cebir’den söz etmenin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce, yasa koyucunun ‘maddî cebir’ anlamına gelecek şekilde kullanılan ‘cebir’ kelimesinin yanında ayrıca ‘şiddet’ ifadesine yer vermekteki maksadı, bu kavramın anlamını pekiştirmekten ibaret olup ‘maddî cebir’ ve ‘şiddet’ kavramlarının özdeş (eş anlamlı) kavramlar olduğunu söylemek mümkündür. Buna göre, ‘cebir ve şiddet’ yahut ‘cebir veya şiddet’ kalıpları da, bu hâliyle, bir tür ‘anlatım bozukluğu’ teşkil etmektedir.” Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 423; Küçüktaşdemir, ss. 49-51; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 402; Öztürk/Erdem, s. 288, kn. 514.

“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı zorlayıcı maddî cebrin yahut muhakkak ve ağır bir manevî cebrin etkisiyle (cebre dayalı zorunluluk hâli içerisinde<sup>440</sup>)” suç işleyen kimseye ceza verilmemesi, öğretide farklı gerekçelerle açıklanmaya çalışılmıştır. Cebri “maddî cebir”den ve maddî cebri de “vis absoluta”dan ibaret kabul eden ilk görüşe göre, cebir iradeyi ve hareket yeteneğini ortadan kaldırmakta, cebre başvuran kişinin elinde alelade bir nesneye dönüşen şahsın davranışları hukukî anlamda “davranış” sayılmadığından “cebre maruz kalan şahsın fiili”nden de artık söz edilememektedir<sup>441,442</sup>. Bir başka deyişle, iradesi

<sup>437</sup> Küçüktaşdemir, ss. 53-54: “... kanımızca korkutma tehditten ayrı olmayıp onun bir ortaya çıkış biçimidir. (...) ceza sorumluluğunu kaldıran tehditle korkutma birbirinden ayrılamaz iki kavramdır. Her tehdit korkutucudur ve korkutmak maksadıyla yapılır. Sonucunda kişi korkutulmak suretiyle zorlanır. Kanunun 28. maddede fazladan korkutma kavramını kullandığı söylenebilir.”

<sup>438</sup> Aynı yönde bkz. Öztürk/Erdem, s. 288, kn. 514; Recep Gülşen, **Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2007, s. 219 vd.

<sup>439</sup> Tehdidi cebirden ayrı ele almakla birlikte, hükümde “şiddet” ve “korkutma” kavramlarına yer verilmesini gereksiz bulan görüş için bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 423: “... kanunumuz cebir ve şiddet terimlerini aynı anlamda kullanmıştır. Keza, korkutma da esasen tehditten farklı değildir; zira kötülüğün o an yapılacak olması şeklinde anlaşılabilir.” Aynı yönde bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 402: “Her ne kadar madde metninde ‘cebir ve şiddet veya ... korkutma veya tehdit’ ibareleri kullanılmış ise de, bu madde bağlamında sadece cebir ve tehdit kavramlarına ilişkin açıklamada bulunulacaktır. Zira, şiddet, cebir kavramıyla eş anlamlıdır. ‘İkrah’ karşılığında ‘korkutma’ ibaresine madde metninde ayrıca yer verilmesini doğru bulmamaktayız. Çünkü korkutma olgusu, tehdidin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.”

<sup>440</sup> Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 38: “Cebir veya tehdide dayalı zorunluluk durumu (Nötigungsnotstand) doktrinde kısaca, bir kişinin başka bir kimseyi zarar verme tehdidiyle bir suç işlemeye zorlaması olarak tanımlanmaktadır.”

<sup>441</sup> İtalyan ceza hukuku doktrininde bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Antonio Pagliaro, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, 6. Ediz, Milano: Giuffrè Editore, 1998, s. 379; Antonio Pecore-Albani, **Il Concetto Di Violenza Nel Diritto Penale**, Milano, 1962, s. 69; Carrara, s. 263; Enrico Altavilla, “Costringimento Fisico e Psicico”, **Novissimo Digesto Italiano**, Vol. IV, Torino, 1959, s. 388; Giacomo Delitala, **Il “Fatto” Nella Teoria Generale Del Reato**, Padova, 1930, s. 144; Mario Romano, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Vol. 1, Milano: Giuffrè Editore, 1987, s. 414; Ugo Di Benedetto, **Diritto Penale, Giurisprudenza e Casi Pratici, Parte Generale, Parte Speciale**, Maggioli, 1998, s. 374; Vincenzo Nico d’Ascola, “Costringimento Fisico”, **Enciclopedia Giuridica**, Vol. X, Roma, 1988, s. 4’ten aktaran Gülşen, s. 135.

<sup>442</sup> Türk ceza hukuku öğretisinde bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 292; Mahmutoğlu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 69; Toroslu/Toroslu, ss. 249-251. Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, ss. 682-683: “... tehditte kişinin iradesi tamamen ortadan kalkmamış, zorlanmış, ifsat edilmiştir. (...) Hâlbuki cebirde kişinin başka türlü hareket edebilme imkânı, yani iradesi bütünüyle ortadan kalkmıştır.” Yine bu yönde bkz. Küçüktaşdemir, ss. 55-56: “Şiddetin her zaman maddî cebir, maddî cebrin ise ‘vis absoluta’ olarak düşünülmesi gerektiğini düşünüyoruz. (...) bir kişinin eziyet edilerek, işkence edilerek, aç bırakılarak, dövülerek zorlanması fiziki vasıtalar kullanılarak manevî cebirde bulunulmasıdır. Manevî cebirde kişi üzerinde nispi bir kuvvet ‘vis compulsiva’ uygulanmaktadır.” TCK m. 28’in yalnızca “vis absoluta”yı düzenlediği yolundaki görüş için bkz. Küçüktaşdemir, s. 61, 69, 70: “Cebir altındaki kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesini düzenleyen CMK’nın 223. maddesi göz önüne alındığında, kanun koyucunun maddî cebri, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak tasarladığı görülebilir. (...) Maddî cebir durumunda mutlak kuvveti uygulayan bir insandır ve kuvvet uyguladığı kişinin iradesini bütünüyle ortadan kaldırarak onu kendi aracı haline getirmektedir. Kısacası, aslında hareket faile ait olmamakta cebir uygulayana ait olmaktadır. Zaten 28. madde de sadece maddî cebri

ortadan kaldırılan şahsın bedensel eylemi veya eylemsizliği “hareket” yahut “ihmâl” olarak kendisine izafe edilememekte, hukukî anlamda “cebre başvuran kişinin davranışı (hareketi veya ihmâli)” olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan, esasen, cebir hâlinde de bir “davranış” mevcuttur; fakat bu davranış, cebre (bu düşünceye göre “mutlak maddî cebre”) maruz kalan şahsa değil, cebre başvurduğu için suçun doğrudan faili kabul edilen kişiye aittir<sup>443</sup>. Ne var ki, biz, cebri “maddî cebir (şiddet)” ve “manevî cebir (tehdit)” şeklinde ikili bir ayrıma tâbî tuttuğumuzdan, bu görüşe katılmıyor; manevî cebir gibi, “*vis absoluta*” boyutuna ulaşmayan şiddetin (zorlayıcı maddî cebrin) de iradeyi ortadan kaldırmayacağını düşünüyoruz.

Buna karşılık, bir kısım yazara göre, cebir “maddî” veya “manevî” şekilde ortaya çıkabilmekte ve fakat muhatabının iradesini değil, kusurluluğunu bertaraf etmektedir<sup>444</sup>. Zira, mutlak maddî cebre maruz kalmış olsa dahi, kişi, iradesine sahip olup yalnızca bu iradeyi dışavurmak imkânından yoksun bırakılmaktadır<sup>445</sup>. Nitekim, kusur yeteneğini “kusurluluğun ön şartı<sup>446</sup>” kabul eden bir kısım yazara göre, cebrin kusurluluğu kaldırmasının sebebi de kusur yeteneğini bertaraf etmesidir<sup>447</sup>. Bu çerçevede, nöbetçinin nöbet yerinden uzaklaştırılıp bağlanması veya tren makasçısının dövülüp baygın hâle getirilmesi sonucunda makası açmasına engel

---

*uygulayanı işlenen fiilden dolayı sorumlu tutmuştur. Bu durumda maddi cebrin kusurluluğu değil, hareketi, dolayısıyla fiili kaldırdığı söylenebilir.”*

<sup>443</sup> Gaetano Contento, **Corso Diritto Penale**, 2. Edizione, Roma-Bari, 1996, s. 48’den aktaran Gülşen, s. 136: “Bu nedenle, cebri öngören İtalyan Ceza Kanunu’nun 46. maddesinin bir gerçekliği ifade etmediği için gereksiz olduğu; zira, bu takdirde bir hareket söz konusu olmaması dolayısıyla bu maddedeki ‘fiili işleyen’ ibaresinin hatalı olduğu da ifade edilmiştir.”) Toroslu/Toroslu, ss. 326-327: “Dolayısıyla faillikten maksat, isnat edilebilir olmadığı, bağımsızlığa sahip bulunduğu ve kasıtlı veya taksirli olmadığı için cezalandırılmayan bir insanı bir suçun işlenmesinde maddî araç olarak kullanan kişidir. (...) karşı konulamaz fizikî bir güce (şiddete) başvurarak birisine suç işleten kişi, tek başına, işlenen suçun doğrudan failidir. Zira burada suçu oluşturan fiili gerçekleştirmeye zorlanan kişi kendi iradesiyle hareket etmemekte, zorlayan tarafından hareket ettirilmekte, dolayısıyla zorlanan zorlayan tarafından suç fiilini gerçekleştirmekte kullanılan bir araca dönüşmektedir.”

<sup>444</sup> Giulio Battaglini, **Diritto Penale, Parte Generale**, 2. Edizione, Bologna: Nicola Zanichelli, 1940, s. 191; Riccio, s. 103’ten aktaran Gülşen, s. 137.

<sup>445</sup> Pisapia, **Violenza, Minaccia e Inganno**, s. 36, 38-40’tan aktaran Gülşen, s. 136.

<sup>446</sup> Kusur yeteneğini “kusurluluğun ön şartı” kabul eden görüş için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 171-180. Kusur yeteneğini “kusurluluğun unsuru” kabul eden görüş için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 180-186. Kusur yeteneği ile kusurluluğu birbirinden bağımsız iki kurum kabul eden görüş için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 186-197.

<sup>447</sup> Cebrin kusur yeteneğini ve dolayısıyla kusurluluğu kaldırdığı yolundaki görüş için bkz. Florian, s. 503’ten aktaran Gülşen, s. 137. Cebrin kusur yeteneğini kaldırmadığını savunan aksi görüş için bkz. Pisapia, **Violenza, Minaccia e Inganno**, ss. 35-36’dan naklen Gülşen, s. 138: “... cebir suretiyle fiziki zorlama halinde anlama ve isteme yeteneği ortadan kalkmamaktadır. Bu itibarla örneğin, kötü kişiler tarafından tutulduğu için yükümlü olduğu hareketi yerine getiremeyen veya cebir etkisiyle hakaret edici mektup yazan kişinin isnat yeteneğinin olmadığından bahsedilemez.”

olunması, eline tabanca tutuşturularak bir kişiye tetik çektilmesi hâllerinde, cebre maruz kalan şahsın eylemi “iradî”, fakat “kusursuz”dur. Oysa, bize göre, iradilik davranışa, yani tipikliğin maddî unsuruna ilişkin olup hukukî anlamda davranışın özü “iradenin dışavurumu”ndan başka bir şey değildir<sup>448</sup>. İradenin bulunmadığı hâllerde, “davranış”tan, “fiil”den ve “suç”tan söz etmeye ise olanak yoktur<sup>449</sup>. Bu çerçevede, örneğin bayıltılan bir tren makasçısının iradesinin geçici olarak ortadan kalkacağı, makası değiştirmesi gerektiği hâlde yerde yatmasının “ihmâlî davranış” kabul edilemeyeceği, TCK m. 83’teki haksızlığın faili sayılamayacağı ve var olmayan bir haksızlığa ilişkin olarak hakkında kusurluluk incelemesi yapılamayacağı açıktır.

Bir başka görüşe göre ise, cebre dayalı zorunluluk hâli (*Nötigungsnotstand*), cebrin yöneldiği hukukî değerihlâl edilen hukukî değerden üstün olduğu durumlarda “hukuka uygunluk nedeni”, diğer durumlarda “kusurluluğu kaldıran neden” teşkil etmektedir<sup>450,451</sup>.

Nihayet, bizim de katıldığımız dördüncü bir görüşe göre ise, cebrin “*vis absoluta* (mutlak maddî cebir)” ve “*vis compulsiva* (zorlayıcı maddî cebir ve manevî cebir)” şeklinde ikili bir ayrıma tâbî tutulması zorunlu olup “mutlak maddî cebir” her hâlde iradeyi ortadan kaldırırken, “zorlayıcı maddî cebir ile manevî cebir” somut

<sup>448</sup> Biagio Petrocelli, **Principi di Diritto Penale**, Vol.1, Napoli: Jovene Editore, 1955, s. 252’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 203.

<sup>449</sup> Petrocelli, s. 252’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 204.

<sup>450</sup> Brigitte KELKER, **Der Nötigungsnotstand**, Berlin, 1993, ss. 20-24’ten aktaran Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 40. Hirsch, Krey ve Roxin’in bu konudaki görüşlerinin özeti için bkz. Kangal, **Zorunluluk Durumu**, ss. 45-47.

<sup>451</sup> Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 42: “Bu görüşten yana tavır alan yazarlar, hukuka uygunluğun koşulu olan, kurtarılan hukuksal bir yararın ihlâl edilen hukuksal bir yarardan önemli ölçüde üstün olması kuralından hareket etmektedirler. (...) hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun dayandığı esas olan toplumsal dayanışma yükümlülüğü, cebir veya tehdide başvuran arka plândaki kişinin gerçekleştirmekle tehdit ettiği ağır bir tehlikeye maruz kalan kişi lehine de söz konusu olabilir. Kurtarma fiilinin mağdurunun dolaylı failin tehdidinden araç kişiyi kurtarmak için hukuksal bir değerini feda etmek şeklindeki dayanışma yükümlülüğü genel yardım yükümlülüğünden (ACK § 323c, TCK md. 98) ya da bir garantörlükten ileri gelebilir. (...) cebir veya tehdide maruz kalan kişinin dolaylı faile karşı meşru savunma ya da savunma zorunluluğu durumu olanağı mevcut olduğu takdirde, masum üçüncü kişinin hukuksal değerlerine müdahale edilmek suretiyle çatışmanın çözülmesinin hukuka uygunluğu ortadan kalkar; çünkü tehlikenin başka türlü savuşturulma olanağı vardır.” Kangal, **Zorunluluk Durumu**, ss. 54-55: “Kanaatimizce, cebir veya tehdide dayalı zorunluluk durumu, zorunluluk durumunun bir alt olayıdır ve ... yararlar karşılaştırması yapılarak, somut olaya göre hukuka uygunluk nedeni ya da mazeret nedeni olarak ele alınabilir. Böylece tehlikenin kaynağına göre zorunluluk durumları bakımından ayırım yapılamaz. Tehlike bir tabiat olayından kaynaklanabileceği gibi, bir insanın hukuka aykırı bir davranışından da ileri gelebilir.”

olaya göre kusurluluğu ya azaltmakta ya da tümüyle bertaraf etmektedir<sup>452</sup>. Zira, öncelikle, mutlak maddî cebre maruz kalan şahsın cebreden kişinin bir uzvuna dönüştüğü ve iradesini yitirdiği açıktır<sup>453</sup>. Kusurluluğu kaldıran cebre gelince; tipikliğin maddî ve manevî unsurları ile hukuka aykırılığın tespitinden sonra (üçüncü aşamada) incelenen kusur, kabul ettiğimiz anlayışa göre, “failin, hukuka uygun davranma olanağı varken hukuka karşı gelmesi (haksızlığı seçmesi) nedeniyle hakkında verilen kınama yargısı”nı ifade etmekte ve haksızlığın birer gerçekleştirilme biçimi olan kasıt ile taksirden ayrılmaktadır<sup>454</sup>. “Karşı koyulamaz” zorlayıcı maddî cebre veya “muhakkak ve ağır” manevî cebre maruz kalan şahısta “zorlanmış da olsa” bir irade mevcut<sup>455</sup> olup şahıs işlemeye zorlandığı eylemi “gönülsüzce”, fakat yine de “kendi hareketine ve fiile hâkim şekilde”, “kasten<sup>456</sup>” işlemektedir<sup>457</sup>. Başka bir deyişle, şahıs, “*vis compulsiva*” niteliğindeki cebrin etkisi altında bir karar vermekte ve iradesini haksızlığa yönelterek hukuka aykırı davranmayı seçmektedir. Ne var ki, yasa koyucu, kişiden her hâlde hukuka uygun davranmasını beklememekte; hukuka uygun davranmanın “nesnel (objektif) olarak mümkün, fakat öznel (sübjektif) olarak olasılık dışı (*possible, but not probable*)” olduğu hâllerde, “beklenemezlik (istenemezlik) ilkesi<sup>458</sup>” uyarınca, haksızlığı “kusursuz haksızlık” kabul ederek faili mazur görmekte ve cezasız bırakmaktadır. Bu

<sup>452</sup> Gülşen, ss. 138-140. Ayrıca bkz. Erem, “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, s. 95: “*Kesin cebir iradeyi tümünden yok eder, görelî cebir seçim olanağını kaldırır.*”

<sup>453</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66; Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 53; Özen, **Genel Hükümler**, s. 634; Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 215: “*Zora karşı koymadığı ve zordan kaçamadığı için zorlanan, zorlayanın bir tür ‘longa manus’u, yani uzanmış eli, aleti haline gelir ve sorumluluk doğrudan zorlayana ait olur.*” Ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, 1989, § 16, kn. 20’den naklen Gülşen, s. 138: “*Bu gibi hallerde zorlanan kişinin ‘pasif hareketleri’nden söz edilebilir.*”

<sup>454</sup> Koca/Üzülmez, ss. 269-271.

<sup>455</sup> Aynı yönde bkz. Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 53.

<sup>456</sup> Aksi görüş için bkz. Silvio Ranieri, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, Vol. 1, Padova: CEDAM, 1968, s. 316, 344’ten aktaran Gülşen, s. 139.

<sup>457</sup> Baumann/Weber, s. 190; Mezger, **Ein Studienbuch**, s. 66; Welzel, s. 181’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 192.

<sup>458</sup> “Beklenemezlik-istenemezlik (*l’inesigibilita, Nichtzumutbarkeit*)” ilkesi hakkında bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, ss. 300-303: “*(...) Ceza hukukunda istenemezlik ilkesi, Alman doktrininde, kusurluluğun normcu anlayışıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten, failden içinde hareket ettiği koşullarda yapmış olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri/insani olarak istenmesinin mümkün olup olmadığı konusunun tartışılması, istenemezlik ilkesinin kaynağı olmuştur. (...) Bunun bir sonucu olarak, ötekiler yanında, iradenin oluşum sürecini bozan, hukuka uygun bir davranışta bulunulmasının istenebilir olmamasını (non exigibile) doğuran istisnai belli dış koşulların bulunması halinde, kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilmektedir. (...) istenemezlik hali, kusurluluğu kaldıran genel bir nedendir. (...) istenemezlik ilkesi, geçerli bir kriterle dayanmadığı, dolayısıyla hukukta güvenilirliği zedelediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak, Kanunun ... 28. maddesi ... karşısında eleştirinin yerinde olmadığını düşünüyoruz.*”

itibarla, kusurun tanımındaki “hukuka uygun davranma olanağı” ifadesinin somut koşullar çerçevesinde “özel” olarak değerlendirilmesi zorunludur<sup>459</sup>. Zira, aksi takdirde, işlemeye zorlandığı suçu (örneğin mala zarar verme suçunu) işlememesi durumunda çocuğunun öldürüleceğini bilen baba, “çocuğunun ölümü pahasına” suç işlemekten kaçınma olanağına nesnel olarak sahip olduğundan, bu suçu işlediğinde kusursuz sayılamayacak ve işlediği haksızlık sebebiyle kınanarak cezalandırılacaktır ki bunun kabulü olanaksızdır.

Bu çerçevede, fikrimizce, karşı koyulması ve kurtulunması nesnel olarak imkânsız olan ve bu yönüyle iradeyi ortadan kaldıran “*vis absoluta*”nın TCK m. 28 kapsamı dışında değerlendirilip “iradeyi ve fiili ortadan kaldıran bir neden” kabul edilmesi<sup>460,461</sup>; diğer yandan, TCK m. 28’de sözü edilen (kusurluluğu kaldıran) *karşı koyulamayacak veya kurtulunamayacak maddî cebir* “somut koşullarda, karşı koyulması veya kurtulunması özel olarak beklenemeyecek-istenemeyecek nitelikte maddî cebir”, *muhakkak ve ağır manevî cebir* “somut koşullarda katlanılması/göğüs gerilmesi özel olarak beklenemeyecek-istenemeyecek nitelikte manevî cebir” şeklinde anlaşılıp beklenemezliğin tespitinde zorunluluk hâline (TCK m. 25/2) ilişkin şartların dikkate alınması gerekmektedir.

Son olarak, “cebir” ile “mücbir sebep” birbirinden farklı kavramlar olup aralarındaki temel fark, ilkinin insandan, ikincisininse doğadan kaynaklanmasıdır<sup>462</sup>. Her ne kadar mücbir sebep “karşı koyulamazlığın mutlaklığı” yönünden mutlak maddî cebre benzese de<sup>463</sup>, mücbir sebebin söz konusu olduğu hâllerde -kural olarak- doğrudan faillikten söz edilemez. Gerçekten, örneğin, kuvvetli bir fırtınaya kapılarak

<sup>459</sup> Aynı yönde bkz. Şohoğlu, s. 98.

<sup>460</sup> Aynı yönde bkz. Demirbaş, s. 445; Gülşen, ss. 138-140; Koca/Üzülmez, s. 290; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 191; Zafer, s. 346. Yine bu yönde bkz. Öztürk/Erdem, s. 288, kn. 514: “*Vis absoluta*, irade üzerinde mutlak bir zorlamayı ifade eder. Buna karşılık *vis compulsivada*, karşı koyma olanağını önemli ölçüde güçleştiren zorlama söz konusudur.”

<sup>461</sup> “*Vis absoluta*”yı tümüyle “cebir” kavramı dışında değerlendiren ayrıksı görüş için bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 342: “*Cebir, kişi üzerinde doğrudan doğruya gerçekleştirilen etki ile ona suç işletilmesidir. Ancak, ... kişinin üzerinde gerçekleştirilen bu etki ile bir suçu işlemesi ve işletilmesi cebir kavramına girmez. Meselâ, eline zorla silâh verilen ve yine zorla parmağı tetiğe sokulan ve bastırılan parmağın tetiği düşürmesi ve bir kişinin öldürülmesi halinde, belirtilen anlamda cebirden söz edilemez.*” Yazara göre (s. 343), “*vis compulsiva*” ve “*manevî cebir*” -“*vis absoluta*”nın aksine- iradeyi ortadan kaldırmamakta, yalnızca zorlamaktadır.

<sup>462</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 682; Demirbaş, s. 443; Gülşen, s. 122, 214-215.

<sup>463</sup> Tullio Padovani, **Le Fonti Del Diritto Penale, Codice Penale**, Milano: Giuffrè Editore, 1997, s. 227’den aktaran Gülşen, s. 214.



bir mağazanın vitrin camına savrulan kişinin iradesinden ve fiilinden söz edilemeyeceği gibi, fırtınanın müsebbibi bir insan olmadığı için, herhangi bir kimseyi “mala zarar verme suçunun doğrudan faili” kabul etmek de mümkün değildir. Bununla birlikte, kuvvetli fırtınanın varlığından haberdar olan ve sokağa çıkması hâlinde birilerine zarar verme olasılığını öngörüp göze alan kişi, “*actio libera in causa* (sebebinde serbest hareket)” kuramı uyarınca, “olası kasıtlı mala zarar verme suçunun doğrudan faili” kabul edilebilecektir. Aynı şekilde, fırtına ve yağış dolayısıyla pistin inişe elverişli olmadığını bilen, uçağın indirilmesi durumunda kaçınılmaz bir kazanın yaşanacağını öngören ve bu kazanın gerçekleşmesini isteyen kule görevlisinin “pistin inişe elverişli olduğunu” söyleyerek pilotları inişe sevk etmesi hâlinde, pilotlar gerçekleşen yaralanma ve ölüm neticelerinden “mücbir sebep” dolayısıyla sorumlu tutulamayacak, kule görevlisi yönünden ise “hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan, *überlegene Wissen*<sup>464</sup>) dolaylı faillik” durumu söz konusu olacaktır.

## 2. “İradeye Hâkimiyet Aracı” Olarak Cebir

Muhatabını iradeden yoksun kılarak alelade bir nesneye dönüştüren ve cebredeni doğrudan fail statüsüne sokan “*vis absoluta* (mutlak maddî cebir)” hariç olmak üzere, cebir, cebre başvuran kişiyi “cebre maruz kalan şahsın iradesi üzerinde hâkim” kılmaya elverişli araçlardan biri olup iradesine cebren hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını kastettiği suça vasıta kılan kişi “işlenen suçun dolaylı faili” olarak cezalandırılmaktadır<sup>465</sup>.

Zorlayıcı maddî cebir ile manevî cebrin “kusurluluğu kaldıran birer neden” olarak TCK m. 28/1, c. 1’de düzenlenmesi isabetli ise de, aynı hükmün “*Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*” şeklindeki ikinci cümlesi, kanımızca, kafa karışıklığı yaratan, gereksiz bir hükümdür. Anılan hüküm (TCK m. 28/1, c. 2) gereksizdir; zira, iradesine cebren hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını suça vasıta kılan bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, TCK m. 37/2, c. 1 hükmü gibi, böyle bir hükme de, aynı gerekçelerle, ihtiyaç

<sup>464</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 69.

<sup>465</sup> Karşı konulamaz maddî cebre başvurarak birisine suç işleyen kişiyi her hâlde “doğrudan fail” kabul eden görüş için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 327.

bulunmamaktadır. Diğer yandan, cümlede yer alan “*Bu gibi hâllerde*” ibaresi de, cebre dayalı dolaylı failliğin yalnızca “karşı koyulamayacak ve katlanılamayacak bir maddî cebrin veya göğüs gerilmesi beklenemeyecek ölçüde ağır ve muhakkak bir manevî cebrin söz konusu olduğu hâller”de mümkün olduğunu düşündürmesi<sup>466</sup> bakımından yanıltıcıdır. Zira, cebre başvuran kişinin “işlenen haksızlığın dolaylı faili” kabul edilebilmesi için “cebre maruz kalan şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurması” yeterli olup cebrin ayrıca ön plândaki doğrudan failin kusurluluğunu kaldırması zorunlu değildir<sup>467</sup>.

“*Vis compulsiva*”ya maruz kalan şahsın hareketi veya ihmâli, “TCK m. 28’deki şartlar sağlansın veya sağlanmasın”, hukukî anlamda “tipe uygun bir fiil” olup “hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunda” haksızlığa vücut vermekte ve şahıs işlenen suçun doğrudan faili sayılmaktadır<sup>468</sup>. Ne var ki, TCK m. 28’deki şartları sağlayan cebrin irade üzerindeki zorlayıcı etkisi, cebre maruz kalan şahsın kusurluluğunu kaldırmakta; böylelikle, işlenen haksızlık “kusursuz” bir haksızlığa dönüşmektedir<sup>469</sup>. Buna karşılık, cebrin, cebre başvuran kişiyi “ön plândaki şahsın iradesi -ve dolayısıyla fiili- üzerinde hâkim” kılmakla birlikte, TCK m. 28’deki şartları sağlamaması hâlinde, ön plândaki şahsın kusurluluğu yalnızca azalmakta; cebre maruz kalan şahıs “kusurlu haksızlığın doğrudan faili” olarak cezalandırılırken,

<sup>466</sup> Böyle düşünen yazarlar için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85; Sinar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64. Yine bu yönde bkz. Gallas, s. 99, 100, 141; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 156-158; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 13; Jakobs, s. 21, 63’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196.

<sup>467</sup> Aynı yönde bkz. Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: C. H. Beck, 2013, ss. 27-29’dan aktaran Canpolat, ss. 243-244: “Zorlayıcı cebir durumunda, cebir failinin, işlenen suçtan dolaylı faillik esaslarına göre sorumlu tutulmasını, mağdurun, işlenen suç nedeniyle mazur görülmesine bağlayan sorumluluk prensibi, özellikle zorunluluk halini düzenleyen StGB §35 lafzı dikkate alınarak eleştirilmiştir. Buna göre maddede, tehlike dolayısıyla iradesi zorlanan bir kimsenin işlediği davranışın suç oluşturmada mazur görüleceği kabul edilmiştir. Ancak zorunluluğun cebir ve tehdide dayalı zorlamadan kaynaklanmakla birlikte, cebir altında suç işleyen kimsenin kusurlu kabul edilip cezalandırıldığı (mazur görülmediği) durumlarda, dolaylı failliğin uygulama alanı bulamayacağına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Diğer bir deyişle, zorunluluk halinin gerçekleşmesinin dolaylı failliğin bir şartı olarak değerlendirileceğine ilişkin maddede bir açıklık yoktur. Bu çerçevede, kastı kaldıran ancak taksirli sorumluluğun saklı tutulduğu unsur yanlışlığına olduğu gibi, zorlayıcı cebirde uygulanan zorlamanın mazeret nedeni oluşturmadığı, ancak suç teşkil eden davranışın zorlama etkisiyle gerçekleştiği durumlarda dolaylı faillik esasının reddedilmesinin, yasal veya hukuki bir gerekçesi yoktur.” Aksi görüş için bkz. Canpolat, s. 245.

<sup>468</sup> Aynı yönde bkz. Canpolat, s. 233; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 78; Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 47. Yine bu yönde bkz. Wessels/Beulke, 2005, kn. 443’ten aktaran Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 39.

<sup>469</sup> Aynı yönde bkz. Gallas, s. 98, 140, 141; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 132 vd.’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 193.

cebreden kişi aynı suçun dolaylı faili hâline gelmektedir<sup>470</sup>. Bu itibarla, iradeye cebren hâkimiyetin söz konusu olduğu her durumda “doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik”ten bahsedilecektir<sup>471</sup>.

“İradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik”ten söz edilebilmesi için dolaylı failin zorlayıcı maddî veya manevî cebri bizzat uygulamasının gerekli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır<sup>472</sup>. Bize göre, öncelikle, birden çok kişinin cebre maruz kalan şahsın fiili üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğu hâllerde, şiddet veya tehdit mahiyetindeki eylemi bizzat gerçekleştirmeyen kişi de “iradeye hâkimiyet” şartıyla “dolaylı fail” olabilir. Örneğin, telefonda önce A’nın “*Elimdeki bıçak çocuğunun boğazında... Çocuğunun yaşamasını istiyor musun?!*” şeklindeki tehditkâr sorusuna ve ardından B’nin “*D’ye rahmindeki ceninin cansız olduğunu söyleyip D’nin rahmini tahliye edeceksin!*” şeklindeki talimatına muhatap kalan uzman doktor C’nin D’nin ceninini düşürttüğü olayda, B, C’ye bizzat cebir uygulamamakla birlikte, suçun icrası üzerinde kendisiyle birlikte fonksiyonel hâkimiyet kuran A’nın tatbik ettiği manevî cebir nedeniyle, tıpkı A gibi, çocuk düşürtme suçunun müsterek ve dolaylı faili sayılacaktır. Aynı şekilde, suç örgütü

<sup>470</sup> TCK m. 28’deki şartları sağlamayan cebrin dolaylı faillğe vücut veremeyeceği yolundaki aksi görüş için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79: “... öğretide, arka planda kalan kişinin uyguladığı cebir veya tehdit, aracıyı zorunluluk haline sokuyorsa, dolaylı faillğin söz konusu olacağı; aksi halde azmettirmenin düşünülebileceği baskın görüş olarak kabul görmektedir. (...) Aracıya uygulanan cebir veya tehdidin zorunluluk hali teşkil edecek boyuta ulaşmaması durumunda ... dolaylı faillik kabul edilmemelidir.” Aynı yönde bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 822, kn. 965; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64. Yine bkz. Gallas, s. 99, 100, 141; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 156-158; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 13; Jakobs, s. 21, 63’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196.

<sup>471</sup> Aynı yönde bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 143 vd.’ndan nakleden Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 193, dpn. 123: “Ancak, Schroeder burada, ‘failin arkasındaki fail’ formülünün uygulanamayacağı ve ikrah veya tehdide maruz kalanın, arka plandaki şahsın fiiline yardım eden olarak sorumlu olacağı fikrindedir. (Schroeder, 190 vd., 191 dn. 3.) Schroeder’in bu fikrine eleştiri için bkz. Roxin, ZStW 78 (1966), 222 vd., 230 vd.; ayrıca Herzberg, **Täterschaft**, s. 14.” Yine bu yönde bkz. Canpolat, s. 233: “... uygulanan cebrin etkisiyle suç işleyen kimse, bir yandan cebir suçunun (TCK m. 108) mağdurudur; öte yandan cebir altında işlediği suç bakımından doğrudan faildir. Ancak zorlayıcı cebir nedeniyle mazur görüldüğü için, bu kimse hakkında ceza sorumluluğu gündeme gelmeyecektir (TCK m.28). Buna karşılık, cebri uygulayan da, bir yandan bir kimseyi bir davranışa zorlamak maksadıyla cebir kullandığından cebir suçunun faili, diğer taraftan da, cebir altında hareket eden kişinin işlediği suçtan dolaylı faillik esaslarına göre sorumludur.” Cebredilen şahıs tarafından kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenen fiilin iştirake elverişli olduğunu ve cebre başvuran kişinin “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulabileceğini savunan yazarlar için bkz. Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt II, İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim 1999, kn. 1036.

<sup>472</sup> Dolaylı failin cebri bizzat tatbik etmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 62, s. 669; aksi görüş için bkz. Köhl, 2005, § 20, kn. 65’ten aktaran Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 86.

yöneticisi A'nın tehditlerine maruz kalan esnaf C'nin bir başka suç örgütünün yöneticisinden (B'den) yardım istediği ve B'nin fırsattan yararlanarak C'yi "koruma hizmeti" karşılığında uyuşturucu satışına aracılık etmeye sevk ettiği olayda; A, TCK m. 28'deki şartların mevcut olmaması sebebiyle uyuşturucu ticareti (TCK m. 188/3) suçunun doğrudan faili sayılırken, "A ile birlikte suç işleme" kararı bulunmayan ve fakat A'nın uyguladığı manevî cebirden yararlanarak C'nin iradesine hâkim olan B aynı suçun dolaylı faili hâline gelecektir. Ne var ki, B'nin bu örnekteki sorumluluğu, önceki örnekten farklı olarak, A'nın uyguladığı cebre değil, kendi başvurduğu cebre dayanacaktır; zira B'nin C'ye sunduğu teklif "*Uyuşturucu satışıma aracılık etmezsen, seni A'nın insafına terk ederim!*" şeklinde anlaşılmaya müsait, örtülü bir manevî cebir niteliğindedir.

Son olarak, gerek TCK m. 28'in uygulanabilmesi gerekse dolaylı faillikten söz edilebilmesi için, cebreden kişinin cebre maruz kalan şahsı belli bir suça zorlamaya yönelik "doğrudan" kastının bulunması<sup>473</sup> ve haksızlığın "cebrin etkili olduğu süre içerisinde"<sup>474</sup>, cebredenın çizdiği çerçevede<sup>475</sup> gerçekleştirilmesi zorunludur. Gerçekten, maddedeki "... sonucu ..." ibaresinden de anlaşılabacağı üzere, yasa koyucu, uygulanan cebir ile işlenen suç arasında bir "doğrudan doğrudanlık ilişkisi (Unmittelbarkeitszusammenhang)" aramış; bu ikisi arasında doğrudan bir ilişkinin söz konusu olmadığı hâlleri TCK m. 28'in kapsamı dışında bırakmıştır<sup>476</sup>. Buna göre,

<sup>473</sup> Gülşen, s. 171: "... düzenlemeden, tehdit failinin sorumluluğu için kastın gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim kanunun madde gerekçesinde, tehdidin etkisi altında suç işlendiğinde, sorumluluğun suçun işlenmesi ve şiddet kastıyla tehdidi kullanana ait olacağını belirlemek amacıyla bu maddenin kaleme alındığı açıklanmıştır. O halde, bu maddenin uygulanabilmesi için, failin tehditle, bir başkasını suç işlemeye zorladığını bilmesi ve istemesi gerekir. Bu itibarla, tehditle bir fiili işlemeye başkasını zorlamak amacıyla tehditte bulunan kimse, kastından dolayı tehdit edilen kişi tarafından işlenen suçtan sorumlu olur. Zira dolaylı fail, kural olarak, nedensellik ilişkisi çerçevesinde kastından ötürü sorumlu olur."

<sup>474</sup> Aynı yönde bkz. Selâhattin Keyman, "Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1, Ankara, 1988, s. 142: "... başlangıçta fizik zorlama sonucu çocuğunu aç bırakan anne, bu fizik zorlama ortadan kalktıktan sonra kasten veya taksirli ihmali hareketine devam ederek çocuğun ölümüne neden olursa, ölümden sorumlu tutulacaktır." (Aktaran: Şohoğlu, s. 92, 100.)

<sup>475</sup> Aydın, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, ss. 238-239; Gülşen, s. 168.

<sup>476</sup> Hükmün bu konuda objektif sorumluluk yaratabilecek ölçüde muğlak olduğu yolundaki eleştiriler için bkz. Ünver, "YTCK'da Kusurluluk", ss. 61-62: "Bu maddede tehdit, korkutma, cebir veya şiddetle birine suç işletilmesi açıkça vurgulanarak düzenlenmediği için böyle bir suç işletme düşüncesi olmayan kişinin, herhangi bir saik, amaç veya nedenden dolayı uyguladığı cebir, şiddet, korkutma ve tehdit sonucunda kendiliğinden karar verip suç işleyen kişinin ceza sorumluluğunun olmamasına yol açmaktadır ki, aslında maddeyle amaçlanan bu değildir. Maddenin asıl düzenlemesi gereken, suç teşkil eden bir eylemi yaptırmak için cebir, şiddet, korkutma ve tehdidin uygulanması olmalıydı. Tehdidi uygulayanın amacı tehdit ettiği kimsenin bir suç işlemesi olmalı ve eylemi de bu suçla bir neden-sonuç ilişkisi taşımalıdır. Yukarıdaki nedenlerden dolayı, belirtilen davranış

uygulanan cebir ile işlenen suç arasında dolaylı bir nedensellik ilişkisinin bulunduğu (cebreden kişinin cebre maruz kalan şahıstan “belli bir suçu işlemesini açıkça veya örtülü olarak istemediği”, fakat ön plândaki şahsın cebirden kurtulmak için bir suç işlediği) hâllerde, şartları mevcut ise, ancak zorunluluk hâline ilişkin TCK m. 25/2 hükmü uygulanacak<sup>477,478,479</sup>; cebir ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunmadığı (haksızlığın cebrin etkisi sona erdikten sonra veya cebreden çizdiği çerçevenin dışına çıkılarak işlendiği) durumlarda ise, ön plândaki şahıs kusurlu haksızlığından, arka plândaki kişi ise yalnızca uyguladığı cebirden sorumlu tutulacaktır<sup>480</sup>. Örneğin, A’nın B’yi yaralamak için kovaladığı ve hızla kaçmakta olan B’nin yol kenarındaki C’nin kol çantasını zor kullanarak alıp kaçtığı olayda, B yağma suçunun, A ise yaralamaya teşebbüs suçunun doğrudan faili kabul edilirken, dolaylı faillikten söz edilemeyecektir. D’nin E’yi kemerle dövdüğü ve bu saldırıdan kurtulmak isteyen E’nin F’ye ait kıymetli bir vazoyu D’nin başında kırdığı olayda ise, E’nin eylemi “zorunluluk hâli” sebebiyle hukuka uygun sayılırken, D “E’nin iradesine hâkim olma ve E’nin davranışlarını mala zarar verme suçuna vasıta kılma” bakımından kastı bulunmadıkça “dolaylı fail” kabul edilemeyecek ve yalnızca “nitelikli kasten yaralama suçunun doğrudan faili” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

---

*biçimlerini bir suç işletmek düşüncesiyle uygulamayı da kapsar biçimde maddenin son cümlesinde dolaylı fail olarak düzenlemek ve bir suçun işleneceğinden haberi dahi olmayan bir kişinin gerçekleştirdiği bir şiddet veya korkutma sonucunda suç işleyen bir kişinin eyleminden suçun faili olarak sorumlu tutulması üçüncü kişinin eyleminden sorumluluk anlamında objektif sorumluluktur. Kanunun yanlış ifadesine karşın, uygulamada hüküm belirttiğimiz biçimde anlaşılmalıdır.”* Yine bu yönde bkz. Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64: “... cebir veya tehdit şeklindeki zorlamanın ancak iradesi zorlanan kişiye belirli bir suçun işletilmesi maksadıyla kullanılması durumunda dolaylı failliğin uygulanabileceğine ilişkin olarak madde metninde açık bir düzenleme bulunması gerektiği düşüncesindeyiz.” Aksi yönde bkz. Önok, s. 261.

<sup>477</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 424. Yine bkz. Alberto Paul Frosali, **I Principii di Diritto Penale**, Firenze, 1957, s. 268 ve Pisapia, **Violenza, Minaccia e Inganno**, s. 92’den naklen Gülşen, s. 171: “... TCK’nın 28. maddesi bağlamında tehdit, kasten belirli bir suçu işletmeye yönelik olmalıdır, aksi takdirde, bir tehditten değil, bir tehlikeden bahsedilmelidir. Eğer tehdit, bir ... suçun işlenmesine doğrudan yönelik değilse ve tehdit edilen kişi de sadece tehditten kurtulmak amacıyla bir suç fiilini işlerse, TCK’nın 28. maddesindeki tehdit bağlamında değil, şartları mevcutsa zorunluluk hükümleri çerçevesinde cezalandırılmaktan kurtulur.”

<sup>478</sup> Fabrizio Ramacci, **Corso di Diritto Penale**, Torino: Giappichelli Editore, 1993, s. 82’den naklen bkz. Gülşen, s. 171: “... örneğin, bir kimsenin, ... saldırgandan kaçmak için, üçüncü bir kişinin arabasını çalması halinde ...”

<sup>479</sup> Bu hâle ilişkin bir örnek için bkz. Şohoğlu, s. 99: “... fidyeyi getirmezse kızının öldürüleceği söylenen baba, fidyeyi getirebilmek için banka soyarsa TCK md. 28 kapsamında mı değerlendirilecektir? Bu durumdaki kişi tehditle suç işlemeye doğrudan zorlanmadığı için TCK md. 28 kapsamına gireceğini düşünmüyoruz. Burada diğer şartlar gerçekleşmişse, kişiyi zorunluluk haline soktuğu için suç işletildiği düşünülebilir.”

<sup>480</sup> Gülşen, s. 168.

### 3. Kusurluluğun Kalkabilmesi ve Dolaylı Faillik İlişkisinin Kurulabilmesi İçin Gereken Cebrin Yoğunluğu

Cebre maruz kalan şahsın kusurluluğunun kalkabilmesi ve “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik”ten söz edilebilmesi için, uygulanan cebrin, her şeyden önce, “mutlak olarak karşı koyulamaz” nitelikte olmaması zorunludur. Zira, karşı koyulması mutlak olarak imkânsız bulunan ve kısaca “*vis absoluta* (mutlak maddî cebir)” olarak adlandırılan türden bir cebre maruz kalan şahsın iradesinin tümüyle ortadan kalkacağı, iradî olmayan bir ihmâl yahut hareketin ceza hukuku anlamında “davranış” sayılamayacağı ve cebreden kişinin işlenen suçun doğrudan faili kabul edileceği kuşkusuzdur<sup>481</sup>. Gerçekten de, mutlak maddî cebir etkisi altındaki bir şahısta o an için “üzerinde hâkimiyet kurulabilir bir irade” bulunmadığından, bir hukukî varlık veya menfaati bu durumdaki birisi vasıtasıyla ihlâl eden kişinin fiil üzerindeki hâkimiyeti “ön plândaki şahsın bertaraf olmuş iradesi üzerindeki -sözde- hâkimiyet”ine değil, doğrudan “kendi hareketi üzerindeki hâkimiyeti”ne dayanacaktır. Buna göre, gerek kusurluluğun kalktığından gerekse dolaylı faillik ilişkisinden söz edilebilmesi için, cebrin “*vis compulsiva*” kapsamında kalması şarttır<sup>482</sup>.

<sup>481</sup> Aydın, **İştirak**, s. 146; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66; Koca/Üzülmez, ss. 289-290; Önok, s. 253; Özen, **Genel Hükümler**, s. 634; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 192; Öztürk/Erdem, s. 383.

<sup>482</sup> Maddî cebrin, manevî cebrin aksine, iradeyi her hâlde ortadan kaldırdığı yolundaki görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 292: “*Kanun, maddi cebri 28. maddesinde düzenlemiştir. (...) Kanun, ‘cebir ve şiddet’ terimlerinden maddi cebri anlamaktadır. Cebir ve şiddet kişinin iradesini tümünden ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. (...) Gerçekten, kişinin, üzerinde zor kullanan kişinin elinden kendisini kurtarma imkânı varsa, ortada cebir ve şiddet de yoktur.*” Hafızoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 300: “*Maddi cebir ve manevi cebir ... farklı olmasına rağmen, Kanun her ikisini aynı şey saymıştır. Gerçekten, manevi cebir, maddi cebirden farklı olarak, fiille fail arasında bulunan psişik/manevi bağı kesmez, fiilini iradiliği devam eder. ... zorlanmış olmasına rağmen, gene de bir irade vardır. Gerçekten, fail, suç işlemek yerine, her zaman, zararına da olsa, korku ve tehdide direnmek imkânına sahip bulunmaktadır. ... kendisini korkutan, tehdit eden kişinin mutlak güdümünde değildir, çok sınırlı da olsa bir seçim imkânına sahiptir.*” Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, ss. 214-215: “*Burada da fail hareket etmemekte, hareket ettirilmektedir. Maddî zorlamada, buna uğrayan kimsenin iradesinin mutlak anlamda zorlanması, yani onun her türlü seçme imkânının ortadan kaldırılması söz konusudur. Zora karşı koyamadığı ve zordan kaçamadığı için zorlanan, zorlayanın bir tür ‘longa manus’u, yani uzanmış eli, aleti haline gelir ve sorumluluk doğrudan zorlayana ait olur. Ceza Kanunu şiddeti (maddî zorlamayı) açıkça suçu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmiştir. (...) tehdit ... maddî zorlama (şiddet) ... ile karıştırılmamalıdır. Maddî zorlamada failin iradesi tamamen yok olmuştur ve dolayısıyla davranışın ona ait olduğunu söylemek mümkün değildir; manevî zorlamada ise, gelecekteki bir zarar tehdidi ile zorlanmış olsa bile irade vardır, dolayısıyla bu hâllerde davranışın faile ait olmadığını söylemek mümkün değildir.*” Aynı yönde bkz. Küçüktaşdemir, s. 55-59.

Kusurluluğun kalkmış sayılabilmesi için gerekli cebrin asgarî sınırına ilişkin ölçütü ise, “sübjektif karşı koyulamazlık (katlanılmazlık)” şeklinde formüle etmek mümkündür. Buna göre, cebre maruz kalan şahısça işlenen haksızlığın mazur görülebilmesi (“kusursuz haksızlık” sayılabilmesi) için, bu şahıstan uygulanan cebre katlanmasının somut olayın koşullarında beklenememesi (istenememesi<sup>483</sup>) icap etmektedir. Yasa koyucunun TCK m. 28’de yapılacak bir değişiklikle zorunluluk hâline ilişkin şartlara açıkça atıfta bulunması isabetli olacaksa da<sup>484</sup>, TCK m. 25/2’de yer alan şartların maddî-manevî cebir hâlinde de dikkate alınması gerektiği hususunda öğretide geniş bir mutabakat mevcuttur<sup>485</sup>. Bizim de katıldığımız bu düşünceye göre, maddî veya manevî cebrin kusurluluğu kaldırarak boyutta olup olmadığı “şiddet veya tehdide maruz kalan kişinin fiziksel veya psikolojik direnme gücünün maddî olarak belirlenmesi suretiyle” değil, “hukukî değerler hiyerarşisine göre yapılacak normatif bir değerlendirme ile” saptanacaktır<sup>486</sup>. TCK m. 25/2’de “*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı*” şeklinde ifade edilen bu koşul uyarınca, cebre maruz kalan şahıs tarafından işlenen haksızlığın mazur görülebilmesi için, cebreden kişinin yöneldiği hukukî varlık veya menfaatin haksızlık ile ihlâl edilenden üstün yahut en azından ona denk olması zorunlu<sup>487</sup> olup bu koşulun sağlandığı her hâlde, işlenen suçun hukukî konusu ne olursa olsun, “kusursuz haksızlık”tan söz edilecektir. Buna göre, kasten öldürme suçu işleyen failin maruz kaldığı cebir nedeniyle asla mazur görülemeyeceğini savunan yaklaşımın<sup>488</sup> bizce yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Örneğin, C’yi öldürmemesi

<sup>483</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 301: “... kanunun kullandığı ‘muhtak ve ağır’ ifadesine bakarsak, ... düzenlemeden ... kanun koyucunun, ‘beşeri kırılabilirlik’ esas olmak üzere, ‘kişiden beklenenin içinde bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesinin’ mümkün olduğunu kabul etmiş olduğu sonucu çıkmaktadır.”

<sup>484</sup> Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 215.

<sup>485</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79; Gülşen, s. 159; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85: “... arkadaki şahıs tarafından icra edilen zorlama, buna maruz kalan zorunluluk hâline sokmuş olmalıdır ki, dolaylı faillikten söz edilebilsin.” Aynı yönde bkz. Padovani, **Le Fonti Del Diritto Penale**, s. 227’den aktaran Gülşen, s. 144. Alman doktrininde “cebre dayalı zorunluluk hâli”ni ifade etmek için “*Nötigungsnotstand*” kavramı kullanılmaktadır. (Bkz. Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 38.)

<sup>486</sup> Koca/Üzülmüş, s. 291. Ayrıca bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 343: “*Cebrin kusurluluğu kaldırarak bir sebep olarak kabul edilebilmesi için, kişi üzerinde gerçekleştirilen cebir ile ona işletilen suç arasında bir oranın bulunması da gereklidir.*”

<sup>487</sup> Köhl, 2005, § 20, kn. 51’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79. Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmüş, s. 291.

<sup>488</sup> Bu yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 424: “*Cebir ... altında işlenen suçlarda kusurluluğun kalktığı kabul edilse bile, bu etkiyle hiçbir zaman insan öldürme suçunun işlenemeyeceği de ileri sürülmektedir. Uygulamada ve öğretide bu görüşü savunanlar olduğu gibi, bu yönde bir sınırlamaya gerek olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Kanaatimce, ... cebir altında işlenecek suçların*

hâlinde çocuğunun A tarafından öldürüleceğini bilen ve çocuğunu korumak için C'yi öldürmekten başka hiçbir çaresi olmayan B, C'yi öldürdüğü takdirde, işlediği bu “kusursuz haksızlık” nedeniyle kınanamayacak ve cezalandırılmayacak; A ise, B'nin iradesi ve dolayısıyla tipik fiil üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacaktır.

İhlâl edilmek istenen varlık veya menfaatin cebrin yöneldiği hukukî varlık veya menfaatten üstün olduğu durumlarda ise, cebre maruz kalan şahıs, karşı koyamadığı bu cebre katlanmak yerine cebredeninin arzu ettiği haksızlığı gerçekleştirdiği takdirde, TCK m. 28'den yararlanamayacak ve işlediği kusurlu haksızlığın doğrudan faili olarak cezalandırılacaktır<sup>489</sup>. Arka plândaki kişi ise, ön plândaki failin iradesi -ve dolayısıyla tipik fiil- üzerinde hâkimiyete sahip olması hâlinde, işlenen suçtan “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>490</sup>.

Bu itibarla, biz, arka plândaki kişinin “dolaylı fail” kabul edilebilmesi için ön plândaki şahsın kusurluluğunun kalkmış olması gerektiği ve ön plândaki şahsın kusurlu sayıldığı hâllerde arka plândaki kişinin ancak “azmettiren” olarak sorumlu tutulabileceği yolundaki görüşe<sup>491,492,493</sup> katılmadığımızı yineliyor; cebre maruz kalan

---

*sınırı öldürme olmalıdır. Her ne kadar teorik olarak ölüm tehdidine karşılık öldürmenin ağırlıktaki yararların ihlali ve bu nedenle de kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabulüne bir engel yoksa da, bu kapının açılmasından kaçınmakta yarar vardır.” Bu konuda ayrıca bkz. Gülşen, s. 156: “İslam hukuku açısından, sadece insan öldürme ve bir uzvun kesilmesi fiilleri, zorlayıcı bir emreden kişinin tehdidi üzerine gerçekleştiği takdirde, zorunluluk hali dolayısıyla mübah sayılmazdı. Ancak, kısas, ikrah nedeniyle bu fiilleri işleyen kişiye uygulanmaz, fakat emreden kişi kısasa tabi tutulurdu. Bu durumlarda, ikrah cezayı kaldırmaz, fakat ikraha maruz kalan kişinin kısasına engel oluştururdu. Zira, ikrah olunan kimse nasıl muhteremse, öldürtülmek istenen kimse de aynı şekilde muhterem kabul edilmek suretiyle, ikrahla da olsa, bir kimsenin canına kıyılması ve vücut bütünlüğüne dokunulması yasak edilmiştir. Buna karşılık, bir kişiyi tehdit ederek onun başkasını öldürmesinin, aksi takdirde kendisinin öldürüleceğinin söylenmesi durumunda tehdit edilen kimse bu fiili işlerse, tehdit eden kişi de dolaylı fail olarak sorumlu sayılırdı.”*

<sup>489</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 424.

<sup>490</sup> Aynı yönde bkz. Frister, 2013, ss. 27-29'dan aktaran Canpolat, s. 244; Kohlrausch/Lange, s. 161; Maurach, s. 632; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278'den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>491</sup> Gallas, s. 99, 100, 141; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 156-158; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 13; Jakobs, s. 21, 63'ten naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196: “Bir hareket aynı zamanda hem sorumluluğu gerektiren serbest hem de bir başkası tarafından hakim olunan bir hareket olarak düşünülemez. Fiili icra eden ön plândaki şahıs fail olduğu için, arka plândaki şahıs ancak azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.” Yine bu yönde bkz. Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: Vahlen, 2008, § 20, kn. 62-63'ten aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79.

<sup>492</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79: “... öğretilde, arka planda kalan kişinin uyguladığı cebir veya tehdit, aracıyı zorunluluk haline sokuyorsa, dolaylı failliğin söz konusu olacağı; aksi halde azmettirmenin düşünülebileceği baskın görüş olarak kabul görmektedir. (...) Aracıya uygulanan cebir veya tehdidin zorunluluk hali teşkil edecek boyuta ulaşmaması durumunda



şahsın kusurlu sayılıp cezalandırıldığı hâllerde de, irade ve fiil hâkimiyetinden ve dolayısıyla “dolaylı faillik”ten söz edilebileceğini düşünüyoruz<sup>494</sup>. Zira, ön plândaki şahıs, cebre bağlı olarak kusurluluğunu yitirdiği durumlarda dahi “fiile hâkim” ve “fail” sıfatını haiz olup “kusurluluğun kalkmış sayıldığı hâller” ile “kusurluluğun azaldığı hâller” arasındaki fark, cebrin niteliği veya niceliğinden değil, cebrin yöneldiği değer ile ihlâl edilen değer arasındaki astlık-üstlük ilişkisinden ve buna istinaden yapılan normatif değerlendirmeden ileri gelmektedir. İlk durumda “katlanılmaz” kabul edilen cebir, ihlâl edilen değer korunan değere üstün geldiği ikinci durumda “katlanılabilir” sayılmakta ve cebre katlanma yükümlülüğünü ihlâl ederek tipik fiili gerçekleştiren doğrudan fail hakkında kınama yargısına varılmaktadır. Dolayısıyla, “bir kimseden cebre katlanmasının istenip istenememesi” ile “cebredenin cebre maruz bıraktığı şahsın iradesine hâkim olup olmaması” birbirinden bağımsız iki ayrı mesele olup cebrin TCK m. 28 bakımından “katlanması beklenen bir cebir” olması cebreden kişinin cebre maruz bıraktığı şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurmasına engel değildir. Buna göre, B’nin “merhum eşinden hatıra kalan saçların klozete atılması” tehdidine boyun eğip kendisini tehdit eden A’nın talimatına uyarak C’yi silâhla yaraladığı olayda; B, ihlâl ettiği değer ile koruduğu değer arasındaki açık orantısızlık sebebiyle “nitelikli kasten

---

... dolaylı faillik kabul edilmemelidir.” Yine bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 193: “... kanunun ikrah veya tehdidin etkisinde hareket eden ön plândaki şahsı işlediği fiilden dolayı sorumlu tutmadığı hallerde, artık tipe uygun hareketin ana figürünü arka plândaki şahıs oluşturmakta ve sorumluluk bu şahsa yüklenmektedir. İkrah veya tehdit tatbik eden arka plândaki şahsın irade hâkimiyetinden, ancak fiili icra eden şahsın artık kanun tarafından sorumlu tutulmadığı hallerde bahsedilebilecektir: ‘Sorumluluk prensibi’ (=Verantwortungsprinzip).”; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85: “Doktrinde, arkadaki şahıs tarafından icra edilen etkinin hakimiyet kurmaya elverişli olmak ve zorunluluk halinin şartlarını oluşturmak kaydıyla, zorlamaya maruz kalan kişinin cezai sorumluluktan kurtulacağı ve dolaylı failliğin gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Buna göre, arkadaki şahıs tarafından icra edilen zorlama, buna maruz kalan zorunluluk haline sokmuş olmalıdır ki, dolaylı faillikten söz edilebilsin. Arkadaki şahıs suçun icrasını göze alarak, üzerinde zorlama icra ettiği şahsı sorumluluktan kurtarmakta ve sorumluluğu üzerine almaktadır (sorumluluk prensibi).” Yine bu yönde bkz. Canpolat, ss. 244-245; Gülşen, s. 163; Önok, s. 260; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64.

<sup>493</sup> Padovani, **Le Fonti Del Diritto Penale**, s. 227’den aktaran Gülşen, s. 144.

<sup>494</sup> Aynı yönde bkz. Frister, 2013, ss. 27-29; Kohlrausch/Lange, s. 161; Maurach, s. 632; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195: “... doktrinde bazı yazarlar, her ne kadar ikrah veya tehdit buna maruz kalan şahsın sorumluluğunu gidecek ağırlıkta değilse de, ikrah veya tehdidi tatbik eden arka plândaki şahsın işlenen fiilden dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedirler. Ön plândaki şahsın sorumlu tutulması arka plândaki şahsın fiil üzerindeki hâkimiyetini etkilemeyeceği gibi, arka plândaki şahsın failliği de ön plândaki şahsı sorumluluktan kurtarmaz. Dolayısıyla burada ‘fail arkasındaki fail’ durumu söz konusudur.”

yaralama suçunun doğrudan faili” sayılırken, A, B’nin iradesi üzerindeki hâkimiyeti nedeniyle aynı haksızlığın -azmettirenini değil<sup>495</sup>- dolaylı faili kabul edilecektir<sup>496</sup>.

Dolaylı faillik ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli cebrin asgarî sınırına gelince; zorlayıcı cebrin her koşulda dolaylı faillığe vücut vermeyeceği açık olup dolaylı faillik için -“fiil hâkimiyeti” kuramı uyarınca- cebreden kişinin “cebre maruz kalan şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet” kurması zorunludur<sup>497</sup>. Bununla birlikte, bize göre irade hâkimiyetinden söz edilebilmesi için cebrin kusurluluğu kaldırarak boyuta ulaşması şart olmadığından, dolaylı faillik için asgarî bir cebir yoğunluğu belirlemeye olanak yoktur. Bu sebeple, dolaylı failliğin tespiti bakımından eldeki yegâne ölçüt “irade hâkimiyeti” olacak; ihlâl edilen hukukî varlık veya menfaat cebrin yöneldiği hukukî varlık veya menfaatten ne kadar değerli olursa olsun, irade hâkimiyetinin tesisi durumunda artık azmettirmeden değil, dolaylı faillikten söz etmek gerekecektir. Aynı şekilde, cebrin “karşı koyulabilir ve kurtulunabilir” yahut “katlanılabilir” nitelikte olması da dolaylı faillik ilişkisine engel

<sup>495</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 68: “Dolaylı fail, bir başkasını aracı olarak kullanmışsa da, suç tamamen kendi ... yönlendirmesi sonucunda gerçekleşir. Dolaylı fail, başında sonuna kadar olayların gelişimini kendi kontrolünde tutar. Buna karşın (...) suç işlemeye azmettirilen asıl failin, suç işlemek veya işlememek yönünde irade serbestisi tamdır.” Bu çerçevede, hukuka aykırı bir tipik fiili “maruz kaldığı cebrin etkisiyle” gerçekleştiren şahıs, kusurluluğu kalkmasa dahi, tam bir irade serbestisine sahip olmadığından, fikrimizce, bu gibi hâllerde “azmettirme”den söz edilemeyecektir. Ne var ki, alıntılanan saptamanın sahibi, muhatabının kusurluluğunu kaldırmayan cebrin cebredeni dolaylı fail statüsüne sokmayacağını savunmaktadır. (Bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 78.)

<sup>496</sup> Aksi görüş için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 78: “Aracıya uygulanan cebir veya tehdidin zorunluluk hali teşkil edecek boyuta ulaşmaması durumunda ... dolaylı faillik kabul edilmemelidir. Örneğin: Evli bir kadınla ilişki kuran A, kadına kocasını öldürmesini, aksi halde kadını terk edip kendisine başka bir sevgili bulacağını söyler. Kadın kocasını öldürdüğünde, A; adam öldürme suçunda dolaylı fail değil, ancak azmettiren olarak sorumlu tutulabilir. Zira terk etme tehdidi, kadının karar verme, irade serbestisini ortadan kaldıran, kadını zorunluluk haline sokan ağır ve muhakkak bir tehdit değildir.” Kanaatimizce, bu örnekte, kadının maruz kaldığı manevî cebrin hafifliği yalnızca kadın hakkındaki kınama yargısına gerekçe teşkil etmekte; kadının “boyun eğmemesi gereken bir manevî cebre boyun eğmiş olması” A’nın kadının iradesine hâkim olduğu ve davranışlarını suça vasıta kıldığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Ekici Şahin ile aynı görüşü savunan bir başka yazar için bkz. Gülşen, s. 163: “... mal varlığına yönelik bir tehdidin etkisinde kalarak bir başkasının öldürülmesi durumunda, tehdit eden kişiyi, insan öldürme suçunun dolaylı faili olarak ve öldüren kişiyi de soyut bir araç olarak kabul etmek mümkün olmayacak ve sorun, iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenecektir. Yani, bu takdirde tehdit eden kişi azmettiren olarak ve tehdit dolayısıyla suçu işleyen kimse ise ... fail olarak sorumlu tutulacaktır.”

<sup>497</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 78: “Arka planda yer alan kişinin dolaylı fail kabul edilebilmesi ... kullanılan cebir veya tehdidin ağırlığına ve yoğunluğuna bağlıdır. (...) Arka planda kalan kişi tarafından uygulanan zorlama, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olmalıdır.” Ayrıca bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 193: “Her iradî etkileşim irade hâkimiyetini sağlamaz.” Yine bkz. Önok, s. 258; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85: “Burada tartışılacak husus, arkadaki şahıs tarafından icra edilen etkinin ne kadar kuvvetli olması gerektiğidir. Failin iradesinin belli yönde motive olmasını sağlayacak şekilde baskı icra etmesine rağmen azmettirenin dolaylı failliğinden söz edilemediğine göre, her türlü etkinin dolaylı faillik için yeterli olmadığı aşîkârdır.”

sayılamayacak; böylesi bir cebre o veya bu şekilde boyun eğerek cebredenin arzu ettiği haksızlığı kusurlu olarak gerçekleştiren şahıs “doğrudan fail” sayılırken, bu şahsın davranışlarını suça vasıta kılan kişi “işlenen haksızlığın dolaylı faili” kabul edilecektir<sup>498</sup>. Buna göre, A’nın güvenlik görevlisi B’yi güvenliğini sağladığı evdeki kıymetli bir tabloyu çalmaya zorladığı ve tabloyu çalıp kendisine getirmediği takdirde evin hanımıyla olan ilişkisini faş etmekle korkuttuğu olayda<sup>499</sup>; B, örneğin şantajın delili niteliğindeki mesajlarla Cumhuriyet savcılığına başvurmak imkânına sahip olsa dahi, A’nın şantajına o veya bu sebeple boyun eğmekle A’nın hâkimiyetine girmiş olacak; B’nin davranışlarını suça vasıta kılan A, hırsızlık suçunun dolaylı faili sayılacaktır<sup>500</sup>. Aynı şekilde, kolu acı verici bir şekilde bükülerek birini kasten öldürmeye zorlanan canı tatlı bir kimsenin “sırf bu acıya bir an önce son verebilmek için” istenen suçu işlediği olayda da “kusurlu doğrudan fail arkasındaki dolaylı fail”den söz edilecektir.

Nihayet, irade hâkimiyetinin söz konusu olduğu ve fakat davranışları suça vasıta kılınan şahsın kusurluluğunun ortadan kalkmadığı bu gibi durumlarda, “doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik” formülü yerine, “müşterek faillik” kurumunun işletilmesi gerektiğini savunan ayrıksı görüşte<sup>501</sup> de, fikrimizce, isabet yoktur<sup>502</sup>. Zira, bu gibi durumlarda “arka plândaki kişi (dolaylı fail)” ile “ön plândaki şahıs (doğrudan fail)” tipik fiil üzerinde ayrı ayrı hâkimiyete sahip ise de, birlikte suç işleme kararı bulunmayan bu iki süjenin failliği -fonksiyonel hâkimiyete değil<sup>503</sup>-

<sup>498</sup> Aynı yönde bkz. Frister, 2013, ss. 27-28’den aktaran Canpolat, s. 244.

<sup>499</sup> Örnek ve aksi görüş için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 78: “... A’nın B’ye, B’nin gece bekçiliği yaptığı evdeki çok değerli bir tabloyu kendisine getirmezse, evin hanımıyla duygusal ilişkisi olduğunu herkese söyleyeceği tehdidi; kişinin başka türlü hareket etme olanağını kaldıran, mutlak ve ağır bir zarar tehdidi olarak değerlendirilemez. B’nin kendisinden isteneni yapmama, tehditten başka türlü kurtulma seçeneği mevcuttur. B eğer, A’nın istediği değerli tabloyu alır ve ona getirirse; A, TCK m. 107/2’de yer alan şantaj suçunun failidir, ancak hırsızlık suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulamaz.”

<sup>500</sup> Benzer bir örnek için bkz. Frister, 2013, ss. 27-29’dan aktaran Canpolat, s. 244: “Örneğin A, ahlaki anlamda küçültücü bir olayı açıklayarak başkalarıyla paylaşacağı tehdidi ile B’yi, C’nin arabasının camını kırmaya zorlarsa, mala zarar vermeden sorumlu tutulabilir. Ancak bu durum, B’nin, A’nın zorlamasıyla hareket ettiğini ve bu nedenle A’nın dolaylı fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulmasını engellemeyecektir.”

<sup>501</sup> Bu yönde bkz. Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549; Bockelmann, s. 121, dpn. 21’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>502</sup> Aynı yönde bkz. Kohlrausch/Lange, s. 161; Maurach, s. 632; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>503</sup> Gülşen, s. 170: “... örneğin, tehdit edici bir mektubu yazsın veya babasının malını çalsın yahut eşini zehirlesin diye A, B’yi tehdit ederek korkutup da bu suçları işlettirirse, gerçekleşen bu suçlar

sırasıyla “irade hâkimiyeti”ne ve “hareket hâkimiyeti”ne dayanmakta; fiil hâkimiyetleri “müşterek” değil, “müstakil” nitelik taşımaktadır. Bu saptamanın pratikteki önemi ise, ilgili başlıkta tartışılacağı üzere, özellikle gönüllü vazgeçme kurumunun uygulamasında ortaya çıkmaktadır.

#### 4. Maddî Cebre Maruz Bırakılan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Maddî cebir (şiddet), öğretilde, suç genel teorisi bağlamında, ilki “mutlak maddî cebir (*vis absoluta*)”, diğeri ise “zorlayıcı-itici cebir (*vis compulsiva*)” olmak üzere iki alt başlıkta incelenmektedir<sup>504,505,506</sup>. Zorlayıcı cebre maruz kalan şahsın iradesi zorlanmakla birlikte varlığını korurken, mutlak maddî cebrin söz konusu olduğu hâllerde cebredilen şahıs iradesini bütünüyle yitirmekte ve cebredeninin elinde alelade bir nesneye dönüşmektedir. Örneğin, mağdurun işaret parmağının eline tutturulup şakağına dayanmış olan tabancanın tetiğine koyularak bastırılması şeklindeki olayda durum böyledir. Bu gibi hâllerde, mağdurun hareketi artık “hukukî anlamda davranış” olarak nitelenemeyeceğinden<sup>507</sup>, “intihar”dan, “intihara zorlama”dan ve “dolaylı faillik yoluyla kasten öldürme”den söz edilemeyecek; mağdur üzerinde mutlak maddî cebir uygulayan kişi “kastan öldürme suçunun doğrudan faili” olarak cezalandırılacaktır<sup>508</sup>. Bu nedenle, dolaylı faillikten söz edilebilmesi için, maddî cebrin “*vis compulsiva*” niteliğinde olması zorunludur<sup>509</sup>.

---

*açısından tehdit edilen kimsenin, gerçekleşen suça ilişkin iştirak kastı bulunmadığından iştirakinden bahsedilemez.”*

<sup>504</sup> Bu sınıflandırmaya ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Gülşen, s. 132 vd.; Küçüktaşdemir, ss. 59-61.

<sup>505</sup> Şiddeti (maddî cebri) her zaman “*vis absoluta*” olarak ele alan ve TCK m. 28’in yalnızca “*vis absoluta*”yı düzenlediğini savunan ayrık görüş için bkz. Küçüktaşdemir, ss. 55-59.

<sup>506</sup> “*Vis absoluta*”yı tümüyle “cebir” kavramı dışında değerlendiren ayrık görüş için bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 342.

<sup>507</sup> Demirbaş, s. 445; Koca/Üzülmez, s. 290.

<sup>508</sup> Özyüksel, s. 121.

<sup>509</sup> İradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı failliğin iki kişilik ilişkilerde geçerli olamayacağını, iradesi üzerinde cebren hâkimiyet kurarak mağdurun davranışlarını suça vasıta kılan kişinin “doğrudan fail” sıfatıyla cezalandırılacağını savunan yazar için bkz. Aydın, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, s. 239: “Kişinin kendisine karşı bir suç işlemesi için cebre maruz bırakılması hâlinde dolaylı faillik söz konusu olmaz. Bu durumda, cebreden kişi suçun faili olarak sorumlu tutulur. Örneğin A’ya cebir uygulanarak B’nin evini yakması sağlanmışsa cebreden, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Oysa A’nın cebredilerek kendi evini yakması sağlanmışsa cebreden kişi, işlenen suçun asıl faili olarak sorumlu tutulacaktır.”

Zorlayıcı maddî cebir, dış dünyada “şiddet” şeklinde tezahür etmekle birlikte, esasen, manevî cebri de daima açık veya örtülü olarak içermektedir<sup>510</sup>. Gerçekten de, örneğin, bir kimsenin sopayla saatlerce dövülerek hırsızlığa zorlandığı<sup>511</sup>, bir matbaacının yine aynı yöntemle bir baskı levhasını sahte olarak basmaya mecbur edildiği<sup>512</sup> olaylarda; cebredenin temel maksadı cebre maruz bıraktığı şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak olup “şiddet” bu maksadı temin için başvurulmuş bir araçtan ibarettir. Zorlayıcı maddî cebre maruz kalan şahıs, uygulanan şiddetin “suçu işlemeye karar verinceye, hattâ suçun icrasına başlayınca dek” sürebileceğini öngörmekte ve nihayetinde direncini yitirerek suç işleme yönünde “kınamamaz (kusursuz) bir irade” ortaya koymaktadır. Nitekim, zorlayıcı maddî cebir ile manevî cebirin iç içe geçmesi sebebiyle, İCK m. 46/1’de, “violenza”dan değil, “zorlayıcı maddî cebir vasıtasıyla gerçekleştirilen manevî cebir” anlamında “costringimento”dan söz edilmektedir<sup>513</sup>. Ancak, buradan hareketle, “zorlayıcı maddî cebir” niteliğindeki şiddet eylemlerini “maddî cebir” kapsamından çıkarıp salt “manevî cebir” çerçevesinde ele almak, bizce, hatalı olacaktır<sup>514</sup>.

Diğer yandan, A’nın B’ye maddî cebir uygulayarak bu durumdan (B’nin maddî cebre maruz kalmasından) ötürü ıstırap çeken C’yi suç işlemeye zorladığı hâllerde, A’nın dolaylı failliği, B’nin bedenine uyguladığı zorlayıcı maddî cebirden değil, C’nin iradesi üzerindeki manevî cebirden kaynaklanacaktır. Zira, C’nin “iradesini A’nın hâkimiyetine teslim ederek” suç işleme kararı almasının ve bu kararı uygulamaya koymasının asıl sebebi, A’nın “B’nin bedenine yönelik şiddet eylemini sürdürmek” yönündeki örtülü veya açık tehdididir.

Son olarak, daha önce ifade edildiği gibi, maddî cebirin dolaylı faillğe vücut verebilmesi için, ön plândaki doğrudan failin kusurluluğunu kaldırması zorunlu olmayıp arka plândaki kişi, ihlâl edilen hukukî varlık veya menfaatin korunandan

<sup>510</sup> Buna yakın bir görüş için bkz. Şohoğlu, s. 94.

<sup>511</sup> Padovani, **Le Fonti Del Diritto Penale**, s. 315; Pisapia, **Violenza, Minaccia e Inganno**, s. 36, 38-40’tan aktaran Gülşen, s. 143.

<sup>512</sup> Gülşen, ss. 143-144.

<sup>513</sup> Gülşen, s. 144.

<sup>514</sup> Bu yönde bkz. Küçüktaşdemir, ss. 55-56: “Şiddetin her zaman maddi cebir, maddi cebirin ise ‘vis absoluta’ olarak düşünülmesi gerektiğini düşünüyoruz. (...) bir kişinin eziyet edilerek, işkence edilerek, aç bırakılarak, dövülerek zorlanması fiziki vasıtalar kullanılarak manevi cebirde bulunulmasıdır. Manevi cebirde kişi üzerinde nispi bir kuvvet ‘vis compulsiva’ uygulanmaktadır.”

üstün olduğu ve dolayısıyla cebre maruz kalan şahsın TCK m. 28'den yararlanamadığı hâllerde de, yine, ön plândaki kusurlu failin iradesine ve fiiline hâkim olması şartıyla “dolaylı fail” kabul edilecektir<sup>515</sup>.

##### 5. Manevî Cebre Maruz Bırakılan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

TCK m. 28 hükmüne göre, “... *muhtakkak ve ağır bir ... tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde ... tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*” İlk olarak, yinelemek isteriz ki, hükmün ilk cümlesi, muhtakkak ve ağır manevî cebri “kusurluluğu kaldıran neden<sup>516</sup>” kabul etmesi itibarıyla isabetli, zorunluluk hâline (TCK m. 25/2) ilişkin şartlara açık gönderme içermemesi bakımından eksiktir<sup>517</sup>. “*Bu gibi hallerde*” ibaresiyle başlayan ikinci cümle ise, muhtakkak ve ağır olmayan manevî cebirin dolaylı failliğe vücut veremeyeceğini düşündürmesi yönünden yanıltıcıdır. Zira, cebreden kişi, manevî cebre maruz kalan şahsın kusurluluğu ortadan kalksın veya kalkmasın, bu şahsın (doğrudan failin) iradesine hâkim olup tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurmakla “dolaylı fail” statüsüne girmektedir.

Manevî cebir yönünden tartışılması gereken ilk nokta, TCK m. 28’de geçen “tehdit” ibaresinin TCK m. 107’deki “şantaj” fiilini kapsayıp kapsamadığıdır. Temel olarak iki ayrı şekilde işlenebilen şantaj suçu, “mağdurun ‘hak veya yükümlülük konusu bir fiilin gerçekleştirileceğinden yahut gerçekleştirilmeyeceğinden bahisle’ (m. 107/1) ya da ‘şeref veya saygınlığına zarar verebilecek bir hususun açıklanacağı yahut isnat edileceğinden söz edilerek’ (m. 107/2) belli bir davranışa zorlanması”nı

<sup>515</sup> Kohlrausch/Lange, s. 161; Maurach, s. 632; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 2782’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195.

<sup>516</sup> Aynı yönde bkz. Gülşen, ss. 158-159: “*Doktrinde bir görüşe göre, tehdit, zaruret hali çerçevesinde tipik fiili cezasız kalan bir nedendir. Baskın görüş bakımından ise tehdit, kusurluluğu kaldıran bir nedendir. (...) Tehdit halinde, zorlanmış da olsa irade bulunduğu için hareket varsa da, kusur mevcut değildir. Bu takdirde, tehdide maruz kalan kişi, zorlanmış da olsa suçu işleyip işlememeyi seçme imkanına sahip olup (tamen coactus, voluit), korkunun oluşturduğu mecburiyet dolayısıyla mazur, kusursuzdur. (...) iradesinin kendiliğindenliği (spontaneo) yoktur. (...) Kanımızca, (...) tehdit, tehdit edilen kişi açısından kusurluluğu kaldıran bir nedeni oluşturmaktadır.*”

<sup>517</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79; Gülşen, ss. 159-160: “... ceza sorumsuzluğunu sağlayan tehdit halinde, tehdidin muhtakkak ve ağır olması dışında hangi şartların aranması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Oysa bu durum, İtalyan Ceza Kanununda (m. 54/3) zorunluluk hali çerçevesinde düzenlenmiştir. Hukuk sistemimiz açısından da tehdit halinde, zorunluluğa ilişkin şartlar aranmalıdır.” Yine bkz. Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 215.

ifade etmektedir<sup>518</sup>. Buna göre, manevî cebrin kusurluluğu kaldırabilmesi için “haksız bir kötülük” içermesi şart<sup>519</sup> olduğundan, “haksız bir kötülük” içermeyen TCK m. 107/1’deki ilk seçimlik hareketin muhatabının kusurluluğunu kaldırmayacağı, “hakkı olan bir şeyi yapacağından bahisle” kendisini suça zorlayan bir kimsenin şantajına boyun eğerek suç işleyen kişinin işlediği haksızlıktan ötürü kınanacağı muhakkaktır<sup>520</sup>. Bununla birlikte, her ne kadar maddî unsurları bakımından kıyaslandığında şantaj ile tehdidin birbirinden farklı suçlar olduğu açık ise de, şantajın “tehdidin özel bir görünüm şekli” olduğuna şüphe yoktur<sup>521</sup>. Tehdide farklı suçların kanunî tanımında “unsur” yahut “ağırlaştırıcı neden” olarak yer verilme sebebinin “mağdurun iradesi üzerindeki zorlayıcılığı”ndan ileri geldiği ve şantajın da sonuç olarak mağdurun irade serbestisini ihlâl ettiği düşünüldüğünde; TCK m. 28’deki “tehdit” ifadesinin TCK m. 107’de yer verilen ve “haksız” bir kötülüğü muhakkak gösteren diğer hareketleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması ve “*mağdura, mevcut veya gelecekteki ağır bir kötülüğün temadisinin yahut gerçekleşmesinin muhakkak gösterilmesi*” biçiminde anlaşılması gerektiği söylenebilir<sup>522</sup>.

Buna karşılık, dolaylı faillik için manevî cebre konu kötülüğün “haksız” olması bize göre şart olmadığından, bir kimseyi “hakkı olan bir şeyi yapacağından bahisle” suça zorlayan kişi de pekâlâ “dolaylı fail” kabul edilebilecektir. Zira, cebreden kişinin ön plândaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kılması “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulabilmesi için yeterli olup ön plândaki şahıs hakkındaki kınama yargısının olumlu veya olumsuz olmasının cebreden sorumluluk statüsüne bir etkisi yoktur. Buna göre, kasten öldürme suçu işlemiş olan Z’nin, elinde bu suça ilişkin deliller bulunan kardeşi (K) tarafından şantaja maruz

<sup>518</sup> Özyüksel, s. 123.

<sup>519</sup> Gülşen, s. 160.

<sup>520</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Şohoğlu, s. 96: “*Tehdit haksız olmalıdır. Bu halde; bir kimsenin haklı olarak şikâyetinde bulunacağını söylemesi tehdit kapsamında değerlendirilmez. Ancak bu durum, şantaj kapsamında değerlendirilebilir; şantaj ise TCK m. 28 kapsamında açıkça düzenlenmemiş olsa da, korkutma kapsamında değerlendirilebilir.*”

<sup>521</sup> Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013 s. 372; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, Eylül 2014 ss. 399-400; Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014, s. 416; İlhan Üzülmüş, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Ankara: Turhan Kitabevi, Şubat 2007, ss. 67-68.

<sup>522</sup> Özyüksel, ss. 123-124.

bırakılarak hırsızlığa zorlandığı ve nihayetinde “hapsedilme” korkusu ile hırsızlık suçunu işlediği olayda; K, muhakkak gösterdiği ağır kötülük “haksız” değilse de, Z’nin iradesine ve tipik fiilin işlenişine hâkim olması sebebiyle, hırsızlık suçunun dolaylı faili sayılacaktır.

Manevî cebir her hâlde “*vis compulsiva*” niteliğinde olup cebredilenin iradesini bertaraf etmemekte ve “muhakkak ve ağır” olmak kaydıyla yalnızca kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır. Buna göre, esasen TCK m. 106 açısından “mağdura, mevcut veya gelecekteki bir kötülüğün temadisinin yahut gerçekleşmesinin muhtemel gösterilmesi”<sup>523</sup> şeklinde tanımlanan tehdidin, önüne gelen bu iki sıfat sebebiyle, TCK m. 28 yönünden “mağdura, mevcut veya gelecekteki ağır bir kötülüğün temadisinin yahut gerçekleşmesinin muhakkak gösterilmesi”<sup>524</sup> şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Manevî cebrin “ağır” olup olmadığı ise, daha önce de belirtildiği gibi, “muhatabın psikolojik direnme gücüne” veya salt “yöneldiği hukukî değere” bakılarak değil, “manevî cebrin yöneldiği değer ile ihlâli istenen hukukî değer birbirini karşısındaki hiyerarşik konumu” dikkate alınarak saptanacaktır<sup>525</sup>. Yapılan bu normatif değerlendirmede “manevî cebrin yöneldiği değer ihlâli istenen değerden üstün veya ona denk olduğu” tespit edildiği takdirde, cebrin “muhakkak” olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılacaktır; manevî cebrin yöneldiği değer “arzu edilen suç işlenmedikçe” korunamayacağı kanaatine varılması hâlinde, “beklenemezlik-istenemezlik ilkesi” uyarınca, kişinin kusurluluğunun kalktığına hükmedilerek hakkında ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223/3-b) karar verilecektir. Buna karşılık, ihlâli istenen değer manevî cebrin yöneldiği değerden üstün olması durumunda ise, kusurlu davranan ön plândaki şahsın “doğrudan fail”, arka plândaki kişininse “dolaylı fail”<sup>526</sup> sıfatıyla cezalandırılması yoluna gidilecektir.

<sup>523</sup> Erem, “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, ss. 94-95: “Esasında cebir kavramına ‘tehdit’ dahil sayılır, çünkü tehdit ‘manevî cebir’den ibarettir. (...) Tehdit gelecekte bir kötülüğü, cebir harekete ilişkin bir kötülüğü ifade eder. (...) Cebirde ‘fizik güç’, tehditte ‘manevî (maddî olmayan) güç’ bahis konusudur.”

<sup>524</sup> Buna yakın bir başka tanım için bkz. Gülşen, s. 155: “Tehdit, başka şekilde sakınılamayan ve gerçekleştirilmesi onu söyleyen kişiye bağlı olan yakın gelecekte gerçekleştirilecek ağır bir kötülüğün mağdura bildirilmesini ifade etmektedir.”

<sup>525</sup> Gülşen, ss. 163-164; Koca/Üzülmez, s. 291. Ayrıca bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 343: “Cebirin kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilebilmesi için, kişi üzerinde gerçekleştirilen cebir ile ona işletilen suç arasında bir oranın bulunması da gereklidir.”

<sup>526</sup> Bu gibi hâllerde arka plândaki kişinin ancak “azmettiren” sıfatıyla cezalandırılabilmesi yolundaki görüş için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 79; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 85; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64. Aynı yönde bkz. Gallas, s. 99, 100, 141; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984,



Zira, daha önce de belirtildiği gibi, “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik”ten söz edilebilmesi için cebrin kusurluluğu kaldıracak boyuta ulaşması zorunlu olmayıp cebredeni “cebre maruz kalan şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkim kılması” yeterlidir.

Bu çerçevede, manevî cebrin “ağır” olup olmadığının belirlenmesinde TCK m. 106 hükmünün esas alınması gerektiğini, TCK m. 106/1, c. 1 kapsamına girmeyen bir tehdidin -kusurluluğu kaldırmayacağı gibi- irade üzerinde hâkimiyete ve dolaylı faillik ilişkisine de vücut veremeyeceğini savunan görüşe<sup>527</sup> katılmaya, kanımızca, imkân yoktur. Zira, öncelikle, cebreden kişinin “cebre maruz kalan şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet” kurabilmesi (dolaylı fail kabul edilebilmesi) için, cebrin kusurluluğu kaldıracak boyuta ulaşması (muhakkak ve ağır olması) şart değildir. Öte yandan, mal varlığı itibarıyla zarara uğratılacağından veya sair bir kötülüğe maruz bırakılacağından bahisle tehdit edilen bir kimsenin, tehdide konu hukukî varlık veya menfaate denk veya ondan daha az değerli bir başka hukukî varlık veya menfaati ihlâl etmesi durumunda, TCK m. 28’in uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna göre, manevî cebrin “ağır” olup olmadığı “manevî cebrin yöneldiği değer ile ihlâli istenen hukukî değer birbiri karşısındaki hiyerarşik konumu” nazara alınarak belirlenecek<sup>528</sup>; ön plândaki şahsın “mala zarar verme<sup>529</sup>” veya “ölüm” tehdidiyle “mala zarar verme” yahut “kasten öldürme<sup>530</sup>” suçunu işlemeye zorlandığı hâllerde “kusursuz doğrudan fail arkasındaki dolaylı fail”den söz edilebilecektir.

---

ss. 156-158; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 13; Jakobs, s. 21, 63’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196. Yine bkz. Tullio Padovani, “Costringimento Fisico e Psicico”, **Dig. Disc. Pen.**, III. Torino, 1989, s. 214; Padovani, **Diritto Penale**, s. 314’ten aktaran Gülşen, s. 169.

<sup>527</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, ss. 79-80. Buna yakın bir görüş için bkz. Pecorare-Albani, s. 70 ve Altavilla, “Costringimento Fisico e Psicico”, s. 1066’dan naklen Gülşen, s. 161: “... tehditten dolayı zorunluluk halinden bahsedebilmek için, zararın şahsa yönelik olması gerektiğinden, eşyaya yönelik tehditle yapılacağı söylenen tehlike halinde fail hakkında cezai sorumsuzluk söz konusu olmaz.”

<sup>528</sup> Koca/Üzülmez, s. 291. Ayrıca bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 343: “Cebrin kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul edilebilmesi için, kişi üzerinde gerçekleştirilen cebir ile ona işletilen suç arasında bir oranın bulunması da gereklidir.”

<sup>529</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, ss. 79-80.

<sup>530</sup> Cebrin kasten öldürme suçunu işleyen failin kusurluluğunu kaldırmayacağı yolundaki aksi görüş için bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 424.

## 6. Dolaylı Failin Cebir Dolayısıyla Ayrıca Cezalandırılabilirliği

İradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillikte, dolaylı failin ön plândaki doğrudan failin iradesine hâkim olabilmek amacıyla başvurduğu “zorlayıcı maddî cebir-manevî cebir”, şüphesiz, pek çok suç tipi bakımından tipe uygunluk taşıyabilmektedir. Örneğin, *Twitter*’dan cumhurbaşkanına yönelik hakaretimiz ifadeler içeren bir ileti paylaşması için B’nin kulak memesini kerpetenle sıkıştıran A’nın başvurduğu maddî cebir “nitelikli kasten yaralama” suçu bakımından, yalan tanıklık yapması için C’yi ıslak havluyula döven kamu görevlisi D’nin başvurduğu şiddet eylemi “işkence” suçu bakımından, hırsızlık yapması için F’yi ölümle korkutan E’nin eylemi “tehdit” suçu bakımından, uyuşturucu bağımlısı milletvekili H’yi ifşa ile korkutarak ihaleye fesat karıştırmaya zorlayan G’nin eylemi ise “şantaj” suçu bakımından tipiktir. Verilen örneklerde, sırasıyla TCK m. 299, 272, 141 ve 235’te düzenlenen suçların dolaylı faili kabul edilen A, C, E ve G’nin, ayrıca cebir, işkence, tehdit ve şantaj suçlarından cezalandırılmasına ise, kanımızca, bir mâni yoktur. Zira, bu kişiler, anılan suçları B, D, F ve H’ye, dolaylı faili oldukları suçları ise üçüncü şahıslara karşı işlemekte ve B, D, F ile H’ye karşı işlenen suçlarla bu kişilere işletilen suçlar arasında herhangi bir fikrî içtima yahut zincirleme suç ilişkisi bulunmamaktadır<sup>531,532</sup>.

Buna karşılık, haksızlığı mutlak maddî cebre başvurmak suretiyle gerçekleştiren doğrudan fail, suçun icrasında alelade bir nesne olarak kullandığı şahıs üzerinde uyguladığı “*vis absoluta*” nedeniyle de, şüphesiz, sorumlu tutulacak; ancak, bu defa, sorumluluğun tespitinde, dolaylı faillik ilişkisinin söz konusu olduğu hâllerden farklı olarak, fikrî içtima hükümlerine başvurulabilecektir. Buna göre, öncelikle, mutlak maddî cebre maruz kalan şahsa karşı işlenen suç ile diğer suçun birbirinden farklı olması durumunda farklı türden fikrî içtima (TCK m. 44) söz konusu olacak ve fail yalnızca daha ağır cezayı gerektiren suçtan ötürü cezalandırılacaktır. Örneğin, B’yi C’nin dükkânının vitrinine ittirmekten ibaret

<sup>531</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 423: “*Kanunumuz cebir, şiddet, korkutma ve tehdit sonucu suç işleme hallerinde, cebir, şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağını belirtmektedir. Hemen belirtelim ki, bu kimse hem cebir ve tehdit suçundan hem de cebir ve tehdit sonucu işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır.*”

<sup>532</sup> Aynı yönde bkz. Gülşen, s. 173: “*... tehditle kendisine bir suç işletilmek istenen kişi, bu suçu gerçekleştirdiği takdirde, kendisini buna zorlayan kişi, hem tehdit suçundan (TCK m. 106, İCK m. 611) hem de tehdit sonucu işlenen suçtan sorumlu olur.*”

hareketiyle hem C'nin vitrin camının kırılmasına hem de B'nin yüzünün sabit iz kalacak şekilde kesilmesine sebep olan A, sadece “neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama” suçundan ötürü cezalandırılacaktır. Buna karşılık, her iki suçun aynı olduğu hâllerde ise, suçların TCK m. 43/3'te sayılan suçlardan olup olmadığına bakılacak; TCK m. 43/3 kapsamında kalan durumlarda gerçek, TCK m. 43/3 kapsamı dışında kalan durumlarda ise aynı türden fikrî içtima (TCK m. 43/1-2) yoluna gidilecektir. Örneğin, iki çocuktan birini ötekinin üzerine fırlatarak ikisinin de yaralanmasına sebebiyet veren kimse her iki yaralama suçundan ayrı ayrı cezalandırılırken, gözaltı süresi sona eren F'nin tutulduğu nezarethanenin anahtarını elinde bulunduran polis E'yi başka bir odaya kilitleyerek F'nin salıverilmesini engelleyen D, TCK m. 43/1-2 ve 109 uyarınca cezalandırılacaktır.

## 7. Cebre Maruz Bırakılan Şahsın Sorumluluğu

Öncelikle, tekrar etmek gerekir ki, mutlak maddî cebre maruz kalan şahıs, cebreden elinde “iradede yoksun” alelade bir nesneye dönüştüğünden, işlenen haksızlığın faili olmamakta ve hakkında hiçbir cezaya yahut güvenlik tedbirine hükmolunamamaktadır.

Zorlayıcı maddî cebir ve/veya manevî cebir altında suç işleyen şahsın cezaî sorumluluğu bakımından ise, ikili bir ayrıma gitmek gerekir. İlk olarak, cebreden dolaylı fail kabul edilemediği (örneğin, uygulanan cebir ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunmadığı) hâllerde, cebredilen şahsın işlediği haksızlıktan ötürü “doğrudan fail” sıfatıyla sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur<sup>533</sup>. Buna göre, sırf maruz kaldığı cebri fırsat bilerek (TCK m. 28 hükmünden yararlanabilmek ümidiyle) cebri savuşturmak için gerekli olmayan bir suçu işleyen A gibi, cebreden kendisine işletmeyi arzu ettiği suçla hiçbir ilgisi olmayan bir başka suçu işleyen B de, söz konusu suçtan ötürü cezalandırılacaktır.

<sup>533</sup> Canpolat, s. 271; Önok, s. 261. Ayrıca bkz. Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 63-64: “... madde metninde cebir veya tehdit yoluyla araç kişinin iradesini zorlayan kişinin bir suç işletmek maksadıyla hareket etmiş olması gerektiğinin açıkça zikredilmemiş olması eleştiriye açıktır. Gerçekten, bir kişinin cebir veya tehdit altında işlediği her suçun mutlaka dolaylı faillik ile açıklanması mümkün değildir ve bir suç failine cebir uygulayan veya onu tehdit eden kişiyi, her durumda işlenen suçtan dolayı sorumlu tutmak objektif sorumluluğa yol açabilir.”

Cebreden dolaylı fail olarak sorumlu tutulduğu hâllere gelince; burada da yine iki olasılık ortaya çıkmaktadır. Cebre maruz kalan şahıstan zorlayıcı maddî cebre veya manevî cebre karşı koymasının ve katlanmasının somut olayın koşullarında beklenemediği ve istenen suç işlenmeksizin cebirden kurtulmanın imkânsız olduğu ilk olasılıkta, ön plândaki şahıs, gerçekleştirmeye zorlandığı haksızlığı işlemek yönünde bir irade ortaya koymakta, fakat bu kusursuz iradenin ürünü olan fiilinden ötürü kınanamamakta (TCK m. 28) ve hakkında ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223/3-b) karar verilmektedir. Buna karşılık, TCK m. 28’de gösterilen ve doktrinde aranan diğer şartların sağlanamadığı ikinci olasılıkta ise, cebredilen şahsın (ön plândaki doğrudan failin) işlediği haksızlık “kusurlu haksızlık” olarak ortaya çıkmakta ve kişi hakkında ilgili cezaî sonuçlara hükmedilmektedir. Bu itibarla, “*vis compulsiva*”ya maruz kalan şahıs her hâlükârda “tipik fiile hâkim” ve dolayısıyla “doğrudan fail sıfatını haiz” olup suçun işlenişinde kasten hâkimiyet kuran bir kimsenin “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulmasına imkân yoktur<sup>534</sup>.

Öte yandan, ön plândaki şahsın “doğrudan fail” olarak cezalandırıldığı durumlarda, yargılama makamının, temel cezanın takdirinde, doğrudan failin kusurluluğunu “azaltan” maddî ve/veya manevî cebri TCK m. 61/1-f ve g bentleri uyarınca dikkate alması hakkaniyet gereğidir.

Nihayet, açıkça belli bir suçu işlemeye zorlanmakla birlikte, tipik fiili “cebre maruz kaldığı için” değil, maruz kaldığı cebir sayesinde TCK m. 28’den yararlanabilmek ümidiyle, “gönüllü olarak (zaten bu suçu işlemek istediği için)” gerçekleştiren kişinin “iradesinin hâkimiyet altına alındığını” ve “haksızlığı kusursuz şekilde gerçekleştirdiğini” savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla, ispatı güç olmakla birlikte, bu vakıanın sabit olduğu, örneğin ön plândaki doğrudan failin bu hususta samimi ikrarda bulunduğu hâllerde, bu kişinin “maruz kaldığı cebrin boyutu ne olursa olsun” kusurlu kabul edilip TCK m. 61/1-f ve g bentlerinden yararlandırılmaksızın cezalandırılması gerekmektedir. Cebreden kişiye gelince; öncelikle, cebre maruz bıraktığı şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurduğu zannına düşen bu kişinin “dolaylı fail” kabul edilemeyeceği kuşkusuzdur. Keza,

<sup>534</sup> Schroeder’in aksi görüşü için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 193, dpn. 123: “... Schroeder burada, ‘failin arkasındaki fail’ formülünün uygulanamayacağı ve ikrah veya tehdide maruz kalanın, arka plândaki şahsın fiiline yardım eden olarak sorumlu olacağı fikrindedir.”

cebrin uygulandığı esnada doğrudan failin zihninde suç işleme düşüncesi veya kararı mevcut olduğundan, azmettirmeden söz etmek de, bizce, olanak dışıdır. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda, cebre başvuran kişi ancak “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir.

## **B. Hukuka Uygun Davranan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik**

Ceza hukuku bakımından “suçun unsurlarından biri” değil<sup>535</sup>, “suçun özü<sup>536,537</sup>” kabul ettiğimiz hukuka aykırılık, kısaca, “fiil ile hukuk düzeninin bütünü<sup>538</sup> arasındaki çatışma<sup>539</sup>”yı ifade etmektedir. Buna göre, hukuka uygunluk nedenleri, tüm hukuk düzeni bakımından sonuç doğurmakta, bu nedenlerden en az birinin varlığı hâlinde, fiil “hukuk düzeninin bütünü bakımından hukuka uygun” olarak değerlendirilmektedir<sup>540</sup>.

TCK m. 40/1’de sınırlı bağıllık kuralını benimseyen yasa koyucunun iştirak için “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş tipik bir fiilin varlığını zorunlu kabul etmiş olması sebebiyle, hukuka uygun bir eylemin icrasına nedensel katkı sağlayan kişilerin iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu tutulamayacağı açıktır<sup>541</sup>. Zira, hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı yerde “suç”tan ve dolayısıyla “suça

<sup>535</sup> Hukuka aykırılığı suçun unsuru kabul eden görüşler ve bu görüşlerin eleştirisi için bkz. Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, ss. 127-130.

<sup>536</sup> André Decocq, **Droit Pénal Général**, Paris: Librairie Armand Colin, 1971, s. 150’den naklen Katoğlu, s. 131: “*Fransız ceza hukukçusu Decocq ‘hukuka aykırılık unsuru bir mit (söylen)tir.’ diyor.*”

<sup>537</sup> Katoğlu, s. 160.

<sup>538</sup> Ceza hukukunda hukuka aykırılığın sadece ceza hukuku düzenine aykırılıktan ibaret olduğu görüşü ve bu görüşün eleştirisi için bkz. Katoğlu, ss. 24-28.

<sup>539</sup> Katoğlu, s. 19; Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi, No: 5, İstanbul, 2007, s. 15; Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2006, s. 111, 116.

<sup>540</sup> Antolisei, 1994, s. 247; Ranieri, **Parte Generale**, s. 149’dan aktaran Katoğlu, s. 24. Aynı yönde bkz. Aydın, **İştirak**, ss. 191-192.

<sup>541</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 709; Aydın, **İştirak**, s. 110; Özkan, **Azmettirme**, s. 213: “... *asli failin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlandırılmak suretiyle ... suç işlemeye ikna edilmesi halinde artık azmettirmeden bahsedilemez. Benzer şekilde nasıl kusur yeteneği olmayan veya azalan kişilerin suçta araç olarak kullanılmasında dolaylı faillik müessesesine başvuruluyorsa, asli failin hukuka uygunluk sebebinden faydalanmasını sağlayarak suç işletilmesi halinde de dolaylı faillik müessesesine başvurulacaktır. Hem bu şekilde bağıllık kuralı ile çelişkili bir durum da oluşmamış olacaktır.*”

iştirak”ten söz edilemez<sup>542</sup>. Buna göre, örneğin, bir kimseyi meşru savunma koşulları içerisinde bıçaklayarak yaralayan bir şahsa bu eylemi için bıçak temin eden kişi, icrasına katkı sağladığı tipik fiilin hukuka uygunluğu sebebiyle, “kasten yaralamaya yardım”dan (TCK m. 39/2-b, 86-88) sorumlu tutulamayacaktır.

Hukuka uygun davranan bir kimsenin davranışlarının dolaylı faillığe esas teşkil edip edemeyeceği ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bir başkasının davranışlarını bir tipik fiilin icrasına vasıta kılan kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılabilmesi için ön plândaki şahsın davranışlarının hukuka aykırı olması zorunlu olup bir başkasının hukuka uygun davranışlarından yararlanan kişinin davranışı da -tüm kötücüllüğüne karşı<sup>543</sup>- hukuka uygun sayılmalıdır<sup>544</sup>. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, ön plândaki şahsın davranışlarının hukuka uygunluğu, bu davranışları belli bir suçun icrasına vasıta kılan kişinin eylemini hukuka uygun kılmamakta ve bu kişi “irade hâkimiyeti” sayesinde fiile hâkim olarak “dolaylı fail” hâline gelmektedir<sup>545,546</sup>. Zira, bağlılık kuralının dolaylı faillik bakımından uygulanmasına olanak yoktur<sup>547,548</sup>. İzdiham çıkararak seyircileri

<sup>542</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 546; İçel, s. 494; Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, s. 127.

<sup>543</sup> Rolf Dietrich Herzberg, **Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverbotten handelndem Werkzeug**, Berlin: Beck, 1967, ss. 11-12’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 180-181: “... Mittermaier, örneğin meşru müdafaa durumuna düşürülen aracı şahıs tamamen hukuka uygun hareket ettiği için, arka plândaki şahsın sadece kötü düşüncesi sebebiyle bu hukuka uygun neticeden sorumlu tutulamayacağı fikrindedir.”

<sup>544</sup> Mayer, s. 334; Mezger, **Ein Lehrbuch**, s. 426’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 180, dpn. 68: “Ancak Mezger, bilâhare bu görüşünden vazgeçerek, söz konusu hâlde de dolaylı failliğin mümkün olduğunu kabul etmektedir.” Mezger’in nihai görüşü için bkz. Mezger, **Ein Studienbuch**, s. 233.])

<sup>545</sup> Çiçek, s. 109; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, ss. 77-78; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 562; Özen, **Genel Hükümler**, s. 636; Özkan, **Azmettirme**, s. 212; Şohoğlu, s. 50; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 89; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119.

<sup>546</sup> August Hegler, “Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mitterperson”, **Festgabe für Reinhard von Frank**, Band II, 1930, ss. 58-59; Herzberg, **Mittelbare Täterschaft**, s. 13; Jescheck, 1988, s. 604; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 274; Friedrich-Christian Schroeder, **Der Täter hinter dem Täter - Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft**, Berlin: Duncker&Humbolt, 1965, ss. 99-100’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 181.

<sup>547</sup> Canpolat, s. 289; Çiçek, s. 83; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 206; Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 209; Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, ss. 75-76; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 170; Özgenç, **Faillik**, s. 201; Özkan, **Azmettirme**, s. 208, 212, 213; Şohoğlu, s. 38; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 252. Bağlılık kuralının dolaylı faillik hâllerinde de uygulanması gerektiği yolundaki aksi görüş için bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 384.

<sup>548</sup> Arnold Koch, **Die Mittelbare Täterschaft**, Göttingen, 1938, s. 62; Hegler, “Mittelbare Täterschaft ...”, ss. 58-59; Hartmut Johannes, **Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverbotten**

birbirine ezdirip öldürmeyi arzu eden bir kimsenin bu maksatla sinema salonunda yangın çıkararak ölüm ve yaralanmalara sebebiyet verdiği olayda durum böyledir<sup>549</sup>.

Konuyla ilgili olarak en sık verilen örnek, üçüncü bir şahsın bir başkasına meşru savunma koşulları içerisinde öldürtülmesi örneğidir<sup>550,551</sup>. B'nin öldürülmesini isteyen A'nın, B'yi C'ye saldırttığı ve meşru savunma koşulları içerisinde sokulan C'nin B'yi hukuka uygun şekilde öldürdüğü bu klâsik örnekte, “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” kabul edilebilmesi için A'nın C'nin iradesine ve fiiline hâkim olması gerektiğine şüphe yok ise de, bunun yeterli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır<sup>552</sup>. Baskın görüşe göre, bu gibi durumlarda dolaylı faillikten söz edilebilmesi için A'nın C ile birlikte B'nin iradesi ve fiili üzerinde de hâkimiyet kurması şart olup B'nin iradesine hâkim olmayan A'nın fiil üzerindeki hâkimiyeti de noksan kalacaktır<sup>553</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, dolaylı faillik için mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurulması zorunlu olmadığından, davranışları suça vasıta kılınan şahsın (C'nin) iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurulması

---

**handelndem Werkzeug**, Ein Scheinproblem, Frankfurt am Main, 1963, s. 44 vd.; Herzberg, **Mittelbare Täterschaft**, s. 13'ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 181.

