

T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

MÜŞTEREK FAİLLİK

DOKTORA TEZİ

EMRE İKBAL AÇIKGÖZ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi ÖMER ÇELEN

Ankara, 2024

ONAY SAYFASI

Emre İkbāl AÇIKGÖZ tarafından hazırlanan “Müşterek Faillik” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oybirliği ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ		KURUMU	İMZA
Prof. Dr. Yusuf Ziya Taşkan		Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD	
Kabul ☒	Red ☐		
Prof. Dr. İlhan Üzölmez		Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD	
Kabul ☒	Red ☐		
Prof. Dr. Olgun Değirmenci		TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD	
Kabul ☒	Red ☐		
Doç. Dr. Hakan A. Yavuz		Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD	
Kabul ☒	Red ☐		
Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÇELEN		Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD	
Kabul ☒	Red ☐		

Tez Savunma Tarihi: 07/02/2024

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü V.

Doç. Dr. Muhammet Enes KALA

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim.03.03.2024.

Emre İkbâl AÇIKGÖZ



TEŞEKKÜR

Akademik çalışmalarımın başlangıcından bu yana, bu tez konusunun seçilmesinden, tezin sona erdirilmesine değin tavsiyeleri, tenkitleri ve desteğıyle her daim bana rehberlik eden saygıdeğer hocam ve tez danışmanım *Dr. Öğr. Üyesi Ömer Çelen*'e en içten saygı ve şükranlarımı sunarım.

Savunma jürimde yer alan, kıymetli vakitlerini ayırıp öneri, tenkit ve olumlu görüşleriyle teze sona halinin verilmesinde büyük emekleri olan saygıdeğer hocalarım *Prof. Dr. Yusuf Ziya Taşkan*, *Prof. Dr. İlhan Üzülmmez*, *Prof. Dr. Olgun Değirmenci* ve *Doç. Dr. Hakan A. Yavuz*'a teşekkürü borç bilirim.

Bu tez, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak görev yaptığım sırada tamamlanmıştır. Göreve başladığımdan bu yana her daim desteklerini hissettiğim fakülteme ve özellikle ana bilim dalımızın kıymetli üyeleri *Dr. Öğr. Üyesi İlhan Bulut*, *Dr. Öğr. Üyesi Köroğlu Kaya*, *Dr. Ahmet Kılıç*, *Dr. Atacan Bozyel* ve *Arş. Gör. Melek Yaşar*'a teşekkür ederim.

Tezin hazırlanması sürecinde on iki ay süre ile Köln Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Enstitüsü'nde araştırma yapabilmem, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından sağlanan 2214-A yurtdışı doktora sırası araştırma bursu ile mümkün olmuştur. Sağladıkları bu destek için TÜBİTAK'a teşekkür ederim. Ayrıca bu süre içerisinde kürsüsünde araştırma yapma imkânını sunan, enstitü ve üniversitenin tüm imkânlarından yararlanmamı sağlayan önerileriyle teze katkı sunan ve bürokratik aşamaları geçmemde sabırla bana yardım eden sayın *Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Waßmer*'e şükranlarımı sunarım.

ÖZET

Müşterek Faillik

Suçta iştirak ceza hukukunun kadim uğraş alanlarından biridir. İştirak öğretisi tarih boyunca meseleci, suç tipini esas alan bir yöntemden, zamanla daha soyut ve suç tiplerinden bağımsız bir yönetime doğru gelişmiştir. Günümüz öğretilerinde de üzerinde ittifak edilmiş bir iştirak teorisi olmasa da suçta iştirakte farklı sorumluluk kategorilerine ilişkin kavramsallaştırmada büyük ölçüde birlik vardır. Bir tarafta suçtan aslen sorumlu olan doğrudan fail, dolaylı fail ve müşterek fail kavramları söz konusu iken; diğer tarafta suçtan bir başkasına bağlı şekilde sorumlu olan azmettiren ve yardım eden kavramları söz konusudur. Müşterek failliğin ise bu iştirak şekillerinde özel bir yeri vardır. Öyle ki müşterek failliğin bağımsız bir faillik şekli olduğu dahi tartışılmaktadır. Kimi görüşler müşterek failliği sadece birden fazla doğrudan faillik durumu olarak kabul ederken, kimi görüşler müşterek failliği karşılıklı dolaylı faillik ve hatta karşılıklı azmettirme olarak dahi kabul etmektedir. Bu görüş çeşitliliğinin temel nedeni ise müşterek faillikte, özellikle dolaylı faillikten farklı olarak, suçta özgür ve bilinçli bir şekilde katılan birden fazla kişinin, suçtan müştereken, aslen sorumlu olduğunu kabul etmenin suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çatışma potansiyeli taşımasıdır. Nitekim, bugün için büyük ölçüde kabul edildiği üzere, müşterek faillikte suçun işlenmesine özgür ve bilinçli olarak katılan birden fazla kimse, suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmese de davranışlarının birbirlerine isnat edilmesi suretiyle işlenen suçtan aslen sorumludur. Bu kapsamda çalışmanın temel amacı, bir suçta özgür ve bilinçli şekilde katılan birden fazla kişinin birlikte aslî sorumluluğuna imkân veren bir iştirak şekli olarak müşterek faillik kavramının hukukî esasını ceza hukukunun temel ilkelerine uygun olacak şekilde tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler: azmettirme, dolaylı faillik, faillik, müşterek faillik, suçta iştirak, şeriklik, yardım etme.

ABSTRACT

Joint Perpetration

Participation in crime is one of the oldest areas of concern in criminal law. The doctrine of participation has evolved over time from a method focusing on the act itself to a more abstract approach independent of the types of crime. While there is no universally agreed theory of participation in contemporary doctrine, there is largely a consensus on conceptualizations regarding different categories of responsibility in participation in crime. On the one hand, there are concepts such as direct perpetrator, indirect perpetrator, and joint perpetrator, while on the other hand, there are concepts such as abettor and aider, who are responsible for the crime in dependence with another. Joint perpetration holds a special place among these forms of participation. Indeed, there is even debate about whether joint perpetration is an independent form of perpetration. Some views only consider joint perpetration as situations involving multiple direct perpetrators, while others even accept joint perpetration as mutual indirect perpetration or mutual abetting. The fundamental reason for this diversity of opinions is that in joint perpetration, unlike indirect perpetration especially, acknowledging that multiple individuals participate freely and consciously in the crime and are primarily responsible for the crime, despite not directly committing the act specified in the legal definition of the crime, poses a potential conflict with the principle of *nullum crimen sine lege* and the principle of personal liability. Indeed, as largely accepted today, those who participate freely and consciously in the commission of a crime in joint perpetration, even if they do not personally commit the act specified in the legal definition of the crime, are originally responsible for the committed crime through the attribution of their actions to each other. In this context, the main aim of the study is to determine the legal basis of joint perpetration as a form of participation that allows for the joint primary liability of multiple individuals who participate freely and consciously in a crime, in accordance with the fundamental principles of criminal law.

Keywords: abetting, aiding, indirect perpetration, joint perpetration, participation in crime, perpetration.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR DİZİNİ	ix

GİRİŞ.....	1
I. Çalışmanın Önemi ve Amacı	1
II. Çalışmanın Kapsamı	2

BİRİNCİ BÖLÜM MÜŞTEREK FAİLLİĞİN GENEL İŞTİRAK TEORİSİNDEKİ KONUMU

§ 1. FAİLLİĞİN TESPİTİNDE FİİLİN KAPSAMI	5
I. Geniş ve Dar Faillik Kavramları	5
II. Nedensellik Anlayışı: Geniş Fail Kavramı	6
III. Suç Tipi Anlayışı: Dar Fail Kavramı.....	9
IV.Değerlendirme	10
§ 2. SUÇA İŞTİRAKİN DÜZENLENİŞ ŞEKLİNE GÖRE KANUNİ SİSTEMLER	11
I. Genel Açıklama	11
II. Teklik Sistemi	12
A. Sistemin Esası ve Yöneldiği Amaç	12
B. Teklik Sisteminin Türleri	14
1. Şekli Teklik Sistemi.....	14
2. Fonksiyonel Teklik Sistemi	14
C. Avusturya Ceza Kanunu Örneği.....	16
D. Teklik Sistemine Yönelik Eleştiriler	18
III. İkilik Sistemi.....	19
A. İkilik Sisteminin Esası.....	19
B. İkilik Sisteminde Şeriklerin Haksızlığının Esasına İlişkin Teoriler	21
1. Kusura ve Haksızlığa İştirak Teorisi.....	22
2. Başkasının Haksızlığıyla Dayanışma Teorisi	24
3. Saf Neden Olma Teorisi	26
4. Bağlılığı Esas Alan Neden Olma Teorisi.....	27
5. Bağlı Hukuki Değere Saldırı Teorisi	28
6. Değerlendirme	30
C. İkilik Sistemi ve Bağlılık Kuralı.....	31

1. Bağılılık Kuralının Esası.....	31
2. Bağılılık Kuralının Fonksiyonu	32
3. Bağılılık Kuralının Görünüm Biçimleri.....	33
4. Bağılılığın Konusu.....	36
D. Alman Ceza Kanunu Örneği	36
E. İkili Sistemine Yönelik Eleştiriler	38
IV. Değerlendirme	39
§ 3. TÜRK CEZA KANUNU'NDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKİLLERİ.....	41
I. İştirak Hükümlerine İlişkin Sistematik.....	41
II. İştirak Şekillerinin İkili Ayrımı	42
III. Faillik	44
IV. Şeriklik	47
A. Azmettirme.....	47
B. Yardım Etme	50
§ 4. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN BAĞIMSIZ BİR FAİLLİK ŞEKLİ OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI.....	52
I. Genel Açıklama	52
II. Türk Hukukunda	53
A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müşterek Faillik	53
B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müşterek Faillik.....	60
III. Kıta Avrupası Hukukunda.....	62
A. 19. Yüzyıl Öncesindeki Gelişmeler.....	62
1. Roma Hukukunda Suça İştirak Edenler Arasında Ayrım Yapılması Fikri	62
2. Geç Orta Çağ İtalyan Hukukçularının İştirake İlişkin Görüşleri	63
3. Ortak Hukuk Devri ve Carolina Ceza Kanunu	66
B. 19. Yüzyılda Müşterek Faillik.....	71
§ 5. GENEL FAİLLİK TEORİLERİ KAPSAMINDA MÜŞTEREK FAİLLİK.....	75
I. Sübjektif Teoriler	75
A. Teorilerin Esası	75
B. Aşırı Sübjektif Teoriler	79
1. Şekli Sübjektif Teoriler (Kast Teorileri).....	80
2. Maddî Sübjektif Teoriler (Menfaat Teorileri).....	83
3. Aşırı Sübjektif Teorilerin Alman Mahkeme Kararlarındaki Etkisi.....	85
C. Sınırlandırılmış Sübjektif Teori (Normatif Kombinasyon Teorisi)	89
D. Sübjektif Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme.....	94
II. Objektif Teoriler	97
A. Şekli Objektif Teoriler.....	97
1. Teorilerin Esası	97
2. Teorilere İlişkin Görüşler	98
3. Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme.....	99

B. Maddî Objektif Teoriler	101
1. Teorilerin Esası	101
2. Teorilere İlişkin Görüşler	102
3. Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme.....	106
III. Fiil Hâkimiyeti Teorisi.....	106
A. Teorinin Esası.....	106
B. Teorinin Gelişimi	108
1. Fiil Hâkimiyeti Kavramının Ortaya Çıkışı	108
2. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Kurucuları	109
(1) Welzel'in Görüşleri	109
(2) Maurach'ın Görüşleri	112
(3) Gallas'ın Görüşleri	114
C. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Hâkim Görüş Haline Gelmesi.....	116
1. Roxin'in Fiil Hâkimiyeti Teorisi	116
a) Metodolojisi	117
b) Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Oluşumu	119
(1) Fiil Hâkimiyeti Şartının Sınırı	119
(2) Fiil Hâkimiyetinin Türleri	120
(3) Fiil Hâkimiyetinin Geçerli Olamayacağı Suçlar.....	124
2. Teorinin Güncel Faillik Öğretilerinde Temsili ve Değerlendirme.....	125

İKİNCİ BÖLÜM MÜŞTEREK FAİLLİĞİN HUKUKİ ESASI, YAPISI VE ŞARTLARI

§ 1. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN HUKUKİ ESASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	131
I. Müşterek Failliği Hâkimiyet Kavramından Hareketle Açıklayan Görüşler.....	131
A. Fonksiyonel Fiil Hâkimiyeti Görüşü	131
B. Kısmi Hâkimiyet Temelinde Sübjektif Kriter Görüşü.....	137
C. Karar Birliği (<i>Entscheidungsverbund</i>) Görüşü.....	139
D. Özerklik İlkesi (<i>Autonomieprinzip</i>) Temelinde Kanunî İstisna Görüşü	141
E. Biçim Hâkimiyeti (<i>Gestaltungsherrschaft</i>) Görüşü.....	143
II. Müşterek Failliği Diğer İştirak Şekilleriyle Açıklayan Görüşler	148
A. Karşılıklı Dolaylı Faillik Görüşü.....	148
B. Karşılıklı Azmettirme Görüşü	151
III. Diğer Görüşler.....	152
A. Objektif İsnadiyet Görüşü	152
B. Özel Hüküm Problemi Görüşü	157
C. Davranış Normları Temelinde Arka Plandaki Kişi (<i>Hintermann</i>) Görüşü	158
IV. Müşterek Failliğin Hukuki Esasına İlişkin Kanaatimiz	161

§ 2. FONKSİYONEL FİİL HAKİMİYETİNE DAYALI MÜŞTEREK FAİLLİĞİN YAPISI	166
I. Müşterek Faillerin Aslı Sorumluluğu ve Kanunî Düzenlemenin Niteliği.....	166
A. Müşterek Faillerin Aslı Sorumluluğu.....	166
B. Müşterek Faillğe İlişkin Kanunî Düzenlemenin Niteliği.....	168
II. Müşterek Faillik ve Bağlılık Kuralı	171
A. Bağlılık Kuralı (<i>Akzessorietätsprinzip</i>) Açısından Değerlendirme	171
B. Müşterek Faillerin Karşılıklı Bağımlılığı (<i>wechselseitige Abhängigkeit</i>).....	172
III. Müşterek Faillikte Karşılıklı İsnadiyet	173
A. Müşterek Faillikte Karşılıklı İsnadiyet Unsuru	173
B. Karşılıklı İsnadiyetin Konusu.....	176
C. Nitelikli Hallerin Karşılıklı İsnadiyeti.....	178
D. Kısmi Müşterek Faillik.....	179
E. Cezalandırmayı Engelleyen Bir Sebebin Varlığı Halinde Müşterek Faillik.....	182
F. Kabahatlerde Karşılıklı İsnadiyet.....	184
§ 3. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ŞARTLARI.....	185
I. Birlikte Suç İşleme Kararı.....	185
A. Birlikte Suç İşleme Kararının Esası.....	185
B. Birlikte Suç İşleme Kararının Kapsamı.....	193
C. Birlikte Suç İşleme Kararının Oluşumu	196
D. Birlikte Suç İşleme Kararının Zamanı.....	202
1. Hazırlık Aşamasında Birlikte Suç İşleme Kararı.....	202
2. İcra Aşamasında Birlikte Suç İşleme Kararı: Art Arda Müşterek Faillik (<i>Die sukzessive Mittäterschaft</i>).....	202
E. Suç Planından Önemsiz Sapmalar ve Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması	206
1. Önemsiz Sapmalar (<i>unwesentliche Abweichungen</i>)	206
2. Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması (<i>Mittäterexzess</i>)	207
a) Sınırın Kasten Aşılması.....	207
b) Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması.....	210
(1) Suçun Konusunda Hata Halinde Müşterek Faillik	210
(2) Hedefte Sapma Halinde Müşterek Faillik.....	213
(3) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda Müşterek Faillik.....	215
II. Suçun İşlenmesine Objektif Katkı.....	217
A. Genel Açıklama	217
B. Katkının Yapılacağı Zaman.....	218
1. Hazırlık Aşamasında Suça Katkı	219
2. İcra Aşamasında Suça Katkı	221
3. Değerlendirme	225
C. Katkının Esaslı Olması	227
1. Genel Açıklama	227

2. “Açık” Bir Kavram Olarak Esaslı Katkı.....	227
3. Esaslı Katkının Tespiti.....	228
4. Pozitif ve Negatif Fiil Hâkimiyeti Ayrımı.....	232
5. Esaslı Katkının Nedenselliği.....	234
a) Olmazsa Olmaz ve Esaslı Katkı Ayrımı.....	234
b) Katkının Nedenselliğine İlişkin Özel Durumlar.....	235
(1) İlâve Müşterek Faillik (Die additive Mittäterschaft).....	235
(2) Alternatif Müşterek Faillik (Die alternative Mittäterschaft).....	237
(3) Korelatif Müşterek Faillik (Die korrelative Mittäterschaft).....	239

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ CEZA HUKUKU KURUMLARI

§ 1. MÜŞTEREK FAİLLİKTE TEŞEBBÜS, VAZGEÇME VE ETKİN PİŞMANLIK.....	242
I. Teşebbüs.....	242
A. Genel Açıklama.....	242
B. Bütüncül Çözüm.....	243
C. Bireysel Çözüm.....	244
1. Dar Bireysel Çözüm.....	245
2. Yenilenmiş Bireysel Çözüm.....	246
D. Değerlendirme.....	247
II. Teşebbüste ve Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme	248
A. Suça Teşebbüste Vazgeçme	248
B. Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme	250
C. Görünüşte Müşterek Faillik.....	251
III. Etkin Pişmanlık.....	253
§ 2. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ SUÇLAR.....	255
I. Özgü Suçlar ve Bizzat İşlenebilen Suçlar.....	255
A. Özgü Suçlarda Müşterek Faillik.....	255
1. Terminoloji: “Yükümlülük Suçu” ve “Özgü Suç” Kavramları.....	255
2. Özel Faillik Niteliğine İlişkin Yeter Şart Tartışması	256
3. Gerçek ve Görünüşte Özgü Suçlarda Müşterek Faillik.....	259
B. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Müşterek Faillik	259
II. İhmalî Suçlar	260
A. İhmalî Suçların Özgü Suçlarla İlişkisi.....	260
B. İhmalî Suçlarda Fail-Şerik Ayrımı	261
1. Genel Açıklama	261
2. İcraî Suça İhmalî Davranışla İştirakte Fail-Şerik Ayrımı	263
a) Ayrımı Reddeden Görüş	263
b) Potansiyel Fiil Hâkimiyeti Görüşü.....	264

c) Yardım Eden Teorisi	265
d) Yükümlülük Suçu Görüşü.....	266
e) Koruma ve Gözetim Garantörü Ayırımı Esas Alan Görüş.....	267
f) Değerlendirme.....	269
C. İhmalî Suçlarda Müşterek Faillik Açısından İki Temel İhtimal	270
1. İcraî ve İhmalî Davranışın Birlikteliği.....	270
2. Birden Fazla Kimsenin İhmalî Davranışta Bulunması.....	271
III. Taksirli Suçlar	273
A. Taksirli Suçlarda Müşterek Faillik	273
B. Tartışmalara Zemin Hazırlayan Yargı Kararları.....	273
C. Alman Hukukundaki Görüşler	276
1. Aleyhe Görüşler.....	276
2. Lehe Görüşler	278
D. Türk Hukukundaki Görüşler.....	282
E. Değerlendirme	286
IV. Zincirleme Suçlar	289
V. Çok Failli Suçlar.....	293
VI. Örgütlü Suçlar.....	295
VII. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşleme Nitelikli Halini İhtiva Eden Suçlar	298
§ 3. MUHAKEME VE YAPTIRIM	303
I. Müşterek Failliğin Özellik Arz Ettiği Bazı Ceza Muhakemesi Kurumları.....	303
II. Müşterek Failler Hakkında Cezanın Belirlenmesi.....	306
SONUÇ	309
KAYNAKLAR.....	316

KISALTMALAR DİZİNİ

Alm. CK	: Alman Ceza Kanunu
AT	: Allgemeiner Teil
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. CK	: Avusturya Ceza Kanunu
BGH	: Bundesgerichtshofs
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bkz.	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
FS	: Festschrift
GA	: Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	: Gedächtnisschrift
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JCE	: Joint Criminal Enterprise
JR	: Juristische Rundschau
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristische Zeitung
K.	: Karar
Kn.	: Kenar numarası
LK	: Leipziger Kommentar
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	: Münchener Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Nomos Kommentar
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht

OLG	: Oberlandesgericht
Par.	: Paragraf
RG	: Reichsgerichts
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
s.	: sayfa
ss.	: sayfa aralığı
S.	: Sayı
SK	: Systematischer Kommentar
StGB	: Strafgesetzbuch
StR	: Revisionsverfahren in Strafsachen
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

I. Çalışmanın Önemi ve Amacı

Suçta iştirak ceza hukukunun kadim uğraş alanlarından biridir. İştirak öğretisi tarih boyunca meseleci, suç tipini esas alan bir yöntemden, zamanla daha soyut ve suç tiplerinden bağımsız bir yönetime doğru gelişmiştir. Günümüz öğretilerinde de üzerinde ittifak edilmiş bir iştirak teorisi olmasa da suça iştirakte farklı sorumluluk kategorilerine ilişkin kavramsallaştırmada büyük ölçüde birlik vardır. Bir tarafta suçtan aslen sorumlu olan doğrudan fail, dolaylı fail ve müşterek fail kavramları söz konusu iken; diğer tarafta suçtan bir başkasına bağlı şekilde sorumlu olan azmettiren ve yardım eden kavramları söz konusudur. Müşterek failliğin ise bu iştirak şekillerinde özel bir yeri vardır. Öyle ki müşterek failliğin bağımsız bir faillik şekli olduğu dahi tartışılmaktadır. Kimi görüşler müşterek failliği sadece birden fazla doğrudan faillik durumu olarak kabul ederken, kimi görüşler müşterek failliği karşılıklı dolaylı faillik ve hatta karşılıklı azmettirme olarak dahi kabul etmektedir. Bu görüş çeşitliliğinin temel nedeni ise müşterek faillikte, özellikle dolaylı faillikten farklı olarak, suça özgür ve bilinçli bir şekilde katılan birden fazla kişinin, suçtan müştereken, aslen sorumlu olduğunu kabul etmenin ceza hukukunun temel ilkeleriyle çatışma potansiyeli taşımasıdır. Nitekim, bugün için büyük ölçüde kabul edildiği üzere, müşterek faillikte suçun işlenmesine özgür ve bilinçli olarak katılan birden fazla kimse, davranışlarının birbirlerine isnat edilmesi suretiyle işlenen suçtan aslen sorumludur. Azmettirme ve yardım etmeden farklı olarak müşterek faillik bir başkasına bağlı bir sorumluluk değil, haksızlıkla doğrudan temas halinde, aslî bir sorumluluktur. Söz gelimi müşterek failliğin şartlarının gerçekleşmesi halinde mağduru kollarından tutan da bıçağı saplayarak mağduru öldüren de kasten öldürme suçunu işleyen olarak dolayısıyla bu suçtan aslen sorumlu olarak kabul edilir. İşte burada mağduru kollarından tutma davranışı tek başına kasten öldürme olmadığına ve bunu gerçekleştiren kimse de diğerinin hâkimiyeti altında olmadan, özgür ve bilinçli bir şekilde hareket ettiğine göre bu kimsenin yine de suçtan hangi gerekçeyle aslî sorumlu olacağı, hem müşterek failliğin temel tartışma noktası hem de onu diğer iştirak şekillerinden ayıran özelliğidir.

Bu kapsamda çalışmanın temel amacı, bir suça özgür ve bilinçli şekilde katılan birden fazla kişinin birlikte aslî sorumluluğuna imkân veren bir iştirak şekli olarak müşterek faillik kavramının hukukî esasını tespit etmektir. Her ne kadar suça iştirak konusunda fiil hâkimiyeti teorisinin gelişimiyle birlikte teorik tartışmalar azalmış ve müşterek faillik de

büyük ölçüde fonksiyonel fiil hâkimiyeti kavramıyla açıklanmış olsa da özellikle Alman hukukunda dikkat çekici pek çok yeni teorinin de ortaya çıktığı görülmektedir. Bu görüşler fiil hâkimiyeti teorisini tahtından edememiş fakat teoriyi pek çok konuda test etmiş ve bu suretle teoriyi benimseyen yazarları, teorinin henüz farkına varılmamış bazı boşluklarını doldurmaya zorlamıştır. Söz konusu önemi nedeniyle fiil hâkimiyeti teorisinin bu çalışmada da başrolde olduğunu ifade edebiliriz. Bu anlamda farklı görüşler, özellikle müşterek failliğin fonksiyonel fiil hâkimiyeti kapsamında üzerinde yükseldiği iki şartta yani birlikte suç işleme kararı ile suçun icrasına esaslı katkı şartlarında, yoğunlaşacak şekilde ele alınmıştır.

Çalışmada cevabını aradığımız temel soru ise, birden fazla kimsenin davranışları, ayrı ayrı suçun kanunî tanımındaki fiil olarak değerlendirilemese de bu kimselerin, birlikte suçun işlenmesinden aslen sorumlu olup olamayacaklarıdır. Bu temel soruyla bağlantılı olarak; müşterek failleri bir araya getiren unsurun ne olduğu, müşterek faillerin davranışlarının birbirlerine isnat edilip edilemeyeceği, müşterek fail sorumluluğu için kanunî bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı, müşterek faillerin farklı suçlardan sorumlu olup olamayacakları, müşterek faillerin suça katkılarının ağırlığının ne olması gerektiği, müşterek faillerin davranışlarının netice bakımından nedensel olmasının gerekip gerekmediği, suçu salt planlayan ve organize edenin müşterek fail olup olamayacağı sorularına da cevap aranacaktır. Bu sınırlar dahilinde müşterek faillğe ilişkin diğer ceza hukuku kurumları kapsamında ortaya çıkacak sorulara da yanıt bulunabilir. Söz gelimi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan birden fazla kimsenin taksirli suçu müştereken işlediğinden bahsedilebilecek midir? Yahut ihmalî bir davranış müşterek fail sorumluluğuna yol açabilecek midir? İnaniyoruz ki bu sorulara verilen cevaplar müşterek failliğin sınırlarını olabildiğince net bir biçimde ortaya çıkaracaktır.

II. Çalışmanın Kapsamı

Bu çalışmada müşterek faillik, farklı görüşlere rağmen, failliğin bağımsız bir görünüm şekli olarak kabul edilmiş ve genel sistematik de buna göre oluşturulmuştur.

Birinci bölümde esasen müşterek failliğin suça iştirak teorisindeki konumu saptanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla öncelikle her iştirak teorisinin başlangıcı olan geniş ve dar fail kavramlarıyla, iştirak şekillerinin düzenleniş şekline göre kanunî sistemlerin esasları ortaya konularak müşterek failliğin tartışılacağı çerçeve belirlenmiştir. Ardından müşterek failliği,

birden fazla doğrudan faillikten ziyade failliğin bağımsız bir görünüm şekli olarak ortaya çıkaran tarihi gelişmeler incelenmiştir. Nihayet bu bölümde sübjektif teori, objektif teori ve fiil hâkimiyeti teorisi olmak üzere genel faillik teorileri ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise fiil hâkimiyeti teorisinden sonra ortaya çıkan güncel görüşler incelenerek müşterek failliğin hukuki esasına dair bir sonuca ulaşılmıştır. Bu suretle müşterek fail sorumluluğunun yapısı ve genel esasları belirlenmiştir. Genel esasların ardından müşterek failliğin iki temel şartı olan birlikte suç işleme kararı ile suçun işlenmesine objektif katkı şartları detaylıca ele alınmıştır.

Nihayet üçüncü bölümde ise müşterek fail sorumluluğunun özellik arz ettiği ceza hukuku kurumlarına ilişkin tartışmalar, ikinci bölümde ulaştığımız esaslarla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde özellikle taksirli ve ihmalî suçlarda müşterek faillğe ilişkin sorunlar tespit edilmiş, ilgili sorunların somutlaştığı bazı mahkeme kararlarına yer verilmiş ve müşterek failliğin taksirli ve ihmalî suçların birlikte işlenmesi meselesine yansımaları, müşterek faillik kurumunun teorik esasları ışığında incelenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki müşterek fail sorumluluğunun tespitinde Türk hukuku ile sınırlı kalınmamış, ülkemiz hukukunun yanı sıra pek çok başka hukuk sistemini de etkileyen fiil hâkimiyeti teorisinin menşei olan ve müşterek failliği bağımsız bir faillik şekli olarak ortaya çıkaran Alman hukukundan da büyük ölçüde faydalanılmıştır. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan İtalyan ve Avusturya hukuklarında suça iştirakte teklik sistemi esas alındığından; Fransız hukukunda ise genel olarak müşterek faillik, bağımsız bir faillik şekli olarak kabul edilmediğinden, bu ülke hukukları çalışmanın amacı kapsamında özel olarak incelenmemiş ve yeri geldikçe bunlara ilişkin kısa açıklamalarla yetinilmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil olan ve bu açıdan ceza hukukunun kaynağını genelde örf ve âdet hukukuna dayandıran Amerika, İngiltere, Kanada gibi ülke hukukları ise kapsam dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
MÜŞTEREK FAİLLİĞİN
GENEL İŞTİRAK TEORİSİNDEKİ KONUMU

Suçta iştirak genel olarak, tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin farklı şekillerde katılımıyla işlenmesi şeklinde tanımlanır. Ancak bu tanım esasen belirli bir faillik yorumuna, belirli bir iştirak sistemine dayanır. Herhangi bir suçta iştirak şeklinin açıklanması, temelde suçu işlemekten, yani faillikten ne anlaşılması gerektiğine göre belirlenmelidir. Dolayısıyla bir iştirak şekli olarak müşterek failliğin açıklanması için de bu tanımın dayandığı temel faillik tasavvurunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Ancak yine de faillikten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin kabul bir iştirak şeklinin açıklanması için yeterli değildir. Bunun yanı sıra kanunun esas aldığı iştirak sistematığının de irdelenmesi gerekir. Nitekim genel olarak suçta iştiraki veya belirli bir iştirak şeklini konu edinen pek çok eser de öncelikle bu açıklanan hususlardan hareket eder. Biz de aşağıda bu inceleme şeklini devam ettireceğiz. Burada şunu belirtelim ki faillığe ilişkin iki temel yorum yönteminden dar faillik yorumu büyük ölçüde üzerinde ittifak edilmiş bir yorumdur. Yine Türk Ceza Kanunu’nun iştirak sisteminin de ikilik sistemine dayandığı hususunda görüş ayrılığı yoktur. Dolayısıyla bu konuların incelenmesinin müşterek faillik açısından önemli olmadığı iddia edilebilir. Ancak faillığe ilişkin temel yorum ve Kanun’un iştirak sistematığı gerek müşterek failliğin hukuki esasının açıklanmasında gerek temel tartışmalı hususlarda yol gösterici olacak, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde sıklıkla bu hususlara referans verilecektir.

İştirake ilişkin bu iki ön sorunun tartışılmasının ardından, müşterek failliği, birden fazla doğrudan faillik değil de bağımsız bir iştirak şekli olarak ortaya çıkaran tarihsel süreç incelenecektir. Ardından, 19. yüzyılda bağımsız bir görünüme kavuşan müşterek failliğin, bundan sonraki dönemi bakımından genel faillik teorilerindeki yansıması irdelenecektir.

§ 1. FAİLLİĞİN TESPİTİNDE FİİLİN KAPSAMI

I. Geniş ve Dar Faillik Kavramları

Faillik şüphesiz bir fiilin varlığını gerektirir. Dolayısıyla bir suçta failin nasıl belirleneceği de öncelikle suç tipi kapsamında kalan fiilin nasıl belirleneceğine bağlıdır. Bu temel sorun doktrinde geniş faillik ve dar faillik ifadeleriyle kavramsallaştırılmıştır.

Geniş ve dar faillik kavramları, suça iştirak sorumluluğunun tespitinde münferit faillik teorilerine takaddüm eden ve suça etki eden kimselerden hangisinin fail olarak kabul edilebileceğine ilişkin iki temel yorum yöntemine verilen isimlerdir. Dolayısıyla geniş ve dar faillik kavramları başlı başına suça iştirake ilişkin birer teori veya iştirak şekillerini düzenleniş şekline göre kanunî bir sistem değildir. Bundan ziyade söz konusu kavram çifti suça katılanların sorumluluklarının tespitinde ilk adımı temsil ederler. Failliğin yorumundaki bu ilk adımın konusu ise fiilin, ilgili suç tipi açısından genişliğinin/ kapsamının nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkindir. Kısaca, geniş yorumda, suçu gerçekleştiren nedensel davranışın, suç tipine dahil olduğu kabul edilirken¹; dar yorumda yalnız kanunda düzenlenen fiilin suç tipine dahil olduğu kabul edilir².

Tarihsel açıdan bakıldığında bu kavram çiftinin ilk defa *Leopold Zimmerl*'in 1929 yılında yayınlamış olduğu bir makalesiyle³ ortaya çıkmış olduğu ve 1930'lu yıllarda faillik teorilerine ilişkin tartışmalarda merkezî bir öneme sahip olduğu görülmektedir⁴. Ancak bu bölümde kavramlar tarihsel olarak değil, aşağıda incelenecek olan teklik ve ikilik sistemi ile faillik teorileri bakımından önemli olan unsurlarıyla güncel görüşler temelinde ele alınacaktır.

¹ *Zimmerl*, bu durumu tipikliğin geniş yorumlanması olarak ifade etmiştir. Bkz. **Zimmerl, Leopold** (1929) "Grundsätzliches zur Teilnahmelehre" ZStW, C.49, S.1, ss. 39-54, s. 40.

² Aynı yazar dar faillik kavramını ise tipikliğin dar yorumlanması olarak isimlendirmiştir. Bkz. **Zimmerl**, s. 45.

³ **Zimmerl**, s. 39 vd.

⁴ **Roxin, Claus** (2003) Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München, C.H.Beck, kn. 4, dn. 6; **Schünemann, Bernd** (2007) "Täterschaft und Teilnahme" Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter, Vor § 25, kn. 11; **Schild, Wolfgang** (2017) "Täterschaft und Teilnahme" (Ed. Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ulrich) Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos, § 25, kn. 20.

II. Nedensellik Anlayışı: Geniş Fail Kavramı

Geniş fail kavramında suç tipi kapsamındaki haksız davranış, hukuki değeri ihlal eden ya da onu tehlikeye düşüren her türlü sebebiyet verme olarak tanımlanır⁵. Fail, yalnızca suç tipinin unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişi değil, aynı zamanda bir başkasını suç işlemeye sevk eden ya da suçun işlenmesini destekleyen kişidir⁶.

Geniş faillik anlayışının dayandığı iki dogmatik temel vardır. Bunlar, nedensel hareket kavramı ve nedenlerin eşdeğerliliği teorisidir⁷. Bu kapsamda, geniş faillik bakımından, iradî insan davranışının suçun kanunî tanımında yer alan neticeyi gerçekleştirmesi durumunda ilgili kişi fail olarak kabul edilir⁸. Dolayısıyla neticeye neden olan her türlü iradî insan davranışı suç tipi kapsamında değerlendirilir ve bu davranışların suçun işlenmesi bakımından türü ve önemi dikkate alınmadığından suça katılanlar için tipiklik aşamasında kavramsal bir farklılaşma söz konusu olmaz. Dolayısıyla geniş fail kavramında, failliğin merkezî unsuru, suçun kanunî tanımı değil, nedensellik⁹.

Suçun işlenmesine neden olarak, hukukî değeri ihlal eden veya onu tehlikeye düşüren herkesin fail olarak kabul edilmesinin sonucunda, faillik dışında azmettirme ya da yardım etme şeklinde sorumluluk kategorilerinin öngörüldüğü bir kanunî sistemde¹⁰, bu diğer sorumluluk türleri tipiklik aşamasında değil, cezanın belirlenmesi aşamasında önem arz edecek, dolayısıyla, faillik dışındaki kategoriler cezalandırılabilirliği sınırlandıran nedenler olacaklardır¹¹. Zira bu durumda diğer sorumluluk kategorileri esasen faillik olarak kabul edilecek ve kanunda bunlara daha az ceza öngörülmek suretiyle açıkça ayrıcalık tanınmış

⁵ **Renzikowski, Joachim** (1997) *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 11.

⁶ **Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas** (1996) *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, s. 646; **Renzikowski, Joachim** (2014) *"Täterschaft und Teilnahme"* (Ed. Maurach, Reinhart/ Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz) *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, § 47, kn. 25.

⁷ **Jescheck/Weigend**, s. 649.

⁸ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn 27.

⁹ **Roxin**, *AT-II*, § 25 kn. 4.

¹⁰ Örneğin, Türk Ceza Kanunu ve Alman Ceza Kanunu.

¹¹ Aşağıda incelenecek olan teklik sistemi de bu şekilde failliğin geniş yorumundan hareketle ulaşılan bir kanunî iştirak sistemini temsil eder. Bu sistemde suça iştirak edenler, tüm suç olayı kapsamında suç tipinin gerçekleştirilmesindeki katkılarının türü ve yoğunluğuna bakılmaksızın fail olarak kabul edilir. Teklik prensibinin benimsendiği bir sistemde suça katkının ağırlığı ilk olarak tipiklik aşamasında değil cezanın belirlenmesi aşamasında bir öneme sahip olmaktadır. Bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, § 2, II. Teklik Sistemi*.

olacak, -en azından yardım edenler açısından¹² cezai sorumluluk sınırlandırılmış olacaktır¹³.

Bu itibarla, failliğin neticeye sebebiyet verme olarak anlaşıldığı ancak buna rağmen faillik dışında azmettiren veya yardım eden gibi sorumluluk kategorilerinin düzenleme alanı bulduğu kanunî bir sistemde faillik ile diğer katılım biçimleri arasındaki ayrım bakımından suça katılanların iradelerinden hareket etmek dışında bir olasılık bulunmaz¹⁴. Zira neticeye sebep olan tüm katkılar eşdeğer olarak kabul ediliyorsa bu katkıların objektif alanda sınırlandırılması mümkün değildir¹⁵. Bu nedenle eşdeğerlilik teorisinden hareket etmekle birlikte failliğin sınırlandırılmasında suça katılanların amacını, iradesini esas alan subjektif teorilerin ortaya çıktığı görülmektedir¹⁶. Dolayısıyla faillik kavramının geniş yorumunda, suça iştirak bakımından faillik dışında başka bir sorumluluk kategorisinin mutlak olarak reddedilmediği sonucu çıkar. Diğer bir ifadeyle dar ve geniş fail kavramları, bir kanunî sistemde birden fazla iştirak türünün var olup olmamasından bağımsızdır¹⁷. Geniş faillik yorumu suça iştirak edenler arasında yapılacak ayrımı tamamen reddederek bir teklik sistemine yol açabileceği gibi suça katılanların amaçlarından hareketle fail-şerik şeklinde bir ayrım yapılarak ikilik sistemine de yol açabilecektir.

Faillik kavramının bu şekilde geniş yorumu doktrinde haklı olarak büyük ölçüde reddedilir¹⁸. Kavrama yönelik eleştirilerin üç noktada yoğunlaştığı görülmektedir.

¹² Ceza siyaseti gereği kanunda, yardım edenlerden farklı olarak, azmettirenler bakımından ilgili suçun tam cezasından sorumluluk öngörülmüş olabilir. Nitekim TCK m. 38'de azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı keza Alm. CK. § 26'da azmettirenin fail gibi cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durum azmettirenin fail olarak kabul edilmesi için yeterli değildir, zira azmettiren esasen bir fail değil, şerik olduğundan suça katkısının failin fiiline bağlılığı söz konusudur.

¹³ **Heinrich, Bernd** (2016) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, s. 507, kn. 1180.

¹⁴ **Roxin, Claus** (2019) *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 5.

¹⁵ **Joecks, Wolfgang/Scheinfeld, Jörg** (2020) *"Täterschaft und Teilnahme"* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 4. Auflage, München, C.H.Beck, Vor § 25, kn. 8.

¹⁶ **Joecks/Scheinfeld, MüKo**, Vor § 25, kn. 8.

¹⁷ **Hamdorf, Kai** (2002) *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, s. 35.

¹⁸ **Herzberg, Rolf Dietrich** (1977) *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München, C.H.Beck, s. 3; **Jescheck/Weigend**, s. 651; **Jakobs, Günther** (1991) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 21/18; **Krey, Volker/Esser, Robert** (2016) *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, § 24, kn. 791; **Kühl, Kristian** (2016) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, München, Vahlen, § 20, kn. 5; **Roxin, AT-II**, § 25, kn. 4; **Welzel, Hans** (1939) *"Studien zum System des Strafrechts"* ZStW, ss. 491-566, s. 541.

Geniş faillik kavramı öncelikle, özgü suçlarla bağdaşmaması yönüyle eleştirilmiştir¹⁹. Zira bu suçlar bakımından suçun kanuni tanımında belirtilen özelliği taşımayan ya da suçu bizzat işlemeyen kişi suça nedensel katkıda bulunmuş olsa dahi fail olarak kabul edilemeyecektir.

Kavrama yönelik diğer bir eleştiri ise cezalandırılabilirlik alanını teşebbüs edilmiş iştirak alanına kadar genişlettiğinden bahisle yapılmıştır²⁰. Hukuki değer her türlü nedensel ihlali, temel olarak tipik haksızlık teşkil ettiğinden ve farklı neden olma şekilleri arasında haksızlık farkı bulunmadığından, esas failin henüz hazırlık aşamasında olduğu durumda dahi, yardım eden kendi açısından çoktan teşebbüs davranışını gerçekleştirmiş olacaktır²¹. Söz gelimi suç işlemeye karar vermiş bir kimseye elverişli bir araç sağlayan kişi, suçun bir şekilde işlenmediği bir halde teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır²². Zira elverişli araç sağlama kendisi açısından suçun başlangıcıdır. Oysa faillik açısından tek başına elverişli bir aracın suçun işlenmesi bakımından hazırlanması teşebbüs olarak kabul edilemeyecektir.

Kanaatimizce kavrama yönelik en önemli eleştiri ise ikilik sisteminin geçerli olduğu yani faillik dışında şeriklik düzenlemelerinin de söz konusu olduğu bir kanunun²³ failliğin geniş yorumuyla bağdaşmayacağı yönündedir²⁴. Fail- şerik ayrımının söz konusu olduğu bir ikilik sisteminde, failliğin geniş yorumundan hareket edilmesi durumunda, kanunda faillik dışındaki sorumluluk kategorilerinin düzenlenmesi²⁵ haklı gösterilemeyecektir. Zira madem hukuki değeri ihlal edenlerin tamamı fail olarak kabul edilmekte, neden kanunda yardım eden, azmettiren şeklinde sorumluluk kategorileri öngörülmüş olsun? Suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmeseler de bir şekilde fiile katkıda bulunanlar da nihayetinde hukuki değerin ihlali veya tehlikeye düşürülmesi bakımından nedensellik zincirinde bir halkadırlar ki bu da geniş yorum bakımından failliğin tanımıdır. Dolayısıyla ikilik sisteminde failliğin geniş tanımından hareket edilmesi, faillik-şeriklik

¹⁹ **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, Vor § 25, kn. 7; **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 12; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 4.

²⁰ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 14; **Welzel**, *Studien*, s. 541.

²¹ **Welzel**, *Studien*, s. 541.

²² **Welzel**, *Studien*, s. 541.

²³ Geniş faillik kavramına yönelik bu eleştiri gerek Alman hukuku gerek Türk hukuku bakımından önem arz etmektedir. Zira aşağıda görüleceği üzere iki hukuk sisteminde de ceza kanunları suça iştirak bakımından ikilik sistemini benimsemiştir.

²⁴ **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 13; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 4; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 32.

²⁵ Örneğin Türk Ceza Kanunu'ndaki azmettirme (m. 38) ve yardım etme (m. 39) iştirak türleri.

nitelendirilmesinde suça iştirak edenin iradesini esas alınmasına yol açarak sübjektif kriterleri ön plana çıkarır²⁶.

III. Suç Tipi Anlayışı: Dar Fail Kavramı

Geniş fail kavramından farklı olarak dar fail kavramında, faillik, suçun kanuni tanımındaki davranışla sınırlandırılmıştır²⁷. Diğer bir ifadeyle, fail, suç tipinin gerçekleştirilmesine nedensel katkıda bulunan herkes değil, yalnızca suç tipinin objektif ve sübjektif unsurlarını gerçekleştiren kimsedir²⁸. Dolayısıyla failliğin dar yorumundaki esaslı ve onu geniş faillikten ayıran temel nokta, failin suç tipiyle tanımlanmış olduğunun kabul edilmesidir²⁹.

Failliğin dar yorumundan hareket edilmesinin suça iştirak bakımından üç önemli sonucunun olduğu ifade edilebilir:

Bunlardan ilki suç tipinde düzenlenen davranış normunun dışında ikincil nitelikte bir davranış normuna olan ihtiyaçtır. Zira dar fail kavramında, suça iştirakin, nedenlerin eşdeğerliğinden hareketle belirlenmesi reddedildiğinden, failliğin dar yorumunun benimsenmesi hâlinde suça katılanların sorumluluklarının tespiti bakımından iki farklı nitelikte davranış normuna ihtiyaç vardır³⁰: Bunlardan birincisi, suç tipinde karakterize edilen ve faile yönelik olan davranış normu, diğeri ise suç tipinde karakterize edilmeyen ve fail dışında suça katılanlara yönelik olan davranış normudur³¹. Suç tipinde karakterize edilmeyen davranış normları, ceza kanunlarının genel hükümler kısmında karşımıza çıkan, şerikliğe ilişkin düzenlemelerde yer alır³².

²⁶ Bkz. aşağıda *Birinci Bölüm*, § 5, I. Sübjektif Teoriler.

²⁷ **Maurach, Reinhart** (1954) *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, C. F. Müller, s. 496.

²⁸ **Gallas, Wilhelm** (1954) "*Täterschaft und Teilnahme*" *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band, Bonn, ss. 121-153, s. 123; **Rudolphi, Hans-Joachim** (1979) "*Zur Tatbestandsbezogenheit des Tätherrschafsbegriffs bei der Mittäterschaft*" *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München, Beck, ss. 369-387, s. 369; **Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut** (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 50. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, § 16, kn 796.

²⁹ **Kühl, AT**, § 20, kn. 5; **Murmann, Uwe** (2016) "*Täterschaft und Teilnahme*" (*Ed. Satzger, Helmut/ Schluckebier, Wilhelm/ Wiedmaier, Gunter*) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns, Vor §§ 25 ff. kn. 3; **Otto, Harro** (2004) *Grundkurs Strafrecht- Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, Berlin, De Gruyter, § 21, kn. 6; **Schild, NK**, § 25, kn. 21; **Schünemann, LK**, Vor § 25, kn. 14.

³⁰ **Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf**, § 47, kn. 68.

³¹ **Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf**, § 47, kn. 68.

³² Buna örnek olarak Türk Ceza Kanunu'nun azmettirme (m. 38) ve yardım etme (m. 39) şeriklik türlerine ilişkin düzenlemelerini veya benzer şekilde Alman Ceza Kanunu'ndaki azmettirme (§ 26) ve yardım etme

İkinci önemli sonuç ise ceza kanunlarının genel hükümler kısmında yer alan bu düzenlemelerin cezalandırılabilirliği genişleten bir özellik arz etmesidir. Zira söz konusu hükümlerle birlikte, her bir suç tipi için fail olmamakla beraber ya da diğer bir ifadeyle tipik davranışı gerçekleştirmemekle beraber, suça farklı şekillerde nedensel katkıda bulunanların da sorumlulukları sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla dar failliğin esas alındığı bir kanunî sistemde, failer dışında suça katılanların sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin hem kurucu nitelikte olduğu hem de tipiklik ve cezalandırılabilirliğin alanını genişleten bir özellik arz ettiği ifade edilmelidir³³.

Üçüncü önemli sonuç ise suça katkıda bulunan birden fazla kimsenin sorumluluklarının belirlenmesinin geniş faillığe göre daha önceki bir aşamada yani tipiklik aşamasında ele alınmasıdır. Zira, dar faillik kavramında tipik olmayan davranışlar failliğin dışında kaldığından, faillik dışındaki suça katılım biçimlerinin de cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi aşamasında değil ondan evvel haksızlığın belirlenmesi aşamasında irdelenmesi gerekir.

IV. Değerlendirme

İkilik sisteminin söz konusu olduğu bir kanunî sistemde failliğin dar yorumunun tercihe şayan olduğunu ifade etmek gerekir. Zira dar faillik kavramında, geniş faillikten farklı olarak failliğin belirlenmesinde nedenlerin eşdeğerliliği anlayışından hareket edilmez. Böylece faillik için salt suça katılanın iradesinin esas alınmasına gerek kalmaz ve objektif kriterlerin ayrıma dahil edilmesi mümkün olur.

Bu objektif kriterlerin ne olacağı ise her bir faillik teorisi bakımından farklı şekillerde belirlenecektir. Söz gelimi kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı bir yorumdan hareket edilebileceği gibi “*hâkimiyet*” kavramı gibi daha geniş bir yorum da esas alınabilecektir. Nitekim ilk durum faillik teorilerinden şekli objektif teoriye uygun bir yorum olacakken ikinci durum maddi objektif bir teori olan fiil hâkimiyeti teorisine uygun bir yorum olacaktır. Suçun kanunî tanımındaki hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kimselerin de dolaylı fail veya

(§ 27) hükümlerini gösterebiliriz. Alman Ceza Kanunu için bkz. Federal Adalet Bakanlığının (*Bundesministerium der Justiz*) resmî internet sitesi <gesetz-im-internet.de/stgb> s.e.t. 17.09.2023. Ayrıca Alman Ceza Kanunu’nun Türkçeye çevirisi için bkz. **Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried** (2015) Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta.

³³ **Krey/Esser**, § 47, kn. 793; **Schünemann, LK**, Vor § 25, kn. 11.

müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi için ise kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı derecede dar kapsamlı bir faillik tanımından hareket edilemeyecektir.

Sonuç olarak dar faillik ve geniş faillik kavramları failliğin belirlenmesine ilişkin başlı başına bir teori olmaktan ziyade münferit faillik teorileri açısından bir başlangıç noktasıdır³⁴. Diğer taraftan söz konusu kavram çiftiyle esasen fiilin ilgili suç tipi açısından genişliğinin tetkik edildiğinin de gözden kaçırılmaması gerekir. Geniş faillik yorumunda neticeye neden olan her hareket tipik fiil olarak kabul edilirken dar faillik yorumunda suçun kanunî tanımında sınırları çizilmiş davranış tipik fiil olarak kabul edilmektedir. Ancak burada dikkat edileceği üzere her ne kadar ikili bir ayrıma gidilmiş olsa da dar fail kavramı kapsamında çeşitli faillik teorileri açısından farklı genişlikte fail tanımlamaları da mümkündür. Ancak bu, geniş ve dar faillik kavramlarına nispeten her bir faillik teorisi çerçevesinde ayrıca değerlendirilebilecek olan ikincil nitelikte bir sorundur.

§ 2. SUÇA İŞTİRAKİN DÜZENLENİŞ ŞEKLİNE GÖRE KANUNÎ SİSTEMLER

I. Genel Açıklama

Suçta iştirak şekillerinin düzenleniş şekline göre kanunî sistemler, aşağıda Alman ceza hukuku literatüründe olduğu gibi teklik sistemi ve ikilik sistemi olmak üzere iki ana başlıkta ele alınmıştır³⁵. Oysa, Türk ceza hukuku literatüründe bu sistemlerin eşitlik sistemi, ikilik sistemi ve cezanın faile göre tespiti sistemi şeklinde üç başlık altında ele alındığı da görülmektedir³⁶. Burada başlı başına bir kanunî sistem olarak ele alınmayan cezanın faile

³⁴ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s.17-18.

³⁵ Bkz. **Eisele, Jörg** (2021) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, Bielefeld, Giesecking, § 24, kn. 3; **Freund, Georg** (2009) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, Springer, § 10, kn. 25; **Frister, Helmut** (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München, C.H. Beck, 25/4-5; **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, kn. 793.

³⁶ Bkz. **Aydın, Devrim** (2009) *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara, Yetkin, s. 64-76; **Çakır, Kerim** (2022) *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, Ankara, Adalet, s. 32-34; **Çelen, Ömer** (2020) *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı)*, Ankara, Adalet, s. 81-89; **Evik, Vesile Sonay** (2011) *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha, s. 31-38; **Hakeri, Hakan** (2023) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Ankara, Adalet, s. 509; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2022) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 531; **Özkan, Halid** (2013) *Ceza Hukukunda Azmettirme*, Ankara, Adalet, s. 11-16. Bununla birlikte bu ayrımı teklik ve ikilik sistemi olarak ele alan yazarlar da vardır. Bkz. **Demirel, Muhammed** (2017) *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul, On İki Levha, s. 21; **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2022) *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 22. Baskı, Ankara, Seçkin, kn. 706; **Sarıgül, Ali Tanju** (2022) *Suçta İştirak*, Ankara, Seçkin, s. 47; **Taşkın Kapusuzoğlu, Beril** (2017) *Suçta İştirakte*

göre tespiti sistemi açısından suça iştirak edenlerin tamamının fail olarak kabul edildiği ve fakat cezanın belirlenmesi bakımından suça nedensel katkının ağırlığı, suçtan beklenen menfaat, hareketin kötülüğü, tehlikeliliği gibi kriterler bakımından hâkime takdir yetkisi tanındığı ifade edilmektedir³⁷. Bu anlamda, faillik dışında bir iştirak şekline yer verilmediğinden, cezanın faile göre tespiti sisteminin teklik sisteminden bağımsız bir sistem olmadığını düşünüyoruz³⁸.

Aşağıda teklik ve ikilik sistemi, bu sistemlerin geçerli olduğu örnek ülke ceza kanunlarıyla birlikte ele alınacak ve ardından ikilik sisteminin geçerli olduğu Türk Ceza Kanunu'nda suça iştirak şekilleri ortaya konulacaktır.

II. Teklik Sistemi

A. Sistemin Esası ve Yöneldiği Amaç

Teklik prensibi³⁹, tarihsel olarak, hareket ile netice arasındaki nedenselliğin suçun isnadiyeti açısından belirleyici olduğu fikrinin suça iştirak alanındaki ifadesini temsil eder⁴⁰. Bu bakımdan teklik sisteminde suç tipinin gerçekleşmesinde nedensel olan katkılar, katkının niteliği ve ağırlığına bakılmaksızın faillik olarak kabul edilir⁴¹. Dolayısıyla bu sistemde faillik kategorisi dışında, yardım eden ve azmettiren şeklinde sorumluluk kategorileri bulunmaz⁴². Suçun işlenmesindeki katkılar cezanın belirlenmesi aşamasında, dogmatik bir

Bağlılık Kuralı, İstanbul, On İki Levha, s. 37; **Tokdemir, Sercan** (2022) Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme, Ankara, Seçkin, s. 38.

³⁷ **Çelen**, s. 89; **Evik**, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 36-37.

³⁸ Konuya ilişkin olarak **Taşkın Kapusuzoğlu** şu ifadelere yer vermektedir: “cezanın faile göre tespitinde fail, yardım eden, azmettiren gibi kavramsal farklılıkların bir önemi yoktur; önem arz eden husus neticeye sebep olanların kötülük dereceleridir. Bu nedenle cezanın faile göre belirlenmesini teklik sisteminin alt kolu olarak değerlendirmek gerektiği görüşündeyiz. Zira cezanın faile göre belirlenmesi sisteminde suça katılanlar arasında objektif bir ayırım yapılmamaktadır. Yalnızca cezalandırma aşamasında kişiler kötülük derecelerine göre sübjektif bir ayırma tabi tutulmaktadır”. Bkz. **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 57.

³⁹ Türk hukukunda teklik sistemi, eşitlik sistemi olarak da anılmaktadır. Bkz. **Aydın**, s. 66; **Çakır**, s. 32; **Çelen**, s. 83; **Evik**, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 31; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *Genel Hükümler*, s. 530; **Özkan**, s. 12.

⁴⁰ **Bloy, René** (1985) *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 150; **Dietz, Wolfgang** (1957) *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, s. 108.

⁴¹ **Jescheck/Weigend**, s. 645; **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 5; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, § 26, kn. 794.

⁴² **Fuchs, Helmut** (2008) *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundalgen und Lehre von Straftat*, 7. Auflage, Wien, Springer, 32/25; **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 5; **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn 2.

ayrım yapılmaksızın, yalnızca suça iştirak edenlerin her birinin kişisel kusuruna göre belirlenir⁴³. Bu itibarla teklik sisteminde ikilik sisteminde olduğu gibi suça iştirakte bağlılık kuralı da söz konusu değildir⁴⁴.

Bu açıklamalardan da anlaşılabacağı üzere teklik sistemi failliğin geniş yorumuna uygun bir kanunî sistemdir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus geniş fail kavramının her zaman teklik sistemini gerektirmediğidir. Nitekim aşağıda faillik teorilerinden sübjektif fail teorisinde görüleceği üzere, doktrinde, ikilik sisteminin geçerli olduğu bir kanun bakımından da failliğin geniş yorumundan hareket eden yazarlar mevcuttur⁴⁵.

Teklik sisteminin yöneldiği amaç, suça iştirak bakımından sorumluluk kategorilendirmesi kapsamında yapılacak yüksek bir dogmatik çabadan kaçınılarak; suç olayına bütüncül bir bakış açısıyla her bir katılanın sorumluluğunun daha zahmetsiz bir şekilde belirlenmesidir⁴⁶. Böylelikle, suça iştirak edenler arasında kimin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirdiği ve kimin suçun işlenmesinde azmettiren veya yardım eden konumunda olduğu araştırılmaksızın, suça nedensel katkıda bulunanların tamamı suçun işlenmesinde fail olarak kabul edilir⁴⁷.

Teklik sisteminde suça iştirak edenler arasında kavramsal bir ayrım olmadığından, bunların tamamı aynı ceza çerçevesinde sorumludurlar⁴⁸. Başka bir ifadeyle ilgili suç açısından kanunda belirlenen ceza sınırları yalnız suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren açısından değil, fiilin gerçekleştirilmesi bakımından herhangi bir şekilde nedensel katkıda bulunanların tamamı açısından geçerli olacaktır. Suça iştirak edenlerin cezai sorumlulukları, hâkim tarafından her birinin bireysel olarak gerçekleştirmiş olduğu haksızlığa göre belirlenir⁴⁹. Hâkim kanunda belirlenen ceza çerçevesinde, icra hareketini gerçekleştirme,

⁴³ **Jescheck/Weigend**, s. 645.

⁴⁴ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/25.

⁴⁵ İkilik sisteminde de failliğin geniş yorumunun esas alınması teorik açıdan mümkün olsa da böyle bir yorumun her hâlükârda sübjektif faillik teorisiyle sonuçlanacağını ve bu teorinin de doktrinde büyük bir çoğunlukla eleştirildiğini ifade etmeliyiz. Bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, § 5, I. Sübjektif Teoriler*.

⁴⁶ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/25; **Kienapfel, Diethelm** (1971) *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, s. 32; **Kienapfel, Diethelm** (1984) *Strafrecht Allgemeiner Teil mit Einführungen in programmierter Form*, 4. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 547; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 2; **Triffterer, Otto** (1983) *Die österreichische Beteiligungslehre: Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?*, Wien, Manz Verlag, s. 35.

⁴⁷ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/24.

⁴⁸ **Hamdorf**, s. 44; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 8.

⁴⁹ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 8.

olay mahallinde bulunma, katkının ağırlığı ve önemi ile organizasyon yapısı gibi hususları göz önünde bulunduracaktır⁵⁰. Dolayısıyla teklik sisteminde belirleyici tek kriter nedensellikler ve suçta katkının niteliği ve önemi ilk kez cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulur⁵¹.

B. Teklik Sisteminin Türleri

1. Şekli Teklik Sistemi

Teklik sisteminin iki görünüm biçimi vardır⁵². Bunlardan, klasik olarak ifade edebileceğimiz, şekli teklik sisteminde, suçta farklı şekillerde katılanlar arasında kavramsal bir ayrım yapılması kabulünden taviz verilmez ve suçta katılanların tamamı aynı ceza çerçevesinden sorumlu olur⁵³. Teklik sisteminin bu “saf” uygulaması hem kanunilik ilkesi bakımından duraksamalara neden olduğundan hem de bazı durumlarda cezalandırılabilirlik alanını arzu edilemeyecek şekilde genişlettiğinden teklik prensibinin bazı ilkelerinden taviz verilmek suretiyle fonksiyonel teklik sistemi anlayışı geliştirilmiştir.

2. Fonksiyonel Teklik Sistemi

Teklik sisteminin diğer görünüm biçimi olan fonksiyonel teklik sisteminde de suçta katılanların tamamı fail olarak kabul edilerek, aynı ceza çerçevesinden sorumlu olsa da suçta iştirak bakımından kavramsal bir farklılaşma söz konusudur⁵⁴. Bu kapsamda doğrudan-dolaylı fail kavramları kullanılarak ikilik sisteminde söz konusu olabilecek azmettirme ve yardım etme niteliğindeki davranışlar dolaylı faillik olarak kabul edilir⁵⁵. Ancak buradaki “dolaylı” faillik kategorisi ikilik sistemindekinden farklı olarak fiili doğrudan gerçekleştirmeyerek suçta katılanları ifade etmek üzere kullanılmıştır⁵⁶. Öte yandan bu esasa dayanan bir sistemde, kanunda düzenleme alanı bulan farklı faillik formları

⁵⁰ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 10.

⁵¹ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, § 16, kn 794.

⁵² Bu ayrımı ilk kez ortaya koyan *Kienapfel*'dir. Bkz. **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 149. *Kienapfel*'in, bu ayrıma ilişkin görüşleri için bkz. **Kienapfel**, *Einheitstäter*, s. 20-24; **Kienapfel, Diethelm** (1974) “*Das Prinzip der Einheitstäterschaft*” *JuS*, S.1, ss. 1-7, s. 5-6.

⁵³ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 149.

⁵⁴ **Stein, Henrike** (2002) *Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands*, Herbolzheim, Centaurus, s. 206.

⁵⁵ **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 6.

⁵⁶ **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 22; **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/39; **Kienapfel**, *Prinzip*, s. 6.

cezalandırılabilirlik açısından kurucu değil, yalnız açıklayıcı bir niteliği haizdir⁵⁷. Diğer bir ifadeyle ikilik sistemine dayanan bir kanunda, faillik dışında düzenleme alanı bulan diğer iştirak şekilleri (yardım etme ve azmettirme) cezalandırılabilirlik açısından kurucu nitelikteyken fonksiyonel teklik sisteminde durum bu şekilde değildir.

Teklik sistemi bakımından bu şekilde bir ayırım yapılmasındaki esas neden, hukuk devleti ilkesi bağlamında belirlilik ilkesine uyum sağlamaktır⁵⁸. Zira tek tip failliğin klasik şeklinde suça farklı şekillerde katılım halinde cezanın belirlenmesi bakımından hâkime kanuni bir dayanak noktası tanınmış değildir⁵⁹. Fonksiyonel teklik sistemiyle “*dolaylı*” failin sorumluluğu bakımından cezada indirim yapılmasına imkân veren kanunî düzenlemelerle faillerin katkıları oranında cezalandırılabilmesi amaçlanmıştır⁶⁰. Ancak elbette söz konusu sistem hâlâ teklik prensibi üzerine kurulu olduğundan, suça iştirak edenlerin davranışları haksızlık içeriği bakımından eşdeğer görülmekte ve suça iştirak edenler bu kapsamda aynı ceza çerçevesinden sorumlu olmaya devam etmektedirler⁶¹.

Fonksiyonel teklik sistemindeki bir diğer amaç ise neticesiz “*dolaylı*” failliği cezalandırılabilirlik alanı dışına çıkarmaktır⁶². Zira eğer teklik sistemi klasik şekliyle kabul edilecek olursa, fiili doğrudan gerçekleştirecek olan kimsenin davranışını, sadece destekleyen kimse, söz gelimi suçun işlenmesinde kullanılacak aracı temin etmek suretiyle, kendi açısından nedensel davranışı gerçekleştirmiş olacak, artık doğrudan fail henüz teşebbüs aşamasına geçmiş olmasa da araç sağlayanın suça teşebbüsten cezalandırılması gerekecektir⁶³. İşte cezalandırılabilirlik alanını aşırı derecede genişletecek böyle bir durumun önüne geçilmesi adına fonksiyonel teklik anlayışına dayanan bir kanunî sistemde de ikilik sistemine benzer şekilde bir kavramsal ayırım söz konusudur.

⁵⁷ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 11.

⁵⁸ **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 21.

⁵⁹ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 9.

⁶⁰ **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 22.

⁶¹ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 10.

⁶² **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 150.

⁶³ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/27.

Teklik sisteminin geçerli olduğu ülkelere Avusturya⁶⁴, Danimarka⁶⁵, İtalya⁶⁶ örnek olarak verilebilir. Teklik sistemine ilişkin bu teorik açıklamaların somutlaştırılması açısından, fonksiyonel teklik sistemini esas alan Avusturya Ceza Kanunu'nda⁶⁷ suça iştirak şekillerinin ne şekilde düzenlediğini incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

C. Avusturya Ceza Kanunu Örneği

Fonksiyonel teklik sisteminin geçerli olduğu Avusturya Ceza Kanunu (Av. CK) § 12'de⁶⁸, cezalandırılabilir hareketin yalnızca doğrudan fail (*“unmittelbare Täter”*) tarafından değil, aynı zamanda bunu gerçekleştirmesi için bir başkasını sevk eden ya da başka bir şekilde buna katkıda bulunanlar tarafından da işlenmiş olacağı kabul edilmiştir⁶⁹. Bu itibarla, Kanun'da, söz konusu hükümle birlikte fonksiyonel teklik prensibinde olduğu gibi doğrudan- dolaylı faillik ayrımı yapıldığı görülmektedir⁷⁰.

Av. CK'da, *“dolaylı”* faillik türleri, suça sevk etme failliği, diğer bir ifadeyle azmettirme failliği (*“Bestimmungstäter”*)⁷¹ ve suça katkıda bulunma failliği (*“Beitragstäter”*)⁷² şeklinde düzenlenmiştir⁷³. Kanun'da suça iştirak bakımından bu suretle kavramsal bir ayrım yapılmış olsa da bu katılım biçimlerinin tamamı faillik olarak kabul edilerek hukuki açıdan eşdeğer oldukları varsayılmıştır⁷⁴. Diğer bir ifadeyle, bu sistemde söz konusu katılım biçimlerinin haksızlık içerikleri eşdeğerdir⁷⁵. Nitekim Kanun'un cezanın belirlenmesi başlıklı bölümünde § 33/1-3,4 ve § 34/1-4,6 kapsamında suça iştirakle ilgili cezayı ağırlaştıran ve hafifleten nedenler düzenlenerek suça katılım biçimlerinin suçun tipikliği

⁶⁴ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/30; **Hamdorf**, s. 104 vd; **Stein**, *Regelungen*, s. 206; **Weisser, Bettina** (2011) *Täterschaft in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 129.

⁶⁵ **Hamdorf**, s. 66 vd.

⁶⁶ **Dietz**, s. 74; **Weisser**, *Täterschaft*, s. 98.

⁶⁷ Avusturya Ceza Kanunu'nun yer aldığı resmî internet sitesi için bkz. < ris.bka.gv.at>.

⁶⁸ **Hamdorf**, s. 104; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 2.

⁶⁹ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/30.

⁷⁰ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/33.

⁷¹ **Fuchs**, *Österreichisches*, 33/25; **Stein**, *Regelungen*, s. 206.

⁷² **Stein**, *Regelungen*, s. 206. Suça katkıda bulunma failliği (*“Beitragstäter”*), Av. CK'da doğrudan faillik ve azmettirme failliği dışında kalan katkılar için kullanılmıştır. Bu hususta bkz. **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/39.

⁷³ **Hamdorf**, s. 107.

⁷⁴ **Stein**, *Regelungen*, 206.

⁷⁵ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 10.

alanında eşdeğer oldukları⁷⁶ ve bunların ilk kez cezanın belirlenmesi aşamasında farklılaşacağı ortaya konulmaktadır.

Öte yandan fonksiyonel teklik sistemiyle uyumlu biçimde Av. CK'da belirli davranış formlarının cezai sorumluluk dışında bırakıldığı da görülmektedir. Zira ikilik sisteminde olduğu gibi teklikte suça iştirak şekillerinin birbirleriyle olan ilişkisi ortaya konulmamıştır. Bu anlamda “*dolaylı*” failin fiilinin, doğrudan faile bağıllığından söz etmek mümkün değildir⁷⁷.

Teklik sisteminde bağıllık kuralının bulunmayışı, özellikle doğrudan failin teşebbüs aşamasına girmiş fiili olmasa da suçun işlenmesine “*dolaylı*” katkıda bulunanların cezai sorumluluklarına neden olarak cezalandırılabilirlik alanını aşırı şekilde genişletir. İşte fonksiyonel teklik sistemiyle farklı katılım formlarının tamamı faillik olarak değerlendirilse de “*dolaylı*” failerin teşebbüsten cezalandırılmasının önüne geçilmesi mümkün olur. Teşebbüs kurumunu düzenleyen Av. CK §15/2 ile de katkıda bulunan failin (“*Beitragstäter*”) ya da ikilik sistemindeki karşılığıyla “*yardım eden*” failin, teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmemiştir⁷⁸.

Özgü suçlar bakımından ise Av. CK § 14'te, bağıllık kuralının yokluğu nedeniyle ortaya çıkabilecek cezalandırma boşlukları engellenmek istenmiştir⁷⁹. Zira teklik sisteminde suça katılanlar birbirinden bağımsız şekilde değerlendirildiğinden kanunda aranan nitelikleri taşımayan kimsenin suçun işlenmesine katkıda bulunması durumunda ilgili suçtan dolayı cezalandırılması mümkün olmayacaktır. İşte bu amaçla Kanun'da şu düzenlemelere yer verilmiştir: Av. CK § 14'ün 1. fıkrasında cezalandırılabilirliğin ya da cezanın miktarının; fiilin haksızlığına etki eden failin belirli nitelikteki özelliğine bağlı kılındığı durumda, suça iştirak eden birden fazla kimse varsa, bu özellik yalnız birinde olsa dahi Kanun'un iştirak edenlerin tamamına uygulanacağı ifade edilmiştir. Diğer yandan aynı fıkra göre failde bulunması gereken kişisel özellik, fiilin haksızlığı bakımından, suçun doğrudan işlenmesini gerekli kılıyorsa bu gereklilik suça iştirak edenlerin tamamında bulunmalıdır. Aynı

⁷⁶ Stein, *Regelungen*, s. 207.

⁷⁷ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 150; Fuchs, *Österreichisches*, 32/30.

⁷⁸ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 236; Fuchs, *Österreichisches*, 32/34. Buna karşılık suça sevk etme failliğinde (“*Bestimmungstäter*”) teşebbüs mümkün kabul edilmiştir.

⁷⁹ Stein, *Regelungen*, s. 237.

paragrafın 2. fıkrasına göreyse söz konusu kişisel özellikler yalnız kusurluluğu etkileyen bir durumsa bu özelliklerin suça iştirak edende mevcut olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

D. Teklik Sistemine Yönelik Eleştiriler

Teklik sistemine yönelik en temel itiraz hukuk devleti ilkesi bağlamında belirlilik ilkesine aykırı olduğundan bahisle yapılmıştır⁸⁰. Yalnızca nedenselliğe dayalı bir fail kavramıyla, özellikle bağlı hareketli neticeli suçlar ile sırf hareket suçlarında suçun kanuni tanımındaki unsurların önemi göz ardı edilerek, suçun işlenmesi yalnızca hukuki değeri ihlâl veya tehlikeye düşürmeye sebebiyet verme olarak yeniden tanımlanır⁸¹. Bu şekilde neticeye en uzak nedenlerin dahi suçun işlenmesi bakımından eşdeğer kabul edilerek, suçun tipikliği aşamasında iştirak şekilleri bakımından ayırım yapılmaması, suça katkının ağırlığı ve önemini, ilk defa cezanın belirlenmesi aşamasında gündeme getireceğinden, cezai yaptırım kararı da büyük ölçüde kanun koyucudan hâkime devredilmiş olacaktır⁸².

Teklik sisteminin suça iştirak bakımından tek kriter olarak nedenselliği kabul etmesinin sonucu olarak bu sistemde suça dolaylı katkıda bulunanların suçu doğrudan işleyenlerin fiili ile bağlılığı aranmamıştır. Suça iştirak edenler, kendi haksız ve kusurlu fiillerinden, diğer katılanlardan bağımsız olarak sorumludur. Zira teklik sistemi esasen suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda bunların birlikteliğini değil birbirinden ayrıştırılmasını kabul eder⁸³. Bu şekilde bağlılık kuralının yokluğu teklik sisteminin iki açıdan eleştirilmesine neden olmuştur.

Birincisi, sistemin, cezalandırılabilirlik alanını arzu edilmeyecek şekilde genişletmesidir⁸⁴. Zira suça iştirak edenlerin tamamının faillik seviyesine yükseltilmesiyle, suçun doğrudan işlenmesi niteliğinde kabul edilemeyecek azmettirme ve yardım seviyesindeki katkılar da akim kalmış olsalar dahi cezalandırılabilirlik alanında dahil olacaktır⁸⁵.

⁸⁰ **Jakobs**, *AT*, s. 595; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 3; **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 8.

⁸¹ **Dietz**, s. 108; **Schumann**, **Heribert** (1979) *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 12.

⁸² **Dietz**, s. 109; **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 8.

⁸³ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/27; **Jakobs**, *AT*, 21/6.

⁸⁴ **Jakobs**, *AT*, 21/6; **Jescheck/Weigend**, s. 646; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 7.

⁸⁵ **Fuchs**, *Österreichisches*, 32/27; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 14. Aynı eleştiri geniş faillik kavramına yönelik de ileri sürülmüştür. Ancak daha önce belirtildiği üzere geniş faillik yorumunun her zaman bir teklik sistemini gerektirmediği unutulmamalıdır. Teklik sisteminin cezalandırılabilirlik alanını tahammül

Bağlılık kuralının yokluğunun sebep olduğu ikinci sorun ise özgü suçlar bağlamında karşımıza çıkar⁸⁶. Bizzat işlenebilen suçlar açısından kanunda belirlenen fiilin bizzat gerçekleştirilmesi, özgü suçlar bakımından ise kanunda aranan belirli özelliklerin faillik için bulunması gerekir. Teklik sisteminde bu tür suçlarda suçu bizzat işlemeyen ya da ilgili özellikleri taşımayanların yardım veya azmettirme niteliğindeki davranışları cezasız kalacaktır. Oysa ikilik sisteminde mevcut olan bağlılık kuralıyla, suçun işlenmesine azmettirme veya yardım etme şeklinde dahil olanlar fiili bizzat işlemese ya da kanunda aranan ilgili özellikleri taşımasa dahi failin fiiline bağlılıkları nedeniyle cezai sorumlulukları sağlanmış olacaktır⁸⁷.

III. İkilik Sistemi

A. İkilik Sisteminin Esası

İkilik sisteminde, teklik sisteminden farklı olarak, suça iştirak şekilleri temelde ikiye ayrılmış durumdadır⁸⁸. İlk grubu, suçun işlenmesinden doğrudan doğruya sorumlu olan fail oluştururken diğer grubu ise fail olmamakla birlikte suça belirli şekillerde nedensel katkıda bulunanlar⁸⁹ oluşturur. Dolayısıyla ikilik sisteminde, failler ile diğer iştirak şekilleri bakımından suça nedensel her katkının ağırlığının aynı olmadığı ve böylece iştirak şekillerinin haksızlık içeriklerinin eşdeğer olmadığı varsayılır⁹⁰.

edilemez şekilde genişlettiğine ilişkin şu örnek tekrar zikredebilir: Kasten öldürme suçu bakımından, fiili doğrudan işleyecek kişiye silah sağlayan kimse, asıl failin bu suçu işlemekten vazgeçmesi durumunda, bir başka ifadeyle ilgili doğrudan failin teşebbüs aşamasına girmemiş olduğu durumda dahi, kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

⁸⁶ Dietz, s. 109; Otto, *Grundkurs*, § 21, kn. 5; Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 14; Schild, *NK*, § 25, kn 21.

⁸⁷ Nitekim ikilik sisteminin geçerli olduğu Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrasında özgü suçlarda yalnız özel faillik vasfını taşıyan kimselerin fail olabileceği ve özel faillik vasfını taşımayanların suça azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁸⁸ Heine, Günter/Weißer, Bettina (2019) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Schönke, Adolf/ Schröder, Horst) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München, C.H.Beck, Vorbem. §§ 25 ff, kn.1.

⁸⁹ Fail dışında suça iştirak şekilleri için Türk ceza hukuku literatüründe "şeriklik" ifadesi yerleşmiş durumdadır. Bkz. Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2022) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 482; Özgenç, İzzet (2022) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 627; Öztürk/Erdem, s. 424. Alman ceza hukuku literatüründe aynı kavram "*Teilnahme*" olarak, Fransız ceza hukuku literatüründe ise "*complicité*" olarak ifade edilir. Bkz. Weisser, *Täterschaft*, s. 22, 85.

⁹⁰ Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, § 16, kn 793.

Suçta iştirake ilişkin böylesi haksızlık içeriğinin farklılığına dayanan bir ayrım, iştirak olgusunu, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinden, tipiklik aşamasına çeken bir özellik arz eder. Zira bu sistemde artık faillik ve diğer katılım şekilleri bakımından esas alınan suç tipidir⁹¹. Diğer bir ifadeyle bu sistemle artık hukuki değeri ihlal eden her türlü nedensel katkı esas alınmamakta, suç tipinin dayandığı davranış normunun⁹² asli muhatabı⁹³ ve bunun dışında kalanlar şeklinde bir ayrım yapılmaktadır.

Söz gelimi, kasten öldürme suçunun dayandığı davranış normu “öldürmemelisin”dir. Kasten öldürme suçunda da bu normu ihlal edecek davranış tanımlanmıştır⁹⁴. Suç tipinde tanımlanan davranışı gerçekleştiren kimse, bu davranış normunu ihlal eden kimse olacaktır⁹⁵. Suç tipi dışında bir davranış gerçekleştiren, örneğin bir başkasına cinayet için silah veren kimse, “öldürmemelisin” davranış normunu ihlal eden kimse değildir. Zira onun davranışı suç tipi kapsamında bir başkasını kasten öldürme olarak kabul edilemez; o yalnız bir başkasının kasten öldürmesini destekleyen kimse durumundadır. Ancak elbette silah sağlayan kimse de bir haksızlık gerçekleştirmiş olsa da bu haksızlık, suç tipi kapsamında değerlendirilebilecek bir haksızlık değildir. Diğer bir ifadeyle suçun işlenmesini bir şekilde destekleyen kimse normun muhatabı değildir⁹⁶. Öyleyse kanun koyucu tipik haksızlığı bu şekilde destekleyen kimseyi yalnız bir başka davranış normuna dayanarak cezalandırabilecektir. Bu davranış normu da “bir başkasını öldüreni desteklememelisin” olacaktır⁹⁷.

⁹¹ Şerikliğin karakteristik özelliği, kanunda yer alan münferit suç tipini işlemiyor olmasıdır. Bkz. **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, Vor § 26, kn. 1.

⁹² Davranış normları, insanın şahsiyetinin gelişimine hizmet eden model davranışları ifade eder. Bu normlar, olması gereken insan davranışlarına ilişkin kuralları ihtiva eder. Hikmet bilgisi, felsefe ile kavranabilen bu nitelikteki davranışlar, hukuka takaddüm eden yapıdadırlar. Emredici veya yasaklayıcı nitelikte olan bu normlar, her bir suç tipinin kaynağını, dayanağını teşkil ederler. Davranış normlarının kaynağına ilişkin ise farklı görüşler vardır. Detaylı bilgi için bkz. **Özgenç, İzzet** (1996) “*Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)*” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan), ss. 443-454, s. 443 vd; **Özgenç, İzzet** (1996) Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, s. 128-136; **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 24-50. Ünver’e göre “bir davranış normuna uyulmamasının ceza yaptırımıyla karşılaşılması halinde, ceza hukuku hükmü söz konusu olur. Bkz. **Ünver, Yener** (2003) Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin, s. 121.

⁹³ Suç tipinin dayandığı davranış normunun aslî muhatabı faildir. Bu hususta bkz. **Özgenç**, *Faillik*, s. 139; **Koca/Üzülmöz**, *Genel Hükümler*, s. 453.

⁹⁴ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 16.

⁹⁵ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 16.

⁹⁶ **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 15.

⁹⁷ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 17.

Bu şekilde ikilik sisteminin esası ortaya çıkar. Fail, suçu işleyen, yani tipik davranışı gerçekleştiren kimse iken suçun işlenmesine nedensel katkıda bulunanlar ancak suç tipi dışında bir davranış normunun ihlalinin kanunda cezaî yaptırımla karşılanması halinde suça iştirakten sorumlu olacak kimselerdir. Bu itibarla ikilik sisteminin söz konusu olduğu kanunî bir sistemde faillik dışındaki belirli iştirak şekillerine özgü, suç tiplerinden bağımsız düzenlemeler yer alır. Örneğin, ikilik sisteminin geçerli olduğu, Türk, Alman⁹⁸ ve Fransız⁹⁹ ceza kanunlarında yardım etme ve azmettirme şeklinde suça iştirak şekilleri suç tiplerinden bağımsız bir hükümle düzenlenmek suretiyle tipik olmayan belirli nitelikteki davranışların da cezalandırılması mümkün kılınmıştır.

Diğer taraftan suç tipinden bağımsız bu normlar, faillik dışındaki iştirak şekillerinden sorumluluk için yeterli değildir. Zira bu iştirak şekillerinde ilgili suç bakımından doğrudan doğruya değil; dolaylı, tâli bir sorumluluk söz konusudur. Sorumluluk, suçu işlemekten değil, suçu işleyecek olan kimseyle şahsi bağlılıktan kaynaklanır. Dolayısıyla ikilik sisteminde münferit suça iştirak şekillerinin kanunda düzenlenmesinin yanı sıra bu iştirak şekillerini gerçekleştiren kimselerin faille nasıl bir bağlılığının olacağının da belirlenmesi gerekir. Bu anlamda teklik sisteminden farklı olarak ikilik sisteminde suça iştirakte bağlılık kuralı geçerlidir¹⁰⁰.

B. İkilik Sisteminde Şeriklerin Haksızlığının Esasına İlişkin Teoriler

İkilik sisteminde fail, yani suç tipindeki davranış normunun aslî muhatabı, dışındaki kimselerin suça iştiraki durumunda, bu kimselerin normun muhatabı olmamalarına rağmen yine de ilgili suçtan cezalandırılmasının nedeninin ortaya konulması gerekir. Söz gelimi cinayette kullanılacak silahı bir başkasına veren kimse, “öldürmemelisin” davranış normunu ihlal eden olmadığına göre, bu kimse kasten öldürme suçundan -faile göre daha az da olsa- neden cezalandırılır?

Öncelikle bu sorunun yanıtlanmasında da failliğin geniş ve dar yorumunun esas alınmasına göre temelde iki farklı ihtimalin bulunduğunu belirtmek gerekir. Eğer failliğin geniş yorumu

⁹⁸ Bkz. **Weisser**, *Täterschaft*, s. 22.

⁹⁹ Bkz. **Weisser**, *Täterschaft*, s. 85. Nitekim Fransız Ceza Kanunu’nda da fail (*auteur*) ve şerik (*complice*) ayırımına yer verilmiştir. Bkz. **Özkan**, s. 74.

¹⁰⁰ **Akbulut, Berrin** (2010) "*Bağlılık Kuralı*" GÜHFD, C.XIV, S.1, ss. 167-214, s. 171; **Heine/Weißer, Schönke/Schröder**, Vorbem. § 25 ff. kn. 20; **Önder, Ayhan** (1992) Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 417.

benimsenecek olursa suça nedensel katkı, suçun işlenmesi olarak kabul edileceğinden, fail ile şerikler arasında niteliksel bir ayrım da söz konusu olmayacaktır. Bu halde şerikin de suç tipindeki davranış normuna aykırı hareket ettiği, yani tipik haksızlığı gerçekleştirdiği varsayılmış olacaktır. Oysa failliğin dar yorumundan hareket edildiğinde, suçun işlenmesi, suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirme olduğundan, suça, faillik dışında nedensel katkıda bulunanların haksızlığının ilgili suç tipinin haksızlığından ayrıştırılması gerekir. Diğer bir ifadeyle failliğin dar yorumunun esas alınması durumunda, şerikin haksızlığının münferiden değerlendirilmesi gerekir.

Geniş ve dar fail kavramlarının açıklanmasında ortaya koyduğumuz üzere biz bu hususta failliğin dar yorumunu esas aldığımızdan, şerikin davranışının, failin fiilen gerçekleştirdiği esas suçtan farklı bir davranışsal değere sahip olduğunu kabul etmekteyiz.

Literatürde bu esastan hareket eden farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. İnceleme konumuz, esasen bir aslî sorumluluk türü olarak, müşterek faillik olsa da, faillik kategorisi dışında suça iştirak edenlerin de cezalandırılmasına ilişkin bu görüşlerin kısaca ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira bu inceleme ikinci bölümde müşterek faillerin suçtan aslî sorumluluğunun belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

1. Kusura ve Haksızlığa İştirak Teorisi

Kusura iştirak teorisinde ("*Schuldteilnahmetheorie*"), şerikin işlenen suçtan dolayı cezalandırılması, faili kusurlu bir davranışa sürüklemesinden kaynaklanır¹⁰¹. Diğer bir ifadeyle şerik, faili ayartmakta, kendi kusuruna onu bulaştırmakta, onu yoldan çıkartmaktadır. Dolayısıyla, kusura iştirak teorisinde, şerikin cezalandırılmasının sebebi, suçta korunan hukukî değer ihlaline yol açmadan ziyade faili yoldan çıkarmadır¹⁰².

Bu izah, ilk bakışta azmettirme şeriklik biçimine uygun düşebilecek bir açıklama olarak görünür. Nitekim teorinin kökenlerinin de genel hukuk öğretisine ve kilise hukukuna dayanan azmettirmenin haksızlığıyla bağlantılı olduğu ifade edilmiştir¹⁰³. Gerçekten kusura iştirak teorisi, azmettirme bakımından yani suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsenin suça

¹⁰¹ Çelen, s. 59; Heine/Weißer, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 18; Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, Vor § 26, kn. 4; Renzikowski, *Restriktiver*, s. 43; Roxin, *AT-II*, § 26, kn. 16; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 70; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, kn. 867; Otto, Harro (1982) "*Anstiftung und Beihilfe*" JuS, ss. 557-566, s. 557.

¹⁰² Çelen, s. 59; Schünemann, *LK*, Vor § 26, kn. 10.

¹⁰³ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 164.

yönlendirilmesi bakımından kabul edilebilecek bir teori olarak görünür. Ancak kanaatimizce bu teoride faillik ile şeriklik adeta yer değiştirmiştir. Zira bu teoride sanki aslî sorumluluk suçu doğrudan işleyen failde değil de sırf faili suç işlemeye sürükleyen, onu kendi kusuruna bulaştıran şeriktedir¹⁰⁴. Nitekim teori bağlamında, şerikin cezalandırılmasının sebebinin, sebep olunan hak ihlali olmadığı, yalnız şerikin faili yoldan çıkarması ve suç işlemeye onu itmesi olarak belirtilmiştir¹⁰⁵.

Öte yandan, ikilik sisteminin geçerli olduğu gerek Alm. CK gerek TCK bakımından bu teori kabul edilebilir değildir. Zira iki kanun bakımından da şeriklik yalnız azmettirmeden oluşmaz bunun yanı sıra yardım etme de bir şeriklik türüdür. Yardım etmede ise suç işleme düşüncesi olmayan bir kimsenin suça sevk edilmesinden değil, en fazla var olan suç işleme düşüncesini güçlendirmeden, suç işlemeye teşvikten bahsedilebilir. Dolayısıyla kusura iştirak teorisi, yardım etme şeriklik biçiminin açıklanmasında yetersiz kalır¹⁰⁶. Ayrıca TCK m. 40 ve Alm. CK § 29’de suça iştirak edenlerin kusurlarının birbirinden bağımsız olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu hükümlerden hareketle suça iştirak edenlerin kusurunun birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği bir kanunî sistemle kusura iştirak teorisinin bağdaşmayacağı ifade edilebilir¹⁰⁷.

Nitekim bu eksiklikler nedeniyle *Trechsel*’in, kusura iştirak teorisinin modifiye edilmiş bir şeklini savunduğu görülür. *Haksızlığa iştirak teorisi* (“*Unrechtsteilnahmetheorie*”) olarak anılan¹⁰⁸ bu görüş kapsamında, yazar, “*toplumsal ayrılmaya maruz bırakma*” (“*der sozialen Desintegration*”) ¹⁰⁹ kavramını esas alarak kusura iştirak teorisini, sınırlı bağlılık kuralıyla

¹⁰⁴ Benzer yönde bkz. **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 168. *Keyman*’ın kusura iştirake ilişkin şu yorumunun da önemli olduğu kanaatindeyiz: “Suça iştirakle ilgili bazı sorunları da, fiil ile kusurluluğu birbirinden farklı olarak ele aldığımızda çözebiliriz. Nitekim, fer’i failin sorumluluğu, asli failin faaliyetine bağlıdır; fakat bu, fer’i failin sorumlu tutulabilmesi için, asli failin cezalandırılabilir olması anlamına gelmez. Bu nedenle, fiil ve kusurluluk ayrılmaz bir bütün oluşturur diyerek, iştiraki, kusurlu bir fiile katılma olarak niteleyemeyiz. Zira, kusura katılma, kavramsal olarak kabulü ve açıklanması mümkün olmayan bir şeydir. Kusur kişisel ve sübjektiftir ve psişik açıdan faille fiil arasındaki psikolojik bir ilişkiyi, normatif yönden de failin hukuken kınanabilirliğini ifade eder.” Bkz. **Keyman**, **Selâhattin** (1980) “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.37, S.1, ss. 59-105, s. 94.

¹⁰⁵ Bkz. **Schünemann**, *LK*, Vor § 26, kn. 9; **Çelen**, s. 59.

¹⁰⁶ Yardım etmenin teori kapsamında değerlendirilmesinde teorisinin yetersiz kalacağına ilişkin görüşler için bkz. **Çelen**, s. 62; **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 172; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 18; **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 71; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 867.

¹⁰⁷ Bkz. **Çelen**, s. 62.

¹⁰⁸ **Çelen**, s. 60; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, Vor § 26, kn. 6; **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 17; **Schünemann**, *LK*, Vor § 26, kn 10.

¹⁰⁹ **Trechsel**, **Stefan** (1967) *Der Strafgrund der Teilnahme*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, s. 55.

birlikte yeniden yorumlamaktadır¹¹⁰. Yazar, şerikin cezalandırılmasının sebebini, şerikin faili haksız davranışa dahil etmesinde görür. Bu teoride, failin kusurlu olması ya da cezalandırılabilir olması önem arz etmez. Örneğin azmettiren, fail akıl hastası olduğu için cezalandırılmasa da faili suça sevk etmek suretiyle, onu ceza soruşturmasına ya da güvenlik tedbirine maruz bırakarak toplumsal ayrışmasına neden olmuştur¹¹¹. Yazarın görüşleri, özellikle suça iştirak edenlerin kusurlarının birbirinden bağımsız olarak değerlendirileceği esasına uygun olsa da kusura iştirak teorisine yöneltilen diğer eleştiriler haksızlığa iştirak teorisi için de geçerli olduğunu ifade edebiliriz. Haksızlığa iştirak teorisinde de faillik ile şeriklik cezalandırma nedeni bakımından yer değiştirmiş görünmektedir. Yine yardım etmenin cezalandırılması da kusura iştirak teorisinde olduğu gibi bu teoride de yetersiz kalmıştır¹¹².

2. Başkasının Haksızlığıyla Dayanışma Teorisi

Schumann tarafından geliştirilen bu teoride¹¹³, failin ve şerikin haksızlığı birbirinden bağımsız olarak kabul edilir¹¹⁴. Yazara göre şerikin cezalandırılmasının nedeni, başkası tarafından gerçekleştirilen haksızlıkla dayanışma içinde olunmasıdır. Şerikin davranışı, bir hukuk toplumu açısından katlanılamaz bir vaka olarak görünen ve “*özel bir hareket değersizliğinden*”¹¹⁵ oluşan davranıştır¹¹⁶. Bu özel hareket değersizliği ise şerikin kasıtlı katkısı aracılığıyla başkasının kasıtlı haksızlığıyla dayanışma göstererek, kendisini onun fiiline ortak etmesidir¹¹⁷. Dolayısıyla, şerikin başkasının haksızlığıyla dayanışma içinde olması, failin haksızlığını kendi haksızlığı haline getirerek bağımsız bir haksızlığa yol açar¹¹⁸.

¹¹⁰ Trechsel, s. 54 vd.

¹¹¹ Trechsel, s. 55.

¹¹² Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, Vor § 26, kn. 6; Schünemann, *LK*, Vor § 26, kn. 10.

¹¹³ “Solidarisierung mit fremdem Unrecht als Strafgrund” bkz. Schumann, Heribert (1986) *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, J.C.B Mohr, s. 49 vd.

¹¹⁴ Çelen, s. 62; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 186; Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, Vor § 26, kn. 12; Roxin, *AT-II*, § 26, kn. 22; Schünemann, *LK*, Vor § 26, kn. 16.

¹¹⁵ “besondere Aktunwert / Handlungsunwert” bkz. Schumann, *Handlungsunrecht*, s. 49.

¹¹⁶ Schumann, *Handlungsunrecht*, s. 49. Ayrıca bkz. Çelen, s. 63; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 188; Niedermair, Harald (1995) “Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?” *ZStW*, C.107, S.3, ss. 507-544, s. 513; Roxin, *AT-II*, § 26, kn. 22; Schünemann, *LK*, Vor § 26, kn. 16.

¹¹⁷ Schumann, *Handlungsunrecht*, s. 51.

¹¹⁸ Schumann, *Handlungsunrecht*, s. 51.

Bu esastan hareketle, yazara göre, azmettirme, ancak, şu hâlde başkasının haksızlığıyla dayanışma olarak kabul edilebilecektir. Azmettirme, başkasını açık veya zımnî bir beyanla suça sevk edilmesi ve hukukî barışın bu kimsenin fiiliyle tahammül edilemez şekilde bozulması halinde söz konusu olacaktır¹¹⁹. Buradaki gereklilik beyanı azmettirme açısından önem arz etmektedir. Suçun işlenmesine ilişkin bir beyan olmaksızın, bir dayanışma olmaksızın, failin, suç işleme ihtimalinin yüksek olduğu bir duruma çekilmesi durumunda azmettirmeden bahsedilemeyecektir. Söz gelimi kıskanç bir kocanın, karısının gizli aşkını dövebilmesi için onun bulunduğu sırada eve götürülmesi durumunda, bir dayanışmadan ve dolayısıyla azmettirmeden bahsedilemeyecektir¹²⁰.

Yazara göre, yardım etme ise suçu bilinçli olarak destekleyen eylemlerin, hayatın olağan akışından saparak, suçu işleyen “yoldaşı” olarak tanımlanabileceği ve davranışın artık yardım etmeden başka makul bir saike dayandırılmayacağı durumda söz konusudur¹²¹. Bu açıdan kişinin olağan olarak kabul edilebilecek davranışları cezalandırılabilirlik alanından dışlanabilecektir. Zira faille yeterli bir dayanışma olarak kabul edilemeyecek davranışlar şerikin cezalandırılabilmesi için de yeterli kabul edilemeyecektir. Yazar, bu olağan davranışlara şu durumu örnek vermektedir¹²²: Hırdavat dükkanında çalışan bir kimse, hırsızlıkta kullanılacağını bilmesine rağmen faile tornavida satacak olursa, çalışanın faille yeterli bir dayanışma gösterdiğinden bahsedilemeyecek ve yardım eden olarak cezalandırılmayacaktır¹²³.

Şerikliğin cezalandırılmasının temeli olarak bu teorinin büyük ölçüde kabul edilmediğini ifade edebiliriz¹²⁴. Özellikle teorinin günlük, olağan davranışların, şeriklik kapsamında cezalandırılmasının engellenmesi bakımından dayandığı faille dayanışma fikrinin, bu sefer şerikin davranışının suçun işlenmesi üzerindeki etkisini geri plana ittiği belirtilmelidir. Nitekim şerikin cezalandırılmasının sebebi faille dayanışma içinde olması ise davranışının

¹¹⁹ **Schumann**, *Handlungsunrecht*, s. 51.

¹²⁰ **Schumann**, *Handlungsunrecht*, s. 52.

¹²¹ **Schumann**, *Handlungsunrecht*, s. 60.

¹²² **Schumann**, *Handlungsunrecht*, s. 54.

¹²³ **Schumann**, *Handlungsunrecht*, s. 57. Günlük davranışlardan (Alltagshandlungen) kaynaklanan bu tür katkılar suça nötr yardım olarak da ifade edilir. Bkz. **Çelen**, s. 349-353.

¹²⁴ **Çelen**, s. 64; **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 195; **Niedermair**, s. 515; **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 24; **Schünemann**, *LK*, Vor § 26, kn. 16; **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 76. Teoriye yönelik eleştiriler için bkz. **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 189-195.

suçun işlenmesi üzerinde herhangi bir etkisinin olmasına da gerek yoktur¹²⁵. Oysa manevî yardımda dahi şerikin davranışının suçun işlenmesinde etkili olması gerektiğinin kabul edilmesi gerekir¹²⁶. Aksi durumda, şeriklerin tipik haksızlıkla hiçbir bağlantısının kalmayacağı, sırf bir başkası (fail) üzerindeki dayanışma duygusu nedeniyle cezalandırılacağı varsayılacaktır.

3. Saf Neden Olma Teorisi

Bu teori, doktrinde özellikle *Lüderssen*¹²⁷ ve *Schmidhäuser*¹²⁸ tarafından savunulmuştur¹²⁹. Yazarlar, detaylarda farklılaşan görüşlere sahip olsalar da temelde şerikliğin haksızlığının failin haksızlığından tamamen bağımsız olduğunu, şerikin davranışının haksızlığının failinkinden türetilmeyeceğini savunurlar. Özetle şerik; suçun işlenmesine, hukuki değerin ihlaline nedensel bir katkıda bulunmak suretiyle bizzat kendisi bir haksızlık işlemiştir¹³⁰. Dolayısıyla, şerikin cezalandırılması için başka bir unsura gerek olmaksızın saf hukuki değerin ihlaline neden olmak yeterli kabul edilmelidir. Teorinin saf neden olma teorisi olarak adlandırılması da bu nedenledir.

Elbette bu açıklamalardan hareketle sorgulanması gereken ilk husus bağlılık kuralının yer aldığı bir kanunda, salt neden olma açıklamasının şeriklerin haksızlığına ilişkin yeterli bir açıklama olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu itibarla her iki yazar, bağlılık kuralını kendi teorileri bakımından haksızlık alanının dışına taşır.

Schmidhäuser'e göre şerik de fail gibi suçta korunan hukuki değeri bizzat ihlal etmektedir. Kanunda, şerikin davranışının failin davranışına bağlı kılınmasının yani bağlılık kuralının düzenleme alanı bulmasının ise yalnız şerikin davranışının cezalandırılabilirliği ile ilgisi vardır, yoksa davranışın haksızlığına bir etkisi yoktur¹³¹. Hatta bu açıdan yazarın, genel

¹²⁵ Bkz. *Çelen*, s. 64; *Demirel*, *Bağlılık Kuralı*, s. 195; *Jescheck/Weigend*, s. 685, dn. 5; *Roxin*, *AT-II*, § 26, kn. 24.

¹²⁶ *Roxin*, *AT-II*, § 26, kn. 24.

¹²⁷ *Lüderssen*, *Klaus* (1967) *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, Nomos, s. 119 vd.

¹²⁸ *Schmidhäuser*, *Eberhard* (1975) *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 2. Auflage, Tübingen, J.C.B Mohr, 14/56 vd.

¹²⁹ *Akbulut*, *Bağlılık Kuralı*, s. 179; *Çelen*, s. 66, 67; *Demirel*, *Bağlılık Kuralı*, s. 196; *Joecks/Scheinfeld*, *MüKo*, Vor § 26, kn. 8; *Schünemann*, *LK*, Vor § 26, kn. 11; *Taşkın Kapusuzoğlu*, s. 69.

¹³⁰ *Otto*, *Anstiftung*, s. 558.

¹³¹ *Schmidhäuser*, 14/57.

anlamda bir faillik suçu (*Täterdelikt*) ve şeriklik suçu (*Teilnehmerdelikt*) ayrımı yaptığı görülmektedir¹³².

Lüderssen de benzer şekilde, bağımsız şeriklik unsurları (“*selbständigen Teilnahmetatbeständen*”)¹³³ olduğunu varsayar ve bağıllık kuralını şeriklik alanından dışlar¹³⁴. Yazara göre, şerikin cezalandırılmasının failin işlediği esas fiile bağıllığı yalnız tabii, olgusal bir nitelik arz eder, bu durumun şerikin davranışının haksızlığına bir etkisi yoktur¹³⁵.

4. Bağıllığı Esas Alan Neden Olma Teorisi

Şeriklerin cezalandırılmasının nedeni olarak, bağıllığı esas alan neden olma teorisinin bugün için doktrinde hâkim görüş olduğu ifade edilmektedir¹³⁶. Teorinin temelde, şerikin davranışının nedenselliğinden hareket ettiğini ancak, bu esası, bağıllık kuralının gereklerine uygun olarak sınırlandırmak suretiyle şerikin haksızlığını belirlediği söylenebilir. Bu açıdan teorinin doktrinde farklı şekillerde isimlendirildiği de görülmektedir¹³⁷.

Şerik, failde tipik ve hukuka aykırı bir fiil işleme niyeti uyandırma ya da bu hususta faile manevî veya maddî bir destekte bulunma suretiyle kendi kusurundan cezalandırılır¹³⁸.

¹³² *Täterdelikt- Teilnehmerdelikt* için bkz. **Schmidhäuser**, 14/1-2.

¹³³ **Lüderssen**, s. 164.

¹³⁴ *Lüderssen* ile benzer bir görüşten hareket eden *Dencker* ise fail olmaksızın da şerikliğin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte görüşlerini *de lege ferenda* bir bakış açısıyla ortaya koymuştur. Bkz. **Dencker, Friedrich** (2002) "*Beteiligung ohne Täter*" Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, Nomos, ss. 525-537, s. 534 vd.

¹³⁵ **Lüderssen**, s. 119.

¹³⁶ Teorinin hâkim görüş olduğunu belirten yazarlar için bkz. **Akbulut**, *Bağıllık Kuralı*, s. 178; **Çelen**, s. 71; **Demirel**, *Bağıllık Kuralı*, s. 223; **Murmann, Uwe** (2021) *Grundkurs Strafrecht*, 6. Auflage, München, C.H.Beck, 6/70; **Joecks, Wolfgang/Jäger, Christian** (2021) *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, 13. Auflage, München, C. H.Beck, Vor §§ 26, 27, kn. 9; **Jescheck/Weigend**, s. 685; **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 74; **Otto**, *Anstiftung*, s. 558.

¹³⁷ *Akbulut*, teoriyi “Bağıllık Kuralına Dayalı Sebebiyet veya Nedensellik Teorisi” olarak isimlendirirken; *Çelen*, “Bağımlılığı Esas Alan Neden Olma Teorisi” olarak; *Demirel*, “Bağıllığa Yönlendirilmiş Neden Olma Teorisi” olarak; *Özkan*, “Bağıllık Kuralı Merkezli Nedensellik Teorisi” olarak; *Taşkın Kapusuzoğlu*, “Bağıllık Kuralına Dayalı Nedensellik Teorisi” olarak isimlendirmektedir. Sırasıyla bkz. **Akbulut**, *Bağıllık Kuralı*, s. 178; **Çelen**, s. 71; **Demirel**, *Bağıllık Kuralı*, s. 220; **Özkan**, s. 55; **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 74. Ayrıca teori, Alman hukukunda da yeknesak bir isimlendirmeye sahip değildir. Bkz. **Demirel**, *Bağıllık Kuralı*, s. 221, dn. 188; **Murmann**, *Grundkurs*, 6/71, dn. 204.

¹³⁸ **Çelen**, s. 71; **Heine/Weißer, Schönte/Schröder**, Vorbem §§ 25 ff. kn. 15; **Jescheck/Weigend**, s. 685; **Kühl**, *AT*, 6/132; **Murmann**, *Grundkurs*, 6/70.

Dolayısıyla şerikin, failin işlediği/ işleyeceği suça ilişkin kastının varlığı gerekir. Diğer bir ifadeyle şerikin davranışının sübjektif unsuru failin icra edeceği suça yönelik olmalıdır.

Bağlılığı esas alan neden olma teorisinde, şerik suç tipinin dayandığı davranış normunu kendisi ihlal etmez; şerikin davranışının haksızlığı, davranış normunu ihlal eden faile tesir etmesinden kaynaklanır¹³⁹. Bu itibarla, şerikliğin haksızlığı, failin işlediği suçun haksızlığından türeyen bir özellik arz edecek ve aynı zamanda bu suçun haksızlığına bağlı olacaktır¹⁴⁰. Dolayısıyla bu teoride, saf neden olma teorisinden farklı olarak şerikin bağımsız bir haksızlığı söz konusu değildir¹⁴¹.

5. Bağlı Hukuki Değere Saldırı Teorisi

Şerikliğin haksızlığına ilişkin bu teori; saf neden olma teorisıyla, bağlılığı esas alan neden olma teorisinden izler taşıyan karma bir teoridir¹⁴². Şerik, ne yalnız faile bağlılığı nedeniyle cezalandırılır ne de tamamen failden bağımsız bir haksızlık gerçekleştirdiğinden bahisle cezalandırılır. Bu açıdan teori, karma neden olma teorisi olarak da adlandırılmıştır¹⁴³.

Bu itibarla teori kapsamında, şerikin işlenen suçtan sorumluluğuna gidilmesinde esasen iki hat söz konusudur¹⁴⁴. Birinci hat, bağlılık kuralından kaynaklanır. Zira bağlılık kuralı gereğince şerik, yalnız failin -en azından- tipik davranışı gerçekleştirmesi durumunda cezalandırılabilir. İkinci hat ise failden bağımsız olarak, şerikin davranışının doğrudan suça korunan hukuki değerle bağlantısından kaynaklanır. Dolayısıyla, korunan hukuki değere saldırının şerike de isnat edilebilmesi; şerikin, hukuki değeri faille birlikte ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerekir¹⁴⁵.

¹³⁹ Jeschke/Weigend, s. 685.

¹⁴⁰ Kühl, Kristian (2014) "Täterschaft und Teilnahme" JA, S.9, ss. 668-674, s. 669; Kühl, AT, 6/132.

¹⁴¹ Schünemann, LK, Vor § 26, kn. 14.

¹⁴² Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 180; Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 234; Joecks/Scheinfeld, MüKo, Vor § 26, kn. 13; Kühl, AT, 6/132; Schünemann, LK, Vor § 26, kn. 17.

¹⁴³ Bkz. Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 180; Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 234; Ekici Şahin, Meral (2015) "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti" AÜHFD, C.64, S.3, ss. 637-686, s. 644; Kühl, Täterschaft, s. 669; Özkan, s. 57.

¹⁴⁴ Şerikliğin haksızlığına ilişkin bu iki hatlı görüş taraftarlarına şu yazarlar örnek verilebilir: Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 180; Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 243 vd; Heine/Weißer, Schöne/Schröder, Vorbem §§ 25 ff. kn. 16; Hoyer, Andreas (2017) "Täterschaft und Teilnahme" Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 9. Auflage, Köln, Carl Heymanns, Vor § 26, kn. 21; Jakobs, AT, 22/9; Özkan, s. 57; Roxin, AT-II, § 26, kn. 11; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 68.

¹⁴⁵ Kühl, AT, 6/132; Roxin, AT-II, § 26, kn. 11.

Teori taraftarlarından *Roxin*, özellikle iki örnek bakımından şeriklerin, failden bağımsız olarak da hukuki değere saldırılarının söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtir. Bunlardan birincisi ajan provokatör olarak anılan duruma ilişkindir¹⁴⁶. Ajan provokatör veya gizli soruşturmacı bir kimseyi suçüstü yakalamak amacıyla onu suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye sevk eden kimsedir. Dolayısıyla ajan provokatör esasen bir başkasını suça azmettiren olarak kabul edilebilecektir. Ancak ajan provokatörlerin kastı suçun tamamlanmasına değil teşebbüs aşamasında kalmasına yöneliktir. Gerek Alm. CK. gerek TCK açısından azmettirenin cezalandırılabilmesi için failin davranışının en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiğinden; ajan provokatörün de bu şekilde cezalandırılması gerekecektir. İşte bu noktada *Roxin*, ajan provokatörün hukuki değeri ihlal etmek istememesinden, bilakis hukuki değeri korumak amacıyla davranışı gerçekleştirdiğinden azmettiren olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Böyle bir sonuca ise ancak şerikin failden bağımsız olarak da hukuki değere saldırı gerçekleştirdiğinin kabul edilmesiyle ulaşılabilecektir. İkinci örnek ise rızanın geçerli olamayacağı bir halde mağdurun kendi beden bütünlüğüne saldırı konusunda faili azmettirmesi haline ilişkindir¹⁴⁷. Örneğin, bir kimse, askerlik hizmetinden kaçmak amacıyla bir başkasından kendisini sakat bırakmasını istediğinde, yaralamayı gerçekleştiren kişi bu konuda mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğinden fail olarak sorumludur¹⁴⁸. Şu hâlde kendisinin yaralanması konusunda başkasını azmettiren kişi bağlılık kuralı gereği sorumlu olmalıdır. Ancak şerikin haksızlığının esasının yalnız bağlılık kuralından değil aynı zamanda hukuki değeri failden bağımsız şekilde ihlal ettiğinin kabul edilmesi durumunda örnek olayda yaralanan kişi azmettiren olarak kabul edilemeyecektir. Zira bu durumda şerikin kendisi bakımından bağımsız bir hukuki değere saldırı niteliğinde davranışı söz konusu değildir.

Roxin, bu itibarla şerikin bağımsız şekilde hukuki değere saldırısının, bağlılık kuralının aksine kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da genel isnadiyet kuralı çerçevesinde sorumluluk açısından ayrıca irdelenmesi gereken bir durum olduğunu belirtmiştir. Buna göre şerikin

¹⁴⁶ **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 8.

¹⁴⁷ **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 8.

¹⁴⁸ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (Resmî Gazete: 29044, 28.06.2014) m. 79: “Kendisini kasten sakatlayan veya her hangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”. Kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Değirmenci, Olgun** (2016) Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 306-315.

kasten hareket etmesi gerekliliği, aynı zamanda onun kasten izin verilmeyen bir risk yaratması anlamına gelecektir ve bu itibarla hukuki değere yönelik bağımsız bir saldırının varlığı şerikin cezalandırılabilirliği için gerekli olacaktır¹⁴⁹.

6. Değerlendirme

Görüldüğü üzere, şeriklerin haksızlığına ilişkin teorilerde birbirinden farklı birçok görüş ortaya konulmuş olsa da bu görüşlerde temelde şeriklerin failden bağımsız bir haksızlığının olup olmadığı merkezî sorundur. Bu açıdan yukarıdaki teorileri üçlü bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür. Birincisi, şeriklerin bağımsız bir haksızlığı olduğunu kabul ederken ikincisi şeriklerin haksızlığının ikincil nitelikte, failin gerçekleştirdiği haksızlığa bağlı, dolaylı bir haksızlığı olduğunu kabul eder. Nihayet üçüncüsü ise karma bir görüş olarak şeriklerin hem doğrudan hem de dolaylı bir haksızlığı olduğunu varsayar.

Hemen ifade etmek gerekir ki bu üçlü ayrım, bizce, şerikliğin tamamen failden bağımsız bir haksızlığı olduğunu kabul etmek en başta bağlılık kuralının yer aldığı bir kanunî sistemde bu kuralı anlamsızlaştıracak bir yoruma neden olacak hem de daha temelde failliğin dar yorumu bakımından bir çelişki oluşturacaktır. Şöyle ki, şerikin haksızlığının failin haksızlığına bağlı olduğunu kabul etmek, bağlılık kuralının yer aldığı bir kanunî sistemde şeriklerin haksızlığının esasına ilişkin olarak *de lege lata* bir bakış açısıyla daha yerinde bir görüş olacaktır. Zira her ne kadar, aşağıda görüleceği üzere, bağlılık kuralının farklı seviyelerde görünüm biçimi söz konusu olsa da şerikin cezalandırılabilmesi için en azından failin tipik fiili gerçekleştirmesi veya buna teşebbüs etmesi gerekir. Öte yandan, failliğin dar yorumundan hareket edilmesinin bir sonucu olarak da şerikin haksızlığının failin haksızlığına bağlı bir haksızlık olarak kabul edilmesi gerekecektir¹⁵⁰. Zira suçun işlenmesi sırf neticeye neden olmaya indirgenemeyecekse, suçu işleyen kimse yalnız failse, tipik haksızlıktan fail dışındaki kimselerin sorumluluğu da ancak faile bağlılıkları ile sağlanabilecektir. Bu açıdan da kanunda şerikliğe ilişkin hükümler, bağlılık kuralı vasıtasıyla cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir fonksiyona sahip olacaktır.

Bu itibarla, şerikliğin haksızlığını tamamen bağımsız olarak kabul eden; kusura ve haksızlığa iştirak teorisi, başkasının haksızlığıyla dayanışma teorisi ve saf neden olma teorisinin

¹⁴⁹ Roxin, *AT-II*, § 26, kn. 9.

¹⁵⁰ Bkz. Gropp, Walter/Sinn, Arndt (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Springer, § 10, kn. 230.

şerikliğin haksızlığına ilişkin yeterli bir açıklama getirmediğini düşünmekteyiz. Nitekim bu teoriler doktrinde de azınlıkta kalan görüşler olmuştur.

Bu açıklamalardan hareketle, şerikin faile bağlı, dolaylı, tâlî haksızlığının yanı sıra bağımsız doğrudan bir haksızlığının da bulunup bulunmadığının esas olarak incelenmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Bağlılığı esas alan neden olma teorisinin kabul edilmesi durumunda şerikin bağımsız bir haksızlığı olmadığı varsayılmış olacakken, karma bir teori olarak bağlı hukuki değere saldırı teorisinin kabul edilmesi durumunda şerikin ayrıca bağımsız bir haksızlığının da bulunduğu varsayılmış olacaktır.

Kanaatimizce, bu ayrımında, şerikin bağlı haksızlığının yanı sıra bağlı olmayan bir haksızlığının da bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira her ne kadar şerikin cezalandırılabilmesi açısından bağlılık kuralından vazgeçilemese de bu durum bağlılık kuralının var olduğu her halde şerikin haksızlığının gerçekleştiğini göstermeyecektir. Zira şerikin gerek azmettirme gerek yardım etme bakımından failin işleyeceği suça yönelik kastının da olması gerekir¹⁵¹. Dolayısıyla, bu gereklilik, sırf failin fiiline etki eden nedensel nitelikte bir davranışın şeriklik için yeterli olmadığını gösterir. Şeriklikteki işlenecek suça yönelik kastın bulunması, failin fiilini aşan, şeriki doğrudan suçta korunan hukukî değere bağlayan, davranışının bu değere saldırı olarak kabul edilmesini sağlayan bir özellik arz etmektedir.

C. İkilik Sistemi ve Bağlılık Kuralı

1. Bağlılık Kuralının Esası

İkilik sisteminin geçerli olduğu bir kanunî sistemde, fail dışında suça belirli şekillerde iştirak edenlerin, yani şeriklerin (azmettiren ve yardım eden), cezalandırılabilmesi için failin fiiline bağlı bir haksızlık gerçekleştirmesi gerektiği ifade edilmişti. Nitekim failliğin dar yorumunun esas alınması durumunda suçu işleyen, yani suçun dayanağı davranış normunu ihlal eden, neticeye katkıda bulunan değil; yalnızca suç tipinin unsurlarını gerçekleştiren kimse olacağından, bu kimseler dışında nedensel katkıda bulunanların, ilgili suçtan cezalandırılması da ancak suç tipini gerçekleştiren kimsenin fiiline belirli bir bağlılığının olması halinde mümkün olacaktır.

¹⁵¹ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 50, kn. 6.

İşte doktrinde bağıllık kuralı olarak zikredilen hukukî kurum da şeriklerin, bu şekilde, failin işlediği suçtan cezalandırılmasına ilişkin ortak şartı temsil etmektedir¹⁵². Diğer bir ifadeyle azmettiren veya yardım edenin suça katkıları nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için bağıllık kuralının gereklerinin mevcut olması gerekir. Bu gereklilikler ise bağıllık kuralının farklı görünüm biçimleri bakımından değişiklik gösterdiğinden aşağıda ilgili başlıkta ele alınacaktır.

Ancak öncelikle, bağıllık kuralının, suç teorisi bakımından nasıl bir cezalandırma boşluğunu doldurduğunu, bu kuralın suça iştirak meselesi bakımından nasıl bir fonksiyon icra ettiğini ele almak gerekir.

2. Bağıllık Kuralının Fonksiyonu

Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, bağıllık kuralı, şeriklerin cezaî sorumlulukları bakımından çifte fonksiyona sahiptir¹⁵³.

Bunlardan birincisi ve belki de en önemlisi, şeriklerin tipik olmayan, yani suçun kanunî tanımı kapsamında değerlendirilemeyen davranışlarının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak suça ve cezada kanunîlik ilkesine uygunluğunu sağlamaktır¹⁵⁴. Zira, madem hukuk devletinin bir gereği olarak hangi fiillerin suç teşkil ettiği ve bu fiillerin işlenmesi sonucu uygulanacak yaptırımın ne olduğu kanunda açıkça gösterilmelidir, öyleyse kanunda açıkça belirtilen fiili işlememekle birlikte, bu fiile katkıda bulunanların da hangi şartlarda cezalandırılabilceğinin kanunda gösterilmesi gerekir. İşte bu gerekliliğin bir sonucu olarak, örneğin, TCK'nın 40. maddesinde şeriklerin cezalandırılabilmesi bakımından kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin var olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, bağıllık kuralı ilk fonksiyonunu, şeriklerin cezalandırılabilmesinin dayanağı olması itibarıyla icra etmektedir¹⁵⁵.

Bağıllık kuralı, ikinci fonksiyonunu ise özgü suçlar bakımından, suçun kanuni tanımında belirtilen nitelikleri taşımayan, yani özel faillik vasfına sahip olmayan kimselerin suça

¹⁵² Çelen, s. 138; Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 485; Maurach, s. 539.

¹⁵³ Akbulut, *Bağıllık Kuralı*, s. 190; Bloy, *Beteiligungssform*, s. 212; Demirel, *Bağıllık Kuralı*, s. 271; Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 485; Özgenç, *Faillik*, s. 142.

¹⁵⁴ Kühl, *AT*, 6/134.

¹⁵⁵ Çelen, s. 131; Özgenç, *Faillik*, s. 142.

iştiraki halinde bunların cezaî sorumluluğunun sağlanmasında icra etmektedir¹⁵⁶. Zira özgü suçlarda yalnız özel faillik vasfını haiz kimse fail olabilecektir. Örneğin, TCK m. 247’de düzenlenen zimmet suçunda, fail yalnız, kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunması halinde, bu kimsenin zimmet suçunda fail olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. İşte bu şekilde, kanunda aranan vasıflara sahip olmayanların suçun işlenmesine nedensel bir katkıda bulunması halinde, tek başına suçun kanunî düzenlemesi kapsamında cezaî sorumluluğunun temellendirilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, bu kimselerin sorumluluğu ancak şeriklik hükümlerine göre belirlenebilecektir. Nitekim TCK’nın 40. maddesinde de özgü suçlarda özel faillik vasfını taşımayan kimselerin suça iştiraki durumunda azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğun söz konusu olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla özgü suçlarda, şeriklik hükümlerinin devreye girmesinin bir sonucu olarak, özel faillik vasfı taşımayan kimselerin (yani şeriklerin) suça iştiraki durumunda, bu vasfı taşıyan kimselerin fiiline bağlı oldukları kabul edilmiş olacaktır. Dolayısıyla bağlılık kuralı, özgü suçlarda özel faillik vasfının yerine geçen bir fonksiyon icra etmektedir.

3. Bağlılık Kuralının Görünüm Biçimleri

Şeriklerin cezalandırılabilirliği esas olarak, failin işlediği esas suça bağlılığından kaynaklandığına göre bu bağlılığının ne derecede veya hangi nitelikte gerçekleşmesi gerektiğinin de belirlenmesi gerekir. Bu bakımdan temelde, şerikin sorumluluğunun mevcut olabilmesi için failin işlediği fiil bakımından dört derece düşünülebileceği belirtilmektedir¹⁵⁷.

Bunlardan birincisinde, şerikin sorumluluğu için, failin davranışının, suçun kanunî tanımına uygun fiil olması yani tipikliğin gerçekleşmesi yeterli kabul edilmiştir. Bağlılık kuralının bu görünümü, doktrinde *asgari veya minimal bağlılık kuralı* olarak ifade edilir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 212.

¹⁵⁷ Bu derecelendirme ilk defa doktrinde M. E. Mayer tarafından yapılmıştır. Bkz. Mayer, Max Ernst (1915) *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg, C. Winters, s. 391. Aktaran: Bockelmann, Paul (1949) *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen, Verlag Karl Friedrich-Fleischer, s. 1; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 313.

¹⁵⁸ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 180; Çelen, s. 136; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 315; Evik, *Suçta İştirake Yardım*, s. 85; Özkan, s. 60.

İkinci olarak, *sınırlı veya limit bağlılık kuralı* olarak adlandırılan görünüm biçimi söz konusu olabilir. Buna göre, şerikin cezalandırılabilmesi için, failin davranışının suçun kanunî tanımındaki fiile uygun olmasının yanı sıra failin bu fiile ilişkin kastının da mevcut olması ve bunlar dışında işlenen tipik fiilin hukuka da aykırı olması aranır¹⁵⁹.

Üçüncü olarak, sınırlı bağlılık kuralında aranan şartların yanı sıra, yani failin kasten ve hukuka aykırı olarak işlemiş olduğu haksızlık bakımından ayrıca kusurlu olması da bağlılık kuralı kapsamında kabul edilebilir¹⁶⁰. Bağlılık kuralının bu şekli ise *katı bağlılık kuralı* olarak anılır.

Nihayet bağlılık kuralının dördüncü ve son şekli *aşırı bağlılık kuralı* olarak anılan şeklidir. Bu görünüm şeklinde, şeriklerin cezalandırılabilmesi için artık esasen failin de cezalandırılabilir olması gerekir¹⁶¹. Buna göre fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen haksızlığın yanı sıra failin bu haksızlıktan kusurlu olarak addedilebilmesi ve bunun da ötesinde cezalandırılabilirliğin diğer şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla fail, kusurlu olsa dahi, bir şahsi cezasızlık sebebinin ya da cezayı kaldıran şahsi sebebin varlığı nedeniyle cezalandırılabilir değilse¹⁶², şerikin faile bağlılığından bahsedilemeyecek ve işlenen haksızlıktan dolayı şerikin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Şeriklerin cezalandırılması bakımından failin fiilinin niteliğine ilişkin bu derecelendirmelerden iki farklı uçta bulunan asgari bağlılık kuralı ve aşırı bağlılık kuralının kanun koyucular tarafından tercih edilmediği¹⁶³ ve güncel tartışmalar bakımından da önemli olmadığı belirtilmiştir¹⁶⁴. Gerçekten de her iki görüş de esasen şeriklerin cezalandırılabilmesi açısından arzu edilmeyecek sonuçlara neden olacaktır. Asgarî bağlılık kuralında, şeriklerin cezalandırılabilmesi için tipik davranışın yeterli görülmesi sonucunda, failin fiili bakımından bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olduğu halde dahi şeriklerin cezalandırılması gerekecektir. Diğer taraftan aşırı bağlılık kuralında ise, söz gelimi cezayı

¹⁵⁹ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 180; Çelen, s. 137; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 320; Evik, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 86; Özkan, s. 60.

¹⁶⁰ Çelen, s. 135; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 325; Evik, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 86; Özkan, s. 62.

¹⁶¹ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 329.

¹⁶² Cezalandırılabilirliğin şartlarından kabul edilen objektif cezalandırılabilme şartlarının asgari bağlılık kuralı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira objektif cezalandırılabilme şartı, zaten failin şahsından bağımsız olarak gerçekleşmesi gerektiğinden, şerikin faile bağlılığıyla ilgisi bulunmamaktadır. Bkz. Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 329.

¹⁶³ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 314, 328.

¹⁶⁴ Önder, Ayhan (1992) Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III, 2. Bası, İstanbul, Beta, s. 448.

kaldıran şahsî bir sebep olarak failin etkin pişmanlıktan yararlandığı ve sonuç olarak cezalandırılmadığı bir durumda şerikin de cezalandırılmaması gerekecektir. Oysa gerek şahsî cezasızlık sebebinde gerek cezayı kaldıran şahsî sebepte kanun koyucu, kişinin doğrudan şahsına bağlı birtakım hususların varlığı durumunda yalnız bu şahsın cezalandırılmamasını sağlayacak düzenlemeler getirmektedir. Dolayısıyla bu yönde bir düzenlemenin mevcudiyeti halinde ayrıca bağlılık kuralının kabul edilmesi, kanun koyucunun esasen haksızlık teşkil eden bir davranış bakımından şahsa bağlı öngördüğü birtakım hallerin, şeriklere de aktarılması şeklinde bir tutarsızlığa yol açacaktır.

Bu itibarla, bağlılık kuralının görünüm biçimleri bakımından esas önemli olan unsurun, şeriklerin cezalandırılabilmesi açısından failin kusurunun mevcudiyeti olduğu ifade edilebilir. Zira katı bağlılık kuralında, sınırlı bağlılık kuralında aranan tipik ve hukuka aykırı fiilin yanı sıra işlenen haksızlık bakımından failin kusurlu da olması gerekir. Ancak hemen belirtmeli ki bağlılığın derecesi temelde kanun koyucunun takdirine bağlıdır¹⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, her ne kadar şeriklerin failin fiiline bağlılığı, şerikliğin tabii bir sonucu olarak, şerikliğin esasından kaynaklanan bir durum olsa da, bu bağlılığın failin fiiline ne derecede bağlı olacağı kanun koyucunun takdirindedir¹⁶⁶.

Bu açıdan, hukukumuz bakımından *de lege lata* bir değerlendirme yapacak olursak, TCK'nın 40. maddesinin 1. fıkrasındaki “*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*” hükmüyle sınırlı bağlılık kuralı kabul edilmiştir¹⁶⁷. Zira hükümden de görüleceği üzere şerikin sorumluluğu bakımından hem failin cezalandırılabilirliğine ilişkin kişisel nedenler hem de failin kusuru dışlanmıştır. Dolayısıyla, Türk kanun koyucusu, şerikin cezalandırılabilmesi için, failin fiilinin haksızlık teşkil etmesini yeterli görmüştür¹⁶⁸. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki şerikin cezalandırılabilirliği failin fiiline bağlı olduğuna göre şeriklik için bu fiilin suç yolunda hangi aşamada olduğunun da belirlenmesi gerekir. Bu

¹⁶⁵ **Roxin, Claus** (1985) “*Täterschaft und Teilnahme*” Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter, Vor § 26, kn. 18.

¹⁶⁶ **Bockelmann**, *Täterschaft*, s. 1; **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 311.

¹⁶⁷ **Akbulut**, *Bağlılık Kuralı*, s. 182; **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 334; **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 52.

¹⁶⁸ **Koca/Üzülmüş**, *Genel Hükümler*, s. 487.

husus, doktrinde bağıllık kuralının niceliksel gerekliliği olarak anılır¹⁶⁹. Türk kanun koyucusu, asıl fiilin niceliği bakımından, suçun tamamlanmasını aramamış ve failin teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığı durumunda şeriklerin cezalandırılabilceğini kabul etmiştir. Nitekim TCK'nın 40. maddesinin 3. fıkrasında “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması” gerektiği hüküm altına alınmıştır.

4. Bağıllığın Konusu

Bağıllık kuralının görünüm biçimlerinden de anlaşıldığı üzere bağıllığın konusu, kanun koyucunun takdirine göre geçerli olacak bağıllığın görünüm şekline göre yani kanunda şeriklerin sorumluluğu bakımından failin fiili için aranan nitelik bakımından değişiklik arz edecektir. Dolayısıyla ilk bakışta, bağıllık kuralı, şerikin fail ile bağıllığını, başka bir deyişle onunla kişisel bir ilişkide olmasını ifade ediyor gibi görünse de esasen bağıllıktan maksat, failin fiilin niteliğine ilişkindir. Bu bağlamda özellikle Türk Ceza Kanunu'nda, sınırlı bağıllık kuralı geçerli olduğundan, hukukumuz açısından bağıllığın konusu failin tipik ve hukuka aykırı fiilidir.

D. Alman Ceza Kanunu Örneği

Alman Ceza Kanunu'nun § 25 ila § 31 arasında düzenlenen iştirak hükümlerine bakıldığında, kanunun ikilik sistemine dayanan bir düzenleme şekline sahip olduğu görülür¹⁷⁰. Nitekim § 25'te faillik (*Täterschaft*) düzenlenmişken, suça diğer iştirak şekilleri ya da diğer bir ifadeyle şeriklik (*Teilnahme*) şekilleri § 26'da azmettirme (*Anstiftung*) ve § 27'de yardım etme (*Beihilfe*) olarak hüküm altına alınmıştır¹⁷¹. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kanunda, taksirli suçlar bakımından iştirak şekillerine ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Zira azmettirme ve yardım etme şeriklik şekillerinde, kanuni tanımları itibariyle, davranışların kasten işlenen bir suça yönelik olması gerekir. Bu anlamda Alman

¹⁶⁹ Demirel, *Bağıllık Kuralı*, s. 334; Koca/Üzülmmez, *Genel Hükümler*, s. 488; Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 53, kn. 1; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 104.

¹⁷⁰ Krey/Esser, s. 348, kn. 783; Köhl, *AT*, § 20, kn. 8; Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 18.

¹⁷¹ Eryıldız, H. Sefa (2016) *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht*, Hamburg, Dr. Kovac Verlag, s. 20-21; Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, Vor § 26, kn. 1; Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 18.

Ceza Kanunu'nda, taksirli suçlar bakımından, teklik esasının geçerli olduğu belirtilmektedir¹⁷².

Alman Ceza Kanunu § 25'te ise faillik üç şekle ayrılmıştır¹⁷³. Bunlardan ilki § 25 I'de suçu bizzat işleyen olarak tanımlanan doğrudan fail iken; ikincisi suçu başka biri vasıtasıyla işleyen kişi olarak dolaylı faildir. Nihayet üçüncüsü, suçu birlikte işleyenlerden her biri olarak tanımlanan müşterek faildir. Her bir faillik türü için "işlemek" (*begehen*) ifadesi tercih edilerek, failliğin yalnız neticeye sebebiyet vermeden ibaret olmadığı, failin suçun objektif ve sübjektif tüm unsurlarını gerçekleştirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır¹⁷⁴. Bu açıdan Alman Ceza Kanunu'nun failliğin dar yorumuna dayandığı ve azmettirme ile yardım etme şeriklik hallerinin cezalandırılabilirliği genişleten hükümler olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁵.

Şeriklerin haksızlığının esası bakımından Alman ceza hukuku literatüründe farklı görüşler olsa da bu görüşlerden özellikle "bağlılığı esas alan neden olma teorisiyle"¹⁷⁶, "bağlı hukuki değere saldırı"¹⁷⁷ teorilerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Nitekim § 26 ve § 27'de tek başına başkasının haksızlığına neden olmanın azmettiren veya yardım edenin cezaî sorumluluğu bakımından yeterli olmadığı, ancak belirli nitelikteki şeriklik davranışlarının cezalandırılabilmesi için failin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesi gerekir. Bu

¹⁷² **Hoyer, SK**, Vor § 25, kn. 5; **Krey/Esser**, § 24, kn. 786; **Waßmer, Martin** (2020) "Täterschaft und Teilnahme" (Ed. **Leipold, Klaus/ Tsambikakis, Michael/ Zöller, Mark Alexander**) Anwaltskommentar StGB, 3. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, Vor § 25, kn. 31. Azmettirme ve yardım etme iştirak şekillerinin, taksirli suçlar alanında mümkün olmadığı hususunda Alman literatüründe bir tartışma olmasa da aynı durumun müşterek faillik için geçerli olmadığını belirtmeliyiz. Doktrinde azınlıkta da olsa taksirli suçlar alanında da müşterek failliğin mümkün olduğunu belirten görüşler söz konusudur. Hatta bu görüşlerin Alman doktrininde giderek daha fazla yazar tarafından benimsendiği de görülmektedir. Bu görüşler için bkz. **Kraatz, Erik** (2006) Die fahrlässige Mittäterschaft, Berlin, Duncker & Humblot, s. 110 vd.

¹⁷³ **Heine/Weißer, Schönke/Schröder**, § 25, kn. 1; **Roxin, AT-II**, § 25, kn. 11.

¹⁷⁴ **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, § 16, kn. 796.

¹⁷⁵ **Gropp/Sinn, AT**, § 10, kn. 230; **Hoyer, SK**, Vor § 25, kn. 4.

¹⁷⁶ Bu görüş taraftarlarına şu yazarlar örnek verilebilir: **Eisele, Baumann/Weber/Mitsch**, § 26, kn. 2; **Jescheck/Weigend**, s. 685; **Kühl, Kristian** (2018) "vor § 13-46" (Ed. **Kühl, Kristian/ Heger, Martin**) Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, C.H.Beck, Vor § 25, kn. 8; **Otto, Grundkurs**, § 22, kn. 7.

¹⁷⁷ Alman doktrininde hâkim görüş olan bu teori taraftarları için bkz. **Jakobs, AT**, 22/8; **Joecks/Scheinfeld, MüKo**, § 26, kn. 16; **Rengier, Rudolf** (2019) Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München, C.H.Beck, § 45, kn. 2; **Roxin, AT-II**, § 26, kn. 11 vd; **Murmann, Satzger/Schluckebier/Widmaier**, Vor §§ 25 ff. kn. 17; **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, kn. 868; **Heinrich, AT**, kn. 1276.

açından Alman Ceza Kanunu bakımından şerikliğin haksızlığı bakımından failin fiiline bağlılık önem arz etmektedir. Diğer taraftan şeriklerin failden bağımsız bir haksızlıklarının olup olmadığı Alman ceza hukuku literatüründe tartışmalıdır. Bu noktada kanunî düzenleme bakımından, § 30'un şeriklerin bağımsız haksızlıkları bakımından önemli bir hüküm olduğunu ifade etmek gerekir¹⁷⁸. Bu hükme göre, bir kimse; bir başkasını suç işlemeye azmettirmeye teşebbüs ederse teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere bu hükümle birlikte akim kalmış azmettirmenin cezalandırılması mümkün kılınmıştır¹⁷⁹. Dolayısıyla Alman Ceza Kanunu bakımından azmettirme şeriklik şekli bakımından failin tipik ve hukuka aykırı bir fiili olmasa dahi, cezalandırılması mümkün kılınmıştır. Bu anlamda, Alman Ceza Kanunu'nda şeriklerin haksızlığı bakımından bağlı hukuki değere saldırı teorisine yaklaşan bir tercihte bulunulduğu ifade edilebilir. Diğer taraftan, böyle bir hükmün yardım etme şeriklik türü için Kanun'da yer almadığını belirtmek gerekir¹⁸⁰.

Bağlılık kuralı bakımından ise, TCK'da olduğu şekliyle, açıkça bağlılık kuralı başlığını taşıyan bir hükme yer verilmemiş olsa da gerek azmettirme bakımından gerek yardım etme bakımından ilgili düzenlemelerde (§ 26, § 27) "kasten işlenen hukuka aykırı fiile yardım etme" ve "azmettirme" ifadeleri kullanılmıştır. Diğer taraftan § 29'da suça katılanların her birinin kendi kusuruna göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu itibarla, Alman Ceza Kanunu'nda şeriklerin cezalandırılması bakımından sınırlı bağlılık kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir¹⁸¹.

E. İkilik Sistemine Yönelik Eleştiriler

İkilik sistemine yönelik en temel eleştiri, bu sistemin faillik ve şerikliğin ayrılması bakımından belirli kriterleri gerekli kılması ve bu kriterlerin herkesi tatmin edecek nitelikte ortaya konulamamasıdır¹⁸². Oysa ikilik sistemindeki faillik ile şeriklik şeklinde bir ayrıma

¹⁷⁸ Çelen, s. 80; Heine/Weißer, Schönke/Schröder, Vor. §§ 25 ff. kn. 24.

¹⁷⁹ Eryıldız, H. Sefa (2016) "Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (ALM. CK m. 26)" Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.120, ss. 38-49, s. 40; İnci, Zekiye Özen (2020) "Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)" Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, ss. 913-980, s. 938; Tokdemir, s. 110.

¹⁸⁰ Özkan, s. 72; Tokdemir, s. 113.

¹⁸¹ Heine/Weißer, Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 22; Joecks/Scheinfeld, MüKo, Vor § 26, kn. 18; Waßmer, Anwaltkommentar, Vor § 25, kn. 29.

¹⁸² Kunter, Nurullah (1947) "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza" İÜHFM, C.13, S.1, ss. 65-94, s. 78-80.

gidilmesinin salt dogmatik, kavramsal bir anlamı olduğu ve bilakis teklik sisteminde iştirakçilerin tamamının aynı ceza çerçevesinden sorumlu olarak yüksek bir dogmatik çabaya gerek olmaksızın cezaların bireyselleştirilmesini azami düzeyde sağladığı ifade edilmiřtir¹⁸³. Örneğın, suçun işlenmesi bakımından yardım edenin fail kadar önemli bir rolü olduğu bir halde, ikilik sistemi bakımından kanunda yardım eden için zorunlu indirim öngörölmüşse, cezanın bireyselleştirilmesi de sınırlanmış olacaktır.

Diğeri bir eleştiri ikilik sistemindeki bağlılık kuralı nedeniyle, failin suçu işlememesi halinde, kendi katkısını halihazırda sunmuş olan şerikin cezalandırıl原因amasıdır¹⁸⁴.

Üçüncü olarak yine bağlılık kuralının bir sonucu olarak şeriklerde bulunan cezayı arttıran veya azaltan nitelikli hallerin faillere sirayet etmemesi de ikilik sisteminin sakıncası olarak ifade edilmiřtir¹⁸⁵.

IV. Değeriendirme

Teklik sisteminde fail, nedensellikten hareketle tespit edilse de bu durum suçun gerçekileşmesinde nedensel her hareketin faillik kapsamına alındığı anlamına gelmez. Teklik sisteminde de hareket ile netice arasındaki bağ, hukuki bir değeriendirmeye tâbi tutulur ve davranışın hukuka aykırı bir risk oluşturması gerekir. Dolayısıyla davranış nedensel olmakla birlikte, objektif isnadiyet değeriendirmesinden geçemeyen katkılar bakımından teklik sisteminde de faillik değeriendirmesi yapılamayacaktır¹⁸⁶. Ancak kanaatimizce bu durum sisteme yönelik belirlilik ilkesine aykırılık eleştirisini bertaraf edecek nitelikte değildir. Zira objektif isnadiyet değeriendirmesini yapacak olan yine hâkimdir. Dolayısıyla bu hâlde dahi cezaî sorumluluğun sınırını belirleme, büyük ölçüde kanun koyucudan hâkime devredilerek kanunilik ilkesini zedeleyecektir.

¹⁸³ Kienapfel, *AT*, s. 547.

¹⁸⁴ Evik, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 35.

¹⁸⁵ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (1994) *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 11. Bası, İstanbul, Beta, s. 460.

¹⁸⁶ Renzikowski, teklik sisteminde de geçerli olan objektif isnadiyet teorisi nedeniyle, suçta her türlü katkının eşdeğer haksızlık oluşturduğuna yönelik eleştirinin göreceli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 12. Yine teklik sistemini savunan Kienapfel de gerek şekli teklik sisteminde gerek fonksiyonel teklik sisteminde nedensellik ve objektif isnadiyet düşüncesinin etkili olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kienapfel, *Prinzip*, s. 5.

Nitekim, bu temel itiraz bakımından ve cezalandırılabilirliği sınırlamak açısından fonksiyonel teklik sistemi geliştirilmiştir. Bu sistemle, kanunda farklı faillik biçimleri öngörülerek ve böylece farklı faillik biçimleri bakımından cezanın ağırlaştırılması ve hafifletilmesi nedenlerine yine kanunda yer verilerek, hâkimin yetkisinin kaynağının kanunun kendisi olması amaçlanmıştır. Ayrıca bağıllık kuralının eksikliği nedeniyle ortaya çıkan cezalandırılabilirlik alanının aşırı genişlemesi sorunu fonksiyonel teklik sistemiyle öngörülen neticesiz “yardım etme failliği”¹⁸⁷ kategorisindeki teşebbüsün cezalandırılabilirlik alanının dışına çıkarılmasıyla çözülmüştür¹⁸⁸. Yine bağıllık kuralının eksikliğiyle ortaya çıkan özgü suçlardaki cezalandırma boşluğu meselesi ise kanunda özel hüküm öngörülmesiyle ortadan kaldırılmıştır¹⁸⁹.

Ancak geliştirilen bu sistemle, esasen, teklik sisteminin özüne aykırı olacak şekilde kısmi bir bağıllık kuralı öngörülmüştür. Akim kalmış yardım niteliğindeki hareketler, cezalandırılabilirlik alanının dışına çıkarılarak, esasen bu hareketlerin suçu doğrudan işleyen failin fiiline bağlı kılındığı görülmektedir. Yine özgü suçlar bakımından da yardım etme ve azmettirme niteliğindeki davranışlar, bu nitelikleri taşıyan failin fiiline bağıllığı sağlanmıştır.

Teklik sistemine yönelik eleştiriler fonksiyonel teklik formuyla birçok açıdan karşılanmıştır. Ancak teklik sistemine dahil edilen bu yenilikler sistemi tutarsız kılmanın yanı sıra sistemin vadettiği esneklikten de uzaklaşılmasına neden olmuştur¹⁹⁰. Fonksiyonel teklik sistemiyle de ikilik sisteminde olduğu gibi suça katılım biçimleri öngörülür. Ancak bu biçimlerin belirlenmesi suçun haksızlık alanından çıkarılarak cezanın belirlenmesi aşamasına aktarılır. Diğer bir ifadeyle ikilik sistemindeki katılım biçimlerinin ayrıştırılmasına ilişkin çaba cezanın belirlenmesi aşamasına ötelenir ve hâkime aktarılır. Böylelikle suç tipinin hareket haksızlığı da devre dışı bırakılarak, tipikliğin uyarı fonksiyonu zedelenmiş olur.

¹⁸⁷ Örneğin yukarıda gösterildiği üzere Av. CK § 12 “*Beitragstäterschaft*” kategorisi bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. *Birinci Bölüm, § 2, II, C. Avusturya Ceza Kanunu Örneği*.

¹⁸⁸ **Kienapfel**, *Prinzip*, s. 6.

¹⁸⁹ Örneğin yukarıda açıklanan Av. CK § 14’teki düzenleme. Bkz. *Birinci Bölüm, § 2, II, C. Avusturya Ceza Kanunu Örneği*.

¹⁹⁰ *Önder* de suça iştirak edenler arasında ayırım yapmayan bir sistemin iştirak müessesesi bakımından bir açıklık ve kolaylık getirebileceğini, ancak diğer taraftan bu sistemin hem küçümsemeyecek derecede zorlukları olduğunu hem de suça iştirakte ikili ayırımın hukukçuların bir buluşu olmadığını, toplumsal bilince yerleşmiş bir müessese olduğunu dolayısıyla bu şekilde bir ayırım yapmayan sistemin ideal olmadığını savunmaktadır. Bkz. **Önder**, *Genel Hükümler*, s. 436.

Sonuç olarak, bu teorik çelişkiler bir yana, teklik sistemi, suça birden fazla kişinin katılımında, bu kimselerin sorumluluğunun daha zahmetsiz bir şekilde belirlenmesine de hizmet eden bir sistem olarak görünmemektedir¹⁹¹. Bu sistemle, katılım şekillerine ilişkin sorumluluğun tespiti yalnızca ötelenmekte ve cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasına taşınmaktadır.

Kanaatimizce ikilik sistemiyle suçu işleyen fail ile suçun işlenmesine belirli şekillerde katkıda bulunanların henüz haksızlık aşamasında ayrılmasıyla, kanunda tipleştirilen davranışın sınırları netleşmiş, cezaya layık haksızlığın sınırı net bir biçimde çizilmiş böylece bireylerin davranışlarını düzenlemesi için daha geniş bir özgürlük alanı bırakılmıştır. Bu anlamda ceza hukuku kapsamında suçta ve cezada kanunilik ilkesinden vazgeçilmediği sürece ikilik sisteminden vazgeçilmesi de bizce mümkün değildir¹⁹².

§ 3. TÜRK CEZA KANUNU'NDA SUÇA İŞTİRAK ŞEKİLLERİ

I. İştirak Hükümlerine İlişkin Sistematik

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37 ilâ 41. maddeleri arasında düzenlenen iştirak hükümlerine bakıldığında, üç temel iştirak şeklinin olduğu görülmektedir. Bunlar 37. maddede düzenlenen faillik, 38. maddede düzenlenen azmettirme ve 39. maddede düzenlenen yardım etmedir. Yine burada 40. maddenin başlığının ise bağlılık kuralı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu hükümlerden hareketle Türk Ceza Kanunu'nda ikilik sisteminin benimsendiğini ifade edebiliriz¹⁹³. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, teklik sisteminde suça iştirak edenlerin tamamı, esasen fail olarak kabul edildiğinden, bu sistemde bağlılık kuralına ihtiyaç yoktur¹⁹⁴.

¹⁹¹ Bkz. **Dietz**, s. 110. *Roxin* de fiil hâkimiyeti teorisinin gelişimi ve 1871 tarihinde yürürlüğe giren Alman Ceza Kanunu'nun iştirake ilişkin hükümleriyle birlikte iştirak şekillerinin ayırımına ilişkin tartışmaların suç teorisinin diğer alanlarından daha fazla olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Roxin**, *LK*, Vor § 25, kn. 8.

¹⁹² *Weisser*, İtalya'da, Ulusal Faşist Parti (*Partito Nazionale Fascista*) iktidarı döneminde, 1930 tarihinde yürürlüğe giren (*Rocco*) Ceza Kanunu'nun kendinden önceki (*Zanardelli*) Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, baskıcı ihtiyaçları karşılamak üzere ikilik sistemi yerine teklik sistemini benimsediğini belirtmiştir. Yine yazar, ikilik sisteminin beşiği olduğunu ifade ettiği İtalyan hukuk geleneğinin bugün hala yürürlükte olan söz konusu kanunla, tek tip faillik sistemini benimsemesini şaşırtıcı bulmaktadır. Bkz. **Weisser**, *Täterschaft*, s. 98.

¹⁹³ Ancak belirtmek gerekir ki Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesinde, kabahat türünden haksızlıklar için teklik sistemi öngörülmüştür. Bkz. **Akbulut, Berrin** (2022) Kabahatler Hukuku, Ankara, Adalet, s. 435; **Çelen**, s. 414; **Kangal, Zeynel T.** (2022) Kabahatler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 237.

¹⁹⁴ **Akbulut**, *Bağlılık Kuralı*, s. 170; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem. § 25 ff. kn. 20.

Son olarak TCK'da suça iştirak, genel anlamda cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmemiştir¹⁹⁵. Ancak bazı suçlarda, suçun “*birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*” cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak düzenlendiği görülmektedir¹⁹⁶.

II. İştirak Şekillerinin İkili Ayrımı

Türk Ceza Kanunu'nda suça iştirak faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılır¹⁹⁷. Ancak Kanun'un herhangi bir kısmında “*şeriklik*” ibaresi yer almaz¹⁹⁸. Diğer taraftan TCK'nın muhtelif maddelerinin gerekçelerinde¹⁹⁹ şeriklik ifadesinin kullanıldığı ve azmettirmeyi düzenleyen 38. maddenin 3. fıkrasında²⁰⁰, şerik ibaresi yer almasa da “*fail veya diğer suç ortağı*” ifadesinin kullanıldığı görülür. Kanun'un lafzına ilişkin bu açıklamalar bir yana TCK'da faillik ve şeriklik şeklinde ayırım olduğu öğretide büyük ölçüde kabul edilir²⁰¹. Yargıtay'ın da pek çok kararında bu ayrımı zikrettiğini belirtmek gerekir²⁰².

Kanun'da hem bağıllık kuralı düzenleme alanı bulmuş hem de faillik dışında azmettirme ve yardım etme şeklinde suça iştirak şekilleri yer almıştır. Her ne kadar Kanun'da azmettirenin işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı (TCK m. 38/1) belirtilse de esasen azmettiren de yardım eden gibi suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirmez ve cezası bağıllık kuralının gereklerinin mevcudiyeti ile sağlanır. Dolayısıyla azmettiren ve yardım eden, fail dışındaki

¹⁹⁵ Çakır, s. 28.

¹⁹⁶ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 2, VII. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşleme Nitelikli Halini İhtiva Eden Suçlar.

¹⁹⁷ Çelen, s. 86; Balcı, Meral (2022) Ceza Hukukunda Bağıllık Kuralı Kapsamında Azmettirme, Ankara, Adalet, s. 30; Demirbaş, Timur (2023) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 544; Hakeri, Genel Hükümler, s. 509; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 451; Özgenç, Genel Hükümler, s. 595; Öztürk/Erdem, kn. 707.

¹⁹⁸ Alman Ceza Kanunu'nda da TCK'ya benzer şekilde iştirak şekilleri, faillik (*Täterschaft*, § 25), azmettirme (*Anstiftung*, § 26) ve yardım etme (*Beihilfe*, § 27) olarak düzenlese de özel kişisel unsurlar başlığını taşıyan § 28'de failliğin dışındaki iştirak şekilleri “*Teilnahme*” (Türk doktrininde bu ifade şeriklik olarak çevrilmektedir), kavramıyla ifade edilmiştir. Bkz. Öztürk/Erdem, kn. 708.

¹⁹⁹ Bu hususta, TCK'nın 40, 283, 284 ve 321 inci maddelerinin gerekçelerine bakılabilir. Bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

²⁰⁰ TCK m. 38/3: “Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”

²⁰¹ Çakır, s. 33; Çelen, s. 86; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 450; Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 533; Sarigül, s. 47; Tokdemir, s. 41.

²⁰² “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Kanun'daki “asli iştirak-feri iştirak” ayrımı terk edilerek suça iştirakte, faillik ve şeriklik ayrımı öngörülmuş, azmettirme ve yardım etme şeriklik kavramı içinde değerlendirilmiştir”. Bkz. YCGK, 18.04.2019, E. 2018/189, K. 2019/350.

suç ortakları (veya şerikler) olarak kabul edilecek ve suça iştirak bakımından Kanun'da ikili bir ayırım ortaya çıkacaktır.

Bağlılık kuralının görünüm biçimleri başlığında da zikredildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nda sınırlı bağlılık kuralı geçerlidir²⁰³. Nitekim TCK'nın 40. maddesinde, suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterli görülmüş ve cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler ile suça iştirak edenlerin kusurlarının birbirinden bağımsız değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bağlılık kuralının niceliksel gerekliliği bakımından ise 40. maddenin 3. fıkrasında failin ilgili suça teşebbüs etmesinin yeterli olacağı belirtilmiştir.

Yine ikilik sisteminin bir sonucu olarak suçtan doğrudan doğruya sorumlu olan fail dışında suça katılan diğer kimselerin, yani şeriklerin, haksızlığının esasının da Türk Ceza Kanunu bakımından belirlenmesi gerekir. Bu itibarla, azmettirme ve yardım etme şeriklik şekilleri bakımından bağlılık kuralının gerekleri dışında failden bağımsız bir cezaî sorumluluğunun TCK'da öngörülmediği görülmektedir²⁰⁴. Dolayısıyla, şeriklerin haksızlığının esasının TCK ışığında bir yorumla, bağlılığı esas alan neden olma teorisine yakın olduğu ifade edilebilir. Ancak, kanaatimizce, ikilik sisteminin tercih edildiği bir kanunî sistemde, fail dışında suça iştirak eden kimselerin, failin hangi nitelikteki davranışı sonucu sorumlu olacakları, yani bağlılık kuralının hangi görünüm biçiminin tercih edileceği kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte, fail dışındaki bu kimselerin haksızlığının esas kanun koyucunun takdirinde değildir. Zira her hâlükârda, azmettiren ve yardım edenin bağlılık kuralının gerekleri dışında, failin işlediği suça ilişkin kastının da mevcut olması gerekir. Dolayısıyla şerikler, suçla korunan hukukî değere, faille olan bağlılıklarının yanı sıra doğrudan bağımsız nitelikte bir saldırı da gerçekleştirmektedirler. Bu açıdan, TCK'da tercih edilen ikilik sisteminin bir sonucu olarak kanaatimizce şeriklerin sorumluluğu da bağlı hukukî değere saldırı olarak kabul edilmelidir.

²⁰³ Akbulut, *Bağlılık Kuralı*, s. 182; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 486; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 334; Taşkın Kapusuzoğlu, s. 52, 101.

²⁰⁴ Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere Alman Ceza Kanunu § 30'da, azmettirilen kimsenin ilgili suça teşebbüs etmediğinde dahi cezalandırılması öngörülmüştür. Bu hususta ayrıca bkz. Çelen, s. 80; Özkan, s. 72; Tokdemir, s. 109-113.

III. Faillik

Faillik, Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Maddede dikkat çeken ilk husus, failliğin tek bir görünüm biçimi olmadığıdır. Nitekim maddenin 2. fıkrasında suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. Kanunda bu faillik şeklinin doğrudan nitelemesi yapılmasa da bu sorumluluk şeklinin dolaylı faillik arz ettiği hususunda herhangi bir şüphe yoktur²⁰⁵. Nitekim madde gerekçesinde, 2. fıkrada dolaylı failliğin düzenlendiği belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'un, iftira suçunu düzenleyen 267. maddesinin 4. fıkrasında ve yalan tanıklığı düzenleyen 272. maddesinin 5. fıkrasında açıkça “*dolaylı fail*” kavramına yer verilmiştir. Bu itibarla, TCK'nın failliğin bir görünüm biçimi olarak dolaylı failliği kabul ettiğini ifade edebiliriz.

TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında ise “*suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” ifadesiyle, failliğin diğer bir görünüm biçimi olan müşterek faillik düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde, madde metninde, açıkça müşterek fail ifadesi zikredilmemiş olsa da; gerekçede²⁰⁶, birinci fıkradaki durumun müşterek fail sorumluluğuna ilişkin olduğu belirtilmiştir²⁰⁷. Öte yandan, denetim görevinin ihmalî suçu (TCK m. 251/1)²⁰⁸, rüşvet suçu (TCK m. 252/5, 6)²⁰⁹ ve nüfuz ticareti suçu (TCK m. 255/4, 5)²¹⁰ kapsamında, “*müşterek fail*” kavramına yer verilmiştir. Bu

²⁰⁵ Aydın, s. 146; Özyüksel, Özgün (2021) Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik, Ankara, Seçkin, s. 39; Yılmaz, Zahit (2022) Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Ankara, Adalet, s. 87.

²⁰⁶ Dolaylı faillik bakımından TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “*Maddenin ikinci fıkrasında, dolaylı faillik düzenlenmiştir. Kişi suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusudur*”.

²⁰⁷ TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “*maddenin birinci fıkrasına göre suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır*”.

²⁰⁸ TCK m. 251: “(1) Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.”

²⁰⁹ TCK m. 252: “(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. (6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.”

²¹⁰ TCK m. 255: “(4) Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişi, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır. (5) Nüfuz ticareti ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.”

düzenlemelerden hareketle TCK’da dolaylı failliğin yanı sıra müşterek failliğin de suça iştirak bakımından bir sorumluluk şekli olduğu belirtilmelidir.

Dikkat edileceği üzere TCK’nın 37. maddesinin başlığı “*faillik*” olsa da bu maddede failliğin bir tanımına yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, failliğin görünüm biçimleri olan dolaylı faillik ve müşterek faillik bu maddede düzenlenmiş olsa da doğrudan veya müstakil faillğe ilişkin Kanun’da bir tanım yapılmamıştır. Doğrudan veya müstakil faillikten maksat Kanun’da tarif edilen haksızlığı yalnız başına gerçekleştirmedir²¹¹. Suçun kanuni tanımındaki “*kişi*”, “*kimse*” gibi ifadeler de tipik fiilin işlenmesi bakımından doğrudan veya müstakil faillğe işaret eder²¹². Bu noktada 37. maddenin gerekçesine bakıldığında, “*suçun kanunî tanımında öngörülen fiili gerçekleştiren kişi(nin) fail*” olarak tanımlandığı görülmektedir. Gerçekten, Kanun’da faillik açıkça tanımlanmamış olsa da müşterek faillğe ilişkin 37. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemenin genel anlamda faillik bakımından da yol gösterici olduğu söylenebilir.

Her şeyden önce ilgili düzenlemeden, kanun koyucunun failliğin kapsamına ilişkin iki temel yorum yönteminden dar fail kavramını esas aldığı ifade edilebilir²¹³. Zira Kanun, müşterek failliğin tanımında, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili*” gerçekleştirenlerin fail olabileceğini kabul etmiştir. Bu anlamda, faillik için doğrudan, suçun kanunî tanımı esas alınmış, hukukî değerin ihlaline yol açacak nedensel bir davranış, faillik için yeterli kabul edilmemiştir. Dolayısıyla TCK’nın 37. maddesinin 1. fıkrasındaki müşterek faillğe ilişkin düzenleme, doğrudan faillik için de geçerli olabilecek önemli bir kritere işaret eder: Faillik, suçun kanunî tanımıyla sınırlıdır. Bir suçta fail, suçun objektif ve sübjektif unsurlarını gerçekleştiren kimsedir.

Türk Ceza Kanunu’nda failliğin dar yorumu esas alınmış olsa da bu durum, faillik için suçun kanunî tanımındaki fiilin her durumda bizzat gerçekleştirilmesini gerektirmez. Zira Kanun, her şeyden önce, 37. maddenin 2. fıkrasındaki dolaylı faillik düzenlemesiyle, suçun kanunî tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmese de bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle de failliğin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Yine, suçun kanunî tanımındaki fiilin bir

²¹¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 595, 598.

²¹² Çelen, s. 52-53.

²¹³ Çakır, s. 23; Dülger, Murat Volkan (2023) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 743; Özkan, s. 9; Roxin, Claus/Isfen, Osman (2005) “*Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches*” GA, ss. 228-243, s. 239; Sözüer, Adem (2007) “*Die Reform des türkischen Strafrechts*” ZStW, C.119, S.3, ss. 717-749, s. 735; Yılmaz, *Dolaylı Faillik*, s. 100.

başkasıyla müştereken işlenmesi halinde de suça iştirakte fail sorumluluğunun mevcut olacağı hüküm altına almıştır. Dolayısıyla TCK kapsamında gerek dolaylı failliğin gerek müşterek failliğin salt münferit suç tiplerinin tanımından hareketle belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim, TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde, müşterek faillik ve dolaylı faillik için suçun kanunî tanımındaki fiilin bizzat icra edilmesinden değil, bu fiil üzerindeki hâkimiyetten bahsedilmiştir. Gerekçeye göre, müşterek faillikte, suçun kanunî tanımındaki fiil üzerinde ortak bir hâkimiyet; dolaylı faillikte ise suçun icra hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve onun hareketinin üzerinde bir hâkimiyet söz konusu olmalıdır:

“Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. ...

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.”

Görüldüğü üzere gerekçede faillığe, suçun kanunî tanımını genişleten bir anlam verilmiştir. Doktrine göre de TCK'da failliğin belirlenmesinde fiil hâkimiyeti teorisini esas alınmıştır²¹⁴.

Kanaatimizce, gerekçedeki ifadeler bir yana, salt Kanun metninden hareketle fiil hâkimiyeti teorisinin esas alındığını söylemek mümkün değildir²¹⁵. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Kanun metninden sadece dar fail kavramından hareket edildiği ve failliğin suç tipindeki fiili bizzat icra etmeyle sınırlı olamayacağı söylenebilir. Nitekim özellikle, Alman hukukunda

²¹⁴ Çakır, s. 49; Çelen, s. 100; Dülger, Murat Volkan (2005) "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, ss. 85-137, s. 18; Evik, Suça İştirakte Yardım, s. 120; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453; Özgenç, Genel Hükümler, s. 598; Özyüksel, s. 38; Sarıgül, s. 126; Tokdemir, s. 42.

²¹⁵ Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kanun'da açıkça fiil hâkimiyeti kuralına yer verildiği kanaatindedir. Örneğin bkz. YCGK, E. 2018/145, K. 2020/116, T. 20.02.2020: "5237 sayılı kanunda açıkça yer verilen fiili hâkimiyet kuralı..."

ortaya çıkan ve zaman içerisinde yine Alman hukukunda geliştirilen bu teorinin aşağıda müşterek failliğin hukuki esasına ilişkin görüşler başlığında görüleceği üzere farklı yorumları da mevcuttur²¹⁶. Diğer taraftan, müşterek faillik ve dolaylı faillik Kanun’da düzenleme alanı bulmuş olsa da fiil hâkimiyetinin üç görünüm şeklinden biri olan ve harekete hâkimiyeti temsil eden doğrudan faillik Kanun’da tanımlanmamıştır²¹⁷.

Son olarak ifade etmek gerekir ki; TCK’da, doktrinde yan yana faillik (*Nebentäterschaft*) olarak anılan durum tabii olarak düzenleme alanı bulmamıştır. Zira yan yana faillikte birden fazla kimse birbirinde bağımsız olarak, birlikte suç işleme kararı olmaksızın, aynı konu üzerinde aynı suçu aynı anda işlemektedir²¹⁸. Bu anlamda yan yana faillik esasen birden fazla kimsenin birbirinden bağımsız olarak doğrudan fail sıfatını haiz oldukları durumlarda kullanılan bir kavramdır²¹⁹. Dolayısıyla yan yana faillik, genel anlamda failliğin özel bir görünüm biçimi değildir²²⁰.

IV. Şeriklik

A. Azmettirme

Azmettirme şeriklik şekli TCK’nın 38. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Ceza hukuku anlamında azmettiren, bir kimseyi suç işleme hususunda karar verdirerek suçun işlenmesine onu sevk eden kimse olarak kabul edilir²²¹. Dolayısıyla, azmettirme şeriklik türünün varlığı için failde suç işlemeye ilişkin bir fikir bulunmamalı; azmettiren failde bu

²¹⁶ Bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, §1, I. Müşterek Failliği Hâkimiyet Kavramından Hareketle Açıklayan Görüşler*.

²¹⁷ Oysa Alman Ceza Kanunu’nda doğrudan failliğin de tanımlandığı görülmektedir. Alm. CK. § 25 I’de suçu bizzat kendisi işleyen kimsenin fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ancak doğrudan failliğin kanunda açıkça tanımlanmasının Alman ceza hukuku bakımından tarihî bir nedenden kaynaklandığı da söylenebilir. Zira aşağıda görüleceği üzere 1975 yılındaki değişiklikten evvel gerek İmparatorluk Mahkemesi’nin gerek Federal Mahkeme’nin, bazı kararlarında suçu bizzat kendisi işleyenleri, icra hareketlerini bizzat icra edenleri fail olarak değil şerik olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümle suçu bizzat icra edenin fail olarak kabul edilmesine ilişkin kanun koyucunun açık bir iradesi söz konusu olmuştur. 1975 yılındaki değişiklikten önce yürürlükte olan ve failliği düzenleyen § 47’de ise yalnız cezalandırılabilir davranışı birlikte icra eden kişilerin her birinin fail olarak cezalandırılacağı hükmü yer almıştır.

²¹⁸ **Özgenç**, *Faillik*, s. 277.

²¹⁹ **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 2.

²²⁰ **Krey/Esser**, § 29, kn. 982.

²²¹ Kanunlaşmış olmasa da 5237 sayılı TCK’nın hükümet tasarısının 40. maddesinin 2. fıkrasında azmettiren tanımlanmıştır. Tasarıdaki ifade şu şekildedir: “*bir kimseyi suç işlemesi için karar verdiren kişiye azmettiren denilir*”.

fikri uyandırmak suretiyle onu suça sevk etmelidir. Bu açıdan azmettirmenin suça yalnız manevî nitelikte bir katkı olduğu söylenebilir²²². Elbette suç işleme fikri olmayan bir kişiyi suça sevk eden azmettiren, daha sonra suçun işlenmesi bakımından araç sağlamak veya suçun icrasını kolaylaştırmak şeklinde maddî nitelikte katkıda da bulunabilir. Ancak bu durum, kişinin azmettiren sıfatını ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan, faili suç işlemeye sevk eden azmettirenin daha sonra bu suçun icrasına katılması halinde, her ne kadar azmettirme sıfatı ortadan kalkmış olmasa da failliğin şerikliğe aslîliği kuralı²²³ gereğince, ilgili suçtan diğer şartların da varlığı halinde yalnız müsterek fail olarak sorumlu tutulabilecektir²²⁴.

Faili suç işlemeye sevk etme, azmettirme sorumluluğu için yeterli değildir. Azmettirenin bu hususta kastının da bulunması gerekir. Ancak bu kast, faildeki gibi yalnız suçun unsurlarını bilme ve isteme olarak tezahür etmez. Azmettirenin çifte kasta sahip olması gerekir²²⁵. Bunlardan birincisi kendi davranışına ilişkin kasttır. Yani kişi, bir başkasını azmettirdiğini bilmeli ve istemeli veya en azından bu hususta olası kastı bulunmalıdır. Ancak azmettirme kastı, belirsiz, herhangi bir suçun işlenmesine yönelik değildir. Dolayısıyla, azmettirenin failin işleyeceği suçu da bilmesi ve istemesi gerekir²²⁶. İşte bu çifte manevî unsur, kast, gerçekleşmediği sürece icra edilen davranış, objektif açıdan bakıldığında bir azmettirme davranışı olarak görünse de manevî unsur eksikliğinden ilgili kişinin herhangi bir cezaî sorumluluğu doğmayacaktır. Diğer taraftan azmettirenin kastı, kendi sorumluluk alanını da belirlemektedir. Fail, azmettirenin kastettiğinden fazlasını veya bir başka suçu gerçekleştirmişse, azmettiren yalnız kendi kastettiği kısımdan sorumlu olacaktır²²⁷.

Kast dışında, azmettirilen suçtaki, amaç, saik gibi diğer sübjektif unsurların ise azmettirende gerçekleşmesi gerekmemektedir²²⁸. Azmettirenin yalnız, bu sübjektif unsurların failde mevcut olduğunu bilmesi yeterlidir. Söz gelimi bir kimseyi hırsızlık suçuna azmettiren kimsenin kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak maksadına sahip olması gerekmez iken, failin bu maksatla başkasının taşınabilir bir malını zilyedinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden aldığını bilmelidir. Tabii bu duruma benzer şekilde, özgü suçlar

²²² Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 628; Özkan, s. 88; Tokdemir, s. 51.

²²³ Bkz. İçel, Kayıhan (1972) Suçların İçtimai, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 214.

²²⁴ Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 503.

²²⁵ Özkan, s. 114; Tokdemir, s. 53; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, kn. 888.

²²⁶ Özkan, s. 115.

²²⁷ Özkan, s. 117; Tokdemir, s. 328.

²²⁸ Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, kn. 888.

bakımından da azmettirenin, suç tipinde öngörülen özel şahsî bir vasfı taşımasına da gerek yoktur, zira azmettiren fail değil, şeriktir.

Son olarak azmettiren, suçtan aslen sorumlu fail olmadığından, bir şerik olarak sorumluluğu için bağıllık kuralının gereklerinin de mevcut olması gerekir²²⁹. Niceliksel açıdan, failin davranışı, azmettirilen suç bakımından en azından teşebbüs aşamasına varmış olmalıdır. Niteliksel açıdan ise sınırlı bağıllık kuralı gereği, failin davranışı tipik ve hukuka aykırı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, azmettirenin sorumluluğu için, failin suç teşkil eden bir haksız davranışı veya bu davranışa teşebbüsü söz konusu olmalıdır²³⁰. Dolayısıyla, azmettiren, suç tipinde öngörülen amaç, saik gibi diğer sübjektif unsurun veya özel şahsî vasfın, failde mevcut olduğunu tasavvur etmesine rağmen; gerçekte bunlar mevcut değilse, failin davranışı tipik kabul edilemeyeceğinden, bağıllık kuralı gereği, azmettirenin de sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Azmettirenin cezası, TCK m. 38/1’de faille eş tutulmuştur. Azmettiren, fail tarafından işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Bu hüküm bakımından ilk bakışta azmettirenin Kanun’da faillik seviyesine yükseltildiği ve bir şeriklik türü olmadığı düşünülecek olsa da doktrinde de ifade edildiği üzere cezalandırmaya ilişkin bu belirleme ceza siyasetine ilişkin bir tercih olup, azmettirmenin suça iştirak bakımından niteliğini değiştiren bir unsur olarak kabul edilemez²³¹. Gerçekten, Türk Ceza Kanunu, bağıllık kuralını kabul eden, dar faillik kavramını esas alan ve ikilik sistemine dayanan bir kanun olduğundan, suç tipini gerçekleştirmeyen bir iştirakçinin bu kanun kapsamında fail olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira suç tipini işleyen fail ile diğer suça katılım şekillerine ilişkin ayırım, sayılan bu özellikleri taşıyan bir kanunda, cezanın belirlenmesi aşamasında değil; bundan evvel, tipiklik aşamasında değerlendirilecektir.

TCK m. 38/2’de azmettirenin faile nazaran artırılmış cezadan sorumlu olacağına ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır. Buna göre, üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Ayrıca bir çocuğun suça azmettirilmesi durumunda anılan bu artırımın yapılabilmesi için altsoy-üstsoy ilişkisinin aranmayacağı da aynı fıkra da belirtilmiştir. Madde gerekçesinde ise “*bu durumlarda azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin*

²²⁹ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 628.

²³⁰ Öztürk/Erdem, kn. 763.

²³¹ Aydın, s. 166; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 630.

hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesi” olduğu belirtilmiştir. Doktrinde bu hüküm hem suça iştirakin teorik esaslarıyla bağdaşmaması yönüyle hem de artırımın ceza siyasetiyle izahının güç olması bakımından haklı olarak eleştirilmiştir²³².

B. Yardım Etme

Türk Ceza Kanunu’nda kabul edilen diğer şeriklik türü ise yardım etmedir. Kanunda, yardım etme niteliğindeki suça iştirak şekli, azmettirmeye kıyasla çok daha geniş olarak düzenlenmiştir. Öyle ki suçun işlenmesine katkı sağlayan bir kimse azmettiren veya fail olmadıkça yardım eden olarak değerlendirilebilecektir²³³. Nitekim, azmettirmede suça yalnız manevî nitelikte bir katkı söz konusu iken, yardım etmede, suça katkı maddî veya manevî nitelikte olabilir.

TCK’nın 39. maddesinin 2. fıkrasında yardım etme niteliğindeki suça katkı şekilleri sayılmış durumdadır²³⁴. Bu katkı şekillerini, faile maddî veya manevî destek olarak ikiye ayırmak mümkündür. Manevî destek niteliğindeki davranışlar şunlardır: *suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek*. Maddî nitelikteki davranışlar ise şunlardan ibarettir: *fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak*.

Dikkat edilecek olursa, Kanun’da, yardım niteliğindeki davranışlar, azmettirmeden farklı olarak, doğrudan sayılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki, sayılan davranış biçimleri o derece geniştir ki, faillik ve azmettirme arz etmeyen her suça katkının yardım etme kapsamında değerlendirilmesi mümkündür²³⁵. Dolayısıyla yardım etme niteliğindeki suça iştirak davranışlarının tespiti için failliğin alanının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu konuda, Türk ceza hukuku literatüründe ağırlıklı olarak fiil hâkimiyeti teorisinden hareketle, yardım edenin suça hâkimiyet kurmayacak şekilde katkıda bulunması gerektiği

²³² Aydın, s. 224-225; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 503-506; Özgenç, Genel Hükümler, s. 630.

²³³ Çelen, s. 108.

²³⁴ Alman Ceza Kanunu § 27’de ise yardım etme (*Beihilfe*) şeriklik türü bakımında TCK’daki gibi yardım etme şeklindeki suça katkıların nelerden ibaret olduğu belirtilmemiştir. Yardım eden (*Gehilfe*), bir başkasının kasten işlenen hukuka aykırı fiiline kasten yardımda bulunan olarak tanımlanmıştır.

²³⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 506.

belirtilmektedir²³⁶. Ancak ifade etmekte gerekir ki fiil hâkimiyeti görüşü bugün için doktrinde hâkim görüş olsa da failliğin esasının açıklanmasına ilişkin farklı görüşler de mevcuttur. Bu konu aşağıda faillik teorileri başlığında ele alınacaktır²³⁷.

Yine de burada şu durum belirtilebilir, yardım eden olarak sorumluluk için suçun icrasından önce fiile katkıda bulunmak mümkün olduğu gibi suçun icrası sırasında da katkı da bulunulabilir. Nitekim TCK m. 39/2’de suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunma bu sorumluluk şekli için kabul edilmiştir.

Ayrıca, elbette yardım edenin cezaî sorumluluğundan bahsedebilmek için davranışının suçun işlenmesi bakımından nedensel de olması gerekir. Ancak yardım edenin davranışını, faildeki gibi suçun işlenmesi bakımından olmazsa olmaz şart olarak düşünmemek gerekir²³⁸. Yardım edenin katkısı suçun işlenmesi için vazgeçilmez nitelikte olabileceği gibi bu niteliği taşımamakla birlikte suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran davranışlar da yardım etme olarak kabul edilmelidir²³⁹. Ancak yeniden belirtmek gerekir ki, yardım etmenin sınırı ancak failliğin alanının belirlenmesi ile ortaya çıkacaktır.

Yardım etme şeriklik şeklindeki manevî unsur da tıpkı azmettirmede olduğu gibi çifte kasttır²⁴⁰. Yardım eden, hem kendi davranışı açısından bir başkasına yardım ettiğini bilmeli ve bunu istemelidir hem de failin işleyeceği/ işlemekte olduğu suçun unsurlarını bilmeli ve istemelidir. Diğer taraftan manevî unsur bakımından failin ise bir başkasının suçun işlenmesi konusunda kendisini desteklediğini, yardım ettiğini bilmesine gerek yoktur²⁴¹. Fail, yardımın varlığından haberdar olmasa bile suçu destekleyen kimse yardım eden olarak sorumlu olabilecektir.

Bağlılık kuralı bakımından ise azmettirmede olduğu gibi yardım etmeden sorumluluk için failin tipik ve hukuka aykırı bir davranışı veya bu davranışa teşebbüsü söz konusu olmalıdır.

²³⁶ **Demirbaş**, s. 567; **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 506; **Öztürk/Erdem**, s. 433.

²³⁷ Bkz. *Birinci Bölüm, § 4 Genel Faillik Teorileri*.

²³⁸ **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 184.

²³⁹ **Çelen**, s. 323; **Öztürk/Erdem**, s. 436.

²⁴⁰ **Çelen**, s. 111.

²⁴¹ **Çelen**, s. 275; **Evik**, *Suçta İştirake Yardım*, s. 192.

Son olarak, yardım edenin cezaî sorumluluğu ise azmettiren farklı olarak işlenen suçun cezasının indirilmiş şeklinden olacaktır²⁴². Cezanın indirilmesi bakımından hâkime takdir yetkisi de tanınmamıştır. Müşterek Failliğin Bağımsız Bir Faillik Şekli Olarak Ortaya Çıkışı

§ 4. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN BAĞIMSIZ BİR FAİLLİK ŞEKLİ OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI

I. Genel Açıklama

Bir suçun işlenmesine birden fazla kişinin katılımı durumunda, suça katılanların sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği, ceza hukuku bakımından yakın zamanlarda ortaya çıkmış bir mesele değildir. İştirak öğretisinin gelişimine baktığımızda, tarih boyunca, meseleciler, suç tipini esas alan bir açıklama yönteminden, gittikçe daha soyut ve suç tiplerinden bağımsız bir açıklama yöntemine doğru gelişim olduğu görülmektedir. Günümüzde hala üzerinde ittifak edilmiş bir iştirak teorisi bulunmasa da suça iştirakte farklı sorumluluk kategorilerine ilişkin kavramsallaştırmada büyük ölçüde birliğin olduğu görülmektedir. Bir tarafta suçtan doğrudan sorumlu olan; doğrudan fail, dolaylı fail ve müşterek fail kavramları söz konusu iken; diğer tarafta suçtan dolaylı olarak sorumlu olan azmettiren ve yardım eden kavramları söz konusudur.

Suçta iştirake ilişkin bu kavramsal ayrım ve bu kavramların yeknesak bir tanıma kavuşması 19. yüzyılda mümkün olmuştur. Nitekim, müşterek failliğin de salt birden fazla doğrudan faillik durumu olarak değil, failliğin bağımsız bir görünüm biçimi olarak kabulü de bu yüzyılda olmuştur. Biz de bu durumu göz önüne alarak 19. yüzyılda müşterek failliği bağımsız bir faillik şekli olarak ortaya çıkaran tarihî hattı esas alarak açıklamalarda bulunacağız.

Bu noktada, öncelikle, genelde suça iştirak meselesi ve özelde müşterek faillik bakımından, 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK döneminin ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira Türk hukukuna bakıldığında, 5237 sayılı TCK kapsamında özellikle müşterek failliğin gerek Kanun'un gerekçesinde gerek Kanun'un doktrindeki yorumunda, Alman hukukunda ortaya çıkan ve yine orada gelişerek pek çok ülke hukukunu da etkileyen fiil hâkimiyeti

²⁴² TCK m. 39/1: “Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.”

teorisinin esas alındığı görülmektedir. Dolayısıyla öncelikle hukukumuzdaki 765 sayılı TCK'dan 5237 sayılı TCK'ya geçişteki bu gelişim süreci ele alındıktan sonra Alman hukukunu da etkileyen, genel anlamda Kıta Avrupası hukukundaki müşterek failliğin kökenlerini inceleyeceğiz. Burada kısaca ifade etmek gerekirse, özellikle Alman hukukunda müşterek failliğin, Roma ve Geç Ortaçağ İtalyan hukukçularının görüşlerindeki *Komplott*²⁴³ öğretisine dayandığı söylenebilir.

II. Türk Hukukunda

A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müşterek Faillik

1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda²⁴⁴ suça iştirak; birinci kitap, altıncı bapta "Cürüm ve Kabahatte İştirak" başlığıyla 64 ilâ 67. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu Kanun'da, suça iştirak şekilleri temelde aslî iştirak ve fer'î iştirak olmak üzere ikiye ayrılmıştır²⁴⁵. Kanun'un 64. maddesinde suça aslî iştirak düzenlenmişken, 65. maddesinde fer'î iştirak düzenlenmiştir. Kanun'un 66. ve 67. maddelerinde ise cezayı ağırlaştıran nedenlerin suça iştirak edenlere sirayeti düzenlenmiştir.

Mülga TCK'daki aslî iştirak ve fer'î iştirak ayrımından hareketle, bu Kanun'un ikilik sistemini esas alan bir kanun olduğu belirtilmiştir²⁴⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu ayrım, yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'daki fail ve şerik ayrımıyla örtüşmemektedir.

²⁴³ *Komplott'dan* maksat bir suçun işlenmesinden evvel birden çok kişinin anlaşmaya varmasıdır. Bu anlaşmada birden fazla kişi suçun maddi olarak birlikte işlenmesi için anlaşmaktadır. Bkz. **Çelen**, s. 317-318; **Selter, Susanne** (2008) Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe, Berlin, LIT Verlag, s. 36. Ancak kavramın net bir tanımını yapmak mümkün değildir, zira aşağıda "*Ortak Hukuk Devri ve Carolina Ceza Kanunu*" başlığında açıklanacağı üzere *Komplott* önceden salt münferit bir suç tipi iken zamanla bir iştirak şekli olarak kabul edilmiş ve daha sonra bu iştirak şekli günümüzdeki müşterek faillik anlayışına evrilmiştir. Carolina Ceza Kanunu m. 148'deki *Komplott* düzenlemesine göre, müşterek kast ve anlaşma ile bir başkasının öldürülmesine katkıda bulunanların tamamı, suça katkılarının niteliğine bakılmaksızın fail olarak ölüm cezasıyla cezalandırılacaklardır.

²⁴⁴ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, *Zanardelli Kanunu* olarak da bilinen, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bkz. **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1994) *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* Cilt I, 11. Bası, İstanbul, Beta, s. 133; **Sözüer, Adem** (2019) "*Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünyü, Bugünü ve Yarını*" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, ss. 3031-3050, s. 3039.

²⁴⁵ **İçel, Kayıhan/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener** (1999) *Suç Teorisi*, İstanbul, Beta, s. 376.

²⁴⁶ **Çakır**, s. 47; **Çelen**, s. 22; **Önder**, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 418. 1889 tarihli mehz İtalyan Ceza Kanunu'nun aksine 1930 tarihli ve hâlâ yürürlükte olan İtalyan Ceza Kanunu'nda aslî ve fer'î iştirak ayrımı yapılmamış ve suça iştirak edenlerin tamamı aynı ceza çerçevesinden sorumlu tutulmuştur. Bkz.

Mülga TCK'da aslî iştirak, aslî maddî iştirak ve aslî manevî iştirak olarak ikiye ayrılmıştır. Aslî maddî iştirak, Kanun'da, fiili irtikâp etmek veya doğrudan doğruya birlikte işleme olarak tanımlanmıştır²⁴⁷. Aslî manevî iştirak ise 765 sayılı TCK'nın 64. maddesinin 2. fıkrasında²⁴⁸ düzenlenmiştir ve 5237 sayılı TCK'daki azmettirme şeriklik şekline karşılık gelmektedir.

Fiili irtikâp etme, suçu doğrudan doğruya meydana getirecek hareketlerin yapılmasıdır²⁴⁹. Örneğin, hırsızlık suçunda malı alma veya kasten öldürmede bıçağı saplama hareketleri bu kapsamda telakki edilir²⁵⁰. Fiili irtikâp etme, “suç kalıbındaki yazılı eylemi işleme”²⁵¹ olarak da ifade edilmektedir. Dolayısıyla aslî maddî iştirakin bu şeklini tipik fiili icra etme olarak da kabul edebiliriz²⁵².

Doğrudan doğruya beraber işleme ise suçun maddî unsurunu oluşturan hareket olmamakla birlikte, yani esasen fer'î iştirak kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışla, birden fazla kimsenin suçu birlikte işlemesidir²⁵³. Bu durumda, suça katılanların fer'î fail değil, fer'î nitelikteki hareketle aslî fail olduğu ifade edilmiştir²⁵⁴. Örneğin, başkası tarafından bıçak darbesinin gerçekleştirilebilmesi için mağduru kollarından tutan kimse, fiili doğrudan doğruya birlikte işleyendir²⁵⁵.

Erem, Faruk (1973) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 10. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 426; **Weisser, Täterschaft**, s. 98.

²⁴⁷ **İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, Suç Teorisi**, s. 376. 765 sayılı TCK m. 65/1: “Bir kaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikâp edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır.”

²⁴⁸ 765 sayılı TCK m. 64/2: “Başkalarını cürüm ve kabahat işlemeğe azmettirenlere dahi aynı ceza hükmolunur. Ancak fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezası, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis yerine yirmi sene ağır hapidir. Sair cezaların altıda biri indirilir.”

²⁴⁹ **Çelen**, s. 47; **Erem, Genel Hükümler**, s. 430.

²⁵⁰ **Taner, M. Tahir** (1953) Ceza Hukuku: Umumî Kısım, 3. Basım, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 535.

²⁵¹ **Yüce, Turhan Tufan** (1982) Ceza Hukuku Dersleri, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, s. 364.

²⁵² **Taner** de benzer şekilde, fiili irtikâp etmeyi “suçun, hukuki tarifine göre, maddî unsurunu teşkil eden hareketi yapmak” olarak tanımlamıştır. Bkz. **Taner, Umumî Kısım**, s. 535.

²⁵³ **Erem, Genel Hükümler**, s. 430, 431.

²⁵⁴ **Gölcüklü, Feyyaz** (1967) “Asıl Faili Bilinmeyen Adam Öldürme ve Müessir Fiil Suçları Üzerine Bazı Düşünceler” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.22, S.4, ss. 85-110, s. 89.

²⁵⁵ **Gölcüklü**, s. 89.

Diğer taraftan 5237 sayılı TCK m. 37/2’de yer alan dolaylı faillik kurumu, doktrinde kabul edilen²⁵⁶ bir sorumluluk şekli olmakla birlikte mülga TCK’da düzenleme alanı bulmamıştır²⁵⁷.

Kanaatimizce, azmettirmenin ikilik sistemi kapsamında aslî bir sorumluluk şekli olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, mülga TCK’daki aslî iştirakin, suçun objektif ve sübjektif unsurlarını gerçekleştiren, suçu işleyen kimse olarak, dar faillik kapsamında bir faillik olduğu kabul edilemeyecektir²⁵⁸.

765 sayılı TCK m. 65²⁵⁹ kapsamında fer’î iştirak de maddi fer’î iştirak ve manevi fer’î iştirak olarak ayrılmıştır. 5237 sayılı TCK m. 39’da her iki hâl de yardım etme şeriklik şekli olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan, mülga TCK m. 65/son kapsamında zorunlu fer’î iştirak olarak anılan iştirak şekli de düzenlenmiştir. Hükme göre *“bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde bu kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifade edemez”*. Dolayısıyla, fiili irtikap etmemek ve doğrudan doğruya birlikte işlememekle birlikte, katkısı, netice bakımından vazgeçilmez bir nitelik arz ediyorsa, fer’î iştirakçi, Kanun’da öngörülen ceza

²⁵⁶ Bkz. **Erem**, *Genel Hükümler*, s. 421-424; **Yüce**, s. 363.

²⁵⁷ **Özgenç, İzzet** (1999) *"Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi"* Yargıtay Dergisi, C.25, S.1-2, ss. 70-96, s. 73.

²⁵⁸ Doktrindeki azmettirmenin aslî iştirak olarak değerlendirilmesine ilişkin görüşlerin de bu noktada dar faillik kavramına uygun düşmediğini belirtmek gerekir. Örneğin, bu konuda *Erem*’in asıl failer ile yardımcıları arasında, suçu işlemekten kaynaklanan bir fark olduğunu belirterek, aslî failerin hareketini *“tipik”*, fer’î failerinkini ise *“atipik”* olarak nitelediği görülse de azmettirme iştirak şeklini neticeyle olan illiyet bağıını esas alarak şu ifadelerle faillik kapsamında telakki etmektedir: *“Azmettirenin suç işleyene benzetilmesi kanuni bir faraziye değildir. Azmettirenin faaliyeti ile husule gelen netice arasında illiyet bağı mevcut olduğundan azmettiren haddi zatında bir nevi failden başka bir şey sayılmaz. Manevi iştirakin daima fer’î iştirak telakki edilmesi fikri kabule değer bir fikir değildir”*. Bkz. **Erem**, *Genel Hükümler*, s. 431, 432.

²⁵⁹ 765 sayılı TCK m. 65: *“I-Suç işlemeğe teşvik veya suçu irtikap kararını takviye ederek yahut fiil işlendikten sonra muzaheret ve muavenette bulunacağını vadeyleyerek, II - Suçun ne suretle işleneceğine mütaallik talimat vererek yahut fiilin işlenmesine yarıyacak iş veya vasıtaları tedarik ederek, III - Suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırarak suça iştirak eden şahıs, işlenmiş fülle mahsus olan ceza ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ise yirmi yıldan, müebbet ağır cezası ise onaltı yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilir. Bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifade edemez.”*

indiriminden faydalanamayacaktır²⁶⁰. Benzer bir hükme, yardım etme veya faillik açısından 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir.

Görüldüğü üzere, 765 sayılı TCK'da bağımsız bir iştirak şekli olarak müşterek faillik yer almaz. Aslî maddi iştirak olarak, 64. maddenin 1. fıkrasındaki birden fazla kişinin *fiili irtikap etmesi veya doğrudan doğruya beraber işlemesinin*, günümüz iştirak teorisi bakımından müşterek faillığe benzediği ifade edilebilirse de bu hükmün failliğin bağımsız bir görünüm şekli olarak müşterek faillığe işaret etmediğini düşünüyoruz. Bu hükümle esasen yalnız, maddi aslî iştirak şeklinin ne olduğu belirlenmiştir. Yoksa bu hüküm suçun, belirli şartlar dahilinde, birden fazla kimse tarafından birlikte işlenmesinde, suça katılanların tamamının işlenen suçtan birlikte sorumlu olacağına ilişkin bağımsız bir faillik türü olarak düzenlenmiş değildir. Nitekim, *Kunter* de 765 sayılı TCK'da iştirak konusunda fail, müşterek fail, yardım eden şeklinde terimlerin bulunmadığını belirtmiştir²⁶¹.

Müşterek failliğin 765 sayılı TCK'da bağımsız bir faillik şekli olmadığına ilişkin görüşümüz Kanun'daki şu hükümle daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Mülga Kanun'un 463. maddesinde kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının birden fazla kimse tarafından birlikte işlendiği (irtikap edildiği) ancak suça katılanlardan hangisinin davranışının ölüm veya yaralamanın nihaî sebebi olduğunun tespit edilemediği hâlde, katılanların her biri bakımından cezada indirim yapılması öngörülmüştür²⁶². Oysa, müşterek fail

²⁶⁰ *Çelen*, 765 sayılı TCK'daki aslî maddi iştirak ve fer'i iştirak arasında net bir ayrım yapmadaki zorlukların bertaraf edilmesi için böyle bir hükmün öngörüldüğünü ifade etmektedir. **Çelen**, s. 204-205.

²⁶¹ **Kunter, Nurullah** (1954) Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 77.

²⁶² 765 sayılı TCK m. 463: "448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde onaltı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadarki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz."

Dikkat edileceği üzere hükümde, suçu doğrudan doğruya beraber işleme söz konusu ise bu maddenin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Şu hâlde cezada indirim ancak suçu birden fazla kimsenin irtikap ettiği, yani suçun maddi unsurunu gerçekleştirdiği durumda söz konusu olacaktır. Örneğin, iki kişi mağduru ellerindeki bıçaklarla bıçaklayıp öldürdüğünde hangi bıçağın ölüm neticesine sebebiyet verdiği tespit edilemediğinden her iki kişi de 463. madde kapsamında indirilmiş cezadan sorumlu olacaktır. Oysa bu iki kişiden birisi mağduru ellerinden tutarken diğeri bıçak darbesini indirdiğinde, mağduru tutan kişi 64. madde kapsamında fiili irtikap eden değil, doğrudan doğruya beraber işleyen olacağından her iki kişi bakımından da 463. madde kapsamında cezada indirim yapılamayacaktır. Fiili doğrudan doğruya işleyenlerin indirimden yararlanamayacağına ilişkin olarak bkz. **Soyaslan, Doğan** (1987) "TCK'nun 463. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-4, ss. 279-306, s. 300.

sorumluluğunun tipik bir örneği olan bu durumda, suça katılanların tamamının fail olarak kabul edilerek cezada indirimle gidilmemesi gerekirdi. Diğer bir ifadeyle, suça bireysel katkıların nedensel olup olmadığı değil, birlikte suç işleme kararı alan kimselerin davranışlarının bir bütün olarak suç tipini gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin esas alınması gerekirdi. Nitekim, aşağıda Kıta Avrupası hukukunda görüleceği üzere, müşterek faillik, başlangıçta, aslî iştirak ve fer'î iştirak ikilisinin dışında ele alınan *Komplott* birlikteliği teorisinden gelişmiştir. *Komplott* teorisine göre ise müşterek kast ve anlaşma ile bir başkasını öldürenlerin tamamı, hangi yaranın ölümüne neden olduğuna bakılmaksızın fail olarak ölüm cezasıyla cezalandırılacaklardır.

765 sayılı TCK'nın 463. maddesinin Yargıtay uygulamasına bakıldığında da suçu birlikte işleme kararı alan birden fazla kimsenin aynı davranışları gerçekleştirmiş olduğu, ancak bu davranışlardan birinin ölüm veya yaralama neticesine sebebiyet verdiği tespit edilmekle birlikte, söz konusu davranışın hangi iştirakçiden hasıl olduğunun belirlenemediği durumda, ilgili hüküm kapsamında cezada indirim yapılması gerektiğine hükmedildiği görülmektedir²⁶³.

²⁶³ 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, özel daire ve ceza genel kurulunun konuya ilişkin uygulamasını da zikrederek, 463. maddeye ilişkin kararı bu hususta önemli bir göstergedir:

"İncelenen dosyaya göre;

Maktul Emin ile mağdur İbrahim'in yeğenleri olaydan bir ay kadar önce sanıkların kardeşini öldürmüş olup, bu yüzden aralarında kan husumeti doğmuştur.

Olay günü sanık kardeşler Zeki ve Bülent'in kağıt oynadığı kahveye maktul ve mağdur gelmiş bir başka masaya oturmuşlardır. Hasımlarını gören ikili sanık ellerindeki bıçaklarla maktul ve mağdura saldırıp vurmuşlar üçü müstakilen öldürücü nitelikte olmak üzere, 10 yerinden yaralanan Emin ölmüş, mağdur ise hayati tehlike geçirecek şekilde üç yerinden yaralanmıştır. Sanıkların diğer kardeşleri Mesut ve Ali de bu olaya muhtelif suretlerde katılmışlar ancak maktul ve mağdura bıçakla vurmamışlardır.

Yapılan bütün soruşturma ve araştırmaya rağmen maktul ve mağdurdaki öldürücü yaraların iki sanıktan (Zeki ve Bülent) hangisinin bıçak darbesiyle meydana geldiği saptanamamıştır.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, bu oluştta TCK. nun 463. maddesinin uygulama koşulları bulunup bulunmadığına ilişkindir.

...

Böyle hallerde 463. maddenin uygulanması gerektiğine ilişkin pek çok Özel Daire ve Ceza Genel Kurulu kararları gözönünde tutulduğunda, sadece yara sayısından hareket ederek sorumluluk saptamak, hareketi sonuçtan soyutlamak (ayrı ayrı mütalaa etmek) suretiyle kanunumuzun kabul etmediği ceza sorumluluğunda eşitlik sisteminin; "failler kader birliği etmişlerdir. Sonuçtan hepsi tam sorumludur". Prensibine hayatiyet vermek olur ki bu kanunumuzun espirisine, temeline, iştirak kaidelerine ilişkin çatısına ters düşer. Bu nedenle öldürücü yara birden fazla olsada, koşulları varsa 463. madde uygulanmalıdır.

Bütün bu saptamalar ve "kendine aidiyeti saptanan fiil veya fiil kesiminin cezasının, ancak o kişiye yüklenebileceği" prensibinin ışığında özel bir iştirak türünün düzenlendiği 463. maddenin uygulama koşulları şu şekilde sıralanabilir:

765 sayılı TCK'da müşterek faillığe ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almasa da Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde doktrinde asıl ve münferit failler dışında, müşterek failliğin, "hemfailler" kavramı ile açıklandığı görülmektedir²⁶⁴. Buna göre Kanun'da tanımlanan fiili, kısmen veya tamamen bir başkasıyla birlikte işleyenler hemfiil olarak kabul edilmektedir²⁶⁵. Hemfiillik durumu ise suçu irtikap etmek veya doğrudan doğruya birlikte işlemek şeklinde ortaya çıkabilecektir²⁶⁶.

Diğer taraftan 765 sayılı TCK döneminde doktrinde müşterek failliği, failliğin bağımsız bir görünüm biçimi olarak ele alan görüşler de söz konusu olmuştur. Örneğin, Yüce, tek başına faillik ve dolayısıyla failliğin yanı sıra birlikte failliği de ayrı bir başlık altında incelemiştir²⁶⁷. Yazara göre, bir suçu anlaşılarak birlikte işleyenlerin birlikte fail olduğunu ve bu kimselerin ortaklıklarının -kendi ifadesiyle- "hemfiillik (*Mittäterschaft, correite*)" olarak nitelendirileceğini belirtmiştir. Yazara göre, bu şekilde bir "birlikte faillik" ise 765 sayılı TCK kapsamında üç şekilde mümkün olabilir, diğer bir ifadeyle Kanun'da "birlikte failliğin" üç biçimi öngörülmüştür. Bunlar, fiili işleme (irtikâp etme), fiili doğrudan doğruya birlikte işleme ve azmettirmedir. Bunlardan ilk ikisi aslî maddi iştirak iken, üçüncüsü aslî

1- Tahdididir, yasada sayılan adam öldürme ve yaralama suçlarına münhasırdır.

2- Ancak ve yalnız asli maddi iştirakin, irtikap edenler grubuna dahil olanlara şu koşullarda uygulanır:

a) Bütün dikkat ve ihtimam gösterildiği ve tüm imkanlar kullanıldığı halde asli failin tesbiti mümkün olamamalıdır. b) Failler birden fazla olmalıdır. c) Fiilin asli unsurundan olan sonuç, irtikapçılar arasında ve fakat ortada kalmalıdır.

İncelenen olayda maktul ve mağdurdaki öldürücü yaraların her ikisi de, bıçaklı olan sanıklardan hangisi tarafından meydana getirildiği kesinlikle saptanamadığına göre, sanıklar Zeki ve Bülent'in TCK.nun 450/10, 463, 59, 450/10, 62, 463, 59. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken..." Yargıtay CGK., E. 1992/33 K. 1992/56 T. 02.03.1992. <lexpera.com.tr/ictihat> s.e.t. 07.02.2022.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, benzer bir olayda şu ifadelerle yer vermiştir: "beş kişi arasında cereyan eden kavgada, her üç maznunun, ayrı ayrı her iki maktule vurdukları tesbit edilemediği gibi, ... her iki maktuldeki öldürücü yaraların bu sanıklardan birisi veya ikisi tarafından yapılmış olması da mümkün ve muhtemeldir. Bu itibarla, sözü edilen durumda, ... TCK.nun 463 üncü maddesinin tatbiki icap eder. ... (Her üç sanık hakkında) iki defa 448, 463 üncü maddelerle ceza tayini" gerekir. Bkz. Yargıtay 1. CD, 3.3.1981. 4049/313, Aktaran: Özgenç, Faillik, s. 295, 296.

²⁶⁴ Bkz. Erem, Genel Hükümler, s. 427; Taner, Umumî Kısım, s. 535. Yüce de hemfiillik kavramını, birlikte (müşterek) faillik olarak nitelemiştir. Ancak yazar, manevî aslî iştirakin de birlikte faillik olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yüce, s. 363.

²⁶⁵ Erem, Genel Hükümler, s. 427.

²⁶⁶ Bu hususta Erem, şu örneği vermektedir: "Bir kasayı birlikte taşıyarak götürülenler (=suçu irtikap edenler) fiili tamamen birlikte işleyenlerdir. Kalp para imalatında her münferit işlemi yapanlar, kasayı birinin açması, diğerinin içindekileri alması, üçüncüsünün bunları götürmesi fiilleri, içine zehir konan bir yiyeceği hazırlayan şahıs ile bu paketi aynı maksatla postacıya verenin fiili (=suçu doğrudan doğruya beraber işleyenler) suçu kısmen birlikte işleyenlerdir." Bkz. Erem, Genel Hükümler, s. 427, 428.

²⁶⁷ Yüce, s. 363.

manevi iştiraktır. Yazar ilk hâli, “suç kalıbındaki yazılı eylemi işleme”²⁶⁸ olarak kabul etmektedir. Örneğin, çalınan malı birlikte taşıma bu kapsamda telakki edilirken, mal çalınırken gözcülük etme fiili, işleme olarak kabul edilmez. İkinci hâli ise yazar, suça katılanların suç kalıbındaki eylemi işlememekle birlikte, bu eylemi işleyen ortaklara yaptıkları “önemli ve etkili”²⁶⁹ yardımın Kanun’da yardım eylemi değil, icra eylemi olarak sayıldığını belirterek şu örneği vermiştir: Kasayı taklit anahtarla açan veya kıran hırsızlık suçundaki malı bulunduğu yerden alma eylemini işlememekle birlikte, hırsızlık suçunun gerçekleşmesi bakımından icra eylemi kadar önemli ve etkili bir eylemde bulunmuştur. Dolayısıyla bu kimseyi birlikte fail saymak gereklidir. Üçüncü olarak azmettirme de yazara göre bir birlikte işleme olarak kabul edilmelidir. Azmettiren de bir birlikte fail (hemfiil)dir²⁷⁰. Dikkat edileceği üzere *Yüce*, azmettirmeyi de 765 sayılı TCK’dan hareketle bir birlikte faillik, bir müşterek faillik olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla yazar, müşterek failliği ayrı bir incelemeye tabi tutsa da esasen yine kanundaki aslî- fer’î iştirak ayrımına dayanan bir yorumda bulunmuştur.

Müşterek failliğin, 765 sayılı TCK döneminde, günümüz modern iştirak öğretisi bakımından başlı başına bir faillik türü olarak ele alınmasına *Özgenç’in* eserlerinde rastlanır²⁷¹. Öyle ki yazarın 1994 tarihli bir makalesinin başlığı şu şekildedir: “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*”²⁷². Yazar, müşterek failliği suçun icraî hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesi olarak tanımlamakla birlikte, müşterek faillik bakımından şekli- objektif teorisin²⁷³ esaslarından hareket etmemektedir. Yazara göre, müşterek faillik için birlikte suç işleme kararına bağlı olarak haksızlık teşkil eden fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulması gerekir. Bu açıdan yazarın görüşünün Alman hukukunda ortaya çıkan ve yine orada *Roxin’in* görüşleriyle büyük ölçüde doktrinde kabul gören fiil hâkimiyeti teorisine dayandığı ifade edilebilir.

²⁶⁸ *Yüce*, s. 364.

²⁶⁹ *Yüce*, s. 364.

²⁷⁰ *Yüce*, s. 365.

²⁷¹ *Özgenç*, *Faillik*, s. 261 vd; *Özgenç*, *TCK Tasarısındaki*, s. 71, 72. *Özgenç’in*, ortak yazar olduğu ve müşterek failliğin bağımsız bir faillik şekli olarak ele alındığı bir başka eser için bkz. *İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*, *Suç Teorisi*, s. 376-403.

²⁷² *Özgenç*, *İzzet* (1994) “*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik*” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, ss. 159-190.

²⁷³ Şekli- objektif teori için bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, § 5, II. A. Şekli Objektif Teoriler*.

Özgenç'in failliğin üçüncü bir görünüş şekli olarak, müşterek faillığe ilişkin görüşünün, 5237 sayılı TCK'ya da yansıdığı görülmektedir. Bunda, yazarın yeni Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde yapılan çalışmalardaki redaksiyon görevinin etkili olduğu söylenebilir.

B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Müşterek Faillik

14/4/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda²⁷⁴ (Hükümet Tasarısı) suça iştirakin 765 sayılı TCK'ya benzer şekilde aslî iştirak ve fer'î iştirak olarak ayrıldığı görülmektedir²⁷⁵. Ancak Tasarı'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak dolaylı faillik de aslî ve fer'î iştirak dışında ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Azmettiren ise mülga TCK'da olduğu gibi aslî iştirak olarak kabul edilmektedir. Ancak Tasarı'da, artık aslî maddi iştirak bakımından, fiili irtikâp etme ve doğrudan doğruya beraber işleme ayrımı terk edilmiştir. Tasarı'nın 40. maddesinin 1. fıkrasına göre fiili icra edenlerden her biri o fiilin cezası ile cezalandırılacaktır. Fer'î iştirak bakımından ise mülga TCK'daki zorunlu fer'î iştirak şeklinin yine Tasarı'da yer aldığı görülmektedir. Hatta Tasarı gerekçesinde, 765 sayılı TCK'daki "*fiili doğrudan*

²⁷⁴ Bu tasarı, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlık ettiği, Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan komisyonlar tarafından hazırlanan TCK Öntasarısı'na dayanmaktadır. Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>> s.e.t. 09.02.2022.

²⁷⁵ Türk Ceza Kanunu'nun Hükümet Tasarısı'ndaki aslî iştirak, fer'î iştirak ve dolayısıyla faillik hükümleri: "**Aslî iştirak Madde 40-** Fiili birlikte icra edenlerden her biri o fiilin cezası ile cezalandırılır.

Bir kimseye suç işlemesi için karar verdiren kişiye azmettiren denilir; azmettiren, fiil işlendiği takdirde, suçu kendisi işlemiş gibi cezalandırılır. Üstsoy-altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle faile suç işleme kararı verildiğinde azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkraları ihlâl eden faillere aslî şerik denilir.

Dolayısıyla faillik Madde 41- İsnat yeteneğine sahip olmayan veya kişisel nedenlerle ceza sorumluluğu bulunmayan kişilere her ne şekilde olursa olsun suç işleyenler gerçekleşen suçtan sorumlu olurlar ve ayrıca suçun cezası üçte bire kadar artırılır.

Fer'î iştirak Madde 42- Fer'î iştirak hâlleri şunlardır:

1) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek,

2) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak,

3) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak,

Yukarıda belirtilen hâllerde suça iştirak etmiş bulunan faile yüklenmiş olan suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektiriyorsa on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

Bu maddede yazılı hâllerden birinin eklenmemesi durumunda, suçun işlenmesi olanaklı değilse fail aslî şerik sayılır." Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>> s.e.t. 09.02.2022.

doğruya beraber işleme” şekline Tasarı’da yer verilmemesinin sebebi olarak da zorunlu fer’î iştirak durumunda zaten kişinin aslî şerik olarak cezalandırılacağı dolayısıyla böylesi bir iştirak şekline gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

Ancak Hükümet Tasarısı’nda, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nun Alt Komisyon çalışmaları sonucunda büyük ölçüde değişiklik yapılmıştır.

26/9/2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen ve 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren hükümlere göre 5237 sayılı TCK’da suça iştirak bakımından aslî- fer’î iştirak ayrımı terk edilmiş ve suça iştirak; faillik, azmettirme ve yardım etme şeklinde üç başlık altında düzenlenmiştir.

Müşterek faillik ise faillik başlıklı 37. maddenin 1. fıkrasında, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece esasen, yeni TCK ile gerek 765 sayılı TCK, gerek Hükümet Tasarısı’nda öngörülen düzenlemeden farklı olarak müşterek faillerin hangi cezadan sorumlu olacağına ilişkin bir esastan hareket edilmemiştir. Yeni TCK ile fiili birlikte gerçekleştirme ve keza suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanma faillik kapsamında telakki edilmiştir. Nitekim Yeni TCK’da azmettirmenin de işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmış olsa da azmettirme faillik kapsamında değerlendirilmemiş ve 38. maddede ayrıca düzenlenmiştir.

Ayrıca daha önce ifade edildiği üzere “*müşterek fail*” ifadesi yeni TCK’nın münferit hükümlerinde de zikredilmiştir²⁷⁶.

Yeni TCK’yla birlikte, müşterek faillik de doktrinde başlı başına bir faillik şekli olarak ele alınarak incelenmiştir. Bu kapsamda, müşterek faillik bakımından iki şartın ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi birlikte suç işleme kararı iken diğeri suçun icrasına katılmadır. Bu iki şartın gerçekleşmesiyle birlikte artık suça katılanların birlikte sorumluluğunun söz konusu olduğu ve bireysel davranışların tek başına suçun işlenmesi bakımından nedensel olup olmadığının incelenmesinin gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bu nitelikte bir iştirak şekli de Kıta Avrupası Hukuk geleneğindeki *Komplott* öğretisinin gelişmesiyle 19. yüzyılda müşterek faillik kavramı olarak karşımıza çıkmıştır. Bu nedenle

²⁷⁶ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 3, III. Faillik*.

aşağıda bu durumu ortaya çıkaran tarihi hattı esas alarak müşterek failliğin tarihi kökenlerini incelemeye çalışacağız.

III. Kıta Avrupası Hukukunda

A. 19. Yüzyıl Öncesindeki Gelişmeler

1. Roma Hukukunda Suça İştirak Edenler Arasında Ayrım Yapılması Fikri

Bir suçun işlenmesine ilişkin olarak farklı katılım şekilleri arasında ayrım yapılması fikri, Roma hukukuna kadar dayanır²⁷⁷. Ancak, Roma hukukunda suça katılanlar arasındaki ayrım, günümüzde olduğu şekliyle münferit suçlardan bağımsız, soyut, genel bir iştirak teorisinin varlığına işaret etmez²⁷⁸. Roma hukukunun modern anlamdaki iştirak teorisi açısından önemi, suça farklı şekillerde katılanlar arasında ayrım yapılabileceği düşüncesidir.

Roma hukukunda, münferit suçlardan bağımsız bir kategori olarak iştirak düşüncesinin olmadığı, en başta, suçun işlenmesine ilişkin farklı iş birliklerinin belirli bir şekilde tanımlamak açısından yerleşik bir terminolojinin bulunmayışından anlaşılabılır²⁷⁹. İmparatorluk dönemi Roma hukukunda, azmettirme (*auctor*) ve yardım etme (*minister*), faillikten ayrı olarak kabul edilse de suça kasten katkıda bulunanlar fail olarak cezalandırılmaktaydı²⁸⁰. Genel manada iştirak şekillerine ilişkin nitelemeler ise modern ceza hukuku kavramlarının öncüleri olarak görülmekten ziyade, günlük dilden alınan bilimsel olarak işlenmemiş genel ifade tarzlarını temsil etmekteydi²⁸¹. Örneğin, *minister*, kelime anlamı olarak, hizmet eden kimse demektir²⁸². Ancak bu kelime günümüzdeki kavramlar açısından bakıldığında Roma hukukunda, yalnız suça yardım eden kimselere işaret etmek

²⁷⁷ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 46.

²⁷⁸ Demirbaş, s. 540; Özgenç, *Faillik*, s. 24.

²⁷⁹ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 47. Suçun işlenmesindeki farklı iş birliklerini ifadede kullanılan kavramlar için bkz. Çelen, s. 29-32.

²⁸⁰ Hippel, Robert von (1971) *Deutsches Strafrecht: Band 2 Das Verbrechen Allgemeine Lehren*, Berlin, Heidelberg, Springer, s. 441; Schaffstein, Friedrich (1930) *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, Verlag von Julius Springer, 169, 170.

²⁸¹ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 48.

²⁸² Bock, Dennis (2006) *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, s. 55.

amacıyla değil; aynı zamanda dolaylı failin aracısının, müşterek failin, azmettirilen doğrudan failin söz konusu olduğu durumlarda da kullanılmıştır²⁸³.

Roma hukukunda, iştirak şekillerinin münferit suçlardan bağımsız bir kategori olmaması ikinci olarak, bu hukuk sisteminin, meseleci yaklaşımından da anlaşılabilir. Başka bir anlatımla Roma hukukunda, suça iştirak bakımından bugünkü anlamda bir soyutlama ve kavramsallaştırmaya ulaşılamamıştır²⁸⁴. Bugün bir suça iştirak olarak kabul edeceğimiz ifadeler, Roma hukukunda, esasen, münferit suçlarda, cezalandırılabilir davranışın kapsamını belirlemeyle sınırlı kalmıştır²⁸⁵. Dolayısıyla suça iştirak şekillerine ilişkin farklı kavramlar kullanılmış olsa da bunlar arasında esasen hukuki sonuçları bakımından bir ayrım söz konusu olmamıştır. Bu nedenle, faillik dışında kabul edilebilecek çok sayıda tanımlama olmasına rağmen, Roma hukuku, teklik sisteminin özelliklerini göstermekteydi²⁸⁶. Bu bağlamda, müşterek failliğin de Roma hukukunda, genel bir iştirak şekli olarak tanınmadığı ifade edilmiştir²⁸⁷.

2. Geç Orta Çağ İtalyan Hukukçularının İştirake İlişkin Görüşleri

Modern iştirak şekillerinin ortaya çıkmasında ikinci önemli tarihî gelişme, geç orta çağ İtalyan hukukçularının, konuya ilişkin görüşleri çerçevesinde olmuştur. Nitekim 16. yüzyılın sonlarına doğru İtalyan hukukçuları açısından faillik ve diğer katılım biçimleri temelde birbirlerinden bağımsız kavramlar olarak kabul edilmekteydi²⁸⁸. Fail ve diğer katılım şekilleri arasındaki ayırmda ise İtalyan hukukçularının hangi esastan hareket ettiklerinin tespit edilmesinin zor olduğu ifade edilmiştir²⁸⁹. Diğer taraftan bu sorunun onlar açısından pratik bir önemi yoktu. Zira somut olaya bağlı olarak, yardım edenin iradesi ve faaliyetini dikkate almak suretiyle, faille aynı ölçüde cezalandırılması da mümkün kabul edilmiştir²⁹⁰. Katılanın fail sıfatıyla mı yardım eden sıfatıyla mı sorumlu olduğu cezai sorumlulukla

²⁸³ Bock, *Römisches Rechtliche*, s. 55.

²⁸⁴ Bock, *Römisches Rechtliche*, s. 31.

²⁸⁵ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 47.

²⁸⁶ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 48; Demirel, *Bağlılık Kuralları*, s. 74; Özgenç, *Faillik*, s. 24; Schaffstein, s. 169, 170.

²⁸⁷ Kraatz, s. 33.

²⁸⁸ Schaffstein, s. 170.

²⁸⁹ Schaffstein, s. 170.

²⁹⁰ Hippel, s. 442.

doğrudan ilişkili değildir²⁹¹. Bununla birlikte, yardım edenin her zaman bir başkasının suçunu desteklemek zorunda olduğu, yani kendisini bir başkasının çıkarına tâbi kılmak zorunda olduğu ifade edilmiştir²⁹². Bu açıdan menfaate dayalı sübjektif bir ayırımın esas alınmasının ihtimal dahilinde olduğu belirtilmiştir²⁹³.

Bu döneme bakıldığında, modern iştirak şekillerine ilişkin kavramsal ayrımlara benzer ayrımlara rastlanır:

Auxilium ifadesinin günümüzdeki maddi bir davranışla yardım etme iştirak türüne benzediği ifade edilebilir. Bu iştirak şeklinde çok farklı ayırım kriterleri geçerli olmuştur. Bu ayrımlardan biri, suçtan önce, suç sırasında ve suçtan sonra yardım şeklinde yapılmıştır²⁹⁴. Bunun yanı sıra suçun icrasındaki önemi bakımından suça katkının; netice için şart olup olmadığı, katkının yakın veya uzak yahut doğrudan veya dolaylı olup olmadığı da esas alınmıştır²⁹⁵. Bu ayrımlarda zikredilen ilk kriterlerin olayda gerçekleşmiş olması durumunda, *auxilium* olarak kabul edilen suça iştirak edenler, fail için öngörülen ceza ile cezalandırılmışlardır²⁹⁶. Ancak bu ayrımlarda yeknesak bir uygulama var olmamış ve bu kriterler ve bunların sonuçları olaydan olaya ve yazardan yazara değişiklik arz etmiştir²⁹⁷.

Mandatum, ifadesi de tam manasıyla olmasa da günümüzdeki azmettirme iştirak türüne benzer olarak telakki edilmiştir²⁹⁸. Ancak, suç eylemi sonrasında, suçun tasvip edilmesi veya onayı da (*Ratiohabitio*) bu iştirak türüyle eşdeğer görülmüştür²⁹⁹. *Mandatum*, medeni hukuktaki vekalet sözleşmesine benzerlik arz ediyor ve bu itibarla vekil tarafından işlenen suçtan müvekkil kendisi failmiş gibi sorumlu tutuluyordu³⁰⁰.

²⁹¹ Hippel, s. 442.

²⁹² Winter, Bernhard R. J. (1981) "Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert" Inauguraldissertation, Heidelberg, Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg, s. 6.

²⁹³ Heimberger, Joseph (1896) Die Teilnehmer am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, Freiburg i. B. und Leipzig, J. C. B. Mohr, s. 23.

²⁹⁴ Heimberger, s. 6.

²⁹⁵ Birkmeyer, Karl (1890) Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin, Verlag von Otto Liebmann, s. 17.

²⁹⁶ Birkmeyer, s. 17.

²⁹⁷ Heimberger, s. 20.

²⁹⁸ Dahm, Georg (1931) Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin und Leipzig, De Gruyter, s. 212; Schaffstein, s. 170.

²⁹⁹ Schaffstein, s. 187.