<sup>549</sup> Örnek için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 197. Bir başka örnek için bkz. Önok, s. 297: “... bir kamera şakası çerçevesinde palyaço kıyafetli ve elinde testere bulunan bir figüranın bir şakazedeye doğru ilerlediğini düşünelim. Şakazede olayda bir gariplik olduğunu sezer, fakat ... durumu anlayan üçüncü bir kişi daha da korkutup eğlenmek amacıyla ona ‘Eyvah! Gazetelerdeki sapık kâtil bu!’ diye bağırır. Korkuya kapılan şakazede, olay yerinde bulunan bir bisikleti kaparak onunla kaçır. Burada, üçüncü kişiyi, bisikletin çalınmasından ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutmak mümkündür.” Fikrimizce, bu örnekte üçüncü kişinin “şakazedenin bisikleti bulunduğu yerden almasına” yönelik kastı saptanmadıkça dolaylı faillikten söz edilemeyecektir. Arkadaki kişinin tehlikeyi bizzat yaratmayıp mevcut bir tehlikeden yararlanması hâlinde sorumluluğun ne şekilde tespit edileceğine dair tartışmalar için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 198-199. Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni mi, yoksa kusurluluğu kaldıran neden mi olduğu tartışmasında ayırma teorisini benimseyen yazar bu örnekte zorunluluk hâlinin -hukuka aykırılığı değil- kusurluluğu kaldırdığı kanaatindedir. Biz ise TBK m. 63/2 uyarınca zorunluluk hâlini her hâlde “hukuka uygunluk nedeni” kabul ettiğimizden, bir başkası tarafından zorunluluk hâli içerisinde sokulan kişinin fiiline katkı sunan kişinin eylemini -tıpkı meşru savunma kapsamında hareket eden şahsa yardım eden kişinin eylemi gibi- hukuka uygun sayıyor, bu kişinin “dolaylı fail” yahut “şerik” olarak cezalandırılmayacağını savunuyoruz.

<sup>550</sup> İçel, s. 494; Hakeri, **Genel Hükümler**, ss. 562-563: “Mesela, ‘Cem Burhan’a Gaffur tarafından ilk karşılaştıklarında öldürüleceğini söyleyebilir. Burhan ile Gaffur karşılaştıklarında, Burhan öldürüleceği zannı ile silâhına sarılır; ancak Gaffur çok iyi bir nişancıdır, daha atik davranır ve bu hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hâl içinde, Burhan’ı öldürür. Cem de ölmesini istediği Burhan’dan böylece ... kurtulmak istemiş olabilir. Burada dolaylı faillik müessesesine müracaat ettiğimizde, Cem hukuka uygunluk sebebini kasten oluşturmuş olduğundan, Gaffur cezalandırılmasa dahi, Gaffur’u bir vasıta olarak kullanması sebebiyle, Cem’in dolaylı fail olarak cezalandırılması mümkün olacaktır.”

<sup>551</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, ss. 562-563

<sup>552</sup> Ayrıntı için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 182.

<sup>553</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 182. Aynı yönde bkz. Herzberg, **Mittelbare Täterschaft**, s. 29; Jescheck, 1988, s. 605; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 167-168; Stratenwerth, 1981, kn. 789’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 182.

yeterlidir<sup>554</sup>. Bu çerçevede, *Bailey-Murdock* vakasında<sup>555</sup>, hem *Murdock*'un hem de *Murdock*'la çatışmaya giren kolluk mensuplarının iradesi üzerinde hâkimiyet sahibi olan *Bailey* her iki görüşe de “fiile hâkim” sayılacak ve *Murdock*'un ölümünden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu (TCK m. 37/2, 82/1) tutulacaktır. Ölmesini arzu ettiği B'yi “kiralık kâtil” olarak tutup her daim tabanca taşıdığını bildiği C'yi bıçaklayarak öldürmeye sevk eden ve neticeten C'nin meşru savunma koşulları içerisinde B'yi öldürmesini sağlayan A ise, baskın görüşe göre “dolaylı fail” sayılamazken, bizim de benimsediğimiz azınlık görüşüne göre “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” kabul edilebilecektir.

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer mesele, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğuna inandırılan bir kimsenin davranışlarının suça vasıta kılınması meselesidir. Öğretide bazı yazarlar yukarıda verilen klâsik örneği değiştirmekte ve “meşru savunma koşulları içerisinde bulunduğu” inandırılan kişinin suça vasıta kılındığı hâlleri bu başlık altında ele almaktadır<sup>556</sup>. Bu gibi hâllerde -“meşru savunma” (TCK m. 25/1) değil- “mefruz meşru savunma” (TCK m. 30/3) söz konusu olduğundan, TCK m. 30/3'ün<sup>557</sup> uygulama alanı bulduğu buna benzer olaylar<sup>558,559,560</sup>, fikrimizce “hukuka uygun davranan kişinin davranışlarının

<sup>554</sup> Baumann/Weber, s. 544; Bockelmann, s. 17; Johannes, s. 24; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 275; Mezger, *Ein Studienbuch*, s. 233; Schroeder, s. 100'den aktaran Özgenç, *Dolaylı Faillik*, s. 182.

<sup>555</sup> Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 562: “*Bailey ve Murdock birbirinden iki mil uzakta oturmaktadır. Olay akşamı her ikisi de alkollüdür. Murdock'un gözleri de pek iyi görmemektedir. Bailey, Murdock'un bir silâhı olduğunu ... bilmektedir. Ayrıca kendisine göre bir kahraman olan General Patton aleyhine bir şey söylenmesine de çok sinirlenmektedir ve genel olarak da çabuk kızan birisidir. Bailey o akşam telsizle görüştüğü Murdock'a, General Patton'un eşcinsel olduğunu belirtir. Konuşma sırasında da devamlı olarak silâhını alıp evinin önüne çıkmasını gelip onu öldüreceğini, mavi, beyaz bir arabayla geleceğini söyler. Murdoch bilâhare polisi arayarak, bir kişinin elinde silâh, evinin önünde komşularını vurmakla tehdit ettiğini söyler, ancak kendi kimliğini vermez. Üç polis memuru eve gönderilir. Bir müddet sonra Murdock elinde silâhla dışarı çıkar. Polis silâhını bırakmasını ve oradan uzaklaşmasını talep edince, Murdock polise küfreder ve ateş eder. Her üç polis memurunun da karşılık vermesi üzerine isabet alan Murdock ölür. Ölmeden birkaç kez 'Sizin polis olduğunuzu bilmiyordum.' der.*”

<sup>556</sup> Örneğin bkz. Koca/Üzülmez, s. 401: “*Dolaylı faillik, aracı olarak hareket edenin fiilinin hukuka uygun olduğu hâllerde de gerçekleşebilir. Aracı kişi suç tipindeki objektif ve sübjektif unsurları gerçekleştirmiştir, fakat olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. (...) A gerçekte olmadığı hâlde B'ye, C'nin kendisine saldıracağını söylüyor, bunun üzerine B meşru savunmada bulunmak amacıyla olayla ilgisi olmayan C'ye saldırıyor. A bu olayda gerçekleşen kasten yaralama açısından dolaylı faildir.*” Roxin'in bu örneğini aynı kanaatle nakleden yazarlar için bkz. Çiçek, ss. 110-111; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 89.

<sup>557</sup> “Hukuka uygunluk nedenlerinin maddî şartlarında hata” durumunda TCK m. 30'un hangi fıkrasının uygulanması gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Önok, ss. 298-301.

<sup>558</sup> Örneğin bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 77: “... bir davada sanığa hakaret etmek isteyen dolaylı fail, ... katılan sıfatını taşıyan aracıya, sanığın eski bir kaçak olduğunu söyler. Katılan sıfatını taşıyan aracı, iddia dokunulmazlığından yararlanırken, dolaylı failin fiili



suça vasıta kılınması yoluyla” dolaylı failliğe değil, “hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan)” dolaylı failliğe örnek oluşturmaktadır.

Daha önce belirtildiği gibi, bir şahsın “tipik, fakat hukuka uygun (haksızlık teşkil etmeyen)” bir fiili işlemeye azmettirilmesi yahut böyle fiilin icrasına yardım edilmesi durumunda, ortada “suç” bulunmadığından, ihlâlê nedensel katkı sunan kişinin “suça iştirak”inden söz etmek de olanaksızdır. Buna karşılık, bu gibi durumlarda, hukuka uygunluk nedeninden yararlanma imkânı olduğu hâlde tipik fiili icra etmekten kaçınan bir şahsı söz konusu fiili işlemeye zorlayan kişi, aynı veya bir başka hukuka uygunluk nedeninden yararlanamadığı takdirde, cebre maruz bıraktığı şahsın iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “dolaylı fail” sayılabilecektir. Örneğin, A’nın B’yi “münhasıran B tarafından ‘etkileri basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek ölçüde’ yaralanmaya” rızası olan C’yi yaralamaya zorladığı olayda

---

*hukuka aykırı olmaya devam eder ve dolaylı fail hakaret suçundan cezalandırılır.” Bu örneği aynı kanaatle nakleden bir başka yazar için bkz. Çiçek, s. 111.*

<sup>559</sup> Örneğin bkz. Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 741: “Bir hamile kadının, böyle bir suç söz konusu olmamasına rağmen, sırf kürtajı temin bakımından, sahte ihbarda bulunması ve bu suretle çocuğun hekim tarafından düşürülmesini temin etmesi durumunda, kadın dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir.” Kanaatimizce, örnekteki kadın TCK m. 99/2, c. 2’deki suçun doğrudan failidir. Bkz. **TCK m. 99/2**: Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

<sup>560</sup> Örneğin bkz. Zafer, s. 426: “... gözüaltı ve tutuklama kararlarının verilmiş olması, iftiraya uğrayanın hürriyetini kısıtlayanlar bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Adli makamların iftiraya uğrayanın hürriyetini kısıtlamaları hukuka uygundur. Bu hâlde iftira edenin iştirak hükümlerine göre cezalandırılması mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu iftirada bulunanın, hürriyetinden yoksun bırakma suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağını açıkça hükme bağlamıştır.” Aynı örnek için ayrıca bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 681; Çiçek, s. 110; Demirbaş, s. 516; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 77; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 563; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 67; Şohoğlu, s. 50; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 89. Bu hâllerde iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı ve -TCK m. 267/4’te de açıkça ifade edildiği üzere- dolaylı failliğin gündeme geleceği muhakkak ise de, iftiraya uğrayan şahsı gözüaltına alan Cumhuriyet savcısının yahut tutuklayan hâkim(ler)in eylemi her hâlde hukuka aykırılığını koruyacak; ancak “kaçınılmaz hata”nın söz konusu olduğu durumlarda TCK m. 30/3 uyarınca “mazeret” görülecektir. Dolayısıyla, iftirası (TCK m. 267/4) veya yalan tanıklığı (TCK m. 272/5) ile bir kimsenin tutuklanmasına yol açan kişinin “şerik” sayılamaması, beyanına aldanan (ön plândaki) şahsın eyleminin hukuka uygun olmasından değil, kusursuz olmasından ileri gelmekte; dolaylı failliği ise “hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı faillik” şeklinde tezahür etmektedir. (Bkz. Emrullah Aycı, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 169: “Hangi nedenle olursa olsun, kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya beraat kararı verilmesi halinde, tutuklamanın haksızlığı açıktır.” Aynı yönde bkz. Metin Feyzioğlu, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1993, Sayı: 1, Ankara, s. 130: “Anayasa ve kanuna uygun olarak tutuklanan ve tutulmasını takiben yapılması gerekli işlemler eksiksiz ve kanuna uygun şekilde yerine getirilen sanık hakkında ... beraat kararı verilmişse ... tutuklama haksızdır.”)

durum böyledir; zira C'nin B'ye gösterdiği geçerli<sup>561</sup> rıza A'nın eylemini hukuka uygun kılmamakta ve A, B'nin iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “kasten yaralama suçunun dolaylı faili” hâline gelmektedir<sup>562</sup>. Aynı şekilde, tutuklama nedenleri (CMK m. 100) mevcut olduğu hâlde takdirini<sup>563</sup> bu yönde kullanmak niyetinde olmayan hâkimi şüpheliyi tutuklamaya zorlayan kişinin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili” sayılacağı hususunda da duraksamaya yer yoktur. Buna karşılık, zorunluluk hâli içerisinde olmasına karşın “ölmek pahasına” C'ye ait eczanenin camını kırıp içeriden gerekli ilâcı almaktan kaçınan B'yi bu eylemi gerçekleştirmeye mecbur eden veya meşru savunma koşulları içerisinde bulunmasına rağmen E'yi yaralamaktan kaçınan D'yi E'yi yaralamaya zorlayan A, söz konusu fiilleri bizzat işlediğinde de hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanacağı için, B ve D'nin iradeleri üzerinde kurduğu hâkimiyet “mala zarar verme, hırsızlık yahut yaralama suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulmasına yol açmayacaktır<sup>564</sup>.

### **C. Kusur Yeteneğinin Yokluğundan veya Zayıflığından Yararlanma Yoluyla Dolaylı Faillik**

Kusur yeteneğinin yokluğu kişiyi “iradesi üzerinde kolaylıkla hâkimiyet kurulabilen bir kimse” hâline getirdiğinden, kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı faillik, dolaylı failliğin sık karşılaşılan görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır<sup>565</sup>. TCK m. 37/2, c. 2 hükmü uyarınca, “*Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte*

<sup>561</sup> **Yargıtay CGK**, T. 01/02/2005, E. 2004/9-213, K. 2005/3: “*Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyete bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re'sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir.*”

<sup>562</sup> C'nin vücuduna bizzat acı vermesi hâlinde “kasten yaralama suçunun doğrudan faili” sayılacak olan A'nın, aynı neticeyi B'nin hukuka uygun davranışları vasıtasıyla temin etmesi durumunda “kasten yaralama suçunun dolaylı faili” sayılmaması düşünülemez.

<sup>563</sup> “... hâlinde, ... tutuklama kararı verilebilir.” şeklindeki CMK m. 100/1, c. 1 hükmü, tutuklamayı bir “görev” değil, “yetki” kabul etmiştir.

<sup>564</sup> Zira A, B ve D'nin davranışlarını “suça” değil, “tipik, fakat kendisi açısından da hukuka uygun fiillere” vasıta kılmaktadır.

<sup>565</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 823, kn. 967. Katılmadığımız ayrıksı bir görüş için bkz. Şen, s. 119: “... Kanun'un 28. maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler kabul edildiğine göre, 'dolaylı faillik' müessesesini düzenleyen 37. maddenin ikinci fıkrasının kusur yeteneği olanları kapsamaması, sadece kusur yeteneği olmayan veya azalmış olan kişileri içine alması daha isabetli kabul edilebilirdi.” Bununla birlikte, yazar, dolaylı failliğin örneğin “hatadan yararlanma yoluyla” da gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Şen, s. 121.

*birden yarısına kadar artırılır.”* Bununla birlikte, suç işletilen kimsenin kusur yeteneğinden bulunmasının arka plândaki kişiyi her hâlde “dolaylı fail” kabul etmeye imkân verip vermediği, bu tür durumlarda iştirak kurallarının uygulanıp uygulanamayacağı, suçun kusur yeteneği zayıf olan yahut geçici nedenlerle ortadan kalkmış veya zayıflamış bulunan kimselere işletilmesi hâlinde hangi kuruma başvurulacağı, TCK m. 37/2, c. 2 hükmünün hangi hâllerde uygulanabileceği gibi konular doktrinde hayli tartışmalıdır.

## 1. Kusur Yeteneği

En kısa tanımıyla “anlama ve isteme yeteneği”ni<sup>566</sup> (İCK m. 85/2<sup>567</sup>) ifade eden isnat yeteneğinden (isnat edilebilirlik, *l'imputabilità*) TCK m. 37/2 ve CMK m. 144/1-d'de “kusur yeteneği” olarak söz edilmiş ve CMK m. 223/3-a<sup>568</sup> hükmünde bu yeteneğin “kusurluluğun ön şartı” olduğu zımnen ifade edilmiştir. Bu nedenle, biz, her ne kadar “anlama ve isteme yeteneği”nin *de lege ferenda* “isnat yeteneği” olarak isimlendirilmesini uygun görüyorsak da, dolaylı failliği *de lege lata* incelediğimiz bu çalışmada TCK terminolojisini esas alıyoruz. Nitekim, bugün, Türk ceza hukuku öğretisinde de genellikle “kusur yeteneği” kavramı tercih edilmektedir<sup>569,570</sup>.

5237 sayılı TCK'de “haksızlık” ve “kusur” birbirinden kesin bir şekilde ayrılmış olup fiil hakkındaki genel değersizlik yargısına karşılık gelen “haksızlık” hukuka aykırı tipik fiili, haksızlık oluşturan fiil hakkındaki bireysel değersizlik

<sup>566</sup> Toroslu/Toroslu, s. 396.

<sup>567</sup> **İtalyan Ceza Kanunu m. 85/2:** *È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere.* (Çevirisi: Algılama ve isteme yeteneğine sahip kişi, isnat edilebilirdir.) TCK'de böyle açık bir tarif bulunmadığından, kusur yeteneğinin tanımlanmasında TCK m. 31, 32 ve 34 hükümlerine başvurulmaktadır.

<sup>568</sup> **CMK m. 223/3-a:** *Sanık hakkında ... yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması ... hâllerinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*

<sup>569</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 382 vd.; Koca/Üzülmez, s. 272 vd.; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 370 vd. “İsnat yeteneği” kavramını şiddetle reddeden bazı müellifler için bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 338; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 356: “... burada söz konusu olanın isnat değil, kusur yeteneği olduğu söylenmelidir. (...) isnat yeteneği, kusur yeteneği bulunan ve kusurlu davranan kişinin neticeden sorumlu tutulup tutulamayacağı ile ilgilidir. Buna sübjektif isnadiyet de denebilir.”

<sup>570</sup> “Kusur yeteneği” ve “isnat yeteneği” kavramlarını zaman zaman birbirinin yerine kullanan bazı yazarlar için bkz. Koca/Üzülmez, s. 272; Öztürk/Erdem, s. 248, kn. 437; Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 90, dpn. 238 ve s. 99, dpn. 266.

yargısına tekabül eden ve bu nedenle suçun unsurlarının dışında<sup>571</sup> kalan “kusur” ise failin işlediği haksızlıktan ötürü kınanabilirliğini ifade etmektedir<sup>572</sup>. Bu anlayışa göre, kusur yeteneği “kusurlu davranabilmenin ön koşulu”nu; artık birer “kusur şekli” kabul edilmeyen kasıt ve taksir ise, “tipikliğin manevî unsuru”nu, bir başka deyişle “kusur yargısının dayanağı ve konusu olan haksızlığın gerçekleştirilme biçimi”ni oluşturmaktadır<sup>573</sup>.

Kusur yeteneğinin ilk unsurunu oluşturan anlama yeteneğinden (*capacità d'intendere, Einsichtsfähigkeit*) maksat “kişinin fiilinin sosyal değersizliğini kavrayabilmesi<sup>574,575</sup>” iken, isteme yeteneği (*capacità di volere, Steuerungsfähigkeit*) “fiilinin antisosyalliğini kavrayan kişinin davranışlarını bu kavrayış çerçevesinde yönlendirebilmesi<sup>576</sup>”ni ifade etmektedir. Buna göre, anlama yeteneği bulunmayan kişi isteme yeteneğinden de yoksun<sup>577</sup> olup kusur yeteneğinin azaldığından veya ortadan kalktığından söz edilebilmesi için, “anlama” ve “isteme” yeteneklerinden yalnızca birinin azalması veya ortadan kalkması yeterlidir<sup>578</sup>. Bir kimsenin anlama

<sup>571</sup> Yener Ünver, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 79.

<sup>572</sup> Koca/Üzülmez, ss. 269-270; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 370.

<sup>573</sup> Koca/Üzülmez, ss. 269-272; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 372-373.

<sup>574</sup> Francesco Antolisei, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 16. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2003, s. 610: “La capacità d'intendere, infatti, non è la semplice attitudine del soggetto a conoscere ciò che si svolge al di fuori di lui, sibbene la capacità di rendersi conto del valore sociale dell'atto che si compie.” Yine bkz. Remo Pannain, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 3. Edizione, Torino: UTET, 1962, s. 690'dan naklen Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 13: “Süje, iki hareket ya da bir hareketle ihmâl arasında bir seçim yapmak durumundadır; doğru bir seçim yapabilmesi için, her ikisinin de ne anlama geldiğini ve önemini kavrayabilmelidir.”

<sup>575</sup> Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 21; Toroslu/Toroslu, s. 397; Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 104; Ünver, **Akıl Hastalığı**, s. 77. Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, ss. 272-273: “Algılama yeteneği, soyut olarak, kişinin farik ve mümeyyiz olmasını değil, işlediği fiilin içinde yaşamış olduğu toplumda ne anlama geldiğinin bilincinde olmasını ifade etmektedir.” Yine bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 375: “... işlediği fiilden dolayı kusurlu addedilebilmesi için; (...) kişi, işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmalıdır. Ancak, işlenen fiilin ... suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez.”

<sup>576</sup> Carlo Fiore, **Diritto Penale, Parte Generale**, Vol. 1, Torino: UTET, 1993, s. 392'den naklen Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 20. Yine bu yönde bkz. Alacakaptan, s. 105; Koca/Üzülmez, s. 272; Ünver, **Akıl Hastalığı**, s. 77.

<sup>577</sup> Antolisei, 2003, s. 610. Yine bu yönde bkz. Mario Portigliatti Barbos / Giuliano Marini, **La Capacità di Intendere e di Volere Nel Sistema Penale Italiano**, Milano: Giuffrè, 1964, s. 50; Mario Romano / Giovanni Grasso, **Commentario Sistematico del Codice Penale**, Vol. 2, 2. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1996, s. 14'ten aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 10.

<sup>578</sup> Ferrando Mantovani, **Diritto Penale Parte Generale**, Padova: CEDAM, 2009, s. 633; Pannain, s. 690; Fiore, s. 392; Carlo Saltelli / Enrico Romano di Falco, **Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale**, Torino: UTET, 1931, s. 467'den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 9.

yeteneğine sahip kabul edilebilmesi için fiilin antisosyalliğini kavraması yeterli olup suç teşkil ettiğini anlaması zorunlu değildir<sup>579</sup>.

Kural olarak, bir kimsenin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı veya azalıp azalmadığı, işlediği her suç için, somut olayın şartları göz önüne alınarak, bağımsız bir değerlendirmeye saptanır<sup>580</sup>. Bununla birlikte, yasa koyucu, TCK m. 31 ilâ 34’te, bazı nedenlerin kusur yeteneğini kaldırdığını “varsaymış<sup>581</sup>”, kusur yeteneğinin kalktığı varsayılan kişilerce -örneğin 12 yaşından küçük çocuklarca- işlenen suçların muhakemesinde “bu kişilerin sorumluluğu bakımından” söz konusu varsayımların (kanunî kesin karinelerin, fiksiyonların, faraziyelerin) doğruluğunun araştırılmasını yasaklamıştır<sup>582,583</sup>. Hukukî güvenlik ve uygulamada yeknesaklık sağlamak adına kişileri kusur yeteneği bakımından kategorize etmeye çabalayan<sup>584</sup> yasa koyucunun bu düzenlemesine göre, örneğin hırsızlıkta ustalaşmış on bir yaşındaki bir çocuk, işlediği ellinci hırsızlık suçundan ötürü dahi cezalandırılmayacak, yalnızca güvenlik tedbirlerine tâbî tutulabilecektir. Buna karşılık, “kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılan” bir şahsa suç işleyen kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde ise, aşağıda açıklanacağı üzere, “şahsın ‘tipik fiili gerçekleştirdiği esnada<sup>585</sup>’ anlama ve isteme yeteneğinden gerçekten yoksun olup olmadığı” araştırılacak; bu inceleme sonucunda

<sup>579</sup> Alacakaptan, s. 104; Antolisei, 2003, s. 610; Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 19.

<sup>580</sup> **TCK m. 32’nin gerekçesi, paragraf 2:** “(...) Örneğin, kleptomani akıl hastası olan kişinin hafif değerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir. Ancak, bu kişinin kasten ... öldürme suçunu işlemesi durumunda, malûl olduğu akıl hastalığı bu fiille ilgili olarak algılama ya da irade yeteneğini etkilemez.” Fikrimizce, kleptomaniden mustarip biri, değerli bir eşya hakkında hırsızlık suçu işlemesi durumunda da, TCK m. 32/1’den yararlanabilecektir.

<sup>581</sup> Öztürk/Erdem, s. 248, kn. 438.

<sup>582</sup> Önok, s. 286; Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 125.

<sup>583</sup> Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 79: “... isnat yeteneğinin ... hiçbir zaman insanda tamamen yok olmadığı da kabul edilmelidir. Fakat hukuk düzeni, pratik ihtiyaçları doğrultusunda kendine bir uygulama alanı tespit etmek zorundadır. Bu alanın, kanun koyucunun farklı ihtiyaçlara farklı derecede önem atfetmek suretiyle belirlediği ceza politikasına göre değişmesi de her zaman mümkündür. Dolayısıyla isnat yeteneği açısından önemli olan, tarihin belli bir dönemindeki kanun koyucu tarafından konulan kurallar kapsamında, yukarıda bahsedilen yeteneklere, hukuk düzeni tarafından nazara alınacak derecede sahip olmaktır.”

<sup>584</sup> Mantovani, 2009, s. 662’den naklen Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 123: “Sürüp giden bir olgu niteliğindeki yaşamın belli periyotlara ayrılması mümkün olmadığından ve psikik olgunluğun yaşı kişiden kişiye göre değiştiğinden, psikolojik bilimler, her birey için ehliyeteye ilişkin herhangi bir ön kabulde bulunmaksızın ayrı ayrı sınırlar belirlemek eğilimindedirler. Hukukî kesinlik, eşitlik ve pratik ihtiyaçlar ise, tam tersi şekilde var olan tecrübe doğrultusunda varsayılan bir olgunluk derecesini yansıtan bir kronolojik ölçütü şart koştırmaktadırlar.”

<sup>585</sup> Kusur yeteneğinin bulunması gereken âna dair bkz. Koca/Üzülmez, s. 318; Öztürk/Erdem, ss. 249-253, kn. 439-446; Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 80-107; Toroslu/Toroslu, s. 398; Ünver, **Akıl Hastalığı**, ss. 80-84. Yine bkz. Antolisei, 2003, s. 619 vd.

varılan yargı irade hâkimiyetine ilişkin araştırmanın neticesiyle birlikte değerlendirilerek arka plândaki kişinin “şerik” mi, yoksa “dolaylı fail” mi kabul edileceği saptanacaktır.

Kusur yeteneği bulunmayan bir kişi, kasıtlı veya taksirli davranışlarıyla suç işleyebilirse<sup>586,587</sup> de, gerçekleştirdiği kusursuz haksızlıktan ötürü kınanamaz<sup>588</sup>. Nitekim, CMK m. 223/3-a’da da, “kusur yeteneğinden yoksun hâlde iken” suç işleyen kişi hakkında “beraat” değil, “kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi emredilmiş; aleyhine ceza yerine, güvenlik tedbirlerine başvurulması mümkün kılınmıştır<sup>589</sup>. Buna göre, kusur yeteneğinden yoksun olan veya yoksun olduğu varsayılan bir şahsın iradesine hâkim olunarak davranışlarının suça vasıta kılındığı hâllerde “doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilecektir<sup>590,591</sup>.

Kusur yeteneğini etkilediği kabul edilen nedenlere ilişkin listenin -kusur yeteneğini azaltan nedenler haricinde<sup>592</sup>- kıyas yoluyla uzatılması mümkündür<sup>593</sup>.

<sup>586</sup> Toroslu/Toroslu, ss. 402-403; Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı. 1, Ankara, Ekim 2006, s. 66.

<sup>587</sup> Aksi görüş için bkz. Alacakaptan, ss. 108-110: “... isnat yeteneği ... suçun bir unsurudur. Yani, anlama ve isteme yeteneğine sahip bulunmayan bir kimsenin kasıt ya da taksirle hareket etmesi düşünülemez. (...) isnat yeteneğinin ... suçlunun kişisel bir niteliği olduğunu ileri sürenlerin görüşleri doğru değildir. Çağımız ceza hukuku, faile yalnız iradî hareketlerinden dolayı ceza verir. Iradî bir hareketin varlığı ise, onun meydana gelmesine elverişli bir ortamın varlığına bağlıdır. Bu ortama anlama ve isteme yeteneği adı verilir. Hareketlerini değerlendirmekten âciz olan, ne yapması lâzım geldiğini bilemeyen bir kimsenin iradesine ceza hukuku değer tanıyamaz. (...) tam akıl hastasının hareketlerini manevî unsurlarına göre ayırmaya çalışmak, kendisine vuran sahibini ısırarak merkebin bu davranışını, bacağına konan sinekleri kovmak için çifte atarken yoldan geçen bir kimseyi yaralaması olayından manevî unsurlar bakımından ayırmaya çalışmak kadar gariptir.”

<sup>588</sup> Koca/Üzülmez, s. 272.

<sup>589</sup> De lege lata katılmadığımız bir görüş için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 211: “... Muhakeme Kanunu’nda yer alan bu hükmün, maddî ceza hukukuna ilişkin bir kurumun hukukî niteliğini belirlemede bir etkisinin olmaması gerekir.”

<sup>590</sup> Hükme yönelik bir eleştiri için bkz. Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 66: “... kusurluluğu kaldıran nedenler olmamak koşuluyla, akıl hastası, çocuk, sağır-dilsiz ve arızî neden etkisi altındaki kimse kasten hareket etmektedir ve bunun dolaylı faillik olarak kabulü ve düzenlenmesi son derece hatalı olmuştur. Maalesef CMK m. 223/3-a da aynı mantıkla ve hatalı olarak düzenlenmiştir; (...) kusur yeteneği olarak ifade edilen hususların varlığı hâlinde, ortada bir suç vardır ve iştirak kuralları işletilmelidir.”

<sup>591</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 352: “İsnat yeteneğinin yokluğu halinde kişi ‘pasif araç’, diğer hallerde ‘kusurlu araç’ olarak nitelendirilmektedir.”

<sup>592</sup> **TCK m. 61/10**: Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

<sup>593</sup> Toroslu/Toroslu, ss. 408-409; Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 109-111: “İtalyan Ceza Kanunu’nun ... 85. maddesini değerlendiren yazarlara göre, anlama ve isteme yeteneği bulunmayanların isnat

Ancak, biz, bu başlıkta yalnızca TCK m. 31 ilâ 34'te sıralanan nedenlerden (yaş küçüklüğünden, sağırlık ile dilsizlikten, akıl hastalığından ve kusur yeteneğinin geçici kaybına sebep hâllerden) söz edeceğiz.

## 2. TCK'de Sınırlı Bağlılık Kuralının Benimsenmiş Olmasından Kaynaklanan Sorunun “İradeye Hâkimiyet” Ölçütü ile Çözülmesi

Yasa koyucu “*Bağlılık kuralı*” kenar başlıklı TCK m. 40'ta sınırlı bağlılık kuralını benimsemiş olup Türk ceza hukukunda iştirakten söz edilebilmesi için “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir tipik fiilin varlığı gerekli ve yeterlidir. Buna göre, kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılan ve işlemeyi kastettiği suçu elverişli davranışlarla doğrudan doğruya icraya başlayan bir kimsenin fiili iştirake elverişlidir<sup>594,595,596</sup>. Diğer yandan, yasa koyucu “*Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*” şeklindeki TCK m. 37/2, c. 2<sup>597</sup>

---

*edilemez olduklarına dair genel kuralın, açıkça kanunda sayılmayan durumlar açısından da bağımsız bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde söz konusu hüküm, yalnızca retorik anlamında bir değer taşıyacaktır. (...) TCK açısından ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir, zira kanunumuzda isnat yeteneğine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte (...) doktrinde, ... kıyas yasağının ‘suç ve ceza içeren hükümlerle’ sınırlı olduğu, ... failin lehine ... kıyasa ceza hukukunda yer verilebileceği kabul edilmektedir. (...) Isnat yeteneğini tamamen kaldıran bir sebebin, benzer durumlarda kıyasen uygulanması mümkündür. (...) Buna karşın isnat yeteneğini azaltan ... bir sebep söz konusu olduğunda, aynı yorumu yapmak mümkün değildir. Şöyle ki; TCK’nın somut cezanın belirlenmesini düzenlediği 61. maddesinin onuncu fıkrasında; ‘kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.’ hükmü yer almaktadır. Bu itibarla, artık kıyas yoluyla, kanunda açıkça sayılmayan bazı hallerin isnat yeteneğini azalttığını kabul etmek suretiyle cezada indirimle gidilmesi mümkün olmayacaktır.’*

<sup>594</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 80; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 76; Önok, s. 283; Toroslu/Toroslu, s. 328; Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 66; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 91; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119.

<sup>595</sup> Kusur yeteneğinden yoksun bir kimseye suç işleyen kişinin yalnızca “dolaylı fail” sayılabileceği yolundaki görüş için bkz. İçel, s. 494. Buna yakın -kesinlikle katılmadığımız- bir başka görüş için bkz. Metiner/Koç, s. 1119: “*Asli failin kusur yeteneğine sahip olmaması nedeniyle cezalandırılmayacağı hâllerde onu suçta kullanan kişinin de cezalandırılmaması durumu dolaylı faillik kurumu ile engellenmekte olup bu kişinin cezalandırılması mümkün olmaktadır.*”

<sup>596</sup> Azmettirme ile dolaylı failliğin birbirinden farklı kavramlar olduğuna dikkat çekmekle birlikte bu iki kavramı özensizce kullanan ve “kusur yeteneğinden yoksun birini suça azmettiren kişinin işlenen suçun dolaylı faili sayılacağını” savunan yazarlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 949; Salman, s. 48; Metiner/Koç, ss. 1118-1119.

<sup>597</sup> Hükümün ceza siyaseti bakımından tahlili için bkz. “*TCK m. 37/2, c. 2 Hükümünün Ceza Siyaseti Bakımından Yerindeliği*” başlığı. Hükme dair kesinlikle katılmadığımız bir görüş için bkz. Hafızoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 338: “*Kanun ‘kusur yeteneği olmayanlar’ dediğine göre, bu kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda, ör., on iki yaşından küçük çocuk da, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş ama on beş yaşını doldurmamış olan da, fiili işlediği zaman on beş yaşını doldurmuş ama on sekiz yaşını doldurmamış olan kişi de ‘kusur yeteneği olmayan’ sayılmaktadır.*”

hükümüyle “kusur yeteneğinden yoksun kimselerin davranışlarının da suça vasıta kılınabileceğini” açıkça ifade etmiş; dahası, bu suretle dolaylı fail olanların cezasının ağırlaştırılmasını emretmiştir. TCK m. 40 ile TCK m. 37/2’nin birlikte yorumundan, kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılan bir şahsın suçuna iştirak edilebileceği gibi, bu durumdaki bir şahsın suça sevk edilmesinin de mümkün olduğu<sup>598,599,600,601</sup>; hangi durumda “iştirak”, hangi durumda “dolaylı faillik” hükümlerinin uygulanacağı meselesinin çözümünün ise doktrine ve uygulamaya bırakıldığı anlaşılmaktadır. Daha önce dikkat çekildiği üzere, bu mesele, TCK m. 37/2, c. 2 ve 38/1-3 hükümleri sebebiyle, sonuç cezanın tespiti bakımından da pratikte büyük önem taşımaktadır.

Bir kısım Alman ceza hukukçusunca savunulan ilk görüşe göre, kasıtlı bir suçun “tipik fiili gerçekleştirdiği esnada kusur yeteneğinden yoksun bulunan” bir şahsa işletildiği durumlarda; kural olarak önce dolaylı failliğin varlığı araştırılacak, irade hâkimiyetinin tespit edilemediği hâllerde şeriklik kurumuna başvurulacaktır<sup>602</sup>. Yine Alman doktrininde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, böyle bir durumda kural olarak şerikliğin varlığı kabul edilecek ve ancak şeriklikten söz edilemeyen hâllerde

<sup>598</sup> Aynı yönde bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 682; Aydın, **İştirak**, s. 149; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 80; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 563; Koca/Üzülmez, s. 403; Önok, s. 283; Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 716; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 68; Toroslu/Toroslu, s. 328; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 234; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119. Buna göre, “kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” hâllerinde “fail arkasındaki dolaylı faillik” söz konusudur.

<sup>599</sup> Kusur yeteneğinden yoksun bir kimseye suç işleten kişinin yalnızca “dolaylı fail” sayılabileceği yolundaki Yargıtay içtihadına da hâkim görüş için bkz. İçel, s. 494; Yıldız, “Dolayısıyla Faillik”, s. 238. Yıldız bu görüşünü 2007 tarihli eserinde değiştirmiştir. Bkz. Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119, dpn. 303: “*Bu konuda daha önce yaptığımız çalışmada öğretinin de etkisiyle kusur yeteneği (daha doğrusu ceza sorumluluğu) olmayan kimseleri suç işlemeye yönelten kimselerin eylemlerinin de dolaylı faillik olduğunu belirtmiş olmakla birlikte ...; bugün esas olarak bu kimselerin de tipe uygun hukuka aykırı eylemleri kasten gerçekleştirmelerinin ve dolayısıyla eylemlerinin suç oluşturmalarının mümkün olduğu; ancak bu kişilerin cezalandırılmasının ceza ehliyeti ve ceza sorumluluğuyla ilgili bir konu olduğu; bu nedenle de ceza sorumluluğu olmayan kimselerin de suç oluşturan eylemlerine katılmak mümkün olabileceğinden bunların gerçekleştirdiği her eyleme katılmanın dolaylı faillik olarak ele alınamayacağı kanısındayım.*”

<sup>600</sup> Kusur yeteneğinden yoksun bir kimseye suç işleten kişinin yalnızca “şerik” sayılabileceği yolundaki görüş için bkz. Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 66.

<sup>601</sup> Kusur yeteneğinden yoksun bir kimseye suç işleten kişinin yalnızca “doğrudan fail” sayılabileceği yolundaki ayrıkış görüşü için bkz. Schumann, ss. 105-107’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 199. Biz, kusur yeteneğinden yoksun bazı kişilerin iradeden de yoksun olduğunu, hukukî anlamda “davranış” gerçekleştiremediğini ve var olmayan bir irade üzerinde hâkimiyet kurulamayacağından bu durumdaki kişilerin sözde davranışlarının dolaylı faillığe esas teşkil edemeyeceğini düşünmekle beraber, Schumann’ın kusur yeteneğinden yoksun olanları kategorik olarak “iradeden de yoksun” kabul eden görüşüne katılmıyoruz.

<sup>602</sup> Blei, 1977, s. 231; Welzel, s. 103; **Verbrechenslehre**, s. 99, 100, 141; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 156-158; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 31; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 276’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 199.



dolaylı faillik kurumu işletilebilecektir<sup>603</sup>. Türk ceza hukuku öğretisinde savunulan bir görüşe göre, kusur yeteneğinin yokluğu dolaylı failliğin (irade hâkimiyetinin) varlığından söz etmek için tek başına yeterli olmayıp kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin iradesi cebir yahut hile gibi araçlarla hâkimiyet altına alınmadıkça –TCK m. 37/2 hükmüne değil- iştirak hükümlerine başvurulacaktır<sup>604</sup>. Türk ceza hukuku öğretisinde savunulan baskın görüşe göre ise, suçu işleyen kişinin “doğrudan failin kusur yeteneğinden yoksun olduğunu” bildiği hâllerde dolaylı faillik, aksi durumda ise şeriklik gündeme gelecektir<sup>605,606</sup>.

Şerik yalnızca “tipik fiile katkı niteliğindeki kişisel nedensel davranışı üzerinde” hâkim iken, dolaylı fail iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılarak “tipik fiil üzerinde” hâkimiyet kurmakta; dolaylı failin “suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme” iktidarına sahip olmasına karşılık, şerik bu iktidardan yoksun bulunmaktadır. Buna göre, tipik fiile hâkim olması sebebiyle suçun dolaylı faili hâline gelen bir kişinin, artık o suçun şeriki sayılmasına olanak yoktur. Fikrimizce, kusur yeteneğinden gerçekten yoksun bulunan ve davranışları suça vasıta kılınan bir kimsenin iradesinin hâkimiyet altına alındığı muhakkaktır. Ön plândaki şahsın kanunen “kusur yeteneğinden yoksun” farz edildiği hâllerde ise, “kusur yeteneğinden yoksunluğa ilişkin kanunî kesin karine”nin arka plândaki kişi bakımından “kesin bir faillik (fiil hâkimiyeti) karinesi” şeklinde anlaşılması ve bu

<sup>603</sup> Bockelmann/Volk, s. 181’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 199-200.

<sup>604</sup> Aynı yönde bkz. Yıldız, **Seminer Notları**, ss. 119-120: “Bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddede ... suç ortaklığı hükümlerinin uygulanabilmesi için kasten ve hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişinin ayrıca cezalandırılabilir olup olmadığını aramamıştır. Buna göre, tipe uygun hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren ve ceza sorumluluğu olmayan kişiyi suça azmettiren kişinin eylemi bu çerçevede cezalandırılacaktır. Buna karşı, ceza sorumluluğu olmayan kişilerin de somut olayda yanıtılmaları, cebir veya tehdit altında suç işletilmeleri vb. gibi bir durum gerçekleşirse, ancak bu durumda bu kişileri araç olarak kullanan kimselerin dolaylı fail olarak sorumlulukları gündeme gelebilecektir.”

<sup>605</sup> Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 149-152’den aktaran Koca/Üzülmez, s. 403. Aynı yönde bkz. Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 202; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 682; Çiçek, s. 94; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 80; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 563; Özen, **Genel Hükümler**, s. 637; Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 716; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 234; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 91. Ayrıca bkz. Önok, ss. 284-285: “Benim de katıldığım görüşe göre, eğer suça yönlendiren kişi, doğrudan failin kusur yeteneğinin bulunmadığını biliyorsa (ve bundan yararlanıyorsa), dolaylı faillikten bahsedilebilir; buna karşılık, ... bu durumunu bilmiyorsa, azmettirme söz konusudur. (...) Bunun da ötesinde, dolaylı faillikten bahsedebilmek için arka plândaki kişinin fiil egemenliğinin ağır basması gerektiğinden, ön plândaki kişinin kusur yeteneğinden yoksunluğu arka plândaki kişi tarafından bilinse bile; eğer zaten bir suç işleme kararı ön plândaki kişide mevcut olup arka plândaki kişi bunu sadece desteklemişse veyahut zaten işlenecek suçun işleniş biçimine dair bazı değişikliklere yol açmışsa, dolaylı faillik yoktur.”

<sup>606</sup> Aynı yönde bkz. Kühl, 2008, § 20, kn. 67’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 81.

kişinin -tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurmuş olsun veya olmasın- her hâlde “dolaylı fail” sayılması da “fiil hâkimiyeti” kuramıyla bağdaşmayacaktır.

Dolaylı faillik incelemesinde, fikrimizce, dolaylı failliğin esasını oluşturan “irade hâkimiyeti” ölçütü dikkate alınmalı ve ilkin “kusur yeteneğinden yoksun olduğu varsayılan suçlunun ‘tipik fiili gerçekleştirdiği esnada’ gerçekten kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığı” araştırılmalıdır<sup>607</sup>. Somut fiile ilişkin olarak yapılacak araştırma sonucunda ön plândaki failin “fiili işlediği esnada kusur yeteneğinden gerçekten yoksun olduğu” anlaşılırsa, “bu durumu bilen<sup>608</sup>” arka plândaki kişi, ön plândaki failin iradesi ve fiili üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “dolaylı fail” kabul edilmelidir<sup>609</sup>. Buna karşılık, TCK m. 31-34’teki varsayımlardan (kanunî kesin karinelere) yararlanan ön plândaki failin “gerçekte, fiili işlediği esnada kusur yeteneğine sahip olduğu”nın anlaşılması durumunda, bu şahıs tarafından işlenen suçun icrasına katkı sağlayan kişi, kural olarak iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmalı<sup>610</sup>; ön plândaki failin iradesi üzerinde cebir, hile veya diğer yollardan hâkimiyet kurulmuş olması hâlinde ise, yine dolaylı faillik kurumu işletilmelidir.

<sup>607</sup> Farklı görüş için bkz. Önok, s. 286: “... kanunî mutlak karine gereği algılama ve irade yeteneği bulunmadığı ve aksinin sorgulanmasına olanak dahi tanınmadığı bir sistem içerisinde, 12 yaşını doldurmuş çocuğun azmettirilmesinden bahsedilemez.”

<sup>608</sup> Dolaylı faillik için “doğrudan failin kusur yeteneğinden yoksun olduğunun arka plândaki kişi tarafından bilinmesi” gerektiği hususunda bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 89 ve Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: C. H. Beck, 2011, § 27, kn. 44’ten naklen Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 81: “Dolaylı failliğin sübjektif unsuru, araç olarak kullanılan kişinin içinde bulunduğu durumu, diğer bir ifadeyle araç olarak kullandığı kişinin kusurlu hareket etmediğini bilmeyi de kapsar. Dolayısıyla, arka plânda yer alan kişinin, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğinin bulunmadığını bilmemesi, dolaylı faillik kastıyla hareket etmediğini gösterir. (...) Suç işlerken bir başkasını araç olarak kullanma bilinciyle hareket etmeyen kişide, dolaylı faillik kastı yoktur.” Arka plândaki kişinin ön plândaki şahsı kusur yeteneğine sahip zannettiği hâllerde ise “şeriklik”ten söz edilecektir. Bu konuda bkz. “Ön Plândaki Şahsın Kusur Yeteneği Konusunda Hata” başlığı.

<sup>609</sup> Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 70-71: “... kendisine suç işletilen yaş küçüğünün anlama ve isteme yeteneği varsa, bu durumda ona suç işleten kişi azmettiren olarak sorumlu tutulabilir. Buna karşın, yaş küçüğünün anlama ve isteme yeteneğinin bulunmadığı durumlarda, TCK md. 37/2 gereği, suçun işlenmesinde kusur yeteneği bulunmayan yaş küçüğünü kullanan kişi dolaylı faildir ve bu sıfatla cezası artırılacaktır.” Yine bu yönde bkz. Adolf Schönke / Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28. Auflage, München: C. H. Beck, 2010, § 25, kn. 39’dan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 683.

<sup>610</sup> Buna yakın bir görüş için bkz. Jakobs, s. 21; Jescheck, 1988, s. 601; Welzel, s. 103’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 199.

### 3. Kusur Yeteneğinden Yoksun Çocuğun Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Asırlardır, farklı devletlerin ceza kanunlarında, yaş küçüklüğünün<sup>611</sup> kusur yeteneğiyle ilişkisine dair bazı düzenlemelere yer verilmiş<sup>612</sup>; farklı yaş aralıklarındaki çocuklar için, farklı sorumluluk dereceleri öngörülmüştür<sup>613</sup>. Yasa koyucumuz da, hukukî güvenlik ve uygulamada yeknesaklık sağlamak adına<sup>614</sup>, TCK m. 31’de kronolojik ölçütü benimseyerek çocukları “0-12 yaş arası çocuklar”, “12-15 yaş arası çocuklar”, “15-18 yaş arası çocuklar” olmak üzere üç gruba ayırmıştır. Bu sınıflandırmada, yasa koyucu; ilk gruptakilerin kusur yeteneğinden yoksun olduğuna dair kesin bir karine (varsayım, faraziye, fiksiyon; *presunzione*<sup>615</sup>) ortaya koyarken, ikinci gruptaki çocukların zayıf da olsa kusur yeteneğine sahip olduğuna dair adı (aksi iddia ve ispat edilebilir) bir karine yaratmış, üçüncü gruptakilerinse yine -çocuk olmayan birine nazaran- zayıf bir kusur yeteneğine sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, bunlar bakımından “yaş küçüklüğüne bağlı isnat edilemezlik” savunmasına imkân vermemiştir<sup>616</sup>. Bu son gruptakilerin “akıl hastalığına yahut sair bir sebebe bağlı isnat edilemezlik” savunması yapmasına ise, şüphesiz, bir engel yoktur.

Kabul ettiğimiz tanımlara göre, doğrudan fail “ceza normunda yasaklanan haksızlığı (suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını) doğrudan doğruya<sup>617</sup>, tek

<sup>611</sup> İtalyan ceza hukukunda “yaş küçüklüğü (*la minore età*)” hakkında bkz. Antolisei, 2003, ss. 623-627.

<sup>612</sup> Antolisei, 2003, s. 623; Giuseppe Bettiol, **Diritto Penale**, 7. Edizione, Padova: CEDAM, 1969, s. 376; Mantovani, 2009, s. 662’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 123.

<sup>613</sup> Alfredo Jannitti Piromallo, **Elementi di Diritto Penale**, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firenze, 1936, s. 89’den naklen Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 122, dpn. 319: “... yaşlılık ise akıl hastalığı kabul edilebilecek biçimde kişiyi anlama ve isteme yeteneğinden mahrum etmesi durumunda önem arz etmektedir.”

<sup>614</sup> Mantovani, 2009, s. 662’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 123.

<sup>615</sup> İCK m. 97’de 14 yaşından küçük çocukların kusur yeteneğinden yoksun olduğu farz edilmiştir. Ayrıntı için bkz. Antolisei, 2003, s. 624.

<sup>616</sup> Kesinlikle katılmadığımız bir görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 338: “Kanun ‘kusur yeteneği olmayanlar’ dediğine göre, bu kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda, ör., on iki yaşından küçük çocuk da, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş ama on beş yaşını doldurmamış olan da, fiili işlediği zaman on beş yaşını doldurmuş ama on sekiz yaşını doldurmamış olan kişi de ‘kusur yeteneği olmayan’ sayılmaktadır.”

<sup>617</sup> Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 91: “... yasada tanımlanan suçu doğrudan doğruya işleyen eylemi yerine getiren kişi dolaylı faildir.”

başına<sup>618</sup> (veya ortak suç işleme iradesiyle hareket etmediği kimselerle yan yana) ve bizzat<sup>619</sup> gerçekleştiren ve suça özgü maddî ve manevî tüm faillik niteliklerini taşıyan<sup>620</sup> gerçek kişi”yi, dolaylı fail ise “iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını ‘işlemeyi kastettiği’ suça vasıta kılan gerçek kişi”yi ifade etmektedir. Buna göre, örneğin hukuka aykırı tipik fiili tüm objektif ve sübjektif unsurlarıyla işleyen on bir yaşındaki bir çocuk, TCK m. 31/1’deki varsayım sebebiyle kınanamamakta ve cezalandırılmamakta ise de, işlediği kusursuz haksızlığın doğrudan failidir<sup>621</sup>. Bir çocuğa suç işleten bir kimsenin “işlenen suçun dolaylı faili” kabul edilebilmesi içinse, “fiil hâkimiyeti” kuramı uyarınca, çocuğun iradesine kasten hâkim olması ve davranışlarını suça vasıta kılması gerekmektedir. Bir çocuğun iradesine cebir yahut hileye başvurulmak suretiyle hâkim olunması şüphesiz mümkün ise de, “kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” için çocuğun -karineten değil- gerçekten kusur yeteneğinden yoksun olması ve çocuğa suç işleten kişinin bu durumu bilmesi şarttır<sup>622</sup>.

Bu çerçevede, bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyerek TCK m. 244/1’i ihlâl eden ve fiilinin antisosyallığını kavrayabilen on yaşındaki usta bir *hacker*, gerçekte davranışlarını bu kavrayışa göre yönlendirme yeteneğine sahip olsa dahi, TCK m. 31/1’deki faraziyeden yararlanarak cezasız kalacak; çocuğu bu suça “maddî menfaat” sağlama vaadiyle sürükleyen kişi ise, suçun dolaylı faili değil, şeriki (azmettiren ve yardım eden) olacaktır<sup>623,624</sup>. Buna karşılık, on dört yaşında

<sup>618</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, s. 942; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 729; Koca/Üzülmez, s. 392; Metiner/Koç, s. 1112.

<sup>619</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 192; Özkan, **Azmettirme**, s. 20. Yine bkz. Fornasari, **I Principi del Diritto Penale Tedesco**, s. 427’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>620</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 543’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 79.

<sup>621</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 281; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119: “... ceza sorumluluğu olmayan kişiler (on iki yaşını doldurmamış çocuk, on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsiz, akıl hastası gibi) esasen tipik hukuka aykırı eylemi kasten gerçekleştirebilmekte ve eylemleri suç oluşturmakta; ancak kasten gerçekleştirdikleri bu eylemlerine rağmen ceza sorumluluklarının bulunmaması nedeniyle kendileri hakkında bir cezaya hükmedilememektedir.”

<sup>622</sup> Farklı görüş için bkz. Önok, s. 286.

<sup>623</sup> Ön plândaki çocuğun 12 yaşından küçük olduğu her hâlde dolaylı faillik kurumunun işletileceği yolundaki bazı Yargıtay kararları için Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, ss. 254-256’dan naklen bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 18/12/2013, E. 2011/12766, K. 2013/25676; **Yargıtay 6. CD**, T. 30/04/2014, E. 2012/2493, K. 2014/8764; **Yargıtay 6. CD**, T. 24/06/2014, E. 2012/6508, K. 2014/13105; **Yargıtay 13. CD**, T. 10/10/2012, E. 2011/16513, K. 2012/20933; **Yargıtay 13. CD**, T. 29/04/2015, E. 2014/22255, K. 2015/8049. Son kararın tahlili için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 526-527, dpn. 1004: “Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 29.04.2015 tarihli ...

olmasına rağmen işlediği fiilin sosyal değersizliğini kavrayamayan ve dolayısıyla “kusur yeteneğinden yoksun” bulunan bir çocuğu suça sevk eden kişi, çocuğun iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle, “işlenen suçun dolaylı faili” hâline gelecektir. Antisosyalliğini kavradığı bir fiili işlemekten kendisini alıkoyamayan (davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendiremeyen) çocuk keza “kusur” yeteneğinden yoksun olup bu durumdaki bir çocuğu kusursuz bir haksızlığı işlemeye sevk eden kişi de yine “işlenen suçun dolaylı faili” olacaktır<sup>625</sup>.

kararına konu ... olayda A, henüz 12 yaşını doldurmamış olan oğlu B ile birlikte, bir alışveriş merkezindeki kafeteryada hırsızlık yapar. A ‘perdeleme’ görevi yaparken, B sandalyenin koluna asılı bulunan bir başkasına ait çantayı aşırır. (...) Esas Mahkemesi ... çocuğunu hırsızlık suçunu işlemeye azmettirmiş olması dolayısıyla, TCK m. 38, f. 2 hükmü gereği olarak A hakkında verilen cezayı 1/3 oranında artırmıştır. 13. CD ise, A’nın bu olayda dolaylı fail olduğunu, bu nedenle hakkında belirlenen cezanın TCK m. 38, f. 2 hükmü gereği olarak değil, m. 37, f. 2 hükmü gereği olarak artırılması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Bu olayda A, oğlu B’yi sadece yönlendirmekle yetinmemiş, fiilin icrası sırasında B üzerinde hâkimiyet de tesis etmiştir. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine ya da davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğine sahip olmayan bir çocuk bakımından azmettirmeden değil, ancak yönlendirmeden söz edilebilir. Bu nedenle, 13. Ceza Dairesinin ... içtihadı doğrudur. ... A’yı dolaylı fail olarak sorumlu tutmak gerekir. Ancak A ... ‘perdeleme’ ... yapmak suretiyle ... hırsızlık suçunun icrasında aynı zamanda doğrudan fail olarak da görev almıştır. A’nın hırsızlık suçunun icrası sırasında görev üstlenmiş olması, bu suçun işlenmesinde ... B’yi araç olarak kullanmış olması dolayısıyla, hakkında verilen cezanın TCK m. 37, f. 2 hükmüne istinaden artırılmasına engel teşkil etmez. Bu itibarla da, 13. Ceza Dairesinin söz konusu kararı doğrudur. (...) Çocuk olmasına rağmen failin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve ... davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğine sahip olması hâlinde, A’nın azmettirmesinden söz etmek mümkün olurdu. Üçüncü yaş grubuna giren çocukları bu çerçevede düşünmek gerekir. (...) Karara konu ... olayda ise çocuk (B) henüz 12 yaşını doldurmamıştır. (...) bu olayda azmettiren-azmettirilen ilişkisinden söz edilemez.” Yine bu yönde bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 528, dpn. 1004: “... 6. Ceza Dairesi, benzer bir olayda açıklamalarımıza uygun yönde içtihatla bulunmuştur. Dairenin 24.06.2014 tarihli ve E. 2012/6508, K. 2014/13105 sayılı kararına konu ... olayda, Erdal ve Songül, çalıntı plâkalı bir araçla müşterinin fidan satışı yapan işyerine gelirler; yanlarında da 12 yaşından küçük olan Sami’yi getirirler. Erdal ve Songül dışarıda beklerken, Sami’yi müşterinin işyerine gönderirler. Sami, kendisine verilen talimat doğrultusunda, müştekiye dışarıda bekleyenlerin anne ve babası olduğunu ve fidan bakacaklarını söyler. Bunun üzerine dışarı çıkan müşteki, fidan fiyatlarını soran Erdal ve Songül ile meşgul olurken, Sami, işyerinde masa üzerinde duran müştekiye ait cep telefonunu çalar. Daire bu olayda Erdal ve Songül’ün ... haklarında verilen cezanın TCK’nın 37. maddesinin ikinci fıkrası ... gereğince artırılması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur.” Bir başka örnek karar için bkz. Yargıtay 13. CD, T. 13/03/2019, E. 2018/10887, K. 2019/3772: “Olay yerinde olan sanığın, suçun işlenmesinde kullandığı çocuklardan birinin 2001 doğumlu olup suç tarihinde 9 yaşında olduğu ve kusur yeteneği olmadığı gözetildiğinde, sanığın ‘azmettiren’ değil, ‘dolaylı fail’ sıfatını haiz olduğu gözetilmeden, 5237 sayılı TCK’nın 37/2. maddesi yerinde 38/2. maddesi sevkiyle uygulama yapılması ... bozmayı gerektirmiş ...”

<sup>624</sup> Ön plândaki çocuğun 12 yaşından küçük olduğu her hâlde dolaylı faillik kurumunun işletileceği yolundaki aksi görüş için bkz. İçel, s. 494; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 526; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 526-527, dpn. 1004. Yine bkz. Majno, s. 330: “Münakaşası kabil olmayan esaslara istinaden, yaş dolayısıyla gayri mesul olan kimselere yaptırılan hırsızlık fiillerinde, hırsızlığı teşvik eden kimsenin hırsızlığın faili olduğuna karar verilmiştir.” Ayrıca bkz. Çiçek, s. 95. 15 yaşından küçük sağır ve dilsizler bakımından ise, yazar, anılan görüşüyle tutarsız ve fakat bu defa isabetli bir şekilde “irade hâkimiyeti” ölçütüne dikkat çekmiş; irade hâkimiyetinin söz konusu olmadığı hâllerde dolaylı faillikten de söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Çiçek, s. 97.

<sup>625</sup> Aynı yönde bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 201-202. Katıldığımız bir karar eleştirisi için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 527, dpn. 1004: “(...) Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, benzer bir olayda farklı yönde içtihatla bulunmuştur. (04.12.2014, E. 2012/23727, K. 2014/21476.) Karara konu ... olayda C, 12 yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz 15 yaşını

Öğretide Roxin'den esinle savunulan bir düşünceye göre, kendisini tipik fiili işlemekten alıkoyamayan ve suç işleme kararını bizzat almış bulunan bir kimseye yardım eden kişi, işlenen suçun dolaylı faili değil, ancak şeriki sayılabilecektir<sup>626</sup>. Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, suç yolunun başında, hattâ ortasında olsa dahi, kusur yeteneğinden yoksun bulunan bir kimseyi suç yolunda ilerlemeye sevk eden kişi, bu nitelikteki davranışlarıyla ön plândaki failin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmakta, “tipikliğin gerçekleşmesi sürecine hükmetmeye (suçu işleyebilmeye, geciktirebilmeye ve önleyebilmeye) muktedir” hâle gelmektedir. Bu nedenle, anlama ve/veya isteme yeteneğinden yoksun olmakla birlikte suç işleme düşüncesi yahut kararı bulunan veya bu kararı doğrudan doğruya icraya başlamış olan bir çocuğu suç yolunun sonuna dek gitmeye sevk eden kişi, “yardım eden (teşvik eden, karar kuvvetlendiren vs.)” olarak değil, her hâlde “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulacaktır<sup>627</sup>.

İradenin bulunmadığı (bilinç seviyesinin son derece düşük olduğu ve davranışı doğa olaylarından ayırmayı sağlayacak asgarî psikolojik içeriğin dahi söz konusu olmadığı) hâllerde “davranış”tan, “suçun maddî unsuru”ndan, “fiil”den ve dolayısıyla “suç”tan da söz edilemeyeceğinden<sup>628</sup>; örneğin kas hareketliliği veya hareketsizliği hukukî anlamda “davranış (hareket veya ihmâl)” addedilemeyen bir

---

*tamamlamamış olan kardeşi D ile birlikte hırsızlık yaparlar. Kararda ... D'nin işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayacak olgunluğa henüz ulaşmadığı kabul edilmiştir. Bu olayda, C gözcülük yapar; D de park hâlinde ve kapısı kilitli olan aracın kapısını açarak teybini alır. Daire bu olayda, A'nın ... 'doğrudan fail' olduğunu kabul eder.(...) Şayet D'nin ... algılama yeteneğinin gelişmediği kabul edilmiş ise, bu durumda, ... C'nin D'yi hırsızlık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanmış olduğunu kabul etmek ve ... C'yi dolaylı fail olarak sorumlu tutmak gerekir. (...) C'nin fiilin icrası sırasında görev üstlenmiş olması, ..., hakkında verilecek cezanın TCK m. 37, f. 2 hükmüne istinaden artırılmasına engel teşkil etmez. Bu nedenle, 6. Ceza Dairesinin ... kararını doğru bulmamaktayız. Ayrıca (...) kilitli ... aracın kapısının çeşitli teknikler kullanarak açılmasını sağlayabilecek marifeti gösteren bir kişinin ... algılama yeteneğinin olmadığı yönündeki kabul bir sorun olduğunu düşünmekteyiz. Bu olay bakımından ancak D'nin ağabeyi C tarafından ... yönlendirilerek hırsızlık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılmasından söz edilebilir. ... suçun işlenmesi D'nin inisiyatifine havale edilmemiştir; C, suçun işlenmesi sürecine başından sonuna kadar vaziyet etmiştir. Başka bir ifadeyle, bu olayda, D'nin ... algılama yeteneğine sahip olmasına rağmen, ancak ağabeyi C'nin üzerinde tesis ettiği hâkimiyet dolayısıyla davranışlarını hukuk icaplarına göre yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkmış olmasından söz edilebilir.”*

<sup>626</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 235, 236, 239'dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 202.

<sup>627</sup> Aynı yönde bkz. Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 30'dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 202.

<sup>628</sup> Petrocelli, s. 252'den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 204.

yaşındaki bir çocuğun<sup>629</sup> “iradesinin hâkimiyet altına alındığından” ve “davranışlarının suça vasıta kılındığından” bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, iradeden yoksun bulunan çocuk hakkında güvenlik tedbirlerine dahi başvurulamayacak, böyle bir çocuğu suçta alelade bir nesne gibi kullanan kişi ise “işlenen suçun doğrudan faili” olarak cezalandırılacaktır<sup>630</sup>. Çocuğun iradeden yoksun olup olmadığı ise bilirkişilerce saptanacaktır<sup>631</sup>.

Kusur yeteneğinden yoksun bulunan çocuğun iradesine hâkim olup davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır<sup>632</sup>. (TCK m. 37/2, c. 2) Buna karşılık, anılan fıkra tümüyle dolaylı faillığe ilişkin olduğundan, kusur yeteneğinden yoksun çocuğun bir suçun icrasında alelade bir nesne gibi kullanıldığı “doğrudan faillik” hâllerinde, ikinci cümledeki ceza artırımını uygulanamayacaktır. Keza, kusur yeteneği “azalmış” olan çocukların suça sevk edilmesi durumunda da TCK m. 37/2, c. 2 işletilemeyecektir<sup>633</sup>.

#### 4. Kusur Yeteneğinden Yoksun Akıl Hastasının Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Yasa koyucu, akıl hastalığını TCK m. 32’de<sup>634</sup> “kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan bir neden” olarak düzenlemiştir; ilk fıkrada “*akıl hastalığı nedeniyle, işlediği*

<sup>629</sup> Aynı yönde bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 205: “... bir yaşındaki çocuğun hareketinin ceza hukuku tarafından bir davranış olarak nazara alınması ve buna herhangi bir sonuç bağlanması mümkün değildir.”

<sup>630</sup> Schumann, ss. 105-107’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 171, dpn. 23: “... Schumann, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı sebebiyle kusur yeteneği bulunmayan bir şahsın ceza hukuku telâkkilerine göre bir hareketinin varlığından bahsedilemeyeceği ve bu nedenle de, akıl hastası veya yaş küçüğünü bir suçun işlenişinde her ne surette olursa olsun vasıta olarak kullanan arka plândaki şahsın doğrudan fail olacağı kanaatindedir.”

<sup>631</sup> **CMK m. 63/1, c. 1**: Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir.

<sup>632</sup> **Yargıtay 2. CD**, T. 19/04/2017, E. 2017/2160, K. 2017/4471: “Sanığın 10 yaşındaki kızını kullanarak fuar alanında standın üzerinde bulunan çantayı aldırması eyleminin, TCK’nın 37/2 maddesi gereğince, işlediği fiilin haksızlığını veya hukuki anlamını bilemeyecek olan küçüğe suçun işletilmesi durumunda dolaylı faillik söz konusu olacağından sanık hakkında hırsızlık suçundan hüküm kurulurken TCK’nın 37/2 maddesi gereğince uygulama yapılmayarak yazılı şekilde eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış ...”

<sup>633</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 83.

<sup>634</sup> Düzenlemeye yönelik haklı bir eleştiri için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 130 ve dpn. 342: “Bu düzenlemeyle ilgili olarak ortaya konulması gereken öncelikli husus, ‘akıl hastalığı’ ifadesinin isabetli olmadığıdır. Bunun sebebi, kişinin anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıracak ve fakat tıbbi

*fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi*” hakkında ceza yerine güvenlik tedbirine hükmolunmasını, ikinci fıkrada ise “*bu derecede olmamakla birlikte, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi*”nin cezasının indirilmesini emretmiştir<sup>635</sup>. Buna göre, Kanun, akıl hastalıklarını “işlenen fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılamaya engel akıl hastalıkları”, “işlenen fiille ilgili olarak davranışları yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltan akıl hastalıkları” ve “işlenen fiille ilgili olarak davranışları yönlendirme yeteneğini orta derecede azaltan akıl hastalıkları” olmak üzere, üç kategoriye ayırmıştır<sup>636,637</sup>. Öte yandan, kişiyi iradeden ve dolayısıyla hukukî anlamda “davranış” gerçekleştirme yeteneğinden yoksun kılan akıl hastalıkları da mevcuttur.

Bir kimsenin kusur yeteneği, kural olarak, işlediği her suç için, somut olayın şartları göz önüne alınarak tespit edilmekte<sup>638</sup>; yasa koyucunun kusur yeteneğinin yokluğu hususunda bir varsayım (faraziye, kanunî kesin karine) yarattığı hâller, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Akıl hastalığının kusur yeteneği üzerindeki

*anlamda bir hastalık olarak nitelendirilemeyecek durumların da söz konusu olabilmeleridir. Yukarıda açıklandığı üzere, isnat yeteneğinin tamamen kalkması hâlinde kıyas yöntemiyle bu durumların da akıl hastalığı kapsamında değerlendirilmesi ve süjeye ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanması mümkün olabilecektir. Ancak isnat yeteneğini kısmî şekilde ortadan kaldıran ve klinik açıdan akıl hastalığı teşkil etmeyen bir durum söz konusu olduğunda, süjenin cezalandırılması kaçınılmaz olacaktır. (...) Aynı konuyu düzenleyen İCK'nin 88 ve devamı maddelerinde, akıl hastalığından daha geniş bir anlam ifade eden ‘vizio di mente’, yani ... zihinsel bozukluk ... ifadesi kullanılmıştır.”*

<sup>635</sup> Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 129.

<sup>636</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 370.

<sup>637</sup> “Tam-kısmî akıl hastalığı” ayrımını kabul eden bazı yazarlar için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, ss. 372-376; Toroslu/Toroslu, ss. 413-414. Bizim de katıldığımız aksi görüş için bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Ahmet Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: 1, Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2009, s. 805; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 396; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 71; Koca/Üzülmez, s. 311: “Akıl hastalığını ‘tam’ ve ‘kısmî’ akıl hastalığı olarak ikiye ayırmak doğru değildir. Bir insan ya akıl hastasıdır veya değildir. Hukuken önemli olan husus, akıl hastalığının algılama ve irade yeteneği üzerinde ne derecede etkili olduğudur. Bu itibarla, akıl hastalığının kusur yeteneği üzerindeki etkisi bir derecelendirmeye tâbî tutulabilir ve akıl hastalığının kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığından veya azalttığından bahsedilebilir.” Bu konuda ayrıca bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 131: “... bir kimsenin kısmen hasta kısmen sağlıklı olamayacağı doğru ise de, bir hastalığın isnat yeteneğine etkisinin yoğunluğu nazara alınarak yapılan tam-kısmî akıl hastalığı ayrımına ... TCK'nin yer vermediği söylenemez. Bununla birlikte, yanlış anlamaya yol açmamak adına, söz konusu ayrımın tam isnat edilebilirlik-kısmî isnat edilebilirlik olarak adlandırılması daha isabetli olur.” Ayrıca bkz. **Yargıtay CGK**, T. 05/12/2019, E. 2018/255, K. 2019/696: “... akıl hastalığı kişinin işlediği her fiil açısından algılama veya irade yeteneği üzerinde etkili olmayabilir. Örneğin, kleptomani akıl hastası olan kişinin hafif değerlerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir. Ancak, bu kişinin kasten adam öldürme suçunu işlemesi durumunda, malûl olduğu akıl hastalığı bu fiille ilgili olarak algılama ya da irade yeteneğini etkilemez.”

<sup>638</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 374; Toroslu/Toroslu, s. 412.



etkisinin tespiti bakımından karma<sup>639</sup> sistemi benimseyen ve bu konuda herhangi bir varsayıma yer vermeyen<sup>640</sup> TCK'ye göre, bir suçun failine “akıl hastalığı” sebebiyle ceza verilmemesi için, akıl hastalığının “suçun işlendiği esnada” var olması<sup>641</sup> ve somut olayda kişinin “kusur yeteneğini tamamen kaldırması” veya “isteme yeteneğini önemli ölçüde azaltması<sup>642</sup>” zorunludur. Buna göre, yasa koyucunun, anlama -ve dolayısıyla kusur- yeteneğinden yoksun bulunan birinci kategori akıl hastalarının yanı sıra, ikinci kategori (kusur yeteneği önemli derecede zayıflamış) akıl hastalarını da cezaî açıdan sorumsuz kabul ettiği söylenebilir. Birinci kategoride yer alan (irade sahibi, fakat anlama yeteneğinden yoksun) bir akıl hastasını suça sevk eden kişinin, akıl hastasının iradesi ve fiili üzerinde her hâlde hâkimiyet kurmuş olacağına ise şüphe yoktur. Keza, fiilin antisosyal niteliğini kavramakla birlikte, kendisini hırsızlık yapmaktan alıkoyamayan bir kleptomani bir başkasının taşınır malını çalmaya sevk eden kişi de “işlenen suçların dolaylı faili” sayılacaktır.

Suçun icrasına başlamış olan kusur yeteneğinden yoksun bir akıl hastasını suç yolunun sonuna dek gitmeye sevk eden kişi, akıl hastasının iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle, “yardım eden” olarak değil, “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>643</sup>. Örneğin, bir galon benzini C'nin arabasına boca eden ve arabayı kibritle ateşe vermeye hazırlanan piroman B'ye “piroman olduğunu bilerek” çakmak temin eden A'nın durumu böyledir.

<sup>639</sup> Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 129-130: “Akıl hastalığının isnat yeteneği üzerindeki etkisinin düzenlenmesi açısından üç temel sistemden söz edilebilir. Bunlardan ilki, sorumluluğu kaldıran aklı ve ruhî hâlleri tıbbî terimler kullanmak suretiyle ortaya koyan biyolojik sistem; bir diğeri, hangi hastalıkların veya durumların isnat yeteneğini kaldıracağını belirtmeden, yalnızca hangi sebeple olursa olsun anlama ve isteme yeteneğinin tamamen veya kısmen ortadan kalkmış olmasını arayan psikolojik sistem; sonuncusu ise, hem patolojik-biyolojik bir durumun varlığını arayan hem de bunun kişinin irade özgürlüğünü etkileyip etkilemediğinin araştırılmasını şart koşan karma sistemdir. Türk Ceza Kanunu'nun da bu son sistemi benimsediği kabul edilmektedir.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, ss. 370-371; Ünver, **Akıl Hastalığı**, ss. 85-91.

<sup>640</sup> Toroslu/Toroslu, s. 412.

<sup>641</sup> Koca/Üzülmez, s. 309; Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 129; Toroslu/Toroslu, s. 412; Ünver, **Akıl Hastalığı**, ss. 113-119.

<sup>642</sup> Bu olasılığı kabul etmeyen görüş için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 129: “Akıl hastalığı dolayısıyla kişiye ceza verilmemesi, akıl hastalığının fiilin işlendiği sırada var olmasına ve aynı zamanda ... anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldırmasına bağlıdır.”

<sup>643</sup> Farklı görüş için bkz. Önok, ss. 284-285: “... ön plândaki kişinin kusur yeteneğinden yoksunluğu arka plândaki kişi tarafından bilinse bile; eğer zaten bir suç işleme kararı ön plândaki kişide mevcut olup arka plândaki kişi bunu sadece desteklemişse veyahut zaten işlenecek suçun işleniş biçimine dair bazı değişikliklere yol açmışsa, dolaylı faillik yoktur.”

İradenin bulunmadığı hâllerde “davranış”tan, “suçun maddî unsuru”ndan, “fiil”den ve dolayısıyla “suç”tan da söz edilemeyeceğinden<sup>644</sup>; kas hareketliliğinin veya hareketsizliğinin hukukî anlamda “davranış (hareket veya ihmâl)” sayılmasını önleyecek nitelikte ve nicelikte bir akıl hastalığından mustarip bir kimsenin “iradesinin hâkimiyet altına alındığından” ve “davranışlarının suça vasıta kılındığından” bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, iradeden yoksun akıl hastası hakkında güvenlik tedbirlerine dahi başvurulamayacak, böyle bir kimseyi suçta alelade bir nesne gibi kullanan kişi ise “işlenen suçun doğrudan faili” olarak cezalandırılacaktır<sup>645,646</sup>.

TCK m. 175 hükmüne göre, “*Aklıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmâl eden kişi, altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.*” Objektif sorumluluk yarattığı iddiasıyla haksız eleştirilere<sup>647</sup> uğrayan bu hüküm, bakım ve gözetimle yükümlü kişiyi, akıl hastasının işlediği fiilden değil, kendi ihmâlî davranışından sorumlu tutmaktadır. Buna göre, anılan norm, “suç ve cezaların şahsîliği” ilkesine uygun olup bakım ve gözetim yükümlüsünü “akıl hastasınca işlenen suçun dolaylı faili” değil, “kendi işlediği gerçek<sup>648</sup> ihmâlî suçun doğrudan faili” olarak cezalandırmaktadır<sup>649</sup>. Bununla birlikte, akıl hastasının iradesi üzerinde bir şekilde (örneğin kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanarak ve/veya cebren) hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kılması hâlinde, bakım ve gözetim yükümlüsünün “işlenen suçun dolaylı faili” kabul edileceği ve cezasının TCK m. 37/2, c. 2 uyarınca ağırlaştırılacağı kuşkusuzdur<sup>650</sup>.

<sup>644</sup> Petrocelli, s. 252’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 204.

<sup>645</sup> Stratenwerth, 1981, kn. 763’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 171, 201.

<sup>646</sup> Schumann, ss. 105-107’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 171, dpn. 23: “... *Schumann, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı sebebiyle kusur yeteneği bulunmayan bir şahsın ceza hukuku telâkkilerine göre bir hareketinin varlığından bahsedilemeyeceği ve bu nedenle de, akıl hastası veya yaş küçüğünü bir suçun işlenişinde her ne surette olursa olsun vasıta olarak kullanan arka plândaki şahsın doğrudan fail olacağı kanaatindedir.*”

<sup>647</sup> Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 44.

<sup>648</sup> Vesile Sonay Evik, **Aklıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlâli**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 107.

<sup>649</sup> Aynı yönde bkz. Aydın, **İştirak**, s. 149, dpn. 338; Karabeyeser, “Suça İştirak”, s. 62

<sup>650</sup> Demirbaş, s. 515; Evik, **Aklıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlâli**, s. 113.

Nihayet, kusur yeteneğinden “yoksun” akıl hastasının iradesine hâkim olup davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. (TCK m. 37/2, c. 2) Buna karşılık, anılan fıkra tümüyle dolaylı faillığe ilişkin olduğundan, kusur yeteneğinden yoksun akıl hastasının bir suçun icrasında alelade bir nesne gibi kullanıldığı “doğrudan faillik” hâllerinde, ikinci cümledeki ceza artırımı uygulanamayacaktır. Keza, kusur yeteneği “azalmış” akıl hastalarının suça sevk edilmesi durumunda da TCK m. 37/2, c. 2 işletilemeyecektir<sup>651</sup>.

##### 5. Kusur Yeteneğinden Yoksun Sağır ve Dilsizin Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

“Sağırılık ve dilsizlik<sup>652</sup>,” insanın psişik açıdan yeterince olgunlaşmasını engelleyen duyuşal bir bozukluk<sup>653</sup> olup bu bozukluktan mustarip kimselerin antisosyal fiilleri işleme eğilimi sağlıklı bireylere kıyasla daha yüksektir<sup>654</sup>.

TCK m. 33 uyarınca, *“Bu Kanunun, fiili işlediğı sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.”* Yine kronolojik ölçütün benimsendiğı bu düzenleme gereğince; sağır ve dilsizlerin cezaî sorumluluğı TCK m. 31’e göre, sağır ve dilsiz bir kimseye suç işletenlerin cezaî sorumluluğı ise yine çocuklara suç işletenlerin sorumluluğına ilişkin olarak saptadığımız esaslara göre belirlenecektir.

Yasa koyucu, 765 sayılı TCK m. 58/son’dan farklı olarak, TCK m. 33’te 21 yaşından büyük sağır ve dilsizler bakımından “yaş ile sağır ve dilsizliğe bağılı isnat

<sup>651</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 83.

<sup>652</sup> İtalyan ceza hukukunda “sağırılık ve dilsizlik (*il sordomutismo*)” hakkında bkz. Antolisei, 2003, ss. 634-636.

<sup>653</sup> Mantovani, 2009, s. 667’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneğı**, s. 127.

<sup>654</sup> Francesco Antolisei, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 14. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1997, ss. 630-631’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneğı**, s. 127.

edilemezlik” savunmasına olanak tanımamıştır. Bununla birlikte, madde gerekçesinde de işaret edildiği gibi<sup>655</sup>, bu durumdaki kişilerin “akıl hastalığına yahut diğer bir sebebe bağlı isnat edilemezlik” savunması yapmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>656</sup>. Bu gibi hâllerde TCK m. 32’nin işletilmesi, duysal bir bozukluk olan sağır ve dilsizliğin akıl hastalığı olmasından değil, kişinin psikik gelişimini engelleyerek akıl hastalığına yol açmasından ileri gelmektedir<sup>657</sup>.

## 6. Kusur Yeteneği Zayıf Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Anlama ve isteme yeteneklerinden birinin yokluğu dahi kişiyi “kusur yeteneğinden yoksun” kılmaya yetmektedir<sup>658</sup>. Buna göre, fiilinin antisosyalliğini çok iyi kavrayabilen, fakat isteme yeteneğinden yoksun bir kleptoman<sup>659</sup> gibi, her iki yetenekten birden yoksun bulunan idiot<sup>660</sup> bir kimse de işlediği haksızlık sebebiyle kınanamamakta; gerek kleptomanın gerekse idiotun iradesi üzerinde hâkimiyet kuran kişi, bu şahıslarca işlenen kusursuz haksızlıkların dolaylı faili olmaktadır. Bu yeteneklerin her ikisine birden sahip bulunan, fakat iki yeteneğinden en az biri “tam” olmayan kişiler ise “kusur yeteneği zayıf kişiler” olarak cezalandırılmakta; fakat kınama yargısının görece hafifliği sebebiyle bu kişilerin cezalarında takdirî veya zorunlu indirim yapılmaktadır. Örneğin, on yedi yaşındaki bir çocuğun (TCK m. 31/3), yirmi yaşındaki bir sağır ve dilsizin (TCK m. 33 sevkiyle m. 31/3) yahut üçüncü kategoride yer alan bir akıl hastasının (TCK m. 32/2) durumu böyledir.

<sup>655</sup> **TCK m. 33’ün gerekçesi, paragraf 3:** *Fiili işlediği sırada yirmi bir yaşını doldurmuş olan sağır ve dilsizler açısından yaşın ceza sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisinin olmadığı kabul edilmiştir. Ancak, bu kişilerin işledikleri fiil açısından algılama veya irade yeteneğinin olup olmadığı yönünde ortaya çıkabilecek sorunla ilgili olarak, akıl hastalarına ilişkin sorumluluk rejiminin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.*

<sup>656</sup> Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 309.

<sup>657</sup> Düzenlemeye yönelik haksız bir eleştiri için bkz. Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 67: “... 21 ve ... daha yukarı ... yaştakiler açısından ... algılama ve irade yeteneği bakımından söz konusu olabilecek sorunların çözümü için akıl hastalığı hükümlerine atıf yapılması ... akıl hastalığı dışındaki bir etki için ... akıl hastalığı hükümlerinin uygulanması anlamına gelir ki bu açıdan da hatalıdır.”

<sup>658</sup> Mantovani, 2009, s. 633; Pannain, s. 690; Fiore, s. 392; Saltelli/Di Falco, s. 467’den naklen Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 9. Anlama yeteneğinden yoksun kişiler isteme yeteneğinden de yoksun olduğundan, kusur yeteneğinden yoksun bir kimse ya yalnızca isteme yeteneğinden ya da her iki yetenekten birden yoksundur.

<sup>659</sup> Kleptomaninin kusur yeteneğine etkisi hakkında bkz. Ünver, **Akıl Hastalığı**, s. 38-41.

<sup>660</sup> İleri derece zekâ geriliğini ifade eden idiotizmin kusur yeteneğine etkisi hakkında bkz. Ünver, **Akıl Hastalığı**, s. 30.

Kusur yeteneği zayıf kimselerin davranışlarının suça vasıta kılınıp kılınamayacağı ve eğer mümkün ise hangi durumlarda dolaylı failliğin söz konusu olacağı öğretide tartışmalı olup ilk görüşe göre böyle bir kimseye suç işleyen kişi her hâlde “dolaylı fail” sayılacaktır<sup>661</sup>. “Kusur yeteneğindeki zayıflığın kaynağına göre” ikili bir ayrıma giden bir kısım yazara göre ise, ön plândaki şahsın anlama yeteneğinin zayıflığı dolaylı faillığe, isteme yeteneğinin zayıflığı ise şerikliğe vücut verecektir<sup>662</sup>. Alman uygulamasında ise, bu gibi hâllerde “şeriklik”ten hüküm kurulduğu, dolaylı faillik bakımından bir değerlendirme yapılmadığı aktarılmaktadır<sup>663</sup>.

Fikrimizce, kusur yeteneği zayıf kimselerin iradelerinin hâkimiyet altına alınabileceğine ve davranışlarının suça vasıta kılınabileceğine şüphe yoktur. Örneğin, on yedi yaşındaki bir çocuğu belli bir suçu işlemeye zorlayan kişi “işlenen suçun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte, kusur yeteneği zayıf kimselere suç işleyenlerin, sırf ön plândaki şahsın kusur yeteneğinin zayıflığı sebebiyle kategorik olarak “dolaylı fail” sayılması da hatalı olacaktır<sup>664</sup>. Zira, kusur yeteneğinin zayıflığı irade hâkimiyetini kolaylaştırırsa da, kusur yeteneği zayıf bir kimsenin iradesi üzerinde yaratılan her etkinin irade hâkimiyetine vücut vermeyeceği açıktır<sup>665</sup>.

Bu çerçevede, biz de, “kusur yeteneğindeki zayıflığın kaynağına göre” yapılan ikili ayrımı aynı gerekçeyle benimsiyor; zayıflığın anlama yeteneğindeki eksiklikten ileri geldiği hâllerde dolaylı failliğin, isteme yeteneğindeki eksiklikten ileri geldiği hâllerde ise şerikliğin söz konusu olacağını düşünüyoruz. Buna göre, fiilin sosyal

<sup>661</sup> Schönke/Schröder, 2010, § 25, kn. 41’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 82. Yalnızca “kusur yeteneği azalmış kişilerin de TCK m. 37/2 kapsamına girdiğini” belirtmekle yetinen bir yazar için bkz. Şen, s. 119.

<sup>662</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 237-238 ve Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 31’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 202: “Şayet fiili icra eden yaş küçüğüünün veya akıl hastasının kusur yeteneğindeki azalma fiilin haksızlık ve sosyal değerlere aykırılık teşkil ettiğini yeterince idrak edememesinden kaynaklanmaktaysa, ortada (kaçınılabılır) yasaklılık yanılığısına benzer bir durum söz konusudur ve arka plândaki şahıs dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, kusur yeteneğindeki azalma fiilin işlenişinden kendisini alıkoymaya ilişkin dirençteki zayıflıktan kaynaklanıyorsa, işlenen fiilden arka plândaki şahıs şerik olarak sorumlu olacaktır.”

<sup>663</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 683; Koca/Üzülmez, s. 403; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 91.

<sup>664</sup> Aynı yönde bkz. Önok, ss. 287-288.

<sup>665</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 82.

değersizliğini düşük derecede kavrayabilen bir kimseyi suça sevk eden, örneğin bir debile<sup>666</sup> hırsızlık yaptıran kişi “hırsızlık suçunun dolaylı faili” olarak cezalandırılacaktır. Buna karşılık, fiilinin antisosyalliğini kavramakla birlikte, davranışlarını bu kavrayışa göre yönlendirme yeteneği zayıflamış bulunan (kendisini suçun icrasından alıkoymakta güçlük çeken) bir kimseyi suç yoluna sokan ve/veya suç yolunun sonuna dek gitmeye yönlendiren kişi “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Söz gelimi, önceleri asla yenemediği “çalma” dürtüsünü tedavi sayesinde zaman zaman yenebilir hâle gelen bir kleptomanın aklına marketten bir şeyler çalma fikrini sokarak ona hırsızlık suçunu işleten kişi “azmettiren” olarak sorumlu tutulurken, böyle bir kimsenin mevcut suç işleme kararını kuvvetlendiren kişi “yardım eden” sıfatıyla cezalandırılacaktır<sup>667</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, zayıf da olsa kusur yeteneğine sahip kimselerin suça sevki durumunda TCK m. 37/2, c. 2 hükmü işletilemeyecektir<sup>668</sup>.

## 7. Kusur Yeteneği Geçici Nedenlerle Ortadan Kalkan veya Zayıflayan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

TCK m. 34/1-2 uyarınca, “*Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*”

Patolojik nitelik taşıması zorunlu olmayan “geçici nedenler”, akıl hastalığı gibi devamlılık göstermeyen ve bu düzeye ulaşmayan, kişinin anlama ve/veya isteme

<sup>666</sup> Orta derece zekâ geriliğini ifade eden debillğin kusur yeteneğine etkisi hakkında bkz. Ünver, **Akıl Hastalığı**, s. 29.

<sup>667</sup> Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin dikkat çekici bir kararı için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 200: “... *Almanya İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin, 13 yaşındaki yeğenini yangın çıkartma suçunun işlenişinde vasıta olarak kullanan şahsı azmettiren olarak sorumlu tutmuştur. Mahkeme, gerekçe olarak, çocuğun işlediği fiilin ifade ettiği anlamı tam olarak olmasa bile, yeterli ölçüde idrak edebilecek durumda oluşunu göstermektedir.*” Kanaatimizce, anılan hüküm doğru, fakat gerekçesi hatalıdır. Zira, yangın çıkarmanın antisosyal bir eylem olduğunu kavramakla birlikte, kendisini bu heyecan verici suçu işlemekten alıkoymayan çocuğun kusur yeteneğindeki zayıflık, isteme yeteneğindeki eksiklikten kaynaklanmaktadır.

<sup>668</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 83.

yeteneğini yalnızca bir süreliğine etkileyen nedenler olup tabii uyurgezerlik, sunî uyurgezerlik (hipnoz), ateşli hastalık, zehirlenme, sara nöbeti, diyabet, *postpartum* (doğum sonrası) psikoz<sup>669</sup> bu cümledendir<sup>670</sup>. Esasen “iveğen (akut) alkol ve uyuşturucu madde etkisi” de kusur yeteneğini etkileyen geçici nedenlerden olmakla birlikte, yasa koyucu, uygulamada sık karşılaşılan bu iki geçici nedenden ayrıca ve açıkça söz etmeyi uygun görmüştür<sup>671</sup>.

“Kusur yeteneğinden yoksun veya kusur yeteneği zayıf kimselerin davranışlarının suça vasıta kılınması” ile ilgili yapılan açıklamalar “kusur yeteneğinin geçici nedenlerle etkilendiği hâller” bakımından da geçerlidir. Buna göre, bebeğinin içine şeytan girdiğine inanan ve “işitsel varsanıların etkisiyle” bebeğini öldürmesi gerektiğine dair sesler duyduğunu iddia eden *postpartum* psikozdan<sup>672</sup> mustarip lohusanın “davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme (kendisini bebeğine zarar vermekten alıkoyma) yeteneğinin yokluğundan yararlanılarak” bebeğini öldürmeye sevk edildiği olayda, lohusa (doğrudan fail) hakkında “kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına” (TCK m. 34/1, CMK m. 223/3-a) karar verilirken<sup>673</sup>, arka plândaki kişi “işlenen suçun (TCK m. 81-82) dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacaktır<sup>674</sup>.

<sup>669</sup> Doğum sonrası psikoz hakkında bkz. Özgür Erdem / Yasin Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, **Konuralp Tıp Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, İstanbul, 2014, ss. 74-77; Erdal Yerdelen, “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden: Lohusalık Sendromu (Bir Anne Bebeğini Niçin Öldürür? Canı mı, Yoksa Zavallı mı?)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 13, Sayı: 36, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2018, ss. 9-38.

<sup>670</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 379; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 396; Koca/Üzülmez, s. 313.

<sup>671</sup> “Süreğen (kronik) alkol ve uyuşturucu madde etkisi” ile ilgili iştirak ettiğimiz görüş için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 402: “*Alkol kullanımını itiyat hâline getirmiş olan kişi ... alkol kullanma hususunda kuvvetli bir istek duysa bile, bu hususta ... zayıf da olsa, irade vardır. Buna karşılık, kronik alkol ve uyuşturucu madde zehirlenmesi ise, bir tür akıl hastalığı gibidir. Maddenin kullanımına ara verildiğinde yoksunluk sendromları görülür. (...) Alkol veya uyuşturucu madde zehirlenmesine maruz kalan ... kişilerin suç işlemesi hâlinde, kanımızca, akıl hastalarına ilişkin sorumluluk rejimi esas alınmalıdır.*” Aynı yönde bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 435, kn. 507.

<sup>672</sup> Erdem/Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, s. 75: “*Hastanın bebeğe bakmak istememe, bebeğe ya da kendisine zarar verme düşünceleri vardır. Sanrisal düşünce temelinde bebeğin kusurlu veya ölü olduğu, içine şeytan girdiği düşüncesi vardır. Bu sanrisal düşünceler çocuğu gelecekteki acılardan kurtarmak için onu öldürme eğilimine yol açabilir. Varsanılar benzer içeriklerle ortaya çıkar ve hastaya bebeği öldürmesini söyleyen sesler şeklinde olabilir. (...) Doğum sonrası psikozlarda bebek öldürme oranı %4 olarak bildirilmiştir.*”

<sup>673</sup> Feyzan Özbay, “İngiltere ve Türkiye’de Psikiyatri Hastalarına Uygulanan Zorunlu Tedavinin Hukukî Karşılaştırılması”, **Tıp Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, İstanbul, Mart 2013, s. 91, dpn. 54’ten naklen Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 396, dpn. 1: “*İngiltere’de basına konu olan bir davada hâkim, doğum sonrası depresyon geçirdiği için iki bebeğini boğarak öldüren kadına hapis cezası verilmesinin davanın trajik mahiyetiyle bağdaşmayacağını ve uygunsuz olacağını vurgulayarak kadının bir psikiyatri ünitesinde tedavi ve bakım görmesi gerektiğine hükmetmiştir.*” Bu konuda ayrıca bkz.

Sınırlı olarak sayılması mümkün olmayan geçici nedenlerin kusur yeteneği etkilenen şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurulmasını kolaylaştırdığı açık olup bu nedenlerin kim tarafından yaratıldığı “arka plândaki kişinin sorumluluğu bakımından” önemsizdir<sup>675</sup>. Gerçekten de, bir kimse, zorla uyuşturucu vererek iradesine hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını suça vasıta kılabilceği gibi, “üçüncü bir şahsın hilesiyle” yahut “kendi isteğiyle” alkol alarak kusur yeteneğini geçici süreyle yitiren bir kimsenin iradesine de hâkim olabilir<sup>676</sup>. Buna göre, ilk iki olasılıkta cezalandırılmayan (TCK m. 34/1, CMK m. 223/3-a) doğrudan fail, TCK m. 34/2’de somutlaşan “*actio libera in causa* (sebebinde serbest hareket)”<sup>677</sup> kuramı uyarınca son olasılıkta cezalandırılacak<sup>678</sup>; arka plândaki kişi ise, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet sebebiyle, her hâlde “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Bunun için dolaylı failliğe ilişkin manevî unsurun gerçekleşmesi şarttır.

İradenin bulunmadığı hâllerde “davranış”tan söz edilemeyeceği için<sup>679</sup>, iradesini geçici olarak yitiren bir kimsenin “iradesinin hâkimiyet altına alındığından” ve “davranışlarının suça vasıta kılındığından” bahsetmek mümkün olmayacak, böyle bir kimseyi suçta alelaide bir nesne gibi kullanan şahıs işlenen suçun doğrudan faili olarak cezalandırılacaktır<sup>680,681</sup>. “Tabiî uyurgezerlik”<sup>682,683</sup> yahut “sunî uyurgezerlik

---

Erdem/Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, s. 75: “Doğum sonrası psikozun doğum sonrası depresyondan ayırıcı tanısında; doğum sonrası depresyonun klinik tablosunda üzüntü ile birlikte annenin bebeği ile ilgili yetersizlik ve suçluluk duyguları ön plandadır, suisid düşüncesi doğum sonrası psikoza göre daha azdır. Doğum sonrası psikozda klinik tabloya hezeyanlar ve halüsinasyonlar hâkimdir. Annenin bebeğine zarar verme düşünceleri olabilir.”

<sup>674</sup> Örneğin, tedavi süresince annesinden ayrı tutulan bebeği “öldürüleceğini bilerek ve bu neticeyi isteyerek” gizlice annesine götüren kişinin durumu böyledir.

<sup>675</sup> Aynı yönde bkz. Çiçek, ss. 99-100; Önok, ss. 288-289; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 73-74.

<sup>676</sup> Aksi yönde bkz. Riccio, s. 79’dan aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 827, kn. 972: “... dolayısıyla faillik müessesesinin söz konusu olabilmesi için, failin kusur yeteneğinden yoksun olması gerekir: şayet fail isteyerek sarhoş ... ise, kendisinin bir ‘âlet’ olduğundan söz edilemez ve dolayısıyla faillığe başvurulmaksızın da, iştirak kuralları ile sorunun çözülmesi mümkün olur.”

<sup>677</sup> Anılan kuram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 82-107.

<sup>678</sup> Bu olasılıkta “sorumlu doğrudan failin arkasındaki dolaylı fail”den söz edilecektir. Aynı yönde Önok, s. 288.

<sup>679</sup> Petrocelli, s. 252’den aktaran Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 204.

<sup>680</sup> Stratenwerth, 1981, kn. 763’ten aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 171, 201.

<sup>681</sup> Schumann, ss. 105-107’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 171, dpn. 23: “... Schumann, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı sebebiyle kusur yeteneği bulunmayan bir şahsın ceza hukuku telâkkilerine göre bir hareketinin varlığından bahsedilemeyeceği ve bu nedenle de, akıl hastası veya



(hipnoz)<sup>684</sup> hâlinde olduğunu bildiği bir kimsenin bir başkasının konutuna girmesine kasten sebep olan kişinin durumu böyledir<sup>685,686</sup>.

Kusur yeteneği geçici nedenlerle ortadan kalkan yahut kaldırılan bir kimsenin iradesine hâkim olup davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılacaktır<sup>687</sup>. (TCK m. 37/2, c. 2)

#### D. Hatadan Yararlanma Yoluyla (Ağır Basan Bilgiye Dayanan) Dolaylı Faillik

Türk ceza hukukunda hata kurumu TCK m. 30'da düzenlenmiştir. Dört fıkradan oluşan bu maddenin ilk fıkrasında “suçun maddî unsurlarında hata”, ikinci fıkrasında “suçun nitelikli unsurlarında hata”, izleyen fıkrasında “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hata”, son fıkrasında ise “haksızlık hatası” ile ilgili düzenlemelere yer

---

*yaş küçüğüünü bir suçun işlenişinde her ne surette olursa olsun vasıta olarak kullanan arka plândaki şahsın doğrudan fail olacağı kanaatindedir.”*

<sup>682</sup> Naci Şensoy, “Aklî Mâlûliyetin İlmî Cepheden Tetkiki”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Ankara, 1950, ss. 172-173: “*Tabiî uyurgezerlik ..., normal insanlarda uyanıklık hâlinde iken faaliyette olan hayat fonksiyonlarının, uyku esnasında faaliyette bulunması hâlidir. Ceza kanunumuzun aklî mâlûliyet tabirine ithali lâzım gelen bu hastalığa müptelâ kimse, uyuduğu zaman, başkasının telkini tesiriyle olmaksızın birçok adalî hareketler yapar ve meselâ yer, içer, konuşur, rüyayı ... fiilen tatbik eder. (...) o anda uyurgezerde irade ... yoktur. Fakat keyfiyet her zaman böyle telâkki edilmemiştir. Fransız cezacı Garraud, adlî tıbbın birçok mesailinde birer otorite olmuş Fodere ve Hoffenbauer'in, uyurgezerlerin mesuliyetini kabul eylediklerini söylemektedir. Bu telâkki tarzına sahip olanlarca, uyurgezerler, uyanık iken suçu düşünmemiş, kastetmemiş olsalardı uyku esnasında bunu işlemezlerdi. Tarihî bir kıymeti haiz bulunan bu fikir kabul edilmemiş ve uyurgezerlerin mesul edilemeyeceği muhakkak bulunmuştur.*”

<sup>683</sup> Nejat Akgün, **Adlî Psikiyatri**, Ankara, 1987, ss. 135-136 ve M. Orhan Öztürk, **Ruh Sağlığı ve Bozuklukları**, Ankara, 1988, s. 320'den naklen Ünver, **Akıl Hastalığı**, ss. 49-50: “*CHAUCHARD, uyurgezerlik hâlini şöyle tanımlamaktadır: 'Uyuyan bir ruh, uyanık bir vücuda kumanda ediyor. Adale tonusu ve motrisite normaldir; fakat ne dış âleme ait bir şuur vardır ne de süjenin gerçek bir iradesi bahis konusudur.' (...) Hasta, bu sırada kendisine verilen komutlara ... uyabilir.*”

<sup>684</sup> Hipnoz hakkında bkz. Şensoy, “Aklî Mâlûliyetin ...”, ss. 173-180.

<sup>685</sup> Aynı yönde bkz. Erem, “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, s. 95: “*Telkin ceya hipnotizmada bulunan kişide özel bir gücün varlığı söz konusudur. Mağdurun hareketi adeta otomatik, bilinçsiz ve iradesizdir.*” Yine bu yönde bkz. Toroslu/Toroslu, s. 416: “*... isnat edilebilirliği etkileyen geçici nedenler olarak nitelendirilen nedenlerin bir kısmı (örneğin uyurgezerlik ve hipnotik telkin) ... davranışın iradiliğini ... önleyen nedenlerdir.*”

<sup>686</sup> Hipnotize ettiği şahıs vasıtasıyla suç işleyen bir kimsenin “dolaylı fail” sayılacağı yolundaki aksi görüş için bkz. Çiçek, s. 99; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 73.

<sup>687</sup> Ayrıca bkz. Önok, ss. 289-290. Bu görüşe *de lege lata* iştirak edip *de lege feranda* karşı çıkan yazar, TCK m. 37/2, c. 2 hükmünün “*Akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü ya da sağır-dilsizlik nedeniyle kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

verilmiştir. Hataya düşen bir kimsenin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak aksi duruma kıyasla çok daha kolay olup “hatadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” dolaylı failliğin sıkça karşılaşılan görünüm şekillerinden biridir<sup>688</sup>.

### 1. Dolaylı Fail Tarafından Hataya Düşürülen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı faillikte akla gelen ilk olasılık, davranışları suça vasıta kılınan şahsın bizzat arka plândaki kişi tarafından hataya düşürülmesi, tabiri caizse “oyuna getirilmesi<sup>689</sup>” olasılığıdır<sup>690</sup>. Bu gibi durumlarda, arka plândaki kişi, hileyle yanıltarak iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılmakta ve fiil üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle suçun dolaylı faili hâline gelmektedir<sup>691</sup>. Örneğin, oto yıkama işi yapan B’yi zor durumda bırakmak isteyen A’nın yıkama sonrası kullanılan cilânın içerisine boya sökücü bir madde ilâve ettiği ve neticeten C’nin otomobilinin zarar gördüğü olayda, B eyleminin tipik olmaması sebebiyle suçsuz kabul edilirken, A “mala zarar verme suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacaktır. Ayrıca, suçun taksirle işlenebilen suçlardan olması durumunda, ön plândaki şahsın özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı araştırılacak ve taksiri tespit edildiği takdirde “taksirli fail arkasındaki dolaylı faillik<sup>692</sup>”ten bahsedilecektir<sup>693</sup>. Söz gelimi, tabip T’nin

<sup>688</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 822, kn. 966; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64; Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119.

<sup>689</sup> Bu tabiri kullanan yazar için bkz. Aydın, **İştirak**, s. 157.

<sup>690</sup> Schumann, ss. 93-94’ten naklen Özgenç, **Faillik**, s. 202: “... bir şahsın iradesinin belli bir doğrultuda yönlendirilmesi, ... belli konudaki bilgi birikimine etkide bulunulması, aldatılması, yanıltılması suretiyle bir davranışa sevk edilmesi hâlinde dolaylı faillik söz konusudur.” Bu olasılığı açıkça düzenleyerek arka plândaki kişiyi suçun faili kabul eden 1930 tarihli İCK m. 48: *Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo.*

<sup>691</sup> Aydın, **İştirak**, s. 157; Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 92; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 561; Koca/Üzülmüş, ss. 399-401; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 431; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 64; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 232; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, ss. 87-89.

<sup>692</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 205: “Aracı şahıs, kastsız olmasına rağmen, esas fiilin işleniş sırasında meydana gelen netice açısından özen yükümlülüğüne riayet etmediği için, taksirli davranmış olabilir. Kanunun bu taksirli davranıştan aracı şahsı sorumlu tutması, fiilin bütün neticelerini gören ... arka plândaki kişinin fiil üzerindeki hâkimiyetini ve dolayısıyla kasten işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumluluğunu engellemez. Aracı şahıs özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle arka plândaki şahsın işlemeyi düşündüğü suçun icrasında bir araç fonksiyonunu yerine getirmektedir.”

düzenlediği sahte ölüm belgesine aldanarak hastayı (H'yi) morg dolabına kapatan ve bu taksirli hareketiyle H'nin donarak ölmesine sebebiyet veren morg görevlisi (G) “TCK m. 85’te düzenlenen suçun doğrudan faili” iken, T “nitelikli kasten öldürme suçunun dolaylı faili” (TCK m. 37/2, 81, 82/1-a) olacaktır. Ön plândaki şahsın bilinçli taksirle hareket ettiği durumlarda da, aynı şekilde, dolaylı faillikten söz edilebilecek<sup>694,695</sup>, örneğin, çok iyi nişancı olan ve “partnerinin (P'nin) başı üzerindeki elmayı kurşunla vurma” gösterisini daha önce sorunsuz şekilde çok defa sergilemiş bulunan B'nin tabancasının ayarını bozup P'nin başından isabet alarak ölmesine sebep olan A, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet veren (TCK m. 22/3, 85) B'nin arkasında, “dolaylı fail” sıfatıyla, nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

<sup>693</sup> Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 87. Bazı örnekler için bkz. Aydın, **İştirak**, s. 157: “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. (...) Bayılttığı birinin ölmesini sağlamak için mağdurun vücudunu, üzerinde otopsi yapılacak olan cesetle değiştiren ve böylece otopsi ekibinin mağduru öldürmesini sağlayan kişi de otopsi ekibini hataya düşürerek onlara insan öldürmüştür.” Özgenç, **Faillik**, s. 202: “Aracı şahsın unsur yanlışlığına sevk edilmesi sonucu dolaylı faillığe ilişkin klasik örneği, bir avcının diğer avcı arkadaşına karanlık ve uzak bir mesafede bulunan cismin, insan olduğunu bilmesine rağmen, bir av hayvanı olduğunu telkin ederek, onu ateş ettirmesi sonucu işlenen ... öldürme fiili teşkil etmektedir.”

<sup>694</sup> Aynı yönde bkz. Çiçek, s. 88; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 165. Ayrıca bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 220 vd.'dan aktaran Özgenç, **Faillik**, ss. 205-206: “... kasıtlı hareket eden bir şahsın şuurlu taksirle hareket eden bir başka şahsı fiili işlemeye azmettirmesi veya fiili işleyişine yardımda bulunması hâlinde, (...) şuurlu taksirle hareket eden şahıs neticenin gerçekleşme ihtimâlini en azından azmettirme veya yardımda bulunan kadar görebilmektedir. Finalist ceza hukukçularına göre, şuurlu taksir gâilîk (Finalität) çerçevesinde düşünülmeyişi için, şuurlu taksirle hareket eden bir şahsı azmettiren ve neticeyi en azından muhtemel kasıt düzeyinde müşahade eden şahıs fiil üzerinde hâkimiyet kurmakta ve dolaylı fail olabilmektedir. (...) Roxin, bu durumda ikili bir ayırım yapmaktadır: Arka plândaki şahısla fiili icra edenin neticenin gerçekleşme ihtimâli hususunda müşterek bilgiye sahip olması hâlinde, hissi bir perspektifle veya ahlâken daha az muahezeye lâyık bir zihniyet taşıması itibarıyla fiili icra edenin şuurlu taksirle, buna karşılık arka plândaki şahsın kasıtlı hareket ettiği sonucuna varılsa bile, ortada bir dolaylı faillik değil, bir faillik-şeriklik ilişkisi mevcuttur. Çünkü, fiili icra edenin hareketi final bir harekettir ve kendisi de fiil üzerinde hâkim durumdadır. Burada arka plândaki şahsın neticenin gerçekleşmesini istemesi, buna karşılık fiili icra edenin öngörmesine rağmen istememesi bunun fiil üzerindeki hâkimiyetini zedelemes. Buna karşılık, arka plândaki şahıs şuurlu taksirle fiili icra edene nazaran neticenin gerçekleşme ihtimâli hususunda daha fazla bir bilgiye sahipse, bu ziyade bilgi fiil üzerinde hâkimiyeti tedarik etmekte ve bu şahsın dolaylı fail olmasını gerektirmektedir. Fakat, icra edenin şuurlu taksirle hareket etmesi hâlinde, neticenin gerçekleşmesini isteyen veya gerçekleşmemesi hususunda bir endişesi olmayan arka plândaki şahsın her hâlde dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği fikri doktrinde hâkim durumdadır. Nitekim, Roxin de bilahare görüşünü değiştirerek yukarıda bahsini ettiğimiz her iki hâlde de dolaylı faillığın mevcudiyeti fikrine ulaşmaktadır.”