³⁰⁰ Bloy, Beteiligungsform, s. 55; Özgenç, Faillik, s. 27.

Consilium ise günümüzdeki teşvik suretiyle yardım etme iştirak türüne benzemektedir. Bu ifade bazı durumlarda bugünün azmettirme iştirak şekliyle karıştırılabilir olsa da, temelde fail üzerinde herhangi bir psikolojik etki olarak tanımlanmıştır. Diğer taraftan *mandatum* ve *consilium* suça katkıda bulunanın temel çıkarlarına göre farklılık gösteriyordu; kişi doğrudan kendi çıkarına hareket ediyorsa *mandatum* kabul edilirken, bir başkasının çıkarına hareket ediyorsa *consilium* söz konusu idi³⁰¹. *Mandatum*, faillik ile eşdeğer kabul edilmekteydi. *Consilium*'un cezası ise duruma göre değişmekteydi; asıl failin, *consilium* olmadan eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğine veya halihazırda suçu icraya kararlı olup olmamasına bağlı olarak, ceza tam olarak veya indirilmek suretiyle uygulanmaktaydı³⁰².

Günümüz açısından şeriklik halleri olarak kabul edebileceğimiz yukarıdaki durumlarda görüldüğü üzere belirli bir kavramsallaştırma durumu söz konusu olmuştur. Faillik (*auctor* veya *principalis*) ise suçun maddi veya manevi olarak esas sebep olanı veya başka bir ifadeyle müsebbibi olarak kabul edilmekteydi³⁰³. Zira yukarıda açıklandığı üzere, *mandatum*, suçun manevî müsebbibi olarak faillik ile eşdeğer görülmekteydi. Hatta manevî failin, maddî failden daha ağır bir cezadan sorumlu olabileceği de ifade edilmiştir³⁰⁴. *Mandatum* modern iştirak terminolojisi bakımından bir şeriklik şekli değil, faillik şekli olarak kabul edilmişti³⁰⁵. Diğer taraftan bu dönemde failliğin farklı formları, yani dolaylı ve müşterek faillik açısından belirli bir kavramsallaştırma söz konusu olmamıştır. Modern anlamda dolaylı faillik olarak değerlendirilebilecek bir durumda; suçun işlenmesi konusunda zorlanan veya kusur isnat edilemeyen kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle suç işleyen kimse gerçek fail olarak kabul edilmiş ve araç olarak kullanılan kişi fail olarak değerlendirilmemiştir³⁰⁶. Ancak dolaylı faillik bakımından belirli bir kavramsallaştırma söz konusu olmamıştır.

³⁰¹ Schaffstein, s. 182.

³⁰² Dahm, s. 212.

³⁰³ Maiwald, Manfred (1979) "Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung" Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, C.H.Beck, ss. 343-367, s. 344.

³⁰⁴ Maiwald, s. 345.

³⁰⁵ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 56.

³⁰⁶ Dahm, s. 207.

Yine bu dönemde müşterek faillığe karşılık gelen bir kavram da söz konusu değildir³⁰⁷. Zira İtalyan hukukçuları, müşterek faillik ve suçtan esas sorumluluktan ziyade ikincil bir sorumluluk olarak şeriklik ile ilgilenmişlerdir³⁰⁸. Ancak müşterek faillik olarak değerlendirilebilecek şu durum sıklıkla ele alınmıştır: Önceki bir anlaşmaya göre, birden fazla kişinin, bir başkasını, birlikte kasten öldürmesi³⁰⁹. Öldürme, bu şekilde ortak bir plana (*comunicatio consilio*) göre ve kasıtlı olarak gerçekleştirilmişse, artık, yalnızca mağdurda bir veya daha fazla yara olup olmadığına, yalnızca bir yaranın ölümcül olup olmadığına veya bu yaraları kimin açtığına biliniyor bilinmediğine bakılmaksızın, ilgili herkese olağan öldürme suçunun cezası verilmeliydi³¹⁰. Bu şekilde bir suça katılımı, birden fazla fail (*plures delinquendi*) değil, bir suç “ortaklığı” (*societas delinquendi*) söz konusudur³¹¹. Önceden herhangi bir iş birliği olmaksızın, kavga (*rixa*) esnasında öldürme halinde ise herkes suça katkısına göre cezalandırılmalıydı³¹². Diğer taraftan bu belirlemelerin, birden fazla kişi tarafından işlenmeye elverişli diğer suçlarda ne ölçüde uygulandığının kesin olarak açıklığa kavuşturulamadığı ifade edilmiştir³¹³. Dolayısıyla müşterek faillik ile yardım etme arasındaki ayrım bu dönemde belirsiz olarak kalmıştır.

3. Ortak Hukuk Devri ve Carolina Ceza Kanunu

Müşterek failliğin ortaya çıkmasında diğer bir aşamayı temsil eden 1532 tarihli Carolina Ceza Kanunu, Alman hukukunun, ortak hukuk devri olarak adlandırılan devrine denk gelmektedir. Bu devirde iştirake ilişkin öğretinin gelişimi ise büyük ölçüde orta çağ İtalyan hukukçularının görüşlerinden etkilenmiştir³¹⁴.

³⁰⁷ Bar, Ludwig von (1907) Gesetz und Schuld im Strafrecht: Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, s. 584; Schaffstein, s. 171.

³⁰⁸ Dahm, s. 207.

³⁰⁹ Winter, s. 5; Schaffstein, s. 171.

³¹⁰ Bar, Schuld, s. 583.

³¹¹ Kraatz, s. 33.

³¹² Bar, Schuld, s. 583.

³¹³ Heimberger, s. 24.

³¹⁴ Özgenç, Faillik, s. 28.

Carolina Ceza Kanunu'nun 177. maddesinde iştirake ilişkin olarak ilk kez münferit suç tiplerinden bağımsız genel bir kural öngörülmüştür³¹⁵. Bu madde ile fail (*Urheberschaft*³¹⁶) ve yardım eden (*Gehilfe*) ayrımına ilişkin genel bir kural oluşturulmasına rağmen, yardım edenlerin duruma göre faille aynı ceza ile cezalandırılabilecekleri belirtilmiş ve bu hususta hukukçuların görüşlerine atıfta bulunulmuştur. Geç orta çağ İtalyan hukukçularının Carolina Ceza Kanunu'nun ortaya çıkışı üzerindeki etkisi nedeniyle de bu atfın, İtalyan ceza hukukçularının öğretilerine bir referans anlamına geldiği ifade edilmiştir³¹⁷. Bu bağlamda cezanın tam veya indirilmiş şekilde verilmesine ilişkin olarak önceki başlıkta bahsedildiği şekliyle İtalyan hukukçuların görüşleri etkili olmuş ve dolayısıyla bu hususta yeknesak bir bakış açısı geliştirilememiştir. Bu durum da başlangıçta fail ve yardım eden arasında yapılacak soyut bir ayrımı önemsiz hale getirmiştir. Böylelikle faillik ve yardım etme, tam veya indirilmiş ceza verilmesi gerekip gerekmediği dikkate alınarak somut olay kapsamında değerlendirilmiştir³¹⁸.

Carolina Ceza Kanunu'nda genel bir iştirak düzenlemesi yapılmış olsa da 18. yüzyıla kadar doktrinindeki görüşlerin İtalyan hukukçularının görüşlerinin tekrarı olduğu ifade edilmiştir³¹⁹. Ancak doğal hukuk öğretisinin gelişimiyle birlikte 18. yüzyılda cezaî sorumluluğun dayanak

³¹⁵ **Kriegsmann, N. Hermann** (1907) *Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach*, Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, s. 1; **Hippel**, s. 443. Carolina Ceza Kanunu'ndan önce 1507 yılında, Bamberg Ceza Kanunu'nun 203. maddesinde de suça iştirake ilişkin genel bir düzenleme söz konusudur. Bamberg Kanunu'nun oluşturulmasında etkili olan Bamberg Mahkemesi başkanı *Johann Schwarzenberg* daha sonra Bamberg Kanunu örnek alınarak, tüm Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nda uygulanması için hazırlanan 1532 tarihli Carolina Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında da büyük katkıda bulunmuştur. Bkz. **Birr, Christiane** (2007) "*Kriminalstrafe ist öffentliche Rache*" (Ed. *Hilgendorf, Eric/ Weitzel, Jürgen*) *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, ss. 59-78, s. 60.

³¹⁶ *Urheber* kelimesi Almanca "yaratıcı, eser sahibi" anlamına gelmektedir. Bkz. <duden.de/rechtschreibung/Urheber> s.e.t. 12.03.2022. Dönemin ceza hukuku literatüründe ise bu kavram, Latince "*auctor*" ifadesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. *Urheber* kavramı günümüz faillik kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Zira *Urheber* kavramına, manevî müsebbip olarak, günümüz azmettirme iştirak şekli de dahil olarak kabul ediliyordu. Bu kavram özellikle aşağıda görüleceği üzere *Pufendorf'un* suça iştirak şekillerini nedensel değerleri bakımından ayırdığı görüşüyle kullanılmaya başlamıştır. Daha önce azmettirenin, faille eşdeğer cezadan sorumlu olacağı kabul edilmiş olsa da özellikle *Pufendorf*'la birlikte azmettiren de fail (*auctor*) olarak kabul edilmiş ve *Urheber* kavramı hem maddî hem de manevî failli ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Bkz. **Maiwald**, s. 345; **Winter**, s. 28.

³¹⁷ **Hälschner, Hugo** (1858) *Das preußische Strafrecht*, Bonn, Verlag von Adolph Marcus, s. 304; **Maiwald**, s. 345.

³¹⁸ **Winter**, s. 12.

³¹⁹ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 60.

noktasını da serbest iradeye dayanan insan davranışı almış ve bu şekilde yeni görüşler ortaya çıkmıştır³²⁰.

Bu gelişimin bir sonucu olarak genel bir perspektiften suça iştirak şekillerinin ayrılmasına ilişkin ilk görüşe ise 17. yüzyıl sonunda *Pufendorf*'ta rastlanır³²¹. Yazar, suça iştirak edenleri, suçun neticesi için nedensel önem derecelerine göre farklılaştırma yoluna gitmiştir³²². İşlenen suça ilişkin sorumluluk için suçun bizzat işlenmesi gerekli değildir. Bu hususta başkasının fiiline nedensel bir katkıda bulunmak da yeterlidir³²³. Bu kapsamda suça iştirak şekillerini *causa principalis* ve *causa minus principalis* olarak ikiye ayırmıştır³²⁴. İlk durumda tam ceza söz konusu olacakken ikinci durumda indirilmiş ceza söz konusu olacaktır. Böylece yazar, kendi dönemine kadarki iştirak şekillerini yalnızca nedensel değerleri açısından ele almıştır³²⁵. *Pufendorf*'un görüşlerinin en önemli sonucunun suça iştirak şekillerini sorumluluğa bir katkı olarak kabul etmesi nedeniyle bu katkıların cezanın belirlenmesinde de esas alınması gerekmesi sonucu olduğu belirtilmiştir³²⁶.

Nedensellik fikrinin yükselişiyle birlikte, suça iştirak açısından kapsayıcı bir üst kavram oluşturulması mümkün olmuştur. Bu temelden hareket eden *Böhmer*'le birlikte de 18. yüzyılın sonlarında baskın görüş olacak şekli- objektif teori geliştirilmiştir³²⁷. *Böhmer*'e göre tüm katılım biçimlerinin tek bir genel terim altında birleştirilmesi ancak nedensellik içinde yeniden bir ayırım yapılmasıyla mümkün olmalıydı. Yazar, nedenselliği bir incelemeye tabi tutarak, *causa physica* ve *causa moralis* arasında bir ayırım yapar³²⁸. Bu ayırmada, fail, fiziksel davranışıyla doğrudan doğruya suça neden olan iken, dolaylı olarak etkili bir fiil gerçekleştirerek manevi bir nedensellik ortaya koyan ise şerik olmalıdır. Diğer taraftan, suça bedenen bir yardımda bulunulması, *causa physica* alanında kabul edilmemelidir, zira bu

³²⁰ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 62.

³²¹ Yazarın görüşleri için bkz. **Pufendorf**, **Samuel** (1672) *De jure naturae et gentium*, Frankfurt/Leipzig Edisyonu, 1744, Aktaran: **Heimberger**, s. 144 vd; **Bar**, *Schuld*, s. 585; **Winter**, s. 13 vd.

³²² **Murmann**, **Uwe** (1993) *Die Nebentäterschaft im Strafrecht: Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 31; **Schaffstein**, s. 173.

³²³ **Özgenç**, *Faillik*, s. 29.

³²⁴ **Bar**, *Schuld*, s. 585; **Özgenç**, *Faillik*, s. 29.

³²⁵ **Winter**, s. 14.

³²⁶ **Özgenç**, *Faillik*, s. 29.

³²⁷ Yazarın görüşleri için bkz. **v. Böhmer**, **Johann Samuel Friedrich** (1774) *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Halle/Magdeburg. Aktaran: **Heimberger**, s. 145 vd; **Winter**, s. 15 vd.

³²⁸ **Heimberger**, s. 148.

durumda doğrudan doğruya bir nedensellik yoktur³²⁹. Dolayısıyla mağdura öldürücü darbeyi vuran fail iken, ona bıçağı veren fiziksel bir davranışta bulunmuş olsa da *causa moralis* olmalıdır³³⁰. Bu açıklamalardan hareketle *causa physica* yani fail, icra hareketini diğer bir ifadeyle tipik davranışı gerçekleştiren kişi olmalıdır. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere faillik ve şerikliğin ayrılmasında şekli- objektif bir esastan hareket edilmiştir³³¹. *Böhmer*'in bu açıklamaları 18. yüzyıl sonuna değin şekli- objektif teori olarak öğretilde baskın bir konumda olmuştur³³².

Diğer taraftan *Böhmer*'le birlikte müşterek failliğin açıklanması için de belirli bir temel yakalanmıştır. Zira birden fazla kişi de *causa physica* oluşturabilir. Birden fazla kişinin aynı anda fiziksel aktivitesi de mümkündür³³³. Bu kapsamda birden fazla kimsenin *causa physica* oluşturmasıyla fail sorumluluğu gündeme gelecektir³³⁴. Ancak bu belirleme bağımsız ayrı bir faillik türü olarak değil, yalnızca her bir suça katılanın fail olup olamayacağına ilişkin bir izahıdır³³⁵. Burada şekli- objektif kritere göre icra hareketi ve destekleme hareketi arasında bir ayrım yapılmıştır³³⁶.

18. yüzyılın sonuna değin iştirake ilişkin kavramlar bu şekilde incelenmesinin yanı sıra bunların dışında bir de günümüz müşterek failliğin kökenini temsil eden *Komplott* öğretisi söz konusu idi³³⁷. Diğer suça katılım biçimleri gibi, *Komplott* da ortak hukuk döneminde ortaya çıkmamıştır. Bu öğreti, Orta çağ İtalyan hukuku doktrinine kadar uzanıyor ve önceki başlıkta bahsedildiği şekliyle birden fazla kişinin birlikte bir başkasını anlaşılarak öldürmesine ilişkin İtalyan hukukçuların görüşlerini esas alıyordu³³⁸.

³²⁹ Schaffstein, s. 199.

³³⁰ Winter, s. 16.

³³¹ Maiwald, s. 348.

³³² Winter, s. 15. Öyle ki *Böhmer*'in şekli-objektif teorisinin kurucusu olduğu da ifade edilmiştir. Bkz. Schaffstein, s. 200.

³³³ Schaffstein, s. 199.

³³⁴ Kraatz, s. 34.

³³⁵ Winter, s. 17.

³³⁶ Winter, s. 17.

³³⁷ Kriegsmann, s. 2; Winter, s. 19.

³³⁸ Heimberger, s. 48.

Komplott öğretisi, Ortak Hukuk devrinde, Carolina Ceza Kanunu'nun 148. maddesinde düzenlenmiştir³³⁹. Bu maddeye göre, müşterek kast ve anlaşma ile bir başkasının öldürülmesine katkıda bulunanların tamamı, suça katkılarının niteliğine bakılmaksızın fail olarak ölüm cezasıyla cezalandırılacaklardır³⁴⁰. Ancak bir kavga (*Raufhandel*) halinde, başkasının öldürülmesinde artık herkes kendi suça katkısına göre cezalandırılacaktır³⁴¹. Zira bu durumda suçun işlenmesinden evvel bir anlaşma söz konusu değildir.

1744 yılına kadar bu *Komplott* birlikteliği yalnız öldürme suçu bağlamında ele alınıyordu, *Kress'in* Carolina Ceza Kanunu Şerhi'ndeki açıklamalarıyla birlikte bağımsız bir iştirak şekli olarak ele alınmaya ve başka suçlara aktarılmaya başlanmıştır³⁴². Ancak *Komplott'un* bu şekilde başka suçlara uygulanması kıyas suretiyle gerçekleştiriliyor, buna ilişkin dogmatik bir gerekçeden hareket edilmiyordu³⁴³. Nitekim *Komplott*, faillik ve şerikliğe ilişkin genel bir kıstas ortaya koyan *Böhmer'de* dahi özel bir durum olarak ele alınıyordu. *Komplott*, nedenselliğin türüne göre yani *causa physica* ve *causa moralis'e* göre belirlenmiyordu³⁴⁴.

Komplott durumunda suça katılanlar, katkılarının niteliğine bakılmaksızın tam ceza ile cezalandırılmalıydılar. Burada cezalandırmanın esası, suça bireysel katkıların ağırlığında değil, suça katılanların suçun işlenmesinden önce bir araya gelmeleri, birlikteliği, dayanışmasıdır. Suç için anlaşılanların, yalnız olay yerinde bulunmaları ve hatta suçun işlenmesinden sonra yardım niteliğinde davranışlarda bulunması dahi yeterli kabul edilmiştir³⁴⁵. Suça katılanların her birinin aynı cezadan sorumlu olmasının nedeni, bu birlikteliğin önemli derecede tehlike arz etmesi ve suç işleme iradesini yükseltmesi olarak açıklanıyordu³⁴⁶.

³³⁹ Heimberger, s. 48; Kraatz, s. 34; Kriegsmann, s. 2; Winter, s. 19.

³⁴⁰ Winter, s. 21.

³⁴¹ Winter, s. 21.

³⁴² Yazarın görüşleri için bkz. Kress, Johann Paul (1744) Commentatio in Constitutionem Criminalem Caroli V. Imperatoris, Hannover, Aktaran: Winter, s. 19, 22.

³⁴³ Winter, s. 22.

³⁴⁴ Schaffstein, s. 199.

³⁴⁵ Kraatz, s. 34.

³⁴⁶ Kriegsmann, s. 17; Winter, s. 22.

B. 19. Yüzyılda Müşterek Faillik

18. yüzyıldan 19. yüzyıla geçişte müşterek faillığe ilişkin genel görünüm bu şekildeydi. Müşterek faillik, şartları ve esası bakımından tek tip bir formülde birleştirilemeyen iki farklı türe ayrılmıştı³⁴⁷. Bir yanda, faillik ve şeriklik arasında ayırım için geliştirilen kriterler bağlamında bireysel sorumluluk; diğer yanda ise bu belirlemelerden bağımsız şekilde ele alınan *Komplott* durumu bağlamında müşterek sorumluluk söz konusu idi.

Müşterek fail (*Miturheber*) olarak adlandırılan durumda yalnız birden fazla kimsenin fail olarak suça katılması söz konusu idi. Bu halde suça katılanların birbirleriyle olan ilişkisi hakkında herhangi bir inceleme yapılmıyor, suça katılanların birbirleriyle olan dayanışması veya birlikteliği önem arz etmiyordu³⁴⁸.

Komplott durumunda suça katılan, faillik- şeriklik ayırımı dahilinde benimsenen teoriye göre gerekli şartları karşılamasa dahi, fail olarak değerlendiriliyor ve suça katılanların bireysel sorumluluğu (*Singularhaftung*) değil, müşterek sorumluluğundan (*solidarische Haftung*) hareket ediliyordu³⁴⁹. Oysa *Komplott* dışındaki müşterek faillikte (*Miturheber/ coactor*) suça katılanların bireysel sorumluluğu esas alınıyor ve bunların her birinin faillik için benimsenen kriterlere göre diğerinden bağımsız şekilde fail (*Urheber*) veya yardım eden (*Gehilfe*) olarak sorumlu olup olmadıkları irdeleniyordu³⁵⁰. *Komplott*'dan kaynaklanan sorumlulukta suçun işlenmesinden önce bir anlaşma gerekli olduğundan suça katılanların eşitliği, her birinin fail olarak sorumlu olması; suçun birlikte icra edilmesinden değil, suçun işlenmesine yönelik önceki anlaşmadan kaynaklanıyordu³⁵¹.

19. yüzyılın başında, suça iştirak öğretisi, özellikle *Feuerbach*'ın görüşlerinden etkilenmiş ve 18. yüzyılın sonlarına değin etkili olan *Böhmer*'in şekli- objektif teorisinden, *Feurbach*'la birlikte maddi- objektif teorilere, yani nedenselliğin türü ve ağırlığını ön plana alan bir öğretiye yönelim olmuştur³⁵². Öte yandan *Feuerbach*, müşterek faillik (*Miturheberschaft*)

³⁴⁷ **Kriegsmann**, s. 13.

³⁴⁸ **Kriegsmann**, s. 14.

³⁴⁹ **Kriegsmann**, s. 15; **Winter**, s. 48.

³⁵⁰ **Winter**, s. 48.

³⁵¹ **Kraatz**, s. 35.

³⁵² **Özgenç**, *Faillik*, s. 31; **Winter**, s. 27.

ve *Komplott* öğretisini tutarlı bir şekilde ortak bir paydada birleştiren ilk yazar olarak kabul edilmektedir³⁵³.

Feuerbach, faillik (*Urheber*) ve yardım etme (*Gehilfe*) arasındaki ayrımı suçun işlenmesindeki etkinin türünü esas almak suretiyle yapmıştır. Bu bağlamda failin etkinliğinde, hukukun ihlali, bu etkinliğin doğrudan nesnesi iken; yardım edenin etkinliğinde failin bu doğrudan etkinliğinin desteklenmesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle failin suçun işlenmesinde doğrudan etkisi söz konusu iken, yardım edenin dolaylı etkisi söz konusudur³⁵⁴. Öte yandan yazar bu objektif unsurun yanı sıra failin hukuki değerin ihlalinde kendi menfaatinin de bulunması gerektiğini ifade etmiştir³⁵⁵. Yazar bu şekilde, doğrudan ve dolaylı etki ayırımından hareket etmesine karşın azmettirmeyi, manevi faillik olarak kabul ediyordu³⁵⁶. Bu bağlamda manevi faillik durumu genel iştirak teorisine uyum göstermiyordu. Ancak yazar, daha sonraki görüşlerinde, doğrudan ve dolaylı etkinlik kıstasından değil, yeter- neden kıstasından hareket ederek bir ayırım yapmış ve iştirak öğretisi nihai halini almıştır. Yazara göre iradesi (*Will*) ve davranışında (*Handlung*) suçun ortaya çıkması bakımından yeter- neden (*hinreichende Ursache*) bulunan kimse faildir³⁵⁷. Dolayısıyla önceki görüşünden farklı olarak, yazar, doğrudan ve dolaylı etki ayırımından vazgeçerek azmettirenin de faillik (*Urheberschaft*) kapsamında değerlendirilmesi bakımından tutarlı bir açıklama ortaya koymuştur³⁵⁸.

Feuerbach, müşterek faillik (*Miturheber*) bakımından ise öncelikle birden fazla maddi failin suçun işlenmesinde yer alabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda suça katılanların her birinin davranışı tek başına suçun varlığı için yeterli bir davranış olabileceği gibi suça katılanların davranışları suçun varlığı için gerekli bir kısmı oluşturmalarına rağmen bunların tamamının birleşerek suçun tamamını da oluşturabileceğini belirtmiştir³⁵⁹.

³⁵³ **Kriegsmann**, s. 16.

³⁵⁴ **Feuerbach, Paul Johann Anselm** (1800) *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts: Zweiter Theil*, Chemnitz, Georg Friedrich Tasché, s. 244.

³⁵⁵ **Feuerbach**, *Revision*, s. 245.

³⁵⁶ **Feuerbach**, *Revision*, s. 252.

³⁵⁷ **Feuerbach, Paul Johann Anselm** (1847) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. Baskı, Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag, § 44, s. 74.

³⁵⁸ **Winter**, s. 30.

³⁵⁹ **Feuerbach**, *Lehrbuch*, § 46, s. 87.

Feuerbach, ayrıca maddi fail ile manevi fail arasında da müşterek faillik olabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda maddi fail azmettirilen iken manevi fail azmettiren olarak müşterek faildir³⁶⁰. Diğer taraftan suça katılanların her birinin hem azmettiren hem de azmettirilen şeklinde bir araya gelmesi de mümkündür. Bu durum ise suç işlemek amacıyla karşılık anlaşmayla kurulan bir birliktelikte ortaya çıkabilecektir³⁶¹. İşte bu şekilde yazar, *Komplott* birlikteliğini özel bir durum olmaktan çıkararak genel faillik anlayışına dahil etmektedir. Yazara göre *Komplott* birlikteliğinde, suça katılan her kişi, diğerinin suçun işlenmesinde yardım ve iş birliği vaadine dayalı olarak suça azmettirilmektedir. Bu halde suç tamamlanana kadar bu vaat devam ettiği sürece her bir taraf, suçun işlenmesinde aktif bir rol oynamasa da manevi fail olarak sorumlu olacaktır³⁶². Bu açıdan *Komplott*, birden fazla kişinin karşılıklı yardım vaadiyle bir suç işlemeyi müştereken kabul etmeleri ve aynı suçun müştereken icra edilmesi için bir araya gelmeleri halinde söz konusudur³⁶³.

Feuerbach'ın bu karşılıklı azmettirme görüşü, *Komplott* sorumluluğunun genel iştirak öğretisine dahil edilmesi açısından önemli bir dönüm noktası olmuş ve *Komplott*'a ilk defa dogmatik bir gerekçe bulunduğu ifade edilmiştir³⁶⁴.

Komplott'un genel iştirak teorisine dahil edilmesi ve müşterek failliğin yeknesak bir kavram olarak ortaya çıkmasında ikinci önemli adım ise suçun işlenmesinden önce bir anlaşma olmaksızın, suçun icrası sırasında ortaya çıkacak bir anlaşmayla da *Komplott* benzeri, müşterek bir sorumluluğun, başka bir deyişle tesadüfî bir müşterek faillik (*zufällige Miturheberschaft*) durumunun da mümkün olabileceğinin kabul edilmesiyle olmuştur. Bu konuda *Luden*'in görüşleri önem arz etmektedir. Faillik ve şerikliğin ayrılmasında, nedensellik temelli bir izahta bulunan *Luden*'e göre fail, suçun işlenmesi açısından nihai hareketi gerçekleştiren kimsedir³⁶⁵. Dolayısıyla ilk bakışta, yazar açısından müşterek faillik durumunun mümkün olmadığı düşünülebilir, zira neticeyi ortaya çıkaran nihai davranış sadece bir kimse tarafından gerçekleştirebilir. Ancak bu noktada, yazar görüşüne müşterek

³⁶⁰ **Feuerbach**, *Lehrbuch*, § 46, s. 86.

³⁶¹ **Feuerbach**, *Lehrbuch*, § 46, s. 86.

³⁶² **Feuerbach**, *Lehrbuch*, § 47, s. 90.

³⁶³ **Feuerbach**, *Lehrbuch*, § 47, s. 90.

³⁶⁴ **Winter**, s. 51.

³⁶⁵ Bu açıdan *Luden*'in faillik açısından şekli-objektif bir bakış açısına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Winter**, s. 16.

fail açıklamasıyla bir istisna getirmektedir³⁶⁶. Şöyle ki; suça katılanlar, suçu ortaya çıkarmak açısından ortak bir amaca sahiplerse ve birbirlerinin davranışlarını, neticeye ulaşmak için kullanmak konusunda (zımnen de olsa) anlaşmaya varmışlarsa, artık her birinin davranışının tek başına neticeye neden olup olmadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak kabul edilirler³⁶⁷. Diğer taraftan *Luden* açısından da *Komplott*'un özel durumu varlığını devam ettirmektedir. *Komplott* ve müşterek faillik açısından fark ise müşterek faillikte yazarın suçun icrasına katılımı zorunlu kabul etmesidir³⁶⁸. Diğer taraftan *Komplott* sorumluluğunda suçun işlenmesinden önce bir anlaşma gerekli iken, müşterek faillikte böyle bir anlaşma suçun icrası aşamasında da ortaya çıkabilecektir³⁶⁹.

Bu şekilde, *Komplott*, müşterek sorumluluğun yegâne şekli olarak kabul edilmemiş ve suçun icrası sırasında da müşterek bir sorumluluğun söz konusu olabileceği, tesadüfi müşterek failliğin (*zufällige Miturheberschaft*) de mümkün olduğu tartışılmaya başlanmıştır³⁷⁰. Zaman içerisinde suç işlenmeden önceki anlaşmayla, suçun işlenmesi sırasında oluşan anlaşma eşitlenmiş³⁷¹ ve değerlendirmenin esası suça katkının icra aşamasındaki önemine kaydırılmıştır³⁷².

1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 47. maddesindeki, cezalandırılabilir davranışın birden fazla kişi tarafından birlikte icra edilmesi durumunda, her birinin fail olarak cezalandırılacağına ilişkin hüküm de, sonraki tartışmalarda esas alınmış ve böylece yeknesak bir müşterek faillik kavramı ortaya çıkmış, *Komplott*'un özel durumu ortadan kalkmıştır³⁷³. Zira birlikte icra (*gemeinschaftlichen Ausführung*) kavramıyla, bir yandan müşterek faillerin birlikteliği vurgulanmış oluyor, diğer yandan suç öncesi anlaşmanın müşterek faillik açısından önemi kalmıyordu.

³⁶⁶ **Winter**, s. 47.

³⁶⁷ **Luden, Heinrich** (1847) Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes: Erster Band, Jena, Friedrich Luden, § 80, s. 477.

³⁶⁸ **Luden**, § 80, s. 478, dn. 4.

³⁶⁹ **Winter**, s. 57.

³⁷⁰ **Winter**, s. 152. Örneğin tesadüfi müşterek failliği kabul eden bir başka yazar için bkz. **Hälschner**, s. 376.

³⁷¹ Örneğin, **Schütze**, *Komplott* durumunda, suçun işlenmesi için önceden anlaşılanların suç icra aşamasına ulaştığında müşterek fail olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Bkz. **Schütze, Theodor Reinhold** (1869) Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, Leipzig, J. M. Gebhardt's Verlag, s. 208.

³⁷² **Kraatz**, s. 36; **Winter**, s. 152.

³⁷³ **Winter**, s. 153.

Ancak bu durum, müşterek fail ile yardım edenin ayırt edilmesi bakımından tek bir teorinin söz konusu olduğu anlamına gelmiyordu. Dönemin İmparatorluk Mahkemesi müşterek failliğin belirlenmesinde failin kastı ve menfaati gibi sübjektif kıstaslara dayanıyorken, doktrin, çoğunlukla suç tipinin bir unsurunun gerçekleştirilmesi veya icra aşamasındaki esaslı katkı gibi objektif kriterlerden hareket ediyordu.

Son olarak belirtmek isteriz ki; faillik ve şeriklik, dolayısıyla müşterek faillik ve yardım etme, arasındaki ayrıma ilişkin objektif ve sübjektif teorilere burada tarihsel açıdan ayrıca değinilmeyecek olup, bu teoriler aşağıda sistematik olarak ele alınacaktır.

§ 5. GENEL FAİLLİK TEORİLERİ KAPSAMINDA MÜŞTEREK FAİLLİK

I. Sübjektif Teoriler

A. Teorilerin Esası

Sübjektif teoriler, failliğin geniş yorumuna dayanır³⁷⁴. Nitekim, faillik-şeriklik ayrımında, sübjektif kıstasları esas alan teorilerin çıkış noktası da suç tipine neden olan her şartın hukuki anlamda neden olarak kabul edilmesidir³⁷⁵. Bu bakımdan bir nedensellik teorisi olarak eşdeğerlilik teorisi (*Äquivalenztheorie*) sübjektif teorilerin ortaya çıkışında önemli bir role sahiptir. Dolayısıyla öncelikle bu teorinin sübjektif faillik teorilerine nasıl bir temel hazırladığını açıklamak gerekir.

Ceza hukuku kapsamında hareket ve netice arasındaki nedensellik bağına ilişkin bugüne kadar farklı teoriler³⁷⁶ savunulmuş olsa da bugün esasen iki temel teori söz konusudur. Bunlardan biri şart veya bir başka ifadeyle eşdeğerlilik teorisi³⁷⁷ (*Bedingungs- oder*

³⁷⁴ **Haas, Volker** (2013) "Täterschaft und Teilnahme" (Ed. Matt, Holger/ Renzikowski, Joachim) Strafgesetzbuch Kommentar, München, Vahlen, Vor §§25 ff, kn. 3; **Jakobs**, AT, 21/27.

³⁷⁵ **Haas, Volker** (2008) Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, Berlin, Duncker & Humblot, s. 9; **Jakobs**, AT, 21/27; **Jescheck/Weigend**, s. 649; **Kindhäuser, Urs/Zimmerman, Till** (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, § 38, kn. 40; **Renzikowski**, Restriktiver, s. 388.

³⁷⁶ Örneğin bu teorilerden uygun sebep teorisinde (*Adäquanztheorie*) netice üzerinde etkili olan her hareket hukuki anlamda neden olarak kabul edilmemektedir. Bir hareketin nedensel olup olmadığı bu hareketin neticeyi meydana getirmedeki elverişliliğine göre *ex-ante* olarak hâkim tarafından belirlenmektedir. Hukuki anlamda neden, suçun işlenmesi açısından elverişli olan herhangi bir koşuldur. Bkz. **Dönmezer/Erman, Nazari, C. I**, s. 501; **Öztürk/Erdem**, kn. 370; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 250. Bu elverişlilik değerlendirmesinde ise ortak tecrübe kuralları ve hayatın olağan akışı esas alınacaktır. Bkz. **Koca/Üzülmez, Genel Hükümler**, s. 139.

³⁷⁷ Bu teori "eşitlik teorisi" olarak da anılmaktadır. Bkz. **Özbek, Veli Özer** (2007) "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi" CHD, C.Aralık 2007, S.5, s. 49; **Koca/Üzülmez, Genel Hükümler**, s. 135.

Äquivalenztheorie) iken diğeri ise kanuna uygun şart teorisidir (*Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung*)³⁷⁸. Bu iki teori nedenselliği temellendirmek bakımından farklı esaslardan hareket etseler de temelde sonuçları bakımından farklılık arz etmemekte ve bu açıdan her iki teorinin de eşdeğerlilik teorisi olarak sınıflandırılabilceği ifade edilmektedir³⁷⁹. Her iki yaklaşım açısından da bir netice, birden çok şartın birlikte etkisiyle ortaya çıkıyorsa bu şartlar arasında yakın, uzak veya tipik, tipik olmayan ayrımları yapılamaz³⁸⁰.

Bu teorilerden ilki olan şart teorisinde, olmazsa olmaz formülünden (*Conditio-sine-quanon-Formel*) hareket edilir ve nedensellik tamamen tabii bir vaka olarak ele alınır. Teoriye göre, bir netice, birden çok şartın birlikte etkisiyle ortaya çıkıyorsa bu şartlardan her biri netice açısından zorunludur ve dolayısıyla bu şartlar arasında önemli, önemsiz; yakın, uzak ayrımları yapılamaz³⁸¹. Neticeye etkili olan her şart eşdeğerdedir³⁸². Ancak bu teorinin şartların eşdeğerliliğini değerlendirmede olmazsa olmaz formülünü kullanması birtakım sorunlara yol açar. Zira olmazsa olmaz formülünde bir şartın netice açısından nedensel olup olmadığının tespitinde bu şartın nedensellik silsilesinden çıkarılması durumunda aynı neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği irdelenir³⁸³. Eğer ilgili şart bu silsileden çıkarıldığında netice yine de gerçekleşecek ise bu şartın nedensel olmadığı kabul edilir. Bu açıdan teorinin nedenselliği kanıtlamadığı bundan ziyade nedenselliği varsaydığı ifade edilmiştir³⁸⁴. Örneğin şart teorisini bakımından neticeyi tek başına gerçekleştirmeye elverişli birden fazla şart zaman bakımından aynı anda neticeyi gerçekleştirdiğinde olmazsa olmaz formülüyle bir sonuca ulaşamaz. Zira şartlardan birinin silsileden çıkarılması durumunda dahi netice yine de mevcut haliyle gerçekleşebilecektir. Bu hususta klasik olarak şu olay örnek verilmektedir³⁸⁵: Tek başına öldürmeye elverişli miktarda zehri, birbirinden habersiz olarak iki kişi, mağdurun içeceğine katar ve mağdur bunu içtikten sonra ölürse, olmazsa olmaz formülü uyarınca söz konusu iki kişinin de davranışı netice açısından nedensel

³⁷⁸ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 225. Ceza hukukunda nedensellik problemlerinin çözümünde kanuni şart teorisinin bugün için doktrinde baskın görüş olduğu ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Roxin, Claus/Greco, Luis** (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, München, C.H.Beck, §11 kn. 15; **Jescheck/Weigend**, s. 283.

³⁷⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 225; **Kühl**, *AT*, § 4, kn. 22.

³⁸⁰ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 225.

³⁸¹ **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 135.

³⁸² **Dencker, Friedrich** (1996) *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 25.

³⁸³ **Gropp/Sinn**, *AT*, § 4, kn. 35.

³⁸⁴ **Gropp/Sinn**, *AT*, § 4, kn. 38.

³⁸⁵ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 230.

değildir. Zira şartlardan birinin nedensel silsileden çıkarıldığı varsayıldığında dahi netice yine de mevcut haliyle gerçekleşecektir. Öyleyse birden fazla kişinin davranışları, münferiden değerlendirildiğinde hiçbirinin davranışı netice açısından nedensel değildir ve her ikisi de amaçlarına ulaşmış olmalarına rağmen şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince suça teşebbüsten sorumlu olacaklardır³⁸⁶. Benzer şekilde failin davranışından bağımsız şekilde başka bir şartın aynı neticeyi kısa bir süre sonra gerçekleştireceğinin kesin olduğu durumlarda da olmazsa olmaz formülü işlevsiz kalır. Bu hususta, örneğin; celladın, baltasını indirerek infazı gerçekleştirmesinden hemen önce, öfkeli seyircilerden birinin suçluyu bıçaklayarak öldürdüğü bir durum düşünülebilir³⁸⁷. Olmazsa olmaz formülü açısından bu örnekte seyircinin ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli davranışının netice açısından nedensel olmadığı kabul edilmelidir. Zira seyircinin, bıçaklama davranışı gerçekleşmemiş olsaydı dahi suçlu yine de kısa bir süre sonra cellat tarafından öldürülecekti.

İşte şart teorisindeki olmazsa olmaz formülünün bu varsayıma dayanan değerlendirme kriteri eleştirilere neden olmuş³⁸⁸ ve bu eleştiriler sonucunda da eşdeğerlilik teorisinin diğer bir görünüm şekli olan³⁸⁹ ve şart teorisinin açmazlarından kaçınmayı hedefleyen kanuni şart teorisi *Engisch*³⁹⁰ tarafından ortaya konulmuştur. Bu teorisinin de eşdeğerlilik teorisi olarak kabul edilmesinin nedeni, şart teorisinde olduğu gibi tüm nedenleri eşdeğerde görmesidir³⁹¹. Dolayısıyla, burada da davranışın; bir şekilde neticenin oluşumuna katkıda bulunması, neticenin şartlarından biri olması yeterlidir³⁹². Ancak bu teoride şart teorisinden farklı olarak, yalnız hukuki değeri ihlal eden sürecin başlangıç ve sonuç noktalarını irdeleyerek bir yargıya

³⁸⁶ Bu gibi durumlarda, olmazsa olmaz formülünün değiştirilmiş bir biçimde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Somut haliyle gerçekleşen netice değişmeden, kümülatif olarak değil ancak alternatif olarak düşünülebilecek birden fazla şarttan her biri netice açısından nedensel olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 136; **Kühl**, *AT*, § 4, kn. 19; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 230.

³⁸⁷ Örnek için bkz. **Gropp/Sinn**, *AT*, § 4, kn. 69. Benzer bir örnek **Öztürk/Erdem** tarafından verilmiştir: Mağdura öldürücü dozda zehir verilerek ölümüne sebep olduğu bir olayda, daha sonra mağdurun zaten kalp krizi nedeniyle öleceğinin anlaşılması. Örnek için bkz. **Öztürk/Erdem**, kn. 385.

³⁸⁸ Nitekim olmazsa olmaz formülünün nedenselliği kanıtlamadığı esasen onu varsaydığı belirtilmiştir. Bkz. **Jakobs**, *AT*, § 7, kn. 11; **Gropp/Sinn**, *AT*, § 4, kn. 38; **Roxin/Greco**, *AT-I*, § 11, kn. 13. Eleştiriler için bkz. **Başer, Zehra** (2022) *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet*, Ankara, Seçkin, s. 107-111.

³⁸⁹ Ancak bu teoriyi eşdeğerlilik teorisi olarak sınıflandırmayan ve bağımsız bir teori olarak kabul eden görüşler de vardır. **Gropp/Sinn**, *AT*, § 4, kn. 74; **Fischer, Thomas** (2018) *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65. Auflage, München, C.H.Beck, Vor § 13, kn. 23.

³⁹⁰ **Engisch, Karl** (1931) *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 13 vd.

³⁹¹ **Gropp/Sinn**, *AT*, § 4, kn. 74.

³⁹² **Kühl**, *AT*, § 4, kn. 22.

varılmamakta, fail davranışının neticeye varana değin tüm nedensel süreci dikkate alınmaktadır³⁹³. Bu açıdan neticenin somut şekliyle ortaya çıkışı kavramı (*Erfolg in seiner konkreten Gestaltslehre*) kullanılmaktadır³⁹⁴. Bu açıdan varsayıma dayanan değerlendirmelerden ve davranışın nedensel süreçten çıkarılarak nedenselliğin belirlenmesinden kaçınılabilecektir³⁹⁵. Kanuna uygun şart teorisine göre, davranış, neticeye bir dizi değişiklik yoluyla tabiat kanunlarına uygun olarak bağlantılı ise bu netice bakımından nedenseldir³⁹⁶. Diğer bir ifadeyle bir davranışın neticeye sebep olup olmadığı, tabiat kanunları vasıtasıyla tahkik edilecektir³⁹⁷. Bu şekilde varsayıma dayanan değerlendirmeleri bir kenara bırakan ilgili yaklaşımda, somut davranışın somut neticede etkili olup olmadığı, doğrudan ve pozitif açıdan irdelenmektedir³⁹⁸. Dolayısıyla bu teori bakımından nedensellik belirlenmesi, şart teorisinden farklı olarak genel hayat tecrübesinden hareketle değil; bilimsel olarak, uzman kişilerce yapılacaktır. Olmazsa olmaz formülü ise bu açıdan yalnız uzman görüşüne katkıda bulunabilecek bir unsurdur³⁹⁹.

Sonuç olarak eşdeğerlilik teorisinin bu her iki bakış açısı bakımından da, temel olarak suçun işlenmesinde her bir şart birbirine eşittir ve şartlar arasında nedensellik bakımından bir ayrım yapılamaz. İşte şartlar arasında bir ayrım yapılamaması düşüncesinin bir sonucu olarak bir suçun işlenmesi bakımından birden fazla kişinin katkısının olduğu durumlarda da bu kişilerin davranışlarının objektif olarak birbirinden farklılaştırılamayacağı ve böylece iştirak statülerinin belirlenmesinde ancak katkıda bulunanların iradelerinden hareket edilebileceği sonucuna varan sübjektif teoriler söz konusu olmuştur. Nitekim sübjektif teorilerin, eşdeğerlilik teorisini benimsemesinin sonucu olarak, objektif alanda neticeye sebep olan her şartın eşit kabul edilmesiyle birlikte, faillik belirlenmesinde suça katılanın iradesini esas alan sübjektif alana başvurunun kaçınılmaz olduğu ifade edilmiştir⁴⁰⁰.

³⁹³ **Engisch**, s. 21; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 247.

³⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Bulut, İlhan** (2022) Suçta Netice, Ankara, Adalet, s. 212-217.

³⁹⁵ **Engisch**, s. 26; **Gropp/Sinn**, AT, § 4, kn. 74; **Jescheck/Weigend**, s. 281-282; **Kühl**, AT, § 4, kn. 24.

³⁹⁶ **Engisch**, s. 21.

³⁹⁷ **Başer**, s. 114.

³⁹⁸ **Kühl**, AT, § 4, kn. 22.

³⁹⁹ **Jescheck/Weigend**, s. 283.

⁴⁰⁰ **Haas, Matt/Renzikowski**, Vor §§ 25, kn. 3; **Jakobs**, AT, 21/27; **Kindhäuser/Zimmerman**, AT, § 38, kn. 40; **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 7; **Woelk, Birgit** (1994) Täterschaft bei zweiaktigen Delikten, Berlin, Duncker & Humblot, s. 29.

Faillik şeriklik ayırımına ilişkin sübjektif esaslardan hareket eden görüşlerin 19. yüzyılın başlarından bu yana doktrinde farklı şekillerde savunulduğu görülmektedir⁴⁰¹.

Ancak sübjektif teoriler, bugün için geleneksel olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁴⁰². Bunlar, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihatlarında ortaya konulan ve faillik belirlemede sırf sübjektif kıstasları esas alan “*Aşırı Sübjektif Teori*” ve sonrasında Alman Federal Mahkemesi'nin ayırma kriteri olarak sübjektif unsurların yanı sıra gittikçe birtakım objektif unsurları da esas almasıyla birlikte oluşan “*Sınırlandırılmış Sübjektif Teori*”dir⁴⁰³. Bu şekilde sübjektif teoriler başlığı altında farklı teoriler olsa da bu teorilerin ortak noktası, faillik ve şeriklik ayırımının, dış dünyada yer alan objektif kriterlerden hareketle belirlenemeyeceği, bu ayırımın yalnız suça katılanların iradesi, amacı, saiki gibi içsel-psişik kriterlerle belirlenebileceğini savunmalarıdır⁴⁰⁴.

B. Aşırı Sübjektif Teoriler

Bugün için özellikle Alman İmparatorluk mahkemesi ve bir dönem Alman Federal Mahkemesinin faillik şeriklik ayırımında kullandığı kıstasları ifade etmek için kullanılan aşırı sübjektif teorisinin, esasen 19. yüzyılda doktrinde de savunulduğu görülmektedir⁴⁰⁵. Bu yüzyıldaki sübjektif teoriye ilişkin görüşleri şekli ve maddi sübjektif teoriler olarak ayırmak

⁴⁰¹ Bu hususta bkz. **Birkmeyer**, s. 23-24.

⁴⁰² **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 39; **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 57.

⁴⁰³ **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Vor §§ 25 ff., kn. 6; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 39.

⁴⁰⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 57. Diğer taraftan, sübjektif teori taraftarı olan her yazarın da suça katkıda objektif bir farklılaştırmanın mümkün olmadığı görüşünü benimsediği söylenemez. Örneğin, **Henke**, suça katkının, suçun işlenmesi bakımından dışsal- objektif etkililiğinde bir fark olabileceğini kabul eder. Ancak, bu kriterden hareketle fail- yardım eden ayırımı yapılmasının belirsizlik oluşturacağını belirtir. Bu hususta şu örneği verir: Ormandaki keresteleri çalmak niyetinde olan bir kimse, komşusunun oğlundan babasının at arabasını rica eder. Oğlan ise at arabasını sağlamasının yanı sıra bu kimsenin güçsüzlüğünden dolayı hem arabaya sürücülük eder hem de kerestelerin yüklenmesinde de ona yardımcı olur. Yazara göre objektif açıdan bakıldığında burada oğlanın mal edinme amacından yoksun olmasına rağmen fail olarak kabul edilmesi gerekirdi. Dolayısıyla objektif kriterler belirsizliğe neden olmaktadır. Bkz. **Henke, Eduard** (1823) *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Erster Teil, Berlin und Stettin, Nicolaische Buchhandlung, s. 286.

⁴⁰⁵ Yine 18. yüzyılda da teorisinin izlerine rastlanmaktadır. *Westphal'e* göre, fail (*Urheber*), suçu kendi adına ve menfaatine meydana getiren kimsedir. Faillik, bir kimsenin fiili kendisi için mi başkası için mi yaptığına bağlıdır. Bkz. **Westphal, Ernst Christian** (1785) *Das Criminalrecht*, Leipzig, Weygandsche Buchhandlung, s. 52.

mümkündür⁴⁰⁶. Şekli sübjektif teorilerde⁴⁰⁷, suça katılanın kastından edilirken, maddi sübjektif teorilerde⁴⁰⁸ kişinin suça katılmadan elde edeceği menfaatten hareket edilir⁴⁰⁹.

Aşırı sübjektif teori kapsamında iki temel teori geliştirilmiştir. Bunlardan kast teorisi, faillik şeriklik ayrımında suça katılanların iradesinin hâkimiyet durumunu esas alırken, menfaat teorisinde suça katılanların suçun neticesinden elde edecekleri menfaat derecesi esas alınır⁴¹⁰.

1. Şekli Sübjektif Teoriler (Kast Teorileri)

19. yüzyılda, şekli sübjektif teorinin savunucularından biri olan *Wächter*'e göre, faillik için suçun icra edilmesi önemli değildir. Önemli olan kişinin, bir başkasının suçunu desteklemek iradesiyle değil, suçun işlenmesini doğrudan kendisi için isteme iradesiyle katılmasıdır⁴¹¹.

Davranış kavramını irade ve fiilin birlikteliği olarak kabul eden ve davranışı istenen ve vuku bulanın aracısı olarak tanımlayan *Berner*⁴¹² de şekli sübjektif teorinin temsilcilerindendir⁴¹³. Yazar, nedensellik bağlantısının salt olgusal bir durum olmadığını ve istenen ile vuku bulan arasındaki aracılık süreci olduğunu ifade eder⁴¹⁴. Bu hususta yazar şu örneği verir: mermi hedefe doğru ateşlendiğinde, kişinin iradesi artık nesnelliğe terk edilir⁴¹⁵. Bu açıdan bir kimsenin fail olabilmesi için belirleyici olan husus, iradeyi uygulamaya koyan bu aracılık sürecinde, kişinin faillik amacıyla mı yoksa yardım etme amacıyla mı hareket ettiğidir⁴¹⁶. Fail, amacını başkasından bağımsız bir şekilde suçun neticesine yönlendiren kişidir. Yardım

⁴⁰⁶ **Winter**, s. 63.

⁴⁰⁷ Şekli sübjektif teoriler günümüzde çoğunlukla kast teorileri olarak anılmaktadır.

⁴⁰⁸ Maddi sübjektif teoriler ise günümüzde çoğunlukla menfaat teorileri olarak ifade edilir.

⁴⁰⁹ **Winter**, s. 63.

⁴¹⁰ **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn. 13.

⁴¹¹ **Wächter, Carl Georg** (1825) *Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts I*, Stuttgart, J.B. Metzler'sche Buchhandlung, s. 147.

⁴¹² **Berner, Albert Friedrich** (1847) *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlin, Carl Heymann, s. 1.

⁴¹³ Yazarın, 1871 yılında Alman İmparatorluk Ceza Kanunu § 47'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, görüşleri değişmiş ve şekli objektif teori taraftarı olmuştur. Bu hükmeye göre "*Birden fazla kişinin bir suçu birlikte icra etmesi halinde, her biri fail olarak cezalandırılır.*".

⁴¹⁴ **Berner**, *Theilnahme*, s. 180.

⁴¹⁵ **Berner**, *Theilnahme*, s. 180.

⁴¹⁶ **Berner**, *Theilnahme*, s. 238.

eden ise yalnız bir başkasının amacını destekleyen kimsedir. Faillik için suçun işlenmesi sonucunda kimin menfaat sağlayıcı önemli değildir⁴¹⁷.

*Hälschener*⁴¹⁸ de *Berner*⁴¹⁹ gibi yardım edenin failin suç kastı için, suç işleme amacını gerçekleştirmesinde ona destekte bulunduğunu kabul eder⁴²⁰. Diğer taraftan yazara göre suça katılanın suçun maddî unsurlarının tamamını gerçekleştirmesi durumunda, artık bu kimsenin bir başkasının iradesini desteklemesinden bahsedilemeyeceğinden yardım eden olarak kabul edilmesi de mümkün değildir⁴²¹. Bu açıdan yazar, yardım etme davranışında suçun maddî unsurları bakımından bir eksiklik bulunması gerektiğini ve dolayısıyla yardım etmenin suça teşebbüs davranışıyla her zaman aynı seviyede yer aldığını ifade eder⁴²². Öte yandan yazar, failin suç işleme amacının yanı sıra faillik için bir sübjektif unsur daha ifade eder. Buna göre fail, yardım edeni iğfal eden, baştan çıkaran kimsedir⁴²³. Yardım eden, failin amacı tarafından yönlendirilmektedir⁴²⁴.

Şeklî sübjektif teori veya bir başka ifadeyle kast teorisinin en etkili savunucusu v. *Buri* olmuştur⁴²⁵. Yazarın görüşleri, özellikle üyesi olduğu Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihatlarında da geniş yer bulmuştur⁴²⁶. Neticeye etki eden her unsurun eşdeğerliliğinden hareket eden ve nedenselliğin suça iştirakte belirleyici bir rolü olduğunu⁴²⁷ kabul eden yazara göre netice bölünemez bir unsurdur. Zira nedenler arasında bir farklılık kabul edilse bile en az değerde olanın dahi olaydan elimine edilmesi durumunda netice

⁴¹⁷ **Berner**, *Theilnahme*, s. 171.

⁴¹⁸ **Hälschner**, s. 118.

⁴¹⁹ **Berner**, *Theilnahme*, s. 238.

⁴²⁰ **Winter**, s. 99.

⁴²¹ **Hälschner**, s. 324.

⁴²² **Hälschner**, s. 325. *Glaser*, ise yardım edenin eylemi de failin eylemi kadar suçun işlenmesine katkıda bulunduğundan, yalnızca irade unsurunun fail ve yardım eden bakımından ayırt edici olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, nasıl ki teşebbüs durumunda suçun objektif unsurlarında bir eksiklik söz konusu ise yardım etme durumunda da suçun sübjektif unsurunda bir eksiklik vardır. Bkz. **Glaser, Julius** (1864) "*Über Täterschaft und Beihilfe*" *Der Gerichtssaal*, C.16, ss. 24-55, s. 43.

⁴²³ **Hälschner**, s. 324.

⁴²⁴ **Hälschner**, s. 324.

⁴²⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 59.

⁴²⁶ **Bar**, *Schuld*, s. 597; **Winter**, s. 107; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 3.

⁴²⁷ **Buri, Maximilian von** (1873) *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, J. M. Gebhardt, s. 102.

gerçekleşmeyecektir⁴²⁸. Yazarın nedenselliğe ilişkin bu temel yargısı fail ve yardım eden ayrımında onu sübjektif unsurları esas almaya yöneltir.

v. *Buri*, başlangıçta, bir sonraki başlıkta ele alınacak olan maddî sübjektif teoriler kapsamında değerlendirilebilecek olan suça katılanın suç sonucunda ulaşacağı menfaat, hedef kriterinden hareket etmiş⁴²⁹ olsa da sonraki görüşlerinde bu kriterden vazgeçmiştir⁴³⁰. Zira yazar, haklı olarak, yardım edenin de suçun işlenmesinde kendi menfaatinin olabileceğini kabul etmiştir⁴³¹. Yazara göre, fail ve yardım eden arasındaki ayrım ancak failin iradesinin bağımsızlığına ve yardım edenin iradesinin ise failinkine bağımlılığına göre yapılabilir⁴³². Yardım eden, neticeyi yalnız fail isterse ister; failin neticeyi istemediği durumda yardım eden de neticeyi istemez⁴³³. Bu açıdan suçun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, failin kararına bırakılır⁴³⁴. Ancak yazar, neticeye neden olan her türlü katkıyı eşdeğer kabul etse de, suçun işlenmesindeki esas davranışı gerçekleştiren kimsenin artık yardım eden olarak nitelendirilemeyeceğini belirtir. Burada yazarın esas davranıştan maksadı, suçun tamamlanması için gerekli olan -yazarın ifadesiyle- son parçadır⁴³⁵. Diğer taraftan yazar, bu esas davranışın, objektif bir anlamı olduğunu kabul etmez. Suça katılan kimse, suçun işlenmesi bakımından bu esas davranışı gerçekleştiriyorsa, bu durum onun iradesinin bağımsızlığını gösterir. Bu açıdan esas davranış diğer suça katkılardan ancak sübjektif olarak ayrılabilir. Zira esas davranış, yazara göre suç faaliyetinin zirve noktasıdır ve dolayısıyla suça katılanın iradesi eğer esas davranışın gerçekleştirilmesine yönelmişse, artık bu kimsenin iradesi baskın hale gelir ve bir başkasının iradesine bağımlılığından söz edilemez⁴³⁶.

⁴²⁸ **Buri, Maximilian von** (1860) *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, Ferber'sche Universitäts-Buchhandlung, s. 2.

⁴²⁹ **Buri, Maximilian von** (1869) "*Urheberschaft und Beihülfe*" GA, ss. 233-241, s. 236.

⁴³⁰ **Winter**, s. 110.

⁴³¹ **Buri**, *Verantwortung*, s. 127.

⁴³² **Buri, Maximilian von** (1860) *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, s. 41.

⁴³³ **Buri**, *Kausalität*, s. 41.

⁴³⁴ **Buri**, *Kausalität*, s. 41.

⁴³⁵ **Buri**, *Verantwortung*, s. 104.

⁴³⁶ **Buri**, *Verantwortung*, s. 126. Benzer şekilde v. *Bar*'a göre de yardım eden, suçu, ancak bir başkasının suçu tamamlayan esas davranışı üstlenmesi şartıyla isteyen kimsedir (**Bar, Ludwig von** (1859) *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*, Hannover, Hahn'sche Hofbuchhandlung, s. 66.).

Şeklî sübjektif teorinin yakın zamandaki temsilcilerinden *Bockelmann*⁴³⁷ da v. *Buri* ile benzer esaslardan hareket etmiştir⁴³⁸. Yazara göre yardım eden failden ancak sübjektif kriterler temelinde ayrılabilir. Ancak bu ayırmada, suça katılanın, suçu kendisi için isteyip istememesi ya da fail istediği için istemesi belirleyici kriter değildir. Zira bu kıstas, yazara göre, tespit etmesi zor ve belirsiz bir kıstastır⁴³⁹. Burada önemli olan, yardım edenin kastının, failin kararına tâbi olmasıdır⁴⁴⁰. Yardım eden, suçun işlenip işlenmemesine ilişkin nihai kararı asıl faile bırakan kimsedir⁴⁴¹.

2. Maddî Sübjektif Teoriler (Menfaat Teorileri)

Maddî sübjektif teorilerde, şeklî sübjektif teorilerden farklı olarak yardım edenin iradesinin failin iradesine bağlılığından, diğer bir ifadeyle yardım edenin fail isterse neticeyi istediğinden fail istemezse yardım edenin de neticeyi istemediği bir irade bağlılığından değil; suça katılanların, suçun neticesinden elde edecekleri menfaatten hareket edilir.

Maddî sübjektif teorinin etkili savunucularından biri olan *Köstlin*, şeklî sübjektif teorinin çıkarımlarına karşı çıkar. Zira yazara göre bir başkasının suçuna yardım eden kimse de nihayetinde suçun işlenmesine yönelik iradesini ortaya koymaktadır⁴⁴². Bu noktada yazar nedensellik bağına ilişkin açıklamalarından hareketle fail ile yardım eden arasında ayırım yapmaktadır. Yazara göre nedensellik bağı objektif ve sübjektif unsurlardan oluştuğundan, hareket özneye ilişkisi içinde bir bütün olarak ele alınmalıdır⁴⁴³. Dolayısıyla nedensellikte, yalnızca dışsal/doğal nedensellik değil, iradenin nedenselliği de dikkate alınır. Fail ve yardım eden arasındaki ayırmada da çıkış noktası iradenin nedenselliğidir. Bir neticeyi ortaya çıkaran tüm koşullar, failin iradesine bağlanmalıdır; failin iradesi neticeyi ortaya çıkaran tüm münferit koşullar üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olmalıdır⁴⁴⁴. Dolayısıyla suça katılan, bir başkasını kendi amacı, kendi menfaati için bir araç haline getirirse, kendisini dolaylı

⁴³⁷ **Bockelmann**, *Täterschaft*, s. 48 vd.

⁴³⁸ **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 3.

⁴³⁹ **Bockelmann**, *Täterschaft*, s. 48.

⁴⁴⁰ **Bockelmann**, *Täterschaft*, s. 49.

⁴⁴¹ **Bockelmann**, *Täterschaft*, s. 49.

⁴⁴² **Köstlin**, **Reinhold** (1845) *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, s. 471.

⁴⁴³ **Köstlin**, s. 470. Bu açıdan *Köstlin*'in, *Hegel*'in görüşlerinden etkilendiği ifade edilmiştir. Nitekim *Hegel*, isnadiyet açısından saf doğal nedenselliği kabul etmemiştir. Bkz. **Winter**, s. 70.

⁴⁴⁴ **Köstlin**, s. 448.

neden konuma indirger ve bu bir başkasını gerçek nedenselliğe dahil eder⁴⁴⁵. Bu ilişkide, yardım edenin davranışı yalnızca failin iradesi aracılığıyla nedensel hale gelir. Yardım edenin davranışı nihai olarak failin iradesinden doğar ve bu suretle bütün davranışların toplamı failden kaynaklanır⁴⁴⁶. Yardım eden, bu durumda yalnızca bir başkasının amacı (menfaati) için bir araç durumundadır⁴⁴⁷. Dolayısıyla bu amaç araç ilişkisi bakımından yazar, yardım edenin de suçun işlenmesindeki esas davranışı gerçekleştirebileceğini kabul ederek yardım eden olarak sorumlulukta, önemli olanın, kişinin doğrudan kendi menfaatiyle hareket etmemesi olduğunu ifade eder⁴⁴⁸.

Teorinin savunucularından *Jagemann*, suça katılımda asli iştirak ve yan iştirak şeklinde ayırım yaparak, yardım edenleri yan iştirakçi olarak kabul etmektedir⁴⁴⁹. Yardım eden, suçun başarıyla işlenmesine katkıda bulunmasına rağmen, bu katkıda kendi menfaatine değil asli iştirakçinin menfaatine uygun şekilde davranır⁴⁵⁰. Diğer taraftan objektif bir husus olarak yardım edenin harici katkısı suçun işlenmesi bakımından vazgeçilmez bir dereceye ulaşırsa bu durumda yazara göre suça katılımda asli yardım etme söz konusu olur⁴⁵¹. Katkı bu dereceye varmıyor ve yalnız suçun işlenmesini kolaylaştırıyorsa ise tâli yardım etme söz konusu olur. Bu durumda yalnız cezalandırma bakımından bir fark gözetilir ve kavramsal bir ayırım yapılmaz. Her hâlükârda suça katkı bakımından dış faaliyet ne kadar önemsiz olursa olsun suçun işlenmesindeki menfaat sahibi fail olarak kabul edilecektir⁴⁵².

Geib'e göre ise fail, suçun işlenmesi için zihnen veya bedenen faal olan ve aynı zamanda suçu kendi işi olarak yürüten, suçu kendi adına ve menfaatine gerçekleştiren kişidir⁴⁵³. Yardım eden ise faaliyetinin türü ve kapsamı önemli olmaksızın bir başkasının amacını ve

⁴⁴⁵ **Köstlin**, s. 448.

⁴⁴⁶ **Köstlin**, s. 448.

⁴⁴⁷ **Köstlin**, s. 448.

⁴⁴⁸ **Köstlin**, s. 470.

⁴⁴⁹ **Jagemann, Ludwig von** (1854) Criminallexikon: Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland, Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke, s. 344.

⁴⁵⁰ **Jagemann**, s. 344.

⁴⁵¹ **Jagemann**, s. 344.

⁴⁵² **Jagemann**, s. 344.

⁴⁵³ **Geib, Gustav** (1862) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band II: Allgemeine Lehren, Leipzig, Verlag von S. Hirzel, s. 317.

menfaatini destekleyen kişidir⁴⁵⁴. Diğer taraftan yazar, suçun işlenmesindeki esas davranışa katılım durumunda artık yardım etme iradesinin mevcut olamayacağını belirtmiştir⁴⁵⁵.

3. Aşırı Sübjektif Teorilerin Alman Mahkeme Kararlarındaki Etkisi

Daha önce de belirtildiği gibi; şekli sübjektif teori taraftarlarından biri olan *v. Buri'nin* görüşleri üyesi olduğu Alman İmparatorluk Mahkemesinin iştirak konusuna ilişkin içtihatlarında geniş yer bulmuştur⁴⁵⁶.

İmparatorluk mahkemesi, fail ile yardım eden arasındaki farkın suça katılanların dışsal faaliyetlerinde olmadığını kabul eder. Zira mahkeme açısından suça katılanların davranışları objektif açıdan eşdeğerdedir⁴⁵⁷. Müşterek faillik için objektif açıdan suça her türlü etki, suçun birlikte icra edilmiş olması bakımından yeterlidir. Dolayısıyla mahkeme açısından müstakil fail ile yardım edenin de objektif açıdan suçu birlikte işlemesi söz konusudur⁴⁵⁸.

Mahkeme açısından müşterek fail ile yardım eden arasındaki belirleyici faktör suça iştirakin kapsamı ve önemi değil, bundan ziyade suça katılanın amacıdır. Yardım eden, fiili, kendisine yardımda bulunduğu kimsenin fiili olarak kabul etmek suretiyle suça katılanken; müşterek fail, fiili kendisinin veya müşterek faillerin ortak fiili olması iradesiyle suça katılandır⁴⁵⁹. Fail, fail iradesiyle (*animus auctoris*) suça katılan iken; şerik, şerik iradesiyle (*animus socii*) suça katılandır⁴⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, İmparatorluk Mahkemesi'ne göre faillik ile yardım eden arasındaki temel fark, müşterek failin fiili kendisi için istemesi iken; yardım edenin, fiili bir yabancı olarak yani bir başkasının fiili olarak istemesidir. Bu açıdan yardım edenin iradesinin failin iradesine bağlılığı söz konusudur⁴⁶¹.

⁴⁵⁴ Geib, s. 317.

⁴⁵⁵ Geib, s. 317.

⁴⁵⁶ Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47 kn. 40; Roxin, *Tatherrschaft (10)*, s. 59; Schünemann, *LK*, § 25, kn. 3; Winter, s. 231.

⁴⁵⁷ RGSt 2, 160, s. 163 <rgst.staatsbibliothek-berlin.de> s.e.t. 21.06.2022.

⁴⁵⁸ RGSt 3, 181, s. 182 <rgst.staatsbibliothek-berlin.de> s.e.t. 21.06.2022. Ayrıca bkz. Winter, s. 233.

⁴⁵⁹ RGSt 2, 160, s. 162.

⁴⁶⁰ Önder, *Genel Hükümler*, s. 438; Kühl, *Lackner/Kühl*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 5; Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 29.

⁴⁶¹ Buri, *Verantwortung*, s. 126; Bockelmann, *Täterschaft*, s. 49; Bockelmann, Paul (1957) *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, Verlag von Otto Schwartz, s. 76.

Faillik iradesi ve şeriklik iradesinin hangi kriterlere dayanacağına ilişkin belirsizliği Alman İmparatorluk Mahkemesi neticeye ilişkin kişisel menfaat kriteri ile çözüme kavuşturmayı amaçlamış ve bu açıdan kararlarında maddî sübjektif teorilere yaklaşan bir tutum sergilemiştir⁴⁶². Dolayısıyla, İmparatorluk Mahkemesi, v. *Buri*'nin eşdeğer nedenselliğe dayanan iştirake ilişkin görüşlerinin aşırı sonuçlarından uzaklaşabilmiştir⁴⁶³. Ancak yine de Mahkeme'nin eşdeğer nedensellik temelinden hareketle iştirak statülerini belirlemesi, aynı dönemde Alman doktrindeki hâkim görüş olan objektif teorilerin aksine faillğin daha geniş belirlenmesine neden olmuştur. Bu açıdan mahkeme kararlarının aşırı sübjektif teoriler kapsamında kaldığını belirtmek gerekir. Nitekim İmparatorluk Mahkemesi, müşterek faillik ile yardım etme arasındaki ayırmda, suça katılanların harici faaliyetlerinin önemli olmadığını belirtmiştir⁴⁶⁴. Dolayısıyla mahkeme içtihatlarında objektif açıdan, müşterek faillik için suça her herhangi bir katkı yeterli kabul edilmiştir.

Nitekim, sırf sübjektif kıstaslardan hareketle fail- şerik ayrımının, aşırı sonuçlara neden olacağına ilişkin olarak doktrinde çoğunlukla İmparatorluk Mahkemesi'nin "Küvet Olayı"⁴⁶⁵ kararı tartışılmıştır⁴⁶⁶. Olayda, evlilik dışı doğum yapan anne ile annenin kız kardeşi doğumdan sonra bebeğin banyo küvetinde boğulması hususunda anlaşmışlardır. Doğum sonrası kız kardeş, anneyi babasının kınamasından, bebeği ise köy halkının gayri meşru olarak kabul etmesinden korumak amacıyla, bebeği alarak küvette bizzat kendi elleriyle boğmuştur. İlk derece mahkemesi kız kardeşi fail olarak, anneyi ise azmettiren olarak sorumlu kabul etmesine rağmen İmparatorluk Mahkemesi bu kararı bozmuştur⁴⁶⁷. İmparatorluk Mahkemesi, kasten öldürme suçu bakımından tipik hareketin bizzat işlenmesinin faillik için yeterli olmadığını kabul ederek, maddî ve şeklî sübjektif teorilerin

⁴⁶² **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47 kn. 41; **Hanrath, Johannes** (1941) "*Mittäterschaft und Teilnahme bei fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen (§§ 47-49 StGB)*" Inaugural-Dissertation, Universität Köln, s. 19.

⁴⁶³ **Winter**, s. 232.

⁴⁶⁴ RGSt 2, 160, s. 163 <rgst.staatsbibliothek-berlin.de> s.e.t. 21.06.2022.

⁴⁶⁵ RGSt 74, 84, s. 85 <rgst.staatsbibliothek-berlin.de> s.e.t. 21.06.2022.

⁴⁶⁶ **Hanrath**, s. 19; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 19; **Kohlrausch-Lange** (1961) *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 160; **Krey/Esser**, § 25, kn. 818; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 41; **Roxin**, *LK*, §25, kn. 13; **Joecks/Jäger**, *Studienkommentar*, § 25, kn .6.

⁴⁶⁷ Ancak bu kararın, suçun işlendiği 1940 yılında yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu'nda çocuğun öldürülmesi bakımından mevcut olan idam cezasından kız kardeşi korumak amacıyla verildiği de ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Krey/Esser**, § 25, kn. 819; **Hartung, Fritz** (1954) "*Der „Badewannenfall“: Eine Reminiszenz*" JZ, s. 430 vd.

esaslarından hareketle sorumlulukları belirlemiştir. Mahkeme'ye göre, kız kardeşin fail olarak sorumlu olabilmesi için öldürme fiilini kendisi için mi istediği yoksa annenin fiilini desteklemek için mi hareket ettiğinin belirlenmesi gerekir. Bu belirlemede ise -münhasır bir şart olarak kabul edilmese de- öncelikle suçun neticesinden elde edilecek menfaat derecesinden hareket edilmelidir. Somut olay kapsamında, kız kardeş, bebeğin annesinin menfaatine hareket ettiğinden, Mahkeme'ye göre tipik hareketi gerçekleştirmiş olsa da fail değil, yardım eden olarak sorumlu olmalıdır.

Görüldüğü üzere, İmparatorluk Mahkemesi açısından fail- yardım eden ayrımı ancak suça katılanların sübjektif durumuna göre belirlenebilecektir. Burada esas olan da şekli sübjektif teorinin kriterleri çerçevesinde, suça katılanın, iradesini tâbi kılması ya da fiili kendisi için veya bir başkası için istemesidir. Ancak Mahkeme salt bu sübjektif kıstastan hareket etmemiş ve maddi sübjektif teorilerin menfaat kıstasının da önemini vurgulayarak bir fiilin kendisi veya bir başkası için istenip istenmediğinde, suçun neticesinden elde edilecek menfaat derecesinin de önemli bir gösterge olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla şekli ve maddi sübjektif teorilerin kesin çizgilerle birbirinden ayrılamayacağı ifade edilebilir. Nitekim maddi sübjektif teorilerdeki menfaat kıstasına, doktrin ve yargı kararlarında, bağımsız bir teori olarak oldukça az önem atfedildiği ifade edilmiştir⁴⁶⁸.

Sübjektif teoriler, Alman İmparatorluk Mahkemesi (1879-1945) ardından, Alman Federal Mahkemesi döneminde de 1975 yılındaki Alman Ceza Kanunu'ndaki iştirake ilişkin hükümlerin değişmesine değin faillik- şeriklik ayrımında temel kıstas olmuştur⁴⁶⁹. Federal Mahkeme özellikle suçun işlenmesindeki iradenin bağılılığına diğer bir ifadeyle; failin, fail iradesiyle (*animus auctoris*) suça katılmasını esas almışken; şerikin ise, şerik iradesiyle (*animus socii*) suça katılmasını esas almıştır. Şerik, iradesini failin kararına tâbi kılan, suçun gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğini failin kararına terk eden kimsedir. Buna karşılık fail, bir başkasının üstün, hâkim iradesini tanımayan kimsedir.

Federal Mahkeme'nin sübjektif teoriler kapsamında, doktrinde "aşırı" olarak nitelendirilen kararı *Sovyet Ajanı Staschynskij* olayına ("Staschynskij-Fall") ilişkindir⁴⁷⁰. Sovyetler Birliği

⁴⁶⁸ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 4; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 4.

⁴⁶⁹ **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 5.

⁴⁷⁰ BGHSt 18, 87; BGH, 19.10.1962, 9 StE 4/62 <beck-online.beck.de> s.e.t. 21.06.2022. Ayrıca bkz. **Krey/Esser**, § 25, kn. 823; **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Vor §§ 25 ff. kn. 6; **Woelk**, s. 29.

döneminde, Sovyet istihbarat örgütü ajanı *Staschynskij*, hükümetin emriyle Münih’te sürgünde bulunan bir Rus politikacıyı zehirli bir silahla öldürmüştür. Federal Mahkeme bu olayda, İmparatorluk Mahkemesi’ne benzer şekilde tipik hareketi işleyen ajanı, fail olarak kabul etmemiştir. Mahkeme, sübjektif teoriye atıfta bulunmak suretiyle, ajanı yardım eden olarak kabul etmiş iken, ajana öldürme emrini veren Sovyetler Birliği hükümet üyelerini, bu hususta dolaylı fail kabul etmiştir. Zira Mahkeme’ye göre yardım eden, fiili kendi fiili olarak işlemeyen, başkasının fiilini destekleyen kişidir. Ayrıca Mahkeme bu kararında, sübjektif teorinin, Federal Yüksek Mahkeme’nin yerleşmiş içtihadı olduğunu da belirtmiş ve suçun tüm unsurlarını gerçekleştiren kimsenin de yardım eden olarak sorumlu olabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre ajan; suçu kendisi için istemediğinden, bir başkasının iradesine boyun eğdiğinden ve suçun işlenmesinde menfaat sahibi olmadığından, fail olarak sorumlu tutulamayacaktır⁴⁷¹.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin faillik ve şeriklik arasındaki ayrım bakımından salt sübjektif kriterleri esas alan kararları Alman Ceza Kanunu’ndaki 1975 değişikliğiyle birlikte kısmen terk edilmiş ve özellikle doktrinde fiil hâkimiyeti teorisinin gelişimiyle birlikte mahkemenin de bu teoriye yaklaşan kararlar verdiği görülmüştür⁴⁷². Zira 1975 değişikliğiyle birlikte Alman Ceza Kanunu § 25’te suçu bizzat kendisi işleyen fail olarak cezalandırılacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Böylece tipik hareketi bizzat gerçekleştirenin yardım eden olarak değil fail olarak sorumlu olacağına ilişkin kanun koyucu açık bir tavır almıştır. Oysa 1975 tarihinden evvelki iştirak düzenlemesinde, § 47’de faillğe ilişkin olarak, yalnız, cezalandırılabilir hareketi birlikte icra edenlerin fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Federal Mahkeme’nin içtihadındaki bu değişiklik nedeniyle sübjektif teoriler tarihsel gelişim bakımından ikiye ayrılarak incelenmiştir. Mahkemenin faillik belirlemede giderek daha çok objektif kıstasa yer vermesi sonucunda, sübjektif teoriler, aşırı sübjektif teoriler ve sınırlandırılmış sübjektif teori olarak doktrinde ele alınmaya başlanmıştır.

⁴⁷¹ Diğer taraftan bu kararın politik bir karar olabileceği de belirtilmiştir. Zira ajan, itirafçı olarak Almanya’ya sığınmıştır. Bu açıdan söz konusu kararla hem ajanın ödüllendirilmek istenmiş olabileceği hem de Moskova’daki hükümet yetkililerinin “*kâtil*” olarak damgalanabileceğinin amaçlanmış olabileceği ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Krey/Esser**, § 25, kn. 823.

⁴⁷² **Kühl, Lackner/Kühl**, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 5; **Schild, NK**, § 25, kn. 36.

Aşırı sübjektif teorilerin günümüzde gerek doktrin gerek içtihatlarda savunulmadığı ifade edilmektedir⁴⁷³. Özellikle tipik davranışı bizzat kendisi gerçekleştiren kimsenin şerik olamayacağı hususunda görüş birliği olduğu söylenebilir⁴⁷⁴. Diğer taraftan, Federal Mahkeme'nin, tipik davranışı bizzat işleyen kimsenin fail olarak değerlendirilmesi bakımından açıkça bir ifadesinin olmadığı da belirtilmiştir⁴⁷⁵.

C. Sınırlandırılmış Sübjektif Teori (Normatif Kombinasyon Teorisi)

Aşırı sübjektif teoride olduğu gibi sınırlandırılmış sübjektif teoride de neticeye neden olan her katkı eşdeğer olarak kabul edilir ve faillik ile şeriklik suça katılanların iradesine göre ayırt edilir. Ancak bu teoride, aşırı sübjektif teorinin aksine suça iştirak edenlerin iradesi, bir “iç dünya” meselesi olarak kabul edilmemekte, bunun yerine faillik ve şeriklik iradesi sübjektif ve objektif kriterlerin bütüncül olarak değerlendirilmesi yoluyla belirlenmektedir⁴⁷⁶. Bu açıdan, teori, “modifiye” edilmiş sübjektif teori olarak da ifade edilmiştir⁴⁷⁷.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin sübjektif teoriden objektif kıstasları da göz önünde bulunduran içtihadına geçişindeki görüşleri, *Roxin*⁴⁷⁸ tarafından, normatif kombinasyon teorisi olarak adlandırılmış ve bilahare bu tanım farklı yazarlarca da benimsenmiştir⁴⁷⁹. Teorinin, normatif kombinasyon teorisi olarak adlandırılmasının sebebi, objektif ve sübjektif kriterleri, birbirinden bağımsız bir şekilde, hiçbir kriterin tek başına belirleyici ve yeterli olmayacağı şekilde, münferit olay bakımından, bütüncül bir değerlendirme için hâkimin takdirine bırakmasıdır⁴⁸⁰. Diğer bir ifadeyle bu teoride faillik- şeriklik ayırımına ilişkin temel dayanak noktaları, sabit yol gösterici ilkeleri değil, hâkimin belirli bir yargıya varması için

⁴⁷³ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 51.

⁴⁷⁴ **Gropp/Sinn**, *AT*, § 10, kn. 70; **Haas**, *Matt/Renzikowski*, § 25, kn. 2; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 4; **Jescheck/Weigend**, s. 653; **Kühl**, *Lackner/Kühl*, § 25, kn. 1; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 38.

⁴⁷⁵ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 56.

⁴⁷⁶ **Marlie, Marcus** (2009) *Unrecht und Beteiligung*, Baden-Baden, Nomos, s. 30; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 24.

⁴⁷⁷ **Woelk**, s. 35.

⁴⁷⁸ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 18; **Roxin, Claus** (1989) *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 588; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 22 vd.

⁴⁷⁹ Bunlara şu yazarlar örnek gösterilebilir: **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 102; **Gropp/Sinn**, *AT*, § 10, kn. 70; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 32; **Johannsen, Sven Leif Erik** (2009) *Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 128; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 51; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 23.

⁴⁸⁰ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 55.

temel ipuçlarını temsil eder⁴⁸¹. Hâkim belirlenen temel ipuçlarının birbirleriyle ilişkisini değerlendirmek suretiyle suç katılanın fail yahut şerik olacağına karar verecektir⁴⁸².

Federal Mahkeme'nin münferit olaya ilişkin bütüncül değerlendirmesinde objektif kriterler kapsamında; suç katılanın suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında ve suç işlendikten sonraki davranışlarının ön plana çıktığı görülmektedir⁴⁸³. Dolayısıyla suçun planlanması ve hazırlanılması üzerindeki etki, suç olayının gelişimine müştereken hâkim olma, özellikle de fiilin bizzat işlenmesi, fiil hâkimiyetine sahip olma ve ayrıca fiile olan katkının türü ve ağırlığı objektif kriterler kapsamındadır⁴⁸⁴. Sübjektif kriterler ise fiile hâkim olma iradesi ile fiilin işlenmesinden elde edilecek menfaattir⁴⁸⁵. Ancak fail- şerik ayrımının belirlenmesinde objektif ve sübjektif kriterin varlığı için yukarıda belirtilen hususların somut olayda kümülatif bir şekilde bulunması gerekmeyip her bir kriter birbirinin yerine de geçebilecektir⁴⁸⁶.

Federal Mahkeme'nin normatif kombinasyon teorisine geçişini temsil eden ve doktrinde çokça ele alınan önemli kararlarından biri “*Kedi Kral*” (*Katzenkönig*) davasına⁴⁸⁷ ilişkindir⁴⁸⁸. Bu kararında mahkeme failliğin katı kurallarla belirlenemeyeceğini, failliğin münferit olayın özelliğine göre değerlendirilmek suretiyle belirlenebileceğini ifade etmiştir.

Olayda, polis memuru R ile sevgilisi H ve P arasında batıl inanç ve mistik düşüncelere dayalı bir ilişki söz konusudur. H ve P, kâhin taklidi yaparak, çeşitli mistik davranışlarda bulunmak suretiyle R'yi “*Kedi Kral*’ın” varlığına inandırmışlardır. R'nin bu batıl inancı, başlangıçta H ve P tarafından yalnız eğlence amacıyla kötüye kullanılmıştır. Ancak daha sonra H eski bir arkadaşının evlendiğini öğrenir ve kıskançlığından R'yi bu arkadaşının öldürülmesi için kullanmayı planlar. R'ye birçok hata yaptığını, bu hatalarına karşılık “*Kedi Kral*”ın

⁴⁸¹ **Johannsen**, s. 128.

⁴⁸² **Kühl**, *Lackner/Kühl*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 5.

⁴⁸³ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 55.

⁴⁸⁴ **Fischer**, Vor § 25, kn. 4; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 64, 65; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 24; **Marlie**, *Unrecht*, s. 31; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 25, kn. 55.

⁴⁸⁵ **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 64; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 25, kn. 55.

⁴⁸⁶ **Johannsen**, s. 128.

⁴⁸⁷ NJW, 1989, 912; BGHSt 35, 347; BGH, 15.9.1988, 4 StR 352/88 <beck-online.beck.de> s.e.t. 21.06.2022.

⁴⁸⁸ **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 22; **Johannsen**, s. 64 vd.; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 36; **Schild**, *NK*, § 25, kn. 37.

kendisinden bir kurban istediğini, eğer bu kurbanı ona sunmazsa tüm insanlığın yok edileceğini söyler. P de R'yi, H'ye olan ilgisi nedeniyle rakip olarak gördüğünden planı kabul eder ve o da bu plana katılarak olayda kullanılacak bıçağı R'ye teslim eder. R ise insanlığı kurtarabilmek amacıyla H'nin arkadaşını bulur ve kendisine teslim edilen bıçakla öldürmek amacıyla birden çok kez onu bıçaklar. Kadının çırpınışları üzerine etraftakiler yardıma gelir ve R bundan sonra bıçaklamaya devam etmez.

Olayda H ve P'nin azmettiren olarak mı yoksa dolaylı fail olarak mı sorumlu olacağı tartışmalı noktadır. Federal Mahkeme, arka plandakilerin dolaylı fail olarak belirlenmesinde faillik iradesine dayanan objektif fiil hâkimiyeti kriterinin uygulanması gerektiğini belirtir. Mahkeme, kaçınılabılır bir yasak hatası olmasından hareketle R'yi kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutarken, H ve P'nin etkisinin yoğunluğundan, fail iradesine dayanan yeterli düzeyde fiil hâkimiyetine sahip olmasından ve R'nin hatasının değeri bakımından dolaylı fail olarak kabul etmiştir. Burada dikkat çeken nokta Mahkeme'nin olayda yasak hatasını kaçınılabılır olarak kabul etmiş olmasına karşın yine de arka plandaki kişileri azmettiren değil, dolaylı fail olarak kabul etmesidir. Dolayısıyla Mahkeme, yasak hatasını, arka plandaki kişilerin dolaylı failliğini temellendirmesi bakımından kaçınılabılır-kaçınılamaz şekilde kategorik bir ayrıma tabi tutmamıştır. Netice itibarıyla bu görüşün Mahkeme'nin normatif kombinasyon teorisi bakımından tutarlı olduğu söylenebilir. Teori bakımından fail-şerik ayrımı her münferit olayda bütüncül bir değerlendirme yapılması ile mümkündür.

Sonuç olarak dolaylı faillik ile azmettirme bakımından fiil hâkimiyeti teorisinin önemi kararda açıkça zikredilmiştir⁴⁸⁹. Mahkeme, faillik iradesine atıfta bulunsa da kararında buna dayanmamakta, açıklamalarını yalnız objektif fiil hâkimiyeti üzerine gerekçelendirmektedir⁴⁹⁰. Bu açıdan faillik iradesi kriterinin kararda zikredilmesinin önemsiz olduğu ve Mahkeme'nin fiil hâkimiyetine yumuşak bir geçiş amacıyla olduğu ifade edilmiştir⁴⁹¹. Nitekim olayda suçun neticesinden elde edilecek asıl menfaatin de arka plandaki H ve P'ye ait olduğu göz önüne alınırsa, Mahkeme aşırı sübjektif teorilerde olduğu gibi faillik iradesine önem vermiş olsaydı tipik fiili işleyen R'yi fail olarak kabul etmeyecekti.

⁴⁸⁹ NJW, 1989, 912, s. 914.

⁴⁹⁰ **Johannsen**, s. 66.

⁴⁹¹ **Johannsen**, s. 66.

Normatif kombinasyon teorisi bakımından bir diğer önemli karar ise “*duvar muhafızları*” (“*Mauerschützen-Fälle*” veya “*Schußwaffengebrauch an der Berliner Mauer*”)⁴⁹² davasında verilmiştir. Doğu Almanya Cumhuriyeti sınır birliklerinden iki muhafız, Doğu Almanya’dan Berlin’e kaçmak isteyen ve bu amaçla Berlin duvarını aşan 20 yaşındaki bir kimseyi tüfekleriyle vurmak suretiyle ölümcül şekilde yaralamışlardır. İki muhafız da sınır ihlallerini önlemek amacıyla, sınırı ihlal edenleri teslim etmek veya öldürmek emrine dayanarak söz konusu fiili gerçekleştirmiş ve bu emrin bağlayıcı olduğunu düşünerek hareket etmişlerdir. Bu açıdan davaya konu olay, yukarıda açıklanan Sovyet Ajansı *Staschynskij* olayına benzetilmektedir⁴⁹³. Bununla beraber, *Staschynskij* kararından sonra 1975 yılındaki Alman Ceza Kanunu’ndaki iştirake ilişkin hükümlerin değişmesi ve suç fiilini bizzat işleyen § 25 I’de fail olarak tanımlanmasına binaen *Staschynskij* davasının aksine *duvar muhafızları* davasında Federal Mahkeme’nin suçu bizzat işleyen sınır muhafızlarını fail olarak kabul etmesi beklenmiştir. Ancak olayda, sınır muhafızları fail olarak kabul edilse de, Mahkeme’nin bu konudaki gerekçesi başka yönde olmuştur. Muhafızlar, suçu bizzat işlemiş olmaları nedeniyle değil, belirli bir fiil hâkimiyetine sahip olmaları nedeniyle fail olarak kabul edilmişlerdir. Zira Mahkeme’ye göre, sınırdaki yalnız olan muhafızlar sınır ihlali yapanı vurmamayı tercih edebileceklerinden belirli bir serbest hareket alanına sahiptirler. Kararda, muhafızların fail olarak kabul edilmesinin gerekçesinin bu şekilde kurulması nedeniyle, doktrinde Federal Mahkeme içtihatlarının belirsizliğinden bahsedilerek, gelecekteki başka bir olayda suçu bizzat işleyen Mahkeme tarafından fail olarak kabul edilmeyebileceği ifade edilmiştir⁴⁹⁴.

Yukarıdaki iki örnekte görüldüğü üzere Alman Federal Mahkemesi özellikle dolaylı faillik yönünden fiil hâkimiyeti teorisine yaklaşan kararlara hükmetmiş olsa da aynı tutum müşterek faillik açısından bu denli yoğun olmamıştır⁴⁹⁵. Müşterek faillik bakımından Mahkeme’nin değerlendirmeleri eski maddî sübjektif teorilere, dolayısıyla suça katılanın suç neticesinde elde edeceği menfaat derecesi kıstasına yaklaşan bir usulde devam etmiştir.

⁴⁹² BGHSt 39, 1; BGH, 3.11.1992, 5 StR, 370/92 <beck-online.beck.de> s.e.t. 21.06.2022.

⁴⁹³ Yukarıda incelendiği gibi, Federal Mahkeme söz konusu *Staschynskij* davasında ajanının suçu kendisinin istemediğine, bir başkasının (Sovyet Hükümeti) suçunu desteklediğine, dolayısıyla fail değil yardım eden olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir.

⁴⁹⁴ Heine/Weißer, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 65; Johannsen, s. 56.

⁴⁹⁵ Roxin de Alman Federal Mahkemesi’nin dolaylı faillik bakımından büyük ölçüde fiil hâkimiyeti teorisini döndüğünü ifade ederken müşterek faillik bakımından hala sübjektif teoriye bir eğilim olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Roxin, Claus (1996) “*Zur Mittäterschaft beim Versuch*” Festschrift für Walter Odersky, Berlin, De Gruyter, ss. 489-498, s. 489.

Normatif kombinasyon teorisi, müşterek faillik bakımından şu şekilde formüle edilmiştir: Müşterek fail, suça katkısının diğer suça katılanın faaliyetinin bir parçası olmasını ve ayrıca bu diğer suça katılanın fiilinin de suç olayındaki kendi rolünü tamamlayıcı olmasını isteyendir⁴⁹⁶. Mahkeme'nin münferit olayı bütüncül olarak değerlendiren usulü bakımından temel dayanak noktaları ise şunlardır: katılanın suçun neticesinden elde edeceği kendi "menfaatinin derecesi", "katkının kapsamı" ve "fiil hâkimiyeti" ya da en azından "fiile hâkim olma iradesinin varlığı". Ancak doktrinde sıklıkla ifade edildiği üzere bu kriterlerden en çok kişisel menfaat derecesi Mahkeme kararlarında önemli bir yer edinmiştir⁴⁹⁷. Bu düşüncenin tabii bir sonucu olarak müşterek faillik açısından suça katkının icra aşamasında ortaya konulması gerekliliği aranmamıştır⁴⁹⁸. Zira pekâlâ hazırlık aşamasında suça katılan kimsenin de suçun neticesinden önemli bir menfaati olabilecektir⁴⁹⁹.

Federal Mahkeme kararına yansıyan bir olayda⁵⁰⁰ sürücü S ve diğer dört arkadaşı araçlarıyla seyir halindeyken bir yayaya çarpmışlardır. Arkadaşları, yayanın ayağının tampona sıkıştığını fark ettiklerinde, S'ye durmasını söylese de S, polisle uğraşmak istemediğini söylemiştir. Bunun üzerine S, arkadaşı A'ya yayayı araçtan atması için bağırmış ve A da bunun üzerine araçtakilerden birinin yardımıyla yayayı araçtan atarak ölümüne sebep olmuştur. Federal Mahkeme A'yı, fiilin işlenmesinde kendi kişisel menfaati olmaması nedeniyle müşterek fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu bulmuştur. Zira kazaya kusuruyla neden olan S olduğu için suç oluşturan eylemin başarıyla sonuçlanması yalnızca S'nin menfaatinedir ve A'nın kazanın soruşturulmasından korkmasını gerektiren herhangi bir şey yoktur. A, her ne pahasına olursa olsun kaçmak isteyen S'nin isteğini yerine getirmesi bakımından, iradesini onun iradesine tâbi kılmıştır.

Federal Mahkeme'nin kararına konu olan diğer bir olayda⁵⁰¹, A ve B, birlikte mağduru kafasına vurmak, bıçaklamak ve tekmelemek suretiyle darp ederken C olaya karışmamış ve onları olay yerinde beklemiştir. Ancak B, C'ye korkak olma gel sen de bıçakla diye

⁴⁹⁶ Heine/Weißer, Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 25 ff. kn. 67; Joecks/Scheinfeld, MüKo, § 25, kn. 24.

⁴⁹⁷ Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, kn. 775; Roxin, AT-II, § 25, kn. 26; Waßmer, Anwaltkommentar, Vor. § 25, kn. 16.

⁴⁹⁸ Joecks/Scheinfeld, MüKo, § 25, kn. 25.

⁴⁹⁹ Roxin, Federal Yüksek Mahkeme'nin maddî sübjektif teoriler kapsamında menfaat kriteri ile fiil hâkimiyeti teorisi arasında kararsız kalmaya devam ettiğini belirtmiştir. Bkz. Roxin, LK, § 25, kn. 28.

⁵⁰⁰ BGH, 15.6.1962, VRS, Bd. 23, 207 ff. = GA 1963, 187 Aktaran: Roxin, Tatherrschaft (10), s. 628.

⁵⁰¹ BGH bei Dallinger, MDR 1974, 54, Aktaran: Schöneborn, Christian (1975) "Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht" ZStW, C.87, S.4, ss. 902-924, s. 904.

seslenince, C de yerde yatan mağdurun karnına bıçağı saplamıştır. Mahkeme suçun ancak bizzat icra edilmesinde faillikten söz edilebileceğini fakat bunun tek başına geçerli olmadığını eğer suça katılan başkasının fiilini desteklemek iradesiyle hareket ediyorsa bu kimsenin yardım eden de olabileceğini ifade etmiştir. Somut olayda ise C'nin diğerlerine korkak biri olarak görünmemek için mağduru bıçakladığını belirterek C'nin iradesini A ve B'ye tabi kıldığına ve dolayısıyla olayda yardım eden olarak sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre müşterek faillik için olay mahallinde bulunma, diğerlerinin fiillerinden haberdar olma ya da onların fiillerini onaylama müşterek faillik için yeterli değildir.

Sonuç olarak yukarıda yer verilen kararlar göstermektedir ki; münferit olay temelinde objektif ve sübjektif tüm unsurları bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirmek suretiyle faillik ve şerikliğe karar veren Alman Federal Mahkemesi, temelde aşırı sübjektif teorilerden ayrılmamakta ve suç tipini kendi davranışlarıyla bizzat gerçekleştireni dahi somut olaya göre şerik olarak kabul edebilmektedir.

D. Sübjektif Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme

Sübjektif teorilere yönelik temel eleştiri, faillik ve şeriklik ayrımında, teorinin başlangıç noktasının hatalı olmasından kaynaklanır⁵⁰². Zira sübjektif teorilerin esasında suça etki eden nedenlerin eşdeğerliliğinden hareket edilmektedir. Suça neden olan insan davranışı da bu açıdan nedensellik zincirindeki halkalardan yalnızca biridir. Diğer bir ifadeyle bir kimsenin başına yüksekte bir taşın kendiliğinden düşüp kişinin ölümüne sebep olması ile bu taşı bir insanın iterek kişinin ölümüne neden olması arasında objektif bir fark bulunmaz. Dolayısıyla suçun işlenmesinde birden fazla kimsenin katkısı bulunduğu durumda da bu katkılar bakımından objektif açıdan bir ayrım yapılması mümkün değildir. Öyleyse teori açısından bir kimsenin işlenen suçtan fail veya şerik olarak sorumlu olmasında iradeye başvurmak dışında bir çıkış yolu yoktur⁵⁰³. Bu noktada sübjektif teorilerin temel çelişkisi ortaya çıkar. Zira madem suça iştirak edenlerin katkısı bakımından objektif bir ayrım mümkün değil, öyleyse bu kimselerin iradeleri hakkında nasıl bir yöntem izlenerek sonuca ulaşılabacaktır? Bir

⁵⁰² **Becker, Christian** (2009) Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, Baden-Baden, Nomos, s. 26.

⁵⁰³ **Jakobs, AT**, 21/8; **Roxin, LK**, § 25, kn. 22.

insanın “iç dünyasına” kendinden sadır olan eylemler olmadığı sürece vakıf olunması mümkün olmadığına göre her hâlükârda bir “dış dünya” değerlendirmesi gerekli olacaktır⁵⁰⁴.

Nitekim yukarıda da görüldüğü üzere özellikle Alman Yüksek Mahkeme kararlarında suça katılanın iradesini tespit açısından giderek daha fazla objektif kriterlerden hareket edilmektedir. Ancak sübjektif teorilere ne kadar objektif kriterler dahil edilmeye çalışılsa da ilk düğme yanlış iliklendiğinden teorinin tutarsızlıkları da giderilememiştir.

Bu hususta özellikle maddî sübjektif teorilerin suç neticesinden elde edilecek menfaat kıstasını esas alması ve Alman Yüksek Yargı kararlarında da bu kriterden faydalanılmaya çalışılması örnek gösterilebilir. Zira maddî sübjektif teorilerdeki bu menfaat kriteri suça katılanın fiilinden ziyade bu fiili işlemedeki saikini esas alır⁵⁰⁵. Oysa suç işleme saiki ancak kusur değerlendirmesi sırasında cezanın belirlenmesi bakımından önemli olabilecek bir unsur olarak kabul edilmelidir⁵⁰⁶. Nitekim gerek Türk Ceza Kanunu’nda (madde 61/1-g) gerek Alman Ceza Kanunu’nda (§ 46 II) failin güttüğü amaç ve saik, cezanın belirlenmesi bakımından hâkimin göz önünde bulundurması gereken unsurlar olarak gösterilmiştir. Saikin failliğin belirlenmesi bakımından önemli olduğu tek durum ise hırsızlık suçunda yarar sağlamak maksadında olduğu gibi, suçun kanuni tanımında saike bir unsur olarak yer verildiği durumlardır. Örneğin kişi yarar sağlamak maksadı söz konusu olmadığı sürece hırsızlık suçundan fail olarak da kabul edilemeyecektir. Diğer taraftan saik bazı suçlarda nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Buna kasten öldürme suçunda kan gütmeye saiki (TCK m. 82/1-j) veya töre saiki (TCK m. 82/1-k) örnek olarak gösterilebilir. Öyleyse kanun koyucunun saik veya amaç unsurunu bazı suçlar bakımından ayrıca zikretmesi diğer suçlar bakımından bu unsurların suçun işlenmesi bakımından önemli olmadığını bunun ancak cezanın belirlenmesi aşamasında değerlendirilebileceğini göstermektedir. Bu esaslardan hareketle kanaatimizce şeklî sübjektif teorilerdeki şerikin iradesinin failin iradesine bağlı olması kıstası faillik-şeriklik ayırımında daha tutarlı bir açıklama getirmektedir. Ancak buna rağmen yukarıda zikredilen temel çelişkinin şeklî sübjektif teorilerde mevcut olduğunu da belirtmek gerekir.

Alman Federal Mahkemesi’nin 1975 yılındaki normatif kombinasyon teorisi olarak isimlendirilen görüşlerinde de sübjektif teorinin, objektif kriterlere biraz daha yaklaştığı

⁵⁰⁴ Bkz. **Marlie**, *Unrecht*, s. 31.

⁵⁰⁵ **Schild**, *NK*, § 25, kn 36.

⁵⁰⁶ **Schild**, *NK*, § 25, kn. 36.

görülmektedir. Özellikle Mahkeme'nin fiil hâkimiyeti veya en azından fiil hâkimiyeti iradesi kıstasını uygulaması bu hususta önemli bir göstergedir. Zira bu kriterler suça katılanın faillik açısından yalnız iradesinin önemli olmadığını göstermekte, katılanın “dışsal” faaliyetinin de değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Ancak yine önemle ifade etmek gerekir ki Federal Mahkeme açısından bu kıstas failliği belirlemek açısından tek başına yeterli değildir. Normatif kombinasyon teorisi açısından fiil hâkimiyeti münferit olay kapsamında diğer şartlarla birlikte hâkimin değerlendirmesinde yer alacak yalnızca bir kriter, bir ipucudur⁵⁰⁷. Nitekim yukarıdaki kararlarında görüldüğü üzere Federal Mahkeme, suçun neticesinden elde edilecek menfaati faillik şeriklik belirlemede bir kriter olarak zikretmeye devam etmektedir.

Öte yandan özellikle şekli sübjektif teorideki failin, faillik kastıyla; şerikin, şeriklik kastıyla suça iştirak etmesi kıstası da faillik-şeriklik belirlemede sırf sübjektif kıstasların çelişkisini gösterir. Şöyle ki eğer failin, faillik kastı; şerikin, şeriklik kastı söz konusu ise ilgili suç bakımından faillik ve şerikliğin sırf sübjektif değil, olgusal bakımdan da farklılığı kabul edilmiş olur. Zira suça iştirak edenin kastının failliğe mi şerikliğe mi yönelik olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle neyin fail eylemi neyin şerik eylemi olduğunun tespit edilebilmesi gerekir⁵⁰⁸.

Bu teorik tutarsızlıklar bir yana sübjektif teoriler, faillik- şeriklik belirlemede haklı olarak keyfî ve öngörülemez bir nitelikte olması yönüyle de eleştirilmiştir⁵⁰⁹. Nitekim Alman Yüksek Mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere sübjektif teorilerden hareket edilmesi durumunda suç tipini bizzat kendi davranışıyla gerçekleştiren bir kimse dahi fail olarak değil suça yardım eden olarak kabul edilebilmiştir.

Sübjektif teoriler uyarınca eşdeğer nedensellik esasından hareketle fail-şerik ayrımına karar verilmesinin diğer bir sonucu ise nihayetinde geniş bir fail kavramına ulaşılmasıdır⁵¹⁰. Geniş faillik kavramı ise günümüzde haklı olarak doktrinde büyük ölçüde reddedilmektedir. Bu açıdan geniş faillik yorumuna yönelik eleştirilerin pekâlâ sübjektif teorilere yöneltilmesi de mümkündür.

⁵⁰⁷ **Woelk**, s. 30.

⁵⁰⁸ **Gallas**, *Materialien*, s. 130.

⁵⁰⁹ **Frister**, 26/19; **Jakobs**, *AT*, 21/32; **Krey/Esser**, § 25, kn. 852; **Woelk**, s. 30.

⁵¹⁰ **Jakobs**, *AT*, 21/27.

Sonuç olarak sübjektif kriterlerden hareketle faillik ve şerikliğin tutarlı bir şekilde birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir. Nitekim günümüzde sübjektif teorilerin doktrinde de savunulmadığı görülmektedir.

II. Objektif Teoriler

Objektif teorilerde, failliğin belirlenmesi bakımından, suça olan katkının nedenselliği değil, suçun kanuni tanımı esas alınır. Bu anlamda objektif teoriler, failliğin dar yorumu kapsamında kalan teorilerdir. Bunlardan şekli objektif teori, suçun kanuni tanımına sıkı sıkıya bağlı lafzî bir yorumla, tipik hareketi doğrudan icra edeni fail olarak kabul eder. Maddî objektif teorilerde ise temel olarak suça katkının tehlikeliliği esas alınmak suretiyle şekli objektif teori bakımından ortaya çıkan sorumluluk boşluklarının giderilmesi, dolaylı faillik ve müşterek failliği de içine alabilecek tutarlı bir faillik teorisi oluşturmak hedeflenmiştir. Maddî objektif teoriler, çeşitli müelliflerin katkılarıyla gelişerek fiil hâkimiyeti teorisine evrilmiş ve hâkim görüş haline gelmiştir.

A. Şekli Objektif Teoriler

1. Teorilerin Esası

Şekli objektif teoriler, 1930'lu yıllara değin Alman yüksek mahkeme kararlarındaki sübjektif teorinin karşıtı olarak görülmüştür⁵¹¹. Özellikle 1871 yılında Alman İmparatorluk Ceza Kanunu § 47'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte doktrinde, sırf sübjektif kıstaslardan hareketle müşterek fail ve yardım edenin belirlenmesinden imtina edilerek objektif kıstasları esas alma eğilimi başlamıştır⁵¹². Teorinin hâkim görüş haline gelmesi ise 1915-1933 yılları arasında olmuştur⁵¹³.

Şekli objektif teorilerde, esas olarak, faillik, suçun kanuni tanımında gösterilen hareketin tamamının veya bir kısmının bizzat icra edilmesi olarak tanımlanır ve bunun dışında kalan katılımcılar şerik olarak kabul edilir⁵¹⁴. Failliğin belirlenmesinde, suça katılanın iradesi,

⁵¹¹ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 78; **Weisser**, *Täterschaft*, 34.

⁵¹² **Winter**, s. 154. Örneğin, *Berner ve Hälschener* ilgili maddenin yürürlüğünden önce sübjektif teorilerin esaslarından hareket etmekle birlikte daha sonra faillik belirlemesinden objektif kıstasları esas almışlardır. Bu hususta bkz. **Winter**, s. 161; s. 176, dn. 2.

⁵¹³ Doktrindeki şekli sübjektif teori taraftarı olan yazarlar için bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 38.

⁵¹⁴ **Eisele**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 25, kn. 17; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 37-38; **Schünemann**, *LK*, Vor § 25, kn. 6.

suçun neticesine yönelik menfaati ya da suçun işlenmesindeki hâkim konumu bu teori bakımından önem arz etmemektedir⁵¹⁵.

Sübjektif teorilerdeki, suça katılanların iradesinin yerini şekli objektif teorilerde katılanın faaliyetinin aldığı görülmektedir. Nitekim bu durum, *Geyer*'in objektif teori anlayışında açıkça görülmektedir. v. *Buri*, yardım edenin iradesinin, failin iradesine bağlı olduğunu belirtmişken, *Geyer*, yardım edenin kendi faaliyetini, failin faaliyetine bağlı kılmış olduğunu ifade etmiştir⁵¹⁶. Benzer şekilde *Wuttig*'e de fail ve yardım edenin hem faaliyeti hem de iradeleri farklıysa, pratik faydaları göz önüne alınarak, objektif süreç öncelenmeli ve sübjektif unsurlar daha sonra tetkik edilmelidir. Sübjektif ve objektif unsurlar bakımından bir uyum söz konusu değilse hata hükümleri uygulanmalıdır⁵¹⁷.

2. Teorilere İlişkin Görüşler

Şekli objektif teorilerin 20. yüzyıl başlarındaki savunucularından *Beling*, faillik açıklamasında, sırf neticeli suçlar bakımından da geçerli olabilecek bir icra hareketi tanımı yaparak teorisini geliştirmiştir. *Beling*, tipiklik kapsamında kalan ve tipikliğin dışında kalan bir ayrımın mümkün olduğunu düşünmektedir⁵¹⁸. Yazara göre suç tipinin çekirdek alanına ait karakteristik bir icra eylemi vardır ve bu eylem dar anlamda suç tipini temsil eder. Bu çekirdek alanın dışında ise hazırlık hareketleri ve tâli hareketler söz konusudur. Bu hareketler ise başka kusurlu, tamamlayıcı hareketlere ihtiyaç duyar ki ilgili suçun işlenmesinden söz edilsin. *Beling*, suç tipini gerçekleştiren icra hareketinin tespitinde ise kanunun ifadesini, dilin kullanımını esas alır. Örneğin yazara göre, somut olay dahilinde, başka birinin davranışı hesaba katılmaksızın, bir davranışın “öldürme” olduğunu söyleyebiliyorsa bu davranış tipiktir ve bu davranışı gerçekleştiren de faildir. Bu davranış dışında kalan suça katkılar ise şeriklik arz edecektir. Müsterek faillik açısından ise yazar bireysel davranışların suç tipinin çekirdek alanına dahil olması gerektiğini ancak bireysel davranışların her birinin çekirdek alanın tamamına yaygın şekilde olması gerekmediğini

⁵¹⁵ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 78.