<sup>695</sup> Aksi yönde bkz. Töngür, s. 253; Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 71: “Bu durumda ... basit taksir söz konusu olduğunda arka plândaki kişinin eylem üzerinde egemenlik kurabileceğini yani dolaylı fail olabileceğini düşünmekteyiz. Buna karşılık, bilinçli taksirde kişinin sahip olduğu somut olarak öngörebilme imkânı, arka plândaki kişinin dolayısıyla fail olmasını engellemektedir.” Basit-bilinçli taksir ayırımını benimsemekle birlikte, ön plândaki şahsın bilinçli taksirinin dolaylı faillığı her zaman engellemeyeceğini savunan yazar için bkz. Özkan, **Azmettirme**, s. 212. Yasal dayanaktan yoksun bulduğumuz bu ayırma dair değerlendirmeler için bkz. Önok, ss. 305-306.

Hataya düşürülerek davranışları suça vasıta kılınan şahıs aynı zamanda “suçun mağduru” olabilir<sup>696,697</sup>. Örneğin, A’nın B’ye ait şampuanla gizlice tüy dökücü krem kattığı ve bu şampuanla yıkanan B’nin saçlarının döküldüğü olayda durum böyledir<sup>698</sup>. “Fail” ve “mağdur” sıfatları -kural olarak<sup>699</sup>- aynı kişide birleşemediğinden, bu gibi durumlarda, davranışları suça vasıta kılınan mağdurun taksirli sorumluluğundan da söz edilemeyecektir.

Bu noktada, kastettiği suçu işlemek üzere nedensel bir seri tasarlayan ve kasten hareket etmeyen üçüncü bir şahsın davranışlarını bu serinin bir noktasında suça vasıta kılan kişinin “dolaylı fail” sayılıp sayılamayacağı ayrıca tartışılmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, böyle durumlarda üçüncü şahıs “ölü bir araç” hâline gelmekte; örneğin, ateşleme mekanizması lamba düğmesine bağlanan bir patlayıcının bu durumdan habersiz şekilde düğmeye basan şahısça -kasıtsız olarak- ateşlendiği ve neticeten pek çok kişinin öldüğü olayda, bu mekanizmayı kuran kişi “nitelikli kasten öldürme suçunun doğrudan faili” olmaktadır<sup>700</sup>. Bu yaklaşıma göre, kişinin “dolaylı fail” kabul edilebilmesi için gerekli olan, nedensel seriyi yönlendirmesi ve illî vakıalar üzerinde hâkimiyet kurması değil, bir başkasının hareketini yönlendirerek üzerinde hâkimiyet kurması sonucu, işlenen fiilden “ceza sorumluluğunun şahsîliği ilkesine aykırı olarak”, “adeta kendisi işlemiş gibi” sorumlu tutulmasıdır<sup>701</sup>. Bir diğer

<sup>696</sup> Johannes Wessels / Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2002, kn. 539a’dan aktaran Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, s. 101; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 561.

<sup>697</sup> Kişinin kendisini öldürmeye hırsızdan kurtulmak için sevk edilmesine ilginç bir örnek teşkil eden “Sirius olayı” için bkz. Michael Bochlander, **Principles of German Criminal Law**, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, ss. 157-158’den aktaran Önok, ss. 269-270.

<sup>698</sup> Benzer bir örnek için bkz. Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, s. 101: “*Örneğin şarap çalmak için devamlı bir yere dadanan hırsızdan kurtulmak için, zehir konulan bir şişenin üstüne ‘şarap’ yazılarak, hırsızın şişeyi alıp kendisinin içmesi suretiyle öldürülmesidir. Burada suçun son icra hareketi bizzat mağdura yaptırılmaktadır. Esasen dolaylı faillik üç kişilik bir ilişkiyi gerektirmektedir. Fail, dolaylı fail ve mağdur. Burada ise iki kişilik bir ilişki vardır. Bununla beraber, öğretide bunun dolaylı failliğin kabulüne engel olmadığı ifade edilmektedir ki, ben de aynı kanıyı paylaşıyorum.*”

<sup>699</sup> Yasa koyucu, organ veya doku ticareti suçunda (TCK m. 91-93) olduğu gibi, bazen bu kurala istisna getirebilmektedir.

<sup>700</sup> Çiçek, s. 87; Özgenç, **Faillik**, ss. 202-204.

<sup>701</sup> Schumann, ss. 91-93’ten aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 203. Aynı yönde bkz. Hakan Hakeri / Recep Gülşen, “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Erzincan, 2005, s. 63: “*Offendicula konusu ele alınırken, bu çerçevede dolaylı failliğin de (Yeni TCK m. 37/2) söz konusu olup olmadığı düşünülmelidir. Zira, offendicula’da hareketlerin ikiye ayrılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada ilkin mekanizmanın kurulması, ikinci olarak da mekanizmanın harekete geçirilmesi söz konusudur. Mekanizmayı kuran fail iken, mekanizmayı harekete geçiren mağdurdur. Böylece mağdur, araç olarak kullanılmakta, kendine*

görüŖe göre, böyle durumlarda hem dolaylı hem de doğrudan failliğin düşünülmesi mümkün olup bu tartışma pratikte önem arz etmeyen salt bir kavram tartışmasından ibarettir<sup>702</sup>. Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, bu gibi hâllerde ön plândaki şahsın bedensel faaliyetleri iradîliğini ve hukukî anlamda “davranış” niteliğini korumakta; nedensel seriyi tasarlayan arka plândaki kişi tipik fiili “hareketi gerçekleştiren şahsın iradesine hâkim şekilde” işlediğinden, suçun dolaylı faili hâline gelmektedir<sup>703,704</sup>. Gerçekten burada ön plândaki şahıs, “vis absoluta”ya maruz kalan bir kimsenin aksine, alelade bir nesneye dönüşmemekte ve taksirli davranışlarından sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin, bir rehine kurtarma operasyonunda, rehinenin tutulduğu odanın kapısına kurulmuş bulunan ve kolaylıkla görülebilen düzeneği fark etmeyip kapıyı özensizce açarak kapı koluna bağlı tüfeğin ateşlenmesine ve rehinenin ölmesine sebep olan tecrübeli polis TCK m. 85 çerçevesinde cezalandırılırken, düzeneği kuran kişi “nitelikli kasten öldürme suçunun dolaylı faili”

---

*yönelik hareketi tipik olmadığı gibi, kendine yönelik bir kastı da bulunmamaktadır. Bu bakımdan, burada dolaylı faillik düşünülebilirse de, mekanizmayı kuran kimsenin mağdur üzerinde hâkimiyet kurarak onu araç olarak kullanma iradesi bulunmaması nedeniyle dolaylı faillikten söz edilemez. Gerçekten, dolaylı faillik bir kişinin iradesinin belli bir doğrultuda yönlendirilmesi suretiyle bir davranışa sevk edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu takdirde dolaylı fail, olayları başından sonuna kadar kendi kontrolünde bulundurmakta; yönlendirilen kimse ise onun aracı vaziyetinde olmaktadır.”*

<sup>702</sup> Herzberg, **Mittelbare Täterschaft**, s. 50; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 173’ten aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 203, dpn. 32: “*Ancak Schumann, bunun aynı zamanda meselenin aslını da alâkadar ettiği fikrindedir. Şöyle ki, meselâ A’nın itina yükümlülüğüne riayet etmeksizin hava gazı musluğunu açık bırakması ve olaydan hiç haberi olmayan B’nin elektrik düğmesine basarak gazın tutuşması sonucu meydana gelen taksirle yangın çıkarma suçunun doğrudan faili A’dır. A’nın kasten hareket etmesi hâlinde de durum değişmeyecektir.*”

<sup>703</sup> Roxin, Stratenwerth, Jescheck ve Welzel’den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 174-175: “*Karar verdiği hareketinin sebebiyet vereceği neticeden habersiz olan bir şahsa olayı bütün yönleriyle müşahade eden bir başkasının buna rağmen sadece yardım etmesi hâlinde, başta Roxin olmak üzere birçok yazar dolaylı failliği tabiatıyla kabul etmektedirler. Ancak, bu durumda dolaylı faillik, arka plândaki adamın kasıtsız davranan şahsın iradesi üzerindeki hâkimiyetine veya onun iradesini etkilemesine dayanmamaktadır. Arka plândaki şahsın, kasıtsız davranan şahsı bir kör illî faktör olarak illiyet serisi içine katması hususu, bir başka ifade ile, illî vakıaların sebebiyet vereceği neticelerin bilincinde olmak dolaylı failliği gerektirmektedir.*” (Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 174; Stratenwerth, 1981, kn. 767; Jescheck, 1988, s. 603; Welzel, s. 102.) Arka plândaki kişinin “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulmasında ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Zira, dolaylı fail ön plândaki şahsın iradesi ve dolayısıyla tipik fiil üzerinde hâkimiyet sahibi olup “kendi eseri” olarak ortaya çıkan tipik fiilden, “adeta kendisi işlemiş gibi” değil, bu fiili “dolaylı (iradesine hâkim olduğu bir kimsenin davranışları vasıtasıyla) da olsa kendisi işlediği için” sorumlu tutulmaktadır.

<sup>704</sup> Mesafe suçlarında dolaylı faillik hakkında bkz. Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 120, dpn. 333: “*Mesafe suçları failin hareketiyle kanuni tipin gerçekleşmesi arasında zaman ve yer bakımından büyük aralığın bulunduğu suçlar olarak tanımlanmaktadır ve genellikle dolaylı faillik kurumuna dahil edilmektedir. Mesafe, hareketle sonuç arasına mağdurun kendisinin veya başka bir aletin konmasıyla da oluşabilir. Böylece bu olaylarda fail, sonuca ulaşmak için seçtiği bir araç vasıtasıyla mesafeyi aşmak zorundadır. Örneğin failin mağdurun evine postayla / kargoyla vs. bombalı paket göndermesi ...*”

(TCK m. 37/2, 81, 82/1-a) olacaktır<sup>705</sup>. Aynı şekilde, hukuka uygun bir *offendicula* için gerekli meşru savunma şartlarına uymayan ve evvelce ahırından birkaç buzağı çalmış olan hırsız öldürmek amacıyla ahırın kapı koluna her gece ölümcül düzeyde elektrik akımı veren kişi de, hırsızın kapı kolunu tutup ölmesi durumunda “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” kabul edilecektir<sup>706</sup>. Altını önemle çizmek gerekir ki, tüm bu hâllerde, tipik fiil “arka plândaki kişinin eseri” olarak ortaya çıktığından, fiil hâkimiyetine sahip olan bu kişi -“ön plândaki şahsın fiilinden” değil- “kendi işlediği fiilden” sorumlu tutulmakta ve bu sorumluluk ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çelişmemektedir.

Bir davaya bakmakta olan hâkim veya hâkimlerin davacı tarafından uydurma delillerle aldatılarak davalıyı maddî zarara uğratan bir hüküm kurmaya sevk edildiği durumlarda, davacının “dolandırıcılık suçunun dolaylı faili” sayılıp sayılamayacağı da yine öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu gibi durumlarda davacı, belgede sahtecilik, yalan tanıklık, yalan yere yemin, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık gibi suçlardan cezalandırılabilirse de, dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulamayacaktır<sup>707</sup>. Zira, usûl hilesini “tek başına dolandırıcılık suçuna sebebiyet verebilecek hileli bir davranış” kabul etmek imkânsız olup usûl hilesiyle elde edilen mahkeme kararı “suçu işlemeye elverişli bir vasıta”dan, bu kararın elde edilmesi ise bir “hazırlık hareketi”nden ibarettir<sup>708</sup>. Kişinin dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulabilmesi için suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlaması, bunun içinse elde ettiği kararı bir kimseyi aldatmak amacıyla kullanması gerekmektedir<sup>709</sup>. Hâl böyleyken, yasa koyucunun cezalandırmadığı bir hazırlık

<sup>705</sup> Yine, eski patronu P’yi zor durumda bırakmak isteyen K’nin işten ayrılmadan evvel solaryum cihazının ayarlarını bozduğu ve her seanstan önce yapılması gereken kontrolleri ihmâl ederek cihazı çalıştıran P’nin müşterisi M’nin cildinde ağır yanıklara sebep olduğu olayda, Ç, “taksirli fail arkasındaki dolaylı fail” sıfatıyla kasten yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

<sup>706</sup> Aynı yönde bkz. Ellen Schluchter, “Antizipierte Notwehr”, *Festschrift für Theodor Lackner*, München, 1998, ss. 313-330’dan aktaran Hakeri/Gülşen, “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 63.

<sup>707</sup> Esra Yırtımcı, **Dolandırıcılık Suçu**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 32; Hasan Dursun, **Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, ss. 151-156; Tezcan/Erdem/Önok, s. 664.

<sup>708</sup> Dursun, **Dolandırıcılık**, ss. 152-153.

<sup>709</sup> Dursun, **Dolandırıcılık**, s. 153: “Usul hilesi sonucunda elde edilen karar hileli davranışlar içerisinde, bir kişiyi aldatmak amacıyla kullanıldığı takdirde, dolandırıcılık suçunun icra hareketlerine başlanılmış olacaktır. Mesela, babasından kalan emekli maaşından yararlanmak isteyen eşin, kocası ile ortak hareket ederek, gerçekte ayrı yaşama niyetleri olmadığı halde, anlaşmalı boşanma talebi ile mahkemeye başvurup mahkemeden boşanma kararı almaları, bu boşanma kararını

hareketini TCK m. 157 kapsamında değerlendirmek kanunîlik ilkesine ve TCK m. 35 hükmüne aykırı düşecektir<sup>710</sup>. Doktrinde egemen olan görüşe göre ise, bu gibi durumlarda, hâkimi hileli davranışlarla aldatan (hataya düşüren) kişi bu sayede fiil hâkimiyetini elinde tutmakta ve ağır basan bilgisinden ötürü “dolandırıcılık suçunun dolaylı faili” olmaktadır<sup>711</sup>. Nihayet, bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, “yargılama dolandırıcılığı” yahut “usûl dolandırıcılığı” olarak isimlendirilen hâllerde, hâkim “aldatılan” durumunda olup “aldatma” fiili -hâkim tarafından değil- bizzat davacı tarafından gerçekleştirilmekte ve hareket hâkimiyetine sahip olan davacı suçun doğrudan faili hâline gelmektedir<sup>712</sup>. Gerçekten, TCK m. 157 hükmüne göre, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye ... hapis ve ... adli para cezası verilir.*” Yargılama dolandırıcılığında da, davacı, bizzat gerçekleştirdiği hileli davranışlarla bir kimseyi (hâkimi) aldatıp başkasının (davalının) zararına olarak kendisine yarar sağlamak ve suçun işlenmesinde mahkemeyi araç olarak kullanmakla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlini (TCK m. 158/1-d) gerçekleştirmektedir.

---

*Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz etmeleri halinde, dolandırıcılık suçunun oluşabileceğinden bahsedilebilir.” Örneğe dair aksi yönde bkz. Yargıtay 15. CD, T. 15/05/2018, E. 2015/5652, K. 2018/3443: “Mahkeme tarafından mutlak butlanla mahul bir karar olduğuna hükmedilmeyen bu nedenle hukuken geçerli olan bir kararla boşandıktan sonra, eşlerin bir arada yaşamasını engelleyen birlikte yaşamamanın suç olduğuna dair kanuni bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, eşlerin bir arada yaşamasının, boşanmanın maaş almak amacıyla yapıldığının ve hileli davranışın kanıtı olamayacağı, nitekim 5510 sayılı Kanun’un 56. maddesinde bu durumu tespit edilen kimselerin gelir ve aylığının kesileceği ve ödenmiş tutarların geri alınacağını belirtildiği, bu hususta cezai düzenlemenin bulunmadığı, yine eşlerin fiilen birlikte yaşamalarına rağmen resmi nikah kıymama şeklindeki eylemlerinin de dolandırıcılık olarak nitelendirilemeyeceği gözönüne alındığında; sanıklar ... ve ... ile sanıklar ... ve ...’ın eylemlerinin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu gözetilerek, dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığına yönelik kabulde ... isabetsizlik görülmemiştir.”*

<sup>710</sup> Dursun, **Dolandırıcılık**, ss. 152-153.

<sup>711</sup> Jescheck, 1988, s. 604; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 275; **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 231’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 213. Aynı yönde bkz. Volker Krey / Robert Esser, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2001, § 27, kn. 897’den aktaran Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 177: “Alman yargısına konu olan bir başka örnek de ilgi çekicidir. Olayda H, hakkı olmamasına rağmen O’ya, kendisine 10.000 Euro ödemesi için bir dava açar. H, hakim W’yi sahte delillerle aldatır ve O’nun 10.000 Euro’yu ödemesi yönünde karar verilir. (...) Krey-Esser bu durumda H’nin O’nun zararına dolandırıcılık fiilini işlediği, burada hakim W’nin de aldatılmak suretiyle hukuka uygun hareket eden araç olarak kullanıldığını ifade etmiştir.”

<sup>712</sup> Aynı yönde bkz. Herzberg, **Mittelbare Täterschaft**, ss. 36-37; Johannes, ss. 15-16’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 213.

## 2. Kendiliğinden Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Kendiliğinden hataya düşen bir kimsenin hatasından yararlanıp iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça kasten vasıta kılan kişi de, yine, işlenen suçun dolaylı faili hâline gelecektir<sup>713</sup>. Örneğin, bostan korkuluğu sandığı bir kimseye ateş etmeye hazırlanan şahsa silâhını veren kimsenin durumu böyledir<sup>714</sup>. Zira böyle durumlarda, ağır basan bilgiye sahip arka plândaki kişi, ön plândaki şahsın iradesi ve dolayısıyla tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurmaktadır. Belirtmek gerekir ki, kendiliğinden hataya düşen şahsın özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarına salt seyirci kalınması dolaylı faillik için yeterli olmayacak; arka plândaki kişi, fiilin işlenişine bir şekilde kasten katkı sağlamadıkça irade ve fiil hâkimiyetinden de söz edilemeyecektir<sup>715</sup>. Bununla birlikte, sunulan katkının “olmazsa olmaz” nitelik ve nicelikte olması şart değildir<sup>716</sup>. Bu çerçevede, söz gelimi, arkasındaki küçük

<sup>713</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 680; Çiçek, s. 86; Özen, **Genel Hükümler**, s. 635; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 232; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 87; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 164. Aksi görüş için bkz. Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549 ve Schumann, s. 98’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 203: “Meselâ, baş ağrısını gidermek için çocuğuna ilâç yerine, farkına varmadan öldürücü zehir vermekte olan dar görüşlü anneye ricası üzerine ve bu yanlgısından haberdar olan bir başkasının bardakla su vermesi olayında, Nowakowski’ye göre, bu şahıs ne fiil üzerinde hâkimiyet kurmuştur ve ne de faillik iradesiyle hareket etmiştir. Ancak, kasten işlenmeyen suça şerik olarak iştirak edilemeyeceği için, burada ortaya çıkan cezaî boşluğu doldurmak amacıyla yardımda bulunan şahsı fail olarak telâkki etmek gerekir. Yine, Schumann da söz konusu olayda dolaylı failliğin mevcut olmadığı fikrindedir. Zira, ona göre, ancak sarîh veya zımnî bir aldatma ile dolaylı faillik söz konusu olabilir. Hâlbuki bu olayda aldatma değil, sadece yanlgı içinde bulunan bir şahsın işlediği fiilde ona mücerret bir yardımda bulunma söz konusudur.”

<sup>714</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 348; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, ss. 87-88.

<sup>715</sup> Aynı yönde bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 164.

<sup>716</sup> Aynı yönde bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 176-177’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 204: “Burada önemli olan, icra edilen yardımın neticenin oluşumuna gerçekten bir katkısının olup olmadığıdır. Söz konusu yardımda bulunulmasa bile yine netice gerçekleşecekti şeklinde bir varsayım, dolaylı failliğin kabulü açısından bir engel teşkil etmemektedir. Farazî illiyet bağı meselesi dolaylı faillik dışında, genel sorumluluk meselesi içinde mütalâa edilmesi gereken bir husustur.” Aksi yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 348-349: “... kaçınılabilecek bir hataya düşerek taksirle hareket eden bir kişiye kasten katkı sağlayanı her durumda dolayısıyla fail olarak kabul etmek mümkün değildir. Suçun oluşumu açısından hata içinde olup da bu hatanın oluşumuna hiçbir katkısı olmayan kişinin sadece yardım etmesi nedeniyle dolaylı fail olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Örneğin, ağrısı olan çocuğuna bunu gidermek için farkına varmadan yanlılıkla zehir veren annenin bu hatasını fark edip de ricası üzerine sadece bir bardak su veren kişi, dolayısıyla fail olarak sorumlu tutulabilir mi? Bir görüşe göre, kasten işlenmeyen suça şerik olarak iştirak etmek mümkün olmadığından, ortaya çıkacak cezaî boşluğu doldurmak için yardım eden kişiyi dolayısıyla fail kabul etmek gerekir. Bu konuda katıldığım görüşe göre ise, yardım eden kişiyi, fiil üzerinde hâkimiyet kurabilmişse dolaylı fail olarak kabul etmek mümkündür. Fiil üzerinde hâkimiyet, fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bu yardıma bağlı ise söz konusu olabilir. Herhangi bir nedensel katkı, doğrudan fiil üzerinde hâkimiyet kurulması için yeterli kabul edilmemek



çocuktan (Ç'den) habersiz şekilde otomobiliyle geri manevra yapmaya hazırlanan B'yi “*Düz gel, serbest!*” şeklindeki sözlerle yönlendirerek Ç'yi ezmeye sevk eden ve sonuç itibarıyla Ç'nin ölmesine sebep olan A “kasten öldürme suçunun dolaylı faili (taksirli failin arkasındaki dolaylı fail)” kabul edilirken, aynı olaya tümüyle seyirci kalan S “garantör” olup olmamasına göre ancak “TCK m. 83 veya 98’de düzenlenen ihmâlî suçların doğrudan faili” sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir<sup>717</sup>.

### 3. Üçüncü Bir Kişi Tarafından Hataya Düşürülen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Üçüncü bir kişi tarafından hataya düşürülen şahsın hatasından yararlanıp iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kılan kişi de işlenen suçtan “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Örneğin, çimenler arasında uyuyan M'yi domuz zanneden A'nın av arkadaşı B'yi de taksirle aynı hataya düşürdüğü olayda, B'nin bu hatasından yararlanıp B'ye mermi vererek M'nin ölümüne sebep olan C, ağır basan bilgisi sayesinde elde ettiği irade ve fiil hâkimiyetinden ötürü, “nitelikli kasten öldürme suçunun dolaylı faili” olacaktır.

Öte yandan, davranışları suça vasıta kılınan ön plândaki şahsın üçüncü kişi tarafından kasten hataya düşürüldüğü hâllerde, müşterek failliğin tüm şartları mevcut ise, üçüncü kişi ile bu hatadan yararlanan kişi bakımından “müşterek dolaylı faillik<sup>718</sup>” gündeme gelebilecek<sup>719</sup>; söz gelimi, E ile birlikte suç işleme kararı alan D'nin sahte bir yıkım kararı düzenleyerek kepçe operatörü K'yi Z'ye ait villanın yıkılması gerektiğine inandırdığı, bu hatadan yararlanan zabıta amiri E'nin K'ye kepçe tahsis ettiği ve neticeten Z'ye ait villanın K tarafından yıkıldığı olayda, E ve D, K'nin iradesi üzerindeki hâkimiyetleri sebebiyle “mala zarar verme suçunun

---

*gerekir. Burada araştırılması gereken, gerçekleştirilen yardımın, neticenin oluşumuna gerçekten önemli bir katkısının olup olmadığıdır. Yardımda bulunulmasa bile yine de netice gerçekleşebilecekti şeklinde bir varsayım, dolayısıyla failliğin kabulüne engeldir.”*

<sup>717</sup> Aynı yönde bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 164.

<sup>718</sup> Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, ss. 244-245.

<sup>719</sup> Aynı yönde bkz. **Yargıtay 17. CD**, T. 12/11/2015, E. 2015/7186, K. 2015/9264: “... sanık Salim'i hile yolu ile 5237 sayılı TCK'nın 37/2 anlamında dolaylı fail olarak suçta araç olarak kullanmakla birlikte, konut dokunulmazlığı eylemlerini birlikte gerçekleştirdikleri halde sanık hakkında konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından kurulan hükümlerde 5237 sayılı TCK'nın 119/1-c maddesi uyarınca cezadan artırım yapılmaması; aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”

dolaylı failleri” kabul edilirken, fiil üzerindeki fonksiyonel hâkimiyetlerinden ötürü aynı zamanda “müşterek fail” sayılacaklardır.

#### 4. Yararlanmaya Konu Olabilecek Hata Türleri

##### a. Suçun Maddî Unsurlarında Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Bir görüşe göre suçun maddî unsuru fiilden (davranış, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağından) ibaret iken<sup>720</sup>, bizim de katıldığımız görüşe göre fail, mağdur ve suçun maddî konusu da fiil ile birlikte suçun maddî unsurları arasında yer almaktadır<sup>721</sup>. TCK m. 30/1, c. 1 hükmüne göre, “*Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz.*” Kasıtsız bir davranışın iştirake elverişsiz olduğu açıktır. (TCK m. 40/1) Buna karşılık, bağlılık kuralı dolaylı faillik ilişkilerinde geçerli olmadığından, suçun maddî unsurlarında -kaçınılabılır olsun ya da olmasın<sup>722</sup>- bir şekilde hataya düşen şahsın hatasından yararlanıp iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kılan kişi, fiil üzerindeki hâkimiyeti nedeniyle “işlenen suçun dolaylı faili” hâline gelecektir<sup>723,724</sup>. TCK m. 30/1, c. 2 uyarınca, “*Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*”<sup>725</sup>

<sup>720</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 150; Toroslu/Toroslu, s. 132.

<sup>721</sup> Koca/Üzülmez, ss. 103-107, 229.

<sup>722</sup> Veli Özer Özbek, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata (m. 30)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 7, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2008, s. 87.

<sup>723</sup> Çiçek, ss. 86-87; Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 822, kn. 966; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 348-349; Önok, s. 304; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 87.

<sup>724</sup> Bu gibi durumlarda arka plândaki kişinin “azmettiren” sıfatıyla sorumlu olacağı yolundaki görüş için bkz. Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 88: “*Örneğin bir kişinin diğer bir kimseye boş olduğunu ve deneyebileceğini söyleyerek bir silâh vermesi ve silâhı alan kişinin de tetiği çekerek yanında duran başka bir kişinin ölümüne sebep olması hâlinde, silâhın dolu olup olmadığını kontrol etmediği için tetiği çeken kişi meydana gelen ölüm sonucundan taksirli olarak sorumlu olur. Faili hataya düşüren kişinin sorumluluğunu ise bu konuda Kanun’da özel bir düzenleme olmadığı için ‘azmettirme’ ile ilgili hükme dayanarak belirlemek gerekir. (...) (TCK md. 38) Kanun’un bu hükmünün faili hataya düşüren kişi hakkında uygulanabilmesi için, kişinin kasıtlı davranmış olması gerekir. Bu kişinin taksirli olması da mümkündür. Bu durumda fail ile birlikte failin hatasına sebep olan kişi de fiilin taksirli şeklinden dolaylı birlikte sorumlu olurlar.*” Fikrimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, ön plândaki şahsın hatası kastını kaldırmakta (TCK m. 30/1), kastın yokluğu ise -sınırlı bağlılık kuralı (TCK m. 40/1, c. 1) sebebiyle- iştirake engel teşkil etmektedir. Ayrıca, hataya düşen şahsın yahut bu hatadan yararlanan arka plândaki kişinin “birlikte suç işleme kararı” ile hareket etmediği de ortadadır. Nihayet, fiil hâkimiyeti kuramı uyarınca, suçun işlenişine hâkim olan arka plândaki kişinin “şerik” sayılması olanaksızdır. Bkz. Majno, ss. 329-330: “*Cürümkâr olan her nevi iştirake olduğu gibi manevî hemfiliikte de ızzarı kasteylemiş bir fail (autore doloso) lâzımdır. 1887 tarihli Zanardelli Raporuna göre: ‘Kendi eliyle işlemediği veya işlemek istemediği bir cürmü işlemek maksadıyla başkasını ...*

Hata sebebiyle bir fiili kasıtsız olarak gerçekleştiren bir kimsenin hatasından yararlanan kişi o kimsenin iradesi üzerinde hâkimiyet kuracak; örneğin, bir tiyatro oyununda B'nin kullanacağı oyuncak tabancayı gerçeğiyle değiştirerek B'nin rol arkadaşı C'yi kurşunlamasına ve C'nin ölmesine sebep olan A “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” olacaktır<sup>726</sup>. Hataya düşen veya düşürülen mağdurun davranışlarının kendisine karşı işlenmek istenen suça vasıta kılındığı hâllerde de yine dolaylı faillikten söz edilecek<sup>727</sup>; söz gelimi, bir yabancıyı onur ve saygınlığını zedeleyebilecek türden Türkçe bir sözcüğün anlamı konusunda hataya düşüren ve onu insanlarla tanışırken “*Halkla ilişkiler uzmanıyım!*” yerine “*Muhabbet tellâlığında uzmanım!*” şeklinde bir cümle kurmaya sevk eden kişi “hakaret suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacaktır.

Suçun maddî konusunda hataya düşen bir kimsenin hatasından yararlanıp iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kılan kişi de, fiilin işlenişine hâkim olması sebebiyle, işlenen suçun dolaylı faili hâline gelecektir<sup>728</sup>. Örneğin, hataya düşürdüğü B'yi başkasına (C'ye) ait cep telefonunu gizlice alıp kendisine getirmeye sevk eden A'nın durumu böyledir<sup>729</sup>.

---

*desise ile aldatan ... kimseye, başkasını cürüm işlemeye azmettirmiştir, denemez. Çünkü aldatılan ... kimsede hiçbir kasıt ve azim yoktur. Sanki, tıpkı ... tabiatın kör kuvvetlerini kullanmış gibidir. Görünüşte bir teşvik edici vaziyetinde olan o kimse, suçun hakiki ve yegâne FAILİDİR. Zira bilmeyen ... şahıs, fenalığı irtikâp için mücrimin elinde ancak bir vasıta gibi telâkki olunabilir.” Aynı yönde bkz. Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt: I, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980, s. 285.*

<sup>725</sup> Ayırksı bir görüş için bkz. Töngür, s. 253; Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 71: “*Bu durumda ... basit taksir söz konusu olduğunda arka plândaki kişinin eylem üzerinde egemenlik kurabileceğini yani dolaylı fail olabileceğini düşünmekteyiz. Buna karşılık, bilinçli taksirde kişinin sahip olduğu somut olarak öngörebilme imkânı, arka plândaki kişinin dolayısıyla fail olmasını engellemektedir.*” Basit-bilinçli taksir ayrımını benimsemekle birlikte, ön plândaki şahsın bilinçli taksirinin dolaylı failliği her zaman engellemeyeceğini savunan yazar için bkz. Özkan, **Azmettirme**, s. 212. Yasal dayanaktan yoksun bulduğumuz bu ayrıma dair değerlendirmeler için bkz. Önok, ss. 305-306.

<sup>726</sup> Aydın, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, s. 163.

<sup>727</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 561. Bu gibi durumlarda doğrudan failliğin söz konusu olacağı yolundaki görüş için bkz. Aydın, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, ss. 163-164: “*... 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 işlenen suçun dolaylı faili değildir. Bu durumda fail, mağduru aldatıp kendisini öldürmesi için oyuncak silahı gerçeği ile değiştiren kişidir. Fail, kasten insan öldürmeden dolayı sorumludur.*”

<sup>728</sup> Özbek, “... Hata (m. 30)”, s. 85.

<sup>729</sup> Havalimanında başkasının bavulunu kendi bavuluymuş gibi hamala taşıma, başkasına ait evin kapısını kendi evinin kapısıymış gibi çilingire açtırma gibi isabetli bazı örnekler için bkz. Önok, s. 304.

Fail ile mağdurun suçun kanunî tanımında gösterilen nitelikleri “suçun maddî unsurları” arasında yer aldığından, bunların bilinmemesi de yine kastı kaldıracak ve iştirak kurallarının uygulanmasına engel oluşturacaktır<sup>730</sup>. (TCK m. 30/1, 40/1) Örneğin, on dokuz yaşındaki B’yi gerçekte on yedi yaşında olan C’nin reşit olduğuna inandırarak C ile karşılıklı rıza çerçevesinde cinsel ilişkiye girmeye sevk eden A, mağduru bakımından özgü suç niteliğindeki “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun (TCK m. 104) azmettirenini değil, dolaylı faili olacaktır<sup>731</sup>.

Son olarak, “şahısta hata”ya düşen bir kimsenin hatasından yararlanılması olasılığı da ayrıca ele alınmalıdır. Öncelikle, mağduru bakımından özgü suçlarda “mağdurun suçun kanunî tanımında gösterilen niteliklerine ilişkin hata”ya düşen şahsın hatasından yararlanan kişi, “reşit olmayanla cinsel ilişki” örneğindeki gibi, işlenen suçun dolaylı faili olacaktır. Mağdurun belli bir niteliğinin yasa koyucu tarafından “suça etki eden neden” kabul edildiği hâller ise, ileride “*Suçun Nitelikli Hâllerinde Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması*” başlığında incelenecektir. Dolayısıyla, burada tartışılacak olan, mağdurun kimliğinin suçun oluşmasına veya temel şekline ilişkin cezanın ağırlaşp hafiflemesine etki etmediği hâllerde ortaya çıkan, salt bir “şahısta hata” hâlidir. Meseleyi “A’nın B’yi öldürmek için B’nin geçeceği yol üzerinde pusu kurduğu, bu durumu gözlemleyen C’nin pusudaki A’yı oraya yaklaştırmakta olan D’nin B olduğuna ikna ettiği ve sonuç olarak B yerine D’nin öldürülmesini sağladığı kurgusal olay<sup>732</sup>” üzerinden tartışan yazarların büyük çoğunluğu<sup>733</sup> burada C’yi “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” kabul etmektedir. Roxin’e göre, burada A, mağdurun kimliği konusundaki ağır basan bilgisi sayesinde tipik neticenin istediği şahıs (D) üzerinde gerçekleşmesini sağlayan C’nin elinde bir araca dönüşmekte ve şahısta hatanın suçun oluşumu bakımından önem taşıması C’nin fiil üzerinde hâkimiyet kurup “dolaylı fail” hâline gelmesine engel teşkil etmemektedir<sup>734</sup>. Bu görüş başta Herzberg<sup>735</sup> olmak üzere bir kısım yazar

<sup>730</sup> Özbek, “... Hata (m. 30)”, s. 85.

<sup>731</sup> Faili bakımından özgü suçların dolaylı faillğe elverişliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. “*Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik*” başlığı.

<sup>732</sup> Özgenç, **Faillik**, ss. 244-245.

<sup>733</sup> Blei, 1977, s. 230; Cramer/Heine, § 25, kn. 23; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 213 vd.; Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch**, 2. Auflage, Tübingen, 1975, s. 14’ten aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 245.

<sup>734</sup> Onok, s. 314; Özgenç, **Faillik**, s. 245.

<sup>735</sup> Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 25’ten aktaran Özgenç, **Faillik**, ss. 245-246.

tarafından eleştirilmiş, suçun oluşumuna etki etmemesi sebebiyle “esaslı” kabul edilemeyen böyle bir hatanın, bu hatadan yararlanan kişiyi “dolaylı fail” olarak sorumlu tutmaya yetmeyeceği savunulmuştur<sup>736</sup>. Oysa, Roxin tarafından da isabetle belirtildiği gibi, A’nın C tarafından “B yerine D’yi öldürmeye ikna edilmesi” ile “D’nin B olduğuna inandırılarak hataya düşürülmesi ve bu hatasından yararlanılarak D’yi öldürmeye sevk edilmesi” farklı iki durum olup C’yi her iki hâlde de “şerik” kabul etmek mümkün değildir<sup>737</sup>. Zira, ilk durumdan farklı olarak, ikinci durumda, A’nın iradesi hileyle sakatlanmakta; A’nın hatasından yararlanarak iradesi üzerinde hâkimiyet kuran C, A’nın davranışlarını “kendi kastettiği, fakat A’nın gerçekleşmesini istemediği ve belki de hataya düştüğünü fark etmiş olsaydı önleyeceği” bir neticeye vasıta kılmaktadır.

#### **b. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlere Ait Koşulların Gerçekleştiği Hususunda Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması**

“Kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler” yasa koyucu tarafından -hatalı bir tercih sonucu<sup>738</sup>- “hukuka uygunluk nedenleri”yle birlikte “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlıklı bölümde (m. 24-34) düzenlenmiş olup TCK m. 30/3 hükmü uyarınca, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*”

<sup>736</sup> Bloy, s. 361; Schroeder, s. 146; Welzel, “Studien ...”, s. 117’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 247: “... örnek olayımızda doğrudan fiili icra edeni mağdurun kimliğinde yanlışlığa sevk eden arka plândaki şahıs dolaylı fail değil, ancak azmettiren olarak şeriktir.” Ayrıca bkz. Önok, s. 314.

<sup>737</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 246: “Ancak, bu fikir yürütümünün isabetli olmadığı söylenmektedir. Bu mantığa göre, fiili işleme doğrultusundaki karar ittihazını sağlayan ve gerçek olmaları hâlinde azmettiren olarak sorumluluğu gerektiren her yanıltıcı faaliyet dolaylı fail olmayı gerektirecektir. Örneğin, C, B’nin arabasına zarar vermek isteyen A’yı yanıltarak birbirine çok benzeyen D’nin arabasına zarar verdirmesi hâlinde, C dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Aynı şekilde, cüzdanı para dolu birisini öldürmeye karar vermiş olan şahıs yanıltarak züğürt birisinin ölümüne sebebiyet verme hâlinde yine dolaylı faillik söz konusu olacaktır. Ancak, bir saik yanlışlığının söz konusu olduğu bu ihtimâllerde yanlışlığa sevk edenin dolaylı fail olduğunu kabul etmek, saik yanlışlığının iştirak statülerinin belirlenmesinde rolü haiz olmadığı hususundaki ... açıklamalarla çelişki arz etmektedir.”

<sup>738</sup> Aynı yönde bkz. Güngör, **Fil Üzerinde Hata**, s. 62: “... birbirinden farklı bu kurumların aynı başlık altında toplanması, suç teorisi ile ilgili gelişmelere ters olduğu gibi, konumuz olan ‘hata’ ile ilgili hükmün yorumlanmasında ve uygulanmasında da güçlükler yol açacak niteliktedir.” Yine bu yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 243.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, hatanın “kaçınılmaz”<sup>739</sup> olması durumunda hatasından yararlanacak ve hiç hataya düşmemişçesine (hataya konu neden mevcutmuşçasına) kusurluluğunun kalktığı veya azaldığı varsayılacaktır. Örneğin, A tarafından ensesine dayanan oyuncak tabancayı gerçek zanneden ve A’nın talimatı doğrultusunda futbolcu C’nin diz kapağını kıran B’nin bu eylemi “kusursuz haksızlık” kabul edilecek ve B TCK m. 28 hükmünden yararlandırılacaktır. Böyle durumlarda, her ne kadar “kusurluluğu kaldıran kaçınılmaz hata” kastı ortadan kaldırmamakta ve B’nin “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş fiili sınırlı bağlılık kuralı (TCK m. 40/1) çerçevesinde iştirake esas alınabilmekte ise de, A’nın B’nin iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kıldığı ve fiil hâkimiyeti kuramı uyarınca “kasten yaralama suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacağı açıktır.

Kusurluluğu azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi de TCK m. 30/3 uyarınca hatasından yararlanacak; söz gelimi gerçekte D’nin işlediği haksız fiilin C tarafından ika edildiğine inandırılan ve kapıldığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında C’ye karşı suç işleyen B’nin cezası TCK m. 29 hükmü uyarınca indirilebilecektir<sup>740</sup>. Kusurluluğu azaltan nedenlerde kaçınılmaz hataya düşen şahsın “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş fiili iştirake esas alınabileceğinden, “şerik (azmettiren veya yardım eden)” sıfatıyla sorumlu tutulması mümkün olan arka plândaki kişinin sorumluluk statüsü “fiil hâkimiyeti” ölçütüne göre her somut olayda ayrıca belirlenecek; fiil hâkimiyetinin bulunmadığı hâllerde şeriklikten, aksi durumda ise dolaylı faillikten söz edilecektir.

Kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda düşülen hatanın “kaçınılmaz” olup olmaması yalnızca hataya düşen ön plândaki şahsın kusurluluğu (TCK m. 30/3) ile ilgili bir mesele olup arka plândaki kişinin sorumluluk statüsü her hâlde fiil hâkimiyeti kuramına göre saptanmalıdır. Örneğin, D tarafından yüzüne doğrultulan kurusıkı tabancanın namlusunun ucundaki turuncu halkadan tabancanın gerçek olmadığını anlaması beklenen emekli polisin

<sup>739</sup> Özbek, “... Hata (m. 30)”, s. 92: “Kaçınılmaz hatanın ne anlama geldiği belirsizdir. Bununla birlikte ... kaçınılabilir hata kavramından yararlanılarak bir sonuca ulaşılabilir. Eğer hata kaçınılabilirse yani fail özenli davransaydı ... koşullarının oluşmadığını bilebilecekti diyebiliyorsak artık hata kaçınılabilir.”

<sup>740</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 73.

(P'nin) özen yükümlülüğüne aykırı davranarak hataya düştüğü ve D'nin talimatı doğrultusunda M'yi yaraladığı olayda, hatanın kaçınılabilirliği sebebiyle TCK m. 28'den yararlanamayan P “kasten yaralama suçunun doğrudan faili” kabul edilirken, D “aynı suçun dolaylı faili” olacaktır. Zira, ortada “muhakkak ve ağır bir tehdit” (TCK m. 28) bulunmasa da, D'nin P'yi kaçınılabilir hataya düşürdüğü ve bu hatasından yararlanarak onun iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kıldığı açıktır. Aynı şekilde, hatanın “kusurluluğu azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda düşülen kaçınılabilir bir hata” olması durumunda da, irade ve fiil hâkimiyetine sahip arka plândaki kişi “işlenen suçun dolaylı faili” kabul edilmelidir.

### **c. Hukuka Uygunluk Nedenlerine Ait Koşulların Gerçekleştiği Hususunda Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması**

TCK m. 30/3 hükmü uyarınca, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” Her ne kadar öğretide “hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği hususunda düşülen hata”nın TCK m. 30/1 kapsamında ele alınması gerektiği görüşü<sup>741</sup> hâkimse de, gerek hukuka uygunluk nedenlerinin “kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler”le birlikte “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlıklı bölümde (m. 24-34) düzenlenmiş olması gerekse

<sup>741</sup> Koca/Üzülmez, ss. 262-263: “*Hukuka uygunluk sebeplerinin maddî şartlarında hata konusu, ... kastın konumuyla yakından ilgilidir. Doktrinde bu sebeplerin maddî şartlarına ilişkin bilginin kastın mı, yoksa kusurun mu kapsamında olduğu hususu ... birçok teorisinin ortaya atılmasına neden olmuştur. Bunların başında ‘tipikliğin olumsuz unsurları teorisi’ gelmektedir. Bu teoriye göre, tipiklik ... fiilin hukuka aykırılığıyla ilgili tüm unsurları da kapsar. (...) Hukuka uygunluk sebeplerinin maddî şartlarında yanılğı, tipiklikte yanılğı ile aynı sonucu doğuracak ve kastı kaldıracaktır. Yanılğı kaçınılabilir ise, suçun taksirli şeklinin varlığı hâlinde, fail fiilinin taksirli şeklinden sorumlu tutulacaktır. (...) Fakat bu teori, Alman doktrininde kabul görmemektedir. (...) diğer bir görüş ise, katı kusur teorisidir (die strenge schuldtheorie). Bu görüşe taraftar olan yazarlar, bir hukuka uygunluk sebebinin maddî şartlarında düşülen hatayı, yasak hatasına ilişkin kurallara göre ele almaktadırlar. Bu durumda ... failin kastı bulunmakta ve şayet failin hatası kaçınılabilir bir hata ise işlediği kastî suçtan cezalandırılmaktadır. (...) Alman doktrininde ve uygulamada üstün olan görüş ise, tipikliğin olumsuz unsurları teorisiyle aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşan sınırlı kusur teorisidir (eingeschränkte Schuldtheorie). Bu teoriye göre, bir hukuka uygunluk sebebinin maddî şartları hususunda yanılğıya düşülmesi hâlinde, her ne kadar unsur (tipiklik) yanılğısı yoksa da, mesele kıyas yoluyla unsur yanılğısına göre (m. 30, f. 1) çözümlenmelidir. Dolayısıyla, failin yanılğısı kastı ortadan kaldıracığından, suça şerik olarak katılmak da mümkün değildir.*”

hükümün gerekçesinde<sup>742</sup> bu konunun TCK m. 30/3 çerçevesinde çözümleneceğinin açıkça belirtilmesi sebebiyle, meselenin TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirilmesi *de lege lata* isabetli gözükmektedir<sup>743</sup>. Buna göre, hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen şahıs, hatanın “kaçınılmaz” olması durumunda haksızlığın kusursuzluğu sebebiyle cezalandırılmayacak, hatanın “kaçınılabılır” olduğu hâllerde ise suçun kasıtlı şeklinden sorumlu tutulacaktır<sup>744</sup>. “Katı kusur teorisi” olarak adlandırılan bu teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hata -kaçınılabılır olsun veya olmasın- kastı etkilemediğinden, fiil “kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş olma” özelliğini koruyacak ve her hâlde iştirake esas alınabilecektir.

Öğretide bazı yazarlar<sup>745</sup> “meşru savunma koşulları içerisinde bulunduğu” inandırılan bir kimsenin suça vasıta kılındığı hâlleri “hukuka uygun davranan şahsın

<sup>742</sup> **TCK m. 30’un gerekçesi, son paragraf:** *Hükümet Tasarısının 23’üncü maddesinin 3’üncü fıkra veya bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*

<sup>743</sup> Bizim de *de lege ferenda* benimsediğimiz ilk teoriyi savunan bazı yazarlar için bkz. Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 67-70; Toroslu/Toroslu, s. 131. “Sınırlı kusur teorisi”ni savunan bazı yazarlar için bkz. Özbek, “... Hata (m. 30)”, s. 92; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 448. Bizim de *de lege lata* benimsediğimiz “katı kusur teorisi” için bkz. Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın Türk Ceza Kanunu’nun Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 87, Ankara, 2010, ss. 314-316: “30. maddenin 3. fıkrası hükmü hem hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hem de kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin hem de kusurluluğu azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı içermektedir. Esasen ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebepler başlığının bunları kapsadığı hususunda doktrinde bir tartışma yoktur. Zaten bölüm başlığının sistematik yorumu da bu yargıyı desteklemektedir. Dolayısıyla bu bölüm başlığının sadece kusurluluğa etki eden sebeplerin maddi koşulları ya da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin indirgemeci yorumlara katılmamaktayız. Bizce kanunun lafzı bu konuda herhangi bir başkaca yoruma imkan vermeyecek kadar açıktır. Yasa koyucunun irade ettiğinden daha fazlasını amaçlayan taşkın yorumlar yorum yöntemleri için sakıncalı olduğu gibi kelimeye yasa koyucunun irade ettiğinden daha az bir anlam yükleyen bu indirgemeci ve daraltıcı yorumları da sakıncalı bulmaktayız. (...) Kelimenin gramatik ve fıkranın sistematik anlamı bu kadar açık iken indirgemeci bir yorum ile fıkranın anlamını bu derece daraltmak hiç kuşkusuz yasa koyucunun iradesini dikkate almamak olacaktır. Bu da yorumun ilk aşaması ve ontolojik temeli olan metne bağlılık prensibini ihlal etmektedir. (...) yasa koyucunun her iki hata durumunu da ‘kusurluluk’ kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.”

<sup>744</sup> Keçelioğlu, “Kusurluluğu ...”, s. 315.

<sup>745</sup> Örneğin bkz. Koca/Üzülmez, s. 401: “Dolaylı faillik, aracı olarak hareket edenin fiilinin hukuka uygun olduğu hâllerde de gerçekleşebilir. Aracı kişi suç tipindeki objektif ve sübjektif unsurları gerçekleştirmiştir, fakat olayda hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. (...) A gerçekte olmadığı hâlde B’ye, C’nin kendisine saldıracağını söylüyor, bunun üzerine B meşru savunmada bulunmak amacıyla olayla ilgisi olmayan C’ye saldırıyor. A bu olayda gerçekleşen kasten yaralama açısından



davranışlarının suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillik” başlığı altında ele almaktaysa da, bu gibi durumlarda -“meşru savunma” (TCK m. 25/1) değil- “mefruz meşru savunma” (TCK m. 30/3) söz konusu olduğundan, TCK m. 30/3’ün işletileceği bu gibi olaylar<sup>746,747,748</sup>, fikrimizce “hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı faillik” başlığı altında incelenmelidir. Buna göre, örneğin, yaralanmasını istediği B’yi “C’ye kamera şakası yapacaklarına” inandıran, eline verdiği oyuncak tabancayla B’yi C’ye doğru koşturmakla ikna eden ve sonuç olarak B’nin C’nin özel koruması (D) tarafından kurşunlanarak yaralanmasına kasten sebep olan A, D’nin hatası kaçınılmaz olsun veya olmasın, D’nin iradesi ve fiili üzerindeki “ağır basan bilgiye dayanan” hâkimiyeti sebebiyle “kasten yaralama suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulacaktır. Tekrar belirtelim ki, ön plândaki şahsın hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hataya kendiliğinden veya üçüncü bir kimsenin hilesi sonucu düşmesi, hatadan yararlanan kişinin dolaylı failliğini etkilemeyecektir.

---

*dolaylı faildir.” Roxin’in bu örneğini aynı kanaatle nakleden yazarlar için bkz. Çiçek, ss. 110-111; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 89.*

<sup>746</sup> Örneğin bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 77: “... bir davada sanığa hakaret etmek isteyen dolaylı fail, ... katılan sıfatını taşıyan aracıya, sanığın eski bir kaçak olduğunu söyler. Katılan sıfatını taşıyan aracı, iddia dokunulmazlığından yararlanırken, dolaylı failin fiili hukuka aykırı olmaya devam eder ve dolaylı fail hakaret suçundan cezalandırılır.” Bu örneği aynı kanaatle nakleden bir başka yazar için bkz. Çiçek, s. 111.

<sup>747</sup> Örneğin bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 741: “Bir hamile kadının, böyle bir suç söz konusu olmamasına rağmen, sırf kürtajı temin bakımından, sahte ihbarda bulunması ve bu suretle çocuğun hekim tarafından düşürülmesini temin etmesi durumunda, kadın dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir.” Kanaatimizce, örnekteki kadın, TCK m. 99/2, c. 2 uyarınca “doğrudan fail” sıfatıyla cezalandırılmalıdır. Bkz. **TCK m. 99/2: Tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.**

<sup>748</sup> Örneğin bkz. Zafer, s. 426: “... gözetim ve tutuklama kararlarının verilmiş olması, iftiraya uğrayanın hürriyetini kısıtlayanlar bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Adli makamların iftiraya uğrayanın hürriyetini kısıtlamaları hukuka uygundur. Bu hâlde iftira edenin iştirak hükümlerine göre cezalandırılması mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu iftirada bulunanın, hürriyetinden yoksun bırakma suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağını açıkça hükme bağlamıştır.” Aynı örnek için ayrıca bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 681; Çiçek, s. 110; Demirbaş, s. 516; Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 77; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 563; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 67; Şoğutlu, s. 50; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 89. Bu hâllerde iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı ve -TCK m. 267/4’te de açıkça ifade edildiği üzere- dolaylı failliğin gündeme geleceği muhakkak ise de, iftiraya uğrayan şahsı gözetim altına alan Cumhuriyet savcısının yahut tutuklayan hâkim(ler)in eylemi her hâlde hukuka aykırılığını koruyacak; ancak “kaçınılmaz hata”nın söz konusu olduğu durumlarda TCK m. 30/3 uyarınca “mazeret” görülecektir. Dolayısıyla, iftirası (TCK m. 267/4) veya yalan tanıklığı (TCK m. 272/5) ile bir kimsenin tutuklanmasına yol açan kişinin “şerik” sayılamaması, beyanına aldanmış (ön plândaki) şahsın eyleminin hukuka uygun olmasından değil, fiile hâkim olmasından ileri gelmekte; dolaylı failliği ise “hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı faillik” şeklinde tezahür etmektedir.

#### d. Suçun Nitelikli Hâllerinde Hataya Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Suçta etki eden nedenler, suçun kurucu unsurlarına eklenerek suçun temel şekline ilişkin cezanın ağırlaşması veya hafiflemesi sonucunu doğuran ikincil unsurlar olup bu nedenlerin varlığında “suçun nitelikli hâli”nden söz edilir<sup>749</sup>. TCK m. 30/2 hükmü uyarınca, “*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” Yasa koyucu, TCK m. 30/1’de olduğu gibi, burada da hatanın “kaçınılmaz” olmasını aramamıştır. Buna göre, somut olayda bir suça etki eden nedenin mevcut olduğunu zanneden failin cezası, eğer bu neden daha ağır cezayı gerektiriyorsa dikkate alınmayacak, daha az cezayı gerektiriyorsa hafifletilecektir<sup>750</sup>. Aynı şekilde, somut olayda suça etki eden bir nedenin bulunmadığını zanneden failin cezası da, bu nedenin daha ağır cezayı gerektirmesi hâlinde dikkate alınmazken, daha az cezayı gerektirmesi durumunda -hata kaçınılmaz olsun veya olmasın- hafifletilecektir<sup>751</sup>.

İşlediği suçun nitelikli hâllerinde hataya düşen bir şahsın hatasından yararlanan kişinin “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı öğretide tartışılmıştır. *Roxin*’in “*tedricî unsur yanılığı (gradueller Tatbestandsirrtum)*” başlığı altında incelediği hâllerin ilkine, *Herzberg*, malın değeri konusunda hataya düşürülen şahsın kıymetli bir mala zarar vermeye sevk edilmesi örneğini<sup>752</sup> vermekte ve arka plândaki kişinin niceliksel yönden ağırlaşan haksızlıktan “doğrudan fail arkasındaki dolaylı

<sup>749</sup> Vesile Sonay Evik, “Suça Etki Eden Nedenler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 119; Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 3, Ankara, 2015, s. 651; Toroslu/Toroslu, s. 278. Ayrıca bkz. Koca/Üzülmüş, s. 128: “... suçun nitelikli hâlinde, suçun temel şeklinin bütün unsurları vardır ve ayrıca temel suç tipinin cezasını ağırlaştıran veya hafifleten bir sebep de bulunmaktadır. (...) Suçun temel şeklini meydana getiren unsurlardan birisinin bulunmaması hâlinde, suçun ne temel ne de nitelikli hâlinde bahsetmek mümkündür. Zira ‘temeli olmayan bir binanın katlarından’ bahsedilemez.”

<sup>750</sup> Aydın, **İştirak**, ss. 229-231; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 279-280; Toroslu/Toroslu, s. 288.

<sup>751</sup> Aydın, **İştirak**, ss. 229-231; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 279-280; Toroslu/Toroslu, s. 288.

<sup>752</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 242: “*Herzberg tarafından tasavvur edilen bir örnek olayda A, C’ye ait antika değeri çok yüksek olan bir tablonun değersiz olduğu konusunda B’yi yanılığa sevk eder ve B’den tabloyu yok etmesini ister. Tabloyu çöpe atan B, tablonun C’ye ait olduğunun bilincinde olmasına rağmen, değeri konusunda yanılığa sevk edilmiştir. Burada söz konusu olan yanılığın bir saik yanılığı olmayıp bir ‘tedricî unsur yanılığı’dır (=gradueller Tatbestandsirrtum)*”

fail” olarak sorumlu tutulacağını ileri sürmektedir<sup>753</sup>. Doğrudan failin hatasından yararlanan kişinin “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulabilmesi içinse, kuşkusuz, bu hatanın haksızlığın niceliğinde ne ölçüde artış yaratması gerektiğinin tespiti zorunludur<sup>754</sup>. *Roxin*, bu sorunun çözümü için “suçun maddî konusunun maddî değerinin doğrudan failin sandığından en az iki kat fazla olması” şeklinde bir ölçüt önermişse de, hukukî dayanaktan yoksun bu ölçüt haklı eleştirilere uğramış<sup>755</sup> ve bunun yerine “farkın önemsiz olmaması” biçiminde belirsiz bir ölçüt konmaya çalışılmıştır. Bir görüşe göre ise, bu gibi olaylarda arka plândaki kişi ön plândaki şahsın kastettiği suçtan “azmettiren” sıfatıyla sorumlu tutulurken, hatadan yararlanma suretiyle yaratılan aşkın kısımdan “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır<sup>756</sup>. Oysa, *Herzberg*’in örneğinde ve doğrudan failin “fiilin niceliksel yönden ifade ettiği haksızlığın ölçüsünde” hataya düşürüldüğü benzer örneklerde<sup>757</sup>, doğrudan failin düştüğü hata sadece “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını” (TCK m. 61/1-e) etkilemekte ve yalnızca temel cezanın teşdiden belirlenmesine gerekçe gösterilebilen bu etki, hatadan yararlanan arka plândaki kişiyi “doğrudan failin iradesi ve fiili üzerinde hâkim” kabul etmeye yetmemektedir<sup>758</sup>. Buna göre, yine *Herzberg*’in örneği üzerinden devam edilecek olursa, antika tabloyu değerinin düşük olduğu zannıyla kasten yok eden doğrudan failin temel cezası “3000 TL adlî para cezası” olarak saptanırken, doğrudan faili suça azmettirip aynı zamanda onu meydana gelecek zararın ağırlığı konusunda hataya düşüren kişi üç yıl hapis yahut 100.000 TL adlî para cezası ile cezalandırılabilir ve böylelikle somut olay adaleti sağlanabilecektir<sup>759</sup>.

<sup>753</sup> Cramer/Heine, § 25, kn. 22; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 27; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 611-612’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 242. Aynı yönde bkz. Çiçek, s. 129.

<sup>754</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 242.

<sup>755</sup> Bloy, s. 354; Cramer/Heine, § 25, kn. 22; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 28’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 242: “Böyle bir sınırlama mal varlığına karşı işlenen suçlar açısından iddia edilse bile, şahsiyet haklarına yönelik suçlar açısından tatbik kabiliyeti bulamaz. Örneğin, hürriyeti tahdit suçunda hürriyetten mahrum bırakılan ilk saatteki etkinin yoğunluğu ile son saatteki etkinin yoğunluğu arasında kat kat fark vardır.”

<sup>756</sup> Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 71; Özgenç, **Faillik**, s. 242.

<sup>757</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 242.

<sup>758</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 308; Özkan, **Azmettirme**, ss. 215-216.

<sup>759</sup> TCK m. 38/1 hükmü uyarınca, “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.” Buna göre, azmettiren -doğrudan faille verilecek ceza ile değil- “doğrudan failin işlediği suça verilecek ceza” ile cezalandırılacağından, azmettirenin doğrudan faille göre daha hafif yahut ağır bir cezaya mahkûm edilmesi mümkündür. Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, s. 651; Özkan, **Azmettirme**, s. 159.

Suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususundaki hata ise TCK m. 30/2’de düzenlenmiş olup “suçun nitelikli unsurlarına ilişkin bilgi” kastın kapsamında yer aldığından, bu husustaki hatanın kastı kaldıracağı<sup>760</sup> ve örneğin öldürdüğü kişinin gebe olduğunu bilmeyen bir kimsenin TCK m. 82/1-f’den sorumlu tutulamayacağı açıktır. Suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş bir şahsın suçun nitelikli hâlini gerçekleştirmeye ikna edildiği, dolayısıyla suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda bir hatanın (TCK m. 30/2) ve böyle bir hatadan yararlanmanın söz konusu olmadığı durumlarda, doğrudan faili nitelikli hâli gerçekleştirmeye ikna eden kişinin suçun nitelikli hâlinde “yardım eden” sıfatıyla mı, yoksa “azmettiren” sıfatıyla mı sorumlu tutulacağı ise tartışmalıdır<sup>761</sup>. Bu konuda Alman doktrininde geliştirilen ve bizim de benimsediğimiz “yardım teorisi”ne göre, hâlihazırda “suç işleme kararı” bulunan bir kimsenin suça azmettirilmesi söz konusu olamayacağından, suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş bir şahsı suçun nitelikli hâlini gerçekleştirmeye ikna eden kişi ancak “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir<sup>762</sup>. Suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen bir kimsenin hatasından yararlanarak nitelikli hâlin gerçekleşmesini sağlayan kişinin sorumluluk statüsüne gelince; iradeye hâkimiyetin söz konusu olmadığı hâllerde ancak “yardım” addedilebilecek davranışlar iradeye hâkimiyet durumunda “dolaylı faillik” için yeterli olduğundan, bir önceki meselenin “yardım teorisi” çerçevesinde çözümlenmesi, suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususundaki hatadan yararlanan kişinin “dolaylı fail” kabul edilmesine tek başına engel değildir. Ancak, böyle bir hatadan yararlanan kişinin sırf bu nedenle fiil hâkimiyetine sahip kabul edilip edilemeyeceği ve “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı da tartışmaya açıktır. Öncelikle, her ne kadar suçun nitelikli hâlinin gerçekleştiği hususunda hataya (TCK m. 30/2) düşse de, ön plândaki şahıs, suçun temel şeklini maddî unsurlarında yanılmaksızın (TCK m. 30/1) “kasten

<sup>760</sup> Koca/Üzülmez, s. 145; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 445.

<sup>761</sup> “Eklenen azmettirme”yle ilgili teoriler (niteliksel teori, değersizlik artışı teorisi, esaslılık teorisi, yardım teorisi ve geliştirilmiş yardım teorisi) için bkz. Özkan, **Azmettirme**, ss. 189-196.

<sup>762</sup> Özkan, **Azmettirme**, s. 193. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin aksi yöndeki bir kararı için bkz. Özkan, **Azmettirme**, ss. 194-195: “*Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararına konu olan ‘Sandalye Bacağı Olayı’ (=Stuhlbein Fall)’nda; ‘Bruno ve Kurt’ seksen yaşındaki yaşlı bir kadının evinden para çalmak için plan yapmaktadırlar. Kadının yaşlı biri olması nedeniyle yanlarına bir silah almayı düşünmemişler ve kendi kol güçleriyle Martha’yı etkisiz hale getirip kaçmayı planlamaktadırlar. Anton, Bruno ve Kurt’un bu planını öğrenir, bu iki kişiyi yanlarına bir sopa alıp Martha’nın kafasına vurmalarını, bu şekilde bilinçsiz hale getirebilecekleri hususunda ikna eder. Bruno ve Kurt yanlarına sopa gibi kullanmak üzere bir sandalye bacağı almışlardır. Anton bu tavsiyesinden başka fiile ... katkıda bulunmamıştır. Bruno ve Kurt, Martha’nın evine zorla girmişler ve şaşkına dönen kadını öldürme kastıyla sandalye bacağı ile bilincini kaybedip yere düşene kadar kafasına vurmuşlardır. Martha ağır yaralı kurtulur. Bruno ve Kurt evdeki değerli eşyaları alıp kaçarlar.*”

ve hukuka aykırı olarak” gerçekleştirmekte ve iştirake elverişli (TCK m. 40/1) olan bu fiil üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle suçun temel şeklinden “doğrudan fail” sıfatıyla sorumlu tutulmaktadır. Bir suçun nitelikli hâlinin “temel şeklinden bağımsız, ikinci bir suç tipi” kabul edilemeyeceği açık<sup>763</sup> olup suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen şahsın (doğrudan failin) bu “esaslı olmayan<sup>764</sup>” hatasından ötürü fiil hâkimiyetini yitirmiş kabul edilemeyeceği ise ortadadır. Kanaatimizce, aynı şekilde, doğrudan failin suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususundaki esaslı olmayan hatasından yararlanarak suçun nitelikli hâlinin gerçekleşmesini sağlayan kişi de sırf bu nedenle “tipik fiilin seyrini denetlemeye<sup>765</sup> ve dizginlemeye<sup>766</sup>/frenlemeye<sup>767</sup> muktedir” hâle gelmeyecek, kısacası “fiile hâkim” olamayacaktır. Bu gibi durumlarda, doğrudan fail suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından -kaçınılmaz olsun veya olmasın- yararlanarak (TCK m. 30/2) suçun temel şeklinden cezalandırılırken, suçun temel şekline “suça iştirakin şartlarını gerçekleştirerek” katılan kişi doğrudan failin hatasından istifade ederek gerçekleşmesini sağladığı nitelikli hâlden -“suça etki eden nedenlerin şeriklere sirayeti”ne ilişkin esaslar çerçevesinde<sup>768</sup>- “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulabilecek; *“işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası”* ile cezalandırılacaktır<sup>769</sup>. (TCK m. 39/1, c. 1) Buna karşılık, gerçekte işlenen suç “kararlaştırılan suçun daha az ceza gerektiren

<sup>763</sup> Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, ss. 679-680.

<sup>764</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 279: “Bu hata ceza sorumluluğunu kaldırmayıp sadece cezanın miktarını etkilediği için esassız hatadır.”

<sup>765</sup> Fornasari, s. 426; Seminara, s. 121 vd.’ndan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>766</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 60 vd.’ndan aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 115; Öztürk/Erdem, s. 362, kn. 672.

<sup>767</sup> Özkan, **Azmettirme**, s. 19.

<sup>768</sup> Bu konuda bkz. Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, ss. 637-686.

<sup>769</sup> Bu hesaplamada dikkate alınacak ceza “suçun daha ağır ceza gerektiren nitelikli hâline ilişkin ceza” olup suçun nitelikli hâlinin “sürelî hapis cezası” gerektirmesi hâlinde cezanın yarısı indirilecek (TCK m. 39/1, c. 2) ve ceza her hâlde sekiz yılı geçemeyecektir. (TCK m. 39/1, c. 3) Bu konuda bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 356: “Doktrinde, yardım edenin cezasının peşinen en fazla sekiz yıl olabileceği şeklindeki bu hükmün, özellikle de ağır suçlar söz konusu olduğunda ve suçun icrasına farklı türden yardımlarla katkıda bulunulduğu hâllerde cezada bireyselleştirmeyi engelleyeceği eleştirisi haklı olarak ileri sürülmektedir.”

nitelikli hâli” ise, doğrudan fail ile şerik suçun -temel şeklinden değil- daha az cezayı gerektiren nitelikli hâlinde sorumlu tutulacaktır<sup>770</sup>.

Son olarak, doğrudan failin hatasından yararlanarak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin gerçekleşmesini sağlayan kişinin sorumluluk statüsünün de tartışılması gerekir. TCK m. 23/1 hükmü uyarınca, “*Bir failin, 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.*” Buna göre, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suçun oluşması için gerekli olandan “daha ağır” ya da “başka” bir zararlı veya tehlikeli neticenin meydana gelmesi ve failin en azından taksir seviyesinde kusurunun bulunması hâlinde cezası ağırlaştırılan suçları ifade etmektedir<sup>771</sup>. Bu meseleyi de yine “tedricî unsur yanılığı” başlığı altında inceleyen Roxin’e göre, doğrudan failin hatasından yararlanarak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin gerçekleşmesini sağlayan kişi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu olacaktır<sup>772</sup>. Özgenç’e göre ise, burada dolaylı faillik yalnızca doğrudan failin kastının kapsamadığı neticeye karşılık geldiğinden, arka plândaki kişi, suçun temel şeklinden “azmettiren”, neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinden ise “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu olacak ve fikrî içtimayı düzenleyen TCK m. 44 hükmüne göre cezalandırılacaktır<sup>773</sup>.

Kanaatimizce, doğrudan failin suçun nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususundaki hatasından yararlanarak nitelikli hâlin gerçekleşmesini sağlayan kişinin sorumluluk statüsüne ilişkin olarak benimsediğimiz çözüm, “kastedilenden daha ağır” bir neticenin ortaya çıkması sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da aynen geçerlidir. Doktrinde de isabetle dikkat çekildiği üzere, TCK m. 23/1’de sadece failin sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeyle yetinilmemiş; kastedilmeyen neticeden şeriklerin de sorumlu tutulabilmesi için “... failin ...” ibaresi yerine “... kişinin ...”

<sup>770</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 176.

<sup>771</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 349; Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ağustos 2007, s. 227.

<sup>772</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 244: “Roxin, bu ihtimâlde arka plândaki şahıs açısından dolaylı faillik söz konusu olduğu için, artık azmettirmeden bahsedilemeyeceği kanaatindedir.”

<sup>773</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 244.

ibaresi tercih edilmiştir<sup>774</sup>. Buna göre, suçun kasten işlenen temel şekline iştirakin şartlarını gerçekleştirerek katılan şerikler, fiilin meydana getirdiği daha ağır veya başka neticelerden de en azından taksirlerinin bulunması kaydıyla sorumlu tutulabilecek; fail ve şeriklerin sorumluluğu, iştirakteki katkılarına göre değil, söz konusu neticelerle olan ilişkilerine göre birbirlerinden bağımsız olarak belirlenecektir<sup>775</sup>. Bu çerçevede, *Roxin*'in verdiği örnek üzerinden gidilecek olursa, B'yi gerçekte zararlı bir maddeyle dolu olan su tabancasının içindeki sıvının niteliği konusunda hataya düşürüp bu su tabancasıyla C'nin gözüne sıvı püskürtmeye sevk ederek C'nin görme yeteneğini yitirmesine sebep olan A “kasten yaralama suçunun azmettiren” kabul edilecek ve “B'nin daha ağır neticeye (TCK m. 87/2-b) ilişkin taksirli sorumluluğu bulunsun ya da bulunmasın” her hâlde kastettiği bu neticeden yine “azmettiren” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Doğrudan failin hatasından yararlanarak aynı suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin gerçekleşmesini sağlayan kişinin, tipik fiilin icrasına yönelik katkısına göre, “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulması da mümkündür.

Doğrudan failin davranışlarının “kastettiğinden başka” bir neticenin oluşumuna sebebiyet verdiği hâllerde ise, fikrimizce, bu netice ile arka plândaki kişi arasındaki psikik bağ incelenmeli ve kişi bu neticeye yönelik taksirinin tespiti durumunda iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır. Söz gelimi, A'nın B'yi C'ye karşı nitelikli cinsel saldırıda bulunmaya azmettirdiği ve cinsel saldırıya uğrayan C'nin yaşamını yitirdiği olayda, C'nin ölmesini istemeyen A, nitelikli cinsel saldırı suçundan “azmettiren” sıfatıyla sorumlu olacak ve -ölüm neticesini öngörüp öngörememesine göre, basit veya bilinçli taksiri sebebiyle- her hâlde TCK m. 102/5 hükmü uyarınca cezalandırılacaktır. Buna karşılık, arka plândaki kişinin doğrudan failin hatasından yararlanarak ölüm neticesi bakımından en azından olası kasıtlı hareket ettiği durumlarda, kişi, hatasından yararlandığı doğrudan failin iradesi üzerinde “kastettiği ikinci ve başka netice bakımından” hâkimiyet kurmakta ve onun davranışlarını bu neticeye vasıta kılmakla TCK m. 102/5 hükmünden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu hâle gelmektedir. İlk bakışta, TCK m. 102/5'te öngörülen cezanın “ağırlaştırılmış müebbet hapis” olması nedeniyle, A'nın bu hükümden “müşterek fail” veya “azmettiren” olarak sorumlu tutulmasıyla “dolaylı fail” olarak sorumlu

<sup>774</sup> Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 349.

<sup>775</sup> Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 350.

tutulması arasında pratikte bir fark olmayacağı düşünülebilirse de, sorumluluk statüsünün TCK m. 38 kapsamında kaldığı durumlarda diğer iki olasılıktan farklı olarak anılan maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanabilecek ve somut olaya göre A'nın cezası artırılıp B'nin cezası indirilebilecektir. “Yardım eden” kabul edilmesi hâlinde ise, A, “on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası” (TCK m. 39/1) ile cezalandırılacaktır.

#### e. Haksızlık Hatasına Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Haksızlık hatası (yasak yanılışı<sup>776</sup>), kısaca, kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmemesini ifade etmektedir<sup>777</sup>. Hatanın bu türünü “doğrudan (soyut)-dolaylı (somut) haksızlık hatası” şeklinde ikiye ayırmak mümkündür<sup>778</sup>. Haksızlık hatasından söz edilebilmesi için, failin eylemi gerçekleştirirken haksızlık bilincinden (*Unrechtsbewusstsein*) yoksun davranmış olması gerekir<sup>779</sup>. Haksızlık bilincinin varlığının kabulü içinse, kişinin işlediği fiilin suç oluşturduğunu veya hangi kanun hükmünü ihlâl ettiğini bilmesi zorunlu olmayıp fiilin haksızlık oluşturabileceğinden şüphelenmesi ve bu şüpheyi ciddiye alması yeterlidir<sup>780</sup>.

<sup>776</sup> Barış Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 122 vd.

<sup>777</sup> Erman, s. 122; Koca/Üzülmez, s. 299.

<sup>778</sup> Devrim Güngör, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 68, 2007, s. 136. Yine bu yönde bkz Koca/Üzülmez, s. 300: “*Haksızlık yanılışının ilk görünüm şekli, failin yasaklayıcı normu gözden kaçırmasıdır. (...) Haksızlık yanılışının bu şekli, failin davranış normunu bilmemesinden, bilmekle birlikte onun hükümsüz olduğunu düşünmesinden veya yanlış yorumlayarak kendi fiili bakımından uygulanamaz olduğunu sanmasından kaynaklanmaktadır. Buna doktrinde ‘doğrudan haksızlık yanılışı’ veya ‘soyut haksızlık yanılışı’ denilmektedir. Failin, gerçekte olmamasına rağmen, işlemiş olduğu fiili hukuka uygun hâle getiren bir sebebin bulunduğunu düşünerek hareket etmesi hâli haksızlık yanılışının ikinci şeklini oluşturmaktadır. (...) fail bir hukuka uygunluk sebebinin hukukî varlığında hataya düşmektedir. Buna doktrinde ‘dolaylı haksızlık yanılışı’ veya ‘somut haksızlık yanılışı’ denilmektedir.*” Ayrıca bkz. Erdal Yerdelen, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 25, Ağustos 2014, ss. 69-88.

<sup>779</sup> Erman, s. 123.

<sup>780</sup> “Olası haksızlık bilinci” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, ss. 204-224. Erman, s. 220: “*Fail, eyleminin haksızlık oluşturduğu yönündeki şüpheyi ciddiye almadığı durumlarda ise, yasak yanılışının varlığı kabul edilecek ve bunun kaçınılabilir olup olmadığı konusu incelenmek gerekecektir.*” Ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, s. 300; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 454; Özgenç, **Faillik**, ss. 217-218: “*Kişinin işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin mutlaka reel olarak, aktüel olarak bilincinde olması gerekmez. İşlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğinin potansiyel olarak, bilmekle bilincinde olmak yeterlidir. Bir başka ifadeyle, ... kişinin sahip olduğu akletme kabiliyeti, gördüğü terbiye, eğitim, içinde bulunduğu sosyal çevre itibarıyla, bu fiilin haksızlık teşkil ettiğini idrak edebilecek durumda olması yeterlidir.*” Haksızlık bilincini hukuk normlarına ve hukuk dışı normlara dayandıran görüşler için bkz. Erman, ss. 125-140.



TCK m. 30/4 hükmü uyarınca, “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”<sup>781</sup> Buna göre, işlediği fiilin hukuk düzeniyle çatıştığını bilmeyen bir kimse, hatasının “kaçınılmaz”<sup>782</sup> olması durumunda kınanamayacak, “kasıtlı yahut taksirli ve fakat kusursuz” olarak gerçekleştirdiği haksızlıktan ötürü cezalandırılmayacaktır<sup>783</sup>. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi “kasıtlı”<sup>784</sup> davranışı sebebiyle kınanabilecek ve bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır<sup>785</sup>.

Kaçınılabilir olsun veya olmasın, haksızlık hatasına düşen bir kimsenin “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlediği fiil TCK m. 40/1 hükmü uyarınca iştirake elverişli

<sup>781</sup> TCK m. 30/4 hükmü karşısında, artık TCK m. 4 hükmünün uygulanma olanağının kalmadığını ve açıkça ilga edilmesi gerektiğini savunan bazı yazarlar için bkz. Koca/Üzülmez, s. 301; Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 71. Bizim de katıldığımız farklı görüş için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 263: “... 1926 tarihli Ceza Kanunu’nda ‘Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.’ hükmü (m. 44) ile yetinilirken ve bu hüküm katı bir şekilde uygulanırken, 2004 tarihli Ceza Kanunu’nun 4. maddesinde ... tekrar edilen bu ilke, 30. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ... hükmü yumuşatılmıştır. Böylece ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz hükmü, sadece fiilin haksızlığı (antisosyalliği) konusundaki kaçınılabilir hata ile sınırlandırılmıştır.”

<sup>782</sup> Koca/Üzülmez, s. 301: “Hatanın kaçınılmaz olup olmadığının belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulacaktır.” Ayrıca bkz. Güngör, “... Kural Üzerinde Hata”, s. 159: “Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes bakımından geçerli olabilecek objektif nitelikte nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan subjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir.”

<sup>783</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 198; Koca/Üzülmez, ss. 299-301: “Failin haksızlığın maddi unsurlarına ilişkin bilgisi tam olduğundan, yanılmanın bu şeklinin kasıt ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Ancak doktrinde hâlen klâsik suç teorisinin etkisiyle yanılmanın bu türünün de kastı ortadan kaldırdığını savunan yazarlar vardır. (...) yanılmasının kaçınılmaz olduğu sonucuna varılırsa, kişi işlediği fiilden dolayı kusurlu sayılamayacak ve cezalandırılmayacaktır.” Aynı yönde bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 454-455: “İşlenen fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmemesi hâlinde, (...) haksızlık yanılması, kasta etkili olan bir husus olmayıp kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır. Ancak, Yargıtay, haksızlık yanılmasının söz konusu olduğu olaylarda, sorunu kasıt kapsamında mütalâa ederek çözme yoluna gitmiştir.” Yine bkz. Soyer Güleç, “... Haksızlık Yanılması (m. 30/4)”, s. 70: “Haksızlık yanılmasına ilişkin hüküm incelendiğinde kastın, kusurluluğun bir unsuru olarak düzenlenmediği görülmektedir. Sonuç olarak, bu düzenlemeye göre fail işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmiyorsa, bu hatasının kaçınılmaz olması şartıyla kusurlu sayılmayacaktır.” Ayrıca bkz. TCK m. 30’un gerekçesi, son paragraf. Haksızlık bilincini kastın kapsamında kabul eden ve haksızlık hatasının -kaçınılabilir olsun veya olmasın- her hâlde kastı kaldırdığını savunan “kasıt teorisi” için bkz. Erman, ss. 156-175; Toroslu/Toroslu, ss. 256-263.

<sup>784</sup> Toroslu/Toroslu, s. 218: “Haksızlık yanılmasının kaçınılabilir olması diye nitelendirdiğimiz bu hâlde de kişi işlediği fiili kasten gerçekleştirmiştir. Ancak, içine düştüğü bu yanılmanın kaçınılabilir olması nedeniyle, kusurunun azalmış olduğundan bahsedebiliriz.”

<sup>785</sup> Koca/Üzülmez, s. 301; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 457. Ayrıca bkz. TCK m. 30’un gerekçesi, son paragraf. Yine bkz. Güngör, “... Kural Üzerinde Hata”, s. 159: “Kural üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması için kaçınılmaz olması gereklidir (TCK m. 30/4). Buna göre, hataya düşmekte kusurlu olan fail, fiilden dolayı kasten sorumlu olacaktır. Zira kural üzerinde hata, fiil üzerinde hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. (...) Kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fiilden dolayı kasten sorumlu tutulan failin cezasında bir miktar indirim yapılması mümkündür.”

olduğundan, böyle bir hataya düşen şahsın tipik fiili gerçekleştirmesine katkı sağlayan kişi “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir<sup>786</sup>. Ancak, kaçınılmaz haksızlık hatasına düşen şahsın “iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak<sup>787</sup>” davranışlarını suça vasıta kılan kişinin “fiil hâkimiyeti” sebebiyle “işlenen suçun dolaylı faili” hâline geleceği hususunda öğretide geniş bir mutabakat mevcuttur<sup>788</sup>. Bize göre de, öncelikle, ön plândaki şahsı haksızlık hatasına bizzat düşüren arka plândaki kişinin bu şahsın iradesi ve dolayısıyla tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurarak suçun dolaylı faili hâline geldiği açıktır<sup>789</sup>. Söz gelimi, gerçekleştirmek istediği bir eylemin suç oluşturup oluşturmadığı konusunda kendisine danışan bir kimseyi aldatarak söz konusu eylemin hukuka uygun olduğuna inandıran ve neticeten suçun işlenmesini sağlayan avukatın durumu böyledir<sup>790</sup>. Buna karşılık, ön plândaki şahsın

<sup>786</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 198.

<sup>787</sup> “Haksızlık hatasından yararlanma yoluyla dolaylı faillik”te irade hâkimiyetinin söz konusu olmadığı yolundaki katılmadığımız görüş için bkz. Çiçek, s. 122; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 204; Özgenç, **Faillik**, s. 216: “İcra ettiği fiilin bir haksızlık teşkil ettiği bilincinde olmayan bir şahsın suçun işlenişinde araç olarak kullanılması hâlinde (...) cebir veya tehdit kullanmada olduğu gibi, fiili icra eden ön plândaki şahıs üzerinde bir hâkimiyet kurulmamaktadır. Bir başkası tarafından haksızlık yanılışına sevk edilse bile, ön plândaki şahıs, fiili icra edip etmeme konusunda karar verme serbestisine sahiptir.” Dolaylı failliğin bu görünüm şeklinde, arka plândaki kişi, işlenen fiilin antisosyalliği konusundaki ağır basan bilgisi sayesinde ön plândaki şahsın (doğrudan failin) iradesi üzerinde hâkimiyet kurmaktadır.

<sup>788</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 823, kn. 966; Özgenç, **Faillik**, s. 216; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 65; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 88. Özgenç, **Faillik**, s. 216, dpn. 90: “Bu hususta tek istisnayı Welzel teşkil etmektedir. Welzel, önceki görüşünün (bkz. Welzel, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, sh. 30, dn. 34.) aksine, söz konusu ihtimâlde, haksızlık konusundaki bilinçsizliğe bizzat kendisi sebebiyet verse bile, arka plândaki şahsın, fiili icra edenin haksızlık yanılışında ve fakat hukuka aykırı olarak işlediği fiilden şerik (azmettiren veya yardımcı bulunan) olarak sorumlu tutulacağı fikrindedir. (Welzel, *Lb.*, 103.)”

<sup>789</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 294; Özgenç, **Faillik**, s. 217. Doktrinden isabetli bir örnek için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 823, kn. 966; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 65: “Örneğin Türkiye’ye tatile gelen yabancı uyruklu A’yi, Türk arkadaşı B, Türkiye’de basit uyuşturucuları bulundurmanın suç olmadığına ikna ederek ona bir miktar uyuşturucuyu saklaması için verse ve daha sonra polise A’yi ihbar ederek onun yakalanmasını sağlasa, bu durumda B’yi haksızlık yanılışına düşürerek bundan yararlanan perde arkasındaki A’nın dolaylı fail olarak sorumlu olması söz konusu olur.”

<sup>790</sup> Soyer Güleç, “... Haksızlık Yanılışısı (m. 30/4)”, s. 81: “... fiilin haksızlık içeriği ile ilgili olarak tereddüt varsa, bu konuda uzman bir kişiye danıştıktan sonra eylemini gerçekleştiren bir kimsenin kaçınılmaz hukukî yanılışı içinde olduğu söylenebilecektir.” Soyer Güleç, “... Haksızlık Yanılışısı (m. 30/4)”, s. 81, dpn. 98: “... Yargıtay da bazı kararlarında (örneğin bkz. 5. CD, 26.04.1997, E. 1997/1530, K. 1977/1451) ... resmî mercilerin veya idarenin yanıltıcı hareketi nedeniyle suç teşkil eden hareketin yapılması halinde sanığın kusurlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahmutoglu/Unver, s. 389. Bu gibi hâllerde faile sorumluluk yüklenemeyeceği ve failin resmî makam ve mercilerin aleti durumunda olduğu kabul edilmiştir.” Bu gibi durumlarda, hataya düşen şahsın “resmî mercilerin aleti”ne dönüştüğünün kabulü için, yanıltıcı bilgi veren kimse haksızlık bilincine sahip olmalı; ön plândaki şahsın iradesi ile tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunu ve bu şahsın davranışlarını suça vasıta kıldığını bilip istemelidir. TCK m. 30/4’ün uygulanma alanını bir hayli daraltan aksi görüş için bkz. Güngör, “... Kural Üzerinde Hata”, s. 158: “... idare tarafından kanun hakkında yapılan yanlış yoruma güvenerek suç oluşturan bir fiili işleyen kimsenin hatasının kaçınılmaz olmadığını ve dolayısıyla kusurluluğu kaldırmadığını belirtmek gerekir. Zira idarenin, kanunun uygulanmasına

kendiliğinden veya üçüncü bir kimsenin etkisiyle haksızlık hatasına düştüğü hâllerde, bu hatadan yararlanan kişinin “dolaylı fail” kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır<sup>791,792</sup>. Fikrimizce, bu gibi durumlarda “dolaylı faillik” ve “şeriklik” olasılıkları, dolaylı failliğin esasını oluşturan “irade hâkimiyeti” ölçütünden hareketle, her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir<sup>793</sup>.

Haksızlık hatasının kaçınılabilirliği hataya düşen şahsın kusurluluğuyla ilgili bir sorun olup hatadan yararlanan kişinin sorumluluk statüsü hatanın kaçınılmaz olup olmadığına değil, irade hâkimiyetinin kurulup kurulmadığına bakılarak saptanacaktır<sup>794,795,796</sup>. Buna göre, kaçınılmaz haksızlık hatasına düşen bir kimsenin

---

*engel olacak bir yetkiye sahip olması düşünülemez. Aynı şekilde bir avukatın verdiği yanlış bilgiye dayanarak suç işleyen kimse de sorumluluktan kurtulamaz. Kanunu uygulamakla ve kanuna uyulmasını sağlamakla görevli kurumların bu görevlerini yerine getirmemeleri halinde, buna güvenerek kanunu ihlal eden kişiler bu durumu mazeret olarak ileri süremezler. (...) Bir kimsenin bir fiilin suç teşkil etmediği şeklindeki bir mahkeme hükmüne güvenerek aynı fiili işlemesi halinde kural olarak ceza sorumluluğunun kalkacağı söylenemez. Zira her hüküm, ilişkin olduğu somut durum bakımından geçerli olup genel bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla herkesin mahkeme kararlarının değişmez ve yargıçların yasa koyucu olmadığını bilmesi gerekir.”*

<sup>791</sup> Ön plândaki şahsın mevcut haksızlık hatasından yararlanan kişiyi “dolaylı fail” kabul eden hâkim görüş için bkz. Bockelmann, s. 52 vd.; Gallas, ss. 98-99; Jescheck, 1988, s. 605; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 196, 200; Schroeder, ss. 78-79’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 217. Bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Önok, s. 296: “Kanaatimce, haksızlık yanılıgı içerisinde bulunan kişinin fiili işlemeye arka plândaki kişi tarafından ikna edilmesi durumunda dolaylı faillığe gitmek doğrudur. (...) Fakat hem haksızlık yanılıgı içerisinde bulunan hem de fiili işlemeye zaten kararlı ve bunu en azından tasavvur etmiş bir kimse söz konusu ise, arka plândaki kişi şerik olarak nitelendirilmelidir.”

<sup>792</sup> Ön plândaki şahsın mevcut haksızlık hatasından yararlanan kişiyi “azmettiren” kabul eden hâkim görüş için bkz. Blei, 1977, s. 232’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 217.

<sup>793</sup> Aynı yönde bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 205.

<sup>794</sup> Önok, s. 292: “... Alman doktrindeki baskın görüş, sınırlı sorumluluk teorisine uygun olarak, kaçınılabilir bir yanılıgı durumunda arka plândaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilebileceği yönündedir. Buna göre, belirleyici husus ön plândaki kişinin kusurlu olup olmadığı değil; arka plândaki kişinin aracıyı kendi egemenliği altına almayı başarıp başaramadığıdır.” Buna yakın bir görüş için bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 206.

<sup>795</sup> Bir kimsenin kaçınılabilir haksızlık hatasından yararlanan kişiyi “azmettiren” sıfatıyla sorumlu tutan bazı yazarlar için bkz. Bloy, s. 347 vd.; Jescheck, 1988, ss. 605-606; Paul Bockelmann / Klaus Volk, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München, 1987, s. 181, 195; Stratenwerth, 1981, kn. 779-780’dan aktaran aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 218. Türk doktrinde aynı görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Çiçek, s. 122; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 66; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 65; Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 88. Yine bu yönde bkz. Önok, s. 295: “... şayet kanunumuz kaçınılabilir haksızlık yanılıgı durumunda ön plândaki kişinin sorumsuzluğunu (veya taksirli suçtan ötürü sorumluluğunu) öngörmüş olsaydı, ancak o zaman arka plândaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte, şunu da kabul etmek gerekir ki, sorumluluk ilkesine başka noktalarda istisna kabul edilirken, burada edilmemesinin de dogmatik yönden doyurucu bir dayanağını ortaya koymak zordur.”

<sup>796</sup> Türk doktrinde bazı yazarlarca (Mahmutoğlu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, ss. 73-74; Özkan, **Azmettirme**, s. 245) savunulan ayrıksı bir görüşün haklı eleştirisi için bkz. Önok, s. 294: “... Türk doktrindeki bir görüşe göre, kaçınılabilir haksızlık yanılıgı durumunda eğer fail bilinçli taksirle hareket ettiyse şeriklik ilişkisi kurulmalı, bilinçsiz taksirle hareket ettiyse dolaylı faillikten

suçuna “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın, yalnızca kendi nedensel davranışlarına hâkim şekilde” kasten katkı sağlayan kişi “şerik” sıfatıyla cezalandırılırken, kaçınılabılır haksızlık hatasına düşen bir kimsenin hatasından yararlanıp iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kılan kişi “fail arkasındaki dolaylı fail” hâline gelecektir<sup>797,798</sup>. Zira, haksızlık hatası “kaçınılabılır” olsa da, somut olayda o veya bu sebeple haksızlık hatasına düşen bir kimsenin iradesine ve tipik fiile hâkim olan kişinin “şerik” sayılması “fiil hâkimiyeti” kuramıyla bağdaşmayacaktır<sup>799</sup>.

Son olarak, dolaylı fail kabul edilebilmesi için, arka plândaki kişinin söz konusu fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda en azından olası kastının bulunması gerektiği kuşkusuzdur<sup>800</sup>.

---

*bahsedilmelidir. Haksızlık yanılığı bakımından böyle bir ayrımın mümkün olmadığı kanaatindeyim. Eğer kastedilen, hataya düşmekteki taksirin derecesi ise, hatanın kaçınılabilirliği değerlendirmesi açısından kanunumuz taksirin türü açısından bir ayrımın izin vermemektedir: öyle ya da böyle, doğrudan failin sorumluluğu tamdır. Kastedilen, fiilin gerçekleştiriliş biçimi ise, haksızlık yanılığı durumunda, failin işlediği fiil, kural olarak, zaten kasıtlıdır.”*

<sup>797</sup> Aynı yönde bkz. Blei, 1977, s. 232; Cramer/Heine, § 25, kn. 38; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 23; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, ss. 277-278; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 204-205; Schroeder, s. 126 vd; Schumann, s. 78’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 218.

<sup>798</sup> Almanya’da yaşanan “Katzenkönigfall (Kediler Kralı)” olayı hakkında bkz. Önok, s. 290: “H ve P, akıl hastalığı nedeniyle psikolojik olarak başkasına bağımlı olan bir erkek olan R’yi, Kedi Kralı adlı bir iblisin evrendeki en büyük kudret olduğuna inandırmışlardır. Polis memuru olan R, her türlü büyü ve doğa üstü güce inanan bir kimseydi; kendisini manipüle eden çiftin kadın üyesine de çok âşık. N’den kurtulmak isteyen H, P ile birlikte, polis memuru R’nin N’yi insan adak olarak kurban etmemesi durumunda, Kral Kedi’nin bir milyon kişiyi öldüreceğine ikna etmişlerdir. Hattâ dinî inançları nedeniyle harekete geçmeyi reddeden polis memuru R, kutsal bir görev söz konusu olma nedeniyle, öldürme yasağının kendisi için geçerli olmadığına da inandırılmıştır. Bunlara bağlı olarak R’yi harekete geçmeye ikna etmeleri sonucunda, R, mağdure N’yi üç kez bıçaklamıştır, fakat mağdure hayatta kalmıştır. Yargılamada H, P ve R, öldürmeye teşebbüsten mahkûm edilmişlerdir. Davada tartışılan meselelerden biri, H ve P’nin fail olarak mı, yoksa şerik olarak mı sorumlu tutulacakları olmuştur. Federal Yüksek Mahkemeye göre ... H ve P, R’yi iğfal etmek ... ve P’nin cinayet silâhını temin edip nasıl kullanılacağına dair bilgi vermek suretiyle, suçun icra ediliş biçimini de önemli ölçüde tayin etmişlerdir. (...) Diğer bir deyişle, ön plândaki kişinin kaçınılabılır yasak hatası, arka plândaki kişiler tarafından kasten yaratılmıştır. Bu da sorumluluğu onlara nakletmiştir.”

<sup>799</sup> Aynı yönde bkz. Klaus Roxin, “Bemerkungen zum ‘Täter hinter dem Täter’”, **Festschrift für Richard Lange**, 1976, s. 179’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 219: “Haksızlık yanılığı içinde olan şahsın söz konusu yanılığın kaçınılabılır durumda olması, arka plândaki şahsın fiil üzerindeki hâkimiyetini etkilemez. Bu yanılığın fiili icra eden için kaçınılabılır yanılığı olup olmadığı arka plândaki şahsın tahmin etmesi de hayli güç bir iştir.”

<sup>800</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 199-200, 609’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 217. Aynı yönde bkz. Şohoğlu, s. 79.

## f. Saik Hatasına Düşen Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması

Ceza hukukunda saik “faili suçu işlemeye iten dürtü”yü ifade etmektedir<sup>801</sup>. Kasıttan önce gelen ve kastı hazırlayan saik, kural olarak yalnızca cezanın bireyselleştirilmesi (TCK m. 61/1-g) yönünden önem taşıyorsa da, kanunî tanımda “suçun temel veya nitelikli şeklinin bir unsuru” olarak gösterildiği istisnâî durumlarda “suçun özel sübjektif unsuru” hâline gelmektedir<sup>802</sup>. Örneğin, hakaret suçunda saik yalnızca cezanın bireyselleştirilerek belirlenmesinde dikkate alınırken, insanlığa karşı suçlarda (TCK m. 77/1) “siyasal, felsefî, ırkî veya dinî” saiklerle TCK m. 82/1-j ve k bentlerinde gösterilen “kan gütme” ve “töre” saikleri “suçun temel ve nitelikli hâllerinin birer unsuru” olarak ortaya çıkmaktadır<sup>803</sup>. Saikin “suçun özel sübjektif unsuru” kabul edildiği durumlarda, tipik davranışın kanunî tanımda aranan saikle gerçekleştirilmesi manevî unsurun tamamlanması için yeterli olduğundan, örneğin “törenin gereği” konusunda yanılarak veya yanıltılarak gerçekte törenin gerektirmediği bir kasten öldürme eylemini “töre saikiyle” işleyen kişi de yine kasten öldürme suçunun nitelikli hâlinden (TCK m. 82/1-k) sorumlu tutulacaktır.

Saik hatası haksızlık bilincini yok etmediğinden, öğretideki hâkim görüşe göre, tipikliğin maddî unsurlarını “kasten ve hukuka aykırı olarak” gerçekleştiren bir kimse saik hatasına rağmen “suçun doğrudan faili” olmakta ve doğrudan failin saik hatasından yararlanan kişi “iştirake elverişli” (TCK m. 40/1) olan bu fiilden “şerik” sıfatıyla sorumlu hâle gelmektedir<sup>804</sup>. Bizim de isabetli bulduğumuz bu düşünceye göre, bir suçu haksızlık bilinciyle işleyen doğrudan failin saik hatasından yararlanan kişi sırf bu yararlanmadan ötürü “doğrudan failin iradesine hâkim” kabul edilemeyecek ve “dolaylı fail” olamayacaktır. Örneğin, kendisine evlenme teklif eden B’yi “C’yi öldürmesi durumunda bu teklifi kabul edeceğini” söyleyerek kandıran ve sonuç olarak C’yi B’ye öldürten A “kasten öldürme suçunun azmettiren” sıfatıyla cezalandırılacaktır<sup>805</sup>.

<sup>801</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 472, kn. 547; Koca/Üzülmez, s. 225.

<sup>802</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 474, kn. 549; Koca/Üzülmez, ss. 225-226.

<sup>803</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 475, kn. 550.

<sup>804</sup> Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 71; Özkan, **Azmettirme**, s. 215; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 253.

<sup>805</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 241: “... bir şahsa suçu işlemesini temin için gerçek dışı mükâfat vaadinde bulunulması hâlinde, bu şahsın yanılışı bir saik yanılışıdır.”

Bu noktada, Roxin'in ortaya attığı ve çözümünde “dolaylı faillik” kurumuna başvurduğu bir kurgusal olayı ele almakta yarar görüyoruz. C'nin öldürülmesini isteyen A'nın D ile evli olan B'yi “C ile D'nin cinsel ilişkiye girdiğine” inandırarak C'yi B'ye öldürttüğü bu olayda B'nin “haksızlığa ve kusurluluğa dâhil olmamakla birlikte, fiilin işlenişi açısından önem arz eden hususlarda hata”ya düştüğünü ileri süren ve önceleri bu hatayı “saik hatası” addetmeyen Roxin, “*B, A tarafından hataya düşürülmeseydi, C'yi öldürmeyecekti.*” şeklindeki önermeden hareketle, A'yi “doğrudan fail arkasındaki dolaylı fail” olarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutmaktadır<sup>806</sup>. Oysa, buradaki hata -Roxin'in de sonradan kabul ettiği üzere<sup>807</sup>- “saik hatası” niteliğinde olup haksızlığın varlığına yahut içeriğine ilişkin olmayan bir hatadan yararlanan kişi salt bu nedenle “doğrudan failin iradesi ile tipik fiil üzerinde hâkim” kabul edilemeyecek ve işlenen suçtan ancak “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir<sup>808</sup>. Gerçekten de, hatanın haksızlığın varlığına veya içeriğine ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın, “*Doğrudan fail hataya düşürülmeseydi, suçu işlemeyecekti.*” denilebilen her hâlde hatadan yararlanan kişinin dolaylı failliği kabul edilecek olursa, söz gelimi, bir suçu işlemeyi düşündüğü hâlde suçun yaptırımının ağırlığı sebebiyle bu düşüncesini karara dönüştürüp tipik fiili gerçekleştiremeyen bir kimseyi “suçun yaptırımı konusunda hata”ya düşürerek (suçun cezasının az olduğuna inandırarak) ona söz konusu suçu işleten avukatın da “işlenen suçun dolaylı faili” kabul edilmesi gerekecek ve iştirak hükümlerinin uygulanma alanı bir hayli daralmış olacaktır.

<sup>806</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 218'den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 240.

<sup>807</sup> Özgenç, **Faillik**, ss. 240-241: “Roxin, B'nin ... bu yanlışlığının bir saik yanlışlığı olmadığını ... iddia etmektedir. Ona göre saik yanlışlığı, suçun oluşumu dışındaki hususlara müteallik yanlışlıklardır. Örneğin, bir şahsa suçu işlemesini temin için gerçek dışı mükâfat vaadinde bulunulması hâlinde, bu şahsın yanlışlığı bir saik yanlışlığıdır. Buna karşılık, şayet bir yanlış faildeki işlenen suça ilişkin zihniyette bir değişiklik meydana getiriyorsa, artık bir saik yanlışlığından değil, fiilin işlenişi açısından önem arz eden hususlarda bir yanlışlıktan bahsedilebilir. Ancak, Roxin'in bu ayrımı doktrinde kabul görmemiştir. Nitekim, Roxin'in kendisi ... eleştirilere istinaden söz konusu ayırmadan vazgeçmiştir. Gerçekten, mantıkî bakımdan böyle bir kavram ayrımı mümkün değildir. Çünkü, bu tür bir ayırım ancak saik yanlışlığı altında ve bununla bağlantılı olarak yapılabilen bir ayırımdır. Örnek olayımızda ... saik yanlışlığı suç objesinin vasfında tezahür etmektedir: Suçun mağdurunun namusa tecavüz eden birisi olduğu hususundaki yanlışlığı.”

<sup>808</sup> Bloy, s. 353; Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 26; Roxin, “Bemerkungen zum ‘Täter hinter dem Täter’”, s. 188; Schroeder, s. 163; Stratenwerth, 1981, kn. 785-786'dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 241: “Bu suretle, (dolaylı) faillik-şeriklik (azmettirme) ayırımında esas alınan yanlışlığın tespitinde hukuka takaddüm eden kıstastan vazgeçilip normatif, hukukî bir kıstas benimsenmektedir.” Aynı yönde bkz. Önok, s. 308.

## E. Sapmadan Yararlanma Yoluyla Dolaylı Faillik

Davranış ile başlatılan nedensel sürecin fail tarafından öngörülenden farklı şekilde gelişmesini ifade eden ve iradenin -oluşum sürecindeki değil- gerçekleştirilmesi sürecindeki hataya karşılık gelen “sapma”, ilki “nedensellik bağında”, ikincisi “hedefte” ve sonuncusu “suçta” olmak üzere, üç farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir<sup>809</sup>.

Nedensellik bağında sapmada, nedensel süreç failin istediğinden farklı bir şekilde gelişmekte, fakat istenen netice yine de gerçekleşmektedir<sup>810</sup>. Nedensellik bağında sapmanın kasta etkisi öğretide tartışılmıştır. Bir kısım yazara göre, davranışın “iradî” ve “yasaklanan neticeyi meydana getirmeye elverişli” olmasının yeterli kabul edildiği “serbest hareketli suçlar”da nedensellik bağında sapmanın kasta bir etkisi bulunmazken<sup>811</sup>, neticenin belirli bir nedensellik ilişkisi içinde meydana gelmesinin zorunlu sayıldığı “bağlı hareketli suçlar”da bu türden bir sapma kastı kaldırmaktadır<sup>812</sup>. Diğer bir kısım yazara göre ise, nedensellik bağında sapma, yalnızca failin “*Nedensellik sürecinin farklı şekilde gelişeceğini bilseydim, bu davranışı gerçekleştirmezdim.*” dediği hâllerde kastı kaldırmaktadır<sup>813</sup>. Bu anlayışa göre, çektiği ıstırap sebebiyle ölmeyi dileyen kanser hastası kardeşini az acı veren bir yöntemle (gazla zehirleyerek) öldürmeye karar veren ve bu amaçla piknik tüpünü açıp kardeşinin baş ucuna bırakan abla, tüpün patlaması ve kardeşinin yanarak can vermesi durumunda ancak “taksirle ölüme sebebiyet verme” suçundan (TCK m. 85) sorumlu tutulabilecektir. Nihayet üçüncü bir görüşe göre, nedensellik süreci her zaman failin bilgisinde ve kontrolünde ilerlemediğinden<sup>814</sup>, ancak ve ancak “gerçekleşen nedensellik sürecinin atıpkı olduğu” ve/veya “neticenin objektif olarak

<sup>809</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 88-89.

<sup>810</sup> Antolisei, 2003, s. 110; Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 89; Toroslu/Toroslu, s. 277.

<sup>811</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 91; Toroslu/Toroslu, s. 277.

<sup>812</sup> Mantovani, 2001, s. 398’den naklen Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 92: “Örneğin ‘dolandırıcılık’ suçunun oluşabilmesi için, bir kimsenin uğradığı zararın nedeninin failin hileli davranışları olması gerekir. Nedensellik bağının, failin kurucu bir unsuru olduğu durumlarda, sonucun kanun tarafından öngörülenden farklı biçimde gerçekleşmesi esaslı hataya vücut verir ve böyle bir durumda nedensellik bağına ilişkin sapma suçun gerçekleşmesini önleyici bir etkiye sahip olur.” Aynı yönde bkz. Toroslu/Toroslu, s. 277.

<sup>813</sup> Giovanni Leone, **Il Reato Aberrante**, Napoli: Jovene Editore, 1964, s. 189’dan aktaran Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 90.

<sup>814</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 90; Koca/Üzülmez, s. 232; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 329.

faile yüklenemediği” hâllerde “esaslı sapma”dan söz edilebilecek ve bu esaslı sapma kastı ortadan kaldıracaktır<sup>815</sup>. Zira, nedensellik bağı da -davranış ve neticeyle birlikte- suçun maddî unsurlarından olup kastın varlığından söz edilebilmesi için failin nedensellik sürecinin esaslı noktalarını bilmesi zorunludur<sup>816</sup>. Biz, ilk anlayışı savunuların bağı hareketli suçlara ilişkin tespitlerine katılıyor, serbest hareketli suçlar bakımından ise üçüncü yaklaşımı benimsiyoruz.