⁵¹⁶ **Geyer, August** (1862) *Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht*, Innsbruck, Wagner, s. 100.

⁵¹⁷ **Wuttig, Heinrich Ernst** (1902) *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 40, s. 74.

⁵¹⁸ **Beling, Ernst Ludwig** (1906) *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), s. 249 vd.

ifade etmektedir⁵¹⁹. Yazar, müşterek faillerden her birinin icra hareketinin bir parçasını gerçekleştirdiği durumda suç tipinin işlenmesinde birliğin söz konusu olduğunu savunmuştur.

Faillik için neticeye yakınlık prensibi başka yazarlarca da kabul görmüştür. Bunlardan *Berner*, kanun koyucunun teşebbüs ile hazırlık hareketlerini ayırmada kullandığı ifadenin faillik ve yardım eden açısından da benimsenmiş olduğunu ifade etmektedir⁵²⁰. Bu bakımdan yazara göre tüm teşebbüs hareketleri faillik iken yalnızca hazırlık hareketleri yardım etmedir.

v. *Liszt*'e göre de yardım eden hiçbir zaman icra hareketinde yer alan kimse olamaz. Yardım edenin davranışı öyle bir davranıştır ki, bu davranış fail tarafından icra edilmiş olsaydı yalnızca cezalandırılmayan hazırlık hareketi olarak kabul edilebilirdi⁵²¹. Müşterek faillik açısından ise yazar, suça katılanların her birinin tipiklik kapsamında kalan bir davranışa katılması gerektiğini belirtmiştir⁵²². Örneğin, kasten öldürmede, müşterek fail ölümcül nitelikte yaralama davranışını gerçekleştiren; hırsızlık durumunda müşterek fail eşyayı mal edinme amacıyla bulunduğu yerden alan; dolandırıcılıkta müşterek fail aldatma fiiline bizzat katılandır⁵²³.

3. Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme

Şeklî objektif teorilerin en büyük avantajı, sübjektif teorilerle aşırı şekilde genişletilmiş olan failliğin kapsamını basit ve objektif bir kıstasla sınırlamış olmasıdır. Şeklî objektif teori uyarınca neticeye neden olan herkesin potansiyel fail olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Failliğin sınırları net bir şekilde, tipik hareketle çizilmiştir. Bu açıdan failliğin dar

⁵¹⁹ **Beling**, s. 408 vd.

⁵²⁰ **Berner, Albert Friedrich** (1886) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14. Auflage, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, s. 152. Benzer bir görüş *Nowak* tarafından da savunulmuştur. *Yazar*, suçun icra hareketini kanunda tanımlanan soyut davranış ve olgusal nitelikteki somut davranış şeklinde ayırır. Failin davranışı yalnızca neticeyle yakın ilişkisi olan davranıştır. Kanun neticeye her türlü sebebiyet vermeyi değil ancak netice bakımından tehlike arz eden davranışlara yönelik bir koruma getirmiştir. Bu bakımdan faillik için davranışın objektif açıdan neticeyle yakın bir ilişkisi bulunmalıdır. **Nowak, Victor** (1912) *"Nebentäterschaft, Quasitäterschaft"* Dissertation, Universität Münster, s. 18.

⁵²¹ **Liszt, Franz von** (1921) *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Auflage, Berlin und Leipzig, De Gruyter, s. 225.

⁵²² **Liszt**, s. 220.

⁵²³ **Liszt**, s. 220.

yorumu kapsamında kalması bakımından şeklî objektif teorilerin, sübjektif teorilere nazaran tercihe şayan olduğu ifade edilebilir.

Şeklî objektif teorilerin bu basit ve objektif kıstası ilk bakışta çekici gelse de teorinin faillik açısından cevapsız/yetersiz kaldığı bazı noktalar da olmuştur. En başta, sırf neticeli suçlar bakımından tipik icra hareketinin belirlenmesi problemi söz konusudur⁵²⁴. Zira sırf neticeli suçlarda icra hareketi, suçun kanunî tanımında yer almaz. Nitekim yukarıda görüldüğü üzere tipik icra hareketinin failliği temellendirdiği görüşünü savunan yazarlar da bu icra hareketini belirleme konusunda birlik sağlayamamıştır. Örneğin, *Beling*, suç tipinin çekirdek alanına dahil davranışların tipik icra hareketi olduğunu ifade ederken⁵²⁵, *Berner* tüm teşebbüs hareketlerinin faillik oluşturduğunu ifade etmiştir⁵²⁶.

Şeklî objektif teorilerin dolaylı failliği temellendirmede yetersiz kaldığında şüphe yoktur. Özellikle dolaylı failin suçun kanunî tanımındaki hareketi kısmen de olsa gerçekleştirmesi gerektiğinden bahsedilemeyeceğinden, şeklî objektif teori kabul görmemiştir⁵²⁷. Bu teorilerde müşterek faillik ise oldukça kısıtlanmıştır⁵²⁸. Nitekim şeklî objektif teoriler, faillik için icra hareketlerinin bir kısmının gerçekleştirilmesini şart koştuğundan, müşterek faillikteki iş bölümü olgusunu göz ardı ederek her ortağın sorumluluğunu rol dağılımlarının tesadüflerine bırakmış olur⁵²⁹. Örneğin, mağdurun bıçaklanması sırasında onu ellerinden tutan kişi ölüm neticesi bakımından doğrudan bir nedenselliğe sahip olmadığı yani davranışı tek başına tipiklik içinde değerlendirilemeyeceği için bu kişinin müşterek fail olarak sorumlu olması mümkün olmayacaktır. Her hâlükârda müşterek faillerin tipik hareketin bir kısmını da olsa gerçekleştirmesi gerektiği savunulacak olursa, bu durumda kanunda müşterek faillığe ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesi de gereksiz olacaktır⁵³⁰. Zira mademki şeklî objektif teoride faillik için tipik hareketin bir kısmının gerçekleştirilmiş olması yeterlidir öyleyse bu davranışta bulunanların ayrıca kanun hükmüyle tekrar müşterek fail olarak belirlenmesi gereksizdir.

⁵²⁴ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 47; Heine/Weißer, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 50.

⁵²⁵ Beling, s. 408.

⁵²⁶ Berner, *Lehrbuch*, 14. Auf., s. 152.

⁵²⁷ Ordeig, Enrique Gimbernat (1968) "Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre" ZStW, C.80, S.4, ss. 915-943, s. 917.

⁵²⁸ Jescheck/Weigend, s. 649; Kühl, *AT*, § 20, kn. 24; Öztürk/Erdem, kn. 713.

⁵²⁹ Kühl, *AT*, § 20, kn. 24.

⁵³⁰ Bkz. Roxin, *Tatherrschaft* (10), s. 41.

Şeklî objektif teori, özellikle final hareket teorisinin gelişimi ve böylece haksızlığın objektif unsurlarının yanı sıra sübjektif unsurlarının da var olduğunun genel olarak kabulüyle doktrinde terk edilmiştir⁵³¹. Ancak teorinin bu eksikliklerine rağmen, faillik açısından suçun kanuni tanımını esas alması günümüzde hâkim görüş olan ve maddî objektif teorilerden biri olarak değerlendirilen fiil hâkimiyeti teorisi açısından önemli bir dönüm noktası olmuştur. Zira fiil hâkimiyeti teorisi bakımından da faillik için herhangi bir fiile değil, suçun kanuni tanımındaki fiile hâkim olmak belirleyici kabul edilmiştir.

B. Maddî Objektif Teoriler

1. Teorilerin Esası

Maddî objektif teoriler temelinde detaylarda birbirinden oldukça farklılaşan birçok görüş ortaya çıkmış olsa da bu görüşlerin ortak noktası şeklî objektif teorinin eksikliklerini giderecek şekilde failliğin tanımını genişletmektir. Bu teoriler kapsamında tipik fiilin icra edilmesi yerine suça katkının objektif tehlikeliliğine⁵³² odaklanılarak şeklî objektif teoriye göre daha geniş bir fail anlayışına varılır⁵³³. Bu suretle şeklî objektif teori kapsamında açıklanamayan dolaylı faillik ve müşterek faillik kavramlarının genel faillik teorisi kapsamında değerlendirilebilmesi açısından belirli bir temel sağlanmış olur⁵³⁴.

Maddî objektif teorilerde, özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında, faillik, tıpkı sübjektif teorilerde olduğu gibi, nedensellik kavramından hareketle açıklanmaya çalışılmıştır⁵³⁵. Ancak bu görüşler esaslı bir noktada sübjektif faillik teorilerinden ayrılır. Maddî objektif teorilerin başlangıcında, sübjektif teorilerden farklı olarak suça etki eden her nedenin eşdeğer olduğu kabul edilmeyerek faillik- şeriklik belirlemede suça katılanların nedensellik türleri ve derecelerine göre farklılaşan birçok teori ortaya çıkmıştır⁵³⁶. İşte bu açıdan maddî objektif teorilerin merkezî ölçütünü teşkil eden suça katkının objektif tehlikeliliği, bireysel katkı ile bir bütün olarak gerçekleştirilen suç arasındaki nedensellik

⁵³¹ Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 47; Heine/Weißer, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 50.

⁵³² Heine/Weißer, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 56.

⁵³³ Gropp/Sinn, *AT*, § 10, kn. 64; Öztürk/Erdem, kn. 714.

⁵³⁴ Gropp/Sinn, *AT*, § 10, kn. 64.

⁵³⁵ 19. yüzyılın ikinci yarısındaki maddî objektif teorilere ilişkin farklı görüşlerin detayları için bkz. Winter, s. 186 vd.

⁵³⁶ Roxin, *Tatherrschaft (10)*, s. 7.

ilişkinin yapısından kaynaklanır⁵³⁷. Suça etki eden nedensel davranışlar bütününden pek önemli nitelikte olanlar ayrılarak fail davranışı olarak kabul edilirken bu nitelikte olmayanlar ise yardım eden davranışı olarak kabul edilmiştir⁵³⁸.

2. Teorilere İlişkin Görüşler

Bu pek önemli nitelikteki davranışı *Ortmann*, zaman bakımından bir ayırımla ortaya koymuş ve neticeyi gerçekleştiren nihai şartı fail olarak kabul etmiştir⁵³⁹. Nedensellik, başkasının özgür iradesiyle kesilmediği sürece faillik söz konusu olacaktır. Bu noktada yazar kanundaki müşterek faillığe ilişkin düzenlemeyi kanun koyucu tarafından ortaya konulmuş varsayımsal bir nedensellik olarak kabul etmekte ve olgusal olarak müşterek failin davranışı esasen bir yardım etme davranışı olsa da kanunun suça katılanların bilinçli ortaklığı nedeniyle bu davranışları faillığe yükselttiğini belirtmektedir⁵⁴⁰. Ancak yazar, *de lege feranda* olarak nihai davranış gerçekleştirilmediği sürece bu tür davranışların nedensel olarak kabul edilmediğinden bahisle müşterek failliğin mümkün olmadığını savunur. Yazar, A ve B'nin birlikte C'yi öldürmeyi amaçladığı ve A'nın mağdura silahla ateş ederken B'nin mağdurun boğazını bıçakla kestiği olayda hangi davranışın ölüm neticesine nihai olarak sebep olduğunun tespit edilemediği bir halde A ve B'nin teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁴¹.

Coenders de farklı bir gerekçeden hareket etmekle beraber temelde *Ortmann*'la benzer bir sonuca varmıştır. Yazara göre suçu hayata geçiren kimse faildir. Suçun varlığı ve yokluğu seçimiyle karşı karşıya kalan kimse ancak fail olabilir⁵⁴². Bu düşüncesini ise şu örnekle somutlaştırmıştır⁵⁴³. Terazinin bir kefesinde 999 kg diğer kesesinde 1000 kg varsa, her iki kefenin aynı seviyede olmasını sağlayan, eksik kefeye 1 kg konulmasıdır. Zira dengeyi sağlayan 999 kg değil 1 kg'dır. Dolayısıyla bu 1 kg olmadıkça sonuç açısından 999 kg tamamen anlamsız olacaktır. İşte yazara göre bu şekilde mevcut, ancak belirgin olmayan bir gücü ortaya çıkaran, neticeyi meydana getiren kimse faildir. Yazar müşterek failliği ise

⁵³⁷ Heine/Weißer, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 56.

⁵³⁸ Winter, s. 189.

⁵³⁹ Ortmann, Rudolf (1875) "Zur Lehre vom Kausalzusammenhang" GA, ss. 268-280, s. 269.

⁵⁴⁰ Ortmann, s. 279.

⁵⁴¹ Ortmann, s. 271.

⁵⁴² Coenders, Albert (1909) *Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme*, Düsseldorf, Schwann Verlag, s. 259.

⁵⁴³ Coenders, s. 268 vd.

oldukça dar kapsamlı olarak kabul etmektedir. Müşterek faillikte, suça katılanların sübjektif ve objektif birlikteliği o derece birbirine yakındır ki bunların hareket alanları birbirinden bağımsız değildir⁵⁴⁴. Bu şekilde suça katılanların tamamı ancak bir birlik olarak değerlendirilebilir ve böylece neticeden birlikte sorumlu olurlar. Yazara göre örneğin, iki kişi mağduru tutup köprüden aşağıya attığında bağımsız olmayan davranışlar söz konusu iken, katılanlardan birinin pusuda beklerken diğerinin mağduru tuzağa çekmesi durumunda ise iki bağımsız davranış söz konusudur⁵⁴⁵.

Birkmeyer, ise koşul (*Bedingung*) ve neden (*Ursache*) arasında ayrım yaparak görüşlerini ortaya koyar ve ceza hukuku bağlamında netice açısından her koşulun neden olmadığını kabul eder⁵⁴⁶. Yazara göre en etkili koşul ancak neden olarak kabul edilebilir. Bu açıdan en etkili koşul ya da diğer bir ifadeyle neden (*Ursache*), faillik davranışı iken netice açısından yalnız koşul niteliğinde olanlar yardım eden veya azmettiren davranışdır. Koşul ve neden arasındaki ayrımın belirsizliğini yazar, nedensel eylemi tipik eylem olarak tanımlayarak aşmaya çalışmıştır⁵⁴⁷. Ancak bu görüşüyle yazarın esasında şekli objektif teorisinin esaslarından hareket ettiği haklı olarak ifade edilmiştir⁵⁴⁸. Müşterek failliği ise yazar, suça katılanların bireysel davranışlarının yalnız bir şart olduğundan ve bu davranışların ancak birlikte değerlendirildiğinde neden olarak tanımlanabileceğinden hareketle belirlemektedir⁵⁴⁹. *Birkmeyer*, bu durumu sayısal bir örneklerle somutlaştırmaya çalışmıştır⁵⁵⁰: 12 neticesine ulaşmak için ortada 7, 3, 2 rakamları söz konusu ise burada 7 rakamı en etkili koşul yani neticenin nedenidir. Müşterek faillikte ise 12 neticesine şu şekilde ulaşılabilir: $(3+4) + 3 + 2 = 12$. Bu durumda $(3+4)$ olarak belirtilenler 12 neticesinin en etkili koşulu olduğundan 3 ve 4 müşterek faildir.

Kanaatimizce bu en etkili koşul kriteri bazı belirsizlikler taşır. Zira en başta hangi koşulun en etkili olduğunun hangi kritere göre belirleneceği problemi ortaya çıkar. Bu noktada *Birkmeyer*'in tipik davranışı en etkili koşul olarak kabul etmesi tüm sorunu çözüyor gibi görünse de böyle bir kabul durumunda artık teorisinin maddi objektif teori değil bir şekli

⁵⁴⁴ Coenders, s. 261.

⁵⁴⁵ Coenders, s. 262.

⁵⁴⁶ Birkmeyer, s. 79.

⁵⁴⁷ Birkmeyer, s. 96.

⁵⁴⁸ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 94; Coenders, s. 266; Özgenç, *Faillik*, s. 46.

⁵⁴⁹ Birkmeyer, s. 125.

⁵⁵⁰ Birkmeyer, s. 102.

objektif teori olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla şekli objektif teorinin tüm eksiliklerinin *Birkmeyer'in* bu görüşüne karşı da ileri sürülebilmesi mümkün olacaktır. *Yazar'ın* özellikle müşterek faillik bakımından verdiği sayısal örnekte de bir keyfilik olduğu ifade edilebilir. Nitekim *Wuttig'in* haklı olarak ileri sürdüğü üzere burada neden 3 ile 4 rakamlarının paranteze alındığı; 3 ile 2 rakamlarının neden paranteze alınmadığı belirsizdir⁵⁵¹.

Maddî objektif teorilerden, günümüzde özellikle müşterek failin suça objektif katkısının niteliği bakımından önem arz eden, zorunluluk teorisinin (*Notwendigkeitstheorie*) ayrıca ele alınması gerekir. Zorunluluk teorisinin, 19. yüzyılın ilk yarısında *Feuerbach'a* kadar uzanan bir temeli olduğu ifade edilebilir. *Feuerbach*, fail ve yardım edeni asli neden ve yan neden belirlemesine göre belirler⁵⁵². Ancak bu ayırmda yazar, üçüncü bir kategori olarak asıl yardım edenin de varlığını kabul etmekte ve bu şekildeki suça katılımı da faillik olarak değerlendirmektedir. Asıl yardım eden kimseyi ise, suçun işlenmesini imkânsız kılan engelleri ortadan kaldıran kimse olarak kabul etmektedir.

19. yüzyılın sonlarında ise *Berner*, yardımcı olmaksızın suçun işlenemeyeceği kişinin esasen müşterek fail olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir⁵⁵³.

Sonuç olarak zorunluluk teorisine göre (*Notwendigkeitstheorie*) suçun işlenmesi bakımından vazgeçilmez nitelikte katkıda bulunanlar fail olarak nitelendirilirken, katkıları bu nitelikte olmamakla birlikte suçun işlenmesini destekleyenler, yardım eden olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Böylece fail yalnız suç tipini bizzat gerçekleştiren değil, aynı zamanda katkısı nedeniyle suç olayıyla yoğun bir ilişkisi bulunan kimsedir⁵⁵⁵. Bu teori, suça olan katkının vazgeçilmezliği, *ex-post* bir değerlendirmeyle belirlenebileceğinden, ispat güçlükleriyle karşılaşılacağı iddialarıyla eleştirilmiştir⁵⁵⁶. Diğer bir eleştiri ise bu teori

⁵⁵¹ **Wuttig**, s. 87.

⁵⁵² Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm*, § 4, III, B. 19. *Yüzyılda Müşterek Faillik*.

⁵⁵³ **Berner, Albert Friedrich** (1895) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 17. Auflage, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, s. 165.

⁵⁵⁴ **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 6.

⁵⁵⁵ **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 56.

⁵⁵⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 44.

kapsamında azmettirme ve dolaylı faillik ayrımının açıklanmasının da mümkün olmadığı yönündedir⁵⁵⁷. Zira her iki iştirak türü açısından suça olan katkı, vazgeçilmez niteliktedir⁵⁵⁸.

Maddî objektif teorilerden bir diğeri olan eşzamanlılık teorisi (*Gleichzeitigkeitstheorie*) de özellikle müşterek faillik bakımından ortakların objektif katkılarını suçun hangi aşamasında gerçekleştirmesi gerektiğine ilişkin günümüzde de geçerliliğini sürdüren tartışma açısından önem arz eder⁵⁵⁹. Bu teoride faillik suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında ve suçun işlenmesinden sonraki katkılar esas alınarak açıklanır⁵⁶⁰. Bu teoriye *Fuchs'un* görüşleri örnek gösterilebilir. Yazara göre suçun işlenmesi bakımından ne kadar tâli özellik arz ederse etsin suçun icrası sırasında destek sağlayan katılımcı müşterek fail olarak kabul edilmelidir⁵⁶¹. Yardım etme ise yalnız suçun icrasından evvel yapılan katkılarla sınırlıdır⁵⁶².

Eşzamanlılık teorisinde, iştirak türlerinin belirlenmesinde katı bir şekilcilik söz konusudur. Sınırlama kriteri hem müşterek faillik hem de yardım etme bakımından gerek yürürlükteki hukuk gerek olması gereken hukuk açısından kanaatimizce uygun değildir. Zira her ne kadar müşterek faillerin katkısının hazırlık aşamasında da mümkün olabileceği doktrinde tartışılıyor olsa da icra aşamasındaki her türlü katkının da müşterek faillik olarak değerlendirilmeyeceği muhakkaktır. Müşterek faillik arz etmeyecek seviyede icra aşamasındaki kasıtlı ve nedensel katkının yardım etme davranışı olarak kabul edilmesi gerekir⁵⁶³.

Maddî objektif teoriler kapsamında değerlendirilen bir diğer teori ise “fiziksel ve manevi olarak aracılık edilen nedensellik” (*“physisch und psychisch vermittelte Kausalität”*)

⁵⁵⁷ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 46.

⁵⁵⁸ Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 65/son'da zorunluluk teorisinin esaslarına uygun bir düzenlemenin bulunduğu ifade edilebilir. Hükme göre “*bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikâbı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilâtta istifade edemez.*” Bkz. **Çelen**, s. 168. Diğer taraftan **Çelen**, bu hükmün yalnız suça vazgeçilmez nitelikteki katkıda bulunanların ceza indiriminden yararlanamayacağı yönünden düzenlendiğinden bu hükmün faillik- şeriklik ayrımı bakımından önem arz etmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. **Çelen**, s. 168.

⁵⁵⁹ Bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, § 3, II, B. Katkının Yapılacağı Zaman*.

⁵⁶⁰ **Çelen**, 169.

⁵⁶¹ **Fuchs**, C. (1881) “*Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*” GA, ss. 169-181, s. 175.

⁵⁶² **Fuchs**, *Kritische*, s. 175.

⁵⁶³ Teorinin faillik şeriklik ayrımında elverişli olmadığına ilişkin görüşler için bkz. **Çelen**, s. 169; **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 49.

teorisidir. Diğer maddî objektif teorilerde olduğu gibi bu teoride de nedensellik açıklamasında şartların eşdeğerliliğinin kabul edilmediği görülmektedir. Teorinin geçmişi *Feurbach*'ın davranışın doğrudan ve dolaylı etkinliği ayırımına kadar geri götürülebilir⁵⁶⁴.

3. Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme

Maddî objektif teoriler de sübjektif teorilerde olduğu üzere, suça iştirakte katılımcıların rollerini belirlemede nedensellikten hareket ederek ilk adımı yanlış atmış durumdadır. Bugün için farklı nedensellik türleri benimsenerek nedenselliğin olgusal bir durum olmaktan çıkarılıp hukuki bağlamda izah edilmesine ilişkin yöntemler kabul edilmemektedir⁵⁶⁵. Nitekim maddî objektif teoriler uyarınca yalnız nedensel süreç üzerindeki objektif etkiden hareketle suça katılanların davranışlarının belirlenmesi, yukarıdaki münferit görüşlere ilişkin eleştirilerde de görüldüğü üzere, faillik-şeriklik ayırımında tatmin edici bir açıklama getirememektedir. Bu açıdan maddî objektif teoriler faillik-şeriklik ayırımında sırf objektif kıstaslardan hareket etmesi itibarıyla doktrinde benimsenmemiştir⁵⁶⁶.

III. Fiil Hâkimiyeti Teorisi

A. Teorinin Esası

Fiil hâkimiyeti teorisi, maddî objektif teoriler kapsamında değerlendirilse de aslında teoride faillik için salt objektif kriterler değil aynı zamanda sübjektif kriterler de esas alınır⁵⁶⁷. Öyle ki teorinin, sübjektif teori ile kendinden önceki objektif teorilerin özelliklerini birleştirmiş olduğu belirtilmiştir⁵⁶⁸.

Fiil hâkimiyeti teorisiyle özellikle, iki karşıt teori olan sübjektif teori ve şekli objektif teorinin yetersiz kaldığı alanlar cevaplandırılmak suretiyle bir faillik teorisi kurma hedeflenir. Fiil hâkimiyeti teorisine göre fail, fiil hâkimiyetine sahip olandır. En öz şekliyle

⁵⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. *Çelen*, s. 170-173.

⁵⁶⁵ *Roxin, Tatherrschaft (10)*, s. 8.

⁵⁶⁶ *Heine/Weißer, Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 56; *Stratenwerth, Günther/Kuhlen, Lothar* (2011) *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat*, 6. Auflage, München, Vahlen, § 12, kn. 6, 7.

⁵⁶⁷ *Heine/Weißer, Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 57.

⁵⁶⁸ *Joecks/Scheinfeld, MüKo*, § 25, kn. 10; *Öztürk/Erdem*, kn. 716.

bu hâkimiyet ise, suçu ortaya çıkaran nedensel sürecin kasıtlı olarak elde bulundurulması olarak tanımlanmıştır⁵⁶⁹.

Fiil hâkimiyeti teorisinin gelişiminde final hareket teorisi önemli bir rol almıştır⁵⁷⁰. Zira nasıl ki insan davranışı, amaca yönelik faaliyetin final icrası, yönlendirici irade tarafından hâkim olunan ve belirli bir neticeye yönelen davranış ise; faillik de suç üzerindeki final hâkimiyettir⁵⁷¹. Bu açıdan final hareket teorisiyle failliğin geniş yorumu ve sübjektif faillik teorilerinin reddedilmesi mümkün olmuştur⁵⁷². Zira failliğin geniş yorumu ve sübjektif teorilerin esas aldığı nedensel hareket teorisinde⁵⁷³ davranışın yöneldiği amacın ne olduğu önem taşımaz. Böylelikle iradi ve nedensel her türlü insan davranışının faillik olarak değerlendirilebilmesi mümkün olur. Oysa final hareket teorisinde, her türlü insan davranışı değil, belli bir neticenin gerçekleştirilmesine yönelik insan davranışı esas alındığından kast da suçun haksızlık unsurlarından kabul edilmeli⁵⁷⁴ ve ancak suçun objektif ve sübjektif unsurlarını birlikte gerçekleştiren kimse fail olmalıdır.

Fiil hâkimiyeti teorisi günümüzde özellikle Alman ve Türk hukukunda faillik- şeriklik ayrımında büyük çoğunlukla kabul edilen teori olsa da üzerinde ittifak edilmiş tek bir fiil hâkimiyeti teorisi bulunmamaktadır. Fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında değerlendirilen görüşlerin temel esasları bakımından ortak noktaları bulunsa da teorinin farklı şekillerde temsil edilmesi faillğe ilişkin münferit hususlarda farklı görüşlerin de ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu farklılıkların temel sebebinin ise teorinin failliğin açıklanmasında takip ettiği metot olduğu ifade edilebilir. Zira, *Roxin'in* ifadesiyle, fiil hâkimiyeti kavramı, failliğin vazgeçilmez unsurlarını kapsamlı bir şekilde ortaya koymaktan ziyade, tüm hukuki meselenin incelenmesiyle içeriği oluşacak yol gösterici bir ilke ve açık bir kavramdır⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ Fiil hâkimiyeti için hâlâ pek çok yazar tarafından kullanılan bu tanım ilk kez *Maurach* tarafından yapılmıştır. (“*das vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-Halten des tatbestandmäßigen Geschehensablaufes*”) Bkz. **Maurach**, s. 528.

⁵⁷⁰ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 15. Nitekim *Roxin*, fiil hâkimiyetinin her türünün bir final hareketi gerekli kıldığını belirtmiştir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 355.

⁵⁷¹ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

⁵⁷² **Schroeder, Friedrich-Christian** (1965) *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 58.

⁵⁷³ Bu hususta bkz. **Maurach**, s. 497.

⁵⁷⁴ **Welzel**, *Studien*, s. 505.

⁵⁷⁵ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 28.

Fiil hâkimiyeti teorisi, 20. yüzyılın başlarından itibaren Alman müellifler tarafından geliştirilmiştir. Teorinin günümüzde genel kabul gören biçimi *Roxin'in* görüşlerine dayansa da teorinin bugünkü halini almasında özellikle *Welzel, Maurach* ve *Gallas'in* katkıları önem arz eder. Bu bakımdan aşağıda fiil hâkimiyeti teorisinin gelişiminin ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

B. Teorinin Gelişimi

1. Fiil Hâkimiyeti Kavramının Ortaya Çıkışı

Fiil hâkimiyeti teorisinin tarihsel gelişimi iki aşamada incelenebilir. Birinci aşamada fiil hâkimiyetinin kavram olarak ortaya çıkışı söz konusu iken ikinci aşamada fiil hâkimiyeti teorisinin içeriğinin gelişimi ve bugünkü genel kabul gören biçimine ulaşması söz konusudur⁵⁷⁶.

Fiil hâkimiyeti ifadesi kavram olarak ilk defa *Hegler* (1915) tarafından kullanılmıştır⁵⁷⁷. Ancak kavram burada faillik- şeriklik ayrımının tespitinden ziyade failin, failin şahsına bağlı olup olmadığı dolayısıyla onun fiili olup olmadığının belirlenmesiyle ilgili olarak kullanılmıştır⁵⁷⁸. Yazara göre ancak fiil üzerinde hâkim olan kusurlu olarak davranır⁵⁷⁹. Fiil hâkimiyeti kavramının içeriğine ilişkin ilk belirlemeler ise *Honig'in* dolaylı failliğe ilişkin açıklamalarında bulunabilir⁵⁸⁰. Yazara göre, nasıl ki fail tek başına suç olayına hâkim oluyor ve bu şekilde suç kendisine isnat ediliyorsa aynı şekilde kişi bir başkasının isnat yeteneği olmamasından, hatasından veya bir zorunluluk halinde bulunmasından yararlanarak suç olayına bilinçli olarak hâkim olursa da fail olarak kabul edilir⁵⁸¹. Fiil hâkimiyeti kavramını kullanan bir başka yazar ise v. *Weber'dir*. Faillik şeriklik ayrımında sübjektif teorisinin esaslarından hareket eden yazar, fiil hâkimiyeti kavramını bu teoride bir kıstas olarak

⁵⁷⁶ **Marlie**, *Unrecht*, s. 18; **Schild, Wolfgang** (2009) *Tatherrschaftslehren*, Frankfurt am Main, Peter Lang, s. 9.

⁵⁷⁷ **Becker**, s. 125; **Marlie**, *Unrecht*, s. 18; **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 67; **Özgenç**, *Faillik*, s. 83; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 9.

⁵⁷⁸ **Marlie**, *Unrecht*, s. 18.

⁵⁷⁹ **Hegler, A.** (1915) "*Die Merkmale des Verbrechens*" *ZStW*, ss. 184-232, s. 207.

⁵⁸⁰ Bkz. **Marlie**, *Unrecht*, s. 18.

⁵⁸¹ **Honig, Richard** (1930) "*Kausalität und objektive Zurechnung*" (Ed. *Hegler, August*) Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen, Scentia Verlag, ss. 174-201, s. 200.

kullanmıştır. Buna göre fail suçu kendi fiil hâkimiyeti iradesiyle gerçekleştirendir⁵⁸². Ancak yazar, fiil hâkimiyeti ifadesi için daha fazla bir açıklama yapmamıştır⁵⁸³.

Fiil hâkimiyeti teorisinin gelişiminin ikinci aşaması olan ve bugünkü genel kabul gören formuna ulaşmasında, yani failliğin sübjektif ve objektif unsurların birlikteliği olarak görülmesinde, *Lobe'nin* görüşleri önem arz eder⁵⁸⁴. Yazar fiil hâkimiyeti fikrini bütüncül bir şekilde ilk kez formüle etmiş kişi olarak kabul edilir⁵⁸⁵. Yazara göre, failliğin esası yalnız suçu kendisi için isteme iradesinde değildir, ayrıca buna iradenin açıklanmasının da eklenmesi gerekir ki bu irade açıklaması suçun gerçekleşmesine hizmet eden icraya hâkim olma ve onu yönlendirmede söz konusudur⁵⁸⁶. Bu açıdan faillik, objektif ve sübjektif unsurlara, neticeye yönelik iradeye ve suçun icrasının nesnel hâkimiyetine ve yönlendirilmesine göre belirlenir⁵⁸⁷. Bu kriterleri başlangıçta müstakil faillik için geliştiren yazar, bunları daha sonra müşterek faillik ve dolaylı failliğe teşmil etmiştir⁵⁸⁸. Ancak yazarın görüşleri doktrinde etkili olmamıştır⁵⁸⁹.

2. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Kurucuları

(1) *Welzel'in* Görüşleri

Fiil hâkimiyeti kavramı, ilk kez *Welzel'in* açıklamalarıyla doktrinde büyük bir önem kazanmıştır. Öyle ki yazar, doktrinde, fiil hâkimiyeti teorisinin kurucusu olarak kabul edilmektedir⁵⁹⁰.

⁵⁸² **Weber, Helmuth von** (1935) *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, Frommannsche Buchhandlung Walter Biedermann, s. 26.

⁵⁸³ **Marlie**, *Unrecht*, s. 19.

⁵⁸⁴ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 15.

⁵⁸⁵ Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 72.

⁵⁸⁶ **Lobe, Adolf** (1933) *Reichs-Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, Allgemeiner Teil nebst systematischer Einführung*, 5. Auflage, Berlin und Leipzig, De Gruyter, s. 123.

⁵⁸⁷ **Lobe**, *LK, 5. Auflage*, s. 123.

⁵⁸⁸ **Schroeder**, s. 61.

⁵⁸⁹ **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 9. Bu açıdan *Schild*, teorinin bilinen kurucusunun *Welzel* olduğunu, bilinmeyen kurucusunun ise *Lobe* olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 119. Ayrıca Jescheck/Weigend de fiil hâkimiyeti teorisinin kurucusu olarak *Lobe*'yi kabul etmektedir. **Jescheck/Weigend**, s. 651.

⁵⁹⁰ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 15; **Marlie**, *Unrecht*, s. 20; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 73; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 9; **Schroeder**, s. 61.

Welzel'in iştirake ilişkin fiil hâkimiyeti teorisi yine kendisi tarafından şekillendirilen final hareket teorisine dayanır⁵⁹¹. Hatta, fiil hâkimiyeti teorisinin gelişiminin final hareket teorisinin gelişimiyle yakından ilgili olduğu da söylenebilir⁵⁹². Bu nedenle öncelikle yazarın, bugün için de doktrinde etkili olan, final hareket teorisine ilişkin açıklamalarına kısaca değinmek gerekir.

aa) Final Hareket Teorisi

Welzel, ceza hukukunun konusunu oluşturan insan davranışını normatif olarak değil, hukuk normlarına takaddüm bir şekilde toplumsal hayat gerçekliği içinde ontolojik olarak ele alarak final hareket teorisini geliştirmiştir.

Final hareket teorisinde *Welzel*, hareketi, dış dünyadaki değişikliğe iradi olarak sebep olma olarak tanımlayan doğal- nedensel hareket teorisini reddeder⁵⁹³. Yazara göre hareket en dar anlamıyla insanın amaca yönelik faaliyetidir⁵⁹⁴. Bu amaca yönelik faaliyet, hareketi, herhangi bir salt nedensel süreçten ayırır⁵⁹⁵. İnsan nedensel bilgisiyle davranışının sonuçlarını öngörebilecek yeteneğe sahip olduğundan, hareket belli bir neticeye yönelen final (gaî) iradenin gerçekleştirilmesidir⁵⁹⁶. Bu kapsamda doğal- nedensel hareket teorisinden farklı olarak iradenin yönelimi (içeriği) ile iradenin gerçekleştirilmesi final hareket teorisinde, hareket kavramında birleşirler⁵⁹⁷. Bu şekilde belli bir amaca yönelen irade, hareketin bir unsuru olarak kabul edilerek hareketin salt nedensellikten ibaret olmadığı sonucuna ulaşılır.

İradenin gaî (final) ve hissî iki yönü olduğunu kabul eden *Welzel*, iradenin gaî yönünü hareket ve dolayısıyla haksızlık (ya da diğer bir ifadeyle tipiklik) kapsamında telakki ederken;

⁵⁹¹ **Atens, Rebecca von** (2019) Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, Baden-Baden, Nomos, s. 164; **Roxin, Tatherrschaft** (10), s. 73.

⁵⁹² **Weisser, Täterschaft**, s. 36.

⁵⁹³ **Schild, Tatherrschaftslehren**, s. 10. Nedensel hareket teorisinin önemli temsilcilerinden biri olan v. *Liszt*'e göre hareket, iradi bir davranışla, dış dünyada bir değişikliğe (yani neticeye) neden olmak ya da dış dünyadaki bir değişikliğe engel olmamaktır. Bkz. **Liszt**, s. 123. Detaylı bilgi için bkz. **Bulut**, s. 115-117; **Ceyhan, Murat** (2022) Ceza Hukukunda Netice, İstanbul, On İki Levha, s. 12-22.

⁵⁹⁴ **Welzel, Studien**, s. 502.

⁵⁹⁵ **Welzel, Studien**, s. 502.

⁵⁹⁶ **Welzel, Hans** (1975) Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin, De Gruyter, s. 108.

⁵⁹⁷ **Schroeder**, s. 61.

değer yargısı oluşturan hissî yönünü ise kusur kapsamında telakki etmektedir⁵⁹⁸. Bu şekilde amaca yönelik irade, gaî irade; kast olarak kabul edilerek hareket haksızlığına dahil olurken iradenin değer yargısı oluşturan yönü, haksızlık bilinci olarak kusurluluk kapsamında değerlendirilir⁵⁹⁹.

bb) Final Fiil Hâkimiyeti Teorisi

Welzel, final hareket teorisiyle uyumlu bir şekilde faillik ve şerikliğe ilişkin görüşlerini de ontolojik ve gaî olarak ele alır. Dolayısıyla yazara göre faillik ve şeriklik arasındaki yapısal fark da kanunda değil, toplumsal hayattaki amaca yönelik hareketin temel tezahürlerinde bulunabilir⁶⁰⁰.

Welzel, öncelikle kasıtlı ve taksirli suçlar için ortak bir fail kavramının belirlenemeyeceğini belirtmektedir⁶⁰¹. Taksirli suçlar final unsurunun eksikliği nedeniyle salt nedensellikten ibarettir. Taksirli fiilin haksızlığının belirlenmesinde neticenin gerçekleşmesi bakımından gerçek anlamda amaca yönelik bir ilişki yerine “kör nedenselliğe” ek olarak “olası” bir amaç ilişkisi söz konusudur⁶⁰². Bu noktada faillik için belirleyici olan neticenin gerçekleşmesinden olası bir final öngörülebilirlik ile kaçınılıp kaçınılamayacağıdır⁶⁰³. Bu anlamda, *Welzel* için taksirli suçlarda her türlü kaçınılabir nedensellik faillik olarak kabul edilir⁶⁰⁴. Nedensellik bağlamında, şartların eşdeğerliliği söz konusu olduğundan taksirli suçlarda faillik ve şeriklik şeklinde bir ayrım yapılamaz. Bu nedenle azmettirme ve yardım etme niteliğindeki hareketler, neticeye bir başkasıyla birlikte neden olmadan başka bir şey değildir⁶⁰⁵. Öte yandan, esasen azmettirme ve yardım etme hareketleri de gaî nitelikte olduklarından taksirli suçlarda bu gaî hareketlerin yer alması da mümkün değildir⁶⁰⁶. Bu

⁵⁹⁸ **Welzel**, *Studien*, s. 505.

⁵⁹⁹ **Welzel**, *Studien*, s. 505. **Schild**, *Welzel'in* final hareket teorisinde, hareketin belirlenmesinde kusur unsurunu dışlamasının yazarın ontolojik yöntemi bakımından tutarsızlık oluşturduğunu ifade eder. Zira haksızlık (hukuka aykırılık) ve kusurluluk ayrımı ontolojik değil hukuki bir nitelik taşır. Bkz. **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 11-12.

⁶⁰⁰ Bkz. **Atens**, s. 164; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 12.

⁶⁰¹ **Welzel**, *Studien*, s. 540.

⁶⁰² **Welzel**, *Studien*, s. 559.

⁶⁰³ **Welzel**, *Studien*, s. 538.

⁶⁰⁴ **Welzel**, *Studien*, s. 540.

⁶⁰⁵ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

⁶⁰⁶ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

açıklamalardan hareketle *Welzel*, taksirli suçlar bakımından geniş faillikten hareket etmek suretiyle teklik sistemine ulaşmıştır.

Yazara göre taksirli suçlardan farklı olarak kasıtlı suçlarda, faillik ve şeriklik arasında ayrım yapılması bir tercih değil, zorunluluktur⁶⁰⁷. Zira kasıtlı suçlar final bir yapıya sahiptirler. Diğer bir ifadeyle, kasıtlı suçlar objektif muhtevalarını esas olarak ya doğrudan kendi amacını ya da dolaylı olarak bir başkasının amacını gerçekleştirme olarak belli bir amaca yönelik iradede elde etmektedir⁶⁰⁸. Bu anlamda final faillik ile yalnız final şeriklik arasında bir ayrım yapılmalıdır. Final fiil hâkimiyetinin en kapsamlı formu ise final failliktir⁶⁰⁹. *Welzel*'e göre fail, kendi kararı ve bunun icrası üzerinde hâkim olan ve dolayısıyla varlığını ve vuku biçimini bilinçli olarak tasarladığı kendi fiili üzerinde iktidara, hâkimiyete sahip olan kimsedir⁶¹⁰. Bu kıstas, faili diğer herhangi bir final katılım biçiminden ayırır. Faillerden farklı olarak şeriklerin de belirli bir tür fiil hâkimiyetleri vardır; ancak onların hâkimiyetleri suçun kanuni tanımındaki fiil üzerinde değil yalnız kendi katkıları üzerindedir⁶¹¹.

(2) *Maurach*'ın Görüşleri

Maurach iştirake ilişkin görüşlerini *Welzel*'in final hareket teorisinden yola çıkarak ortaya koymuştur⁶¹². Dolayısıyla *Maurach* da hareketi belirli bir neticeye yönelik yönlendirici irade tarafından hâkim olunan insan davranışı olarak tanımlar⁶¹³. Bu nedenle yazar taksirli suçlar bakımından teklik sisteminin geçerli olduğunu, bu tür suçlarda davranışın yalnız tesadüfî bir nedensel faktör olduğunu dolayısıyla da bu suçlarda fail-şerik ayrımının mümkün olmadığını savunmuştur⁶¹⁴.

Maurach, *Welzel*'den farklı olarak faillik- şeriklik ayrımında fiil hâkimiyetinin objektif yönünü ön plana çıkarmıştır⁶¹⁵. Diğer bir ifadeyle *Maurach*, failliğin belirlenmesinde gâiliğin tek kriter olmasından uzaklaşarak fiil hâkimiyetinin objektif kriterine öncelik

⁶⁰⁷ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

⁶⁰⁸ **Welzel**, *Studien*, s. 501.

⁶⁰⁹ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

⁶¹⁰ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

⁶¹¹ **Welzel**, *Studien*, s. 539.

⁶¹² **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 77; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 14.

⁶¹³ **Maurach**, s. 125.

⁶¹⁴ **Maurach**, s. 503.

⁶¹⁵ **Bkz. Atens**, s. 167; **Marlie**, *Unrecht*, s. 26; **Schroeder**, s. 66.

vermiştir⁶¹⁶. Bu fiil hâkimiyeti çerçevesinde, failin, dış dünyada cereyan eden suç tipine uygun olayların seyrinin kast kapsamında kendi elinde bulunduğunun bilincinde olması gerekir⁶¹⁷. Fiil hâkimiyetine sahip olmak için, hem somut/fiilî olay hem de suça katılanın tasavvuru bakımından, suç tipinin gerçekleşmesine neden olma, bunu engelleme veya durdurabilme katılanın davranışlarına bağlı olmalıdır⁶¹⁸. Diğer bir ifadeyle failin, tipe uygun fiilin gerçekleşip gerçekleşmemesi noktasında somut bir hâkimiyeti ve bu hâkimiyete sahip olduğuna ilişkin bilinci bulunmalıdır. Yazara göre şeriklik ise suça iştirak edende bu şekilde bir fiil hâkimiyetinin olmamasını gerektirir⁶¹⁹.

Maurach'ın, *Welzel*'den farklı olarak failliğin final unsurundan ziyade objektif hâkimiyete öncelik vermesi özellikle müşterek faillığe ilişkin açıklamalarında göze çarpar⁶²⁰. *Welzel*'den farklı olarak, yazar, fiil hâkimiyetini suça katılanın iradesi dışında reel bir hâkimiyet olarak ele alır. Bu nedenle *Welzel*'in aksine müşterek faillik için birlikte suç işleme kararı yeterli değildir⁶²¹. Birlikte suç işleme kararı müşterek failliğin subjektif unsurunu oluştururken, müşterek faillik ancak bu kararın somutlaşmasıyla, yani suçun birlikte icrasıyla var olur⁶²². Bunun yanı sıra ayrıca suça hâkimiyetin reel olarak da ortaya çıkması gerekir. Dolayısıyla *Maurach*'a göre suça katılanın hazırlık aşamasındaki katkıları müşterek faillik için yeterli değildir⁶²³.

⁶¹⁶ Bkz. **Marlie**, *Unrecht*, s. 26; **Schroeder**, s. 65.

⁶¹⁷ “das vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-Halten des tatbestandmäßigen Geschehensablaufes” bkz. **Maurach**, s. 504.

⁶¹⁸ **Maurach**, s. 504.

⁶¹⁹ **Maurach**, s. 504.

⁶²⁰ Dolaylı faillik bakımından da yazarın *Welzel*'den farklı düşündüğü görülmektedir. Yazar ön plandaki kimsenin kasten ve tam sorumlu olduğu durumda da arka plandakinin dolaylı fail olabileceğini kabul eder. Bu durum doktrinde fail arkasındaki fail (“*Täter hinter dem Täter*”) olarak ifade edilmiştir. Örneğin yazara göre; A, cinsel ve psikolojik olarak kendisine bağlı olan ve kolayca etki altına alınabilen kadın B'ye, kocasını öldürmediği durumda, kendisini terk edeceğini söyler ve bunun için B'ye zehir verir, suçun nasıl işleneceğini tarif eder ve suçun icrası sırasında ona nezaret ederse, A fiil hâkimiyetine sahiptir ve dolaylı fail olarak sorumludur. Bkz. **Maurach**, s. 507.

⁶²¹ Diğer taraftan yazar birlikte suç işleme kararının müşterek faillik için kesinlikle gerekli olduğunu belirtir. Bu birlikte suç işleme kararı olmadığı sürece bir kimse diğerinin işleyeceği suçu bilse ve tek taraflı iradeyle davranışlarını diğer kişinin davranışlarıyla koordine etse dahi müşterek faillik değil fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığına göre müstakil faillik veya yardım etme söz konusu olacaktır. Bkz. **Maurach**, s. 521.

⁶²² **Maurach**, s. 522.

⁶²³ **Maurach**, s. 530-531.

(3) *Gallas'ın Görüşleri*

Gallas; *Welzel* ve *Maurach*'dan farklı olarak failliğin belirlenmesinde şekli objektif teoriden yola çıkarak⁶²⁴ fiil hâkimiyeti teorisini, şekli objektif teori ve final hareket teorisinin bir sentezi olarak ortaya koyar⁶²⁵. Öyle ki yazar kendi teorisini “*final- objektif teori*”⁶²⁶ olarak adlandırmıştır. Faillik incelemesini, sistematik açıdan *Welzel* hareket kavramı içinde ele alırken; *Gallas* suç teorisi içinde ele almıştır⁶²⁷.

Yazar öncelikle, dar faillik anlayışıyla, fail hareketiyle şerik hareketini ayırt eden unsurun tipiklik olduğunu kabul etmiştir⁶²⁸. Bununla beraber *Gallas* bu şekilde bir ayrımın ancak final hareket kavramıyla bağlantılı olarak anlamlı olacağı sonucuna varmıştır⁶²⁹.

Gallas, hareket suçlarından⁶³⁰ yola çıkarak failliğin belirlenmesinde şekli objektif teoriye ilk olarak final hareket teorisini eklemiştir⁶³¹. Sırf hareket suçlarında faillik- şeriklik belirlemesinde davranışın yalnız nedensel etkinliği değil aynı zamanda final özelliği de belirleyicidir. Örneğin, hırsızlık suçu bakımından kanunda tanımlanan malın bulunduğu yerden alınması hareketi, yalnız malın el değiştirmesine neden olmaya indirgenemez⁶³². Zira bu bakış açısıyla, bu hususta bir başkasını azmettirme veya yalnız yardım etme de malın bulunduğu yerden alınması hareketi olarak kabul edilecektir. Ancak malın bulunduğu yerden alınması hareketi, final olarak yönlendirilmiş bir davranış olarak kabul edilirse, bu durumda davranışın, suçun yalnız desteklenmesinden farklı kendine özgü bir karakteri olacaktır⁶³³. Başka bir anlatımla, malın bulunduğu yerden bizzat alınmasının, malın alınmasına yardım etmekten başka bir anlamı vardır. Malın bulunduğu yerden alınması hareketi, final özelliği sayesinde belli bir şahsa izafe edilmektedir. Dolayısıyla hareket suçlarında faillik ve şeriklik,

⁶²⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 79.

⁶²⁵ **Marlie**, *Unrecht*, s. 28.

⁶²⁶ **Gallas**, *Materialien*, s. 137.

⁶²⁷ **Özgenç**, *Faillik*, s. 94.

⁶²⁸ **Gallas**, *Materialien*, s. 123.

⁶²⁹ **Gallas**, *Materialien*, s. 126.

⁶³⁰ Sırf hareket suçları ile muayyen bir hareketi gerektiren neticeli suçlar kastedilmektedir. Bkz. **Özgenç**, *Faillik*, s. 94, dn. 321.

⁶³¹ **Marlie**, *Unrecht*, s. 28; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 18; **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 16.

⁶³² **Gallas**, *Materialien*, s. 126.

⁶³³ **Gallas**, *Materialien*, s. 126.

neticeye neden olmaktan ziyade farklı anlamlara sahip davranışlar olarak kabul edilir⁶³⁴. Bu bağlamda *Gallas*, sırf hareket suçları bakımından hareketin final özelliği ile tadil edilmiş şekli objektif teoriye ulaşır⁶³⁵.

Yazar, hareket suçlarına ilişkin bu açıklamalarının ardından yöntemini sırf neticeli suçlara aktarır. Buna göre, sırf neticeli suçlar da yalnız nedenselliğe indirgenemez ve suçun icrasına katkı, hareket olarak final özelliği yani objektif ve sübjektif unsurlarıyla birlikte değerlendirilmelidir⁶³⁶. Ancak yazarın hareket suçlarındaki çözümü, suç tipinde hareketin tanımına yer verilmediğinden, sırf netice suçlarında faillik-şeriklik ayrımının tespiti için yeterli değildir. Zira bu suçlarda suç tipinde belirli bir final hareketin cezai tehdit altında bulunması değil yalnız neticeye neden olunması düzenlenmiştir Dolayısıyla azmettiren ve yardım edenler de kasten hareket ettiğinden ve bu kişilerin neticeye yol açan hareketleri de final niteliğini haiz olduğundan faillik-şeriklik ayrımında bunun ayırt edici bir yönü bulunmamaktadır⁶³⁷. Bu noktadan hareketle, yazar sırf neticeli suçlar bakımından hareketin neticeyi gerçekleştirmeye objektif açıdan elverişli olmasından hareket eder ve bu elverişliliği de fiil hâkimiyeti olarak ifade eder⁶³⁸. Buna göre sırf netice suçlarında tipik hareket ve dolayısıyla, faillik, belli bir kapsamda neticenin gerçekleşmesini elde bulundurma yani fiil hâkimiyetine sahip olmadır⁶³⁹. Bu fiil hâkimiyeti ise elverişli araçlarla belli bir plana göre netice ortaya çıkana kadar fiilin elde bulundurulmasıyla gerçekleşir⁶⁴⁰.

Gallas, neticeli suçlar alanındaki fiil hâkimiyetine ilişkin bu açıklamasını daha sonra hareket suçlarına da aktararak failliğin genel bir kriteri haline getirmiş ve böylece fiil hâkimiyetine tipik davranışı genişleten/ gevşeten bir fonksiyon yüklemiştir⁶⁴¹. Bu noktada yazar, suç tipindeki hareket bizzat işlenmemiş olsa da bunun işlenmesinde fiil hâkimiyeti varsa bu durumda da suç tipindeki hareketin işlenmiş olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla, müşterek faillik bakımından da ortakların tipik icraî davranışı bizzat gerçekleştirmeleri gerekmez. Katkı, ortakların kolektif, iş birliğine dayanan faaliyetinin bir parçası olarak fiil

⁶³⁴ *Gallas*, *Materialien*, s. 126.

⁶³⁵ *Özgenç*, *İştirak*, s. 95.

⁶³⁶ *Gallas*, *Materialien*, s. 128.

⁶³⁷ *Gallas*, *Materialien*, s. 128.

⁶³⁸ *Gallas*, *Materialien*, s. 128.

⁶³⁹ *Gallas*, *Materialien*, s. 128.

⁶⁴⁰ *Gallas*, *Materialien*, s. 128.

⁶⁴¹ *Gallas*, *Materialien*, s. 132.

üzerindeki hâkimiyet şeklinde tezahür edebilir⁶⁴². Bunun için suç, ortak bir suç işleme kararı temelinde fiil hâkimiyetine katılım olarak görülebilecek eylemleri gerektirir. Dolayısıyla *Welzel*'den farklı olarak hazırlık aşamasındaki planlama, suçun icrasına katılım olarak değerlendirilemeyeceğinden müşterek faillik arz etmeyecektir⁶⁴³.

C. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Hâkim Görüş Haline Gelmesi

1. Roxin'in Fiil Hâkimiyeti Teorisi

Fiil hâkimiyeti teorisinin günümüzde genel kabul gören biçimi, *Roxin'in* 1963 tarihli "Faillik ve Fiil Hâkimiyeti"⁶⁴⁴ (*Täterschaft und Tatherrschaft*) isimli monografisindeki görüşleri temelinde oluşmuştur⁶⁴⁵. İlk kez yazarın görüşleriyle fiil hâkimiyeti teorisi kapsamlı bir şekilde ele alınmış ve geliştirilmiştir⁶⁴⁶. *Roxin'in* görüşleri, teorisinin gelişimine ilişkin bir atılım olmasının ötesinde bugün için ceza hukuku öğretisinde fiil hâkimiyetinin faillik-şeriklik ayrımında belirleyici kriter olarak geniş ölçüde benimsenmesini sağlamıştır⁶⁴⁷. Öyle ki günümüzde faillik-şeriklik ayrımına ilişkin tartışmalar da büyük ölçüde *Roxin'in* fiil hâkimiyeti teorisiyle bağlantılı olarak gündeme gelmektedir⁶⁴⁸. Müşterek faillik açısından yazarın fiil hâkimiyetinin bir şekli olarak gördüğü fonksiyonel fiil hâkimiyeti kıstası da özellikle Türk hukukunda büyük ölçüde üzerinde ittifak edilmiş bir kıstas olduğundan, yazarın genel fiil hâkimiyeti teorisinin incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

⁶⁴² **Gallas**, *Materialien*, s. 136.

⁶⁴³ **Gallas**, *Materialien*, s. 137.

⁶⁴⁴ Bkz. **Roxin, Claus** (1963) *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Auflage, Berlin, De Gruyter. Yazarın bu monografik eseri ceza hukuku literatüründe o derece etkili olmuştur ki bugüne kadar eserin on bir baskısı yapılmıştır. Eserin güncel on birinci baskısı 2022 yılında yayınlanmıştır. Dolayısıyla ilk baskısı 1963 yılında yayınlanmış olsa da eserin ceza hukuku literatürü bakımından hâlâ güncelliğini ve önemini koruduğunu ifade etmeliyiz. Eserin baskılarının yayınlandığı tarihler şunlardır: 1963, 1967, 1975, 1984, 1989, 1994, 2000, 2006, 2015, 2019, 2022.

⁶⁴⁵ **Murmann**, *Nebentäterschaft*, s. 88.

⁶⁴⁶ **Weisser**, *Täterschaft*, s. 37.

⁶⁴⁷ **Marlie**, *Unrecht*, s. 32. **Murmann**, fiil hâkimiyeti teorisinin en yetkin yapısının *Roxin* tarafından inşa edildiğini ve *Roxin* ile birlikte teorisinin doktrinde yerleşmiş olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Murmann**, *Nebentäterschaft*, s. 88.

⁶⁴⁸ **Marlie**, *Unrecht*, s. 32. Failliğin belirlenmesinde hâkimiyet fikrine dayanmakla birlikte *Roxin'in* metodolojisinden ve terminolojisinden sapan güncel diğer görüşlere ilişkin olarak bkz. **Schild**, *NK*, § 25, kn. 24. *Roxin'in* fiil hâkimiyeti teorisine ilişkin doktrinindeki güncel tartışmaları ve bunlara ilişkin değerlendirmeleri için bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 768 vd.

a) Metodolojisi

Yazarın genel metodolojisi kendi fiil hâkimiyeti teorisinin oluşumu bakımından önem arz etmektedir. *Roxin*, hukuki düzenleme konularının kavramsal içeriğinin; salt ontolojik olarak, etik ve sosyal yapılar tarafından belirlendiğine ilişkin düşünceye itiraz eder⁶⁴⁹. Zira yazara göre bu yapılar o derece belirsiz bir şekilde oluşmuşlardır ki kanun koyucunun amaç ve değer tasavvuruna dayalı kavramsal şekillendirmesine muhtaçtırlar⁶⁵⁰. Bu şekilde, sosyal formlar ve bilimsel bilgilerin etkileşimi, kanun koyucuyu hem bu yapıların anlamını kapsayan hem de bunlara anlam veren bir faaliyete mecbur kılar⁶⁵¹. Yazar bu hususta faillik açısından şu durumu örnek verir: Kasten öldürme suçunda ilgili kişiye bravo demek suretiyle destek veren kimsenin dolaylı fail mi, müşterek fail mi yoksa azmettiren mi olduğunun belirlenmesi dilbilimsel kriterler ya da sosyal anlamlara başvurarak açıklığa kavuşturulamaz⁶⁵². Bu ayrım sorunları, kanunda ifadesini bulan amaç ve değer kavramları temelinde, kanun koyucu tarafından veya kanun koyucunun sessiz kalması durumunda yargı ve doktrin tarafından çözüme kavuşturulabilir⁶⁵³. Bu açıdan, hukuki fenomenlerin tam olarak anlaşılması için hem anlam verme (*sinnschaffende Methode*) hem de anlam kavrama (*sinnerfassende Methode*) yöntemleri birbirinden ayrılamaz⁶⁵⁴.

Ontolojik ve teleolojik bakış açısının senteziyle hareket eden *Roxin* için fiil hâkimiyeti teorisi bakımından *Welzel'in* final hareket kavramı ve bunun sonucunda ortaya çıkan final fiil hâkimiyeti kriteri ontolojik referans noktasıdır⁶⁵⁵. Ancak yazara göre hareket kavramı, failliğin belirlenmesine ilişkin bir öğretinin dayanağı olarak sınırlı bir temel arz eder⁶⁵⁶. Zira fiil hâkimiyeti kıstası ile belirlenecek olan fail kavramı ontolojik ve teleolojik bakış açılarının bir sentezinin ürünü olmalıdır. Bu anlamda *Roxin*, fiil hâkimiyeti öğretisinde *Welzel'in* uyguladığı salt ontolojik metottan ziyade, *Gallas'ın* normatif yorumuna

⁶⁴⁹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 22.

⁶⁵⁰ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 23.

⁶⁵¹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 26.

⁶⁵² **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 26.

⁶⁵³ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 26.

⁶⁵⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 28.

⁶⁵⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 355.

⁶⁵⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 357.

yaklaşır⁶⁵⁷. Final hareket, her türlü fiil hâkimiyeti için gerekli olmakla birlikte failliğin belirlenmesinde ayrıca teleolojik bir açıklama da getirilmelidir⁶⁵⁸.

Roxin, bu metodolojiden hareketle faillik bakımından sınırları net ve kesin çizgilerle belirlenmiş bir tanımdan ziyade yol gösterici bir ilkedен hareket etmiştir⁶⁵⁹. Yazar, bu yol gösterici ilkeyi şu şekilde formüle eder: Fail, davranış esaslı olayın ya da tipik olayın merkezî figürü (*Zentralgestalt*), anahtar figürüdür (*Schlüsselfigur*)⁶⁶⁰. Yazar bu belirlemenin hem hukuka takaddüm eden müşterek bilinçte yaşayan bir tasavvura ("*Gemeinbewußtsein lebende plastische Vorstellung*") hem de kanun koyucunun değerlendirmesine uygun düştüğünü belirtmektedir. Zira sosyal yaşamda da fail bir olayın esas figürü iken azmettiren ve yardım eden ise yan figürdür⁶⁶¹. Aynı şekilde yazara göre, Alman kanun koyucusu da Ceza Kanunu § 47'de⁶⁶² failliği "icra" ("*ausführen*") kavramıyla tanımlamak suretiyle onu suçun merkezî ve kilit figürü olarak kabul etmektedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki bu merkezî figür kavramı, faillik kavramının içeriğine ilişkin bir tanım arz etmeyip yalnızca faillik belirlemesine ilişkin şekli bir kriterdir⁶⁶³. Merkezî figür kavramı, münferit faillik formlarının kendisinden türetilebileceği soyut, üst bir kavram da değildir⁶⁶⁴. Aksine merkezî figür kavramının özelliği, başlangıçta bu kavramdan hareketle failliğin hiçbir pozitif esaslı tespitinin yapılamaması ve kavramın tamamen içeriksiz olmasıdır⁶⁶⁵. Merkezî figür kavramı ilk olarak hukuki meselenin tetkik edilmesiyle biçim ve içerik kazanacaktır⁶⁶⁶. Dolayısıyla yazar, faillik belirlemesinde tümdengelim metodunu değil, diyalektik metodu benimsemiştir

⁶⁵⁷ **Atens**, s. 169. Nitekim *Schild*, Roxin'in fiil hâkimiyeti teorisinin *Gallas*'ın tasarımına çok şey borçlu olduğunu faillik- şeriklik ayrımını yeni bir seviyeye ve netliğe ulaştırdığını belirtmiştir. Bkz. **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 24.

⁶⁵⁸ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 357.

⁶⁵⁹ **Murmann**, *Nebentäterschaft*, s. 89.

⁶⁶⁰ (*Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehen*) Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 120.

⁶⁶¹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 29.

⁶⁶² Roxin'in eserinin telifi sırasında yürürlükte olan 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu § 47 uyarınca, birden fazla kişinin bir suçu birlikte **icra etmesi** halinde, bunların her biri fail olarak cezalandırılır. ("*Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich **ausführen**, so wird Jeder als Thäter bestraft.*"). Öte yandan aynı Kanun § 47'de azmettirme düzenlenmiş iken § 48'de yardım etme düzenlenmiştir. Yürürlükte olan güncel Alman Ceza Kanunu § 25'te ise doğrudan fail, dolaylı fail ve müşterek fail ayrı ayrı tanımlanmıştır. Roxin'in eserinin telifinden sonra 1975 yılında yürürlüğe giren bu düzenlemeyle, yazar kendi oluşturduğu fiil hâkimiyeti teorisinin esas alındığını ifade etmiştir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 611.

⁶⁶³ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 1; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 12; **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 29.

⁶⁶⁴ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 12.

⁶⁶⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 591.

⁶⁶⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 591; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 28.

⁶⁶⁷. Zira failliğin her bir tezahür biçimi, failliği genişletir, zenginleştirir ve ona yeni bir unsur ekler⁶⁶⁸. Bu açıdan faillik ve suçun merkezî figürü kavramının böyle bir yöntemle hukuki meselenin baştan sona tetkikiyle ortaya çıkması beklenir⁶⁶⁹.

Roxin’e göre diyalektik metot ışığında incelenecek fail kavramının açık bir kavram (“*offene Begriffe*”) ⁶⁷⁰ olmalıdır. Açık kavram ifadesi, çatışan iki durum (somut olay adaleti ve hukuki güvenlik) arasındaki ara bir formül olarak kabul edilmektedir. Açık kavram ne sabit bir kavramdır ne de tamamen belirsiz bir kavramdır. “Açık” kavramıyla hem failliğin sabit bir tanımının dezavantajlarından hem de failliğin tamamen belirsiz bir kavram olmasının dezavantajlarından kaçınılır⁶⁷¹. “Açık” kavramı ile eksiksiz sabit bir tanım; bir tarif, bir tasvirle yer değiştirmiş olur. Diğer taraftan bu “açık” kavram, belirsiz de değildir; zira failliğin somut olayda tespitinde hâkim, yol gösterici bir ilkenin esaslarından hareket edecektir. İşte bu yol gösterici ilke de suç olayına ilişkin merkezî figürün tespiti.

Bu genel açıklamaların ardından nihayet yazarın metodolojisini faillik kavramına nasıl uyguladığını inceleyebiliriz.

b) Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Oluşumu

(1) Fiil Hâkimiyeti Şartının Sınırı

Roxin’in failliğin belirlenmesine ilişkin teorisi fiil hâkimiyeti teorisi olarak adlandırılıyor olsa da esasen yazar fiil hâkimiyeti kavramını tüm suçlarda geçerli olacak bir unsur olarak kabul etmez⁶⁷². Yazar, diyalektik metotla failliğin belirlenmesi açısından merkezî figür düşüncesiyle hareket etmektedir.

Bu açıdan merkezî figür kavramı, üçlü bir ayrım ile açıklanır. Bunlar; hâkimiyet suçları, yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlardır. Bu ayrım da failliğin belirlenmesi açısından fiil hâkimiyeti kriteri yalnız hâkimiyet suçlarında geçerli olabilecek bir kriterdir.

⁶⁶⁷ Yazarın diyalektik metoda ilişkin açıklamaları için bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 590-594.

⁶⁶⁸ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 591.

⁶⁶⁹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 591.

⁶⁷⁰ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 136.

⁶⁷¹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 137. Doktrinde benzer şekilde *Stein* da failliğin belirlenmesinde sabit bir kavramdan yola çıkılmayacağını ve bu belirlemede “açık bir kavramın” hareket noktası olması gerektiğini savunur. Bkz. **Stein, Ulrich** (1988) *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 61.

⁶⁷² **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 13 vd; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 28.

Bu açıdan aşağıda öncelikle hâkimiyet suçlarında geçerli olan fiil hâkimiyeti türleri ele alınacak; ardından fiil hâkimiyetinin geçerli olamayacağı yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlarda faillğe ilişkin yazarın görüşleri ortaya konulacaktır.

(2) *Fiil Hâkimiyetinin Türleri*

Fiil hâkimiyetinin türleri yalnızca hâkimiyet suçlarında geçerli olabilecek faillik kriterleri sağlar⁶⁷³. Yazara göre hâkimiyet suçları ise kasten işlenen icraî suçlardır⁶⁷⁴.

Cezai hükümler, temelde hukuki değerlerin korunmasına hizmet ettiğinden ve bu değerlerin ihlaline insan davranışları neden olduğundan, suç tipleri hukuki değerleri ihlal eden davranış biçimlerini tasvir etmektedir. İşte yazara göre bu şekilde bir sürecin merkezî figürünün kim olduğu tetkik edilecek olursa bunun sonucunda suç olayının merkezinde kim olduğu açıkça ortaya çıkar: Suç fiiline hâkim olan kişi. Dolayısıyla *Roxin*'e göre şeklî objektif teori faillğin belirlenmesi açısından doğru bir başlangıç noktası olarak görülmektedir⁶⁷⁵. Ancak dikkat edileceği üzere yazar suç fiiline hâkimiyet düşüncesiyle, suç tanımındaki ifadelere sıkı sıkıya bağlı bir faillik tanımını kabul etmemektedir. *Gallas* 'da olduğu gibi fiil hâkimiyetini tipikliği genişletici/ gevşetici⁶⁷⁶ bir unsur olarak addetmektedir⁶⁷⁷.

Bundan hareketle hâkimiyet suçlarında faillik açısından üç temel hâkimiyet türü olabileceği kabul edilir⁶⁷⁸. Yazarın, fiil hâkimiyeti teorisine ilişkin olarak farklılık arz eden ve teorinin bugün için doktrinde büyük ölçüde kabul edilmesine imkân veren de bu hâkimiyet türlerine ilişkin ayrımı olmuştur⁶⁷⁹.

⁶⁷³ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn 13.

⁶⁷⁴ Yazar ihmalî suçları hâkimiyet suçları kapsamında değil yükümlülük suçları kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 112.

⁶⁷⁵ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 26.

⁶⁷⁶ **Gallas**, *Materialien*, s. 132.

⁶⁷⁷ **Marlie**, *Unrecht*, s. 36. Yazarın konu hakkındaki görüşü için bkz. **Roxin**, *LK*, § 25, kn 26.

⁶⁷⁸ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 140.

⁶⁷⁹ Nitekim bugün için gerek Türk gerek Alman doktrininde doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillğin hukuki esasının açıklanmasında *Roxin*'in üç hâkimiyet türünün esas alındığı görülmektedir. Bu hususta bkz. aşağıda *Birinci Bölüm, § 5, III, C, 2. Teorinin Güncel Faillik Öğretilerinde Temsili*.

Hâkimiyet suçlarındaki failliğin belirlenmesi açısından hâkimiyet türleri şunlardır: Harekete hâkimiyet, iradeye hâkimiyet ve fonksiyonel hâkimiyet. Bu hâkimiyet türlerinin her biri de bir faillik türüne karşılık gelmektedir⁶⁸⁰.

aa) Harekete Hâkimiyet

Roxin'e göre, bir fiile hâkim olmanın en iyi yolu o fiili bizzat gerçekleştirmektir⁶⁸¹. Dolayısıyla ister tek başına ister bir başkasının katılımıyla olsun bir suçun tüm unsurlarını kendi vücut aktivitesiyle özgürce ve bizzat gerçekleştiren kimse harekete hâkim olmak suretiyle doğrudan fail olacaktır⁶⁸². Doğrudan faillik hem hukuka takaddüm eden toplumsal yaşam açısından hem de kanun koyucunun değerlendirmesi bakımından, suç olayının merkezî figürü olarak failliğin ilk ve en tipik örneğini temsil etmektedir⁶⁸³. Bu durum yazara göre, özellikle, kanun koyucunun münferit suç tiplerinde haksızlığı tanımlarken aynı zamanda bunu gerçekleştirecek faili de tarif ettiğinin inkâr edilemez oluşundan kaynaklanır⁶⁸⁴.

bb) İradeye Hâkimiyet

Hâkimiyet suçlarındaki ikinci hâkimiyet türü iradeye hâkimiyettir. Bu hâkimiyet ise suç olayındaki bir diğer merkezî figür olarak dolaylı failliği temsil etmektedir.

Yazarın, merkezî figür metodolojik yaklaşımı uyarınca, bir kimse suç fiilini bizzat işlememesine karşın, arka planda, bir başkasının kastı kaldıran hatasından faydalanmak suretiyle ya da bu kimseyi kusurluluğu kaldırarak şekilde zorlamayla suç olayında kilit figür olabilir⁶⁸⁵. Bu hallerde, bir başkasını azmettirmeden ya da ona suçun işlemesi konusunda

⁶⁸⁰ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 28.

⁶⁸¹ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 36; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 38.

⁶⁸² **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 141.

⁶⁸³ Yazar, suç tanımındaki fiili bizzat işleyen, ahlaken veya kriminolojik olarak her hâlükârda esas sorumlu kimse olmayacağını kabul etmektedir. Söz gelimi, kişiyi suçu işlemeye teşvik eden veya azmettiren ya da suçu planlayan yahut suçtan esas menfaat sahibi olan bir kimse daha ağır bir cezaya lâyık olabilir. İşte bu noktada *Roxin*'in fiile, davranışa dayanan bakış açısı başka bir deyişle, “davranış esaslı olayın merkezî figürünün belirlenmesi” metodolojisi ön plana çıkmaktadır. Suçun kanuni tanımındaki fiil açısından bakıldığında, fiili bütünüyle özgür ve tek başına gerçekleştiren kişi suç olayında baskın merkezî figürdür. Kişinin sorumlu olacağı ceza derecesi failliğin belirlenmesi açısından önem arz etmemektedir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 141.

⁶⁸⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 141.

⁶⁸⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 157.

teşvikte bulunmaktan farklılık söz konusudur. Kişi bu hallerde suç olayının periferisinde değil, merkezinde, kilit pozisyonundadır⁶⁸⁶.

Roxin, suç fiilini bizzat gerçekleştirmemekle birlikte, kişiyi, fiili bizzat gerçekleştiren üzerinde uyguladığı irade hâkimiyetiyle suç olayının periferisinden merkezine taşıyan üç farklı hâkimiyetten bahsetmektedir⁶⁸⁷.

Bunlardan birincisi zorlama yoluyla iradeye hâkimiyettir. Bu hâkimiyet türünde, hareket hâkimiyetini elinde bulunduran ön plandaki kimsenin hâkimiyetinden kaynaklanan, suçun icrasına dolaylı bir hâkimiyet söz konusudur⁶⁸⁸. Ancak, ön plandaki kişiye yönelik herhangi bir zorlama fiili, arka plandaki kişiyi suç olayının merkezî figürü haline getirmeyecektir. Arka plandaki kimsenin suçun kanuni tanımındaki fiile hâkim olabilmesi için zorlamanın belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir⁶⁸⁹. Yazar, bu noktada genel metodolojisine uygun olarak, dolaylı failliğin belirlenmesinde ontolojik ve teleolojik yöntemi birlikte kullanmak suretiyle zorlama fiilinin hangi yoğunlukta olması gerektiğine karar vermektedir. Kanunun belirlediği kıstaslar çerçevesinde, bir zorlama, ancak kusurluluğu kaldıracak seviyeye vardığında arka plandaki kimse suçun merkezî figürü haline geldiğinden, bu kimsenin iradeye hâkimiyet suretiyle dolaylı fail olduğundan bahsedilebilecektir⁶⁹⁰.

İkinci iradeye hâkimiyet türü ise ön plandaki kimsenin hatasından yararlanmak suretiyle mümkündür⁶⁹¹. Bu şekilde hata aracılığıyla fiil hâkimiyeti ise dört seviyede

⁶⁸⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 157.

⁶⁸⁷ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 61. Bu hususta ayrıca bkz. **Bottke, Wilfried** (1992) *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, C.F. Müller, s. 51; **Marlie**, *Unrecht*, s. 37; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 26.

⁶⁸⁸ Yazar dolaylı faillikte ön plandaki kimsenin de hareket hâkimiyetinin mevcut olması gerektiğini kabul etmekte ve bu hususta şu örneği vermektedir: Bir kral kendisine isyan eden eyalet valisini kendi hâkimiyetine dahil olmaya zorladığında, eyalet üzerinde hâkimiyet kurabilmesi için valinin de kendi eyaleti üzerinde hâkimiyeti olmalıdır. Valinin eyalet üzerinde hâkimiyeti olmadığı durumda, kralın vali üzerinde hâkimiyet kurmaya çabalamasının bir önemi olmayacak, bu eyaleti bizzat fethetmesi gerekecektir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 148.

⁶⁸⁹ Nitekim yazar bir başkasının iradesine etkide bulunmanın, tek başına irade hâkimiyeti anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 160.

⁶⁹⁰ Görüldüğü üzere *Roxin*, burada fiil hâkimiyetini, ontolojik bir vaka olarak ele almamaktadır. Yazar, zorlama yoluyla irade hâkimiyetinin belirlenmesinde kanunun kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali hükmüne başvurmuştur. Kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali Alman Ceza Kanunu § 35'te düzenlenmiştir. Dolaylı faillik açısından geçerli olabilecek kusurluluğu kaldıracak nitelikte zorlama yoluyla iradeye hâkimiyeti Türk Ceza Kanunu bakımından “*Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*” başlıklı 28. maddeden hareketle belirlenebilecektir.

⁶⁹¹ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 61 vd.; **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 189 vd.

gerçekleşebilecektir. Bu hallerde arka plandaki kimsenin somut olaya ilişkin bilgisi ön plandaki kimseden daha fazladır. Arka plandaki kimse, kendi üstün bilgisiyle veya algısıyla ön plandakini yalnız nedensel bir faktör olarak suçun işlenmesinde kullanır. Bu dört seviye hâkimiyet şunlardır: (1) Kastı kaldıran hata hali, (2) işlenen fiilin haksızlığına ilişkin yasak hatası, (3) kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin maddî şartlarında hata ve son olarak (4) ön plandaki kişinin tamamen suçtan sorumlu olarak hareket etmesine karşılık arka plandakinin suçun işlenmesinden ortaya çıkacak zararın niteliği ve boyutuna ilişkin üstün bilgisinin olması.

Roxin'e göre üçüncü iradeye hâkimiyet türü, organize güç mekanizması aracılığıyla hâkimiyettir (*Die Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*)⁶⁹². İrade hâkimiyetinin bu türünde, örgütü yöneten kimse, üyelere bir zorlama veya aldatma olmaksızın, hatta suçu doğrudan işleyecek kimseyi tanımasa dahi, vereceği emirlerle suçun işlenmesini garanti etmektedir. Burada örgüte üye olanlardan ziyade organizasyon üzerinde bir hâkimiyet söz konusudur. Dolayısıyla irade hâkimiyetinin bu üçüncü şekli ilk iki şeklinden farklı bir yapıya dayanır. Zira bu hâkimiyet türünde örgüt öyle yapılanmıştır ki, her bir üye birbirinin yerine ikame edilebilmektedir. *Roxin*, bu hususu, suçun işlenmesini arka plandaki kişiye garanti edenin, yani ona suç üzerinde hâkimiyet sağlayanın, sınırsız sayıda doğrudan failin ikame edilebilirliği olarak vurgulamıştır⁶⁹³.

Yazar bu üçü dışında, zorlama yoluyla iradeye hâkimiyeti ve hatadan yararlanmak suretiyle iradeye hâkimiyet kategorilerinin bir arada bulunduğu durumların da söz konusu olduğunu belirtmiştir⁶⁹⁴. Bu kapsamda kusur yeteneği bulunmayan çocuklar (Alm. CK § 19) ve akıl hastaları (Alm. CK § 20)⁶⁹⁵ ile kusur yeteneği önemli derecede azalmış olan akıl hastalarının (Alm. CK § 21)⁶⁹⁶ suçta araç olarak kullanılmış olması halinde de iradeye hâkimiyet suretiyle dolaylı failliğin söz konusu olacağını belirtmiştir. Zira kanun koyucu bu kişilerin ya fiilin haksızlığını idrak etme ya da bu idrake göre davranışlarını yönlendirme ehliyetinden yoksun olduklarını kabul etmiştir. Arka plandaki kimse, bu hallerde ön plandaki kimsenin iradesinin oluşumunu manipüle etmesi halinde, cebir ve tehdit olmaksızın zorlama yoluyla

⁶⁹² **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 105 vd.; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 269 vd.

⁶⁹³ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 107.

⁶⁹⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 269.

⁶⁹⁵ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 139 vd.

⁶⁹⁶ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 149 vd.

iradeye hâkim olur⁶⁹⁷. Zira aslında arka plandaki kimsenin cebir ve tehdit kullanarak aşması gereken bir irade söz konusu değildir. Diğer taraftan arka plandaki kimse iradenin oluşumunda etkisi olmamasına rağmen bu kişilerin durumundan faydalaniyorsa o zaman da esasen ön plandaki kimsenin yasak hatasından yararlanması söz konusudur⁶⁹⁸.

cc) Fonksiyonel Hâkimiyet

Fiil hâkimiyetinin üçüncü türü ise müşterek failliğin esasını açıklamak üzere oluşturulan fonksiyonel fiil hâkimiyetidir. Suç olayının merkezî figürü tetkikinde, bu hâkimiyet türü, hareket hâkimiyeti ile irade hâkimiyetinin dışında kalan bir faaliyet alanını temsil eder⁶⁹⁹. Hareket hâkimiyeti ve irade hâkimiyetine sahip olunmasa da bir suçun işlenmesine belirli şartlar dahilinde katılım, yine de faillik alanı dahilinde değerlendirilebilir. Teorinin gelişimi aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır⁷⁰⁰. Ancak burada şunu ifade edelim ki *Roxin* açısından fonksiyonel fiil hâkimiyetinden bahsedilebilmesi için ortakların karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle birlikte suç işleme kararına varmaları ve her bir ortağın bu karar kapsamında suçun başarıyla işlenmesi için gerekli, suçun icrasına etki eden bir katkıda bulunması gerekir⁷⁰¹.

(3) Fiil Hâkimiyetinin Geçerli Olamayacağı Suçlar

Roxin'in faillik teorisi uyarınca fiil hâkimiyeti kriteri tüm suç türlerinde geçerli değildir. Hâkimiyet suçlarının dışında kalan yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlarda faillik yani suç olayının merkezî figürü farklı bir esastan hareketle belirlenebilecektir. Belirtmek gerekir ki, hâkimiyet suçları, yükümlülük suçları ve bizzat işlenebilen suçlar ayrımı *Roxin*'in ortaya koyduğu bir ayrımdır⁷⁰².

Yükümlülük suçlarından maksat kanun koyucunun tipik haksızlığı belirli özel bir yükümlülüğün ihlaline bağlı kıldığı suçlardır. Yükümlülük suçlarında, hâkimiyet suçlarından farklı olarak tipik hareket, belirli bir dışsal davranış aracılığıyla değil, belirli bir yükümlülüğün ihlal edilmesi olarak tanımlanır⁷⁰³. Örneğin güveni kötüye kullanma suçunda

⁶⁹⁷ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 269.

⁶⁹⁸ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 269.

⁶⁹⁹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 312.

⁷⁰⁰ Bkz. aşağıda *İkinci Bölüm*, § 1, I, A. *Fonksiyonel Fiil Hâkimiyeti Görüşü*.

⁷⁰¹ Bkz. **Roxin**, *Versuch*, s. 519 vd.

⁷⁰² **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 13 vd.

⁷⁰³ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 14.

tipik davranış, başkasına ait bir malvarlığı üzerinde özen yükümlülüğüne aykırı davranmaktır. Bu açıdan yükümlülük suçlarında suçun merkezî figürü yani fail, suç tipine özgü özel bir yükümlülüğü herhangi bir şekilde ihlal ederek neticeye neden olan kimse olarak kabul edilecektir⁷⁰⁴. Diğer taraftan böyle bir yükümlülüğe sahip olmayan kimse, suçun işlenmesi bakımından ne derece önemli nitelikte bir davranışla suça katılmış olursa olsun yalnız şerik olarak kabul edilebilecektir⁷⁰⁵.

Fiil hâkimiyeti kriterinin geçerli olamayacağı diğer bir suç türü ise bizzat işlenebilen suçlardır. Bu suçlarda, suçun merkezî figürü yani faili yalnızca suç tipindeki davranışı bizzat kendisi gerçekleştiren kimse olabilecektir. Yazar bu hususta Alman Ceza Kanunu § 323a'da düzenlenen sarhoşluk suçunu örnek göstermektedir⁷⁰⁶. Bu suça göre kasten veya taksirle alkollü içecek veya bu nitelikte sair sarhoş edici bir maddeyle *kendisini* sarhoş eden kimsenin, bu durumdayken hukuka aykırı bir fiil işlemesi halinde, sarhoşluk nedeniyle kusur ehliyetine sahip olmadığına tespit edilmesi yahut kusur ehliyetine sahip olmadığına net bir şekilde belirlenememesi halinde bu kimse hapis veya para cezasıyla cezalandırılacaktır. İşte bu suç bağlamında sarhoş olmak fiilinin bizzat kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin, bir başkasının sarhoş edici nitelikteki maddenin bu özelliğini gizlemek suretiyle kişiye bu maddeyi sunması durumunda, artık bu maddeyi sunan kişinin sarhoşluk suçundan fail olduğundan bahsedilemeyecektir⁷⁰⁷.

2. Teorinin Güncel Faillik Öğretilerinde Temsili ve Değerlendirme

Fiil hâkimiyeti teorisini inceleyen birçok yazarın da işaret ettiği üzere faillik- şeriklik ayrımı noktasında fiil hâkimiyeti teorisi bugün için Alman ceza hukuku literatüründe hâkim görüş konumundadır⁷⁰⁸.

Teorinin hâkim görüş olmasında dönüm noktası ise *Roxin'in* teoriye ilişkin getirdiği açıklamalar olmuştur⁷⁰⁹. Öyle ki sübjektif teoriyi esas alan Alman Yüksek Mahkeme

⁷⁰⁴ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 14.

⁷⁰⁵ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 14.

⁷⁰⁶ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 15.

⁷⁰⁷ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 15.

⁷⁰⁸ **Haas, Volker** (2007) "*Kritik der Tatherrschaftslehre*" ZStW, C.119, S.3, ss. 519-546, s. 519; **Jescheck/Weigend**, s. 652; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 768; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 30; **Weisser**, *Täterschaft*, 36.

⁷⁰⁹ **Weisser**, *Täterschaft*, s. 37.

kararlarında dahi, fiil hâkimiyeti kriteri – ya da en azından fiil hâkimiyeti iradesi – de failliğin belirlenmesinde bir kıstas olarak kullanılmaya başlanmıştır. Yine *Roxin*'in konuya ilişkin eserinin telifinden sonra Alman Ceza Kanunu'nda suça iştirake ilişkin yapılan değişikliklerde de – açıkça fiil hâkimiyeti ifadesi kanunda zikredilmemiş olsa da – faillik, yazarın benimsemiş olduğu fiil hâkimiyetinin üç türüne uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Bu değişikliklerle dolaylı faillik ve müşterek failliğin yanı sıra doğrudan faillik de failliğin bir görünüm şekli olarak Kanun'da açıkça düzenleme alanı bulmuştur. Hatta *Roxin* de sonraki eserlerinde failliğin bu şekilde, üçlü ayrımı esas alarak düzenlenmesinin kendi fiil hâkimiyeti teorisine uygun olduğunu ifade etmiştir⁷¹⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki teori Alman hukukunda ortaya çıkmış ve zaman içerisinde yine orada geliştirilmiş olsa da teorinin etki alanı Alman hukukunun sınırlarını aşmıştır. Teori özellikle İspanya⁷¹¹ ve Latin Amerika ülkelerinin ceza hukuku literatürünü ve yargı kararlarını etkilemiştir⁷¹². Hatta Latin Amerika ülkelerinde, fiil hâkimiyeti teorisinin neredeyse tam bir ittifakla kabul edildiği de belirtilmektedir⁷¹³.

Teori, ulusal hukuklar dışında uluslararası ceza hukukuna⁷¹⁴ da etki etmiştir. Uluslararası ceza yargılamalarında, soykırım gibi uluslararası bir suçun işlenmesi halinde bu suça katkıda bulunanların fail olarak sorumluluğunun belirlenmesinde, Anglo-Sakson hukuku kaynaklı müşterek suç girişimi ("*Joint Criminal Enterprise*")⁷¹⁵ doktrininden Alman hukukundaki fiil hâkimiyeti teorisini esas alan müşterek faillik ve dolaylı faillik doktrinlerine bir yönelim

⁷¹⁰ Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 611.

⁷¹¹ Faillik- şeriklik ayrımından sırf objektif metodun kullanılmasından kaynaklanan zorlukları aşmak için İspanya literatüründe fiil hâkimiyeti teorisinin giderek daha fazla taraftar kazandığı ve bu durumun içtihatlarla da yansıdığı ifade edilmiştir. Bkz. **Stein**, *Regelungen*, s. 148. Öte yanda İspanyol Yüksek Yargı kararlarında da fiil hâkimiyeti teorisinin etkili olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 864, dn. 870.

⁷¹² Teorinin Latin Amerika ülkelerindeki durumu için bkz. **Abanto Vásquez, Manuel A.** (2011) "*Verdirbt die Organisationsherrschaft die Tatherrschaftslehre?*" Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin, New York, De Gruyter, ss. 819-835, s. 819 vd.

⁷¹³ **Abanto Vásquez**, s. 819, dn. 5.

⁷¹⁴ Uluslararası ceza hukuku kavramı için bkz. **Değirmenci, Olgun** (2013) "*Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku*" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.1, ss. 229-266, s. 232-235.

⁷¹⁵ Doktrinde kısaca JCE olarak anılan kuruma ilişkin geniş açıklama için bkz. **Önok, R. Murat** (2019) *Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Ankara, Seçkin, s. 143 vd.

olmuştur⁷¹⁶. Nitekim *ad-hoc* özellik arz eden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde⁷¹⁷ müşterek suç girişimi doktrini esas alınırken günümüzde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Alman ceza hukukundaki müşterek faillik ve dolaylı faillik sorumluluklarını esas aldığı ifade edilmektedir⁷¹⁸.

Nihayet, fiil hâkimiyeti teorisi Türk hukukunda da etkili olmuştur⁷¹⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun failliği düzenleyen 37. maddesinin gerekçesinde açıkça müşterek faillik ile dolaylı faillik bakımından "*hâkimiyet*" ifadesi kullanılmış ve iştirak şekillerinin fiilin işleniş üzerinde kurulan "*hâkimiyet*" esas alınarak belirleneceği ifade edilmiştir⁷²⁰. Gerekçede müşterek faillik bakımından "*suçun işleniş üzerinde ortak hâkimiyet*" kavramı esas alınmışken, dolaylı faillik bakımından ise "*arka plandaki kişi(nin), suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurma*"sından bahsedilmiştir. Gerekçeden farklı olarak Kanun metninde "*hâkimiyet*" ifadesine açıkça yer verilmemiştir. Hatta Kanun'da fiil hâkimiyetinin türlerinden biri olan harekete hâkimiyeti temsil eden doğrudan faillik de düzenleme alanı bulmamıştır⁷²¹. Ancak doktrinde, madde metninde failin suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirenler olacağının belirtilmesinden hareketle, faillik için bağlantı noktasının bir yandan suç tipini diğer yandan

⁷¹⁶ **Jain, Neha** (2011) "*The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law*" Chicago Journal of International Law, C.12, S.1, ss. 159-200, s. 162. Uluslararası Ceza Divanı'nın

⁷¹⁷ "*Savaş mağdurlarının korunması için 19. yüzyılın sonunda başlayan çabaların bir devamı olarak, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Sözleşmeye Ek 1977 tarihli Protokoller, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme gibi bazı önemli belgeler uluslararası hukuka kazandırılmıştır. Ancak bu sözleşmeler; daimi olarak işleyecek, bağımsız, geniş kabul görmüş bir cezalandırma yetkisine sahip, etkin bir yargılama organı olmadığı için caydırıcı olamamıştır. Bu durum Birleşmiş Milletleri (BM), 1990'ların başlarında Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan olaylar sonucunda, iki ad hoc mahkeme (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi/International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi/The International Criminal Tribunal for Rwanda) kurmaya zorlamıştır*". Bkz. **Yavuz, Hakan A.** (2017) "*Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme*" Ankara Barosu Dergisi, C.75, S.3, ss. 161-196, s. 167-168.

⁷¹⁸ **Jain**, s. 162. Faillik şeriklik ayrımında, *Roxin*'in fiil hâkimiyeti teorisinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde etkili olduğu kararlar için bkz. **Ambos, Kai** (2018) *Internationales Strafrecht*, 5. Auflage, München, C.H.Beck, s. 174, dn. 74. Örgütsel hakimiyete dayalı dolaylı faillik öğretisinin Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından benimsenmesine ilişkin olarak bkz. **Önok**, s. 522 vd.

⁷¹⁹ **Hakeri**, *Genel Hükümler*, s. 533; **Demirbaş**, s. 546; **Koca/Üzülmmez**, *Genel Hükümler*, s. 453; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *Genel Hükümler*, s. 535; **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 598; **Öztürk/Erdem**, kn. 717.

⁷²⁰ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

⁷²¹ Oysa failliği düzenleyen Alm. CK § 25'te dolaylı faillik ve müşterek failliğin yanı sıra doğrudan faillik de düzenleme alanı bulmuştur. Bu açıdan Alm. CK'nın fiil hâkimiyeti teorisine daha uygun bir düzenleme arz ettiği, üç hâkimiyet türünün de esasen Kanun'da ifadesini bulduğu söylenebilir. Kanun'da doğrudan faillik "*Suç bizzat kendisi ... işleyen kimse, fail olarak cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir.

bunun bizzat veya birlikte gerçekleştirilmesinin arandığı ve bu şekilde fiil hâkimiyeti teorisinin benimsendiği belirtilmiştir⁷²².

Kanuni düzenlenmenin yanı sıra literatürde de failliğin esasının belirlenmesinde fiil hâkimiyeti teorisi baskın görüş konumundadır⁷²³. Yine Yargıtay'ın da faillik bakımından fiil hâkimiyeti kıstasını açıkça zikretmek suretiyle kararlar verdiği görülmektedir⁷²⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda ortaya koyduğumuz şekliyle, failliğin belirlenmesi bakımından *Roxin'in* fiil hâkimiyeti teorisine ilişkin metodolojisi, fiil hâkimiyeti türleri ve bu türlerin kendi içerisindeki şartları bakımından doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Özellikle Alman hukukunda, yakın zamanlarda, suç olayı üzerindeki hâkimiyet fikrinden hareket etmekle birlikte, *Roxin'in* hâkimiyet suçlarındaki üç hâkimiyet türünü kabul etmeyen⁷²⁵ yahut bu hâkimiyet türlerini kabul etmekle birlikte her birinin şartlarını farklı şekillerde ele alan görüşler de mevcuttur⁷²⁶. Ancak yine de hâkimiyet teorisinden sonra ortaya çıkan ve bir şekilde bu teoriyle “hesaplaşan” görüşlerde dikkat çeken önemli bir eğilim söz konusudur. Bu eğilim, “aşırı sübjektif” teorisinin esaslarının eleştirilmesi ve bu teorilere dönüşü savunanların olmayışıdır⁷²⁷.

⁷²² Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 453.

⁷²³ Fiil hâkimiyeti teorisini savunan yazarlar için bkz. Evik, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 120; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 453; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 598.

⁷²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2.2.2010 tarihli ve E. 2009/1-239, K. 2010/14 sayılı kararında açıkça fiil hâkimiyeti teorisine atıf yapılmıştır: “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.” (<karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 22.12.2022).

⁷²⁵ Örneğin *Jakobs*, fiil hâkimiyetini şekli fiil hâkimiyeti ve maddî fiil hâkimiyeti olarak ikiye ayırır ve maddî fiil hâkimiyetini de karar hâkimiyeti ve biçim hâkimiyeti olarak ikiye ayırır. *Roxin'in* teorisinden farklı olarak bu hâkimiyet türleri suça katılan bir kimsede kümülatif olarak var olabilir. Bkz. *Jakobs*, *AT*, 21/35. Yine örneğin *M. Heinrich*, failliğin belirlenmesinde “karar taşıyıcılığı” (*Entscheidungsträgerschaft*) kavramından hareket etmekte ve dolaylı failliği “karar üstlenme” olarak belirlerken müşterek failliği “karar birliği” (*Entscheidungsverbund*) olarak kabul etmektedir. Bkz. *Heinrich, Manfred* (2002) *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, München, C.H.Beck, s. 183-185.

⁷²⁶ Örneğin *Luzon Peña ve Díaz y García Conlledo*, fonksiyonel fiil hâkimiyeti kavramına karşı çıkmakta ve tipik hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kimsenin ancak “negatif” bir fiil hâkimiyetine sahip olabileceğini dolayısıyla suça yalnız “pozitif” bir katkıda bulunan kimsenin müşterek fail olabileceğini savunmaktadır. Bkz. *Luzón Peña, Diego-Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel* (2001) “*Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*” Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, De Gruyter, ss. 575-608, s. 597.

⁷²⁷ *Roxin'in “Faillik ve Fiil Hâkimiyeti”*, eserinin 10. baskısında, teorisinin hâkim görüş haline gelmesinden sonraki dönem bakımından literatüründeki gelişmeleri irdelediği bölüm için bkz. *Roxin, Tatherrschaft* (10), s. 768 vd.

Klasik hâkimiyet teorisi olarak ifade edebileceğimiz *Roxin* 'in teorisinden sapan bu görüşler ikinci bölümde müşterek failliğin hukuki esasına ilişkin görüşlerde irdeleneceğinden bu başlıkta tekrara düşmemek açısından ayrıca ele alınmayacaktır.

Burada özetle şunu ifade etmek gerekir ki, fiil hâkimiyeti teorisinde benimsenen metodoloji bir tarafa, kanaatimizce teorinin yukarıda açıklandığı şekliyle bu derece etkili olmasındaki esas neden, failliğin ne yalnız suça katılanın iradesinden kaynaklanan şekilde subjektif kriterlerden hareketle açıklanması ne de yalnız doğrudan suç tipindeki davranışı gerçekleştirmek şeklinde objektif bir kriterin yeterli kabul edilmesidir.



İKİNCİ BÖLÜM

MÜŞTEREK FAİLLİĞİN

HUKUKİ ESASI, YAPISI VE ŞARTLARI

Fiil hâkimiyeti teorisinin gelişimiyle birlikte suça iştirak şekilleri ve özellikle failliğin görünüm biçimlerine ilişkin tartışmalar büyük ölçüde azalmıştır. Pek tabii ayrıntılarda farklılaşan görüşler de mevcuttur. Ancak yine de teori iştirak öğretisi bakımından milat olarak kabul edilebilir. Nitekim günümüzde suça iştiraki farklı esaslardan hareketle açıklama girişimlerinin öncelikle fiil hâkimiyeti teorisinin yetersizliği veya tutarsızlığını ortaya koydukları görülmektedir.

Biz bu bölümde öncelikle müşterek failliğin hukuki esasını *modern* olarak nitelendirebileceğimiz görüşlerle tartışarak açıklamayı hedeflemekteyiz. Modern görüşler müşterek faillik bakımından fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisini çürütmeye çalıştığından biz de öncelikle bu teoriyi geliştiren *Roxin'in* argümanlarını ortaya koyacağız. Ardından fonksiyonel fiil hâkimiyetini reddeden fakat yine de müşterek failliği hâkimiyet kavramından hareketle açıklayan görüşlere yer vereceğiz. Daha sonra müşterek failliği diğer iştirak şekilleriyle açıklayan görüşler ve yine bu iki kategoriye de dahil edemediğimiz münferit bazı görüşleri ortaya koyacağız.

Bu bölümde son olarak müşterek failliğin hukuki esasına ilişkin kanaatimizle birlikte bu sorumluluk şeklinin genel yapısının çerçevesi çizilecektir. Bu çerçevede, müşterek failliğin iki ana şartı olan birlikte suç işleme kararı ve suça objektif katkı, münferit tartışmalı hususlarla birlikte ayrıntılı olarak incelenecektir.

§ 1. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN HUKUKİ ESASINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Bu başlıkta müşterek failliğin hukuki esasına ilişkin fiil hâkimiyeti teorisinden sonra ortaya çıkan bazı görüşler ele alınacaktır. Burada özellikle, üzerinde büyük ölçüde ittifak edilmiş olan, müşterek failliği *birlikte suç işleme kararı şartı ile suçun icrasına objektif katkı şartının* fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisinden farklı şekillerde ele alan görüşlere ağırlık verilmiştir. Aşağıdaki görüşlerin büyük çoğunluğu fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisini eleştirmek suretiyle müşterek failliği farklı esaslardan hareketle açıklamaktadır. Bu sebeple biz öncelikle fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisinin oluşumunu ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

I. Müşterek Failliği Hâkimiyet Kavramından Hareketle Açıklayan Görüşler

A. Fonksiyonel Fiil Hâkimiyeti Görüşü

Müşterek failliğin hukuki esasına dair fonksiyonel fiil hâkimiyeti görüşü, *Roxin* tarafından geliştirilmiş ve bilahare pek çok yazar tarafından da kabul edilmiştir⁷²⁸. Suç olayının merkezî figürü tetkikinde, bu hâkimiyet türü, hareket hâkimiyeti ile irade hâkimiyetinin dışında kalan bir faaliyet alanını temsil eder. Hareket hâkimiyeti ve irade hâkimiyetine sahip olunmasa da bir suçun işlenmesine belirli şartlar dahilinde katılım, yine de faillik alanı dahilinde değerlendirilebilir. Bu bakımdan müşterek faillik, doğrudan ve dolaylı failliğin bir kombinasyonu, ya da diğer bir ifadeyle kısmi bir dolaylı faillik değildir. Müşterek faillikte, tüm suç olayına müşterek bir hâkimiyet söz konusudur⁷²⁹.

Roxin, müşterek faillikte suçun icra aşamasına katılım ile hazırlık aşamasına katılımın farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirterek müşterek hâkimiyetin imkânı ve yapısını icra aşaması kapsamında açıklamaktadır. Zira yazara göre hazırlık aşaması bakımından sorulması gereken soru ne tür katkıların müşterek faillik oluşturabileceği değil;

⁷²⁸ Bu yazarlar için bkz. **Bloy**, *Beteiligungssform*, s. 369; **Eser**, **Albin** (1980) *Strafrecht II*, 3. Auflage, München, C.H.Beck, s. 162; **Gropp/Sinn**, *AT*, § 10, kn. 38; **Jescheck/Weigend**, s. 653; **Kaspar, Johannes** (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, § 6, kn. 24; **Krey/Esser**, § 25, kn. 832; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 99; **Rudolphi**, s. 374; **Seelmann, Kurt** (1980) "*Mittäterschaft im Strafrecht*" JuS, ss. 571-574, s. 574; **Stratenwerth/Kuhlen**, *AT*, § 12, kn. 33; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 819. İspanyol iştirak öğretisi bakımından da fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisinin baskın görüş olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Luzón Peña/Díaz y García Conlledo**, s. 592.

⁷²⁹ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 108.

daha temelde, bu aşamadaki bir katkının, ne kadar önemli ve vazgeçilmez olursa olsun, müşterek faillik oluşturup oluşturamayacağıdır⁷³⁰.

Roxin, bu kapsamda hazırlık aşamasında yapılan bir katkıyla müşterek failliğin mümkün olmadığını kabul eder. Bu hususta iki temel argümanı vardır⁷³¹. Birincisi, ceza hukuku açısından önem arz eden bir olayın odak noktası, merkezi, suçun kanuni tanımında yer aldığı şekliyle fiildir. Dolayısıyla harekete dayalı olayın merkezî figürü, bu fiilin icrasına hiçbir şekilde dahil olmayan yalnız bu fiilden önce gelen koşulların oluşturulmasına yardım eden kimse olamaz. Tam aksine bu kimse, kaçınılmaz olarak, suç olayının periferisinde kalır. İkincisi, yalnız hazırlık sürecinde bir katkıda bulunan, suç olayının seyrine gerçek manada “hâkim” olamaz. Suçu icra eden, özgür ve bağımsız bir şekilde davrandığı sürece, hazırlık aşamasında kalan kimse, her zaman suçu doğrudan icra edenin kararına ve suçu şekillendirmesine bağlı kalır.

İcra aşamasında suça katılım ise katkının önemine göre farklı şekillerde tezahür edebilir. Örneğin, birisi mağdura öldürücü bıçak darbesini indirirken diğeri mağduru tutuyorsa ya da birisi evdeki eşyaları alırken diğeri ev sahibini silahla tehdit ediyorsa burada suça katkılar büyük bir önemi haizdir. Diğer yandan suça katkı, icraya eşlik eden fiziki bir yardım ya da tavsiye şeklinde daha önemsiz nitelikte de olabilir. *Roxin*, bu iki sınır arasında, ortak suç planı bakımından, çeşitli önem derecesine sahip, çok sayıda davranış biçimi olduğunu ifade eder⁷³². Suçun merkezî figürü açısından tetkik edilecek husus da bu gibi durumlarda suça katılanın fiil hâkimiyetinden bahsedilip edilemeyeceği ve eğer böyle bir imkân varsa bunun için gerekli şartların neler olduğu ve bunların ne şekilde gerekçelendirileceğidir.

Roxin’e göre burada failliğin tespiti açısından referans noktası kanunda açıkça düzenleme alanı bulmuş olan müşterek faillik figürü olabilir⁷³³. Dolayısıyla ele alınması gereken ilk soru müşterek failliğin fiil hâkimiyeti kriteriyle temellendirilip temellendirilemeyeceğidir.

⁷³⁰ *Roxin*, *Tatherrschaft* (10), s. 326.

⁷³¹ *Roxin*, *LK*, § 25, kn. 127; *Roxin*, *AT-II*, § 25, kn. 198; *Roxin*, *Tatherrschaft* (10), s. 328-329.

⁷³² *Roxin*, *Tatherrschaft* (10), s. 307.

⁷³³ *Roxin*, *Tatherrschaft* (10), s. 307. Eserin ilk baskısının telifi sırasında, yazar, yürürlükte olan Alm. CK. § 47’de müşterek failliğin düzenleme alanı bulunduğunu ifade etmektedir. Hükme göre, cezalandırılabilir hareketi birlikte icra edenler fail olarak cezalandırılır. (“Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.”)

Bu açıdan öncelikle müşterek faillerin kısmi bir hâkimiyeti⁷³⁴ mi yoksa tüm suç olayına müşterek bir hâkimiyeti mi olduğu tartışılır. Yazar müşterek faillikte suç olayına kısmi bir hâkimiyetten bahsedilemeyeceğini üç argüman üzerine temellendirir.

Birincisi, kişinin suçun bir kısmı üzerinde hâkim olabileceği anlayışından hareket edildiğinde, müşterek faillik yine de fiil hâkimiyeti teorisi çerçevesinde açıklanmak isteniyorsa bu durumda kısmi dolaylı faillik ("*teilweise mittelbare Täterschaft*") anlayışı savunulabilir⁷³⁵. Yani müşterek failler, kendi davranışları bakımından doğrudan fail iken, diğerinin davranışları bakımından dolaylı fail olarak kabul edilecektir. Ancak yazara göre bu bakış açısı kabul edilemez. Örneğin, banka soygunu olayında, çalışanları silahla tehdit edenin hareket hâkimiyeti yoktur; zira paraları çantaya dolduran kendisi değildir ve bu kişinin irade hâkimiyeti de yoktur zira paraları çantaya doldurmak suretiyle tipik hareketi gerçekleştiren ortağı, özgür ve bilinçli bir şekilde hareket etmektedir.

İkincisi, kısmi hâkimiyet görüşünden hareket edildiğinde, tipik hareketlerden bir kısmını gerçekleştirenin, örneğin yağma suçunda cebir hareketini gerçekleştirenin, müşterek fail olduğu kabul edilebilir⁷³⁶. Ancak bu durumda faillik belirlenmesinde yeterli bir açıklama sağlamayan şekli objektif teoriye dönülmüş olacaktır.

Üçüncüsü, suça katılanların kendi kısmi hâkimiyetlerinin, kanundaki müşterek faillik düzenlemesi temelinde tüm suç üzerinde hâkimiyet sağladığı savunulabilir⁷³⁷. Yani kanuni düzenlemenin fiil hâkimiyeti açısından bir istisna sağladığı ifade edilebilir. Ancak *Roxin*’e göre, bir kimsenin kendi sorumluluğu kapsamında yaptıklarından bir başkasının fail olarak cezalandırılması, kusur ilkesiyle bağdaştırılamaz bir varsayıma neden olacaktır. Öte yandan

⁷³⁴ Müşterek faillerin tüm suç olayına hâkim olmayacağını, ortakların ancak kendi katkıları üzerinde hâkimiyetten bahsedilebileceğini savunan görüş için bkz. **Cramer, Peter** (1979) "*Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*" Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, C.H.Beck, ss. 389-403, s. 402.

⁷³⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 308. Müşterek failliğin hukuki esasını karşılıklı dolaylı faillik olarak kabul eden yazarlar için bkz. **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 534 vd; **Kohlrausch-Lange**, s. 163, 174; **Sax, Walter** (1957) "*Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission*" ZStW, C.69, S.3, ss. 412-440, s. 434.

⁷³⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 308.

⁷³⁷ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 308. Failliği özerklik prensibiyle ("*Autonomieprinzip*") açıklayan **Renzikowski**, müşterek faillikte davranışların karşılıklı isnadiyetinin ancak kanundaki ilgili hükümden kaynaklanabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 100-104. Bu görüşün incelendiği başlık için bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, § 1, I, D. Özerklik İlkesi (Autonomieprinzip) Temelinde Kanunî İstisna Görüşü*.

böyle bir kabul, fiil hâkimiyeti ilkesiyle de bağdaştırılamazdır. Zira fiil hâkimiyeti ilkesi kapsamında fail, tüm suç olayı üzerinde hâkim olmalıdır. Çünkü esasen yardım eden de bir hâkimiyete sahip olmasına rağmen, onun hâkimiyeti tüm suç olayı üzerinde değil, yalnız suça kendi katkısı üzerindedir.