Nedensellik bağında sapmanın dolaylı faillik ile ilişkisine gelince; öncelikle, sapmanın kastı ortadan kaldırdığı (ve böylelikle fiili iştirake elverişsiz kıldığı) hâllerde, nedensellik bağında sapma yaratmak suretiyle ön plândaki şahsın iradesine hâkim olan kişinin “işlenen suçun dolaylı faili” hâline geleceği açıktır. Örneğin, A tarafından “öldürülmek amacıyla” kurşunlanan C’nin ölmediğini fark ettiği hâlde A’ya öldüğünü söyleyen ve neticeten A’yı C’yi diri iken gömmeye sevk eden B’nin durumu böyledir<sup>817</sup>. Bu olayda, A “öldürmeye teşebbüs” ve “taksirle ölüme sebebiyet verme” sebebiyle doğrudan fail sıfatıyla cezalandırılırken, B “kasten öldürme” suçunun dolaylı faili kabul edilecektir<sup>818</sup>. Diğer yandan, nedensellik bağında sapmanın kastı ortadan kaldırmadığı hâllerde de, iddia olunanın aksine, dolaylı faillikten söz etmek mümkündür<sup>819</sup>. Zira, kasıtlı davranan bir kimsenin iradesi

<sup>815</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 458; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 329; Koca/Üzülmez, s. 232: “... nedensellik bağı da suçun maddî unsurlarındandır. Dolayısıyla failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, sadece hareket ve neticeyi değil, aynı zamanda nedensellik sürecinin esaslı noktalarını da bilmesi gerekmektedir. Fakat nedensellik sürecinin çoğunlukla eksiksiz bir şekilde bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle, fail neticeyi gerçekleştirmek istediği hâlde, bu neticenin gelişimi atipik olmadığı ve objektif olarak neticenin faile yüklenebilmesi mümkün olduğu takdirde, nedensellik bağındaki yanlışlar önemli değildir. Buna karşılık, failin tasavvuruna göre nedensellik bağındaki esaslı sapmalar istisnâî tarzda failin başka bir şekilde hukukî değerlendirmesini gerektiriyorsa, bu takdirde kastı ortadan kaldıran bir unsur yanılışı söz konusu olacaktır.”

<sup>816</sup> Koca/Üzülmez, s. 232.

<sup>817</sup> Aynı yönde bkz. Şohoğlu, ss. 72-73: “Bu durumda ... A’nın kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekirken, C’nin kasten ... öldürme suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekir. (...) A, kasten ... öldürme suçuna teşebbüsü arkasında kimse olmadan işlemiştir, dolaylı faillik A’nın B’yi gömmesi fiilindedir.”

<sup>818</sup> Antolisei, 2003, s. 433; Leone, ss. 207-208’den naklen Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 92: “Bu durumda ne olacağı konusunda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Faildeki genel kastı yeterli bulan birinci görüşe göre, ortada tek bir öldürme fiili vardır ve failin kasıtlı adam öldürmek suçundan sorumlu tutulması gerekir. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, bu durumda ortada iki ayrı suç bulunmaktadır; birincisi ... öldürmeye teşebbüs etmek, diğeri ise taksirle ... öldürmektir. Zira ortada farklı zamanlarda ortaya çıkan ve psikolojik açıdan faile bağlanabilen iki ayrı fiil bulunmaktadır.”

<sup>819</sup> Aksi görüş için bkz. Şohoğlu, s. 72: “... nedensellik bağındaki sapma, serbest hareketli suçlarda esaslı hataya vücut vermez ve failin kastı üzerinde etkili olmaz. Dolaylı faillik açısından düşünüldüğünde de, ön plândaki kişinin kastı kalkmadığından, arka plândaki kişinin dolaylı fail olması beklenemez.”



üzerinde hâkimiyet kurulmasına bir engel yoktur<sup>820</sup>. Örneğin, C’yi oksijensiz bırakarak öldürmeye karar veren A’nın “aslında C’nin defalarca kalp krizi geçirmiş bir klostrofobik olduğunu” bilen B tarafından “C’yi tabuta kilitlemeye” sevk edildiği olayda, B, C’nin kalp krizi neticesinde vuku bulan ölümünden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Zira, B, nedensellik bağında yarattığı sapmayla, C’nin boğularak öleceğini öngören ve ölüm neticesini önleme imkânına sahip olacağını sanan A’nın elinden bu imkânı almakta ve “*iter criminis*’e yön vermeye muktedir” pozisyona geçmektedir.

Hedefte sapmada ise, suç hedeflenenenden başka bir kimsenin varlık veya menfaatini ihlâl etmekte, fiilin icrası sırasında ortaya çıkan bir nedene bağlı olarak farklı bir kişi aleyhine işlenmektedir<sup>821</sup>. Şahısta hatadan farklı olarak, hedefte sapma durumunda, hedef alınan şahısta bir hata yapılmamakta, sadece tipik davranış “hedef alınan şahıstan başka bir kimse”yi etkilemektedir<sup>822</sup>. Hedefte sapma durumunda, bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (aynı türden fikrî içtima - TCK m. 43) yahut farklı türden fikrî içtima (TCK m. 44) hükümlerinin uygulanması imkânsız olup failin sorumluluğu kasıt ve taksire ilişkin genel esaslara göre belirlenecektir<sup>823</sup>. Buna göre, tek neticeli sapmada “istenen fakat gerçekleşmeyen netice” bakımından teşebbüs, “hedefte sapma sebebiyle gerçekleşen netice” bakımından olası kasıt veya taksir hükümlerine göre hüküm kurulurken; çift neticeli sapmada “istenen ve gerçekleşen netice” bakımından doğrudan kasta, ikinci netice bakımından ise olası kasta yahut taksire dayalı sorumluluk gündeme gelecektir<sup>824</sup>.

Hedefte sapma hâllerinde, sapmayı kasten yaratan arka plândaki kişi, ön plândaki şahsın iradesine bu suretle hâkim olmakta ve bu şahsın davranışının hedefte sapma sebebiyle yol açtığı neticeden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu hâle gelmektedir. Örneğin, kalabalık bir meydandaki hasmını (H’yi) uzun menzilli tüfekle öldürmeye karar veren B’nin tüfeğinin ayarını bozarak H yerine başkalarının öldürülmesini sağlayan A’nın durumu böyledir.

<sup>820</sup> Örneğin, ölüm tehdidiyle hırsızlığa zorlanan şahıs suçu kasten ve fakat kusursuz şekilde işlemekte, cebreden kişi ise “hırsızlık suçunun dolaylı faili” hâline gelmektedir.

<sup>821</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 89, 92.

<sup>822</sup> Toroslu/Toroslu, s. 273.

<sup>823</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 96-99; Toroslu/Toroslu, s. 275-276.

<sup>824</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 93-96; Toroslu/Toroslu, s. 274-275.

Nihayet suçta sapmada, davranış, istenen neticeden farklı veya bu neticenin yanında doğrudan kastedilmeyen ikinci bir neticeye yol açmakta, farklı<sup>825</sup> bir suça (daha) vücut vermektedir<sup>826</sup>. TCK’de açıkça düzenlenmediğinden, bu sapma şeklinde de, failin sorumluluğu kasıt ve taksire ilişkin genel esaslara göre tespit edilecektir<sup>827</sup>. Buna göre, tipik davranışı gerçekleştiren kişi “istenen netice yönünden” neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesine göre tamamlanmış suçtan veya teşebbüsten dolayı; doğrudan kastetmediği hâlde gerçekleşen netice yönünden ise olası kasta yahut taksire dayalı bir sorumluluğa sahip olacaktır.

Diğer sapma türlerinde olduğu gibi, suçta sapma hâlinde de, sapmayı kasten yaratan arka plândaki kişi, ön plândaki şahsın iradesine bu suretle hâkim olmakta ve bu şahsın davranışının yol açtığı farklı suçtan “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu hâle gelmektedir. Örneğin, C’yi öldürmeden kör etmek isteyen, ancak göz hastalıkları uzmanı B’nin kasıtlı ve yanıltıcı yönlendirmesiyle “C’nin ölümüne yol açacak nitelikte ve nicelikte bir maddeyi C’nin damarına zerk eden” A “neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama” suçundan (TCK m. 87/4) cezalandırılırken, söz konusu maddenin C’nin ölümüne yol açacağını bilen ve bu neticeyi hedefleyen B “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” olacaktır.

#### F. “Fail Arkasındaki Dolaylı Faillik” Hâlleri

Daha önce ifade edildiği gibi, dolaylı faillik ilişkisinde, “davranışları suça vasıta kılınan şahıs” ile “mağdur”un aynı kişi olduğu hâller dışında, en az üç kişi bulunmaktadır. Bu ilişkide davranışları suça vasıta kılınan şahsın “fail” sayılıp sayılamayacağı ise tartışmalıdır. Gerçekten de, iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahıs öğretide kimi yazarlarca “asıl fail<sup>828</sup>”, “aslî fail<sup>829</sup>”, “asıl doğrudan fail<sup>830</sup>”, “görünüşte fail<sup>831</sup>”, “maddî fail<sup>832</sup>”, “masum fail

<sup>825</sup> İşlenmek istenenden “farklı” bir suçun meydana geldiğinin tespiti konusunda ortaya atılan ölçütler ve bu ölçütlerin eleştirisi için bkz. Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 100-103.

<sup>826</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 89.

<sup>827</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 104-105; Toroslu/Toroslu, s. 276.

<sup>828</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 65.

<sup>829</sup> Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Ağustos 2014, ss. 544-547. (Hakeri, kitabın yirmi ikinci baskısında, ön plândaki şahıs için “aslî fail” yerine “fail” kavramını tercih etmiştir.) Ayrıca bkz. Özkan, **Azmettirme**, s. 208: “*Dolaylı faillikte dolaylı fail, yani ‘arkadaki fail’ gemi kaptanına benzetilebilir. Fiil, dolaylı failin çalışmalarının neticesinde, aslî failin ‘dümen’*

(*innocent agent*)<sup>833</sup>, “suçsuz fail<sup>834</sup>” yahut “araç fail<sup>835</sup>” olarak isimlendirilirken, kimi yazarlar bu şahıs için “fail” kavramını kullanmaktan kaçınarak “ön plândaki kişi<sup>836</sup>”, “pasif araç veya kusurlu araç<sup>837</sup>”, “araç konumundaki kişi<sup>838</sup>”, “vasıta kişi<sup>839</sup>”, “*Tatmittler*<sup>840</sup>” gibi ifadeleri tercih etmektedir.

Failliğin “doğrudan faillik”, “dolaylı faillik”, “müşterek faillik” ve “yan yana faillik” şeklinde toplam dört şekli mevcuttur. “Fiil hâkimiyeti” kuramı çerçevesinde tanımladığımız bu faillik şekillerinden ilk üçü -sırasıyla- hareket hâkimiyeti, fonksiyonel hâkimiyet ve irade hâkimiyeti esasına dayanmakta olup “çok failli doğrudan faillik” şeklinde formüle edilebilen yan yana faillik “doğrudan failliğin bir görünüm şekli<sup>841</sup>”nden ibarettir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, davranışları suça vasıta kılınan şahsın eyleminin “tipe uygun” ve/veya “hukuka aykırı” olmadığı dolaylı faillik ilişkilerinde,

---

*olarak kullanılması suretiyle geminin idare edilmesi gibidir. Dolaylı failin kastındaki plân, aslî faile aşama aşama yaptırılmaktadır.”*

<sup>830</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 205.

<sup>831</sup> Gerçekler, s. 463.

<sup>832</sup> Pisapia, **Violenza, Minaccia e Inganno**, s. 196’dan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 144, dñn. 319.

<sup>833</sup> Catherine Elliott / Frances Quinn, **Criminal Law**, 4. Edition, London: Pearson Education Ltd., 2002, ss. 227-228; Davide Balestrieri / Carmen Giraldi, **Introduzione allo Studio del Diritto Penale Irlandese**, Padova: CEDAM, 2000, ss. 138-139; J. Michael Allen, **Textbook on Criminal Law**, London: Blackstone Press Limited, 1991, s. 160’tan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 144. Ayrıca bkz. Şohoğlu, s. 156.

<sup>834</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2000, s. 173’ten aktaran Şohoğlu, s. 37.

<sup>835</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 821, kn. 964; Erkan Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)**, Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 569.

<sup>836</sup> Dölger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 92 vd.

<sup>837</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 352: “İsnat yeteneğinin yokluğu halinde kişi ‘pasif araç’, diğer hallerde ‘kusurlu araç’ olarak nitelendirilmektedir.” Dolaylı faillik ilişkisinde, ön plândaki şahsın her zaman “kusursuz” olduğu yolundaki isabetsiz görüş için bkz. Metin/Heper, **Radbruch Formülü**, s. 46. Yine bu yönde bkz. **Yargıtay 17. CD**, T. 23/06/2015, E. 2015/1562, K. 2015/4345: “Dolaylı faillikte, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi, aslında cezaî anlamda kusurlu değildir.”

<sup>838</sup> Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 232 vd.

<sup>839</sup> Dölger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 119.

<sup>840</sup> Üzülmöz, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 84.

<sup>841</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. § 49 III, kn. 80; Mitsch, s. 131; Trunk, s. 80’dan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 686.

bu şahsın “fail” olarak isimlendirilmesi terminolojik açıdan hatalı olacaktır<sup>842</sup>. Zira, “suç” işlememiş (örneğin zorlama sonucu intihar etmiş) birini “bir suçun aktif süjesi” addetmek olanaksızdır<sup>843</sup>. Buna karşılık, söz konusu eylemin bir haksızlığa (hukuka aykırı bir tipik fiile) vücut verdiği durumlarda, ön plândaki şahıs, söz konusu haksızlık kusurlu olsun veya olmasın, her hâlde “fail” sayılacak; şahsın sorumluluğuysa “kusurluluk” ile “cezalandırılabilirliğin diğer şartları” bakımından yapılacak inceleme neticesinde saptanacaktır. Failin (haksızlığı kusurlu veya kusursuz olarak gerçekleştiren şahsın) arkasındaki kimsenin fiil üzerinde hâkim olduğu hâllerde ise “fail arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilecektir<sup>844</sup>.

Bazı dolaylı faillik hâllerinde, davranışları suça vasıta kılınan şahsın kasıtlı veya taksirli fiilinden ötürü “işlenen suçun doğrudan faili” olarak cezalandırılması mümkün<sup>845</sup> olup “doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik” hâlleri aşağıda incelenecektir.

<sup>842</sup> Önok, s. 230: “... her ne kadar konuya dair yabancı dildeki çalışmaların büyük kısmında ve yer yer tezimde ön plândaki kişi olan ve tipik fiili gerçekleştiren kişiden ‘doğrudan fail’ olarak bahsedilse de, buradaki amaç anlatım kolaylığıdır. Yoksa dolaylı faillik senaryolarının önemli bir kısmında, aracı veya araç olarak kullanılan ön plândaki kişi aslında tipikliğin tüm unsurlarını kendi fiiliyle gerçekleştirmiş değildir.”

<sup>843</sup> Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 373.

<sup>844</sup> Gropp, 2005, § 10, kn. 73’ten naklen İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, ss. 58-59: “... failliğin her hâlükârda, fiil hâkimiyetine sahip olan kişi tarafından tipe uygun bir fiilin gerçekleştirilmesiyle bağlantılı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, dolaylı failin, kullandığı aracın fail olmamasından dolayı fail olduğu neticesi değil, daha ziyade aracın tamamen sorumlu olarak hareket eden ve hattâ cezalandırılabilir bir fail olup olmamasına bakılmaksızın, onu istediği şekilde yönlendirme imkânına sahip olduğu için fiil hâkimiyetinin bulunduğu ve buna dayanılarak (ayrıca) fail olarak sorumlu tutulması gerekeceği neticesi ortaya çıkmaktadır.”

<sup>845</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 84; İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 53 vd.; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 80-81; Mustafa Ruhan Erdem, “Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, İstanbul, Ağustos 2014, ss. 13-14: “Kendi fiilinden dolayı sorumlu olan kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurmak kural olarak mümkün olmadığına göre, bu kişinin aynı zamanda bir başkasının aracı olarak kabul edilmesine kural olarak olanak yoktur (‘sorumluluk prensibi’). Ne var ki, bazı istisnai durumlarda suç tipini kasten, hukuka aykırı ve kusurlu olarak bizzat gerçekleştiren kişi üzerinde de arka plandaki kişinin egemenlik kurabileceği kabul edilmektedir.” Yine bu yönde bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 677. “Kural olarak ... kendi fiilinden dolayı sorumlu olan kişinin aynı zamanda başkasının aracı olarak kabul edilmesi reddedilmektedir (sorumluluk prensibi). Ancak ... arkadaki kişinin fiili gerçekleştiren fail üzerinde hâkimiyet (...) kurabildiği hâllerde fail arkasındaki fail durumu gerçekleşmektedir.” Yine bu yönde bkz. Önok, s. 232: “Birçok dolaylı faillik senaryosunda (örneğin, aracının kutsal yeteneğinin olmaması veya hukuka uygun davranması), ön plândaki kişi harekete egemendir zira tipikliği bizzat icra etmektedir; fakat onun bu davranışı ve kararı da, daha üst plânda ve genel olarak, arka plândaki kişinin iradesinin egemenliği altındadır. Zira, dolaylı fail doğrudan failin kararları üzerinde kontrole sahiptir ve suçun işlenip işlenmeyeceği son kertede dolaylı failin kararına ve iradesine bağlıdır.” Dolaylı faillik ilişkisinde yalnızca arka plândaki kişinin cezalandırılabilirliğini savunan yazarlar (Welzel, Jescheck, Spendel) için bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 196, dpn. 131. Aynı yönde bkz. Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç

İradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahısta “dolaylı fail ile birlikte suç işleme iradesi” bulunmadığından, üç kişilik bir dolaylı faillik ilişkisinde ön plândaki şahıs ile arka plândaki kişinin “müşterek failler” olarak cezalandırılması olanaksızdır. Ancak, ön plândaki birden çok şahsın “kusurluluklarını kaldırmayan bir cebre boyun eğerek” arka plândaki kişinin arzu ettiği suçu birlikte işledikleri hâllerde, bir yandan “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik” söz konusu iken, ön plândaki şahıslar arasında aynı zamanda bir “müşterek faillik” ilişkisi de ortaya çıkmaktadır<sup>846</sup>. Örneğin, anne D’nin “çocukları E ile F’yi intihar etmekle korkutarak” babaları G’yi öldürmeye zorladığı olayda, D nitelikli kasten öldürme suçunun dolaylı faili iken, boyun eğmemeleri (TCK m. 28) gereken bu şantaja boyun eğmek suretiyle babalarını kusurlu olarak öldüren iki kardeş aynı suçun müşterek failleri olarak cezalandırılacaktır. Bu gibi hâllerde, “müşterek fail arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilecek; eğer “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiş ise, faillerin cezası ilgili hüküm (örneğin TCK m. 102/3-d) uyarınca ağırlaştırılacaktır.

“Fail arkasındaki dolaylı faillik” durumunun “dolaylı fail arkasındaki dolaylı faillik” şeklinde ortaya çıkması da pekâlâ mümkündür. Bu gibi hâllerde, “iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahıs” kendisine işletilmek istenen suçu iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir başka kimseye işletmekte ve böylelikle bir tür “zincirleme dolaylı faillik” durumu gündeme gelmektedir. Örneğin, A tarafından manevî cebre maruz bırakılarak D’nin taşınır malını çalmaya zorlanan B’nin tipik fiili “malın kendisine ait olduğuna inandırmak suretiyle hataya düşürdüğü” C’ye işletmesi durumunda, C hırsızlık suçunun taksirle işlenememesi sebebiyle “fail (suçun aktif süjesi)” kabul edilemezken, A ve B “hırsızlık suçunun dolaylı failleri” sayılacak; B’nin sorumluluğu ise TCK m. 28 hükmü çerçevesinde belirlenecektir. Ancak, A ile B arasında ayrıca bir müşterek

---

Ortaklığı”, s. 119: “Dolaylı faillikte, asıl icra hareketlerini yapan kişi değil, arka plânda olan ve vasıta kişiyi kullanarak suçun gerçekleşmesini sağlayan kişi sorumlu olur ve suç için öngörülen yaptırımla cezalandırılır.” Yine bu yönde, istisnaya yer vermeyen bir görüş için bkz. Hacıfazlıoğlu, s. 337: “Dolaylı faillik, araç olarak kullanılan şahsın suç tanımına uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareket etmemiş olmasını zorunlu kılar. Araç olarak kullanılan kişi suçun maddî ve manevî unsurlarını ve hukuka aykırılık ve kusurluluğu meydana getirmiş ise, genel olarak dolaylı faillik söz konusu olmaz.”

<sup>846</sup> Dolaylı failliğin ön plândaki şahıs ile arka plândaki kişi arasında müşterek faillik olanağını ortadan kaldırdığı yolundaki aksi görüş için bkz. Schlösser, **Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten**, 2004, s. 363; Urban, **Mittelbare Täterschaft Kraft Organisationsherrschaft**, 2004, s. 45’ten aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 28, dpn. 77.

faillik ilişkisi kurulmadığından, zincirleme dolaylı faillik yoluyla işlenen suç -kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/3-b) yahut yağma (TCK m. 149/1-c) gibi- “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlendiğinde daha ağır ceza gerektiren suçlardan olsa dahi, faillerin cezası artırılmayacaktır.

Yan yana faillik “doğrudan failliğin bir görünüm şekli<sup>847</sup>” olduğundan, dolaylı fail ile davranışları suça vasıta kılınan şahsın “işlenen suçun yan yana failleri” sayılması mümkün değildir. Ancak, arka plândaki kişinin birden fazla şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurup bunların davranışlarını taksirli sorumlulukları doğacak şekilde bir suçun işlenişine vasıta kıldığı durumlarda, ön plândaki şahısların “yan yana failler” olarak cezalandırılmaları gündeme gelebilecektir. Örneğin, yapılacak tadilat için duvar ustası A’ya şifahen danışmakla yetinen ve binanın çökeceğini bildiği hâlde binanın çökmesini arzu ettiği için “tadilatın sorun yaratmayacağını” söyleyen A’nın hilesine kanarak binanın kolonlarını eksiltmeye girişen ve neticeten maliki oldukları binanın çökmesine neden olan B ve C, fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından tehlikeli olması hâlinde “genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK m. 171/1-b) suçunun yan yana failleri” sayılacak; A ise “yan yana faillerin arkasındaki dolaylı fail” olarak cezalandırılacaktır.

Nihayet, iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan şahsın kusursuz bir haksızlık işlediği yahut şahsî cezasızlık sebepleri veya cezayı kaldıran şahsî sebepler dolayısıyla cezalandırılmadığı hâllerde yine “fail arkasındaki dolaylı faillik” durumu gündeme gelecek; fakat bu defa “sorumluz fail arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilecektir<sup>848</sup>.

### **1. Taksirli Fiilinden Ötürü Sorumlu Olan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik**

Taksirli fiilinden ötürü cezaî sorumluluğu bulunan şahıs veya şahısların iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını işlemeyi kastettiği suça vasıta kılan arka plândaki kişi “sorumlu fail arkasındaki dolaylı fail” olarak cezalandırılacak; ön

<sup>847</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 1989, § 49 III, kn. 80; Mitsch, s. 131; Trunk, s. 80’dan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 686.

<sup>848</sup> Dolaylı faillik ilişkisinde, ön plândaki şahsın her zaman “sorumluz” olduğu yolundaki farklı görüş için bkz. Özen, **Genel Hükümler**, s. 634.

plânda yalnızca bir şahsın bulunduğu hâllerde “doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik”ten, birden çok şahsın taksirli davranışlarının suça vasıta kılındığı hâllerde ise “yan yana failer arkasındaki dolaylı faillik” ten söz edilecektir.

Ön plândaki şahıs veya şahısların taksire dayalı cezaî sorumluluğunun bulunduğu dolaylı faillik ilişkilerinde, irade hâkimiyeti çoğu kez ağır basan bilgiye dayanmaktadır. Önceden ifade edildiği üzere, hatadan yararlanma yoluyla dolaylı failliğin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda, ön plândaki şahıs hataya kendiliğinden düşebileceği gibi, dolaylı failin yahut üçüncü kişinin hilesi de hataya sebebiyet verebilir.

Öte yandan, ön plândaki şahıs veya şahısların taksirli davranışları sebebiyle cezalandırıldığı dolaylı faillik ilişkilerinde irade hâkimiyeti cebre de dayanabilir. Örneğin, kucağındaki bebeği (C’yi) yere düşürmesi umuduyla A tarafından ansızın korkutulan ve kapıldığı panik sonucu özen yükümlülüğüne aykırı davranarak C’yi kucağından düşüren bakıcı B “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan faili” olarak cezalandırılırken, fiil hâkimiyetini elinde tutan A “doğrudan fail arkasındaki dolaylı fail” olarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

## **2. Kasıtlı Fiilinden Ötürü Sorumlu Olan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik**

### **a. Genel Olarak**

Dolaylı faillik ilişkilerinde, iradesi hâkimiyet altına alınan şahıs, bazı durumlarda tipikliğin maddî unsurlarını hukuka aykırı olarak kasten gerçekleştirmektedir<sup>849</sup>. Örneğin, daha önce işaret edildiği gibi, kusur yeteneğinden yoksun bulunan bir kimsenin kasıtlı eylemiyle suç işleyerek “fail” statüsüne girmesi mümkündür<sup>850</sup>. Aynı şekilde, maruz kaldığı zorlayıcı maddî veya manevî cebrin etkisi altında hukuka aykırı bir fiil işleyen kişi de tipikliğin maddî unsurlarını çoğunlukla kasten gerçekleştirmekte ve yine “kasıtlı bir suçun aktif süjesi”

<sup>849</sup> Aksi görüş için bkz. Şohoğlu, s. 35: “... bir başkasının aracı olarak hareket eden kimsede suç işleme kastı bulunmadığı, bu nedenle iştirak kastının hayli hayli aranmayacağından ... iştirakçi olamayacaklarının kabulü gerekir.”

<sup>850</sup> Toroslu/Toroslu, ss. 402-403; Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı. 1, Ankara, Ekim 2006, s. 66. Aksi görüş için bkz. Alacakaptan, ss. 108-110.

konumuna gelmektedir. Bu gibi hâllerde, tıpkı fiili işlediği sırada kusur yeteneğinden yoksun bulunan fail gibi, TCK m. 28’de gösterilen koşullar içerisinde cebre boyun eğen fail de işlediği kusursuz haksızlıktan ötürü cezalandırılmayacak; arka plândaki kişi ise “doğrudan fail arkasındaki dolaylı fail” olarak sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, TCK m. 28 uyarınca katlanılması gereken bir cebre boyun eğerek arka plândaki kişinin işlemeyi kastettiği suçu icra eden şahıs işlediği bu “kusurlu haksızlık” sebebiyle kınanacak, “kasıtlı fiilinden ötürü sorumlu olan doğrudan failin arkasındaki kişi” ise yine “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır<sup>851</sup>. Aynı şekilde, söz gelimi, “kendi isteğiyle” alkol alarak kusur yeteneğini geçici süreyle yitiren bir kimseyi suça sevk eden kişi de “kasıtlı fiilinden ötürü sorumlu olan doğrudan failin arkasındaki dolaylı fail” durumundadır<sup>852</sup>.

Öğretide, şu ana kadar incelemiş olduğumuz olasılıklar dışında, “kasıtlı fiilinden ötürü sorumlu olan şahsın davranışlarının suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillik” kapsamında ele alınan “masabaşı<sup>853</sup> faillik kuramı” aşağıda TCK m. 220/5 bağlamında incelenecektir.

#### **b. Masabaşı Faillik ve TCK m. 220/5**

“Suç örgütü yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen (örgütsel amaç çerçevesinde işlenen ve örgütsel iradeye dayanan<sup>854</sup>) suçlara ilişkin sorumluluğu” öğretide çokça tartışılan meselelerden biri olup bu sorumluluğu azmettirme,

<sup>851</sup> Aynı yönde bkz. Kohlrausch/Lange, s. 161; Maurach, s. 632; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 278’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195, dpn. 129. Bu hâlde müşterek failliğin söz konusu olacağını savunan yazarlar için bkz. Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549; Bockelmann, s. 121, dpn. 21’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 195. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 193, dpn. 123: “Ancak, Schroeder burada, ‘failin arkasındaki fail’ formülünün uygulanamayacağı ve ikrah veya tehdide maruz kalanın, arka plândaki şahsın fiiline yardım eden olarak sorumlu olacağı fikrindedir. (Schroeder, 190 vd., 191 dn. 3.) Schroeder’in bu fikrine eleştiri için bkz. Roxin, ZStW 78 (1966), 222 vd., 230 vd.; ayrıca Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 14.”

<sup>852</sup> Aynı yönde bkz. Önok, ss. 288-289: “TCK m. 34/2 sadece iradî olarak kusur yeteneğini kaybedenlerin kendi sorumluluğunu düzenlemektedir, onu kullanan kişinin sorumluluğu ise m. 37/2 gereği mümkün olmalıdır. Belki, sorumluluk prensibi gereği, tam sorumlu bir kimsenin arkasındaki kişinin dolaylı fail sayılamayacağı düşünülebilir. Fakat sorumluluk prensibinin de mutlak bir kural olmayıp çok sayıda istisnası olduğuna dikkat etmek gerekir. Bu istisnaların sistematize edilebilmesini mümkün kılan bir altyapı veya ortak bir payda da yoktur. (...) arka plândaki kişi suçun işlenişine egemense, doğrudan failin sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın, fail olarak sorumlu tutulabilir.”

<sup>853</sup> Türk Dil Kurumu - Güncel Türkçe Sözlükte, anılan sözcüğün “masabaşı” şeklinde yazılması gerektiği belirtilmektedir. (<https://sozluk.gov.tr/>)

<sup>854</sup> Sarıtaş, s. 584.



müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumları çerçevesinde açıklamaya çalışan üç temel yaklaşım mevcuttur<sup>855</sup>.

“Önceden suç işlemek niyet ve kararı bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etken olarak ona belli bir suç işletmeyi sağlamak<sup>856</sup>” biçiminde tanımlanan azmettirme, daha önce ifade edildiği gibi, “suçun ilk ve etkili psişik nedeni<sup>857</sup>”ni oluşturmaktadır. Bir kimseyi suça azmettiren kişi, failin aksine, “fiil üzerinde” değil, -tıpkı “yardım eden” gibi- yalnızca “tipik fiile katkı niteliğindeki şahsî nedensel davranışı üzerinde” hâkim olduğundan, azmettirmenin bir şeriklik türü olduğu kuşkusuzdur. Suç örgütü yöneticisini “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların azmettirenini” kabul eden yaklaşıma göre, örgüt yöneticisi tipik fiili gerçekleştiren doğrudan failde suç işleme kararı uyandırmakla suçun ilk ve etkili psişik nedenini yaratmakta ve doğrudan failin teşebbüs sahasına girdiği anda (TCK m. 40/3) “azmettiren” sıfatıyla sorumlu hâle gelmektedir<sup>858</sup>. Bu gibi hâllerde, ön plândaki şahsın “suç yolunda ilerleyip ilerlememe” hususunda irade serbestisine sahip bulunması ve arka plândaki kişinin suçun işlenişini her zaman garanti altına alamaması sebebiyle<sup>859</sup>, tipik fiil “ön plândaki şahsın (doğrudan failin) eseri” olarak ortaya çıkmakta ve “suçu işleyebilme, geciktirebilme ve önleyebilme iktidarından yoksun” bulunan arka plândaki kişinin “azmettiren” kabul edilmesi fiil hâkimiyeti

<sup>855</sup> Bu görüşler için bkz. Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 12-29. Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 12, dpn. 2: “Kural olarak organize bir yapı içerisinde egemen olan ilişkiler göz önünde bulundurulduğunda, TCK m. 39 ve Alman CK § 27 I anlamında ‘yardım’ gündem dışı kalmaktadır. Bilindiği üzere, yardımda asıl faile fiili işlemesi konusunda maddî ya da manevî her türlü nedensel katkıda bulunmaktadır. Gerçi yardım etme birlikte faillğe yaklaşmaktadır. Ancak ondan farklı olarak yardım edenin fiil üzerinde bir egemenliği mevcut değildir.” Suç örgütü yöneticilerinin, örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde işlenen somut suçların işlendiğinden haberdar olmasalar dahi, bu suçların işlenişine müsamaha ile bakmaları sebebiyle, en azından “yardım eden” sıfatıyla cezalandırılmaları gerektiği yolundaki aksi görüş için bkz. İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2019, s. 29.

<sup>856</sup> **Yargıtay CGK**, T. 23/10/1989, E. 1989/1-235, K. 1989/302. (Kazancı Online İçtihat Bilgi Bankasından aktaran Özkan, **Azmettirme**, s. 5, dpn. 5.)

<sup>857</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 489; Koca/Üzülmez, s. 414; Toroslu/Toroslu, s. 352; Zafer, s. 427.

<sup>858</sup> Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1997, s. 510 vd.; RENZIKOWSKI, **Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung**, 1997, s. 87 vd.; Rotsch, ZStW 112 (2000), s. 518 vd.; Rotsch, NStZ 2005, s. 13 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 28.

<sup>859</sup> Rotsch, NStZ 2005, ss. 14-15’ten aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 29: “Söz gelimi sınır bölgesinde görev yapan bir askerin kaçaklara ateş etmeme olanağı da vardır.”

kuramına uygun düşmektedir<sup>860</sup>. Tipik fiili gerçekleştiren örgüt üyesinin “örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işleme” düşüncesine zaten sahip bulunduğunu<sup>861</sup> gözden kaçırarak bu anlayış, yöneticinin suçun ilk ve etkili psikik nedenini yaratmayıp suçun işlenişine başka şekillerde (örneğin doğrudan failin kararını kuvvetlendirmek suretiyle) katkı sunduğu hâllerde sorumluluk statüsünü izah edememekte ve yöneticinin “yardım eden” sıfatıyla cezalandırılmasına kapı aralamaktadır.

“Suç örgütü yöneticisi” ile “hiyerarşik yapıya dâhil olup suç örgütünün hedeflerini benimseyerek örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye hazır konuma gelen örgüt üyesi” arasında kurulan soyut bağın suç plânının üyeye iletilmesiyle somut bir “ortak suç işleme kararı”na dönüştüğü<sup>862</sup> kabulünden hareket eden ikinci bir kısım yazara göre, örgütün olanaklarını suçun icrasına amade kılan yönetici, tipik fiilin icrasına sunduğu bu ciddi katkıyla tipik fiil üzerinde örgüt üyesi ile beraber fonksiyonel hâkimiyet kurmakta ve böylelikle her ikisi birden “suçun müşterek faili” konumuna gelmektedir<sup>863</sup>. Zira, her ne kadar suç yolunun henüz başında, hazırlık hareketleri evresinde sunulmuş olsa da, bu katkı, tipik fiilin işlenişinde önemli bir etkiye sahiptir<sup>864</sup>. Suç örgütü yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen

<sup>860</sup> **Yargıtay 6. CD**, T. 16/12/2015, E. 2015/1279, K. 2015/46145; **Yargıtay 6. CD**, T. 09/03/2017, E. 2015/7545, K. 2017/841: “Bu hükümle farazî bir azmettirme düşünülmüştür. TCK’nin 220/5. maddesinin gerekçesi bu sorumluluğu açıklamaktadır.”

<sup>861</sup> Ersan Şen / H. Sefa Eryıldız, **Suç Örgütü**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, ss. 243-244: “... TCK m. 220/5 hükmü, TCK m. 38 anlamında bir azmettirme olarak nitelendirilemez; zira azmettiren, suç işleme düşüncesi olmayan kişiye ‘suç işleme kararı aldırarak’ suç iştirakçisidir. Ancak suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen suçlara bakıldığında, ‘fail’ sıfatı ile suçu işleyen kişinin zaten suç işleme isteği ve düşüncesini taşıyan kişi olduğu söylenmektedir.” Aynı yönde bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 22/02/2017, E. 2016/6411, K. 2017/1149: “Suç işleme kararı örgütün kuruluşundan itibaren mevcut olmakla, azmettirme de söz konusu olmayacaktır.” Yine bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 19/07/2019, E. 2019/3288, K. 2019/5054: “5237 sayılı TCK’nın 220/5. maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yönettiği örgütün gücünden yararlanarak talimat alanın iradesi üzerinde hakimiyet kuran yöneticinin, serbest iradesi ile hareket etmeyen ve bir suç örgütü mensubu olarak suç işleme kararının varlığının kabulünde zorunluluk bulunan fail arasında azmettiren-azmettirilen ilişkisinden bahsetme imkanı da bulunmamaktadır.”

<sup>862</sup> Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 758; Otto, **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil**, § 21, kn. 92; Jakobs, s. 21, 103’ten aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 26.

<sup>863</sup> Baumann/Weber/Mitsch, § 29, kn. 147; Jakobs, 21, 103; Otto, **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2004, § 21 kn. 92; Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 753 vd.; HAAS, ZStW 119 (2007), s. 542 vd.; Jescheck/Weigend, 1996, § 62 II 8; Lampe, s. 508 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 25.

<sup>864</sup> Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 759’dan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 26.) Baumann, Bockelmann, Cramer, Kohlrausch ve Lange’nin de bu görüşü savunduğunu bildiren Özgenç, “... Müşterek Faillik”, s. 170: “Almanya’da iştirak şekillerinin ayrımında genellikle sübjektif teorinin etkisinde kalan yazarlar ve hattâ Federal Yüksek Mahkeme müşterek suç işleme kararını bu ayırmada esas aldıklarından, hazırlık hareketlerini icra eden suç

suçlara ilişkin sorumluluğunu “müşterek faillik” kurumu ile açıklamaya çalışan bu görüşe, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin de bazı kararlarında<sup>865</sup> destek verdiği görülmektedir.

Suç örgütü yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin sorumluluğunu “dolaylı faillik” kurumu ile açıklamaya çalışan üçüncü görüşe göre ise, örgüt yöneticisini “azmettiren” sıfatıyla sorumlu tutan yaklaşım, yöneticinin suçun icrasındaki merkezî rolünü ve örgüt içi hiyerarşik ilişkinin bu kişiye “örgüt üyesinin iradesi” ile “tipik fiil” üzerinde sağladığı hâkimiyeti gözardı etmektedir<sup>866</sup>.

*ortaklarını dahi tereddütsüzce müşterek fail olarak sorumlu tutabilmektedirler. (...) profesyonel bir hırsızla bankayı soymak konusunda anlaşılan banka görevlisi, anlaşma gereğince, profesyonel hırsızın kasanın ne zaman dolduğunu, hangi saatlerde ebkçilere yakalanmadan bu işi gerçekleştirebileceğini haber verecektir; buna karşılık, profesyonel hırsız ise, soygunu yalnız başına gerçekleştirecektir. Bu olayda Bockelmann'a göre, banka görevlisi ... müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.” Aksi görüş için bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 198 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 15: “Roxin’i arka plândaki kişinin dolaylı fail sayılması görüşüne zorlayan, birlikte faillik konusundaki anlayışıdır. Onun düşüncesine göre birlikte faillikten söz edilebilmesi için teşebbüsün başlamasından suçun tamamlanması aşamasına kadar asıl fiilin işlenmesine suça iştirak edenlerin tümünün katkıda bulunması gerekir. Salt hazırlık hareketleri aşamasındaki katkı birlikte faillik için yeterli değildir.”*

<sup>865</sup> **Yargıtay 16. CD**, T. 23/02/2017, E. 2016/6920, K. 2017/1571; **Yargıtay 16. CD**, T. 03/04/2018, E. 2017/3800, K. 2018/957; **Yargıtay 16. CD**, T. 14/05/2019, E. 2018/6780, K. 2019/359: “TCK’nın 220/5. maddesinde, ‘Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.’ denilerek örgüt yöneticileri hakkında özel faillik düzenlemesi ile TCK’nın 20. maddesindeki ‘ceza sorumluluğunun şahsiliği’ ve faillik bakımından ‘fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurma’ ilkelerine istisna getirilmiştir. Faillik, birlikte suç işleme kararı yanında, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurmayı da gerektirir. Zira örgütlü suçlarda nihai amaçta birleşme nedeniyle birlikte suç işleme kararının varlığı kabul edilse dahi, fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmadığından, gerçekleşen suçlar bakımından örgüt yöneticileri dışında kalan örgüt mensuplarının, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen her suç yönünden müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacağına tereddüt yoktur.” Dairenin “TCK m. 220/5 hükmünün AY m. 38/7 hükmüne istisna getirdiği” yolundaki tespitini “şoke edici” olarak niteleyen yazar için bkz. Önok, ss. 573-574. “Müşterek faillik” görüşünün benimsendiği bir başka karar için bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 19/07/2019, E. 2019/3288, K. 2019/5054: “Mensup olduğu örgütle kurduğu bağ nedeniyle örgütsel faaliyet kapsamında işlenen anayasayı ihlal suçuna ilişkin planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştirenlerden ya da görev paylaşımı bağlamında henüz sırası gelmemiş icra hareketleri için gerekli hazırlıkları yapanların ... bu suç yönünden müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekmektedir.”

<sup>866</sup> Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 758; Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 127’den aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 29. Aynı yönde bkz. Bochlander, **Principles of German Criminal Law**, s. 159; Muhammed Emre Tulay, “Suç Örgütü Liderinin Cezaî Sorumluluğuna İlişkin Hukukî Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 38, Nisan 2019, s. 94; Sarıtaş, s. 573. Yine bu yönde bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 19/07/2019, E. 2019/3288, K. 2019/5054; **Yargıtay 16. CD**, T. 29/03/2019, E. 2019/1950, K. 2019/2164; **Yargıtay 16. CD**, T. 22/03/2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953: “5237 sayılı TCK’nın 220/5. maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yönettiği örgütün gücünden yararlanarak talimat alanın iradesi üzerinde hakimiyet kuran yöneticinin, serbest iradesi ile hareket etmeyen ve bir suç örgütü mensubu olarak suç işleme kararının varlığının kabulünde zorunluluk bulunan fail arasında azmettiren-azmettirilen ilişkisinden bahsetme imkanı da bulunmamaktadır. Kanunun kabul ettiği sistemde, yöneticinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir.”

Aynı şekilde, meseleyi “müşterek faillik” çerçevesinde ele alan görüş de, “ortak suç işleme kararı” ile “suçun birlikte işlenmesi” koşullarının sağlanmaması sebebiyle isabetsizdir<sup>867</sup>. Örgüt yöneticisi ile örgüt üyesinin ortak amaç güttüğü ve bu amacın ortak suç işleme kararının varlığına karine olduğu<sup>868</sup>, keza örgüt üyesinin “fiili örgüt yöneticisinin talimatına uygun şekilde işleme” yönündeki bilincinin de yine böyle bir karine yarattığı<sup>869</sup> kabullerinden hareket eden bu yaklaşım, “dolaylı faillik” görüşünü savunanlarca eleştirilmiş; bazı durumlarda ortak amaçtan söz edilemeyeceği<sup>870</sup>, dahası şerik ile failin de çoğu kez ortak amaç güttüğü<sup>871</sup> ve ortak amaç gibi, sözü edilen bilincin de ortak suç işleme kararına ve müşterek failliğe esas alınamayacağı<sup>872</sup> ifade edilerek, örgüt yöneticisi ile örgüt üyesi arasında -“ortak suç işleme kararı”nın değil- saf bir “emir-itaat ilişkisi”nin mevcut olduğu belirtilmiştir<sup>873</sup>. Ayrıca, bu gibi hâllerde fiilin gerçekleştirilmesine yönelik bir iş bölümünden ve “suçun icrasına başlandığı an” itibarıyla talimatı veren yöneticinin suç yolunda ilerlemeye yönelik somut bir katkısından söz edilemeyeceğinden, suçun yönetici ve üye tarafından birlikte işlendiğini söylemek de olanaksızdır<sup>874</sup>.

Failliğe ve şerikliğe ilişkin genel hükümlerin örgütlü suçlarda suç örgütü yöneticisinin sorumluluğunu belirlemede yetersiz kaldığını savunan<sup>875</sup> ve Alman

<sup>867</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 26-28.

<sup>868</sup> Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 759’dan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 27.

<sup>869</sup> Jescheck/Weigend, 1996, § 62 II 8’den aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 27.

<sup>870</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 27: “... doğrudan fail, arka plândaki kişiden tamamen farklı bir saikle de hareket etmiş olabilir. Askerlik yükümlülüğü altında olan bir kişinin suç örgütüne dönüşmüş bir devletle aynı amacı izlediği bir varsayımdır.”

<sup>871</sup> Claus Roxin, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Yıl: 2006, Sayı: 7, s. 293’den aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 27.

<sup>872</sup> Roxin, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, s. 293’den naklen Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 27: “Birlikte faillik, direktif alanın yalnızca tek yanlı bağlılığına değil, değişken karşılıklı ‘yükümlülüğe’ dayanır.”

<sup>873</sup> Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 95: “... müşterek faillikte failer arasında eşit çizgide bir ilişki bulunurken, organize hakimiyet mekanizmalarında lider ve uygulayıcılar arasında dikey ilişki görülmektedir.”

<sup>874</sup> Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 198 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 15.

<sup>875</sup> Michael Bohlander, **Principles of German Criminal Law**, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, s. 159: “To treat the Hintermann as a mere secondary participant and not as a principal would not do justice to the importance of his contribution.” Aynı yönde bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2000, s. 243’ten aktaran Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 92-94; İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 54: “... dolaylı failliğin özünü ifade eden irade hâkimiyetini, zorlama hâkimiyeti (Nötigungsherrschaft) ve yanılığ hâkimiyeti (Irrtumsherrschaft) olarak somutlaştıran Roxin, bu yönde bir sistemleştirmenin dolaylı failliğin tüm görünüş şekillerini kural olarak açıklayabileceğini, ancak organize suç mekanizmaları çerçevesinde işlenen suçlarda arka

Federal Mahkemesince “*Stachynskij* olayı” hakkında verilen kararı<sup>876</sup> buna örnek gösteren Roxin’in 1963 tarihli bir makalesi<sup>877</sup> ile aynı tarihli doçentlik tezinde<sup>878</sup> “dolaylı failliğin üçüncü görünüm şekli<sup>879</sup>” olarak ortaya attığı “organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik (*mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*)” kuramına göre; “hukuk normlarından sıyrılmış” bir devlet<sup>880</sup> veya çok sayıda üye kazanarak adeta “devlet içinde devlet” hâline gelmiş bir suç örgütü<sup>881</sup>, varlığını hepsi “ikame edilebilir birer araç (*des instruments*

*plânda hareket eden kişilerin failliğinin çoğu zaman ne yanılı ne de zorlama hâkimiyeti yardımıyla gerekçelendirilebileceğini belirtmiştir. (...) Eğer ... ön plândaki failin herhangi bir zorlama veya yanılı bulunmadığı için tamamen sorumlu olarak hareket etmesinden dolayı arka plânda suç emrini veren kişilerin fail olamayacağı kabul edilecek olursa, organize hâkimiyet mekanizmasının başını çektiği hâlde ‘elini kirletmeyen’ Hitler, Stalin, Mao gibi ‘lider’ konumundaki kişiler, zeminini hazırlamış oldukları cinayetlerden fail olarak değil, sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu neticenin adalet hissini tatmin edemediği gibi, suçun işlendiği çevrenin gerçekleriyle bağdaşmadığı da ortadadır. Ayrıca, genel anlamlarıyla faillik, azmettirme ve yardım etme kuramlarının tek bir fiili esas aldıkları, ancak söz konusu kuramların bu gibi düzenlerde rastlanılan kolektif ... olaylardaki katılımcıların statülerini belirlemekte yeterli olamayacakları açıktır.” Yine bu konuda bkz. Önok, s. 331, 334-335; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 217.*

<sup>876</sup> BGH Urteil vom 19/10/1962 (9 StE 4/62), BGHSt, 18, 87, NJW, 1963, 355’ten aktaran Özkan, **Azmettirme**, ss. 33-34: “‘*Stachynskij* olayı’ olarak adlandırılan Alman Federal Mahkemesi kararına konu olayda; gizli haber alma teşkilatının ... azmettirmesi ile bir başkasını bizzat öldüren ajanın yardım eden olarak cezalandırılması gerektiği söylenmiştir. Alman Ceza Kanunu §25/I (müstakil faillik) düzenlemesinden önce Alman Yargı içtihatlarında kullanılan bu teori, düzenleme sonrası kullanılmamıştır. Bu teorinin savunmuş olduğu en önemli görüş; suçun unsurlarını tek bir kişi icra etse dahi, şayet bu kişi şerik iradesiyle (*animus socii*) hareket etmişse sadece yardım eden olarak sorumlu tutulacağıdır. Teoriye göre belirleyici olan tek ölçüt suça katılanların sübjektif durumlarıdır. Kanaatimizce bu teori bağlılık kuralını göz ardı ettiği için ve belirleyicilik noktasında sadece suça katılanların sübjektif durumunu nazara aldığı için eleştirilebilir.” Karar hakkında ayrıca bkz. Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 14; Önok, ss. 335-336; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 214; Z. Özen İnci, “Objektif Bir Sorumluluk Hâli Olan Türk Ceza Kanunu’nun 220/5’inci Maddesinin Anayasa’ya Aykırılığı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 79, Sayı: 1, İzmir, Ocak 2014, s. 14.

<sup>877</sup> Claus Roxin, “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, **Goldammer’s Archive Für Strafrecht**, 1963, ss. 193-207’den aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 14.

<sup>878</sup> Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1. Auflage, Berlin-New York, 1963.

<sup>879</sup> Önok, s. 331: “Roxin’e göre bir kimsenin başkalarının davranışları üzerinde egemen olabilmesi üç şekilde mümkündür: cebir kullanarak, doğrudan failin hatasından yararlanarak veya organize bir güç yapısı/aygıtı aracılığıyla.”

<sup>880</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2000, s. 250’den aktaran İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 56: “Roxin, kısıtlayıcı bir unsur olarak gördüğü ‘hukuk normlarından sıyrılmış olma’ kriterini esas alarak, geliştirmiş olduğu öğretinin, aslında sadece devlet tarafından gerçekleştirilen haksızlıklarda uygulanabileceğini belirtmektedir, zira kural olarak sadece devlet kuvveti, hukuktan sıyrılmış bir hâlde tasarrufta bulunabilmektedir ve hattâ bunun için bile hukuk devletinin güvencelerinin artık işlemez hâle gelmiş olması gerekmektedir. Bunun dışında, arka plândaki kişilerin ön plânda suçu işleyen faillerin yanında ayrıca fail olarak sorumlu tutulabilmesi, ... ‘devlet içinde devlet’ oluşturmuş terör veya organize suçluluk örgütlerinde düşünülebilir.”

<sup>881</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2000, ss. 250-251’den aktaran İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 56; İnci, “Objektif ...”, s. 16: “Roxin, bu teorisinin ... her türlü suç örgütü için değil, ‘devlet içinde devlet’ oluşturmuş, hukuktan sıyrılmış ve çok sayıda üyeye sahip terör veya mafya tipi organize suç örgütleri bakımından düşünülmesi gerektiğini savunmuştur. Gerçekten de bu görüşe göre üç-beş kişinin bir araya gelmesiyle organize hâkimiyet mekanizmasının oluştuğu söylenemez.” Aynı yönde bkz. Bohlander, s. 159; Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 96-97.

*remplaçables*)<sup>882</sup>, “anonim birer figüran<sup>883</sup>” niteliğindeki üyelerinden bağımsız olarak sürdüren güçlü ve düzenli bir yapıya sahip olup<sup>884</sup> böyle bir örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işleyen üye, iradesine etki eden faktörler sebebiyle diğer potansiyel faillere kıyasla “suç işlemeye önemli ölçüde eğilimli<sup>885</sup>” hâle gelmekte ve suçun icrasını “kuvvetle muhtemel veya muhakkak<sup>886</sup>” kılan bu durum örgüt için bağlayıcı kararlar verme gücüne sahip bulunan yöneticiyi de “fiil üzerinde hâkim” duruma getirmektedir<sup>887</sup>. Suç örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda “suçun ağırlık merkezi” hiyerarşik yapı içerisinde bir araca indirgenen üyeden yöneticiye doğru kaymakta<sup>888</sup> ve yönetici fiil üzerinde “üyeye nazaran daha güçlü bir şekilde” hâkimiyet kurmaktadır<sup>889</sup>. Yöneticinin “örgüte hâkim” olmasını “üyelerce işlenen suçların dolaylı faili” sayılabilmesi için yeterli kabul eden bu görüşe göre,

<sup>882</sup> Önok, s. 342: “... Roxin’e göre, ... başkalarınca icra edilen bir fiili bir kimsenin kontrol ettiğinden bahsedebilmek için sadece üç yöntem tasavvur edilebilir: bir kimse (doğrudan) faili zorlayabilir; onu ... kandırabilir, yani ... kör bir nedensel faktör olarak kullanabilir. Fail ne zorlanmış ne de aldatılmışsa, dilendiğinde ikame edilebilir (değiştirilebilir) nitelikte olmalıdır.”

<sup>883</sup> İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, ss. 54-55; İnci, “Objektif ...”, s. 15: “Suçun icra hareketlerini gerçekleştiren fail, azmettirmede veya yardım etmede olduğu gibi serbest ve sorumlu hareket eden tek bir kişi değil, daha ziyade anonim ve değiştirilebilir bir figürandır. Başka bir söylemle, fiili icra eden ön plândaki fail, organizasyon içerisinde yalnızca çarkın bir dişlisidir. Zira söz konusu hâkimiyet mekanizması, emredilen suçu ön planda icra etmeyi reddeden kişinin yerine geçebilecek yeterli miktarda başka aktöre de sahiptir.” “Dişli” ve “figüran” benzetmeleri için ayrıca bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 83; Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 15, 25; Koca/Üzülmez, s. 402; Önok, s. 332, 558; Sarıtaş, s. 572; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 80-81; Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 94-95; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, ss. 89-90; Yılmaz, *İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, s. 218.

<sup>884</sup> Önok, s. 342.

<sup>885</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 24, dpn. 56; Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 99.

<sup>886</sup> Roxin’in kuramını özenle tahlil eden Erdem ve İnci, Roxin’in “organize hâkimiyet mekanizmasının suçun işlenmesi olasılığı üzerindeki etkisi”ne ilişkin görüşünü farklı yorumlamaktadır. Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 24: “... bu durum ... neticenin gerçekleşmesi olasılığını artırmakta, böylece arka plândaki kişinin fiile egemenliğine katkıda bulunmaktadır.” İnci, “Objektif ...”, s. 15: “Bu sayede arka plândaki fail, suçun icrasını garanti altına almakta ve olayın akışını kendi isteğine göre yönlendirebilmektedir. Deyim yerindeyse, arka plândaki fail, fiile ve faile her şekilde hâkimdir.” Aynı yönde bkz. Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 233.

<sup>887</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 16; İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 55; Önok, s. 326; Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, s. 300. Ayrıca bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 93: “Planlanan olayda lider (Anführer) ve liderin emirlerini yerine getirecek kişiler (Vordermänner) yer almaktadır. Burada dikkat çeken husus, failler arasında bir eşitliğin değil, emir-komuta zincirinin varlığı ve eylemi gerçekleştiren kişilerin cezai yönden sorumlu olmalarıdır.”

<sup>888</sup> Koca/Üzülmez, s. 402; Önok, s. 327; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 81; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 90. Aynı yönde bkz. İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 55: “... arka plândaki fail, suçu bizzat işleyen failin yanında, olayın merkez noktasına yerleşmektedir. (...) arka plândaki failin fiil hâkimiyetinin temelini ... doğrudan suçu işleyen kişinin sınırsız ikame edilebilirliği (Fungibilität) oluşturmaktadır ki, arka plândaki kişi bu şekilde suçun icrasını garanti altına almakta ve olayın akışını kendi isteğine göre yönlendirmektedir. (...) suçun işlenmesi, azmettirmenin aksine, doğrudan suç hareketlerini icra eden kişinin bu yönde karar vermesine bağlı değildir.”

<sup>889</sup> Önok, ss. 327-329.

yöneticinin ayrıca “üyenin tipik davranışlarına hâkim” olması şart değildir<sup>890</sup>. Öte yandan, tipik fiili kendi hareketine hâkim şekilde gerçekleştiren örgüt üyesi “fiil üzerinde hâkimiyet” sahibi olduğundan<sup>891</sup>, dolaylı failliğin bu görünüm şeklinde, arka plândaki kişi (örgüt yöneticisi) “sorumlu doğrudan failin arkasındaki dolaylı fail” kabul edilmektedir<sup>892</sup>. Bu yönüyle, kuram, sorumluluk ilkesine önemli bir istisna getirmektedir<sup>893</sup>.

Suç örgütü yöneticisini “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların dolaylı faili” kabul etmekle birlikte, bu sorumluluğu farklı bir gerekçeyle izah eden Schroeder ise, 1965 yılında yayımlanan “Fail Arkasındaki Fail (*Der Täter hinter dem Täter*)” (*perpetrator behind the perpetrator*)<sup>894</sup> isimli eserinde<sup>895</sup>, yöneticinin dolaylı failliğini “üyenin (doğrudan failin) suçu işleme konusundaki kararlılığından yararlanması”na dayandırmakta<sup>896</sup>; “suç işlemeye hazır”<sup>897</sup>, olduğunu bildiği bir örgüt üyesini belli bir suçun işlenmesi yönündeki talimatıyla harekete geçiren yöneticinin

<sup>890</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 25; İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, ss. 58-59; Önok, s. 328. Aksi görüş için bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 92, 94, 95.

<sup>891</sup> Roxin, kuramını İsrail’de yargılanıp idam edilen *Eichmann*’ın yargılama konusu eylemlerine uygulamış; esasen -tıpkı astları gibi- kendisi de “ikame edilebilir bir figüran” konumunda olan ve öznel kurama göre ancak “şerik” addedilebilen *Eichmann*’ın “astları (doğrudan failer) tarafından işlenen suçların dolaylı faili” kabul edilmesini isabetli bulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, ss. 345-347.

<sup>892</sup> Önok, s. 343: “Bir mekanizma içerisinde faaliyet gösteren ve makinede bir dişliye benzetilen ast tasavvuru, hukukun bu kişilere ‘yabancı bir iradenin kusursuz aracı’ olarak muamele etmesi gerektiğini hep düşündürmüştür. (...) Oysa Roxin’in ortaya koyduğu anlayış, bu kişilerin cezasızlığı sonucuna yol açmamaktadır.” Örgüt yöneticisinin “sorumlu doğrudan fail arkasındaki dolaylı fail” statüsünde sorumlu tutulmasını “bireysel haksızlık-örgütsel/kolektif haksızlık” ayrımıyla izah eden Bloy ve Ambos’un görüşleri için bkz. Önok, s. 344.

<sup>893</sup> Önok, s. 328, 331, 344.

<sup>894</sup> Reed/Bohlander, ss. 457-458.

<sup>895</sup> Friedrich-Christian Schroeder, **Der Täter hinter dem Täter - Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft**, Berlin: Duncker&Humboldt, 1965.

<sup>896</sup> Schroeder, s. 168’den aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 16-17. Ayrıca bkz. Bohlander, s. 159: “If the Hintermann knowingly utilises these circumstances, especially if he exploits the unreserved preparedness of his subordinate to commit the offence as such, then he will have control over the act and as such be liable as a principal by proxy.”

<sup>897</sup> Koca/Üzülmez, s. 402; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2), s. 89: “Böyle bir örgüte üye olan kişi, örgüt yapısı içerisinde kendisinden isteneni yerine getirmeye şartsız hazır bir vaziyettedir.” Schroeder, s. 168’den naklen Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 17: “Ön plândaki kişinin fiili işlemeye hazır olmasına sıkı bağlılık nedeniyle, bu konseptin uygulama alanı, zorunlu olarak hukuk düzeni dışında faaliyet gösteren suç organizasyonları ile sınırlıdır: Hukuk düzenini hedef almayan organizasyonlarda henüz ön plândaki kişiye etkide bulunmadan önce bu kişinin fiili işlemeye hazır olmasından da söz edilemez.”

“neticeyi ciddi ölçüde garanti altına alarak” fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunu ileri sürmektedir<sup>898</sup>.

Alman ceza hukuku doktrininde<sup>899</sup> yaygın kabul gören bu kurama, “devlet” aygıtının “hukuktan sıyrılmış saf bir suç örgütü” olarak nitelenmesindeki güçlük sebebiyle, kamu görevlileri tarafından işlenen suçların muhakemesinde uzunca bir süre başvurulamamışsa da<sup>900</sup>, Alman Federal Mahkemesinin Demokratik Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerini Berlin Duvarını aşmaya çalışanların sınır muhafızlarınca öldürülmesinden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutmasıyla yeni bir süreç başlamış<sup>901</sup> ve Uluslararası Ceza Divanınca da benimsenen<sup>902</sup> kuramın uygulanma alanı, son otuz senede -ticaret şirketleri de dâhil olmak üzere<sup>903,904</sup>-

<sup>898</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 17.

<sup>899</sup> Kühl, 2008, § 20, kn. 73 vd.; Wolfgang Joecks, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Bänden 1, München: C. H. Beck, 2. Auflage, 2011, § 25, kn. 123 vd.; Cramer/Heine, § 25, kn. 25a; Johannes Wessels / Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 37. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2007, kn. 541; Reinhart Maurach / Karl Heinz Gössel / Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband II, Heidelberg, 1992, § 48, kn. 88’den aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 18.

<sup>900</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2006, s. 252’den naklen Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 19: “... hukuk devleti kurallarına uygun olarak teşkilâtlanmış bir devlet düzeninde organizasyona egemenliğin bu tür bir görünüş biçimi ile karşılaşmak neredeyse olanaksızdır.” Ayrıca bkz. İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 56.

<sup>901</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 83; Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 19-20: “Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin ceza sorumluluğuna ilişkin bu kararda, Mahkemenin Roxin’in organize egemenlik ilişkilerine dayalı dolaylı faillik kavramından mı hareket ettiği, Schroeder’in asıl failin suç işlemeye hazır olması ölçütüne mi dayandığı, yoksa ‘masabaşı failin’ doğrudan sorumluluğu için tamamen yeni bir ölçüt mü ortaya koyduğu belirsiz kalmaktadır.” Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bohlander, s. 158. Önok, kuramın Lâtin Amerika ülkelerinde doktrine ve uygulamaya önemli ölçüde etki ettiğini bildirmektedir. (Bkz. Önok, ss. 330-331.)

<sup>902</sup> Ayrıca bkz. Önok, s. 332: “... Eichmann kararını zikreden Uluslararası Ceza Divanı, bu modelin uygulanmasını gerektiren paradigmayı Katanga kararında şu şekilde değerlendirmiştir: ‘kendi elleriyle ölümcül aracı kullanan insandan uzaklaştıkça ve komutanın en üst kademelerine çıktıkça, sorumluluk derecesi artmaktadır.’ Kuramın Uluslararası Ceza Divanı içtihadındaki yansımaları için bkz. Önok, ss. 517-543. Çalışmamız “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik” başlığını taşıdığından, bu konu çalışmamızda ele alınmayacaktır.

<sup>903</sup> Kuramın ticaret şirketleri çerçevesinde işlenen suçlar bakımından uygulanabilirliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Önok, ss. 480-517. Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 83; Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 20-21: “Örneğin Federal Mahkeme ‘veteriner uygulaması kararı’nda yine failin fiile egemenliğine dayanak olarak ‘organizasyon yapısının yarattığı çerçeve koşulları oluşturma ve bundan yararlanma’yı esas almıştır. Yine çevreyi tehlikeye düşürecek biçimde atıkların etkisiz hâle getirilmesine ilişkin başka bir olayda Alman Federal Mahkemesi, bir anonim şirkette işletme yöneticisi durumunda olan kişinin faillik sıfatını gerekçelendirmek için sanığın tek tek hangi tür davranışları gerçekleştirdiğine ilişkin somut bir tespitte bulunmaksızın ‘tipikliğin gerçekleşmesine yol açtığı ve izlenecek yolu gösterdiğini’ belirtmiştir. Mahkeme, işletme yöneticisinin atıkların kurallara uygun olarak etkisiz hâle getirilmesi bakımından taşıdığı yükümlülük ve fiile ilişkin yararlarını göz önünde bulundurularak fail olarak cezalandırılacağını belirtmiştir. Kararda işletmenin büyüklüğüne, organizasyon yapısına ve karar verme süreçlerine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi ilginçtir. Bu yeni anlayışta organizasyonu yönetenler (dolaylı) faildir.” Ayrıca bkz. İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 61, dpn. 59; Önok, ss. 490-492. Bu içtihadı destek niteliğindeki bir görüş için bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 97-98.



“hukuktan sıyrılmış olup olmadığına<sup>905</sup> ve ikame edilebilirlik şartını sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın<sup>906</sup>” her tür örgütlü yapıyı kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Alman uygulamasında yaygın kabul gördüğü hâlde, Roxin’in makalesinin yayımlandığı tarihten 765 sayılı TCK’nin yürürlükten kalktığı tarihe kadarki 42 yıllık dönemde kendisine Türk ceza hukuku uygulamasında yer bulamayan<sup>907</sup> “masabaşı faillik (*Schreibtschätterschaft*)” kuramı, bu süreçte doktrinde belli ölçüde taraftar

<sup>904</sup> Roxin, Joecks, Rotsch, Cramer/Heine, Koch ve Rübenstahl’ın kuramın bu yönde genişletilmesine yönelik itirazları için bkz. Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 23, dpn. 53. Ambos, Kühl, Manfred Heinrich, Bernd Schünemann, Bottke ve Volker Krey’in itirazları için bkz. Önok, ss. 494-496: “... çoğunluk görüşünün bu teşmilin olanaksız olduğu yönünde olduğu söylenebilir. (...) baskıcı devlet rejimlerinde siyasal iktidarın memurları üzerinde sahip olduğu nüfuzun bir benzerinin şirketsel yapılar bağlamında söz konusu olmadığı vurgulanmıştır. (...) Roxin de örgütsel hâkimiyet modelinin ticari şirketlere teşmiline karşıdır. (...) Bilhassa Rotsch tarafından öne sürülen bir husus, modern ticarî şirketlerde üst yönetim tarafından egemen olunabilecek ve araçsallaştırılabilecek bir otomatizmin yokluğudur. (...)” Kuramın ticaret şirketleri bakımından da uygulanabileceği yolundaki görüşler için bkz. Önok, ss. 500-505.

<sup>905</sup> Roxin’in itirazını aktaran İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 55: “... Roxin’e göre ... idare ve icra makamları, kendilerinden bağımsız olan bir hukuk düzenine kural olarak bağlı kaldıkları müddetçe, konusu suç teşkil eden davranışların gerçekleştirilmesine yönelik verilen emirler hâkimiyet kurucu nitelikte olamayacaktır: Böyle bir düzende kanunlar daha yüksek bir geçerliliğe sahiptir ve dolayısıyla hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesine engel olmaktadır. Hukukun çizmiş olduğu çizgiler dâhilinde hareket eden bir organize mekanizma, sadece hukuk düzeni tarafından öngörülen imkânlar çerçevesinde işlemektedir; böylelikle hukuka aykırı bir istek, mekanizmayı harekete geçiremeyecektir. (...) aynı şey ... özel şirketler için de geçerlidir. Eğer buna rağmen hukuka aykırı herhangi bir istek yerine getirilirse, bu fül artık hâkimiyet mekanizmasının bir tasarrufu olarak değil, bu mekanizmanın işleyiş şeklinin dışına taşılarak hayata geçirilen kişisel bir aksiyon olarak ortaya çıkacaktır. (...) yani burada, hâkimiyet mekanizmasıyla beraber değil, ona karşı gerçekleştirilen bir hareket bulunmaktadır.” Cabana, s. 19’dan aktaran Önok, s. 497: “Diğer bir neden de, kural olarak yasal sınırlar çerçevesinde faaliyet gösteren ... şirketlerde, suç teşkil eden bir emri ifa etmeye hazır çok sayıda kişiyi bulmanın mümkün olmamasıdır. (...) ekonomik yapıların liderleri, hukuka aykırı emirlerinin ifa edileceğinden hiçbir zaman emin olamazlar.”

<sup>906</sup> Önok, ss. 496-497: “Ambos da, hukuktan sıyrılmaya koşulunu aramamasına rağmen, ikame edilebilirlik koşulunun eksikliğinden ötürü örgütsel hâkimiyet modelinin şirketlere uygulanamayacağını düşünmektedir. Bunun temel nedeni, ... çoğu mevkiin özel uzmanlık bilgisine sahip kişilerin istihdamını gerekli kılmasıdır. Muñoz Conde’ye göre de aynı nedenle ... şirketler bağlamında işlenen suçlarda ön plândaki kişi ... zorlukla ikame edilebilir bir kimsedir.”

<sup>907</sup> İnci, “Objektif ...”, s. 11: “765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 220/5’te yer alan ... maddeye karşılık gelen bir düzenleme bulunmamakta idi. Buna karşın, 765 sayılı TCK’nın 313/4 maddesinde, örgüt yöneticileri hakkında suç örgütü kurma suçu çerçevesinde verilecek cezada artırımı gidilmesi yolu benimsenmişti.” Aynı yönde bkz. Şen/Eryıldız, s. 241. Ayrıca bkz. İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, ss. 56-57: “Örneğin kamuoyunda haklı olarak ‘30 bin masum insanın kâtili’ olarak adlandırılan eski PKK lideri Öcalan bile, bu 30 bin kişinin kâtili (Eski TCK m. 450 ...) olmaktan değil, devletin şahsiyetine karşı suçlardan (Eski TCK m. 125 ve 168) dolayı hüküm giymiştir. (...) terör suçları bağlamında söz konusu öğretiyeye uygulamada ihtiyaç duyulmamış ve ağır yaptırımlar öngörüp uygulama alanı geniş tutulmuş olan diğer ceza normları (özellikle eski TCK m. 125, 146) esas alınmıştır. Ama ... belki de sadece bu öğretinin yardımıyla ceza sorumluluğunun gerekçelendirilebileceği diğer bir suçlar zincirine Türk ceza adalet sisteminde bugüne dek neredeyse hiç değinilmemiştir: Askerî ihtilâl rejimlerinde darbeciler tarafından işlenen suçlar. (...) Arjantin İstinaf Mahkemesi ve Yargıtayı, 1976-1983 arası hüküm sürmüş olan Askerî Cuntanın önde gelen isimlerinin ceza sorumluluğunu Roxin’in geliştirmiş olduğu kıstaslara dayanarak gerekçelendirmiştir.”

toplamış ve TCK'nin “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma” başlıklı 220'nci maddesinin beşinci fıkra hükmünde -sorunlu bir şekilde de olsa- somutlaştırılmıştır<sup>908</sup>. “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.” şeklindeki bu düzenlemede göze çarpan ilk husus, yasa koyucunun anılan kuramın uygulanma alanını “suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar”la<sup>909</sup> sınırlamak suretiyle Roxin'in “hukuktan sıyrılmış olma” ölçütünü benimsemiş olmasıdır. Öte yandan, yasa koyucu, örgüt yöneticisinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin sorumluluk statüsünü “faillik” olarak belirlemiş; ancak, tıpkı TCK m. 28/1, c. 2 ve m. 37/2, c. 1'de olduğu gibi, burada da failliğin türüne dair açık bir tespitle bulunmamıştır. Bununla birlikte, madde gerekçesinde<sup>910</sup>, Roxin tarafından ortaya atılan “ikame edilebilirlik” ölçütüne yer verilmek suretiyle “... fail olarak cezalandırılır.” ibaresinin “... dolaylı fail olarak cezalandırılır.” biçiminde anlaşılması gerektiği zımnen ifade edilmiştir<sup>911</sup>. Esasen, örgüt yöneticisi “doğrudan

<sup>908</sup> İnci, “Objektif ...”, ss. 11-12: “5237 sayılı TCK'nın Hükümet Tasarısı'nda da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve tasarının 296/4 maddesinde suç örgütü yöneticileri hakkında suç örgütü kurma suçu çerçevesinde verilecek cezada artırımı gidilmesi kabul edilmiş idi. Buna karşın; Türk Ceza Kanunu Reformu Adalet Alt Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında halen yürürlükte bulunan 220/5 maddesinin bugünkü hali gündeme getirilmiş ve herhangi bir değişikliğe uğramaksızın kanunlaşmıştır.” Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 98-99, 101: “Karşılaştırmalı Hukuk bakımından, teorinin kaynağı olan Alman Hukukundan daha ileri bir adım atıldığını ... ifade etmek gerekir. Çünkü Alman Ceza Kanunu (StGB), ne suç örgütünü düzenleyen § 129 StGB'de, ne de iştirak kurumuna ilişkin genel hüküm olan § 25 StGB vd. maddelerinde organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına yer vermiştir. TCK m. 220/5 düzenlemesi, kanunilik ilkesi bakımından ... örnek bir adım olmakla birlikte, yasa metninde dikkat çeken husus, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının hiçbir şart belirtilmeksizin kabul edilmiş olmasıdır. (...) Alman Ceza Hukukundaki mevcut durum açık şekilde kanunilik ilkesi ile çelişmektedir.” ACK ve İCK'de TCK m. 220/5 benzeri bir hükme yer verilmediğine dair bkz. Sarıtaş, s. 568, dn. 626.

<sup>909</sup> Önok, s. 567: “... suç teşkil eden bir davranışın ‘örgütün faaliyeti çerçevesinde’ gerçekleştirilmiş sayılabilmesi için iki temel koşul aranır: davranışın örgütün amacı kapsamında/çerçevesinde kalması ve davranışın örgütsel iradeye dayanması.”

<sup>910</sup> **TCK m. 220'nin gerekçesi, paragraf 13:** Maddenin beşinci fıkrasında, örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmezse, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar.

<sup>911</sup> İnci, “Objektif ...”, s. 14; Sarıtaş, s. 576. Ayrıca bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 02/05/2016, E. 2015/5217, K. 2016/2645: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile örgüt yöneticiliği suçu bakımından, 765 sayılı TCK'nın 168/1. maddesinde düzenlenen silâhlı çetede amirliği ve kumandayı haiz olma suçuna göre, failin sorumluluğu hususunda farklı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, 5237 sayılı TCK'nın 314/3, 220/5. maddeleri uyarınca örgüt yöneticisi, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan, ..., ayrıca fail olarak cezalandırılacaktır. 765 sayılı TCK'da ise böyle bir sorumluluk öngörülmediğinden örgüt yöneticisi, ..., sadece aslı veya müşterek fail ya da azmettiren yahut yardım eden sıfatı ile katıldığı suçlardan dolayı cezalandırılabilir. TCK'nın 220. maddesinin 5. fıkrası, örgüt yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan sorumluluğunu düzenlemekle birlikte, bu hükümden örgüt içinde konumu ne olursa olsun tüm yöneticilerin aynı şekilde

fail” sıfatıyla işlediği veya iştirak ettiği (icrasına “şerik” yahut “müşterek fail” sıfatıyla katıldığı) suçlardan TCK m. 220/4 çerçevesinde sorumlu tutulacağından, burada sözü edilen failliğin “dolaylı faillik” olduğu ortadadır<sup>912</sup>. Ne var ki, bu sayılanlar hükme ilişkin tereddütleri gidermeye yetmemiş; Yargıtay ceza daireleri,

cezalandırılacağı şeklinde bir sonuca varılamaz. Zira, teorik olarak örgütün bir tane yöneticisi olabileceği gibi çok sayıda yöneticisi de olabilir. Gerçekten, ..., sadece belirli yer veya konuda yönetim yetkisi bulunan örgüt yöneticileri görülebilmektedir. Bu durumda, ... direktif verme yetkisi yer veya konu itibarıyla sınırlı olan bir yöneticinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunun, örgütün tamamı üzerinde hâkimiyet sahibi olan bir yönetici ile aynı olması düşünülemez. Başka bir anlatımla, örgüt yöneticisi, bizzat azmettiren olarak katılmadığında, örgüt mensuplarının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlediği suçlardan, örgüt ve örgüt mensupları üzerinde kurduğu hâkimiyet, kontrol, talimat, hiyerarşi ve emir-komutanın bir sonucu olarak cezalandırılır. Dolayısıyla bu hüküm, örgüt yöneticisinin örgüt üyesi ve işlenen suç üzerinde hâkimiyet, kontrol, sevk etme, yerine ikame etme, bilgi ve yönlendirme gücü ve yetkisinin olmaması halinde uygulanmayacaktır. Bu şekildeki uygulama, kanunda öngörülen objektif sorumluluğu daraltma değil, Türk Ceza Kanununun genel prensiplerinden olan ‘ceza sorumluluğun şahsiliği’ ve ... ‘fiili hâkimiyet’ esaslarının bir sonucu ve gereğidir. Buna göre örgüt yöneticisinin cezaî sorumluluğu belirlenirken; her somut eylemin ve yöneticinin konumunun özellikleri birbirinden farklı olduğu ve ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği göz önüne alınmalıdır. Bu ilkeler ışığında; sanıklar ..., ..., ve ...’un yöneticisi oldukları silâhlı terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde 01.06.2005 tarihinden önce işlenen vahim nitelikteki eylemler sebebi ile dolaylı fail olarak cezalandırılmayacakları gibi bu suçlara aslî veya müşterek fail ya da azmettiren yahut yardım eden sıfatı ile katıldıklarına dair kanıt elde edilemediği, 01.06.2005 tarihinden sonra sanıkların yakalandıkları tarihe kadar ise sadece 142 numaralı eylem olarak iddia ve kabulde belirtilen 19.07.2006 tarihinde işlenen silâhla ve birden fazla kişiyle birlikte işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun TCK’nın 309. maddesi kapsamında ‘vahim’ nitelikte bir suç olduğu, diğer eylemlerin vahim nitelikte bulunmadığı, sanıkların örgüt içindeki yöneticilik görevleri sadece belirli bölge ve alanlar ile sınırlı olup 142 numaralı eylemle ilgili olarak talimat verme, kontrol etme, sevk etme ve yerine ikame etme yetkilerini haiz olduklarına dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, bu nedenle TCK’nın 220/5. maddesi delaletiyle aynı Kanunun 309. maddesi uyarınca vahim eylemden dolayı cezalandırılmayacakları, eylemlerinin bir bütün hâlinde silâhlı terör örgütü yöneticiliği suçunu oluşturduğu, hukukî durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, değerlendirmede yanlıya düşülerek yazılı şekilde Anayasayı ihlâl suçundan mahkûmiyetlerine hükmolunması, 4- Sanıklar ..., ..., ve ...’un silâhlı terör örgütü yöneticisi oldukları anlaşılmakla birlikte, mahkemece de, sanıkların örgüt yapılanması içinde sadece belirli bölge ve alan sorumluları olduklarının kabul edilmesi karşısında, diğer örgüt üyeleri ve bunların eylemleri üzerindeki hâkimiyet düzeyleri, sevk ve idare ettikleri alan itibarıyla, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan sorumlu tutulmaları mümkün olmayıp yalnızca emir ve talimat yetkileri bulunan alanlarda işlenen suçlar nedeniyle cezaî sorumluluklarının söz konusu olacağı, bu itibarla yüklenen 1 ilâ 155 numaralı eylemlerle ilgili olarak hukukî durumlarının buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde tüm eylemlerden mahkûmiyet hükmü kurulması ... Kanuna aykırı ... görülmüş olduğundan, ... hükümlerin ... BOZULMASINA ...” Özel Daire, bu kararda, bir yandan TCK m. 220/5’in objektif sorumluluk yarattığını kabul edip hükümdeki failliği “dolaylı faillik” olarak nitelerken, diğer yandan “ikame edilebilirlik” ve benzeri ölçütlerle somut olay bakımından “fiil hâkimiyeti” incelemesi yaparak hükmü AY m. 38/7’ye uyumlu şekilde uygulamaya çalışmaktadır.

<sup>912</sup> Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, s. 297: “Örgüt yöneticisinin fail olarak cezalandırılacağı hükmünde bahsi geçen faillik üç türlü olabilir. Ya tek başına işlenen suçlardaki faillik ya da ... müşterek ... veya dolaylı faillik şeklinde olabilir. Örgüt yöneticisinin tek başına işlediği ... ya da müşterek fail olarak katıldığı suçlar bakımından zaten 4. fıkra uygulanacağına göre, burada kastedilen dolaylı faillik olmalıdır.” Yasa koyucunun maksadı açık değilse de, hükmün organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı çerçevesinde yorumlanıp uygulanması gerektiği yolundaki görüş için bkz. Önok, ss. 553-555.

suç örgütü yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin sorumluluk statüsü hakkında muhtelif kararlara imza atmıştır<sup>913</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “suç örgütü yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin sorumluluğu” konusunda yürütülen bu tartışma salt teorik bir tartışma olmayıp pratikte -sonuç cezanın tayini de dâhil olmak üzere<sup>914</sup>- pek çok yönden ciddi sonuçlar doğurmaya elverişlidir<sup>915</sup>. Gerçekten de, örneğin, suç örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenen suçun “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlendiğinde daha ağır ceza gerektiren suçlardan olması durumunda, nitelikli hâli düzenleyen hüküm “örgüt yöneticisinin müşterek fail sayılıp sayılmamasına göre” uygulanacak veya uygulanmayacaktır<sup>916</sup>. Öte yandan, örgüt yöneticisini

<sup>913</sup> TCK m. 220/5 hükmünün “farazî bir azmettirme”den söz ettiği yolundaki kararlar için bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 09/03/2017, E. 2015/7545, K. 2017/841; **Yargıtay 6. CD**, T. 27/05/2019, E. 2017/688, K. 2019/3416: “*Örgüt yöneticisi bizzat ya da azmettiren olarak katılmadığında dahi, mensuplarınca örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan, örgüt mensupları üzerinde kurduğu hakimiyet, kontrol, talimat, hiyerarşi ve emir-komutanın bir sonucu olarak ayrıca fail olarak cezalandırılır. TCK’nın 220/5. maddesinin gerekçesi bu sorumluluğu açıklamaktadır. Bu hükmüyle farazi bir azmettirme düşünülmüştür.*” Örgüt yöneticisinin sorumluluk statüsünün “organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik” kuramı çerçevesinde açıklandığı bazı kararlar için bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 02/05/2016, E. 2015/5217, K. 2016/2645; **Yargıtay 16. CD**, T. 12/06/2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132: “*5237 sayılı TCK’nın 220/5. maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yönettiği örgütün gücünden yararlanarak talimat alanın iradesi üzerinde hakimiyet kuran yöneticinin, serbest iradesi ile hareket etmeyen ve bir suç örgütü mensubu olarak suç işleme kararının varlığının kabulünde zorunluluk bulunan fail arasında azmettiren-azmettirilen ilişkisinden bahsetme imkanı da bulunmamaktadır. Kanunun kabul ettiği sistemde, yöneticinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolaylı fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir.*” TCK m. 220/5’te sözü edilen failliğin “müşterek faillik” olarak anlaşıp uygulandığı bazı örnek kararlar için bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 23/02/2017, E. 2016/6920, K. 2017/1571; **Yargıtay 16. CD**, T. 03/04/2018, E. 2017/3800, K. 2018/957.

<sup>914</sup> Aksi görüş için bkz. Önok, s. 333.

<sup>915</sup> Aksi görüş için bkz. Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 12: “*Bu konuyla ilgili yapılan tartışmaların pratik açıdan çok fazla bir önemi yoktur; çünkü tamamen sorumlu olan doğrudan failin arkasındaki kişinin dolaylı fail olarak mı, birlikte fail olarak mı, yoksa azmettiren olarak mı sorumlu tutulacağı sorusuna verilecek yanıt, bunlar için öngörülen cezanın aynı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca akademik bir önem taşımaktadır.*”

<sup>916</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 528; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, ss. 30-31. Cinsel saldırı, cinsel istismar, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve yağma suçları bakımından bu görüşün savunusu için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 357, 373, 412, 443, 625. Cinsel istismar suçu bakımından bu görüşün savunusu için bkz. Pınar Memiş Kartal, **Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul: Der Yayınları, Mayıs 2014, s. 196. Bu yönde bir madde gerekçesi için bkz. **TCK m. 149’un gerekçesi, paragraf 5**: “*Fıkranın (c) bendine göre, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bu nitelikli hâlin varlığı için, yağma suçunu iki veya daha fazla kişinin müşterek fail olarak işlemesi gerekir. (...) Ancak, yağma suçunun iştirak hâlinde işlenmesine rağmen, müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâllerinde, bu nitelikli unsur dolayısıyla cezada artırma yapılamayacaktır.*” Yine aynı yönde örnek bir içtihat için bkz. **Yargıtay 5. CD**, T. 07/07/2008, 6187/7373: “*... TCK’nın ... 203/3-d bendinde belirtilen ‘suçun birlikte işlenmesi’ hâlinin ise ancak sanıkların ... ‘müşterek fail’ olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı ...*” (Aktaran: Tezcan/Erdem/Önok, s. 357, dpn. 208.)

“azmettiren” sıfatıyla sorumlu tutan görüşün kabulü hâlinde, kimliği meçhul yöneticiyi ele veren üye TCK m. 38/3 hükmünden yararlanabileceksen, örgüt yöneticisinin “fail” addedilmesi üyeyi bu olanaktan yoksun bırakacaktır<sup>917</sup>. Ayrıca, yöneticinin sorumluluk statüsü, gönüllü vazgeçme (TCK m. 36, 41) durumunda uygulanacak hükmün tespiti bakımından da önemlidir.

Bize göre, suç örgütü yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından kategorik olarak “dolaylı fail” kabul edilmesi ifrata kaçan hatalı bir yaklaşım olup “örgüt yöneticisi” sıfatını taşıyan bir kimsenin “örgüt ile örgüt faaliyetlerine her zaman hâkim olduğunu” ve “üyenin iradesi ve fiili üzerinde kasten hâkimiyet kurduğunu” kabul etmek imkânsızdır<sup>918</sup>. Özellikle, “bir kimsenin suç örgütüne üye olabilmesi için yöneticinin iznine ihtiyaç bulunmadığı” yolundaki görüş<sup>919,920</sup> dikkate alındığında, bu kabulün ne derece tehlikeli olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Ne var ki, TCK m. 220/5 hükmü, öğretide pek çok yazar tarafından da dile getirildiği gibi, suç örgütü yöneticilerini, “bilgileri ve katkıları” olup

<sup>917</sup> Aydın, **İştirak**, s. 228: “Azmettirenin bilinmemesi hâlinde ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla getirilen yukarıdaki düzenlemenin kim olduğu bilinmeyen failin, müşterek faillerden birinin ya da yardım edenin ortaya çıkarılmasında neden kabul edilmediğini anlamak zordur.”

<sup>918</sup> Şen/Eryıldız, s. 244. Ayrıca bkz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 30: “... örgüt yöneticisi veya üyelerinin işlediği her suçun örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde işlenmiş suç olarak kabulü mümkün değildir. Kişi, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün yöneticisi veya üyesi olmakla birlikte, örgütün amacı ile ve örgüt ile ilgisi olmayan bir suç işlemiş olabilir.” Örneğin, hırsızlık ve yağma suçlarını işlemek amacıyla on kişi tarafından kurulmuş bir suç örgütüne üye olan A’nın çantasını kapıp kaçmak üzere B’ye cebir uygulaması hâlinde bu eylem “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş bir suç” kabul edilebilirse de, B’ye yönelik olarak işlenecek bir cinsel saldırı suçu bu kapsamda ele alınamayacaktır. Aynı şekilde, organ ve doku ticareti için kurulmuş bir örgütte “çocuklardan organ ve doku alınmaması” yönündeki ilkesini -vicdanlarına ve sağduyularına güvenmesi sebebiyle- örgüt üyeleriyle açıkça paylaşmaya ihtiyacı hissetmeyen ve örgüt üyesi bir cerrahın (C’nin) bir çocuğa yönelik olarak bu suçu işlemesi üzerine o üyeyi ölümlü cezalandıran yöneticinin (Y’nin), C’nin bu eylemi gerçekleştirdiği esnada örgüte tam anlamıyla hâkim olamadığı ve Y’nin iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurmadığı da açıktır. Ayrıca bkz. **Yargıtay 1. CD**, T. 13/05/2019, E. 2018/5102, K. 2019/2701: “TCK’nin 220/5. maddesi uyarınca örgüt yöneticisinin sorumlu tutulabilmesi için örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç olması, örgüt yöneticisinin, örgüt üyesi ve işlenecek amaç suç üzerinde hakimiyet, kontrol, bilgi ve yönlendirme güç ve yetkisinin olması gerekmektedir.”

<sup>919</sup> Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 24: “Üyelik için örgüt yöneticilerinin rızasının varlığına gerek yoktur. Tek taraflı iradeyle örgüte katılmak mümkündür.” Bizim de katıldığımız aksi görüş için bkz. Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 685: “Örgüte üye olmak için örgütün niteliklerini bilerek üye olmayı istemek ve örgüte bir katkı sağlamak da yeterli değildir. Suça iştiraktan farklı olarak, örgütlü suçlarda üye olma, tek yanlı, kendiliğinden olamaz. Üye olmak için örgütün organları tarafından kişinin üye olarak kabul edilmesi gerekir. Bununla beraber, örgüte üye olarak katılmanın herhangi bir şekilde, bir törenle olması gerekmez, fiilen gerçekleşmesi yeterlidir.”

<sup>920</sup> Bu yönde verilmiş yakın tarihli bir karar için bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 09/04/2018, E. 2018/180, K. 2018/2994: “Suç örgütü üyesi, örgüt yöneticisinin rızasının varlığı gerek olmadan örgüte fiilen katılan kişidir.” Aksi yöndeki iki karar için bkz. **Yargıtay CGK**, T. 10/06/2008, E. 2007/9-270, K. 2008/164; **Yargıtay 16. CD**, T. 05/07/2019, E. 2019/521, K. 2019/4769. (İlıcak ve Altanlar kararı)

olmadığıyla ilgilenmeksizin<sup>921</sup>, salt “örgüt yöneticisi” sıfatını taşımaları sebebiyle, “peşin ve kestirme bir kabul<sup>922</sup>” ile “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen hukuka aykırı tüm tipik fiillere hâkim” saymakta ve bu kesin (çürütülmesine imkân verilmeyen) karineye istinaden hepsini “dolaylı fail” kabul ederek apaçık bir objektif sorumluluk statüsü yaratmaktadır<sup>923</sup>. Bu yaklaşım, yalnızca “dolaylı faillik” açısından değil, “şeriklik” türleri açısından da kabul edilemez niteliktedir<sup>924</sup>. 5237 sayılı TCK’nin TBMM Adalet Komisyonundaki hazırlık çalışmalarına katılan Özgenç tarafından dahi eleştirilen<sup>925</sup> düzenlemenin, bu yönüyle, ceza

<sup>921</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, ss. 692-693. İnci, “Objektif ...”, s. 10; Şen/Eryıldız, s. 244. Ayrıca bkz. Özkan, **Azmettirme**, s. 252: “*Fıkraya en azından ‘örgüt yöneticilerinin bilgisi dâhilinde olan’ ibaresi eklenmelidir.*” Aksi görüş için bkz. Önok, s. 559: “*... örgütsel hâkimiyete dayalı dolaylı failliğin varlığını kabul etmek açısından, arka plândaki kişinin somut suçun işlenişine dair bir katkısının varlığını aramak gerekmez. Aynı nedenle, somut suça ilişkin kişisel olarak verilmiş bir talimatın varlığını kanıtlamak da şart değildir. Bu bakımdan, yöneticinin ‘bilgisi, kabulü ve talimatı olmaksızın’ örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan ötürü fail olarak sorumlu tutulmasının doğru bir yaklaşım olmadığına dair eleştiri yersizdir. (...) Zaten ... örgüt yöneticisinin klasik anlamda iştirak ettiği suçlar açısından TCK m. 220/4 devreye girecek ve yönetici, iştirak statüsüne göre sorumlu tutulacaktır.*”

<sup>922</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 11; Tezcan/Erdem/Önok, s. 790; Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, s. 305.

<sup>923</sup> Aydın, **İştirak**, ss. 142-143; Ahmet Caner Yenidünya / Zafer İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013, s. 808; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 84; Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 30; Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, ss. 692-693; Şen/Eryıldız, s. 242, 243, 252; İnci, “Objektif ...”, s. 19 vd.; İsfen “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 59; Koca/Üzülmez, s. 403; Özkan, **Azmettirme**, s. 252; Öztürk/Erdem, s. 383, kn. 712; Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, s. 305; Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 100; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, s. 90; Zeki Hafizoğulları / Günsal Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 71, Ankara, 2007, s. 41. Aksi görüş için bkz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 29, dpn. 49: “*Türk doktrininde ileri sürülen ... bunun bir ‘objektif sorumluluk’ örneği oluşturduğu yönündeki görüşler doğru değildir.*”

<sup>924</sup> Özkan, **Azmettirme**, s. 252: “*Örgüt içinde işlenen her suçun, örgüt yöneticileri tarafından zaten azmettirildiği gibi düşüncenin organize suçlulukla mücadele adına bile kabul edilmesi isabetli değildir. Zaten böyle bir görüş iştirak ve azmettirme kuralları ile bağdaşmaz. Azmettirmenin varlığı için ‘belirli somut bir eyleme’ azmettirme olmalıdır. Genel azmettirme gibi bir kavramın kabul edilebilmesi mümkün değildir.*” Aynı yönde bkz. Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 692; Önok, s. 554. Aksi görüş için bkz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 29: “*... bazı durumlarda, örgüt yöneticileri, örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde işlenen somut suçların işlendiğinden haberdar dahi olmayabilirler. Ancak ... örgütün yöneticileri, örgütün yönetimini elinde bulundurdukları süre zarfında örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde suçlar işleneceği öngörüsüyle ve beklentisiyle hareket etmektedirler; örgütün diğer üyeleri tarafından işlenen suçlara en azından müsamaha ile bakmaktadırlar. Bu itibarla, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütün yöneticilerinin ... örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde işlenen somut suçların işlendiğinden haberdar olmasalar dahi ... bu suçlar nedeniyle yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerekmektedir.*” Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 29, dpn. 49: “*... bunun bir ‘objektif sorumluluk’ örneği oluşturduğu yönündeki görüşler doğru değildir.*” Fikrimizce, bir kimsenin “işlendiğinden haberdar olmadığı” bir suçtan “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulması iştirak kurallarıyla bağdaşmayacaktır.

<sup>925</sup> Özgenç, **Suç Örgütleri**, ss. 29-30: “*... Kanun Tasarısının TBMM Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında hazırlanmış bulunduğumuz önerge taslak metninde, ‘Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.’ (beşinci fıkra) şeklinde*

sorumluluğunun şahsîliği ilkesine ilişkin AY m. 38/7 hükmüne aykırı düştüğü açık<sup>926</sup> olup düzenlemeyi bu ilkenin meşru bir istisnası kabul etmek olanaksızdır<sup>927</sup>.

Öte yandan, örgüt yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen belli bir suça yönelik kastının bulunması da o suçun dolaylı faili kabul edilmesi için yeterli olmayıp TCK m. 220/5 hükmü ile yaratılan “faillik karinesi” fiil hâkimiyeti kuramıyla hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır<sup>928</sup>. Bu noktada, yasa koyucunun Roxin’in kuramının omurgasını oluşturan “ikame edilebilirlik” ölçütüne madde metninde açıkça yer vermeyip bağlayıcılığı bulunmayan ve Yargıtay<sup>929</sup> tarafından da zaman zaman dikkate alınmayan madde gerekçesinde değinmekle yetinmiş olması

---

*bir hükme yer verilmiştir. Hükmü bu şekilde formüle etmemizin sebebi, Komisyon üyelerinin ‘Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca **duruma göre** fail veya **şerik** olarak cezalandırılır.’ şeklinde bir hükmün kabulü yönünde ikna edilmelerini sağlamaktır. Ancak, Komisyon çalışmalarına katılan Yargıtay temsilcisi Keskin Kaylan’ın önerge taslak metninde formüle ettiğimiz hükmü benimsemesi karşısında, bu fıkra metninde ‘**duruma göre** fail veya **şerik** olarak’ şeklinde değişiklik yapma hususundaki girişimimizde başarılı olamadık. Kanun değişikliği ile bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.”*

<sup>926</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 692; Koca/Üzülmez, s. 403; Önok, s. 557; Özkan, **Azmettirme**, s. 252; Şen/Eryıldız, s. 241 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 790; Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, s. 305.

<sup>927</sup> Bu hataya düşülen örnek iki karar için bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 23/02/2017, E. 2016/6920, K. 2017/1571; **Yargıtay 16. CD**, T. 03/04/2018, E. 2017/3800, K. 2018/957: “TCK’nın 220/5. maddesinde, ‘Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.’ denilerek örgüt yöneticileri hakkında özel faillik düzenlemesi ile TCK’nın 20. maddesindeki ‘ceza sorumluluğunun şahsîliği’ ve faillik bakımından ‘fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurma’ ilkelerine istisna getirilmiştir.”

<sup>928</sup> Koca/Üzülmez, s. 403. Aynı yönde bkz. İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 59, 61: “... TCK m. 220/5’te istisnalara yer vermeyen kesin bir hüküm getirilmiş ve suç örgütünün faaliyetleri çerçevesinde işlenen tüm suçlardan dolayı, aksinin ispatı mümkün olmayan bir fiil hâkimiyeti karinesi öngörülmüştür. (...) Başka bir ifadeyle, ... ikilik sistemi yerine, ... eşitlik sistemi getirilmiştir.” Yine bu yönde bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 100: “Kanunkoyucunun TCK m. 220/5’te anılan kıstasların hiçbirine yer vermemesi, teorinin diğer iştirak şekillerinin önüne geçmesine yol açmıştır. Esasen somut olay bakımından; masabaşı failin kendi emin konumda hissedecek bir pozisyonu ve buna dayalı irade hakimiyeti söz konusu değilse, cezai sorumluluğun ‘azmettirme’ çerçevesinde çözümlenmesi gerekecektir. Eylemin icrası sırasında lider kişi failer ile birlikte iş bölümü çerçevesinde hareket etmişse artık irade hakimiyetten ziyade hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet değerlendirilecek ve fail için ‘müşterek faillik’ esasına göre sorumluluk doğacaktır. Yine münferit olaylarda örgüt lideri vasfını taşıyan kişinin olaya katkısının sadece araç-gereç tayini gibi daha sınırlı alanlarda gerçekleşmesi halinde ‘yardım etme’ gündeme gelecektir.” Ayrıca bkz. Önok, s. 558: “... TCK m. 220/5’in mevcut hâli ... örgüt yöneticilerinin sorumluluğuna dair ... mutlak bir karine yaratmış gibi gözükmektedir ...”

<sup>929</sup> **Yargıtay 6. CD**, T. 09/04/2018, E. 2018/180, K. 2018/2994: “Örgüt yöneticisi katılmayıp, örgüt mensuplarının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlarından ... TCK’nın 220/5. maddesine göre sorumludur.” **Yargıtay 16. CD**, T. 14/03/2017, E. 2015/4893, K. 2017/3812: “Sanık ... hakkında Esnaf ve Kefalet kooperatifine yönelik hırsızlık, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını ihlal, Kızılay şubesi, Halk Bankası arşiv deposu ve Bağkur İl Müdürlüğüne yönelik hırsızlığa teşebbüs, konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçlarından kuralan beraat hükümlerine yönelik olarak; Örgüt yöneticisi olan sanığın TCK’nın 220/5. maddesi gereği örgütün işlediği suçların tümünden sorumlu olacağı gözetilmeden mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi ... Kanuna aykırı olup ... hükümlerin ... BOZULMASINA ...”

ciddi bir sorun yaratmaktadır<sup>930</sup>. Zira, “masabaşı faillik kuramı” ancak devlet veya sıkı bir hiyerarşik yapıya ve rahatlıkla ikame edilebilir nitelikte çok sayıda üyeye sahip -terör örgütü yahut mafya tipi<sup>931</sup>- “devlet içinde devlet” formundaki örgütler bakımından geçerli<sup>932</sup> iken, TCK m. 220/5 hükmü, bir yöneticiyle iki üyeden oluşan ve “ikame edilebilirlik”ten söz etmeye imkân vermeyen<sup>933</sup> bir örgütün yöneticisini dahi örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçların dolaylı faili saymaya elverişli bir lâfza sahiptir<sup>934</sup>.

Üçüncü olarak, sıkı hiyerarşik yapıya ve çok sayıda üyeye sahip bir suç örgütünde dahi, yöneticinin kastettiği suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kuramayabileceğini ifade etmek gerekir<sup>935</sup>. Örneğin, “hukuktan tümüyle sıyrılmış” bir terör örgütünü yöneten bir kimsenin “cumhurbaşkanının özel hekimliğini” yapan bir örgüt üyesine “cumhurbaşkanına suikast” talimatı verdiği ve bu suikastın “tedavi etmeme (ihmâlî davranışla kasten öldürme)” şeklinde gerçekleştirilmesini istediği olayda; yöneticinin talimatı ancak bu hekim tarafından yerine getirilebilecek, hekimin bu talimata deontolojik gerekçelerle karşı çıkması hâlinde -örgütün binlerce üyesi bulunsun bile- bu hekimin yerine bir başkası -en azından kısa vadede-

<sup>930</sup> İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 57; Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 99; Şen/Eryıldız, s. 245.

<sup>931</sup> Önok, ss. 561-562: “... örgütsel hâkimiyete dayalı dolaylı faillik modeli, ancak üye sayısı fazla olan, büyük çaplı örgütler bakımından kabul edilebilir bir kuramdır. Bu yapıya sahip olmayan örgütler bakımından yöneticilerin sorumluluğu, işlenen suçta katkılarına göre ve genel iştirak hükümleri ışığında belirlenmelidir.”

<sup>932</sup> Farklı görüş için bkz. Önok, ss. 563-564: “... örgütsel hâkimiyet modelinin uygulanması için illa katı bir hiyerarşik yapının varlığını aramak, kanaatimce, her zaman şart değildir. (...) egemenliği sağlayan husus, ön plândaki kişinin emredilen suçu işlemeyi reddetmesi durumunda onun yerine geçebilecek yeterli sayıda başka aktörlerin hazır bulunmasıdır.”

<sup>933</sup> İnci, “Objektif ...”, s. 16: “... Örneğin, böyle bir örgüt içerisinde iki üyenin suçu işlemek istememesi hâlinde örgüt yöneticisi bu suçu ya bizzat işleyecek ya da diğer iki üyeyi ikna etmek zorunda kalacaktır.”

<sup>934</sup> İnci, “Objektif ...”, s. 16; Önok, s. 561; Öztürk/Erdem, s. 382, kn. 712; Sarıtaş, s. 577; Tezcan/Erdem/Önok, s. 790; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2000, s. 251’den naklen İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 56: “... ‘yarım düzine serserinin’ birleşip çete kurduktan sonra bir de elebaşı seçmeleri, organize bir hâkimiyet mekanizmasının oluştuğu anlamına gelmemektedir.” Aksi yönde bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 21/11/2018, E. 2016/6828, K. 2018/7600: “Örgüt yöneticisi katılmayıp, örgüt mensuplarının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlarında ise TCK’nin 220/5. maddesine göre sorumludur.” Yine bkz. **Yargıtay 15. CD**, T. 26/02/2019, E. 2018/6477, K. 2019/1260: “... sanık ...’ın örgüt yöneticisi olduğunun kabulü halinde TCK’nin 220/5. maddesi gereğince örgüt yöneticisinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılması gerektiği ...”

<sup>935</sup> Önok’a göre, bu gibi durumlarda, organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı işletilemeyecektir. Bkz. Önok, s. 564: “... örgütü yönetenlerin verdikleri emirlerin otomatik olarak yerine getirildiği, bu emri yerine getirmeyenlerin yerine her zaman başkasının kolaylıkla bulunabileceği delillerle kanıtlanmalıdır; aksi durumda dolaylı faillik söz konusu olmaz.”



konamayacak ve fiilin icrasını garanti<sup>936</sup> altına alamayan (fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan) yönetici TCK m. 310'da düzenlenen suçun dolaylı faili kabul edilemeyecektir<sup>937</sup>. Zira, bir kimsenin tipik bir fiile hâkim sayılabilmesi için, suç yolu üzerindeki hâkimiyeti iradî olarak elinde tutması, fiilin seyrini denetleyebilmesi zorunludur<sup>938</sup>.

Fiil hâkimiyeti kuramına göre, fiil üzerinde “bilinçli olarak<sup>939</sup>” hâkimiyet kuran kişiler fail, ihlâlâ “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın<sup>940</sup>” yalnızca kendi nedensel davranışlarına hâkim şekilde kasten katkı sağlayan kişiler ise şeriktir<sup>941</sup>. Yine bu kurama göre, fiil hâkimiyetinin “hareket hâkimiyeti”, “fonksiyonel hâkimiyet” ve “irade hâkimiyeti” olmak üzere üç farklı görünüm şekli mevcut olup bunlar sırasıyla doğrudan, müşterek ve dolaylı faillığe esas teşkil etmektedir<sup>942</sup>. Bunlardan ilki, suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarının doğrudan doğruya<sup>943</sup>, tek başına<sup>944</sup> (veya ortak

<sup>936</sup> Suikastın tarif ettiği şekilde, derhâl ve kimseye sezdirilmeden gerçekleştirilmesinde ısrarcı olan, fakat bu hekimin yerine bir başkasını koyamayan örgüt yöneticisi ya hekimi bu suçu işlemeye ikna edecek ya da suikast için başka bir plân yapacaktır.

<sup>937</sup> Sarıtaş, s. 576: “Roxin’e göre eğer tipik fiilin işlenmesi, ikame edilmesi zor bir uzmanı gerektirmekte ise bu halde de organize hakimiyet mekanizmalarından söz edilemeyecek ve lider yalnızca şerik olarak kabul edilebilecektir.” Bu gibi durumlara şöyle bir olay da örnek gösterilebilir: Gerçekleştirdiği bir terör eylemi esnasında yüzü yanan A, organ ve doku ticareti için kurulan ve uluslararası faaliyet gösteren bir suç örgütüne başvurarak yüz nakli talep eder. Yüzlerce cerrah üyesi bulunmasına rağmen, yalnızca tek bir üyenin (Ü’nün) yüz nakli gerçekleştirebildiği bu örgütte, yönetici (Y), Ü’ye “şehir mezarlığına o gün defnedilmiş ölümlerden birinin yüzündeki dokuları alıp A’ya nakletmesini” emreder; ancak Ü, talimatları yerine getirmeyen çok sayıda üyenin daha evvel ölümle cezalandırıldığını bildiği hâlde, bu riski göze alır ve suçu işlemeyi vicdanî gerekçelerle reddettiği için yine Y’nin talimatıyla öldürülür. Faaliyetleri ve sıkı hiyerarşik yapısıyla “hukuktan sıyrılmış olma” şartını sağlayan ve talimatlara uymayan bir üyenin rahatlıkla ikame edilebileceği izlenimini uyandıran böyle bir örgütte, söz konusu fiilin icrasını garanti altına alamayan ve dolayısıyla fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan Y’nin yüz nakline yönelik talimatı “akim kalan azmettirme” niteliğinde kabul edilecek; yüz naklinin Ü veya onun yerine istihdam edilen yeni bir cerrah üye tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde dahi, yine aynı gerekçeyle, Y’nin bu suça ilişkin masabaşı failliğinden söz edilemeyecektir. Benzer bir örnek için bkz. İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 59: “... örneğin içinden değerli eşyaların çalınması amaçlanan, ancak otomatik sistemle emniyet altına alınmış olan bir çelik kasanın kodunu kırma tekniğine sadece bir üye vâkıfsa, bu üyenin suçu işlemeyi reddettiği durumlarda ikame edilemeyeceği ortadadır.” Bir başka örnek için bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 96.