Sonuç olarak, *Roxin*, müşterek failliğin fiil hâkimiyeti kapsamında bu üç şekilde temellendirilemeyeceğini belirtir. Zira, müşterek faillik şekli objektif teorinin alanıyla sınırlandırılmıyor ve bir yandan failin tüm suç olayına hâkimiyetini gerektirirken diğer yandan suça katılanların birbirleri üzerinde irade hâkimiyetine sahip olmalarını dışlıyorsa, yukarıdaki üç girişimin fiil hâkimiyeti teorisiyle uzlaştırılması mümkün değildir⁷³⁸.

İşte, *Roxin* açısından müşterek failliğin fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında açıklanması da bu üç gerekliliğin ortaya çıkardığı üçüncü bir fiil hâkimiyeti şekliyle mümkündür⁷³⁹. Birincisi, müşterek faillik tipik fiilin icrasıyla sınırlandırılmaz; ikincisi, müşterek faillerin her biri tüm suç olayına hâkim olmak zorundadır; üçüncüsü müşterek failler birbirleri üzerinde irade hâkimiyetine sahip olamaz. Müşterek faillğe özgü olan şey, suça katılanların her birinin diğeriyle iş birliği içinde tüm suça hâkim olmasıdır. Dolayısıyla, müşterek fail, tüm fiilin hâkimiyetine yalnız kendisi için sahip değildir ve aynı zamanda müşterek failin kısmi bir fiil hâkimiyeti de söz konusu değildir. Tüm fiil hâkimiyetine birden fazla kimse sahiptir; öyle ki bunlar ancak birlikte hareket ederek tüm suç olayının akıbetini ellerinde bulundurlar. Bundan hareketle, müşterek faillik ne dolaylı failliğin ne de müstakil failliğin özel bir görünüş biçimidir⁷⁴⁰. Müşterek faillikte her ortak bütün suçta birlikte faildir⁷⁴¹.

Teorik açıdan üçüncü bir hâkimiyet olması gerektiği belirtilen bu müşterek hâkimiyetin, pratikte nasıl tetkik edileceği teorinin ikinci adımını oluşturur⁷⁴². Birinci bölümde izah edilen metodolojisine uygun olarak *Roxin*, bu belirlemede müşterek failliği karakterize eden durumlarda iş birliğinin yapısına bakarak bir çözüme ulaşır. Bu bağlamda; suça katılanın, hareket hâkimiyeti veya irade hâkimiyetine sahip olmaksızın “davranış esaslı olayın

⁷³⁸ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 309.

⁷³⁹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 309.

⁷⁴⁰ Fiil hâkimiyeti teorisinin kurucularından biri olan *Welzel* de aynı görüşe iştirak etmektedir. Bkz. **Welzel, Hans** (1969) *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 107.

⁷⁴¹ **Roxin, Claus** (1979) “*Die Mittäterschaft im Strafrecht*” JA, ss. 519-526, s. 522; **Roxin, LK**, § 25, kn. 110.

⁷⁴² **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 310.

merkezî figürü” ilkesine mümkün olduğunca uygun örneklerden yola çıkılması gerekir⁷⁴³. Örneğin; banka soygununda çalışanları silahla tehdit eden kimse veya öldürülecek olan mağduru kontrol altında tutan kimse, suç olayında merkezî bir figürdür. Ancak ikisi de ne müstakil fail ne de dolaylı faildir. Bu örneklerle bakıldığında, hiçbir katılanın suçu tek başına işleyemeyeceği ortaya çıkar. Banka çalışanlarını tehdit etmek ya da mağduru tutmak planlanan neticeyi ortaya çıkarmaz. Diğer yandan banka çalışanları tehdit edilmezse, paraları çantaya dolduran yakalanacak; mağdur tutulmazsa, onu bıçaklayacak olan kaçmak veya kendini savunmak durumunda kalacaktır. Dolayısıyla bu olaylarda suça katılanların her ikisi bakımından da aynı durum geçerlidir. Planladıkları suç ancak birlikte hareket etmeleri durumunda gerçekleştirilebilir. Birinin suça olan katkısını geri çekmesi planı başarısızlığa uğratabilir⁷⁴⁴. Böylece, *Roxin*’e göre müşterek hâkimiyetin yapısı ortaya çıkar. Her bir katılımcı suçun işlenmesinde “kilit konuma” (“*Schlüsselstellung*”) sahiptir. Bu yaklaşım göz önüne alındığında, bir müşterek failin neden yalnız kendi davranışlarıyla gerçekleştirdiği kısımdan fazlasına hâkim olduğu ve buna rağmen, neden tüm suç olayını ancak diğeriyle birlikte yönlendirebildiği anlaşılabılır.

Bu şekilde, suça katılanın müşterek hâkimiyeti, zorunlu olarak genel suç planı çerçevesindeki işlevinden kaynaklandığından, *Roxin*, müşterek failliğin esası bakımından “*fonksiyonel fiil hâkimiyeti*” kavramını kullanır. Bu hâkimiyet, ne suça katılan diğer kimsenin iradesini gerçekleştirmekten ne onun suç işlemeye yönelik istekliliğini ve enerjisini arttırmaktan ne de suça katılanın olayın seyri bakımından sübjektif tutumundan kaynaklanır⁷⁴⁵.

Buna göre, fonksiyonel fiil hâkimiyeti bakımından öncelikle, amaçlanan neticenin gerçekleşmesi için icra aşamasındaki katkısı vazgeçilmez bir koşul oluşturanların her birinin müşterek fail olduğu ifade edilir⁷⁴⁶. Diğer taraftan, yapılan katkının suç planı dahilinde bağımsız bir fonksiyonu yoksa, hiçbir şekilde müşterek faillik söz konusu olmayacaktır. Örneğin, belgede sahtecilik suçunu işleyecek kimseye mürekkep verilmesi fonksiyonel

⁷⁴³ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 310-311.

⁷⁴⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 311.

⁷⁴⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 312.

⁷⁴⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 313.

hâkimiyet için yeterli değildir⁷⁴⁷. Çünkü bu; suç olayının seyri bakımından tesadüfi, plansız, önemsiz bir katkıdır. Bu kişi katkısını geri çekse de suç, amaçlanan seyrinde ilerleyecektir.

Ancak, belirli faaliyetlerin her olayda her zaman müşterek faillik oluşturacağı şeklinde bir genelleştirmeye de varılamaz. *Roxin*, bu bağlamda, gözcülük faaliyetini ele alır⁷⁴⁸. Gözcülük faaliyeti bir olay kapsamında müşterek faillik olarak kabul edilebilecekken, başka bir olayda kabul edilmeyebilir. Eğer suçun icrası, gözcülük şeklinde bir vazifeyi gerektiriyor, yani bu vazife, iş bölümü çerçevesinde bağımsız bir işlev arz ediyorsa, gözcü müşterek faildir. Ancak, örneğin, çeteye yeni katılmış birinin sırf meslek pratiğini öğrenmesi açısından önemsiz bir yerde nöbette bırakılması durumunda, artık müşterek faillik söz konusu olmayacaktır. Zira bu örnekte diğerleri, gözcü olmaksızın da suçu işleyebileceklerdir. Diğer taraftan ciddi tehlike arz eden bir yerde gözcülükle vazifeli kimse bulunmadığında diğerleri suçun icrasına cesaret edemeyeceklerdir. Dolayısıyla gözcülük faaliyetinin müşterek faillik arz edip etmediği tamamen somut olayın şartlarına bağlıdır ve hâkimin değerlendirilmesini gerektirir.

Böylece teorinin üçüncü adımına geçilmiş olur: *fonksiyonel fiil hâkimiyeti* kavramının niteliği. Yukarıda açıklandığı üzere *Roxin*’e göre doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik, failliğin farklı oluşum biçimleridir ve farklı ampirik temellere dayanır⁷⁴⁹. Dolayısıyla, genel olarak, failliğin açıklanmasında sabit, tüm oluşum biçimlerinin kendisinden türetilebileceği bir üst kavramdan hareket edilemez. Faillik ancak, suç olayındaki merkezî figür ilkesi ışığında hukuki meselenin tetkikiyle ortaya çıkacak esaslardan hareketle belirlenebilecektir. Yukarıda böyle bir metotla müşterek faillik açısından fonksiyonel fiil hâkimiyeti kavramına erişilmiştir. Ancak bu kavram da sonuç olarak, sabit ve müşterek failliğin kendisinden türetilebileceği bir üst kavram değil, yine hukuki meselenin tetkikinde kullanılacak bir ilkedir. Nitekim, yukarıda gözcülük faaliyeti örneğinde görüldüğü gibi, çözümün soyut olarak belirlenemeyeceği durumlar vardır. Burada hâkim somut olayda fonksiyonel fiil hâkimiyeti ilkesinden yola çıkarak bir karara varmalıdır.

⁷⁴⁷ **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 523; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 131; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 211; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 313.

⁷⁴⁸ **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 523; **Roxin**, *LK*, § 27, kn. 8; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 211; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 315.

⁷⁴⁹ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm*, § 5, III, C, 1, a) *Metodolojisi*.

Öyleyse somut olayın şartlarının değerlendirilmesine imkân veren, sabit olmayan, açık bir kavramdan (“*offene Begriff*”) hareket edilmesi gerekir. Bu açıdan yazara göre, bir kimse suçun icrasında “esaslı” (“*wesentlich*”) bir işlevi yerine getirmiş ise müşterek fail olduğu söylenebilir⁷⁵⁰. Burada “esaslı” kavramı tek başına somut bir içeriğe sahip değil, “düzenleyici bir ilkedir”. Kavramın amacı, fonksiyonel fiil hâkimiyeti yol gösterici ilkesinin yardımıyla, hâkimin somut vakanın özelliklerine uygun bir çözüm bulmasını sağlamaktır.

Dolayısıyla, fonksiyonel fiil hâkimiyeti, müşterek failin suça katkısı olmadığında neticenin kesinlikle gerçekleşmeyeceği şeklinde genel, *ex-post* bir perspektiften anlaşılmamalıdır⁷⁵¹. Örneğin, diğerinin mağduru öldürebilmesi için mağduru tutan kişinin bundan vazgeçmesi durumunda, neticenin yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tam olarak bilinemez. Ancak bu durumda tamamen farklı bir fiil meydana geleceği bilinebilir. Yine de bu farklı fiilin ne şekilde olacağı da genelleştirilemez. Diğer taraftan bir katılımcının başarısızlığının diğerlerinin davranışlarını nasıl etkileyeceğine dair geriye dönük psikolojik bir değerlendirmenin, örneğin diğerlerinin, suçu, bir gözcü bulunmaksızın gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceklerinin, fonksiyonel fiil hâkimiyeti bakımından yalnız sınırlı bir değeri vardır. Zira bu tür yorumlar her zaman varsayıma dayanır⁷⁵². Burada önemli olan psikolojik belirlemeler değil, bir işlevin objektif önemini ortaya koymaktır.

Sonuç olarak, *Roxin* için müşterek faillik suç tipinin iş bölümüne dayalı şekilde birlikte icrasıdır. Müşterek faillerin suça hâkimiyeti suçun icrasındaki fonksiyonundan kaynaklanır. Müşterek failler, suç planının gerçekleşmesi için “*esaslı*” bir görev üstlenir ve bu göreviyle tüm suç olayına hâkim olur. Suçun icrasına esaslı katkı ise olay sonrasında ve bir varsayımdan hareketle değil; suç planı kapsamında *ex-ante* bir bakış açısıyla tespit edilir.

B. Kısmi Hâkimiyet Temelinde Sübjektif Kriter Görüşü

Bu başlıkta müşterek fail sorumluluğunun belirlenmesinde sübjektif teoriye dönüşü savunan *Cramer*’in görüşlerine yer verilecektir. Yazarın görüşünün burada ayrıca zikredilmesinin nedeni, dolaylı faillikte fiil hâkimiyetini kriterini esas almaktayken müşterek failliğin belirlenmesinde bu kriterin yeterli olmadığını savunmasıdır.

⁷⁵⁰ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 317.

⁷⁵¹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 316.

⁷⁵² **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 316.

Yazara göre, dolaylı faillikte, fiil hâkimiyeti ve fiili elde bulundurma bilinci, faillik ve şeriklik ayrımında yegâne kriterdir⁷⁵³. Oysa suçun iş bölümüne dayalı şekilde müşterek fail olarak işlenmesinde fiil hâkimiyeti kriteri tek başına yeterli bir kıstas değildir. Zira müşterek faillikte suç ortakları yalnız kendi katkılarını elde bulundurmak suretiyle bir hâkimiyete sahip iken diğerlerinin katkıları üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir⁷⁵⁴.

Yazar öncelikle her bir suça katkının, diğerininkinden bağımsız bir şekilde suç tipinin tüm unsurlarını gerçekleştirdiği bir durumda, harekete hâkimiyet suretiyle müşterek failliğin söz konusu olacağını ifade eder⁷⁵⁵. Öte yandan böyle bir durumda fail sorumluluğunun teşkili için müşterek faillik şeklinde bir figüre de ihtiyaç olmadığını, zira her bir katılanın esasen müstakil bir faile kıyasla başka herhangi bir gereklilik olmadan fail olduğunu belirtir⁷⁵⁶. Müşterek faillikte tetkik edilmesi gereken, ortakların katkılarının tek başına tipiklik arz etmediği durumdur.

Ancak yazar müşterek failliğin bu şekilde, suça katılanların yalnız kendi katkıları üzerinde bir hâkimiyete sahip olması nedeniyle suçun doğrudan bizzat işlenmesi teşkil etmeyen davranışlarda fiil hâkimiyetinin güvenilir bir kıstas teşkil etmediğini, sübjektif unsurların bu ayrıma dahil edilmesi gerektiğini belirtir⁷⁵⁷. Zira suça katılanlar yalnız kendi katkıları üzerinde hâkimiyete sahipse, suç olayının tamamı üzerindeki hâkimiyette yalnız objektif kriterlerden hareket edilemez⁷⁵⁸.

Cramer, sorunun çözümünde yalnız sübjektif unsurların esas alınması gerektiğini iki örnek olay bağlamında ifade eder. Birincisinde, bir başkasının mağduru bıçaklamak suretiyle öldürebilmesi için mağduru kontrol altında tutan kişinin her durumda fail olarak kabulünün mümkün olmadığını ifade eder⁷⁵⁹. Bu kişinin kasten öldürme suçu bakımından kısmi eylemi, onun içsel tutumu nedeniyle mağduru bıçaklayan kişinin faaliyetine kıyasla ikincil bir önemi haizse, müşterek faillik değil, yardım etme söz konusu olacaktır. Ancak içsel tutumu onu eşit derecede bir ortak rolünde gösteriyorsa bu halde faillik söz konusu olacaktır. İkinci

⁷⁵³ **Cramer**, s. 400.

⁷⁵⁴ **Cramer**, s. 401.

⁷⁵⁵ **Cramer**, s. 401.

⁷⁵⁶ **Cramer**, s. 401.

⁷⁵⁷ **Cramer**, s. 402.

⁷⁵⁸ **Cramer**, s. 402.

⁷⁵⁹ **Cramer**, s. 401.

örnekte ise, bir suç çetesine liderlik eden kimsenin suçun işlenmesi sırasında olay yerinde bulunmaması ve dolayısıyla yalnız hazırlık aşamasındaki katkıyla müşterek failliğinin mümkün olduğunu kabul eder⁷⁶⁰. Bu iki örnekle de suçun iş bölümüne dayalı olarak işlenmesi durumunda faillik ve şeriklik arasındaki sınırın sübjektif faktörlerin hesaba katılması suretiyle belirlenebileceğini ifade eder⁷⁶¹.

Cramer'in bu görüşü müşterek failliğin belirlenmesinde sınırları bu derece geniş bir sübjektif kriteri esas alması dolayısıyla eleştirilmiştir⁷⁶². Suça katılanın içsel tutumu yalnız rol dağılımı ve bu rollerin icrasını içeren birlikte suç işleme kararında kendini gösterdiği ölçüde önemli olmalıdır⁷⁶³. Öte yandan yazarın müşterek faillerin yalnız kısmi hâkimiyeti olduğuna ilişkin görüşü, müşterek faillik şeklinde işlenen tüm suç olayında, bireysel katkıların basitçe toplandığı varsayımına dayanır⁷⁶⁴. Ancak müşterek faillikte görev dağılımı, birlikte suç işleme kararına dayandığından, suça katılan her bir kısım, birleşik kolektif bir çabaya dahil edilir. Böylece birey suça kendi katkısı üzerindeki hâkimiyeti aracılığıyla ortak eser üzerindeki hâkimiyette bir pay alır. Tüm olay üzerinde yer alan hâkimiyetteki bu pay ne kısmi ne de tam bir hâkimiyettir. Bu hâkimiyet müşterek faillerin birbirine entegre olan müşterek hâkimiyetidir⁷⁶⁵. Daha sonra suç olayındaki tüm hâkimiyet müşterek faillerin bu şekilde bir birlikteliğiyle mümkün olur. Müşterek failliği temellendirebilecek *fonksiyonel fiil hâkimiyeti* teriminin tam olarak anlamı da budur. Özetle müşterek fail yalnız kendi suça katkısına hâkim olmakla kalmaz, kendi bölümüne hâkimiyeti aracılığıyla tüm suçun müşterek hâkimi olur⁷⁶⁶.

C. Karar Birliği (*Entscheidungsverbund*) Görüşü

Roxin'in öğrencisi olan *Manfred Heinrich*, suç olayında merkezî figür anlayışını esas almakla birlikte gerek genel faillik görüşü gerek müşterek faillik bakımından fiil hâkimiyeti

⁷⁶⁰ **Cramer**, s. 403.

⁷⁶¹ **Cramer**, s. 403.

⁷⁶² **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 370.

⁷⁶³ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 371.

⁷⁶⁴ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 371.

⁷⁶⁵ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 371; **Gallas, Wilhelm** (1968) *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, De Gruyter, s. 103; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 319; **Rudolphi**, s. 373; **Welzel**, *Studien*, s. 549.

⁷⁶⁶ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 188, 245.

teorisini takip etmemiş suç olayında merkezî figürü “*karar sahipliği*” (*Entscheidungsträgerschaft*) kavramından hareketle açıklamıştır.

Yazara göre bir suçun işlenmesinden maksat hukuki değere erişimdir (*Rechtsgutszugriff*)⁷⁶⁷. Hukuki değere erişim ise suçun dayanağı olan davranış normunun (örneğin, öldürmemelisin) uyarısının bilinçli bir şekilde göz ardı edilmesidir. Dolayısıyla faillik için kişinin ceza normunun muhatabı olması ve tipikliğe yönelik karar verici konumunda bulunması gerekir. İşte failliğin şeriklikten farkı da tipikliğe yönelik bu kararın doğrudan uygulanmasına dayanır. Buna göre doğrudan fail suç tipini bizzat gerçekleştiren kimsedir. Zira hukuki değeri ihlal eden olay doğrudan onun kararına dayanmaktadır. Bu açıdan doğrudan faillik “asıl karar sahipliğidir” (*originäre Entscheidungsträgerschaft*)⁷⁶⁸. Yazar, dolaylı faillik ve müşterek failliği ise bu kavramdan türeterek elde eder. Dolaylı failliği “karar üstlenme” (*Entscheidungsübernahme*)⁷⁶⁹ kavramıyla açıklarken müşterek failliği, “karar birliği” (*Entscheidungsverbund*)⁷⁷⁰ kavramıyla açıklar.

Teorisi kapsamında *M. Heinrich*, müşterek faillik açısından suça esaslı bir katkıda bulunmayı gerekli görmez. Yazara göre, müşterek faillerin her biri karar birliği yoluyla farazi bir genel kişi oluşturur ve her biri bu birliğe mensup olduğu sürece müşterek fail olarak kabul edilir⁷⁷¹. Bu farazi kişinin oluşumu, müşterek faillerin suçun işlenmesine bireysel katkısına bağlı olmasa da müşterek faillerin her birinin en azından suç mahallinde bulunmaları gerekir⁷⁷². Zira suç mahallinde bulunulmaması durumunda bu karar birliği feshedilmiş olacak ve bu birliğin etkinliğinden bahsedilemeyecektir. Örneğin suçun doğrudan icrası için gerekli yeteneğe sahip olmayan ya da yazarın ifadesiyle “ellerini kirletmek istemeyen kişi suçun icrasını izlemek suretiyle” bu birliğe dahil olarak müşterek fail olabilecektir⁷⁷³.

⁷⁶⁷ “*Rechtsgutszugriff*” kavramı hukuki değere saldırı (“*Rechtsgutsangriff*”) kavramını çağırırsa da yazarın kullanımında bu kavram kısmi farklılıklara sahiptir. Temel olarak yazarın, kanunî sınırın aşılması anlamını da içermesi için bu kavramı kullandığı söylenebilir. Bkz. **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 125-126.

⁷⁶⁸ **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 199.

⁷⁶⁹ **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 202.

⁷⁷⁰ **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 285.

⁷⁷¹ **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 287.

⁷⁷² **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 291.

⁷⁷³ **Heinrich**, *Rechtsgutszugriff*, s. 289.

Bu görüş, müşterek faillerin suçun işlenmesindeki dış katkıya yeterince önem vermemesi nedeniyle eleştirilmiştir⁷⁷⁴. Yazarın karar birliği olarak ifade ettiği şey esasında fiil hâkimiyeti teorisindeki birlikte suç işleme kararından başka bir şey değildir⁷⁷⁵. Karar birliği için aranan müşterek failin suç mahallinde bulunması kıstasının ise kanuni anlamda suçun birlikte işlenmesi olarak kabulü mümkün değildir⁷⁷⁶. Ayrıca suç mahallinde bulunma kıstasının neden bir zorunluluk olduğunun teori kapsamında yeterince açık olmadığı ve müşterek faillik ile yardım etme arasındaki farkın suçun icrasının “izlenip izlenmemesine” bağlı olmasının da uygun bir açıklama olmadığı ifade edilmiştir⁷⁷⁷.

D. Özerklik İlkesi (*Autonomieprinzip*) Temelinde Kanunî İstisna Görüşü

Renzikowski, fiil hâkimiyeti kavramının içeriğini özerklik ilkesiyle (“*Autonomieprinzip*”) belirlemek ister⁷⁷⁸. Fiil hâkimiyeti teorisini, fiilin yeterince tanımlanmaması ve tek tip bir öncülden yola çıkılmaması nedeniyle eleştirmiş ve bu eksiliğin özerklik prensibiyle aşılabileceğini ifade etmiştir⁷⁷⁹.

Yazar, failliğin belirlenmesinde, özgürlük ve kişisel sorumluluğa dayalı bir insan tasavvurundan hareket etmektedir⁷⁸⁰. Bu temel ilke, her bireye, dışarıdan gelecek saldırılara karşı korunan, hukuki olarak güvence altına alınmış bir özgürlük alanı tanır. Diğer taraftan, toplumdaki hukuki değerlerin karşılıklı olarak korunmasından, bireyin güvence altına alınan özgürlüğünü ve hukuki menfaatlerini kullanmasının sonuçlarından sorumlu olduğu sonucu da çıkar⁷⁸¹. Dolayısıyla birey özerk⁷⁸², yani özgürce karar vermek suretiyle hareket edebilecek yetiye sahip olandır. Ancak bu aynı zamanda kişinin davranışlarını hukuki standartlara uygun hale getirmesi gerektiğini, yani davranış normlarına uygun davranması

⁷⁷⁴ **Noltenius, Bettina** (2021) "*Mittäterschaft*" (Ed. Hilgendorf, Eric/ Kudlich, Hans/ Valerius, Brian) 3.Cilt, 1, Heidelberg, C.F. Müller, § 51, kn. 35; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 117; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 161.

⁷⁷⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 862.

⁷⁷⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 862.

⁷⁷⁷ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 264.

⁷⁷⁸ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 77.

⁷⁷⁹ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 34, 74.

⁷⁸⁰ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 67 vd.

⁷⁸¹ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 68.

⁷⁸² Buradaki özerklik fikrinin felsefedeki özerklik kavramından farklı olarak hukuki bir ilke olduğu ve esasen “özgür, zorlanmamış ve aldatılmamış bir karar” aracılığıyla başkalarının cezai sorumluluğunun dışlanmasına işaret ettiğine ilişkin bkz. **Marlie**, *Unrecht*, s. 184, dn. 968; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 53.

gerektiğini, bunlara uymadığı takdirde sorumluluğunun söz konusu olacağını gösterir. Dolayısıyla, insan, temel olarak yalnızca kendi haksız davranışından sorumludur⁷⁸³. Bu bağlamda neticeye doğrudan yansıyan bir riski özerk ve nihai olarak kim yarattıysa, daha öncesinde bir sebep oluşturan tüm kişiler fail sorumluluğunun dışında kalır ve bu kişi tek başına fail olur⁷⁸⁴. Şeriklerin sorumluluğu ise failin muhatap olduğu davranış normunun temelinde bulunan hukuki değere yönelik tehlikenin artırılmış olmasından kaynaklanır⁷⁸⁵.

İnsanın davranışlarında özerk olması, başkalarının davranışlarından değil yalnız kendi davranışlarından sorumlu olmasını, yani bir rücu yasağını (“*Regreßverbot*”) gerektirir⁷⁸⁶. Dolayısıyla suça katılanların davranışlarının karşılıklı olarak isnat edildiği müşterek failliğin, özerklik ilkesi ile açıklanması mümkün olmadığından, müşterek faillik açısından rücu yasağının ve özerklik ilkesinin tadil edilmesi gerekir⁷⁸⁷. Örneğin, A bir kadını yaralayarak çantasını B’nin almasına izin vermeye zorlarsa, burada her ikisi de müşterek faildir. Yine C mağduru, D’nin ona vurması için kontrol altında tutarsa her ikisi de müşterek fail olarak sorumludur. Oysa bu iki örnekte de neticeye doğrudan yansıyan riski nihai olarak gerçekleştiren, yani özerk olarak davrananlar B ve D’dir. Bu bağlamda neticenin A ve C’ye isnat edilmesi özerklik ilkesinden kaynaklanmaz. Zira netice açısından A ve C’nin davranışları nedensel olsa dahi B ve D’nin özerk davranışları A ve C’nin sorumluluğunu dışlar. İşte bu tür durumlarda kanunun müşterek faillğe ilişkin düzenlemesi (Alm. CK. § 25 II) rücu yasağının istisnasını temsil eder ve özerklik ilkesinin genişletilmesini gerektirir⁷⁸⁸.

Yazara göre özel bir isnadiyet kuralı olarak müşterek failliğin kanuni tanımı şu tasarıma dayanır: Öncelikle, isnadiyet süjesi, suça bireysel olarak katkıda bulunan kimse değildir. Bilakis, kanun birden fazla kimseyi belirli koşullar altında bir topluluk (“*Personengemeinschaft*”) olarak kabul eder⁷⁸⁹. Bu topluluğun kolektif olarak ortaya çıkardığı eser de bir bütün olarak topluluğa isnat edilir. Topluluğa katılanlar, yalnız kendi katkısından değil, kolektif eserden sorumludur.

⁷⁸³ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 69.

⁷⁸⁴ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 151.

⁷⁸⁵ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 151.

⁷⁸⁶ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 73.

⁷⁸⁷ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 100.

⁷⁸⁸ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 100.

⁷⁸⁹ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 101.

Yazar, müşterek failliğin şartları bakımından ise büyük ölçüde *Roxin'in* fonksiyonel fiil hâkimiyetine yaklaşır. Buna göre öncelikle müşterek faillik için ortak suç planının mevcudiyeti gerekir. Zira açıklanan topluluğun, kolektif kişiliğin oluşumu her şeyden önce ortak suç planını gerekli kılar. İkinci olarak ortak suç planının her bir müşterek failin katkısı ile harekete geçirilmiş olması gerekir⁷⁹⁰. Ayrıca faillik için neticeye doğrudan yansıyan riskin özerk ve nihai olarak yaratılması gerektiğinden müşterek faillerin katkılarının suçun hazırlık aşamasında değil icra aşamasında ortaya çıkması gerekir⁷⁹¹. Ancak icra aşamasındaki katkının ağırlığı bakımından, fonksiyonel fiil hâkimiyeti yaklaşımının dayandığı, katkı yapılmasaydı suçun başarıyla işlenmesinin mümkün olmayacağı görüşünün belirsiz olduğunu savunur⁷⁹². Müşterek failer bir topluluk olarak, ortaya çıkan eserden kolektif olarak sorumlu olduğundan icra aşamasındaki katkı, duruma göre, önemsiz de olabilecektir⁷⁹³.

E. Biçim Hâkimiyeti (*Gestaltungsherrschaft*) Görüşü

Müşterek failliğin, biçim hâkimiyeti, yani suçun somut seyrinin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin hâkimiyet olarak açıklanması, esasen *Jakobs'un* iştirak şekillerinin birbirlerinden nitelik açısından değil, nicelik açısından ayrılabilmesi görüşüne ve bu şekilde müşterek failliğin suça katılanların eşit organizasyonu olarak görülebileceği objektif isnadiyet meselesi olarak ele almasına dayanır. Bu bakımdan müşterek faillikte yalnız objektif kıstaslar belirleyici olacak ve birlikte suç işleme kararı, sübjektif bir kıstas olması sebebiyle sorumluluk için bir şart olarak aranmayacaktır. *Jakobs'un* öğrencileri *Derksen* ve *Lesch* de daha sonra bu görüşü takip ederek müşterek failliği bir objektif isnadiyet konusu olarak ele almışlar ancak *Jakobs'dan* farklı olarak müşterek faillikte sorumluluğun suç olayına hâkimiyetten kaynaklanmadığını savunmuşlardır⁷⁹⁴.

Jakobs, faillik-şeriklik belirlemede suç olayının merkezî figürü ("*Zentralgestalt*") kavramından değil, suç olayından sorumlu kimse ("*Zuständig*") kavramından hareket ederek normatif bir fiil hâkimiyeti teorisine ulaşır. Yazara göre failliğin ve şerikliğin belirlenmesi, bir suç olayı için birden fazla katılanın sorumluluklarının birbirleriyle nasıl

⁷⁹⁰ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 102.

⁷⁹¹ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 103.

⁷⁹² **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 49, kn. 39.

⁷⁹³ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, s. 101.

⁷⁹⁴ Bkz. aşağıda, *İkinci Bölüm, § 1, III, A. Objektif Isnadiyet Görüşü*.

ilişkili olduğunun tespitiyle ilgilidir⁷⁹⁵. Bu bağlamda öncelikle suça iştirake ilişkin görüşlerini yükümlülük suçları ve hâkimiyet suçlarını ayırarak ortaya koyar. Yükümlülük suçlarında fail sorumluluğu, yalnız ilgili yükümlülüğün ihlalinde kaynaklanır⁷⁹⁶. Hâkimiyet suçlarında ise fail sorumluluğunun, özel bir yükümlülükle bağlantılı olmadığını, bir organizasyon alanı (“*Organisationskreis*”) sahibinin bu alan dahilindeki organizasyon hareketleriyle (“*Organisationsakte*”) bağlantılı olduğunu belirtir⁷⁹⁷. Dolayısıyla hâkimiyet suçlarında fail sorumluluğu, ilgili suçun organizasyon biçimine bağlıdır. Yazar burada suçun işlenmesi bakımından esas veya belirleyici olan organizasyonun, klasik manada fiil hâkimiyeti olarak tanımlandığını belirtir⁷⁹⁸. Bu nedenle de bu suçların hâkimiyet suçu olduğunu ifade eder. Bundan hareketle yazarın benimsemiş olduğu görüşün kavram farklılıkları olsa da fiil hâkimiyeti teorisine dayandığı, bu teorinin farklı bir yorumu olduğu ifade edilmektedir⁷⁹⁹. Ancak yazarın fiil hâkimiyeti görüşündeki hâkimiyet salt normatif bir özellik arz eder⁸⁰⁰.

Yazara göre suç olayına ilişkin fail sorumluluğunda, esas organizasyon hareketinin belirlenmesi yani fiil hâkimiyetinin belirlenmesinde *şeklî fiil hâkimiyetinin* yanı sıra *maddî fiil hâkimiyetinin* de esas alınması gerekir⁸⁰¹. Şeklî fiil hâkimiyeti, icra hareketinin uygulanması vasıtasıyla elde edilen fiil hâkimiyetidir. Maddî fiil hâkimiyeti ise suçun işlenip işlenmemesine ilişkin *karar hâkimiyeti* (“*Entscheidungsherrschaft*”) ile suçun ne şekilde işleneceğine ilişkin *biçim hâkimiyetinden* (“*Gestaltungsherrschaft*”) oluşur. Bu şekilde yazar, failliği; suçun işlenme biçimi, işlenip işlenmeyeceği kararı ve suçun icrası alanlarından en az birindeki hâkimiyet olarak tanımlanır⁸⁰². Dolayısıyla, klasik fiil hâkimiyetindeki; harekete hâkimiyet, fonksiyonel hâkimiyet ve iradeye hâkimiyet şekillerinden farklı bir hâkimiyet açıklaması getirmiş olur. *Jakobs*’un fiil hâkimiyeti anlayışındaki üç hâkimiyet alanı müstakil faillikte tezahür edebilir. Zira müstakil fail, hem suçun işlenip işlenmeyeceğine karar verir hem de suçu belirli bir şekilde bizzat

⁷⁹⁵ **Jakobs**, *AT*, 21/1.

⁷⁹⁶ **Jakobs**, *AT*, 21/2.

⁷⁹⁷ **Jakobs**, *AT*, 21/3.

⁷⁹⁸ **Jakobs**, *AT*, 21/3.

⁷⁹⁹ **Marlie**, *Unrecht*, s. 181.

⁸⁰⁰ **Marlie**, *Unrecht*, s. 181; **Schild**, *Tatherrschaftslehren*, s. 47.

⁸⁰¹ **Jakobs**, *AT*, 21/35.

⁸⁰² **Jakobs**, *AT*, 21/35.

gerçekleştirir⁸⁰³. Bu bakımdan *Jakobs* 'da hâkimiyet türleri gerektiğinde kümülatif özellik arz edebilir⁸⁰⁴. Oysa klasik fiil hâkimiyeti teorisinde müstakıl failliğin açıklanmasında fonksiyonel hâkimiyet veya irade hâkimiyeti söz konusu değildir.

Müşterek failin sorumluluk alanının belirlenmesi için öncelikle suçun bizzat icrası açıklanmalıdır⁸⁰⁵. Yazara göre suçun bizzat icrası, suç tipinin, başka bir kimsenin sonradan eklenen davranışı olmaksızın doğrudan gerçekleştirilmesidir. Ancak suçun bizzat icrası, tamamen veya kısmen de gerçekleştirilebilir. *Tamamen bizzat* gerçekleştirmeye mağdura nihai öldürücü darbenin vurulması örnek gösterilebilir. *Kısmen bizzat* gerçekleştirmeye ise öldürücü darbenin vurulması sırasında mağdurun kaçmasını engelleme örnek gösterilebilir. Bu ikinci örnekte, suçun kısmen bizzat işlenmesinden bahsedebilmek için ölüm neticesi açısından vurma ve kaçıışı engelleme hareketlerinin eş zamanlı olması gerekir. Bu itibarla suçun *kısmen bizzat* icra edilmesi yani hâkimiyet alanlarının eşit olarak paylaşılması suretiyle müşterek faillik söz konusu olacaktır. Zira yazar, müşterek failliği organizasyon hareketlerinin eşdeğerliliği olarak esas aldığından, eşzamanlı olarak tipik fiilin bizzat birden fazla kişi tarafından icra edilmesi durumunda bunları müşterek fail olarak kabul eder. Örneğin, ağır bir malı bulunduğu yerden birlikte alanlar hırsızlık suçunda şekli fiil hâkimiyeti, biçim hâkimiyeti ve karar hâkimiyetine sahip olarak müşterek faildirler⁸⁰⁶.

Öte yandan, yukarıda ifade edildiği gibi, müşterek faillik, hâkimiyet alanlarının bölünmesi şeklinde de mümkündür. Suça katılan, tipik hareketi bizzat gerçekleştirmeyerek şekli fiil hâkimiyeti ve karar hâkimiyetine sahip olmasa da biçim hâkimiyetine sahip olarak müşterek fail olabilir⁸⁰⁷. Burada biçim hâkimiyetinden maksat, suçun ne şekilde gerçekleşeceğinin, somut akışının ne suretle olacağının belirlenmesidir. Müşterek faili, azmettiren ve yardım edenden ayıran kıstas da bu biçim hâkimiyetine sahip olmaktır⁸⁰⁸.

Yazarın müşterek faillik için suçun işlenip işlenmemesi kararı üzerinde bir hâkimiyete gerek olmadığı görüşü, hazırlık aşamasındaki bir katkıyla da müşterek failliğin mümkün olması sonucuna yol açar. Zira müşterek fail, hazırlık aşamasındaki bir katkıyla da suçun ne şekilde

⁸⁰³ **Jakobs**, *AT*, 21/35.

⁸⁰⁴ **Jakobs**, *AT*, 21/35.

⁸⁰⁵ **Jakobs**, *AT*, 21/37.

⁸⁰⁶ **Jakobs**, *AT*, 21/49.

⁸⁰⁷ **Jakobs**, *AT*, 21/48.

⁸⁰⁸ **Jakobs**, *AT*, 21/48.

gerçekleştirileceğini belirleyebilir. Yazar bu hususta, suçun bizzat gerçekleştirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan karar hâkimiyetindeki eksikliğin, hazırlık sırasında biçim hâkimiyetindeki bir fazlalıkla telafi edileceğini belirtir⁸⁰⁹. Ancak burada sırf nedensel bir katkı yeterli değildir. Örneğin, kasten öldürme için silah teslimi müşterek faillik değil yardım etmedir. Ancak eğer bu kimse silah vermenin yanı sıra aynı zamanda hedef mağduru faile yönlendirir, ona doğru getirirse artık suçun işleniş biçimini kendisi belirleyerek müşterek fail olacaktır⁸¹⁰. Bu bağlamda, müşterek faillikte bireysel katkı, her zaman tipikliği gerçekleştiren hareketin biçimi üzerindeki etkisine göre değerlendirilmelidir. Öyle ki suçu bizzat icra eden, diğer katılanın hazırlamış olduğu suç mekanizmasını (“*Deliktsmaschinerie*”) harekete geçirir⁸¹¹.

Fiil hâkimiyetine ilişkin bu bakış açısı müşterek faillikteki birlikte suç işleme kararı kıstasının da farklı yorumlanmasına neden olur. Yazara göre müşterek failerin suçun işlenmesi kararındaki iradelerinin uyuşması, sübjektif teoriden kalma bir kıstastır ve fiil hâkimiyeti açısından önemsizdir; en azından suç işleme kararındaki “birlikteliğin” öneminin azaltılması gerekir⁸¹².

Bu bakımdan yazar iki vaka grubu arasında bir ayrım yapar. Yazara göre birinci vaka grubunda birlikte suç işleme kararı gerekli bir kıstastır: Bir suçun icra hareketleri izole edilebilir kısımlardan oluşuyor (örneğin yağma suçunda cebir ve malın alınması veya hırsızlık suçunda bir kütüphanedeki kitapların bir çete tarafından art arda gerçekleştirdikleri davranışlarla alınması) ve bu münferit kısımların her biri tek başına farklı kişiler tarafından icra ediliyorsa, tüm suçtan (yağma, tüm kütüphanedeki hırsızlık) sorumluluk, ancak katılan kişilerin bu bütüne ulaşmak amacıyla bir araya gelmeleriyle mümkündür⁸¹³. Dolayısıyla bu vaka grubunda tüm suçtan sorumluluk için birlikte suç işleme kararı gerekli bir kıstastır. Zira burada suça münferit katkıyı bütünün bir parçası haline getiren birlikte suç işleme kararıdır. Birlikte suç işleme kararının eksikliği durumunda suça katılanlar yalnız kendi organizasyonundan fail olarak sorumlu olacaklardır. Örneğin, bir başkasının mağduru öldüreceğini bilerek, olay yerinde onun eşyalarına el koymak için bekleyen kimse yağma

⁸⁰⁹ **Jakobs**, *AT*, 21/48.

⁸¹⁰ **Jakobs**, *AT*, 21/49.

⁸¹¹ **Jakobs**, *AT*, 21/49.

⁸¹² **Jakobs**, *AT*, 21/41.

⁸¹³ **Jakobs**, *AT*, 21/42.

suçundan değil malı hukuka aykırı olarak edinme (“*Unterschlagung*”) suçundan⁸¹⁴ sorumlu olacaktır. Keza diğeri de yalnız mağdurun ölümünden sorumludur.

İkinci vaka grubunda ise suç işleme kararındaki “birliktelik” gerekli bir kıstas değildir. Yazar, suçun işlenmesi için yalnız tek icra hareketinin yeterli olduğu suçlarda veya suçun işlenmesi için birden fazla hareket gerekli olmakla birlikte tüm icra hareketlerinin tek bir kişi tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, müşterek faillik için birlikte suç işleme kararına gerek olmadığını ifade eder. Diğer bir ifadeyle suçun tüm icra hareketlerini gerçekleştiren kişi bir başkasının bu icraya katıldığını bilmesede müşterek faillik söz konusu olabilecektir. Bu vaka grubunda kendi davranışlarını suçu icra edenin davranışlarıyla birleştirecek şekilde tek taraflı bir uyum kararı (“*Einpassungsentschluß*”) müşterek faillik için yeterli olacaktır⁸¹⁵. Yazarın bu düşüncesi de esasen müşterek faillikteki biçim hâkimiyeti görüşünden ileri gelmektedir. Zira suçun somut olarak akşının belirlenmesi suretiyle yani biçim hâkimiyetine sahip olarak suça katılımda, müşterek faillik için iradelerinin uyuşması gerekli değildir. Örneğin, A’nın mağduru öldürmesinden evvel B, mağdura uyku ilacı verir, evin kapısını açık bırakır, elverişli bir araç sağlar ve başkalarının suçu engellememesi için önlemler alırsa, suçun somut işlenişini o derece belirlemiş olur ki artık şeklî fiil hâkimiyeti, karar hâkimiyeti ve tarafların iradelerinin uyuşması söz konusu olmasa da B, gerçekleştirdiği organizasyon hareketleriyle biçim hâkimiyetine sahip olarak müşterek fail konumunda bulunur⁸¹⁶.

Özetle, *Jakobs’un*, müşterek faillikteki biçim hâkimiyeti görüşünün, fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisindeki müşterek faillerin suça katkısının esaslı olması kıstasına uygun düştüğü ifade edilebilir. Ancak yazar müşterek faillikte, karar hâkimiyetini gerekli görmediğinden fiil hâkimiyeti teorisinden farklı olarak suçun icra aşamasında bir katkının gerekli olmadığı sonucuna ulaşır. Zira hazırlık aşamasındaki katkı suçun ne şekilde işleneceğini belirlemek suretiyle suç üzerinde bir biçim hâkimiyeti oluşturabilecektir. Yine aynı şekilde, biçim hâkimiyetine sahip olmak için suç işleme kararında iradelerin uyuşması önemli olmadığından tüm icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren kişinin bilgisi olmaksızın

⁸¹⁴ Türk Ceza Kanunu’ndaki karşılığı 160. maddedeki kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçudur.

⁸¹⁵ **Jakobs**, *AT*, 21/43.

⁸¹⁶ **Jakobs**, *AT*, 21/43..

suça katılım durumunda da fonksiyonel fiil hâkimiyetinden farklı olarak müşterek fail sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Jakobs'un birlikte suç işleme kararına ilişkin yorumu öncelikle iki vaka grubu arasında ayırım yapması bakımından eleştirilebilir. Nitekim suçu doğrudan icra etmeyen kimse, suçun işleniş biçimine etki ederek tek taraflı uyum kararıyla müşterek fail konumuna gelebiliyorsa, icra hareketlerini kısmen yerine getiren kişi için de birlikte suç işleme kararına gerek olmamalıdır⁸¹⁷.

II. Müşterek Failliği Diğer İştirak Şekilleriyle Açıklayan Görüşler

A. Karşılıklı Dolaylı Faillik Görüşü

Müşterek failliği, dolaylı failliğin bir türü olarak esas alan görüş, her bir müşterek failin suçun işlenmesine kendi katkıları açısından doğrudan fail olduğunu, diğerlerinin suça katkısı açısından ise dolaylı fail olduğunu kabul eder⁸¹⁸. Müşterek faillğe ilişkin bu görüş faillik-şeriklik ayırımında sübjektif teoriyi esas alan Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında da yer bulmuştur.

Bu görüşü savunan yazarlardan *Sax*, müşterek failin de suç tipini gerçekleştirdiğini ve yalnız bu şartla fail olarak sorumlu olabileceğini belirtir⁸¹⁹. Ancak müşterek fail suçu kısmen kendi davranışlarıyla kısmen de ortak bir suç planıyla bağlantılı olarak diğer suç ortağının davranışlarına bilinçli bir şekilde müşterek hâkim olmak suretiyle bu diğer suç ortağının davranışlarıyla da gerçekleştirir⁸²⁰. Bu durum diğer suç ortağı açısından da geçerli olduğundan, müşterek faillik esasen karşılıklı dolaylı failliktir. Öte yandan yazar, ortak bir suç planıyla bağlantılı olmak ve suçu doğrudan icra edenin davranışlarına müşterek hâkim olma bilinciyle arka plandaki kimse gibi hareket etmek şartıyla, suçun işlenmesine sırf manevi destekte bulunanın da fail olduğunu kabul etmektedir. Ön plandaki kimse de suç tipini tamamen gerçekleştirmek suretiyle fail olduğundan sonuç olarak bu durumda da bir müşterek faillik söz konusu olacaktır⁸²¹.

⁸¹⁷ **Woelk**, s. 55.

⁸¹⁸ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 534 vd; **Kohlrausch-Lange**, s. 163; **Sax**, s. 434 vd.

⁸¹⁹ **Sax**, s. 434.

⁸²⁰ **Sax**, s. 434.

⁸²¹ **Sax**, s. 434.

Haas ise müşterek failliğin bağımsız bir faillik türü olmadığını kabul eder. Yazara göre failliğin doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki görünüm biçimi vardır. Suçun müşterek faillik şeklinde işlenmesi durumunda ise esasında karşılıklı bir dolaylı faillik söz konusudur.

Haas, bu görüşüne, *Roxin*'in fiil hâkimiyeti teorisini eleştirerek ulaşır. Yazara göre fiil hâkimiyeti teorisi, normatiflik ve oligusallık arasında tamamen tutarsız ve rasyonel olarak anlaşılmaz bir şekilde savrulmaktadır⁸²². Fiil hâkimiyeti ilkesinin, failliğin görünüm biçimlerinin kendisinden türetilmeyeceği, içeriksiz, yalnız yol gösterici bir ilke olmasını da eleştirmektedir⁸²³. Bu eleştirilerinin ardından failliğin doğrudan ve dolaylı şeklinde yalnız iki görünüm biçimi olduğunu savunur. Bu ayrımında, dolaylı faillik, suçun doğrudan işlenmesi söz konusu olmasa da arka plandaki kimsenin ön plandaki kişiyi suçu kendi adına işlemesini istemesi, suçun işlenmesini emretmesi veya suçu işlemeye zorlamasıyla söz konusu olur⁸²⁴. Ancak arka plandaki ve ön plandaki kişi arasındaki bu ilişkinin dolaylı faillik için kusurluluğu ortadan kaldırarak dereceye ulaşması gerekir⁸²⁵. Bu tür durumlarda, hukuki bir varsayımla (*“Rechtsfiktion”*) arka plandaki kişi, suç tipini kendisi gerçekleştirmiş gibi kabul edilir⁸²⁶. Başka bir ifadeyle, ön plandaki kimsenin davranışı *de facto* olarak arka plandaki kimse açısından yabancı bir davranış iken, *de iure* olarak kendi davranışı olarak kabul edilmiş olur⁸²⁷.

⁸²² **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 26. Bu görüşe karşılık *Roxin*, normatiflik ve oligusallık kriterlerinin kullanılmasının amacının failliğin tüm tezahürlerinde gerçek hâkimiyet etkisinin tespiti için olduğunu vurgulamaktadır. Bu da esasen yazarın normatif alanla oligusal alanın birbirini etkilediği kabulünden kaynaklanır. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 786. Burada özellikle yazarın dolaylı faillikte Alman Ceza Kanunu §35'te düzenlendiği şekilde kusurluluğu ortadan kaldıran dereceye varan zorunluluk haline dayanıyor olması fiil hâkimiyeti teorisinin normatif olmakla itham edilmesine neden olmuştur. Eleştiri için bkz. **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 102. Ancak *Roxin*, kanunun bu düzenlemesiyle sorumluluğu ortadan kaldırmasının gerçek hâkimiyet ilişkisini etkilediğini belirtmektedir. Çünkü kanun doğrudan suçu işleyen kişiyi bu şekilde sorumsuz kabul ederse, arka plandaki kişinin hâkimiyet iradesi kontrolsüz bir şekilde tezahür edebilir. Bu hususta bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 786.

⁸²³ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 32. *Roxin*, yazarın bu şekilde failliğin tüm tezahürlerinin tûmdengelim metodu ile türetilebileceği bir kavramdan hareket edilmesine ilişkin talebini, imkânsız olarak nitelendirmektedir. Zira *Roxin*'e göre tipikliğin gerçekleştirilmesi üzerindeki hâkimiyetin (hareket hâkimiyeti, irade hâkimiyeti, fonksiyonel hâkimiyet) her durumda türe özgü kriterlere bağlı olması failliğin tezahürlerinin farklı ampirik yapılarda olmasından kaynaklanır. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 786.

⁸²⁴ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 111.

⁸²⁵ **Haas**, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, s. 542.

⁸²⁶ **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 80.

⁸²⁷ **Haas**, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, s. 542.

Yazar bu şekilde ön plandaki kimsenin davranışının arka plandaki kimseye isnat edilmesi görüşünü sübjektif teorinin mantıki geçerliliğini hâlâ koruduğunu kabul ettiği özüne dayandırmaktadır⁸²⁸. Bu öz, suçun işlenmesinde aracı olan kimsenin dolaylı failin iradesine tâbi olmasıdır. Bu şekilde doğrudan, failin iradesi üzerinde bir hâkimiyet kurulması gerekli değildir. Sübjektif teoride olduğu gibi iradenin tâbi olması yeterlidir. Dolaylı failliğin bu şekilde belirlenmesinin sonucu olarak azmettirme bakımından sorumluluk için geriye kalan tek davranış şekli, azmettirenin asıl faile suçu işlemesini tavsiye etmek suretiyle onun suç işleme kararı almasını tetiklemektir⁸²⁹.

Yazarın faillığe ilişkin bu bakış açısı dahilinde, müşterek failin sorumluluğunun hukuki temeli, dolaylı faillikteki temsil ilişkisine tekabül eder. Müşterek faillikte temsil, müşterek faillerin her birinin hem kendi faaliyetini ve hem de diğerinin faaliyetini gerçekleştirmesiyle açıklanır. Müşterek faillerden her biri, yalnız kendisi için değil, aynı zamanda bir vekil gibi suç ortaklarının iradesine tabi olmak suretiyle suç ortakları için de hareket etmektedir⁸³⁰. Bu şekilde iradelerin karşılıklı tabi olması durumu, suç için anlaşmadan kaynaklanır⁸³¹. Suç için anlaşmayla birlikte her müşterek fail, diğerini, suçun işlenmesinde katkıda bulunması için yetkilendirmiş olur. Sonuç olarak müşterek failler, suça kendi katkıları açısından doğrudan fail, diğerlerinin katkıları açısından ise dolaylı fail olarak sorumlu olacaklardır⁸³².

Müşterek failliğin dolaylı failliğin bir türü olduğuna ilişkin görüş hukukumuz açısından öncelikle kanuni düzenlemeyle uyumlu değildir. Zira müşterek faillik, dolaylı faillikten bağımsız olarak düzenlenmiştir. Oysa suç, kısmen doğrudan, kısmen dolaylı olarak işleniyorsa müşterek failliğin kanunda düzenlemesi gerekli değildir. Öte yandan müşterek failliğin kanuni tanımındaki “birlikte” ifadesi ve genel olarak kabul edildiği üzere dolaylı faillikte arka plandaki kimsenin üstün konumu, müşterek faillikteki eşit ortaklar fikriyle de çelişmektedir⁸³³. Yine müşterek faillerin birbirleri üzerinde irade hâkimiyetleri de söz konusu değildir⁸³⁴. Tüm bunların yanı sıra karşılıklı dolaylı faillik anlayışı yukarıda da

⁸²⁸ Haas, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, s. 542.

⁸²⁹ Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 111.

⁸³⁰ Haas, Volker (2014) "Erscheinungsformen und Problematik der teilweisen Mittäterschaft" JR, S.3, ss. 104-114, s. 108.

⁸³¹ Haas, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, s. 542.

⁸³² Haas, *Teilweisen Mittäterschaft*, s. 108.

⁸³³ Mitsch, Wolfgang (2021) "Versuch als Straftat" (Ed. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang) Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Bielefeld, Gieseking, § 25, kn. 54; Rudolphi, s. 373.

⁸³⁴ Özyüksel, s. 61.

görülebileceği üzere ancak failliğin sübjektif teoriye dayanan bir yorumuyla mümkündür⁸³⁵ ki bu da sübjektif teoriye yöneltilen eleştirilerin müşterek faillğe ilişkin bu anlayış için de geçerli olduğunu gösterir.

B. Karşılıklı Azmettirme Görüşü

Müşterek failliğin hukuki esası günümüz literatüründe *Puppe*⁸³⁶ ve *Hoyer*⁸³⁷ tarafından karşılıklı azmettirme olarak kabul edilmektedir. Ancak bu görüş özellikle *Puppe* tarafından detaylandırılmıştır. Yazara göre müşterek failliğin karşılıklı dolaylı faillik olarak yorumlanmasının hukuki netice olarak doğru bir sonuç verdiğini ancak bu yorumun doğru bir açıklama olmadığını savunur. Nitekim yazar haklı olarak müşterek faillikte suç ortaklarının birbirlerini suçun işlenmesinde araç olarak kullanmadıklarını belirtmektedir⁸³⁸.

Puppe'ye göre müşterek faillik, her biri, suçu tek başına işlemeye kararlı olmayan birden fazla kişinin bir araya gelmek suretiyle ve ancak bu şekilde diğerini suç işlemeye motive etmesi durumunda söz konusu olabilir. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirir⁸³⁹: Suça iştirak bakımından en yüksek haksızlık müstakil ve dolaylı faillik şekillerinde söz konusudur. Müşterek faillikte ise ortaklar tek başına suça hâkim olamayacak, suç planının başarısı özgür ve sorumlu olarak davranan diğerinin de suçu işleme konusundaki kararını gerektirecektir. Dolayısıyla müşterek faillerin müstakil faille aynı ceza aralığından sorumlu olması ancak müşterek faillerin birbirlerini azmettirmesiyle gerekçelendirilebilir.

Yazarın bu görüşü, ilk bakışta, müşterek faillerden birinin hâlihazırda suç işleme kararı varsa, diğerinin bu karara sahip olanı azmettiremeyeceği şeklinde bir eleştiriye ortaya çıkarmaktadır. Bir başka ifadeyle, bir kimse bir başkasına belirli bir suçun işlenmesine ilişkin teklifle geldiğinde; teklif edilen kişi azmettirilmiş olsa da teklifte bulunanın azmettirilmesi söz konusu değildir. Ancak *Puppe*'nin müşterek faillğe ilişkin görüşü esasen onun azmettirmeye verdiği anlam temelinde mümkün olmuştur. Yazar, suç işlemeye karar vermiş bir kimsenin azmettirilemeyeceği görüşünü kabul etmez⁸⁴⁰. Ona göre suç işleme

⁸³⁵ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 243.

⁸³⁶ **Puppe, Ingeborg** (2007) "*Der gemeinsame Tatplan der Mittäter*" ZIS, S.6/2007, ss. 234-246, s. 235; **Puppe, Ingeborg** (2019) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, § 22, kn. 6.

⁸³⁷ **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 118, § 26, 12.

⁸³⁸ **Puppe**, *Tatplan*, s. 234. Benzer yönde bkz. **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 118.

⁸³⁹ **Puppe**, *Tatplan*, s. 246.

⁸⁴⁰ **Puppe**, *AT*, § 22, kn. 6.

kararı, kararın uygulandığı eylem anında oluşmaktadır. Böylelikle karşılıklı azmettirme yani müşterek faillik de suçun işlendiği anda mümkün olacaktır. Azmettirme ve müşterek failliğin tek farkı ise azmettirenin suçun icrasına katılmamış olmasıdır⁸⁴¹.

Azmettirmeye ilişkin bu şekilde bir yorum kabul edilecek olsa dahi, azmettirme gerek Alman gerek Türk hukuku bakımından bir şeriklik türü olduğundan ve azmettirme davranışının suçun işlenme şekli olarak kabulü mümkün olmadığından müşterek failliğin karşılıklı azmettirme olduğu kabul edilemez. Öte yandan icrasına başlanmış bir suça birlikte suç işleme kararıyla bir başkasının dahil olması durumunda, icraya başlamış kişinin yukarıdaki yorum bağlamında dahi azmettirildiğinden bahsedilemeyecektir⁸⁴².

III. Diğer Görüşler

A. Objektif Isnadiyet Görüşü

Bu görüş çerçevesinde cezalandırmanın amacından yola çıkılmakta; hareketin subjektif unsurları reddedilerek müşterek faillik için subjektif kriterlerin belirleyici olamayacağı kabul edilmekte ve müşterek failliğin yalnız bir objektif isnadiyet konusu olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu bakımdan müşterek faillik için, subjektif bir unsur olan birlikte suç işleme kararı veya ortak suç planı gerekli değildir. Gerekli olan şart, suça katılanların davranışlarının, dışardan bakan bir gözlemciye toplumsal anlamları açısından bir organizasyon, kişisel bir birliktelik, kolektif bir davranış olarak görünebilmesidir. Bu çerçevede, söz konusu görüşün ancak sosyal hareket teorisi ile temellendirilebileceği ifade edilmiştir⁸⁴³.

Müşterek faillik objektif isnadiyet konusu olarak, yakın zamanda, *Jakobs*'un öğrencileri *Lesch*⁸⁴⁴ ve *Derksen*⁸⁴⁵ tarafından ele alınmıştır. Sonrasında bu görüş *Jakobs* tarafından da benimsenmiştir. Nitekim *Jakobs* yukarıda açıklandığı şekilde müşterek faillikte tek taraflı

⁸⁴¹ **Puppe**, *AT*, § 22, kn. 7.

⁸⁴² **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 861.

⁸⁴³ **Kraatz**, s. 104.

⁸⁴⁴ **Lesch, Heiko Hartmut** (1992) *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main, Peter Lang, s. 272 vd; **Lesch, Heiko H.** (1993) "*Die Begründung mittelaterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*" ZStW, C.105, S.2, ss. 271-294, s. 271 vd; **Lesch, Heiko H.** (2000) "*Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittaterschaft*" JA, S.1, ss. 73-78, s. 73 vd.

⁸⁴⁵ **Derksen, Roland** (1993) "*Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittaterschaft*" GA, ss. 163-176, s. 163 vd.

uyum kararını (“*Einpassungsentschluß*”)⁸⁴⁶ gerekli görerek zayıf da olsa bir sübjektif kriter kabul etmiştir⁸⁴⁷. Ancak daha sonra bu hususta, *Lesch* ve *Derksen*’i takip ederek bu kıstasın bir objektif isnadiyet meselesi olduğunu ifade etmiştir⁸⁴⁸.

Müşterek faillığe ilişkin bu modelin dayandığı temel, *Hegel*’in cezalandırmanın amacına ilişkin görüşlerinden hareketle, müşterek faillerin suçun işlenmesi bakımından “*kolektif iradelerinin*” sübjektif unsurlardan bağımsız olarak ele alınması gerektiğine ilişkin varsayımdır⁸⁴⁹. Cezalandırmanın amacı bağlamında *Hegel*, bir haksızlığa tepki olarak cezalandırmanın, haksızlığın neden olduğu maddi zararı telafi edemeyeceğini, bu hususun medeni hukukun konusu olduğunu belirtmiştir⁸⁵⁰. Ceza hukukuna ilişkin zarar bundan ziyade failin davranışıyla normun inkârına dayanır⁸⁵¹. Örneğin, bir başkasının hayatına son veren fail, bununla “*öldürmenin caiz olduğunu*” ifade etmiş olur⁸⁵². Hukuk, cezayla birlikte, bir normun bağlayıcı niteliğinin bu şekilde inkârını yasaklamayı ve normun bağlayıcılığına ve diğer insanlar tarafından uyulmasına olan güveni yeniden tesis etmeyi amaçlar⁸⁵³. Bu şekilde, haksızlık, normların geçerliliği ile ilgili olarak failin dünya tasavvurunda yer alıyorsa⁸⁵⁴, o zaman failin normun geçerliliğine yönelik inkâr edici, -*Hegel*’in ifadesiyle- “*özel iradesi*”⁸⁵⁵ cezalandırılır⁸⁵⁶. Bu noktada, müşterek failliğin objektif isnadiyet konusu olduğunun kabulünde, bu “*özel iradenin*” bireysel/ psikolojik bir unsur olmadığı savunulur⁸⁵⁷. Zira herhangi bir hukuka aykırılık iradesi ceza hukuku bakımından, dış dünyadaki bir eylem ile gerçeğe dönüşmelidir. Bu nedenle “*özel irade*”, fail tarafından fiilde nesnelleştirilen, normun inkarından başka bir şey değildir⁸⁵⁸. Dolayısıyla normu inkâr eden

⁸⁴⁶ **Jakobs**, *AT*, 21/43.

⁸⁴⁷ **Kraatz**, s. 112.

⁸⁴⁸ **Jakobs, Günther** (1996) “*Akzessorietät zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*” *GA*, ss. 253-268, s. 258.

⁸⁴⁹ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 278.

⁸⁵⁰ **Hegel, Georg Wilhelm Friedrich** (1911) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, § 98, s. 87.

⁸⁵¹ **Hegel**, § 99, s. 88.

⁸⁵² **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 279.

⁸⁵³ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 273; **Jakobs**, *AT*, 2/5.

⁸⁵⁴ **Jakobs**, *AT*, 2/5.

⁸⁵⁵ **Hegel**, § 99, s. 88.

⁸⁵⁶ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 274.

⁸⁵⁷ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 279.

⁸⁵⁸ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 280.

“özel irade” bir içsellik sorunu olarak değil, yalnızca irade yoluyla dış dünyaya yansıyan nesnel bir sorun olarak görünür, suç eylemi olarak ele alınmalıdır⁸⁵⁹. Diğer taraftan bu, nedensel dış dünya olaylarının değerlendirilmesi sorunu da değildir, yalnızca normun geçerliliği açısından dış dünya olaylarının önemi sorunudur⁸⁶⁰.

Bu bakımdan müşterek failliğin objektif isnadiyet konusu olarak ele alınması temel olarak harekette sübjektif unsurların varlığını kabul eden final hareket teorisi ve faillik- şeriklik ayrımında, objektif kıstasların yanı sıra sübjektif kıstasların da varlığını kabul eden fiil hâkimiyeti teorisinin eleştirisine dayanır. Nitekim *Lesch*, final hareket teorisiyle bağlantılı olarak, müşterek failliğin birlikte suç işleme kararı şeklinde sübjektif kıstası gerektiren fonksiyonel fiil hâkimiyeti açıklamasının tutarlı olduğunu ve eleştirisinin temelde final hareket teorisine yönelik olduğunu belirtmiştir⁸⁶¹.

Bu görüş çerçevesinde müşterek faillik; bir kişi topluluğunu temsil eder⁸⁶². Bu topluluğun kurucu unsuru ise belirli bir suçun iş bölümüne dayalı olarak gerçekleştirilmesine ilişkin, bireyi aşan ortak bir amacın takip edilmesidir. Diğer bir ifadeyle; müşterek faillikte cezalandırılan, normu inkâr eden “özel irade”, suça katılanların “kolektif iradeleridir”. Zira bir suçun birbirinden ayrılabilen kısımlardan oluşması ve bu kısımların tek başına farklı kimseler tarafından icra edilmesi durumunda, bu kısımları icra edenler ancak bütüne ulaşmak amacıyla bir araya gelmeleri durumunda bütün suçtan müşterek olarak sorumlu olabilirler. Çünkü yalnız ortak amaç, bireysel kısımları bütünün parçası olarak tanımlayabilir. Ancak bu ortak amaç sübjektif olarak değil objektif olarak değerlendirilmeli ve suça katılanların davranışları toplumsal anlamı açısından bir organizasyon, kolektif bir davranış olarak görülebilmelidir⁸⁶³. Bu bağlamda suç, birden fazla kişi tarafından işlendiyse, bireysel eylemleri bir plan bağlamına dahil eden “kolektif irade”, sübjektif bir anlaşmadan değil, yalnızca fiilin objektif, sosyal açıdan zararlı anlamından kaynaklanabilir⁸⁶⁴. Bu açıdan, bireyin, suç olarak tanımlanmış bir sosyal bağlama objektif olarak dahil edilebilmesi ve bu şekilde her eylemin bir diğeriyle ilişkili olması yeterlidir⁸⁶⁵. Suça katılanları birleştiren

⁸⁵⁹ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 280.

⁸⁶⁰ **Jakobs**, *AT*, 1/9, 2/5; **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 274, 280.

⁸⁶¹ **Lesch**, *Tatentschluss*, s. 74.

⁸⁶² **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 276.

⁸⁶³ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 281.

⁸⁶⁴ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 282.

⁸⁶⁵ **Derksen**, s. 172; **Jakobs**, *Akzessorietät*, s. 264.

unsur, sübjektif anlamda bir anlaşmanın gerçek varlığı değil, her bir eylemin diğerleriyle objektif ilişkisidir; ki böylece suç tipini gerçekleştirenlerin eylemlerinin bütünü, toplumsal anlamı açısından bir organizasyon olarak görünür. Dolayısıyla müşterek faillik açısından ortak amacın karşılıklı olmasına⁸⁶⁶ ya da medeni hukuktaki gibi iradelerin uyuşmasına gerek yoktur⁸⁶⁷. Bireysel davranışların bir bütün teşkil eden suça toplumsal anlamı bakımından dahil edilmesiyle, her bir katılan, ihlal edilen normun geçerliliğini inkâr ediyor olarak görünür ve böylece yaptırımını olan bir haksızlık gerçekleştirmiş olur⁸⁶⁸.

Bu açıklamalardan hareketle müşterek faillik için ortak bir suç planının varlığı değil ancak bunun belirlenmesindeki bakış açısının reddedildiği ifade edilmiştir⁸⁶⁹. Ortak suç planı, suça katılanlar açısından içsel bir perspektiften değil, failin dışında bireysel eylemleri gözlemleyen birinin bakış açısıyla normatif olarak belirlenecektir. Bu şekilde, objektif bir değerlendirmeye göre katkılar, “*uyumlu, birbirine bağlı bir organizasyonun*” parçası olarak görünüyorsa, tüm netice müşterek fail olarak bireysel katılanlara isnat edilir. Başka bir ifadeyle suça katılanların davranışları sonucu ortaya çıkan ve bir bütün ifade eden netice için sorumluluk yüklemesi, objektif isnadiyetin diğer bir unsurunu oluşturur.

Örneğin bir banka soygununda, suça katılanlardan biri, silahla banka çalışanını kontrol altında tutarken, diğeri bankadaki paraları çantalara dolduruyorsa burada yağma suçundan dolayı müşterek faillik, yani bireysel katkıları aşan ortak amaç, suça katılanların sübjektif açıdan olası anlaşmalarından kaynaklanmaz. Aksine bu iki davranış birbirinden izole bir şekilde bakıldığında; ortak, koordineli, iş bölümüne dayanan bir amaç olmaksızın sosyal açıdan anlamlı bir açıklamaya izin vermediğinden, müşterek faillik olarak değerlendirilecektir⁸⁷⁰. Burada katkıların koordineli, birbirine bağlı organizasyonu, ortak amacı oluşturarak tüm katılanların ortaya çıkan bütünden, yani yağma suçundan, müşterek fail olarak sorumlu olmasına yol açar. Suça katkılardaki bu şekilde bir amaç ilişkisinin belirlenmesinde, olayın genel bağlamı ve özellikle suça katılanlar arasındaki önceki etkileşimler dikkate alınmalıdır⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ Lesch, *Objektiven Zurechnung*, s. 276.

⁸⁶⁷ Lesch, *Objektiven Zurechnung*, s. 277.

⁸⁶⁸ Derksen, s. 175.

⁸⁶⁹ Kraatz, s. 113.

⁸⁷⁰ Lesch, *Objektiven Zurechnung*, s. 283.

⁸⁷¹ Lesch, *Objektiven Zurechnung*, s. 283.

Bu bakış açısından müşterek faillik ile yardım etme arasında niteliksel bir fark olmadığı sonucuna da ulaşılır. Müşterek faillik ile yardım etme arasındaki fark yalnız niceliksel, suça katılanların sorumluluk oranlarına ilişkin bir farktır⁸⁷². Müşterek faillikteki sorumluluk esası ne fiil hâkimiyetinden ne de *Jakobs*'un ifade ettiği şekliyle bir biçim hâkimiyetinden⁸⁷³ kaynaklanır⁸⁷⁴. Müşterek faillik, yardım etmeden yalnız normatif açıdan, suçun biçimlendirilmesinin, somut seyrinin belirlenmesinin suça katılanlar arasında eşit derecede paylaşılmış olmasıyla ayrılabilir⁸⁷⁵.

Müşterek failliğin objektif isnadiyet konusu olarak kabul edilmesi esasen ancak bir sosyal hareket teorisinin kabulü ile mümkün olabilecektir⁸⁷⁶. Nitekim *Lesch*, müşterek faillik bağlamında kolektif hareketin sosyal bir hareket olduğunu ve dolayısıyla bu hareketin, hareketi gerçekleştirenin sübjektif anlam yaratımına bırakılamayacağını bunun nedensel dış dünya olaylarından çıkarılabilecek sosyal anlamla ilgili olduğunu belirtir⁸⁷⁷. Dolayısıyla müşterek failliğin bu modeli temelde hareketin “sosyal açıdan önemli insan davranışı” olarak tanımlanması bakımından eleştirilebilir⁸⁷⁸. Zira hareketi sosyal açıdan önemi bakımından yorumlayacak olan hâkim esasen içeriği belirsiz bir kavramdan hareket edecek ve bu durum da ceza hukuku açısından belirlilik ilkesini tehlikeye düşürecek⁸⁷⁹.

Öte yandan bir suç olayı, sübjektif unsurlar göz ardı edilerek sırf dış dünya açısından irdelendiğinde belirsiz olarak görülebilir. Örneğin, iki kişiden biri mağduru yaralar ve diğeri onu öldürürse, olayın dış dünyadaki seyri, ölüm neticesinin mağduru yaralayan kimseye

⁸⁷² *Lesch*, *Sukzessiven Beihilfe*, s. 199; *Lesch*, *Tatentschluss*, s. 77.

⁸⁷³ *Lesch*, *Jakobs*'un suç olayının eşit derecede biçimlendirilmesini, biçim hâkimiyeti olarak tanımlayarak bunu müşterek failliği temellendiren unsur olarak kabul etmesini ve bu şekilde yalnız eşdeğerlilikten bir birliktelik çıkarımına varmasını eleştirmektedir. Yazara göre bu eşdeğerlilik, sorumluluğun esası değil sorumluluğun oranını gösterir ve sorumluluk oranından sorumluluk esası türetilemez. Yani suça hâkimiyet klasik fiil hâkimiyetindeki gibi “natüralist” değil normatif olarak anlaşılsa dahi bu müşterek faillik ile yardım etme arasında bir ayrıma imkân vermez. Bkz. *Lesch*, *Tatentschluss*, s. 77, dn. 43, 48. Öte yandan ifade etmek gerekir ki *Jakobs* müşterek faillikte biçim hâkimiyeti kıstasından hareket etse de onun açısından da müşterek faillik ile yardım etme arasında niteliksel bir ayrım yoktur.

⁸⁷⁴ *Lesch*, *Tatentschluss*, s. 77.

⁸⁷⁵ *Lesch*, *Tatentschluss*, s. 77.

⁸⁷⁶ *Kraatz*, s. 114.

⁸⁷⁷ *Lesch*, *Objektiven Zurechnung*, s. 294.

⁸⁷⁸ *Kraatz*, s. 115.

⁸⁷⁹ *Kraatz*, s. 115.

isnat edilip edilemeyeceğine ilişkin herhangi bir referans noktası vermez⁸⁸⁰. Zira bu davranış toplumsal açıdan bir yaralama olarak görülebileceği gibi aynı zamanda öldürme eylemi için bir hazırlık hareketi olarak da görülebilir. Hareketle gerçekte neyin arzu edildiği, neyin amaçlandığı ancak sübjektif açıdan yorumlanabilir⁸⁸¹. Bu vaka gruplarında *Lesch*, olayın genel bağlamına, özellikle de suça katılanlar arasındaki önceki etkileşimlere başvurulması gerektiğini savunur⁸⁸². Örneğin yazara göre, bir kimse mağduru etkisiz hale getirdikten sonra olay yerinden uzaklaşır ve bir başka kimse olay yerine gelip mağdurun cüzdanını alırsa, burada bireysel hareketler arasında objektif bir amaç ilişkisi kurulamaz; ancak bu iki kişi, örneğin, önceden suç mahallini birlikte ziyaret etmiş ve davranışlarını önceden bu şekilde koordine etmişlerse artık bir ortak amaç ilişkisi ve dolayısıyla müşterek faillik mümkün olabilecektir. Ancak bu durumda, müşterek fail sorumluluğu, suça katılanların birbirleriyle iletişim kurup kurmadıklarına bağlı ise neden katılanlar arasında bir anlaşmaya değil de objektif isnadiyetin yetersiz çözümüne başvurulduğu sorgulanabilir⁸⁸³.

Sonuç olarak suçun kanuni tanımındaki fiilin “birlikte” işlenmesi ancak suça katılanların her birinin, diğerinin katkısının kendi katkısını tamamladığının bilincinde olmasıyla mümkündür. Müşterek faillik açısından sübjektif bir unsur olarak birlikte suç işleme kararı, iradelerin karşılıklı olması vazgeçilmez bir kıstastır⁸⁸⁴.

B. Özel Hüküm Problemi Görüşü

Freund'a göre fonksiyonel fiil hâkimiyeti kavramı yalnız yüzeysel olarak tatmin edicidir ve bu kavramla müşterek faillik açısından neredeyse her sonuç gerekçelendirilebilir. Öyle ki teori taraftarlarının suça katkının hazırlık aşamasında gerçekleşmesi hususunda dahi görüş birliği içinde olmadığı görülür⁸⁸⁵. Yazar, failliği şekli objektif teorideki gibi “*tipik davranışı bizzat işleme*” olarak kabul etmemekte ancak yine de failliğin münferit suç tipleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁸⁶. Özellikle müşterek faillik

⁸⁸⁰ **Küpper, Georg** (1993) "*Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft*" ZStW, C.105, S.2, ss. 295-305, s. 302.

⁸⁸¹ **Ingelfinger, Ralph** (1995) "*„Schein“-Mittäter und Versuchsbeginn*" JZ, C.50, S.14, ss. 704-714, s. 708.

⁸⁸² **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 283.

⁸⁸³ **Ingelfinger**, s. 708.

⁸⁸⁴ **Küpper**, *Tatentschluß*, s. 305.

⁸⁸⁵ **Freund**, § 10, kn. 161-162. Hazırlık aşamasındaki suça katkı tartışması için bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, § 3, II, B. Katkının Yapılacağı Zaman*.

⁸⁸⁶ **Freund**, § 10, kn. 35, 51.

bakımından, kanunun genel hükümler kısmından kesin bir çözüme ulaşılamayacağını, müşterek failliğin münferit suç tiplerinden soyutlanarak genel bir faillik kriteriyle ele alınamayacağını belirtmektedir⁸⁸⁷.

Ancak bu görüş *Roxin* tarafından -haklı olarak- şiddetle eleştirilmiştir⁸⁸⁸. Fonksiyonel hâkimiyet gibi tek tip bir standarttan feragat edilmesi, münferit suç tipleri vasıtasıyla çözülemeyecek büyük bir hukuki belirsizliğe yol açacaktır. Zira suç tipleri yalnız doğrudan faili tanımlarlar ve suçun işlenmesindeki birlikteliğin belirlenmesi için herhangi bir dayanak noktası sağlamazlar. *Roxin* özellikle *Freund*'un müşterek faillik için verdiği üç örnek vakanın⁸⁸⁹ kendisinin fonksiyonel fiil hâkimiyetini açıklamak üzere kullandığı örnekler olduğunu ve kendisiyle aynı sonuçlara ulaşıldığını belirterek, *Freund*'un açıkça atıfta bulunmasa da esasen fiil hâkimiyeti teorisini benimsediğini ifade etmiştir⁸⁹⁰.

C. Davranış Normları Temelinde Arka Plandaki Kişi (*Hintermann*) Görüşü

Stein, faillik ve şeriklik arasındaki ayırmda normatif bir bakış açısına sahiptir⁸⁹¹. Yazar iştirak şekilleri arasındaki ayrımı suç olayına hâkimiyete göre⁸⁹² ya da suç tipinin gerçekleştirilmesindeki katkıların payına göre değil⁸⁹³ farklı davranış normlarının ihlal edilmesine göre belirler⁸⁹⁴. Bu belirlemede, hareket haksızlığına dayalı bir haksızlık teorisi

⁸⁸⁷ **Freund**, § 10, kn. 164.

⁸⁸⁸ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 260; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 782.

⁸⁸⁹ Ortaklardan birinin mağduru tutarken diğerinin malı ele geçirmesi; ortaklardan birinin mağduru tutarken diğerinin mağduru yaralaması ve gözcülük faaliyeti.

⁸⁹⁰ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 782.

⁸⁹¹ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 66. Ayrıca bkz. **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 104.

⁸⁹² **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 35.

⁸⁹³ **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 14.

⁸⁹⁴ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 68. *Stein*, davranış normlarını, değer ve tespit normları olarak ifade eder. Değer normu olarak davranış normları, belirli davranışların hukuka uygun veya hukuka aykırı olduğunun deklare edildiği maddi değerlendirmelere işaret eder. Ancak davranış normları aynı zamanda, – hukuka aykırı olarak değerlendirilen – belirli davranışlardan kaçınmaya yönelik – hukuki olarak bağlayıcı – talebi de içerdiklerinden, tespit fonksiyonuna da sahiptirler. Bu bağlamda davranış normu, hangi durumlarda ve hangi kişiler için hangi davranışsal yükümlülüklerin ortaya çıktığını belirlemek için kullanılabilecek soyut kuraldır. Davranış normuna dayanan yükümlülük ise belirli bir durumda belirli bir kişiye belirli bir hareketi yapması veya yapmaması için yönlendirilen yasak veya emirdir. Suça iştirak biçimleri de bu şekilde, hukuki değerin ihlali için tehlike oluşturan farklı davranış şekillerini temsil ederek farklı davranış normlarına dayanır.

çerçevesinde; fail, azmettiren ve yardım eden arasında ayrım yapar⁸⁹⁵. Yazara göre fail ve şerike yönelik davranış normları aynı hukuki değeri korusalar ve aynı neticenin gerçekleşmesini engellemeye hizmet etseler de fail ve şerik kendilerine yönelik farklı davranış normlarını ihlal ederler⁸⁹⁶. Bu davranış normlarının farklılığı ise hukuki değer korunmasındaki “aciliyete” (“*Dringlichkeit*”)⁸⁹⁷ göre ya da başka bir ifadeyle davranış normunun hukuki değer korunmasındaki “önemine”⁸⁹⁸ veya “önceliğine” göre değişir. Davranış normunun aciliyeti veya önemi ise hukuki değer somut konusu üzerinde, davranış şeklinin arz ettiği tehlikelilikle bağlantılıdır⁸⁹⁹. Yazar davranış normlarının bu özelliklerinden hareketle suça iştirak türlerini fail, azmettiren ve yardım eden şeklinde geliştirir.

Doğrudan fail ile hukuki değer konusu arasında, hukuki değer korunmasına hizmet eden başka bir norm ve dolayısıyla başka bir kişi bulunamayacağı için doğrudan faile yönelik davranış normu en yüksek aciliyete sahiptir⁹⁰⁰. Başka bir ifadeyle doğrudan faillik şeklindeki davranış biçiminde hukuki değer ihlali tehlikesi başka bir kimsenin sonraki davranışıyla iletilmemektedir⁹⁰¹. Buna karşılık yardım edene yönelik davranış normu faile yönelik olana nispetle daha az önemlidir. Zira hukuki değer ihlali yalnız yardım edenin kararına bağlı değildir. Burada belli bir hukuki değer ihlali ilişkin şeriklikte mevcut olan tehlike ancak bir başkasının yükümlülüğüne aykırı davranışıyla gerçekleşebilir⁹⁰². Yazar şerikliğin bu şekilde faillik karşısında daha az önceliğe sahip olduğunu savunmakla birlikte azmettirme bakımından önceliğin faillik seviyesine çıktığını da belirtir. Azmettirme de esasen bir başkasının yükümlülüğüne aykırı davranışını gerektirir. Ancak burada yardım edene yönelik davranış normuna göre daha öncelikli bir durum vardır. O da azmettirenin failin hukuka uygun davranma motivasyonuna zarar vermesidir⁹⁰³.

⁸⁹⁵ Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, § 25, kn. 14; Marlie, *Unrecht*, s. 197. Zira Stein’a göre fail, yardım eden ve azmettirenin davranış yükümlülükleri aynı hukuki değer konusu ile ilgili olduğundan neticenin değersizliği hepsi açısından aynıdır. Bkz. Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 222.

⁸⁹⁶ Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 222.

⁸⁹⁷ Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 238-239.

⁸⁹⁸ Renzikowski, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 104.

⁸⁹⁹ Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 237.

⁹⁰⁰ Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 239.

⁹⁰¹ Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 239, 260.

⁹⁰² Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 241.

⁹⁰³ Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 243.

Faillik ve şerikliği davranış normlarının önceliğine göre bu şekilde ayıran *Stein*'in tasarımı, müşterek faillığe uygun davranış normunun, yardım edene uygun davranış normuna nispetle yükselen önceliği için bir açıklama bulunmalıdır⁹⁰⁴. Yazar bunu, suçun icra aşamasına dahil olarak nihai, doğrudan faile yönelik davranış normunun artık ilgiliyi norma uygun davranması bakımından zorlama şansının bulunmamasıyla açıklar⁹⁰⁵. Burada doğrudan failden maksat nihai olarak suçu işleyen kişidir. En yüksek derecede öncelikli davranış normu da ona yöneliktir. Bu nedenle doğrudan fail ön plandaki kişi (*Vordermann*) olarak adlandırılır⁹⁰⁶. Müşterek fail ise suçun icra aşamasına dahil olarak daha sonraki davranışlarıyla suçu nihai olarak işleyecek olana aracılık eder ve arka plandaki kişi (*Hintermann*) olarak adlandırılır⁹⁰⁷. Dolayısıyla, doğrudan fail ile müşterek fail arasında zaman bakımından bir öncelik sonralık ilişkisi söz konusudur. Yazara göre nihai hareketi gerçekleştiren kişi her zaman ön plandaki kişi olacağından⁹⁰⁸ eş zamanlı olarak gerçekleştirilen hareketlerin varlığında bunu gerçekleştirenler arka plandaki kişiler (*Hinterleute*) olarak müşterek failler olurlar⁹⁰⁹.

Sonuç olarak yazar, müşterek faili, suçun icra aşamasına dahil olmaksızın yardım eden ile suçu nihai olarak işleyen doğrudan fail arasına konumlandırır. Müşterek faillik için tek kıstas suçun icra aşamasına katılmak olduğundan bu katkının esaslı olması⁹¹⁰ ve taraflar arasında üzerinde anlaşılmış bir suç planının varlığı gerekli değildir⁹¹¹.

Bu görüşe yönelik temel eleştiri fail, azmettiren ve yardım eden ayırımında yalnız hareketin değersizliğine dayanması ve hareketin netice üzerindeki etkisini (ve dolayısıyla neticenin değersizliğini) göz ardı etmesidir⁹¹². Yine bu görüş kanuni düzenlemeyle bağdaşmaması yönüyle eleştirilmiştir. Müşterek fail ile doğrudan faili, ön plandaki kişiyle arka plandaki

⁹⁰⁴ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 246.

⁹⁰⁵ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 330.

⁹⁰⁶ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 319, 330.

⁹⁰⁷ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 330.

⁹⁰⁸ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 319.

⁹⁰⁹ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 325, 330.

⁹¹⁰ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 320.

⁹¹¹ **Stein**, *Beteiligungsformenlehre*, s. 326, 330.

⁹¹² **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 14; **Marlie**, *Unrecht*, s. 198; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 106; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 247. Bu görüşün detaylı bir eleştirisi için bkz. **Küper, Wilfried** (1993) "Ein „neues Bild" der Lehre von Täterschaft und Teilnahme" ZStW, C.105, S.3, ss. 445-482, s. 445 vd.

kişi arasındaki ilişki şeklinde açıklamak kanunun mşşterek failler arasında řngřrdřđđ eşitliği bozarak bir hiyerarşiye yol aacaktır⁹¹³.

Öte yandan *Stein* 'ın teorisi dahilinde iki kişiden sadece birinin nihai hareketi gerçekleştirerek suçu işlediği bir durumda, yalnız arka plandaki kişi mşşterek fail olacağı için birden fazla değil, tek bir mşşterek failden bahsedilebilecektir. Ancak eş zamanlı olarak hareket ederek nihai hareketi gerçekleştirmeleri durumunda her ikisi de mşşterek fail olabilecektir. Fakat teori kapsamında mşşterek fail arka plandaki kişi olarak adlandırıldığı için eş zamanlı harekette, řn planda herhangi biri olmaksızın arka plandaki kişilerin varlığını kabul etmek de bir tutarsızlık oluřturacaktır⁹¹⁴.

IV. Mşşterek Failliğin Hukuki Esasına İlişkin Kanaatimiz

Buraya kadar incelenen gşrşşlerde mşşterek failliğin esasını normatif olarak açıklama girişimlerinin ağırlığı dikkat çekmektedir. Bunun en şnemli nedeni ise mşşterek failliğin, basitçe, birden fazla kişinin doğrudan failliği olarak kabul edilememesidir. Öyle ya da bşyle mşşterek failler kendinden sâdir olmayan davranışlardan sorumlu olmaktadır. Dolaylı faillikte řn plandaki kimsenin davranışından arka plandaki kimsenin sorumlu olması, řn plandaki kimsenin şzgşr veya bilinçli olmaması nedeniyle anlaşılabılırken; mşşterek faillikte başkasının şzgşr ve bilinçli bir şekilde ortaya koyduğu eylemden sorumlu olmanın izahı gşlşk arz etmektedir. Bu gřlřđđ aşmaya yşnelik bazı gşrşşler, bir araya gelen birden fazla kimsenin normatif olarak, bireylerden bağımsız bir şst sşje olduğunu, ortaya çıkan neticeden de birlikte sorumlu olduklarını kabul ederken; bazıları da şzgşr ve bilinçli olan başkasının davranışından sorumluluğun doğrudan kanundan kaynaklanan bir istisna olduğunu kabul etmiştir. Ancak farklı açıklama biçimlerine rağmen yine de mşşterek failleri bir araya getiren bir unsur⁹¹⁵ arayışından ve bir şekilde suçun işlenmesi bakımından mşşterek faillerin objektif bir davranıřı⁹¹⁶ arayışından vazgeilememiştir. Bizce bu arayış her seferinde, hukuka takaddşm eden, toplumsal hayat gerçekliğinde var olan, iş bşlşmşne dayalı olarak bir faaliyetin birlikte gerçekleştirilmesi (*arbeitsteiliges Zusammenwirken*) olgusuyla sonuçlanmaktadır. Normatif açıklama çabalarının bu olguyu satır aralarında teyit

⁹¹³ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 247.

⁹¹⁴ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 247.

⁹¹⁵ Tek taraflı uyum kararı (*biçim hâkimiyeti olarak mşşterek faillik*) veya toplumsal bakış açısından bir birlik olarak gşrşlme (*objektif isnadiyet unsuru olarak mşşterek faillik*) olsa dahi.

⁹¹⁶ Salt olay mahallinde bulunma şeklinde olsa dahi (*karar birliği gşrşşş*).

ettiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce gerek Alman gerek Türk kanun koyucusu da kanunî tanımdaki “*birlikte*” ifadesiyle bu olgudan hareket etmektedir. Ancak yine de müşterek failliğin tek başına “*iş bölümüne dayalı birlikte gerçekleştirme*” olgusundan hareketle açıklanması mümkün değildir. Bu olgunun normatif olarak anlamlandırılması da gereklidir. Nihayetinde *iş bölümüne dayalı birlikte gerçekleştirilecek* faaliyet herhangi bir faaliyet değil, kanunda suç olarak tanımlanmış belirli bir faaliyettir.

Bu itibarla *Roxin*’in fiil hâkimiyeti teorisini oluştururken kullandığı ontolojik ve teleolojik, iki yönlü metodolojisi doktrinde her ne kadar tutarsız olduğundan bahisle eleştirilse de teorinin başarısı tam olarak bu metodolojiden kaynaklanır. Yazarın özellikle hukuki bir meselenin gerçek anlamının ancak bu şekilde ortaya çıkabileceğine yönelik olarak verdiği örnek çarpıcıdır⁹¹⁷: Yazar, dolaylı faillikte, arka plandaki kimsenin ön plandaki kimseyi zorlama yoluyla iradeye hâkimiyetinde, kusurluluğun ortadan kalkması için gereken yoğunluk için Alm. CK § 35’teki kusurluluğu ortadan kaldıran dereceye varan zorunluluk hali hükmüne başvurmakta; iradeye hâkimiyeti belirlemek için başvurduğu normatif düzenlemeyle gerçek hâkimiyeti ortaya çıkardığını savunmaktadır. Zira söz konusu hukuki düzenleme de toplumsal hayata etki etmektedir. Kanun koyucu ön plandaki, suçu doğrudan işleyen kişiyi bu şartlar dahilinde kusursuz olarak kabul ediyorsa, artık arka plandaki kişinin hâkimiyet iradesinin de kontrolsüz bir şekilde tezahür etmesi mümkün olacaktır.

Öyleyse müşterek failliğin belirlenmesinde başlangıç noktası “*iş bölümüne dayalı birlikte gerçekleştirme*” kavramı olmalıdır. Bu kavram öncelikle hukuk öncesi olarak ele alınacak ve bir insan davranışının, diğer bir insanın davranışıyla iş bölümüne dayalı birlikteliğinin olgusal sonuçlarının ne olacağından hareket edilecektir. Bu şekilde müşterek failliğin diğer iştirak şekillerinden bağımsız yapısı ortaya çıkacak ve sonuç olarak bir hukuki sorumluluk biçimi açıklandığından, bu birlikteliğin, bağımsız bir iştirak şekli olarak ceza hukukunun ilkelerine uygun biçimde nasıl sınırlandırılması gerektiği incelenecektir⁹¹⁸.

İş bölümüne dayalı birliktelik kavramı her şeyden önce birlikte olacak kişilerin öyle ya da böyle içinde bulunacakları faaliyette eşit ortaklar olarak değerlendirilmesini gerektirir. Diğer bir ifadeyle bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde birden fazla kişinin birlikte olduğu, iş birliği

⁹¹⁷ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 786.

⁹¹⁸ Nitekim doktrinde de *iş bölümüne dayalı birlikte gerçekleştirme* kavramının müşterek failliğin açıklanmasında oldukça genel bir kriter olduğu, nihayetinde yardım eden ile fail arasında da bir iş bölümünden bahsedilebileceği belirtilmiştir. Bkz. **Schmidhäuser**, 14/15; **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 369.

yaptığı ifade edildiğinde, bu kişilerin ilgili faaliyette özgür ve bilinçli olarak yer aldıkları belirtilmiş olur. Hiçbiri bir diğeri üzerinde tahakküm kurmamıştır. Bir faaliyete katılan, bu faaliyete, kendi özgür iradesiyle, faaliyete ilişkin koşulları bilerek katılmıyor ve bu durum faaliyetteki diğerkimsenin davranışlarından kaynaklanıyorsa artık burada bir birliktelikten bahsedilemez.

Böylece, suça katılanlar arasında bir hiyerarşi ilişkisi oluşturan dolaylı faillik ile müşterek failliğin aynı esastan hareketle belirlenemeyeceği ortaya çıkar. Zira dolaylı faillikte, özgür veya bilinçli olmayan bir kimsenin araç olarak kullanılması söz konusudur. Müşterek failliğin dolaylı failliğin bir türü olarak kabulü ancak dolaylı failliğin gerek literatürdeki hâkim görüşten gerek kanuni düzenleme ve yargı kararlarında kabul ediliş şekline sapılmasıyla mümkündür. Nitekim, *Haas* da müşterek failliği, dolaylı failliğin bir türü olarak kabul ederken esasen, dolaylı faillik için ön plandaki kimsenin kusurluluğunun ortadan kalkması gerekmediğini varsaymıştır⁹¹⁹. Müşterek failliğin, dolaylı failliğin bir türü olmadığı kanuni düzenlemeden hareketle de ifade edilebilir. Zira müşterek faillik, dolaylı failliğin bir türü ise bu faillik formuna ilişkin olarak ayrı bir düzenlemeye de ihtiyaç olmamalıdır⁹²⁰.

Yine de suç faaliyetindeki iş bölümüne dayalı birliktelik, bir dolaylı faillik olarak kabul edilemese bile bu birlikteliğin hâlâ bir faillik şekli olduğu gerçeği göz ardı edilemez. Zira “birlikteliğin” konusu bir suçun işlenmesidir; bir suçun işlenmesini, azmettirme veya yardım etme şeklinde bir başkasının kararına terk etmek değildir. Elbette bir suçun işlenmesi için bir başkasını azmettirme veya yardım etme hususunda birden fazla kişinin birlikteliğinden, iş birliğinden bahsedilebilir. Ancak bu birlikteliğin konusu suçun işlenmesi değil, suçu işleyecek olan bir başkasının (failin) fiilidir. Dolayısıyla, yukarıda belirtildiği şekliyle müşterek failliğin karşılıklı azmettirme olduğu da kabul edilemez. Böyle bir kabul, ancak, *Puppe'nin* azmettirmeye verdiği anlam temelinde mümkündür⁹²¹. Ona göre suç işleme kararı fiilin işlendiği sırada oluşacağı için failde suç işleme düşüncesi hâlihazırda mevcut olsa dahi, fiilin işlenmesinden evvelki suçun işlenmesine ilişkin yönlendirmeler de azmettirme olarak kabul edilebilecektir. Ancak böyle bir azmettirme görüşünden hareket edilse bile, iş birliği kavramının sonucu olarak ortaya çıkan müşterek failler arasındaki eşitlik

⁹¹⁹ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, II, A. Karşılıklı Dolaylı Faillik Görüşü*

⁹²⁰ Gerek TCK’da gerek Alm. CK’da müşterek faillik ve dolaylı faillik ayrı ayrı düzenlenmiştir.

⁹²¹ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, II, B. Karşılıklı Azmettirme Görüşü*

durumu, kanuni düzenlemeyle bağdaşmayacaktır. Zira bir suçtan azmettiren sıfatıyla sorumluluk için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir suçun varlığı gereklidir. Yani, azmettirenin sorumluluğu failin işlemiş olduğu fiile bağlı ve ikincil bir sorumluluktur.

İş bölümüne dayalı birlikteliğin ortaya çıkardığı bir başka husus ise birlikte olanların amaçladıkları faaliyet açısından aynı davranışları gerçekleştirmek zorunda olmamalarıdır. Bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde birlikte olanların birbirlerine eşit konumda olmaları gerekse de bunların davranışlarının birbirlerininkinin aynısı olması gerekmez. Örneğin, taşınacak malların kamyonu yüklenmesi faaliyetinde, biri kamyonun içinde durup malları istiflerken diğeri malları kamyonu götürüyorsa, bu durumda yükleme faaliyetinde iş bölümüne dayalı birlikteliğin olmadığından bahsedilemez. Aynı şekilde, bir suçun işlenmesindeki birliktelikte de müşterek faillerin her birinin aynı davranışları gerçekleştirmesi gerekmez. Suç, iş bölümü yapmak süratiyle birlikte işlenebilir. Dolayısıyla müşterek faillerin her birinin davranışının suçun kanuni tanımındaki fiile birebir örtüşmesi gerekmez. Bu temelde, müşterek failliğin, birden fazla doğrudan faillik durumu olmadığı; müşterek failliğin doğrudan veya müstakil failliğin bir türü olmadığı ortaya çıkar.

Böylelikle müşterek failliğin bağımsız bir iştirak türü olduğu ve diğer iştirak türlerinin esasından hareketle açıklanamayacağı sonucuna varılır. Ancak, müşterek faillik tek başına “iş bölümüne dayalı birliktelik” kavramıyla da anlaşılamaz. Zira müşterek faillerin birlikte olacağı faaliyet, toplumsal hayat bağlamında herhangi bir faaliyet değil, kanunda suç olarak düzenlenmiş olan belirli bir faaliyetdir. Öyleyse müşterek faillikteki birliktelik, bir suçtan fail olarak sorumluluktaki esaslardan hareketle açıklanmalıdır.

Bu kapsamda öncelikle, failliğin dar veya geniş yorumundan yola çıkılarak farklı sonuçlara varılması söz konusu olacaktır⁹²². Zira geniş faillikte suça nedensel katkıda bulunan herkes fail olarak kabul edilirken, dar faillikte yalnız suça tipleştirilmiş olan davranışı gerçekleştiren kimse fail olarak kabul edilmektedir. Failliğin geniş yorumundan hareket edilmesi durumunda, esasen, suça farklı katılım şekilleri arasında bir ayırım yapılmasına ve bu katılım şekillerinin hangi esasa dayandığına ilişkin bir açıklamaya da gerek kalmayacaktır. Zira, suça katılanların tamamı nedensel bir katkıda bulunmak suretiyle zaten suç tipini gerçekleştirmiş olacak ve tüm katılım şekillerinin esası da suça nedensel katkıda bulunmak olacaktır. Öyleyse, diğer iştirak şekillerinden bağımsız ve farklı bir esasa

⁹²² Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 1. I. Geniş ve Dar Faillik Kavramları*.

dayandığını ortaya koyduğumuz müşterek faillik bakımından failliğin dar yorumundan hareket edilmesi gerekir. Dolayısıyla, müşterek fail, suça herhangi bir nedensel katkıda bulunan kimse olarak kabul edilemez. Müşterek failin suçun işlenmesine ilişkin katkısının, diğerleriyle birlikte; suça tipleştirilmiş davranış olarak kabul edilebilmesi gerekir.

Bu noktada, müşterek failliğin ontolojik dayanak noktası, failliğin dar yorumuyla çatışıyor gibi görülebilir. Zira bir faaliyetteki birliktelikte, faaliyete katılanların her birinin aynı davranışları gerçekleştirmesinin gerekli olmadığı ifade edilmişti. Oysa failliğin dar yorumunda kanunda belirtilen muayyen davranışın gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla suçun işlenmesinde, ontolojik olarak iş bölümüne dayalı birliktelik olarak değerlendirebileceğimiz bir durumda suça katılanlardan birinin davranışı tipikliğin dışında kalıyorsa bu kişinin artık fail olarak kabulü mümkün olmayacaktır. Ancak böyle bir izah, esasen, failliğin en dar yorumundan, yani şekli objektif teorinin esaslarından hareket edilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Oysa şekli objektif teori, doğru bir başlangıç noktası olsa da, son tahlilde, sadece müşterek faillik açısından değil; müstakil failliğin temellendirilmesi bakımından da nihayetinde yeterli bir açıklama sağlamaz⁹²³.

Ancak şekli objektif teorinin yetersizliği, failliğin belirlenmesi açısından sırf sübjektif kıstasların kabul edilmesi gerektiği şeklinde de anlaşılmamalıdır. Zira yalnız sübjektif kıstaslardan hareket edilmesi durumunda bir yandan failliğin geniş bir yorumuna varılmakta, diğer yandan failliğin belirlenmesinin her olayda farklı bir şekilde değerlendirilebilmesine yol açan keyfi sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁹²⁴.

Yine de failliğin belirlenmesinde sübjektif kıstaslardan da vazgeçilemez. Zira eğer hareketin final özelliği kabul edilecek olursa, hareketi gerçekleştiren faili belirlemek açısından bu sübjektif unsurun göz önünde bulundurulması gerekir⁹²⁵.

İşte failliği bu şekilde hem objektif hem de sübjektif unsurlarla birlikte açıklayan fiil hâkimiyeti teorisi müşterek faillikteki iş bölümüne dayalı birliktelik olgusunun açıklanması için de elverişli bir hareket noktası sağlar. Zira failliğin fiil hâkimiyeti kavramıyla

⁹²³ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 5, II, A. Şekli Objektif Teoriler, 3. Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme*.

⁹²⁴ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 5, I, D. Sübjektif Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme*.

⁹²⁵ Nitekim fiil hâkimiyeti teorisinin temelinde de *Welzel'in* final hareket teorisinin önemi büyüktür. Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 5, III, B, 2. Fiil Hâkimiyeti Teorisinin Kurucuları, (1) Welzel'in Görüşleri*.

açıklanmasında suç tipinin hem objektif unsurları hem de sübjektif unsurları dikkate alınır. Buna göre fail, suç olayına gaî iradesiyle hâkim olan kimsedir.

Ancak yukarıda gösterildiği üzere müşterek faillikteki iş bölümüne dayalı birliktelik olgusu doğrudan ve dolaylı faillikten farklı bir temele dayanır. Dolayısıyla, müşterek faillikteki fiil hâkimiyetinin farklı bir şekilde yorumlanması gerekir. Zira bir suçun iş birliğine dayalı olarak icrasında suça katılanların tamamının aynı davranışları gerçekleştirmesi gerekmediğinden, her birinin suçun işlenmesi bakımından kısmi davranışları da söz konusu olabilir. Öyleyse bu kısmi davranışların bir araya gelmesi suretiyle bir suç üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmalıdır. Bu şekilde bir müşterek hâkimiyet de suça katılanların her birinin belirli bir suç planı üzerinde anlaşmış olmalarını gerektirir. Suça katılanların her biri diğerinin davranışlarının kendi davranışlarını tamamladığını bilerek bir suçun işlenmesine katılmalıdır. Ancak bu husus da müşterek bir hâkimiyet için yeterli değildir. Zira, faillikte suç tipi dahilinde değerlendirilebilecek bir davranış da gereklidir. Öyleyse müşterek faillerin gerçekleştirdikleri davranışlar tamamen suç tipi dahilinde yer almasalar da bu davranış diğerinin davranışıyla birlikte suç tipini gerçekleştirmeleri gerekir. Dolayısıyla suçun işlenmesi bakımından her birinin davranışının belirli bir fonksiyonu bulunmalıdır.

Sonuç olarak bizce de bir suçun iş bölümüne dayalı olarak birlikte işlenmesi suça katılanların her birinin suçun icrası bakımından fonksiyonel bir hâkimiyete sahip olmasıyla mümkündür. Nihayet bu esastan hareketle ortaya çıkan müşterek failliğin yapısını, ne tür bir iştirak şekli olduğunu ortaya koyabiliriz.

§ 2. FONKSİYONEL FİİL HAKİMİYETİNE DAYALI MÜŞTEREK FAİLLİĞİN YAPISI

I. Müşterek Faillerin Aslî Sorumluluğu ve Kanunî Düzenlemenin Niteliği

A. Müşterek Faillerin Aslî Sorumluluğu

Müşterek faillik, 19. yüzyılda yeknesak bir kavram olarak ortaya çıkmasından önce dahi, suçun işlenmesinde aslî bir sorumluluk şekli olarak kabul ediliyordu. Bu hususta, günümüzde de herhangi bir tartışma olmadığı görülmektedir. Elbette bu durumun kanunî düzenlemelerle de ilgisi bulunduğu söylenebilir. Gerek Alman Ceza Kanunu'nda gerek Türk Ceza Kanunu'nda suçun birlikte işlenmesinin bir “fail” sorumluluğu yani suçta aslî bir sorumluluk oluşturacağı açıkça düzenlenmiştir. Nitekim müşterek failliği karşılıklı

azmettirme olarak kabul eden görüşlerde dahi bu suretle suça iştirak edenlerin suçun işlenmesinde aslî sorumlu oldukları kabul edilir⁹²⁶.

Müşterek faillikte, yardım etme ve azmettirmedeki gibi bir başkasının işlediği suça katkıda bulunma değil, ilgili suçu bir başkasıyla iş birliği içerisinde haksızlıkla doğrudan temas halinde işleme söz konusudur⁹²⁷. Diğer bir ifadeyle müşterek faillikte bir başkasının haksızlığına katılma değil gerçekleştirdiği davranışlarla bizzat kendi haksızlığını işleme söz konusudur⁹²⁸. Bu anlamda müşterek failliğin bir faillik kategorisi olmasından hareketle, bu suretle suça iştirak edenlerin tamamı işlenen suç kapsamında öngörülen ceza çerçevesinden tam olarak sorumludur.

Müşterek failliği, yan yana faillik şeklinde gerçekleşecek basit bir birleşmeden ayıran temel unsur ise suçun işlenmesi bakımından tesadüfi bir birlikteliğin mevcut olmamasıdır. Esasen, yan yana failler müstakil fail olarak değerlendirileceği için bu noktada bir iştirak problemi değil, nedensellik ve objektif isnadiyet problemi bulunduğu ifade edilebilir⁹²⁹. Zira tüm iştirak şekillerinde mevcut olan iştirak iradesi, yan yana faillikte suçun işlenmesine etki eden hiçbir tarafta bulunmaz. Nitekim yan yana faillik ceza kanunlarında genellikle düzenleme alanı bulmamıştır.

Bu açıdan ikilik sistemini esas alan bir kanunî sistemde müşterek faillerin sorumluluğu suçun işlenmesi bakımından doğrudan doğruya bir sorumluluk olup şeriklerinki gibi dolaylı veya tali bir sorumluluk değildir. Bu tespitin bir sonucu olarak müşterek faillerin münferit suç tiplerinin dayanağı olan davranış normunun da aslî muhatabı olduğunun kabul edilmesi gerekecektir⁹³⁰. Ancak bu durumda, örneğin, kasten öldürme suçunda bir başkası bıçak

⁹²⁶ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, II, B. Karşılıklı Azmettirme Görüşü*.

⁹²⁷ **Hakeri, Hakan** (2006) "*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*" Ceza Hukuku Dergisi, C.1, S.1, ss. 75-109, s. 90; **Özgenç**, *Faillik*, s. 262.

⁹²⁸ **Eisele/Heinrich**, *AT*, kn. 770. Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki Yargıtay'ın müşterek faillik açısından pek çok kararında kullandığı "*diğer sanığın eylemine TCK'nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılma*" ifadesi müşterek faillerin suçun işlenmesindeki aslî sorumluluklarıyla uygun düşmemektedir. Bu ifade, "*katılan*" kimsenin, tipik hareketi bizzat işleyene bağlı kılındığı intibamı uyandırmaktadır. Yargıtay'ın bu ifadeye yer verdiği kararları için bkz. Yargıtay 14. CD, E. 2015/7096, K. 2016/199; Yargıtay 5. CD, E. 2009/2540, K. 2009/4415; Yargıtay 10. CD, E. 2020/4793, K. 2021/8173

⁹²⁹ **Keçelioğlu, Elvan** (2006) "*Alman Ceza Hukukunda Faillik*" TBB Dergisi, S.65, ss. 73-88, s. 86-87. Yan yana faillikte alternatif illiyet ve kümülatif illiyet incelemesi için bkz. **Çiçek, Mustafa** (2022) "*Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik*" Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, ss. 561-596, s. 571-573.

⁹³⁰ **Özgenç**, *Faillik*, s. 139.

darbesini indirirken mağdurun kollarını tutan kimse de “öldürmemelisin” davranış normunun muhatabı olarak kabul edilebilecek midir? Yani suçun tipikliğine ilişkin tüm unsurları bizzat gerçekleştirmeyecek şekilde suça katılan müşterek fail, nasıl olur da suçun işlenmesinden aslî sorumlu olarak kabul edilebilir? Kanaatimizce bu sorunun cevabı müşterek faillğe ilişkin kanunî düzenlemeye verilecek anlamla yakından ilişkilidir.