<sup>938</sup> Fornasari, s. 426; Seminara, s. 121 vd.’ndan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>939</sup> Maurach, **Deutsches Strafrecht**, s. 627, 659’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 83.

<sup>940</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.

<sup>941</sup> Koca/Üzülmez, s. 390; Latagliata, **Concorso**, s. 255’ten aktaran Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 114. Yine bu yönde bkz. Welzel, “Studien ...”, s. 491 vd., 539’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78.

<sup>942</sup> Gropp, 2005, § 10, kn. 38 vd.; Kühl, 2005, § 20, kn. 27; Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 28’den aktaran İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”, s. 54.

<sup>943</sup> Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 91: “... yasada tanımlanan suçu doğrudan doğruya işleyen eylemi yerine getiren kişi dolaylı faildir.”

suç işleme iradesiyle hareket etmediği kimselerle yan yana) ve bizzat<sup>945</sup> gerçekleştirilmesini zorunlu kıldığından, örgüt yöneticisinin maddî unsurlarını bizzat gerçekleştirmediği bir suçun doğrudan faili sayılması hiçbir şekilde mümkün değildir. Dolaylı faillikten söz edilebilmesi içinse, kişinin bir başka kimsenin iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olması ve davranışlarını “işlemeyi kastettiği” suça vasıta kılarak bu kimseyi suç yolunda en azından teşebbüs sahasına sokması şarttır. Buna göre, suç örgütü yöneticisinin “örgüte hâkim” olmasını “üyelerce işlenen suçların dolaylı faili” kabul edilebilmesi için yeterli sayarak ayrıca “üyenin tipik davranışlarına hâkimiyet” şartını aramayan görüşte bizce isabet yoktur. Zira, suç örgütü yöneticisi, tipikliğin maddî unsurlarını bizzat gerçekleştiren üyenin iradesi ve davranışları üzerinde kasten hâkimiyet kurmadıkça “işlenen suçun dolaylı faili” de kabul edilemeyecektir<sup>946</sup>. Suç örgütü üyeleri örgüt faaliyeti çerçevesinde işledikleri suçları -cebir veya hileye maruz kaldıkları yahut kusur yeteneğinden yoksun oldukları için değil<sup>947</sup>- daha ziyade yöneticinin gözüne girmek, örgütte saygınlık kazanarak yükselmek, örgütün yücelttiği değerlere hizmet etmek gibi güdülerle<sup>948</sup> “gönüllü olarak” icra ettiklerinden, iradelerinin yöneticinin hâkimiyeti altında olduğunu söylemek ve yöneticiyi bu suçların dolaylı faili sayabilmek çoğunlukla güçtür<sup>949,950</sup>.

<sup>944</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2, Ankara: Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2009, s. 942; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 729; Koca/Üzülmez, s. 392; Metiner/Koç, s. 1112.

<sup>945</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 192; Özkan, **Azmettirme**, s. 20. Yine bkz. Fornasari, s. 427’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

<sup>946</sup> Ceza hukukunda “fil”den anlaşılması gereken, davranış, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağıdır. (Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 150; Toroslu/Toroslu, s. 132.)

<sup>947</sup> Koca/Üzülmez, s. 402; Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, s. 300.

<sup>948</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 84; Önok, s. 564; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 80.

<sup>949</sup> Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 28: “... örgütün yöneticisi, somut olayda işlenen suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişilerin örneğin kusur yeteneğinin olmamasından veya işlenen suç bakımından kastının bulunmamasından yararlanarak bu kişiler üzerinde ve ... işledikleri fiiller üzerinde hâkimiyet kurmuşsa, bu suç nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.” Aksi görüş için bkz. **Yargıtay 16. CD**, T. 02/05/2016, E. 2015/5217, K. 2016/2645; **Yargıtay 16. CD**, T. 12/06/2019, E. 2018/6182, K. 2019/4132: “5237 sayılı TCK’nın 220/5. maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yönettiği örgütün gücünden yararlanarak talimat alanın iradesi üzerinde hâkimiyet kuran yöneticinin, serbest iradesi ile hareket etmeyen ve bir suç örgütü mensubu olarak suç işleme kararının varlığının kabulünde zorunluluk bulunan fail arasında azmettiren-azmettirilen ilişkisinden bahsetme imkanı da bulunmamaktadır. Kanunun kabul ettiği sistemde, yöneticinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolaylı fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir.”

<sup>950</sup> Katılmadığımız bir görüş için bkz. Özen, **Genel Hükümler**, s. 636: “Örgütlü (silâhlı örgüt) suçlarda, örgüt kurucusu veya yöneticisi kişiler, örgüte üye olan veya örgütün emri altında bulunan kişilere, sahip oldukları karşı konulamaz güç nedeniyle suç işlettirmektedirler. Bu durumda, örgüt kurucusu veya yöneticisi kişiler, dolaylı fail konumundadır, suç işleyen kişinin cezaî sorumluluğu

Bununla birlikte, yöneticisi olduğu suç örgütüne gerçekten hâkim bir kimsenin, bu hâkimiyet sayesinde örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların icrası üzerinde de üyelerle birlikte fonksiyonel hâkimiyet kurması ve suçun müşterek faili konumuna gelmesi pekâlâ mümkündür<sup>951</sup>. Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetten söz edilebilmesi için, “suç örgütü yöneticisi” ile “hiyerarşik yapıya katılıp örgütün hedeflerini benimseyerek örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye hazır hâle gelen örgüt üyeleri” arasında “birlikte ve belirsiz sayıda suç işleme kararı”<sup>952</sup>,na dayalı olarak kurulan “organik ve hiyerarşik”<sup>953</sup> irade birliği<sup>954</sup>,nin “noksan”<sup>955</sup> veya noksansız<sup>956</sup> bir suç plânı” ile somut “ortak suç işleme kararı”na dönüşmesi<sup>957</sup> ve

---

*bulunmamaktadır. Suç işleme amacıyla kurulan örgüt (organize örgüt) kapsamında işlenen suçlarda ise, eğer örgüt kurucusu veya yöneticisi kişiler, aracı kişi üzerinde mutlak hâkimiyet kurabiliyor, emri dışına çıkılamıyor ise, örgüt kurucusu veya yöneticisi kişiler dolaylı fail olacak, suç işleyen kişinin cezaî sorumluluğu bulunmayacak, aracı kişi üzerinde mutlak hâkimiyet kuramıyor, aracı kişinin emri yerine getirmemesi durumunda başka bir kişi devreye giriyorsa, aracı kişinin iradesi bulunuyorsa, hem örgüt kurucusu veya yöneticisi kişiler hem de aracı kişi, işlenen suçlardan dolayı cezaî anlamda sorumlu olacaktır.” Silâhlı suç örgütü üyeleri ile suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerin üyelerini üzerlerindeki “karşı konulamaz güç” ve “mutlak hâkimiyet” sebebiyle sorumsuz kabul eden yazarın “karşı konulamaz güç” ve “mutlak hâkimiyet” tabirleriyle “mutlak maddî cebri” kastettiği düşünülmektedir. Ancak, fikrimizce, silâhlı suç örgütlerinde kurucu ve yöneticilerin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen her tipik fiilin icrasında örgüt üyelerinin üzerinde “vis absoluta” uyguladıkları iddiası gerçek dışıdır. Öte yandan, mutlak maddî cebre maruz kalan kişinin iradesinden ve -hukukî anlamda- davranışından söz edilemeyeceğinden, tipik fiili örgüt üyeleri üzerinde mutlak maddî cebir uygulayarak gerçekleştiren yöneticiler işlenen suçların dolaylı değil, doğrudan faili kabul edilecektir.*

<sup>951</sup> Aynı yönde bkz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 28; Yenidünya/İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, s. 808. Yine bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 94-95: “... lider kişi somut olay mahallinde bilfiil yer almış veya diğer faillerle birlikte eş zamanlı hareket imkanı tanyacak şekilde iletişim ağı kurulmuşsa artık müşterek faillik ilişkisinin varlığı kabul edilecektir.”

<sup>952</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 680: “Örgütün varlığı için organize bir yapıdan başka, süreklilik de vazgeçilmez bir unsurdur.”

<sup>953</sup> **Yargıtay 6. CD**, T. 09/03/2017, E. 2015/7545, K. 2017/841: “Örgüt, soyut bir birleşme olmayıp, bir suç örgütünde organik ve hiyerarşik ilişki hâkimdir.”

<sup>954</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 680: “Örgütün kurucusundan üyesine kadar bütün mensuplarının, suçları işlemek için irade birliği şeklinde birleşmeleri gerekmektedir. Örgütün varlığını ve işlevini gerçekleştirmesi açısından zorunlu olan suç faaliyetlerinin yapılması için sürekli bir örgütsel bağ, bir anlaşma, bir birliktelik söz konusudur.”

<sup>955</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 25-26: “İlk durumda suç plânı, arka plândaki kişi tarafından fiili icra edecek olan kişiye eksik biçimde iletilmekte ve o kişi tarafından tamamlanmaktadır. Fiili doğrudan icra eden kişinin plâna yapmış olduğu katkı, onu, hiyerarşik olarak üstte bulunan kişinin suç plânına ortak hâle getirmektedir. Çünkü arka plândaki kişi, suç plânına ilişkin bazı ayrıntıları doğrudan faile bırakmaktadır. Birlikte failliğin kabulü için ise, faillerin diğer failin davranışlarını tüm ayrıntıları ile bilmesine gerek yoktur.”

<sup>956</sup> Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 26: “Diğer durumda ise, suç plânı eksiksiz biçimde doğrudan faile iletilmektedir. Burada önemli olan, fiili icra eden kişinin itaati değil, fonksiyonel bir yapı içerisinde ‘aracı fonksiyonunun’ fiili belirleyici bir unsur olmasıdır. Fiili icra eden kişinin organize yapıya dâhil olması ve onun amacını soyut olarak benimsemesi, onu bu yapının ayrılmaz bir parçası hâline getirmektedir. Fiili işlemeye yönelik talimatla birlikte, soyut suç işlemeye hazır olma, arka plândaki kişinin suç işleme kararıyla örtüşen somut bir suç işleme kararına dönüşmektedir. Birlikte failer arasında doğrudan ve kişisel bir bağlantı bulunmasına gerek yoktur.”

yöneticinin örgütün olanaklarını suçun icrasına amade kılması yeterlidir<sup>958</sup>. Zira, *Roxin*'in itirazına rağmen<sup>959</sup>, biz, suçun icrasının garantilenmesine katkı niteliğindeki davranışın “suçun icrasına başlanmadan önce” gerçekleştirilmesinin bu katkının nedensel değerini azaltmayacağını<sup>960</sup>; bu bağlamda, örneğin, askerî casusluk amacıyla kurulmuş bir örgütte, Genelkurmay binasındaki kozmik odaya girerek “devletin güvenliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri askerî casusluk maksadıyla temin etmeye” karar veren bir üyeyi bu kararından ötürü takdir edip kendisine binanın krokisiyle odanın kapı şifresini veren örgüt yöneticisinin, icra evresinde doğrudan faile hiçbir ek katkı sunmasa da, sırf hazırlık hareketleri evresindeki bu mühim katkısı sebebiyle “suçu üyeyle birlikte işlemiş” kabul edileceğini ve TCK m. 328’de düzenlenen suçun müşterek faili olarak cezalandırılabileceğini düşünüyoruz<sup>961</sup>.

Öte yandan, örgüt yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların müşterek faili olarak sorumlu tutulabilmesi için, örgüt üyelerinin “rahatlıkla ikame edilebilir” nitelik ve nicelikte olması yahut örgütün sıkı bir hiyerarşik yapıya sahip bulunması da, kanaatimizce, şart değildir. Anlamlı ve değerli bulduğumuz bu ölçütlerin fiil hâkimiyetine ilişkin incelemede göz önünde bulundurulması yararlı ise de, bunları “fiil hâkimiyeti ve faillik karinesi” yaratacak şekilde kategorik bir ayrıma esas almak örgüt yöneticisinin objektif sorumluluğuna yol açacak ve AY m. 38/7’ye açıkça aykırı düşecektir. Zira, sıkı hiyerarşik yapıya ve rahatlıkla ikame edilebilir nitelikte yüzlerce üyeye sahip bir örgütün üyesi olan bir kimse, açıkça yasaklanmayan ve fakat takdirden çok tekdir edilmesine sebep olabilecek bir eylemi,

<sup>957</sup> Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 758; Otto, **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil**, § 21, kn. 92; Jakobs, s. 21, 103’ten aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 26.

<sup>958</sup> Baumann/Weber/Mitsch, § 29, kn. 147; Jakobs, 21, 103; Otto, **Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2004, § 21 kn. 92; Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 753 vd.; HAAS, ZStW 119 (2007), s. 542 vd.; Jescheck/Weigend, 1996, § 62 II 8; Lampe, s. 508 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 25.

<sup>959</sup> Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 198 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 15.

<sup>960</sup> Otto, **Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates**, Jura 2001, s. 759’dan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 26.

<sup>961</sup> Baumann, Bockelmann, Cramer, Kohlrausch ve Lange’nin de bu görüşü savunduğunu bildiren Özgenç, “... Müşterek Faillik”, s. 170. Aksi görüş için bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 198 vd.’ndan aktaran Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 15; Özgenç, “... Müşterek Faillik”, ss. 171-172: “... Roxin, ... hazırlık hareketleriyle fiil üzerinde hâkimiyet kurulamayacağı fikrindedir. (...) katkı ... hazırlık hareketi mahiyetinde ise, ilgili suç ortağını ... ancak yardımda bulunan olarak sorumlu tutmamız gerekecektir. Hazırlık hareketi mahiyetinde bir katkıda bulunmakla suçun işlenişine iştirak eden kişi ... suçun işlenmesini ... suç ortağına/ortaklarına havale etmektedir.”

yöneticiden izin almadan ve örgütün olanaklarından (Roxin'in tabiriyle, organizasyonun sağladığı "suçun icrasını güvence altına alan" çerçeve koşullardan<sup>962</sup>) yararlanarak gerçekleştirebilir. Bu gibi durumlarda, yöneticinin neticeye yönelik -doğrudan veya olası- kastından, ortak suç işleme kararından, fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetinden ve de müşterek failliğinden söz edilemeyeceği açık olup taksire dayalı sorumluluk hâlleri saklıdır. Buna karşılık, bir yönetici ve beş üyeden oluşan, talimatları reddeden üyenin yerine bir başkasının kolayca konamadığı ve hiyerarşik yapının gevşek olduğu bir örgütte, üyelerden birinin "yalnızca yöneticinin örgüt faaliyetlerine tahsis ettiği araçlarla işlenebilecek olan bir suç" yöneticinin izniyle işlediği olayda, yönetici, suçun icrasına yönelik bu önemli katkısından ötürü "müşterek fail" kabul edilebilecektir.

Suç örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlar da "müşterek faillik" şeklinde işlenebildiğinden, "hukuktan tümüyle sıyrılmış" olsun veya olmasın, hattâ "suç örgütü" niteliği taşıyın veya taşımasın, her tür örgütlü yapıda, örgüt yöneticileri ile asklarının bir suç "müşterek faillik" biçiminde icra edebilmeleri mümkündür<sup>963</sup>. Buna göre, örneğin, Kamu İhale Kurumunda çalışan beş mevkidaş kamu görevlisinin "belirsiz sayıda ihaleye fesat karıştırmak" amacıyla kurup bazı asklarını üye olarak aldıkları bir örgütte, yöneticiler ve üyeler bir yandan hukukî zeminde meşru eylem ve işlemler gerçekleştirirken, bir yandan hukuk dışı zemine kayarak birtakım suçlar işleyebilirler<sup>964</sup>. Bu gibi durumlarda, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen her tipik fiil müşterek failliğin koşulları çerçevesinde ayrı ayrı incelenmeli ve örneğin ihaleye

<sup>962</sup> Roxin, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", s. 294'ten aktaran Erdem, "Organize Yapı ...", s. 29.

<sup>963</sup> "Organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik" kuramı bakımından bu fikri reddeden görüş için bkz. Erdem, "Organize Yapı ...", s. 15: "Roxin, arka plânda faaliyet gösteren kişilerin bir bütün olarak hukuk normlarından sıyrılmış olması gerektiği için bu tür organizasyona egemenliğin çok seyrek durumlarda karşılaşılabileceğini belirtmektedir. Çünkü yönetim ve icra organlarının kendileri dışındaki bir hukuk düzenine bağlı olduğu durumlarda, hukuk düzeni en üst bir çerçeve değere sahip olduğu ve normal durumlarda hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesini ve böylece arka plândaki kişinin irade gücünü önlediği için ön plandaki kişinin davranışına egemen olmayı gerektirecek bir etkiye sahip değildir."

<sup>964</sup> Önok, s. 508, 511, 512: "... bir ekonomik kuruluş veya kurum, varlığı kanuna dayansa bile, düzenli olarak kanuna karşı faaliyet gösterebilir ve hukukî yöntemleri sırf bu durumu gizlemek için kullanabilir. ... böyle bir yapının 'hukuk içerisinde' hareket ettiğini söylemek mümkün olmamalıdır. (...) katı bir hiyerarşik yapı olmaksızın da, üst yönetim tarafından verilen emirlerin neredeyse otomatik olarak uygulanmasını temin eden yapısal bir sistem varsa, yöneticileri suçun merkezine yerleştirmek açısından bu olgunun tespiti yeterli olabilecektir. (...) 'hukuktan sıyrılmış olma' kıstasını aramadığımdan ve 'doğrudan faillerin suç işlemeye hazır veya eğilimli olmaları' hususunu da ancak yardımcı bir kriter olarak düşündüğümünden, ticarî şirketlere de örgütsel hâkimiyet modelinin uygulanabileceğini düşünüyorum."

fesat karıştırma niteliğindeki kolektif<sup>965</sup> yahut karma<sup>966</sup> bir işleme irade beyanı ile katılan üye ve yöneticiler TCK m. 235'teki suçun müşterek faili olarak cezalandırılmalıdır<sup>967</sup>. Aynı şekilde, esas itibarıyla yasal zeminde faaliyet gösteren ticaret şirketi gibi tüzel kişilerde, işveren ile işçi arasında da müşterek faillik söz konusu olabilir<sup>968</sup>. İnceleme konumuz müşterek faillik olmadığından, konunun detayına burada girmiyor; bu gibi durumlarda, fiil hâkimiyeti incelemesinde dikkate alınabilecek ölçütlerin “faillığe kesin karine” sayılamayacağını ve dolaylı failliğin evvelce belirttiğimiz görünüm şekillerinden biri mevcut olmadıkça dolaylı faillikten söz edilemeyeceğini yinelemekle yetiniyoruz<sup>969,970</sup>.

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen tipik fiiller üzerinde hâkimiyet kurmamakla birlikte, ihlâl kendi nedensel davranışlarına hâkim şekilde kasten katkı sağlayan yönetici ve üyelerin bu suçlar bakımından “şerik” sıfatıyla sorumlu

<sup>965</sup> Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yayınevi, Ekim 2011, s. 128: “Kolektif işlemler, birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanması ile meydana gelen işlemlerdir. Kolektif işlemlere örnek olarak kurul kararları gösterilebilir. (...) Burada dikkat edilmesi gereken nokta, birden fazla iradenin ... aynı konu ve amaçta birleşmiş olmasıdır.”

<sup>966</sup> Günday, s. 129: “Karma işlemler, aynı yönde ve aynı konu ve amaca yönelik birden fazla iradenin bir sıra izlenerek açıklanması sonucu meydana gelen işlemlerdir.”

<sup>967</sup> Aynı yönde bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 100. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bu yöndeki iki örnek kararı ve konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Önok, ss. 514-517. Suç örgütü yöneticilerinden birinin örgüte üye olmayan bir kimseyi tehdit ederek karara katılmaya zorlaması durumunda ise, irade hâkimiyetinden ve dolaylı faillikten söz edilecektir.

<sup>968</sup> Bu gibi durumlarda müşterek faillik kurumunun işletilmesinin bir hayli zor olduğu yolundaki görüş için bkz. Önok, ss. 486-488: “Roxin teorisini ortaya koyduğunda, önerdiği modelin mali suçlara, şirketlerin işleyişi çerçevesinde gerçekleştirilen ‘beyaz yaka suçluluğu’na uygulanamayacağı kanaatindeydi. (...) dikkate aldığı bağlam, ... ağır insan hakları ihlalleriydi. (...) Bu zorluk karşısında, olası bir çözüm yolu, müşterek faillik kurumuna başvurmaktır. Fakat (...) yöneticinin hukuka aykırı emri kimin yerine getirdiğini bile bilmediği bir yapısal işleyiş içinde, artık yönetici ile doğrudan fail arasında yatay bir ilişki değil, daha ziyade hiyerarşiye bağlı bir dikey ilişki mevcuttur; bu da müşterek failliğin temel koşulu olan ‘ortak karar alma’ esasını ortadan kaldırır. Kaldı ki, üst düzey yöneticinin fiilin icrası aşamasında bir katkısının çoğu zaman olmaması, müşterek failliği ikinci koşula olan ‘fiilin birlikte işlenmesi’ şartının da karşılanmaması anlamına gelmektedir.”

<sup>969</sup> İkame edilebilirliğin tespiti durumunda, burada da yine “organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik”ten söz edilebileceğini savunan görüş için bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 97-98, 102. Buna yakın bir görüş için bkz. Önok, ss. 511-514.

<sup>970</sup> Conde, s. 75’ten aktaran Önok, ss. 486-487: “Nasıl dolaylı failin doğrudan sorumluluğunun temelini ortaya koymak açısından fiil egemenliği teorisi yaratılarak şekli objektif teorisinin yetersizlikleri aşıldıysa, bu noktada da faillik mefhumunu -ister dolaylı ister müşterek olsun- gözden geçirerek büyük grup veya organizasyonlar bünyesinde işlenen suçların fenomenolojik gerçeklerine uyarlamak gerekmektedir. Dolaylı faillik kurumunun ‘mutad’ görünüş biçimlerinin şirketlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara uygulanması mümkün olsa da, hayat gerçeğinde cebir, tehdit, hatadan yararlanma gibi yollarla iradeye egemenliğin gerçekleşmesi nedeniyle bu suçların bir aracı vasıtasıyla işlenmesine çok nadir rastlanır.”

tutulmalarına da bir engel bulunmamaktadır<sup>971</sup>. Örneğin, anayasal düzeni ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuş, binlerce üyeye sahip bir terör örgütünün en üst düzey yöneticisi olan Y'nin, kişisel becerilerini sınamak istediği bir örgüt üyesinden (Ü'den) bir bakanı “örgütün olanaklarından yararlanmaksızın” öldürmesini istediği ve rüşdünü ispat etmek isteyen Ü'nün bu suçu sorunsuz işlediği olayda, fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmayan Y, suçun ilk ve etkili psikik nedenini oluşturması sebebiyle “işlenen suçun azmettiren” olarak cezalandırılırken<sup>972</sup>, Ü'ye bu suçun icrasında kullanması için şahsî tabancasını veren diğer örgüt yöneticisi (D) “suça yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>973</sup>.

Özetle, biz, suç örgütü yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara dair sorumluluğunu belirlemede “fiil hâkimiyeti” kuramına ilişkin genel esaslardan ayrılmayı gereksiz görüyor; her somut olayın bu kuram çerçevesinde

<sup>971</sup> Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 692; Erdem, “Organize Yapı ...”, ss. 22-23: “... *Federal Mahkeme Roxin ve Schroeder'in ortaya koyduğu görüşten yararlanmış olmakla birlikte, tamamen farklı bir dolaylı faillik figürü yaratmıştır. Mahkemeye göre dolaylı faillik ve yardım eden ayırımı, açıkça bir 'değerlendirme sorunu'dur ve 'her ikisi arasındaki geçiş akışkandır.' Bu nedenle de ayırım konusunda 'sert kurallar' geçerli olmayıp 'her somut olayın özelliğine göre' bir değerlendirmeye gidilmesi zorunludur.* Aynı yönde bkz. İnci, “Objektif ...”, s. 18: “... organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin kabul edilebilmesi bakımından her somut olay için uygulanacak kesin ve sert kurallar belirlenemez. Her somut olayın özelliğine göre ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Alman uygulaması sorunu Federal Mahkeme içtihatlarıyla çözmüş görünmektedir.” Yine bu yönde bkz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 28; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 81; Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, ss. 305-306; Yenidünya/İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, s. 808: “*Örgüt yöneticisinin, örgüt üyeleri üzerindeki fiilî hâkimiyeti dolayısıyla, onları örgütün hiyerarşik yapısından kaynaklanan güçle bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanıyorsa 'dolaylı fail', bizzat suçu işliyorsay 'müstakil fail', işlenen suç üzerinde diğer faille birlikte ortak hâkimiyet kuruyorsa 'müşterek fail', örgüt üyelerini suça yönlendiriyorsa 'azmettiren/şerik', suçun işlenmesine maddî yahut manevî olarak katkı sağlıyorsa 'yardım eden/şerik' olarak sorumlu tutulması yerinde olurdu.*” Suç örgütü yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda “yardım eden” sayılamayacağı ve fiil üzerinde hâkimiyet kurmadığı takdirde her koşulda “azmettiren” sıfatıyla sorumlu tutulacağı yolundaki aksi görüş için bkz. Erdem, “Organize Yapı ...”, s. 12. Buna taban tabana zıt bir başka görüş için bkz. Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 29. Biz, faillik karinesi gibi, şeriklik karinesinin de objektif sorumluluk yaratacağını ve Anayasa m. 38/7'ye aykırılık oluşturacağını düşünüyoruz.

<sup>972</sup> Bu kabule imkân vermeyen aksi görüş için bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 22/02/2017, E. 2016/6411, K. 2017/1149: “*Suç işleme kararı örgütün kuruluşundan itibaren mevcut olmakla, azmettirme de söz konusu olmayacaktır.*” Karşılaştırma için bkz. **Yargıtay 6. CD**, T. 09/03/2017, E. 2015/7545, K. 2017/841: “*Suç örgütü yöneticisi bizzat veya bir başka örgüt mensubu ile müşterek fail olarak suç işlediğinde ya da bir örgüt mensubuna talimat vererek suç işlemeye azmettirerek örgüt yöneticisi olmanın sağladığı üstünlük nedeniyle azmettirici olmakla birlikte 'fail' sayılıp cezalandırılması gerektiğinde örgüt yöneticisi TCK'nin 37 ve belki de azmettirici TCK'nin 38. maddesine göre ceza alacaktır. Bu durumda TCK'nin 220/5. maddesinin uygulama alanı bulunmayacaktır. Çünkü bir suçtan iki defa ceza verilmesi mümkün değildir.*”

<sup>973</sup> **Yargıtay 6. CD**, T. 09/03/2017, E. 2015/7545, K. 2017/841: “... işlenen suç ve/veya suçların örgütün amaç ve faaliyetleri doğrultusunda ve/veya ... suç örgütünün gücünden ve imkânlarından yararlanarak mı işlendiği belirlenmelidir.” Aynı yönde bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, s. 100: “... münferit olaylarda örgüt lideri vasfını taşıyan kişinin olaya katkısının sadece araç-gereç tayini gibi daha sınırlı alanlarda gerçekleşmesi halinde 'yardım etme' gündeme gelecektir.”

özenle değerlendirilmesi, “organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik” kuramını açıklamada başvuru olan ölçütlerin bu değerlendirmede “failliğe kesin yahut adî karine sayılmamak kaydıyla” dikkate alınması, tüm olaylarda her tür faillik ve şeriklik modelinin ayrı ayrı değerlendirilmesi<sup>974</sup>, doğrudan failin iradesi üzerinde hâkimiyet söz konusu olmadıkça “örgüte hâkimiyet” olgusundan hareketle dolaylı faillik kurumunun işletilmemesi, bununla birlikte “fonksiyonel hâkimiyet”in varlığı hâlinde müşterek faillik olasılığının dikkate alınması, nihayet açıkça objektif sorumluluk öngören ve “yorum yoluyla<sup>975</sup>” AY m. 38/7’ye uydurulmaya çalışılan TCK m. 220/5 hükmünün ilga yahut iptâl edilmesi gerektiğini düşünüyoruz<sup>976</sup>.

### G. Hukuka Aykırı Emrin İfası Hâlinde Dolaylı Faillik

Yasa koyucu tarafından belli bir fiili gerçekleştirmekle yetkilendirilen yahut görevlendirilen bir kimsenin kanun dairesinde işlediği fiil “hukuka uygun” olacağından, böyle bir fiilin cezalandırılmasına da imkân bulunmamaktadır. Esasen “görevin ifası” başlığı altında incelenen bu hukuka uygunluk nedeni “hukuk

<sup>974</sup> Aynı yönde bkz. Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 692; Sarıtaş, s. 593; Yenidünya/İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, s. 808.

<sup>975</sup> Önok, s. 558: “... TCK m. 220/5’in mevcut hâli ... örgüt yöneticilerinin sorumluluğuna dair ... mutlak bir karine yaratmış gibi gözükmemektedir veya en azından bu yoruma olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte, hükmü Anayasa’ya uygun olarak yorumlamak cihetine gitmek gerektiği açıktır. ... m. 220/5 hükmünün ancak örgütsel hâkimiyete dair tezimde izah ettiğim prensipler dahilinde uygulanabileceği vurgulanmalıdır.”

<sup>976</sup> Normun yeniden düzenlenmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Yenidünya/İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, s. 808: “*Kanımızca, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yöneticinin sorumluluğu, işlenen suça katkısına göre belirlenmelidir. Bu itibarla yasal düzenlemenin yeniden ele alınması ve ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun hâle getirilmesi gerekmektedir.*” TCK m. 220/5’in ilga edilmesi ve organize hâkimiyet kuramının TCK m. 37’ye eklenecek yeni bir fıkra, daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Tulay, “... (TCK m. 220/5)”, ss. 101-102: “*Alman Ceza Hukukundaki mevcut durum açık şekilde Kanunilik ilkesi ile çelişmektedir. (...) İlgili fıkranın yürürlükten kaldırılması, anılan sıkıntıların çözümü olmayacağı gibi, atılan olumlu adımlardan geri dönmek anlamına gelecektir. (...) Roxin’in teorisi üzerinde yapılacak kanuni değişikliklerle birlikte, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının suç örgütü dışındaki yapılarda da uygulanmasının mümkün kılınması isabetli olacaktır. (...) organize hakimiyet kuramı, failliği düzenleyen temel madde olan TCK m. 37’de açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmelidir. (...) TCK m. 220/5’in yürürlükten kaldırılması gerekir. (...) Bu bağlamda Kanunkoyucu’ya önerimiz, TCK m. 37’ye yeni bir fıkranın eklenmesidir. İçerik olarak şöyle bir metin düşünülmesi isabetli olacaktır: ‘Kendi yokluğunda; ikame edilebilir şekilde eylemi gerçekleştirmeye hazır bulunan ve sınırlı olmayan şekilde cezai sorumluluk taşıyan başka kişileri, irade hakimiyeti tesis ederek ve verilecek emrin yerine getirileceğinden emin şekilde kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur.’” Bize göre, genel hükümler suç örgütü yöneticilerinin sorumluluk statülerinin saptanması bakımından yeterli olup bu konuda özel bir hükme ihtiyaç yoktur. Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 790. Bununla birlikte, TCK m. 220/5 hükmünün ilga yahut iptâlinde sonra, TCK m. 220/1 hükmüne “*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, suça iştirak etmemiş olan kurucu ve yöneticiler hakkında bu fıkra uyarınca verilecek ceza, üç katına kadar artırılır.*” şeklinde bir cümle ilâve edilerek “suç örgütü kurma ve yönetme suçu” bakımından neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir hâl yaratılabilir.*



düzeninin tekliği (kendisiyle çelişkiye düşmezliği)” ilkesinin doğal bir sonucu<sup>977</sup> olup “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklindeki TCK m. 24/1<sup>978</sup> hükmü fikrimizce gereksizdir.

Yerine getirilen görev kanundan kaynaklanabileceği gibi, yetkili merciin emrinden de kaynaklanabilir. “İdarî işlem” niteliği taşıyan ve “karineten hukuka uygun” olan emir “gerçekten hukuka uygun<sup>979,980</sup>” olabileceği gibi, “amaç, konu, şekil, yetki ve/veya neden yönünden hukuka aykırılık” da taşıyabilir<sup>981</sup>. Hukuka uygun emrin ifasında, amirin ve memurun eylemlerinin hukuka uygun olması ve dolaylı failliğe konu olabilecek bir suçun bulunmaması sebebiyle<sup>982</sup>, bu gibi durumlarda dolaylı faillikten söz etmek mümkün değildir. Gerçekten de, örneğin yetkili merci tarafından imhası emredilen uyuşturucu maddenin 2313 sayılı Kanun uyarınca imhası durumunda, amir yahut memurlar “mala zarar verme suçunun doğrudan, müşterek veya dolaylı faili” sayılamayacaktır.

Hukuka aykırı emirler ise, konularının suç teşkil edip etmemesine göre ikiye ayrılır. Türk ceza hukuku öğretisinde bir kısım yazar konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bağlayıcı emirleri -TCK m. 24’ün gerekçesi<sup>983</sup> ile CMK

<sup>977</sup> Koca/Üzülmez, s. 244; Toroslu/Toroslu, ss. 158-159.

<sup>978</sup> **TCK m. 24:** (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

<sup>979</sup> **TCK m. 24’ün gerekçesi, paragraf 1, cümle 2:** *Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır.*

<sup>980</sup> Hukuka uygun emrin yerine getirilmesini TCK m. 24/1 kapsamında ele alan bazı yazarlar için bkz. Koca/Üzülmez, s. 277. Hukuka uygun emirleri fikrimizce isabetli bir şekilde TCK m. 24/2 kapsamında ele alan bazı yazarlar için bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 310; Öztürk/Erdem, s. 208, kn. 364; Toroslu/Toroslu, s. 159; Zafer, s. 340. Yine bu yönde bkz. Muhammed Demirel, **Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 55: “... kanaatimizce TCK md.24/2 hükmü, hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı emirleri kapsar niteliktedir.”

<sup>981</sup> Öztürk/Erdem, s. 209, kn. 364.

<sup>982</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 322, kn. 356; Öztürk/Erdem, s. 208, kn. 364.

<sup>983</sup> **TCK m. 24’ün gerekçesi, paragraf 1, cümle 3 ve 6:** “(...)Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. (...) Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur.” Gerekçenin eleştirisi için bkz. Bilgehan Savaşçı Temiz, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, ss. 54-56: “24. maddenin gerekçesinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni olduğu belirtilmiştir. Ceza hukukunda sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilen, özelleşmiş, ayrı bir kurum bulunmamaktadır. (...) Yasama

m. 223/3-b<sup>984</sup> hükmüne dayanarak- memur yönünden “mazeret nedeni<sup>985</sup>” yahut “kusurluluğu kaldıran neden<sup>986</sup>” kabul etmektedir<sup>987</sup>. Ancak, anayasa koyucu, konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bir emre muhatap kalan memura, öncelikle amirine itiraz etmeyi, “emrin itiraz üzerine yazılı olarak yinelenmesi hâlinde ise” artık bağlayıcı saydığı bu emre uymayı emrettiğinden<sup>988</sup>; böylesi bir

---

*sorumsuzluğundan başka Türk hukukunda sorumsuzluk nedeni şeklinde nitelendirilebilecek bir kurum bulunmamaktadır. Sorumsuzluk nedenleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin kastedildiği ileri sürülebilse de Kanun’da ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler başlığı altında hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler bir arada düzenlenmiştir. Bunların hepsi kendine özgü özellikleri, şartları ve sonuçları olan farklı hukuki kurumlardır, hepsinin tek bir başlık altında toplanarak sorumsuzluk nedeni sayılması mümkün değildir. Bu bakımdan hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini suç teorisinde olmayan sorumsuzluk nedeni kavramıyla açıklamak kanımızca yerinde değildir.”*

<sup>984</sup> **CMK m. 223/3-b:** Sanık hakkında ... yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle ... işlenmesi ... hâllerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

<sup>985</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 412; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 2, Ankara, 2014, ss. 247; Serkan Meraklı, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 287. Yine bu yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 397: “... CMK’da yapılan değişiklikten önce, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği hâller arasında amirin emrine yer verilmemiş olması (m. 223/3), bu hâlin hâlâ bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğini düşündürmekteydi. 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanunla CMK m. 223/3 bent b’de yapılan değişiklikle kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek hâller arasına yüklenen suçun bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi de eklenmiştir. Böylece amirin emrinin hukuka uygunluk sebebi değil, mazeret sebebi olması sağlanmaya çalışılmıştır.” “Mazeret nedeni” kavramı hakkında bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 205, dpn. 2: “... mazeret nedeni kavramı, Türk Ceza Hukuku doktrininde daha önce bazı yazarlar tarafından farklı anlamlarda kullanılmış olsa da (...) özellikle 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğü sonrasında esasen Alman Ceza Hukuku’ndaki anlamında kusurluluk konusuyla bağlantılı olarak öne çıkmaya başlayan, nispeten yeni terimdir. Alman doktrinindeki hâkim görüşlerden hareketle ve TCK hükümleri de dikkate alınarak ... ifade etmek gerekirse (...) mazeret nedenleri beklenebilirliği önleyen veya çok zorlaştıran olağanüstü durumları ... ifade etmektedir. Burada ... kusurluluğun ve ... belli ölçüde kusurun mevcudiyetine rağmen, söz konusu kusur, sıradışı şartların oluşturduğu ve norma uygun davranmanın beklenebilirliğini devre dışı bırakan önemli bir motivasyon (güdülenme) baskısı ve bu şartlar altında işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azalması (çifte azalma) sebebiyle cezanın önleme amacıyla da ilişkili olarak cezaya liyakat sınırının altında kaldığı için kınamadan vazgeçilen, mazur görülen bir niceliktedir. Bu yönüyle mazeret nedenleri, kusurluluğu/kusuru engelleyen nedenlerden ayrılarak kusuru azaltan nedenlere yaklaşımakta, ancak haksızlığın azalmasına da dayandığı için onlardan farklılık arz etmektedir.” Alman ceza hukuku doktrininde, konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bağlayıcı emirleri ast açısından “mazeret nedeni” kabul eden bazı yazarlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 211, dpn. 14.

<sup>986</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 310; Koca/Üzülmüş, ss. 243-245, 277-280; Olgun Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, **TAAD**, Yıl: 3, Sayı: 10, Temmuz 2012, ss. 455-484; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 75; Zafer, s. 341.

<sup>987</sup> İtalyan ve Türk ceza hukuku öğretisinde “konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bağlayıcı emirlerin astın sorumluluğuna etkisi” hakkında ileri sürülen görüşler için sırasıyla bkz. Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, ss. 222-225, 225-246.

<sup>988</sup> Bu kurala AY m. 137/3 çerçevesinde istisna getiren örnek bir düzenleme için bkz. PVS m. 2/3.

emre muhatap kalan memurun gerçekleştirdiği davranışların AY m. 137/1<sup>989</sup> gereği “hukuka uygun” sayılması gerekmektedir<sup>990,991</sup>. Zira, yasa koyucu tarafından yerine getirilmesi emredilen bir emrin icrasının yine yasa koyucu tarafından yasaklandığı (hukuka aykırı sayıldığı) ileri sürülemez<sup>992</sup>. Dolayısıyla, konusu suç oluşturmamakla birlikte hukuka aykırı olan bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi durumunda, memurca işlenen fiil “hukuka aykırı” olmayacağından, iştirake esas teşkil edebilecek bir haksızlığın varlığından ve suça iştiraktan de söz edilemeyecektir.

Bu noktada, TCK m. 24/2 ile CMK m. 223/3-b’nin ve bu hükümlerin memurun sorumluluğuna etkisi bakımından sürdürülen tartışmaların ceza hukuku bakımından ne anlama geldiği sorusu akla gelebilir. Biz, konusu suç teşkil etmeyen emirlerin

<sup>989</sup> **AY m. 137:** (1) Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. (2) Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (3) Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hâllerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

<sup>990</sup> Aynı yönde bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, ss. 214-216; İçel, Kayıhan / Füsün Sokullu Akıncı / İzzet Özgenç / Adem Sözüer / S. Fatih Mahmutoglu / Yener Ünver, **Suç Teorisi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000, s. 123; Savaşçı Temiz, **Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, s. 7, 53; Yağmur Müge Akman, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, ss. 212-213. Alman ceza hukuku doktrinde, bu türden emirleri ast açısından “hukuka uygunluk nedeni” kabul eden bazı yazarlar için bkz. Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s. 211, dpn. 13. Aksi görüş için bkz. Demirel, **Amirin Emrini**, s. 31, dpn. 53: “... hukuka aykırı emrin yazılı olarak yenilenmesi gerektiği şartının mevzuat tarafından konulmasındaki temel amacın, emir vereni hukuka aykırı emir vermekten alıkoymak olduğunu belirtebiliriz. Zira emir verenin söz konusu hukuka aykırı emrini emri alanın uyarısı üzerine yazılı olarak yenilemesi ve söz konusu emrin yerine getirilmesi halinde ortaya çıkan fiil, hukuka uygun hale gelmeyip yalnızca emri yerine getireni sorumluluktan kurtarır niteliktedir.”

<sup>991</sup> Katılmadığımız bir görüş için bkz. Demirel, **Amirin Emrini**, s. 61: “Şayet hukuka aykırı, bağlayıcı emir üzerine işlenen fiilin bakımından söz konusu emrin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmiş ve kişi hakkında beraat kararı verilmiş olsaydı, bu durumda söz konusu fiil hukuka uygun hâle gelecek ve emri veren hakkında da ... herhangi bir yaptırıma hükmedilemeyecekti.” Evvelce belirttiğimiz gibi, hukuka uygun fiiller bağlilik kuralı uyarınca iştirake elverişli değilse de, iradesine hâkim olunan bir kimsenin hukuka uygun davranışları pekâlâ dolaylı faillige esas teşkil edebilir.

<sup>992</sup> Aynı yönde bkz. Akman, ss. 212-213: “Hukuka aykırı bağlayıcı emir söz konusu olduğunda, bir yanda astın hukuka aykırı davranmama, bir yanda da emre itaat etme yükümlülüğü çatışmaktadır. Devlet faaliyetlerinin yerine getirilmesi ve hiyerarşik düzenin korunması bakımından kimi zaman amire itaat yükümlülüğü hukuk düzenine itaat yükümlülüğünün üzerinde tutulmuştur. Memurun, amirinin verdiği hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi esasında yasak iken, bu hukuka aykırılığın amire bildirilmesi ve amirin de emri yazı ile yenilemesi halinde, emrin yerine getirilmesi konusunda gerek Anayasa gerekse PVSİ ve DMK tarafından, memura bir yetki ve görev verildiği görülür. Böylece kanunda yer alan ve yasak olan bir fiil, yine kanun tarafından belirli koşullar dâhilinde emredilmiş olur. Bir fiil hem hukuk düzeni tarafından emredilip hem de yasaklanamayacağı için, memurun, suç teşkil etmeyen bağlayıcı hukuka aykırı emri yerine getirmesi halinde bir hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkacaktır.”

ceza hukuku ile bir ilgisinin bulunmadığı yolundaki görüşe<sup>993</sup> genel olarak katılmakla birlikte, anılan hükümler üzerinden yürütülen tartışmaların amirin ve memurun “görevi kötüye kullanma” (TCK m. 257) suçuna ilişkin sorumluluğunun tespiti bakımından önem arz ettiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce, her ne kadar anayasa koyucu “konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bir emre muhatap kalan memurun gerçekleştirdiği davranışların ‘hukuka uygun’ sayılması” yönündeki iradesini 6771 sayılı Kanun ile değişik AY m. 137/1 hükmüyle ikinci defa ortaya koymuş ise de, aksi görüşlerin dayanağını oluşturan CMK m. 223/3-b hükmü “sonraki üst norm (*lex posterior-superior*)” niteliğindeki AY m. 137/1 hükmüne aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesince iptâl edilene dek<sup>994</sup>, emri yerine getiren ve “suçsuz” olan (kusurlu veya kusursuz herhangi bir haksızlığın faili olmayan) memur hakkında “beraat” değil, “ceza verilmesine yer olmadığına” (CMK m. 223/3-b) karar verilecektir<sup>995</sup>. Buna göre, konusu suç teşkil etmeyen ve itiraz üzerine yazılı olarak yinelenmekle “bağlayıcı” hâle gelen emri AY m. 137/1 ve TCK m. 24/2 uyarınca yerine getiren memurun gerçekleştirdiği davranış “hukuka uygun” ise de, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu memurun hukuka uygun davranışlarını araçlaştırarak “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan” amir görevi kötüye kullanma suçunun “aynı

<sup>993</sup> Demirel, **Amirin Emrini**, s. 65, 128; Meraklı, “Mazeret ...”, s. 289.

<sup>994</sup> Kemâl Gözler, **Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Ekim 2006, s. 226: “Eğer bir kanunun Anayasa ile çatıştığı düşünülüyorsa, bu sorunun çözümü için bizzat Anayasa başlıca iki yol öngörmüştür. Birincisine soyut norm denetimi (iptâl davası) denir. (...) Anayasa ile kanun arasında çatışma gidermenin ikinci yolu somut norm denetimidir (itiraz yolu). (...) Anayasa ile kanun arasında çatışma olup olmadığına karar vermek konusunda sadece bir makam yetkilidir: Anayasa Mahkemesi. (...) herkes kendisine uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasayla çatıştığını ve dolayısıyla kanun hükmünün değil, *lex superior* olan Anayasa hükmünün kendisine uygulanması gerektiğini düşünebilir. Ancak bu sadece onun bir kişisel görüşüdür. Hukuk âleminde hiçbir sonuç doğurmaz. (...) Anayasa Mahkemesi tarafından iptâl edilmemiş her kanunun Anayasaya uygun olduğu varsayılır.” Anayasa ile kanun arasındaki çatışmanın “*lex posterior derogat legi priori*” ilkesine göre de çözümlenemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Gözler, s. 227.

<sup>995</sup> CMK m. 223/3-b hükmünün “suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bağlayıcı emrin memur yönünden hukuka uygunluk nedeni sayılmasına ve memur hakkında beraat kararı verilmesine engel oluşturmayaacağı” yolundaki görüş için bkz. Savaşçı Temiz, **Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, s. 58: “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi ve fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceğinin düzenlenmesi kanımızca yerinde değildir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir, Ceza Muhakemesi Kanununda kurumun kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi maddî ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurmaz. Hukuka aykırı bağlayıcı emri yerine getiren fail hakkında verilecek karar beraat olmalıdır.”

zamanda<sup>996</sup>, dolaylı faili hâline gelecek<sup>997</sup>; suçsuz<sup>998</sup> olan ve -de lege lata beraati gereken- memur hakkında ise “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilecektir.

Konusu suç teşkil eden emirlerin icrasına gelince; AY m. 137/2, AsCK ek m. 8/1<sup>999</sup>, TCK m. 5<sup>1000</sup> ve 24/3 hükümleri uyarınca, konusu suç teşkil eden emirler “askerî hizmete ilişkin dahi olsa<sup>1001,1002</sup>” hiçbir şekilde bağlayıcı sayılamayacağından<sup>1003,1004</sup>, böyle bir emri yerine getiren kişinin “hukuka aykırı” ve

<sup>996</sup> Burada “aynı zamanda” ibaresine yer vermemizin sebebi, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan amirin bu suçun aynı zamanda doğrudan faili olmasıdır.

<sup>997</sup> Savaşçı Temiz, **Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, s. 57: “*Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde (...) amirin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olmuşsa veya kişilere haksız bir kazanç sağlanmış ise görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken, emri veren amirin suçun azmettiricisi değil, faili olduğudur.*” Burada yazar isabetli bir şekilde amirin “azmettiren” olmadığını belirtmekte; ancak failiğin türüne ilişkin bir açıklamaya yer vermemektedir. Bu gibi hâllerde “azmettirme”nin gündeme geleceği yolundaki görüş için bkz. Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 458.

<sup>998</sup> Savaşçı Temiz, **Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, s. 57: “*Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde memurun emri yerine getirme fiili ... görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz.*”

<sup>999</sup> **AsCK ek m. 8/1**: “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer’î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.” Bu hükmün AsCK m. 41’e etkisi hakkında bkz. Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 475: “... AsCK’nın 41’inci maddesi, AsCK ek madde 8 ile yürürlükten kaldırıldığından dolayı, TCK’nın 24’üncü maddesinin 2-4’üncü fıkraları askerî personel için de uygulama alanı bulacaktır.”

<sup>1000</sup> **TCK m. 5**: Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.

<sup>1001</sup> Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 475: “*Askerî mevzuatta, konusu suç teşkil eden emirde emri yerine getirenin sorumluluğu AsCK mülga m. 41’de düzenlenmekteydi. İlgili hüküm ‘amirin emrinin adli ve askerî bir suç maksadı ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum’ ise demek suretiyle, emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilinmesini aramıştır. Sübjektif kıstasa itibar eden söz konusu hüküm öğretide eleştirilmiş ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeye paralel olarak objektif kıstasın benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere artık söz konusu hüküm yürürlükte değildir ve TCK m. 24/3 askerî mevzuata tabi personel için de uygulanacaktır.*” Aynı yönde bkz. Önok, ss. 302-303: “... TCK m. 24/4’e giren durumlarda, Askerî CK m. 41/3-b’nin yürürlükte olduğu dönemlerde ... emri yerine getiren kişinin başka türlü davranma olanağı olmadığından, verilen emir ile iradeye ve fiile hâkimiyet gerçekleşmiş sayılarak emri veren kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilirdi. (...) Fakat ... yeni TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ... As. CK m. 41’in uygulanma olanağı kalmamıştır. Bu durumda, konusu suç teşkil eden emir bakımından da, TCK m. 24/3’teki genel hüküm uygulanacaktır.” Yine bu yönde bkz. Demirel, **Amirin Emrini**, s. 70, 80; Öztürk/Erdem, s. 210, kn. 369; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 76.

<sup>1002</sup> Konusu suç teşkil eden “askerî hizmete ilişkin” emrin ifası hâlinde, astın AsCK m. 41/2 uyarınca mutlak itaate mecbur olduğunu ve bu nedenle eyleminin kusurlu sayılamayacağını kabul eden bazı yazarlar için bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 404; Koca/Üzülmez, ss. 279-280; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, ss. 414-414; Zafer, ss. 341-342.

<sup>1003</sup> Kanaatimizce, AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4 yalnızca “konusu suç teşkil etmeyen emirler” yönünden dikkate alınmalı; bu hükümler -AY m. 137/2 ile TCK m. 24/3’te getirilen kuralın değil- AY

“kural olarak<sup>1005</sup> kusurlu” olan eylemi “suç” teşkil edecek ve kastın tespiti hâlinde iştirake esas alınabilecektir<sup>1006</sup>. (TCK m. 40/1) Örneğin, Z’nin otomobilini yasak bir yere park ettiği, bunu gören kolluk amirinin (A’nın) memuruna (M’ye) bu otomobili çizmeyi emrettiği ve M’nin de bu emri yerine getirdiği olayda, M mala zarar verme suçunun doğrudan failiyken, A aynı suçun azmettirenini olarak cezalandırılacak; K’nin tipik fiilin icrası üzerinde M ile birlikte fonksiyonel hâkimiyet kurduğu (örneğin M ile birlikte otomobili çizdiği) hâllerde ise her ikisi birden müşterek fail kabul edilecektir.

Öte yandan, memurundan konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirmesini talep eden amirin memurun iradesi üzerinde bir şekilde hâkimiyet kurmuş olması muhtemeldir<sup>1007</sup>. Bu gibi durumlarda, amir her hâlde “dolaylı fail” kabul edilirken, memur “kusurlu veya kusursuz bir haksızlığın faili” olabilecek, hattâ tümüyle “suçsuz” bulunabilecektir. Örneğin, trafik kurallarını ihlâl edenlerden rüşvet alan memurunu (M’yi) şantajla (kendisini ihbar etmekle) korkutarak uyuşturucu kuryeliği yapmaya zorlayan kolluk amiri (A) “TCK m. 188/3’te düzenlenen suçun dolaylı

---

m. 137/1’de öngörülen “emrin yazılı olarak yinelenmesi” gerekliliğinin istisnası kabul edilmelidir. Buna göre, söz gelimi PVSK m. 2/3’te sayılan hâllerde dahi, memur, amirin konusu suç teşkil eden emrini yerine getiremeyecektir. Aynı yönde bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 333, kn. 372; Hafızogulları/Özen, **Genel Hükümler**, ss. 216-217; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 403; Öztürk/Erdem, s. 210, kn. 369. Kesinlikle katılmadığımız bir görüş için bkz. Özen, **Genel Hükümler**, s. 474: “Emri veren, emri yerine getireni dolaylı fail olarak kullanmak isteyebilir. Bu gibi durumlarda, emri yerine getirenin verilen emrin hukuka aykırı olduğunu, ancak, yazı ile yinelenmediği takdirde yerine getirebileceğini bildirerek sorumluluktan kurtulabilir. Bu durumda, emri veren doğrudan fail olacaktır.”

<sup>1004</sup> Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 469: “137’nci maddenin son fıkrasında kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir. Kanunla gösterilen istisnaların ‘askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hâllerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması’ amaçlarına yönelik olması gereklidir. Kanun koyucuya verilen istisna getirme yetkisi sadece birinci fıkraya yöneliktir. Her ne kadar istisna getirme yetkisi üçüncü fıkra düzenlense ve ilk bakışta kanun yapma tekniği açısından bir ve ikinci fıkralarda düzenlenen kaidelere istisna getirme yetkisinin verildiği anlaşılabirirse de, ikinci fıkra yer alan ‘hiçbir suretle’ ifadesi, üçüncü fıkra yer alan istisna getirme yetkisinin sadece birinci fıkra yer alan kurala yönelik olduğu sonucuna varmamıza neden olmaktadır.”

<sup>1005</sup> Örneğin, memurun “konusu suç teşkil eden emri ifaya cebredilmesi sebebiyle” kınanamadığı hâller, bu kuralın istisnalarından birini oluşturmaktadır.

<sup>1006</sup> Bu gibi durumlarda, sadece memur fiil üzerinde hâkim ise şeriklikten, amir ile memurun fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyeti mevcutsa müşterek faillikten, memurun iradesi üzerinde -örneğin cebren yahut hileyle- hâkimiyet kurulmuş ise dolaylı faillikten söz edilecektir.

<sup>1007</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 403. Yine bkz. Önok, s. 302: “... TCK m. 24/3’e giren durumlarda zaten emri yerine getirme yükümlülüğü olmadığı, bilakis, bunun aksini yapmak gerektiği için, emrin verilmesi iradeye hâkimiyet kurulduğunu söylemek için yeterli değildir; konusu suç teşkil eden emri yerine getirmek, kural olarak, iradî bir davranıştır. Bu bakımdan, emri veren açısından azmettirme söz konusudur. Bunun istisnası, emri veren kişinin emrin hukuka uygunluğu konusunda astı kandırması veya ikna etmiş olması gibi, onun iradesi tahakküm ettiği durumlardır.”

faili” hâline gelirken<sup>1008</sup>, boyun eğmemesi gereken bu cebre boyun eğerek kusurlu bir haksızlık gerçekleştiren M “aynı suçun doğrudan faili” olarak cezalandırılacaktır. Cebrin TCK m. 28 kapsamında kaldığı, söz gelimi M’nin ölümle tehdit edildiği hâllerde ise, M kusursuz haksızlığın doğrudan faili olacak, A ise yine “fail -fakat bu defa sorumsuz fail- arkasındaki dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır<sup>1009</sup>. Nihayet, M’nin A tarafından suçun maddî konusunda hataya düşürüldüğü (örneğin A tarafından belirlenen kişilere teslim ettiği kutuların içerisinde uyuşturucu değil, resmî evrak olduğuna inandırıldığı) durumlarda ise, M anılan suçun taksirle işlenememesi sebebiyle “suçsuz” kabul edilirken, A yine “dolaylı fail” addedilecektir. Fakat bu son olasılıkta, M herhangi bir suçun aktif süjesi olmadığından, A bakımından “fail arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilemeyecektir.

#### **H. Bir Kimsenin Tipe Uygun Olmayan Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik**

TCK m. 40/1’de sınırlı bağıllık kuralını benimseyen yasa koyucunun iştirak için “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlenmiş tipik bir fiilin varlığını zorunlu kabul etmiş olması sebebiyle, tipe uygun olmayan bir eylemin işlenişine nedensel katkı sağlayan kişiler iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu tutulamamaktadır<sup>1010</sup>. Gerçekten de, tipikliğin söz konusu olmadığı yerde “suç”tan ve dolayısıyla “suça iştirak”ten bahsetmek mümkün değildir. Buna göre, örneğin, A’nın B’yi “kendisine (B’ye) ait” bir malı tahrip etmeye yönlendirdiği olayda, A, söz konusu fiilin tipe uygun olmaması sebebiyle “mala zarar verme suçunun şeriki” olarak sorumlu tutulamayacaktır<sup>1011</sup>. Bu nedenledir ki, yasa koyucu, iştirak kuralları çerçevesinde cezalandırılmayan “intihara azmettirme”, “intihara teşvik”, “intihar kararını kuvvetlendirme”, “intihara yardım” ve “intihara alenen teşvik” fiillerini TCK m.

<sup>1008</sup> Amirin dolaylı fail kabul edilebilmesi için, memura uygulanan cebrin TCK m. 28’de tarif edilen boyutta olması zorunlu değildir. Buna göre, bir kimseyi (K’yi) terör örgütü üyesi olduğu şüphesiyle yakalayan erin (E’nin) amiri (A) tarafından bu kimseyi “meşru savunma görüntüsü altında” öldürmeye zorlandığı olayda, A’nın “işkence” tehdidine TCK m. 24/3 ve 28 hükümlerine rağmen boyun eğen E “işlediği kusurlu haksızlığın doğrudan faili” kabul edilirken, A aynı suçun dolaylı faili olarak cezalandırılacaktır. Bu görüşü *de lege feranda* benimseyip *de lege lata* reddeden görüş için bkz. Önok, s. 303.

<sup>1009</sup> Aynı şekilde, memurun kaçınılmaz olarak düştüğü veya düşürüldüğü haksızlık hatasından yararlanan amir de “sorumsuz doğrudan failin arkasındaki dolaylı fail” olarak cezalandırılacaktır.

<sup>1010</sup> Canpolat, ss. 250-251.

<sup>1011</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 829, kn. 973: “... kişinin kendi malını bizzat imha etmesi suç teşkil etmediğine göre, yalnız hukuka aykırılık değil, tipe uygunluk da yoktur.”

84/1-3'te özel olarak düzenlemiş; bireylerin hayat varlığını ihlâl eden (tehlikeye sokan yahut zarara uğratan) bu fiilleri “suç” hâline getirmiştir<sup>1012</sup>.

Önceden de ifade edildiği gibi, “birlikte suç işleme kararı”nın icrasına katkı niteliğindeki “tipik veya tipik olmayan<sup>1013</sup>” davranışlarıyla tipik fiilin gerçekleşmesinde önemli<sup>1014</sup>-etkili<sup>1015</sup> birer işlev yerine getirerek fiil üzerindeki hâkimiyeti birbirleriyle paylaşan<sup>1016</sup> kişilerin her biri “müşterek fail (coautore)” kabul edilmektedir<sup>1017</sup>. “Eş değer sorumluluk” ilkesine dayanan<sup>1018</sup> bu faillik şekli tipik fiilin “birlikte suç işleme kararına dayanan iradî bir iş birliği” ile işlenmesini gerektirdiğinden<sup>1019</sup>, B'nin tipe uygun olmayan fiili üzerinde B ile birlikte fonksiyonel hâkimiyet kuran A'nın “müşterek fail” sıfatıyla sorumlu tutulması da olanak dışıdır. Zira, B suç işlememekte ve bu nedenle “A ile B'nin birlikte suç işleme kararına dayanan iradî bir iş birliği”nden söz edilememektedir.

Bu itibarla, bir kimsenin bir başkasının tipe uygun olmayan fiilinin işlenişinde rol aldığı durumlarda, şartları mevcut ise, yalnızca doğrudan veya dolaylı faillik söz konusu olabilecektir<sup>1020</sup>. Doğrudan faillikle başlamak gerekirse; örneğin, evinin önündeki kulübeyi yıkmaya karar veren komşusunun (B'nin) işini hızlandırmak için bir balyoz alıp B'nin de rızası ile yıkım faaliyetine katılan A, “mala zarar verme suçunun müşterek faili” sayılamayacağı gibi, “mala zarar verme suçunun doğrudan

<sup>1012</sup> Bu suçlar hakkında bkz. Özyüksel, s. 32 vd.

<sup>1013</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 120: “Kanundaki suçun tipinde öngörülen hareketlerden olmasa da, suçun işlenmesi açısından tipik icra hareketleri kadar önemli, etkili olup da bu tipik icra hareketleriyle aynı sırada (zamanda) yapılan hareketler, fiil üzerinde hakimiyet gerçekleştirebilir.”

<sup>1014</sup> Koca/Üzülmez, s. 393: “Müşterek hâkimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde, suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri roller, suçun icrasına bulunulan katkının arz ettiği önem ve zaruret göz önünde bulundurulmaktadır.”

<sup>1015</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 261: “Her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin müessir, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır. Öyle ki; bu katkı, suç planının başarıya ulaşması açısından önem arz etmektedir.”

<sup>1016</sup> Özgenç, **Faillik**, s. 263: “Müşterek failler, suç teşkil eden haksızlık vakiasının bütünü üzerinde müşterek bir hâkimiyet kurmaktadır. Bu itibarla, bunlardan her birisinin suçun genel oluşumu üzerinde müstakil bir hâkimiyet kurduğundan bahsedilemez. Suçun işlenişinde kısmî bir hâkimiyet kurulmayıp; bu vakianın bütünü üzerinde müşterek failler, ortak katılımlarıyla müşterek bir hâkimiyet tesis etmektedirler.” (Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 291; Welzel, “Studien ...”, s. 549; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 277.)

<sup>1017</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 116, 120.

<sup>1018</sup> Kindhäuser, § 25, kn. 44'ten aktaran Koca/Üzülmez, s. 392.

<sup>1019</sup> Haft, s. 203'ten aktaran Koca/Üzülmez, s. 392; Özgenç, **Faillik**, s. 261.

<sup>1020</sup> Yıldız, **Seminer Notları**, s. 119.



faili” de sayılamayacaktır. Zira, B’nin (ilgilinin) “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rıza” (TCK m. 26/2), A’nın tipik fiilini hukuka uygun kılmaktadır. Aynı şekilde, ilgilinin rızasının tipikliği ortadan kaldırdığı hâllerde de, suçtan söz edilemeyecektir<sup>1021</sup>. Buna karşılık, kendisini cezalandırmak amacıyla bir uzvunu kesmeye karar veren B’nin bunu tek başına yapmaya cesaret edemediği ve kendisi açısından tipe uygun olmayan bu eylemi A ile birlikte icra ettiği olayda, A, B’nin rızasının hukukî geçersiz<sup>1022</sup> olması sebebiyle “kasten yaralama suçunun doğrudan faili” sayılacaktır<sup>1023</sup>.

Bir kimsenin tipe uygun olmayan davranışlarının suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillığe gelince; öncelikle, bunun için, o kimsenin iradesi ve davranışları üzerinde hâkimiyet kurulması zorunludur. Arka plândaki kişi tipe uygun olmayan davranışları gerçekleştiren ön plândaki şahsın iradesi üzerinde cebren hâkimiyet kurabileceği gibi, bu hâkimiyeti başka yollardan (örneğin hatadan yahut kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla) da elde edebilir. İkinci olarak, bu gibi durumlarda arka plândaki kişinin “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, irade hâkimiyeti sebebiyle “arka plândaki kişinin eseri” olarak ortaya çıkan fiilin “bizzat arka plândaki kişi tarafından işlendiğinde tipe uygun sayılacak bir fiil” olması şarttır. Gerçekten de, örneğin, bir başkasını şarkı söylemeye zorlayan kişinin, başvurduğu maddî ve/veya manevî cebirden ötürü cezalandırılması mümkün ise de, “şarkı söylemek suçunun dolaylı faili” sayılamayacağı ortadadır.

Bir kimsenin tipe uygun olmayan davranışlarının suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillik, genellikle “mağdurun davranışlarının suça vasıta kılınması” şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>1024</sup>. Örneğin, B’yi intihara<sup>1025</sup> (TCK m. 84/4<sup>1026</sup>), kendini tahkir

<sup>1021</sup> “Hukuka aykırılığı kaldıran rıza-tipikliği kaldıran rıza” ayrımı hakkında bkz. Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2012, ss. 70-77; Hakeri, **Genel Hükümler**, ss. 360-361. Örneğin, B’nin eski ev eşyasını A’ya bağışladığı ve ikisinin bağışlamaya konu eşyayı birlikte A’nın evine taşıdığı olayda, B’nin rızası, A’nın eyleminin hırsızlık suçu bakımından “tipik” sayılmasına engeldir.

<sup>1022</sup> **Yargıtay CGK**, T. 01/02/2005, E. 2004/9-213, K. 2005/3: “*Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyeteye bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re’sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir.*”

<sup>1023</sup> Keza, kendini boynundan asan bir kimseyi bacaklarından aşağı doğru çeken kişi de, kasten öldürme suçunun şeriki yahut müşterek faili değil, doğrudan faili sayılacaktır.

<sup>1024</sup> Bu gibi hâllerde “davranışları suça vasıta kılınan şahıs” aynı zamanda “işlenen suçun mağduru” olduğundan, dolaylı faillik ilişkisindeki kişi sayısı ikiye inmektedir.

edip yaralamaya<sup>1027</sup> veya failin bedeni üzerinde birtakım cinsel davranışlar gerçekleştirmeye<sup>1028</sup> zorlayan, hataya düşen/düşürülen C'ye kendi malını tahrip ettiren<sup>1029</sup> (TCK m. 151-152) veya kendini öldürten<sup>1030</sup>, kusur yeteneğinden yoksun bulunan D'yi intihara (TCK m. 84/4<sup>1031</sup>) veya kendi vajinasına cisim sokmaya<sup>1032,1033,1034</sup> sevk eden A'nın durumu böyledir<sup>1035</sup>. Ancak, ön plândaki şahsın

<sup>1025</sup> Reed/Bohlander, s. 456. Ayrıca bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 205: “Bu ihtimale ilişkin tipik örneği Alman ceza hukuku doktrinde ‘Hildegard Höfeld Olayı’ diye anılan olay teşkil etmektedir. Bu olayda, anne ve babası, henüz 15 yaşına girmemiş kızları Hildegard’ı dayak ve tehdit tatbik ederek köprüden kendisini atmaya ve böylece intihar etmeye zorlamışlardır. Diğer bir örneği ise, bir kasabın çırağına zorla bir parça temizlenmemiş bağırsağı yedirmesi olayı teşkil etmektedir. Bu olaylarda (...) cebir veya tehdit, arka plândaki şahsa fiil üzerinde hâkimiyet tedarik etmektedir. Yine arka plândaki şahsın ... çocuğa karşı terbiye, gözetim yükümlülüğünü ihlâl etmektedir. Ayrıca, yaş küçüğü olan mağdurun işlediği fiilin ahlâkî ve sosyal değerler itibarıyla ifade ettiği anlamı idrakten yoksun oluşu, onu intihar etmeye sevk eden şahsın fiil üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlamaktadır.”

<sup>1026</sup> TCK m. 84/4 hükmüyle kasten öldürmeden ayrı ve bağımsız bir suç tipinin yaratıldığı ve bu hüküm yönünden dolaylı faillik kurumunun işletilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Sınar, “İntihara Yönlendirme Suçu”, s. 643; Sınar, **İntihara Yönlendirme**, s. 85

<sup>1027</sup> Topçu, s. 115, 361. 2017 yılında, İzmir’de, ölümle tehdit edilen bir kimsenin “Şerefsizlik yaptım, ben aşağılık bir adamım!” şeklindeki sözleri tekrarlamaya ve eline tutuşturulan tabancayla kendisini bacağından yaralamaya zorlandığı olay hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.cumhuriyet.com.tr/video/video/838482/Etek\\_giydirip\\_kendini\\_bacagindan\\_vurdurdular.ht](http://www.cumhuriyet.com.tr/video/video/838482/Etek_giydirip_kendini_bacagindan_vurdurdular.ht) ml (Erişim tarihi: 11/08/2019)

<sup>1028</sup> Pınar Memiş Kartal, **Cinsel Saldırı**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar -1-), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 486.

<sup>1029</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 829, kn. 973: “... kişinin kendi malını bizzat imha etmesi suç teşkil etmediğine göre, yalnız hukuka aykırılık değil, tipe uygunluk da yoktur.”

<sup>1030</sup> Kişinin kendisini öldürmeye hileyle sevk edilmesine ilginç bir örnek teşkil eden “Sirius olayı” için bkz. Bohlander, ss. 157-158; Önok, ss. 269-270.

<sup>1031</sup> Yasa koyucu, hayat varlığının değerler hiyerarşisindeki konumunu dikkate alarak “intihara sevk” meselesini TCK m. 84/4’te ayrıca düzenlemişse de, kusur yeteneğinden yoksun bir kimseyi intihara sevk eden kişinin cezalandırılabilmesi için TCK m. 37/2 ve 81-82 hükümleri yeterlidir. Dolayısıyla, örneğin, piromaniden mustarip bir kimseyi kendi malını yakmaya sevk eden kişi de, TCK m. 37/2 ve 151-152 hükümleri uyarınca, “mala zarar verme suçunun dolaylı faili” kabul edilerek cezalandırılabilecektir.

<sup>1032</sup> **Yargıtay 14. CD**, T. 04/11/2015, E. 2014/7586, K. 2015/10154: “Mağdurenin aşamalarındaki samimi anlatımları, savunma ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı cevabı yazısı nazara alındığında, sanığın olay günü kullandığı cep telefonundan ailesiyle birlikte yaşayan on yaşındaki mağdureyi ev telefonundan aralıklarla iki kez arayıp verdiği talimatlar doğrultusunda mağdurenin soyunarak eline aldığı salatalığı bacaklarının arasına sokmasını sağladığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan cezalandırılması yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi Kanuna aykırı ... görüldüğünden, hükmün ... **BOZULMASINA** ...” Cinsel saldırıya uğrayan bir kimsenin kendi vücuduna cisim sokmaya zorlanması durumunda, cebre başvuran kişinin “nitelikli cinsel saldırı suçunun dolaylı faili” kabul edileceği yolundaki isabetli görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, ss. 349-350: “... organ veya cismin mağduru vücuduna sokmak için üçüncü bir kişi veya bizatihi mağdurun araç olarak kullanıldığı durumlarda da nitelikli hâl gerçekleşmiş olur. (...) mağdurun kendi kendine cisim sokmaya zorlanması durumunda ... dolaylı faillik yoluyla m. 102/2’deki suçun oluştuğu söylenebilir. Bununla birlikte, ortaya çıkan bu duraksamayı gidermek için TCK m. 102/2’de ‘vücuda organ ya da cisim sokmak veya sokturmak’ biçiminde bir değişikliğe gidilmesi yararlı olacaktır.”

<sup>1033</sup> Mağdurun failin vücuduna organ veya sair bir cisim sokmaya zorlanması durumunda ise, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmadığından, fail, kanunilik ilkesi gereği, nitelikli cinsel saldırı yahut istismar suçlarından sorumlu tutulamayacaktır. Aynı yönde bkz. **Yargıtay 5. CD**,

davranışının tipe uygun düşmemesi, tipikliğin herhangi bir maddî ve/veya manevî unsurunun eksikliğinden kaynaklanabilir. Buna göre, fail “tipikliğin maddî (objektif) unsurları” arasında yer aldığından<sup>1036</sup>; özel faillik niteliklerini taşıyan A’nın, bu nitelikleri taşımayan B’yi kendisi bakımından “gerçek özgü suç” teşkil eden ve fakat B bakımından tipe uygunluk arz etmeyen bir fiili işlemeye zorladığı hâlleri de bu başlık altında örnek olarak vermek mümkündür. Keza, tipikliğin manevî (sübjektif) unsurlarının noksan olduğu, örneğin, A’nın hataya düşürerek kastını ortadan kaldırdığı B’ye taksirle işlenemeyen bir suçu işlettiği olayda da “tipe uygun olmayan davranışların suça vasıta kılınması yoluyla dolaylı faillik” söz konusu olacaktır.

T. 03/05/2010, E. 2009/14703, K. 2010/3231: “Suçun mağduru Mesut’a organ sokulmadığı ve mağdurun reşit sanığa rızasıyla organ sokmasının suç oluşturmadığı nazara alındığında, dolaylı fail veya azmettiren olarak sorumlu tutulamayacak olan sanığın mağdura yönelik tamamlanan eylemlerinin basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu hâlde, nitelikli cinsel istismar suçundan hüküm kurulması ... Kanun’a aykırıdır.” (Aktaran: Tezcan/Erdem/Önok, s. 350, dpn. 158.) TCK m. 103/2 bakımından aynı yönde bkz. **Yargıtay 14. CD**, T. 02/03/2015, E. 2013/6245, K. 2015/2305: “... sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağdurun kucağına oturduğunda mağdurun cinsel organının sanığın poposuna girmesi ... biçiminde gerçekleşen olayda; ... Adli Tıp Kurumu ... raporunda, mağdurda ... akıl zayıflığı saptandığı, ... olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, ..., eylem, 5237 sayılı TCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanunî tanımında ‘vücuda organ veya sair cisim sokulması’ şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirmediğinden ... çocuğun vücutuna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmadığı, dolaylı fail durumunda olan sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmediği, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştükleri, ... bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücutuna organ sokturması biçimindeki eyleminin ... çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, bu haliyle; eylemin ... reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden ... sanık hakkında ... çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, Kanuna aykırı ... görülmüş olduğundan, hükmün ... **BOZULMASINA** ...” Aksi yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 350: “Failin bir başkasını, kendisine organ veya cisim sokmaya zorlaması (örneğin, fail kadının mağdur erkeği vajinasına penis sokmak zorunda bırakması) durumunda, dolaylı faillik yoluyla nitelikli cinsel saldırı suçu oluşabilir.”

<sup>1034</sup> Cinsel suçların “bizzat işlenmesi gereken suçlar”dan olduğu ve bu nedenle dolaylı failliğe elverişli olmadığı yolundaki görüş için bkz. Battaglini, s. 449’dan aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 826, kn. 971: “... nitelikli cinsel saldırı suçları ... vasıtalı olarak işlenmesi imkânsız olan suçlardır. Bir akıl hastasını nitelikli cinsel saldırıya yönelten kimseyi nitelikli cinsel saldırının dolayısıyla faili saymak gülünç olur. Şu hâlde, şahsen işlenebilecek suçlarda dolayısıyla faillikten yararlanmaya imkân yoktur ...” Bu görüşün haklı eleştirisi için bkz. Logoz, Art. 24-26, no. 2 a; Pannain, s. 651; Riccio, s. 126’dan aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 827, kn. 972: “... cinsel suçların dolayısıyla fail tarafından işlenemeyeceği ... ileri sürülemez: bir akıl hastasını ... cinsel saldırıya yönelten kimse, şüphesiz ki şahsen cinsel bir tatmin duygusu hissetmeyecektir; fakat her hâlde başkaca maddî veya manevî bir yarar elde edecektir ve bu bakımdan faili bir âlet olarak kullandığını kabul etmemek için sebep yoktur.”

<sup>1035</sup> Bu ve bu gibi örnekler için bkz. Mahmutoglu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, ss. 74-75; Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 203-206.

<sup>1036</sup> Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, ss. 103-105.

## İ. Kişisel Cezasızlık Nedenlerinden veya Cezayı Kaldıran Kişisel Nedenlerden Yararlanan Şahsın Davranışlarının Suça Vasıta Kılınması Yoluyla Dolaylı Faillik

İşlediği suçtan ötürü kınanabilen bir kimsenin bu kusurlu haksızlığı sebebiyle cezalandırılabilmesi için varlığı yahut yokluğu aranan şartlar öğretide “cezalandırılabilirliğin diğer şartları” olarak adlandırılmakta; varlığı aranan şartlar “objektif cezalandırılabilme şartları”ndan, yokluğu aranan şartlar ise “kişisel cezasızlık nedenleri” ile “cezayı kaldırان kişisel nedenler”den ibaret kabul edilmektedir<sup>1037</sup>. Kişisel cezasızlık nedenleri, suçun işlendiği anda var olan ve failin cezalandırılmasına engel olan şahsa bağlı sebeplerdir<sup>1038</sup>. Cezayı kaldırان kişisel nedenler ise, suç işlendikten sonra ortaya çıkan ve doğmuş bulunan cezalandırılabilme imkânını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırان şahsî sebeplerdir<sup>1039</sup>. Örneğin, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin diğeri aleyhine işlediği hırsızlık suçunda mağdurun “eş” olması (TCK m. 167/1-a) fail bakımından “kişisel cezasızlık nedeni” iken, organlarını satan kişinin resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması (TCK m. 93/1) “cezayı kaldırان kişisel neden” niteliğindedir.

12/05/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükûmet Tasarısı’nın 41’inci maddesinde<sup>1040</sup>, kişisel cezasızlık nedenlerinden yararlanan kimselere suç işletilmesi durumunda sırf bu sebeple dolaylı failliğin söz konusu olacağı belirtilmiş ve bu görüş öğretide bazı yazarlarca<sup>1041</sup> desteklenmiş ise de, bir kimsenin kişisel cezasızlık

<sup>1037</sup> Koca/Üzülmez, ss. 323-324.

<sup>1038</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 123; Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 412, kn. 618; Koca/Üzülmez, s. 327. Özgenç’e göre ise, kişisel cezasızlık sebepleri, suç yoluna girildiği andan itibaren mevcut olmalıdır. (Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 628.) Fikrimizce, kişisel cezasızlık nedenlerinin suçun işlendiği anda var olması yeterli olup nişanlısının kasasındaki milyon dolarlık mücevherleri çalmaya karar veren, fakat bu kararı evlendikten sonra icra eden kişinin TCK m. 167/1-a’daki şahsî cezasızlık sebebinden yararlanmasını engelleyen aksi görüşte isabet yoktur.

<sup>1039</sup> Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 413, kn. 622; Koca/Üzülmez, s. 327.

<sup>1040</sup> **TCK Hükûmet Tasarısı m. 41**: “İsnat yeteneğine sahip olmayan veya kişisel nedenlerle ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere, her ne şekilde olursa olsun, suç işleyenler, gerçekleşen suçtan sorumlu olurlar ve suçun cezası üçte bire kadar artırılır.” Hükümün eleştirisi için bkz. Önok, ss. 223-224: “Şayet bu düzenleme kanunlaşsaydı dolaylı failliğin kapsamı çok kısıtlı olacaktır.”

<sup>1041</sup> Hacıfazlıoğlu, s. 337; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 525: “Dolayısıyla failliğin söz konusu olabilmesi için, üzerinde etkinlik kurulan kimse kusur yeteneğine sahip

nedenlerinden yahut cezayı kaldıran kişisel nedenlerden yararlanıyor olması, o kimseye suç işleyen kişiyi “dolaylı fail” kabul etmek için yeterli değildir<sup>1042</sup>. Daha önce belirtildiği gibi, asgarî bağlılık kuralı “şerikin cezalandırılabilmesi için” tipikliğin maddî unsurlarının gerçekleştirilmiş olmasını yeterli kabul ederken, sınırlı bağlılık kuralı kasıtlı haksızlığı, aşırı bağlılık kuralı kasıtlı ve kusurlu haksızlığı<sup>1043</sup>, nihayet katı bağlılık kuralı ise kasıtlı ve kusurlu haksızlığın yanında, cezalandırılabilirliğin diğer şartlarının sağlanmasını (objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını, kişisel cezasızlık nedenleri ile cezayı kaldıran kişisel nedenlerin yokluğunu) zorunlu kabul etmektedir<sup>1044</sup>. Buna göre, kişisel cezasızlık nedenlerinden yahut cezayı kaldıran kişisel nedenlerden yararlanan bir kimsenin fiili, katı bağlılık kuralı benimsenmediği müddetçe<sup>1045</sup>, iştirake elverişlidir. Dolaylı faillik içinse, bu kimsenin iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurularak davranışlarının suça vasıta kılınması zorunlu olup ön plândaki şahsın bu nedenlerden yararlanıyor olması tek başına irade hâkimiyetinden ve dolaylı faillikten söz etmeye imkân vermez.

Bu çerçevede, “kişisel cezasızlık nedenlerinden yahut cezayı kaldıran kişisel nedenlerden yararlanan şahsın davranışlarının suça vasıta kılınması”nı dolaylı failliğin özel bir görünüm şekli kabul etmek isabetsiz olacaktır. Fiil üzerinde herhangi bir biçimde (doğrudan, dolaylı yahut müşterek fail sıfatıyla) hâkimiyet kuramamakla birlikte, fiilin icrasına katkı sunan kişilerin “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulmasına ise, TCK m. 40/1 uyarınca, bir mâni yoktur. Buna göre, bu nedenlerden yararlanan bir kimseyi belli bir suçu işlemeye cebren veya hileyle sevk eden kişi “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik”ten yahut “hatadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik”ten sorumlu tutulacak; tipik fiilin icrasına “fiil hâkimiyetine sahip olmaksızın<sup>1046</sup>”, “yalnızca kendi nedensel davranışına hâkim şekilde<sup>1047</sup>” katkı sağlayanlar ise “şerik” sıfatıyla cezalandırılabilecektir.

---

*olmayabilir, kendisinde cezasızlık sebebi bulunabilir ya da hataya düşürülmüş bir kişi olabilir.”* İşbu tespit, dolaylı failliğin görünüm şekillerini eksik sayması bakımından da isabetsizdir.

<sup>1042</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 223; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 528, dpn. 1005; Şohoğlu, ss. 129-130.

<sup>1043</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 431.

<sup>1044</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, ss. 180-181; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 85-86; Koca/Üzülmez, ss. 408-410.

<sup>1045</sup> Katı bağlılık kuralının benimsenmesi hâlinde dahi, kişisel cezasızlık nedenlerinden yararlanan kişinin fiiline şerik olarak katılmanın mümkün olduğu yolundaki aksi görüş için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 528, dpn. 1005.

<sup>1046</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 113.

## İKİNCİ BÖLÜM

### DOLAYLI FAİLLİĞİN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI VE

#### BAZI SUÇLARLA İLİŞKİSİ

### I. DOLAYLI FAİLLİĞİN BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI İLE İLİŞKİSİ

#### A. Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Dolaylı Faillik

Hukuka uygunluk nedenleri fiil ile hukuk düzeninin bütünü arasındaki çatışmayı ortadan kaldıran nedenler olup öğretiyeye göre TCK’de -son üçünün niteliği tartışmalı olmakla birlikte- kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1), hukuka uygun emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2), konusu suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olan bağlayıcı emirlerin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2), zorunluluk hâli (TCK m. 25/2) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) şeklinde birtakım hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Öte yandan, maddî hukuka aykırılık anlayışından beslenen<sup>1048</sup> ve bizim de benimsediğimiz görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerini yasalarda sayılanlarla sınırlı kabul etmek için bir sebep yoktur. Gerçekten, öğretide kimi yazarlarca, örneğin varsayılan rızanın<sup>1049</sup>, yükümlülükler çatışmasının<sup>1050</sup> yahut

<sup>1047</sup> Welzel, “Studien ...”, s. 539’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 78.

<sup>1048</sup> Katoğlu, s. 49: “... maddî hukuka aykırılık anlayışına yol açan nedenlerden biri de, genel bir teorisi bulunmayan ve gittikçe çeşitlenen hukuka uygunluk nedenlerinin açıklanabilmesi idi. (...) Bu çerçevede, geçen yüzyıl sonundan itibaren, maddî hukuka aykırılık anlayışı, sayısı ve çeşidi giderek artan hukuka uygunluk nedenlerinin esasının açıklanması bakımından gerçek bir ‘mesih’, kurtarıcı olarak kabul edilmiştir. Alman öğretisi, daha sonraki dönemlerde de, maddî hukuka aykırılık anlayışına, kanunda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabilmesi için başvurmuştur.”

<sup>1049</sup> Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 195: “Varsayılan rıza, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin bir alt olayı değildir. Çünkü varsayılan rızanın en önemli koşulu, ilgilinin açık veya örtülü irade beyanının bulunmamasıdır. Bugün, varsayılan rızanın izin verilen riske dayanan, bağımsız, kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, gerçek rızaya ulaşamayan durumlarda, bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile rızanın beklenmeden müdahalede bulunulması sonucu hak sahibinin iradesine aykırı davranmadan doğacak risk karşılaştırılarak, bunlardan az olan seçilmelidir.”

sosyal uygunluğun (örf ve âdete uygunluğun)<sup>1051</sup> söz konusu olduğu hâllerde de, tipik fiil “hukuka uygun” kabul edilebilmektedir.

İradesi üzerinde hâkimiyet kurulan kimsenin fiili ile arka plândaki kişinin fiili hukuka uygunluk bakımından ayrı ayrı incelendiğinde, ortaya dört farklı olasılık çıkmaktadır. Öncelikle, her iki fiilin de hukuka aykırı olması durumunda, dolaylı faillik ilişkisinin doğacağı izahtan varestedir<sup>1052</sup>. Buna karşılık, her iki şahsın hukuka uygun olarak bizzat işleyebildiği fiillerde, ortada bir “suç” bulunmadığından, suçun aktif süjesinden ve dolaylı faillik ilişkisinden de bahsedilemeyecektir. Gerçekten, fiil hâkimiyetinin “bir kimsenin iradesi üzerinde kasten kurulan hâkimiyet” sayesinde elde edilmiş olması ve tipik fiilin bu kimsenin davranışları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi, dolaylı failin hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmasına engel değildir. Buna göre, bir fiili “doğrudan fail” olarak işlediğinde hukuka uygunluk nedenlerinden istifade eden kişi, aynı fiili “dolaylı fail” olarak işlediğinde de aynı nedenlerden yararlanacaktır. Örneğin, C’nin D’ye yönelik haksız saldırısını bizzat bertaraf etmek olanağına sahip olan A’nın, bunu bizzat yapmak yerine, B’yi “üçüncü kişi (D) lehine meşru savunma”da bulunmaya zorladığı olayda, A’nın C’ye karşı işlediği fiil hukuka uygun olacaktır. Keza, herkesin şüpheli G’yi yakalama yetkisine sahip olduğu bir vakaya evinin penceresinden tanıklık eden E’nin, yoldan geçen F’yi tehdit ederek G’yi yakalamaya mecbur bıraktığı olayda da, E, G’ye karşı işlediği “hürriyeti tahdit” eyleminde CMK m. 90/1’deki hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecektir. A’nın B üzerinde yahut E’nin F üzerinde uyguladığı maddî ve/veya manevî cebrin hukuka uygunluğu ise -“dolaylı faillik” ile değil- “doğrudan faillik” ile ilgili bir mesele olup bu iki meselenin C’ye veya F’ye karşı işlenen fiillerin hukuka uygunluğundan bağımsız olarak ele alınması gerekecektir<sup>1053</sup>.

<sup>1050</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 523; Kangal, **Zorunluluk Durumu**, s. 195. Ayırma teorisini benimseyen bir yazar için bkz. Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 21, Ankara, Nisan 2013, s. 130: “Failin daha az önemli değeri ihlâl etmesi hâlinde, fiili hukuka aykırı sayılmayacaktır. Öte yandan fail eşit iki değer arasında kalmış ise, kusurlu hareket ettiğini söylemek mümkün değildir ve ortada bir mazeret sebebi vardır.”

<sup>1051</sup> Toroslu/Toroslu, s. 52.

<sup>1052</sup> Örneğin, C’den intikam almak isteyen A’nın ölümle tehdit ettiği B’yi C’ye ait otomobili yakmaya zorladığı olayda, A, mala zarar verme suçunun dolaylı faili olacaktır.

<sup>1053</sup> Örneğin, B’nin TCK m. 83 uyarınca D’yi korumakla yükümlü olduğu hâllerde, B’nin eylemsizliği (ihmâli) “D’ye yönelik bir saldırı” teşkil edeceğinden, garantör statüsündeki B’yi “kurtarma hareketini gerçekleştirme”ye zorlayan A’nın cebrî nitelikteki eylemi de yine “üçüncü kişi (D) lehine meşru savunma” (TCK m. 25/1) sebebiyle “hukuka uygun” sayılacaktır. Buna karşılık, B’nin garantör olmadığı ve TCK m. 98’den doğan yükümlülüğünü “durumu ilgili makamlara derhâl bildirmek suretiyle” yerine getirdiği varsayılacak olursa, A’nın B üzerinde uyguladığı cebr, bu defa “üçüncü

Arka plândaki kişinin “doğrudan fail” olarak işlediğinde hukuka aykırı olan bir fiili “hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilen bir şahsın iradesine hâkim şekilde” işlemesi durumunda ise, söz konusu fiilin arka plândaki kişi açısından hukuka uygunluğu “ön plândaki şahsın hukuka uygun fiili gerçekleştirmede takdir yetkisinin olup olmamasına göre” ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Buna göre, yasa koyucu tarafından belli bir tipik fiili gerçekleştirmekle yükümlü kılındığı hâlde bu fiili işlemekten kaçınan kişinin yükümlülüğe aykırı fiili “korunmak istenen hukukî varlık veya menfaati ihlâl” edeceğinden, böyle bir kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak o kişiye söz konusu tipik fiili işleten kimse, “doğrudan fail” sıfatıyla işlediği takdirde suç teşkil edecek olan bu fiil bakımından TCK m. 25/1 hükmünden yararlanabilecektir<sup>1054</sup>. Örneğin, acil olarak gerçekleştirilmesi gereken ameliyata rıza gösteren C’yi “söz konusu ameliyatı gerçekleştirme yetkisi ve yükümlülüğü bulunduğu hâlde” ameliyat etmeyen ve C’yi kendisine belli bir miktar para ödemesi gerektiğine inandırarak “ikna suretiyle irtikâp” suçuna teşebbüs eden kamu hastanesi hekimi B’nin, hekim olmayan A tarafından ölümle tehdit edilerek “ameliyatı

kişi lehine zorunluluk hâli” (TCK m. 25/2) kapsamında değerlendirilebilecektir. Hukuken belli bir davranışı gerçekleştirmekle yükümlü kılınan bir kimseye o davranışı gerçekleştirmesi için uygulanan şiddet veya tehdidin “normatif anlamda cebir” kabul edilemeyeceği yolundaki görüş için bkz. Canpolat, ss. 37-39: “... bu görüşe göre (...) failin, mağduru belli bir davranışta bulunmaya zorlaması, fakat hukuk düzenince mağdura, o davranışı gerçekleştirme yükümü yüklenmesi durumunda, söz konusu davranışın yerine getirilmesi, cebrin bir sonucu olarak yorumlanamayacaktır. Mağdurun belirli bir olay karşısında hareketsiz kalmaya zorlanması halinde de, aynı durum geçerlidir. Bu bağlamda akla gelen soru, mağdurun bir davranışta bulunma hususunda hukuksal bir yükümlülük altında olmasına rağmen, iradesini, yükümlülük nedeniyle değil, cebir nedeniyle o davranışta bulunmaya yönlendirmesi halinde nasıl hareket edileceğidir. Örneğin denizde boğulmakta olan çocuğuna, hukuki yükümlülüğe rağmen bilerek yardım etmeyen bir baba, bir başkası tarafından fiziksel güç kullanılarak yardıma zorlansa, bu fiziksel zor kullanmanın cebir olarak kabul edilmesi mümkün değil midir? Cebirden söz edilebilmesi için mağdurun irade hürriyetinin hukukça sınırlanmamış saf bir irade olması zorunlu mudur? Bu görüşe göre, hürriyet kavramının, hukuken garanti altına alınmış olan hürriyetler olarak anlaşılması gerekir. Diğer bir deyişle, hukukun sınırlamaya tabi tuttuğu bir özgürlük, cebir yoluyla kısıtlanamaz. Örneğin bir kimsenin kendisini öldürmeye zorlanması durumunda, cebrin varlığı kabul edilmelidir. Zira yaşam hakkı, hukukça istisnasız olarak garanti altına alınmış olan bir haktır. Dolayısıyla, bu görüşe göre yukarıdaki örnekte baba, çocuğuna yardım etme hususunda hukuki bir yükümlülük altında olduğundan, hareketsiz kalma özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez. Diğer bir deyişle, babanın boğulan çocuğuna yardım etmemesi, iradesini yardım etmeme yönünde kullanması, hukuken garanti altına alınmış bir hürriyet olarak tanımlanamaz. Bu nedenle, babayı, oğluna yardıma zorlayan kişinin davranışı da, cebir olarak kabul edilemez.”

<sup>1054</sup> Buna karşılık, örneğin, borçlunun haczedilebilir eşyası bulunmasına rağmen, acıma duygusuyla hareket ederek bu eşyayı haczetmeyen ve borçlu hakkında “geçici aciz vesikası” düzenlemeye karar veren (uymakla yükümlü olduğu İİK hükümlerini icra etmekten kaçınarak TCK m. 257/2’yi ihlâl eden) bir memuru “iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak suretiyle” ilgili hükmü veya emri yerine getirmeye sevk eden (hukuka uygun bir haciz işlemi yaparak borçlunun bazı mallarını muhafaza altına almaya zorlayan) alacaklı, borçlunun rızasını almadan eşyaya bizzat el koyması durumunda “ihkak-ı hak yasağı” sebebiyle “hırsızlık (TCK m. 144/1-b) veya TCK m. 150/1 uyarınca tehdit yahut kasten yaralama suçlarının doğrudan faili” olabileceken, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu memura işlettiği tipik fiilde TCK m. 25/1 hükmünden de yararlanamayacaktır. Zira, böyle bir durumda, alacaklı, İİK m. 16-18 hükümleri çerçevesinde şikâyet yoluna başvurarak söz konusu işlemi bozdurmak ve İİK m. 5 uyarınca idareye zararını tazmin ettirmek olanağına sahiptir.



gerçekleştirmeye” zorlandığı olayda durum böyledir<sup>1055</sup>. Buna karşılık, daha önce de ifade edildiği gibi, tutuklama nedenleri (CMK m. 100) mevcut olduğu hâlde takdirini<sup>1056</sup> bu yönde kullanmak eğiliminde olmayan sulh ceza hâkimini şüpheliyi tutuklamaya zorlayan kişinin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili” sayılacağı ise açıktır. Zira, kişi, iddia makamının tutuklama talebini hukuka uygun şekilde reddetme yetkisine sahip olan hâkimin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmakta ve tutuklama kararını hukuka uygun şekilde “bizzat” gerçekleştiremeyeceği bir fiilin icrasına vasıta kılmaktadır.

Arka plândaki kişinin hukuka uygun şekilde “bizzat” gerçekleştirebileceği bir fiili, bu olanaktan yoksun bulunan bir kimsenin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak ve onun davranışlarını vasıta kılmak suretiyle gerçekleştirdiği dördüncü olasılıkta ise, tipikliğin maddî unsurlarının arka plândaki kişi tarafından bizzat gerçekleştirilmesinin zorunlu olup olmadığı her somut olayda ayrıca araştırılacak; böyle bir zorunluluğun bulunduğu hâllerde, tipik fiili iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimseye işleyen kişi, söz konusu hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır. Buna göre, örneğin, şüpheli hakkındaki gözaltı kararını bilgisayarda dokuz yaşındaki oğluna yazdıran Cumhuriyet savcısı, kararın kalem personeline yazılması zorunlu olmadığından, TCK m. 24/1 hükmünden yararlanabilecektir. Buna karşılık, girdiği ameliyatta ilk kesileri dokuz yaşındaki oğluna attıran cerrahın “nitelikli (silâhla) kasten yaralama suçunun dolaylı faili” hâline geleceği ise kuşkusuzdur. Zira, TCK m. 86’daki tanıma uygun “cerh (yaralama)” fiilinin TCK m. 26/1-2 çerçevesinde hukuka uygun kabul edilebilmesi için, tipik hareketin cerrah tarafından bizzat gerçekleştirilmesi zorunludur. (1219 sayılı Kanun m. 3) Arka plândaki kişinin TCK m. 25/1-2’den yararlanabildiği durumlarda ise, ön plândaki şahıs da üçüncü kişi lehine meşru savunma yahut zorunluluk hâli içerisinde olacağından, her iki kişinin de hukuka uygunluk nedeninden yararlanabildiği ikinci olasılık söz konusu olacak ve ortada bir “suç”

<sup>1055</sup> **Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 18:** “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmî veya insanî vazifenin ifası hâlleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsî sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*” Olayda, hekimlik mesleğini icra yetkisi bulunmayan ve C’yi bizzat ameliyat etmesi durumunda yaralama suçundan cezalandırılması muhtemel olan A, bu eylemi cerrah B’yi zorlamak suretiyle işlediği takdirde, “dolaylı fail” sıfatıyla gerçekleştirdiği cerh eylemi hukuka uygun olacak, başka bir deyişle “yaralama suçunun dolaylı faili” sayılamayacaktır.

<sup>1056</sup> “... hâlinde, ... tutuklama kararı verilebilir.” şeklindeki CMK m. 100/1, c. 1 hükmü, tutuklamayı bir “görev” değil, “yetki” kabul etmiştir.

bulunmaması sebebiyle, suçun aktif süjesinden ve dolaylı faillik ilişkisinden bahsedilemeyecektir.

## **B. Suça Etki Eden Nedenler ve Dolaylı Faillik**

### **1. Dolaylı Faile Verilecek Cezayı Ağırlaştırıcı Neden: Davranışları Suça Vasıta Kılınan Şahsın Kusur Yeteneğinden Yoksun Olması (TCK m. 37/2, c. 2)**

TCK m. 37/2, c. 2 hükmü uyarınca, “*Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.*” Burada “*kusur yeteneği olmayanlar*”dan maksat “*filin işlendiği esnada anlama ve/veya isteme yeteneklerinin en az birinden yoksun kişiler*” olup kusur yeteneği yokluğunun geçici olması hükmün uygulanmasına engel değildir<sup>1057</sup>. Buna karşılık, zayıf da olsa anlama ve isteme yeteneği bulunan bir kimsenin davranışlarının suça vasıta kılınması durumunda, ceza artırımına gidilemeyecektir<sup>1058</sup>.

Anılan cümle, dolaylı failliği düzenleyen TCK m. 37/1, c. 1’in devamı niteliğinde olup yalnızca dolaylı faillik hâllerine ilişkindir. Buna göre, kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin mutlak maddî cebre başvurulması suça alelade bir nesne gibi kullanıldığı ve bu nedenle doğrudan failliğin söz konusu olduğu hâllerde bu hüküm uygulanamayacaktır.

TCK m. 37/2, c. 2’nin salt lâfzına bakıldığında, dolaylı faile verilecek cezanın bu hükme istinaden artırılabilmesi için “davranışları suça vasıta kılınan şahsın kusur yeteneğinden yoksun olması” yeterli görünüyorsa da, bize göre, bu noktada normun amacı dikkate alınmalı ve “kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma”nın söz konusu olmadığı durumlarda ceza artırımına gidilmemelidir. Buna göre, örneğin, bir

<sup>1057</sup> Aksi görüş için bkz. Mustafa Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 71, Ankara, 2007, s. 245: “*Kanun 2. fıkranın son cümlesinde (...) kusur yeteneği olmayanlar ile olup da sonradan ortadan kaldırılanlar arasında bir ayırım yapmış ve kusur yeteneği olmayanların suça araç olarak kullanılmalarının daha kolay olması nedeniyle bu kişilerin zayıflıklarından yararlanılmasını daha ağır ceza ile cezalandırmıştır.*”

<sup>1058</sup> TCK m. 31/2-3 hükümlerine aykırılığı sebebiyle katılmadığımız ayrıksı bir görüş için bkz. Hafızogulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 338: “*Kanun kusur yeteneği olmayanlar dediğine göre, bu kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda, ör., ... fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş ama on beş yaşını doldurmamış olan da, fiili işlediği zaman on beş yaşını doldurmuş ama on sekiz yaşını doldurmamış olan kişi de kusur yeteneği olmayan sayılmaktadır.*”

piromanı “yakmak istemediği bir şeyi yakmaya” zorlayan kişinin dolaylı failliği cebre dayandığından, bu kişi hakkında TCK m. 37/2, c. 2 hükmü işletilmemelidir.

## 2. TCK m. 37/2, c. 2 Hükümünün Ceza Siyaseti Bakımından Yerindeliği

TCK m. 37’nin gerekçesine göre<sup>1059</sup>, kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin davranışlarının suça vasıta kılındığı hâllerde dolaylı faile verilecek cezanın artırılmasının sebebi, bu kimsenin dolaylı failce istismar edilmesidir<sup>1060</sup>. Esasen, dolaylı failliğin söz konusu olduğu her hâlde, arka plândaki kişi, iradesine hâkim olduğu şahıstan yararlanmaktadır. Bu nedenle, gerekçedeki “istismar” vurgusuyla, daha ziyade, tipik fiili “kusur yeteneğinden yoksun kimselerin iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak” icra edenlerin fiillerine ilişkin genel değersizlik yargısının keskinliğine dikkat çekilmiş; bu tür fiillerin haksızlık içeriğinin yoğunluğu, isabetli bir tercihle, ceza artırımına gerekçe kabul edilmiştir.

Madde gerekçesinde yer almamakla birlikte, öğretide TCK m. 37/2, c. 2’deki nitelikli hâle gerekçe gösterilen bir diğer sebep, kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin davranışlarının suça vasıta kılınmasındaki kolaylıktır<sup>1061</sup>. Buna göre, yasa koyucu, nasıl ki örneğin hırsızlık suçunu “âdet veya tahsis yahut kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında” (TCK m. 142/1-e) işleyen kişinin cezasını “suçun işlenmesindeki kolaylık”tan dolayı ağırlaştırmış ise, kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanarak bir kimsenin davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezasını da “genel önleme” maksadıyla artırma yoluna gitmiştir.

<sup>1059</sup> **TCK m. 37’nin gerekçesi, son paragraf:** *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.*

<sup>1060</sup> Ceza artırımını “istismar” gerekçesine dayandıran bazı yazarlar için bkz. Hacıfazlıoğlu, s. 337; Metiner/Koç, s. 1119. Bu gerekçeye yönelik bir eleştiri için bkz. Önok, s. 283: “İstismar edilen kişinin bu suretle iradesine egemenlik kurulması, zaten dolaylı fail olarak sorumlu tutulmanın dayanağını teşkil etmektedir. Ayrıca yapılan artırımı ceza hukuku prensipleriyle izah etmek mümkün olmaz.”

<sup>1061</sup> Ceza artırımını “suçun işlenmesindeki kolaylık” gerekçesine dayandıran bazı yazarlar için bkz. Karabeyeser, “Suça İştirak”, s. 62; Metin/Heper, **Radbruch Formülü**, s. 46, dpn. 46; Önok, s. 283; Özen, “... İştirak ...”, s. 245.

Kanaatimizce, madde gerekçesinde ve öğretide işaret edilen her iki ceza artırımı gerekçesi de makul olmakla birlikte<sup>1062</sup>, düzenlemeye ilişkin bazı öneriler sunmak mümkündür. Öncelikle, “istismar” ve “suçun işlenmesindeki kolaylık” dolaylı failliğin tüm görünüm şekillerinde mevcut olduğundan, fikrimizce, “suçun dolaylı faillik suretiyle işlenmesi”, iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik hâlleri de dâhil olmak üzere<sup>1063</sup>, her suç için başlı başına bir cezayı ağırlaştırıcı neden sayılmalı, TCK m. 37/2, c. 2 hükmü buna uygun şekilde değiştirilmelidir. Öte yandan, hüküm “cezada oransal artırım öngörmesi sebebiyle” yalnızca adlî para cezaları ve süreli hapis cezaları bakımından uygulanabilir nitelikte olduğundan<sup>1064</sup>, hükmün müebbet hapis cezası alanların cezasını ağırlaştırılmış müebbet hapse çevirecek, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alanların cezasının infazını ise daha ağır şartlara bağlayacak şekilde değiştirilmesi isabetli olacaktır<sup>1065</sup>.

### 3. Suça Etki Eden Nedenlerin Dolaylı Faile Etkisi

Dolaylı faillik ilişkisinde davranışları suça vasıta kılınan şahıs, çoğu hâlde sorumsuz iken, önceden işaret edildiği gibi, bazı durumlarda taksirli veya kasıtlı eyleminden sorumlu tutulabilmektedir. Örneğin, A’nın hilesi sebebiyle korkuluk olduğuna inandığı C’yi özen yükümlülüğüne aykırı davranarak yaralayan B “taksirle yaralama” suçundan, D’nin “mal varlığı itibarıyla zarara uğratma” tehdidine boyun eğerek F’yi öldüren E ise “kasten öldürme” suçundan sorumlu olacaktır. Bu gibi

<sup>1062</sup> Aynı yönde bkz. Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 119. Aksi görüş için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526: “Kanaatimizce, suçun kanunî tarifindeki fiili bizzat gerçekleştirmediği hâlde, bir başkasını suçun işlenişinde vasıta olarak kullanması dolayısıyla arka plândaki şahsı fail olarak sorumlu tutmamızın yanı sıra, ayrıca bu nedenle cezasında artırım cihetine gidilmesinin ceza siyaseti açısından izahı güçtür.”

<sup>1063</sup> İradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillikte, dolaylı fail, ön plândaki şahsa uyguladığı cebir dolayısıyla ayrıca cezalandırılıyorsa da, bu ceza TCK m. 106 ilâ 108’in ihlâlinden ileri gelmektedir. “Suçun dolaylı faillik suretiyle işlenmesi” şeklindeki “ceza ağırlaştırıcı neden” önerimizin gerekçesi ise, suçun işlenmesindeki kolaylık ile ön plândaki şahsın istismarıdır. Ayrıca, ön plândaki şahsın “tipik davranışları icra eden kişi” olması sebebiyle uğrayacağı manevî zarar da, bu noktada, ceza artırımı için üçüncü bir gerekçe sayılabilir.

<sup>1064</sup> Aynı noktaya dikkat çeken bir başka yazar için bkz. Çiçek, s. 40; Önok, s. 281; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526.

<sup>1065</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 526: “... maddenin TBMM Adalet Komisyonundaki müzakereleri sırasında bu durumu gündeme getirmemize rağmen, bu uyarımız, Komisyon üyesi milletvekilleri ve Komisyon toplantısına katılan Yargıtay temsilcileri tarafından dikkate alınmamıştır.”

durumlarda, suça etki eden nedenlerin<sup>1066</sup> ön plândaki şahsın işlediği suç bakımından sonuç doğuracağı kuşkusuzdur.

Davranışları suça vasıta kılınan şahsın cezasını etkileyen nedenlerin dolaylı failin cezasına herhangi bir durumda tesir edip etmeyeceği ise başka bir meseledir. İradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını suça vasıta kılarak fiil üzerinde hâkimiyet kuran dolaylı fail, “ön plândaki şahsın fiili”nden değil, “kendi eseri olarak ortaya çıkan haksızlık”tan sorumlu tutulmaktadır<sup>1067</sup>. Bu durum, ön plândaki şahsın taksire yahut kasta dayalı sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde dahi değişmemekte, gerek ön plândaki gerekse arka plândaki kişi kendi fiilinden ötürü cezalandırılmaktadır.

765 sayılı TCK’nin aksine 5237 sayılı TCK’de açıkça düzenlenmeyen “iştirak hâlinde işlenen suçlarda suça etki eden nedenlerin şeriklere sirayeti” sorununa bilimsel ve yargısal içtihatla genel hükümlerden hareketle birtakım çözümler geliştirilmiş ise de, dolaylı failliğin bir iştirak türü olmaması ve bağlılık kuralının dolaylı faillik bakımından geçerli sayılmaması nedeniyle, bu çözümlerin dolaylı faillik ilişkisine doğrudan uygulanması hatalı olacaktır. Buna göre, dolaylı faillik ilişkilerinde, arka plândaki kişi, dolaylı faili olduğu suça etki eden nedenlerden “iştirak ilişkisine dayalı bir sirayet” sebebiyle değil, “doğrudan doğruya” etkilenecek; bu nedenlerin tümü, “fiile ilişkin nedenler-şahsa ilişkin nedenler” ayrımı yapılmaksızın, ön plândaki şahsın suçlu sayılıp sayılmamasından, suçlu ise sorumluluğunun kasta veya taksire dayanıp dayanmamasından ve her hâlde bu nedenlerden etkilenip etkilenmemesinden bağımsız olarak, dolaylı fail bakımından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Örneğin, “C’yi şeytana kurban etmek isteyen satanist A” tarafından mal varlığı itibarıyla zarara uğratılmakla tehdit edilen B’nin bu tehdide boyun eğerek C’yi öldürdüğü olayda, B kasten öldürme, A ise nitelikli (canavarca hisle<sup>1068</sup>) kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır<sup>1069</sup>. Aynı şekilde, D’nin

<sup>1066</sup> Evik, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 119: “Suça etki eden nedenler, suçun varlığı için bulunmaları zorunlu unsurlara eklenen, suçun daha ağır veya hafif sayılmasına neden olan ve bunun sonucunda sadece suçun temel (basit) şekline ait cezanın miktarında veya niteliğinde değişiklik yapan ikincil nitelikte unsurlardır.”

<sup>1067</sup> Aynı yönde bkz. Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 206.

<sup>1068</sup> Tezcan/Erdem/Önok, ss. 159-160: “Suçun canavarca hisle işlenmesi ile işleniş biçiminin canavarca olması farklı kavramlardır. Failce canavarca his bulunmamakla birlikte, suçun işleniş biçimi canavarca ise, bu takdirde eziyet çektirme uygulama alanı bulur. (...) Yargıtay, satanist olan faillerin inançları gereği her ayın 13. gününde yapacakları tapınma ayininde kurban etmek istedikleri

hilesine aldanıp hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına neden olabilecek nitelikte atıkları taksirle denize veren E TCK m. 182/2'yi<sup>1070</sup> ihlâlden sorumlu tutulurken, D TCK m. 181/4<sup>1071</sup> uyarınca cezalandırılacaktır. Nihayet, suça etki eden nedenlerin dolaylı fail bakımından tatbiki için ön plândaki şahsın suçlu kabul edilmesi zorunlu olmadığından, hataya düşürdüğü G'yi cami girişindeki bırakılmış başkasına (H'ye) ait ayakkabıları alıp kendisine getirmeye sevk eden F “nitelikli hırsızlık” (TCK m. 142/1-a) suçundan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, tehdit ettiği kimyager Y'yi ruhsatsız şekilde eroin imâl etmeye zorlayan ve TCK m. 188/8'de sayılan mesleklerden herhangi biriyle iştigâl etmeyen Z hakkında hükmolunacak ceza TCK m. 188/4-a<sup>1072</sup> uyarınca ağırlaştırılacaksa da, TCK m. 188/8'in<sup>1073</sup> Z hakkında uygulanmasına imkân bulunmamaktadır<sup>1074</sup>. Zira, kimyager olan Y'dir ve anılan hükme, yalnızca Y'nin TCK m. 28'den yararlanamadığı durumlarda, Y'nin cezasını ağırlaştırmak üzere başvurulabilecektir<sup>1075</sup>.

---

*mağduru kandırarak götirdükleri mezarlıkta, şeytandan bekledikleri mesajın geldiği düşüncesiyle, boğazını sıkarak öldürmelerini canavarca his sevki olarak nitelendirmiştir.”*

<sup>1069</sup> Zira, olayda “canavarca his”le hareket eden, B değil, A'dır.

<sup>1070</sup> **TCK m. 182/2:** *İnsan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesine neden olan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

<sup>1071</sup> **TCK m. 181/1:** *İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıklar toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

**TCK m. 181/2:** *Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

**TCK m. 181/4:** *Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

<sup>1072</sup> **TCK m. 188/4-a:** *Yukarıdaki fıkralarda belirtilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması ... hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

<sup>1073</sup> **TCK m. 188/8:** *Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacıyla veya ecza ticareti ile iştigâl eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

<sup>1074</sup> Aynı gerekçeyle, evli olan iki kişiden birini diğerini öldürmeye zorlayan ve bunu başaran kişinin cezası da, TCK m. 82/1-d'ye istinaden ağırlaştırılamayacaktır.

<sup>1075</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 579: “Faillerin sorumluluğu iştirak ilişkisi içinde bizzat kendi hareketlerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, faillerde bulunan nitelikli hâller diğer faillere sirayet etmeyecektir. (...) Bu husus dolaylı fail açısından da geçerlidir.” Aynı yönde bkz. Evik, “Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu”, s. 289.

#### 4. Dolaylı Failin Suçuna Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti

Dolaylı failin fiili, tıpkı doğrudan failin fiili gibi, iştirake elverişli olup şerik suçun icrasına yönelik katkısının niteliğine göre “azmettiren” yahut “yardım eden” sıfatını alabilir. Örneğin, B’yi kusur yeteneğinden yoksun olan C’nin iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kılmaya azmettiren A’nın veya F’yi suça zorlamaya karar veren E’nin kararını kuvvetlendiren D’nin, C ve F’ye karşı işlenen suçların şeriki sayılmasına hiçbir engel bulunmamaktadır. “Suça etki eden nedenlerin şeriklere sirayeti” meselesi dolaylı faillik ilişkilerinde özellik arz etmediğinden, bu konuda genel ilkelerden ayrılmaya lüzûm yoktur<sup>1076</sup>.

#### 5. Suça Etki Eden Nedende Hata

Dolaylı fail, iradesine hâkim olduğu şahsın davranışlarını vasıta kılmak suretiyle işlediği suça etki eden nedenlerde hataya düşebilir. Bu gibi hâllerde TCK m. 30/2’in getirdiği çözümden ayrılmak için bir sebep bulunmadığından, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen dolaylı fail, tıpkı bu hususta hataya düşen doğrudan fail gibi, hatasından yararlanacaktır. Buna göre, somut olayda cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâlin mevcut olduğunu bilmeyen<sup>1077</sup> veya böyle bir hâlin mevcut olduğunu sanan dolaylı failin cezası ağırlaştırılmazken, cezayı hafifleten bir nitelikli hâlin varlığından haberdar olmayan yahut somut olayda böyle bir hâlin mevcut olduğu zannına kapılan dolaylı failin cezası hafifletilecektir<sup>1078</sup>.

#### C. Dolaylı Faillikte Teşebbüs

TCK m. 35’te “kişinin işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması” şeklinde tanımlanan “suça teşebbüs” kavramı, suçun maddî unsurundaki bir eksikliği ifade

<sup>1076</sup> Bu konuda bkz. Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, ss. 637-686; Evik, “Suça İştirake Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu”, ss. 287-299.

<sup>1077</sup> Somut olayda cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hâlin mevcut olduğunu bilmeyen dolaylı fail, suçun nitelikli hâline kastetmiş sayılamaz.

<sup>1078</sup> Toroslu/Toroslu, ss. 287-288.

etmektedir<sup>1079</sup>. İcra hareketlerinin tamamlanamamasından yahut tamamlanmış icra hareketlerinin neticeyi meydana getirememesinden kaynaklanan ve tipikliğin gerçekleşmesini engelleyen bu eksiklik, suç işleme kararını icra hareketleriyle somutlaştıran kişinin cezasız kalmasını kabul edilmez bulan yasa koyucu tarafından TCK m. 35 hükmüyle giderilmektedir<sup>1080</sup>. Cezaî sorumluluğu genişleten bu genel norm suç yaratan özel normlarla birleşerek adeta yeni bir suç türü yaratmakta; tipikliğin maddî unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle salt tecrimî norma istinaden cezalandırılmayan (TCK m. 2/1, c. 1) kişi, TCK m. 35'in tamamlayıcı etkisi sayesinde, cezaî sonuçların muhatabı hâline gelmektedir<sup>1081</sup>.

TCK m. 35 ve 36 ile bu maddelerin gerekçelerinde dolaylı failliğe ilişkin özel bir düzenlemeye yahut açıklamaya yer verilmemiş ise de, öğretide yürütülen tartışmalar, suça teşebbüs ile suçtan gönüllü vazgeçme kurumlarını düzenleyen hükümlerin dolaylı faillik ilişkilerine uygulanmasında bazı tereddütlerin yaşanabileceğine işaret etmektedir<sup>1082</sup>.

### 1. Dolaylı Faillikte Cezalandırılabilir İcra Başlangıcı

Dolaylı fail, iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını işlemeyi kastettiği suça vasıta kılan ve bu suretle yön verdiği suç yolunda en azından teşebbüs sahasına giren gerçek kişiyi ifade etmektedir. Kasıtlı suçlarda, suç yolu (suç yörüngesi)<sup>1083</sup>, *iter criminis*) “düşünce”, “karar”, “hazırlık”, “icra”, “tamamlanma” ve

<sup>1079</sup> Francesco Antolisei, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 8. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1980, s. 400'den naklen Toroslu/Toroslu, s. 295, 300: “Teşebbüs bir suç işleme kastını gerektirir. Dolayısıyla teşebbüs hâlinde kalan suçu manevî unsur yönünden tamamlanmış kabul etmek mümkündür; o sadece objektif yönden tamamlanmış değildir; çünkü suç yaratılan normda tanımlanan suç ipotezi, ancak kısmen gerçekleşmiştir. (...) teşebbüs, tamamlanmış suçun hafifletici nedeni değildir. Çünkü ... suça etki eden nedenlerin suçun tipik biçimine nazaran daima bir fazlalığı ifade etmesine karşın, teşebbüs bir azlığı, eksikliği ifade eder.”

<sup>1080</sup> Pervin Aksoy İpekçioğlu, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 35; Toroslu/Toroslu, ss. 297-298.

<sup>1081</sup> Aksoy İpekçioğlu, s. 35; Toroslu/Toroslu, s. 299.

<sup>1082</sup> Önok, ss. 314-315: “Her halükarda, dolaylı failliğin teşebbüs açısından atipik bir durum ortaya çıkardığı ve benimsenecek her formülün itirazla karşılaşacağı söylenebilir. (...) Zira ... TCK m. 35'teki tanım dolaylı fail dikkate alınmaksızın formüle edilmiştir.”

<sup>1083</sup> Sami Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Hukukî Konumu”, **Adalet Dergisi**, Cilt: 74, Sayı: 5, Eylül-Ekim 1983, ss. 798-815.



“sona erme” evrelerinden oluşmaktadır<sup>1084</sup>. İlk üç evrede kural olarak cezalandırılmayan kişi, TCK m. 35/1 hükmüne göre, ancak kastettiği suçu elverişli davranışlarla icraya başladığı takdirde “fail” kabul edilebilecek; bu evreye geçilmedikçe “teşebbüs”ün ve cezaya lâyık bir fiilin varlığından söz edilemeyecektir.

Öğretide, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini birbirinden ayırmaya ve cezalandırılabilir icra başlangıcını tespit etmeye yönelik olarak nesnel, öznel ve karma nitelikte pek çok ölçüt ortaya atılmış<sup>1085</sup>; dolaylı faillikte icra başlangıcı meselesi ise, özellikle Alman ceza hukuku doktrininde, ayrıca ele alınmıştır<sup>1086</sup>.

“Bireysel çözüm teorisi” veya kısaca “etki (tesir-nüfuz) teorisi” olarak anılan ilk teoriye göre; tehlikeyi doğuran nedensel süreç, arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın iradesine etki etmesiyle (dar yoruma göre *tesire yönelik davranışa başlaması*, geniş yoruma göre *irade hâkimiyetinin kurulması* ile<sup>1087</sup>) başlamakta ve suçun tamamlanması ancak dolaylı failin ön plândaki şahsın iradesine aksi yönde yeniden etki etmesiyle önlenabilmektedir<sup>1088</sup>. Teşebbüs sahasını hazırlık evresine doğru genişlettiği gerekçesiyle eleştirilen<sup>1089</sup> bu teoriye göre, örneğin A, akıl hastası B’den C’yi öldürmesini istediğinde veya en geç B bu talebi kabul ettiğinde (C’yi öldürmeye karar verdiğinde) teşebbüs sahasına girmiş sayılacak ve TCK m. 35, 37/2, 82/1-a hükümleri uyarınca cezalandırılabilir<sup>1090</sup>.

<sup>1084</sup> Suç yolu hakkında bkz. Aksoy İpekçioğlu, ss. 19-26; Tozman, **Suçta Teşebbüs**, ss. 9-16.

<sup>1085</sup> Bu ölçütler hakkında bkz. Aksoy İpekçioğlu, ss. 53-69; Tozman, **Suçta Teşebbüs**, ss. 92-149.

<sup>1086</sup> Heinrich, **Genel Kısım – I**, ss. 487-490, kn. 747-751; Tozman, **Suçta Teşebbüs**, ss. 92-149.

<sup>1087</sup> Önok, s. 317. Yine bkz. Heinrich, **Genel Kısım – I**, s. 488, kn. 749: “... teşebbüs aşaması dolayısıyla fail için bu kişinin suç işlemekte kullandığı kişiyi ikna etmeye başladığı (daraltıcı yorum) yahut etkilemeyi başardığı an (genişletici yorum) söz konusu olacaktır.” Ayrıca bkz. Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 202: “... bireysel çözüm teorisi ... sadece dolaylı failin davranışını esas almaktadır. Buna göredolaylı fail için icranın başlangıcı, aracıya tesir etme/nüfuz etme hareketine başladığında yani ona isteğini bildirdiğinde (dar yorum) veya bu tesirin gerçekleştiği yani aracının bunu kabul ettiği (geniş yorum) anda başlar.” Arka plândaki kişi, özellikle “hatadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” hâllerinde, isteğini (suç işleme iradesini) ön plândaki şahsa açıkça bildirmediğinden, dar ve geniş yorumları “isteğin bildirildiği an-isteğin kabul edildiği an” şeklinde anlaşılması hatalıdır.

<sup>1088</sup> Baumann/Weber/Mitsch, § 29, kn. 155; Bockelmann, s. 148’den aktaran Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 202.

<sup>1089</sup> Heinrich, **Genel Kısım – I**, s. 488, kn. 749. Ayrıca bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 257’den aktaran Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 202. Yine bu yönde bkz. Jörg Weddig, **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Gifftalle**, Band 26, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, s. 66’dan aktaran Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 257.

<sup>1090</sup> Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 200, 202: “Bu durumda ... olay ... kanunî tipin gerçekleştirilmesinden henüz çok uzaktadır; kanunî tipte hiçbir ilişki kurulmamıştır; örneğin aracıya suçu gerçekleştireceği silâh, zehir vs. verilmemiştir.”

Etki teorisi eleştiriyeye açıktır. Öncelikle, bir kimsenin iradesi üzerinde yaratılan her etkinin irade hâkimiyetine vücut vermeyeceği açık<sup>1091</sup> olup teorinin icra başlangıcını “arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın iradesine etki etmeye yönelik davranışlara başladığı an” olarak saptayan dar yorumunu TCK m. 35 hükmü ile bağdaştırmak mümkün değildir. Zira, henüz irade hâkimiyetinin dahi tesis edilmediği bu aşamada “suça teşebbüs”ten değil, ancak “bir başkasının iradesi üzerinde hâkimiyet kurmaya teşebbüs”ten söz edilebilecektir. Böyle bir aşamada kişinin işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılması ise, birini öldürmek için zehir imâl etmeye başlayan bir kimsenin “insan öldürmeye teşebbüs”ten cezalandırması gibi, kabul edilemez bir durumdur. Aynı şekilde, “irade hâkimiyetinin tesisi” ön plândaki şahsın davranışlarını arka plândaki kişinin elinde “elverişli bir vasıta” hâline getirmekten öte bir anlam taşımadığından, icra başlangıcını “hazırlık hareketleri” evresine çeken geniş yorumda da isabet bulunmamaktadır<sup>1092</sup>.

Yine bir kısım Alman ceza hukukçusu<sup>1093</sup> tarafından benimsenen “ayrımcı teori”ye göre, icra başlangıcının tespitinde, ilk olarak ön plândaki şahsın “davranışlarının suça vasıta kılınmak istendiğini bilip bilmediği<sup>1094</sup> (kötü niyetli olup olmadığı<sup>1095</sup>)” araştırılmalı; eğer bu hususu bilmiyorsa *ön plândaki şahsın iradesine*

<sup>1091</sup> Aynı yönde bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 193-194.

<sup>1092</sup> Önok, s. 138. Ayrıca bkz. Toroslu, **İsnat Yeteneği**, s. 122: “... kişinin suç işleyebilmesi için gerekli koşulu yaratan davranış, bu suçun icra sürecinin bir parçası değildir ve bununla karıştırılmamalıdır.”

<sup>1093</sup> Hermann Blei, **Strafrecht I, Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, München: C. H. Beck, 1996, § 72, II 4; Kohlrausch/Lange, vor § 43, II 3’ten aktaran Tozman, **Suça Teşebbüs**, s. 203. Bu teoriyi benimsememekle birlikte, ayrıntılı olarak izah eden başka yazarlar için bkz. Heinrich, **Genel Kısım – I**, s. 489, kn. 750; Önok, ss. 319-320.

<sup>1094</sup> Tozman, **Suça Teşebbüs**, s. 202: “Dolaylı faillikte icranın ne zaman başladığı konusunda üçüncü teori ise, aracının iyi niyetli (yani kanunî tipi gerçekleştirme bakımından dolaylı fail tarafından aldatılmış olması) veya kötü niyetli (yani bir suçu gerçekleştireceğini tam olarak bilmesi, ancak başka nedenlerden dolayı, örneğin isnat/kusur yeteneğinin olmaması nedeniyle cezalandırılmaması) olmasına göre ayırım yapılmaktadır. (Ayrımcı teori)” Fikrimizce, bu ayırımın izahında “maksat” ile eş anlamlı olan “niyet” sözcüğünü esas almak isabetsizdir. Ayrıca, kusurluluğu kaldıran nitelik ve nicelikte bir cebre (örneğin, tanımadığı insanların bulunduğu bir uçağın patlatılması tehdidinde) boyun eğerek kusursuz bir haksızlık gerçekleştiren kişinin dolaylı fail tarafından aldatılmamış olması ve suç işlediğini bilmesi “kötü niyetli” sayılmasına sebep kabul edilemez.

<sup>1095</sup> Heinrich, **Genel Kısım – I**, s. 489, kn. 750: “Vasıta güvenilir ise, dolayısıyla failin teşebbüsü kullanacağı kişiyi etkilemesiyle başlayacaktır, kötü niyette ise dolayısıyla failin suç işlemekte kullandığı kişi teşebbüs aşamasına gelince doğrudan icra başlamıştır. Zira vasıta güvenilir ise, dolayısıyla fail etkisi ile bir nedensel seri başlatmış olur ve bu ona isnat edilebilir. Netice ise ancak dolayısıyla failin kullandığı kişiyi durdurması için etkilemesiyle değişebilir. Bu durum, mekanik bir aracın çalıştırılmasına yahut bir hayvanın kışkırtılmasına benzemektedir. Buna karşılık, vasıta kötü niyetli ise, ne zaman hareket edeceğine yahut hareket edip etmeyeceğine kendisi karar vermektedir.”

*etki edildiği*<sup>1096</sup> veya *iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğu*<sup>1097</sup> an, bu hususu biliyorsa *ön plândaki şahsın icraya başladığı an* teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>1098</sup>. Öğretide haklı eleştirilere<sup>1099</sup> uğrayan bu teoriye göre; anlama yeteneği bulunduğu hâlde davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendiremeyen bir kleptomani (K'yi) hırsızlığa sevk eden S “K'nin elverişli davranışlarla hırsızlık suçunun doğrudan doğruya icrasına başladığı anda” teşebbüs sahasına girerken, kusur yeteneğine sahip F'yi aldatarak G'ye ait bisikleti G'nin rızası hilâfına bulunduğu yerden alıp kendisine getirmeye sevk eden E “F'yi hataya düşürerek onun iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu anda” hırsızlığa teşebbüs etmiş sayılacaktır.

<sup>1096</sup> Weddig, s. 67'den naklen Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 257: “Ayrımcı teoriye göre (*differenzierende theorie*) icra hareketlerinin başlangıç anı araç kişinin durumun farkında olup olmadığına göre değişmektedir. Bu anlamda araç kişinin işlediği (suçun) farkında olmaması halinde arka plandaki kişi tarafından etkilenmesi ile başlarken suçun gerçekleşeceğinin farkında olan kişi açısından suç bakımından zorunlu hareketlere başlaması ile icra hareketleri başlamaktadır.”

<sup>1097</sup> Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 202: “Eğer aracı iyi niyetli ise dolaylı fail için icra, dolaylı failin aracı üzerinde tesirini/nüfuzunu kurduğu anda başlar; aracının kötü niyetli olması durumunda ise dolaylı fail ancak aracının icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamasıyla teşebbüs evresine girecektir. (...) Buna göre, yukarıdaki olayda B ... aklı zaafiyeti olmasına rağmen kötü niyetli olduğu için, A, B'yi ikna ettiğinde henüz icraya başlamamıştır.”

<sup>1098</sup> Önok, s. 319: “Ayrımın mantığı, ikinci durumda, icranın başlaması ve zamanı konusundaki kararın aracıya ait ol”ması; ilk durumda ise, neticenin önlenmesi için arka plândaki kişi tekrar devreye girip bir tesirde bulunmadığı müddetçe irade üzerinde tesirde bulunmak suretiyle nedensel süreci harekete geçirmiş olmasıdır.

<sup>1099</sup> Tozman, **Suçta Teşebbüs**, ss. 203-204: “Bu teoriye karşı, suçun tamamlanması halinde de aracının hareketlerinin dolaylı faile, aracının iyi ya da kötü niyetli olmasına bakılmadan isnat edildiği itirazı yöneltmiştir. Ayrıca, dolaylı failin, iyi niyetli aracının varlığı durumunda, kötü niyetli aracının varlığı durumuna göre cezalandırılmasının neden öne alındığının ikna edici bir gerekçesi yoktur. Kanundan, bu yönde bir ayırım yapıldığına dair bir işaret de çıkarmak mümkün değildir. Bu görüş yanlış bir öncülden hareket etmektedir: Kasıtlı olmayan (iyi niyetli) aracının büyük bir kesinlikle sonuca gideceği, öyle ki dolaylı failliğin bu formunun artan tehlikeliliği nedeniyle icranın başlangıcının burada erkene alınmasına haklılık kazandıracağı. Ancak burada da bütüncül çözümde olduğu gibi ‘saf nedensel süreç’ ve ‘insanın araç olarak kullanılması yoluyla nedensel süreç’ farkı vardır. Kasıtlı aracı durumunda suçun gerektirdiği belirsizlikler ve ortaya çıkabilecek zorluklar, kasıtlı aracının bu süreçte kasıtlı olmayan aracının bilemeyeceği bilgilere sahip olması sayesinde muhtemel engelleri aşmasıyla giderilebilir. Bazı özel zorluk arz eden fiiller ancak kasıtlı aracının yüksek kriminell enerjisi yardımıyla aşılabılır. Bu durumda bu olaylarda dolaylı failin sorumluluğunu daha sonraya ertelemek için bir neden yoktur. Ayrıca kasıtlı aracı ve kasıtsız aracı ayrımı çoğu olaylarda yapılamaz. Örneğin suça zorlanan bir aracının kasıtlı tam değildir. Benzer şekilde bilinçli taksirle hareket eden aracı durumunda da böyledir. Dolaylı failin ‘sorumlu failin’ arkasında olduğu olaylarda bu ayırım hiç yapılamaz. Örneğin kaçınılabılır hukuki hatanın söz konusu olduğu olaylarda ve suçu işleyecek olan aracının daha hafif bir suç işlediğini düşünmesi olaylarında böyledir. Son duruma örnek olarak aracının mağduru hafif bir şekilde yaralamayı düşündüğü, ancak gerçekte onun ağır yaralama hattâ öldürmek için aracı olarak kullanıldığı durum verilebilir.” Aynı yönde eleştiriler için bkz. Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 489, kn. 750; Önok, ss. 319-320.

“Hukukî konunun tehlikeye düşürülmesi” ölçütünü esas alan ve “hâkimiyet alanından çıkarma teorisi”<sup>1100</sup> yahut “azil-elden çıkarma teorisi”<sup>1101</sup> olarak adlandırılan hâkim teoriye göre ise, arka plândaki kişi “hukukî konuyu tehlikeye düşürdüğü an” teşebbüs sahasına girmekte; hukukî konu ise, kişinin nedensel seriyi başlatıp “yeniden müdahalesine gerek kalmayacak şekilde” akışına bırakması veya en geç ön plândaki şahsın elverişli davranışlarla doğrudan fiilin icrasına başlaması ile tehlikeye düşmektedir<sup>1102</sup>. Örneğin, yol yardım hizmeti veren C’yi aslında B’nin mülkiyetindeki otomobilin kendisine ait olduğuna ve arızalandığına inandıran A, C’yi konumunu ve plâkasını verdiği otomobili çekiciyle kendisine getirmeye ikna ettiği anda, hırsızlık suçuna teşebbüs etmiş sayılacaktır<sup>1103</sup>. Fikrimizce, bir defa, “hâkimiyet alanından çıkarma teorisi” olarak isimlendirilen bir teorinin “fiil hâkimiyeti” kuramıyla bağdaşmayacağı ortadadır<sup>1104</sup>. Öte yandan, “ön plândaki şahıs yahut fiil üzerindeki kontrolün kaybedildiği an” yerine, “arka plândaki kişinin

<sup>1100</sup> Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 204.

<sup>1101</sup> Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 257.

<sup>1102</sup> Bu görüşü savunan bazı yazarlar için bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 492; Heinrich, **Genel Kısım - I**, ss. 489-490, kn. 751: “*Haklı olarak burada baskın hukuksal değer tehlikeye girmesi teorisine göre, dolayısıyla fail için teşebbüs aşamasının başlangıcı, hukuksal değer doğrudan tehlikeye girdiği andır. Araç olarak kullanılan kişi suçun icrasına başlamışsa, ancak dolayısıyla fail olayın akışını elinde tutuyor ise ve kullanılan kişiye bir etki imkânı bırakmamışsa durum budur. Zira dolayısıyla fail etki imkânına sahip olmadığı an, nedensel seri tamamen akmaya başlamıştır. Neticenin etkisi dolayısıyla failin katkısını gerektirdiği sürece, fiil henüz hazırlık hareketi aşamasındadır. Zira dolayısıyla fail gidişatı tam olarak düzenleyememiştir. Buna karşılık, kullandığı kişi üzerinde etkisini bıraktığı an kontrolü kaybetmiştir. Burada birlikte faillik açısından bir fark bulunmaktadır. Çünkü dolayısıyla faillikte, birlikte faillikte olduğu gibi, müşterek bir hareket yoktur.*” Ayrıca bkz. Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 204: “*Aynı zamanda hâkim teori de olan ‘hukukî konunun tehlikeye düşürülmesi’ teori ise, icranın dolaylı fail bakımından ancak hukukî konunun doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesiyle başlayabileceğini de savunmaktadır. Bu ise, en geç aracının kanunî tipi doğrudan gerçekleştirmeye başlamasıyla gerçekleşmekle beraber, esas olarak dolaylı fail olayın kontrolünü hâkimiyet alanından çıkardığı ve başka bir müdahale imkânı olmaksızın bunu aracıya devrettiği anda da başlamış bulunmaktadır. Çünkü dolaylı fail, ancak başka bir tesir/nüfuz imkânına sahip olmadığı zaman nedensel zinciri tamamen harekete geçirmiştir. Ancak sonucun meydana gelmesi için hâlâ dolaylı failin bir müdahalesine ihtiyaç duyulması durumunda henüz hazırlık hareketi vardır; çünkü dolaylı fail olayın kontrolünü hâlâ elinde tutmaktadır. Buna karşın aracı üzerindeki kontrolünü bıraktığı zaman kontrolünü kaybetmiştir.*”

<sup>1103</sup> Örnekte, dolaylı faillik şeklinde işlenen bir mesafe suçu söz konusudur. Bu konuda bkz. Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 120, dpn. 333: “*Mesafe suçları failin hareketiyle kanunî tipin gerçekleşmesi arasında zaman ve yer bakımından büyük aralığın bulunduğu suçlar olarak tanımlanmaktadır ve genellikle dolaylı faillik kurumuna dâhil edilmektedir. Mesafe, hareketle sonuç arasında mağdurun kendisinin veya başka bir aletin konmasıyla da oluşabilir. Böylece bu olaylarda fail, sonuca ulaşmak için seçtiği bir araç vasıtasıyla mesafeyi aşmak zorundadır. Örneğin failin mağdurun evine postayla/kargoyla vs. bombalı paket göndermesi; mağdurun derisine etkisini yavaş yavaş gösterecek olan zehir enjekte etmesi. Bu olaylarda doğrudan doğruya başlamanın varlığı konusunda çeşitli kriterler ortaya atılmıştır. Bunlar: yapılan hareket dolayısıyla hukukî konunun tehlikeye düşmesi, failin olayın kontrolünü hâkimiyet alanından çıkarması, failin sadece sonucu doğurmaya yönelik hareketi yapması, mağdurun suç aracının etki alanına doğru hareketlenmesidir. ZACZYK, NK, § 22 Kn. 29.*”

<sup>1104</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 321.

nedensel seriyi başlatıp ‘yeniden müdahalesine gerek kalmayacak şekilde’ akışına bıraktığı an”ın icra başlangıcı kabul edilmesi de isabetli gözükmemektedir. Zira, verilen örnekte olduğu gibi, arka plândaki kişinin yeniden müdahalesine gerek bulunmaması, her zaman hukukî konunun tehlikeye sokulduğuna işaret etmemektedir<sup>1105</sup>.

Nihayet, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurma fiili ile bu şahsa işletilen fiilin arka plândaki kişi bakımından normatif bir bütün oluşturduğunu kabul eden “bütüncül çözüm teorisi”ne göre ise, arka plândaki kişi, davranışlarını suça vasıta kılmak istediği şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurmakla “suçun icrasında yararlanabileceği elverişli bir vasıta (tabiri caizse bir silâh<sup>1106</sup>)” yaratmakta ve bu açıdan irade hâkimiyetinin tesisi, gerek üç gerekse iki kişilik dolaylı faillik ilişkilerinde “hazırlık hareketi” niteliği taşımaktadır. Bizim de benimsediğimiz bu yaklaşıma göre, arka plândaki kişinin teşebbüs sahasına girmiş kabul edilebilmesi için, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kasten hâkimiyet kurması ve bu şahsın kastedilen fiilin icrasına elverişli davranışlarla başlaması zorunlu<sup>1107</sup> olup teşebbüs sahasını genel olarak hazırlık evresine doğru genişleten etki teorisinin kabulü imkânsızdır. Söz gelimi, hürriyetinden yoksun bıraktığı bir kimseyi zorlayıcı maddî veya manevî cebre başvurarak metamfetamin üretmeye zorlayan kişi, o kimse cebre

<sup>1105</sup> Teoriye yönelik diğer eleştiriler için bkz. Önok, ss. 321-322.

<sup>1106</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 21: “Kanaatimizce, fail açısından suç işlerken kullandığı silâh ne anlama geliyorsa, dolaylı fail açısından da araç olarak kullandığı kişinin hareketleri aynı anlama gelir. Yani, dolaylı failin silâhı, aracının hareketleridir. İcra hareketlerinin başlaması için, silahın kullanılması, en azından mağdura doğrultulması; aracının hareketlerinin mağdurun hukuksal değerini doğrudan doğruya tehlikeye düşürecek şekilde yönlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla, teşebbüs başlangıcı belirlenirken, dolaylı failin hareketlerine değil, araç olarak kullandığı kişinin hareketlerine bakılmalıdır. Bu durumda, aracıyı cebir veya tehditle birini öldürmeye zorlayan dolaylı failin zorlama hareketi, adam öldürme suçu açısından henüz icra hareketi değildir. Zira henüz, adam öldürme suç tipiyle korunan hukuksal değer olan yaşam hakkını tehlikeye düşüren bir hareket gerçekleştirilmemiştir.”

<sup>1107</sup> Bu teoriyi benimseyen bazı yazarlar için bkz. Çiçek, s. 143; Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar,” ss. 21-23; Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 205: “Dolaylı faillikte icranın ne zaman başladığı konusunda ileri sürülen ... görüşlerden ... bütüncül çözüme, bu olayların iştirak kabul edilmesi durumunda icranın ne zaman başlayacağı konusundaki anlayışa benzer olduğu için katlıyoruz.” Bu teoriyi kabul etmemekle birlikte, başarılı bir şekilde aktaran bir yazar için bkz. Heinrich, **Genel Kısım - I**, ss. 487-488, kn. 748. Ayrıca bkz. Bertold Kadel, **Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft-versuchte mittelbare Täterschaft**, GA, 1983, s. 307; Köhler, s. 541; Ralf Krack, **Der Versuchsbeginn bei Mitttäterschaft und mittelbarer Täterschaft**, ZStW 100 (1998), s. 638; Kristian Kühl, **Strafgesetzbuch-Kommentar**, 25. Auflage, München: Vahlen, 2004, § 22, kn. 9; Jürgen Rath, “Grundfälle zum Unrecht des Versuchs”, **Juristische Schulung (JuS)**, 1999, s. 143; Günter **Strafrecht Allgemeiner Teil I - Die Straftat**, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns Carl, 2000, § 12, kn. 107’den aktaran Tozman, **Suç Teşebbüs**, ss. 201-202. Ayrıca bkz. Weddig, s. 679; Gropp, 2005, § 10, kn. 64’ten aktaran Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 258.

boyun eğip elverişli davranışlarla üretim faaliyetine başlamadıkça TCK m. 188'deki suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak, dolaylı failliğin bir iştirak türü olmaması ve bağlılık kuralının dolaylı faillik ilişkilerine uygulanamaması sebebiyle, bu zorunluluğu, TCK m. 40/3 hükmüyle değil, “kronolojik görüş”, “mağdurun faaliyet alanına taşma görüşü” ve “hukukî konunun tehlikeye düşürülmesi görüşü” ile ve TCK m. 35'teki “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” şartıyla açıklamak gerekecektir<sup>1108</sup>. Gerçekten de, örneğin, suç örgütü yöneticisi Y tarafından ölümle tehdit edilen P'nin bu tehdide boyun eğerek başka bir şehirdeki M'yi bacağından kurşunlamayı kabul ettiği olayda; manevî cebir altında suç işleme kararı alıp suçun icrası için tabanca temin ederek M'nin bulunduğu şehre doğru yola çıkan P'nin bu kararı ile suçun tamamlanma anına hayli uzak olan ve mağdurun faaliyet alanına taşmayan hareketleri M'nin hayat varlığı bakımından henüz somut bir tehlike yaratmamaktadır<sup>1109</sup>. Suç yolunda bu aşamaları bizzat geçtiğinde “doğrudan fail” sıfatıyla cezalandırılması henüz mümkün olmayan Y'nin, düşünce, karar ve hazırlık evrelerinin kapsamında kalan bu merhaleleri iradesine hâkim olduğu bir kimse (P) vasıtasıyla katettiğinde cezalandırılması içinse herhangi bir sebep bulunmamaktadır<sup>1110</sup>. Aynı şekilde, ön plândaki şahsın “davranışlarının suça

<sup>1108</sup> Aynı yönde bkz. Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 310. Aksi yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 547: “İştirakte bağlılık prensibini kabul eden kanunumuz, fail bir suçu işlemedikçe, yani hiç olmazsa icra hareketlerine başlamadıkça suça katılanların bu suç sebebiyle cezalandırılmayacağı kuralını benimsemiştir. (...) Dolaylı faillikte de suça yönlendirilen failin icra hareketlerine başlamaması hâlinde ... dolaylı failin de cezalandırılması mümkün olmaz.” Genel anlamda icra başlangıcının tespitine yönelik olarak ortaya atılan objektif veya subjektif ölçütlerden herhangi birini kategorik olarak doğru kabul etmek ve her olayı tek bir ölçütle çözüme kavuşturmak imkânsız olup hâkimin bütün ölçütlerden yararlanarak somut olayın şartlarına göre hakkaniyetli bir hüküm kurması gerekmektedir. Aynı yönde bkz. Toroslu/Toroslu, s. 305; Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 149. Ayrıca, “hazırlık evresi-icra evresi” ayrımını objektif bir zemine oturtmak amacıyla TCK m. 35/1 hükmüne konan “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü muğlak bir ölçüt olduğundan, ilgili ibareyi İCK m. 56'dan hareketle “şüpheyi yer vermeme” ölçütüyle birlikte yorumlamak isabetli olacaktır.

<sup>1109</sup> Önok, s. 316: “Bütüncül çözüm teorisinin bazen âdil sonuçlar doğurmayacağı da ortadadır: bir kimse ölüm tehdidi zoruyla başka bir kimseyi, örneğin bir yeri soymaya ikna etse ve eline tutuşturduğu silâhla söz konusu yere yollasa; telefonla irtibat hâlinde kalıp tehditlerini tekrarlasa, fakat soyulacak yere gelen kişi araçtan inip kapıya yaklaştığı an vazgeçse, arka plândaki kişiyi teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.” Fikrimizce, nasıl ki arka plândaki kişi anılan davranışları bizzat gerçekleştirdiğinde bunlar “hazırlık hareketi” kabul ediliyor ve teşebbüsten (TCK m. 35, 37/1) söz edilemiyorsa, bu davranışlar iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahısça gerçekleştirildiğinde de yine teşebbüsten (TCK m. 35, 37/2) söz edilemeyecektir.

<sup>1110</sup> Toroslu, **İsnat Yeteneği**, ss. 122-123: “... kişinin suç işleyebilmesi için gerekli koşulu yaratan davranış, bu suçun icra sürecinin bir parçası değildir ve bununla karıştırılmamalıdır. İlk davranış, yalnızca işlenen suça nazaran bir öncül niteliğindedir ve elverişsiz, yetersiz olması nedeniyle kişinin sonraki davranışıyla suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs dahi teşkil etmeyecektir. Örneğin kişinin bir cinayet işlemek için kendini sarhoş etmesi, hırsızlık suçu için bir merdiven temin etmesinden farksızdır. Merdiven temin etmek hırsızlık suçunun icra hareketi olmadığı gibi, adam öldürme suçu açısından da sarhoş olmak bir icra hareketi niteliğinde değildir. Bu iki örnekteki merdiven temin etmek ve sarhoş olmak eylemlerinin tipik fiilin parçası oldukları söylenemez. Kendini

vasıta kılınmak istendiğini bilmediği”, örneğin irade hâkimiyetinin ağır basan bilgiye dayandığı hâllerde de aksi kabulü gerekçelendirmek güç olup “ayrımcı teori”nin getirdiği ayırım yasal dayanaktan yoksundur.

İki kişilik (davranışları suça vasıta kılınan şahsın aynı zamanda suçun mağduru olduğu) dolaylı faillik ilişkilerinde de, her ne kadar “iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğu anda” mağdurun faaliyet alanına girilmekte ve hukukî konu ağır bir somut tehlike altına sokulmaktaysa da, esasen “irade hâkimiyetinin kurulması” ile yine yalnızca “icraya elverişli bir araç” yaratılmakta, suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmamaktadır. Buna göre, örneğin, çocuğunu öldürmekle tehdit ettiği bir kimseyi bileklerini keserek intihara zorlayan ve “iradesi üzerinde hâkimiyet kurmakla” o kimsenin davranışlarını kasten öldürme suçu bakımından “elverişli bir vasıta” hâline getiren kişi amaç suç (kasten öldürme suçu) yönünden “hazırlık hareketi” niteliğindeki tehdit eylemi (araç suç) sebebiyle TCK m. 106 çerçevesinde cezalandırılacak; fakat o kimse bıçağı eline alıp bileğine götürmedikçe amaç suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır<sup>1111</sup>.

---

*hırsızlık suçunu işlemek amacıyla isnat yeteneğinden mahrum bırakan kişi gibi, bir başkasını kendisi için hırsızlık yapması amacıyla isnat yeteneğinden yoksun hale getiren kişi de, kanunun ilgili maddesinde gösterilmiş olan tipik fiili işlemeye başlamamaktadır: ne başkasının taşınır bir malını almakta, ne de bu şekilde almaya elverişli olan birtakım başka davranışları gerçekleştirmektedir. Isnat yeteneğinden mahrumiyet durumunu yaratan faaliyetlerin tipik fiilin bir parçası sayılması, yine failin genişletici bir anlayışının kabulüne sebep olacak ve kanunilik ilkesiyle çelişecektir.”*

<sup>1111</sup> **Yargıtay 1. CD**, T. 26/02/2014, E. 2014/4105, T. 2014/1172: “... mağdurenin bu eyleme dayalı olarak intihara teşebbüs etmediği olayda ... sanığın kastının mağdurenin intihar etmesine yönelik olmayıp, davranışlarını sürdürmesi hâlinde yaşamına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit etmekten ibaret olduğu ve TCK’nun 106/2-a maddesi uyarınca, cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi ... bozmayı gerektirmiş olup ...” Fikrimizce, sanığın mağdurenin iradesi üzerinde hâkimiyet kurarken “kasten öldürme suçunu işlemeyi kastettiği” şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olsa dahi, kastın varlığı teşebbüs sorumluluğu için yeterli olmayacak; tehdide maruz kalan şahıs intihara teşebbüs etmedikçe sanık amaç suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır. Artık terk ettiğimiz aksi görüş için bkz. Özyüksel, ss. 174-175: “... Yargıtay’ın ... 2014 tarihli ... kararında, ‘teşebbüs aşamasında kalmış intihara zorlama’ niteliğinde bir vakayı ele aldığı; on beş yaşındaki kız kardeşine silâh zoruyla intihar mektubu yazdırdıktan sonra elindeki silâhı mağdureye vermeye çalışan ve mağdurenin silâhı almaması üzerine yere doğru bir el ateş edip tehditler savurarak olay yerinden ayrılan sanığın ‘intihara zorlamaya teşebbüs’ten değil, salt ‘tehdit’ suçundan cezalandırılması gerektiğine kanaat getirerek md. 84/4 delâletiyle md. 29, 35, 62/1, 82/1-d ve e’den kurulan mahkûmiyet hükmünü bozduğu görülmektedir. Karar ayrıntılı incelendiğinde, özel dairenin bozma kararını ‘mağdurenin intiharına yönelik kastın bulunmaması’ gerekçesi üzerine inşa ettiği ve failin eylemini ‘hayat varlığına yönelik bir saldırıdan bahisle gerçekleştirilmiş nitelikli (md. 106/2-a) bir tehdit’ten ibaret saydığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, burada, öğretmeni ile ilişkisi olduğu sanılan kız kardeşine silâh zoruyla intihar mektubu yazdıran ve silâhı mağdurenin eline tutuşturmaya çalışan failin md. 84/4’teki suçu işlemeyi kastettiği, ardından elverişli hareketlerle bu suçun doğrudan doğruya icrasına başladığı ve fakat icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı; bu itibarla -kısaca- ‘intihara zorlamaya teşebbüs’ ettiği açıktır. Buna göre, failin, kız kardeşinin tabancayı almayacağını anlayıp suçu işlemekten ‘gönülsüzce’ vazgeçtiği ana kadarki hareketleri dolayısıyla ‘nitelikli intihara zorlamaya teşebbüs’ten (md. 84/4 sevkiyle, md. 35, 82/1-d ve e’den),

## 2. Dolaylı Faillikte Gönüllü Vazgeçme

“Gönüllü vazgeçme” kurumu TCK m. 36 ve 41’de düzenlenmiş olup ikinci hüküm “iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme”ye ilişkindir. Bu noktada, dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığı tartışması, dolaylı faillik ilişkisine uygulanacak gönüllü vazgeçme hükmünün saptanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Fakat, gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için, suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması, kısaca ortada cezalandırılabilir bir teşebbüsün bulunması gerektiği hususunda duraksamaya yer yoktur<sup>1112</sup>. Ayrıca, gönüllü vazgeçme “cezayı kaldıran kişisel bir neden” (TCK m. 41/1) olduğundan<sup>1113</sup>, davranışları suça vasıta kılınan şahsın teşebbüs sahasına girdikten sonra “gönüllü olarak<sup>1114</sup>” icra hareketlerinden vazgeçmesi veya neticeyi önlemesi, dolaylı failin suçtan gönüllü vazgeçmiş sayılmasına olanak sağlamayacak; dolaylı fail, ön plândaki şahsın vazgeçmesini sonradan onaylasa dahi, suça teşebbüsten cezalandırılacaktır<sup>1115</sup>.

Dolaylı failliği bir iştirak türü kabul eden ve dolaylı failin gönüllü vazgeçmesini TCK m. 41 kapsamında değerlendiren yaklaşıma<sup>1116</sup> göre, suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik gönüllü ve ciddi bir çaba ortaya koyan dolaylı fail, suçun “gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması” veya “bütün gayretine rağmen işlenmiş olması” hâllerinde, anılan hükümden yararlanabilecektir. (TCK m. 41/2) Teşebbüsten gönüllü vazgeçen dolaylı failin

---

*gönülsüz vazgeçmeyi müteakiben tabancayı ateşlemek suretiyle savurduğu tehditler dolayısı ile de ayrıca md. 106/2-a’dan tecziyesi gerekmektedir.”*

<sup>1112</sup> Hans Lilie / Dietlinde Albrecht, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch-Grosskommentar**, 1. Band, Berlin, 2003, § 24, kn. 309’dan aktaran Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 384. Aynı yönde bkz. Murat Arabacı, **Gönüllü Vazgeçme**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, Ocak 2014, s. 64.

<sup>1113</sup> Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 240; Aksoy İpekçioğlu, s. 144; Aydın, **İştirak**, s. 237.

<sup>1114</sup> “Gönüllülük” şartı hakkında bkz. Ali Emrah Bozbayındır, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede ‘Gönüllülük’ Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 1, İstanbul, ss. 87-169.

<sup>1115</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 662; Arabacı, s. 64; Önok, s. 322; Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 384; Şenol, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m. 41)”, s. 530; Vakkas Korhan Yeğrim, **Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2018, s. 208.

<sup>1116</sup> Bu yaklaşımı benimseyen bazı yazarlar için bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 662; Arabacı, s. 64; Cem Şenol, “... (TCK m. 41)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 10, Ankara, 2017, s. 511; Enes Yılmaz, “Suçun Özel Bir Görünüm Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, s. 2597; Koca/Üzülmüş, s. 428; Öztürk/Erdem, s. 336, kn. 604; Tozman, **Suçta Teşebbüs**, ss. 383-385; Yeğrim, ss. 206-209; Yavuz Erdoğan, “Gönüllü Vazgeçme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 13, s. 109.



vazgeçme anından önce işlediği suçlara ilişkin sorumluluğu ise kuşkusuz devam edecektir. (TCK m. 36)

Biz, dolaylı failliği -daha önce açıkladığımız nedenlerle- bir iştirak türü kabul etmediğimizden, dolaylı failin gönüllü vazgeçmesinde TCK m. 36 hükmünün uygulanması gerektiğini düşünüyor<sup>1117</sup>; dolaylı failin gönüllü vazgeçmesi ile davranışları suça vasıta kılınan şahsın gönüllü vazgeçmesini ayrı başlıklarda incelemenin daha isabetli olacağına inanıyoruz.

#### a. Dolaylı Failin Gönüllü Vazgeçmesi

TCK m. 36 hükmüne göre, dolaylı failin gönüllü vazgeçmesinden söz edilebilmesi için, öncelikle ortada cezalandırılabilir bir teşebbüsün bulunması ve arka plândaki kişinin “kural olarak” tipik davranışın icrasını ve/veya tipik neticenin gerçekleşmesini gönüllü olarak önlemesi icap etmektedir<sup>1118</sup>. Cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığı içinse, gerek üç gerekse iki kişilik (mağdurun davranışlarının suça vasıta kılındığı) dolaylı faillik ilişkilerinde, arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın iradesi üzerinde belli bir suç işleme kastıyla hâkimiyet kurması ve ön plândaki şahsın suçun doğrudan doğruya icrasına başlaması zorunludur.

Asgarî üç kişilik dolaylı faillik ilişkilerinde dolaylı failin gönüllü vazgeçmesini bir örnekle açıklamak gerekirse; hemşire H’ye bir kimseyi öldürmeye ancak yetecek dozda zehirle dolu bir şırınga veren ve onu şırınganın içerisindeki sözde ilâcı P’nin damarına zerk etmeye ikna eden F, hemşirenin iğneyi P’nin damarına batırmasıyla teşebbüs sahasına girmiş olacak ve “kural olarak” enjeksiyon işlemini durdurmak yahut işlem sonrasında gerekli tıbbî müdahaleyi sağlamak suretiyle ölüm neticesini gönüllü olarak önlemedikçe P’yi öldürmeye teşebbüsten “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>1119</sup>. Dolaylı failin suçun tamamlanmasını ön plândaki şahs

<sup>1117</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 323.

<sup>1118</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 323.

<sup>1119</sup> Aynı örneği TCK m. 41 çerçevesinde çözümleyen bir yazar için bkz. Yeğrim, s. 208: “Örneğin, bir kişinin bir şırınganın içerisine zehir koymak suretiyle hemşireye vermesi ve bu hemşirenin olaydan habersiz hastaya ilaç şırınga ettiğini zannederek zehir vermesi hemşire açısından aracı konumdadır ve hemşirenin suç kastı yoktur. Burada dolaylı failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için pasif hareketi yeterli olmayacaktır. Neticeyi önleme adına, fail, hastaya panzehir verilmesini sağlamalıdır;

yahut üçüncü bir kimse aracılığıyla önlemesi TCK m. 36 hükmünün uygulanmasına engel değildir<sup>1120</sup>. Ayrıca, ön plândaki şahıs üzerindeki irade hâkimiyetinin sonlandırılması zorunlu olmayıp<sup>1121</sup> suçun tamamlanmasını bu hâkimiyetten yararlanarak gönüllü şekilde önleyen dolaylı fail de pekâlâ TCK m. 36 hükmünden yararlanabilecektir<sup>1122</sup>. Örneğin, ölümle tehdit ettiği B'yi C'ye ait otomobile zaman ayarlı bomba yerleştirmeye zorlayan, fakat C'nin otomobile çocuklarıyla birlikte bineceğini öğrendikten sonra suç işleme kararından dönüp yine B'yi tehdit ederek bu bombayı otomobilden söktüren A, öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmayacaktır.

İki kişilik dolaylı faillik ilişkilerinde de, aynı şekilde, mağdurun iradesi üzerinde hâkimiyet kurup onun davranışlarını işlemeyi kastettiği suça vasıta kılarak bir tür “hazırlık hareketi” gerçekleştiren arka plândaki kişi, mağdurun fiilin icrasına başlamasıyla birlikte teşebbüs sahasına girmekte ve icrayı mağdurun davranışları vasıtasıyla sürdürmektedir. Örneğin, D'nin futbolcu F'yi “*Ya masanın üzerindeki 20 gram kokaini bir defada çekip altın vuruş yaparsın ya da çocuğunu gözlerinin önünde öldürürüm!*” şeklindeki sözleriyle tehdit ettiği olayda, D, tamamlanmış tehdit suçunun yanı sıra, F'nin bu tehdide boyun eğerek intihar etmeye karar verip bu kararın icrasına başladığı anda insan öldürmeye teşebbüsten (TCK m. 35, 81-82, 84/4) de sorumlu hâle gelmektedir. Bu andan itibaren, D, masanın üzerindeki kokaini üfleyip etrafa saçarak icradan gönüllü vazgeçebileceği gibi, kokainin etkisiyle bilincini kaybeden F'yi hastaneye yetiştirip kurtararak da TCK m. 36 hükmünden istifade edebilecektir. Öte yandan, asgarî üç kişilik dolaylı faillik ilişkilerinde olduğu

---

*eğer panzehir sonucunda netice gerçekleşmezse fail TCK m. 41/2-a hükmünden yararlanacaktır. Netice gerçekleşmesi halinde ise aktif davranışla neticenin gerçekleşmesi aynı anda ise gönüllü vazgeçme olmayacak farklı zamanlarda gerçekleşiyorsa TCK m. 41/2-b hükmü dikkate alınacaktır.”*

<sup>1120</sup> Tozman, **Suçta Teşebbüs**, ss. 384-385: “FYM, bir kararında; dolaylı failin (eski) Doğu Almanya sınırında mağdura ateş edilmesi emrini verdikten sonra, dağlık alanda gezen devriyeler vasıtasıyla onu kurtarması ve sınırlı da olsa tıbbî yardım sağlamasını dolaylı faili cezadan kurtarıcı vazgeçme olarak görmüştür. Mahkemeye göre, emri alanın davranışının dolaylı faile isnadı için, dolaylı failin suçun tamamlanmasını kendi kurtarma davranışıyla önlemediği veya önleyemediği için, aracının ya da üçüncü kişinin sonucu dolaylı failin talimatlarına göre önleyip önlemedikleri ve buna göre dolaylı failin bilinçli bir temsilcisi olarak davranıp davranmadıkları önemlidir.”

<sup>1121</sup> Aksi görüş için bkz. Şenol, “... (TCK m. 41)”, s. 530.

<sup>1122</sup> Tozman, **Suçta Teşebbüs**, s. 385: “Burada aracı, emre uygun kurtarma hareketini uygulayan kişi de olsa, bunu belirleyen emri verenin bilinçli bir temsilcisi olmasıdır. Ayrıca dolaylı failin daha iyi kurtarma imkânlarına sahip olup olmaması önemli değildir. Zorunlu olan, somut olayda dolaylı failin talimatlarının sonucun önlenmesine yönelik olması, sonucun dolaylı failin davranışı nedeniyle önlenmiş olması ve onun da bu bakımdan gönüllü davranmasıdır. Aracı olayın şeklinin değişmesinden dolayı tereddütte kalsa ve dolaylı failden açıklama istese bile, eğer dolaylı fail suçun icrasını devam ettirmez ve aracıyı da durdurursa cezadan kurtarıcı vazgeçme söz konusudur.”

gibi, burada da, gönüllü vazgeçme için irade hâkimiyetine son verilmesi zorunlu olmayıp irade hâkimiyetinden aksi yönde veya başka bir yönde yararlanılması mümkündür. Örneğin, tabancasını çocuğa doğrultmaya devam eden D “*Altın vuruştan vazgeçtim, şu küllüğü al ve diz kapağını tuzla buz et; bir daha futbol oynayamamak da sana ölüm sayılır!*” diyerek kastettiği suçu değiştirdiği takdirde, insan öldürmeye teşebbüsten gönüllü vazgeçmiş sayılacak ve F’nin diz kapağını kırmak üzere küllüğü havaya kaldırmasıyla birlikte bu defa yaralama suçuna teşebbüs etmiş olacaktır.

Belirtildiği gibi, dolaylı failliğin iştirak kurumunun kapsamı dışında kalması ve dolaylı faillikte gönüllü vazgeçmenin TCK m. 36 hükmüne tâbi olması sebebiyle, arka plândaki kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi için icra hareketlerini ve/veya suçun tamamlanmasını önlemesi “kural olarak” zorunlu olup esasen hükümde bu kurala herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bununla birlikte, “ön plândaki şahsın iradesi” ile “tipik fiil” üzerindeki hâkimiyetini gönüllü olarak sonlandırmasına rağmen icra hareketlerini önleyemeyen arka plândaki kişinin tamamlanmış suçtan sorumlu tutulması, bazı durumlarda, fiil hâkimiyeti kuramına aykırı düşebilir. Örneğin, ölümle tehdit ettiği B’yi C’nin lüks yatını patlatmaya zorlayan ve hazırladığı uzaktan kumandalı bombayla birlikte yatın bulunduğu yere gönderen, fakat B’nin bombayı yata yerleştirmesi üzerine suç işleme kararından gönüllü olarak dönüp B’ye telefonda “*Vazgeçtim, sana hiçbir şey yapmayacağım; derhâl sök o bombayı!*” diyen A, suç işleme fikrine fazlasıyla kapılan B’nin yatı özgür iradesiyle patlatması durumunda “mala zarar verme suçunun dolaylı faili” sayılamayacaktır. Ancak, bunun sebebi, TCK m. 41/2-b hükmü değil, tipik fiilin “A’nın eseri” kabul edilmesine dayanak oluşturan irade ve fiil hâkimiyetinin ortadan kalkmış bulunmasıdır. Aynı şekilde, B’yi çocuğunun da içinde bulunduğu uçağı düşürmekle tehdit ederek C’yi öldürmeye zorlayan A’nın suç işleme kararından gönüllü olarak vazgeçtiği, C’nin vücuduna elektrik vermeye başlayan B’ye suçun icrasına son vermesini söylediği, hattâ irade hâkimiyetini sürdürerek bu hâkimiyetten ters yönde yararlanmaya çalıştığı (örneğin B’yi “*Eğer C ölürse, eşin de ölür!*” şeklinde tekrar tehdit ettiği), fakat eylemden sadistçe haz alan B’nin A’yı umursamayarak icra hareketlerini sürdürdüğü ve neticeten C’yi öldürdüğü olayda, A, B’nin iradesi ve fiili üzerindeki hâkimiyetini gönüllü olarak sonlandırdığından, fikrimizce, TCK m. 36 hükmünden yararlandırılacaktır. Buna karşılık, icra hareketleri tamamlandıktan sonra

TCK m. 36 hükmünden yararlanmak isteyen dolaylı failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemesi her hâlde zorunludur<sup>1123</sup>. Dolayısıyla, söz gelimi, bayılıp direğe bağladığı C'yi metrelerce uzaktan B'ye gösteren ve B'yi bunun bir cansız manken olduğuna inandırarak C'nin bedenini kurşunlamaya sevk eden A, kurşunlanan C'yi gönüllü olarak tam teşekküllü bir hastaneye götürse de, C'nin hayatını kaybetmesi durumunda, tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

### **b. Davranışları Suça Vasıta Kılınan Şahsın Gönüllü Vazgeçmesi**

Davranışları suça vasıta kılınmak istenen şahsın gönüllü vazgeçmesinden söz edilebilmesi için belli bir suça teşebbüs etmiş olması zorunlu olup şahsın eyleminin suç oluşturmadığı (hukuka aykırılık ve/veya tipe uygunluk arz etmediği) hâllerde ön plândaki şahsın suça teşebbüsünden ve gönüllü vazgeçmesinden de bahsedilemeyecektir<sup>1124</sup>. Aynı şekilde, iradesi hâkimiyet altına alınan, fakat işletilmek istenen suçun doğrudan doğruya icrasına henüz başlamamış olan şahsın davranışları da, henüz hazırlık evresinde olması sebebiyle, TCK m. 35-36 hükümlerinin uygulama alanı dışında kalacaktır<sup>1125</sup>. Bu itibarla, davranışları suça vasıta kılınan şahsın gönüllü vazgeçmesi, ancak “fail arkasındaki dolaylı faillik” hâllerinde gündeme gelebilecektir<sup>1126</sup>.

<sup>1123</sup> Aynı yönde bkz. Maurach/Gössel/Zipf, 1989, § 49, kn. 103-106'dan aktaran Koca/Üzülmez, s. 428.

<sup>1124</sup> Örneğin, C'yi öldürmesi için A tarafından kasten meşru savunma koşulları içerisine sokulan B'nin “hukuka uygun öldürme” fiilinin doğrudan doğruya icrasına başladıktan sonra icra hareketlerini gönüllü olarak yarıda bıraktığı yahut icra hareketlerini tamamladıktan sonra ölüm neticesini gönüllü olarak önlediği olayda, B hakkında TCK m. 36 hükmü uygulanmayacak, “öldürmeye teşebbüs” yahut “kasten yaralama” suçlarından başlatılması muhtemel soruşturma veya kovuşturma takipsizlik yahut beraat kararı ile sonuçlandırılacaktır. Keza, bir kimsenin bir suçun aynı zamanda hem faili hem de mağduru olamaması sebebiyle, iki kişilik (mağdurun davranışlarının suça vasıta kılındığı) dolaylı faillik ilişkilerinde, ön plândaki şahsın eylemi tipik sayılamayacak ve dolayısıyla gönüllü vazgeçmesinden de söz edilemeyecektir. Örneğin, “Mavi Balina” isimli sözde oyuna katılarak kendisine verilen talimatları eksiksiz yerine getiren, oyunun sonunda “intihar etmemesi hâlinde annesinin öldürüleceği” yolundaki tehditlere boyun eğerek intihar kararı alan ve bileklerini kestikten sonra can havliyle kanamayı durdurup cankurtarana haber veren kimse, bileklerini kesmekle “bir başkasını öldürmeye teşebbüs” etmiş sayılmadığından, kendi ölüm neticesini önlemekle de suçtan gönüllü vazgeçmiş olmamaktadır. Oyun hakkında bkz. <https://www.bbc.com/turkce/41281200> (Erişim tarihi: 17/01/2019)

<sup>1125</sup> Aynı yönde bkz. Yeğrim, s. 206.

<sup>1126</sup> Aynı yönde bkz. Yeğrim, s. 206.

Dolaylı failliğin bir iştirak türü olmaması sebebiyle, ön plândaki failin gönüllü vazgeçmesi TCK m. 36 kapsamında ele alınacaktır<sup>1127</sup>. Buna göre, ön plândaki fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak; fakat tamam olan kısım suç oluşturduğu takdirde, o suçun cezaî sonuçlarına katlanacaktır. Örneğin, D'nin “mal varlığı bakımından zarara uğratma” tehdidine boyun eğerek kendisine verilen talimat doğrultusunda F'yi defalarca bıçaklayan ve akabinde vicdan azabı çekerek ölüm neticesini kendi çabalarıyla önleyen B yalnızca nitelikli kasten yaralama suçundan cezalandırılırken, D öldürmeye teşebbüsten “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

#### **D. Dolaylı Faillikte Etkin Pişmanlık**

“Gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli<sup>1128</sup>” olarak nitelendirilen, fakat gönüllü vazgeçmeden farklı olarak tamamlanmış suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini gidermeye (ortadan kaldırmaya yahut hafifletmeye) yönelik aktif çabayı ifade eden<sup>1129</sup> ve genel hükümler (TCK m. 1-75) yerine özel hükümler (TCK m. 76 vd.) arasında “yalnızca belirli suç tipleriyle ilişkili olarak” düzenlenen etkin pişmanlık, cezayı kaldıran veya cezayı azaltan kişisel nedenler arasında yer almaktadır<sup>1130</sup>. Bu itibarla, failliğin tüm görünüm şekillerine uygulanabilen bu kurumdan yararlanabilmesi için, dolaylı failin, Kanun'un aradığı çabayı o veya bu şekilde hâkimi olduğu bir fiille ortaya koyması gerekmektedir. Örneğin, hasmı (H) hakkında sahte bir yakalama emri düzenleyen ve bu sahte belgeyle aldattığı bir polis memuru (M) vasıtasıyla H'yi hürriyetinden yoksun kılıp huzuruna getirten kolluk amiri (A), H'yi “bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce, şahsına bir zararı dokunmaksızın, kendiliğinden (gönüllü olarak)” güvenli bir yerde serbest bıraktığı takdirde, TCK m. 110 hükmündeki cezayı azaltan kişisel nedenden yararlanacaktır. Belirtmek gerekir ki, A, H'yi bu güvenli yere bizzat götürüp bırakabileceği gibi, bunu M yahut iradesine hâkim olduğu bir başka kimse vasıtasıyla da gerçekleştirebilir.

<sup>1127</sup> Dolaylı failliği bir iştirak türü kabul etmekle birlikte, aynı sonuca ulaşan farklı yazarlar için bkz. Yeğrim, s. 206; Öztürk/Erdem, s. 336, kn. 604.

<sup>1128</sup> Koca/Üzülmez, s. 385.

<sup>1129</sup> Toroslu/Toroslu, s. 312.

<sup>1130</sup> Koca/Üzülmez, s. 385; Toroslu/Toroslu, s. 312.

Davranışları suça vasıta kılınan şahsın etkin pişmanlığından söz edilebilmesi içinse, bu şahsın tamamlanmış suçtan sorumlu olması ve bu suçun etkilerini gidermeye yönelik gerekli aktif çabayı ortaya koyması icap etmektedir. Dolayısıyla, örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (TCK m. 109) taksirli şekli suç sayılmadığından, son örnekte, yakalama emrinin sahteliğini fark edip A'yı güvenli bir yerde serbest bırakan M'nin etkin pişmanlığından söz etmek de mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, TCK m. 28 uyarınca boyun eğilmemesi gereken bir manevî cebre (örneğin eşinin “suç işlemediği takdirde kendisini terk edeceği” yönündeki korkutmasına) boyun eğerek hırsızlık suçunu işleyen ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen iade veya tazmin suretiyle tamamen gideren kişi, işlediği kusurlu haksızlık bakımından TCK m. 168/1'den yararlanacaktır.

### E. Dolaylı Faillikte Suça İştirak

Dolaylı faillik şeklinde işlenen suçlara azmettirme, yardım etme veya müşterek faillik biçiminde iştirak mümkündür<sup>1131</sup>.

Suç işleme düşüncesi bulunmayan bir şahsın iradesine etki ederek o şahsın belli bir suçu işlemesinde ilk ve etkili psikik nedeni yaratan kimse, şahsın teşebbüs sahasına girmesiyle “azmettiren” olarak sorumlu hâle gelecektir. (TCK m. 38/1) Azmettirilen şahsın suçu hangi faillik statüsünde işlediğinin bir önemi bulunmadığından, “suça azmettirilen doğrudan fail” veya “suça azmettirilen müşterek failler” gibi, “suça azmettirilen dolaylı fail”den söz etmeye de bir engel bulunmamaktadır<sup>1132</sup>. Örneğin, A tarafından hırsızlığa azmettirilen ve azmettirmeye konu suçu iradesine hâkim olduğu üçüncü bir şahsın (Ü'nün) davranışları aracılığıyla işleyen D'nin durumu böyledir. Dolaylı failin üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılarak suça azmettirilmesi hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacak; suça azmettirilen dolaylı failin çocuk olması durumunda, cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmayacaktır. (TCK m. 38/2) Azmettirenin kimliğinin ortaya çıkmasını sağlayan faillerin cezası ise, TCK m. 38/3 uyarınca indirilecektir.

<sup>1131</sup> Aynı yönde bkz. Aydın, **İştirak**, s. 147.

<sup>1132</sup> Aydın, **İştirak**, s. 147: “Dolaylı fail, A'yı öldürmesi için B tarafından azmettirilmişse ve dolaylı fail bu işi akıl hastası C aracılığıyla yapmışsa, B dolaylı faili azmettirdiği için sorumlu olacaktır.”

Dolaylı faillik şeklinde işlenen suça “yardım eden” sıfatıyla iştirak, keza, mümkün<sup>1133</sup> olup yardım niteliğindeki katkı dolaylı faile veya ön plândaki şahsa yönelik olarak sunulabilir. Örneğin, suç işleme kararını kuvvetlendirerek (TCK m. 39/2-a) B’yi suçun icrasına başlama hususunda yüreklendiren ve neticeten B’nin kastedilen suçu işlemesini sağlayan A, B’nin faillik statüsü ne olursa olsun, söz konusu suçtan “yardım eden” sıfatıyla sorumlu olacaktır. Aynı şekilde, K tarafından iradesine hâkim olunan ve davranışları suça vasıta kılınan L’ye tipik fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan (TCK m. 39/2-b) M de, yine suça yardım sebebiyle cezalandırılacaktır. A ve M’nin TCK m. 39 çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için “suç oluşturan bir fiilin işlendiğini ve bu fiile kendi davranışlarıyla katkı sağladıklarını bilmeleri ve bunu istemeleri” gerekli<sup>1134</sup> ise de, suçun dolaylı faillik şeklinde işlendiğini veya işleneceğini bilmeleri şart değildir.

Dolaylı faillik ilişkisi içerisinde işlenen suça “müşterek fail” sıfatıyla iştirak de farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Burada akla gelen ilk olasılık, iki kişinin (D<sub>1</sub> ve D<sub>2</sub>’nin) iradesi üzerinde birlikte hâkimiyet tesis ettikleri bir şahsın (Ş’nin) davranışlarını suça vasıta kılarak işlemeyi kastettikleri tipik fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurmaları olasılığıdır. “Müştereken dolaylı faillik<sup>1135</sup>” olarak isimlendirilen bu olasılıkta, arka plândaki kişiler ön plândaki şahsın iradesi üzerindeki hâkimiyetleri sebebiyle “dolaylı fail” sayılırken, fiil üzerindeki fonksiyonel hâkimiyetlerinden ötürü aynı zamanda “müşterek fail” sıfatını da taşımaktadırlar. Örneğin, A ve B’nin birlikte C’yi intihara zorladıkları olayda durum böyledir. Akla gelen bir diğer olasılık, “fail arkasındaki dolaylı faillik” hâllerinde, ön plânda yer alan iki veya daha çok sayıdaki şahsın fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurması olasılığıdır. Örneğin, L ve M’nin K tarafından “mal varlığı itibarıyla zarara uğratılmakla” tehdit edilerek O’yu öldürmeye zorlandığı olayda, K, “müşterek faillerin arkasındaki dolaylı fail” olarak cezalandırılacaktır.

<sup>1133</sup> Aydın, **İştirak**, s. 147: “Örneğin, dolaylı fail suçta kullanmak istediği kişiyi uyuşturabilmek için B’den uyuşturucu temin ederse, B yardım eden olarak sorumludur.”

<sup>1134</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 168.

<sup>1135</sup> Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, ss. 244-245.

## F. Davranışları Suça Vasıta Kılınan Şahsın Dolaylı Failin Kastını Aşan Bir Suç İşlemesi

Bir suçun dolaylı faili olabilmesi için kişinin suçun kanunî tanımındaki tüm unsurları bilip istemesi<sup>1136</sup> ve iradesi üzerinde kasten hâkimiyet kurduğu şahsın davranışlarını o suça yine kasten vasıta kılması<sup>1137</sup> zorunlu olduğundan, taksirli suçların dolaylı faillik şeklinde işlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, davranışları suça vasıta kılınan şahıs “dolaylı failin kastını aşan bir suç” işlediğinde, arka plândaki kişi, kastettiği suçların tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış şeklinden “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılırken, kastını aşan kısımdan bu sıfatla sorumlu tutulamayacaktır<sup>1138</sup>. Örneğin, A tarafından M’nin iç çamaşırlarını çalmaya sevk edilen kleptoman K’nin M’ye cinsel saldırıda bulunduğu olayda durum böyledir<sup>1139</sup>. Bununla birlikte, arka plândaki kişinin aşkın kısma ilişkin taksirli sorumluluğu saklı<sup>1140</sup> olup tüm şartların mevcudiyeti hâlinde kişi “taksirli suçun doğrudan faili” sıfatıyla cezalandırılacaktır. Böyle durumlarda, ilk olarak dolaylı failin kastetmediği suçların taksirle işlenip işlenemeyeceği araştırılmalı (TCK m. 22/1)<sup>1141</sup>, eğer suç taksirle işlenebilen suçlardansa özen yükümlülüğü ve neticenin dolaylı faile objektif isnadiyeti bakımından gerekli değerlendirmeler yapılmalıdır.

<sup>1136</sup> Demirbaş, s. 515.

<sup>1137</sup> Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 231.

<sup>1138</sup> Karabeyeser, “Suça İştirak”, s. 62; Koca/Üzülmez, s. 404; Önok, s. 308; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 93; Zafer, s. 426. Aynı yönde bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 168’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 13; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**, München: C. H. Beck, 3. Auflage, 2015, § 27, kn. 49’dan aktaran Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 278.

<sup>1139</sup> Bir başka örnek için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 13: “*Örneğin, A akıl hastası B’yi eline bir balyoz verip C’nin otomobilinin camlarını kırması için yönlendirir. Ancak B, mala zarar verme suçu yerine, adam öldürme suçunu işler. Böyle bir durumda A, kasten adam öldürme suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulamaz. Zira A, adam öldürme suçu açısından hem kasten hareket etmemiş, hem de B’yi C’yi öldürmesi için yönlendirmemiştir. A, B’nin icra ettiği, adam öldürme fiili üzerinde hâkimiyet kurmamıştır.*”

<sup>1140</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 685; Çiçek, ss. 132-133; Demirbaş, s. 517; Hacıfazlıoğlu, s. 337; Koca/Üzülmez, s. 404; Önok, s. 310; Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 719; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 83; Şohoğlu, s. 119; Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 235; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 93; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 278; Zafer, s. 426. Dolaylı faillığı bir iştirak türü kabul eden ve taksirli suçların iştirake elverişli olmaması sebebiyle arka plândaki kişinin aşkın kısma ilişkin olarak taksirli sorumluluğundan söz edilemeyeceğini savunan bir yazar için bkz. Efekan Kaptan, “Ceza Hukukunda Suça İştirak”, **Terazi Hukuku Dergisi**, Sayı: 96, Ankara, Ağustos 2014, s. 35.

<sup>1141</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 14; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 278. Ayrıca bkz. Çiçek, s. 133: “*Örneğin; A, B’ye kendisine ait olduğunu söylediği bir eşyayı C’den almasını ister. Ancak gerçekte eşya A’ya ait değildir. Bu doğrultuda ilgili eşyayı almak üzere C’nin yanına giden B, cebir kullanmak suretiyle bu eşyayı C’den alır. Bu örnekte yer*



İradesi hâkimiyet altına alınan şahıs, dolaylı failin kastettiği suçtan başka bir suç<sup>1142</sup> veya bu suçun yanı sıra ikinci bir suç<sup>1143</sup> işleyebileceği gibi, sevk edildiği suçun nitelikli hâlini<sup>1144</sup> ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini<sup>1145</sup> de gerçekleştirebilir.

Dolaylı failin aşkın kısma ilişkin taksirli sorumluluğundan söz edilebilmesi için “ön plândaki şahsın işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi” gerektiğini savunan bir kısım yazara göre, iradesi cebren hâkimiyet altına alınan şahıs dolaylı failin kastını aşan bir suç işlediği takdirde, dolaylı fail bu suçtan sorumlu tutulamayacaktır<sup>1146</sup>. Fikrimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira,

---

*aldığı üzere A, hırsızlık suçunun işlenmesinde B'yi araç olarak kullanmak suretiyle, hırsızlık suçundan dolaylı fail sıfatıyla sorumlu olacaktır. Ancak araç kişi olan B'nin, arka planda yer alan A'nın işlemeyi düşünmediği cebir suçu bakımından sorumluluğu, ancak ilgili suçun taksirle işlenebileceği öngörülmüşse söz konusu olacaktır. Dolayısıyla burada cebir suçuna ilişkin olarak suçun arka planında yer alan A'ya, bu suç niteliği itibarıyla taksirle işlenemeyeceğinden, herhangi bir sorumluluk verilmeyecektir.”*

<sup>1142</sup> Örneğin, A tarafından C'yi silâhla tehdit (TCK m. 106/2-a) etmeye sevk edilen akıl hastası B'nin C'yi öldürdüğü (TCK m. 81) olayda, B'nin elindeki tabancayla C'yi öldürmesi objektif açıdan öngörülebilir bir netice olup özen yükümlülüğünü ihlâl eden A “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan faili” olarak cezalandırılabilir. Bir başka örnek için bkz. Koca/Üzülmez, s. 404: “A, safça bir kişi olan B'ye kendisinin olduğunu söylediği aslında C'ye ait olan bir eşyayı kendine getirmesini söyler. B eşyayı alır, fakat olay yerinden ayrılırken C'yi döver. A, kasten hareket etmeyen B'yi kullanarak dolaylı fail olarak hırsızlık suçunu işlemiştir. Ancak A aynı zamanda B'nin C'yi dövmesi nedeniyle taksirle yaralamadan sorumlu tutulabilecektir.”

<sup>1143</sup> Örneğin, A tarafından dört yaşındaki C'yi yaralamaya sevk edilen altı yaşındaki B'nin C'yi yaralarken aynı zamanda tahkir ve tehdit ettiği olayda, B'nin C'yi tahkir ve tehdit etmesi objektif açıdan öngörülebilir ise de, hakaret ve tehdidin taksirli şekilleri suç sayılmadığından, A'nın hakaret ve tehdit suçlarına ilişkin taksirli sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, eğer A, B'nin C'ye karşı söz konusu suçları işleyebileceğini öngörmüş ve bunu göze almış ise, olası kastı sebebiyle ayrıca hakaret ve tehdit suçlarının da dolaylı faili sayılabilecektir. Bu konuda bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 279: “Kanaatimizce bu durumda olası kastın da göz ardı edilmemesi gerekir. Özellikle akıl hastaları veya uyuşturucu madde etkisi altında olan kişilerin araç olarak kullanıldığı suçlarda meydana gelen sınırı aşan başka birtakım suçların sırf taksirle işlenmesi mümkün olmadığı cihetle cezasız bırakılması kanaatimizce doğru değildir. Dolayısıyla ... taksirli şekilde işlenmesi mümkün olmayan mala zarar verme gibi suçların işlenmesinin olası kasıt kurumu sayesinde cezasız kalması engellenmiş olur.” Bu gibi durumlarda, arka plândaki kişinin olası kasta dayalı sorumluluğundan söz etmek mümkünse de, olası kasıt kurumunun “kişinin cezasız kalmasını önleyen bir müessese” olarak görülmesi doğru değildir.

<sup>1144</sup> Örneğin, A tarafından C'yi yumrukla yaralamaya zorlanan B'nin C'yi silâhla yaraladığı olayda durum böyledir. Suçun nitelikli unsurları kastın kapsamında kaldığından (TCK m. 30/1-2), suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlinin icrasına yönelik kastı bulunmayan A, burada TCK m. 86/3-e hükmünden cezalandırılmayacaktır.

<sup>1145</sup> Örneğin, A tarafından C'yi falakaya yatırmaya zorlanan B'nin falakada C'nin tarak kemiğini kırdığı (TCK m. 87/3) olayda durum böyledir.

<sup>1146</sup> Aydın, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, s. 208: “Davranışları dolaylı fail tarafından denetlenen kişinin, dolaylı failin istediği sınırı aşması hâlindeyse, dolaylı failin sorumluluğunun taksir hükümlerine göre belirlenmesi ileri sürülmüştür. Ancak bu çözümün kabul edilebilmesi için denetlenen kişinin belli bir suçu işlediğinin farkında olması gerekir. Örneğin verilen uyuşturucunun etkisiyle tamamen denetim altına alınan kişi, suç işlediğinin farkında değildir; çünkü anlama ve isteme yeteneği ortadan kaldırılmıştır. Cebredilerek suç işlemesi sağlanan kişi ise suç işlediğinin ve

her şeyden önce, zorlayıcı cebir ön plândaki şahsın anlama yeteneğini kaldırmadığından, önerme ile dipnotta verilen örnek çelişmektedir. Öte yandan, zorlayıcı cebre maruz kalan şahsın dolaylı failin kastının sınırlarını taksirle aştığı hâllerde, arka plândaki kişinin “taksirli suçun doğrudan faili” sıfatıyla cezalandırılmasına bir engel yoktur<sup>1147</sup>. Örneğin, uçağa yetişmek için bindiği taksinin sürücüsünü silâhla tehdit edip aracı “kişilerin hayat, sağlık veya mal varlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde” sürmeye zorlayarak TCK m. 179/2’de düzenlenen suçun dolaylı faili hâline gelen kişi, üçüncü bir kimsenin ölmesi yahut yaralanması ve bu istenmeyen neticelere yönelik taksirinin tespit edilmesi durumunda, ayrıca bu suçların taksirli şeklinin (TCK m. 85 veya 89) doğrudan faili kabul edilebilecektir<sup>1148</sup>. Zorlayıcı cebre maruz kalan şahsın dolaylı failin kastının sınırlarını olası veya doğrudan kasıtle aştığı hâllerde ise, arka plândaki kişinin aşkın kısımdan sorumlu tutulamayacağı kuşkusuzdur<sup>1149</sup>.

### G. Dolaylı Faillikte Sapma

Davranış ile başlatılan nedensel sürecin fail tarafından öngörülenden farklı şekilde gelişmesini ifade eden ve iradenin -oluşum sürecindeki değil- gerçekleştirilmesi sürecindeki hataya karşılık gelen “sapma”, ilki “nedensellik bağında”, ikincisi “hedefte” ve sonuncusu “suçta” olmak üzere, üç farklı şekilde ortaya çıkabilir<sup>1150</sup>. “Sapmadan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” konusu daha önce ilgili başlıkta ele alındığından, burada yalnızca “iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın suça vasıta kılınan davranışı ile başlatılan nedensel sürecin dolaylı fail tarafından öngörülenden farklı şekilde gelişmesi” olasılığı değerlendirilecektir.

---

*olan bitenin farkındadır, ancak iradesi ortadan kaldırılmıştır. Örneğin cebredilerek A’yı öldürmesi için zorlanan kişi, bunu bir avantaja çevirerek A’nın yanı sıra bir başka kişiyi de öldürmüşse, dolaylı fail bu farklı suçtan sorumlu tutulmaz. Çünkü denetlenen kişinin anlama ve isteme (isnat) yeteneği tamdır, sadece A’yı öldürmesi için zorlanmıştır. Bu kişinin ölümü açısından ceza sorumluluğu olmasa da kendi iradesiyle işlediği diğer suçlardan tek başına sorumlu olmalıdır.”* Yine bu yönde bkz. Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 83.

<sup>1147</sup> Özen, **Genel Hükümler**, s. 637.

<sup>1148</sup> Gülşen, s. 168.

<sup>1149</sup> Aynı yönde bkz. Aydın, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, s. 208; Özen, **Genel Hükümler**, s. 637; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 84; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 279.

<sup>1150</sup> Güngör, **FaİL Üzerinde Hata**, ss. 88-89.

Bir kimsenin istediği tipik neticeyi “iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu şahsın davranışları vasıtasıyla” gerçekleştirdiği ve fakat nedensel sürecin arzu ettiğinden farklı bir şekilde geliştiği “nedensellik bağında sapma” hâllerinde, arka plândaki kişinin sorumluluğu kasıt ve taksire ilişkin genel ilkeler çerçevesinde belirlenecektir<sup>1151</sup>. Bize göre, neticenin belirli bir nedensellik ilişkisi içinde meydana gelmesinin zorunlu sayıldığı bağlı hareketli suçlarda bu türden bir sapma kastı kaldırırken<sup>1152</sup>, serbest hareketli suçlarda yalnızca “gerçekleşen nedensellik sürecinin atipik olduğu” ve/veya “neticenin objektif olarak faile yüklenemediği” hâllerde kastın kalktığından söz edilebilmektedir<sup>1153</sup>. Bu çerçevede, nedensellik bağında sapmanın kastı kaldırmadığı durumlarda arka plândaki kişinin “dolaylı fail” sıfatıyla sorumluluğu devam edecek, arka plândaki kişinin kastının kalktığı hâllerdeyse dolaylı faillikten söz edilememekle birlikte “doğrudan fail sıfatıyla taksirli sorumluluk” gündeme gelebilecektir.

Doktrinde, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın davranışları ile başlatılan nedensel süreçte istenen neticenin “hedef alınan şahıstan başka bir şahıs üzerinde” gerçekleştiği “hedefte sapma” hâllerinde, arka plândaki kişinin meydana gelen tüm neticelerden her hâlde “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacağı ileri sürülmüş<sup>1154</sup> ise de, fikrimizce arka plândaki kişinin sorumluluğu burada da kasıt ve taksire ilişkin genel esaslara göre tespit edilecek ve kastın söz konusu olduğu durumlarda “dolaylı faillik”ten, taksirli sorumluluk hâllerinde ise “doğrudan faillik”ten bahsedilecektir<sup>1155</sup>. Daha önce ifade edildiği gibi, tek neticeli sapmada, “istenen fakat gerçekleşmeyen netice” bakımından teşebbüs, “hedefte sapma sebebiyle gerçekleşen netice” bakımından olası kasıt veya taksir hükümlerine göre hüküm kurulurken; çift

<sup>1151</sup> Aydın, **İştirak**, s. 204: “Sapma nedenleri ve sapma hâlinde uygulanacak hükümler TCK’de açıkça düzenlenmemiştir. Hatayı düzenleyen 30. maddenin gerekçesinde hata hükümlerinin saptaya da uygulanacağı ve şahısta sapmanın fikrî içtima hükümlerine göre çözümleneceği belirtilmiştir. Ancak hem hata ile sapmanın nitelik olarak farklılığı hem de hedefte saptada fikrî içtima hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülerek bu çözüm eleştirilmiştir. Öte yandan kanunilik ilkesi nedeniyle gerekçede belirtilenler yargıcı bağlamayacaktır. Bu durumda sorun kusurluluğa dair genel ilkelere göre çözümlenmelidir.”

<sup>1152</sup> Aynı yönde bkz. Mantovani, 2001, s. 398’den naklen Güngör, **Faîl Üzerinde Hata**, s. 92; Toroslu/Toroslu, s. 277.

<sup>1153</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 458; Koca/Üzülmez, s. 232; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 329.

<sup>1154</sup> Demirbaş, s. 517; Hacıfazlıoğlu, s. 337; Karabeyeser, “Suça İştirak”, s. 62. Ayrıca bkz. Önok, s. 310: “... ağaç küttiği olduğu zannıyla bir insana ateş ettirilen kişi, sapma sonucu başka bir kişiyi vurursa, dolaylı failin sorumluluğu, vurulmasını kastettiği kişi vurulmuşçasına tespit edilecektir.”

<sup>1155</sup> Güngör, **Faîl Üzerinde Hata**, ss. 96-99; Toroslu/Toroslu, s. 275-276.

neticeli sapmada, “istenen ve gerçekleşen netice” bakımından doğrudan kasta, ikinci netice bakımından ise olası kasta yahut taksire dayalı sorumluluk gündeme gelecektir<sup>1156</sup>. Buna göre, örneğin, B’nin A tarafından ölümle tehdit edilerek C’yi bacağından kurşunla yaralamaya zorlandığı olayda, A, sıkılan kurşunun C’ye isabet edip etmemesine göre C bakımından “tamamlanmış” veya “teşebbüs aşamasında kalmış” yaralama suçunun dolaylı faili kabul edilecek; hedefte tek veya çift neticeli sapma sebebiyle D’nin (de) yaralanması hâlinde ise, bu netice bakımından olası kastı varsa “dolaylı fail”, taksiri varsa “doğrudan fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

İradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın davranışlarının istenen neticeden farklı veya bu neticenin yanında doğrudan kastedilmeyen ikinci bir neticeye yol açarak farklı bir suça daha vücut verdiği<sup>1157</sup> “suçta sapma” hâllerinde de, yine, sorumluluğun tespitinde kasıt ve taksire ilişkin genel esaslara başvurulacak<sup>1158</sup>; işlemek istediği suçun “tamamlanmış” veya “teşebbüs aşamasında kalmış” şeklinden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu olan arka plândaki kişi, doğrudan kastetmediği hâlde gerçekleşen suç bakımından olası kastı varsa “dolaylı fail”, taksiri varsa “doğrudan fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır.

## H. Dolaylı Faillikte Hata

### 1. Arka Plândaki Kişinin Hataya Düşmesi

#### a. Ön Plândaki Şahsın Kusur Yeteneği Konusunda Hata

Arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın kusur yeteneği konusunda hataya düşmesinde başlıca iki olasılık söz konusudur. Ön plândaki şahsın kusur yeteneğine sahip zannedildiği ilk olasılıkta, arka plândaki kişinin kusur yeteneğinden yoksun şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğunu ve düştüğü hatanın “önemsiz” olduğunu savunan azınlıktaki bir kısım yazara göre, arka plândaki kişiyi “dolaylı fail” kabul etmemek için hiçbir sebep bulunmamaktadır<sup>1159</sup>. Fiil üzerinde hâkimiyet kurma

<sup>1156</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 16; Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 93-96; Toroslu/Toroslu, s. 274-275.

<sup>1157</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, s. 89.

<sup>1158</sup> Güngör, **Fiil Üzerinde Hata**, ss. 104-105; Toroslu/Toroslu, s. 276.

<sup>1159</sup> Schmidt, “Die mittelbare Täterschaft”, s. 131; Mayer, s. 529’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 255. Buna yakın bir görüş için bkz. Ranieri, **Concorso**, s. 186; Şen, s. 121’den aktaran Aydın, **İştirak**, s. 203. Ayrıca bkz. Aydın, **İştirak**, ss. 203, 224: “Eğer, ‘dolaylı fail’ aslında isnat yeteneği olmayan kişinin isnat yeteneği olduğunu zannederek (isnat yeteneği olmadığı konusunda hataya düşerek) onu

bilincinden yoksun bulunan arka plândaki kişinin fiile hâkim olamayacağını savunan diğer bir kısım yazara göre, bu olasılıkta kişi ancak “şerik” sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir<sup>1160</sup>. Oysa, fikrimizce, bu gibi hâllerde, arka plândaki kişi kusur yeteneğinden yoksun bulunan şahsın iradesi üzerinde hâkim pozisyona gelmekte, ancak bu hâkimiyeti kasta dayanmamaktadır<sup>1161</sup>. (TCK m. 30/1) Dolaylı fail ise iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- ‘bilerek ve isteyerek’ hâkim olduğu bir kişinin davranışlarını işlemeyi kastettiği suça vasıta kılan gerçek kişiyi ifade etmekte olup “dolaylı fail” addedilebilmesi için kişinin ön plândaki şahsın iradesi ile tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurduğunu ve bu şahsın davranışlarını suça vasıta kıldığını bilmesi ve bunları istemesi gerekmektedir<sup>1162</sup>. Buna göre, kusur yeteneğinden yoksun olduğunu bilmediği bir şahsın iradesi üzerinde “kasıtsız olarak” hâkimiyet elde eden ve tipik fiilin işlendiği esnada bu irade hâkimiyetinden habersiz olan bir kimsenin “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılması imkânsızdır. Buna karşılık, kusur yeteneğinden yoksun şahsın “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlediği fiil iştirake elverişli (TCK m. 40/1, c. 1) olduğundan, bu şahısla birlikte suç işleme iradesine sahip bulunan arka plândaki kişi “şerik (azmettiren veya yardım eden)” sıfatıyla cezalandırılabilir<sup>1163</sup>.

Ön plândaki şahsın kusur yeteneğinden yoksun zannedildiği ikinci olasılıkta, sübjektif teoriyi benimseyen bir kısım yazara göre, ön plândaki şahıs gibi arka plândaki kişi de “faillik (fiil hâkimiyeti kurma) iradesi” ile hareket etmekte ve

---

*azmettirmek isterken aslında yönlendirmişse (denetlemişse) dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. (...) failin azmettirmek istediği kişinin isnat yeteneği olmadığı konusunda hata etmesi hâlinde, dolaylı fail olarak değil, azmettiren olarak sorumlu tutulması daha doğrudur. Çünkü bu durumda fail olaydaki ağırlatıcı nedenin varlığını bilmemektedir.” Aynı yönde bkz. Riccio, ss. 80-81’den aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 826, kn. 972: “Failin kusur yeteneği olmadığının onu suça yönelten kişi tarafından bilinmemesi, bu kişinin dolayısıyla fail sayılmasına engel teşkil etmez: kendisi faili harekete geçirmek ve onun meydana getireceği neticeyi gerçekleştirmek iradesiyle hareket etmiştir ve bu irade onun dolayısıyla fail sayılması için yeterlidir.”*

<sup>1160</sup> Koca/Üzülmez, s. 405; Önok, s. 284, 311; Özen, **Genel Hükümler**, s. 638; Özgenç, **Faillik**, ss. 255-256; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 81-82; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 93. Aynı yönde bkz. Jakobs, s. 21, 108; Jescheck, 1988, s. 608; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 263-264, 556’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 256.

<sup>1161</sup> Aynı yönde bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 284: “... arka plandaki kişinin kastının, araç kişideki sübjektif özellikleri, konumuz açısından özellikle kusur yeteneğini haiz olup olmadığını, bilmeyi de kapsamalıdır. Kanaatimizce bu noktadaki hata kasta ilişkin olan TCK’nın 30/1’inci maddesi kapsamındaki hata olarak kabul edilmelidir.”

<sup>1162</sup> Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, s. 231.

<sup>1163</sup> Özgenç, **Faillik**, ss. 255-256; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 81-82; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 93. Aynı yönde bkz. Jakobs, s. 21, 108; Jescheck, 1988, s. 608; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 263-264, 556’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 256.

“doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik” durumu ortaya çıkmaktadır<sup>1164</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, bu gibi hâllerde “teşebbüs derecesinde kalmış bir dolaylı faillik”ten söz edilmesi gerekmektedir<sup>1165</sup>. Nihayet, bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, ön plândaki şahsın kusur yeteneğinden yoksun bulunduğunu zanneden arka plândaki kişi, bu şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu inancıyla hareket etse de, gerçekte (objektif olarak) irade ve fiil hâkimiyeti tesis edememekte ve suçun icrasına yönelik şahsî nedensel davranışı üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle ancak “şerik” statüsüne girebilmektedir<sup>1166</sup>. Buna göre, örneğin, kendi isteğiyle aşırı dozda uyuşturucu kullanan B’nin kusur yeteneğini geçici süreyle yitirdiğini zanneden ve bu fırsattan yararlanarak B’yi B’nin işlemeyi daha önce hiç düşünmediği bir suçu işlemeye (söz gelimi C’nin motosikletini parçalamaya) yönlendiren A “mala zarar verme suçunun azmettirenini” kabul edilecektir<sup>1167</sup>.

Nihayet, gerek ilk gerekse ikinci olasılıkta arka plândaki kişi “dolaylı fail” kabul edilemeyeceğinden, “şerik” sıfatıyla cezalandırılan bu kişinin cezası TCK m. 37/2, c. 2 çerçevesinde ağırlaştırılamayacaktır<sup>1168</sup>. Buna karşılık, arka plândaki

<sup>1164</sup> Baumann, ss. 145-146; Schönke/Schröder, 1974, § 47, kn. 94’ten aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 258, dpn. 255: “Yine, fiil hâkimiyeti teorisine mensup olan Blei, fiili icra edenin araç olduğu hususundaki yanlışlığı ‘illi serideki bir sapma’ olarak nitelendirmektedir ve bu ‘sapma’ genellikle önemsiz olduğu için, arka plândaki şahsın dolaylı fail olmasını engellememektedir.” Bu görüş hakkında ayrıca bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 17; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 93.

<sup>1165</sup> Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 45; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 268’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 258. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 17; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 94. “Faillığe teşebbüs” kavramının eleştirisi için bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 166’dan aktaran Canpolat, s. 261; Önok, s. 312.

<sup>1166</sup> Aynı yönde bkz. Cramer/Heine, § 25, kn. 81; Jescheck, 1988, s. 608; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, 271 vd.; Stratenwerth, 1981, kn. 959’dan aktaran Özgenç, **Faillik**, ss. 258-259. Yine bu yönde bkz. Canpolat, s. 262; Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, ss. 17-18; Koca/Üzülmmez, s. 405; Önok, s. 312; Üzülmmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 94: “... ön plândaki kişinin icra ettiği fiil, iştirak ilişkisindeki esas fiil için gerekli bütün unsurları taşımaktadır. Ayrıca faillik kastı, eksisiyle azmettirme kastını da kapsamaktadır.” Ayrıca bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 166’dan aktaran Canpolat, s. 263: “... genel kanaate göre, iştirak için, suç işleme iradesinin varlığı dışında ayrıca suça katılmaya ilişkin özel bir irade de aranmamaktadır.”

<sup>1167</sup> Aynı yönde bkz. B’nin bu suçu işlemeye kendiliğinden karar vermesi ve A’nın B’nin kararını kuvvetlendirmekle yetinmesi hâlinde ise, A, işlenen suçtan “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

<sup>1168</sup> Bu tespiti TCK m. 30/2 hükmüne dayandıran yazarlar için bkz. Aydın, **İştirak**, s. 204; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 82. TCK m. 37/2, c. 2 hükmünün uygulanamayacağı yolundaki tespiti katılmakla birlikte, bu tespitin TCK m. 30/2 hükmüne dayandırılmayacağını savunan yazar için bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, ss. 286-287: “Azmettirilmek istenen kişinin kusur yeteneğini haiz olup olmadığı hususunun TCK’nın 30/2’nci maddesi kapsamında ağırlatıcı nedenlerin varlığında hata kapsamında ele alınabilecek bir hata türü olduğu şeklindeki görüşe ... bahse konu hükmün kanunun ‘suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda’ ifadesinden hareketle yalnızca somut suç

kişinin “azmettiren” olarak sorumlu tutulduğu durumlarda, cezanın TCK m. 38/2 veya 3 uyarınca ağırlştırılıp hafifletilmesi mümkündür.

### b. Ön Plândaki Şahsın Kastı Konusunda Hata

Arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın kastı konusunda hataya düşmesinde de, yine, başlıca iki olasılık söz konusu olup ön plândaki şahsın kasıtlı davranıyor zannedildiği ilk olasılıkta, şeriklik iradesiyle hareket eden arka plândaki kişi kasıtsız davranan şahsın iradesi üzerinde objektif olarak hâkimiyet kurmuş olacak ve fakat bu hâkimiyeti kasta dayanmadığından (dolaylı failliğin manevî unsuru gerçekleşmediğinden<sup>1169</sup>) “dolaylı faillik”ten söz edilemeyecektir<sup>1170,1171</sup>. Öte yandan, ön plândaki şahsın “kasıtsız olarak” işlediği fiil iştirake elverişsiz olduğundan, arka plândaki kişinin “şerik” sıfatıyla cezalandırılması da mümkün olmayacaktır<sup>1172</sup>. Zira, bu durumda arka plândaki kişinin “şerik” kabul edilebileceğini savunan yazarlar<sup>1173</sup> mevcut ise de, bağlılık kuralı (TCK m. 40/1, c. 1) bu kabule engeldir.

---

*tiplerinin daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin kapsadığı düşüncesiyle katılmamaktayız. Kanaatimizce bahse konu hatanın, TCK’nın 30/1’inci maddesinde yer alan ‘fiilin icrasında suçunkanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz’ şeklindeki hata kapsamında ele alınması daha yerinde olacaktır.”*

<sup>1169</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 18.

<sup>1170</sup> Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 406; Önok, s. 312; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 83; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 94. Ayrıca bkz. Özen, **Genel Hükümler**, s. 638: “Bu gibi durumlarda, objektif olarak dolaylı faillik, sübjektif olarak şeriklik gerçekleşmiştir. Ancak, cezaî sorumluluk için hem objektif hem de sübjektif koşul, aynı konuda birleşmelidir.”

<sup>1171</sup> Aksi görüş için bkz. Joecks, § 25, kn. 52’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 18: “... sübjektif teoriye göre, arka plânda yer alan kişi dolaylı faillik kastıyla hareket etmese de, neticeyi kendisi için istemektedir. Bu nedenle, gerçekleşen neticeden dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.” Arka plândaki kişinin ACK m. 20 çerçevesinde “azmettirmeye teşebbüs”ten sorumlu tutulabileceği yolundaki bir başka görüş için bkz. Jescheck/Weigend, 1996, § 62, III 1; Joecks, § 25, kn. 155’ten aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 18. Bu görüşün benzer bir düzenleme içermeyen TCK yönünden kabul edilemeyeceği yolundaki isabetli tespit için bkz. Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 18; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 289.

<sup>1172</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 19; Koca/Üzülmez, s. 406; Önok, s. 313; Özgenç, **Faillik**, s. 257; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 83; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 94.

<sup>1173</sup> Albin Eser, **Juristischer Studienkurs Strafrecht II**, München: C. H. Beck, 1980, § 41, kn. 22-23; Baumann, s. 147-148, 201; Christian Schöneborn, **Kombiniertes Teilnahme und Einheit staterstystem für das Strafrecht**, ZStW 87 (1975), s. 911, dpn. 39; Mezger, “Die Teinnahmeregeling des Strafgesetzentwurfs von 1919”, **Deutsche Strafrechtszeitung** 8, § 47, kn. 9; Schönke/Schröder, 1974, § 47, kn. 95’ten aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 257: “Sübjektif teoriyi benimseyen yazarlar bu ihtimâlde kolayca çözüme varmaktadırlar. Şöyle ki, arka plândaki şahıs fiili icra edenin kasten hareket ettiğine inanması nedeniyle, bu şahıs fail olarak görmekte ve böylece, kendisi ‘şeriklik iradesi’yle hareket etmektedir. Bu itibarla, arka plândaki şahsın azmettiren veya

Ön plândaki şahsın kasıtsız davranıyor zannedildiği diğer olasılıkta ise, arka plândaki kişi, bu şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu inancıyla hareket etse de, gerçekte irade ve fiil hâkimiyeti tesis edemeyecek<sup>1174</sup>; buna karşılık, ön plândaki şahsın “kasten ve hukuka aykırı olarak” işlediği fiil iştirake elverişli (TCK m. 40/1, c. 1) olduğundan, suçun icrasına yönelik şahsî nedensel davranışı üzerindeki hâkimiyetinden ötürü “şerik” sıfatıyla cezalandırılabilir<sup>1175</sup>.

## 2. Ön Plândaki Şahsın Hataya Düşmesi

“Hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı faillik” konusu daha önce ilgili başlıkta ele alındığından, burada yalnızca “iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın irade hâkimiyetinin tesisinden sonra hataya düşmesi” olasılığı değerlendirilecektir.

TCK m. 30/1 hükmüne göre, “Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” Bir görüşe göre suçun maddî unsuru fiilden (davranış, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağından) ibaret iken<sup>1176</sup>, bizim de katıldığımız görüşe<sup>1177</sup> göre fail, mağdur ve suçun maddî konusu da fiil ile birlikte suçun maddî unsurları arasında yer almaktadır. Bu noktada, akla gelen ilk olasılık, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan kimsenin “şahısta (suçun mağdurunda) hata”ya (*error in persona*) düşmesi, örneğin A tarafından iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak C’yi öldürmeye sevk edilen B’nin C yerine sehven D’yi öldürmesi olasılığıdır<sup>1178</sup>. Doktrinde bir görüşe göre<sup>1179</sup>, ön plândaki şahsın (B’nin) düştüğü bu

---

yardım eden (şerik) olarak sorumlu tutulması gerekmektedir. (...) İştirake ilişkin de lege lata düzenlemeler burada şerikliğin kabulüne engel teşkil etmemektedir.”

<sup>1174</sup> Aksi görüş için bkz. Joecks, § 25, kn. 50’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 17: “... sübjektif teoriye göre, arka plânda kalan kişi, hataya düşse bile, neticeyi kendisi için istemektedir. Bu nedenle, dolaylı fail olarak gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmalıdır.”

<sup>1175</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, ss. 17-18; Önok, s. 313; Koca/Üzülmez, s. 405: “... ön plândaki kişinin icra ettiği fiil, iştirak ilişkisindeki esas fiil için gerekli bütün unsurları taşımaktadır. Ayrıca faillik kastı, eksisiyle azmettirme kastını da kapsamaktadır.”

<sup>1176</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 150; Toroslu/Toroslu, s. 132.

<sup>1177</sup> Koca/Üzülmez, ss. 103-107, 229.

<sup>1178</sup> Bu olasılığa ilişkin tartışmalar için bkz. Canpolat, ss. 264-271; Önok, ss. 309-311.