B. Müşterek Faillğe İlişkin Kanunî Düzenlemenin Niteliği

Bu noktada müşterek faillerin asli sorumluluğunun kanundaki ilgili düzenlemeden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, kanunda müşterek faillğe ilişkin herhangi bir düzenleme olmasaydı bile suçu birlikte işleyenlerin yine de fail olarak sorumlu olmalarının kabul edilip edilemeyeceği irdelenmelidir. Diğer bir ifadeyle müşterek faillğe ilişkin kanuni düzenleme suçu birlikte işleyenlerin sorumluluğu bakımından kurucu niteliğe mi sahiptir yoksa yalnız bildirici bir hükümden mi ibarettir sorusu cevaplanmalıdır. Kanundaki müşterek faillik düzenlemesi münferit suç tiplerinde düzenlenen cezai sorumluluk alanını genişletmekte midir? Hemen belirtelim ki doktrinde bu konudaki ağırlıklı görüş, modern anlamda müşterek faillik sorumluluğunun mümkün olabilmesi için kanunda buna özgü bir düzenleme bulunmasının gerektiği; dolayısıyla kanundaki müşterek faillğe ilişkin düzenlemenin kurucu bir niteliği haiz olduğu şeklindedir.⁹³¹

Gerçek şu ki müşterek faillğe ilişkin kanunî düzenlemenin kurucu değil bildirici bir nitelikte olduğu kabul edilecek olursa, müşterek faillik de esasen aynı suçun işlenmesinde birden fazla kimsenin tek başına fail olarak iştirakinden başka bir anlama gelmeyecektir⁹³². Zira eğer suçun işlenmesine neden olan her davranışın faillik kapsamında yer almadığı kabul edilecek olursa⁹³³, yani faillik dar anlamda suçun objektif ve sübjektif unsurlarını

⁹³¹ **Bauer, Claudia** (1996) *Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten)*, München, Verlag V. Florenz, s. 44; **Becker**, s. 116; **Birkmeyer**, s. 105; **Dencker**, *Beteiligung*, s. 533; **Herzberg, Rolf Dietrich** (1987) *"Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme"* ZStW, C.99, S.1, s. 54; **Kühl, AT**, § 20, kn. 6; **Küper, Wilfried** (1978) *Versuchbeginn und Mittäterschaft*, Heidelberg Hamburg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, s. 60; **Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf**, § 49, kn. 6; **Roxin, LK**, § 25, kn. 110; **Steckermeier, Kristina** (2015) *Der Tatentschluss von Mittätern*, Baden-Baden, Nomos, s. 26; **Stratenwerth/Kuhlen, AT**, § 12, kn. 77.

⁹³² Nitekim, kanunî düzenlemenin kurucu bir nitelik arz etmediğini savunan *Schilling*'e göre müşterek faillik yalnızca bir suçtaki birden fazla tek başına faillğin bir şeklidir. Bkz. **Schilling, Georg** (1975) *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Berlin, Carl Heymanns, s. 74. Aynı yönde bkz. **Baumann, Jürgen** (1977) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Bielefeld, s. 555, Aktaran: **Küper, Versuchbeginn**, s. 60.

⁹³³ Faillğin geniş yorumuna ilişkin değerlendirme için bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, §1, IV. Değerlendirme*.

gerçekleştirmek olarak tanımlanıyorsa; suça iştirak edenlerin tamamının tipik davranışı gerçekleştirmediği sürece fail olamayacağı da kabul edilmelidir. Bu itibarla kanunun genel hükümlerinde yer alan müşterek faillığe ilişkin hüküm de bildirici nitelikte kabul edilecek olursa, müşterek fail sorumluluğunda suç ortaklarının her birinin ilgili suçun tipikliğini tek başına gerçekleştirmesi gerekir. Oysa müşterek faillikte, her ne kadar suça objektif katkının derecesine ilişkin tartışma olsa da her bir ortağın en azından tipikliğin bir kısmını gerçekleştirmesi halinde müşterek fail sorumluluğunun doğacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bu durum özellikle çok hareketli suçlarda ön plana çıkar. Örneğin, yağma suçu bağlamında suç ortaklarının birlikte anlaşarak cebir suretiyle bir başkasını malını teslim zorlanmasında ortaklardan birisi mağdura karşı cebir hareketini gerçekleştirirken diğerinin yalnız malı teslim alışı bu kapsamda telakki edilebilir. Eğer müşterek faillığe ilişkin kanunî düzenlenmenin yalnız bildirici nitelikte olduğu kabul edilecek olursa cebir uygulamayan kişinin yağma suçundan fail olarak kabul edilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira bu kişinin davranışı tek başına yağma suçunun tipikliğini oluşturmamaktadır.

Müşterek faillığe ilişkin düzenlemenin kurucu nitelikte olduğuna ilişkin görüşümüz bir an için yukarıda benimsediğimiz müşterek failliğin hukuki esasına ilişkin fonksiyonel hâkimiyet kavramıyla çelişiyor görülebilir. Yani madem ortaklar, suçun işlenmesindeki kendi kısmi paylarıyla tüm suça hâkimiyet sağlamaktadırlar, öyleyse tüm suça hâkim olan müşterek faillerin sorumluluğu için niçin kanunî bir düzenlemeye gerek duyulsun? Burada şu hususa dikkat çekmek gerekir: Müşterek faillığe ilişkin fonksiyonel hâkimiyet kıstası her ne kadar bu suça iştirak şeklinin esasını açıklamaya elverişli olsa da bu şekilde bir hâkimiyetin faillik olarak kabulünde kanun koyucunun iradesi önem arz eder. Toplumsal hayat gerçekliğinde var olduğunu düşündüğümüz, bir olaya müştereken hâkimiyet sağlama olgusunun münferit suç tiplerinde fail olarak sorumluluğu gerektirecek bir iştirak şekli olarak kabulü ancak kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Zira kanun koyucu bir davranışı suçta tiplendirdikten sonra bu çerçevede, bu model dışında kalan davranışları gerçekleştirenlerin suçun aslî sorumlusu, faili, olamayacağını da kabul etmiş olur. Bu durum tipikliğin ayıklama fonksiyonundan (*Auslesefunktion des Tatbestandes*)⁹³⁴ kaynaklanır.

⁹³⁴ Tipikliğin ayıklama fonksiyonu, çok sayıda olası davranış arasından toplumsal zararı göz önünde bulundurularak kanun koyucu tarafından seçilmesi ve cezaî yaptırımla yasaklanmasını ifade eder. Böylece cezaî yaptırıma dahil olmayan davranışlar tipiklik vasıtasıyla cezaî sorumluluktan ayıklanmış olmaktadır. Bkz. **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 107; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 186.

Konuya ilişkin, *Roxin* de bir taraftan müşterek failliğin kanun koyucunun “*her şeye kâdir*” iradesiyle açıklanamayacağını belirtirken⁹³⁵ diğer taraftan da suçu birlikte işlemenin harekete hâkimiyet ve irade hâkimiyetiyle eşitlenip eşitlenmeyeceğinin kanun koyucunun değer yargısına bağlı olduğunu ifade etmiştir⁹³⁶. Yine aynı yazar başka bir eserinde de her bir müşterek failin suçun tamamından ve dolayısıyla suçun kendisinin bizzat işlemediği kısımlarından da sorumlu olmasının müşterek faillğe ilişkin Alm. CK. § 25 II düzenlemesinden kaynaklandığını ifade etmiştir⁹³⁷.

Nihayet, yukarıdaki davranış normunun aslî muhatabı tartışmasına dönecek olursak, kasten öldürme suçunda bir başkası bıçak darbesini indirirken mağdurun kollarını tutan kimse de “*öldürmemelisin*” davranış normunu muhatabı olarak kabul edilecektir. Ancak bu husus suçun tipikliğine ilişkin tüm unsurları bizzat gerçekleştirmese de suçun tamamı üzerinde hâkimiyet sağlayan iştirakçileri aslî sorumlu olarak kabul eden kanunî düzenlemeden kaynaklanır.

Hukukumuz açısından TCK’nın 37. maddesinin 1. fıkrasındaki “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” hükmünün de müşterek fail sorumluluğu için bildirici değil kurucu nitelikte olduğunu ifade etmeliyiz. Zira dikkat edileceği üzere, maddede, faillğe ilişkin bir tanım yapılmamış, suçu birlikte işleyenlerin fail olduğu ifade edilmemiş, yalnız fiili birlikte gerçekleştirenlerin “*fail olarak sorumlu*” olacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla TCK m. 37/1 münferit suçların tipikliğini genişleten bir nitelik arz etmektedir.

Bu noktada şu soru gündeme gelir: Madem kanunî düzenleme münferit suçların tipikliğini genişleten bir niteliğe sahip, öyleyse şeriklik hallerinde olduğu gibi müşterek faillerin sorumluluğu bakımından da bağlılık kuralının gereklerinin mevcut olması gerekir mi? Aşağıdaki başlıkta bu sorunun cevabını aramaya çalışacağız.

⁹³⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 309.

⁹³⁶ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 110. Yine aynı yönde *Roxin*, kanun koyucunun suça müşterek hâkimiyeti, fail olarak cezalandırdığını belirtmiştir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 864.

⁹³⁷ **Roxin**, *Versuch*, s. 494.

II. Müşterek Faillik ve Bağlılık Kuralı

A. Bağlılık Kuralı (*Akzessorietätsprinzip*) Açısından Değerlendirme

İkilik sisteminin bir sonucu olarak, şeriklerin cezalandırılabilmesi için failin fiiline bağlı bir haksızlık gerçekleştirilmesi gerektiği yukarıda izah edilmişti⁹³⁸. Yine önceki başlıkta ortaya koyduğumuz üzere müşterek faillik sorumluluğu da kanundan kaynaklanan bir faillik türü olsa da nihayetinde suçun işlenmesinde aslî bir sorumluluk türüdür. Dolayısıyla bu iki esastan hareket edilmesi halinde, müşterek faillerin sorumlulukları bakımından bağlılık kuralının gereklerinin mevcut olmasına ihtiyaç olmadığını belirtmeliyiz. Müşterek faillerin sorumluluğu şeriklerin sorumluluğu gibi bağlılık kuralından kaynaklanmaz⁹³⁹.

Bunun dışında, müşterek faillerin sorumluluğu için bağlılık kuralına, fiil hâkimiyetinin esasları bakımından da gerek olmadığı ifade edilebilir. Nitekim fiil hâkimiyeti teorisi dahilinde müşterek faillik, suç olayının merkezî figürü tetkikinde, hareket hâkimiyeti ile irade hâkimiyetinin dışında kalan ve suçun icrasına fonksiyonel hâkimiyet olarak ortaya çıkan üçüncü bir hâkimiyet alanını temsil etmektedir⁹⁴⁰.

Bu açıklamalardan hareketle, TCK'daki müşterek faillik ve bağlılık kuralını değerlendirebiliriz. Bu noktada hemen dikkati çeken husus, TCK'nın birinci kısım dördüncü bölümünün başlığının "*Suçta İştirak*" olması ve 37. maddede faillik, 38. maddede azmettirme, 39. maddede yardım etme düzenlenirken 40. maddede düzenlenen bağlılık kuralında Kanun'un "*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*" hükmüne yer vermesidir. Yani, Kanun metninde, azmettirme ve yardım etme dışında 37. maddenin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenen müşterek faillik ve dolaylı faillik açısından da bağlılık kuralının geçerli olduğu şeklinde anlaşılmaya müsait bir dil tercih edilmiştir⁹⁴¹. Diğer taraftan madde gerekçesinde böyle bir yoruma dayanak olacak herhangi

⁹³⁸ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 2, III, A. İkilik Sisteminin Esası*.

⁹³⁹ **Atalay, Osman** (2017) "*Müşterek Faillik*" Yargıtay Dergisi, C.43, S.3, ss. 611-682, s. 627; **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2023) Ceza Hukuk Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Adalet, s. 766; **Hakeri, İştirak**, s. 90; **Çakır**, s. 148-149; **Jescheck/Weigend**, s. 675; **Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf**, § 47, kn. 7; **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, kn. 813. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da müşterek faillerin sorumluluğunun bağlılık kuralından kaynaklanmadığını ifade etmiştir. Bkz. YCGK, E. 2018/145, K. 2020/116, T. 20.02.2020.

⁹⁴⁰ **Roxin, Tatherrschaft (10)**, s. 307.

⁹⁴¹ Oysa Alm. CK'da bağlılık kuralına ilişkin bağımsız bir hüküm tesis edilmemiş § 26 (azmettirme) ve § 27 (yardım etme) kapsamında doğrudan ilgili şeriklik şekillerinin tanımında bağlılık kuralına yer verilmiştir.

bir ibare bulunmamaktadır⁹⁴². Nitekim doktrinde de söz konusu hükmün şeriklerle sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴³. Yargıtay kararlarında da müşterek failler bakımından TCK m. 40'ın uygulanmasına ilişkin herhangi bir hükme rastlamadığımızı belirtmeliyiz⁹⁴⁴.

Gerçekten, yukarıda suça iştirake ilişkin kanunî sistemler bağlamında ele alındığı üzere, bağıllık kuralı ikilik sisteminin ortaya çıkardığı bir gerekliliktir ve bu gereklilik esasen suçun aslî sorumlusu, fail dışındaki kimselerin suça katkıları bakımından sorumluluğunu sağlamak ihtiyacından kaynaklanır. Dolayısıyla yine yukarıda gerekçeleriyle ortaya konulduğu üzere TCK'da da ikilik sisteminin esasları üzerine kurulu bir suça iştirak sistemi tercih edildiğinden müşterek failler bakımından bağıllık kuralı geçerli olamayacaktır⁹⁴⁵.

B. Müşterek Faillerin Karşılıklı Bağımlılığı (*wechselseitige Abhängigkeit*)

Müşterek faillerin birbirlerinin fiilleri bakımından bağıllık kuralındaki (*Akzessorietätsprinzip*) gibi dikey (*vertikal*) bir bağıllıktan bahsedilemeyecekse de bu durum özellikle fonksiyonel hâkimiyet bakımından müşterek faillerin birbirlerinin fiillerinden tamamen bağımsız olduğu anlamına da gelmeyecektir. Müşterek faillerin, işlenecek veya işlenmekte olan suç bakımından birlikte, yatay (*horizontal*), karşılıklı olarak birbirlerine bağımlı (*wechselseitige Abhängigkeit*⁹⁴⁶) bir sorumlulukları söz konusudur. Ancak bu

⁹⁴² “Bağıllık kuralının gereği olarak, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi için, failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir.” Bkz. TCK m. 40'ın gerekçesi.

⁹⁴³ **Karaaslan, Reşit** (2022) Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları, Ankara, Seçkin, s. 267; **Kaymaz, Seydi** (2011) “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Kişisel Nitelikli Halin Geçişiyile İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi” Fasikül Hukuk Dergisi, C.3, S.25, ss. 18-21, s. 20. Karşı yönde bkz. **Evik, Vesile Sonay** (2012) “Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu” Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.2, Prof. Dr. Durgun Yarsuvat'a Armağan, ss. 287-299, s. 290.

⁹⁴⁴ Konuya ilişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesi bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan, onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failler, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira, müşterek faillerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağıllık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez. Buna karşılık, şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir, şerikler, suçtan bağıllık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla, şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağıllık arz etmektedir”. Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2014/1769, K. 2014/4149, T. 24.09.2014.

⁹⁴⁵ **Çakır**, s. 74; **Demirel**, *Bağıllık Kuralı*, s. 305; **Taşkın Kapusuzoğlu**, s. 155; **Savaşçı Temiz, Bilgehan** (2016) “İştirak Hükümleri Açısından Bağıllık Kuralı” AÜHFD, C.65, S.4, ss. 2487-2512, s. 2492; **Yılmaz**, *Dolaylı Faillik*, s. 248.

⁹⁴⁶ **Roxin**, müşterek faillerin karşılıklı bağımlılığı için “*wechselseitige Abhängigkeit*” ibaresini kullanır. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 317, 323. Aynı yönde bkz. **Gallas**, *Beiträge*, s. 105.

durum, şeriklerin cezalandırılabilmesi için gerekli olan failin fiiline bağılılık olarak anlaşılmamalıdır. Şeriklerin bağılılığına ilişkin kuralda (*Akzessorietätsprinzip*) tek yönlü ve şeriklerin davranışları tipik olmasa da onların cezalandırılabilmelerine ilişkin bir bağılılık söz konusudur. Oysa müşterek faillikteki karşılıklı bağımlılık (*wechselseitige Abhängigkeit*) hem çift yönlü, birbirini tamamlayan hem de her bir suç ortağının davranışını tipikliğe dahil eden bir özellik arz eder. Zira madem müşterek faillik, suça müşterek hâkimiyet olarak kabul edilmekte öyleyse müşterek faillerin aynı suçtan birlikte sorumlu olabilmeleri için de her birinin kasten bu suçun icrasında esaslı bir katkıda bulunması gerekir. Eğer müşterek faillerden birinin kasten esaslı bir katkısı söz konusu değilse, diğerinin de müşterek fail olarak bu suçu işlemesi mümkün olmayacaktır.

Bu açıklamadan da anlaşılaçağı üzere, müşterek faillerin karşılıklı bağımlılığı bu iştirak şekli bakımından benimsenen teoriyle yakından ilgilidir. Söz gelimi yukarıda açıldığı üzere müşterek failliğin bir objektif isnadiyet unsuru olduğı ya da her bir müşterek failin şekli objektif teori temelinde yalnız birden fazla bir faillik türü olduğunun kabul edilmesi halinde karşılıklı bir bağılılıktan da söz edilemeyecektir. Ancak müşterek faillik bakımından her suç ortağının tüm suç olayı üzerinde kendi katkılarıyla müştereken hâkim olacakları kabul ediliyorsa her birinin suçun icrasına esaslı bir katkıda bulunması da gerekir. Suç ortaklarından birinin suçun icrasına esaslı bir katkısı olmadığı durumda her birinin müşterek failliğı ortadan kalkacaktır. Bu konuda yine yağma suçu örnek verilebilir. A mağdurun malı teslim etmesi için mağduru tehdit ederken B mağdurdan malı teslim aldığı bir halde A ve B'nin müşterek fail olduğı hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Oysa A'nın mağduru tehdit etmediğı ya da B'nin malı teslim almadığı bir halde her ikisinin de yağma suçundan müşterek fail olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

III. Müşterek Faillikte Karşılıklı Isnadiyet

A. Müşterek Faillikte Karşılıklı Isnadiyet Unsuru

Müşterek failliğin, doğrudan ve dolaylı faillikten bağımsız bir faillik şekli olarak kabul edilmesinin nedeni, bu faillik türünde bir yandan suça katılanların suçun fiil unsuruna ilişkin tüm şartları bizzat yerine getirmek zorunda olmaması, diğer yandan ise suça katılanların hiçbirinin diğeri üzerinde bir hâkimiyet kurmamış olmasıdır⁹⁴⁷.

⁹⁴⁷ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 312; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 159; **Welzel**, *Strafrecht*, s. 107.

Bu bağlamda suçun kanuni tanımındaki fiilin birlikte gerçekleştirilmesinde iki ihtimal düşünülebilir⁹⁴⁸. Birincisi, müstakil faillikte olduğu gibi suça katılanların tamamının suçun bütün unsurlarını gerçekleştirmesi; ikincisi her bir müşterek failin suçun unsurlarının bir kısmını gerçekleştirmesidir⁹⁴⁹. İşte tam olarak ikinci olasılık bakımından müşterek faillğe ilişkin kanuni düzenleme bağımsız bir önemi haiz olur⁹⁵⁰. Zira ilk olasılıkta, bağımsız kanunî bir düzenlemeye gerek kalmaksızın suça katılanların her biri zaten fail olarak sorumlu olacaklardır.

Dolayısıyla müşterek faillik, suçun birden fazla kimse tarafından, birlikte suç işleme kararı temelinde, eş yetkili ortaklar olarak ve birbirlerini tamamlayan katkılarda bulunmak suretiyle, bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesini gerektirir⁹⁵¹. Bu bilinçli iş birliği, müşterek faillerin her birinin davranışının diğerine isnat edilmesini sağlar (*wechselseitige Zurechnung*)⁹⁵² ve bu şekilde suça katılanların tamamının fail olarak sorumlu olmasını gerektirir⁹⁵³. Dolayısıyla müşterek failler sanki suçun işlenmesine ilişkin tüm katkıları bizzat gerçekleştirmiş gibi sorumlu olurlar⁹⁵⁴.

Müşterek faillerin davranışlarının karşılıklı olarak birbirlerine isnat edilmesi konusunda doktrinde büyük ölçüde bir ittifak olsa da *Freund*, karşılıklı isnadiyet kavramının yanıltıcı olduğunu ileri sürmektedir⁹⁵⁵. Yazara göre, müşterek failler yalnız kendi davranışları ve bunun sonuçlarından sorumludurlar. Bu görüş, müşterek failliğin hukuki esasında açıklandığı üzere, yazarın faillğe ilişkin yorumundan kaynaklanır. Yazara göre faillik esasen bir genel hükümler problemi değil, münferit suç tiplerinin yorumlanmasına ilişkin bir

⁹⁴⁸ **Mitsch**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 24, kn. 54.

⁹⁴⁹ **Eisele**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 25, kn. 54; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 77.

⁹⁵⁰ **Eisele**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 25, kn. 54.

⁹⁵¹ **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 32.

⁹⁵² **Bostancı Bozbayındır, Gülşah** (2019) "Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması ve Şahısta Hata" *Legal Hukuk Dergisi*, C.17, S.202, ss. 4203-4262, s. 4218; **Çakır**, s. 83; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vorbem §§ 25 ff. kn. 77; **Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian** (2015) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München, C.H.Beck, §9, kn. 71; **Köhler, Michael** (1997) *Strafrecht Allgemeiner teil*, Berlin, Heidelberg, Springer, s. 516; **Kühl, AT**, § 20, kn. 100; **Mitsch**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 25, kn. 53; **Murmann**, *Grundkurs*, § 27, kn. 52; **Rengier, Rudolf** (2011) "Die Zurechnung von einzelnen objektiven Tatbeiträgen gemäß § 25 Abs. 2 StGB" *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, ss. 849-858, s. 851; **Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf**, § 49, kn. 6; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 155.

⁹⁵³ **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 32.

⁹⁵⁴ **Çakır**, s. 85; **Heinrich, AT**, kn. 1218; **Jakobs, AT**, 21/25; **Karakehya, Hakan** (2023) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 222; **Krey/Esser**, § 28, kn. 941.

⁹⁵⁵ **Freund**, § 10, kn. 149 vd.

özel hükümler problemidir. Failliğin belirlenmesi bakımından fiil hâkimiyeti şeklinde genel bir kural getirilemeyeceğini, zira kanunsuz suç olmaz ilkesi gereğince cezalandırma için tamamıyla belirlenmiş bir normun gerekli olduğunu söylemektedir⁹⁵⁶. Dolayısıyla müşterek fail ile yardım etme arasındaki ayrımın da ilgili münferit suç tipinin özelliklerinden soyutlanarak belirlenemeyeceğini savunur⁹⁵⁷. Bu açıdan yazarın görüşlerinin şekli objektif teoriye dayandığı belirtilmektedir⁹⁵⁸.

Faillik teorileri kapsamında daha önce de ifade edildiği üzere, şekli objektif teori failliğin esasını açıklamak bakımından elverişli bir teori değildir⁹⁵⁹. Ancak burada karşılıklı isnadiyet meselesi hakkında *Freund*'un reddine karşı şunları ifade edebiliriz: Müşterek failliğin belirlenmesinde ilgili suç tipine göre bir yorum elzem olsa da bu durum müşterek failliğin suç tiplerinden soyutlanamayacak bir hukuki esası olmadığı anlamına gelmemelidir. Aksi takdirde, genel hükümlerde yer alan müşterek faillğe ilişkin kanunî düzenlemenin, her suç tipindeki yorumu diğer bir suçtan bağımsız bir nitelik arz edecek ve bizzatihi böyle bir yöntem genel anlamıyla suçların kanunî tanımını belirsizleştirecektir. Dolayısıyla müşterek faillerin fiilleri diğer suç ortağından bağımsız bir şekilde tipiklik arz etmediği halde bunların birlikteliğinin suçun tipikliğini oluşturduğu kabul ediliyorsa artık suç ortaklarının her birinin davranışının diğerine isnat edildiğinin de kabul edilmesi gerekir. Aksi halde suç ortaklarının hiçbirisi tek başına suç olayı üzerinde hâkimiyet sağlamadıklarından, nihayetinde hiçbirinin fail olarak kabul edilmesi de mümkün olmayacaktır⁹⁶⁰. Elbette bu durum ilk bakışta suçta kanunilik ilkesine aykırı görünse de müşterek faillğe ilişkin genel hükümlerdeki kanunî düzenlemeyle bu şekilde bir sorumluluğa kanunî dayanak kazandırılmış durumdadır. Nitekim yukarıdaki başlıkta müşterek faillğe ilişkin kanunî düzenlemenin, bu iştirak şekli açısından elzem olduğunu ve böyle bir düzenlemenin suç ortaklarının sorumlulukları bakımından kurucu nitelikte olduğunu belirtmiştik⁹⁶¹.

Sonuç olarak kanun koyucu, suçun birlikte işlenmesini faillik olarak hüküm altına alarak, münferit suçları bu şekilde işleyenlerin davranışlarının da birbirlerine isnat edileceğini kabul

⁹⁵⁶ **Freund**, § 10, kn. 36.

⁹⁵⁷ **Freund**, § 10, kn. 164.

⁹⁵⁸ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 83; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 37.

⁹⁵⁹ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm*, § 5, II, A, 3. *Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme*.

⁹⁶⁰ **Bloy, René** (1996) "*Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*" GA, ss. 424-442, s. 425.

⁹⁶¹ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm*, § 2, I, B. *Müşterek Faillğe İlişkin Kanunî Düzenlemenin Niteliği*.

etmiş olur. Diğer bir ifadeyle karşılıklı isnadiyet, müşterek fail sorumluluğunda mündemiç bir unsurdur.

B. Karşılıklı Isnadiyetin Konusu

Karşılıklı isnadiyetin müşterek faillik kavramında mündemiç kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu noktada müşterek faille suçun hangi unsurlarının karşılıklı olarak isnat edileceğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir.

Müşterek faillikteki karşılıklı isnadiyet yalnız suçun objektif fiil unsuruyla sınırlıdır⁹⁶². Suçun kanuni tanımından yer alan faile ilişkin unsurlar, kast unsuru ve kastın yanı sıra aranan tipikliğin diğer sübjektif unsurları karşılıklı isnadiyet kapsamında değildir. Sayılan bu unsurlar, her bir müşterek failin şahsında gerçekleşmelidir.

Kastın karşılıklı olarak isnat edilememesinin sebebi, aşağıda müşterek failliğin şartlarında görüleceği üzere birlikte suç işleme kararının zaten suça bireysel katkıları bir araya getiren, bu katkıları suçun birlikte işlenmesi olarak kabulünü sağlayan bir şart olmasıdır. Bu şart, bizim de katıldığımız hâkim görüş uyarınca müşterek faillğe ilişkin sübjektif bir kriter olarak müşterek faille suçun birlikte işlenmesine ilişkin kastı olarak telakki edilir⁹⁶³. Dolayısıyla müşterek faillik için her bir suç ortağının kasten hareket etmesi gerekli olduğundan suçun kast unsuru karşılıklı isnadiyet konusu olamayacaktır⁹⁶⁴. Benzer şekilde suç tipinde kastın yanı sıra özel bir bilme, saik, amaç gibi diğer sübjektif unsurlara da yer verilmişse, her bir müşterek failde kast dışında bu diğer sübjektif unsurların da var olması gerekir⁹⁶⁵.

Suçun kanunî tanımındaki faile ilişkin unsurların isnat edilememesinin sebebi ise kanun koyucunun bu unsurlarla ilgili suçun faillik alanını yalnız belirli niteliğe sahip kimselerle daraltmış olmasından kaynaklanır. Bu tür suçlarda ilgili faillik vasfını taşımayan kimse ne müstakil fail ne de müşterek fail olabilecektir⁹⁶⁶. Böyle bir sonuca genel norm- özel norm yorumuyla da varılabilir. Nitekim kanun koyucu ceza kanunun genel hükümlerinde tipikliği

⁹⁶² **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 32; **Rengier**, *Zurechnung*, s. 851; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 155.

⁹⁶³ Müşterek faille bir araya getiren unsur objektif bir kriter olarak kabul eden görüş için bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, § 3, I, A. Birlikte Suç İşleme Kararının Esası*.

⁹⁶⁴ **Angerer, Veronika** (2004) *Rücktritt im Vorbereitungsstadium*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 142.

⁹⁶⁵ **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 168.

⁹⁶⁶ **Kraatz**, s. 248; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 189; **Rengier**, *Zurechnung*, s. 853.

genişletici bir şekilde suçun fiil unsurunu tamamıyla gerçekleştirmemekle birlikte bu fiili bir başkasıyla birlikte gerçekleştiren kimseyi fail olarak kabul ederek genel bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu özel hükümler kısmında münferit suç tiplerinde faillik için belirli vasıfların mevcudiyetinin gerektiğini ayrıca hüküm altına almışsa artık genel hükümlerdeki müşterek faillik düzenlemesinin geri planda kalması ve bu vasıfları taşımayan iştirakçinin fail olarak kabul edilmemesi gerekir. Dolayısıyla kanunun aradığı faillik vasfına sahip olmayan iştirakçiler duruma göre azmettiren veya yardım eden olarak şerik sıfatıyla ilgili suçtan sorumlu olacaklardır. Önemle belirtmek gerekir ki suç tipinde aranan faillik niteliğini taşımayan kimsenin müşterek fail olmayacağına ilişkin doktrinde bir tartışma olmasa da bu niteliği taşıyan kimsenin failliği bakımından suç fiiline hâkim olması gerekip gerekmediği konusu büyük ölçüde tartışmalıdır. Bu konu aşağıda özel faillik niteliğine ilişkin yeter şart başlığı altında ele alınacaktır⁹⁶⁷.

Karşılıklı isnadiyete ilişkin tüm bu sınırlamaların yanı sıra, genel anlamda suça iştirakin bir sonucu olarak müşterek faillerin kusurları da birbirlerine isnat edilemeyecek; her bir suç ortağının kusuru suça müşterek fail olarak katılmış olsalar da birbirlerinden bağımsız şekilde değerlendirilecektir⁹⁶⁸. Söz gelimi müşterek faillerden biri haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında ilgili suçu işlemişse diğer müşterek fail, TCK m. 29'da yer alan indirimden faydalanamayacaktır⁹⁶⁹. Ancak kusurluluk bakımından suça iştirak edenlerden birinin diğeri üzerinde kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran bir halden faydalanmak suretiyle yani birinin diğerrinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmak suretiyle suçu işleyip işlemediğine de dikkat etmek gerekir. Zira bu durumda müşterek faillik değil, dolaylı faillik söz konusu olabilecektir⁹⁷⁰.

Son olarak objektif cezalandırılabilme şartlarının da karşılıklı isnadiyet kapsamında olmadığını ifade etmeliyiz. Zira bu şartların müstakil faillikte dahi bilinmesine gerek yoktur.

⁹⁶⁷ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 2, I, A. 2. Özel Faillik Niteliğine İlişkin Yeter Şart Tartışması.

⁹⁶⁸ Rengier, Zurechnung, s. 856.

⁹⁶⁹ “Haksız tahrik, haksız bir fiilden etkilenen failin ruhsal durumundan dolayı kusurunun azaldığı görüşüne dayanmaktadır. Buna göre, yalnızca şahsında bu koşullar gerçekleşen fail bakımından uygulanabilir. Başka bir deyişle haksız tahrik, kusuru azaltan kişisel bir nedendir. Haksız tahrikin suça iştirak edenlere (müşterek fail veya diğer şeriklere) de uygulanabilmesi için, tahrike ilişkin koşulların tüm şerikler hakkında geçerli olması zorunludur. Bu nedenle müşterek fail veya iştirak edenlerden bir kısmı hakkında tahrik koşulları gerçekleşmiş, diğerleri hakkında gerçekleşmemiş ise, 29. madde yalnızca haksız tahrik koşulları gerçekleşen kişiler hakkında uygulanabilecektir”. Bkz. YCGK, E. 2011/123, K. 2011/229, T. 15.11.2011 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 18.11.2022.

⁹⁷⁰ Roxin, AT-II, § 25, kn. 237.

Genel olarak iştirak bakımından da objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği sürece bu şartların bilinip bilinmediğine bakılmaksızın suça iştirak edenlerin hiçbiri cezalandırılmayacaktır⁹⁷¹.

C. Nitelikli Hallerin Karşılıklı Isnadiyeti

Karşılıklı isnadiyetin konusu müşterek faillerin nitelikli hallerden sorumluluğu bakımından da benzer şekilde değerlendirilmelidir. Zira yukarıda ortaya koyduğumuz üzere müşterek faillerin sorumluluğu şeriklerin sorumluluğu gibi bağlılık kuralından kaynaklanmaz⁹⁷². Dolayısıyla nitelikli hal, karşılıklı isnadiyet kapsamında olan fiilin dışında bir husustan kaynaklanıyorsa; yardım etme ve azmettirmeden farklı olarak bu nitelikli hal, müşterek faillerce biliniyor olsa da onların nitelikli halden birlikte sorumluluğuna yol açmaz⁹⁷³.

Bu esastan hareketle nitelikli halleri şahsa bağlı sebepler ve fiile bağlı sebepler olarak ayırabiliriz⁹⁷⁴. Şahsa bağlı sebeplere faille mağdur arasındaki ilişkiyi, failin belirli saikle hareket etmesini, özel faillik niteliğini örnek gösterebiliriz. Fiile bağlı sebeplere ise silah kullanımını, suçun gece vakti işlenmesini örnek gösterebiliriz.

Bu hususların somutlaşması açısından şöyle bir örnek verilebilir: A ve B; A'nın eşi C'yi yaralamak üzere anlaşmış ve birlikte bir çakı alarak A'nın eşinin yanına gitmişlerdir. A eşinin bağırmasını engellemek için onu yakalayıp eliyle ağzını kapatırken, B çakıyla C'nin karnına kesik atmıştır. Olayda suçun eşe karşı işlenmesi nitelikli halinden (TCK m. 86/3-a)

⁹⁷¹ **Ersoy, Uğur** (2015) Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Ankara, Adalet, s. 198; **Kangal, Zeynel T.** (2011) "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları" İÜHFİM, C.68, S.1-2, İstanbul Üniversitesi, ss. 151-167, s. 155.

⁹⁷² Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 2, II, A. Bağlılık Kuralı (Akzessorietätsprinzip) Açısından Değerlendirme*.

⁹⁷³ "Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan, onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failler, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira, müşterek faillerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez. Buna karşılık, şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir, şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla, şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle, şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler". Bkz. YCGK, E. 2014/593, K. 2016/269, T. 24.05.2016 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 18.11.2022.

⁹⁷⁴ **Önder**, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 444-445. Ayrıma ilişkin inceleme için bkz. **Kaymaz, Seydi** (2012) "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.2, ss. 117-168, s. 126-130; **Sarıgül**, s. 301-331.

yalnız A sorumlu olacakken, suçun silahla işlenmesi nitelikli halinden (TCK m. 86/3-e) A ve B birlikte sorumlu olacaktır.

Yeri gelmişken, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yağma suçunun hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesine ilişkin olarak hukuki ilişkinin tarafı olmayan başkaca kişilerin suça müşterek fail şeklinde katılmaları halinde TCK m. 150/1'deki hükmü bu kişiler bakımından da uyguladığı kararına⁹⁷⁵ katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kanunda açıkça “*kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması*” ifadesi yer aldığından alacağı olmayan kimsenin bir başkasının alacağı için bu amaçla hareket etmiş olması, TCK m. 150/1 bakımından yağma suçu yerine tehdit veya cebir suçundan sorumlu olmasına imkân vermeyecektir⁹⁷⁶. Müşterek faillik bakımından ortaklardan birinin hukuki ilişkiye dayanan alacağının mevcudiyeti diğer ortağa isnat edilemeyecektir.

D. Kısmi Müşterek Faillik

Müşterek faillikte, suçun tüm unsurlarının karşılıklı olarak isnat edilememesi, karşılıklı isnadiyetin konusunun yalnız objektif fiille sınırlı olması, müşterek faillerin farklı suçlardan sorumlu olup olmayacakları sorusunu gündeme getirir. Bu konu, doktrinde kısmi müşterek faillik (*teilweise Mittäterschaft*) kavramıyla somutlaştırılmakta ve ağırlıklı olarak suç ortaklarının müşterek fail sıfatıyla farklı suçlardan cezalandırılabilmelerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁹⁷⁷.

Öncelikle kısmi müşterek faillik, suç ortaklarının belirli bir suçu işlemek için anlaşmış olmalarına rağmen ortaklardan birinin suç planını aşarak başka bir suç veya aynı suçun nitelikli halini gerçekleştirmesi durumunda mümkün olabilir. Örneğin A ve B, birlikte mağdura yumruk atarken; B, A'dan habersiz olarak mağdurun cüzdanını da alırsa, A ve B kasten yaralama suçu bakımından müşterek fail iken yağma suçu bakımından yalnız B fail

⁹⁷⁵ Bkz. YCGK, E. 2017/6-91, K. 2017/291 T. 23.5.2017, Aktaran: **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 660, dn. 1198.

⁹⁷⁶ **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 660.

⁹⁷⁷ Bu yöndeki görüşler için bkz. **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 235; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 169; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 192; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 102; **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 32; **Rengier**, *Zurechnung*, s. 854; **Rengier**, *AT*, § 44, kn. 28. Alman hukukunda **Dencker**, *de lege lata* olarak, Alm. CK.nın müşterek faillığe ilişkin düzenlemesinin (§ 25 II) kısmi müşterek faillığe engel teşkil edeceğini, kanunun hatalı bir şekilde düzenlendiğini savunmaktadır. Bkz. **Dencker**, *Beteiligung*, s. 533.

olarak kabul edilecektir. Bu halde kasten yaralama fiili birlikte gerçekleştirilmiş olmasına rağmen cüzdanının alınması suç planına dahil olmadığından A ve B'nin birlikte gerçekleştirdikleri kasten yaralama fiilleri karşılıklı olarak birbirlerine isnat edilecek ancak cüzdanın alınmasından yalnız B sorumlu olacaktır. Sonuç olarak B yağma suçundan sorumlu olacakken A kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

Diğer taraftan kısmi müşterek failliğin, faile ilişkin özel bir niteliğin arandığı özgü suçlar ile genel suçlar arasında da mümkün olduğu ifade edilebilir. Zira suça iştirak edenlerden birinde mevcut olan kanunun aradığı faillik vasfının, diğer suç ortağına isnat edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla suç ortaklarının birlikte işledikleri fiillerin hem bir özgü suça hem de bir genel suça vücut vermesi mümkündür. Bu husus bakımından TCK'nın 204. maddesinde yer alan resmî belgede sahtecilik suçunu örnek verebiliriz. Resmî belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi sıfatına sahip bir kimseyle bu sıfata sahip olmayan bir kimsenin birlikte işlenmesi durumunda kamu görevlisi TCK m. 204/2 kapsamında sorumlu olacakken kamu görevlisi olmayan kimse aynı maddenin 1. fıkrasından sorumlu olacaktır⁹⁷⁸. Elbette bu durumda kamu görevlisi olmayan kimsenin azmettiren veya yardım eden sıfatıyla TCK m. 204/2'ye şerik olarak iştiraki de söz konusudur. Ancak failliğin şerikliğe aslîliği kuralı gereğince kamu görevlisi olmayan yalnız TCK m. 204/1 kapsamında fail olarak sorumlu kabul edilecektir⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Aynı yönde bkz. **Özgenç**, *Faillik*, s. 291.

⁹⁷⁹ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 772; **Atalay**, s. 632; **Çakır**, s. 279; **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 622. Ancak bu nevi bir olayda Yargıtay 11. Ceza Dairesi, resmî belgenin düzenlenmesinde kamu görevlisinin yanı sıra kamu görevlisi olmayanların da suçun işlenmesinde müşterek hâkimiyet kurarak iştirak etmesi durumunda, kamu görevlisi olmayanları TCK m. 204/1'den fail olarak sorumlu kabul etmek yerine, TCK m. 204/2'ye şerik olarak sorumlu olduğunu oyçokluğuyla kabul etmiştir. Ancak kararın karşı oy yazısında haklı olarak kamu görevlisi olmayanların TCK m. 204/1 kapsamında fail olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 11. CD, E. 2016/922, K. 2018/2106, T. 13.03.2018 karşı oy yazısı: “Yukarıda da izah edildiği üzere, hukuki görüş ayrılığı, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 204/1. maddesindeki (765 sayılı TCK'nın 339/1.md.) suçu mu yoksa aynı maddenin 2. fıkrasındaki suçu mu oluşturduğu, bunun doğal sonucu olarak da sanıkların eylemlerinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı noktasında düşünülmektedir. Mahkemenin ve Dairemizin kabulü: Motorlu taşıt sürücü sertifikası ile trafik idaresine başvuran kursiyer sanıkların eyleminin ‘memurun resmi belgede sahteciliği’ suçuna iştirak oluşturacağı ve eylemin TCK'nın 204/2 maddesi kapsamında kalacağı yönündedir. Dosya içeriği itibariyle, özel kanunları gereği kamu görevlisi kabul edilen ve eylemleri suç tarihi itibariyle zamanaşımına uğrayan sürücü kursu yönetici ve görevlileri ile sanıklarımızın sürücü sertifikası çıkarmak için birlikte hareket ettikleri, bu konuda sahte belgeler oluşturdukları, oluşturdukları bu belgeleri kamu kurumlarında kullanmak suretiyle sahte sürücü belgeleri düzenlettikleri, bu belgeleri kullandıkları ve bu surette haksızlık teşkil eden fiiller üzerinde müşterek hâkimiyet kurmak suretiyle resmi belgede sahtecilik suçunu müşterek fail olarak işledikleri anlaşılmaktadır. Bu şekilde, TCK'nın 204/1 maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçuna, kendilerinden istenen bir kısım belgeleri, fotoğrafları vs. temin etmek ve

Kısmi müşterek faillik bakımından Alman hukukunda özellikle cinayet (*Mord*, Alm. CK. § 211) ile kasten öldürme (*Totschlag*, Alm. CK. § 212) suçları Alman Federal Mahkemesi'nin kararları bağlamında ele alınmaktadır. Bu suçların müşterek faillik açısından önemi, Federal Mahkeme'nin cinayet (*Mord*) suçunu, kasten öldürme (*Totschlag*) suçunun nitelikli hali olarak değil bağımsız bir suç olarak kabul etmesinden kaynaklanır⁹⁸⁰. Mahkeme, önceki kararlarında bunları iki ayrı suç olarak kabul ettiğinden suç ortaklarından birinin cinayet diğerinin kasten öldürme suçundan sorumlu olacağı şekilde bir müşterek failliğin mümkün olmayacağına hükmetmiştir. Ancak Mahkeme, sonraki kararlarında, cinayet ve kasten öldürme suçunun bağımsız birer suç olup olmadığını değerlendirmeksizin müşterek failliğin bu iki madde bağlamında mümkün olduğunu kabul etmiştir.

Kasten öldürme suçunda müşterek faillik açısından hukukumuzda benzer bir tartışmanın söz konusu olmayacağını belirtebiliriz. Zira TCK'nın 82. maddesinde, Alm. CK'da cinayet suçu (*Mord*) kapsamındaki hallerin açıkça 81. maddedeki kasten öldürme suçunun nitelikli halleri olarak hüküm altına alındığı görülmektedir. Dolayısıyla örneğin müşterek faillerden birinin kan gütmeye saikiyle (TCK m. 82/1-j) hareket etmek suretiyle suça katıldığı diğerinin ise böyle bir saike sahip olmadığı bir durumda müşterek faillerden biri kasten öldürmenin nitelikli halinden sorumlu olacakken diğeri aynı suçun temel halinden sorumlu olacaktır⁹⁸¹. Diğer taraftan kan gütmeye saikiyle kasten öldürme suçu kanunda nitelikli hal olarak değil, bağımsız bir suç olarak öngörülseydi dahi yine de suç ortaklarının müşterek fail olarak kabul edilmesi

imzaları atmak suretiyle, müşterek fail olarak (fiili birlikte gerçekleştiren) katılan kişileri bu suç yönünden yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu tutmak mümkün değilken, özel faillik niteliğine sahip olmayan bu kişiler, TCK'nın 204/2 maddesinde düzenlenen özgü suç yönünden ise ancak yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu olabileceklerdir. Kamu görevlisi ile birlikte hareket ederek resmi belgede sahtecilik suçunu işleyen kişi resmi belgede sahtecilik suçunun temel şekli (5237 sayılı TCK'nın 204/1.md.) açısından kamu görevlisi ile birlikte müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Bunun yanında özel faillik vasfını taşıyan kamu görevlisini resmi belgede sahtecilik suçunun nitelikli şekli açısından müstakil fail olarak, bu vasfa sahip olmayan sanıkları ise yardım eden yani şerik olarak sorumlu tutmak gerekir. Ancak asli norm-tali norm ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde kişiyi sadece asli normun ihlali dolayısıyla cezalandırılabilir. Aynı fiille ayrıca tali normun ihlal edilmiş olması dolayısıyla faile ayrıca ceza verilmeyecektir. Faillğe nazaran şeriklik tali norm karakteri arz ettiği için kamu görevlisi olmayan kişiyi sahtecilik suçunun temel şeklinden cezalandırmak gerektiği kanaatindeyim”.

⁹⁸⁰ Roxin, haklı olarak, bu iki hükmün bağımsız suçlar olduğunun kabulünde dahi müşterek failliğin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Roxin**, LK, § 25, kn. 115.

⁹⁸¹ “Diğer sanıklar ile herhangi bir kan bağı olmayan ve müşterek fail olan sanık ... hakkında maktüle yönelik eylemi nedeniyle, her bir failin kendi eyleminden sorumlu olması ilkesi de dikkate alındığında, tasarlanmanın şartlarının gerçekleşmediği de gözetildiğinde, TCK'nun 81/1. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde aynı Yasanın 82/1-a-j maddesi uyarınca cezalandırılması”. Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2015/4623, K. 2016/3074, T. 14.06.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> s.e.t. 20.11.2022.

gerekiirdi. Zira bu durum yukarıda açıklandığı üzere müşterek failliğin karşılıklı isnadiyet unsurundan kaynaklanır.

E. Cezalandırmayı Engelleyen Bir Sebebin Varlığı Halinde Müşterek Faillik

Müşterek failliğin yukarıda açıklandığı şekliyle suç ortaklarının birinin suçun temel halinden diğerinin nitelikli halinden veya iki farklı suçtan sorumlu olabileceklerini yani müşterek faillerin nihayetinde farklı cezaî sorumluluklarının mümkün olduğunu ifade etmiştik. Ancak bu noktada ortaklardan birinin cezaî sorumluluğunun söz konusu olmadığı halde diğer ortağın müşterek fail sorumluluğunun mümkün olup olmadığını da açıklığa kavuşturmak gerekir⁹⁸².

Bu noktada sorumluluğun belirlenmesi bakımından yine karşılıklı isnadiyetin konusu esas alınmalıdır. Müşterek faillikte karşılıklı isnadiyetin konusu yalnız suçun kanunî tanımı kapsamındaki fiil olduğu ve bu fiili birlikte işleyenlerin cezalandırılma bakımından gerekli diğer şartlar öteki ortaktan bağımsız olarak değerlendirileceği için ortaklardan birinin cezalandırılmaması diğerinin müşterek fail sıfatını ortadan kaldırmamalıdır⁹⁸³. Dolayısıyla ortaklardan birinin kusur yeteneğine sahip olmaması ya da kusurluluğunu ortadan kaldıran bir nedeninin var olması halinde dahi diğer ortak, müşterek fail olarak kabul edilebilecektir⁹⁸⁴.

Ancak Alman öğretisinde bir kısım yazar, bu hususu kanunî düzenlemedeki ifadeyle uyumlu olmaması nedeniyle reddetmektedir⁹⁸⁵. Bu kapsamda *Wessels/Beulke/Satzger*⁹⁸⁶, Alm. CK. § 25 II’de bir suçun (“*Straftat*”) birlikte işlenmesine vurgu yapıldığına ve bu şekilde ortaklardan birinin cezasız kaldığı hallerde müşterek failliğin kabulünün müşterek faillerin suç tipiyle olan ilişkisini ortadan kaldıracağına işaret etmektedir. Dolayısıyla yazarlara göre örneğin suç ortaklarından birinin kusurlu olmadığı veya faillik için gerekli özel bir kişisel unsuru gerçekleştirilmeyerek cezasız kaldığı durumlarda müşterek faillikten bahsedilemeyecektir. Ortaklardan birindeki bu eksiklik diğer ortak tarafından bilinmiyor

⁹⁸² Bu durum Alman öğretisinde ilk kez Frister tarafından ifade edilen “*münferit müşterek faillik*” (*isolierte Mittäterschaft*) kavramıyla ifade edilir. Bkz. **Frister**, 25/23.

⁹⁸³ **Hoyer**, SK, § 25, kn. 107.

⁹⁸⁴ **Hoyer**, SK, § 25, kn. 107; **Rengier**, AT, s. 853; **Roxin**, LK, § 25, kn. 170; **Roxin**, AT-II, § 25, kn. 237; **Özgenç**, Faillik, s. 262.

⁹⁸⁵ **Dencker**, *Beteiligung*, s. 533; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 837.

⁹⁸⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 837.

olsa da cezasız kalan ortak suçta araç olarak kullanmış kabul edilmeli ve diğeri dolaylı faillikten sorumluluk olmalıdır. Diğer taraftan Alman öğretisinde bazı yazarlar ise dolaylı failliği, diğer ortağın cezalandırılmasını engelleyen sebebin bilindiği hallerle sınırlı olarak kabul etmektedir⁹⁸⁷.

Bize göre de diğer ortaktaki cezalandırılmayı engelleyen sebepleri bilmeyen kimsenin bir başkasını suçta araç olarak kullanmasından bahsedilemeyecektir. Öte yandan *Wessels/Beulke/Satzger*'in kanundaki “*Straftat*” yani bir “*suçun*” birlikte işlenmesi ifadesine ilişkin yorumunun da haklı görülemeyeceği ifade edilebilir. Nitekim gerek Alman Federal Mahkemesi⁹⁸⁸ gerek Alman öğretisinde⁹⁸⁹ § 25 II'deki “*Straftat*” ifadesinin, ceza muhakemesi anlamında fiili⁹⁹⁰ değil, maddi ceza hukuku anlamında fiile işaret ettiği belirtilmektedir⁹⁹¹. Dolayısıyla suç ortaklarından birinin ceza muhakemesi süreci sonunda cezasız kalması diğerinin müşterek failliğini engellememeli, müşterek faillik suçun fiil unsuruyla sınırlı olarak kabul edilmelidir.

Bu açıklamalardan hareketle, TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme, Alm. CK. § 25 II'deki düzenlemeye nazaran müşterek faillik açısından daha uygun, daha açık bir tanımı ihtiva etmektedir⁹⁹²: “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren*

⁹⁸⁷ Roxin, *AT-II*, § 25, kn. 237; Schünemann, *LK*, § 25, kn. 170.

⁹⁸⁸ BGHSt 36, 231 (BGH, 25.07.1989, 1 StR, 479/88) <beck-online.beck.de> s.e.t. 10.12.2022.

⁹⁸⁹ Waßmer, *Anwaltkommentar*, § 25, kn. 51.

⁹⁹⁰ Kelep Pekmez, Tuba (2019) Ceza Muhakemesinde Fiil, İstanbul, On İki Levha, s. 5.: “*Belirtmek gerekmektedir ki ceza muhakemesinde fiil çok fonksiyonlu bir anlama sahiptir. Ceza muhakemesinde fiil iddianamenin düzenlenmesinden hükmün kesinleşmesine ve hatta hükmün kesinleşmesinden sonra göz önüne alınması gereken bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece fiil yalnız mahkemenin hukuki olarak hangi konu ile bağlı olduğunun sınırlarını çizmekle kalmamakta, hukuki araştırmanın ve hükmün konusunun kapsamını belirleme ve kesin hükmün önleyici etkisinin sınırlarını çizme gibi fonksiyonları da ifa etmektedir*”.

⁹⁹¹ Alman ceza hukuku öğretisinde *Straftat* kullanımına ilişkin olarak bkz. Dursun, Selman (2021) Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Ankara, Seçkin, s. 191-192.

⁹⁹² Buna karşılık Özbek/Doğan/Bacaksız, Alm. CK'daki düzenlemenin, fail sayılmak için suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirmenin mutlaka gerekli olmaması nedeniyle amaca daha uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 535. Ancak biz yukarıdaki gerekçelerle bu görüşe katılmıyoruz. Yine Özen de kanundaki ifade bakımından şu yorumda bulunmuştur: “*Ancak, ‘Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri’ ifadesi, farklı yorum ve sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, bu fıkranın ‘suçun kanuni tanımında yer alan unsurları birlikte gerçekleştirenlerden her biri’ şeklinde düzenlenmesi yerinde olurdu.*” Bkz. Özen, Mustafa (2007) “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı” TBB Dergisi, S.70, ss. 239-253, s. 244. Yine Özen'e göre “fiili birlikte gerçekleştirme isabetli bir ifade şekli değildir. Çünkü, TCK'da gai/amaçsal/final suç kuramının kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu kuram, suçun merkezine hareketi

kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur". Bu hüküm kapsamında, tipik fiilin birlikte gerçekleştirilmesinin, her bir iştirakçinin fail sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla "*müştereklik*" suçun kanunî tanımındaki fiil ile sınırlıdır, bu fiilin dışında her bir müşterek failin sorumluluğu "*münferiden*" belirlenecektir.

F. Kabahatlerde Karşılıklı İsnadiyet

Kabahatler ile suçlar arasında nitelik değil nicelik farkı bulunduğu⁹⁹³, suçlara ilişkin genel hükümler esasen kabahatler bakımından da geçerlidir. Ancak teşebbüs ve iştirak gibi konularda uygulama kolaylığı açısından farklılıklar söz konusu olabilmektedir⁹⁹⁴. İştirak kurumu açısından akla ilk gelen uygulama kolaylığı şüphesiz teklik sistemidir⁹⁹⁵. Hukukumuz açısından da kabahatlere iştirakte uygulama kolaylığının teklik sistemiyle sağlandığı söylenebilir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁹⁹⁶ madde 14'te kabahat türünden haksızlıklara ilişkin iştirak müessesesi düzenleme alanı bulmuştur. Maddenin ilk fıkrasına göre bir kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezasına hükmedilecektir. Bu hükümden hareketle Kabahatler Kanunu suça iştirak bakımından teklik sistemini esas almıştır⁹⁹⁷. Hatta Kanun'da teklik sistemi, saf haliyle (şekli

almaktadır. Bu nedenle, neticeyi klasik suç kuramında olduğu gibi fiilin bir alt unsuru olarak görmemekte, fiilden bağımsız olarak neticeli suçlar bakımından suçun ayrı bir unsuru olarak görmektedir. Hal böyle olunca, fiili birlikte gerçekleştirme değil, hareket ve/veya neticeyi birlikte gerçekleştirme ifadesine yer verilmeliydi". Bkz. **Özen, Mustafa** (2019) Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 825.

⁹⁹³ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun genel gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "*esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı doğurmaktadır*". Bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 840.

⁹⁹⁴ **Akbulut, Berrin** (2014) Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 118.

⁹⁹⁵ Teklik sisteminin idarenin uygulayacağı yaptırımlar bakımından kolaylık sağladığı yorumu için bkz. **Bülte, Jens** (2020) Ordnungswidrigkeitenrecht, München, C.H.Beck, § 2, kn. 93.

⁹⁹⁶ 31.03.2005 tarihli ve 25772 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete. Bu kanun, kabahatler hukukuna ilişkin temel kanun özelliği arz etmektedir. Özel kanunlarda kabahat türünden haksızlığa ilişkin olarak farklı bir düzenleme olmadığı sürece bu kanunun genel hükümleri tüm kabahatler açısından uygulama alanı bulacaktır. Bkz. **Akbulut, Kabahatler Kanunu**, s. 43.

⁹⁹⁷ **Akbulut, Kabahatler Hukuku**, s. 435; **Kangal, Kabahatler**, s. 237. Benzer şekilde Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) § 14'te kabahate iştirak bakımından teklik sistemi esas alınmıştır. Bkz. **Eryıldız, Täterschaft**, s. 26; **Mitsch, Wolfgang** (2008) "*Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts*" JA, S.4, ss. 241-320, s. 243; **Murmann, Grundkurs**, § 27 kn. 2; **Weisser, Täterschaft**, s. 22.

teklik sistemi⁹⁹⁸) yer almaktadır. Fonksiyonel teklik sisteminde olduğu gibi suça iştirakte farklı faillik formları öngörülmemiştir. Kasten ve hukuka aykırı bir fiil, kabahatin işlenmesi bakımından nedensel olduğu sürece, bu fiili gerçekleştiren kimse fail olarak sorumludur. Dolayısıyla bir suçun işlenmesi açısından salt yardım etme veya azmettirme olarak değerlendirilebilecek davranışlar, bir kabahatin işlenmesi açısından faillik arz edecektir.

Teklik sisteminin bir sonucu olarak kabahate iştirakte yardım etme ve azmettirmeden bahsedilemeyeceği gibi müşterek fail sorumluluğundan da bahsedilemez. Zira müşterek faillik, birden fazla doğrudan faillik değildir. Müşterek faillikte birden fazla kişi bir araya gelmek suretiyle, davranışları birbirlerine isnat edilerek, müştereken tipik bir haksızlık işlemektedirler. Oysa teklik sistemi bağlamında bir kimsenin kasten ve hukuka aykırı gerçekleştirdiği davranış haksızlığın gerçekleşmesi için nedensel olmakla birlikte zaten bu haksızlığı da doğrudan işlemiş olduğu kabul edildiğinden müşterek faillikteki gibi bir karşılıklı isnadiyet söz konusu değildir. Dolayısıyla kabahate iştirak bakımından bir müşterek faillikten değil yalnız birden fazla faillikten bahsedilebilir.

§ 3. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ŞARTLARI

I. Birlikte Suç İşleme Kararı

A. Birlikte Suç İşleme Kararının Esası

Birlikte suç işleme kararı veya ortak suç planı⁹⁹⁹, müşterek failliğin 19. yüzyılda yeknesak bir kavram olarak ortaya çıkmasında önem arz eden *Komplott* öğretisinden¹⁰⁰⁰ bu yana, müşterek failliğin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Hatta öyle ki bu şart birbirine karşıt durumda olan objektif ve sübjektif fail teorilerinin dahi asgari müştereği olmuştur¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ Bkz. yukarıda, *Birinci Bölüm*, § 2, II, B, 1. Şekli Teklik Sistemi.

⁹⁹⁹ Birlikte suç işleme kararı (*Der gemeinsame Tatentschluss*) ve ortak suç planı (*Der gemeinsame Tatplan*) kavramları doktrinde birbirleri yerine kullanılmaktadır. Bkz. **Becker**, s. 156; **Küpper**, *Tatentschluß*, s. 303; **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 37; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 119; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 173. Nitekim birlikte suç işleme kararıyla birlikte, esasen bir suçun işlenmesine yönelik olarak suç ortakları arasında bir rol dağılımı ortaya çıkar ve dolayısıyla suçun işlenmesi ortak bir plana bağlanır.

¹⁰⁰⁰ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm*, § 4, III, B. 19. Yüzyılda Müşterek Faillik.

¹⁰⁰¹ **Küpper**, *Tatentschluß*, s. 295; **Puppe, Ingeborg** (1991) "Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten" *NStZ*, C.12, ss. 571-574, s. 572.

Gerçekten suça bireysel katkıları bir araya getiren, bu katkıların suçun birlikte işlenmesi olarak kabulünü sağlayan, birlikte suç işleme kararıdır¹⁰⁰². Nitekim bu şart, aşağıda incelenecek olan suçun icrasına esaslı katkı şartından önce gelen ve müşterek failliği, birden fazla failin bir suçun işlenmesinde basit bir şekilde bir araya gelmenin ötesine taşıyan, her bir suç ortağının davranışının diğerine isnat edildiği bir iştirak şekli olarak yan yana faillikten ayıran karakteristik şarttır. Hatta suçun birlikte işlenmesi şartının, bazı müşterek faillik şekillerinde birlikte suç işleme kararına göre arka planda kaldığı da ifade edilebilir. Özellikle müşterek failliğin görünüm biçimlerinden biri olan alternatif müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının önemi ortaya çıkar¹⁰⁰³. Örneğin bu müşterek faillik şeklinin klasik örneğinde, hedef şahsın hangi yoldan geçeceğinin belli olmadığı bir durumda, birden fazla kimsenin alternatif yollarda pusuda beklemesi ve hedefin seçtiği yolda pusuda bekleyen suç ortağının hedefi öldürmesi halinde diğerleri müşterek fail olarak kabul edilecekse suçun birlikte işlenmesi şartı birlikte suç işleme kararı şartına göre daha önemsiz bir konuma indirgenmiş olacaktır.

Ancak doktrinde azınlıkta da olsa bu şartın gerekliliğini reddeden görüşlere de rastlanır. Nitekim yukarıda müşterek failliğin hukukî esasına ilişkin görüşlerde ele alındığı üzere¹⁰⁰⁴, müşterek failliği objektif isnadiyet meselesi olarak kabul eden yazarlar¹⁰⁰⁵, birlikte suç işleme kararının da müşterek faillik için gerekli olmadığını savunur. Bu kapsamda, müşterek fail olarak sorumluluğun belirlenmesinde, suça katılanların davranışları toplumsal anlamı açısından, dışardan bakan bir gözlemciye bir organizasyon, kişisel bir birliktelik, kolektif bir davranış olarak görülebilmesi yeterlidir. Dolayısıyla suça katılanların suçun birlikte işlenmesine ilişkin iradeleri müşterek faillik için önem arz etmemelidir. Öyle ki bu görüş kapsamında suçu hâlihazırda icra edenin bilgisi olmaksızın diğer bir kimsenin kendi davranışlarını suçun icrasına uyumlu hale getirmesi durumunda dahi müşterek faillik söz konusu olabilecektir¹⁰⁰⁶. Zira böyle bir durumda tarafların iradeleri uyuşmasa da işlenen tüm suç olayı dışardan bakan bir kimseye toplumsal anlamı açısından bir organizasyon olarak görülebilecektir.

¹⁰⁰² **Küpper**, *Tatenschluß*, s. 301.

¹⁰⁰³ **Steckermeier**, s. 27.

¹⁰⁰⁴ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, III, A. Objektif Isnadiyet Görüşü*.

¹⁰⁰⁵ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 281; **Derksen**, s. 175; **Jakobs**, *Akzessorietät*, s. 258.

¹⁰⁰⁶ **Derksen**, s. 173; **Jakobs**, *AT*, 21/43; **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 283.

Diğer taraftan dikkat edileceği üzere müşterek failliği objektif isnadiyet meselesi olarak değerlendiren görüş dahi müşterek failleri bir araya getiren bir unsurdan sarfınazar edememektedir. Nitekim bu görüş kapsamında da müşterek faillik açısından ortak bir amaç unsurundan söz edilir¹⁰⁰⁷. Ancak bu ortak amaç unsuru, sübjektif olarak değil objektif olarak değerlendirilmeli ve suça katılanların davranışları toplumsal anlamı açısından bir organizasyon, kolektif bir davranış olarak görülebilmelidir. Dolayısıyla suç, birden fazla kişi tarafından işlendiyse, bireysel eylemleri bir plan bağlamına dahil eden “kolektif irade”, sübjektif bir anlaşmadan değil, yalnızca fiilin objektif, sosyal açıdan zararlı anlamından kaynaklanabilir¹⁰⁰⁸. Nitekim bu açıklamalardan hareketle müşterek faillik için ortak bir suç planının veya birlikte suç işleme kararının varlığı değil ancak bunun belirlenmesindeki bakış açısının reddedildiği ifade edilmiştir¹⁰⁰⁹. Ortak suç planı suça katılanlar açısından içsel bir perspektiften değil, failin dışında bireysel eylemleri gözlemleyen birinin bakış açısıyla normatif olarak belirlenecektir¹⁰¹⁰. Ancak sonuç olarak bu görüş kapsamında, ortak bir amaç unsuru gerekli olsa da müşterek faillerin karşılıklı olarak anlaşması gerekli değildir.

Oysa, müşterek faillerin karşılıklı olarak anlaşması doktrindeki hâkim görüş bakımından vazgeçilmez bir şart olarak kabul edilir¹⁰¹¹. Ancak anlaşmanın niteliğine ilişkin bir görüş birliği söz konusu değildir. Suç ortaklarının karşılıklı olarak anlaşması doktrinde ağırlıklı olarak müşterek failliğin sübjektif unsuru olarak kabul edilse de bu şartın objektif bir unsur hatta hem sübjektif hem de objektif bir unsur olduğu da kabul edilmektedir.

Birlikte suç işleme kararını müşterek failliğin objektif şartı olarak kabul eden görüşlerde, suça katılanların karşılıklı olarak anlaşması, ortak bir suç planının gerekliliği kabul edilir ancak, bu anlaşmanın müşterek faillik açısından sübjektif değil, objektif bir unsur olduğu belirtilir. Bu kapsamda birlikte suç işleme kararı şartının her zaman için sùjeler arası, dış dünyada cereyan eden bir iletişim süreci olduğunu, dolayısıyla bu şartın müşterek faillerin iç dünyalarına ilişkin sübjektif bir şart olarak kabul edilemeyeceği savunulur¹⁰¹². Birlikte suç

¹⁰⁰⁷ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 276.

¹⁰⁰⁸ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 282.

¹⁰⁰⁹ **Kraatz**, s. 113.

¹⁰¹⁰ **Lesch**, *Tatentschluss*, s. 74.

¹⁰¹¹ **Steckermeier**, s. 180.

¹⁰¹² **Frister**, 26/3; **Dencker**, *Gesamtat*, s. 149; **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 130. Bu açıdan *Hoyer*, “gemeinsame Tatentschluss” kavramı yerine “gemeinsame Tatbeschluss” kavramını tercih etmektedir. “Entschluss” ve “Beschluss” kavramı Türkçe’ye karar verme olarak çevrilebilirse de Almanca’da, “beschluss”

işleme kararı, açıkça veya zımnî olarak suçun icrası sırasında dahi tesis edilebilen bir anlaşmadır. Dolayısıyla ortada dış dünyada algılanabilir iletişim sürecinden başka bir şey yoktur. Eğer birlikte suç işleme kararı sübjektif bir kriter olarak kabul edilecek olursa, müşterek faillerin de birlikte bir üst süje, bir genel süje (“*Gesamtsubjekt*”) oluşturduklarının kabul edilmesi gerekecektir¹⁰¹³.

Yine birlikte suç işleme kararının objektif bir şart olduğunun kabul edilmesinde, suç planının müşterek faillerce bizzat istişare edilerek ortaya çıkmasının gerekli olmadığını, bir başkası tarafından hazırlanmış plana uyulması halinde de müşterek failliğin mümkün olduğunu bu itibarla da birlikte suç işleme kararının sübjektif bir unsur olmayacağı da ifade edilmektedir¹⁰¹⁴.

Müşterek failleri bir araya getiren unsurun objektif nitelikte olduğunun kabulünde diğer bir dayanak noktası ise birlikte suç işleme kararının veya ortak suç planının yalnızca gerçekleştirilecek davranışla ilgili olması gerektiği ve bu davranış sonucu meydana gelecek tipik olayla ilgisi bulunmadığı, bu açıdan bu şartın müşterek faillerin kastından bağımsız olduğu yönündedir. Nitekim *Frister*¹⁰¹⁵, konuya ilişkin olarak şu örneği vermektedir: A ve B’nin eğlenmek amacıyla bir otoyol köprüsünden birbirinin ardı sıra yola ağır taşlar attıkları bir olayda, davranışlarının olası sonuçları bakımından müşterek bir bilince sahip olmasalar da her birinin davranışı diğerine objektif olarak isnat edilebilecektir. Dolayısıyla bu davranışlar sonucunda ölümcül bir kaza meydana gelirse, A ve B’nin bireysel olarak ölüm neticesinin meydana gelme olasılığını bilmesi veya göze alması durumunda kasten öldürme suçundan müşterek fail olarak sorumluluk gündeme gelecektir¹⁰¹⁶.

kelimesi ortaklaşa belirlenen, bir istişare sonucu ortaya çıkan karar verme anlamında kullanılırken; “*entschluss*” kelimesi belirli bir şeyi yapma niyeti olarak karar vermeyi ifade eder. Dolayısıyla *Hoyer*, “*beschluss*” tercihiyle ortaklar arasındaki kararın objektif niteliğine atıfta bulunmaktadır.

¹⁰¹³ **Dencker**, *Gesamttat*, s. 149.

¹⁰¹⁴ **Frister**, 26/1-3.

¹⁰¹⁵ Bkz. **Frister**, 26/3. Ayrıca belirtmek gerekir ki yazar, birlikte suç işleme kararına verdiği bu anlam çerçevesinde taksirli suçlarda müşterek failliğin de mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Frister**, 26/4.

¹⁰¹⁶ Bu açıdan yazar esasen, *birlikte suç işleme kararı* (“*gemeinsamer Tatentschluss*”) ifadesi yerine “*bir araya getiren suç planı*” (“*verbindende Tatplan*”) ifadesini tercih etmektedir. Bkz. **Frister**, 26/3.

Doktrindeki hâkim görüş uyarınca ise birlikte suç işleme kararı müşterek failliğin sübjektif şartıdır¹⁰¹⁷. Her bir müşterek failin bir suçun işlenmesinde suça kendi katkısının diğerinin katkısıyla birleşerek birbirini tamamladığının bilincinde olması gerekir¹⁰¹⁸. Suç ortakları arasında böyle bir bilinç olmadığı sürece müşterek fail sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır. Bu konunun özellikle Alman Federal Mahkemesi kararlarında da açıkça ifade edildiği görülmektedir¹⁰¹⁹. Birlikte suç işleme kararının müşterek failliğin sübjektif esası olduğunu kabul eden görüşün objektif esastan hareket eden görüşten en belirgin farkı, ilkinde müşterek faillerin bir “suçun” işlenmesi için anlaşmış olması gerektiği¹⁰²⁰ kabul edilirken ikincisinde yegâne şart “eylemin birlikte gerçekleştirilecek olması”dır. Objektif görüşte, müşterek faillerin anlaşmasının bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekmemektedir. Nitekim bu konu yukarıda *Frister’in* örneğinde de görüleceği üzere müşterek faillerin yalnız otoyol köprüsünden taşların atılması konusunda anlaşmaları yeterli kabul edilmiş, bu eylem neticesinde meydana gelebilecek tipik olay bakımından ortak bir iradeye sahip olmalarının gerekmediği belirtilmiştir. Oysa sübjektif görüşte birlikte suç işleme kararında müşterek faillerin anlaştıkları hususun tipik bir fiilin işlenmesine yönelik olması şarttır. Bundan dolayıdır ki birlikte suç işleme kararı kast kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰²¹.

Kanaatimizce, birlikte suç işleme kararının, müşterek faillik bakımından sübjektif nitelik arz eden unsurlarından vazgeçilemez. Zira yukarıda “*Müşterek Failliğin Hukuki Esasına İlişkin Kanaatimiz*” başlığı altında da zikrettiğimiz üzere müşterek faillerin iş birliği yapacakları faaliyet, toplumsal hayat bağlamında herhangi bir faaliyet değil, kanunda suç olarak tanımlanmış belirli bir faaliyettir¹⁰²². Dolayısıyla objektif görüş kapsamındaki, “birlikte

¹⁰¹⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 762; Becker, s. 55; Jescheck/Weigend, s. 678; Geppert, Klaus (2011) “Die Mittäterschaft” JURA, C.33, S.1, ss. 30-38, s. 32; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 455; Krey/Esser, kn. 808; Küpper, Tatentschluß, s. 301; Roxin, LK, § 25, kn. 173; Özgenç, Faillik, s. 276.

¹⁰¹⁸ Küpper, Tatentschluß, s. 301.

¹⁰¹⁹ BGH, 21.08.1991, 2 StR, 333/91: “Böyle bir iş birliğinin kabulü için birden fazla failin aynı suçu aynı anda ve benzer şekilde işlemesi yeterli değildir. Bundan ziyade, birinin eylemleri diğerinin eylemleriyle öyle bir biçimde bağlantılı olmalıdır ki bu eylem ortak bir suça katkı olarak görülebilecek bir eylem olsun. Bu bağlamda katılanın, kendi katkısının diğerinin faaliyetinin bir parçası olmasını ve buna bağlı olarak diğer katılanın eyleminin de suçtaki kendi rolünü tamamlamasını istemesi gereklidir.”

¹⁰²⁰ Alman Federal Mahkemesi de bu hususu açıkça zikretmektedir. Bkz. BGH, 1.3.2018, 4 StR, 399/17: “Alm CK. § 25 II’ye göre, birlikte suç işleme kararı veya suç planının referans noktası her zaman suçtur. Bu itibarla, müşterek faillik şeklinde işlenen bir kasten öldürme suçunda, birlikte suç işleme kararının, bir insanı iş bölümüne dayalı olarak birlikte öldürmeye yönelik olmasını gerektirir. Bu nedenle, müşterek faillik şeklinde işlenen bir kasten öldürme suçunun kabul edilebilmesi için, faillerin bir başkasının ölümüyle neticelenen salt ortak bir faaliyete karar vermeleri yeterli değildir.”

¹⁰²¹ Özgenç, Faillik, s. 276; Roxin, LK, § 25, kn. 121.

¹⁰²² Benzer yönde bkz. Puppe, Tatplan, s. 236.

gerçekleştirilen faaliyetin suçun kanunî tanımındaki fiile tekabül ettiğine ilişkin ortak bir bilince gerek olmadığı” ifadesi yerinde değildir. Birlikte suç işleme kararının salt suç ortakları arasındaki bir iletişim süreci olarak kabulü, cezaî sorumluluk açısından ancak bir azmettirme veya yardım etme teşkil edebilir¹⁰²³. Zira suça iştirak edenlerin davranışlarının birbirini tamamladığına ilişkin bir irade olmaksızın salt bir iletişim süreci sonunda iştirakçilerin karşılıklı olarak suç işlemeye sevk edilmesi veya suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi söz konusu olacaktır.

Tabii burada önemle belirtmek gerekir ki birlikte suç işleme kararı şartının müşterek faillik açısından sübjektif bir kriter olarak kabulü yalnız sübjektif faillik teorileri açısından değil aynı zamanda fiil hâkimiyeti teorisi açısından da geçerlidir. Zira fonksiyonel fiil hâkimiyetini oluşturan iş bölümü, bireysel katkının “*fonksiyonunun*” ancak kendisinden ortaya çıktığı, kapsayıcı/ üst bir planın varlığını gerekli kılar¹⁰²⁴. Bu bakımdan, suça katılanların her biri, suça kendi kısmi katkısının diğer katılımcıların katkılarını tamamladığının bilincinde olmalıdır.

Öte yandan birlikte suç işleme kararının, sübjektif bir unsur olarak kabulü TCK’nın 37. maddesindeki tanıma da uygun düşmektedir¹⁰²⁵. Suçun kanunî tanımındaki fiili birlikte gerçekleştirmeden söz edebilmek için her bir suç ortağının bu hususta bir bilgiye, kasta sahip olması gerekir. Zira madem suçun oluşması kastın varlığına bağlı ve kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 21/1) ve yine fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse kasten hareket etmiş olmaz (TCK m. 30/1); öyleyse 37. madde kapsamında suçun kanunî tanımındaki fiilin tek başına değil, bir başkasıyla birlikte gerçekleştirildiğinin de bilinmesi ve istenmesi, bu hususta da kastın varlığı gereklidir¹⁰²⁶.

¹⁰²³ **Becker**, s. 55.

¹⁰²⁴ **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 119; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 173.

¹⁰²⁵ Alman hukukunda da birlikte suç işleme kararı veya ortak suç planı şartının öncelikle kanundan kaynaklandığı, zira kanunda öngörülen suçun işlenmesindeki birlikteliğin her şeyden önce müşterek faillerin iradelerinin uyuşmasını gerektirdiği belirtilmiştir. Bkz. **Kühl**, *AT*, 6/106; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 190; **Seher, Gerhard** (2009) “*Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre*” *JuS*, S.1, ss. 1-7, s. 6.

¹⁰²⁶ Alman Ceza Kanunu bağlamında benzer bir yorum için bkz. **Becker**, s. 157. *Çakıra’a göre de “fiilin haksızlık muhtevasını etkileyen objektif nitelikteki maddi unsurlar müşterek fail tarafından bilinmelidir.” Bkz. Çakır*, s. 110.

Birlikte suç işleme kararının yalnız objektif bir ölçüt olarak ele alınmasının müşterek faillik açısından yerinde bir açıklama olmadığını, kurgusal bir örnek üzerinden şu şekilde izah edebiliriz: A ve B, C'yi belirli bir gün ve saatte C'nin ofisinde birlikte öldürmek için anlaşırlar. Ancak A, planlanandan önce ofise giderek saklanır. B ise A'nın gelmediğini düşünerek ofise girer ve C'yi bıçaklamaya başlar. Ancak C, bir anda bıçağı ele geçirir. Bunun üzerine A, saklandığı yerden çıkar ve C'ye ateş ederek onu öldürür. Bu örnekte, birlikte suç işleme kararının yalnız objektif bir kıstas, kişiler arasındaki iletişim süreci olarak kabul edilmesi durumunda A ve B'nin müşterek fail olarak kabul edilmesi gerekecektir. Zira, objektif açıdan bakıldığında, A ve B arasında somut olaya yansıdığı şekliyle bir iletişim gerçekleşmiştir. Her ikisi de bir irade açıklamasında bulunmuş ve her ikisi de belli bir hususta anlaşmışlardır. Müşterek faillik açısından yeterli olabilecek bir katkının varlığı hususunda da şüphe yoktur; zira her ikisi de mağduru öldürücü nitelikte bir davranışta bulunmuştur. Ancak burada müşterek failliğin kabulü yerinde değildir. Zira görüleceği üzere objektif açıdan bakıldığında suçun birlikte işlenmesine ilişkin iki taraf arasında bir iletişim süreci gerçekleşmiş ancak bu iletişim süreci sonucunda müşterek faillik için gerekli olan, tarafların suça katkılarının birbirlerini tamamladığına ilişkin iradeleri ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla birlikte suç işleme kararı her bir katılan açısından kendi iradelerine uygunluğu bakımından değerlendirilecek subjektif bir şart olarak kabul edilmelidir.

Ne var ki, objektif görüş sahibi yazarların tespitleri de birlikte suç işleme kararı için önem arz etmektedir. *Dencker'in* haklı olarak belirttiği üzere müşterek faillerin bir araya gelerek üst bir süje, toplam bir süje ("*Gesamtsubjekt*") oluşturmak suretiyle bir suçun işlenmesinden fail olarak sorumlu oldukları kabul edilemez¹⁰²⁷. Zira müşterek faillerin sorumluluklarının bu şekilde bir varsayımdan hareket edilerek açıklanması cezaî sorumluluk prensibiyle çatışır. Cezaî sorumluluktan bahsedilebilmesi için her zaman belirli bir insan davranışı gereklidir¹⁰²⁸ ve bu anlamda failin bireysel kusuru cezaî sorumluluğu temellendirmektedir¹⁰²⁹. Dolayısıyla nasıl ki bir varsayım olan, tüzel kişiliğin cezaî sorumluluğundan bahsedilemiyorsa¹⁰³⁰ müşterek faillerin sorumluluğunun da üst bir süjenin gerçekleştirdiği

¹⁰²⁷ Bkz. *Dencker, Gesamttat*, s. 123-125.

¹⁰²⁸ *Eisele/Heinrich, AT*, kn. 121.

¹⁰²⁹ *Eisele/Heinrich, AT*, kn. 351.

¹⁰³⁰ Hukukumuz açısından da aynı esastan geçerli olduğunu ifade edebiliriz. TCK m. 20: "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır". Ayrıca bkz. *Akbulut, Berrin* (2023) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Adalet,

davranışlardan kaynaklandığı da söylenemez. Bu itibarla, birlikte suç işleme kararının sübjektif nitelik arz eden bir şart olarak kabul edilmesinde, müşterek faillerin bir araya gelerek üst bir süje oluşturması ve bu üst süjenin suçun işlenmesine ilişkin iradesinin esas alındığı söylenemez¹⁰³¹. Başka bir ifadeyle, müşterek faillerin iradelerinin uyuşmasını gerektiren birlikte suç işleme kararından maksat suç ortaklarının bireysel iradelerini aşan ve onlardan soyutlanmış genel bir irade değildir¹⁰³². Birlikte suç işleme kararındaki sübjektif nitelik müşterek faillerin her birinin suça kendi kısmi katkısının, diğer ortağın davranışlarını tamamladığının ve bu duruma ilişkin aynı iradenin de diğer suç ortaklarında da bulunduğunun bilincinde olmasıdır.

Aynı şekilde objektif görüş sahiplerinin müşterek failler arasında dış dünyada algılanabilir bir iletişim sürecinin olması gerektiğine ilişkin görüşleri de birlikte suç işleme kararı bakımından önem arz etmektedir. Zira müşterek faillerin yukarıda belirtilen şekilde bir iradeye sahip olabilmelerinin ön şartı her zaman için ortaklar arasında böyle bir iletişim sürecinin gerekli olmasıdır. Buradaki iletişim sürecinden maksat her bir ortağın suçun birlikte işlenmesine yönelik mesajının diğer(ler)ine ulaşması ve diğer(ler)i tarafından bunun kabulünü içeren başka bir mesajın da göndericiye geri ulaşmasıdır. Dolayısıyla bir suçun işlenmesinde tek taraflı olarak kendi davranışlarını başkasının davranışlarıyla koordine etme, onun davranışlarını tamamlama bilinciyle hareket eden bir kimsenin müşterek failliğinden bahsedilemeyecektir¹⁰³³. Bu itibarla birlikte suç işleme kararı salt sübjektif bir şart olarak görülecek olursa, suç ortaklarından birinin diğerinin davranışlarını tamamlama iradesinin de müşterek faillik için yeterli olduğu sonucuna varılacaktır. Oysa müşterek faillerin aynı iradeye sahip oldukları ancak yukarıda açıklandığı şekliyle bir iletişim sürecinin varlığıyla mümkün olacaktır. Dolayısıyla birlikte suç işleme kararı salt sübjektif bir unsur olarak kabul edilecek olursa, bu kararın dış dünyada algılanabilir bir niteliğinin de olmayacağı söylenebilir¹⁰³⁴.

s. 470-474. TCK'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunda ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Baş, Eylem** (2021) Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Ankara, Seçkin, s. 325-476.

¹⁰³¹ **Schünemann, LK**, § 25, kn. 173.

¹⁰³² **Becker**, s. 55.

¹⁰³³ **Schünemann, LK**, § 25, kn. 173. Alman Federal Mahkemesi de tek taraflı olarak bir başkasının fiilini tamamlama iradesinin müşterek faillik için yeterli olmayacağını açıkça zikretmektedir. Bkz. BGH, 19.02.1997, 3 StR 21/97.

¹⁰³⁴ **Steckermeier**, s. 181.

Tüm bu açıklamalar kapsamında birlikte suç işleme kararının hem objektif hem de sübjektif nitelik arz eden bir şart olduğu yönündeki görüşe katıldığımızı ifade edebiliriz¹⁰³⁵. Birlikte suç işleme kararı, bir iletişim sürecinin ortaya çıkardığı, birden fazla kimsenin bir suçun birlikte işlenmesi bağlamında aynı içeriğe sahip olan, birden fazla bireysel irade olarak kabul edilmelidir. Bu itibarla müşterek faillerin iradelerinin bağlantı noktası herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesi değil bir suçun işlenmesi olduğundan, birlikte suç işleme kararının da her bir suç ortağının kastı kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

B. Birlikte Suç İşleme Kararının Kapsamı

Birlikte suç işleme kararının objektif ve sübjektif nitelikleri haiz olduğunu, müşterek faillerin bir suçun işlenmesine ilişkin olarak iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması gerektiğini ifade etmiştik. Bu bağlamda müşterek faillerin iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasını gerekli kılan unsurların ortaya konulması gerekir. Müşterek faillerin bir suçun işlenmesine yönelik olarak anlaşmaları gerekiyorsa, ilgili suçun tüm unsurlarının birlikte suç işleme kararında veya ortak suç planında yer alması gerekir mi?

Hemen ifade edelim ki, suç ortaklarına karşılıklı olarak suçun hangi unsurları isnat ediliyorsa iradelerin karşılıklı olarak uyuşması gereken unsurlar da bunlardır. Müşterek faillere karşılıklı olarak isnat edilen unsur, suçun objektif fiil unsuruyla sınırlıdır¹⁰³⁶. Dolayısıyla suçun kanunî tanımından yer alan faile ilişkin unsurlar, kast unsuru ve kastın yanı sıra aranan saik, amaç gibi tipikliğin diğer sübjektif unsurlarının birlikte suç işleme kararında veya ortak suç planında yer alması gerekmez. Sayılan bu unsurlara ilişkin bir kararın olmaması tek başına müşterek fail sorumluluğunu dışlamayacaktır. Bu unsurların her biri müşterek failler tarafından kişisel olarak gerçekleştirilmesi gerektiğinden duruma göre kısmi bir müşterek faillik de ortaya çıkabilecektir¹⁰³⁷.

Söz konusu açıklamanın TCK'nın 37. maddesindeki müşterek faillik düzenlemesine de uygun düştüğü ifade edilebilir. Maddede açıkça “suçun kanuni tanımında yer alan fiili

¹⁰³⁵ Bkz. **Kühl**, AT, § 20, kn. 104; **Marlie**, **Marcus** (2006) "Voraussetzungen der Mittäterschaft - Zur Fallbearbeitung in der Klausur" JA, S.Heft 8/9, ss. 613-616, s. 616. *Çakır*'a göre de “Ortak suç planında her zaman bir iletişim süreci gerekir. Ortak eylem planı hem nesnel (iletişim eylemi) hem de öznel bir bileşen (eylem kararı) içerir.” Bkz. **Çakır**, s. 90.

¹⁰³⁶ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 2, III, A. Müşterek Faillikte Karşılıklı İsnadiyet Unsuru*. Aynı yönde bkz. **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 32; **Rengier**, AT, s. 851; **Schünemann**, LK, § 25, kn. 155.

¹⁰³⁷ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 2, III, D. Kısmi Müşterek Faillik*.

birlikte gerçekleştiren” kimselerin fail olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla birlikte suç işleme kararının oluşumu bakımından suç ortaklarının tipik fiil üzerinde anlaşmaları yeterlidir¹⁰³⁸. Tabii bu noktada tipik fiili, suçun kanunî tanımındaki hareketle sınırlı olarak düşünmemek gerekir. Suçun kanunî tanımında hareketin yanı sıra neticeye de yer verilmiş ise müşterek faillerin iradeleri bu neticeyi de kapsamalıdır. Zira tekrar ifade etmek gerekirse, müşterek faillerin iş birliği yapacakları faaliyet, toplumsal hayat bağlamında herhangi bir faaliyet değil, kanunda suç olarak tanımlanmış belirli bir faaliyettir. Bu itibarla, müşterek faillerin anlaştıkları faaliyet ancak belirli bir neticenin gerçekleşmesi hâlinde suç arz ediyorsa her birinin iradesinin bu neticeyi de kapsaması gerekir.

Bu açıdan birlikte suç işleme kararı, suçun birlikte işlenmesi şartıyla birlikte, hem müşterek faillerin birlikte sorumluluğunu temellendirir hem de her bir ortağın sorumluluğunu bu karar ile sınırlandırır¹⁰³⁹. Nitekim birlikte suç işleme kararıyla birlikte, esasen bir suçun işlenmesine yönelik olarak suç ortakları arasında bir rol dağılımı ortaya çıkmakta ve dolayısıyla suçun işlenmesi ortak bir plana bağlanmaktadır. Bu anlamda birlikte suç işleme kararıyla ortaya çıkan suç planından sapan ortağın davranışlarının diğer ortağa isnat edilememesi gerekir.

Bu noktada iradelerin karşılıklı olarak uyuşması gereken tipik fiil bakımından, müşterek faillerin suçun birlikte işlenmesine yönelik planı ne kadar ayrıntılı belirlemeleri gerektiği de incelenmelidir. Söz gelimi müşterek failler, birbirlerini şahsen tanımalı mıdır ya da her bir davranışın tam olarak ne zaman gerçekleştirileceği belirlenmeli midir?

Öncelikle aynı hedefe ulaşma çabası içinde olanların, birbirleri hakkında herhangi bir bilgileri olmadığında, müşterek failliğin de söz konusu olmayacağını belirtelim¹⁰⁴⁰. Sözgelimi birbirlerinden habersiz bir şekilde mağdura ateş edenler ölüm neticesinden müşterek fail olarak değil, duruma göre ancak yan yana fail olarak sorumludurlar¹⁰⁴¹. Zira birbirlerinden habersiz olan kimselerin ortak bir suç planı olduğundan bahsedilemez. Tabii bu noktada birden fazla kimse, birbirleriyle bir bağlantı içinde olmaksızın, yalnız ortaklaşa

¹⁰³⁸ Müşterek faillik ve hata konusu bağlamında *Özgenç* de suçun kanunî tanımındaki fiilin soyut şekilde gerçekleştirilmesinin müşterek faillik için yeterli olduğunu savunmaktadır. Birlikte suç işleme kararında suçun kanunî tanımındaki unsurlar dışında bir somutlaştırmaya gerek bulunmamaktadır. Bkz. **Özgenç**, *Faillik*, s. 283.

¹⁰³⁹ **Çakır**, s. 97; **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 37; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 117.

¹⁰⁴⁰ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 191.

¹⁰⁴¹ **Roxin**, *AT II*, § 25, kn. 191.

edindikleri bir bilgiden hareket ederek belirli bir suç işliyorlarsa bu halde de ne bir iş birliğinden ne de ortak bir suç planından söz edilemeyeceğinden müşterek fail sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır¹⁰⁴².

Konuya ilişkin olarak Alman literatüründe, Federal mahkemenin kararına yansıyan şu olay sıklıkla ele alınmaktadır¹⁰⁴³: Aynı evde yaşayan bir anne ve iki kızı bir mağazadan yaptıkları alışverişte aldıkları ürünlerin ücretleri henüz ödenmeden evlerine teslimat yapıldığını ve daha sonra mağazadan ücret ödemesine ilişkin herhangi bir talepte bulunulmadığı ve fatura da düzenlenmediğini fark etmişlerdir. Bunun üzerine anne ve kızları bu fırsatı değerlendirerek ödeme yapmadan alışveriş yapabileceklerini kararlaştırmışlardır. Ardından bir süre boyunca farklı tarihlerde kimi zaman üçü birlikte, kimi zaman ikisi birlikte kimi zamansa tek başlarına ödeme yapmaksızın alışveriş yapmışlardır. Bu süreçte söz konusu mağaza çalışanları ise önceki alışverişlerin bedelinin ödenmediğinin farkına varmamışlardır. Çünkü fatura düzenlenmesi ve faturaların tahsili ilgili mağaza zincirinin merkez ofisinin sorumluluğundadır. Organizasyon eksikliği nedeniyle de merkez konuya ilişkin şubeyi bilgilendirmemiştir. Bölge mahkemesi bu olaya ilişkin olarak anne ve kızlarını dolandırıcılık suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutmuştur. Federal mahkeme ise ilgili eylemlerin dolandırıcılık suçuna vücut vereceğini kabul etmekle birlikte her bir münferit alım bakımından anne ve kızlarının müşterek fail olmayacağını kabul etmiştir. Mahkeme, anne ve kızlarının mağazadaki bu eksiklikten faydalanmak üzere önceden verdikleri kararın tüm münferit eylemler açısından yeterli olmadığını her bir alışveriş bakımından bu durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Federal Mahkeme'nin de haklı olarak belirttiği üzere sırf belirli bir bilgiden yararlanmak suretiyle birden fazla kimsenin suçu birbirinden bağımsız olarak işlemesi müşterek faillik açısından yeterli değildir. Müşterek faillerin iradesi, belirli bir suçun işlenmesine ilişkin olarak, ortakların rol dağılımlarını da içeren somut bir suç planını içermelidir.

Ne var ki, suçun işlenmesi bakımından tüm detayların da ortak suç planında yer alması gerekmez¹⁰⁴⁴. Önemli olan suç ortaklarının, suçun tipikliğinin gerçekleştirilmesi üzerinde anlaşmış olmalarıdır. Bu kapsamda, müşterek faillerin her birinin, kendinden başka bir veya

¹⁰⁴² **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 191.

¹⁰⁴³ BGH, 2.2.1972, 2 StR 670/71.

¹⁰⁴⁴ **Çakır**, s. 90; **Fischer**, § 25, kn. 34; **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 190; **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 614; **Waßmer**, *Anwaltkommentar*, § 25, kn. 59.

daha fazla kimsenin de suça katıldığını ve diğerlerinin de aynı bilinçte hareket ettiklerini bilmesi durumunda, müşterek faillerin birbirlerini şahsen tanımaları dahi gerekmemektedir¹⁰⁴⁵. Hatta her bir müşterek failin suça katkısının ne zaman yapacağı da kararlaştırılmamış olabilir. Bu açıdan ortak suç planının ilk kez suçun icrası sırasında ortaya çıkması da mümkündür.

C. Birlikte Suç İşleme Kararının Oluşumu

Birlikte suç işleme kararının esası ve kapsamının ardından, bu kararın müşterek failler arasında ne şekilde oluşması gerektiği de irdelenmelidir.

Birlikte suç işleme kararının her şeyden önce müşterek failler arasındaki sözlü bir iletişimle oluşabileceği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Başka bir ifadeyle, müşterek failler bir suçun işlenmesine ilişkin olarak elbette konuşarak anlaşabilirler. Bu noktada cevaplandırılması gereken esas soru şudur: Müşterek failler, sözlü bir iletişime geçmeksizin yalnız belirli davranışlarda bulunmak suretiyle de bir ortak suç planı oluşturabilirler mi?

Hemen ifade etmek gerekir ki, literatürde ve yargı kararlarında, müşterek faillerin sözlü bir iletişime geçmeden belirli davranışlarla da bir suçun işlenmesine ilişkin olarak zımnen anlaşabilecekleri kabul edilmektedir¹⁰⁴⁶. Örneğin A'nın C'yi dövmek için hazırlandığı bir sırada, B durumu fark edip olaya dahil olarak C'nin mukavemetini bertaraf ederken, A, B'nin bu davranışına izin vermekte ve B'nin davranışından yararlanmaktaysa A ve B arasında sözlü bir iletişim gerçekleşmiş olmasa da birlikte suç işleme kararının varlığı kabul edilebilecektir¹⁰⁴⁷.

Ne var ki suç ortaklarının bu şekilde zımnen anlaşmasında, birlikte suç işleme kararının oluşup oluşmadığının sözlü iletişime nazaran daha dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir. Bu hususa ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi'nin kararına¹⁰⁴⁸ yansıyan şu olayı örnek

¹⁰⁴⁵ **Murmann**, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 37; **Waßmer**, *Anwaltskommentar*, § 25, kn. 59. Ayrıca bkz. **BGH**, 12.11.2009, 4 StR 275/09: “Birden fazla kimse, birbirlerini tanımasalar dahi, her birinin diğerlerinin katıldığının bilincinde olması ve hepsinin bilerek ve isteyerek bir iş birliği içinde hareket etmesi koşuluyla, bir suçu birlikte işleyebilirler.”

¹⁰⁴⁶ **Mitsch**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 29, kn. 82; **Freund**, § 10, kn. 158; **Geppert**, *Mittäterschaft*, s. 32; **Knauer, Christoph** (2001) *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, C.H.Beck, s. 161; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 104; **Rengier**, *AT*, § 44, kn. 11; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 119; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 173; **Seher**, s. 305.

¹⁰⁴⁷ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 192.

¹⁰⁴⁸ **BGH**, 15.01.1991, 5 StR 492/90.

olarak gösterebiliriz¹⁰⁴⁹: A, izinli olduğu süre geçmiş olmasına rağmen cezasının infazının devamı için cezaevine dönmemiştir. Yine A, aynı nedenle polis tarafından aranan D tarafından, cezaevine dönmemesi hususunda ikna edilmiştir. Daha sonra D gerçekleştireceği bir uyuşturucu işi için A'yı yanına alarak ona bir miktar para ve bir silah vermiştir. Kararda somut koşulları ve zamanı belli olmamakla birlikte, A ve D'nin bir yakalanma tehlikesi durumunda gerektiğinde kaçabilmek amacıyla silahlarını kullanabilecekleri hususunda anlaşmışlar belirtilmiştir. Bir gün, daha önce D tarafından çalınmış olan ve mahkemenin ifadesiyle “*âdeta savaş için donatılmış*” bir araç diğer bir grup üyesi tarafından kullanılmaktayken araçta bulunan A kendisi de araçta bulunan D'yi, sivil bir polis aracının kendilerini takip ettiği hususunda uyarmıştır. Söz konusu araç durdurulduktan ve içindekiler indirildikten sonra A ve D'ye yaklaşan iki polis memuru onlardan kendilerini tanıtmalarını istemiştir. Bu sırada diğer iki polis memuru ise silahları çekili bir durumda yakın bir konumda beklemektedir. Kimlik kontrolü yapan polislerden biri kenara çekildikten sonra diğer memur silahını A'ya doğrultmuştur. Bu sırada A silahına davranmamış ancak D yakalanmamak için, A'nın önünde duran polise ateş etmiştir. A ise hemen, teslim olmak için iki kolunu havaya kaldırarak bu pozisyonda kendini geriye doğru bırakıp kolları bükülü halde kaldırırda yatar vaziyette kalmıştır. Daha sonra D, diğer kontrol memuruna da ateşe ederek onu vurmuştur. Bu sırada A ayağa kalkıp olay yerinden kaçmış, ancak D A'nın kaçtığını fark etmemiş ve arkadaki hayatta kalan iki polis memurunu da öldürmek amacıyla peş peşe ateş etmiş ancak onları ıskalamış ve olay yerinden kaçmıştır.

Federal Mahkeme olaya ilişkin olarak A ve D'yi, öldürülen polisler bakımından cinayet suçundan, arkadaki polisler bakımından ise cinayet suçuna teşebbüsten müsterek fail olarak sorumlu kabul etmiştir. Bu konuda birlikte suç işleme kararının açıkça ortakların anlaşmasıyla veya zımnen gerçekleştirmiş oldukları davranışlarıyla ortaya çıkabileceğini belirterek A ve D arasında yakalanma halinde silahların kullanılacağına ilişkin sözlü bir anlaşma tespit edilememiş olsa da olaydaki koşullar dikkate alındığında zımni olarak A ve D'nin böyle bir anlaşmaya vardıklarının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme bu yoruma imkân veren koşulları ise şu şekilde sıralamıştır: A'nın, D tarafından işlenmesi amaçlanan uyuşturucu işi için “*âdeta savaş için donatılmış*” bir araçla işe alınması, A'ya D tarafından para ve silah verilmesi ve A'nın gruptaki D ile eşit konumu. Bu şartlar kapsamında A, kendisinin ve D'nin korunması için silahla ateş etme kararına uymak

¹⁰⁴⁹ Kararın detaylı analizi için bkz. **Roxin, Claus** (1991) "*Urteil des BGH v. 15.1.1991 - 5 StR 492/9*" JR, S.5, ss. 205-208, s. 206 vd; **Puppe, Konkludentes Verhalten**, s. 571 vd.

istediğini kabul etmiştir. D silahla ateş ederek plan kapsamında kendi üzerine düşeni yapmış, A ise silahlı bir şekilde, araçtan indirilmeden önce ve D'nin ateş etmesi sırasında hazır bulunarak suçun işlenmesi bakımından önemli bir katkıda bulunmuştur. Zira, A'nın da yakalanmamak hususunda bir menfaati vardır ve bu kapsamda D'yi de ateş etmekten vazgeçirmemiştir. Hatta mahkeme A'yı olay yerini terk etmesinden sonra D'nin arkadaki polisler ateş etmesi bakımından da, D'nin A'nın olay yerini terk ettiğini fark etmemesinden dolayı müşterek fail olarak kabul etmiştir.

Kararın değerlendirilmesinde -müşterek faillikte suçun birlikte işlenmesi şartı aşağıda ele alınacak olmakla birlikte- A'nın sırf olay yerinde bulunmak suretiyle D'nin suçu icra etmesi bakımından esaslı, fonksiyonel bir katkıda bulunduğu kabul edilemeyeceği ifade edilebilir¹⁰⁵⁰. Tabii Federal Mahkeme'nin kararında, genel olarak müşterek failliğin belirlenmesinde fonksiyonel hâkimiyeti değil, daha ziyade suçtan elde edilecek menfaati önemli bir kriter olarak kabul etmesi de etkili olmuştur¹⁰⁵¹. Nitekim mahkeme bu kararında da A'nın yakalanmamak hususunda menfaati olduğunu belirtmiştir. A'nın suça fonksiyonel bir katkıda bulunup bulunmadığı tartışması bir tarafa, olayda bu husustan da önce A ve D'nin birlikte suç işleme kararının mevcut olup olmadığı irdelenmelidir. Dikkat edileceği üzere, mahkeme, A ve D'nin ilişkisi bakımından olaydan önceki belli koşulları esas alarak zımni bir birlikte suç işleme kararının mevcut olduğunu kabul etmiştir. Yani A'nın, sırf D'nin kendisine daha önce para ve silah vermesinden ve “*âdeta savaş için donatılmış*” bir araçta D ile birlikte olmasından hareketle polislerin öldürülmesi bakımından birlikte suç işleme kararına katıldığını varsaymıştır¹⁰⁵².

İşte somut olayda da görüleceği üzere, birlikte suç işleme kararının zımni bir davranışla da kurulabileceğini kabul etmek, herhangi bir iş birliğini dahi ortaya çıkarmayan, ortakların rol dağılımlarını dahi içermeyen; nihayetinde, suça bireysel katkıların fonksiyonunun kendisinden doğduğu genel bir planı dahi müşterek faillik açısından geri planda bırakabilecek aşırı bir yorum tehlikesine sahiptir¹⁰⁵³. Zira olayda görüleceği üzere, A ve

¹⁰⁵⁰ **Roxin**, *Anm.*, s. 207.

¹⁰⁵¹ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 5, I, C. Sınırlandırılmış Sübjektif Teori (Normatif Kombinasyon Teorisi)*.

¹⁰⁵² *Puppe*, Mahkeme'nin, A ve D'nin önceye dayanan ilişkilerinden yola çıkarak müşterek failliği kabul etmesi bakımından şu eleştirel yorumda bulunmuştur: “*Bana kiminle takıldığını söyle, sana neden sorumlu olduğunu söyleyeyim.*” Bkz. **Puppe**, *Konkludentes Verhalten*, s. 572.

¹⁰⁵³ Zımni şekilde anlaşmanın, söz konusu Federal Mahkeme kararında aşırı şekilde genişletilmesine yönelik eleştiriler için bkz. **Knauer**, s. 162, dn. 734; **Puppe**, *Konkludentes Verhalten*, s. 572; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 192, dn. 253.

D'nin geçmişte birbirlerini yakalanmama hususunda silah kullanarak koruyabilecekleri üzerinde anlaşmış olabileceklerini düşünen mahkeme, esasen yalnız A'nın yanında silah bulunmasından, adeta savaş için donatılmış bir araçta olmasından, D'nin kendisine para vermiş olmasından dolayı birlikte suç işleme kararının olduğunu kabul etmiştir. Oysa olayda da görüleceği üzere A'nın ellerini kaldırmaktan başka yaptığı hiçbir şey yoktur. Suçun icrasından önce polislerin kendilerini takip ettiğine ilişkin D'ye uyarısı ise tek başına cinayet suçunun gerçekleştirme mesajını içeren bir davranış olarak kabul edilemez¹⁰⁵⁴.

Bu noktada, birlikte suç işleme kararının hem objektif hem de sübjektif nitelikte bir şart olduğuna ilişkin kabulümüz, kanaatimizce, bu şekilde aşırı bir yorumu bertaraf edebilecek niteliktedir. Gerçekten müşterek failliğin yapısı da böyle bir yorumu gerekli kılar. Zira esasen kanundaki müşterek faillik düzenlemesi münferit suçların tipikliğini genişleten ve temelde başkasının gerçekleştirmiş olduğu davranışı kişinin kendisi gerçekleştirmiş gibi kabul etmeyi sağlayan bir normdur. Dolayısıyla bu normun müşterek failer arasında her zaman somut, objektif bir iletişim sürecinin gerçekleşmesi gerektiğinin kabulüyle yorumlanması, yukarıdaki olaya benzer şekilde cezaî sorumluluğun arzu edilmeyecek şekilde genişlemesinin önüne geçecektir. Bu kabulden hareketle, zımnen anlaşma da bir iletişim süreci olarak kabul edilmeli ve bu zımnî anlaşmanın müşterek failerin sözlü olmayan ancak yine de somut davranışlarıyla ortaya koydukları bir irade olarak kabul edilmesi gerekir¹⁰⁵⁵.

Ancak ifade etmek gerekir ki *Puppe*, zımnî anlaşma kavramının müşterek faillikle bağdaşmayacağını ifade eder. Yazara göre zımnî anlaşma ifadesi, medenî hukuktan kaynaklanan bir kavramdır ve bu bağlamda zımnî anlaşma esasen hukuki işlemlerde bir kişinin belirli bir davranışının diğer tarafa bunu dürüstlük kuralına uygun olarak belirli bir hukukî beyanın ifadesi olarak yorumlama hakkı verir. Dolayısıyla bir kişinin bir başkasıyla birlikte suç işlemeyi kabul edip etmediği konusunda herhangi bir dürüstlük kuralından bahsedilmeyeceği için zımnî olarak birlikte suç işleme kararı da söz konusu olamayacaktır¹⁰⁵⁶. Gerçekten de birlikte suç işleme kararının sırf diğer suç ortağında bu

¹⁰⁵⁴ Ancak *Çelen*'in belirttiği üzere “*A pasif kalma suretiyle icra hareketlerine hiç katılmamış olsa da daha önceden aldıkları kararın manevi etkileri devam etmektedir. Bu etkileri ortadan kaldırmaya yönelik bir çabası da mevcut değildir. Bu nedenle, A'nın işlenen suçlarda yardım etmeden kaynaklanan sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmelidir.*” Bkz. *Çelen*, s. 371, dn. 1099.

¹⁰⁵⁵ *Roxin*, *AT-II*, § 25, kn. 192.

¹⁰⁵⁶ Bkz. *Puppe*, *Konkludentes Verhalten*, s. 574; *Puppe*, *AT*, § 23, kn. 17.

şekilde suçun birlikte işleneceğine dair “haklı” bir beklenti yaratmakla oluşacağı kabul edilemez. Dolayısıyla, birlikte suç işleme kararı kapsamındaki zımni davranışı, medeni hukuktaki şekliyle değil, müşterek faillerin suç işleme kararını birbirlerine söz yerine işaretlerle, bedensel davranışlarla ifade ettikleri bir iletişim davranışı olarak kabul etmek gerekir¹⁰⁵⁷. Örneğin, yukarıdaki olayda D’nin, A’nın da polislerin öldürülmesine katkıda bulunacağına ilişkin bir beklentisi olması, A ile D arasında birlikte suç işleme kararının mevcudiyetini göstermez. Böyle bir yorum esasen, ortak suç planının A için geçerli olup olmadığını D’nin bu konudaki kararına bırakmak olacaktır¹⁰⁵⁸. D’nin bu konuda “haklı” bir beklentisi olmasından hareketle A’yı bir suçtan müşterek fail olarak kabul etmekse artık daha temelde ceza hukuku bağlamında kusur ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Öte yandan A, araçtan inmeden önce D’ye bir silah uzatsaydı ve D de bu silahı alsaydı ya da A ve D aralarında herhangi bir konuşma olmaksızın araçtan inmeden evvel silahlarını birlikte ateş etmeye hazır hale getirselerdi zımnen birlikte suç işleme kararına vardıkları ifade edilebilecekti.