<sup>1179</sup> Canpolat, ss. 266-267: “Burada, Alman hukukunda sıklıkla yer verilen bir örneği ... aktarmak istiyoruz. Doktor A, ... B isimli hastayı öldürmek istemektedir. Bunun için hemşire C’ye yönelik cebir kullanarak, onu, hazırladığı zehirli iğneyi B’ye enjekte etmesi için zorlar. Ancak C, oda numaralarını



“eş değer hata<sup>1180</sup>” esaslı olmayan bir “motivasyon hatası<sup>1181</sup>”ndan ibaret olup arka plândaki kişinin (A’nın) sorumluluğunu etkilemeyecek ve A “tamamlanmış kasıtlı suçun dolaylı faili” kabul edilecektir<sup>1182</sup>. Bir başka görüşe göre, bu gibi durumlarda öncelikle B’nin kasten hareket edip etmediği araştırılacak; B’nin kasten hareket ettiği durumlarda yalnızca D’nin ölümünden “taksirli doğrudan fail” sıfatıyla sorumlu tutulabilecek olan A, B’nin kasıtsız hareket ettiği hâllerde buna ek olarak C’yi öldürmeye teşebbüsten de “dolaylı fail” sıfatıyla mesul olacaktır<sup>1183</sup>. Fikrimizce, D’nin ölümü bakımından -doğrudan veya olası- kastı tespit edilmedikçe A’nın D’yi kasten öldürmekten sorumlu tutulması imkânsız olup B’nin hatasını her hâlde A’ya yükleyen ilk görüşte isabet bulunmamaktadır<sup>1184</sup>. A’nın sorumluluğunun kapsamını B’nin kasten hareket edip etmemesine göre daraltıp genişleten ikinci görüş, keza, hukukî dayanaktan yoksundur<sup>1185</sup>. İradesi üzerinde hâkimiyet kurulan kimsenin davranışları arka plândaki kişinin elinde bir “araç” hâline geldiğinden, verilen örnekte B’nin mağdurun şahsında hataya düşerek C yerine D’yi öldürmesi ile C’yi bizzat (aracısız) öldürmeye karar veren A’nın sıkıdığı kurşunun C yerine D’ye isabet etmesi arasında bir fark bulunmamakta ve B’nin düştüğü “şahısta hata” A

---

*karıştırarak iğneyi B yerine D’ye enjekte eder ve D ölür. Bu görüşe göre ... A, doğrudan fail olarak fiili kendisi gerçekleştirseydi şahısta yanılma kendisi için nasıl önemsiz bir motivasyon yanılığı ... kabul edilerek sorumlu tutulacak idiyse, dolaylı failliğin söz konusu olduğu ve bu yanılığının ... araç kişi bakımından ortaya çıktığı hâllerde de, aynı şekilde düşünmek gerekir.”*

<sup>1180</sup> Erman, ss. 82-83: “Failin tasavvuruna göre var sandığı konu ile gerçekte varolan konu birbiri ile aynı nitelikte veya eş değer olabileceği gibi, bunlar nitelik açısından birbirinden farklı konular da olabilecektir. Eş değer yanılmanın tipik örneği, bir insanı öldürmek için hareket eden failin, gerçekte hedefi olan kimse sandığı başka bir kişiyi öldürmesidir. Eş değer olmayan yanılma halinde ise, örnek olarak çalıkların arkasında hareket eden bir tavşan olduğunu sanıp onu öldürmek için ateş eden failin, gerçekte orada çömelmiş bulunan bir insanı öldürmesi söz konusu olabilir. Suçun maddi konusunda eş değer yanılığa düşen failin eylemi, eyleminin yönelik olduğu kişi veya eşya üzerinde sonuç doğurmaktadır. Ancak fail bu kişinin veya eşyanın kimliği veya özelliği konusunda yanılığa düşmüştür. Eş değer yanılığ konusunda öğretisi ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır: Suçun maddi konusunda yanılma kural olarak kast açısından önem taşımayacak ve fail suçu kasten işlemiş kabul edilecektir; zira ‘kanun aynı nitelikteki konuları aynı şekilde korur.’”

<sup>1181</sup> Canpolat, s. 266, 268.

<sup>1182</sup> Demirbaş, s. 517; Hacıfazlıoğlu, s. 337; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 564; Karabeyeser, “Suça İştirak”, s. 62.

<sup>1183</sup> Cramer/Heine, § 25, kn. 52-53; Johannes Wessels / Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 35. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2005, kn. 550’den aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 15.

<sup>1184</sup> Aynı yönde bkz. Schünemann, § 25, kn. 149’dan aktaran Canpolat, s. 267.

<sup>1185</sup> Aynı yönde bkz. Schünemann, § 25, kn. 149; Joecks, § 25, kn. 163’ten aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 15: “Gerçekten de dolaylı fail, suç işlemek için bir başkasını araç olarak kullanmakta ve kullandığı bu araç hedefini şaşırmaktadır. Dolaylı fail açısından, aracının kasten hareket etmemiş olması veya cebir veya tehditle suçu işlemek zorunda kalması, gerçekleştirmek istediği neticeye ulaşamadığı sürece önemli değildir.”

bakımından bir tür “hedefte sapma” niteliği taşımaktadır<sup>1186</sup>. Buna göre, söz konusu olayda, A, C’yi öldürmeye teşebbüs etmiş olması sebebiyle TCK m. 35, 37/2, 81-82 hükümleri uyarınca sorumlu tutulurken, D’nin ölümü yönünden olası kastı<sup>1187</sup> varsa “dolaylı fail” (TCK m. 21/2, 37/2, 81-82), taksiri varsa “doğrudan fail” (TCK m. 22, 37/1, 85) sıfatıyla sorumlu tutulacak ve her iki suçtan ötürü ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>1188</sup>. Eş değer hatanın suçun maddî konusuna ilişkin olduğu (örneğin A tarafından iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak C’nin otomobilini parçalamaya sevk edilen B’nin otomobilleri karıştırarak D’nin otomobilini parçaladığı) “*error in objecto*” hâlinde de, arka plândaki kişinin sorumluluğu yine bu esasa göre saptanacaktır. Arka plândaki kişinin suçun maddî konusunun “kim” veya “ne” olduğunu önemsemediği durumlarda ise; ön plândaki şahıs yönünden bir “hata” ve arka plândaki kişi yönünden de bir “sapma” söz konusu olmayacak, arka plândaki kişi gerçekleşen neticeden “dolaylı fail” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>1189</sup>.

<sup>1186</sup> Aynı yönde bkz. Schünemann, § 25, kn. 149’dan aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 14, 16: “*Her ikisinde de, irade ile netice arasındaki fark, failin kusuru olmaksızın iradenin gerçekleşme sürecinde ortaya çıkar ve nedensel süreç kesintiye uğrayarak, fail tarafından öngörülenden farklı bir netice meydana gelir. (...) aracının hatası dolaylı fail açısından; suç işleme yönündeki iradenin oluşum sürecinde ortaya çıkan bir hata değil, suçun icra aşamasında ve onun iradesi dışında meydana gelen bir sapma halini ortaya koymaktadır.*” Yine bu yönde bkz. Ingelfinger, § 25, kn. 34; Joecks, § 25, kn. 141; Kühl, 2002, § 20, kn. 89’dan aktaran Öztürk/Erdem, ss. 385-386, kn. 720. Azmettirmede azmettirilenin şahısta hatasının azmettiren bakımından “hedefte sapma” kabul edilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Erman, ss. 90-91.

<sup>1187</sup> Örneğin, C’yi öldürmek isteyen ve C’nin az sonra karşı köşeden döneceğini zanneden A’nın ölümle tehdit ettiği B’ye “*Köşeden dönen ilk kişiyi vur!*” şeklinde talimat verdiği, fakat köşeden ilk dönen kişinin -C değil- D olduğu ve B’nin D’yi öldürdüğü olayda, C yerine bir başkasının öldürülmesi riskini üstlenen A, D’yi olası kasıtlı öldürmekten ötürü “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılacaktır. Aynı örneği azmettirme ilişkisi bakımından veren yazar için bkz. Erman, s. 91, dpn. 283.

<sup>1188</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 16, dpn. 43: “*TCK m. 44’ün gerekçesinde, hedefte sapmanın şahısta hata ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçildiği belirtilmektedir. Ancak gerekçenin, hedefte sapmanın fikri içtima kapsamında değerlendirileceğine ilişkin değerlendirmesine katılmak mümkün değildir. Zira, fikri içtimadan söz edilebilmesi için tek bir fiille kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilmesi, yani birden fazla suçun işlenmesi gerekir. Ancak bize göre fiil, hareket netice ve bu ikisi arasındaki illiyet bağından oluştuğundan, çok neticeli sapmada fiil tek değil, gerçekleşen netice sayısı kadardır. Öte yandan, fikri içtimada tek fiille kanunun farklı hükümlerinin ihlal edilmesi gerekirken, çift neticeli sapmada, bir kurşunla iki kişinin yaralanmasında olduğu gibi, ihlal edilen kanunun aynı hükmü olabilmektedir. Bu nedenle sapma halinde fikri içtima değil, gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.*” Yine bu yönde bkz. Toroslu/Toroslu, ss. 275-276. Arka plândaki kişinin (A’nın) fikrî içtima kuralları (TCK m. 44) gereğince sadece daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı yolundaki görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s. 386, kn. 720.

<sup>1189</sup> Aynı yönde bkz. Kindhäuser, § 39, kn. 81; Johannes Wessels / Werner Beulke / Hermut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 43. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2013, § 13, kn. 550’dan aktaran Canpolat, ss. 267-268: “*Örneğin dolaylı fail, kendisi yüzünden suç işleyerek hapse düştüğüne inandığı bir kimseye duyduğu öfke nedeniyle ve aynı duyguyu tatması amacını güderek, cebir yoluyla, onu bir kimseyi öldürmeye zorlamış olabilir. Bu durumda dolaylı fail, tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır.*”

Burada akla gelen bir diğer ihtimâl, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan kimsenin mağdurun şahsında veya suçun maddî konusunda eş değer olmayan türden bir hataya düşmesi ve bu hata sonucunda dolaylı failin kastettiği suçtan başka bir suç işlemesi ihtimâlidir. Örneğin, A tarafından içişleri bakanını (İ'yi) öldürmeye (TCK m. 82/1-g) zorlanan B'nin talimatı yanlış anlayarak cumhurbaşkanını (C'yi) öldürdüğü (TCK m. 310/1) yahut K tarafından M'ye cinsel saldırıda bulunmaya (TCK m. 102) zorlanan L'nin talimatı yanlış anlayarak N'ye cinsel istismarda bulunduğu (TCK m. 103) olaylarda durum böyledir. Bu ihtimâlde, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın hatası arka plândaki kişi açısından “iradenin oluşum sürecindeki değil, gerçekleştirilmesi sürecindeki bir hata” niteliğinde olduğundan “suçta sapma” hâli gündeme gelecek ve A ile K'nin sorumlulukları suçta tek neticeli sapmaya ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar çerçevesinde belirlenecektir.

Akla gelen bir diğer olasılık, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın arka plândaki kişinin talimatını yanlış anlayarak suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâlini gerçekleştirmesi olasılığıdır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri “aynı suç” sayıldığından (TCK m. 43/1, c. 3), bu olasılıkta arka plândaki kişi yönünden “suçta sapma”dan söz edilemeyecekse de, “nedensellik bağında sapma” gündeme gelebilecektir. Örneğin, gerçekte C'ye ait olan evin A'ya ait olduğuna inandırılan ve A tarafından bu evi dozerle yıkmaya (TCK m. 151/1) sevk edilen B'nin talimatı yanlış anlayarak evi dinamitle yıktığı (TCK m. 152/2-a) olayda, mala zarar verme suçunun taksirle işlenememesi sebebiyle B'nin cezaî sorumluluğundan söz edilemeyecekken, kastettiği neticeyi nedensellik bağında sapma ile de olsa temin eden A, dinamit kullanılması bakımından olası kastı varsa TCK m. 37/2 ve 152/2-a, taksiri varsa TCK m. 37/2 ve 152/1 hükümleri uyarınca cezalandırılacaktır. Buna karşılık, ön plândaki şahsın dolaylı failin talimatını yanlış anlayarak “suçun temel şekli yerine” daha az cezayı gerektiren nitelikli şeklini ya da “suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli yerine” temel veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şeklini işlemesi durumunda, dolaylı fail, suçun kastettiği şekline (ilk olasılıkta temel, ikinci olasılıkta daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekline) teşebbüsten sorumlu tutulacaktır<sup>1190</sup>.

<sup>1190</sup> Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 234: “Suça teşebbüsün cezası belirlenirken, önce suç tamamlanmış gibi düşünülerek temel ceza belirlenecek, daha sonra ağırlatıcı veya hafifletici sebeplere göre bu ceza artırılacak veya azaltılacak, daha sonra da teşebbüs hükümlerine göre indirim yapılacaktır. (TCK m. 61/4-5)”

İradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın dolaylı failin talimatını yanlış anlayarak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini gerçekleştirmesi durumunda ise, arka plândaki kişinin ağır veya başka netice bakımından taksirle hareket etmesi bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için yeterli olacaktır<sup>1191</sup>. (TCK m. 23/1)

## İ. Dolaylı Faillikte Haksız Tahrik

“Failde hiddet ve/veya şiddetli elem yaratmak suretiyle suçun işlenmesine etki eden her tür haksız davranış” olarak tanımlayabileceğimiz “haksız tahrik” cezayı azaltan kişisel nedenlerden<sup>1192</sup> olup TCK m. 29’da öngörülen ceza indiriminin hukukî esasını açıklamaya yönelik olarak öğretilde başlıca iki teori ortaya atılmıştır. Objektif nitelikteki ilk teoriye göre, haksız tahrikin etkisiyle meydana gelen suçun işlenmesinde mağdurun da payı bulunup “mağdurun müterafik kusuru” olarak nitelenebilecek bu tahrik dolayısıyla failin cezasında indirimine gidilmesi hakkaniyet gereğidir<sup>1193</sup>. Yasa koyucunun da esas aldığı subjektif teoriye göre ise, TCK m. 29’da cezanın indirilmesinin nedeni, “haksız tahrik” niteliğindeki davranış dolayısıyla failin hiddet ve/veya şiddetli elem hâli içerisine düşmesi ve kusur yeteneğinin azalmasıdır<sup>1194</sup>. Kanaatimizce, haksız tahrik indiriminin hukukî esası ancak bu iki teorinin telifiyle anlaşılabilir<sup>1195</sup>. Gerçekten de, haksız tahrik durumunda failin isteme (davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme) yeteneğinde bir zayıflama meydana gelmekte<sup>1196</sup>, hiddet ve/veya şiddetli elem nedeniyle kişinin kendisini “suç işlemekten alıkoyma” olasılığı azalmaktadır<sup>1197</sup>. Diğer yandan, objektif teorinin “müterafik kusur” zeminindeki izahı öğretide ve uygulamada örtülü olarak benimsenmiş; TCK m. 29’da bu yönde bir açıklık olmamasına karşın, haksız tahrik indiriminin ancak ve ancak “tipik fiilin haksız tahriki gerçekleştiren kişiye karşı işlendiği hâllerde” uygulanabileceği isabetli bir şekilde kabul edilmiştir<sup>1198</sup>.

<sup>1191</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 309.

<sup>1192</sup> Gülşah Bostancı, **Haksız Tahrik**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyok Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 35.

<sup>1193</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 346; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 413. Teorinin “takas teorisi” adı altında izahı için bkz. Demirbaş, s. 450.

<sup>1194</sup> Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 346; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Genel Hükümler**, s. 413.

<sup>1195</sup> Aynı yönde bkz. Bostancı, ss. 28-29.

<sup>1196</sup> Koca/Üzülmez, s. 291.

<sup>1197</sup> İçel, s. 436.

<sup>1198</sup> Bostancı, s. 241.

Haksız tahrik, 765 sayılı TCK m. 51’de olduğu gibi, 5237 sayılı TCK m. 29’da da “genel hükümler” arasında düzenlenmiş olup yapısı elverdiği müddetçe her<sup>1199</sup> suçta dikkate alınması gereken bu kurumun tipikliğe yahut hukuka aykırılığa bir etkisi yoktur<sup>1200</sup>. Aynı şekilde, failin fiil üzerindeki hâkimiyeti ne şekilde sağladığı da bu açıdan hiçbir önem taşımamaktadır. Buna göre, bir suçu “haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” işleyen kişi, faillik statüsü ne olursa olsun, şartların sağlanması hâlinde, haksız tahrik indiriminden yararlanacaktır. Örneğin, annesini tehdit eden kişiyi “doğrudan fail” sıfatıyla bizzat veya babasıyla birlikte “müşterek fail” olarak yaralayan C gibi, bir kimseye işkence eden polisi intihara zorlayan dolaylı fail (D) de TCK m. 29’dan istifade edebilecektir<sup>1201</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, TCK m. 29’da bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte, öğretide ve uygulamada, haksız tahrik indiriminin yalnızca “tipik fiilin haksız tahriki gerçekleştiren şahsa karşı işlendiği hâllerde” uygulanabileceği yerinde olarak benimsenmiştir<sup>1202</sup>. Buna göre, A’nın “iradesine hâkim olduğu B’nin davranışlarını suça vasıta kılmak suretiyle” C’ye karşı suç işlediği olayda, dolaylı fail A’nın TCK m. 29’dan yararlanabilmesi için, C’nin A’ya karşı bir haksız eylem gerçekleştirmiş olması yeterli olup ayrıca ön plândaki B’nin de haksız bir eyleme maruz kalmış olması şart değildir<sup>1203</sup>.

<sup>1199</sup> Bu çerçevede, katılmadığımız bir karar için bkz. **Yargıtay 5. CD**, T. 29/03/2006, 402/2577: “Zorla ırza geçme ve yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığı hâlde, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini doğru değildir.” Kararda yapılan ayırım hukukî dayanaktan tümüyle yoksun olup kardeşine karşı cinsel saldırıda bulunan bir kimseyi kendi adalet anlayışı çerçevesinde cinsel saldırı ile cezalandıran bir kimsenin haksız tahrik indiriminden yararlanmasına hiçbir engel bulunmamaktadır.

<sup>1200</sup> İçel, s. 436; Koca/Üzülmez, s. 292.

<sup>1201</sup> TCK m. 29’da “suç işleme kararı” gibi taksiri dışlayan bir şarta yer verilmemiş olması nedeniyle taksirli suçlarda da haksız tahrik hükmünün uygulanması mümkün olup “mağdurun haksız tahrikinden kaynaklanan hiddet ve/veya şiddetli elemin etkisiyle” özen yükümlülüğünü ihlâl eden failin cezasında TCK m. 29 çerçevesinde indirimle gidilmesi zorunludur. (Aynı yöndeki azınlık görüşü için bkz. Demirbaş, ss. 454-455; İçel, s. 440.) Buna göre, yolcu C’nin sürücüyü (A’ya) ve ön koltuktaki diğer yolcuya (B’ye) hakaret ve tehditler yağdırarak bu iki kişiyi hiddetlendirdiği, çılgına dönen B’nin C’yi araçtan indirmek amacıyla A’dan aracı sağa çekmesini istediği, yüksek hızla seyrettiğini unutan A’nın ani bir hareketle direksiyonu sağa kırdığı, el frenine asılan B’nin aracın savrulmasına yol açtığı ve neticeten C’nin taksirle yaralandığı olayda, özen yükümlülüğüne aykırı davranan yan yana (TCK m. 22/5) failler, C’ye karşı işledikleri suçtan ötürü cezalandırılacak; fakat cezalarında TCK m. 29 uyarınca indirimle gidilecektir.

<sup>1202</sup> Bostancı, s. 241.

<sup>1203</sup> Örneğin, evlâtlığı (E) tarafından dolandırılması sebebiyle hiddetlenen ve intikam saikiyle iftira attığı E’yi “terör örgütü üyesi” olduğu iddiasıyla yakalayan A, dolaylı faili olduğu “kişiyi

Haksız tahrik “cezayı azaltan ‘kişisel’ nedenler” arasında yer aldığından, “sorumlu doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik” hâllerinde, hiddet veya şiddetli elem içerisinde bulunmayan doğrudan fail (iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan ön plândaki şahıs) “haksız tahrik” indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin, B’nin nitelikli cinsel saldırısına maruz kalan ve bu nedenle B’ye kin güden A’nın B’yi ihbar etmeyi plânladığı, daha sonra adalete olan güvensizliği sebebiyle kolluğa başvurmaktan vazgeçerek “ihbar” hakkını B’nin kardeşine (K’ye) karşı koz olarak kullandığı, “*Ağabeyinin (B’nin) penisini kesmezsen onu polise ihbar ederim; hem ağabeyin kodesi boylar hem de ailenizin itibarı iki paralık olur!*” diyerek K’ye şantaj<sup>1204</sup> yaptığı ve bu şantaja boyun eğen K’nin B’nin (ağabeyinin) penisini kesmek zorunda kaldığı olayda; kasten yaralama suçunun dolaylı faili olan A TCK m. 29 hükmünden yararlanırken, direnilmesi gereken (TCK m. 28) bir şantaja boyun eğerek ağabeyini yaralayan K, bu kusurlu eylemi “B’nin haksız eyleminin meydana getirdiği hiddetin etkisi altında” işlemediğinden, bu hükümden istifade edemeyecektir.

Nihayet, yine “suçun haksız tahrikte bulunan şahsa karşı işlenmesi” şartı sebebiyle, dolaylı fail, ön plândaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurarken yahut bu şahsın davranışlarını suça vasıta kılarken bu şahsa karşı işlediği suçlar bakımından, şartları ayrıca sağlanmadıkça, TCK m. 29 hükmünden yararlanamayacaktır. Örneğin, son paragraftaki örnekte, B’ye karşı “dolaylı fail” olarak işlediği kasten yaralama suçu yönünden haksız tahrik indirimi alan A, K’ye karşı “doğrudan fail” sıfatıyla işlediği şantaj suçu bakımından bu indirimden istifade edemeyecektir. Buna karşılık, evine giren hırsızları (H<sub>1</sub> ile H<sub>2</sub>’yi) yakalayıp etkisiz hâle getirdikten sonra kolluğa teslim etmekle korkuttuğu H<sub>1</sub>’i “kendi parmakları tümüyle kırılıncaya dek” H<sub>2</sub>’yi kaval kemiğinden yumruklamaya zorlayan ve gerek H<sub>1</sub>’in parmaklarının gerekse H<sub>2</sub>’nin kaval kemiğinin kırılmasını sağlayan M, her iki hırsız dolaylı faillik yoluyla kasten yaralamaktan ötürü ayrı ayrı (TCK m. 43/3) cezalandırılacak; fakat her iki cezada da haksız tahrik indirimine gidilecektir.

---

hürriyetinden yoksun kılma” suçundan ötürü cezalandırılacak; fakat cezada TCK m. 29 uyarınca indirimine gidilecektir.

<sup>1204</sup> Daha önceden işaret edildiği gibi, dolaylı faillik için manevî cebre konu kötülüğün “haksız” olması şart olmadığından, bir kimseyi “hakkı olan bir şeyi yapacağından bahisle” suça zorlayan kişi de pekâlâ “dolaylı fail” sayılabilecektir. Zira, cebre başvuran kişinin ön plândaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kılması “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulabilmesi için yeterli olup ön plândaki şahıs hakkındaki kınama yargısının arka plândaki kişinin sorumluluk statüsüne bir etkisi yoktur.

## J. Dolaylı Faillikte Şikâyetten Vazgeçme ve Şikâyeti Geri Alma

TCK'de açıkça düzenlenmeyen “şikâyetten vazgeçme”, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikâyetin artık yapılmayacağını suçtan zarar gören kişi veya temsilcisi tarafından açıklanmasını; TCK m. 73'te düzenlenen “şikâyetin geri alınması” ise, şikâyetle bulunduktan sonra şikâyetin geri alındığını gösteren irade açıklamasını ifade etmektedir<sup>1205</sup>. Şikâyetten vazgeçilmesi ve şikâyetin geri alınması şikâyet hakkının düşmesine yol açacağından, geçerli bir vazgeçme veya geri alma işlemi, soruşturma makamını “takipsizlik”, kovuşturma makamını ise -sanığın bunu kabul etmediği hâller (TCK m. 73/6) ile derhâl beraat kararı verilebilecek hâller (CMK m. 223/9) müstesna- “düşme” kararı verme yükümü altına sokacaktır<sup>1206</sup>.

Şikâyet hakkı altı aylık hak düşürücü süreye tabi (TCK m. 73/1) olup şikâyet hakkının doğması için tek başına fiilin öğrenilmesi yeterlidir<sup>1207</sup>. Buna göre, fiilden haberdar olan bir kimse, hiçbir failin kimliğini bilmesee dahi şikâyetten vazgeçebilecek, hüküm kesinleşinceye kadar şikâyetini geri alabilecektir. Buna karşılık, altı aylık hak düşürücü sürenin başlaması için “fiil”in yanı sıra “faillerden en az birinin kimliği”nin de öğrenilmesi zorunlu (TCK m. 73/2) olduğundan<sup>1208</sup>, dolaylı faillik şeklinde işlenen suçlarda “fail” sıfatını taşıyan herhangi bir kişinin kim olduğu öğrenilmedikçe hak düşürücü süre işlemeyecek, örneğin iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak davranışları suça vasıta kılınan fakat “fail” sıfatını taşımayan şahsın kimliğinin öğrenilmesi bu süreyi başlatmaya yetmeyecektir. Fail arkasındaki dolaylı faillik hâllerinde ise, fiil ile arka veya ön plândaki şahsın kimliğinin öğrenilmesi altı aylık hak düşürücü süreyi başlatacaktır.

TCK m. 73/5 hükmü uyarınca, *“İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.”* Dolaylı failliği bir iştirak türü kabul eden yaklaşıma göre, dolaylı faillik ilişkisi içerisinde bulunan ve hakkında ceza davası açılan kişilerden biri hakkındaki şikâyetin geri alınmasıyla diğer sanıklar hakkındaki şikâyet de geri alınmış sayılacak ve haklarındaki şikâyetin geri alınmasını

<sup>1205</sup> Devrim Güngör, **5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, ss. 69-70.

<sup>1206</sup> Güngör, **Şikâyet Kurumu**, s. 78.

<sup>1207</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 29, kn. 27.

<sup>1208</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 30, kn. 27.

kabul eden sanıklar yönünden muhakeme şartının gerçekleşmemesi sebebiyle “düşme” kararı verilecektir. Bize göre ise, dolaylı faillik bir iştirak türü olmadığından, TCK m. 73/5 hükmü burada uygulanamayacak; aralarında dolaylı faillik ilişkisi bulunan şüpheli veya sanıklardan biri hakkındaki şikâyetin geri alınması diğer şüpheli yahut sanıkları etkilemeyecektir.

## II. DOLAYLI FAİLLİĞİN BAZI SUÇLARLA İLİŞKİSİ

### A. Taksirli Suçlarda Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik ilişkisinde, arka plândaki kişinin “ön plândaki şahsın iradesi ve fiili üzerinde hâkimiyet kurma” ve “bu şahsın davranışlarını suça vasıta kılma” yönünde kastının bulunması zorunludur<sup>1209</sup>. Buna göre, bir başkasının kasten veya taksirle işlediği suça taksirli davranışıyla katkı sağlayan kişinin bu suçun dolaylı faili sayılmasına olanak yoktur<sup>1210</sup>.

Kişinin “başkasının kasten işlediği suça katkı” niteliğindeki taksirli davranışına ilişkin cezaî sorumluluğu ise saklı olup bu sorumluluğun çerçevesini çizmek üzere ortaya atılmış muhtelif teoriler<sup>1211</sup> mevcuttur. Bunlardan bizim de benimsediğimiz “sınırlı sorumluluk alanı teorisi”ne (*die Theorie der begrenzten Verantwortungsbereiche*)” göre, taksirli davranan kişi kural olarak “başkasının

<sup>1209</sup> Aynı yönde bkz. Çiçek, ss. 74-75; Demirbaş, s. 515; Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, ss. 10-11, 19; Şohoğlu, s. 41. Yine bu yönde bkz. Frister, 2011, § 27, kn. 44’ten aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 19.

<sup>1210</sup> Koca/Üzülmüş, ss. 200-205.

<sup>1211</sup> Bu konuda bkz. Koca/Üzülmüş, ss. 200-203: “İlk olarak, bir kimsenin gerçekleştirdiği taksirli davranış bir başkasının kasten işlediği suça katkı oluşturabilir. (...) Bu soruna cevap vermek amacıyla doktrinde üç teori geliştirilmiştir. Bunlardan Federal Mahkeme içtihatlarında savunulan uygun nedensellik bağı teorisine göre, tam sorumlu olarak hareket eden üçüncü bir kişinin kasten ve kusurlu olarak olaya katılması, ön koşulu oluşturan ilk hareket edenin taksir sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Şayet üçüncü kişinin müdahalesi normal olarak hesaba katılamayacak kadar her türlü yaşam tecrübesinin dışında ise, ancak o zaman netice isnat edilemez. Bu çerçevede ileri sürülen diğer bir görüş, bir başkasının suçunu taksirle mümkün kılma veya kolaylaştırmanın da, taksirli sorumluluğu oluşturmaya gerektiğine dayanmaktadır. Buna göre, kastî bir suça taksirle iştirak etme taksirli faillik olarak cezalandırılabilir. (...) Bu konuda ileri sürülen nedensellik bağının kesilmesi teorisine göre ise, tam sorumlu olarak harekete eden üçüncü kişinin kastî ve kusurlu müdahalesi, daima ön koşulu oluşturan ilk hareketi yapanın taksir sorumluluğunu ortadan kaldırır ve netice ona isnat edilemez. (...) Doktrinde bazı yazarlar bu tür olaylar bakımından bir ‘rücu yasağı’nın (*Regressverbot*) olduğunu kabul etmektedirler. Buna göre, bir kişi taksirli hareketi yaptıktan sonra, bu hareket üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen taksirli ya da kasıtlı diğer bir hareketin ön aşamasını oluşturuyorsa, ilk taksirli hareketi yapan failin davranışı ile netice arasında nedensellik bağı kurulamaz.”



hukuka uygun davranacağına” güvenmekte haklı ise de, “üçüncü şahsın zararlı veya tehlikeli eylemlerini önlemekle yükümlü olması” veya “üçüncü şahsın belli bir tipik fiili işleyeceği yönünde açık emarelerin bulunması” durumunda, ortaya çıkan tipik neticeden “doğrudan veya yan yana fail sıfatıyla” sorumlu tutulabilecektir<sup>1212</sup>. Örneğin, eczacının (E’nin) özensizliğinden yararlanarak ecza dolabındaki zehirli maddeyi ele geçiren ve bu zehirle hasmını kasten öldüren şahıs (Ş) kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurken, zehirli maddeyi muhafaza ödevini yerine getirmede özensiz davranan E taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan faili sayılacaktır<sup>1213</sup>. Yargıtay 12. Ceza Dairesi<sup>1214</sup>, “... polis memuru olarak görev yapan sanığın, son 5-6 yıldır depresyon hastası eşi ile eşinin babasının köyde bulunan evine gittikleri, sanığın silâhını yanında dolu şarjörü ile birlikte odalardan birinde

<sup>1212</sup> Koca/Üzülmez, ss. 202-203.

<sup>1213</sup> Koca/Üzülmez, ss. 202-203. Benzer örnekler için bkz. Koca/Üzülmez, ss. 200-203: “... örneğin, silâhını masanın üzerinde unutan kişinin, akşam evine gelen ve araları açık olan misafirlere birisinin bu silâhı alıp diğerini ... öldürmesi hâlinde, ölüm neticesinin silâhın sahibine isnat edilip edilemeyeceği (...), av tüfeği ile köy kahvesine giren A’nın, kahvede bulunan diğer kişiler arasındaki tartışmaya şahit olmasına rağmen, tüfeği bir kenara koyup olayları izlemeye başlaması ve tartışma sonucu çıkan kavgada B’nin A’nın tüfeği ile C’yi öldürmesi hâlinde, C’nin ölümünün A’ya isnat edilip edilemeyeceği belirlenmelidir. (...) eğer ilk hareket edenin davranışının suçun gerçekleştirilmesine götürceği veya onun özel bir koruma yükümlülüğüne sahip olduğu kabul edilmek gerekiyorsa, bu durumda artık üçüncü kişiye yönelik güvenin yaptırımsız kalması mümkün değildir. Bu çözümle birlikte, kastî bir suça taksirle iştirak sadece istisnâî olaylarda cezalandırılabilir. Yukarıdaki örneklerin üçünde de böyle bir istisnâî olay vardır. Bu olaylarda muhtemel ve müşahade edilebilir fiil eğiliminin bulunduğu tartışmasına girmeksizin, zaten silâh mevzuatı silâh taşıma hakkı verdiği kişiye silâhını özenli bir şekilde muhafaza etme yükümlülüğü getirmektedir. Keza, ilâç mevzuatı da zehir gibi maddelerin muhafazasında özel düzenlemeler içermektedir. Bu hükümlerden özel bir garantörlük durumu (bir tehlike kaynağını gözetleme) çıkmaktadır. Bu nedenle, olaylarda özene aykırı davranan kişilerin taksirle öldürmeden dolayı cezalandırılmaları gerekir.” TCK m. 40/1 hükmü uyarınca “taksirli suça iştirak” mümkün olmadığından, biz, yazarların “... kastî bir suça taksirle iştirak sadece istisnâî olaylarda cezalandırılabilir.” şeklindeki önermesine katılmıyor; isabetli bir şekilde çözümlenen kurgusal olaylarda iştiraktan bahsedilemeyeceğini düşünüyoruz. “Taksirli suça iştirak”ten söz eden bir başka yazar için bkz. Şohoğlu, s. 44: “Taksirli suça kasten iştirak hâlinde, katılan fail neticeyi istemişse, nedensellik bağına olan etkisi nedeniyle dolaylı fail hâline gelir. (...) Örneğin, ateşli silâh olduğunu bilen fail, araca su tabancası diye verip adam öldürmesine sebep olmuşsa, ön plândaki kişiyi hataya düşürmüştür; ancak bu hata kastı kaldıran bir hatadır ve ön plândaki kişinin taksirli sorumluluğu devam etmektedir; fakat bu, arka plândaki kişinin dolaylı fail olmasını engellemez.” Verilen örnekte hileye başvurarak ön plândaki şahsın iradesine ve fiiline hâkim olan kişinin kasten öldürme suçunun dolaylı faili sayılacağı açık ise de, buradaki dolaylı faillik ilişkisini “taksiri suça kasten iştirak” şeklinde ifade etmek hatalıdır.

<sup>1214</sup> Yargıtay 12. CD, T. 16/05/2014, E. 2013/21595, K. 2014/12058: “... sanığın ölü muayenesi sırasında verdiği ifadesinde; eşinin depresyon hastası olduğunu, olay günü eşinin rahatsızlığı nedeniyle psikiyatri bölümünde muayene olduğunu, doktorunun yatış önerdiğini ancak eşinin kabul etmemesi üzerine eşinin babasının köyde bulunan evine gittiklerini, eşinin daha önce yine kendi silâhı ile iki kez intihara teşebbüs ettiğini, bu nedenle silâhı eşinden sakladığını ve mermileri cebinde taşıdığını, hastaneden geldikten sonra cebinde taşıdığı mermileri şarjöre yerleştirerek silâhı ve şarjörünü ayrı vaziyette odalardan birindeki koltuğun üzerine koyduğunu, eşinin şarjörün silâha nasıl takıldığını bildiğini beyan ettiği dikkate alındığında; sanığın eşinin hastalığının aktif döneminde intihara teşebbüs edebileceğini öngörebileceği ve eşinin silâh kullanmayı bildiği halde dolu şarjör ve silâhı herkesin kolayca ulaşabileceği bir yere bırakarak bilinçli taksirle hareket ettiği anlaşılmakla; sanık hakkında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında isabetsizlik görülmemiş olup tebliğnamede bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir.”

*koltuğun üzerine bıraktığı, ev halkı balkonda ve bahçede bulunurken ölenin eve girip eşinin koltuk üzerinde bulunan silâhına şarjörü takıp başına bir el ateş ederek öldüğü olayda ...*”, daha evvel eşinin aynı silâhla iki defa intihara teşebbüs ettiğini bilmesine rağmen silâhını saklamakta özensiz davranan sanık polisi “bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme” suçundan mahkûm eden yerel mahkemenin hükmünü bu yönüyle hukuka uygun bulmuş; böylelikle, taksirle katkı sağlanan üçüncü şahsa ait kasıtlı eylemin “tipe uygun” olmasının şart olmadığını zımnen ifade etmiştir.

Bir kimsenin taksirli eyleminin diğer bir kimsenin taksirli eylemine eklendiği durumlara gelince; bu gibi durumlarda, TCK m. 22/5 hükmü uyarınca, yan yana faillerin her birinin sorumluluğu bağımsız olarak değerlendirilecek ve cezaları kusurlarına göre ayrı ayrı belirlenecektir<sup>1215</sup>. Örneğin, müteahhidin balkonun demir korkuluğunu sağlam malzemedan yaptırmadığı ve o konutta yaşayan kadın tarafından balkonda yalnız bırakılan küçük çocuğun oyun oynarken demir korkulukla birlikte aşağıya düştüğü olayda, müteahhit ve anne “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun yan yana<sup>1216</sup> failleri” sayılacaktır<sup>1217</sup>. Bu noktada, ikinci taksirli eylemi gerçekleştiren kişinin cezaî sorumluluğunun bulunmaması, ilk taksirli eylemin failinin sorumluluğuna etki etmeyecek; bu kişi, şartların sağlanması durumunda yine “taksirli suçun doğrudan veya yan faili” sayılacaktır. Örneğin, on bir yaşındaki oğlunun daha önce birkaç kez arabasının anahtarlarını gizlice alıp arabayla trafiğe çıktığını bilen, fakat buna rağmen anahtarı ortalık yerde bırakarak oğlunun tekrar trafiğe çıkmasına ve neticeten üç yayanın ölmesine sebebiyet veren anne, taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun -dolaylı faili değil- doğrudan faili olacaktır<sup>1218</sup>.

<sup>1215</sup> Aynı yönde bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillîğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 11; Şohoğlu, s. 45. Fransa’nın Dijon şehrinde, bir barmenin (B’nin) “sarhoş olduğunu ve barı terk ettikten sonra otomobiliyle tekrar trafiğe çıkacağını” bildiği bir müşteriye (M’ye) içki servis etmeye devam ettiği ve sarhoş vaziyette trafiğe çıkan müşterinin üçüncü kişinin (Ü’nün) ölümüne yol açtığı olayda, ilk derece mahkemesi, M ile B’yi “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun doğrudan ve dolaylı failleri” kabul etmiştir. (Kararı aktaran: Gomez, ss. 184-185.) “Sınırlı sorumluluk alanı teorisi”ne göre, Türk hukuku bakımından, böyle bir olayda, müşterinin barı terk ettikten sonra trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokup (TCK m. 179/3) birilerinin ölümüne neden olabileceği (TCK m. 85) yönünde açık emareler mevcut ise, barmen “taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun yan yana faillerinden biri” olarak cezalandırılacaktır.

<sup>1216</sup> “Doğrudan faillîğin bir görünüm şekli” olan yan yana faillîği “çok faillî doğrudan faillik” şeklinde formüle etmek de mümkündür.

<sup>1217</sup> Koca/Üzülmez, ss. 203-204.

<sup>1218</sup> Benzer bir örnek için bkz. Ekici Şahin, “Dolaylı Faillîğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 11: “Örneğin, dikkatsiz baba B, su şişesine koyduğu haşere ilâcını mutfak masasının üzerinde unutur. B’nin on yaşındaki oğlu O ve komşunun aynı yaşlardaki oğlu D, su içmek için mutfaka girdiğinde; O, D’ye içinde limonata olduğunu zannettiği şişeyi, içmesi için uzatır. Limonata olduğu farz edilen zehri içen

Son olarak belirtmek gerekir ki, TCK m. 28, sadece kasıtlı suçlar bakımından değil, cebir altında işlenen taksirli suçlar bakımından da geçerlidir<sup>1219</sup>. Örneğin, işledikleri suçtan sonra olay yerinden uzaklaşmak için deniz taksisine binen kişiler tarafından deniz taksisini aşırı hızla sürmeye zorlanan kaptan, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına taksirle yol açtığı takdirde, somut olayın koşullarına göre, TCK m. 28’den yararlanabilecek ve bu neticeden sorumlu tutulmayabilecektir<sup>1220</sup>. Buna karşılık, kaptanı deniz taksisini hızlı sürmeye zorlayan kişiler, ölüm veya yaralanma neticesine yönelik taksirlerinin tespiti hâlinde, TCK m. 85 veya 89 ile m. 180’de düzenlenen suçların doğrudan faili; olası veya doğrudan kasıtlarının tespiti hâlinde ise, anılan suçların kasıtlı şeklinin (TCK m. 81-82, 86-88, 179/2) dolaylı faili kabul edilecektir<sup>1221</sup>.

## B. Özel Kasıt Gerektiren Suçlarda Dolaylı Faillik

Yasa koyucunun tipik fiilin özel bir amaçla veya saikle işlenmiş olmasını zorunlu kıldığı hâllerde “özel kasıt gerektiren suç”tan söz edilir<sup>1222</sup>. Amaç (maksat) “failin fiiliyle ulaşmayı tasavvur ettiği nihaî hedef”i, saik ise “faili suçu işlemeye iten dürtü”yü ifade etmektedir<sup>1223</sup>. Bu hâllerde failin amacı ve saiki tipikliğinin manevî

---

*D ölür. Meydana gelen neticeden B, dolaylı fail olarak sorumlu tutulamaz. Zira B, taksirle adam öldürme suçunda doğrudan faildir.”*

<sup>1219</sup> Gülşen, s. 168.

<sup>1220</sup> Gülşen, s. 168.

<sup>1221</sup> Farklı görüş için bkz. Özgenç, **Faillik**, s. 255, dpn. 246: “... Roxin, faillik için özel mükellefiyetin söz konusu olduğu taksirli suçların extraneus vasıtasıyla işlenmesi hâlinde ‘taksirli dolaylı faillik’in mümkün olduğunu söylemektedir. (Roxin, LK [10], § 25, kn. 159.)” Bir başka görüş için bkz. Gözübüyük, s. 282: “... otomobil sahibi, acele işi olduğundan bahisle şoförü, nizama aykırı olarak, arabayı süratle sürmeye teşvik edip bundan dolayı da bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet verilirse, araba sahibi azmettiren sıfatıyla taksirli suça katılmış olur.”

<sup>1222</sup> Toroslu/Toroslu, s. 222. Türk hukukuna Fransız hukukundan geçtiği belirtilen “özel kasıt (*intention privée*)” kavramını “kasıt” kavramını karıştırdığı gerekçesiyle reddeden ve “amaç”, “maksat”, “saik” mefhumlarını kastın dışında, “haksızlığın diğer subjektif unsurları” olarak inceleyen bazı yazarlar için bkz. Koca/Üzülmez, s. 224; Ozansü, s. 156, 222; Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 304. Bizim de katıldığımız aksi görüş için bkz. Elvan Keçelioğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 83, Ankara, 2009, s. 126: “YTCK ile beraber, özel kasdın Türk hukuk doktrinine Fransız hukukuyla girdiği ve YTCK bakımından bu ayırmadan vazgeçildiği ileri sürülse de bu fikre katılmanın olanağı yoktur. (...) Eğer bu iddia ile doktrinel bir tanımlama olan özel kasdın tanımlanmasının artık bir önemi kalmadığı ileri sürülüyorsa, buna da katılma olanağı yoktur. Çünkü amaç ve saikin bazı durumlarda suçun temel şekline, bazı durumlarda ise suçun nitelikli şekline ilişkin bir unsur oluşturduğu yine bilimsel çalışmalarda belirtilmektedir. Kasdı ve taksiri tanımlama yolunu seçen yasakoyucunun bu tercihi karşısında bilakis özel kasda yönelik doktrinel çalışmaların önemi pratik açıdan daha da artmıştır.”

<sup>1223</sup> Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 472, kn. 547; Koca/Üzülmez, s. 225. Ayrıca bkz. Ozansü, s. 146: “... amaç, failin iradesini dışsallaştırdığı hareketin ulaştığı (veya ulaşmayı hedef aldığı) objektif

unsuruna dahil olduğundan, suçun tamamlanması için amacın ve saikin varlığı şart ise de, amacın gerçekleşmesi zorunlu değildir<sup>1224</sup>.

İradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu şahsın davranışlarını özel kasıtle işlenmesi gereken bir suça vasıta kılan kişinin o suçun dolaylı faili sayılabilmesi için özel kastının bulunması gerektiği<sup>1225</sup> kuşkusuz ise de, ön plândaki şahıs bakımından ayrıca özel kasıt aranıp aranmayacağı öğretide az tartışılan bir meseledir. Aksini savunanlar mevcut ise de<sup>1226</sup>, bu tür suçlarda arka plândaki kişinin özel kasıtle davranması dolaylı faillik için gerekli ve yeterli olup ön plândaki şahsın genel kasıtle hattâ kasıtsız davranması dahi dolaylı failliğe engel değildir<sup>1227</sup>. Zira, mühim olan,

---

*özellikleri taşıyan bir uğraktır. Saik ise, sadece failin içsel belirlenimlerini konu edinir, herhangi bir dışsallaşma söz konusu değildir. Çünkü o, aslında dışsallaşan iradeyi oluşturan etmendir."*

<sup>1224</sup> Toroslu/Toroslu, s. 222.

<sup>1225</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 481-482'den naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 151-152: "Yararlanma kastı gibi bir özel sübjektif unsur taşıyan suçlarda neticeyi önlemeyi ihmâl eden garantör şahıs, ... fail değil, yardım eden olabilecektir. Örneğin, hırsızlık suçunu müşahade eden ve fakat neticeyi ihmâliyle önlemeyen bir gece bekçisi, neticeyi önlemekle yükümlü olmasına rağmen, hırsızlık suçunun faili olamamaktadır. Ancak, gece bekçisinin fail olamamasının nedenini fiil üzerinde hâkimiyet kuramamış olması değil, hırsızlık suçu için kanunun aradığı ... yararlanma kastını taşınamaması oluşturmaktadır." Aynı yönde bkz. Önok, s. 230.

<sup>1226</sup> Örneğin bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 215-217: "Örneğin, hırsızlık suçunun gerçekleşebilmesi için, failin taşınabilir bir eşyayı sahibinin rızası hilâfına almakta olduğunun bilincinin yanı sıra, ayrıca özel kasıt olarak bu eşyadan 'yararlanma kastı' nı ... taşıması gerekir. Ancak, örneğin yararlanma kastını taşıyan bir şahsın hırsızlık suçunun icraî hareketlerini söz konusu özel kasıt taşımayan ve fakat olayı bütün yönleriyle müşahade eden başka bir şahsa işletmesi hâlinde failin tayini güçlük arz etmektedir. (...) 'yararlanma kastı' üzerinde yoğunlaşan ... Roxin'e göre, mücerret yararlanma kastı azmettiren şahsa fiil üzerinde hâkimiyet tesis etme imkânı sağlamaz ve dolayısıyla da sadece söz konusu özel sübjektif unsuru taşıdığı için, bu şahsın dolaylı fail olarak düşünülmesi fiil hâkimiyeti teorisiyle bağdaşmaz. Aslında burada tezahür eden problem, bizatihi iştirake ilişkin değil, müstakil suç tiplerinde kanunun aradığı bu özel sübjektif unsurların yorumuna ilişkin bir problemidir. Yukarıdaki örneğimizde suçun objektif unsurlarını gerçekleştiren ve kasten hareket eden ön plândaki şahıs faildir. Söz konusu şahsın fail olup olmadığı hususunda tamamen fiil hâkimiyeti kıstası esas alınacaktır. Kasten hareket eden bu şahıs, aynı zamanda yararlanma kastını da taşıyor demektir. Buna karşılık, bu şahsı azmettiren ise genel iştirak kurallarına göre azmettiren ... olarak sorumlu tutulacaktır. (...) Roxin'in açıklamaları doktrinde yeni bir görüşün esasını teşkil etmektedir. Bu yeni görüşe göre, ... ön plândaki şahıs olayı bütün yönleriyle müşahade ettiği için, fiil üzerindeki hâkimiyet bu şahsın elindedir. Ancak, söz konusu şahıs suçun oluşumu için kanunun aradığı özel sübjektif unsuru taşınamaması nedeniyle fail olamamaktadır. Bu şahıs fail olamadığı için de, bunu azmettiren arka plândaki şahıs şerik olarak sorumlu tutulamayacaktır. Burada suç politikası açısından bir ceza boşluğunun mevcudiyetinden de bahsedilemez. Zira, hırsızlık suçu için ... tipik hareket burada gerçekleşmemiştir. Ancak ön plândaki şahsın cebir, tehdit vs. ile irade serbestisinin bertaraf edildiği bir hâlde dolaylı failliğin mevcudiyeti kabul edilebilir."

<sup>1227</sup> Bu konuda bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 215-217: "Sübjektif görüşten hareket eden yazarlar meseleyi basit bir şekilde hâletmektedirler: Şayet yararlanma kastı, bir başka ifadeyle, fail olma iradesi veya fiilin işlenişine duyulan alâka sadece 'azmettiren'de mevcutsa, ... yararlanma kastını taşıyan azmettiren, hırsızlık suçundan dolaylı fail olarak; buna karşılık diğer şahıs ise, sadece yardım eden (şerik) olarak sorumlu tutulacaktır. Fiil hâkimiyeti kıstasını esas alan yazarlardan Welzel, bu durumda 'sosyal' fiil hâkimiyetinin, yararlanma kastını taşıyan arka plândaki şahısta bulunduğu; buna karşılık, suçun objektif unsurlarını gerçekleştiren şahsın şerik olduğu fikrindedir. Yine, 'normatif' fiil hâkimiyeti düşüncesinden hareket eden Jescheck'e göre, ceza hukuku bakımından önem arz eden bir hareket ancak söz konusu özel sübjektif unsurun mevcut olması hâlinde teşekkül edeceği

fiil hâkimiyetine sahip bulunan kişinin yasa koyucunun aradığı maksat veya saikle hareket etmesidir. Aksi düşüncenin kabulü hâlinde, örneğin, hataya düşürdüğü B'yi başkasına (C'ye) ait inşaattaki tuğlaları alıp kendisine getirmeye sevk eden A, B'nin özel kasıt ("yarar sağlamak maksadı") gerektiren hırsızlık suçu bakımından genel kastının dahi bulunmaması sebebiyle "hırsızlık suçunun dolaylı faili" addedilemeyeceği gibi, tipik hareketi bizzat gerçekleştirmemesi nedeniyle bu suçun doğrudan faili de kabul edilemeyecek ve müşterek faillik ile yan yana faillikten de söz edilememesi sebebiyle hiçbir şekilde "hırsızlık suçunun faili" olamayacaktır.

### C. Herkesçe İşlenemeyen Suçlarda Dolaylı Faillik

#### 1. Özgü Suçlarda Dolaylı Faillik

Yalnızca belirli hukukî ve/veya maddî niteliklere sahip kişilerce işlenebilen suçlara "özü (mahsus) suç" adı verilmektedir<sup>1228</sup>. Özü suçlar da, kendi içerisinde, "gerçek özü suçlar (temel şekli sadece özel faillik niteliklerini taşıyanlar tarafından işlenebilen suçlar)" ve "görünüşte özü suçlar (temel şekli herkesçe işlenebilmekle birlikte nitelikli hâli sadece belirli hukukî ve/veya maddî niteliklere sahip kişilerce işlenebilen suçlar)" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>1229</sup>. TCK'nin "*Bağlılık kuralı*" kenar başlıklı 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, "*Özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*" Öte yandan, doktrinde yalnızca belirli hukukî ve/veya maddî niteliklere sahip kişilere karşı işlenebilen suçları ifade etmek amacıyla "mağduru bakımından özü suçlar" kavramına da yer verilmektedir<sup>1230</sup>. Ancak, yalnızca mağduru bakımından özü suç niteliği taşıyan suçların TCK m. 40/2 hükmünün uygulama alanına girmemesi ve dolaylı faillığe elverişliliği hususunda duraksama bulunmaması nedeniyle, bu başlıkta "özü suç" kavramı sadece "faili bakımından özü suç"ları ifade etmek üzere kullanılacaktır.

*için, burada ancak bu özel sübjektif unsuru taşıyan şahıs dolaylı fail olabilecektir.*" Aynı yönde bkz. Önok, s. 305.

<sup>1228</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 138; Koca/Üzülmez, s. 101; Zafer, s. 434: "*Failin suç tanımında belirtilen bu özellikleri taşımaması, suçun ... tipik olmaması sonucunu doğurur.*"

<sup>1229</sup> Koca/Üzülmez, s. 104; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 192; Zafer, s. 149.

<sup>1230</sup> Öztürk/Erdem, s. 168, kn. 263; Zafer, s. 151. Bu tür suçlar için "mağdura göre tanımlanan suçlar" kavramını öneren yazar için bkz. Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", s. 664.

Doktrinde özgü suçların dolaylı faillğe tümüyle elverişsiz olduğunu savunanlar<sup>1231</sup> varsa da, her şeyden önce, arka plândaki kişi ile ön plândaki şahsın her ikisinin de özel faillik niteliklerine sahip olduğu hâllerde dolaylı faillikten söz etmek pekâlâ mümkündür<sup>1232</sup>. Söz gelimi, bir kolluk görevlisinin (K<sub>1</sub>'in) diğer bir kolluk görevlisini (K<sub>2</sub>'yi) rüşvet almaya zorladığı olayda, K<sub>1</sub> “rüşvet suçunun dolaylı faili” olacaktır.

Arka plândaki kişinin ve iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan ön plândaki şahsın özel faillik niteliklerinden yoksun olduğu hâllerde ise özgü suçun işlenemeyeceği açıktır. Örneğin, kamu görevlisi olmayan A'nın kamu görevlisi olmayan B'yi iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak işkence yahut zimmet suçuna sevk etmesi mümkün değildir. Zira, failliğin söz konusu olmadığı yerde, şeriklikten de söz edilemeyecektir<sup>1233</sup>. Bununla birlikte, böyle durumlarda, arka plândaki kişinin genel kasıtlı işlenebilen kasten yaralama, eziyet, güveni kötüye kullanma gibi suçların dolaylı faili sıfatıyla cezalandırılmasına bir engel yoktur.

Yasa koyucunun aradığı hukukî ve/veya maddî niteliklere sahip bir kimsenin bu niteliklerden yoksun bir şahsı iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak suça sevk ettiği durumlarda, arka plândaki kişi, o suçun dolaylı faili kabul edilecektir<sup>1234,1235</sup>.

<sup>1231</sup> Bernd Heinrich, **Genel Kısım - II**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Adalet Yayınevi, Ekim 2015, kn. 1245; Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 717. Yine bu yönde bkz. Gropp, 2001, s. 341; Haft, s. 190'dan aktaran Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 83. Bu görüşün Rus doktrininde de benimsendiğini bildiren yazar için bkz. Hüseyinoğlu, “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak”, s. 766.

<sup>1232</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 678.

<sup>1233</sup> Gropp, 2005, s. 352'den aktaran Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 176.

<sup>1234</sup> Aynı yönde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 497; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 329-330; Önok, s. 243; Toroslu/Toroslu, ss. 349-350: “... özgü suça ait tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesi konusunda mantıki bir zorunluluk yoktur. Gereken niteliklere sahip olan kimsenin, özgü suçun tipik davranışını şahsen gerçekleştirmesi, sadece ‘kendi eliyle gerçekleştirilmesi gereken suçlar’ veya ‘şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar’ denilen ve mahiyetleri gereği başkası aracılığıyla işlenemeyen suçlar yönünden zorunludur. Örneğin yalan yere yemin ve askerlikten firar suçlarında olduğu gibi. Buna karşılık, üçüncü kişiler aracılığıyla da gerçekleştirilebilen özgü suçlar yönünden durum böyle değildir. Örneğin kendisine tevdi olunan veya görevi nedeniyle koruması veya sorumluluğu altında bulunan bir şeyin fiilen mal edinilmesini kurnazca bir hizmetliye bırakan kamu görevlisini zimmetten sorumlu tutmamak için hiçbir mantıki neden yoktur.” Yine bu yönde bkz. Baumann, s. 200; Mezger, **Ein Studienbuch**, s. 233; Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549'dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 218.

<sup>1235</sup> Aksi görüş için bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 270. Yine bkz. Frank Zieschang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aktualisierte Auflage, Stuttgart: Richard Boorberg, 2014, kn. 674; Weddig, s. 23'ten aktaran Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, ss. 264-265: “Diğer bir ihtimalde de özgü suçun gerektirdiği özel faillik vasfına sahip olmayan bir kimsenin araç

Örneğin, kamu görevlisi olan K'nin kamu görevlisi olmayan bir hamalı (H'yi) kendisine ait olduğuna inandırdığı “kamu malı” niteliğindeki bir masayı makam odasından alıp kendisine getirmeye sevk ettiği olayda, K, gerekli hukukî niteliğe ve fiil hâkimiyetine sahip olması sebebiyle “zimmet suçunun dolaylı faili” sıfatıyla cezalandırılacaktır<sup>1236</sup>. (TCK m. 37/2, 247) Öte yandan, özel faillik niteliklerinden yoksun bulunan ön plândaki şahıs hiçbir şekilde “özgü suçun faili” olamayacağından, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan şahsın sorumlu olduğu hâllerde ancak “şerik arkasındaki dolaylı faillik”ten söz edilebilecektir<sup>1237</sup>.

İradesi üzerinde hâkimiyet kurularak suça sevk edilen şahsın özgü suça ilişkin niteliklere sahip bulunmasına karşılık arka plândaki kişinin bu niteliklerden yoksun olduğu hâllerde ise, arka plândaki kişinin “özgü suçun dolaylı faili” olup olamayacağı tartışmalıdır. TCK m. 40/2 hükmünün lâfzî yorumunu esas alan ve Yargıtayca<sup>1238</sup> da benimsenen ilk görüşe göre, özel faillik niteliğini taşımayan kişiler

---

olarak kullanılması söz konusudur. Alman ceza hukukunda bu vasfa sahip olmayan bir kimsenin suçta araç olarak kullanılması halinde hileli şekilde kullanılan araçların niteliğindeki olay grupları içerisinde mesele ele alınmaktadır (qualifikationslos dolosen Werkzeuge) ki bu durumda dolaylı failliğin varlığı tartışmalıdır. (...) Buna örnek olarak tapu memurunun, yetkisi olmayan bir kişiyi sahte kayıt yapma konusunda teşvik etmesi gösterilmektedir. Bu durumda hareketi gerçekleştiren kişinin Alman Ceza Kanunu'nun 348'inci maddesinde düzenlenen ve görev halinde sahte belge düzenleme suçunu oluşturan durum bakımından fail niteliğini karşılamadığı, bu nedenle sahte bir kayıt yaptığını bilse dahi bunun şahsı fail yapmayacağını ifade edilmektedir.” Yalnızca arka plândaki kişinin özel faillik niteliklerine sahip olduğu hâllerde tipik fiilin varlığından ve şahısların cezaî sorumluluğundan söz edilemeyeceği yolundaki ayrıkışı görüş için bkz. Mitsch, s. 138'den aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 678.

<sup>1236</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 329-330; Toroslu/Toroslu, ss. 349-350.

<sup>1237</sup> Bu yönde bkz. Schumann, s. 42'den aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 678: “Yalnızca arkadaki kişide özgülük bulunmakta, öndeki kişide özgülük söz konusu değilse ... özel niteliğe sahip kişi dolaylı fail, ... fiil üzerinde hâkimiyet kuran ancak özel niteliğe sahip olmayan kişi ise şerik niteliğinde kabul edilecek ve sorumluluğu yoluna gidilecektir.” Yine bu yönde bkz. Baumann, s. 200; Mezger, **Ein Studienbuch**, s. 233; Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549'dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 218: “Örneğin, memur olan bir şahsın kendisinin düzenlemekle görevli olduğu bir resmî belgeyi durumu müşahade eden ve görevle alakası olmayan bir başka şahsa (extraneus) düzenletmesi hâlinde, gerekçe noktâsından farklılıklar mevcutsa da, doktrinde büyük çoğunluğun kabul ettiği fikre göre, görevli memur resmî evrakın memur tarafından düzenlenmesi suçunu (TCK m. 339, 340) dolaylı fail olarak işlemiş; buna karşılık, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren extraneus ise, söz konusu suça yardım eden (şerik) sıfatıyla katılmıştır.”

<sup>1238</sup> **Yargıtay 5. CD**, T. 25/10/2018, E. 2015/10455, K. 2018/8216: “TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Kanunun 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın 'a' ve 'b' bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlilerin, 'd' bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan, bu sebeple dolaylı failliğe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-a maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanıklar tarafından

“özgü bir suçun doğrudan veya müşterek failleri” olamayacağı gibi, “dolaylı faili” de olamayacak ve şartların mevcudiyeti hâlinde ancak “şerik (azmettiren veya yardım eden)” sıfatıyla cezalandırılabilir<sup>1239,1240</sup>. Kasıtsız fiile iştirak mümkün

*işlenemeyeceği, Kütahya Valiliği ... tarafından 08/12/2006 tarihinde yapılan genel temizlik hizmet alımı ihalesine ilişkin olarak Kütahya Ali Güral Lisesi adına düzenlenen 07/12/2006 tarihli sahte iş deneyim belgesinin sunulması şeklinde sübut bulan eylemin TCK'nın 204/1. maddesi kapsamında resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ...*” Yargıtay 5. CD'nin aynı yönde verdiği diğer bazı kararlar için bkz. **Yargıtay 5. CD**, T. 17/11/2016, E. 2014/2575, K. 2016/9071; T. 05/05/2016, E. 2014/2923, K. 2016/4679; T. 21/03/2016, E. 2014/766, K. 2016/2912; T. 17/03/2016, E. 2014/302, K. 2016/2801; T. 01/03/2016, E. 2013/16778, K. 2016/2222; T. 18/02/2016, E. 2013/16593, K. 2016/1881; T. 19/11/2015, E. 2013/12883, K. 2015/16464; T. 08/10/2015, E. 2013/10915, K. 2015/14922; T. 01/10/2015, E. 2013/10936, K. 2015/14689; T. 18/06/2015, E. 2015/5343, K. 2015/12722; T. 11/05/2015, E. 2013/8004, K. 2015/11435; T. 01/10/2014, E. 2013/3408, K. 2014/9410; T. 24/03/2014, E. 2014/2920, K. 2014/3290; T. 09/01/2014, E. 2013/14394, K. 2014/221: “... TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan, bu sebeple dolaylı faillğe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-a maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanık tarafından işlenemeyeceği ve bu suçun faili olamayacağı dikkate alındığında, suça konu sahte TSE belgesinin ihale evraklarının içinde verilmesi eylemiyle ilgili olarak sahtecilik suçundan ayrıca bir soruşturma yapıldığı da gözetilerek sanık hakkında beraet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, Kanuna aykırı ... görüldüğünden, hükmün ... BOZULMASINA ... oy birliğiyle karar verildi.” Bu kararların haklı eleştirisi için bkz. Ali Hakan Evik, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun ‘Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin’ Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 12, Sayı: 33, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2017, ss. 7-46.

<sup>1239</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 198; Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 679: “Yalnızca araç şahıs özgürlüğe sahipse ... arkadaki kişi dolaylı fail olamayacağından, kasıt olmak şartıyla iştirak kuralları gereğince arkadak kişinin şerik olarak sorumluluğu yoluna gidilmelidir. Yalnız özgürlüğe sahip olan kişinin kasıtsız hareket ettiği durumlarda arkadaki kişinin dolaylı fail olmamakla beraber şeriklikten sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerinde durulmaktadır. Çünkü şeriklikten sorumlu tutulabilmek için kasten işlenmiş bir fiilin varlığı gerekmektedir.” Aynı yönde bkz. Baumann/Weber/Mitsch, § 29, kn. 122; Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 60. Auflage, München: C. H. Beck, 2013, § 25, kn. 6’dan aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 13. Yine bu yönde bkz. Roxin, **Allgemeiner Teil**, § 25, kn. 13-15’ten aktaran Üzülmüş, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 92. Aynı yönde bkz. Gropp, 2001, s. 341; Haft, s. 190’dan aktaran Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 83; Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 99, kn. 176; Önok, s. 247; Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 717. Ayrıca bkz. Conde, s. 80’dan aktaran Önok, s. 246: “Bu görüşün dayanağı, bu tür suçlarda faillğin dayanağının ‘ceza hukuku dışındaki özel görev/yükümlülük’ olmasıdır; fiile egemenliğin ise bunun yerini alamamasıdır. Arka plândaki kişi gerekli sıfata sahip değilse, fiile egemen olsa bile, sahip olmadığı söz konusu özel yükümlülüğü ihlâl etmiş de olmaz; bu nedenle de onun fail olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. (...) Böyle bir durumda ben de dolaylı faillik hükümlerine başvurulamayacağı kanaatindeyim. (...) Bu durumda, ön plândaki kişi kasıtlı davranmışsa, arka plândaki kişinin şerik olarak sorumluluğuna gidilebilecektir.” Fikrimizce, özel faillik niteliklerinden yoksun olmakla birlikte fiil üzerinde hâkimiyet kuran arka plândaki kişinin “şerik” kabul edilmesi, fiil hâkimiyeti kuramına ters düşecektir.

<sup>1240</sup> Özel faillik niteliklerinden yoksun kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurup kuramayacağı tartışması hakkında bkz. Gallas, s. 97, 136, 139, 141’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 86: “... bazı suçlarda ... özel faillik vasıflarının aranması gibi durumlarda, fiil üzerindeki hâkimiyetin tespiti ancak bir değerlendirme sonucunda mümkün olmaktadır. Bu durumda extraneus, fiilin işleniş üzerinde önemli ölçüde etkili olabilir. Fakat buna rağmen, fiil üzerinde kendi hâkimiyetini kuramaz. Çünkü, söz konusu suçlarda fiilin haksızlık muhtevası, ya failin bizzat icra edeceği fiilin kendisine ya da faildeki fiile suç karakterini veren objektif veya sübjektif özel vasıfların varlığına bağlanmıştır. Bu durumda, fiilin işleniş üzerinde hâkimiyet kurulup kurulmadığı sadece olayların seyri üzerindeki etkinin yoğunluğu ile değil, aynı zamanda özel suç tiplerinin ifade ettikleri anlamın da dikkate alınması suretiyle tespit edilecektir. Böylece Welzel, faillik için, üzerinde maddî hâkimiyet kurulduktan sonra ayrıca özel suç tipinde aranan objektif ve sübjektif faillik vasıflarının araştırılacağı fikrinde iken;



olmadığından (TCK m. 40/1), dolaylı failliği bir iştirak türü kabul eden yaklaşıma göre, özel faillik niteliklerine sahip bulunan ön plândaki şahsın kasıtsız davrandığı durumlarda arka plândaki kişi “şerik” dahi sayılamayacak<sup>1241</sup> ve “suçun taksirle işlenebilen suçlardan olması kaydıyla” sadece ön plândaki şahsın taksirli sorumluluğundan söz edilebilecektir<sup>1242</sup>. Nitekim, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin yerleşik içtihadında da, ihale sürecinde görevli şahısların iradesi üzerinde hileli davranışlarla hâkimiyet kurarak ihaleye fesat karıştırmaya çalışan kişiler şerik dahi sayılmamakta ve beraat kararları oy birliğiyle onanmaktadır. Bu sorunun çözümü için, doktrinde, “müsebbiplik suçu” adı altında yeni bir kurumun ihdası önerilmekte, genel yahut özel hükümler arasına eklenecek normlar ile cezasızlığın önlenilebileceği belirtilmektedir<sup>1243</sup>.

---

*Gallas, ancak bu söz konusu özel vasıfların bulunması hâlinde fiil üzerinde bir hâkimiyetin kurulabileceğini ifade etmektedir.”*

<sup>1241</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 679: “Yalnızca araç şahıs özgüluğne sahipse ... araç olarak kullanılan kişi kasten hareket etmediğinde, arkadaki kişinin şeriklikten sorumluluğu ... söz konusu olmayacaktır. Aynı durum, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında araç şahsın hata içinde olması ve bu kişinin arkadaki şahıs tarafından kullanılması durumunda da geçerlidir. Özgü fiillerde bu niteliğe sahip olmayan bir kimsenin sahip bir kimseyi hukuka uygunluk sebebinin şartları konusunda kandırmak suretiyle suç işlemeye yönlendirmesi durumunda özgüluğne sahip olmayan bu kişinin sorumlu olup olmayacağı doktrinde sorun teşkil etmektedir.” Aynı yönde bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 179-180.

<sup>1242</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 679: “Örneğin, bir kimsenin bir doktoru susma yükümlülüğünün doğduğu bir olayda susma yükümlülüğünün olmadığını söyleyerek kandırması suretiyle sırrın açıklanmasına sebep olması hâlinde ... böyle bir durum ortaya çıkmaktadır. Burada araç olarak kullanılan kişinin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında yanılması söz konusu olup kastı bulunmamaktadır. (...) Fiilin taksirli şekli cezalandırılmadığından doktorun taksirli sorumluluğu da söz konusu değildir. Arkadaki şahıs doktor olmadığı ve sır saklama yükümlülüğü bulunmadığı, yani özgüluğne sahip olmadığı için dolaylı fail olamaz. Öndeki kişinin kastı olmadığından iştirak hükümlerinin de uygulanması ve şerik olarak sorumlu tutulması söz konusu değildir.”

<sup>1243</sup> Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 179-180: “İştirake ilişkin genel prensiplerden hareket etmemiz hâlinde, söz konusu ihtimâlde ne dolaylı failliğin ve ne de şerikliğin mevcut olduğunu kabul edebiliriz. Ancak, extraneusun iştirak kurallarından hareketle cezasız bırakılması benimsenemeyen bir netice olarak tezahür edebilir. Nev’i şahsına mahsus bir iştirak türü arz eden bu gibi hâllerde, kanun özel suç tipleri ihdas etmek suretiyle söz konusu boşlukları doldurma yoluna gidebilir. Burada kanunun, her bir müşahhas durumda müstakil ‘özel müsebbiplik suçları’ mı, yoksa genel olarak bir ‘müsebbiplik suçu’ mu ihdas etmesi gerektiği, iştirak teorisi dışında, genel suç politikasını ilgilendiren bir husustur. Zira, extraneusun kasıtsız davranan özel yükümlülük altındaki şahsı bir yükümlülük suçu işlemeye sevk etmesi hâlinde, gerçekleşen haksızlık yükümlülük suçuna mahsus bir haksızlık değildir. Buradaki haksızlık bizzat extraneusun davranışından kaynaklanan bir haksızlıktır. Bir örnekle meseleyi izah etmek gerekirse, resmî evrakta sahtekârlığın memur tarafından işlenmesi (TCK mad. 339, 340) suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmakta, başka bir ifadeyle, suçun basit şekline nazaran bu durumda fiilin arz ettiği haksızlık daha fazla olacaktır. Bu yönü itibarıyla, suçun söz konusu ağırlaşmış şekli bir yükümlülük suçu karakterini arz etmektedir. Bir resmî evrakın memur tarafından düzenlenmesi esnasında iyi niyetli memurun bilgisi dışında bu evrakla ilgili yalan bilgi veren ve bu suretle de memur tarafından evrakın düzenlenmesini sağlayan extraneus, memurun kasıtsız işlediği resmî evrakta sahtekârlık suçuna iştirak etmiş sayılamaz. Bu hâlde, extraneusun hareketi müstakil bir haksızlık teşkil eder. Nitekim, Türk Ceza Kanununda söz konusu davranış müstakil suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.”

TCK m. 28 hükmünün TCK m. 40/2'deki kurala istisna getirdiği kanaatine dayanan diğer bir görüşe göre, özel faillik niteliklerinden yoksun bir kişi “kural olarak” özgü suçun dolaylı faili olamazken, TCK m. 28'in uygulanma alanı bulduğu “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik” hâllerinde istisnaî olarak “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılabilir<sup>1244</sup>. Örneğin, kamu görevlisi olmayan bir kimse, hataya düşürdüğü bir kamu görevlisinin davranışlarını irtikâp suçuna vasıta kıldığında TCK m. 40/2 uyarınca “dolaylı fail” sayılamazken, aynı şahsı aynı suçu işlemeye zorladığı takdirde TCK m. 28 gereğince “dolaylı fail” kabul edilebilir<sup>1245</sup>.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, özel faillik niteliklerine sahip bir şahsı iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak suça sevk eden kimse, bu niteliklere bizzat sahip olmasa da dolaylı fail olabilecek, dolaylı failliğin tüm görünüm şekilleri gündeme gelebilir<sup>1246,1247</sup>. Zira, öncelikle, ön plândaki şahsın özel faillik

<sup>1244</sup> Hakeri, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, s. 96; Önok, s. 247: “... TCK m. 28’e dayanmak mümkün olabilir. Ne var ki, TCK m. 28’e dayalı yorumun sadece maddî veya manevî cebir yoluyla doğrudan failin iradesine hâkimiyet kurulduğu durumlarda çözüm sağlayacağına dikkat edilmelidir.” Bu görüşe katıldığını belirtmekle birlikte, dolaylı failliğin “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik” dışındaki görünüm şekillerini de tümüyle TCK m. 40/2’nin istisnası kabul eden yazar için bkz. Şohoğlu, ss. 117-118: “... TCK m. 28’in, TCK m. 40/2’ye bir istisna getirdiği ileri sürülmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Kural olarak özgü suçlara iştirak eden kişi ancak özel faillik niteliğine sahipse fail olarak sorumlu tutulur; aksi takdirde azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur. Bu kuralın istisnasının dolaylı faillik olduğunu düşünüyoruz. Arka plândaki kişi, o suç için aranan özel niteliklere sahip olmasa da, örneğin kamu görevlisi olmasa da, özel nitelikleri taşıyan kimse üzerinde hâkimiyet kurulmuşsa arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir. Bu hâlde kamu görevlisinin iştirak iradesi olmadığından, iştiraktan değil, dolaylı faillikten bahsetmek gerekir.”

<sup>1245</sup> Kayıhan İçel / Ali Hakan Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, Mart 2007, s. 272: “Yeni ceza kanunu, özgü suçlara iştirak konusunu ... 40. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemiştir. (...) fıkradaki bu belirleme ve sınırlama uygun olmamıştır. (...) Burada doğru olan, özel sıfatları olmasa dahi, özgü suç failinin bu özelliğini bilerek onunla birlikte suçun icra hareketlerini yapanların da bu suçların faili olarak cezalandırılmalarıdır. Diğer yandan bu hüküm, özgü suçlarda, bu suçun işlenmesi bakımından gerekli niteliklere sahip bir kişiyi araç olarak kullanarak suçu işleyen ne şekilde cezalandırılacağını açıklamaktan uzaktır. Her ne kadar, 37. maddenin 2. fıkrası gereğince, arka plândaki kişinin fail olarak cezalandırılması olanağı varmış gibi gözükse de, kanunun iki hükmü arasında çelişki ile karşılaşılacaktır.” Ayrıca bkz. Evik, “İhaleye Fesat ...”, s. 41: “... yukarıdaki hukuki sorunun TCK madde 28 değil, dolaylı faillik de dahil olmak üzere faillik müessesesinin düzenlendiği ... TCK madde 37 fıkra 2 hükmü uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir. Zira takdir edileceği üzere; dolaylı failliğin işlenme şekli ‘araç kişiye cebir ve tehdit kullanılarak suç işlettirilmesinden’ ibaret değildir. TCK madde 28 hükmü sadece bu işlenme şekli açısından bir çözüm aracı olabilecektir. Buna karşılık TCK madde 37/2 sayesinde ... diğer dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri açısından da olası suç faillerinin cezasız kalmasının önüne geçilmesi mümkün olabilecektir.”

<sup>1246</sup> Aynı yönde bkz. Aydın, **İştirak**, ss. 275-276; Demirbaş, ss. 531-532; Ekici Şahin, “Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 13; Erem/Danışman/Artuk, s. 383; Şen, s. 130; Evik, “İhaleye Fesat ...”, s. 41; Özen, **Genel Hükümler**, s. 637; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, ss. 78-79; Şohoğlu, ss. 117-118; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 270.

niteliklerine sahip olması tipikliğin gerçekleşmesi için yeterli olup arkadaki kişinin bu niteliklerden yoksun bulunması fiil üzerinde hâkimiyet kurmasına engel değildir<sup>1248</sup>. Burada, arka plândaki kişi iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu şahsın davranışlarını “tipik fiilin icrasına elverişli bir vasıta” hâline getirmekte ve bu elverişli vasıttan yararlanarak tipikliği gerçekleştirmektedir. Faillik iradesiyle hareket ederek tipik fiilin seyrine yön vermeye muktedir hâle gelen, örneğin bir kamu görevlisini cebren veya hileyle irtikâp suçuna sevk eden kişinin “şerik” sayılmasına ise olanak yoktur<sup>1249</sup>. Ayrıca, dolaylı failliğin bir iştirak türü olmaması ve bağlılık kuralının dolaylı faillik ilişkilerine uygulanamaması sebebiyle, TCK m. 40/2 hükmünün dolaylı faillik bakımından tatbiki söz konusu olmayacaktır<sup>1250</sup>. Buna göre, söz gelimi, icra müdürü olan eşine manevî cebir uygulayarak zimmet suçunu işleten kimse “gerçek özgü suç niteliğindeki zimmet suçunun dolaylı faili” olurken, hataya düşürdüğü kamu görevlisine gerçek bir resmî belgeyi yok ettiren vatandaş “görünüşte özgü suçun dolaylı faili” kabul edilerek TCK m. 205/1, c. 2 uyarınca cezalandırılacaktır.

<sup>1247</sup> Aynı sonuca, katılmadığımız bir gerekçe ile ulaşan bazı yazarlar için bkz. Çiçek, s. 147: “TCK m. 40’ın gerekçesinde, ‘suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulacağı’ ifade edilmektedir. Burada görüleceği üzere bağlılık kuralına göre suç ortağının şerik olarak sorumlu olması bakımından iki ihtimal belirtilmiştir. Buna göre özgü suça iştirak eden kişinin şerik sıfatıyla sorumlu olması için, ya suçun işlenişinde hâkimiyet kuramamalı ya da özel faillik niteliğini haiz olmamalıdır. Dolayısıyla suçun işlenişinde hâkimiyet kurma hali ayrıca belirtildiği için, burada araç kişi üzerinde hâkimiyet kuran ve özel faillik niteliğine sahip olmayan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu olacağı ileri sürülebilir.” Ayrıca bkz. Dönmezer, s. 270: “Mahsus suçlar bakımından dolayısıyla faillik, şerikin cezalandırılmayan mahsus suç faili gibi cezalandırılmasını sağlar.” Yine bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 824, kn. 969: “Özgü bir suçun işlenebilmesi için gerekli doğal veya hukukî nitelikleri haiz bir kimseyi yanıltarak ona bir suç işleten kimse, sanki o doğal veya hukukî niteliklere kendisi sahipmiş gibi işlem görür ve cezalandırılmayan özgü suç failinin yerine geçer.”

<sup>1248</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 331. Aksi görüş için bkz. Gallas, s. 97, 136, 139, 141’den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 86.

<sup>1249</sup> Bu konuda bkz. “Dolaylı Failliğin Şeriklik Türlerinden Ayırt Edilmesi” başlığı. Aksi görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 717: “... özgü suçlar bakımından dolaylı faillik söz konusu olmaz. Bu nedenle, söz gelimi öldürme tehdidi ile tanıdığı yalan tanıklığa zorlayan kişi, yalan tanıklık suçunun dolaylı faili değil, azmettirenidir.”

<sup>1250</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 13: “Kanaatimizce bu görüş, dolaylı failliği bir iştirak türü olarak görmekte ve iştirake ilişkin kuralların dolaylı faillik açısından da geçerli olacağı yanlış değerlendirmesinden hareket ederek, iki kurumu birbirine karıştırmaktadır. Oysaki dolaylı faillik, şerikliğin değil, failliğin bir türüdür. Bu nedenle TCK m.40/2’de iştirak halinde işlenen özgü suçlarda bağlılık kuralının uygulanmasına ilişkin olarak getirilen düzenleme, faillik açısından uygulanamaz.”

## 2. Bizzat İşlenmesi Gereken Suçlarda Dolaylı Faillik

TCK’de açıkça yer verilmemekle birlikte öğretide “gerçek özgü suçların özel bir şekli” olarak kabul edilen “bizzat işlenmesi (şahsen gerçekleştirilmesi)<sup>1251</sup>) gereken suçlar (*reati di mano proprio, eigenhändigen Delikte*)”, sadece belirli hukukî ve/veya maddî niteliklere sahip kişilerin kendi bedensel davranışları ile işleyebildikleri suçları ifade etmektedir<sup>1252</sup>. Örneğin, “hükümlü veya tutuklunun kaçması” (TCK m. 292), “yalan yere yemin” (TCK m. 275), “kendini askerliğe elverişsiz hâle getirme” (1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu m. 79) suçları<sup>1253</sup> bu nitelikte suçlar olup şerikliğe elverişli olan bu suçlar baskın görüşe göre müşterek ve dolaylı faillığe kesinlikle elverişsizdir<sup>1254</sup>. Buna göre, tanık B’yi ölüm tehdidi ile yalan tanıklığa zorlayan A ancak “yalan tanıklık suçunun azmettirenini” sıfatıyla cezalandırılabilir<sup>1255</sup>.

<sup>1251</sup> Aydın, **İştirak**, s. 271; Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 329; Toroslu/Toroslu, s. 349.

<sup>1252</sup> Koca/Üzülmez, s. 105; Savaşçı Temiz, “... Bağlılık Kuralı”, s. 2506.

<sup>1253</sup> Bu ve benzer örnekler için bkz. Aydın, **İştirak**, s. 271.

<sup>1254</sup> Evik, “İhaleye Fesat ...”, s. 40; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 138; Heinrich, **Genel Kısım - I**, s. 99, kn. 176; Koca/Üzülmez, s. 105; Önok, s. 247; Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 717; Toroslu/Toroslu, s. 349. Aynı yönde bkz. Schönke/Schröder, 2010, § 25, kn. 86; Johannes Wessels / Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 36. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, § 1, kn. 40’tan aktaran Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 678. Yine bu yönde bkz. Allen, s. 161; Pedrazzi, ss. 16-17, dpn. 39-40; Ranieri, **Concorso**, ss. 214-215’ten aktaran Aydın, **İştirak**, s. 271. Ayrıca bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 480-481’den naklen Özgenç, **Faillik**, s. 155: “... Roxin, *istisnâi olarak ihmâlî davranışlarla bir başkasının icraen işlediği suça yardım eden sıfatıyla iştirak edilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu istisnâi durumlar şu şekilde sıralanabilir: Kişi teminat yükümlülüğü altında bulunsun bile, eğer bir başkasının işlemekte olduğu ve önlenmesi hususunda teminat yükümlülüğü altında bulunulan suç 1) “bizzat işlenebilen bir suç” ise, teminat yükümlülüğü altında bulunan şahsın fail olması mümkün değildir; ancak şerik (yardımda bulunan) olabilir. Bu nedenle, meselâ firar suçunun faili sadece firar eden şahıs olabileceği için, firar eden şahıs üzerinde nezaret yetkisi bulunan şahıs (garantör) firarı ihmâlîyle engellemediği takdirde, firar suçunun ihmâl suretiyle faili olarak değil, ancak bu suça şerik sıfatıyla cezalandırılabilir.” Yine bkz. Battaglini, s. 449’dan aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 826, kn. 971: “... nitelikli cinsel saldırı suçları ... vasıtalı olarak işlenmesi imkânsız olan suçlardır. Bir akıl hastasını nitelikli cinsel saldırıya yönelten kimseyi nitelikli cinsel saldırının dolayısıyla faili saymak gülünç olur. Şu hâlde, şahsen işlenebilecek suçlarda dolayısıyla faillikten yararlanmaya imkân yoktur ...” Bu görüşün haklı eleştirisi için bkz. Logoz, Art. 24-26, no. 2 a; Pannain, s. 651; Riccio, s. 126’dan aktaran Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 827, kn. 972: “... cinsel suçların dolayısıyla fail tarafından işlenemeyeceği ... ileri sürülemez: bir akıl hastasını ... cinsel saldırıya yönelten kimse, şüphesiz ki şahsen cinsel bir tatmin duygusu hissetmeyecektir; fakat her hâlde başkaca maddî veya manevî bir yarar elde edecektir ve bu bakımdan faili bir âlet olarak kullandığını kabul etmemek için sebep yoktur.”*

<sup>1255</sup> Öztürk/Erdem, s. 385, kn. 717. Aksi görüş için bkz. Aydın, **İştirak**, s. 271, dpn. 394: “... verilen örnekte ‘zorlama’ sonucu yalan tanıklıkta bulunan B tipik fiili gerçekleştirmiş olduğu için fail olarak nitelense bile A’nın azmettiren olduğunu savunmak güçtür.”

Azınlık görüşüne göre ise, bizzat işlenmesi gereken suçların dolaylı faillik biçiminde işlenebilmesine bir mâni yoktur<sup>1256</sup>. Zira, yasa koyucu bu tür suçların bir başkası aracılığıyla işlenmesini açıkça yasaklamış değildir<sup>1257</sup>. Buna göre, failde belli niteliklerin arandığı durumlarda, bu niteliklere sahip olmayan kişilerin bu niteliklere sahip kimselerin iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını suça vasıta kılmaları hâlinde dolaylı faillik gündeme gelebilecek<sup>1258</sup>; örneğin, uyuşturucu vererek iradesine hâkim olduğu B'yi “resmî belge düzenleme yetkisine sahip olan kamu görevlisi C'ye yalan beyanda bulunmaya” sevk eden A “resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan” suçunun<sup>1259</sup>, tanık T'yi hataya düşürerek yalan tanıklığa sevk eden S ise “yalan tanıklık” suçunun<sup>1260</sup> dolaylı faili kabul edilebilecektir.

Fikrimizce, her şeyden önce, “tipik fiilin seyrini denetlemeye muktedir<sup>1261</sup>” olan bir kimsenin (örneğin tanık B'yi ölüm tehdidi ile yalan tanıklığa zorlayan A'nın) “şerik (azmettiren veya yardım eden)” olarak sorumlu tutulması, yasa koyucunun fail-şerik ayrımında esas aldığı fiil hâkimiyeti kuramına ters düşecektir.

<sup>1256</sup> Aynı yönde bkz. Artuk/Gökçen, s. 1026; Aydın, **İştirak**, s. 272; Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 358; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 270. Yine bu yönde bkz. Dell'andro, ss. 93-94'ten aktaran Aydın, **İştirak**, s. 272. Ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, ss. 826-827, kn. 972: “Şahsen işlenebilecek ... suçlarda dolayısıyla failliğin söz konusu olamayacağını ileri sürenler bir suçu maddeten icra edenler ile aynı suçun faili arasında gereken ayrımı yapmayanlardır: Faili ‘kanunda suç olarak tespit edilen fiili bizzat veya üçüncü kişi aracılığı ile kusurlu bir şekilde gerçekleştiren kimse’ olarak tanımlarsak, şahsen işlenebilecek bir suçu üçüncü kişi vasıtasıyla işleyen kimsenin de fail, fakat dolayısıyla fail olduğunu kabul etmekte güçlük çekilmez. (...) Şahsen işlenebilecek suçlarda, hareketle kast, maddî unsurla manevî unsurun parçalanması ve ayrı kimselerde bulunması mümkündür.”

<sup>1257</sup> Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 270. Yazara göre, yalnızca ön plândaki şahsın özel faillik niteliklerine sahip olduğu hâllerde dolaylı faillik mümkünken, ters durumda dolaylı faillikten söz edilemeyecektir.

<sup>1258</sup> Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 270

<sup>1259</sup> Örnek için bkz. Aydın, **İştirak**, s. 272. Bu konuda ayrıca bkz. Genç, “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, ss. 192-197.

<sup>1260</sup> Örnek için bkz. Artuk/Gökçen, s. 1026; Önder, **Özel Hükümler**, s. 358: “Fail, iyi niyetinden yararlandığı tanık, bilirkişiyi gerçek dışı beyanda bulunması veya rey ve mütalâa vermesi konusunda temin ettiği takdirde sorumluluğu nasıl belirlenmelidir? Görülüyor ki, tanık iyi niyetli olduğuna göre, beyanları gerçek dışı olsa dahi, gerçeği ifade ettiği kanısındadır ve fail tarafından tedarik ve imâl edildiğinin farkında değildir. Bu durumda olan bir tanığın veya bilirkişinin eyleminin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Bu kişilerin eylemi cezalandırılmasa dahi, tedarik eden kişinin sorumluluğu nasıl belirlenmelidir? Alman Kanunu ... bu hâlde temin edenin cezalandırılabilmesi için özel bir hüküm sevk eder. (m. 160) Buna karşı, birçok yazar böyle bir hükme gerek bulunmadığını, problemin genel dolayısıyla faillik müessesesinden gidilmek suretiyle halledilebileceği kanısındadırlar. (Bkz. Ufenast, 81 vd.) Kanaatimizce de, failin bu durumda cezalandırılabilmesi için özel bir hükme gerek yoktur; dolayısıyla faillik müessesesinden gidilerek cezalandırılması mümkündür.”

<sup>1261</sup> Fornasari, s. 426; Seminara, s. 121 vd.'ndan aktaran Aydın, **İştirak**, s. 62.

Bununla birlikte, “bizzat”, yani “aracısız<sup>1262</sup>” işlenmesi gereken bir suçun dolaylı faillik şeklinde işlenemeyeceği de izahtan varestedir. Ancak, TCK’de veya gerekçesinde “bizzat işlenmesi gereken suçlar”dan söz edilmediğinden, biz, bu suç kategorisinin varlığını reddediyor; “özgü suçlarda dolaylı faillik” konusundaki açıklamalarımızı öğretide “bizzat işlenmesi gereken suçlar” başlığı altında incelenen suçlar bakımından da aynen tekrarlıyoruz. Buna göre, söz gelimi, firar etmek isteyen tutuklu T’nin ölümle tehdit ettiği infaz koruma memurunu (M’yi) kendisini bayıltıp gizlice tutukevinin dışına çıkarmaya zorladığı olayda, T, iradesine hâkim olduğu M’nin davranışları vasıtasıyla işlediği suçun (TCK m. 292) dolaylı faili sıfatıyla cezalandırılabilir<sup>1263,1264</sup>.

## D. İhmâlî Suçlarda Dolaylı Faillik

### 1. Saf İhmâlî Suçlarda Dolaylı Faillik

Doktrinde “sırf ihmâl suçları<sup>1265</sup>” yahut “gerçek ihmâlî suçlar<sup>1266</sup>” olarak da adlandırılan saf ihmâlî suçlar (*delicta omissiva*), kısaca, tipik fiilin ihmâlî bir davranıştan ibaret olduğu suçlardır. “Kanunun gerçekleştirilmesini emrettiği

<sup>1262</sup> Türk Dil Kurumu - Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr/>)

<sup>1263</sup> Askere gitmek istemeyen A’nın ölümle tehdit ettiği ortopedi uzmanına (O’ya) sağ ayak başparmağını kestirdiği olayda, keza, durum böyledir. 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu’nun “Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklindeki m. 79/1 hükmünde bu olasılık da açıkça düzenlenmiştir.

<sup>1264</sup> Bir başka örnek için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 827, kn. 972: “... şahsen işlenebilecek suçlarda dolayısıyla faillik müessesesinin uygulanamayacağı ... ileri sürülemez. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlâl suçu, ancak kendisine evden çıkması emredilmiş olup da bu emre uymayan kimse tarafından işlenebilir, şu suretle ki bir kimsenin evine girmesi yasak edilmiş olan kişi, kendisi yerine o eve serbestçe girip çıkan bir kimse gönderse, her hâlde konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun dolayısıyla faili sayılmaz; fakat bir kimse, girmesi yasak edilen bir eve bir akıl hastasını gönderse ve bu akıl hastasına evi terk etmesi bildirildiği hâlde evden çıkıp gitmese, konutun sükûneti ihlâl edilmiştir ve akıl hastasını o eve gönderen kimse, bizzat evi terk etmek emriyle karşılaşmadığı hâlde, konut dokunulmazlığının ihlâlî suçunun dolayısıyla failidir.” Riccio, s. 124 ve 126’dan aktarılan başka örnekler için bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019, s. 827, kn. 972: “... bir kimse, bir kişiyi yanıltarak kendi kız kardeşi ile cinsel ilişkide bulunmaya sevk etse -fücürün suç sayıldığı ülkelerde- fail kastı bulunmadığı için cezalandırılmayacak ise de, onu bu suçu işlemeye yönelten kişinin, bir kadın olsa dahi, fücür suçunun dolayısıyla faili sayılmasına hiçbir engel yoktur. Şahsen işlenebilecek suçlarda, hareketle kast, maddî unsurla manevî unsurun parçalanması ve ayrı kimselerde bulunması mümkündür. Bu sebeple bir kimseyi yalan yere yemin suçuna yönelten kişi, yemin eden kimse herhangi bir sebeple cezalandırılmasa bile, dolayısıyla fail sayılarak, yani bizzat yalan yere yemin etmiş addedilere cezalandırılabilir.”

<sup>1265</sup> Toroslu/Toroslu, s. 139.

<sup>1266</sup> Evik, *Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, s. 326; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 166.

hareketin yapılmaması (hareket yükümlülüğünün ihmâli)” ile tamamlanan<sup>1267</sup> bu suçlar özel bir “neticeyi önleme yükümlülüğü (garantörlük)” içermemekte ve “kanunî tanımda aksi belirtilmedikçe” herkesçe işlenebilmektedir<sup>1268</sup>. TCK m. 278’de düzenlenen suç herkesçe işlenebilen saf ihmâlî suçlara, kamu görevlilerinin (TCK m. 279) ve sağlık mesleği mensuplarının (TCK m. 280) suçu bildirmemesi ise özgü suç niteliğindeki saf ihmâlî suçlara örnek gösterilebilir<sup>1269</sup>.

Saf ihmâlî suçlarda belli bir icraî davranışı gerçekleştirmekle yükümlü olan şahsın davranışlarının suça vasıta kılınamayacağını savunan kimi yazarlara göre, bu suçlar dolaylı faillğe kesinlikle elverişsizdir<sup>1270</sup>. Oysa, fikrimizce, saf ihmâlî suçlarda belli bir hareketi gerçekleştirmekle yükümlü olan şahsın iradesinin hâkimiyet altına alınmasına ve davranışlarının suça vasıta kılınmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>1271</sup>. Zira, öncelikle, “özgü suçlarda dolaylı faillik” başlığı altında yaptığımız açıklamalar “özgü suç niteliğindeki saf ihmâlî suçlarda dolaylı faillik” bakımından da aynen geçerlidir. Buna göre, söz gelimi, A’nın “belli bir hakkını kullanmak amacıyla” yetkili kamu makamına dilekçe sunduğu, ancak dilekçeyi kayda almakla görevli olup bu görevini ifa etmeye hazırlanan K’nin kamu görevlisi olmayan Z tarafından hileyle yahut cebren bundan alıkonulduğu olayda, Z, TCK m. 121’de düzenlenen suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacaktır<sup>1272</sup>.

<sup>1267</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 326; Hafızoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 174; Koca/Üzülmez, s. 341; Toroslu/Toroslu, s. 139.

<sup>1268</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 327; Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl Kavramı ve İhmâlî Suçların Çeşitleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2003, s. 107, 208; Öztürk/Erdem, s. 179, kn. 290.

<sup>1269</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, ss. 327-328.

<sup>1270</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 8; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 272. Aynı yönde bkz. Jescheck/Weigend, 1996, § 62, IV 2; Joecks, § 25, kn. 179’dan aktaran Ekici Şahin, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 8. Ekici Şahin, çalışmada gerekçelendirmediği bu savına “yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihmâlî suçu”nu (TCK m. 98) örnek göstermekle yetinerek “ihmâlî suçlarda dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı” tartışmasının yalnızca “ihmâl suretiyle icra suçları (garantörsel ihmâlî suçlar)” bakımından değer taşıdığını ileri sürmektedir.

<sup>1271</sup> Aynı yönde bkz. Özen, **Genel Hükümler**, s. 637.

<sup>1272</sup> Aynı yönde bkz. Emine Eylem Aksoy Retornaz, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 2, İstanbul, ss. 11-12; Emine Eylem Aksoy Retornaz, **Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 332.

Herkesçe işlenebilen saf ihmâlî suçlara gelince; bu suçlarda da hareket yükümlülüğü altındaki şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak şahsı bu yükümlülüğü ihmâle sevk eden arka plândaki kişi “saf ihmâlî suçun dolaylı faili” olarak cezalandırılacaktır. Örneğin, babası (B) ile birlikte ıssız bir koyda güneşlenirken hasmının (H’nin) boğulmakta olduğunu gören, fakat yüzme bilmemesi ve herhangi bir iletişim aracına sahip olmaması sebebiyle TCK m. 98’deki suçun doğrudan faili kabul edilemeyen<sup>1273</sup> A, yüzme bilen ve H’yi kurtarmaya hazırlanan B’nin yardım hareketini “*vis compulsiva*” ile önlediği takdirde, “yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>1274</sup>. Yine söz gelimi, oda servisi esnasında ünlü bir çiftin odalarında uyuşturucu tüketmekte olduğunu görüp bu durumu şefine (Ş’ye) ileterek polise de haber vereceğini söyleyen ve gerçekte yöneticiden azar işitmemek için bu durumu örtbas etmeye çalışan Ş’nin keyfiyeti polise bildirdiğini söylemesi üzerine mükerrer ihbara gerek olmadığını düşünerek polisi aramaktan vazgeçen garson (G) kastının bulunmaması sebebiyle cezalandırılmazken, G’yi hataya düşürerek suçun ihbarından vazgeçiren Ş, TCK m. 278’de düzenlenen suçun hem doğrudan hem de dolaylı faili olacaktır<sup>1275</sup>. Buna karşılık, suç örgütüne haraç vermeyi reddeden işverenin (İ’nin) suç örgütü üyesi (Ü) tarafından darbedilmekte olduğunu gören çırak Ç’nin polisi aradığı, fakat Ü’den gelen ölüm tehdidi üzerine suçu bildirmekten vazgeçerek telefonu kapadığı olayda, Ç’nin TCK m. 278’de emredilen hareketi gerçekleştirmesini cebren önleyen Ü’yü “TCK m. 278’deki suçun dolaylı faili” kabul etmek imkânsızdır. Zira, bir suçun fail veya şeriklerini işlemekte oldukları suçu bildirmekle yükümlü kabul etmek ve bu kişileri bu yükümlülüğün ihmâlinden bahisle “TCK m. 278-280’de düzenlenen suçların doğrudan, dolaylı veya müşterek faili”

<sup>1273</sup> Öztürk/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 296: “Yardım ve bildirim yükümlülüğünün sınırı, failin olanakları oluşturur. Bununla amaçlanan, hareket olanağı/yeteneğidir; kimsenin olanakları dışında sorumlu tutulamayacağı kuralının bir sonucu olarak, failin, ihmâl ettiği yardım hareketini gerçekleştirmeye muktedir olması gerekir.”

<sup>1274</sup> Öztürk/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 294: “Suçun faili herhangi bir kişi olabilir. ... TCK m. 98 açısından, failin, mağdur üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Gerçekten mağdur yaşı ve hastalığı nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle, failin korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu bir kimse ise, duruma göre terk (TCK m. 97) ya da ihmâlî davranışla kasten öldürme ya da yaralama (TCK m. 83, 88) suçu oluşur. TCK m. 98 ile, her vatandaşa yardım etme veya durumu ilgili mercie bildirme yükümlülüğü genel olarak yüklenmiştir.”

<sup>1275</sup> Ş, kendi ihmâlî davranışı üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “doğrudan”, G’nin iradesi üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle “dolaylı” fail sayılacaktır. Bu gibi hâllerde, yalnızca dolaylı failliği kabul eden görüş için bkz. Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, ss. 284-285.



sayarak cezalandırmak “kişilerin kendisini suçlamaya zorlanamaması (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ilkesi”yle bağdaşmayacaktır.

## 2. İhmâl Suretiyle İcra Suçlarında Dolaylı Faillik

Doktrinde “ihmâl benzeri suçlar<sup>1276</sup>” yahut “gerçek olmayan<sup>1277</sup>, görünüşte<sup>1278</sup>, garantörsel<sup>1279</sup> veya nitelikli<sup>1280</sup> ihmâlî suçlar” olarak da adlandırılan ihmâl suretiyle icra suçları<sup>1281</sup> (*delicta comissiva per omissionem*) kısaca “neticeyi önleme yükümlülüğünün (koruma ve/veya gözetim garantörlüğünün<sup>1282</sup>) ihmâlî” suretiyle de işlenebilen icraî suçları ifade etmektedir<sup>1283</sup>. Alman Ceza Kanunu m. 13 benzeri bir genel hükme TCK’de yer verilmediğinden, icraî bir suçun ihmâl suretiyle işlenebilmesi için “kanunilik ilkesi uyarınca” o suç tipine özel bir garantörlük düzenlemesine ihtiyaç olup belirli kişilerin ihmâlî davranışını tipik harekete eş değer kılarak tipikliği genişleten bu normlar sınırlı sayıdadır<sup>1284</sup>. (TCK m. 83, 88, 94/5; Orman Kanunu m. 105/2<sup>1285</sup> sevgiyle sınırlı olarak TCK m. 170) Tipik neticenin gerçekleşmesiyle tamamlandığından “neticeli<sup>1286</sup> suçlar” kategorisinde yer alan bu

<sup>1276</sup> Centel/Zafer/Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 247.

<sup>1277</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 326; Koca/Üzülmez, s. 343.

<sup>1278</sup> Öztürk/Erdem, s. 179, kn. 291.

<sup>1279</sup> Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 166.

<sup>1280</sup> Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 108.

<sup>1281</sup> Toroslu/Toroslu, s. 139.

<sup>1282</sup> Koca/Üzülmez, s. 350; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 216. Garantörlük kategorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, ss. 124-192.

<sup>1283</sup> Heinrich, **Genel Kısım – I**, s. 96, kn. 171.

<sup>1284</sup> Öztürk/Erdem, ss. 185-186, kn. 303: “... TCK, ihmâlî hareketin icraî harekete eş değer sayılabileceği durumları, yalnızca belirli bazı suçlarla sınırlı tutmuştur. Bunlar, kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88), işkence (TCK m. 94/5) ve yangın yerine yardım göndermeme suçudur (Orman K. m. 105/2). (...) İhmâl, TCK’nin özel bölümünde ve yan ceza kanunlarında yer alan diğer suçlar bakımından ise tipik bir davranış değildir. Çünkü ihmâl yoluyla bir suçun işlendiği takdirde cezalandırılabilceğini gösteren normlar tipikliği genişletici bir etki gösterir. (...) Bu nedenle de, her ne kadar bazı madde gerekçelerinde, ilgili suçun ihmâlî bir hareketle de işlenebileceği yönünde açıklamalara yer verilmiş ise de, ... gerekçenin bağlayıcılığı yoktur.” Aksi görüş için bkz. İçel, s. 254: “Yeni Kanun ihmâl suretiyle icrayı kasten öldürme ve kasten yaralama suçları için düzenlemişse de, kanımızca, aynı koşulların aranması suretiyle diğer kasıtlı suçlar bakımından da ihmâl suretiyle icradan söz edilebilir. ... duraksamaları önlemek için, yasanın genel kısmına ... bir hükmün konulmasında gereklilik bulunmaktadır.”

<sup>1285</sup> **6831 sayılı Orman Kanunu m. 105/2**: Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170’inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır.

<sup>1286</sup> “Neticeli suç-neticesiz suç” ayrımını kabul eden bazı yazarlar için bkz. Hafizoğulları/Özen, **Genel Hükümler**, s. 175; Koca/Üzülmez, ss. 116-118; Toroslu/Toroslu, s. 143; Zafer, s. 192.

suçlar, yalnızca “garantör (neticeyi önlemekle yükümlü kişi)” tarafından işlenebilmesi sebebiyle ayrıca “özgü suç” niteliği taşımaktadır<sup>1287</sup>. Fail-şerik ayrımında benimsediğimiz “fiil hâkimiyeti” ölçütü ihmâlî suçlar bakımından da geçerli<sup>1288</sup> olup fiil hâkimiyetinden söz edilebilmesi için garantörün sübjektif açıdan da neticeyi önleme imkânına sahip bulunması gerekir<sup>1289</sup>.

Öncelikle, arka plândaki kişi ile ön plândaki şahsın her ikisinin de “garantör” sıfatına sahip olmadığı hâllerde, özel faillik niteliğinden yoksun bu kimselerin ihmâl suretiyle icra suçunun doğrudan, dolaylı, müşterek veya yan yana failleri olamayacağı açıktır. Örneğin, otomobille uyuşturucu madde sevkiyatı gerçekleştirmekte olan A ve B’nin yol kenarında yaralı ve baygın şekilde yatan bir yabancıyı (Y’yi) gördüğü, B’nin otomobili kenara çekip C’ye yardım etmek istemesi üzerine yakalanmaktan korkan A’nın B’yi tabanca ile tehdit ederek “yardım veya bildirim yükümlülüğünü ihmâl” zorladığı olayda, A, ancak “TCK m. 98’deki suçun doğrudan ve dolaylı faili” sayılabilecektir. Zira var olmayan bir garantörlüğün ihmâlinde de söz edilemez. “Doğrudan faillik” ile “dolaylı faillik” arasında kural olarak bir aslîlik-tâlîlik ilişkisi kurulamamakla birlikte, bu gibi durumlarda, ön plândaki şahsın “fiilin işlendiği sırada kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığı” araştırılmalı ve yoksunluğun tespiti hâlinde arka plândaki kişi “dolaylı fail” sıfatıyla cezalandırılarak cezası TCK m. 37/2, c. 2 uyarınca ağırlaştırılmalıdır.

Akla gelen ikinci olasılık, “garantör” sıfatından yoksun bir kimsenin bu sıfatı taşıyan bir şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta

<sup>1287</sup> Evik, **Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, s. 327; Koca/Üzülmez, s. 344. Yine bu yönde bkz. Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 160’tan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 150.

<sup>1288</sup> Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 193, 253; Schroeder, s. 106’dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 144. Ayrıca bkz. Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 145: “İhmâlî suçlar açısından fail-şerik ayrımında fiil hâkimiyeti kıstasını kullanan bu görüş eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre, fiil hâkimiyeti kıstası ancak icraî suçlar açısından bir değeri haizdir. Hâlbuki ihmâlî suçlarda neticenin teşekkülü açısından kişinin hiçbir katkısı söz konusu değildir. İhmâlî suçlarda ancak neticenin oluşumunu önleme imkânı anlamında bir ‘potansiyel fiil hâkimiyeti’nden bahsedilebilir ki, bu, söz konusu suçlarda fail-şerik ayrımını sağlayamaz. Burada fiil hâkimiyetinden başka ayrıca garantörlük statüsünün aranması durumunda, artık iştirak şekillerinin ayrımında fiil hâkimiyetinin değil; aksine, garantörlük statüsünün rol oynayacağı itiraf edilmektedir.”