Benzer bir olay, Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin bir kararına¹⁰⁵⁹ da konu olmuştur. Sanık A, maktule borç para vermiş, maktul ise bu parayı ödememiştir. Olay günü, sanık A, diğer sanık B ile yolda yürürken maktule rastlamıştır. Sanık A, diğer sanık B’ye maktulden alacağı olduğunu söylemiş bunun üzerine her ikisi birlikte maktulü kenara çekerek borcunu ödemesini söylemiştir. Maktul borcunu ödemeyeceğini söyleyince sanık A yanında bulunan bıçağı ani bir hareketle çıkartarak maktule bir defa saplamış ardından A ve B olay yerinden kaçmıştır. Yüksek mahkeme, İstanbul 39. Ağır Ceza Mahkemesinin sanık A ve B’yi kasten öldürme suçundan müşterek fail olarak kabul eden kararını¹⁰⁶⁰ onamış; sanık B’nin müdafininin iştirak derecesine yönelik temyiz sebeplerini reddetmiştir. Olaydan anlaşıldığı

¹⁰⁵⁷ Aynı yönde bkz. **Steckermeier**, s. 195-197.

¹⁰⁵⁸ Aynı yönde bkz. **Kraatz**, s. 247.

¹⁰⁵⁹ Yargıtay 1. CD., E. 2021/8552 K. 2021/14992 T. 14.12.2021 <lexpera.com.tr> s.e.t. 28.08.2023.

¹⁰⁶⁰ İstanbul 39. Ağır Ceza Mahkemesi karar gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “dava konusu öldürme olayına ilişkin olarak her ne kadar sanık ... diğer sanık ...'nin eylemine iştirak etme kastının olmadığını ifade etmiş ise de, sanık ... ile maktul arasında borca dayalı bir husumet olması ve sanık ...'nin bu durumdan haberdar olması, iki sanığın birlikte maktulün koluna girerek yürümeleri ve sanık ...'nin de sanık ... ile birlikte maktulün direnç göstermesini ve kaçmasını engellemesi, tartışmanın başlamasından öldürme olayının gerçekleştiği ana kadar iki sanığın birlikte hareket etmesi ve bıçaklama eyleminin tamamlanmasının ardından iki sanığın da olay yerinden kaçması halleri dikkate alındığında, sanık ...'nin de sanık ... ile birlikte müdahalesi olmasa idi maktulün kaçabilme ve ölüm neticesinden kurtulabilme ihtimalinin olması nedeniyle sanıkların eylemlerinin TCK'nın 37. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği”.

üzere sanık A ve B'nin kasten öldürmeye ilişkin herhangi bir kararı mevcut değildir. En azından ilk derece mahkemesinin bu hususa belirlemeye yönelik önemli bir çabası olmadığı, yalnız borcun ödenmesi bakımından A ve B'nin birlikte maktulü bir kenara çekmesinin kasten öldürme kararı bakımından yeterli görülüp daha fazla bir araştırma yapmadığı görülmektedir. Olayda sanık A, ani bir kararla bıçağı çıkarıp maktule saldırır. Kararda açıkça ifade edilmese de A'nın ani kararı bakımından B'nin zımni iradesi olmasından harekete edildiği anlaşılmaktadır. Oysa olayda B'nin, A'nın bıçak taşıdığından dahi haberi olmadığı görülür. Yine bıçaklama olayı ani bir şekilde gerçekleştiğinden B'nin bunu engelleme imkanının da olmadığı söylenebilir. Olay yerinden birlikte kaçmanın ise suçun birlikte işlenmesine ilişkin karar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu anlamda B'nin kasten öldürme suçunda müşterek fail olarak kabul edilmesinin doğru olmadığını düşünüyoruz. Diğer taraftan bizce, kararın karşı oy gerekçesinde belirtildiği şekliyle¹⁰⁶¹ B'nin kasten öldürme suçundan yardım eden olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Zira yardım eden olarak sorumluluk bakımından da çifte kast gereklidir. Oysa olaydaki verilerle B'nin kasten öldürme suçunun işleneceğine dair bir bilgisi olduğu sonucuna varılması da mümkün görünmemektedir.

Bu başlık altında son olarak ifade etmek gerekir ki birlikte suç işleme kararının oluşumu için müşterek faillerin birlikte işledikleri suç bakımından birbirlerinin davranışlarını tamamlayacak, iş bölümünü ortaya çıkaran ortak suç planının müşterek failler tarafından birlikte hazırlanması gerekli değildir¹⁰⁶². Başka bir ifadeyle müşterek faillerin her birinin

¹⁰⁶¹ Karşı oy gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “Dosya kapsamına göre; olay tarihinden üç veya dört gün önce sanık ... arkadaşı olan maktul ...'a 100 TL borç para vermiş, ... ertesi günü borcunu ödeyeceğini söylemesine rağmen ödememiştir. Olay günü tesadüfen karşılaşan ve arkadaş olan yabancı uyruklu sanıklar ... ve Medeni yolda maktul ... ile karşılaşmışlar, ... arkadaşı Medeni'ye maktulden alacağı olduğunu söylemiş, her iki sanık alacak verecek meselesini konuşmak amacıyla maktulü yakalamış ve her ikisi de koluna girerek onu kenara çekmişlerdir. Kenara çekildikten sonra görüntü kayıtlarında olayın oluş şekli çok net bir şekilde izlenmekte olup, maktul ve sanık ... konuşmaya başladıktan kısa bir süre sonra tartışmışlar, ... borcunu ödemeyeceğini söyleyince ani bir hareketle ... yanında taşıdığı bıçağı çıkartıp bir kez maktule vurmuştur. Maktulün isabet alması üzerine sanıklar ... ve Medeni birlikte kaçarak olay yerinden uzaklaşmıştır. Bu şekilde gerçekleşen olayda, ...'nin bıçaklayarak öldürme eylemine fiilen katılmayan ve ortak hâkimiyet kurmadığı anlaşılan sanık ...'nin katkısı müşterek faillik düzeyinde değildir. Arkadaşı ...'de bıçak olduğunu ve ...'nin maktulü öldüreceğini kesin olarak bilmesi gerektiğini söylemek ise dosya kapsamına göre mümkün görülmemiştir. Ancak suçun işlenmesinden önce sanık ... ile birlikte maktulün koluna girerek kenara çekmesine yardım eden ve suçun işlenmesini bu şekilde kolaylaştıran sanık ..., TCK'nin 39/2-c maddesi gereğince diğer sanık ...'nin eylemine maddi yardımında bulunarak suça iştirak etmiştir”.

¹⁰⁶² Çakır, s. 103; Çelen, s. 190.

ortak suç planının oluşturulmasına katılımı gerekli değildir¹⁰⁶³. Örneğin müşterek failler tarafından biri tarafından hazırlanmış ve diğerine teklif edilmiş bir suç planı, onaylamayla birlikte ortak suç planı halini alacaktır¹⁰⁶⁴. Önemli olan her bir müşterek failin plana uygun şekilde diğeriyle uyum içerisinde suçun icrasına katılmasıdır¹⁰⁶⁵.

D. Birlikte Suç İşleme Kararının Zamanı

1. Hazırlık Aşamasında Birlikte Suç İşleme Kararı

Birlikte suç işleme kararı şartı bakımından önem arz eden başka bir konu ise bu kararın mevcut olması gereken zamana ilişkindir. Bir suçun işlenmesine ilişkin olarak müşterek faillerin suçun icrasından önce anlaşmış olmaları gerekir mi yoksa icranın başlamasından sonra da bir anlaşma müşterek fail sorumluluğuna neden olur mu?

Bu kapsamda, müşterek faillik için gerekli olan birlikte suç işleme kararının, zaman açısından mevcudiyeti bakımından iki ihtimal bulunduğu söylenebilir: Suçun icrasından önce ve suçun icrası sırasında. Suçun icrasından önceki anlaşma bakımından önem arz eden husus, birlikte suç işleme kararının suçun icrası sırasında da devam etmek zorunda olmasıdır¹⁰⁶⁶. Bu konu doktrinde görünüşte müşterek faillik olarak anılan durum kapsamında ele alınır. Görünüşte müşterek faillik, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme konularıyla yakından ilgili olduğundan, konu aşağıda ilgili başlıkta ele alınacaktır¹⁰⁶⁷.

Birlikte suç işleme kararının zamanı bakımından burada ele alınması gereken husus ortaklardan biri hâlihazırda icraya başlamış olduğunda bir başkasının suç olayına dahil olmasının müşterek fail sorumluluğunu nasıl etkileyeceğidir.

2. İcra Aşamasında Birlikte Suç İşleme Kararı: Art Arda Müşterek Faillik (Die sukzessive Mittäterschaft)

Literatürde art arda müşterek faillik olarak anılan durumlarda, hâlihazırda icrasına başlanmış olan bir suçun işlenmesine bilahare bir başkasının müşterek fail olarak katılması söz

¹⁰⁶³ Frister, 26/1; Roxin, AT-II, § 25, kn. 192; Schünemann, LK, § 25, kn. 173.

¹⁰⁶⁴ Beulke, Werner (1980) "Urteil des OLG Köln v. 5.9.1978 - Ss 438/78" JR, S.10, ss. 422-425, s. 424.

¹⁰⁶⁵ Schünemann, LK, § 25, kn. 173.

¹⁰⁶⁶ Kühl, AT, § 20, kn. 105; Rengier, AT, § 44, kn. 13.

¹⁰⁶⁷ Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 1, II, B. Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme.

konusudur¹⁰⁶⁸. Dolayısıyla müşterek failliğin bu şekilde ortaklar arasındaki karşılıklı anlaşma ilk kez suçun icrası başladıktan sonra ortaya çıkar¹⁰⁶⁹. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere ortak suç planının müşterek faillerce birlikte hazırlanmış olması gerekmediğinden hâlihazırda işlenen bir suça spontane gelişen bir şekilde bir başkasının dahil olması halinde müşterek faillik mümkün olabilecektir.

Örneğin, konutta gerçekleştirilen bir hırsızlık sırasında bir başkasının olaya dahil olarak evdeki eşyaları araca yüklemesi halinde müşterek fail sorumluluğu gündeme gelecektir. Tabii bu noktada dikkat edilmesi gereken husus müşterek faillığe ilişkin gerek birlikte suç işleme kararı şartının gerek suçun icrasına esaslı katkı şartının bu şekilde meydana gelen olaylar bakımından mevcut olması gerektiğidir. Yani art arda müşterek faillik durumunda da her bir suç ortağının fonksiyonel fiil hâkimiyetine sahip olması gerekir¹⁰⁷⁰. Söz gelimi olaya sonradan katılan kimseden konutta suçu icra edenin haberinin olmaması halinde birlikte suç işleme kararından bahsedilmeyeceğinden müşterek faillik de mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle müşterek failer arasında sessiz kalmak suretiyle de olsa bir iletişim süreci gerçekleşmeli ve her biri diğerinin davranışlarının tamamladığının bilincinde olarak suçu birlikte icra etmelidir. Diğer taraftan konuttaki kimse, suça sonradan katılan kimseden haberdar olsa da sonradan katılan suçun icrasına esaslı bir katkıda bulunmuyorsa bu durumda da müşterek faillik söz konusu olmayacaktır. Örneğin, sonradan katılan, eşyaların taşınmasına herhangi bir katkıda bulunmaksızın yalnız pencereleri açıp odayı havalandırıyorsa suçun icrasına esaslı bir katkıda bulunduğu söylenemeyecektir.

Art arda müşterek failliğin mümkün olabileceği hususunda doktrinde herhangi bir tartışma söz konusu olmasa da suça sonradan dahil olan kimsenin önceden gerçekleştirilen davranışlardan da sorumlu olup olmayacağı bu davranışların karşılıklı isnadiyet kapsamında

¹⁰⁶⁸ **Becker**, s. 186; **Krey/Esser**, § 28, kn. 954; **Kühl**, AT, § 20, kn. 104; **Roxin**, AT-II, § 25, kn. 192; **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 562.

¹⁰⁶⁹ **Kindhäuser/Zimmerman**, AT, § 40, kn. 10. Yargıtay 1. Ceza Dairesi de bir kararında suçun icrası sırasında birlikte suç işleme kararı ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir: “*her ne kadar sanıkların olaydan önce fikir birliği yapıp yapmadıklarının belirlenememesi nedeniyle TCK'nin 37. maddesinin uygulanamayacağı düşünülse de bu maddenin uygulanması için bunun olmazsa olmaz bir şart olmadığı ani gelişen olaylarda faillerin o anda da fikir birliği yaparak eylemin icrası üzerine ortak hâkimiyet kurmak suretiyle fiili gerçekleştirmeleri durumunda da meydana gelen her bir sonuçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarının gerektiği*”. Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2017/3485 K. 2019/259 T. 23.1.2019 <lexpera.com.tr> s.e.t. 28.08.2023. Özellikle kesintisiz suçlarda genel olarak suça iştirakin suçun kesintisiz devam edişi sırasında da meydana gelebileceğini belirtmek gerekir. Bkz. **Katoğlu, Tuğrul** (2022) Kesintisiz Suç, Ankara, Seçkin, s. 128.

¹⁰⁷⁰ **Schünemann**, LK, § 25, kn. 200.

olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu hususu başkasının suça dahil olduğu aşamalara göre ayırım yaparak incelemek gerekir. Bunlardan ilki suça teşebbüs edilmekle birlikte henüz tamamlanmadığı aşama iken diğeri suçun tamamlanmış olmasına rağmen henüz sona ermediği aşamadır.

Birinci olasılığı Alman Federal Mahkemesi'nin kararına yansıyan şu örnek üzerinden ele alabiliriz¹⁰⁷¹: S, çiftçi U'nun aracını ele geçirmek için onu etkisiz hale getirerek yere serer. Çiftçiye saldırı anında aracın elde edilmek istendiğini anlayan G, S'ye katılmak istemiştir. Çiftçinin yanına gelen G, ona yerde kalmasını söylemiştir. Bu sırada aracı ele geçiren S yola çıkınca G de araca binmiş daha sonra aracın kontrolünü ele almış ve olay yerinden uzaklaşmışlardır.

Olay kapsamında S ve G'nin hırsızlık suçundan müşterek fail olduğu hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Yine S, nihayetinde cebir kullanmak suretiyle taşınır malı ele geçirdiğinden yağma suçundan sorumlu olacaktır. Burada önem arz eden husus, S tarafından çiftçiye uygulanan cebirden sonra olaya dahil olan G'ye bu davranışın isnat edilip edilmeyeceği, yani G'nin S ile birlikte yağma suçunda müşterek fail olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Konuya ilişkin olarak Federal Mahkeme, suça sonradan katılan kendinden önce gerçekleştirilen davranışları biliyor, onaylıyor ve bunlardan yararlanıyorsa, sonradan katılanın bu iradesi genel bir suç planına ilişkin olacağından suç teşkil eden tüm olayın kendisine isnat edilmesi gerektiği görüşündedir. Mahkemeye göre yalnız halihazırda tipik olay tamamlanmışsa sonradan katılanın müşterek fail olması mümkün değildir. Dolayısıyla G, yağma suçu henüz tamamlanmadığından bu suç bakımından müşterek fail olarak kabul edilebilecek ancak, olaya dahil olduğunda çiftçi zaten yaralanmış olduğundan kasten yaralama bakımından müşterek fail olamayacaktır.

Bizim de katıldığımız, doktrindeki ağırlıklı görüş ise sonradan dahil olan kimseye hâlihazırda gerçekleşmiş olan fiillerin isnat edilemeyeceği yönündedir¹⁰⁷². Dolayısıyla örnek olayda G her ne kadar yağma suçu henüz tamamlanmadan olaya dahil olsa da cebir davranışı zaten gerçekleştirilmiş olduğundan bu davranış bakımından S ve G arasında herhangi bir anlaşma ya da G'nin bu davranışın gerçekleşmesi bakımından herhangi esaslı bir katkısı

¹⁰⁷¹ BGH, 02.04.1969, 4 StR 5/69. Ayrıca bkz. **Frister**, 26/13; **Grabow, Stefan/Pohl, Stefan** (2009) "*Die sukzessive Mittäterschaft und Beihilfe*" JURA, C.31, S.9, ss. 656-661, s. 657; **Kühl**, AT, § 20, kn 234.

¹⁰⁷² **Herzberg**, TuT, s. 153; **Jescheck/Weigend**, s. 678; **Roxin**, LK, § 25, kn 195; **Schmidhäuser**, s. 510.

olmadığından bu suç bakımından G'nin müşterek fail olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁷³.

İkinci olasılık bakımından ise kural olarak suçun tamamlanmasından sonra art arda müşterek failliğin mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Zira suç, tipikliğe ilişkin tüm unsurların gerçekleşmesiyle tamamlandıktan sonra başkasının olaya dahil olduğu bir halde artık ortada üzerinde anlaşılacak tipik bir fiil bulunmaz. Sonradan katılan kimse tipik davranışı gerçekleştiren kimsenin davranışlarını bilse ve bundan faydalansa dahi durum değişmez. Yine müşterek failliğin diğer şartı bakımından tamamlanmış olan bir suça esaslı katkıda bulunduğu da söylenemez. Diğer taraftan bu tespit suçta ve cezada kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Zira suç tipleri, hukuki değerleri, bunları ihlal eden her türlü davranış bakımından değil, yalnız kanunda belirlenen modeldeki davranışlara, yani tipik olan davranışlara karşı korur¹⁰⁷⁴. Dolayısıyla bir kimsenin kanunda belirtilen tüm unsurları gerçekleştirmesiyle tamamladığı bir suça, bir başkasının dahil olması durumunda artık bu suça iştiraktan bahsedilemez. Ancak sonraki davranışlar bir başka suça vücut verebilir ve ancak bu yeni suç bakımından iştirak söz konusu olabilir. Suçun sona erme aşaması, tipikliğe ait bir aşama değildir¹⁰⁷⁵. Örneğin, bir kuyumcu dükkanında satıcı fark etmeden altın yüzüğü cebine atan A, dükkândan çıkacağı sırada fark edildiğinde, B'ye satıcıyı tutması halinde kendisine para vereceğini söyler ve B de satıcıyı tutarsa, B'nin hırsızlık suçundan müşterek fail olduğu söylenemez. Olayda A, altın yüzüğü cebine atarak fiili tasarruf imkanına kavuştuğundan hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Bu fiili tasarruf imkanının güvenceye alınması hırsızlık suçunun tipikliği için gerekli değildir¹⁰⁷⁶. B'nin davranışı ancak yeni bir suç olarak TCK m. 283 kapsamında suçluyu kayırma suçu kapsamında değerlendirilebilir.

¹⁰⁷³ Yargıtay'ın da pek çok kararında *Özgenç*'in şu ifadesine atıf yaptığı görülmektedir: “Bir suçun işlenişine sonradan iştirak eden kişinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için suçun işlenişine bulunduğu katkıyla bu suçun bütünü üzerinde müşterek bir fiil hâkimiyeti sağlaması gerekir. Bir başka ifade ile suçun işlenişine sonradan iştirak eden şahıs suçun işlenişine bulunduğu katkıyla önceden müstakil fail olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan şahsın gerçekleştirdiği vakalar üzerinde de müşterek hâkimiyet kurmalıdır ki, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilsin”. Bkz. **Özgenç**, *Genel Hükümler*, s. 621. İlgili Yargıtay kararlarına şunları örnek gösterebiliriz: Yargıtay 13. CD, E. 2019/10670, K. 2020/1564, T. 11.02.2020; YCGK, E. 2018/145, K. 2020/116, T. 20.02.2020; Yargıtay 6. CD, E. 2020/469, K. 2021/4004, T. 23.02.2021 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 28.08.2023.

¹⁰⁷⁴ **Keyman**, s. 103.

¹⁰⁷⁵ **Eisele**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 24, kn. 8.

¹⁰⁷⁶ Hırsızlık suçunda alma unsurunun gerçekleşmesi için fiili tasarruf kudretine sahip olmanın yeterli olduğu bu fiili hâkimiyetin sağlamaştırılması veya güvence altına alınmasının gerekli olmadığına ilişkin görüş için bkz. **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2016) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 543.

Ancak belirtmek gerekir ki suçun tamamlanmasından sonra art arda müşterek failliğin geçerli olabileceği durum, suçun tamamlanmasından sonra da gerçekleştirilen hareketlerin hala tipiklik arz ettiği durumdur. Dolayısıyla kesintisiz suçlarda ve tekrarlayan hareketlerle işlenen bir suçta, suçun tamamlanmasından sonra da art arda müşterek faillik mümkündür. Örneğin tekrarlayan hareketler bakımından A'nın B'ye art arda on yumruk darbesi indirdiği bir durumda bir başka kimse onuncu yumruk darbesi indirilene kadar suça katılabilir. Esasen ilk yumruk darbesiyle kasten yaralama suçu tamamlanmış olsa da diğer yumruklar atıldığı sürece suç işlenmeye devam etmekte, her bir yumruk tipik hareket arz etmektedir. Kesintisiz suç bağlamında ise örneğin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla suç tamamlanmış olsa da bu kısıtlanmış özgürlük durumunun devamı açısından bir başkasının olaya dahil olarak birlikte suç işleme kararıyla suça katılması durumunda da müşterek faillik mümkün olacaktır.

E. Suç Planından Önemsiz Sapmalar ve Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması

1. Önemsiz Sapmalar (*unwesentliche Abweichungen*)

Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararıyla ortaya çıkan suç planını ortaklardan birinin aşması halinde (*Mittäterexzess*) bu aşkın kısım diğer ortağa isnat edilemeyecektir¹⁰⁷⁷. Zira birlikte suç işleme kararı müşterek faillikte hem karşılıklı isnadiyeti sağlayan hem de bu isnadiyeti sınırlayan bir özellik arz etmektedir¹⁰⁷⁸. Örneğin suç planında yalnız hırsızlık yapılmak üzere anlaşılmışsa, ortaklardan birinin bu anlaşma dışına çıkarak hırsızlık sırasında bir başkasını öldürmesi durumunda ölüm neticesi diğer ortaklara isnat edilemeyecektir. Plan dışına çıkan kimse bu durumda müstakil fail olarak sorumlu olacaktır.

Ancak elbette suçun işlenişi bakımından her ayrıntının ortaklar arasında belirlenmesi gerekli olmadığından, ortaklardan birinin bu plandan önemsiz sapmaları (*unwesentliche Abweichungen*¹⁰⁷⁹) da müşterek failliği ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁸⁰. Örneğin ortakların paraların çalınması hususunda anlaşmış olmalarına rağmen ortaklardan birinin diğerinin

¹⁰⁷⁷ **Hoffmann-Holland, Klaus** (2015) Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen, UTB, 5/534; **Rengier, AT**, § 44, kn. 16; **Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf**, § 49, kn. 59; **Seelmann**, s. 572.

¹⁰⁷⁸ **Herzberg, TuT**, s. 62; **Kindhäuser/Zimmerman, AT**, § 40, kn 19; **Kühl, AT**, § 20, kn. 117; **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, kn. 826.

¹⁰⁷⁹ **Kühl, Lackner/Kühl**, § 25, kn. 17.

¹⁰⁸⁰ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 762; **Çakır**, s. 97; **Yavuz, Özge Ceren** (2020) Hedefte Sapma ve Ceza Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, s. 158; **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, kn. 826.

bilgisi olmaksızın para yerine, kolayca paraya çevrilebilecek başka şeyleri alması durumunda suç planından önemsiz bir sapma söz konusudur¹⁰⁸¹.

Ortak suç planında olaya ilişkin tüm ayrıntıların belirlenmesi mümkün de değildir. Örneğin bir başkasını yaralama hususunda anlaşılan ortakların rol dağılımı, plan kapsamında, birinin mağdurun kollarından tutması diğerinin ona yumruk atması şeklinde belirlenmiş olsa da olayın gelişimi farklı seyredebilir. Mağdur beklenmedik şekilde yere düştüğünde kollarında tutulmasına gerek olmayabilir ve her iki ortak da birlikte mağduru yumruklayabilir.

Dikkat edileceği üzere gösterilen iki örnekte de suç planı farklı bir şekilde gerçekleşmiş olsa da üzerinde anlaşılan tipik fiil değişmemektedir. Plandaki değişiklikten önce de sonra da ilk örnekte hırsızlık suçu söz konusu iken, ikinci örnekte kasten yaralama suçu söz konusudur. Nitekim yukarıda birlikte suç işleme kararının kapsamı başlığında da ortaya konuldu üzere, bu kararın konusu suçun objektif fiil unsuruyla sınırlıdır. Dolayısıyla tipik fiilde değişikliğe yol açmayan plandaki sapmaların önemsiz olarak nitelendirilerek müşterek faillğe engel teşkil etmeyeceğini kabul etmek gerekir. Suç planı, aynı tipik fiil kapsamında kalmak şartıyla suç ortaklarına kısmi bir özgürlük sağlayacak ve plana nispetle bu uyumsuzluklar suç planından önemsiz sapma olarak kabul edilecektir.

Müşterek faillerden birinin açıklandığı şekliyle plandan önemsiz sapmaları dışında gerçekleşen plan dışına çıkılması halleri doktrinde müşterek faillikte sınırın aşılması olarak ifade edilir. Ortaklardan birinin bu sınır aşımı kasten veya kast olmaksızın gerçekleşebileceğinden konu aşağıda iki açıdan ayrı ayrı ele alınacaktır.

2. Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması (*Mittäterezess*)

a) Sınırın Kasten Aşılması

Müşterek faillerden birinin suç planı kapsamında olmayan bir başka suçu veya plan kapsamındaki suçun nitelikli halini kasten gerçekleştirdiği durumda aşkın kısım diğer ortağına isnat edilemeyecektir¹⁰⁸². Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, birlikte suç

¹⁰⁸¹ Örnek için aynı yönde yorumlar için bkz. **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 240; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 118; **Özgenç**, *Faillik*, s. 279; **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 519; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 176.

¹⁰⁸² **Kindhäuser/Zimmerman**, *AT*, § 40, kn. 19; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 49, kn. 62. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da araç hırsızlığı yapmak üzere anlaşılan ancak ortaklardan birinin aracı aldıktan sonra yakalanmamak için bekçiyi ezerek öldürmesinde hareketsiz kalan ortağı haklı olarak müşterek fail olarak değerlendirmemiştir. “Olay tarihinden bir gün önce saat 20.45 sıralarında ...’ya ait

işleme kararının spontane gelişen bir şekilde, ortakların belirli davranışlarıyla da oluşabileceği kabul edildiğinden, suçun icrasından önceki anlaşmanın icra sırasında

... plaka sayılı aracın park edildiği yerden çalındığı, inceleme dışı sanık ...'in sevk ve idaresindeki bu araçta sanık ...'in de bulunduğu, hayvan hırsızlığı maksadıyla Avcılar ilçesi, E-5 kara yolu kenarındaki hayvan satış yerine giden sanık ve inceleme dışı sanığın, maktul ...'in bekçiliğini yaptığı hayvan satış yerine saat 23.00 sıralarında vardıkları, sanık ... ve inceleme dışı ...'i fark eden maktulün hırsızlık suçuna engel olmak için taşıdığı tabanca ile havaya ateş ettiği ve kaçmalarını engellemek için ...'in kullandığı sanık ...'in içinde bulunduğu aracın önüne geçtiği, ...'in yakalanmamak amacıyla aracı maktulün üzerine sürdüğü, maktulün aracın altında kaldığı, ıslak zeminle aracın alt kısmı arasında maktulün vücudunun sıkışması nedeniyle aracın hareket edemediği, araçtan inen sanık ve inceleme dışı sanığın maktulü aracın altından çıkarmaya çalıştıkları ve seslenerek etraftan yardım istedikleri, karşılık bulamayınca maktulü ve çaldıkları aracı olay yerinde bırakarak olay yerinden kaçtıkları, maktulün araç altında sıkışma ile uyumlu klavikula ve kot kırıkları ile birlikte karın göğüs basısından gelişen mekanik asfiksi sonucu hayatını kaybettiği, ertesi sabah aracın altında cesedi bulunan maktulün tabancasının da elde edilmediği anlaşılan olayda; Hırsızlık suçunu işlemek hususunda fikir ve irade birliği içinde hareket eden sanıkların maktul tarafından görülerek engellenmeye çalışması sırasında hakkında nitelikli öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen inceleme dışı sanık ...'in amaçladıkları hırsızlık suçunu gizlemek ve yakalanmamak amacıyla, içinde bulundukları araçla maktule kasten çarpmak şeklindeki icrai hareketle maktulü kasten öldürme suçunu işlediği, bu suça sanık ...'in TCK'nın 37. maddesinde düzenlenen müşterek fail olarak katıldığına yeterli delil bulunmadığı ancak suçu bizzat işleyen sanığın yanında bulunmasına karşın ona engel olabilecek herhangi bir davranış sergilemediği gibi ...'in bu suçu işlemesini engellemeye yönelik herhangi bir söz dahi sarfetmeyen, aksine olay öncesi, olay sırası ve olay sonrasında suçun asli faili inceleme dışı sanık ...'in yanında bulunup destek olmak suretiyle bu sanığa manevi yardımda bulunan sanık ...'in eyleminin nitelikli kasten öldürme suçuna TCK'nın 39. maddesinde düzenlendiği şekilde yardım etme kapsamında olduğu kabul edilmelidir". Bkz. YCGK, E. 2017/1046 K. 2021/298 T. 22.6.2021 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 28.08.2023. Belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkeme'nin sanığın kasten öldürme suçunu işleyen yanında olmasından ve ona engel olabilecek davranışı sergilemediğinden bahisle kasten öldürme suçuna manevi yardımda bulunduğu görüşüne katılmıyoruz. Zira inceleme dışı sanığın ani bir kararla aracı maktule çarptığı anlaşıldığından ve yanda bulunanın bu süreçte maddi veya manevi herhangi bir davranışı söz konusu olmadığından salt yanında bulunmanın suça manevi yardım olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin kararına yansıyan şu olayda, ani gelişen kararla kasten öldürme suçunun işlenmesinde olay yerinde bulunanların haklı olarak ne müşterek fail ne de yardım eden olabileceğine hükmedilmiştir:

"Oluşa ve dosyadaki delillere göre, sanık Arif'in, sanık Orhan'ın babası, sanık Ahmet'in ise yeğeni olduğu, olay günü sanık Orhan'ın maktulün kuzeni olan mağdur Bülent' e küfür etmesi üzerine tokat vurduğu, mağdurun, eve giderek durumu yakınlarına ve maktule anlattığı, maktul ve yakınlarının, ellerinde sopa ve bıçak gibi aletlerle sanıklar Orhan ve Arif'in evinin önüne geldikleri, sanık Orhan'ı dışarı çağırarak tartıştıkları ve darp etmeye başladıkları, bunu gören sanıklar Arif ile Ahmet'in olaya müdahale ettikleri, çıkan kavga sırasında sanıklar Arif ve Ahmet'in, basit şekilde yaralandıkları, sopa ile maktule vurdukları, sanık Orhan'ın, eve girip, bıçakla dışarı çıktığı, toplu kavganın hareketli ortamında aniden gelişen kastla bıçakla maktulün göğüs bölgesine bir kez vurduğu ve kaçtığı, otopsi raporuna göre sol fronto parietelde saçlı deride raddi yara, saçlı deri kaldırıldığında raddi yaranın altında ekimoz saptandığı, ölümün ise kesici delici aletle oluşan iç organ yaralanmasına bağlı kanama ve gelişen komplikasyonlar sonucu solunum ve dolaşım yetmezliğinden gerçekleştiği olayda; Sanıklar Arif ve Ahmet'in, ani gelişen olayda diğer sanık Orhan'ın öldürme suçuna fail veya yardım eden olarak katıldıklarını gösterir her türlü kuşkudan uzak yeterli ve kesin kanıt bulunmadığı, bu nedenle sanıkların maktule karşı gerçekleştirdikleri eylemlerinin kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun niteliğinde hataya düşülerek öldürme suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi" <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 28.08.2023. Suçun işlendiği yerde bulunmanın iştirak açısından niteliğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. **Demirel, Muhammed** (2019) "Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, ss. 656-670, s. 661-665.

değişikliğe uğraması da mümkündür¹⁰⁸³. Dolayısıyla suç ortaklarının bir kimseyi tehdit etmek üzere anlaştıkları olayda ortaklardan birinin bu kimsenin cüzdanını talep etmesi halinde diğer ortak bu durumu kabullenerek tehdit fiiline devam ediyorsa artık müşterek faillikte sınırın aşılmasından bahsedilemeyecek ve her ortak yağma suçundan sorumlu olacaktır.

Öte yandan müşterek faillikte sınırın aşıldığı her durumda, müşterek fail sorumluluğunun ortadan kalktığından da söz edilemez. Zira müşterek faillerin her zaman aynı suçtan sorumlu olması gerekmemektedir. Duruma göre kısmi (*teilweise*) müşterek faillik¹⁰⁸⁴ halleri de mümkündür. Bu itibarla yukarıdaki örnekte tehdit sırasında diğer ortak fark etmeksizin cüzdan alınıyorsa tehdit suçu bakımından ortakların davranışları yine de birbirlerine isnat edilecek ve böylece müşterek faillik söz konusu olacaktır. Ancak nihayetinde birinin sorumluluğu yalnız tehdit suçu kapsamında kalacak iken diğeri yağma suçundan sorumlu olacaktır.

Konuya ilişkin diğer önemli bir husus ise müşterek faillerden biri tarafından aşılın kısma ilişkin olarak suç planında açıkça kararlaştırılmış olmasa da diğer ortağın sorumluluğu için olası kastının yeterli olmasıdır¹⁰⁸⁵. Özellikle suç planının sınırlarının net olmadığı hallerde

¹⁰⁸³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 761; Kindhäuser/Zimmerman, AT, § 40, kn. 20; Schünemann, LK, § 25, kn. 176; Wessels/Beulke/Satzger, AT, kn. 827.

¹⁰⁸⁴ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, § 2, III, D. Kısmi Müşterek Faillik.

¹⁰⁸⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 762; Bulut, s. 271; Çakır, s. 109; Wessels/Beulke/Satzger, AT, kn. 826.

Yargıtay 13. Ceza Dairesi de öngörülebilir olmayan durumlar bakımından müşterek failliğin mümkün olmadığına karar vermiştir: “Olay günü temyiz dışı vefat eden sanık ... ile sanık ...’in hırsızlık maksadı ile müşteki ...’nın evine gittikleri, sanık ...’in araç içinde dışarda beklediği sanık ...’in müştekinin evine girerek müştekinin silahını çaldığı, ancak evinde hırsızla karşılaşan müştekinin durumu fark ederek “hırsız var!” diye bağırması üzerine sanığın kaçarak dışarı çıktığı, karşısına çıkan müşteki tanık ...’a çaldığı silahı yönelterek tehditte bulunduğu, vefat eden sanık ... yönünden eyleminin yağma suçuna dönüştüğü ancak sanık ... ile hırsızlık suçunu planlama aşamasında birlikte olan ve olay yerine de gelen sanık ...’in yukarı çıkmadığı, gözcü olarak araçta beklediği, ani gelişen ve yağmaya dönüşen suçtan sanık ... haberdar olmadığı gibi eyleme de katılmadığı, üstelik yağma suçunda kullanılan silahın tesadüfen hırsızlık suçuna konu olan tabanca olduğu bu tabancanın müştekinin evinde bulunduğundan bilgisinin dahi olmadığı bu durumda hırsızlık suçunu planlayan şeriklerin görmedikleri alanlardaki gerçekleşen eylemin ancak doğal sonuçlarından yani öngörülebilir sonuçlarından sorumlu oldukları, planladıkları olayın doğal sonuçlarından da olmayan eylemlerinden sorumlu olmayacakları, öğreti de “bir suçun işlenişine sonradan iştirak eden kişinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için suçun işlenişine bulunduğu katkıyla bu suçun bütünü üzerinde müşterek bir fiil hâkimiyeti sağlaması gerekir. Bir başka ifade ile suçun işlenişine sonradan iştirak eden şahıs suçun işlenişine bulunduğu katkıyla önceden müstakil fail olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan şahsın gerçekleştirdiği vakalar üzerinde de müşterek hâkimiyet kurmalıdır ki, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilsin”. Bkz. Yargıtay 13. CD, E. 2019/10670 K. 2020/1564 T. 11.2.2020 <lexpera.com.tr> s.e.t. 28.08.2023.

ortakların olası kastı önem arz etmektedir. Yine yukarıdaki örnek bağlamında tehditten önce her iki ortak da diğerinin bilgisi dahilinde silahlı şekilde olay mahalline gidiyorlarsa bunlardan birinin tehdit sırasında silahını kullandığı halde suç planı kapsamında net bir şekilde silah kullanımı üzerinde anlaşılıp anlaşılmadığı belirlenemiyor olsa da diğerinin silah kullanımına ilişkin en azından olası kastı olduğu kabul edilebilir. Bu açıdan her iki ortağın tehdit suçunun nitelikli halinden müşterek fail oldukları kabul edilebilecektir.

b) Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması

Birlikte suç işleme kararının kast olmaksızın aşılması bakımından suçun konusunda hata, hedefte sapma ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar önem arz etmektedir. Aşağıda sırasıyla bu konular ele alınacaktır.

(1) Suçun Konusunda Hata Halinde Müşterek Faillik

Suçun konusunda hata, şahıs üzerinde hata olabileceği gibi eşya üzerinde hata da olabilir (*error in persona vel in objecto*)¹⁰⁸⁶. Mahiyet itibarıyla ise bu hata şekli, suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hatadır. Dolayısıyla suçun konusuna ilişkin bilgisizlik veya yanlış tasavvur kişinin kastını ortadan kaldıracaktır (TCK m. 30/1)¹⁰⁸⁷. Ancak suçun maddi unsurlarındaki hatanın kastı ortadan kaldırabilmesi için failin tasavvuru gerçeğe uygun olsaydı da işlediği fiilin suç teşkil etmeyeceğinin kabul edilebilmesi gerekecektir. Bu itibarla ormanda çalılıkların ardındaki bir hayvanı vurmak üzere ateş edilip hedefin aslında hayvan değil insan olduğu ortaya çıktığında kişinin gerçeğe ilişkin bu yanlış tasavvurunun kastı kaldırabileceği kabul edilebilecektir. Oysa kişi A şahsı zannederek B şahsını vuruyorsa bu halde ölüm neticesi bakımından kast ortadan kalkmayacaktır. Müstakil bir fail için açıklanan bu hususlar temelde müşterek failler bakımından da geçerlidir.

Bu itibarla iki kişi ormanda avlanmak üzere anlaşmış ve içlerinden birisi hataya düşerek bir hayvan yerine insanı vurmuş ise ortada zaten herhangi birlikte suç işleme kararı olmadığından ve hatta kast eksikliği nedeniyle işlenmiş herhangi bir suç olmadığından

¹⁰⁸⁶ **Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) "*Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma*" D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, ss. 43-68, s. 46; **Karaaslan, Reşit** (2019) "*Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma*" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 221; **Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler**, s. 258.

¹⁰⁸⁷ **Yavuz, Hakan A.** (2021) "*Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride Ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)*" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.46, Türkiye Adalet Akademisi, ss. 201-254, s. 205.

müşterek faillik de söz konusu olmayacaktır. Ancak bu kişiler A şahsını öldürmek için anlaşmış olmalarına rağmen, bunlardan birisi A zannettiği B'yi öldürürse, bu hata diğeri için de önemsiz olacak ve diğerkimse de kasten öldürme suçundan müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Zira gerçekleşen suç tipi, ortak suç planı kapsamında kaldığından müşterek faillikte suç planının aşılması söz konusu değildir. Bu manada bir fail için önemsiz olan suçun konusunda hata diğerkimse (müşterek) fail için de önemsizdir¹⁰⁸⁸.

Şahısta hataya ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi'nin kararına yansıyan şu olay (*Verfolgerfall*)¹⁰⁸⁹ doktrinde sıklıkla tartışılmaktadır: Gece vakti bir dükkânı soymak için anlaşılan M ve P, başarısız girişim sonucunda olay yerinden kaçar. Bu sırada P, M'nin yaklaşık iki metre arkasından koşmaktadır. P'nin önünde koştuğunu düşünen M, arkasında koşan P'yi kendilerini yakalamak için koşan başka bir kimse zannetmiştir. Yakalanma tehlikesini bertaraf etmek için M, daha önce anlaşıldığı üzere, arkasındaki takipçiyi öldürme kastıyla ateş etmiştir. Kurşun, P'nin sağ kolunun üst kısmından sıyırılmıştır. Federal Mahkeme olaya ilişkin olarak M'yi kasten öldürmeye teşebbüsten P'yi ise kasten öldürmeye elverişsiz (*untauglich*) teşebbüsten müşterek fail olarak kabul etmiştir.

Olaya ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Özellikle *Roxin*, bu olayda ortaklardan birinin vurulmasının suç planı kapsamında olmadığından bahisle ölüm neticesinin P'ye isnat edilemeyeceğini savunur¹⁰⁹⁰. Bu anlamda M'nin davranışı müşterek faillikte sınırın aşılması kapsamında değerlendirilmelidir. Nasıl ki M, suç planı kapsamında olmayan bu davranışı gerçeğe ilişkin yanlış tasavvurundan, hatasından kaynaklı olarak değil de kasten işlemiş olsaydı diğerkimse ortaklar sorumlu olmayacak idiyse aynı sonuca gerçekleşen olay bakımından da varılması gerekir.

¹⁰⁸⁸ Erdem, *Yanılma ve Sapma*, s. 59; Kindhäuser/Zimmerman, *AT*, § 40, kn. 21; Kühl, *AT*, § 20, kn. 119; Schünemann, *LK*, § 25, kn. 177.

¹⁰⁸⁹ BGH, 23.1.1958, 4 StR 613/57 (BGHSt 11, 268). Kararın detaylı bir incelemesi için bkz. Dehne-Niemann, Jan (2008) "Zum fünfzigjährigen Jubiläum des "Verfolgerfalls" (BGHSt 11, 268)" ZJS, S.4, ss. 351-367. Ayrıca bkz. Bostancı Bozbayındır, s. 4254; Çakır, s. 320-321.

¹⁰⁹⁰ Roxin, *Mittäterschaft*, s. 520; Roxin, *AT-II*, § 25, kn. 195; Roxin, *Tatherrschaft (10)*, s. 320. Tulay da benzer gerekçeden hareket etmektedir. Yazarın detaylı incelemesi için bkz. Tulay, Emre (2022) *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*, Ankara, Adalet, s. 286-294. Herzberg, ortaklardan birinin hataya düşmek suretiyle birlikte suç işleme kararını genişletemeyeceğini savunarak söz konusu olayda müşterek failliğin gerçekleşmeyeceğini belirtir. Bkz. Herzberg, *TuT*, s. 64. Rudolphi ise aşağıda alternatif müşterek faillik başlığında ele alınacağı üzere ortakların davranışlarının suçun işlenmesi bakımından kümülatif özellik arz etmesi gerektiğini savunduğundan bu olayda da müşterek failliği reddetmektedir. Alternatif müşterek faillik için bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, § 3, II, 5, (2) Alternatif Müşterek Faillik. Rudolphi'nin* açıklamaları için bkz. Rudolphi, s. 380, 381.

Hâkim görüşe göre ise olayda M ve P müşterek fail olarak kabul edilmelidir¹⁰⁹¹. Bu hususta müşterek failliği kabul eden yazarların detaylarda farklılaşan bazı yorumları olsa da temelde *Küper'in*¹⁰⁹² açıklamaları pek çoğuna öncü olmuştur. Yazara göre ortak suç planı, müşterek failler arasında bir kılavuz niteliğindedir ve her zaman ortakların bu planı somutlaştırma çabasını gerekli kılar. Suç planı, ortakların davranışlarını kesin ve kapsamlı bir şekilde belirleyemez. Birçok durumda kişi, plandaki hususların somut durum için geçerli olup olmadığına, bu duruma ilişkin bireysel değerlendirmesine göre karar vermek durumunda kalır. Bu anlamda suç planının gerçekleştirilmesinde her zaman yapısal olarak hata olasılığı plana dahildir. Ancak ortaklardan biri ortak suç planını sübjektif olarak göz ardı ettiğinde müşterek faillikte sınırın aşılmasından bahsedilebilecektir.

Kanaatimizce de söz konusu olay bağlamında M için önemsiz olan hatanın P için de önemsiz olduğunu kabul etmek gerekir. Zira birlikte suç işleme kararının kapsamı hususunda ele aldığımız üzere her şeyden önce, TCK m. 37 ile de uyumlu şekilde, müşterek faillerin üzerinde anlaşması gereken husus suçun kanuni tanımındaki fiildir. Dolayısıyla müşterek faillerden biri söz konusu olayda hataya düşse de nihayetinde gerçekleşen suç tipiyle planlanan suç tipi aynıdır. Bu bağlamda bizce müşterek faillikte sınırın aşılması söz konusu değildir. Yine konuya ilişkin olarak *Küper'in* yorumunun da yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira ortak suç planında tüm ayrıntıların belirlenmesi mümkün değildir. Suç planı ne kadar kapsamlı şekilde oluşursa oluşsun her zaman için olayın seyrinin farklı bir şekilde gerçekleşmesi mümkündür. Olay kapsamında M hata ile değil de kasten herhangi bir kimseye veya ortaklardan birine ateş etmiş olsaydı artık birlikte suç işleme kararından bahsedilemeyecekti.

Ancak bizce yine de P'nin olay kapsamında müşterek fail olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Her ne kadar belirttiğimiz gerekçelerle olayda ortak suç planının aşıldığı söylenemese de P'nin müşterek failliğin ikinci şartı olan suçun icrasına esaslı katkıda¹⁰⁹³ bulunduğu da söylenemez. Olayda M, ortağı P yerine bir başkasına ateş etmiş olsaydı P'nin esaslı bir katkıda bulunduğu söylenebilirdi. Zira bu halde M'nin elinden kaçabilecek olan

¹⁰⁹¹ Freund, § 10, kn. 175; Gropp/Sinn, AT, § 10, kn. 188; Heine/Weißer, Schönke/Schröder, § 25, kn. 101; Jakobs, AT, 21/45; Karaaslan, Şahista Hata, s. 305-306; Kindhäuser/Zimmerman, AT, § 40, kn. 22; Köhl, AT, § 20, kn. 121; Krey/Esser, kn. 951; Küper, Versuchbeginn, s. 35-43; Özgenç, Faillik, s. 283; Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf, § 49, kn. 65; Wessels/Beulke/Satzger, AT, kn. 829.

¹⁰⁹² Küper, Versuchbeginn, s. 38, 39.

¹⁰⁹³ Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, §3, II, B, 2. İcra Aşamasında Suça Katkı.

mağdurun bu sefer P tarafından vurulabilme ihtimali gündeme gelecekti. Oysa gerçekleşen olayda ateş edilen kimse zaten P'dir.

(2) Hedefte Sapma Halinde Müşterek Faillik

Birlikte suç işleme kararına varan ortaklardan birinin fiilinin, gerçeğe ilişkin bilgisizlik veya yanlış tasavvurundan dolayı değil de kullandığı aracın yetersizliğinden veya yeteneklerini iyi kullanamamasından ya da başka herhangi bir sebepten hedeflediği konudan başka bir konu üzerinden gerçekleşmesi durumunda diğer ortakların sorumluluğunun ne olacağının da ortaya konulması gerekir. Bu tür durumlarda gerçekliğe ilişkin bir bilgisizlik veya yanlış tasavvur olmadığından kastı kaldıran bir hata hali değil hedefte sapma (*aberratio ictus*) söz konusudur¹⁰⁹⁴.

Müşterek faillik açısından hedefte sapma durumunda da temelde hata hususunda açıklananlar geçerlidir. Müşterek faillerden biri için önemsiz olan sapma diğeri için de önemsizdir¹⁰⁹⁵. Hedefte sapma halinde gerçekleşen netice veya neticelerin diğer ortaklara isnadında suç planının yorumlanması gerekecektir. Eğer ortaklardan A, B'yle; C'nin öldürülmesi hususunda anlaşmış ancak A silahıyla ateş ederken mermi C'yi ıskalayıp onun hemen yanında bulunan D'ye isabet edip ölümüne sebep olduysa B'nin, D'nin ölümünde müşterek fail olarak kabul edilmesi gerekir. Zira suç planı kapsamında kalan tipik fiil, A'nın plan kapsamında kalan davranışıyla farklı bir şekilde gerçekleşmiş olsa da, nihayetinde değişmemiştir. Tabii bu noktada A'nın gerçekte öldürmek istediği C bakımından da bir değerlendirmek yapmak gerekir. A, C bakımından kasten öldürmeye teşebbüs etmiş ve böylece tek fiille birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla fikri içtima bağlamında daha ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan sorumlu olmalıdır. B'nin C'yi öldürmeye teşebbüsten sorumlu olması bakımından ise müşterek fail olmayacağını kabul etmek gerekir. Zira suç planı kapsamında yalnız bir kimsenin öldürülmesi konusunda anlaşılmıştır. Ancak burada B'nin plan kapsamında birden fazla kişinin ölümüne sebep olma riskinin mevcudiyetine ilişkin bir bilgisinin olup olmadığını da değerlendirmek gerekir. Örneğin, B söz konusu olayda uzaktan dürbünle izlediği sokağa ilişkin olarak A'ya bir telsiz aracılığıyla bilgi veriyor ve tam C'nin sokağa girdiği sırada onun hemen yanında D'nin de bulunduğunu görmesine rağmen ateş etmesi hususunda A'ya talimat veriyorsa bu durumda

¹⁰⁹⁴ Erdem, Yanılma ve Sapma, s. 53; Karaaslan, Şahista Hata, s. 229-231.

¹⁰⁹⁵ Erdem, Yanılma ve Sapma, s. 59. Karşı yönde bkz. Eisele, Baumann/Weber/Mitsch, § 25, kn. 99.

B'nin de kasten öldürmeye teşebbüs bakımından müşterek fail olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁹⁶.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin olası kastla işlenen suçlarda iştirak kurallarını uygulamadığı pek çok kararı söz konusudur¹⁰⁹⁷. Örneğin mahkeme iki kişinin mağduru öldürmek üzere anlaştıkları ancak bu iki kişiden birinin tüfeğinden çıkan saçmalardan olay yerinin yakınında bulunan diğer iki kişinin yaralanması olayında yalnız ateş eden kimsenin sorumlu olduğunu kabul etmiştir¹⁰⁹⁸. Mahkemeye göre olası kastla işlenen suçta eylemi gerçekleştiren kimse sorumlu olacağından bu suçlara katılma mümkün değildir. Ancak 1. Ceza Dairesi'nin bu görüşüne ne Alman ne de Türk doktrininde rastlanmıştır¹⁰⁹⁹. Bizce de böyle bir yoruma ancak müşterek failliğin bir şartı olarak ortak suç planının tüm ayrıntılarıyla belirlenmiş olması gerektiğinin ve planın suçun icrası sırasındaki durumdan hiçbir şekilde etkilenmeyeceğinin kabul edilmesi halinde ulaşılabilir. Ancak ortak suç planı *Küper*'in de ifade ettiği üzere müşterek failer arasında bir kılavuz niteliğindedir ve her zaman ortakların bu planı somutlaştırma çabasını gerekli kılar¹¹⁰⁰. Diğer bir ifadeyle ortak suç planı dinamik bir yapıdadır. Plan suçun icrası sırasında değişebilir. Burada önemli olan değişiklik bakımından tüm ortakların mutabakatının olmasıdır. Hazırlık aşamasında bir kişinin öldürülmesi için anlaşılmış olsa da suçun icrası sırasında hedef kişinin

¹⁰⁹⁶ Karaaslan'a göre "bir başkası ile suç işleyen kişi en başından itibaren diğer suç ortağının işlediği suçta meydana gelebilecek sapma riskini kendi üzerine almıştır. Bu kabulün ön şartı ise, olay yeri, olayda kullanılan araç, mağdurun hedef alındığı yerdeki özellikler gibi hususların dikkate alınması sonucunda, başka bir neticenin de gerçekleşebileceğini müşterek failin en azından tahmin edebilmesi, hesaba katabilmesi ve buna rağmen kararlaştırılan suçu işlemeye başlaması ve/veya devam etmesidir". Bkz. **Karaaslan**, *Şahısta Hata*, s. 308.

¹⁰⁹⁷ Dairenin konuya ilişkin kararlarının detaylı bir incelemesi için bkz. **Koca, Mahmut** (2022) "*Müşterek Faillerin Olası Kastla İşledikleri Suçlardan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kararlarının Değerlendirilmesi*" (Ed. Özbek, Veli Özer) İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri- I: Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları, Ankara, Seçkin.

¹⁰⁹⁸ "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanıklar ... ve ... 'in mağdur ... 'ye yönelik öldürme kastı ile fikir ve eylem birliği içinde hareket ettikleri, birlikte araç ile olay yerine geldikleri, sanık ... 'in tüfekle ateş etmesi sonucu mağdur ... 'nin hayati tehlike geçirecek biçimde yaralandığı, atış esnasında olay yerine yakın yerde bulunan mağdurlar ... ve ... 'in de aldıkları saçma isabetleri ile yaralandıkları olayda; olası kastla işlenen suçlarda eylemi gerçekleştiren kişinin sorumlu olacağı, bu suçlara katılma mümkün olmadığı halde sanık ... 'in diğer sanık ... ile birlikte olası kastla yaralama suçlarından sorumlu tutulması" Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2019/3864, K. 2020/90, T. 14.01.2020 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 28.08.2023. Yine mahkeme başka bir kararında açıkça "olası kastla işlenen suçlarda TCK'nın 37. Maddesinde belirtilen müşterek faillik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını" belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2018/2845, K. 2018/1737, T. 11.4.2018 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 28.08.2023.

¹⁰⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Koca**, s. 108.

¹¹⁰⁰ **Küper**, *Versuchbeginn*, s. 38.

yanında başkaları olmasına rağmen icraya devam edilmesi halinde bu kimselerin yaralanabileceği veya ölebileceği hususunda tüm ortakların riski göze aldıkları kabul edilmelidir. Bundan sonra silahın kim tarafından ateşlendiğinin önemi yoktur, zira bu davranış diğere müşterek failliğin şartları kapsamında isnat edilecektir.

(3) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda Müşterek Faillik

Neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suçta müşterek faillik, ortaklar arasında temel suçun işlenmesi bakımından ortak bir suç planının olması ve bu planın birlikte icra edilmesi şartıyla mümkündür¹¹⁰¹. Bu şartların gerçekleşmesi halinde temel suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali bakımından TCK m. 23¹¹⁰² gereğince her bir suç ortağının en azından taksiri bulunmalıdır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların bir kısmında ağır netice bakımından taksirin yanı sıra kasten hareket etme de mümkün iken (görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar); bir kısmında da ağır netice bakımından failin yalnız taksirle (gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar) hareket etmesi gerekir. Müşterek faillik de aşağıda bu ayrım çerçevesinde ele alınacaktır.

Gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar (kast- taksir kombinasyonu) kapsamında şu örnek kapsamında açıklamada bulunabiliriz: A, C'yi dövme üzere boksör olan arkadaşı B ile anlaşp, birlikte C'yi köşeye sıkıştırıp ona yumruk attıkları sırada boksör B'nin C'nin karnına hızla yumruk atması sonucu ölüm meydana gelirse A ve B, TCK m. 87/4 uyarınca neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamadan müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır¹¹⁰³. A'nın ölüm neticesi bakımından taksirinin bulunduğu hususunda şüphe yoktur. Zira boksör bir kimsenin yumruklarının sıradan bir kimsenin ölümüne yol açabileceği öngörülebilir bir neticedir.

¹¹⁰¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 763; Bulut, s. 271; Çakır, s. 146; Doğan, Koray (2015) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 277; Göktürk, Neslihan (2013) Fikri İctima, Ankara, Adalet, s. 254; Özgenç, Genel Hükümler, s. 615; Roxin, AT-II, § 25, kn. 197; Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf, § 49, kn. 66; Schünemann, LK, § 25, kn. 179.

¹¹⁰² Benzer şekilde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından ağır netice bakımından failin en azından taksirinin bulunmasına gerektiğine ilişkin düzenleme Alman Ceza Kanunu § 18 de yer almaktadır.

¹¹⁰³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi de bir kararında TCK'nın 87. maddesinin 4. fıkrası bağlamında müşterek fail sorumluluğunun mümkün olmadığını kabul etmiştir: “Sanık ...'nin maktulü telefon ile arayp görüşmek üzere olay yerine gelmesini ve maktulü tanımayan sanık ...'ın onu tespit etmesini sağlaması, sanık ...'ın silahlı olduğunu bilmesi ve birlikte karar verdikleri kasten yaralama suçuna fonksiyonel katkı vermesi karşısında TCK'nın 23/1. maddesi de dikkate alınarak, sanık ...'nin diğere sanık ...'in eylemine müşterek fail olarak iştirak ettiği, buna göre TCK'nın 37/1. maddesi yollamasıyla TCK'nın 87/4. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği halde, kurulan hükümde TCK'nın 39/2-c maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini” Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2022/171, K. 2022/4936, T. 13.06.2022 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 28.08.2023.

Tabii bu noktada ilk bakışta taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığı görüşü kapsamında ölüm neticesi bakımından A'nın davranışının nedensel olmadığından hareketle taksirli sorumluluğunun da devre dışı kalacağı ileri sürülebilir. Ancak müşterek failliğin yapısı gereği her bir davranış ortaklara karşılıklı olarak isnat edileceğinden burada ölüm neticesi bakımından müşterek faillerin davranışlarının da bir bütün olarak nedensel olması yeterli görülmeli, bireysel davranışın nedenselliğinin ayrıca araştırılmasına gerek olmamalıdır¹¹⁰⁴.

Diğer taraftan yukarıdaki örnekte eğer boksör B suç planını aşarak C'yi öldürme kastıyla ona vurursa bu durumda B kasten öldürme suçundan müstakil fail olarak sorumlu olacakken A yalnız kasten yaralama suçu (TCK m. 86/1) bakımından müşterek fail olarak kabul edilecektir (kısmi müşterek faillik). Zira bu durumda A, suç planını kasten aştığından, ölüm neticesi bakımından iradelerin karşılıklı olarak uyuştugu bir birlikte suç işleme kararından söz edilemeyecektir¹¹⁰⁵. Boksör B ise kasten öldürme suçundan (TCK m. 81) sorumlu olacaktır.

Görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda (kast- kast veya kast- taksir kombinasyonu) ise ağır netice bakımından her bir müşterek failin en azından taksiri olması gerekir. Yani ağır netice bakımından ortakların taksirin yanı sıra olası kastı veya doğrudan kastı da olabilir. Yukarıdaki örnek bağlamında boksör B'nin yanında bir muşta taşıdığını A biliyorsa ve B bu muşta ile C'ye yumruk atarak yüzde sabit bir ize sebep oluyorsa bu halde TCK m. 87/2 bakımından müşterek faillik kabul edilecektir. Zira her ne kadar suç planından açıkça muştanın kullanılması kararlaştırılmamışsa da A'nın bunun kullanılabileceği ve sonucunda yüzde sabit ize sebep olabileceği hususunda en azından taksiri vardır.

¹¹⁰⁴ Benzer yönde bkz. **Schaal, Alexander** (2001) *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 233. Ayrıca Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 2, III, A. Müşterek Faillikte Karşılıklı İsnadiyet Unsuru* ve bkz. aşağıda *İkinci Bölüm, § 3, II, C, 5. Esaslı Katkının Nedenselliği*.

¹¹⁰⁵ Belirtelim ki *Çelen*, benzer bir yorumu yardım etme açısından ifade etmektedir. Yazara göre neticesi sebebiyle ağırlaşan hale ilişkin yardım edenin en azından taksiri varsa bu neticeden sorumlu olacaktır. Fakat failin, örneğin yaralamadan vazgeçip mağduru kasten öldürmesi durumunda, yardım edenin iradesi yaralama suçuna katkı sağlamaya yönelik ise, yardım eden ölüm neticesinden sorumlu olmayacaktır. Bkz. *Çelen*, s. 398-399.

II. Suçun İşlenmesine Objektif Katkı

A. Genel Açıklama

Müşterek faillik bakımından suç ortaklarının birlikte suç işleme kararına varmış olmaları yeterli değildir. Bunun dışında suça objektif nitelikte bir katkıda bulunmaları da gerekir¹¹⁰⁶. Suç ortaklarından her biri, ortak suç planı kapsamında suçun gerçekleştirilmesine katkıda bulunmalıdır. Failliğin esasına ilişkin sübjektif ve objektif teoriler kapsamında birlikte suç işleme kararı müşterek faillik bakımından her zaman gerekli bir şart olarak kabul edilmiş ve nispeten üzerinde daha az tartışma olan bir şarttır. Oysa suçun işlenmesine objektif katkının kapsamı bakımından hâlâ gerek doktrinde gerek yargı kararlarında esaslı tartışmalar devam etmektedir. Bu tartışmaların temelinde de müşterek failliğin yardım etme iştirak türü karşısındaki konumunun, özellikle suçun işlenmesine objektif katkı şartından kaynaklandığı ifade edilebilir¹¹⁰⁷. Birlikte suç işleme kararı şartı, karakteristik olarak müşterek failliği, yan yana faillikten ayıran bir şart iken, suçun birlikte icrası müşterek failliği bir şeriklik türü olan yardım etmeden ayıran şarttır. Zira yardım etme şeriklik türü, en geniş kapsamlı iştirak şeklidir. TCK kapsamında da yardım etme niteliğindeki davranışlar, kanunda sayılmış olmasına rağmen, bu davranış biçimleri o derece geniştir ki, faillik ve azmettirme arz etmeyen, kasten gerçekleştirilen maddî veya manevî nitelikteki katkıların yardım etme kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılar. Diğer bir ifadeyle suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran davranışlar, yardım etme olarak kabul edilebileceğinden, birden fazla kimse birlikte suç işleme kararına¹¹⁰⁸ sahip olsalar da suçun birlikte icrası kapsamında değerlendirilemeyecek bir katkıda bulunan kimse müşterek fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

Suçun birlikte işlenmesi şartını genel faillik teorileri bağlamında ele aldığımızda, aşırı sübjektif teorilerin bugün için ne yargı kararlarında ne de doktrinde savunulmadığı görülmektedir. Zira aşırı sübjektif teoride minimum düzeyde bir objektif katkı (örneğin, diğer suç ortağını alkışlamak) dahi müşterek faillik için yeterlidir. Bir kimsenin suçun

¹¹⁰⁶ **Kamm, Simone** (1999) *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 42; **Kühl, AT**, 20/107; **Mahmutoğlu, Fatih S./Karadeniz, Serra** (2021) *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 897; **Otto, Grundkurs**, § 21, kn. 61; **Waßmer, Anwaltkommentar**, § 25, kn. 61.

¹¹⁰⁷ **Seelmann**, s. 573.

¹¹⁰⁸ Tabii yardım etme şeriklik türünde suçun birlikte işlenmesine ilişkin olarak fail ile yardım eden arasında bir anlaşmaya varılmış olabileceği gibi böyle bir anlaşma olmaksızın yardım edenin tek taraflı iradesiyle de suça iştiraki mümkündür. Bkz. **Çelen**, s. 275.

işlenmesini “*kendisi için istemesi*” yeterli kabul edilmiştir. Dolayısıyla aslında aşırı sübjektif teoride belirleyici olan faktör suça objektif katılımın ölçüsü değil, fail olma iradesidir.

Alman Federal Mahkemesi’nin günümüzde özellikle müşterek faillik bakımından ortaya koyduğu görüşleri ifade etmek üzere kullanılan sınırlandırılmış sübjektif teori ya da diğer bir ifadeyle normatif kombinasyon teorisinde ise müşterek faillerin suça objektif nitelikte bir katkıda bulunması kabul edilmekle birlikte, bu objektif katkı bakımından mahkemenin tüm suç olayını değerlendirici nitelikte birden fazla kriterden hareket ettiği görülmektedir. Bu açıdan Federal Mahkeme’nin suça objektif nitelikteki katkıya ilişkin görüşleri günümüz literatüründe çokça eleştirilmektedir. Bu kriterler ve genel olarak sınırlandırılmış sübjektif teori yukarıda genel faillik teorileri kapsamında ele alındığından burada tekrara düşmemek adına ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır.

Suçun birlikte işlenmesi, müşterek failliğe ilişkin salt objektif bir şarttır¹¹⁰⁹. Ancak suçun birlikte işlenmesinden maksat her bir müşterek failin tipik fiili doğrudan tüm şartlarıyla gerçekleştirmesi değildir. Nitekim bu husus genel faillik teorileri kapsamında faillik açısından şekli objektif teoriyi benimsemek anlamına gelecektir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, şekli objektif teori failliğin belirlenmesi açısından elverişli bir teori değildir¹¹¹⁰.

Tüm bu açıklamalar kapsamında, bugün için müşterek faillerin suça objektif katkısının suçun işlenmesindeki önemi bakımından tartışmaların iki noktada yoğunlaştığı görülmektedir. Birincisi suçun hazırlık aşamasındaki bir katkının müşterek faillik kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin iken, ikincisi suçun icra aşamasındaki katkının müşterek faillik için gerekli ağırlığına ilişkindir.

B. Katkının Yapılacağı Zaman

Müşterek faillerin suça objektif nitelikteki katkılarının hangi ağırlıkta olması gerektiği, bu katkının suçun hangi aşamasında ortaya çıkması gerektiğine göre ikincil nitelikte bir sorundur. Nitekim doktrinde de suçun icrası sırasında yapılan katkının, belirli bir ağırlığa sahip olması durumunda müşterek faillik arz edeceği hususunda tartışma olmasa da aynı

¹¹⁰⁹ **Becker**, s. 157; **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 520. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere birlikte suç işleme kararı objektif ve sübjektif niteliği haiz karma bir şarttır.

¹¹¹⁰ Bkz. yukarıda *Birinci Bölüm*, § 5, II, A. 3. *Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme*.

ağırlıktaki bir katkının suçun hazırlık aşamasında icra edilmesi durumunda müşterek failliğin söz konusu olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.

1. Hazırlık Aşamasında Suça Katkı

Hemen belirtelim ki Alman yüksek yargı içtihatlarında, hazırlık aşamasındaki katkının müşterek faillik oluşturabileceği konusunda herhangi bir tereddüt yoktur¹¹¹. Her ne kadar Alman Federal Mahkemesi, İmparatorluk Mahkemesi içtihatlarından bu yana müşterek failliğin belirlenmesinde gittikçe daha objektif kriterleri esas alsa da temelde suça katılanların iradelerine de -özellikle suçun işlenmesinden elde edilecek menfaati de esas alarak- önem vermektedir. Nitekim bu konuda objektif bir kriter olarak fiil hâkimiyeti ifadesi yerine “*fiile hâkim olma iradesi*” ifadesine kararlarında yer vererek hala sübjektif görüşe yakın olduğunu göstermektedir. Bu açıdan Alman literatüründe de yüksek mahkemenin bu görüşü, failliğin belirlenmesinde öngörülebilir esaslardan uzaklaştığı ve keyfiliğe yol açtığı şeklinde eleştirilmektedir.

Diğer taraftan, Federal Mahkeme’nin hazırlık aşamasındaki katkının yeterli olduğu görüşü sübjektif teoriye yakınlığı nedeniyle anlaşılabilir olsa da, bu yorum fiil hâkimiyeti teorisinin kimi taraftarlarınca da desteklenmektedir. Buna göre katkının yapıldığı zaman değil, yalnız suçun işlenmesi bakımından ağırlığı göz önünde bulundurulmalıdır¹¹². Bu açıdan hâkimiyet teorisi bağlamında hazırlık hareketlerinin müşterek faillik için yeterli kabul edilmesinde Federal Mahkeme’nin kabul ettiği iştirakçinin sübjektif yöneliminden ziyade katkının dışsal ağırlığı yani katkının objektif yönünden hareket edilmektedir¹¹³. Müşterek faillik bakımından fiil hâkimiyetini esas alan görüşlerde hazırlık aşamasındaki suça katkı bakımından irdelenecek olan husus, suç planı kapsamında bu katkının suçun icrası

¹¹¹ Örneğin, mahkeme, yangına karşı sigortalı olan bir aracı yakarak sigorta bedelini almak üzere anlaşılan A ve B’nin, birlikte aracı yaktıktan sonra A’nın olay yerinden uzaklaştığı ve anlaştıkları üzere B’nin itfaiye ile polis memurlarını arayarak aracın kendi kullanımında aniden yanmaya başladığını ifade ettiği bir olayda A ve B’yi müşterek fail olarak sigorta dolandırıcılığından sorumlu kabul etmiştir. Mahkeme, kararında A’nın davranışının suçun işlenmesi bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olduğunu kabul etmesine rağmen sigorta bedelini B ile birlikte elde etme amacı niyetiyle bu hazırlık hareketinin müşterek faillik için yeterli olacağını kabul etmiştir. Bkz. **BGH, 04.12.1992, 2 StR 442/92.**

¹¹² **Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 12, kn. 93.**

¹¹³ **Kamm, s. 46; Otto, Grundkurs, § 21, kn. 61.**

aşamasına ne şekilde etki ettiği, suçun icrası üzerinde etkisini ne ölçüde devam ettirdiğidir¹¹¹⁴.

Bu açıdan, hazırlık aşamasındaki suça katkının da müşterek faillik oluşturabileceğini kabul eden yazarların, icra aşamasındaki katılım eksikliğinin hazırlık aşamasında suçun planlamasındaki bir artıyla telafi edilerek, müşterek failleri suç olayına birlikte hâkim olmaya dahil edebilecek bir minimum eşiğe taşınması gerektiğini ifade ettikleri görülmektedir. Bu itibarla suçun tüm planlamasını ve organizasyonunu yapan ve suçun icrasına katılmayan kimsenin bu katkısı icra aşamasında etkili oluyorsa müşterek fail olarak kabul edilecektir. Zira suçu planlayan ve organize eden, suça iştirak edenlerin icra aşamasındaki davranışlarını ana hatlarıyla belirler, her birinin bireysel rol dağılımlarını şekillendirir ve bu şekilde suçu organize eden olarak fiil hâkimiyetine dahil olur¹¹¹⁵. Dolayısıyla müşterek faillik bakımından icra aşamasındaki katılım gerekli olmasa da hazırlık aşamasındaki katkının fiil hâkimiyeti arz edebilmesi icra aşamasına göre daha baskın bir katkı olmalıdır. Salt suçun işlenmesi konusunda anlaşmış olmak, bu konuda suçu icra edenleri teşvik etmek, suçun işlenmesine ilişkin araçların temin edilmesi şeklinde önemsiz katkılar müşterek faillik arz etmeyecektir¹¹¹⁶. Bu katkılar bir şeriklik türü olarak yalnız yardım etme olarak sorumluluğu gerektirir. Oysa icra aşamasında, suçun başarıyla işlenmesi bakımından esaslı bir katkı olması şartıyla, gözcülük yapmak dahi müşterek faillik olarak kabul edilebilecektir¹¹¹⁷.

Planlama ve organizasyondan kaynaklanan müşterek failliğe ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi kararına yansıyan şu olayı örnek gösterebiliriz¹¹¹⁸: A çiftliği olan ve hayvancılık işiyle ilgilenen birisidir. Ancak ekonomik zorluklar nedeniyle işleri iyi gitmemektedir. Bunun için büyükbaş hayvan çalarak durumunu iyileştirmeyi amaçlamaktadır. Planını gerçekleştirmek için ise çiftliğinde çalışan B ve C ile anlaşmıştır. A çalınan hayvanların çiftliğe getirilmesi için B ve C'ye bir araç vermiştir. B ve C işletmenin işleri için Kuzey ve

¹¹¹⁴ **Mitsch**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 25, kn. 81; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, § 25, kn. 67; **Jakobs**, *AT*, 21/49; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 110; **Jescheck/Weigend**, s. 680; **Seelmann**, s. 573; **Stratenwerth/Kuhlen**, *AT*, § 12, kn. 93; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 823.

¹¹¹⁵ **Heinrich**, *AT*, kn. 1223; **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 119; **Jakobs**, *AT*, 21/49; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 110; **Stratenwerth/Kuhlen**, *AT*, § 12, kn. 94.

¹¹¹⁶ **Seelmann**, s. 573; **Stratenwerth/Kuhlen**, *AT*, § 12, kn. 94; **Mitsch**, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 25, kn. 81.

¹¹¹⁷ **Stratenwerth/Kuhlen**, *AT*, § 12, kn. 94.

¹¹¹⁸ BGH, 10.10.1984, 2 StR 470/84.

Güney Almanya'ya yapacakları operasyonel seyahatlerde çiftliğe dönecekleri zaman uygun hayvanları ele geçirip, mümkünse, çiftlikteki diğer çalışanların fark etmemesi için gece vakti A'ya getireceklerdir. Bunun için dönüş zamanlarında A'yı telefonla bilgilendirerek gerekli önlemlerin alınmasını sağlayacaklardır. Bu plana uygun olarak B ve C tarafından farklı zamanlarda on bir büyükbaş hayvan çalınmıştır. Bu hayvanlar duruma göre satılmış, mevcut hayvanlara dahil edilmiş ya da kesilmiştir. Elde edilen kâr da üçü arasında eşit olarak paylaşılmıştır. Federal Mahkeme genel faillik teorisi kapsamında öngörülebileceği üzere A'yı işlenen hırsızlıklar bakımından faillik iradesi ("*Täterwillen*") nedeniyle müşterek fail olarak kabul etmiştir. Zira A, suçu planlamış, ulaşım aracı sağlamış, hayvanlardan yararlanma imkanına kavuşmuş ve B ile C'ye elde ettiği gelirden paylarını ödemiştir.

Diğer taraftan bu olay, hazırlık aşamasındaki planlama ve organizasyonun fiil hâkimiyetine imkân verebileceğini kabul eden yukarıdaki görüş bakımından da bir müşterek faillik arz edecektir¹¹¹⁹. Zira A'nın suçun icrası sırasında herhangi bir katkısı olmasa da bütün planlamayı ve organizasyonu yapmış, B ile C ise yalnız bu planı sahneye koymuştur. Oysa suçun icrası sırasındaki bir katkının fiil hâkimiyetini hiçbir şekilde oluşturmayacağı kabul edilmiş olsaydı, olayda A hırsızlık suçları bakımından azmettiren olarak kabul edilecekti¹¹²⁰.

2. İcra Aşamasında Suça Katkı

Suçun icra aşamasındaki katkının müşterek faillik için fiil hâkimiyetine imkân verebileceği hususunda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Dolayısıyla bu başlık altında hazırlık aşamasındaki katkının suçun işlenmesi bakımından ne kadar önemli olursa olsun müşterek fail sorumluluğuna sebep olmayacağını kabul eden görüşlerin argümanlarına yer verilecektir.

Her şeyden önce müşterek faillik bakımından suça katkının icra aşamasında gerekli olduğunu savunan görüşler bakımından da suç ortaklarının davranışlarının kısmen veya tamamen tipik fiil olarak ortaya çıkması gerekli değildir. Aynı şekilde, suç ortaklarının davranışlarının eş zamanlı olması da gerekli değildir. Ya da müşterek faillerin suçun icrası

¹¹¹⁹ Örneğin bkz. **Wessels/Beulke/Satzger**, AT, kn. 823, dn. 50.

¹¹²⁰ Nitekim olayda Trier Bölge Mahkemesi de A'nın suçun icrasına herhangi bir şekilde katılmadığı için azmettiren olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

sırasında muhakkak olay yerinde bulunmaları da gerekli değildir¹¹²¹. Önemli olan suç ortaklarının her birinin davranışının suçun icrası aşamasında gerçekleşmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu görüşler kapsamında öncelikle suça katkının icra aşamasında kabul edilmesinde hangi kriterlerin etkili olduğunun belirlenmesi gerekir.

Bu konuda özellikle, fonksiyonel fiil hâkimiyeti kıstasını geliştiren *Roxin'in*, bu hâkimiyetin ancak suçun icra aşamasındaki objektif katkıyla mümkün olabileceği görüşü kapsamında icra aşamasını ne şekilde sınırlandırdığını ortaya koyabiliriz. Yazara göre, tipik hareketle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olan davranışlar da suçun icrası kapsamında değerlendirilerek tipik hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kimse de müşterek fail olarak kabul edilebilmelidir¹¹²². Bu konuya ilişkin olarak iki örnek vermektedir. Örneğin, bir kimse yağma amacıyla mağduru bir dizi kurnazlık ve hile ile daha önce anlaştığı suç ortağının bir ağacın arkasında pusuya yatmış olduğu bir ormana götürüp pusudaki ortağın mağduru etkisiz hale getirmesini sağlarsa ya da bir kimse yine anlaştığı diğer suç ortağının bir çiftçinin ahırını yakmak için henüz döktüğü petrolü tutuşturursa müşterek faillik mümkün olacaktır¹¹²³. Her iki halde de suça objektif katkı esasen suçun icrasından hemen önce, yani ilk olayda cebirden önce ikinci olayda ahır ateşe verilmeden hemen önce sona ermiştir. Bu açıdan suça objektif katkı suçun icrası sırasında gerçekleştirilmemiş olsa da mağduru olay yerine getirme ve ahır yakılmadan hemen önce petrol dökülmesi tipik hareketle o derece bağlantılıdır ki bu davranışlardan hemen sonra artık nihai eylem yani cebrin gerçekleştirilmesi veya ahırın ateşe verilmesi gerçekleşmektedir.

Roxin'in bu açıklamaları genel metodolojisi kapsamında da tutarlı görünmektedir. Nitekim yazar bu hususa ilişkin olarak suçun icrasına katılımın gerçekleşip gerçekleşmediğini, kronometreyle tespit edebileceğimiz matematiksel bir kesinlik olarak ele almanın hukukî anlam ilişkilerinin esasına aykırı olduğunu ifade etmektedir¹¹²⁴. Konuya ilişkin olarak suç olayının hazırlık ve icra aşaması şeklinde yalnız kronolojik olarak art arda gelmesini esas alan bir yaklaşım, müşterek failliğin yeknesak bir eylemler bütünü olduğunu göz ardı edecektir. Mağdurun suç mahalline götürülmesi veya petrolün dökülmesi gibi davranışların

¹¹²¹ **Herzberg**, *TuT*, s. 68. Ancak, *Rudolphi*, müşterek faillik açısından icra aşamasındaki katkının gerekli olduğunu savunsa da olay mahallinde bulunmayan alternatif müşterek faillik şeklinde katılmayı kabul etmemektedir. Bkz. **Rudolphi**, s. 379.

¹¹²² **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 338. Aynı yönde bkz. **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 204.

¹¹²³ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 338. Aynı yönde bkz. **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 183.

¹¹²⁴ **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 338.

hukuki olarak icradan ayrılması keyfî bir özellik arz edecektir. Bu nedenle icra aşaması ve dolayısıyla olası müşterek faillik alanı, suçun şekli olarak yerine getirilmesinin ötesinde, aynı ayrılmaz eylemler bileşkesi olarak ortaya çıkan tüm davranış biçimlerine genişletilmelidir¹¹²⁵. Ancak bu eylemler bileşkesinin ne şekilde gerçekleşeceği soyut bir formülle belirlenemeyecektir¹¹²⁶. Zira *Roxin*'in genel teorisinde de ortaya konulduğu üzere faillik açık bir kavramdır. Failliğin belirlenmesinde çözümün soyut olarak belirlenemeyeceği, sınırda durumlar her zaman vardır¹¹²⁷. Önemli olan suça katkının birlik arz eden bir eylem bileşkesi bağlamında fonksiyonel olarak önemli olduğunun tespit edilmesidir. Bu nedenle, müşterek faillik ve yardım etme ayrımında, somut olayı soyut formüllerle zedelemekten ve hâkimi de münferit olayı değerlendirirken gereksiz yere kısıtlamadan, hâkime uygulanabilir ve tipleştirilmiş kriterler sağlayan açık bir ilkedan hareket edilmiş olur¹¹²⁸.

Sonuç olarak suça objektif katkının her zaman için suçun icrası sırasında gerçekleştirileceği şeklinde katı bir görüşün savunulmadığı ifade edilebilir. Tipik hareketle doğrudan doğruya bağlı olan katkılar da suçun icra aşamasında gerçekleştirilmiş olarak kabul edilmelidir¹¹²⁹. Dolayısıyla tipik hareketle doğrudan doğruya bağlı olmayan planlama ve organizasyon suçun icra aşamasında gerçekleştirilmiş olarak kabul edilemeyecektir.

Bu itibarla, müşterek faillik için suçun icra aşamasında objektif katkının gerekliliğini savunan görüşlerin planlama ve organizasyonun suça hâkimiyet sağlamaya niçin yeterli olmayacağına ilişkin argümanlarını ele alabiliriz.

Konuya ilişkin en temel itiraz, hazırlık aşamasındaki katkının suç üzerinde müşterek hâkimiyete yol açmayacağı yönündedir¹¹³⁰. Zira en başta faillik, suç tipini gerçekleştirmek

¹¹²⁵ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 338. Aynı yönde bkz. **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 183.

¹¹²⁶ Yazar müşterek faillik için önerdiği bu hususun teşebbüs bakımından *Frank formülüne* benzediğini de ifade etmektedir. *Frank formülünde* de icranın başlangıcı kavramsal olarak soyut bir şekilde tipik unsurun gerçekleşmesine göre tanımlamaya çalışan bir görüşün çok dar olduğu savunulmaktadır. Buna göre tipik fiile olan zorunlu bağlılığı dolayısıyla tabii anlayışa göre tipik hareketin ayrılmaz bir parçası olarak görülen hareketler icra hareketidir. Bkz. **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 339, 340.

¹¹²⁷ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 315.

¹¹²⁸ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 340.

¹¹²⁹ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 206; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 183.

¹¹³⁰ **Bloy**, *Beteiligungssform*, s. 367; **Bostancı Bozbayındır**, s. 4236; **Çelen**, s. 100; **Bottke**, *Gestaltungsherrschaft*, s. 90; **Gallas**, *Beiträge*, s. 104; **Herzberg**, *TuT*, s. 66; **Köhler**, s. 518; **Roxin**, *LK*, § 25, kn. 127; **Rudolphi**, s. 374; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 103; **Schild**, *NK*, § 25, kn. 139;

olduğuna göre müşterek faillik de ancak tipik davranışta, yani doğrudan icranın kendisindeki müşterek hâkimiyet olarak kabul edilebilir¹¹³¹. Hazırlık aşamasında yer alan kişinin suç üzerinde belirli bir etkisi olsa ve hatta bu etki suçun işlenmesi bakımından pek önemli nitelikte de olsa bu durum belirli bir noktada suç olayının suçu icra edenin kontrolüne terk edildiği gerçeğini değiştirmemektedir¹¹³². Bu noktadan itibaren, suçun hem vuku bulup bulmayacağı hem de suçun ne şekilde işleneceği, doğrudan icracının iradesine bağlıdır¹¹³³. Hazırlık aşamasında suça katılan suç olayının merkezinde değil ancak periferisinde yer alır¹¹³⁴. Bu itibarla yukarıdaki başlıkta açıklandığı şekliyle hazırlık aşamasındaki katkının icra aşamasında etkisini devam ettirmesinden yola çıkarak müşterek faillik kabul edilemeyecektir¹¹³⁵. Nitekim temelde azmettiren ve yardım edenin katkıları da hazırlık aşamasında gerçekleşmiş olsa dahi suçun icrası üzerinde etkili olmalıdır¹¹³⁶. Nihayetinde azmettiren ve yardım edenin davranışları da netice açısından nedenseldir.

Öte yandan diğer bir itiraz ise planlama ve organizasyonun müşterek faillik için yeterli olabileceğini kabul etmenin, dolaylı failliğin sınırlarını belirsizleştireceğinden bahisle ileri sürülmüştür¹¹³⁷. Zira hazırlık aşamasında sırf planlama ve organizasyon yapan kimsenin, örneğin cebir veya tehdit kullanmaksızın yahut örgütsel bir güç aygıtından faydalanmaksızın, ön plandaki suçu icra edenin iradesine hâkim olmaksızın fail olarak kabul edilmesi, dolaylı failliğin kanunda açıkça öngörülmesine rağmen bağımsız bir faillik türü olarak kabulüne engel olacak, dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki sınırı belirsizleştirecektir.

Son olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da pek çok kararında¹¹³⁸ "*müşterek faillikte aranan en önemli unsurlardan birisi, kişinin suçun işlenişi sırasında fiil üzerinde ortak*

Schünemann, LK, § 25, kn. 182; **Zieschang, Frank** (1995) "*Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?*" ZStW, C.107, S.2, ss. 361-381, s. 378.

¹¹³¹ **Roxin, LK**, § 25, kn. 127; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 182.

¹¹³² **Roxin, AT-II**, § 25, kn. 198; **Roxin, Tatherrschaft (10)**, s. 336; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 182.

¹¹³³ **Puppe, Tatplan**, s. 241; **Roxin, AT-II**, § 25, kn. 198; **Zieschang**, s. 378.

¹¹³⁴ **Roxin, Tatherrschaft (10)**, s. 328.

¹¹³⁵ **Herzberg, Rolf Dietrich** (1991) "*Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?*" JZ, C.46, S.18, ss. 856-862, s. 860; **Puppe, Tatplan**, s. 241; **Roxin, Mittäterschaft**, s. 522.

¹¹³⁶ **Roxin, Mittäterschaft**, s. 522; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 184.

¹¹³⁷ **Becker**, s. 54; **Roxin, Mittäterschaft**, s. 522; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 182.

¹¹³⁸ YCGK, E. 2017/197, K. 2019/381, T. 07.05.2019; YCGK, E. 2019/609 K. 2021/172 T. 27.4.2021; YCGK, E. 2019/321, K. 2021/577, T. 23.11.2021; YCGK, E. 2016/237, K. 2019/501, T. 25.06.2019.

hâkimiyetinin bulunmasıdır” ifadesiyle müşterek faillik için icra aşamasında suça katkıyı esas aldığını ifade edebiliriz. Yüksek mahkemenin kararına yansıyan bir olayda, arkadaşını, borcunu ödemeyen mağdurdan alacağını tahsil etmesi için mağdurun iş yerinin yakınına araçla getirip daha sonra oradan ayrılan ve arkadaşının mağdurun iş yerindeki bilgisayar ve cep telefonunu ele geçirmesinden sonra olay yerine dönüp, onu aracıyla alan ve çalınan eşyaları arkadaşıyla birlikte satıp bir miktar parayı da kendisi alan kimse, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, suçun işlenişi sırasında fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulmadığından bahisle müşterek fail olarak değil yardım eden olarak kabul edilmiştir¹¹³⁹.

3. Değerlendirme

Müşterek failliğin iş bölümü esasına dayanan bir iştirak şekli olmasından ve iş bölümünün konusunun bir suçun işlenmesi olmasından hareketle temelde her bir müşterek failin suça objektif katkısının suçun icra aşamasında gerçekleşmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Alman Federal Mahkemesi’nin tüm suç olayını değerlendirerek hazırlık aşamasındaki her türlü destekleme davranışını müşterek faillik için mümkün kabul ettiği görüşünün yanı sıra doktrindeki planlama ve organizasyona ilişkin görüşler için de aynı durum geçerlidir. Gerçekten suça katkısı hazırlık aşamasında olmasına rağmen, bu katkının sırf suçun icrasında da etkisini devam ettirmesinden yola çıkılarak müşterek failliğin açıklanması genel anlamda faillik ile şeriklik arasındaki sınırı belirsizleştirecektir. Zira çalışmamızın ilk bölümünden itibaren ortaya konulduğu üzere faillik geniş anlamda suça nedensel katkıda bulunma değil, dar anlamda bir suçun işlenmesi, suç tipinin unsurlarının gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla bu “*etkisini devam ettirme*” kıstası bir faillik şeklinin sınırlarının belirlenmesi bakımından elverişli bir hareket noktası değildir. Nihayetinde azmettirme ve yardım etme de suçun icrasında etkilidir.

Tabii şunu da belirtmek gerekir ki *Seelman*, katkının icra aşamasında etkisini devam ettirme kıstasının azmettirme ve yardım etme bakımından da geçerli olduğuna, bu açıdan müşterek faillik için kabul edilemeyeceğine ilişkin görüşe karşı; etkisini devam ettirme kıstasında önemli olanın bu etkinin ağırlığında olduğuna ve bunun yalnız hazırlık aşamasında değil icra aşamasında da dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁴⁰. Gerçekten yukarıdaki görüşler kapsamında özellikle hazırlık aşamasındaki her türlü katkının müşterek faillik

¹¹³⁹ Bkz. YCGK, E. 2014/373, K. 2017/555, T. 19.12.2017 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 01.10.2023.

¹¹⁴⁰ *Seelmann*, s. 573.

açısından kabul edilmediği dikkate alındığında yazarın bu karşı yorumuna hak verilebilir. Ancak yine de bu kabul, faillik ve şeriklik alanı arasındaki sınırın belirsizleştiği eleştirisini bertaraf edemeyecektir. Zira icracı üzerinde irade hâkimiyetine sahip olmaksızın, sırf planlama ve organizasyon nedeniyle hazırlık aşamasında kalan bir kimsenin, dolaylı fail olmasa da müşterek fail olarak kabul edilmesi adeta “*arka kapıdan*” faillik alanına dahil edilmesi anlamına gelecektir.

Öte yandan hazırlık aşamasında planlama ve organizasyon yapan kimsenin suçun işlenmesinde objektif bir katkıda bulunduğunu belirtmek de kanaatimizce her zaman mümkün değildir. Örneğin suçun işlenmesi bakımından icracılara herhangi bir araç vermeksizin sırf suçun planlanması ve bunun açıklanması yalnız manevî nitelikte bir suça katkı olabilecektir. Bu halde ise esasen ya azmettirme ya da teşvik suretiyle yardım etme söz konusu olacaktır.

Hazırlık aşamasındaki hiçbir katkının ne kadar önemli olursa olsun müşterek failliğin kabulü için yeterli olmayacağına ilişkin görüşümüzün, özellikle Türk hukuku bakımından kanunî düzenlemeyle de uyumlu olduğunu düşünmekteyiz. TCK m. 37’de müşterek faillik için suçun kanunî tanımındaki “*fiili*” birlikte gerçekleştirmenin gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla suçun icrasında herhangi bir katkısı olmayan kimsenin “*fiili birlikte gerçekleştirdiğinden*” de bahsedilemeyecektir. Kanun koyucu açıkça birlikteliğin konusunun tipik fiil olduğunu belirtmek suretiyle müşterek failliğin alanını daraltmıştır. Öte yandan bu görüşe karşı her ne kadar hazırlık aşamasındaki planlamanın da fiili birlikte işlemeye eşdeğer bir ağırlıkta olduğu ifade edilebilecek olsa da kanaatimizce böyle bir yorum TCK açısından cezaî sorumluluk alanını genişleten ve istisnai bir hüküm olan müşterek faillik düzenlemesinin kıyasa varacak şekilde genişletilmesi anlamına gelecektir¹¹⁴¹. Zira bir kimse tek başına bir suçun işlenmesi bakımından hazırlık yapmasına rağmen suça teşebbüs etmediği sürece cezalandırılmazken, sırf suçu planlayıp organize etmesi ve bu planın başkaları tarafından icra edilmesi halinde de bireysel olarak suça katkısı ilgili kişi açısından yalnız hazırlık hareketi niteliğinde olmasına rağmen müşterek failliğin kabulü cezaî sorumluluk alanının kıyasa varacak derecede yorum yoluyla genişletilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla müşterek faillik bakımından her bir ortağın davranışı tek

¹¹⁴¹ Genel hükümler bakımından kıyas yasağının geçerliliği tartışması için bkz. **Baytaç, Abdullah Batuhan** (2018) Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul, On İki Levha, s. 353-364.

başına tipiklik arz etmese de tipik fiilin icrasına yakınlık arz etmeli, tipik fiilin icrasında etkili olmalıdır¹¹⁴².

C. Katkının Esaslı Olması

1. Genel Açıklama

Suçta objektif katkının yalnız suçun icrası aşamasında ortaya çıkması müşterek faillik için yeterli değildir. Bunun yanı sıra bu katkının suçun icrasına etki eden, esaslı bir katkı olması gerekir. Diğer bir ifadeyle suç ortaklarının her birinin katkısı suçun iş bölümüne dayalı icrası çerçevesinde belirli bir fonksiyona sahip olmalıdır¹¹⁴³. Birden fazla kimsenin bir suçun işlenmesi bakımında karşılıklı olarak anlaşmaları sonucunda bir suç planı ortaya çıkmış olsa dahi, bunların her birinin davranışı suçun icrasına etki eden, suçun icrasında belirli bir fonksiyonu haiz katkı olmadığı sürece müşterek faillik de söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla müşterek faillerin hâkimiyeti kendi davranışları çerçevesinde kısmi veya müstakil bir hâkimiyet değil ancak diğer ortak veya ortaklarla birlikte tüm suç olayına müşterek bir hâkimiyettir¹¹⁴⁴.

Doktrinde suçun icrası sırasında gerçekleştirilmekle birlikte esaslı olmayan katkıya ilişkin olarak şu örnekler verilmektedir: Hırsızlık sırasında faile soğuk bir içecek vermek ya da belgede sahtecilik sırasında faile kurutma kâğıdı vermek veya bir suçun işlenmesi sırasında faile alkış tutmak, onu cesaretlendirmek suçun icrasına esaslı bir katkı olarak kabul edilmez¹¹⁴⁵. Zira bu katkıların yapılmamış olması suçun işlenmesini tehlikeye düşürecek bir nitelik arz etmez, suçun işlenmesinde belirleyici bir özelliği yoktur.

2. “Açık” Bir Kavram Olarak Esaslı Katkı

Dikkat edileceği üzere, esaslı katkı şartı, sınırları net bir şart değildir. Katkıya ilişkin “esaslı” (*wesentlich*) nitelemesi, fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisi bağlamında bilinçli

¹¹⁴² Benzer yönde bkz. **Herzberg**, *TuT*, s. 66.

¹¹⁴³ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 371; **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 523; **Schünemann**, *LK*, s. 188.

¹¹⁴⁴ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 371; **Özgenç**, *Faillik*, s. 263. Kısmi hâkimiyet açıklaması için bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, I, B. Kısmi Hâkimiyet Temelinde Sübjektif Kriter Görüşü*.

¹¹⁴⁵ **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 523; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 211; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 323; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 188. *Çelen* ise şu örnekleri zikretmektedir: “çocuk düşürtme suçunda kürtajı gerçekleştirecek olan kişinin temin edilmesi, kasten öldürme suçunda kiralık katilin ayarlanması, hırsızlık suçunda fiilin gerçekleştirileceği yerin krokisinin verilmesi, suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçunda bu tür eşyaları satın alan kişiye ulaştırılmasının sağlanması şeklindeki katkılar şeriklik içerisinde değerlendirilirler”. Bkz. **Çelen**, s. 101.

olarak katkının -belirsiz değil- ancak “açık” bir kavram olması için tercih edilmiştir¹¹⁴⁶. Böylelikle suç olayının merkezî figürü tetkikinde hâkime hem somut olay adaleti bakımından bir değerlendirme imkânı tanınmış hem de hâkimin bu değerlendirmesinde kullanacağı bir rehber verilmiştir. Bu açıdan esaslı katkıdan maksat maddi faillik teorilerinde ele alındığı gibi sınırları belirli “kapalı” bir kavram olarak suça “olmazsa olmaz” nitelikte katkı (zorunluluk teorisi) değildir¹¹⁴⁷. Esaslı katkı, suç planı kapsamında temel bir işleve sahip olan, suçun işlenmesi için belirleyici olan dolayısıyla bu katkı olmaksızın suç planının başarıya ulaşmasının tehlikeye düşmesi halinde mevcuttur.

3. Esaslı Katkının Tespiti

Suç objektif katkının öneminin tespitinde suç planı esas alınacaktır. Her bir müşterek failin üstlendiği rol suç planının önemli bir parçası olmalı, suçun işlenmesinde eşdeğer bir özellik arz etmelidir. Diğer bir deyişle plan kapsamında esasen önemli bir katkı olarak görünme şartıyla birlikte bu katkı suçun başarıyla işlenmesi bakımından suç olayı gerçekleştikten sonra *ex-post* bir yorumla, bu katkı olmasaydı suç yine de işlenebilirdi şeklinde bir varsayıma göre değil; *ex-ante* olarak suç planı kapsamında bir değerlendirmeden hareket etmek gerekir¹¹⁴⁸.

Konuya ilişkin olarak, gözcülük rolüyle suça katılan kimsenin davranışı, esaslı katkıyı en öz şekliyle karakterize eder¹¹⁴⁹. Örneğin, bir iş yerinde işlenecek hırsızlık suçunda ortaklardan birinin suçun başarıyla işlenmesi için iş yeri dışında potansiyel bir yakalanma tehlikesini bertaraf etmek için gözcü rolüyle suça iştirak etmesi durumunda, gerçekleşen olayda suçun

¹¹⁴⁶ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, I, A. Fonksiyonel Fiil Hâkimiyeti Görüşü*. Aynı yönde bkz. **Çakır**, s. 225; **Özgenç**, *Faillik*, s. 271.

¹¹⁴⁷ Genel faillik teorileri bakımından zorunluluk teorisinin eleştirisi için bkz. yukarıda *Birinci Bölüm, § 5, II, B, 3. Teorilere Yönelik Eleştiriler ve Değerlendirme*.

¹¹⁴⁸ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 373; **Bostancı Bozbayındır**, s. 4210; **Çakır**, s. 130; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 905; **Özgenç**, *Faillik*, s. 267; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 212.

¹¹⁴⁹ Gözcülük faaliyetinin *ex-ante* değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Özgenç**, *Faillik*, s. 270-271. Yargıtay da çeşitli kararlarında gözcülük faaliyetini müşterek faillik olarak kabul etmiştir: “Suça sürüklenen çocuk ...'nin bağ evi dışında gözcü olarak kaldığının kabul edilmesi karşısında, suçun işlenmesinde üstlendiği rol ve yaptığı katkı göz önüne alındığında diğer sanıklar ile birlikte hırsızlık suçunu TCK'nın 37/1 maddesi kapsamında müşterek fail olarak gerçekleştirdiğinin kabulü gerekirken, aynı Kanunun 39/2-c maddesinin uygulanması suretiyle suça sürüklenen çocuğa eksik ceza verilmesi” Bkz. Yargıtay 22. CD, E. 2015/4578, K. 2015/6108, T. 26.10.2015 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 29.05.2023. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 17. CD, E. 2019/8429, K. 2020/198, T. 08.01.2020; Yargıtay 13. CD, E. 2019/145, K. 2019/7279, T. 02.05.2019; YCGK, E. 2014/251, K. 2015/287, T. 29.09.2015 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 29.05.2023.

icrası sırasında yakalanma tehlikesinin hiç meydana gelmemiş olması gözcünün suça esaslı bir katkıda bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Elbette olay sonrasında gözcünün davranışını değerlendirdiğimizde gözcülük faaliyeti olmasaydı bile suç yine de işlenebilecekti diyebiliriz. Oysa *ex-ante* olarak suç planı kapsamında bu faaliyeti ele aldığımızda bir yakalanma tehlikesi söz konusu ise gözcü de hırsızlık suçu bağlamında malı bulunduğu yerden alan diğer kimselerle birlikte suç olayının tamamına müştereken hâkim olmaktadır. Nitekim potansiyel yakalanma tehlikesinin gerçekleşmemiş olması gözcünün suça objektif bir katkıda bulunmadığı anlamına da gelmeyecektir. Zira gözcü suça öyle bir katkıda bulunmuştur ki iş yerindeki icracılar, bir gözcünün kendilerinin yakalanmasını engelleyeceği bilgisiyle ancak suçu işleyebilmişlerdir. Yakalanma tehlikesini bertaraf eden gözcünün davranışı iş yerindeki icracıların davranışlarını tamamlamıştır.

Bu belirlemelerden hareketle suça objektif katkının esaslı olması bakımından temelde iki olasılık bulunduğunu ifade edebiliriz. Birincisi müşterek faillerin davranışlarının tek başına tipiklik arz etmese de her birinin davranışının tipik fiilin bir kısmını gerçekleştirmesidir. Bu durum özellikle bileşik suçlarda karşımıza çıkar. Örneğin yağma suçunda suç ortaklarından biri mağdura karşı cebir veya tehditte bulunurken diğeri mağdurdan bir mal teslim alıyorsa her ikisinin de suça esaslı bir katkıda bulunduğu şüphe yoktur. Her biri diğeriyle birlikte suç olayı üzerinde müşterek hâkimdir. İkinci olasılık ise müşterek faillerin davranışlarının tipik fiilin tamamı veya bir kısmını gerçekleştirmese de yine de suça esaslı bir katkı arz etmesidir¹¹⁵⁰. Bu olasılık bakımından tipik örnek az önce zikredilen gözcülük faaliyetidir. Diğer bir örnek ise suç ortaklarından birinin mağduru kollarından tutarken diğeri mağduru bıçaklamasıdır. Mağduru kollarından tutma hareketi kasten öldürme suçu bakımından tipik davranış olarak kabul edilemese de bu kimse suça esaslı bir katkıda bulunmak suretiyle suça müşterek hâkim olmuştur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da uyuşturucu ticareti suçu bakımından uyuşturucu maddeyi bizzat nakletmeyen ortağın nakil güzergahındaki kolluk kuvvetlerini diğer ortağa telefon üzerinden bildirmesi şeklindeki

¹¹⁵⁰ “Müşterek failler suçun işlenişine bulundukları iştirak katkıları ile suçun kanuni tarifinde yer alan objektif, maddi unsurların hepsini gerçekleştirmek zorunda olmadığı bilinmektedir. Kimi zaman tüm iştirakçiler- katılımcılar aynı hareketi gerçekleştirebilecekleri gibi (Maktulün üzerine ateş etmeleri) kimi zamanda aralarındaki iş bölümü gereğince bu maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmekle fiil üzerinde hakimiyet kurulabilmektedir. (Bankada soygun yaparken suç ortaklarından biri silahla bankadakileri etkisiz hale getirirken diğeri kasadaki paraları alması gibi). Bu tür durumlarda suçun icrası açısından birbirlerini tamamlayıcı nitelikte hareketler olup her iki suç ortağı suçun işlenmesi sırasında müşterek hakimiyet kurmaktadır. Faillerden her birinin katkısı eylemin icrası için gerekli olup bunlardan birinin çekilmesi vazgeçmesi halinde suçun inkıtaya uğrayacağı açıktır”. Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2022/7521 K. 2022/7926 T. 12.10.2022 <lexpera.com.tr> s.e.t. 07.02.2023.

katkıyı müşterek faillik olarak kabul etmiştir¹¹⁵¹. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu¹¹⁵², mağdurun iki kişi tarafından araca bindirilmesinden sonra bu kişilerden yalnız birinin doğrudan cinsel saldırı davranışını gerçekleştirdiği olayda, araç içerisindeki diğer ortağın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra cinsel saldırı suçundan da müşterek fail olacağına hükmetmiştir.

¹¹⁵¹ “Sanık Şahabettin ile hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan kurulan mahkumiyet hükmü onanmak suretiyle kesinleşen Eyüp 'ün, 16,620 gram ağırlığındaki eroini nakletme konusunda anlaştıkları, bu amaçla olay günü erken saatlerde yola çıktıkları, sanık Şahabettin 'in güvenlik görevlilerince yapılabilecek bir yol kontrolünü Eyüp 'e haber vermek amacıyla aracıyla önden gittiği ve telefonla Eyüp 'ü yönlendirdiği, Eyüp 'ün da içerisinde zula olarak tabir edilen bölme ve bu bölmede de uyuşturucu madde bulunan minibüs tipindeki aracıyla kendisini takip ettiği, Eyüp 'ün Batman İli sınırlarına giriş yaptığı sırada ihbarları değerlendiren kolluk görevlileri tarafından yakalandığı, olay günü her iki sanık arasında sabahın erken saatlerinde başlayıp Eyüp 'ün yakalandığı saatlere kadar devam eden telefon konuşmalarının tespit edildiği, söz konusu telefon görüşme içeriklerinin şifreli ve tamamen yolda kolluk güçlerinin bulunup bulunmadığına ilişkin olduğu, aradaki mesafe ve telefon görüşme kayıtları göz önüne alındığında, Eyüp 'ün, sanık Şahabettin 'in yönlendirmesi olmadan uyuşturucu maddeyi istediği yere ulaştırmasının mümkün olmadığı, sanıkların suça konu uyuşturucu maddeyi birlikte nakletme konusunda önceden anlaşmaya vardıkları ve bu anlaşmaya göre hareket ettikleri, dolayısıyla sanık Şahabettin 'in eyleminin, uyuşturucu maddeyi bizzat taşımakta olan Eyüp 'ün fiilini tamamlar mahiyette olduğu, bu durum karşısında sanık Şahabettin 'in eyleminin TCK'nun 39. maddesinde düzenlenen yardım etme sınırlarını aştığı ve aynı kanunun 37. maddesinde düzenlenen "fail" konumunda bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, Özel Dairece yerel mahkeme hükmünün sanık hakkında TCK'nun 39. maddesinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır” YCGK E. 2012/1323 K. 2013/117 T. 2.4.2013 <lexpera.com.tr> s.e.t. 07.02.2023.

¹¹⁵² “Sanıkların, eve bırakma hilesiyle katılanı araca bindirmeleri, bir süre ilerledikten sonra aracın kapılarını kilitlemeleri, durumu fark eden katılanın araçtan inmek istediğini söylemesine karşın sanık ...'ın seyrine devam etmesi, aracı ıssız bir yere park ettikten sonra katılanı darp edip nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmesi, bu sürecin tamamında sanık ...'ın yanında ve aracın içerisinde olan sanık ...'ın sanık ...'ı eylemlerini gerçekleştirmesinden önce veya gerçekleştirdiği sırada engellemeye yönelik herhangi bir söz veya davranışta bulunmaması karşısında; sanık ...'ın cinsel saldırı eylemini bitirip katılanı darp ettiği sırada sanık ...'ın, “yeter artık vurma, öldüreceksin, başımıza bela açacaksın” şeklindeki sözler ile diğer sanık ...'ı uyarmasının, katılandaki yaralanmanın niteliği dikkate alındığında yargılamaya konu suçlar dışında daha vahim neticelerin ortaya çıkacağı endişesiyle söylendiği, katılanın, sanıklar tarafından eve götürülme hilesi ile araca bindirilmesinden itibaren hareket özgürlüğünün sınırlandığı ve bu sınırlamanın cinsel saldırı eylemi sonucu araçtan dışarı atılmasıyla sonlandığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde katılana karşı ayrıca nitelikli cinsel saldırı suçunun işlemiş olmasının bu suçun oluşumuna engel olmayacağı, kaldı ki nitelikli cinsel saldırı suçunun işlenmeye başlandığı ana kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre de geçtiği anlaşıldığından, olayın başlangıç ve gelişimine göre sanık ... ile birlikte suç işleme kararına sahip olan ve suçun icrasına ilişkin etkin ve fonksiyonel hareketleri ile fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran sanık ...'ın, nitelikli cinsel saldırı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna TCK'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı, bu bağlamda nitelikli cinsel saldırı suçunu birden fazla kişi ile işleyen sanık ... hakkında TCK'nun 102/3-d maddesinin uygulanmasının isabetli olduğunun kabulü gerekmektedir.” Bkz. YCGK, E. 2017/937, K. 2017/484, T. 21.11.2017 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 07.02.2023.