<sup>1289</sup> Aynı yönde bkz. Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, İstanbul: Beta Yayıncılık, Mart 2011, s. 73; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, s. 161; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 218: “Bu fiilî imkân, somut olayda ihmâlî suça ilişkin kusur kapsamında mütalâa edilmelidir.” Aksi görüş için bkz. Maurach/Gössel/Zipf, 1989, s. 193’ten naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 145, dpn. 86: “... Maurach/Gössel/Zipf buradaki hâkimiyetten, objektif olarak sahip olunan neticeyi önleyebilme imkânını anladıklarını açıkça ifade etmektedirler.”

kılması olasılığıdır. Kimi yazarların<sup>1290</sup> -kanaatimizce hatalı bir tercihle<sup>1291</sup> - “ihmâlî dolaylı faillik” olarak nitelediği bu olasılıkta arka plândaki kişinin dolaylı fail kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bir kısım yazara göre, bu gibi durumlarda, “garantör” sıfatından yoksun olan arka plândaki kişi, garantörün iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet sayesinde tipik fiile hâkim olmakta ve bu şahsın ihmâlî davranışlarını suça vasıta kılarak “garantörsel ihmâlî suçun dolaylı faili” hâline gelmektedir<sup>1292</sup>. Özel faillik niteliklerinden yoksun kişilerin özgü suç faili olamayacağını savunan diğer bir kısım yazara göre, “garantör” sıfatından (özel faillik niteliğinden) yoksun kişilerin özgü suç niteliğindeki “garantörsel ihmâlî suçun dolaylı faili” kabul edilmesi olanaksızdır. Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, “garantör” sıfatından yoksun bir kimsenin tipik neticeyi önlemek isteyen garantörü emredilen hareketin icrasından alıkoyduğu hâllerde, garantörün hareketini önleyen kişi icraî<sup>1293</sup> bir davranış gerçekleştirmekte ve böylelikle “icraî suçun doğrudan faili” hâline gelmektedir<sup>1294</sup>. Örneğin, trafik kazası sonrasında hastaneye kaldırılan hasmının (H’nin) bacağındaki açık kırığı tedavi etmek isteyen tabibi (T’yi) tehdit ederek kurtarma hareketine engel olan ve neticeten H’nin bacağının amputasyonuna sebebiyet vererek “kasten yaralama suçunun ihmâl suretiyle işlenen şeklinin (TCK m. 88) dolaylı faili” hâline gelen A, T’ye karşı gerçekleştirilmekle birlikte H’nin sağlığının bozulması bakımından nedensel değer taşıyan tehdit hareketiyle (icraî davranışıyla) aynı zamanda “kasten yaralama suçunun icraî şeklinin (TCK m. 86-87) de doğrudan faili” olacaktır<sup>1295</sup>. Aynı şekilde, söz gelimi, çok sayıda

<sup>1290</sup> Örneğin bkz. Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, ss. 284-285; Koca/Üzülmez, s. 404.

<sup>1291</sup> Zira bu gibi durumlarda, ihmâlî davranışta bulunan kişi dolaylı fail değil, ön plândaki şahıstır. Aynı yönde bkz. Şohoğlu, s. 40.

<sup>1292</sup> Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, ss. 284-285; Koca/Üzülmez, s. 404; Önok, s. 242; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 80; Üzülmez, “Dolaylı Faillik (TCK m. 37/2)”, s. 92.

<sup>1293</sup> Bir kimsenin iradesi üzerinde ihmâlî davranışla hâkimiyet kurulamaz. Aynı yönde bkz. Aydın, **İştirak**, s. 148; Çiçek, s. 72; Demirbaş, s. 515; Önok, s. 242; Şohoğlu, s. 39.

<sup>1294</sup> Aynı yönde bkz. Blei, 1977, s. 232; Cramer/Heine, § 25, kn. 56; Jescheck, 1988, s. 579; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 472’den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 254. Yine bu yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 133. Aksi görüş için bkz. Önok, s. 243.

<sup>1295</sup> Bir başka örnek için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 133: “Öğretide failin, tehlikede bulunan kişiyi kurtarmak için harekete geçirilen nedensellik serisini kesmesi durumlarında icraî bir davranışın söz konusu olduğu konusunda geniş ölçüde görüş birliği vardır. Söz gelimi oğlunun yaşamını kurtaracak olan kan nakli yapmak isteyen hekime engel olan veya boğulmakta olan kişiye yardım için giden bota engel olan kişi icraî bir davranışla kasten öldürme suçunu işlemiş olur.” Aksi görüş için bkz. Baumann/Weber/Mitsch, § 29, kn. 118’den naklen Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 8: “Örneğin F, cebir kullanarak G’nin boğulmakta olan karısı K’yi kurtarması için denize girmesine engel olur. K boğularak ölür. G K’nin kocasıdır ve medenî hukuktan doğan yardım etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle de G, K’ye karşı garantördür. F’nin ise, garantörlük sıfatı bulunmamaktadır. F, ihmâlî hareketle işlenen bir suçu, garantör olan G’nin hareketleri üzerinde

ölü ve yaralının olduğu bir otobüs kazasında, olay yerine gelen ilkyardım görevlilerinin önceliği yaralılara verdiğini ve cesetlerin bilâhare morga götürülmek üzere geçici olarak beyaz örtülerle kapatıldığını gözlemleyip yerde yaralı şekilde yatan hasmının (H'nin) üzerine beyaz örtü sererek görevlileri hataya düşüren (H'nin öldüğüne inandıran) ve tedaviyi önleyerek “ihmâlî davranışla kasten öldürme suçunun (TCK m. 83) dolaylı faili” hâline gelen A, yardım-bildirim yükümlülüğünün ihmâlî sebebiyle “TCK m. 98'deki saf ihmâlî suçun doğrudan faili” olurken, “H'nin üzerini örtmek”ten ibaret icraî davranışından ötürü ayrıca “kasten öldürme suçunun (TCK m. 81-82) doğrudan faili” hâline de gelecektir<sup>1296</sup>. Zira, örneklerdeki bu hareketler, tipik netice yönünden, dilaltı hapına ihtiyaç duyan bir kalp hastasının haplarının saklanması kadar ciddi bir nedensel değer taşımaktadır.

Akla gelen bir diğer olasılık, “garantör” sıfatını taşıyan bir kimsenin bu sıfattan yoksun bir şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak ihmâlî davranışlarını suça vasıta kılması olasılığıdır. “Koruma garantörlüğü-gözetim garantörlüğü” ayrımını esas alan ilk görüşe göre<sup>1297</sup>, garantör olmayan bir şahsın neticeyi önlemeye yönelik hareketini engelleyen kişi eğer koruma garantörüyse “garantörsel ihmâlî suçun doğrudan faili”, gözetim garantörüyse “icraî suçun şeriki” sayılacak; “dolaylı faillik”ten ise ancak “tipik neticeyi icraî davranışıyla gerçekleştiren bir kimsenin gözetim garantörü tarafından ‘iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak’ tipik fiilin icrasına sevk edilmesi” durumunda söz edilebilecektir<sup>1298</sup>. Buna göre, on yaşındaki

---

*hâkimiyet kurarak işlemiştir. Söz konusu olayda F dolaylı fail iken, garantör olan G araç olarak kullanılan kişidir.”* Yine bkz. Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, ss. 234-235: “Örneğin, yanmakta olan bir binada mahsur kalan B'yi kurtarmakla yükümlü olan itfaiyeci K'nin harekete geçmesini engelleyen A, dolaylı fail olarak kasten ... öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Bu örnekte ... ihmâlî davranış, arka plândaki şahsın zorlaması ile işlenmektedir.”

<sup>1296</sup> Köhl, 2002, § 18, kn. 14; Wessels/Beulke, 2007, § 16, kn. 700; Tröndle/Fischer, 2003, § 13, kn. 11a'dan aktaran Öztürk/Erdem, s.178, kn. 287: “... gerek icra ve gerekse ihmâlî bünyesinde barındıran çok yönlü davranışlarla da karşılaşılabilir. (...) Öğretide normatif bir bakış açısıyla failin davranışının ağırlık noktası veya sosyal önemi göz önünde bulundurularak icra ve ihmâlin birbirinden ayrılması yoluna gidilmekte ve bu gibi durumlarda icra hareketinin bulunduğu kabul edilmektedir.”

<sup>1297</sup> Schönke/Schröder, 1987, § 47, kn. 106'dan aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, s. 146: “Schröder'in ortaya attığı bu görüşe göre, prensip olarak belli bir neticenin oluşumunu önleme yükümlülüğü altında olan şahsın statüsü, bu neticenin bir başkasının tecavüzünden veya insan müdahalesi olmayan bir surette ortaya çıkmasıyla değişmez. (...) Bir başkasının icraî fiilinin husûle getirmekte olduğu neticeyi önlemeyi ihmâl eden garantörün statüsü bazen ihmâlî suç failliği, bazen de icraî suça şeriklik şeklinde tezahür edebilecektir. Bu ayrımın teminat yükümlülüğünün muhteva ve mahiyeti esas alınacaktır.”

<sup>1298</sup> Herzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 82 vd'ndan naklen Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 147-148: “... muhafaza garantörlüğünde, sadece netice fiilin haksızlık muhtevasının tayininde rol oynadığı için, garantör şahıs müstakil olarak ihmâlî suçun faili sıfatıyla sorumlu olacaktır. Buna

oğlu (O) üzerinde gözetim garantörlüğü bulunan anne (A), garantörlüğünü ihmâl ederek O'nun komşu çocuğunu (Ç'yi) dövmesine seyirci kalması hâlinde “kasten yaralama suçuna yardım”dan (TCK m. 37/2, 86-87) sorumlu tutulurken, O'yu iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak (örneğin tipik fiili oyun gibi göstererek) kasten yaralama suçuna (söz gelimi Ç'nin vücuduna şok tabancasıyla zayıf elektrik akımı vermeye) sevk etmesi durumunda “kasten yaralama suçunun dolaylı faili” durumuna gelecektir. Boğulmakta olan eşini (E'yi) imkânı olmasına rağmen kurtarmayıp E'yi TCK m. 98 uyarınca kurtarmaya karar veren üçüncü şahsı (Ş'yi) bu kararından cebren döndüren B ise “ihmâlî davranışla kasten öldürme suçunun doğrudan faili” olacaktır. Bu ayrımı reddeden *Roxin*'e göre, bir başkasının işlemekte olduğu icraî suçun işlenmesine kasten engel olmayan garantör, kural olarak “doğrudan fail” ve istisnaen (suçun “bizzat” veya “özel kasıtlı” işlenmesi gereken suçlardan olması hâlinde) “şerik” sayılacaktır<sup>1299</sup>. Türk doktrininde<sup>1300</sup> de geniş destek bulan bu görüşe göre, örneğin, on yaşındaki oğlu (O) üzerinde gözetim garantörlüğü bulunmasına rağmen garantörlüğünü ihmâl ederek O'nun komşu çocuğunu (Ç'yi) dövmesine seyirci kalan anne (A) “ihmâlî davranışla kasten yaralama suçunun doğrudan faili” olarak sorumlu tutulacaktır<sup>1301</sup>. Buna karşılık, Alman uygulamasında “garantör” sıfatından yoksun bir şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak ihmâlî davranışlarını

---

*karşılık, gözetim garantörlüğünde, garantör şahıs ancak belirli tehlike kaynaklarından meydana gelebilecek neticelerin önlenmesinden sorumlu olduğu için, buradaki teminat yükümlülüğü objektif özen yükümlülüğü ile aynı karakteri haizdir ve bu münasebetle de fail olarak sorumluluğa esas teşkil etmez. (...) Ancak istisnâî hâllerde (fiili icra edenin bu fiile kasten aktif bir şekilde sevk edilmesi veya desteklenmesi hâlinde dolaylı fail olunabileceksin) nezaret garantörünün fail olması mümkündür.”*

<sup>1299</sup> Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, s. 460, 479-482'den aktaran Özgenç, **Dolaylı Faillik**, ss. 150-151. Yine bu yönde bkz. Cramer/Heine, § 25, kn. 54-55; Jescheck, 1988, ss. 579-580; Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984, ss. 471-472'den aktaran Özgenç, **Faillik**, s. 254. Aynı yönde bkz. Gropp, 2001, s. 343; Haft, s. 190'dan aktaran Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 83.

<sup>1300</sup> Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 684; Aydın, **İştirak**, s. 148; Demirbaş, s. 517; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 285; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 83; Koca/Üzülmez, s. 404; Önok, ss. 241-242; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 79.

<sup>1301</sup> Farklı örnekler için bkz. Akbulut, **Genel Hükümler**, s. 684: “Örneğin hemşirenin yanlış ilaç yapacağını fark etmesine rağmen doktorun müdahale etmemesi ve hastanın ölmesi hâlinde doktor, ihmâlî dolaylı fail olarak değil, doğrudan fail olarak hastanın ölümünden sorumludur.” Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 285: “Örneğin, akıl hastasının bir başkasını öldürmesini engellemeyen hasta bakıcı ihmâl suretiyle doğrudan faillikten dolayı sorumlu olur, zira garantör olarak kendisi açısından mümkün olan ölüm neticesini önlemeyi ihmâl etmiştir. Dolayısıyla burada bakım görevlisi doğrudan ‘ihmâlî fail’dir ..., zira bu aslında ihmâl suretiyle icradan farklı bir şey değildir ve bu durumda dolaylı faillik müessesesine esasen ihtiyaç yoktur.”

suça vasıta kılan garantörün “garantörsel ihmâlî suçun dolaylı faili” kabul edildiği belirtilmektedir<sup>1302</sup>.

Bize göre, gözetim yükümlülüğü “gözetim altındaki şahsın ihlâl edebileceği tüm hukukî varlık ve menfaatleri ve dolayısıyla bu menfaatlerin sahiplerini koruma yükümlülüğü”nü de içerdiğinden<sup>1303</sup>, meselenin çözümünde “koruma garantörlüğü” ile “gözetim garantörlüğü” arasında ayrıma gitmek için bir sebep bulunmamaktadır. Bu itibarla, öncelikle, garantörlüğün türü ne olursa olsun, önlemekle yükümlü olduğu neticenin gerçekleştirilmesine seyirci kalan garantör “garantörsel ihmâlî suçun doğrudan faili” olacaktır<sup>1304</sup>. Zira, bu gibi durumlarda garantör, garantörsel ihmâlî suçun tipikliğini -icraî davranışları gerçekleştiren şahsın iradesine değil- “kendi ihmâlî davranışına hâkim” şekilde gerçekleştirmektedir<sup>1305</sup>. Garantör olmamasına rağmen neticeyi önlemeye çalışan bir kimseyi kurtarma hareketini

<sup>1302</sup> Kindhäuser, § 25, kn. 41; Herbert Tröndle / Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, Berlin: C. H. Beck, 52. Auflage, 2004, § 25, kn. 3c; Udo Ebert, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage, 2001, ss. 200-201’den aktaran Koca/Üzülmez, s. 404.

<sup>1303</sup> Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 160: “... koruma garantörlüğünde, garantör dışarıdan korumak durumunda olduğu objeye yönelik tehlikelere karşı savunma ile yükümlü iken, ... gözetim garantörlüğünde tam tersi yönde, bir tehlike kaynağından üçüncü kişilerin tehlikeye sokulması veya zarara uğramasının engellenmesi yükümlülüğü söz konusudur. (...) bir köpeğin sahibi, bir silâhın sahibi, bir aracın sürücüsü veya sahibi, tehlikeli bir işletmenin sahibi, bir çocuğa göz kulak olmakla yükümlü olan kimse böyle bir garantör olabilir.” Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 187: “Başka kimseleri gözetim yükümlülüğünden ... kaynaklanan ... garantörlükte, failin nezaret yükümlülüğü bulunan kimseler tehlikenin kaynağını oluşturmaktadır. Burada ölçü olan düşünce, insanların mevcut otorite ve gözetim durumlarını göz önünde tutarak, yükümlü olanın nezaret edilecek kişiden kaynaklanan tehlikelere hâkim olduğuna güvenmesidir. Bunun tipik örneği ebeveynin çocuklar üzerinde gözetim yükümlülüğünün olmasıdır. (...) Reşit çocuklar açısından ise garantörlük kabul edilmemektedir. Eğitim yetkisi olanlar, gözetimleri altında bulunan küçüklerin suç işlememesini temin etmek zorundadır. Bu itibarla, öğretmenlerin de okul alanı içinde öğrencilerin suçlarını önlemek bakımından garantörlük yükümlülüğü vardır.” Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 350.

<sup>1304</sup> Söz gelimi, çocuğunun üçüncü bir şahıs tarafından boğulmasına seyirci kalan baba çocuğunun ölümünden, çocuğunun üçüncü bir şahsı boğmasına seyirci kalan anne ise üçüncü şahsın ölümünden TCK m. 37/1 ve 83 uyarınca sorumlu olacak; TCK m. 98 hükmüne ilişkin sorumluluktan ise -“genel normun sonralığı ilkesi” gereği- söz edilemeyecektir. Benzer bir örnek için bkz. Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 187: “... babanın dört yaşındaki çocuğunun karayolu köprüsünün üzerinden, aşağıda giden araçların üzerine taş atmasını engellememesi ve çocuğun bu hareketinin sonucu olarak bir kimsenin ölmesi hâlinde, baba ihmâl suretiyle adam öldürmeden dolayı sorumlu olur.” Örnekte, babanın “TCK m. 98’de düzenlenen suçun doğrudan faili” kabul edilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Şohoğlu, s. 39.

<sup>1305</sup> Aksi görüş için bkz. Şohoğlu, s. 39: “... kendi gözetiminde bulunan çocuğu üzerinde gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, çocuğun bir başkasını yaralamasına neden olan baba, yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçundan sorumludur. Özel hukuktan farklı olarak babanın objektif sorumluluğu bulunmadığından, dolaylı fail olarak yaralamadan sorumlu tutmamız mümkün değildir. Dolaylı faillikten sorumlu tutabilmemiz için öncelikle fiil üzerinde hâkimiyet kurulmuş olması gerekir; bir kimsenin sadece ihmâl ederek fiil üzerinde hâkimiyet kurması mümkün gözükmemektedir.” Yazarın “babanın dolaylı fail sayılamayacağı” yolundaki tespitine katılıyor, “TCK m. 98’i ihlâlden cezalandırılması gerektiği” yönündeki mütalâasına ise iştirak edemiyoruz.

gerçekleştirmekten alıkoyan garantör ise kendi ihmâlî davranışı sebebiyle “garantörsel ihmâlî suçun doğrudan faili” olurken, neticeyi önleme çalışan şahsın iradesi üzerinde kurduğu hâkimiyet sebebiyle ayrıca “saf ihmâlî suçun dolaylı faili” hâline de gelecek ve “özel normun önceliği ilkesi” uyarınca garantörsel ihmâlî suçtan dolayı cezalandırılacaktır<sup>1306</sup>.

Garantörsel ihmâlî suçun tipik davranışını çoğunlukla bizzat gerçekleştirdiğinden, garantör, kural olarak “garantörsel ihmâlî suçun doğrudan faili” statüsündedir. Fakat, garantörün bazı istisnâî durumlarda “garantörsel ihmâlî suçun dolaylı faili” hâline gelmesi de mümkündür. Örneğin, evlilik dışı cinsel ilişki sonucu gebe kalan kızının (K’nin) öldürülmesine gönlü razı gelmeyen, fakat aile meclisi kararının icrasına engel olmaya da cesaret edemeyen babanın (B’nin) kararı infaz edecek olan F’ye “*Elimi kolumu bağla ki kızımın katline engel olamayayım. Eğer kızımı kurtarabilecek hâlde olursam, ahdim olsun seni vurur, kızımı yaşatırım!*” dediği, bunun üzerine F’nin B’yi bir ağaca kısıvrak bağladığı ve iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu F vasıtasıyla kendisini neticeyi önleme imkânından fiilen yoksun bırakan B’nin kızının öldürülmesine seyirci kaldığı olayda durum böyledir.

Nihayet, icraî suçu işleyen şahsın iradesi üzerinde hâkimiyet kuran garantörün “icraî suçun dolaylı faili” sıfatıyla cezalandırılacağı hususunda duraksamaya yer yoktur<sup>1307</sup>.

Akla gelen son bir olasılık, “garantör” sıfatını taşıyan bir kimsenin yine aynı neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir başka şahsın (diğer bir garantörün) iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak ihmâlî davranışlarını suça vasıta kılması olasılığıdır.

<sup>1306</sup> Örneğin, boğulmakta olan çocuğunu (Ç’yi) kurtarmadığı gibi, Ç’yi kurtarmak isteyen üçüncü şahsın (Ü’nün) kurtarma hareketine de “*vis compulsiva*” ile engel olan baba (B), bizzat gerçekleştirdiği tipik ihmâlî davranış sebebiyle “TCK m. 83’teki suçun doğrudan faili” sayılırken, Ü’nün iradesi ve tipik ihmâlî üzerindeki hâkimiyeti sebebiyle de “TCK m. 98’deki suçun dolaylı faili” hâline gelecek ve “özel normun önceliği ilkesi” uyarınca TCK m. 83’ü ihlâlden cezalandırılacaktır. Aynı yönde bkz. Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmâl**, s. 301: “*Nitelikli (garantörsel) ihmâlî suç ile saf ihmâlî suçun aynı anda söz konusu olduğu olaylarda, öncelik nitelikli (garantörsel) ihmâlî suçtan dolayı cezalandırmaya verilmektedir. (...) Bu ‘yardımcı normun sonralığı ilkesi’ ile açıklanmaktadır.*” Toroslu/Toroslu, ss. 92-93: “... ‘özel normun önceliği ilkesi’ görünüşte normlar çatışmasına ilişkin sorunları çözmeye yeterlidir. (...) Eğer bir normun öngördüğü husus, bu norm var olmasaydı genel normun kapsamına dâhil olacaktı denilebiliyorsa, birinci norm özel normdur.”

<sup>1307</sup> Örneğin, tek mirasçısı olarak mal varlığını temellük etmek istediği babasını (B’yi) “suça zorladığı K vasıtasıyla” öldüren A hem “icraî davranışla kasten öldürme suçunun dolaylı faili” (TCK m. 37/2, 81-82) hem de “ihmâlî davranışla kasten öldürme suçunun doğrudan faili” (TCK m. 37/1, 83) olacak ve daha ağır cezayı gerektiren icraî suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Örneğin, A ve B'nin taksirli fiillerle E'nin yaşamını tehlike sokarak (TCK m. 22/5, 87/1-d<sup>1308</sup>) E'nin "koruma garantörleri" (TCK m. 83/2-b) hâline geldiği, B'nin E'ye yardım etmek istemesi üzerine paniğe kapılan A'nın B'yi hileli davranışlarla E'nin öldüğüne inandırdığı ve A ile B'nin olay yerini terk etmesi üzerine E'nin yaşamını yitirdiği olayda, A, kendi tipik ihmâlî davranışına ve B'nin iradesine aynı anda hâkim olması sebebiyle "TCK m. 83'te düzenlenen garantörsel ihmâlî suçun hem doğrudan hem de dolaylı faili" olacaktır. Bu gibi durumlarda garantörlüklerin statülerinin farklı olması dolaylı faillik ilişkisinin kurulmasına engel teşkil etmeyecek; söz gelimi, A ve B'nin taksirle yaralama fiillerini önleme imkânına sahip bulunmasına ve bu ikisinin "gözetim garantörü" -ve dolayısıyla somut olayda E'nin "koruma garantörü"- olmasına rağmen taksirle yaralamayı önlemeyip E'ye yardım etmeyen C, üstteki olaya "dolaylı fail" yahut "ihmâlî davranışı suça vasıta kılınan şahıs" olarak dâhil edilebilecektir. Keza, garantörlük kaynaklarının farklı olması hâlinde de durum değişmeyecek; E'nin kardeşi ve dolayısıyla "koruma garantörü" (TCK m. 83/2-a) olan D de, tıpkı C gibi, verilen örneğe eklenebilecektir<sup>1309</sup>.

#### **E. TCK'nin İkinci Kitabında Yer Verilen Özel Dolaylı Faillik Hükümlerinin Gerekli Olup Olmadığı Tartışması ve Bu Hükümlerin Yol Açtığı Sorunlar**

Yasa koyucu, 5237 sayılı TCK'nin "*Genel Hükümler*" başlıklı birinci kitabında yer verdiği TCK m. 37/2, c. 1 hükmünün yanı sıra, yine 765 sayılı TCK'den farklı olarak, "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitapta da bazı özel dolaylı faillik hükümlerine (TCK m. 84/4, 267/4 ve 272/5) ihtiyaç duymuş; ilk hükmün gerekçesinde<sup>1310</sup>, diğer iki hükmünse doğrudan madde metninde dolaylı faillığe açıkça atıfta bulunmuştur. Biz, "*TCK m. 37/2, c. 1 Hükümünün Gerekli Olup*

<sup>1308</sup> A ve B "neticesi sebebiyle ağırlaşmış taksirle yaralama suçunun yan yana failleri"dir.

<sup>1309</sup> "Doğrudan faillik" ile "dolaylı faillik" arasında kural olarak bir aslîlik-tâfilik ilişkisi kurulamamakla birlikte, bir garantörün bir diğer garantörün iradesi üzerinde hâkimiyet kurup davranışlarını garantörsel ihmâlî suça vasıta kıldığı durumlarda, ön plândaki garantörün "fiilin işlendiği sırada kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığı" araştırılmalı ve yoksunluğun tespiti hâlinde arka plândaki kişi "dolaylı fail" sıfatıyla cezalandırılarak cezası TCK m. 37/2, c. 2 çerçevesinde ağırlaştırılmalıdır.

<sup>1310</sup> **TCK m. 84'ün gerekçesi, paragraf 7:** *Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir.*



*Olmadığı Tartışması*” başlığında bu hükmün gereksizliğini gerekçeleriyle birlikte ortaya koymaya çalıştığımızdan, anılan özel hükümlerin de aynı gerekçelerle “yararsız” olduğunu ifade etmekle yetiniyor; “olası tereddütleri gidermek amacıyla<sup>1311</sup>” ihdas edildiğini düşündüğümüz bu normların kesinlikle “diğer suç tiplerinin dolaylı failliğe elverişli olmadığı” biçiminde yorumlanamayacağını düşünüyoruz. Nitekim, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bilimsel veya yargısal içtihat da aksi yönde bir görüş serdedilmiş değildir.

Doktrinde TCK m. 37/1, c. 1 hükmünün ikilik sisteminden kaynaklanan yasal boşluğu kapattığını savunanlar<sup>1312</sup> mevcut ise de, özel dolaylı faillik hükümlerinin gerekliliğine ilişkin görüşlere nadiren<sup>1313</sup> rastlanmakta ve yasa koyucu bu hükümlerdeki gedikler sebebiyle ağır biçimde eleştirilmektedir. TCK m. 84/4 ile başlamak gerekirse; bu hükümde düzenlenen intihara sevk ve intihara zorlama fiilleri iki kişilik (mağdurun davranışlarının suça vasıta kılındığı) dolaylı faillik ilişkilerine klâsik birer örnek oluşturuyor ise de, normun “dolaylı faillik yoluyla kasten öldürme”nin tüm görünüm şekillerini kapsamadığı açıktır<sup>1314</sup>. Örneğin, hükme göre intihara sevkini mağduru ancak “işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış kişiler” olabileceğinden, mağdurun zayıf da olsa algılama yeteneğine sahip olduğu hâllerde bu hüküm işletilemeyecek; fakat, zayıflığın veya zayıflatmanın yoğunluğa göre yine “dolaylı faillik yoluyla kasten öldürme” gündeme gelebileceğinden, bu defa TCK m. 37/2 ve 81-82 hükümlerine başvurulacaktır<sup>1315</sup>. Aynı şekilde, kendi yaşamına son verecek bir hareketi gerçekleştirmeye yönlendirilen mağdurun anlama yeteneğine sahip, fakat isteme yeteneğinden yoksun (örneğin tikli) bir kimse olması yahut “kusur yeteneğine sahip bulunmakla birlikte hileli davranışlarla ölüm neticesini doğurmaya elverişli bir

<sup>1311</sup> Yılmaz, *İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, ss. 136-137: “... TCK’nin 84/4’üncü maddesinde ... yer verilen düzenleme madde gerekçesinde ‘dolaylı faillik’ olarak ifade edilmekte olup eğer bu bir dolaylı faillik durumu ise kanun koyucunun bunu 37/2. maddesine rağmen yeniden düzenlemesinin sebebi belirsizdir. (...) iftira suçuna ilişkin 267/4. maddedeki ‘... dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.’ ya da yalan tanıklık suçuna ilişkin 272/5. maddedeki ‘... dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.’ ifadelerine de neden gereksinim duyulduğu da anlaşılmamaktadır.”

<sup>1312</sup> Örneğin bkz. Dönmezer/Erman, Cilt II, ss. 828-829, kn. 973; Önok, s. 226.

<sup>1313</sup> Sınar, “İntihara Yönlendirme Suçu”, s. 643; Sınar, *İntihara Yönlendirme*, s. 85: “*Kanımızca intihara yönlendirme suçu, ... pratik gerekliliklerin bir sonucu olarak kasten öldürme suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlendiği için, TCK m. 84/4 yönünden dolaylı faillik kurumunun uygulanabilmesi söz konusu olmaz.*”

<sup>1314</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 268.

<sup>1315</sup> Özyüksel, s. 117.

davranışı icra etmeye yönlendirilmesi<sup>1316</sup> hâlinde de, sevk maddesi TCK m. 84/4 değil, TCK m. 37/2 ve 81-82 hükümleri olacaktır<sup>1317</sup>. Öte yandan, yasa koyucunun intihara sevk ve intihara zorlama fiillerini özel olarak düzenlemiş olması sebebiyle, TCK m. 82 hükmünün bu fiiller yönünden uygulanıp uygulanmayacağı<sup>1318,1319</sup>

<sup>1316</sup> Kişinin kendisini öldürmeye hileyle sevk edilmesine ilginç bir örnek teşkil eden “Sirius olayı” için bkz. Bochlander, **Principles of German Criminal Law**, ss. 157-158’den isabetli tespitlerle aktaran Önok, ss. 269-270: “*Faille mağdure 1973 veya 1974 yılında bir diskoda karşılaşmıştır. Mağdure, 1951 doğumlu, kişilik gelişiminde gecikmeye yol açan bir duygusal ve entelektüel hastalığa düşüştür. Dostluk kuran ikili, cinselliğin arka plânda olduğu bir arkadaşlık kurmuşlardır: temaslarında ana konu, bazen saatlerce süren, psikoloji ve felsefe merkezli meselelerdir. Bu şekilde, mağdureden dört yaşı büyük olan sanık, mağdurenin hayata dair tüm konularda sırdaşı ve hattâ öğretmeni ve danışmanı konumuna gelmiştir. Neticede, mağdure, ona kör bir biçimde bağlı duruma gelmiştir. Konuşmalarından birinde, fail, kendisinin Sirius adlı bir gezegenden geldiğine ve Siriusluların insanoğluna göre ... çok daha yüksek bir felsefi düzeyde olduklarını anlatmıştır. Kendisi ‘değerli’ birkaç insanoğlunu kurtarmak göreviyle bu gezegenden Dünyaya gönderilmiştir. Maksat, bedenleri çürüdüktan sonra, bu birkaç kişinin ruhlarının başka gezegenlerde ve belki de Sirius’ta yaşayabilmelerini sağlamaktır; fakat bu amaca ulaşılması için, mağdurenin manevî ve felsefi olarak kendisini geliştirmesi zaruridir. Mağdurenin kendisine inandığını gören fail, onu malî açıdan sömürmeye karar verir: eğer tanıdığı bir ruhanî kişiye (keşiş Uliko) bol miktarda para (30.000 Alman Markı) bağışlarsa, onun adına aracılık yapmak suretiyle keşişle tam bir meditasyon süreci geçirmesini sağlayarak kadının daha ‘yüksek/üst seviyeye geçişini’ hızlandırabilecektir. Kadın bankadan kredi çekerek parayı faile vermiş, o da bu parayı kişisel amaçları için harcamıştır. Mağdurenin keşişin çabalarının ne aşamada olduğunu sürekli sorması üzerine; ona, keşişin kendisini bile tehlikeye atarak ciddi çaba sarf ettiğini, ama başarısız olduğunu, mağdurenin bilincinin gelişmesi önünde kendi kendisine engel teşkil ettiğini, bundan kurtulmanın tek yolunun ise, eski bedenini yok ederek yeni bir beden edinmek olduğunu söyler. Kadının desiselerine hâlâ inandığını gören fail, sömürüyü daha öteye taşımaya karar verir: kadın kendisini öldürdükten sonra, ‘Cenevre Gölüne bakan kırmızı bir odada’, yeni bedeninin içinde bir sanatçı olarak uyanacaktır; fakat yeni hayatında paraya da ihtiyacı olacaktır. Bunun yolunu da önermiştir: kaza ihtimaline karşı bir hayat sigortası yaptırıp faili gayrikabili rücu olarak tek lehdar gösterdikten sonra, bir kaza süsü vererek ölmelidir. Kadın Cenevre’de uyanana kadar adam parayı kendi uhdesinde tutup kadının uyanışı üzerine kendisine transfer edecektir. Plân şudur (aslında ilk plân bir motosiklet kazasıydı): mağdure su dolu küvette otururken çalışır hâlde bir saç kurutma makinasını küvete atacaktır. Fakat bunu yapmadan önce, olayın intihar olmadığını gösterir birtakım emareleri geride bırakmalıdır (zira, aksi durumda, sigorta bedeli tahsil olunamaz!). Plânın icra edileceği gün (1 Ocak 1980), fail, ölüp ölmediğini anlamak için mağdurenin dairesini arayınca, telefonun onun tarafından cevaplanmasına şaşırır: kendisine söylenileni yapan mağdur, elektrik akımının yeterince kuvvetli olmaması nedeniyle ölmekten kurtulmuştur! Bunun üzerine, mağdurenin kendini öldürme çabalarını sürdürmesi için, üç saati aşkın süren on ayrı telefon araması gerçekleşir; adamın talimatları üzerine saatler boyu süren birkaç başarısız deneme daha gerçekleşir ve en sonunda, fail vazgeçer. Mağdure, teşebbüslerini hiçbir zaman intihar girişimi olarak mütalaa etmemiştir, zaten bunun ahlâka aykırı olduğuna inanmaktadır: ona göre, bütün çabaları başka bir yaşama geçiş meselesiydi. (...) Burada Federal Mahkeme, dolaylı faillik hükümlerini uygulayarak faili kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutmuştur. (...) Mahkemeye göre, somut olayda, araç kişi hataya düşürülmek suretiyle onun fiili üzerinde egemenlik kurulmuştur: arka plândaki kişinin somut gerçeğe ilişkin üstün bilgisi bu hâkimiyeti sağlamıştır. (...) Türk mevzuatı açısından ... bu örnekte TCK m. 37/2’yi uygulamak mümkündür çünkü hile yoluyla irade egemenliğinin sağlandığı gözükmektedir.”*

<sup>1317</sup> Özyüksel, s. 119. İsaetli bir örnek için bkz. Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 157: “*Örneğin çok büyük bir yangın olduğunu, eğer atlamazsa feci şekilde yanarak öleceğini söyleyerek bir kimseyi yüksekçe bir yerden atlamaya yönlendiren kimse ... dolaylı fail olarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur.*” Ön plândaki şahsın “kendisini öldürmeye hileyle sevk edilmesi” olasılığının açıkça düzenlenmemesinden kaynaklanan sorunlar hakkında özellikle bkz. Önok, ss. 267-271.

<sup>1318</sup> TCK m. 82 hükmünün TCK m. 84/4’te düzenlenen fiiller yönünden de uygulanacağı yolundaki hâkim görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 93; Önok, ss. 273-274; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, s. 174; Özyüksel, s. 38; Tezcan/Erdem/Önok, s. 189.

(örneğin bir kimseyi töre saikiyle intihara zorlayanların cezasının ağırlaştırılıp ağırlaştırılamayacağı), kusur yeteneğinden yoksun bir kimsenin intihara sevki durumunda TCK m. 37/2, c. 2 hükmünün işletilip işletilemeyeceği<sup>1320</sup>, kusur yeteneğini iradî olarak aldığı alkol veya uyuşturucu maddenin etkisiyle yitiren bir kimsenin intihara sevki durumunda TCK m. 84/4'ün uygulanıp uygulanamayacağı<sup>1321</sup> gibi pek çok konuda tereddüt doğmuştur. Nihayet, “*intihara mecbur edenler*” ibaresi nedeniyle, hükmün, intihara zorladığı kişinin intiharını sağlayamayan kişinin insan öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulup tutulamayacağı da hâlen doktrinde tartışmalıdır<sup>1322</sup>.

Hatadan yararlanma yoluyla<sup>1323</sup> (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı failliğin ilk akla gelen örneklerinden birini düzenleyen<sup>1324</sup>, fakat uygulamada gözardı

---

Aksi görüş için bkz. Ali Pehlivan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İntihara Yönlendirme Suçu”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Ed. Prof. Dr. Nur Centel, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013,, “İntihara Yönlendirme Suçu”, s. 289; Zeki Hafızogulları / Muammer Ketizmen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, Sayı: 1, Ankara, Kış 2008, s. 154; Zeki Hafızogulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: US-A Yayıncılık, Eylül 2011, s. 71.

<sup>1319</sup> TCK m. 82 ile 84/4 hükmünün birlikte uygulanabileceğine ilişkin örnek bir karar için bkz. **Yargıtay 1. CD**, T. 23/01/2019, E. 2018/4330, K. 2019/220: “... *samğin olay öncesi maktule zorlayıcı nitelikte cebir uygulaması, maktulün yaşı ve içine düştüğü ruhsal ve fiziksel baskı durumu nazara alınarak, sanık hakkında intihara mecbur etmek suretiyle nitelikli kasten öldürme suçundan hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmemiş, tebliğnamedeki suç vasfının intihara azmettirme olduğuna yönelen bozma düşüncesi ise benimsenmemiştir.*”

<sup>1320</sup> Önok, s. 272; Özyüksel, s. 200.

<sup>1321</sup> Önok, ss. 272-273; Özyüksel, s. 42, 119, 210-211.

<sup>1322</sup> Önok, s. 271; Özyüksel, s. 172.

<sup>1323</sup> İftirası ile bir kimsenin tutuklanmasına yol açan kişinin dolaylı failliği “hatadan yararlanma yoluyla (ağır basan bilgiye dayanan) dolaylı faillik” şeklinde tezahür etmektedir. Aynı yönde bkz. Önok, s. 278; Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, s. 65. Maddî gerçeği bilen ve iftiranın farkında olan bir hâkimin tutuklama kararı vermesi durumunda, müfteri ile hâkim hakkında iştirak hükümlerinin işletileceği kuşkusuzdur.

<sup>1324</sup> Dolaylı failliğin “kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” dışında başka bir görünüm şekli bulunmadığı ve bu nedenle TCK m. 267/4'ün dolaylı failliğin esaslarına uygun formüle edilmediği yolundaki ayrışık görüş için bkz. Akif Yıldırım, “İftira Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı : 69, Ankara, 2007, s. 205: “*Yasakoyucu diğer koruma tedbirlerinden ayrı olarak tutuklama ve gözaltına alma koruma tedbirine hükmedilmesi halini ayrı bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir. Masum kişi isnat edilen suç nedeniyle tutuklanır veya gözaltına alınırsa iftira eden ayrıca kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı faili olarak sorumlu tutulacaktır. Doktrinde bu ağırlaştırıcı neden bir fiile iki ayrı ceza verildiği ve dolaylı fail kavramının isabetli kullanılmadığı nedeniyle eleştiriye uğramıştır. Gerçektende dolayısıyla faillik akıl hastasını veya bir küçüğü suçta bir araç gibi kullanılması hallerinde söz konusu olabilir. Burada ise böyle bir durum söz konusu değildir.*” Aynı yönde bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 755: “... *hükümde kullanılan dolaylı faillik kavramı isabetli değildir. Dolaylı fail bir kimseyi (akıl hastası veya küçük) suç aleti olarak, ona işleten kişidir. Oysa burada böyle bir durum söz konusu değildir.*”

edilebilen<sup>1325</sup> TCK m. 267/4 hükmüne göre, “Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.” Hükmün uygulanabilmesi için, yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla “işlemediğini bildiği hâlde<sup>1326</sup>” hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını -ya da idari bir yaptırım uygulanmasını- sağlamak için bir kimseye “hukuka aykırı bir fiil<sup>1327</sup>” isnat

<sup>1325</sup> Yargıtay 21. CD, T. 30/11/2015, E. 2015/3889, K. 2015/5672: “... sanığın, kardeşi Y. Ç. kimlik bilgilerini kullanmış olması nedeniyle kardeşi Y. Ç. ’nin Küçükçekmece 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 2006/42 esas sayılı dosyasında bu suçla ilgili olarak yargılandığı, yargılama sırasında 05.07.2006 tarihinde göz altına alındığı ve sonuçta yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraate hükmedildiği anlaşılmakla, sanığın ayrıca 5237 sayılı Yasanın 267/4 maddesi uyarınca ‘kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan’ da dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğinin gözetilmemesi, bu konuda açılmış bir dava bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.”

<sup>1326</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 992: “... failin isnadın gerçek dışı olduğunu kesin olarak bilmesi gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kasıtlı işlenebilir.”

<sup>1327</sup> Bugün AIHS uyarınca “hukuka uygun” kabul edilen pek çok eylemin kanunî düzenlemelerle suç hâline getirilip ağır cezalarla müeyyidelenirildiği ve ceza mahkemelerinin totaliter rejimin elinde birer ölüm makinasına dönüştüğü Nazi Almanyasında, gerçekten tipe uygun olan veya tipik olmadığı hâlde iddia ve yargılama makamlarınca tipik kabul edilerek adaletsiz cezalara bahane gösterilebilecek olan fiilleri adli makamlara bildirerek ilgililerin hapis yahut ölüm cezasına çarptırılmasını sağlayan muhbirlerin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya kasten öldürme suçlarının dolaylı faili” kabul edilmesine olanak tanıyan “Radbruch Formülü” için bkz. Metin/Heper, **Radbruch Formülü**, ss. 44-48: “Koca, 1940 yılından itibaren Alman ordusunda askerdir. Kadın ise evinde serbest bir yaşam sürmektedir. Koca, karısını ziyaret ettiği bir esnada ona Nazi liderlerini kötüleyici yorumlarda bulunmuştur. Daha sonra da Hitler aleyhine ... girişilen ve başarısız olan suikast girişiminden sonra koca karısına, eğer suikast başarılı olsaydı bütün pislik temizlenecekti diye beyanda bulunur. Ancak 1945 yılında geceleyin evine izinli gelen koca karısını başka bir askerle yakalamasıyla birlikte kısa bir tartışmadan sonra kadın kocasını Nazi Partisine ihbar eder ve ... koca tutuklanır. (...) Yargıç, kocanın idam cezası tehdidi altında olması dolayısıyla kadını yeminli şahitlik yapma yükümlülüğü altında olmadığı ve onun yeminli şahitliği olmaksızın kanıtların yetersiz kalabileceği konusunda uyarır. Fakat kadın yeminli şahitlik yapmak konusunda ısrarlı olur. Koca da ölüm cezasına çarptırılır. Fakat cezası infaz edilmez. Hapiste bir süre kalır. Daha sonra da ... birliğine döner. (...) 1951 yılında Würzburg’daki davada sanık kadın ... beraat eder. (...) Ancak Federal Yüksek Mahkeme bazı gerekçelerle ... beraat kararını bozar ve ... geri gönderir. (...) Nazi askerî mahkemeleri ... yasayı keyfî ve hukuka aykırı biçimde uygulamışlardır. Nazi yasası, küçümseyici beyanların alenen ... yapılması şartı koşarken, askerî mahkemeler Nazi iktidarı boyunca umuma açıklık (publicity) kavramını olağanüstü geniş ele alarak en yakın kişiler arasında yapılan açıklamaları bile aleniyet olarak yorumlamıştır. Ayrıca ... kadın hukuka aykırı sonucu ortaya çıkarmak, yani ihbar mecburiyetinde değildir. (...) Kadının eylemi, doğrudan yasaya aykırı sonuçlar meydana getirmesi için ...mahkemeyi araç olarak kullanmak suretiyle dolaylı failliktir. (...) Temyiz Mahkemesinin akıl yürütmesine göre, kocasını ihbar ederken bunun yol açacağı sonuçları -en iyi olasılık kocasının bir yıl hapis cezası alacağını, en kötü sonuç ölüm cezasına çarptırılabilceğini- bilen kadın, hukuku bilinçli kullanmıştır. Zira Hitler rejiminin politikleşmiş ceza adaletine birini ihbar eden kişi, sanığı adil bir karara varacak ve hakikati belirleyecek hukukî teminatlara sahip yasal bir yargılama sürecine değil, keyfî bir iktidara teslim ettiğini bilmek zorundaydı ve gerçekte de biliyordu. (...) Bu bağlamda Radbruch’un kendi metninden alıntı yapmak uygun düşecektir: ‘... suç maksadıyla birini ihbar suretiyle hareketi için yargısal araçları kullanan kişi de dolaylı faildir. Mahkemenin sırf bir araç olarak kullanılması özellikle dolaylı failin, ceza yargıcının politik fanatizminin olup olmadığı ya da gücünü kullanarak baskı uygulayıp uygulamadığı türünden politik eğilimlerini hesaba ... kattığı vakalarda açık ve nettir.’” İhbar edilen kimsenin gerçekten tipe uygun olan bir fiilinden ötürü orantısız derecede ağır bir cezaya mahkûm edildiği hâllerde muhbirin “dolaylı fail” kabul edilemeyeceği

eden kişinin, “iftiraya uğrayan kimsenin hürriyetinden yoksun kılınmasına” yönelik en azından olası kastının bulunması zorunludur<sup>1328,1329</sup>. “Mâlûmu ilâm<sup>1330</sup>” etmesi sebebiyle “gerekli” veya “yararlı” gözükmeyen bu hükmün iftira yoluyla hürriyeti tahdidin tüm tezahür biçimlerini kapsamadığı ve tartışma yaratmaya elverişli lâfzı sebebiyle “sorunlu” bir hüküm olduğu ise açıktır. Gerçekten de, yasa koyucu, düzenlemede müfterinin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili”

yolundaki isabetli görüş için bkz. Önok, s. 279. Yazarın ikinci olasılığa (ihbar edilen kimsenin esasen tipe uygun olmayan fiilinden ötürü “keyfi olarak” mahkûm edilmesi olasılığına) ilişkin katılmadığımız görüşü için bkz. Önok, ss. 279-280: “... *Doğu Alman rejimi mahkemelerinde, ... hâkimlerin bazı kararları ‘adli hata’ ve bu nedenle de hukuka aykırı ... görülmüştür. Bunun neticesinde ise, ihbar edenlerin şerik olarak cezalandırılması söz konusu olmuştur: dolaylı faillik devre dışıdır zira ilgili hâkimlerin ‘kör bir araç’ olarak arka plândaki kişi tarafından kullanılması söz konusu değildir.*” Kanaatimce, bu tür bir senaryoda sadece ilgili hâkimi sorumlu tutmak gerekir. Örneğin, ifade özgürlüğünün zayıf olduğu bir ülkede, hükûmete yönelik meşru eleştirilerin adliye tarafından cezalandırılabilirliğinin bilincinde olarak, bir kimse bir muhalifin irade açıklamasını ihbar edecek ve bu kişi gerçekten haksız olarak mahkûm edilecek olursa, burada bir iştirak iradesinden bahsedilmesini mümkün görmüyorum. (...) Buna karşılık, Alman Federal Mahkemesi 8 Temmuz 1952 tarihli benzer bir davada aksi bir sonuca varmıştır. Bu davada da kişisel saiklerle eşini ihbar eden bir eş söz konusu olmakla birlikte; olayda ölüm cezasına mahkûmiyet kararı veren mahkeme hem orantılılık ilkesine aykırı davranmış hem de muhbirliğe dair kanun hükmünü keyfi ve yasaya aykırı bir şekilde yorumlamak suretiyle, hatalı bir biçimde uygulamıştır. Netice itibarıyla, sanık, sıkıyönetimin hukuka aykırı usullerinden istifadeyle kocasından kurtulmak istediği için, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma ve cinayete teşebbüs suçunun yardım edeni olarak mahkûm edilmiştir.” Fikrimizce, bu gibi durumlarda hâkimlerin iradesi üzerinde hâkimiyet kuramaması sebebiyle “dolaylı fail” kabul edilmesi mümkün gözükmeyen muhbirin, hürriyeti tahdit ve kasten öldürme suçlarından -somut olaya göre- “şerik” yahut “müşterek fail” sıfatıyla sorumlu tutulması pekâlâ mümkündür. (TCK m. 40/1)

<sup>1328</sup> Aynı yönde bkz. Önok, s. 278. Ayrıca bkz. **Yargıtay 8. CD**, T. 10/12/2014, E. 2014/21644, K. 2014/30708: “*Sanığın, sahte belgelerle kredi kartı almak amacıyla bankaya başvurması sonucu, belgelerde adı geçen şahsın gözetimine alınmasına neden olduğundan bahisle ‘kişiyi hürriyetinden yoksun kılma’ suçundan cezalandırılması için dava açılıp mahkûmiyetine karar verilmiştir. (...) mağdurun kimliğini kullanarak sahte kredi kartı almak için bankaya başvuran ve kendisine kart verilmeyen, adına belge düzenlenen kişinin; bir suç işlendiğinden bahisle yetkili makamlara başvurusu bulunmadığından ve mağdurun özgürlüğünü bizzat kısıtlamadığı gibi görevlileri azmettirdiği hususunda delil olmadığından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları bulunmamaktadır. Başkasının hürriyetini kısıtlama suçu kasten işlenen suçlardandır. (...) Sanığın; adına belge düzenlediği kişinin gözetimine alınması veya tutuklanması kastı bulunmadığından TCK.nun 109/1. maddesinde yazılı suçun yasal unsurları olayda gerçekleşmemiştir. (...) Sanığın, kredi kartı almak için şikayetçi adına bankaya müracaat etmesi ve bir takım belgeleri şikayetçi adına imzalaması iftira suçunu oluşturmayıp eylemi, sahtecilik veya kredi kartını alması halinde TCK.nun 245/2. maddesindeki suçu oluşturmaktadır. Dolayısıyla TCK.nun 267/4. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.*”

<sup>1329</sup> Kesinlikle katılmadığımız ayrıksı bir görüş için bkz. Soyaslan, **Özel Hükümler**, s. 755: “... fail iftira ettiği kişinin gözetimine alınacağını veya tutuklanacağını bilemez. Hürriyetten yoksun kılınma kasten işlenen suçtur. Hattâ olası kastla da işlenen bir fiil değildir. O halde ... faili böyle bir ikinci suçtan sorumlu tutmak ceza hukukunun ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.”

<sup>1330</sup> Müfteri, iftira niteliğindeki beyanlarıyla “gözaltı” ve “tutuklama” kararı vermeye yetkili kimselerin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmaktadır. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Önok, ss. 278-279: “... örneğin, ben sevmediğim bir komşuma soyut olarak (delilleri de uydurmaksızın) iftira ettiğimde, savcılık ve onun emrindeki kolluk üzerine düşen vazifeyi yapmadığında, sulh yargıcı da, yeterli delil olmamasına rağmen kişiyi tutukladığında, olayların seyrine bir bütün olarak hâkim olarak mağdurun tutuklanmasına yol açan kişi olduğum söylenebilir mi? Bunun cevabının olumsuz olduğu açıktır! Bu bakımdan, iftira eden kişinin, buna bağlı olarak oluşacak adli neticelerin de mutlaka dolaylı faili olduğunu söylemek ne gerçekçi ne de dolaylı failliğin teorik çerçevesine uygundur. Elbette, yasa koyucu, müfteri açısından ağır neticeye yönelik sorumluluk getiren bir hüküm öngörebilir. Fakat yasa koyucunun iradesiyle bu kişiyi ‘dolaylı fail’ saymak, bana isabetli bir çözüm gibi gelmemektedir.”

kabul edilebilmesi için mağdurun “gözüaltı” veya “tutuklama” işlemine maruz kalmış olmasını şart koşarak diğer tüm olasılıkları<sup>1331</sup> (örneğin mağdurun iftiraya istinaden haksız yere “yakalanması” olasılığını) normun dışında bırakmış; aynı şekilde, mağdur hakkında “takipsizlik” veya “beraat” kararı verilmiş olması gerektiğine işaret ederek, söz gelimi, mağdur hakkındaki davanın şikâyetin geri alınması sebebiyle düşürüldüğü (CMK m. 223/8) durumlarda müfterinin TCK m. 37/2 ve 109 uyarınca sorumlu tutulabilirliğini tartışmalı hâle getirmiştir<sup>1332</sup>. Buna ek olarak, “mağdur hakkında takipsizlik veya beraat kararı verilmiş olması” kuralı öğretide ve uygulamada katı yorumlanmış; bir kısım yazar<sup>1333</sup> bu kararların kesinleşmesi gerektiğine dikkat çekerken, Yargıtay Ceza Genel Kurulu<sup>1334</sup> “yüklenen suçun işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle” verilen takipsizlik veya beraat kararlarını TCK m. 37/2 ve 109’un tatbiki için yeterli görmemiştir. Öte yandan, “yüklenen fiili

<sup>1331</sup> Alp Tolgahan Serttaş, **Türk Ceza Hukukunda İftira Suçu**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2018, s. 136: “... gözüaltı ile sonuçlanmayan yakalama tedbiri veya zorla getirme kararı yalnızca iftira suçunu oluşturmakta, bu durumlarda TCK m. 109’daki suç teşekkül etmemektedir.” Aynı yönde bkz. Selçuk Koca, **Türk Ceza Hukukunda İftira Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 116: “Gözüaltına alma veya tutuklama uygulanmadığı sürece yakalama, zorla getirme ve adli kontrol gibi diğer koruma tedbirleri bakımından bu hüküm uygulanmaz. Ayrıca mağdur, süreli veya süresiz hapis cezasına mahkûm edilip cezanın infazına başlanmışsa bu durum için benzer bir düzenleme bulunmadığından, fail hürriyeti yoksun kılma suçundan sorumlu olmaz. Artık m. 267/6 uyarınca suçun nitelikli haline göre ceza verilecektir.”

<sup>1332</sup> Müfterinin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili” (TCK m. 37/2 ve 109) kabul edilebilmesi için takipsizlik veya beraat kararı ile gözüaltı yahut tutuklama işleminin zorunlu olduğunu kabul eden görüş için bkz. Yasin Aydın, **İftira Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s. 71. Aynı yönde bkz. **Yargıtay CGK**, T. 20/02/2018, E. 2014/240, K. 2018/51: “... failin, kişiyi kasten hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için, iftira eylemi ile mağdurun gözüaltına alınması veya tutuklanması arasında nedensellik bağı bulunmalı ve mağdur hakkında CMK’nun 223/2-b maddesi uyarınca yüklenen fiili işlemediğinden dolayı beraat kararı veya CMK’nun 172. maddesi gereğince kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmiş olması gerekmektedir.”

<sup>1333</sup> Ayrıca takipsizlik ve beraat kararlarının kesinleşmiş olması gerektiği yolundaki görüş için bkz. Yener Ünver, **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 100: “... fıkra kovuşturmayla yer olmadığı veya beraat kararının kesinleşmiş olması gerektiğinin belirtilmemesi önemli bir hata olmuştur. Ancak burada da olması gereken hukuk açısından madde metninin değiştirilmesi ve değiştirilinceye kadar da bu kararların kesinleşmiş olmasını bir koşul olarak kabul edip uygulamak gerekir.”

<sup>1334</sup> **Yargıtay CGK**, T. 20/02/2018, E. 2014/240, K. 2018/51: “İftira suçunun oluşumu açısından başlatılan soruşturma sonucunda kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmesi veya açılan davanın beraat ile sonuçlanması önem taşımamakta ise de, kişinin iftira nedeni ile gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde TCK’nun 267/4. maddesi yollamasıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olabilmesi için CMK’nun 223/2-b maddesi uyarınca yüklenen fiili işlemediğinden dolayı beraat etmesi veya CMK’nun 172. maddesi gereğince hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmiş olması gerektiği anlaşıldığından, sanığın şikâyeti üzerine başlatılan soruşturma sonucunda katılanların, nitelikli yağma suçundan tutuklandıkları ve açılan kamu davasında CMK’nun 223/2-e maddesi uyarınca yüklenen suçun işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat ettikleri olayda, TCK’nun 267/4. maddesi yollamasıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru olmaları ‘suç ve cezada kanunilik ilkesi’ uyarınca mümkün değildir.”

işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması” hâlinin “iftira suçunun nitelikli hâli”ni oluşturduğu yolundaki baskın görüşü<sup>1335</sup> benimseyen Yargıtay 11. Ceza Dairesi, kanaatimizce hatalı bir yorumla, failin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili” olarak sorumlu tutulabilmesi için iftira suçundan “hüküm giymiş” olması gerektiğine işaret etmektedir<sup>1336</sup>.

*“Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.”* şeklindeki TCK m. 272/5<sup>1337</sup> hükmü de, yine benzer şekilde formüle edilen TCK m. 267/4 gibi, doktrinde ve uygulamada tartışmalara sebep olmaktadır.

Bir başkasını intihara sevk eden, intihara zorlayan yahut iftira veya yalan tanıklık yoluyla hürriyetinden yoksun kılan kişilerin “TCK m. 81-82 ve 109’da düzenlenen suçların dolaylı faili” kabul edilip edilemeyeceği ve TCK m. 109-267-272 hükümleri arasında gerçek içtima yoluna gidilip gidilmeyeceği hususundaki olası tereddütleri gidermek amacıyla getirildiğini düşündüğümüz özel dolaylı faillik hükümlerinin, umulanın aksine, bambaşka sorunlara sebebiyet verdiği açık olup esasen genel hüküm niteliğindeki TCK m. 37/2 hükmü ile özel hüküm niteliğindeki TCK m. 81 ve 109 hükümlerine başvurularak pekâlâ cezalandırılabilir eylemlerin

<sup>1335</sup> Aydın, **İftira Suçu**, s. 71; Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 982; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, **Özel Hükümler**, ss. 1086-1087. TCK m. 267/4’teki hâlleri “iftira suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli” kabul eden yazar için bkz. Serttaş, **İftira Suçu**, ss. 114-117; Yılmaz, **İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, s. 176. Kanaatimizce, iftira suçunun temel şekline ilişkin cezayı artırmayan TCK m. 267/4 hükmü “nitelikli hâl” ihdas etmemekte, yalnızca anılan durumlarda TCK m. 267 ile TCK m. 109 arasında gerçek içtimaya gidileceğine dikkat çekmektedir.

<sup>1336</sup> **Yargıtay 11. CD**, T. 25/12/2017, E. 2017/14936, K. 2017/9304; T. 25/06/2018, E. 2017/11292, K. 2018/5794: “... TCK’nin 267/4. maddesindeki ... düzenleme uyarınca sanığın mahkumiyetine karar verilebilmesi için öncelikle sanık hakkında iftira suçundan dolayı mahkumiyet hükmü kurulmuş olması gerektiği dikkate alınarak yapılan incelemede; sanık hakkında ... iftira suçundan açılmış herhangi bir kamu davası bulunmadığının anlaşılması karşısında; sanık hakkında TCK’nin 267/4. maddesi atfıyla 109/1. maddede yer alan suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması ... bozmayı gerektirmiş ...”

<sup>1337</sup> Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 231: “Biz bu hükmü bir cezayı ağırlatan hüküm olarak değil, içtima hükmü olarak görüyoruz.”

tipe uygunluğunu tartışmalı hâle getiren bu hükümlerin yokluğu varlığından evlâ gözükmemektedir. Bununla birlikte, biz, yasa koyucunun anılan hükümlerin (TCK m. 84/4, 267/4 ve 272/5'in) kapsamı dışında kalan dolaylı faillik hâllerini suç olmaktan çıkarmayı arzu etmediğini ve mevcut durumun ciddi bir özensizlikten kaynaklandığını düşünüyor; bu hükümleri TCK m. 37/2'nin uygulanma alanını daraltacak şekilde yorumlayan yazarlara katılmıyoruz. Buna göre, örneğin, “anlama” yeteneğine sahip olmakla birlikte tiki dolayısıyla karşısındakinin hareketlerini aynen taklit eden B’yi kendi bileğini kesmeye sevk eden ve neticeten B’nin ölümünü sağlayan A “kasten öldürme suçunun dolaylı faili” iken, iftirası sonucu M’nin adli yakalamaya maruz kalmasına sebep olduktan hemen sonra şikâyetini geri alıp muhakeme şartını ve dolayısıyla kovuşturma olanağını ortadan kaldırarak M hakkında takipsizlik kararı verilmesini sağlayan K de “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili” olacaktır. Aynı şekilde, sonuç olarak beraat eden bir şahsı yalan tanıklığıyla tutuklu yargılatan kimseleri “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı faili” kabul eden yasa koyucunun, tutuksuz yargılanan bir sanığı yalan tanıklığıyla süreli<sup>1338</sup> hapis cezasına mahkûm ettirerek bu şahsın “hükümlü” sıfatıyla cezaevine girmesine sebep olan kimseleri TCK m. 109’dan sorumlu tutmak istemediğini savunmak güçtür<sup>1339</sup>.

<sup>1338</sup> TCK m. 267/5 ve 272/6 hükümleri, yalnızca mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûm edildiği hâllerde uygulanabilmektedir.

<sup>1339</sup> Aksi görüş için bkz. Çiçek, s. 156; Koca, **İftira Suçu**, s. 116.



## SONUÇ

Tezimizde, failliğin dört görünüm şeklinden birini oluşturan ve bir iştirak türü kabul edilip edilemeyeceği dahi tartışmalı olan “dolaylı faillik” kurumu “Türk ceza hukuku” çerçevesinde incelenmiş, yerli-yabancı bilimsel ve yargısal içtihattan yararlanılarak tartışmalı konulara açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

“Fail-şerik” ayrımında -yasa koyucunun tercihi paralel olarak- “fiil hâkimiyeti” kuramının benimsendiği bu çalışmanın ilk bölümünde, dolaylı failliğin iştirak kurumu dışında “bağımsız bir kurum” olarak ele alınması gerektiğine işaret edilmiş ve dolaylı fail “iradesine -mutlak maddî cebre maruz kalmaksızın ve başvurmaksızın- bilerek ve isteyerek hâkim olduğu bir şahsın davranışlarını ‘işlemeyi kastettiği’ suça vasıta kılan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır.

Yine ilk bölümde yapılan değerlendirmelerde; bağıllık kuralının dolaylı faillik ilişkileri bakımından geçerli kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmış, dolaylı faillğe ilişkin genel (TCK m. 37/2) ve özel hükümlerin (m. 84/4, 267/4 ve 272/5) gereksizliğine dikkat çekilerek bir dizi soruna yol açan bu hükümlerin ilgası önerilmiştir. Aynı şekilde, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimseyi bir suça katılmaya sevk eden veya zorlayan kişinin de, TCK m. 37/2 benzeri bir “dolaylı şeriklik” hükmüne ihtiyaç duyulmaksızın, TCK m. 38-39 hükümleri çerçevesinde “şerik” sıfatıyla cezalandırılabileceği kanaatine varılmıştır.

Aynı bölümde, dolaylı faillik ile diğer faillik ve şeriklik türleri arasındaki farklara değinilmiş; uygulamada zaman zaman dolaylı failin cezasının ağırlaştırılmasında TCK m. 38/2 hükmüne yahut azmettirenin cezasının ağırlaştırılmasında TCK m. 37/2, c. 2 hükmüne başvurulması sebebiyle, “azmettirme-dolaylı faillik” ayrımına özellikle vurgu yapılmıştır.

Birinci bölümün son kısmında ise, dolaylı failliğin görünüm şekilleri üzerinde durulmuş, doktrinde ve uygulamada tartışma ve tereddüt yaratan hususlar çok sayıda kurgusal olay üzerinden değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, ilkin, dolaylı failliğin en tipik ve en klâsik görünüm şeklini oluşturan “iradeye cebren hâkimiyet yoluyla dolaylı faillik” incelenmiş, bir başkasını mutlak maddî cebre başvurmak suretiyle suçta alelade bir nesne gibi kullanan kişinin “işlenen suçun doğrudan faili” hâline geleceğine dikkat çekilmiştir. Öte yandan, bir kimseye belli bir suçu işletmek amacıyla zorlayıcı maddî veya manevî cebir uygulayan kişinin irade ve fiil hâkimiyetine sahip olabilmesi için cebrin TCK m. 28 kapsamında kalmasının (bir başka anlatımla, ön plândaki doğrudan failin TCK m. 28 hükmünden yararlanabilmesinin) zorunlu olmadığı kanaatine varılmış ve bu noktada kafa karışıklığı yaratan TCK m. 28/1, c. 2 hükmünün ilgası önerilmiştir.

Ardından, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir kimsenin “hukuka uygun” davranışları aracılığıyla da işleyebileceğine ve iştirak kurallarının işletilemediği bu gibi durumlarda dolaylı faillik kurumunun ceza siyaseti bakımından ne denli mühim bir işlev üstlendiğine dikkat çekilmiştir.

Yine birinci bölümde, “kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma yoluyla dolaylı faillik” konusu incelenmiş; ön plândaki şahsın (doğrudan failin) kusur yeteneğinden yoksunluğuna ilişkin olarak yaratılan kanunî mutlak karinelerin arka plândaki kişinin kategorik olarak “dolaylı fail” kabul edilmesine olanak tanımayacağı kanaatine varılmıştır. Buna göre, söz konusu karineler yalnızca ön plândaki şahsın sorumluluğu bakımından sonuç doğuracak; gerçekte somut fiil yönünden kusur yeteneğine sahip bulunan şahsın işlediği kasıtlı haksızlık -kanunî mutlak karine sebebiyle “kusursuz” kabul edilse de- iştirake esas alınabilecektir. (TCK m. 40/1) Dolaylı faillikten söz edilebilmesi içinse, arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın kusur yeteneğinden yoksun olduğunu bilmesi kuşkusuz zorunludur.

Çalışmamızda TCK m. 37/2, c. 2 hükmü ayrıca ele alınmış; doktrinde kimi yazarlarca eleştirilen ve uygulamada tereddüt yaratabilen bu hükmün dolaylı failliğin tüm görünüm şekillerini kapsayacak şekilde değiştirilmesi önerilmiştir.

Tezimizde, TCK m. 30’da düzenlenen farklı hata türlerinin irade hâkimiyetine zemin hazırlayabileceği ve bir kimsenin hatasından yararlanıp iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak davranışlarını suça vasıta kılan kişinin “kastettiği suçun dolaylı faili” hâline gelebileceği ifade edilmiş; hataya düşen veya düşürülen ön plândaki şahsın taksirli bir suçtan sorumlu tutulabildiği hâllerde “fail arkasındaki dolaylı faillik” durumunun gündeme geleceğine dikkat çekilmiştir.

Yine birinci bölümün son kısmında, dolaylı failliğin “sapmadan yararlanma yoluyla” da gerçekleşebileceği kanaatine varılmış ve bu tespit farklı sapma türlerine ilişkin olarak verilen kurgusal örneklerle desteklenmiştir.

Çalışmamızda, ayrıca, iradesi üzerinde hâkimiyet kurulan bir kimsenin tipe uygun olmayan ve dolayısıyla iştirake esas alınamayan davranışlarının suça vasıta kılınabileceği ifade edilmiş; bağlılık kuralının dolaylı faillik ilişkilerine -asgarî derecesiyle dahi olsa- uygulanması hâlinde, bir başkasının tipik olmayan davranışlarını suça vasıta kılan kişinin cezasız kalacağına dikkat çekilmiştir.

Fail arkasındaki dolaylı faillğe örnek gösterilen “masabaşı faillik”, çalışmamızda ayrıca incelenmiş; suç örgütü yöneticilerinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin sorumluluğunu azmettirme, müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumları çerçevesinde açıklayan görüşler değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirmede, “örgüte hâkimiyet”in zorunlu olarak “örgüt üyesinin (doğrudan failin) iradesi üzerinde hâkimiyet” anlamına gelmeyeceği, örgüt üyesinin iradesi üzerinde -örneğin cebren yahut hileyle- hâkimiyet kurulmadıkça salt “örgüte hâkimiyet”ten hareketle dolaylı faillik kurumunun işletilemeyeceği kanaatine varılmış; bu çerçevede, somut olayda tüm faillik-şeriklik modellerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve öngördüğü “kesin faillik karinesi” ile apaçık bir objektif sorumluluk statüsü yaratan TCK m. 220/5 hükmünün ilga veya iptâl edilmesi gerektiği dile getirilmiştir.

Doktrinde ve 12/05/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükûmet Tasarısı’nın 41’inci maddesinde aksi ileri sürülmüşse de, çalışmamızda, kişisel cezasızlık

nedenlerinden yararlanan kimselere suç işletilmesi hâlinde suçu işleyen kişinin sırf bu sebeple kategorik olarak “dolaylı fail” kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.

Amirin emrinin yerine getirilmesi konusu da tezimizde ayrıca ele alınmış; yapılan değerlendirmede, konusu suç teşkil eden bir emrin kesinlikle yerine getirilmemesi gerektiği, buna karşılık iradesi üzerinde -örneğin cebren veya hileyle- hâkimiyet kurduğu bir memuru konusu suç teşkil eden emrini yerine getirmeye zorlayan yahut sevk eden amirin “işlenen suçun dolaylı faili” kabul edileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Tezin ikinci bölümünde ise, dolaylı failliğin bazı ceza hukuku kurumları ve bazı suçlarla ilişkisi incelenmiştir. Bu çerçevede, özellikle dolaylı faillikte cezalandırılabilir icra başlangıcının tespitine ilişkin tartışmalara yer verilmiş ve “bütüncül çözüm teorisi” benimsenerek arka plândaki kişinin suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için “ön plândaki şahsın iradesi üzerinde kasten hâkimiyet kurması” ve “bu şahsın kastedilen fiilin icrasına elverişli davranışlarla başlaması” gerektiği kanaatine varılmıştır. Gönüllü vazgeçme bakımından ise, dolaylı faillik bir iştirak türü olmadığından, TCK m. 36 hükmünün uygulanması gerektiği değerlendirilmiştir. Dolaylı faillik ilişkisinde arka plândaki kişinin veya ön plândaki sorumlu failin etkin pişmanlık kurumundan yararlanmasına da bir engel bulunmamaktadır.

Dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığına ilişkin tartışmanın “şikâyet” kurumu bakımından yarattığı duraksamalara ayrıca değinilmiş, TCK m. 73/5 hükmünün dolaylı faillik ilişkilerine uygulanamayacağı dile getirilmiştir.

Yine çalışmamızda, davranışları suça vasıta kılınan şahsın “dolaylı failin kastını aşan bir suç” işlediği durumlarda, arka plândaki kişinin, kastını aşan kısımdan ancak taksiri sebebiyle ve “doğrudan fail” sıfatıyla cezalandırılabilmesi; ön plândaki şahsın suça vasıta kılınan davranışı ile başlatılan nedensel sürecin dolaylı fail tarafından öngörülenden farklı şekilde geliştiği “sapma” hâllerinde, arka plândaki kişinin sorumluluğunun tespitinde kasıt ve taksire ilişkin genel esaslara

başvurulacağı; dolaylı failin TCK m. 29 hükmünden yararlandırılması önünde herhangi bir engel bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Arka plândaki kişinin ön plândaki şahsın kusur yeteneği veya kastı konusunda hataya düştüğü hâller ayrıca ele alınmış; suçun kasıtlı davrandığı zannedilen bir kimseye işletilmesi durumunda sorumlu tutulamayan arka plândaki kişinin, diğer olasılıklarda ise şerik yahut -duruma göre- dolaylı fail kabul edilebileceği değerlendirilmiştir.

Nihayet, çalışmamızda, ihmâlî suçlar gibi, özgü suçların da dolaylı faillğe elverişli olduğu savunulmuş; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin aksi yöndeki yerleşik içtihadı eleştirilerek TCK m. 40/2 hükmünün bu konuda duraksamaya yer bırakmayacak şekilde değiştirilmesi önerilmiştir.

Esasen çok geniş bir uygulama alanına sahip bulunan ve doktrinde giderek daha fazla irdelenen dolaylı faillik kurumunun, akademik çalışmalar sayesinde, uygulamada da gereken ilgiyi göreceğini umut ediyor; tezimizde yürüttüğümüz tartışmaların ve bundan da fazlasının ilk derece mahkemelerinde, iddia-savunma-yargılama makamları arasında yürütüleceğini temenni ediyoruz.

## KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 1, Ankara, 2010, ss. 167-214.

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2019. (Akbulut, Genel Hükümler)

Akman, Yağmur Müge, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Aksoy Retornaz, Emine Eylem, **Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 323-333.

Aksoy Retornaz, Emine Eylem, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 2, İstanbul, ss. 3-15.

Akyürek, Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2014.

Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

Allen, J. Michael, **Textbook on Criminal Law**, London: Blackstone Press Limited, 1991.

Altavilla, Enrico, “Costringimento Fisico e Psicico”, **Novissimo Digesto Italiano**, Vol. IV, Torino, 1959.

Ambos, Kai, “Der Anfang vom Ende der actio libera in causa”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1997, s. 2296 vd.

Antolisei, Francesco, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 8. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1980. (Antolisei, 1980)

Antolisei, Francesco, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 13. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1994. (Antolisei, 1994)

Antolisei, Francesco, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 14. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1997. (Antolisei, 1997)

Antolisei, Francesco, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 16. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2003. (Antolisei, 2003)

Arabacı, Murat, **Gönüllü Vazgeçme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, Ocak 2014.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: 1, Ankara: Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2009. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 1)

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, Ankara: Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2009. (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Cilt: 2)

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Nisan 2019.

Ashworth, Andrew, **Principles of Criminal Law**, 4. Edizione, New York: Oxford University Press, 2003.

Aycı, Emrullah, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009. (İştirak)

Aydın, Yasin, **İftira Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018.

Bacaksız, Pınar, “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 26, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Aralık 2014, ss. 249-252.

Barbos, Mario Portigliatti / Marini, Giuliano, **La Capacità di Intendere e di Volere Nel Sistema Penale Italiano**, Milano: Giuffrè, 1964.

Baron, Elisa, **La Coaction en Droit Pénal**, Thèse de Doctorat Non Publiée, Université Montesquieu - Bordeaux IV École Doctorale de Droit, Bordeaux, 2012.

Battaglini, Giulio, **Diritto Penale, Parte Generale**, 2. Edizione, Bologna: Nicola Zanichelli, 1940.

Baumann, Jürgen, **Beiträge Zur Strafrechtsdogmatik, Allgemeiner Teil**, Bielefeld: Gieseking, E U. W, 1987.

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, Bielefeld: Ernst Und Werner Giesecking, 1985.

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking, 2003.

Bayraktar, Köksal, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 5, İstanbul, 2007, ss. 15-24.

Beling, Ernst, **Grundzüge des Strafrechts**, 11. Auflage, Tübingen, 1930.

Bettiol, Giuseppe, **Diritto Penale**, 7. Edizione, Padova: CEDAM, 1969. (Bettiol, 1969)

Bettiol, Giuseppe, **Diritto Penale**, 10. Edizione, Padova: CEDAM, 1982. (Bettiol, 1982)

Birkmeyer, Karl, **Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts**, Berlin, 1890.

Blei, Hermann, **Strafrecht I, Allgemeiner Teil**, 17. Auflage, München: C. H. Beck, 1977. (Blei, 1977)

Blei, Hermann, **Strafrecht I, Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, München: C. H. Beck, 1996. (Blei, 1996)

Bloy, René, **Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht**, Berlin, 1985.

Bockelmann, Paul / Volk, Klaus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München, 1987.

Bockelmann, Paul, **Strafrechtliche Untersuchungen**, Göttingen: Otto Schwartz, 1957.

Bohlander, Michael, **Principles of German Criminal Law**, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.

Boscarelli, Marco, **Contributo Alla Teoria del “Concorso di Persone nel Reato”, Le Fattispecie di Concorso**, Padova: CEDAM, 1958.

Bostancı, Gülşah, **Haksız Tahrik**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

Bozbayındır, Ali Emrah, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede ‘Gönüllülük’ Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 1, İstanbul, ss. 87-169.

Cadoppi, Alberto / Veneziani, Paolo, **Elementi di Diritto Penale Parte Generale**, Padova: CEDAM, 2002.



Campagna, Ilaria, **Autoria e Complicità nel Reato Collettivo**, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Trento Facoltà di Giurisprudenza, 2016.

Canpolat, Can, **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir ve Cebir Uygulayanın Dolaylı Faillikten Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2016.

Carrara, Francesco, **Programma del Corso di Diritto Criminale - Del Giudizio Criminale**, Vol. 1, Firenze: Fratelli Cammelli, 1897.

Centel, Nur, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, ss. 3313-3326.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, İstanbul: Beta Yayıncılık, Mart 2011. (Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı)

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta Yayıncılık, Kasım 2011. (Centel/Zafer/Çakmut, Giriş)

Contento, Gaetano, **Corso Diritto Penale**, 2. Edizione, Roma-Bari, 1996.

Çiçek, Mustafa, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Bir İştirak Şekli Olarak “Dolaylı Faillik”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2014.

Decocq, André, **Droit Pénal Général**, Paris: Librairie Armand Colin, 1971.

Değirmenci, Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, **TAAD**, Yıl: 3, Sayı: 10, Temmuz 2012, ss. 455-484.

Delitala, Giacomo, **Il “Fatto” Nella Teoria Generale Del Reato**, Padova, 1930.

Dell’andro, Renato, **Le Fattispecie Plurisoggettiva in Diritto Penale**, Milano: Giuffrè Editore, 1956.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Demirel, Muhammed, **Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012. (Demirel, Amirin Emrini)

Demirel, Muhammed, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017. (Demirel, Bağlılık Kuralı)

Demirel, Muhammed / Kartal, Melik, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, ss. 457-490.

Di Benedetto, Ugo, **Diritto Penale, Giurisprudenza e Casi Pratici, Parte Generale, Parte Speciale**, Maggioli, 1998.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt II, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1974. (Dönmezer/Erman, Cilt II, 1974)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt I, İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim 1999. (Dönmezer/Erman, Cilt I, 1999)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt II, İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim 1999. (Dönmezer/Erman, Cilt II, 1999)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt I, İstanbul: Der Yayınları, 2016. (Dönmezer/Erman, Cilt I, 2016)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt II, İstanbul: Der Yayınları, 2019. (Dönmezer/Erman, Cilt II, 2019)

Dönmezer, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Uğur Yayınları, Aralık 2003.

Dursun, Hasan, **Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016. (Dursun, Dolandırıcılık)

Dursun, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 2, Ankara, 2014, ss. 203-252.

Dutra, Bruna Martins Amorim, “Criminal Responsibility In The Crimes Committed By Organized Structures Of Power”, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, V. 2, N. 22, Jul./ dez. 2012.

Dülger, Murat Volkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, İstanbul, 2005, ss. 85-137.

Ebert, Udo, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage, 2001.

Ekici Şahin, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2012.

Ekici Şahin, Meral, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 107-108, İstanbul, Temmuz-Ağustos 2013, ss. 61-88.

Ekici Şahin, Meral, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 109-110, İstanbul, Eylül-Ekim 2013, ss. 7-25.

Ekici Şahin, Meral, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 3, Ankara, 2015, ss. 637-686.

Elliott, Catherine / Quinn, Frances, **Criminal Law**, 4. Edition, London: Pearson Education Ltd., 2002.

Erdem, Mustafa Ruhan, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, Sayı: 5, 2005, ss. 204-215.

Erdem, Mustafa Ruhan, “Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, İstanbul, Ağustos 2014, ss. 11-30. (Erdem, “Organize Yapı ...”)

Erdem, Özgür / Bez, Yasin, “Doğum Sonrası Psikoz”, **Konuralp Tıp Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, İstanbul, 2014, ss. 74-77.

Erdoğan, Yavuz, “Gönüllü Vazgeçme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 13, ss. 93-124.

Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 16, Sayı: 61-62, Ankara, Ocak 1990, ss. 94-97.

Erem, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Cilt I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993. (Erem, Genel Hükümler)

Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997.

Erman, Barış, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Eryıldız, H. Sefa, “Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (ALM. CK m. 26)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 120, Ankara, Ağustos 2016, ss. 38-49.

Eser, Albin, **Juristischer Studienkurs Strafrecht II**, München: C. H. Beck, 1980.

Evik, Ali Hakan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun ‘Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin’ Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Ceza Hukuku**

**Dergisi**, Yıl: 12, Sayı: 33, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2017, ss. 7-46. (Evik, “İhaleye Fesat ...”)

Evik, Vesile Sonay, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004.

Evik, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010. (Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu)

Evik, Vesile Sonay, “Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Cilt: III, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2010.

Evik, Vesile Sonay, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013, ss. 667-699.

Evik, Vesile Sonay, “Suçta Etki Eden Nedenler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, Sayı: 2, Yıl: 2007, ss. 119-135.

Evik, Vesile Sonay, “Suçta İştirakte Suçta Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Cilt: IX, Sayı: 2, Yıl: 2012, ss. 287-299.

Evik, Vesile Sonay / Evik, Ali Hakan, “İstenmeyen Neticeden Sorumluluk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ayferi Göze’ye Armağan, Sayı: 1-2, İstanbul, 2004, s. 113 vd.

Evik, Vesile Sonay, **Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlâli**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 99-114.

Ferri, Enrico, **Principi di Diritto Criminale**, Torino: UTET, 1928.

Fiore, Carlo, **Diritto Penale, Parte Generale**, Torino: UTET Editore, 1993.

Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 60. Auflage, München: C. H. Beck, 2013.

Florian, Eugenio, **Trattato di Diritto Penale**, 4. Edizione, Milano: Dott. Francesco Vallardi Editore, 1934.

Fornasari, Gabriele, **I Principi del Diritto Penale Tedesco**, Padova: CEDAM, 1993.

Frank, Reinhard, **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Kommentar)**, Tübingen, 1931.

Frisch, Wolfgang, “Täterschaft und Tatherrschaft”, **Lexicon des Rechts – Strafrecht, Strafverfahrensrecht**, 1996.

Frister, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: C. H. Beck, 2011.

Frister, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: C. H. Beck, 2013.

Frosali, Alberto Paul, **I Principii di Diritto Penale**, Firenze, 1957.

Gallas, Wilhelm, **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Berlin, 1968.

Gallas, Wilhelm, “Täterschaft und Teilnahme”, **Materialien zur Strafrechtsreform**, Band 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn, 1954.

Garofoli, Roberto, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, III Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2006.

Geary, Roger, **Essential Criminal Law**, London: Cavendish Pub., 1994.

Genç, Fatma Umay, “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2018, ss. 159-208.

Gerçeker, Hasan, **Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt I, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Gomez, Élisabeth, **L’imputabilité en Droit Pénal**, Thèse de Doctorat Non Publiée, Université de La Rochelle École Doctorale Droit et Science Politique Pierre-Couvrat, La Rochelle, 2019.

Gözler, Kemâl, **Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Ekim 2006.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt: I, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.

Gropp, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin-New York, 2001.

Gropp, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin-New York, 2005.

Gülşen, Recep, **Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2007.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yayınevi, Ekim 2011.

Güngör, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007. (Güngör, Fiil Üzerinde Hata)

Güngör, Devrim, **5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009. (Güngör, Şikâyet Kurumu)

Güngör, Devrim, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 68, Ankara, 2007, ss. 135-160. (Güngör, “... Kural Üzerinde Hata”)

Hacıfazlıoğlu, Ali, **Teori ve Uygulamada Suça İştirak**, Ankara: Bilge Yayınevi, 2014.

Hafizoğulları, Zeki / Ketizmen, Muammer, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, Sayı: 1, Ankara, Kış 2008, ss. 143-154.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: US-A Yayıncılık, Aralık 2016. (Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler)

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara: US-A Yayıncılık, Eylül 2011. (Hafizoğulları/Zeki, Kişilere Karşı)

Hafizoğulları, Zeki / Kurşun, Günel, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 71, Ankara, 2007, ss. 25-80.

Haft, Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: C. H. Beck, 1992.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Eylül 2019. (Hakeri, Genel Hükümler)

Hakeri, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2006, ss. 75-109.

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukukunda İhmâl Kavramı ve İhmâlî Suçların Çeşitleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2003. (Hakeri, Ceza Hukukunda İhmâl)

Hakeri, Hakan / Gülşen, Recep, “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Erzincan, 2005, ss. 41-71.

Hauf, Claus-Jürgen, **Strafrecht Allgemeiner Teil - Kurzlehrbuch**, Neuwied, 2001.

Hippel, Robert von, **Deutsches Strafrecht**, Vol. 2, Berlin, 1930.

Hippel, Robert von, **Lehrbuch des Strafrechts**, Berlin, 1932.

Hegler, August, “Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mitterperson”, **Festgabe für Reinhard von Frank**, Band II, 1930. (Hegler, “Mittelbare Täterschaft ...”)

Hegler, August, **Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft: Reichsgerichts-Festschrift**, Band V, 1929. (Hegler, mittelbaren Täterschaft)

Heine, Günter, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, München: C. H. Beck, 28. Auflage, 2010.

Heine, Günter / Weisser, Bettina, “StGB §25”, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, München: C. H. Beck 2014.

Heinrich, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım - I**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Adalet Yayınevi, Mart 2014. (Heinrich, Genel Kısım - I)

Heinrich, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım - II**, Ed. Yener Ünver, Ankara: Adalet Yayınevi, Ekim 2015. (Heinrich, Genel Kısım - II)

Herzberg, Rolf Dietrich, **Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug**, Berlin: Beck, 1967. (Herzberg, Mittelbare Täterschaft)

Herzberg, Rolf Dietrich, **Täterschaft und Teilnahme**, München: Beck, 1977.

Hüseyinoğlu, Emin, “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1, Ankara, 1988, ss. 735-782.

Impallomeni, G. Battista, **Il Codice Penale Italiano**, Vol. 1, Firenze: Stabilimento Giuseppe Civelli, 1890.

Ingelfinger, Ralph, StGB: Dölling u.a. (Hrsg.), **Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht, Handkommentar**, Baden-Baden, 2008.

Insolera, Gaetano, **Problemi di Struttura del Concorso di Persone nel Reato**, Milano: Giuffrè Editore, 1986.

İçel, Kayıhan / Evik, Ali Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, Mart 2007.

İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, Nisan 2014.

İçel, Kayıhan / Sokullu Akıncı, Füsun / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, S. Fatih / Ünver, Yener, **Suç Teorisi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000.

İnci, Z. Özen, “Objektif Bir Sorumluluk Hâli Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 79, Sayı: 1, İzmir, Ocak 2014, ss. 10-33. (İnci, “Objektif ...”)

İsfen, Osman, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Failik Kuramı (TCK md. 220/5)”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, Sayı 7, İstanbul, 2006, ss. 53-61. (İsfen, “... Organize Hâkimiyet ...”)

Jakobs, Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, Berlin/New York, 1983.

Jescheck, Hans Heinrich, **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, (Çev. Kayıhan İçel / Köksal Bayraktar / Feridun Yenisey), İstanbul: Beta Yayıncılık, 1989. (Jescheck, Ceza Hukukuna Giriş)

Jescheck, Hans Heinrich, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, Berlin: Duncker & Humblot, 1988. (Jescheck, 1988)

Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, Berlin: Duncker & Humblot, 1996. (Jescheck, 1996)

Joecks, Wolfgang, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Bänden 1, München: C. H. Beck, 2. Auflage, 2011.

Johannes, Hartmut, **Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverbotten handelndem Werkzeug**, Ein Scheinproblem, Frankfurt am Main, 1963.

Jovane, Enrico, **Innovazioni Essenziali nel Nuovo Codice Penale**, Libro Primo, Par. 2, Torino: Fratelli Bocca, 1931.

Kadel, Bertold, **Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft-versuchte mittelbare Täterschaft**, GA, 1983, s. 299 vd.

Kangal, Zeynel Temel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003. (Kangal, Tüzel Kişilerin)

Kangal, Zeynel Temel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010. (Kangal, Zorunluluk Durumu)

Karabeyeser, Süleyman, “Suça İştirak”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 110, Ankara, Ekim 2015, ss. 58-69.

Kaptan, Efehan, “Ceza Hukukunda Suça İştirak”, **Terazi Hukuku Dergisi**, Sayı: 96, Ankara, Ağustos 2014, ss. 31-41.

Katoğlu, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, Ankara, 2012, ss. 657-693.

Keçelioğlu, Elvan, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 65, Ankara, 2006, ss. 73-88.

Keçelioğlu, Elvan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 83, Ankara, 2009, ss. 123-136. (Keçelioğlu, “... Kasıt ve Taksire ...”)



Keçelioğlu, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın Türk Ceza Kanunu’nun Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 87, Ankara, 2010, ss. 299-321. (Keçelioğlu, “Kusurluluğu ...”)

Keskin, Serap, “Suç Ortaklığı”, **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, ss. 227-233.

Keyman, Selâhattin, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1, Ankara, 1988, ss. 121-171.

Kindhäuser, Urs, **Strafgesetzbuch, Lehr - und Praxiskommentar**, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2005.

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

Koca, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2006, ss. 111-143.

Koca, Selçuk, **Türk Ceza Hukukunda İftira Suçu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015. (Koca, İftira Suçu)

Koch, Arnold, **Die Mittelbare Täterschaft**, Göttingen, 1938.

Kohlrausch, Eduard / Lange, Richard, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen**, 43. Auflage, Berlin: De Gruyter, 1961.

Köhler, Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 1997.

Köstlin, Reinhold, **Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts**, Tübingen: Laupp, 1845.

Krey, Volker / Esser, Robert, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2001.

Kunter, Nurullah, “Suçortaklığında Sorum ve Ceza”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 13, Sayı: 1, 1947, ss. 65-94.

Küçüktaşdemir, Özgür, **Türk Ceza Hukukunda Maddî ve Manevî Cebir**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2012.

Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: Vahlen, 2002.

Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: Vahlen, 2005.

Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München: Vahlen, 2008.

Kühl, Kristian, **Strafgesetzbuch-Kommentar**, München: Vahlen, 2004.

Lampe, Ernst Joachim, “Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Volume 77, 1965, s. 262 vd.

Lange, Richard, **Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf**, Leipzig: De Gruyter, 1935.

Latagliata, Angelo Raffaele, “Concorso di Persone nel Reato”, **Enciclopedia del Diritto**, Vol. 8, Milano, 1959, ss. 568-600. (Latagliata, “Concorso ...”)

Latagliata, Angelo Raffaele, **I Principi del Concorso di Persone nel Reato**, Pompei, 1965. (Latagliata, Concorso)

Leone, Giovanni, **Il Reato Aberrante**, Napoli: Jovene Editore, 1964.

Lilie Hans / Albrecht Dietlinde, “Rücktritt”, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch-Grosskommentar**, 1. Band, Berlin, 2003.

Liszt, Franz v. / Schmidt, Eberhard, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 26. Auflage, Berlin/Leipzig: De Gruyter, 1932.

Maggiore, Giuseppe, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, Vol. 1, 2. Edizione, Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1937.

Mahmutoğlu, Fatih Selâmi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet**, Sayı: 5, Nisan 2005, ss. 42-60. (Mahmutoğlu, “... Hukuka Uygunluk Nedenleri”)

Mahmutoğlu, Fatih Selâmi, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 63, Sayı: 1-2, 2005, ss. 57-112. (Mahmutoğlu, “... Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”)

Majno, Luigi, **Ceza Kanunu Şerhi – Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt: 1, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1977.

Mantovani, Ferrando, **Diritto Penale, Parte Generale**, Padova: CEDAM, 1979.

Mantovani, Ferrando, **Diritto Penale - Parte Generale**, Padova: CEDAM, 2001.

Mantovani, Ferrando, **Diritto Penale - Parte Generale**, Padova: CEDAM, 2009.

Maurach, Reinhart, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Karlsruhe, 1971.

Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband II, Heidelberg, 1989.

Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband II, Heidelberg, 1992.

Mayer, Max Ernst, **der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts**, 2. Auflage, Heidelberg: C. Winter, 1923.

Memiş Kartal, Pınar, **Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı**, İstanbul: Der Yayınları, Mayıs 2014.

Memiş Kartal, Pınar, **Cinsel Saldırı**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar -1-), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, ss. 459-490.

Meraklı, Serkan, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, ss. 261-302. (Meraklı, “Mazeret ...”)

Metin, Sevtap / Heper, Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul: Tekin Yayınevi, Şubat 2018. (Metin/Heper, Radbruch Formülü)

Metiner, Haydar / Koç, E. Ahsen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri**, II. Cilt (Madde 37-75), Ankara, 2008.

Mezger, Edmund, “Die Teinnahmeregulung des Strafgesetzentwurfs von 1919”, **Deutsche Strafrechtszeitung**, Volume 8, 1921, s. 205. vd.

Mezger, Edmund, **Strafrecht - Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, München/Leipzig: Duncker & Humblot, 1949. (Mezger, Ein Lehrbuch)

Mezger, Edmund, **Strafrecht I - Allgemeiner Teil - Ein Studienbuch**, 9. Auflage, München/Berlin: Duncker & Humblot, 1960. (Mezger, Ein Studienbuch)

Mitsch, Wolfgang, **Recht der Ordnungswidrigkeiten**, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg: Springer Verlag, 2005.

Murmann, Uwe, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte**, München: C. H. Beck, 3. Auflage, 2015. (Baumann, Grandkurs Strafrecht)

Nowakowski, Friedrich, “Tatherrschaft und Täterwille”, **Juristenzeitung**, 1956, s. 545 vd.

Ozansü, Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992. (Önder, Ceza Dersleri)

Önder, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994. (Önder, Özel Hükümler)

Önok, Rıfat Murat, **Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri**, Ankara: Seçkin Yayınevi, Mart 2019.

Özbek, Veli Özer, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata (m. 30)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 7, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2008, ss. 83-99. (Özbek, “... Hata (m. 30)”)

Özbek, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ağustos 2007, ss. 223-246. (Özbek, “Neticesi Sebebiyle ...”)

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, Eylül 2018. (Genel Hükümler)

Özen, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 71, Ankara, 2007, ss. 239-253. (Özen, “... İştirak ...”)

Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018. (Özen, Genel Hükümler)

Özgenç, İzzet, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Konya, 1994, ss. 159-190. (Özgenç, “... Müşterek Faillik”)

Özgenç, İzzet, **Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukuki Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990. (Özgenç, Dolaylı Faillik)

Özgenç, İzzet, **Suç İştirakin Hukukî Esası ve Faillik**, İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 1996. (Özgenç, Faillik)

Özgenç, İzzet, **Suç Örgütleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2019.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014. (Özgenç, Genel Hükümler, 2014)

Özkan, Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013. (Özkan, Azmettirme)

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2014.

Özyüksel, Özgün, **İntihara Yönlendirme (TCK md. 84)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

Padovani, Tullio, **Diritto Penale**, 3. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1995.

Padovani, Tullio, **Le Fonti Del Diritto Penale, Codice Penale**, Milano: Giuffrè Editore, 1997. (Padovani, Le Fonti Del Diritto Penale)

Padovani, Tullio, **Le Ipotesi Speciali di Concorso nel Reato**, Milano: Giuffrè Editore, 1973. (Padovani, Concorso)

Padovani, Tullio, “Costringimento Fisico e Psicico”, **Dig. Disc. Pen.**, III. Torino, 1989, s. 209 vd.

Pagliaro, Antonio, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, Milano: Giuffrè Editore, 1998.

Pagliaro, Antonio, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, Milano: Giuffrè Editore, 2003.

Pannain, Remo, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, 3. Edizione, Torino: UTET, 1962.

Pecorare-Albani, Antonio, **Il Concetto Di Violenza Nel Diritto Penale**, Milano, 1962.

Pedrazzi, Cesare, **Il Concorso di Persone Nel Reato**, Palermo: Priulla Editore, 1952.

Pehlivan, Ali, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İntihara Yönlendirme Suçu”, **Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku, Ed. Prof. Dr. Nur Centel, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, ss. 261-299. (Pehlivan, “... İntihara Yönlendirme Suçu”)

Petrocelli, Biagio, **Principi di Diritto Penale**, Vol.1, Napoli: Jovene Editore, 1955.

Piotet, Paul, **La Théorie de l'Auteur Médiat et le Problème de l'Instrument Humain Intentionnel (“Doloses Werkzeug”)**, Bern: Stamfli Cie, 1954.

Piromallo, Alfredo Jannitti, **Elementi di Diritto Penale**, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firenze, 1936.

Pisapia, Gian Domenico, **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Genel Kısım**, (Çev. Atıf Akgüç), Ankara, 1971. (Pisapia, İtalyan Ceza)

Pisapia, Gian Domenico, **Violenza, Minaccia e Inganno Nel Diritto Penale**, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940. (Pisapia, Violenza, Minaccia e Inganno)

Pisapia, Gian Domenico, **Studi di Diritto Penale**, Padova: CEDAM, 1956. (Pisapia, Diritto Penale)

Pouyanne, Julia, *L'Auteur Moral d'une Infraction*, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

Puppe, Ingborg, "Grundzüge der actio libera in causa", **Juristische Schulung (JuS)**, 1995, s. 346 vd.

Ramacci, Fabrizio, **Corso di Diritto Penale**, Torino: Giappichelli Editore, 1993.

Ramacci, Fabrizio, **Corso di Diritto Penale**, Torino: Giappichelli Editore, 2007.

Ranieri, Silvio, **Il Concorso di Più Persone in un Reato**, Milano: Giuffrè Editore, 1949. (Ranieri, Concorso)

Ranieri, Silvio, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, Vol. 1, Padova: CEDAM, 1952. (Ranieri, Parte Generale)

Rath, Jürgen, "Grundfälle zum Unrecht des Versuchs", **Juristische Schulung (JuS)**, 1999, s. 140 vd.

Reed, Alan / Bohlander, Michael, **Participation in Crime – Domestic and Comparative Perspectives**, New York: Routledge, 2016.

Riccio, Stefano, **L'Autore Mediato**, Napoli: Jovene Editore, 1939.

Romano, Mario, **Commentario Sistematico Del Codice Penale**, Vol. 1, Milano: Giuffrè Editore, 1987. (Romano, Commentario, Vol. 1)

Romano, Mario / Grasso, Giovanni, **Commentario Sistematico del Codice Penale**, Vol. 2, 2. Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1996. (Romano, Commentario, Vol. 2)

Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, München: C. H. Beck, 2003. (Roxin, Allgemeiner Teil)

Roxin, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", **Goltdammer's Archive Für Strafrecht**, 1963, ss. 193-207.

Roxin, Claus, "Bemerkungen zum 'Täter hinter dem Täter'", **Festschrift für Richard Lange**, 1976, s. 173 vd.

Roxin, Claus, **Täterschaft und Tatherrschaft**, Berlin-New York: De Gruyter, 1984. (Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 1984)

Roxin, Claus, **Täterschaft und Tatherrschaft**, Berlin-New York: De Gruyter, 2000. (Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2000)

Roxin, Claus, **Täterschaft und Tatherrschaft**, Berlin-New York: De Gruyter, 2006. (Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, 2006)

Roxin, Claus, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Yıl: 2006, Sayı: 7, ss. 293-300.

Salman, Eda, **Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Saltelli, Carlo / Di Falco, Enrico Romano, **Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale**, Torino: UTET, 1931.

Sancar, Türkân Yalçın, **Çok Failli Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1998.

Sarıtaş, Erkan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Savaşçı Temiz, Bilgehan, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018. (Savaşçı Temiz, Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi)

Savaşçı Temiz, Bilgehan, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, ss. 2487-2512. (Savaşçı Temiz, “... Bağlılık Kuralı”)

Schmidt, Eberhard, “Die mittelbare Täterschaft”, **Festgabe für Reinhard von Frank**, Band II, Tübingen, 1930, s. 106 vd.

Schmidhäuser, Eberhard, **Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch**, Tübingen, 1975.

Schöneborn, Christian, **Kombiniertes Teilnahme und Einheit staterstystem für das Strafrecht**, ZStW 87 (1975), s. 902 vd.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch, Kommentar**, München: C. H. Beck, 1974. (Schönke/Schröder, 1974)

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch, Kommentar**, München: C. H. Beck, 2001. (Schönke/Schröder, 2001)

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, **Strafgesetzbuch, Kommentar**, München: C. H. Beck, 2010. (Schönke/Schröder, 2010)

Schroeder, Friedrich-Christian, **Der Täter hinter dem Täter - Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft**, Berlin: Duncker&Humbolt, 1965.

Schumann, Heribert, **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, 1. Auflage, Berlin: Mohr Siebeck, 1986.

Schünemann, Bernd, **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch-Grosskommentar**, 1. Band, Berlin: De Gruyter, 2007.

Selçuk, Sami, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Hukukî Konumu”, **Adalet Dergisi**, Cilt: 74, Sayı: 5, Eylül-Ekim 1983, ss. 798-815.

Seminara, Sergio, **Techniche Normative e Concorso di Persone**, Milano: Giuffrè Editore, 1987.

Serttaş, Alp Tolgahan, **Türk Ceza Hukukunda İftira Suçu**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2018. (Serttaş, İftira Suçu)

Sinar, Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 15, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2011, ss. 59-86.

Sinar, Hasan, “İntihara Yönlendirme Suçu”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2018, ss. 619-648.

Sinar, Hasan, **İntihara Yönlendirme**, (Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 57-86.

Siniscalco, Marco, “Autore Mediato”, **Enciclopedia del Diritto**, Vol. 4, Italy 1959, ss. 443-451.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012. (Genel Hükümler)

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018. (Özel Hükümler)

Soyer Güleç, Sesim, “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, ss. 59-91. (Soyer Güleç, “... Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”)

Sözüer, Adem, **Suça Teşebbüs**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.

Stefani, Gaston / Levasseur, Georges / Bernard, Bouloc, **Droit Pénal Général**, Paris: Dalloz, 2005.

Stortini, Luigi, **Agevolazione e Concorso di Persone nel Reato**, Padova: CEDAM, 1981. (Stortini, Concorso)

Stratenwerth, Günter, **Strafrecht Allgemeiner Teil I - Die Straftat**, Köln/Berlin/Bonn: Heymanns Carl, 1981.

Stratenwerth, Günter, **Strafrecht Allgemeiner Teil I - Die Straftat**, Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns Carl, 2000.

Şen, Ersan / Eryıldız, H. Sefa, **Suç Örgütü**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Şen, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.



Şenol, Cem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m. 41)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 10, Ankara, 2017, ss. 507-552. (Şenol, “... (TCK m. 41)”)

Şensoy, Naci, “Aklî Mâlûliyetin İlmî Cepheden Tetkiki”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, İstanbul, 1950, ss. 160-197. (Şensoy, “Aklî Mâlûliyetin ...”)

Şohoğlu, Merve Selin, **Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016.

Tarantino, Dora, **Il Reato d’Obbligo**, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, 2016.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Rıfat Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014.

Topçu, Nâmık Kemâl, **Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012.

Toroslu, Halûk, **Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015. (Toroslu, İsnat Yeteneği)

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008. (Toroslu, Genel Kısım)

Toroslu, Nevzat / Toroslu, Halûk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.

Tozman, Önder, **Suç Teşebbüs**, Ankara: Adalet Yayınevi, Nisan 2015.

Tozman, Önder, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, Haziran 2017.

Töngür, Ali Rıza, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 28, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2015, ss. 223-259. (Töngür, “... Dolaylı Faillik ve Azmettirme”)

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, Berlin: C. H. Beck, 2003. (Tröndle/Fischer, 2003)

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, Berlin: C. H. Beck, 2004. (Tröndle/Fischer, 2004)

Trunk, Stefan, **Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Kriminalstrafrecht**, Bochum: Studienverl. Brockmeyer, 1987.

Tulay, Muhammed Emre, “Suç Örgütü Liderinin Cezaî Sorumluluğuna İlişkin Hukukî Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 38, Nisan 2019, ss. 89-106. (Tulay, “... (TCK m. 220/5)”)

Ünver, Yener, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989. (Ünver, Akıl Hastalığı)

Ünver, Yener, “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul: İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, 1999, ss. 801-887.

Ünver, Yener, **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. (Ünver, Adliye Karşı Suçlar)

Ünver, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2003. (Ünver, Hukuksal Değer)

Üzülmez, İlhan, “Dolaylı Faillik (TCK. m. 37/2)”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Kayseri, 2006, ss. 79-95.

Vannini, Ottorino, **Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale**, Firenze: Dott. Carlo CYA Editore, 1939.

Weddig, Jörg, **Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle**, Band 26, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

Weigend, Thomas, “Perpetration through an Organization, The Unexpected Career of a German Legal Concept”, **International Criminal Justice**, Volume 9, Issue 1, March 2011, ss. 91-111.

Welzel, Hans, **Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung**, Berlin: De Gruyter, 1969.

Welzel, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Volume 58, 1939, s. 491 vd.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 40. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Hermut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 43. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2013.

Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt I, Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2014.

Yarsuvat, Duygun / Bayraktar, Köksal / Yüzbaşıoğlu Necmi / Bülbül, Erdoğan / Kocasakal, Ümit / Aksoy, Emine Eylem / Memiş Kartal, Pınar / Kurt, Gülşah / Tansuğ, Çağla / Yılmaz, Didem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray

Üniversitesinin Görüşü”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar**, İstanbul: İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, ss. 117-149.

Yeğrim, Vakkas Korhan, **Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2018.

Yenidünya, Ahmet Caner / İçer, Zafer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013, ss. 797-828.

Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

Yerdelen, Erdal, “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 25, Ağustos 2014, ss. 69-88. (Yerdelen, “... Yorum Hatası ...”)

Yerdelen, Erdal, “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden: Lohusalık Sendromu (Bir Anne Bebeğini Niçin Öldürür? Canı mı, Yoksa Zavallı mı?)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 13, Sayı: 36, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2018, ss. 9-38. (Yerdelen, “... Lohusalık Sendromu ...”)

Yıldırım, Akif, “İftira Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı : 69, Ankara, 2007, ss. 177-210.

Yıldız, Ali Kemâl, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007. (Yıldız, Seminer Notları)

Yıldız, Ali Kemâl, “Dolayısıyla Faillik”, **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998, ss. 235-244.

Yılmaz, Enes, “Suçun Özel Bir Görünüm Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, ss. 2553-2603. (Yılmaz, “... Gönüllü Vazgeçme”)

Yılmaz, Zahit, **Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018. (Yılmaz, İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik)

Yırtımcı, Esra, **Dolandırıcılık Suçu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

Zimmerl, Leopold, “Grundsätzliches zur Teilnahmelehre”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Volume 49, 1929, s. 39 vd.

Zimmerl, Leopold, **Aufbau des Strafrechtssystems**, Tübingen: Mohr, 1930.



## ÖZ GEÇMİŞ

2006’da Kabataş Erkek Lisesinden mezun olan Özgün Özyüksel, Bilkent Üniversitesi Endüstri Mühendisliği Bölümünde bir dönem okuyup yatay geçişle yine burslu olarak Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesine kaydolmuş, 2009-2010 akademik yılını Montpellier Üniversitesi Hukuk ve Siyaset Bilimi Fakültesinde geçirdikten sonra 2013 yılında lisans öğrenimini tamamlamıştır. 2015 yazında “*İntihara Yönlendirme (TCK m. 84)*” başlıklı teziyle Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümünden yüksek lisans derecesini alan yazar, “Şubat 2014-Aralık 2015” tarihleri arasında Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalında “araştırma görevlisi” olarak çalışmış ve “doktor” unvanını Galatasaray Üniversitesinden alabilmek amacıyla araştırma görevliliğinden istifa ederek avukatlık stajını tamamlamıştır.