Suçta objektif katkının, esaslı olarak nitelendirilmeyeceğine ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi'nin kararına yansıyan şu olayı örnek verebiliriz¹¹⁵³: A, B ve C bir atari salonunu soymak ve elde edilen geliri paylaşmak hususunda anlaşmışlardır. Bunun için B, A yanında bulunduğu sırada bir kuru sıkı tabanca almış ve C ise A'nın bilgisi dahilinde pantolon cebine bir bıçak koymuştur. A planın uygulanması için bir atari salonunu belirlemiş ve soygun sırasında kullanması için kendi ceketini B'ye vermiştir. Belirlenen atari salonuna kadar B ve C'ye eşlik eden A, diğerlerine soygunun işlendiği sırada yakınlarda bekleyeceğini söylemiştir. B ve C maskeli bir şekilde atari salonuna girmiş B kuru sıkı tabancayla kasa arkasında çalışanı tehdit ederken C çalışanın cüzdanını aramıştır. Çalışan, tabancayı gerçek sanarak kasadaki paraları B ve C'ye teslim etmiştir. B ve C ise paralarla birlikte olay yerinden uzaklaşmıştır. Olay kapsamında B ve C'nin yağma suçu bakımından müşterek fail olmasında herhangi bir tereddüt yoktur. Zira her biri yağma suçunun tipikliğinin bir kısmını gerçekleştirmiştir. Diğer taraftan A'nın davranışının yağma suçu bakımından esaslı bir katkı olduğu söylenemeyecektir. Öncelikle A'nın soyulacak atari salonunu belirlemesi ve B'ye suçun icrasında kullanmak üzere ceket vermesi yağma suçu bakımından hazırlık aşamasında ortaya konulan birer katkıdır. Dolayısıyla bu katkıların müşterek faillik kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Suçun icrası sırasında A'nın "yakınlarda" bekleyeceğini belirtmesi ise suç planı kapsamında esaslı bir katkı olarak değerlendirilmeyecektir. Zira planın başarıyla işlenmesi bakımından yakınlarda beklenerek olması suç planı kapsamında hiçbir fonksiyon icra etmemektedir. A, suçun işlenmesi kararını tamamen atari salonuna giren B ve C'ye bırakmıştır. Yine soygundan elde edilecek gelirden daha sonradan pay alması da müşterek faillik olarak değerlendirilmeyecektir. Oysa A, atari salonunun önünde B ve C'yi dışarı çıktıktan sonra olay yerinden uzaklaştırmak için bir araçta bekliyor olsaydı durum değişirdi. Bu halde A'nın katkısı suç planının başarıya ulaşması bakımından bir fonksiyon icra edecekti.

Bu başlık altında son olarak Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin, kasten öldürme yaralama gibi vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde suça esaslı katkı olarak kabul ettiği davranışları şu şekilde sıralayabiliriz¹¹⁵⁴:

“- Maktul ya da mağdura birlikte silahla ateş edilebileceği gibi biri bıçakla vururken diğerinin yumrukla vurması,

¹¹⁵³ BGH, 19.04.2018, 3 StR 638/17; NStZ-RR 2018, 271 <beck-online.beck.de> s.e.t. 29.08.2023.

¹¹⁵⁴ Bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2022/7521 K. 2022/7926 T. 12.10.2022. Aynı kriterlerin sayıldığı bir başka karar için bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2021/11075 K. 2021/13821 T. 2.11.2021 <lexpera.com.tr> s.e.t. 07.02.2023.

- Birinin yumrukla vururken diğerinin mağdurun kollarını tutması, savunmayı engellemesi,
- Birinin hareket halindeki mağdura vururken diğerinin kaçış yollarını tutması ya da ona çelme atması,
- Sanığın yanında durmak ve görüntü vermek suretiyle mağduru korkutup direncini kırmak,
- Faillerden biri eylemi gerçekleştirirken diğer sanığın olaya müdahale edecek etraftaki kişileri engellemesi”.

4. Pozitif ve Negatif Fiil Hâkimiyeti Ayrımı

Müşterek faillerin davranışlarının suça hâkimiyeti bakımından doktrinde pozitif ve negatif hâkimiyet kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir¹¹⁵⁵.

Luzón Peña ve *Díaz y García Conlledo* müşterek failliğin, failliğin dar yorumuyla bağdaştırılamayacağından hareketle, fonksiyonel fiil hâkimiyeti kavramıyla açıklanmasını kabul etmemektedirler¹¹⁵⁶. Yazarlara göre tipik hareketi bizzat gerçekleştirmeyenlerin yalnız “negatif” bir hâkimiyetinden bahsedilebilir. Örneğin, diğerinin bıçaklaması esnasında mağdurun kaçmasını engellemek için tutan kimse negatif fiil hâkimiyetine sahiptir. Kişi hareketsiz kalarak, yani mağduru tutmayarak, suçun başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilirse de hiçbir şekilde mağduru tutma davranışı öldürme suçunun tipikliğini gerçekleştirmez¹¹⁵⁷. Suç tipi, yalnız bıçağı saplayan yani “pozitif” fiil hâkimiyetine sahip olan tarafından gerçekleştirilir. Bu bağlamda, yazarlar, müşterek failliği, üç failin mağduru üç kez bıçakladığı ve ölüm neticesine ancak bu üç bıçaklamanın birlikte etki ettiği durumlardakine benzer hallerde, pozitif fiil hâkimiyetiyle sınırlamak ister.

Buna karşılık *Küper* ise tam tersi yönden, müşterek faillik bakımından şekillendirme gücü, icra etme gücü, gerçekleştirme gücü şeklindeki fiil hâkimiyetinin pozitif bileşenlerinden ziyade; ortakların her biri diğerinin iş birliğine bağımlı olduğundan, bunların suçun işlenmesini engelleme gücünün, yani negatif hâkimiyetlerinin önem arz ettiğini düşünmektedir¹¹⁵⁸. Benzer şekilde *Valdágua*’ya göre de müşterek failliği karakterize eden negatif hâkimiyet, ortağın vaat ettiği katkıdan kaçınarak suçun tamamlanmasını

¹¹⁵⁵ Bkz. *Haas, Matt/Renzikowski*, Vor §§ 25 ff. kn. 13; *Schild, NK*, § 25, kn. 25.

¹¹⁵⁶ *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, s. 596.

¹¹⁵⁷ *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, s. 594.

¹¹⁵⁸ *Küper, Wilfried* (1979) "Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft" JZ, C.34, S.23/24, ss. 775-787, s. 786.

önleyebilmesinden veya suçtaki kendi kısmını gerçekleştirerek tamamlanmaya giden yolu temizlemesinden kaynaklanır¹¹⁵⁹.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki *Luzón Peña ve Díaz y García Conlledo'nun* pozitif hâkimiyet görüşü, müşterek failliğin yapısıyla bağdaşmaz. Zira bu yorumda yalnız tipik hareketi gerçekleştiren kimsenin müşterek fail olduğunu kabul etmek, hem şekli objektif teorinin açmazlarıyla karşılaşılmasına neden olacak hem de genel olarak müşterek failliği, failliğin bağımsız bir görünüm şekli olarak anlamsızlaştıracaktır. Ayrıca *Roxin'in* de belirttiği üzere katkının yapılmaması halinde planın başarısızlığa uğrayacak olması, gerçekleştirilen pozitif müşterek hâkimiyetin negatif yönünü temsil eder. Dolayısıyla yukarıdaki örnek olayda kişi ister bıçaklanması için mağduru tutsun ister diğer katılanlarla birlikte birden fazla bıçak darbesi indirsın her iki durumda da suça katılanlar karşılıklı olarak birbirlerine bağılıdır ve pozitif davranışlarıyla olay üzerinde müşterek hâkimiyete sahiptirler¹¹⁶⁰.

Negatif fiil hâkimiyeti ifadesi ise fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisine uygun bir açıklamadır. Nitekim suçun icrasına esaslı katkının tespitinde, katkının yokluğu halinde suçun tamamlanmasının tehlikeye düşmesinden hareket edilir. Ancak yine de müşterek faillerin hâkimiyetinin pozitif ve negatif fiil hâkimiyeti olarak adlandırılmasının gerekli olmadığını düşünmekteyiz. Zira böyle bir ayırım yapılması birbirinden bağımsız olarak tek başına pozitif fiil hâkimiyetine veya tek başına negatif fiil hâkimiyetine sahip olmanın yeterli olduğu şeklinde bir sonuca yol açar. Oysa müşterek faillerin her birinin suçun icrasında pozitif objektif bir davranışının bulunması gerekir. Bu pozitif davranışın öteki yüzü ise katkının yapılmamış olması halinde suç planının başarısızlığa uğrama tehlikesidir¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁹ **Valdágua, Maria da Conceição** (1986) "*Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten*" ZStW, C.98, S.4, ss. 839-873, s. 872.

¹¹⁶⁰ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 255.

¹¹⁶¹ *Roxin* de pozitif ve negatif fiil hâkimiyeti ayrımının fonksiyonel fiil hâkimiyetinin yapısını tam olarak yansıtmadığını ifade etmektedir. Mağduru tutan kişi, onu bıçaklanmaya hazır hale getirerek suç tipinin gerçekleştirilmesinde bıçaklayana eşdeğer pozitif bir katkıda bulunmuştur. Bu katkının yapılmadığında planın başarısızlığa uğrayacak olması, gerçekleştirilen pozitif müşterek hâkimiyetin negatif yönünü temsil etmektedir. Bkz. **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 255. Yargıtay 14. Ceza Dairesi de bir kararında cinsel istismar suçu bakımından mağduru kollarından tutan kimseyi müşterek fail olarak kabul etmiştir. Karara göre "sanık M..in nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği sırada sanık Yasin'in de bir suç işleme kararı kapsamında mağdurenin ellerini tutarak direnmesini engellemek suretiyle fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurduğunun anlaşılması karşısında, sanık Yasin'in de diğer sanık gibi suç ortağı fail statüsünde olduğu ve sorumluluğunun müşterek fail olarak 5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi kapsamında kaldığı

5. Esaslı Katkının Nedenselliği

a) Olmazsa Olmaz ve Esaslı Katkı Ayrımı

Yukarıdaki başlıklarda ortaya konulduğu üzere suça objektif katkının fonksiyonel fiil hâkimiyeti kapsamında “*olmazsa olmaz*” değil “*esaslı*” olarak nitelendirilmesinin sonucu olarak, suç ortaklarının münferit davranışlarının suçun neticesi açısından olmazsa olmaz bir şart arz etmesi gerekli değildir. Nitekim esaslı katkının tespitinde suç planının esas alınması da olay sonrasında “*katkı olmasaydı da suç işlenebilirdi*” yorumunu bertaraf etmektedir. Öte yandan kanunda müşterek faillığe ilişkin düzenleme suç ortaklarının davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesine ilişkin bir norm olduğundan¹¹⁶² netice bakımından bireysel katkının nedenselliği önem arz etmemektedir¹¹⁶³.

Tabiî bu noktada bir suçtan yardım eden olarak sorumlu olabilmek için dahi suça katkının nedensel olması gerekirken müşterek fail için nedenselliğin aranmaması bir çelişki olarak görülebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus yardım edenin davranışının da suçun işlenmesi bakımından olmazsa olmaz şart olarak düşünülmemesi gerektiğidir¹¹⁶⁴. Yardım edenin katkısı suçun işlenmesi için olmazsa olmaz nitelikte olabileceği gibi bu niteliği taşımamakla birlikte suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran davranışlar da yardım etme olarak kabul edilmelidir¹¹⁶⁵.

gözetilmeden sanığın cezasından aynı Kanunun 39/2c maddesi uyarınca indirim yapılması” kanuna aykırıdır. Bkz. Yargıtay 14. CD, E. 2013/9830 K. 2014/5979 T. 5.5.2014 <lexpera.com.tr> s.e.t. 07.02.2023.

¹¹⁶² Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 2, III, A. Müşterek Faillikte Karşılıklı İsnadiyet Unsuru*.

¹¹⁶³ *Çelen* ve *Bulut* bu duruma ilişkin, ortakların davranışlarından birinin netice açısından doğrudan nedensel olmamasının sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir. *Çelen*, s. 177; *Bulut*, s. 271. *Çakır*’a göre ise “*Müşterek faillikle ise nedenselliği ayrıca tartışmanın anlamı yoktur. Failin tek başına işlediği bir suçta nedensellik bağı ne şekilde tespit ediliyorsa müşterek faillikle de aynı şekilde tespit edilir. Önemli olan her bir müşterek failin işlenen suça katkısının nedensel olması gerektiğidir. Suç teşkil eden bir eylemin gerçekleştirilmesi için nedensel olmayan kişi, bu eyleme yabancı kabul edildiğinden müşterek fail olarak değerlendirilemez*”. Bkz. *Çakır*, s. 137.

¹¹⁶⁴ *Çelen*, s. 323; *Koca/Üzülmez*, *Genel Hükümler*, s. 426; *Roxin*, *AT-II*, § 26, kn. 184.

¹¹⁶⁵ *Öztürk/Erdem*, s. 436. *Çelen*’e göre *condicio sine qua non* formülü “*şerikin davranışı olmasaydı fail başka bir şekilde hareket etmek zorunda kalacaktı veya failin başarılı olma şansı azalacaktı*” şeklinde kabul edilmelidir. Bkz. *Çelen*, s. 323.

Bu itibarla, müşterek failler bakımından nedensellik araştırmasında suça bireysel katkının nedenselliği değil, ancak suç ortaklarının davranışlarının bir bütün olarak suçun neticesine neden olup olmadığı araştırılmalıdır¹¹⁶⁶.

b) Katkının Nedenselliğine İlişkin Özel Durumlar

(1) İlâve Müşterek Faillik (Die additive Mittäterschaft)

Literatürde ilâve (*additive*) müşterek faillik olarak anılan esaslı katkı biçimi, suç ortaklarının aynı tipik hareketi karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle aynı anda icra ettiği, ortaklardan yalnız birinin davranışının tipik neticeye sebebiyet verdiği ve diğerinin davranışının netice açısından nedensel olmadığı tespit edilmekle birlikte hangi suç ortağının neticeye sebebiyet verdiğinin belirlenemediği olaylar kapsamında ele alınmaktadır. Örneğin on kişi yangın çıkartmak için bir evin çatısına meşale atar ya da öldürmek amacıyla bir kimseye ateş eder yahut güvenlik görevlilerine ya da bir mağazanın vitrinine taş atarlar, ancak bu kişilerden yalnız biri veya birkaçının davranışı neticeyi meydana getirir¹¹⁶⁷.

Müşterek failliğin bu görünüm biçimi *Herzberg'in* ortaya koyduğu bir örnek üzerinden tartışılmaktadır. Örnek¹¹⁶⁸ olaya göre, bir politikacıyı öldürmek üzere anlaşılan yirmi kişinin aynı anda politikacıya silahla ateş etmiş olmalarına rağmen kurşunlardan bir kısmının hedefe isabet ettiği anlaşılmış ve fakat bu kurşunların hangi silahlardan çıktığı belirlenememiştir. Yazar, bu şekilde meydana gelen olaylar bakımından suç ortaklarının fonksiyonel fiil hâkimiyetine sahip olmadığını savunur. Bu tip olaylarda, yağma suçu örneğinden farklı olarak ortaklardan birinin suça katkısından vazgeçmesi durumunda suç planının akamete uğraması söz konusu değildir¹¹⁶⁹. Yağma suçu örneğinde, mağdur etkisiz hale getirilmezse kaçacak veya direnecek ya da tek başına mağdurun etkisiz hale getirilmesi malın ele geçirilmesi için yeterli olmayacaktır. Oysa yukarıdaki örnekte, ortakların müşterek faillikten sorumlu olacağında şüphe yoksa da ortaklardan birinin ateş etmekten vazgeçmesi durumunda suç planı tehlikeye düşmeyecektir¹¹⁷⁰. Bu kapsamda yazar örnek olayda ateş

¹¹⁶⁶ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 213.

¹¹⁶⁷ Örnekler için bkz. **Jakobs**, *AT*, 21/55.

¹¹⁶⁸ Bkz. **Herzberg**, *TuT*, s. 56.

¹¹⁶⁹ **Herzberg**, *TuT*, s. 57.

¹¹⁷⁰ **Herzberg**, *TuT*, s. 58.

eden kimselerin müşterek fail sorumluluğunun fiil hâkimiyetinden değil, doğrudan kanundaki müşterek faillığe ilişkin düzenlemeden kaynaklandığını ifade eder¹¹⁷¹.

Ancak *Roxin*, bu görüşe karşı haklı olarak söz konusu olay bağlamında esasen tam olarak bir fonksiyonel fiil hâkimiyetinin söz konusu olduğunu savunur¹¹⁷². Zira suçun icrası açısından fonksiyonel bir katkının mevcut olup olmadığı, her bir suç ortağının davranışının netice açısından vazgeçilmez olup olmadığına göre değil, suç planı kapsamında *ex-ante* olarak bakıldığında katkının suçun neticesi bakımından önemine göre belirlenmelidir. Ancak yazara göre de bu olayda, yağma suçundaki gibi birbirini tamamlayan, iç içe geçmiş müşterek faillikten farklı bir yapısal durum söz konusudur. Ateş eden birden fazla kişi suç planı kapsamında neticeyi garantiye almak, neticenin meydana gelme olasılığını yükseltmek suretiyle önemli bir katkıda bulunmaktadır. Suç planı kapsamında ortakların her birinin davranışı, birbirini tamamlayan iç içe geçmiş bir katkı olmamakla birlikte eşit ağırlıktadır¹¹⁷³.

Doktrinde de bu tür durumlarda müşterek faillğin kabul edilmesi gerektiği büyük ölçüde ifade edilmektedir¹¹⁷⁴. Hatta *Herzberg* de yukarıdaki örnekte müşterek fail sorumluluğunu kabul etmiştir. Nitekim aksi halde “*in dubio pro reo*” ilkesi gereğince hiçbir atıcının tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Yazarın itirazı fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisinin bu tip olayları açıklamada yetersiz kalmasıdır. Sonuç olarak teorik tartışmalar bir tarafa pratikte benzer olaylarda müşterek fail sorumluluğu bakımından herhangi bir tereddüt söz konusu değildir.

Son olarak belirtelim ki Yargıtay’ın da bu şekilde gerçekleşen durumlarda müşterek faillği kabul ettiği kararları mevcuttur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre: “*Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek*

¹¹⁷¹ **Herzberg**, *TuT*, s. 60-61.

¹¹⁷² **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 524; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 877.

¹¹⁷³ **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 524.

¹¹⁷⁴ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 372; **Çakır**, s. 166; **Dikmen, Hüseyin** (2023) Türk Ceza Hukukunda Müşterek Faillik, Ankara, Seçkin, s. 92; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 89; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 109; **Noltenius**, *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, § 51, kn. 110; **Özgenç**, *Faillik*, s. 268; **Waßmer**, *Anwaltkommentar*, § 25, kn. 73; **Zafer, Hamide** (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul, Beta, s. 442. *Jakobs*’un müşterek faillığe ilişkin biçim hâkimiyeti görüşü bağlamında ilave müşterek faillığe yönelik eleştirisi için bkz. **Jakobs**, *AT*, 21/55.

faillik mümkündür. Bazı hâllerde failler, her biri suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere, bir anlaşmaya varabilir”¹¹⁷⁵.

(2) Alternatif Müşterek Faillik (Die alternative Mittäterschaft)

Müşterek faillikte bireysel katkının nedenselliğine ilişkin bir başka özel durum ise literatürde alternatif müşterek faillik olarak anılan durumdur. Müşterek faillikte bu özel duruma, ilk defa *Rudolphi*¹¹⁷⁶ tarafından dikkat çekilmiştir. Yazara göre suça objektif katkı bakımından müşterek faillerin davranışlarının birbirinin alternatifi olarak değil birbirine eklenen şekilde, kümülatif olarak ortaya çıkması gerekir. Aksi bir kabulde müşterek failler suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirmiş olarak kabul edilemeyecektir.

Rudolphi görüşlerini şu örnekten yola çıkarak ortaya koyar¹¹⁷⁷: A ve B, M’yi öldürmek amacıyla anlaşmışlardır. Yaptıkları iş bölümü çerçevesinde M’yi tuzağa düşürmek için onun geçmesi muhtemel olan yollardan birinde A bekleyecek diğerinde ise B bekleyecektir. Olay günü M, A’nın beklediği yolu tercih eder ve A tarafından vurularak öldürülür. Yazara göre bu olay kapsamında A ve B’nin müşterek fail oldukları kabul edilemez. Zira her ne kadar A ve B belirli bir anlaşmaya varmış olsalar da her birinin davranışı tipik fiilin birlikte icrasına yönelik değildir. Bilakis burada A, B’den bağımsız olarak, tipik fiili gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla bu şekilde belirli bir sonuca ulaşmak için “alternatif” bir iş birliği yapılması müşterek faillik için kabul edilemez. Müşterek faillikte her zaman tipik fiilin gerçekleştirilmesinde ortakların katkılarının kümülatif olarak bir araya gelmesi gereklidir¹¹⁷⁸.

Tabî bu noktada şunu da ifade etmeliyiz ki bu açıklamalar ilk bakışta yazarın şekli objektif teoriyi savunduğu şeklinde bir intiba bıraksa da esasen yazar müşterek faillik bakımından fonksiyonel fiil hâkimiyeti teorisini savunmaktadır¹¹⁷⁹. Bu itibarla ortakların alternatif davranışlarına dayanan olaylarda, ortaklardan biri suçun işlenip işlenmeyeceği ve ne şekilde

¹¹⁷⁵ YCGK, 27.11.2018, E: 2017/975, K: 2018/568 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 10.12.2022. Aynı yönde diğer bir karar için bkz. YCGK, 21.11.2017, E: 2017/937, K: 2017/484.

¹¹⁷⁶ **Rudolphi**, s. 369 vd.

¹¹⁷⁷ **Rudolphi**, s. 379.

¹¹⁷⁸ **Rudolphi**, s. 380. Öte yandan *Schmidhäuser* de müşterek faillik için suça katkıların açıkça kümülatif özellik arz etmesi gerektiğini ifade etmese de her bir suç ortağının birlikte icrada bulunmasını gerektiğini, birlikte hareket edilmesi gerektiğini savunarak icrada hareketsiz kalan kimsenin müşterek fail olamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Schmidhäuser**, 14/19.

¹¹⁷⁹ Bkz. **Rudolphi**, s. 374.

işleneceğini her hâlükârda diğerinin kararına bırakmış olacağından fonksiyonel fiil hâkimiyetinin de gündeme gelmeyeceğini belirtir¹¹⁸⁰.

Gerçekten suçun işlenip işlenmeyeceği ve ne şekilde işleneceğinin, ortak bir anlaşma olsa dahi, bir başkasının kararına terk edilmesi durumunda suç olayına hâkimiyet mümkün olmayacaktır. Nitekim benzer bir tartışmayı yukarıda hazırlık aşamasındaki katkının müşterek faillik oluşturup oluşturmayacağı hususunda da ortaya koymuş ve aynı sonuca ulaşmıştık¹¹⁸¹. Dolayısıyla burada esas tartışılması gereken husus suç planında “*alternatif*” katkılar üzerinde anlaşıldığı her durumda suçun işlenip işlenmeyeceği veya ne şekilde işleneceği kararının ortaklardan birine terk edilip edilmediğidir. Diğer bir ifadeyle fonksiyonel hâkimiyet bakımından önemli olan katkının “*alternatif*” olup olmadığı değil, suçun icrası üzerinde ne surette etkili olduğudur. Zira *Rudolphi*’nin belirttiği şekilde müşterek faillerin katkılarının her zaman kümülatif bir özellik arz etmesi gerektiğinin kabulü nihayetinde bizi yine “*olmazsa olmaz*” katkı sonucuna yani suça bireysel katkının nedenselliğine ulaştıracaktır. Oysa daha önce ifade edildiği üzere fonksiyonel fiil hâkimiyeti bakımından bireysel katkının nedenselliği değil suç planı kapsamında suça objektif katkının ağırlığı önemlidir.

Bu itibarla, suç ortaklarının suç planı kapsamında birbirine alternatif davranışlarda bulunacağının söz konusu olduğu hallerde peşinen müşterek failliğin dışlanması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Eğer ortakların suça katkısı suçun icrası sırasında gerçekleşiyor ve birinin katkısı olmadığında suç planı tehlikeye düşüyorsa müşterek failliğin kabul edilmesi gerekecektir. *Rudolphi*’nin örneği bağlamında eğer M’nin A ve B’nin beklediği yollar dışında bu organizasyondan kaçmak için alternatif yolları mevcutsa B’nin A’nın işlediği kasten öldürme suçundan müşterek fail olmayacağını söyleyebiliriz. Oysa eğer M, A’nın saldırısından kaçmak istediğinde B’nin beklediği yoldan geçmesi gerekiyorsa artık B’nin de suçun icrasına önemli bir katkıda bulunduğu kabul edilmeli ve müşterek fail sorumluluğu gündeme gelmelidir. Konuya ilişkin olarak *Roxin* de suç ortaklarının, tüm kaçış olasılıklarının engellenmesi suretiyle suçun icrası sırasında mağdurun yakalandığı “*ölüm ağına*” dahil olduğunu böylece fonksiyonel fiil hâkimiyetinin ortaya çıktığını savunur¹¹⁸².

¹¹⁸⁰ **Rudolphi**, s. 380.

¹¹⁸¹ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 3, II, B, 1. Hazırlık Aşamasında Suça Katkı*.

¹¹⁸² **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 232.

Bu açıdan alternatif müşterek faillikte mekânın şartları ve ortakların suça katıldığı zaman önem arz eder¹¹⁸³. Örneğin¹¹⁸⁴ mağdurun kaçmasını engellemek için birden fazla kişi bir evin tüm çıkışlarını tutmuşsa müşterek faillik kabul edilebilecektir. Oysa bir politikacının öldürülmesi için yapılan plan kapsamında birden fazla kişi hedef kişinin inebileceği farklı şehirlerdeki havalimanlarında bekliyorsa ölüm neticesi bakımından, beyhude bekleyen ortakların, artık suçun icrası sırasında önemli bir katkıda bulunduğu söylenemeyecektir. Yine katkının zamanı açısından da birden fazla kişiden önce birinin kasten öldürme girişiminde bulunması ve eğer bu girişim başarısız olursa diğerinin aynı girişimde bulunacağı şeklinde bir anlaşma söz konusu ise suçun icrası sırasında önemli bir katkıda bulunulduğu söylenemeyecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki literatürde de alternatif katkıların duruma göre müşterek faillik arz edebileceği hususunda büyük ölçüde görüş birliği vardır¹¹⁸⁵.

(3) Korelatif Müşterek Faillik (*Die korrelative Mittäterschaft*)

Bu başlık altında suça katkının nedenselliğine ilişkin bir tartışmadan ziyade literatürde müşterek failliğin bir işleniş şekli olarak kabul edilen korelatif müşterek faillik kavramı açıklanacaktır. Konunun burada ele alınmasının sebebi ise “*korelatif müşterek failliğin*”¹¹⁸⁶ esasen “*ilâve müşterek faillik*” ve “*alternatif müşterek faillik*” tartışmalarından sonra ortaya çıkmış bir kavram olmasından kaynaklanır.

Doktrinde tespit edebildiğimiz kadarıyla korelatif müşterek faillik (*Die korrelative Mittäterschaft*) kavramını ilk defa *Roxin*¹¹⁸⁷ zikretmiştir. Bilahare bu kavram başka yazarlarca da benimsenmiştir¹¹⁸⁸. *Roxin*, bu kavramı ilâve ve alternatif müşterek faillik hallerinde de suça fonksiyonel hâkimiyetin söz konusu olduğunu ancak bunların yapısal

¹¹⁸³ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 377.

¹¹⁸⁴ Örnekler için bkz. **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 233; **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 878; **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 524.

¹¹⁸⁵ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 372; **Dikmen**, s. 94; **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 110; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 230; **Joerden, Jan C.** (1988) *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 82; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 109; **Özgenç**, *Faillik*, s. 269; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 287; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 193; **Seelmann**, s. 574. Karşı yönde bkz. **Schild**, *NK*, § 25, kn. 139.

¹¹⁸⁶ Kavram, “*ilişkili müşterek faillik*” olarak da anılmaktadır. Bkz. **Özgenç**, *Faillik*, s. 263.

¹¹⁸⁷ **Roxin**, *Mittäterschaft*, s. 524.

¹¹⁸⁸ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 372; **Özgenç**, *Faillik*, s. 263; **Schaal**, s. 175.

olarak “*korelatif müşterek faillikten*” farklılık arz etmesi bağlamında ele almıştır. Korelatif müşterek faillikte, ilave ve alternatif müşterek faillikten farklı olarak ortakların davranışları suçun işlenmesi bakımından birbirini tamamlamakta, bu davranışlar birbiri içine geçmektedir. Bunun en belirgin örneği ise yağma suçunda ortaklardan biri mağdura cebir uygularken diğerinin taşınır bir malı mağdurdan teslim almasıdır. Bu açıdan korelatif müşterek faillik, müşterek fail sorumluluğunun klasik biçimi olarak da ifade edilmiştir¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁹ **Becker**, s. 99; **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 372.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜŞTEREK FAİLLİĞİN

ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ CEZA HUKUKU KURUMLARI

Nihayet çalışmanın bu aşamasına değin elde edilen verilerle, müşterek failliğin özellik arz ettiği ceza hukuku kurumları bakımından tartışmalı konularda çözüm önerilerinde bulunulacaktır. Bu bölümün birinci kısmında müşterek faillerin suça teşebbüsten sorumlulukları bakımından tüm suç ortaklarının suçu doğrudan doğruya icraya aynı anda mı başladıkları yoksa her bir ortak bakımından suçun doğrudan doğruya işlenmeye başlamasının farklı zamanlarda mı gerçekleştiği incelenecektir. Konuya ilişkin bireysel çözüm ve bütüncül çözüm görüşleri değerlendirilecek ve ulaşılan sonuçla birlikte müşterek faillerin suça teşebbüste ve birlikte suç işleme kararından vazgeçmesinin sorumluluklarına etkisi ele alınacaktır.

Bu bölümün ikinci kısmında ise müşterek failliğin özellik arz ettiği bazı suç türleri incelenecektir. Bu suçlardan özellikle özgü suçlar, ihmali suçlar ve taksirli suçlar diğerlerine nispetle daha detaylı şekilde ele alacağımızı ifade etmeliyiz. Özgü suçlarda, özel faillik niteliğinin müşterek fail sorumluluğu için yeterli olup olmayacağı, ihmali suçlarda fail-şerik ayrımı ve müşterek failliğin sınırlı uygulama alanı, taksirli suçlarda ise müşterek failliğin mümkün olup olmadığı Türk hukukundaki ve Alman hukukundaki lehe ve aleyhe görüşlerle birlikte incelenecektir. İkinci bölümde ortaya koyduğumuz üzere müşterek fail sorumluluğundan bahsedilebilmesi için ortakların davranışlarının birbirlerine isnadiyeti söz konusu olmalıdır. Bu itibarla karşılıklı isnadiyetin söz konusu olmadığı, suçun kanunî tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmenin mevcut olduğu hallerde sorumluluğun müşterek faillikten değil doğrudan faillikten kaynaklandığı yorumu bu kısımdaki suçlarda pek çok defa karşımıza çıkacaktır.

Bu bölümün son kısmında ise muhakeme hukuku ve yaptırım teorisi bakımından müşterek failliğin özellik arz ettiği haller incelenecektir.

§ 1. MÜŞTEREK FAİLLİKTE TEŞEBBÜS, VAZGEÇME VE ETKİN PİŞMANLIK

I. Teşebbüs

A. Genel Açıklama

Birden fazla kimsenin bir suçun iş bölümüne dayalı işlenmesine ilişkin olarak anlaşmaları fakat işlemeyi kastettikleri suçu tamamlamamadıkları durumda teşebbüse ilişkin kurallar ile müşterek faillğe ilişkin kuralların çatışması söz konusudur. Bu iki kurum açısından temel soru, ortaklardan birinin plana dahil olan suçu doğrudan doğruya icraya başladığında diğer ortak veya ortakların henüz kendi esaslı katkılarını gerçekleştirme fırsatı bulamadığı hallerde teşebbüs edilen suç bakımından müşterek fail sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağıdır.

Bu bağlamda müşterek faillik ve teşebbüs bakımından önem arz eden husus, tüm suç ortaklarının suçu doğrudan doğruya icraya aynı anda mı başladıkları yoksa her bir ortak bakımından suçun doğrudan doğruya işlenmeye başlamasının farklı zamanlarda mı gerçekleştiğidir. Konuya ilişkin olarak temelde iki görüş vardır. Bunlardan birincisine göre müşterek faillerden birinin suçu doğrudan doğruya icraya başlamasıyla birlikte diğer ortaklar açısından da suç teşebbüs aşamasına geçer. Bu görüş doktrinde bütüncül çözüm (*Gesamtlösung*) olarak anılır. Bireysel çözüm (*Einzellösung*) olarak anılan ikinci görüşte ise ortaklardan birinin, suçu doğrudan doğruya icraya başlaması, diğer ortakların teşebbüsten sorumluluğu için yeterli kabul edilmez¹¹⁹⁰.

Bütüncül çözüm, Alman Yüksek Mahkeme kararlarında 1924 yılından bu yana etkili olmuş¹¹⁹¹ ve gerek Türk gerek Alman doktrininde hâkim görüş haline gelmiştir. Diğer yandan bireysel çözüm ise 1970'li yıllarda -birbirlerinden oldukça farklı gerekçelerden hareket etmiş olsalar da- *Schilling*¹¹⁹² ve *Rudolphi*¹¹⁹³ tarafından yargı kararlarına ve doktrindeki genel kanaate bir eleştiri ve alternatif bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır¹¹⁹⁴.

¹¹⁹⁰ Bu kavram çifti ilk kez *Schilling* tarafından kullanılmış ve bilahare literatürde yerleşmiştir. Bkz. **Schilling**, s. 1.

¹¹⁹¹ **Valdágua**, s. 840.

¹¹⁹² **Schilling**, s. 104 vd.

¹¹⁹³ **Rudolphi**, s. 383 vd.

¹¹⁹⁴ **Valdágua**, s. 840.

B. Bütüncül Çözüm

Gerek Alman¹¹⁹⁵ gerek Türk¹¹⁹⁶ doktrinde hâkim görüş olan bütüncül çözüme göre müşterek faillerden birinin suç planına uygun olarak teşebbüs aşamasına varan davranışıyla birlikte diğer müşterek failler için de aynı zamanda teşebbüs aşaması başlamış olur. Bütüncül çözümün söz konusu yorumuna dayanak olan temelde iki argümanı vardır.

Birinci argümana göre müşterek faillikte ortakların davranışları birbirlerine isnat edildiğinden hâlihazırda teşebbüs davranışını gerçekleştirmiş olan ortağın davranışı diğer ortak veya ortaklara isnat edilerek onların da teşebbüsten sorumlu olmasını gerektirir¹¹⁹⁷. Bu argüman doktrinde “*Faaliyet İsnadı*” (*Tätigkeitsanrechnung*)¹¹⁹⁸ olarak anılır ve müşterek failliğin yapısı bahsinde ortaya konulduğu üzere temelde müşterek faillerin davranışlarının karşılıklı isnat edilmesine (*wechselseitige Zurechnung*) dayanır. Birlikte suç işleme kararıyla meydana gelen ortakların bilinçli iş birliği her birinin davranışının diğerine isnat edilmesini sağlar¹¹⁹⁹. Dolayısıyla müşterek failler sanki suçun işlenmesine ilişkin katkıları bizzat gerçekleştirmiş gibi sorumlu olur¹²⁰⁰. Faaliyet isnadı görüşü önceleri müşterek failliğin esasını karşılıklı dolaylı faillik¹²⁰¹ olarak kabul eden görüşler kapsamında ileri sürülmüş¹²⁰²

¹¹⁹⁵ Angerer, *Rücktritt*, s. 29; Buser, Torsten (1998) *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 83; Eisele/Heinrich, *AT*, kn. 495; Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 10, kn. 45; Ingelfinger, s. 713; Jakobs, *AT*, 21/61; Jescheck/Weigend, s. 681; Kindhäuser/Zimmerman, *AT*, § 40, kn. 15; Krey/Esser, kn. 1241; Kühl, *AT*, § 20, kn. 123; Küper, *Versuchbeginn*, s. 69; Mitsch, *Baumann/Weber/Mitsch*, § 22, kn. 79; Otto, *Grundkurs*, § 21, kn. 125; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, kn. 962.

¹¹⁹⁶ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 826; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 722; Çakır, s. 204; Demirbaş, s. 552; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 472; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 514; Öztürk/Erdem, s. 413. Bununla birlikte İçer ve Kantarcı yenilenmiş bireysel çözümü benimsememektedir. Bkz. İçer, Zafer (2021) Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, İstanbul, On İki Levha, s. 211; Kantarcı, Nurullah (2023) “Müşterek Faillikte İcra Hareketlerine Başlama Sorunu” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, ss. 195-227, s. 218.

¹¹⁹⁷ Hilgendorf/Valerius, *AT*, § 10, kn. 43; Krey/Esser, kn. 1241; Küper, *Versuchbeginn*, s. 69.

¹¹⁹⁸ Bkz. Küper, *Versuchbeginn*, s. 46; Stein, *Beteiligungsformenlehre*, s. 315; Valdágua, s. 843.

¹¹⁹⁹ Murmann, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 25, kn. 32.

¹²⁰⁰ Heinrich, *AT*, kn. 1218; Jakobs, *AT*, 21/25; Krey/Esser, § 28, kn. 941.

¹²⁰¹ Müşterek failliğin hukuki esasını karşılıklı dolaylı faillik olarak kabul eden görüşler için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, § 1, II, A. Karşılıklı Dolaylı Faillik.Görüşü.

¹²⁰² Örneğin bkz. Kohlrausch-Lange, s. 163; Lange, Richard (1935) *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, s. 55; Sax, s. 434.

olsa da bugün için faaliyet isnadını fiil hâkimiyeti teorisi kapsamında savunan yazarlar da söz konusudur¹²⁰³.

İkinci argüman ise doktrinde “*Tesadüf Argümanı*” (*Zufallsargument*)¹²⁰⁴ olarak anılır. Buna göre müşterek faillikte sorumluluk, suçun iş bölümüne dayalı olarak birlikte gerçekleştirilmesiyse; iş bölümü kapsamında kendi rolü diğerine göre daha sonraki aşamada gerçekleşecek olanın -ve bu nedenle aslında daha önemli bir katkısı olacak ortağın-, salt planın erken aşamada başarısızlığa uğramasından dolayı suça teşebbüs etmediğini kabul etmek makul değildir¹²⁰⁵.

Bütüncül çözümün bir sonucu olarak, müşterek faillerden birinin suça teşebbüs etmesiyle birlikte diğer ortakların suçun icrasına henüz objektif nitelikte herhangi bir katkıları olmasa da ortaklar teşebbüs dolayısıyla, fail olarak sorumlu olacaklardır. Örneğin bir dükkânın deposunun soyulması için anlaşılan A ve B’nin rol dağılımları şu şekildedir: A depoya inip çuvalları doldurup B’ye telefon edecek ve B olay yerine gelip mallar araca taşındıktan sonra bunları olay yerinden uzaklaştıracaktır. A’nın dükkâna girip malları çuvala doldurmasıyla birlikte hırsızlık suçu doğrudan doğruya işlenmeye başlayacak ve herhangi bir nedenle mahzendeki mallar yukarı taşınmadığında bu suça teşebbüs edilmiş olacaktır. Bütüncül çözümün kabul edilmesi durumunda telefon edilmesini bekleyen B plan kapsamında üzerine düşen rolü gerçekleştirememiş suça objektif bir katkıda bulunmamış olsa da teşebbüsten sorumlu olacaktır. Oysa aşağıda incelenecek bireysel çözüm bakımından araçta bekleyen B henüz plan kapsamındaki rolünü gerçekleştiremediğinden teşebbüsten fail olarak değil A’nın fiiline yardım etmekten şerik olarak sorumlu olacaktır.

C. Bireysel Çözüm

Bireysel çözüme göre teşebbüs başlangıcı her bir müşterek fail açısından ayrı ayrı belirlenmelidir. Ancak bu çözümde müşterek faillerin teşebbüsten sorumluluğu için bir görüş her bir müşterek failin suçu doğrudan doğruya icraya başlaması gerektiğini savunurken (dar bireysel çözüm – *strenge Einzellösung*); diğer görüş müşterek faillerden birinin suçu doğrudan doğruya icraya başladığında diğer ortakların suça esaslı objektif

¹²⁰³ Ingelfinger, s. 713; Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, § 25, kn. 268; Kindhäuser/Zimmerman, *AT*, § 40, kn. 15.

¹²⁰⁴ Bkz. Hillenkamp, Thomas (2007) “*Versuch*” Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter, § 22, kn. 173; Roxin, *AT-II*, § 29, kn. 296; Valdágua, s. 848.

¹²⁰⁵ Hillenkamp, *LK*, § 22, kn. 173; Küper, *Versuchbeginn*, s. 67, 70; Ingelfinger, s. 713, dn. 108.

katkıları bu sırada gerçekleşmişse teşebbüsten sorumlu olacağını kabul eder (yenilenmiş bireysel çözüm – *modifizierte Einzellösung*).

1. Dar Bireysel Çözüm

Dar bireysel çözümde teşebbüs başlangıcı her bir müşterek fail açısından ayrı ayrı değerlendirilir ve bu değerlendirmede her birinin suçu doğrudan doğruya icraya başlaması esas alınır¹²⁰⁶.

Literatürde bireysel çözüm (*Einzellösung*) kavramını ilk kez zikreden *Schilling*’in bütüncül çözüme yönelik temel itirazı faaliyet isnadı argümanına karşı çıkmasından kaynaklanır. Yazara göre böyle bir kabul, bireyin kendi kişiliğini diğer süjelere genişletmesi¹²⁰⁷ veya iradesinin bir başkasına geçmesi¹²⁰⁸ ya da iradî bir etkinliğin üstlenilmesi¹²⁰⁹ anlamına gelecektir. Faaliyet isnadı -en azından ceza hukuku açısından önemsiz- salt bir varsayımdan ibarettir¹²¹⁰. Müşterek faillerin davranışları karşılıklı olarak isnat edilmekten ziyade bu davranışlar birbirleri açısından yalnız nedensel bir faktörden ibarettir¹²¹¹. Dolayısıyla birbiri açısından yalnız nedensel faktör niteliğini haiz davranışları gerçekleştirenlerden birinin, suçu doğrudan doğruya işlemeye başlamasının diğeri için bir önemi olmayacak bu kimse yalnız kendi davranışıyla suçu doğrudan doğruya işlemeye başlamasıyla teşebbüsten sorumlu olacaktır¹²¹².

Yazar, bireysel çözüm bağlamındaki bu bulgularının neticesinde *de lege feranda* olarak suça iştirak meselesinde tek tip failliğin geçerli olması gerektiğini savunur¹²¹³. Bu bakımdan tahmin edilebileceği üzere yazarın bireysel çözüme yönelik gerekçeleri doktrinde etkili olmamıştır¹²¹⁴.

¹²⁰⁶ İçer, s. 205; Tozman, Önder (2015) Suça Teşebbüs, Ankara, Adalet, s. 194.

¹²⁰⁷ Schilling, s. 90.

¹²⁰⁸ Schilling, s. 91.

¹²⁰⁹ Schilling, s. 92.

¹²¹⁰ Schilling, s. 93.

¹²¹¹ Schilling, s. 104.

¹²¹² Schilling, s. 101.

¹²¹³ Schilling, s. 105.

¹²¹⁴ Roxin, *AT-II*, § 29, kn. 297, dn. 302. Bloy, yazarın görüşleri çerçevesinde teklik sistemine yönelmesini tutarlı bulmakla birlikte, teşebbüs başlangıcı meselesinden yola çıkarak sonunda teklik sistemine varmasında sebeple sonucu birbirini karıştırdığını ifade etmektedir. Bkz. Bloy, *Beteiligungsform*, s. 124,

2. Yenilenmiş Bireysel Çözüm

Yenilenmiş bireysel çözümde müşterek faillerden birinin suçu doğrudan doğruya icraya başlaması diğerlerinin teşebbüsten sorumluluğu için yeterli görülmez. Fonksiyonel fiil hakimiyeti kapsamında diğer ortakların da bu aşamada kendi katkılarının mevcut olması gerekir.

Bu çözüm temelde *Rudolphi'nin* konuya ilişkin görüşlerine dayanır. Yazarın bireysel çözüme yönelik görüşleri (yenilenmiş bireysel çözüm – *modifizierten Einsellösung* olarak anılır)¹²¹⁵, bu çözümü, fiil hâkimiyeti teorisi bağlamında temellendirmesi nedeniyle doktrinde daha etkili olmuştur. Yukarıda, alternatif müşterek faillik¹²¹⁶ başlığında açıklandığı üzere, yazar, müşterek faillik bakımından ortakların davranışlarının suçun işlenmesi bakımından *kümülatif* olması gerektiğini, bir ortağın davranışı diğerine alternatif ise müşterek failliğin söz konusu olamayacağını savunur. Bu temel argümanının bir sonucu olarak da müşterek faillerin teşebbüsten sorumlu olabilmesi için diğerinden bağımsız olarak, kümülatif özellik arz edecek, suç planı dahilindeki katkısını gerçekleştirmesi gerekir¹²¹⁷. Ayrıca suç ortakları, suçun işlenmesi için anlaşmış olsalar da plan kapsamındaki kendi katkılarını gerçekleştirmedikleri sürece fiil hâkimiyetine de sahip olamayacaklarından bunların müşterek fail olarak kabulü de mümkün değildir¹²¹⁸. Teşebbüsten sorumlu olmayan kimsenin suça katkısı yardım etme olarak kabul edilmelidir¹²¹⁹.

Rudolphi'nin suç planı kapsamında kendi katkısını gerçekleştirmeyen kimsenin fiil hâkimiyetine de sahip olmayacağına ilişkin yorumunun fonksiyonel fiil hâkimiyeti görüşünü savunan kimi yazarlarca¹²²⁰ da esas alındığı ve bu yazarların bireysel çözüm yönünde fikir

dn. 30. *Maiwald* ise *Schilling'in* ikilik ve teklik sisteminin bir kombinasyonunu savunduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Maiwald**, s. 343.

¹²¹⁵ Bkz. **Eisele/Heinrich**, *AT*, kn. 497; **İçer**, s. 206; **Kantarıcı**, s. 210.

¹²¹⁶ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm*, § 3, II, C, 5, b), (2) *Alternatif Müşterek Faillik*.

¹²¹⁷ **Rudolphi**, s. 380, 385.

¹²¹⁸ **Rudolphi**, s. 386.

¹²¹⁹ Ancak şu hususu da belirtmeliyiz ki Alman Ceza Kanunu § 30'da suça iştirak teşebbüsü başlıklı hükmün 2. fıkrasında birlikte suç işlemek üzere anlaşma da cezaî yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla birden fazla kişi bir suçu birlikte işlemek üzere anlaşmışsa bu hükümden sorumlu olacak ancak ortaklardan birinin suçu doğrudan doğruya işlemeye başlamasıyla, bireysel çözüm bağlamında suçun hazırlık aşamasında kalan kimse yalnız yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Bu hususta bkz. **Rudolphi**, s. 384.

¹²²⁰ **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 266; **İçer**, s. 211; **Kantarıcı**, s. 215; **Valdágua**, s. 870; **Roxin**, *AT-II*, § 29, kn. 298.

beyan ettikleri görülmektedir. Hatta bu yazarlardan *Roxin*, önceki eserlerinde¹²²¹ bütüncül çözümü savunurken daha sonra¹²²² bireysel çözümün gerek iştirak öğretisi¹²²³ gerek teşebbüs öğretisi¹²²⁴ bakımından savunulması gerektiğini ifade etmiştir. Müşterek failliğin şartlarının tamamlanmış suçta olduğu gibi teşebbüste kalmış suç bakımından da geçerli olması gerekir. Müşterek faillik için suçun icrası aşamasında esaslı bir katkı gerektiğinden, bir kimsenin teşebbüsten sorumlu olabilmesi için de teşebbüs sırasında esaslı bir katkısı olmalıdır¹²²⁵.

D. Değerlendirme

Kanaatimizce fonksiyonel fiil hâkimiyetine dayanan bir müşterek faillik tasarımı yalnız ortaklardan birinin davranışıyla diğerlerinin de teşebbüsten sorumlu olacağını kabul etmek doğru değildir. Müşterek fail sorumluluğu için geçerli olan iki şart suçun teşebbüs aşamasında kaldığı halde de geçerli olmalıdır. Bir kimse suça objektif nitelikte herhangi bir katkıda bulunmaksızın sırf bir başkasıyla bir suçun işlenmesi için anlaşmışsa bu kimsenin artık ister tamamlanmış bir suç olsun ister teşebbüs aşamasında kalmış bir suç olsun herhangi bir şekilde fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Tabii bizim de katıldığımız görüş uyarınca müşterek faillerin suça objektif katkısının icra aşamasında gerçekleşmesi gerektiği kabul ediliyorsa, artık evleviyetle teşebbüs bakımından bütüncül çözümün benimsenmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan fiil hâkimiyeti teorisinden de evvel failliğin iki temel yorum yönteminden dar faillik bakımından da bütüncül çözümün kabulü mümkün değildir. Zira bu çözümün kabulü halinde kişinin yalnız bir suçun birlikte işlenmesi için anlaşmış olması başka herhangi bir davranışı olmasa dahi faillik kapsamında değerlendirilerek suç doğrudan doğruya işlemeye başlayanın davranışına neden olmaya indirgenmiş olacaktır.

Ayrıca dar bireysel görüşün de fonksiyonel fiil hakimiyetiyle bağdaşmadığını ifade etmeliyiz. Zira müşterek faillerin davranışları karşılıklı isnat edildiğinden nasıl ki tamamlanmış suçta her bir ortağın tipik fiili bizzat yerine getirmesi gerekmiyorsa teşebbüste kalan suçta da her bir ortağın davranışının suçu doğrudan doğruya icraya başlama olarak

¹²²¹ **Roxin, Claus** (1979) "*Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*" JuS, ss. 1-13, s. 13; **Roxin, LK**, § 25, kn. 139.

¹²²² **Roxin, Versuch**, s. 491-494; **Roxin, AT-II**, § 29, kn. 297 vd; **Roxin, Claus** (2013) "*Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter*" Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, s. 628.

¹²²³ **Roxin, AT-II**, § 29, kn. 299-302.

¹²²⁴ **Roxin, AT-II**, § 29, kn. 303-305.

¹²²⁵ **Roxin, AT-II**, § 29, kn. 299.

kabul edilmesi gerekli değildir. Ortaklardan birinin davranışı suçu doğrudan doğruya icraya başlama niteliğinde kabul edilebiliyorsa, diğerinin davranışı tek başına bu niteliğe sahip olmasa da doğrudan doğruya icraya başlama davranışına esaslı bir katkı olarak değerlendirilebiliyorsa, bu kimse teşebbüsten müşterek fail sıfatıyla sorumlu olabilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde A ve B'nin dükkânı soyması örneğine dönecek olursak, A depoya inip malları çuvala doldurmaya başlarken yakalandığında hırsızlık suçuna teşebbüs sorumluluğu ortaya çıkmıştır. Ancak çalınan malları olay yerinden uzaklaştırmak için A'nın telefon etmesini bekleyen B'nin davranışı, malların çuvala doldurulmasında esaslı bir katkı teşkil etmediğinden teşebbüs aşamasına geçmemiştir. Bu halde B, müşterek fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu olmalıdır. Diğer taraftan olay kapsamında B'nin rolü yakalanma tehlikesini bertaraf etmek üzere gözcülük yapma olsaydı, gözcülük hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlama olarak nitelendirilemese de A'nın teşebbüs davranışı bakımından esaslı bir katkı olacaktı ve bu halde B'nin hırsızlık suçuna teşebbüsten müşterek fail sorumluluğundan bahsedilecekti.

II. Teşebbüste ve Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme

A. Suça Teşebbüste Vazgeçme

Suçta teşebbüste vazgeçme -TCK'nın ifadesiyle gönüllü vazgeçme- suçun icrasına başlanmış olmakla birlikte, failin iradi olarak icra hareketlerini tamamlamaması veya bu hareketleri tamamlamış olsa da suçun kanuni tanımındaki neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde söz konusudur¹²²⁶. Gönüllü vazgeçme, işlenen fiilin haksızlığıyla ilgili olmasa da müşterek faillikte teşebbüs bakımından yapılan açıklamaların gönüllü vazgeçme kurumuyla yakından bağlantılı olması nedeniyle bu başlık altında ele alınmıştır. Nitekim, cezayı kaldıran şahsi bir sebep olan ve temelde ceza siyaseti düşüncesine¹²²⁷ dayanan gönüllü vazgeçme, suç

¹²²⁶ **Sözür, Adem** (1994) Suça Teşebbüs, İstanbul, Kazancı Kitap, s. 235. 765 sayılı TCK döneminde icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmamasına göre yapılan ayırmda, faal nedamet ve ihtiyarile vazgeçme kavramları için bkz. **Bayraktar, Köksal** (1967) "Faal Nedamet" İÜHFM, C.33, S.3-4, ss. 120-154, s. 123-125. 5237 sayılı TCK'da bu ayırım kaldırılmıştır. Bkz. **Yılmaz, Enes** (2016) "Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme" AÜHFD, C.65, S.4, ss. 2553-2603, s. 2561-2562.

¹²²⁷ **Erdem, Büşra** (2022) İşlenemez Suç, İstanbul, On İki Levha, s. 97-98; **Tozman, Önder** (2009) "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme" TBB Dergisi, C.22, S.82, ss. 201-234, s. 203. Ancak doktrinde gönüllü vazgeçme halinde cezaî sorumluluğun kalkmasının gerekçesi hakkında farklı görüşler de vardır. Bkz. **Işıka, Sertaç** (2021) Gönüllü Vazgeçme, İstanbul, On İki Levha, s. 20 vd. TCK m. 36'nın gerekçesinde gönüllü vazgeçmeden "modern suç politikasının temel araçlarından biri" olarak söz edilmiştir.

yolunda yalnız teşebbüsün mümkün olduğu safhada gerçekleşebilecek bir durumdur¹²²⁸. Ne hazırlık aşamasında ne de suçun tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçme mümkündür. Gönüllü vazgeçmenin sonucu ise, vazgeçen kişiyi suça teşebbüsten kaynaklanan ceza sorumluluğundan kurtarmaktır¹²²⁹.

TCK'da gönüllü vazgeçme bakımından iki madde tesis edilmiştir. TCK m. 36'da gönüllü vazgeçmenin genel tanımı düzenlenmişken, TCK m. 41'de suça iştirak halinde suça katılanların gönüllü vazgeçmeden nasıl yararlanacağı hüküm altına alınmıştır.

TCK m. 41'de iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçenin, gönüllü vazgeçme hükmünden yani TCK m. 36'dan yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gönüllü vazgeçen suç ortağının gösterdiği gayretin dışında bir nedenle suçun işlenmemesi ya da gönüllü vazgeçen suç ortağının tüm gayretine rağmen suçun işlenmesi halinde de gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır¹²³⁰. Oysa TCK m. 36'da yani suça iştirak olmadığı bir halde müstakil failin tüm çabasına rağmen suçun işlenmesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği belirtilmemiştir. Dolayısıyla müstakil faillik halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için suçun muhakkak tamamlanmamış olması ve bu durumun failin gönüllü, iradi çabasının sonucu olarak ortaya çıkması gerekir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, suç iştirak halinde işleniyorsa TCK m. 41'in açık düzenlemesinin yanı sıra gönüllü vazgeçme kurumunun cezayı kaldıran şahsi bir sebep olmasından nedeniyle de teşebbüsten cezalandırılmayacak olan kimse yalnız gönüllü vazgeçendir.

TCK m. 41'in uygulanması bakımından şeriklik hallerinde bağlılık kuralının gereği olarak failin teşebbüs aşamasına varmış bir davranışı olması halinde azmettiren veya yardım eden, fail suçun işlenmesinden vazgeçmiş olsa da teşebbüsten sorumlu olacaktır. Ancak müşterek faillikte ortakların sorumlulukları bağlılık kuralına dayanmadığından her bir ortağın asli sorumluluğu söz konusu olduğundan gönüllü vazgeçme bazı olaylarda farklılık arz eder. Bu durum özellikle müşterek faillikte teşebbüse ilişkin bütüncül çözüm ve bireysel çözüm

¹²²⁸ **Roxin**, *AT-II*, § 30, kn. 309.

¹²²⁹ **Koca/Üzülmmez**, *Genel Hükümler*, s. 440.

¹²³⁰ Kanun'daki gayret ifadesine ilişkin detaylı inceleme için bkz. **Bozdağ, Ahmet** (2020) "*İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret*" Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, ss. 79-101, s. 88-98.

yönteminin kabul edilmesine göre değişecektir. Konuyu bir örnek üzerinden şu şekilde somutlaştırabiliriz:

A ve B bir bankayı soymak üzere anlaşmışlardır. A anlaşmışları üzere bankaya girecek banka kasasını bir kaynakla makinesiyle açarak paraları alıp B'ye telefon edecektir. B de bunun üzerine bankaya gelecek ve paraları birlikte araca yükleyerek olay yerinden uzaklaşacaklardır. Plan böyle olmakla birlikte A, banka kasasını açmaya uğraşırken suçu tamamlamadan vazgeçer ve telefonla B'yi arayarak durumu ona iletir. Örnek olay kapsamında A'nın gönüllü vazgeçtiği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Dolayısıyla A, hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu olmayacaktır. Ancak B'nin teşebbüsten sorumluluğu bakımından bütüncül çözüm ve bireysel çözüm farklı sonuçlara yol açacaktır. Teşebbüs hususunda bütüncül çözüm benimsenecek olursa B, A'nın suça teşebbüs etmesiyle birlikte kendisi de teşebbüs aşamasına geçmiş olacağından hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. Zira B'nin gönüllü vazgeçme hususunda herhangi bir çabası veya iradesi söz konusu değildir. TCK m. 41 uyarınca da gönüllü vazgeçme yalnız gönüllü vazgeçen suç ortağına uygulanacaktır. Diğer taraftan teşebbüs bakımından bireysel çözüm benimsenecek olursa B henüz plan kapsamındaki katkısını gerçekleştirmediğinden, A'nın davranışıyla müşterek fail olarak teşebbüsten sorumlu olmayacak ve böylece kendisi için gönüllü vazgeçme zaten gündeme gelmeyecektir.

Müşterek faillikte teşebbüs hususunda biz de bireysel çözümü benimsediğimizden B'nin olay kapsamında A'nın gerçekleştirdiği teşebbüsten müşterek fail olarak sorumlu olmadığını düşünüyoruz. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki; B'nin davranışları müşterek faillik için yeterli olmasa da -zira suçun icrası sırasında esaslı bir katkıda bulunmamıştır- en azından suç işlemeye teşvik anlamında yardım etme şeriklik türü kapsamındadır. Bu itibarla, bağlılık kuralının bir sonucu olarak yardım edenin sorumluluğu açısından suça teşebbüs edilmiş olması yeterli olduğundan ve TCK m. 41 bakımından gönüllü vazgeçmeden yalnız gönüllü vazgeçen yararlanabileceğinden, B yardım eden sıfatıyla suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.

B. Birlikte Suç İşleme Kararında Vazgeçme

Birlikte suç işleme kararında vazgeçmeden maksat birlikte suç işleme kararına varan ortaklardan birinin suç henüz teşebbüs aşamasına varmadan ortak kararı terk etmesi, suçu birlikte işlemekten vazgeçmesidir. Bu tür durumlarda birlikte işlenmek üzere anlaşılan suç, henüz teşebbüs aşamasına varmadığından ortak kararı terk etmenin gönüllü vazgeçme

kurumuyla açıklanması mümkün değildir¹²³¹. Hukukumuz açısından suç için anlaşma başlı başına bir cezai sorumluluğu gerektirmediğinden, ortaklardan birinin birlikte suç işleme kararında vazgeçtiği halde diğer ortağın suçu işlememesi halinde herhangi bir cezai sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Ancak ortaklardan birinin suç planını terk etmesine rağmen diğer ortağın planın geçerliliğini güvenerek suçu işlemesi durumunda sorumluluğun nasıl belirleneceği önem arz etmektedir.

Sorunun çözümünde, yukarıda açıklandığı şekliyle bütüncül çözümü esas alan yazarların birbirlerinden oldukça farklı gerekçelerle farklı sonuçlara vardıkları görülmektedir. Örneğin bir görüşe göre hazırlık aşamasında katkısını ortaya koyan ortağın bu aşamada suçu işlemekten vazgeçmiş olmasına rağmen bu iradesini diğer ortağa bildirmediği durumda müşterek fail sorumluluğu gündeme gelecektir¹²³². Başka bir görüşe göre ise birlikte suç işleme kararından vazgeçme halinde buna ilişkin irada diğer ortağa ister bildirilsin ister bildirilmesin müşterek fail sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır¹²³³.

Diğer taraftan bizim de savunduğumuz bireysel çözüm ve suçun icrası sırasında esaslı katkının gerekliliği kapsamında, sorunun çözümü hususunda herhangi bir problem bulunmaz. Zira bireysel çözüm ve icra aşamasında katkı şartı gereği hazırlık aşamasında suç işleme kararından vazgeçip icra aşamasında da herhangi esaslı katkısı olmayan kimsenin suç ister teşebbüs aşamasında kalsın ister tamamlansın müşterek fail olarak sorumluluğu mümkün olmayacaktır.

C. Görünüşte Müşterek Faillik

Görünüşte müşterek faillikte (*vermeintlichen Mittaterschaft/ Schein- Mittärschaft*) ortaklardan biri suçun işlenmesine ilişkin objektif katkıda bulunmakla birlikte bu katkısını suç işlemek amacıyla değil, diğer ortakları suçüstü yakalatmak amacıyla

¹²³¹ Bu nedenle Alman literatüründe pek çok yazar bu durumu ifade etmek için “vazgeçme” (*Rücktritt*) ifadesiyle karışmaması adına “kaçınma” (*Abstandnahme*) ifadesini tercih etmiştir. Bkz. **Eisele, Jörg** (2000) "Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten" ZStW, C.112, S.4, s. 745; **Rengier, AT**, § 44, kn. 19; **Roxin, Vorbereitungsstadium**, s. 623.

¹²³² **Rengier, AT**, § 44, kn. 20.

¹²³³ **Eisele, Abstandnahme**, s. 761; **Kühl, AT**, § 20, kn. 105. Diğer görüşler için bkz. **Roxin, Vorbereitungsstadium**, s. 618-625.

gerçekleştirmektedir¹²³⁴. Bu açıdan görünüşte müşterek failliğin kışkırtıcı ajan ve gizli soruşturmacı kavramlarına benzerlik gösterdiği ifade edilmiştir¹²³⁵.

Konuya ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi'nin kararına yansıyan şu olay kapsamında açıklamalarda bulunabiliriz¹²³⁶: A ve B, bir çiftin yaşadığı evde bu çifti etkisiz hale getirerek yağma suçunu işlemek üzere anlaşmışlardır. Planlarını başarıyla uygulayabilmek için S'yi de ikna ederek organizasyona dahil etmişlerdir. Plana göre S zili çalacak ve kapıyı açan eşi derhal etkisiz hale getirecek, B içeri girip diğer eşi kontrol altına alacak, daha sonra A, olaya dahil olarak çiftlerden evdeki kasanın anahtarını veya şifresini öğrenmeye çalışacaktır. Ancak S, suç henüz hazırlık aşamasındayken planı polise ifşa etmiş fakat A ve B'ye bu durum hakkında bilgi vermemiştir. Planlanan günde A, B ve S çiftin evine birlikte gitmiş; S, olay yerine daha önceden gelen polislere işaret vermek için zili çalmış ve kapı açılır açılmaz polisler üçünü de yakalamıştır. Görüldüğü üzere olayda S, görünüşte kendi katkısını gerçekleştirmiş ancak suçun işlenmesi bakımından kasten hareket etmemiştir. Bu kapsamda S'nin suçun işlenmesinde sorumluluğu olmamasına rağmen A ve B'nin suça teşebbüsten sorumlu olup olmadıklarının belirlenmesi gerekir.

Somut olayın çözümlenmesinden evvel S'nin suç planına uygun olarak polise haber vermeksizin suça kasten katılması durumunun ele alınması gerekir. Bu halde S'nin kapının çalınmasının ardından evdeki çiftlerden birinin kapıyı açmasıyla birlikte suç teşebbüs aşamasına girmiş olacaktır. Zira, plana göre kapının açılmasının hemen ardından içerdeki kimse etkisiz hale getirilecektir. Bu kapsamda müşterek faillerin suça teşebbüsü bakımından bütüncül çözüm benimsenecek olursa A ve B için de suç teşebbüs aşamasına geçmiş olacaktır¹²³⁷. Ancak bireysel çözüm benimsenecek olursa A ve B suç planı kapsamındaki katkılarını henüz icra etmeye başlamadıklarından suç onlar açısından henüz hazırlık aşamasında olacaktır.

Olayın gerçekleşme biçiminde ise S'nin suç işleme kastı olmadığından kendisi açısından suça teşebbüs de mevcut değildir. Bireysel çözüm kapsamında A ve B'nin sorumluluğuna

¹²³⁴ Çakır, s. 170; İçer, s. 213.

¹²³⁵ Detaylı bir inceleme için bkz. İçer, s. 214.

¹²³⁶ BGH, 2.6.1993, 2 StR 158/93; BGHSt 39, 236 <beck-online.beck.de> s.e.t. 03.01.2023.

¹²³⁷ Geppert, *Mittäterschaft*, s. 37.

ilişkin herhangi bir tartışma söz konusu değildir¹²³⁸. Zira zaten S kasten hareket etmiş olsaydı da suç A ve B için teşebbüs aşamasında olmayacaktı. A ve B kapının çalınması bakımından henüz objektif bir katkıda bulunmamıştır. Oysa bütüncül çözüm bakımından bu olayda A ve B açısından her ne kadar S'nin suça teşebbüs kastı olmasa da gerçekleştirdiği davranış görünüş itibariyle suç planı kapsamında kaldığından, A ve B'nin suça teşebbüsten sorumlu olup olmayacakları önem arz etmektedir. Federal Mahkeme söz konusu olayda S suça teşebbüs etmiş olsaydı onun bu davranışının A ve B'ye isnat edileceğini ifade etmiş, ancak olayda kasten ve hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirilmediğinden suça teşebbüsün de söz konusu olmadığı dolayısıyla isnadiyetin de mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre her ne kadar suç planına dışsal uygunluk sağlanmış olsa da kararlaştırılan suçu gerçekleştirme iradesi söz konusu olmadığından müşterek faillik de gündeme gelmeyecektir.

Doktrinde genel çözüm taraftarı olan yazarlar da bu şekilde gerçekleşen görünüşte müşterek faillik durumlarında kasten hareket etmeyen ortağın davranışlarının diğerlerine isnat edilmeyeceğini, bütüncül çözümün bu tür olaylar bakımından sınırlanması gerektiğini savunmaktadır¹²³⁹.

Kanaatimizce de -genel kabulümüzün aksine- müşterek faillerin teşebbüsü bakımından bütüncül çözüm benimsenmiş olsa dahi, ortaklardan birinin diğer ortağın suç planına uygun davrandığına ilişkin inancı müşterek fail sorumluluğu için yeterli değildir. Müşterek faillik için birlikte suç işleme kararı, yani suçun birlikte işlenmesine ilişkin her bir ortağın kastı gerekli olduğundan yukarıdaki gibi görünüşte müşterek faillik vakalarında kasten hareket etmeyen ortağın davranışı diğer ortağa isnat edilmemelidir.

III. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık göstererek suçun işlenmesiyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarını ifade eder. Etkin pişmanlığın kural olarak ceza sorumluluğu üzerinde etkisi yoktur¹²⁴⁰. Ancak TCK'da

¹²³⁸ Görünüşte müşterek failliğin bireysel çözüm bağlamında sorun teşkil etmeyeceğine ilişkin olarak bkz. **Geppert**, *Mittäterschaft*, s. 37; **Ingelfinger**, s. 714.

¹²³⁹ **Erb, Volker** (1995) "*Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes*" NStZ, C.15, S.8, ss. 424-428, s. 427; **Hillenkamp, LK**, § 22, kn. 175; **Ingelfinger**, s. 714; **Krack, Ralf** (2005) "*Die Münzhändlerkonstellation – Eine Fallgruppe für die Unterlassungsdelikte?*" ZStW, C.117, S.3, ss. 555-576, s. 557; **Kühl, AT**, § 20, kn. 123.

¹²⁴⁰ **Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler**, s. 447.

bazı suçlarda etkin pişmanlığın ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırdığı veya ceza sorumluluğunu azalttığı hükümlere yer verilmiştir. Bu açıdan etkin pişmanlık, cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir¹²⁴¹. Dolayısıyla etkin pişmanlığın öngörüldüğü suçlarda, etkin pişmanlığın gerçekleşmesi için aranan şartların, suça iştirak şekli ne olursa olsun, her bir katılımcı için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir¹²⁴².

Örneğin, TCK m. 110'a göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu *"işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir"*. Dolayısıyla, müşterek faillerden biri mağduru serbest bırakacak olursa diğer ortağın bu indirimden faydalanması mümkün olmayacaktır.

Bazı suçlarda ise mağdurun uğradığı zararın tazmin edilmesi etkin pişmanlık şartı olarak öngörülmüştür. TCK m. 168'e göre *"hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir"*. Bu halde suça iştirak edenlerin gerçek anlamda pişmanlık gösterdiği tespit edilebiliyorsa zararın iştirak edenlerden biri tarafından karşılanması diğerlerinin etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel olmamalıdır¹²⁴³. Zira bu durumda diğer sanıkların zararı tazmin etme imkânı ortadan kalkmıştır¹²⁴⁴.

¹²⁴¹ **Baba, Yasemin** (2013) Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, İstanbul, On İki Levha, s. 77.

¹²⁴² **Baba**, s. 73; **Çakır**, s. 216.

¹²⁴³ **Çakır**, s. 216; **Çelen**, s. 374. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında bu görüşten hareket etmiştir: *"Bunun yanında, diğer sanıklar Y. C. ve T. Y. ile hakkındaki kamu davası yaşı nedeniyle ayrılan sanık E. E.'ün, yağma eylemine katılan ve kendileriyle birlikte yakalanmayan diğer kişinin isminin sanık Ö. A. olduğunu ve mağdura ait cep telefonunun bu sanıkta bulunduğunu söylemeleri, gösterdikleri açık bir pişmanlık olup bulundukları koşullar çerçevesinde ellerinden gelen çabayı göstererek dolaylı olarak iadeye katkı sağladıkları göz önüne alındığında, mağdurun kısmi iadeye rıza göstermesi koşuluyla etkin pişmanlık hükümlerinden sanık Ömer ile birlikte yararlanmaları gerekmektedir."* Bkz. YCGK, 27.10.2009, 2009/6-132 E, 2009/251 K; Aktaran, **Çelen**, s. 375.

¹²⁴⁴ **Çelen**, s. 375. Ancak **Yıldız**, suça iştirak edenlerden birinin erken tazmini durumunda diğerleri için etkin pişmanlık imkanının ortadan kaldığını savunmuştur. Bkz. **Yıldız, Ali Kemal** (2007) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 290. Diğer bir görüş ise erken tazmin durumunda iştirakçilerin kendi payına düşen kısmını tazmini yapan kişiye ödeme halinde etkin pişmanlıktan yararlanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Baba**, s. 74.

§ 2. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ SUÇLAR

I. Özgü Suçlar ve Bizzat İşlenebilen Suçlar

A. Özgü Suçlarda Müşterek Faillik

1. Terminoloji: “Yükümlülük Suçu” ve “Özgü Suç” Kavramları

Özgü suçlarda suça iştirak hususu TCK’nın 40. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Suçun kanunî tanımındaki özel faillik vasfını taşımayan kimseler ise bu suçlardan şerik olarak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır. Örneğin, görevi kötüye kullanma suçunda fail ancak kamu görevlisi kimse olabilir¹²⁴⁵. Özgü suçlarda faillik alanının kanun koyucu tarafından daraltılmasından hareketle, özgü suçların aksine kanunî tanımında herhangi bir faillik vasfının belirtilmediği suçlar, doktrinde genel suçlar olarak adlandırılmıştır¹²⁴⁶.

Diğer taraftan doktrinde belli faillik vasfını gerekli kılan suçlar için “*özü suçlar*” (*Sonderdelikte*) yerine “*yükümlülük suçları*” (*Pflichtdelikte*) ifadesi de kullanılmaktadır¹²⁴⁷. Bu tercih özellikle *Roxin*’in failliğin belirlenmesinde fiil hâkimiyeti kıstasının geçerli olamayacağı bundan ziyade faillik için kanunda öngörülen yükümlülük ihlalinin belirleyici olacağı görüşüne dayanır. Nitekim yazar bu açıdan suçları *hâkimiyet*, *yükümlülük* ve *bizzat işlenebilen* suçlar olarak üçe ayırır¹²⁴⁸. *Roxin*’e göre kanun koyucu yükümlülük suçlarında failin davranışının dışsal niteliğini değil, kişinin üstelendiği sosyal rolün edim gerekliliklerini (*Leistungsanforderungen*) ihlal etmesini yaptırım altına alır¹²⁴⁹. Örneğin güveni kötüye kullanma suçunda başkasının malvarlığına ilişkin menfaatini gözetmekle yükümlü olan kimse kanun koyucu tarafından bu yükümlülüğün ihlâli nedeniyle cezalandırılıyorsa artık bu ihlâlin ne şekilde gerçekleştirildiğinin önemi yoktur. Yazar, suçun kanunî tanımındaki belirli faillik vasıfları da esasen özel bir yükümlülük konumundan kaynaklandığından bu suçlara “*yükümlülük suçu*” denmesinin daha yerinde olduğu

¹²⁴⁵ **Zafer, Hamide** (2019) “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, ss. 1557-1587, s. 1583.

¹²⁴⁶ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 54.

¹²⁴⁷ **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 126; **Özgenç, İzzet** (1994) “*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, ss. 329-348, s. 344.

¹²⁴⁸ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 13.

¹²⁴⁹ **Roxin, Claus** (1973) *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 17.

kanaatindedir¹²⁵⁰. Şunu da ifade etmekte gerekir ki *Roxin'in* zikrettiği şekliyle hâkimiyet suçları ve yükümlülük suçları ayrımı yapılması hâkimiyet suçlarında bir yükümlülüğün söz konusu olmadığı intibaini uyandırmaktadır. Ancak yazarın buradaki yükümlülüğün maksadı, her suçun temelinde yer alan norma uygun davranmaya ilişkin ve fail dışında azmettiren ve yardım edeni de muhatap alan genel yükümlülük değil; suça iştirak edenlerin tamamına yönelik olmayan ancak suçun gerçekleşmesi için gerekli olan ve -çoğunlukla-¹²⁵¹ ceza hukuku dışında yer alan özel bir yükümlülüktür¹²⁵². Bu anlamda kimi yazarlarca ifade edildiği üzere bu suçlara yükümlülük suçları değil “*özel yükümlülük suçları*” (*Sonderpflichtdelikte*) demek daha doğru bir tercih olabilir¹²⁵³.

Bu suçların müşterek faillik açısından önem arz eden noktası, anılan terminolojik farklılıklardan ziyade, suç ortaklarının suça objektif katkısının esaslı olması gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle fiil hâkimiyetinin bu suçlar için de geçerli olup olmadığıdır. Nitekim Alman doktrinde de yükümlülük suçları (“*Pflichtdelikte*”) ve özgü suçlar (“*Sonderdelikte*”) ifadeleri pek çok yazar tarafından aynı anlama geldiği şeklinde yorumlanmıştır¹²⁵⁴. Biz de bu suçlar için TCK’daki özgü suçlar ifadesini esas alarak açıklamalarda bulunacağız.

2. Özel Faillik Niteliğine İlişkin Yeter Şart Tartışması

Kanuni tanım gereği bir suçtan müstakil fail olarak sorumlu olmayanların ne dolaylı fail ne de müşterek fail olması mümkündür¹²⁵⁵. Dolayısıyla özgü suçlar bakımından suça katılanların bu suçlarda fail için öngörülen niteliklerin her birinin müşterek failin şahsında gerçekleşmesi gerekir. Nitekim müşterek faillikte, karşılıklı isnadiyetin konusu da suçun

¹²⁵⁰ **Roxin/Greco**, *AT-I*, § 10, kn. 129.

¹²⁵¹ *Roxin*, önceden bu özel yükümlülüğün ceza hukuku dışında yer alan bir yükümlülük olması gerektiğini ifade ederken sonradan bu görüşünden vazgeçmiştir.

¹²⁵² **Roxin**, *Tatherrschaft (10)*, s. 394.

¹²⁵³ **Haas**, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, s. 543; **Haas**, *Die Theorie der Tatherrschaft*, s. 13; **Haas**, *Matt/Renzikowski*, § 25, kn. 101; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 54.

¹²⁵⁴ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 55. Ancak yine de belirtmek gerekir ki bazı yazarlar bu iki ifadeyi ayrı başlıklarda ele almaktadır. Bkz. **Kudlich, Hans** (2021) “*Täterschaft und Teilnahme*” (*Ed. Heintzschel-Heinegg, Bernd von*) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 49. Edition, München, C.H.Beck, § 25, kn. 9. **Demirel** de özgü suçlarla, yükümlülük suçlarının birbirinin aynısı olduğu kanaatindedir. Bkz. **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 122. **Kitapçıoğlu Yüksel** ise her özgü suçun yükümlülük suçu olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay** (2021) *Özgü Suç*, İstanbul, On İki Levha, s. 104-107.

¹²⁵⁵ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 158; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 798.

kanunî tanımında yer alan objektif fiil olduğundan bunun dışında kalan unsurların, her bir müşterek failde var olması gerekir.

İşte bu noktada müşterek faillik için önem arz eden husus, özel faillik niteliğine sahip olmanın, diğer bir ifadeyle özel faillik niteliğinden kaynaklanan özel yükümlülüğün ihlal edilmesinin müşterek faillik için yeterli olup olmadığıdır.

Bu konudaki ilk görüş *Roxin'in* yükümlülük suçları kavramına dayanır. Yazara göre yükümlülük suçlarındaki *özel yükümlülüğün* ihlal edilmesi faillik için hem zorunlu hem de yegâna şarttır¹²⁵⁶. Bu hususta suçun işlenişine maddî katkının failliğin belirlenmesinde önemi yoktur. Dolayısıyla suça katkı objektif ağırlığı bakımından ancak yardım etme için yeterli olabilecekse de *özel yükümlülüğü* gerektiren suçlarda bu nitelikte bir katkı da faillik kapsamında telakki edilecektir. Örneğin güveni kötüye kullanma suçu bakımından bir kimsenin zilyetliği kendisine devredilmiş olan mala kendisinin zarar vermiş olmasıyla başka bir kimseyi bu mala zarar vermesi için azmettirmesi yahut bu hususta ona yardım etmesi arasında bir fark bulunmamakta, her iki halde de bu kimse fail olarak kabul edilmektedir¹²⁵⁷. Bu itibarla özgü suçlarda suça herhangi bir nedensel katkısı olan ve özel faillik niteliğini taşıyan kimse fail olarak kabul edileceğinden, bu suçlarda esasen failliğin geniş yorumuna varılır¹²⁵⁸.

Buna karşılık doktrinde hâkim olan görüş ise özel yükümlülük ihlalinin faillik için yeterli olmadığını, bir kimse özel faillik vasfına sahip olsa dahi, fiil üzerinde hâkimiyet kurmadığı sürece fail olamayacağını savunur¹²⁵⁹. Bu açıdan özgü suçlarda fail sorumluluğu için özel faillik vasfının gerektirdiği özel yükümlülük ihlali ile fiil hâkimiyeti kümülatif şartlar olarak kabul edilmelidir.

¹²⁵⁶ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 396. Aynı yönde bkz. **Cramer**, s. 399; **Herzberg**, *TuT*, s. 33; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor. §§ 25 ff. kn. 82.

¹²⁵⁷ **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor. §§ 25 ff. kn. 82.

¹²⁵⁸ **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 159. *Rotsch* da böyle bir yorum ışığında özgü suçların teklik sistemine yaklaştığını ifade etmektedir. Bkz. **Rotsch, Thomas** (2009) „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 352.

¹²⁵⁹ **Bottke**, *Gestaltungsherrschaft*, s. 121; **Çelen**, s. 386; **Hoyer**, *SK*, § 25, kn. 22; **Jescheck/Weigend**, s. 663, dn. 1; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 190; **Otto, Harro** (1987) „Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft“ JURA, S.5, ss. 246-258, s. 257; **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn. 37; **Renzikowski**, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 47, kn. 161-162; **Welzel**, *Strafrecht*, s. 101.

Konuya ilişkin üçüncü görüş ise bu konuda ikili bir ayrımı esas alır¹²⁶⁰. Buna göre, bir özgü suçta kanunda belirli özel bir yükümlülüğün yanı sıra bu yükümlülüğün belirli bir fiille gerçekleştirebileceği de hüküm altına alınmışsa, faillik bakımından özel yükümlülük ihlali ile fiil hâkimiyetinin birlikte gerçekleşmesi gerekir. Ancak özgü suçta özel yükümlülüğün ihlalinin hangi fiille gerçekleşeceği belirlenmemişse bu halde yükümlülük ihlalinin tek başına faillik için yeterli olması gerekir.

Kanaatimizce özgü suçlarda faillik için yeter şart tartışmasında özel faillik niteliğinin arandığı her suç için geçerli olabilecek bir kıstas getirmek mümkün görünmemektedir. Konuya ilişkin olarak ittifakla belirtildiği üzere elbette özel faillik niteliğine sahip olmamak faillik sorumluluğunu dışlayacaktır. Ancak bunun ötesinde tüm özgü suçlara teşmil edilecek şekilde özel faillik niteliğinin gerektirdiği yükümlülük ihlalinin fail sorumluluğu için yeterli olacağını kabul etmek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira her şeyden önce her suç bir yükümlülük ihlali gerektirir. Dolayısıyla özgü suçlarda herkes tarafından değil ancak belirli vasıfları taşıyan kimseler tarafından ihlal edilebilecek özel bir yükümlülüğün öngörülmesi halinde faillik için salt nedensel bir davranışın yeterli addedilmesi ilgili suç tipinin failliğin dar yorumu kapsamında işlendiği anlamına gelmeyecektir. Bu noktada önemli olan kanun koyucunun bu özel yükümlülük ihlalinin ne şekilde hüküm altına aldığıdır. Zira kanun koyucu gerçekten bazı suç tiplerinde yalnız özel yükümlülüğün ihlalinin tipikliğin oluşması için yeterli görmüşken (örneğin, görevi kötüye kullanma suçu, TCK m. 257) diğer bazı suçlarda ise özel yükümlülüğün belirli bir davranışla ihlalinin cezaî yaptırım altına almıştır. Dolayısıyla son zikredilen gruba dahil suçlarda faillik için artık kanunda tanımlanan fiil bakımından müşterek faillerin fiil hâkimiyetinin olması gerekir. Diğer taraftan ilk grup suçlar bakımından kanun koyucu sırf özel yükümlülüğün ihlalinin yeterli gördüğünden artık bu suçlar bakımından ihlalin ne şekilde gerçekleştiği, ihlali gerçekleştiren davranışın faillik açısından yeter ağırlıkta olup olmadığı önem arz etmemelidir. Bu durum esasen kanun koyucunun özel yükümlülüğe verdiği önemi de göstermektedir.

Örneğin çocuk düşürtme suçunda (TCK m. 99), açıkça “*çocuğu düşürten*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla aynı klinikte çalışan iki hekimden biri diğerini telefonla arayarak kliniğe gelen anneye operasyon yapacağına ilişkin bilgi verip onun onayını alıyorsa, artık uzakta bulunan hekimin düşürtme fiiline hâkimiyetinden bahsedilemeyeceğinden, müşterek

¹²⁶⁰ Bloy, *Beteiligungsform*, s. 230; Jakobs, *AT*, 21/116; Özgenc, *Genel Hükümler*, s. 622.

failliği de gündeme gelmeyecektir. Ancak telefondaki hekimin onayı operasyonu gerçekleştiren hekim bakımından manevi yardım olarak değerlendirilebilecektir.

3. Gerçek ve Görünüşte Özgü Suçlarda Müşterek Faillik

Özgü suçlar, doktrinde gerçek ve görünüşte özgü suçlar olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrımın müşterek faillik açısından hususiyeti vardır. Gerçek özgü suçtan (*echten Sonderdelikten*) maksat bir suçta failin yalnız kanunî tanımdaki özel faillik vasfını taşıyan kimse olmasıdır. Görünüşte özgü suçta (*unechten Sonderdelikten*) ise suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilmekle birlikte suçun nitelikli hali için kanunda özel faillik vasfı öngörülmüştür. TCK kapsamında işkence (TCK m. 94), zimmet (TCK m. 247), irtikap (TCK m. 250) ve görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) suçları gerçek özgü suç iken; resmî belgede sahtecilik suçunun (TCK m. 204) ve resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunun (TCK m. 205) kamu görevlisi tarafından işlenmesi nitelikli hal (TCK m. 204/2) olarak öngörüldüğünden bu suçların görünüşte özgü suçlardan olduğu söylenebilir.

Bu ayrımın müşterek faillik açısından önemi, birlikte suç işleme kararına varan ortaklardan birinin özel faillik vasfına sahip olmamasına rağmen suçun icrasına esaslı katkıda bulunması halinde gerçek özgü suçlarda müşterek faillik mümkün olmaz iken görünüşte özgü suçlarda müşterek failliğin mümkün olmasıdır¹²⁶¹. Örneğin, kamu görevlisi olmayan ve fakat suça esaslı katkıda bulunan kimse zimmet suçunda duruma göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacakken¹²⁶², resmî belgenin yok edilmesi suçunda kamu görevlisi kimse suçun nitelikli halinden kamu görevlisi olmayan kimse ise suçun temel halinden müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

B. Bizzat İşlenebilen Suçlarda Müşterek Faillik

Bizzat işlenebilen suçlar, faillik için tipik fiili kişinin kendi davranışıyla işlemesi gerektiği suçlar olarak tanımlanmaktadır¹²⁶³. Başka bir ifadeyle bu suçlarda ancak tipik fiili doğrudan

¹²⁶¹ Aynı yönde bkz. Çakır, s. 278.

¹²⁶² Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bir kararına göre "5237 sayılı TCK'nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun özgü suçlardan olup ancak kamu görevlisi olan ya da kamu görevlisi gibi cezalandırılabilen kişilerce işlenebileceği, bu suça iştirak eden kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği de gözetilmeden sanık ...'in müşterek fail olarak kabul edilmesi suretiyle hüküm tesisi" hukuka aykırıdır. Bkz. Yargıtay 5. CD, E. 2019/8349, K. 2020/374, T. 16.01.2020 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 09.07.2023.

¹²⁶³ Frister, 8/23; Kühn, AT, § 20, kn. 14, dn. 14a; Krey/Esser, kn. 869; Wessels/Beulke/Satzger, AT, kn. 56.

gerçekleştiren kimse faildir¹²⁶⁴. Bizzat işlenebilen suçların kapsamına ilişkin doktrinde tartışma söz konusu olsa da bazı suçların bizzat işlenebilen suç kategorisinde olduğu hususunda görüş birliği vardır. Bunlar; yalan tanıklık (TCK m. 272), yalan yere yemin (TCK m. 275), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288) suçlarıdır¹²⁶⁵.

Bizzat işlenebilen suçlarda, tipik hareketin bizzat icra edilmesinin sonucu olarak, müşterek failliğin yapısı uyarınca ortakların davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesi söz konusu değildir. Tipik fiili bizzat gerçekleştirmeyen kimse suçun icrası bakımından ne kadar önemli bir katkıda bulunursa bulunsun ancak şerik olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu itibarla bizzat işlenebilen suçlarda yalnız doğrudan faillik söz konusu olabilecek, dolaylı faillik ve müşterek faillik mümkün olmayacaktır¹²⁶⁶.

II. İhmalî Suçlar

A. İhmalî Suçların Özgü Suçlarla İlişkisi

Suç tiplerinde genellikle icraî, aktif bir davranış, başka bir anlatımla failin dış dünyaya etkide bulunması yaptırım altına alınmış olsa da bazı suçlarda, normun muhatabının dış dünyadaki bir vakanın gidişatına müdahale etmemesi de cezaî yaptırım altına alınmıştır. Bu açıdan suçlar icraî ve ihmalî suçlar olmak üzere ikiye ayrılır. İcraî suçlarda yasaklayıcı bir normun ihlali söz konusu iken ihmalî suçlarda emredici bir normun ihlali söz konusudur¹²⁶⁷.

Ancak ihmalî suçları da kendi içinde gerçek ve görünüşte ihmalî suçlar olarak ikiye ayırmak mümkündür¹²⁶⁸. Gerçek ihmalî suçlar, emredici bir normun ihlali ile sınırlı olan ve salt kanunun gerektirdiği belirli bir faaliyetin ihmal edilmesiyle haksızlık içeriği tükenen suçlardır¹²⁶⁹. Oysa görünüşte ihmalî suçlarda icraî suçlarda olduğu gibi, fail yasaklayıcı bir

¹²⁶⁴ **Çakır**, s. 144; **Demirel**, *Bağlılık Kuralı*, s. 153.

¹²⁶⁵ Bizzat işlenebilen suçlara ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, s. 107-127.

¹²⁶⁶ **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 85; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 33.

¹²⁶⁷ **Krey/Esser**, § 8, kn. 214-217.

¹²⁶⁸ **Yılmaz, Zahit** (2018) "*Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmalî Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, ss. 122-131, s. 124; **Yurtlu, Fatih** (2021) "*Suç Teorisi Bakımından İhmalî Suçların Yapısı*" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.3, ss. 581-638, s. 581. Bu ayırımın neden gerekli olduğunda ilişkin olarak bkz. **Erbaş, Rahime** (2019) Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, İstanbul, On İki Levha, s. 77-81.

¹²⁶⁹ **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 52. Gerçek ihmalî suçların kanuni tanımında suçun konusu bakımından zarar veya tehlike gibi başkaca koşullar aranıyorsa bu koşulların netice değil objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanması gerekir. Bkz. **Bulut**, s. 211.

normu ihlal etmektedir. Örneğin, “öldürmeyeceksin” davranış normu icraî bir davranışla (boğarak) veya ihmali bir davranışla (çocuğunu aç bırakarak) ölüm neticesine sebep olarak ihlal edilebilir¹²⁷⁰. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçta yasaklayıcı norm pasif kalmak suretiyle ihlal edilmektedir¹²⁷¹. Ancak yasaklayıcı normun, ihmali davranışla ihlal edilebilmesi için bu ihmalin icraî davranışa eşdeğer¹²⁷² olması gerekir. Bu eşdeğerlik için ise her şeyden önce kişinin neticenin önlenmesi hususunda özel bir yükümlülüğünün olması, garantör durumunda olması gerekir¹²⁷³. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlar özel bir yükümlülüğü gerekli kıldığından özgü suçlar kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁷⁴. Ancak gerçek ihmali suçlar, her zaman özgü suç niteliğinde değildir¹²⁷⁵. Örneğin, TCK m. 98’de düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu toplum içindeki genel dayanışma yükümlülüğünün ötesine geçen özel bir yükümlülüğü gerektirmemektedir¹²⁷⁶. Ancak, TCK m. 257/2’deki kamu görevlisinin görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermesi hükmü gerçek bir ihmali suç olmakla beraber aynı zamanda bir özgü suçtur.

B. İhmali Suçlarda Fail-Şerik Ayrımı

1. Genel Açıklama

İhmali suçlarda müsterek failliğin incelenmesi bu suçlarda fail- şerik ayrımının mümkün olup olmadığıyla yakından ilgilidir. Bu tür suçlarda fail- şerik belirlemesi bakımından öncelikle iki temel ayrım da bulunmak gerekir. İhmali suça iştirak pozitif bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, hareketsiz kalarak yani ihmal suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu ayrım da özellikle azmettirme ve yardım etme bakımından pozitif bir davranışla gerek gerçek

¹²⁷⁰ **Krey/Esser**, § 8, kn. 215. Bu açıdan görünüşte ihmali suçlar neticeli suçlardır. Bkz. **Bulut**, s. 211.

¹²⁷¹ **Yurtlu**, *Suç Teorisi Bakımından*, s. 582.

¹²⁷² İhmali davranışın icraî davranışa eşdeğer olmasına ilişkin görüşler için bkz. **Hakeri, Hakan** (2003) *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara, Seçkin, s. 194; **Yurtlu, Fatih** (2022) *İhmali Suçlar*, Ankara, Seçkin, s. 197-203.

¹²⁷³ **Krey/Esser**, § 8, kn. 216. Ancak ifade etmek gerekir ki doktrinde bağlı hareketli suçlar bakımından ihmali davranışın icraî davranışa eşdeğerliliği bakımından hukuki bir yükümlülüğün varlığı yeterli görülmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Yurtlu**, *İhmali Suçlar*, s. 180-186.

¹²⁷⁴ **Çelen**, s. 194; **Kühl, AT**, § 18, kn. 2; **Kitapçioğlu Yüksel**, s. 212; **Yurtlu**, *İhmali Suçlar*, s. 195.

¹²⁷⁵ **Kitapçioğlu Yüksel**, s. 207; **Öntan, Yaprak** (2021) *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, Ankara, Seçkin, s. 157; **Yurtlu**, *İhmali Suçlar*, s. 190.

¹²⁷⁶ Alm. CK § 323 bağlamında benzer bir yorum için bkz. **Satzger, Helmut** (2015) *"Beteiligung und Unterlassen"* JURA, C.37, S.10, ss. 1055-1064, s. 1056. Aynı yönde bkz. **Murmann**, *Grundkurs*, § 29, kn. 6.

özgü suçlara gerek görünüşte özgü suçlara iştirakin mümkün olduğu büyük çoğunlukla kabul edilmektedir. Oysa ihmal suretiyle azmettirme doktrinde büyük çoğunlukla mümkün görülmemektedir¹²⁷⁷. Bir başkasını, hareketsiz kalarak bir suçun işlenmesi konusunda ikna etmenin mümkün olmadığını, bunun ancak aktif bir davranışla gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir¹²⁷⁸. Yine ihmal suretiyle yardım etme de doktrinde büyük oranda mümkün görülmekle birlikte, aşağıda incelenecek teorilerde görüleceği üzere faillik ve yardım etmenin sınırı değişiklik arz etmektedir.

Gerçek ihmalî suçlar bakımından fail- şerik ayrımı doktrinde nispeten daha az incelenmiş bir konudur. Bunun nedeni ise fail- şerik ayrımının bu suçlarda çoğunlukla münferit suçların yorumuna göre belirlenebilir olmasından kaynaklanır. Genel olarak tüm ihmalî suçlarda teklik sisteminin geçerli olduğunu savunan azınlıktaki görüş haricinde gerçek ihmalî suçlarda fail- şerik ayrımı büyük ölçüde kabul görmektedir¹²⁷⁹. Bu ayrım özellikle özgü suç niteliğindeki gerçek ihmalî suçlarda karşımıza çıkar. Bu duruma, kanunun öngördüğü faillik vasfını taşımayan kimsenin bu vasfı haiz kimseyi ihmalî davranış konusunda azmettirmesini örnek verebiliriz.

Konuya ilişkin esas tartışma ve teoriler, görünüşte ihmalî suçlarda icraî davranışta bulunan bir kimsenin neticeyi önlemekle yükümlü garantör tarafından engellenmemesi hususunda yoğunlaşır¹²⁸⁰. Özellikle icraî suça ihmalî davranışla katılımın faillik oluşturup oluşturmayacağı müşterek faillik açısından da önem arz etmektedir. Konuya ilişkin fail- şerik ayrımı üzerine farklı birçok görüş ileri sürülmüş olsa da bu görüşlerin beş temel başlıkta incelenmesi mümkündür¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ Aydın, s. 270; Heine/Weißer, Schönke/Schröder, § 26, kn. 4; Jescheck/Weigend, s. 691; Krey/Esser, kn. 1184a; Otto, Grundkurs, § 22, kn. 39; Özgenc, Faillik, s. 154, dn. 56; Roxin, AT-II, § 26, kn. 86; Wessels/Beulke/Satzger, AT, kn. 814. Karşı yönde bkz. Freund, § 10, kn. 117.

¹²⁷⁸ Hakeri, İhmal, s. 290.

¹²⁷⁹ Ayrımı kabul eden yazarlardan bir kısmı şu şekilde gösterilebilir: Eisele/Heinrich, AT, kn. 778.

¹²⁸⁰ Eisele/Heinrich, AT, kn. 780.

¹²⁸¹ Geniş bilgi için bkz. Balci, Meral (2021) "İcraî Suça İhmalî Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı" Suç ve Ceza Dergisi, C.14, S.4, ss. 837-884, s. 849-878; Yurtlu, İhmalî Suçlar, s. 332-339. Bu yaklaşımlar dışında Alman Federal Mahkemesi'nin icraî suçlarda esas aldığı sınırlandırılmış sübjektif teoriyi ihmalî suçlara da aktardığını belirtmek gerekir. Bu hususta bkz. Hoffmann-Holland, AT, kn. 800; Mosenheuer, Andreas (2009) Unterlassen und Beteiligung, Berlin, Duncker & Humblot, s. 162-164; Roxin, AT-II, § 31, kn. 132-139.

2. İcraî Suça İhmalî Davranışla İştirakte Fail-Şerik Ayrımı

a) Ayrımı Reddeden Görüş

İlk yaklaşıma göre genel olarak ihmalî suçlar alanında fail- şerik ayrımı mümkün olmadığından, bu suçlar kapsamında teklik sisteminin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüş özellikle *Kaufmann* ve *Welzel* tarafından savunulmuştur. Yazarların konuya ilişkin temel dayanağı ise bir ihmal iradesi veya bir ihmal kastının söz konusu olamayacağına ilişkin görüşleridir¹²⁸². Bu bağlamda, *Welzel* ve *Kaufmann*'ın görüşlerinin final hareket teorisi bağlamında kastın – ihmalî suçlarda söz konusu olmayan – nedensel sürecin final yönlendirilmesinden oluştuğu temel önermesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir¹²⁸³. *Grünwald* ise ihmal suretiyle suça iştirakin icra suretiyle faillik ve yardım etmeyle eşitlenmeyeceğini, ihmal suretiyle iştirakin bu ikisi yanında üçüncü bir iştirak türü olduğunu belirtmiştir¹²⁸⁴. İhmalî davranışın haksızlık içeriği itibarıyla de ceza aralığı yardım etmeye göre belirlenmelidir¹²⁸⁵.

Ancak fail- şerik ayrımını reddeden bu görüş doktrinde etkili olamamış ve ihmalî suçlar alanında da fail- şerik ayrımının mümkün olduğu büyük ölçüde kabul görmüştür¹²⁸⁶. Ayrıca hukukumuz açısından da “*kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi*” başlıklı TCK’nın 83. maddesiyle ve “*kasten yaralamanın ihmalî davranışla işlenmesi*” TCK’nın 88. maddesiyle bir ihmal kastının varlığı kabul edilmiştir. Doktrinde de bu kast, failin bilinçli olarak nedensel bir sürece müdahale etmemesi¹²⁸⁷ ya da tipikliğin tüm objektif unsurlarını bilerek hareketsiz kalmaya karar vermesi¹²⁸⁸ olarak yorumlanmıştır.

Öte yandan ihmalî suçlar bakımından her ne kadar ihmal suretiyle azmettirme ve yardım etme tartışmalı olsa da ihmalî bir suça pozitif bir davranışla azmettirme ve yardım etmenin

¹²⁸² **Kaufmann, Armin** (1959) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., s. 66-81; **Welzel**, *Strafrecht*, s. 204-207.

¹²⁸³ **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 170.

¹²⁸⁴ **Grünwald, Gerald** (1959) “*Die Beteiligung durch Unterlassen*” GA, ss. 110-123, s. 111, 112.

¹²⁸⁵ **Grünwald**, s. 113.

¹²⁸⁶ **Özgenç**, *Faillik*, s. 148; **Yurtlu**, *İhmalî Suçlar*, s. 340.

¹²⁸⁷ **Roxin**, *AT-II*, § 26, kn. 170.

¹²⁸⁸ **Koca/Üzülmöz**, *Genel Hükümler*, s. 412.

mümkün olduğu da belirtilmiş ve bu anlamda ihmalî suçlarda fail-şerik ayrımının söz konusu olduğu ifade edilmiştir¹²⁸⁹.

b) Potansiyel Fiil Hâkimiyeti Görüşü

Konuya ilişkin ikinci görüş ise ihmalî suçlar alanında fail-şerik ayrımının mümkün olduğunu ve bu ayrımın icraî suçlarda olduğu gibi fiil hâkimiyeti esasından hareketle yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁹⁰. Ancak ihmalî davranışla, nedensel sürecin yönlendirilmesi, bir suç olayına aktüel olarak hâkim olma mümkün olmadığından, buradaki fiil hâkimiyeti potansiyel fiil hâkimiyeti olarak adlandırılır¹²⁹¹. Konuya ilişkin temel problem de görünüşte ihmalî suçlar bakımından suçu icraî hareketle işleyen bir kimseyi, garantör konumunda bulunan kimsenin engellememesi halinde ortaya çıkar. Bu halde ihmalî davranışta bulunan kimsenin fiil hâkimiyetine sahip olup olmayacağı tartışmalıdır. Temel soru, suçu icra eden bir kimsenin varlığı durumunda ihmalî davranışta bulunan bir kimsenin suç olayının merkezî figürü olup olamayacağıdır. Bu kapsamda garantörün suç olayını ne derecede kontrol edebileceğine göre ayırım yapılır. Bu ayırımı potansiyel fiil hâkimiyeti için belirleyici faktör garantörün suçu icra eden üzerindeki gücüdür¹²⁹². Nitekim *Joecks*'e göre neticenin önlenmesine yönelik nedensel sürece ne derece hâkim olunabileceğine göre ayırım yapılabilir¹²⁹³. Mağdura yönelik saldırıyı bizzat önleyebilecek bir garantör fiil hâkimiyeti aracılığıyla fail olacakken, bu hususta bir başkasının – örneğin polis – yardımına ihtiyaç duyan ise yalnız şerik olabilecektir.

¹²⁸⁹ **Roxin**, *Tatherrschaft* (10), s. 568-572; **Vogel, Joachim** (1993) Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, Duncker & Humblot, s. 296, 297.

¹²⁹⁰ **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor. §§ 25 ff. kn. 102; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 281; **Rengier**, *AT*, 51/21; **Satzger**, s. 1063; **Yurtlu**, *İhmali Suçlar*, s. 340-342; **Weigend, Thomas** (2007) "§ 13 Begehen durch Unterlassen" Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter, § 13, kn. 94; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 1211.

¹²⁹¹ Bkz. **Balci**, *İcraî Suça*, s. 849; **Grünwald**, s. 111; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 102; **Hoffmann-Holland, Klaus** (2006) "Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff" ZStW, C.118, S.3, ss. 620-638, s. 624; **Schroeder**, s. 106; **Wessels/Beulke/Satzger**, *AT*, kn. 1211.

¹²⁹² **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 102.

¹²⁹³ **Joecks/Jäger**, *Studienkommentar*, § 13, kn. 83-85.

c) Yardım Eden Teorisi

Şeriklik teorisi (*Teilnahmetheorie*)¹²⁹⁴ veya yardım eden teorisi (*Gehilfentheorie*)¹²⁹⁵ olarak adlandırılan diğer görüş ise garantörün suçu tam sorumluluk ile icra edene nispetle suç olayında yan figür olacağını, dolayısıyla garantörün fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu olması gerektiğini savunur¹²⁹⁶. Dolayısıyla garantör açısından hukuki değere yönelik tehlikenin bir insandan mı yoksa tabii bir kuvvetten mi kaynaklandığı noktasında fark vardır¹²⁹⁷. Tehlike bir insandan kaynaklanıyorsa garantör yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Öte yandan *Ranft* da bu tür durumların, ihmalî davranışta bulunanın cezalandırılabilmesinin esasen başkası tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olmasına yol açtığını, dolayısıyla, bağlılık prensibi gerekçesiyle yalnızca şerikliğin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁹⁸.

Yine bu görüş kapsamında bazı yazarlar ise icracının suça hâkim olamadığı noktada potansiyel fiil hâkimiyetinin garantöre geçtiğini de savunur¹²⁹⁹. Dolayısıyla suçu icraî davranışla işleyen, tipik fiili doğrudan kendisi gerçekleştiren kimse, harekete hâkim olduğu sürece, garantörün hâkimiyeti söz konusu olmayacaktır¹³⁰⁰. Örneğin, *Gallas*'a göre garantör konumundaki kimse bir suikast girişiminin sonrasında ağır yaralı durumda olan mağdura, ölüm neticesini önleyebileceği bir halde müdahale etmezse fail olarak kabul edilmelidir¹³⁰¹.

*Schwab*¹³⁰² tarafından savunulan diğer bir görüş de yardım eden teorisi bağlamında değerlendirilebilir¹³⁰³. Yazara göre ihmalî davranışın icraî davranışa eşdeğerliliği şartı

¹²⁹⁴ **Eisele/Heinrich**, *AT*, kn. 781.

¹²⁹⁵ **Hoffmann-Holland**, *AT*, kn. 805. Esasen teorinin yardım eden teorisi (*Gehilfentheorie*) olarak kabul edilmesi daha doğru bir tercih olacaktır. Zira büyük çoğunlukla kabul edildiği üzere ihmalî bir davranışın azmettirme olarak kabulü mümkün değildir. Bkz. **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, § 26, kn. 4; **Özgenç**, *Faillik*, s. 154, dn. 56; **Schwab**, **Hans-Jörg** (1996) *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, s. 61. Karşı yönde bkz. **Freund**, § 10, kn. 117.

¹²⁹⁶ **Gallas**, **Wilhelm** (1960) "*Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*" JZ, ss. 686-692, s. 687; **Jescheck/Weigend**, s. 696; **Kielwein**, **Gerhard** (1955) "*Unterlassung und Teilnahme*" GA, ss. 225-232, s. 227; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 230; **Ranft**, **Otfried** (1982) "*Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*" ZStW, ss. 815-863, s. 828.

¹²⁹⁷ **Gallas**, *Strafbares*, s. 687.

¹²⁹⁸ **Ranft**, s. 839.

¹²⁹⁹ **Jescheck/Weigend**, s. 696; **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 230; **Ranft**, s. 828 vd.

¹³⁰⁰ **Kühl**, *AT*, § 20, kn. 230.

¹³⁰¹ **Gallas**, *Strafbares*, s. 687.

¹³⁰² **Schwab**, s. 189 vd.

¹³⁰³ Bkz. **Roxin**, *AT-II*, § 31, kn. 166.

faillik-şeriklik ayrımında da dikkate alınmalıdır. Bu anlamda ihmalî davranışta bulunanın icraî davranışta bulunana göre kural olarak yardım etmeden sorumlu olması gerekir¹³⁰⁴. İstisnai olarak ihmalî davranışta bulunanın da failliği mümkündür¹³⁰⁵.

Bir suçun işlenmesini engellemek konusunda salt yardım etmeden (*Einheitsbeihilfe*¹³⁰⁶) sorumluluk statüsünü kabul eden bu görüş, garantörlük durumu bakımından tehlike kaynağının önem arz etmediği yönünde eleştirilmiştir. Kaynağı ne olursa olsun kural olarak garantör hukuki değeri her türlü tehlikeye karşı korumakla yükümlüdür¹³⁰⁷. Yine bu görüş ihmalî davranışın her zaman icraî bir davranıştan haksızlık içeriğinin daha az olduğunu varsayması yönüyle de eleştirilmiştir¹³⁰⁸. Bir ebeveynin çocuğunu açlıktan ölüme terk etmesiyle aynı neticeye pozitif bir davranışla ulaşması arasında genel olarak haksızlık içeriği bakımından bir fark yoktur. Nitekim gerek Alm. CK. § 13'te gerek TCK m. 83'te ihmalî davranış bakımından cezada zorunlu bir indirim öngörülmemiştir.

d) Yükümlülük Suçu Görüşü

Yükümlülük suçu teorisine¹³⁰⁹ dayanan ve *Roxin* tarafından ortaya konulan görüş ise görünüşte ihmalî suçların hâkimiyet suçu değil yükümlülük suçu olmasından hareketle, neticeyi önlemeyerek garantörlükten kaynaklanan özel yükümlülüğünü ihlal eden kimsenin suçu bir başkasının icraî davranışla işlemesi halinde de fail olacağını savunur¹³¹⁰. Dolayısıyla hukuki değere yönelik tehlikenin bir insandan mı yoksa tabii bir kuvvetten mi

¹³⁰⁴ **Schwab**, s. 227.

¹³⁰⁵ Yazara göre örneğin, F, kendisini ve evini koruması için bekçi N'yi işe alır. Ancak bekçi, F kendisine kötü davrandığı ve yeterli ücret vermediği için bir gece E tarafından gerçekleştirilen hırsızlığı engellemez. E, hırsızlığı gerçekleştirdikten sonra F'nin içinde bulunduğu evi ateşe verir (Alm. CK § 306 kapsamında kundaklama suçu). Ancak bekçi N, yine imkânı olmasına rağmen F'yi kurtarmaz ve F ölür. Yazar, olayda hırsızlık ve kundaklama suçu bakımından bekçi N'nin yalnız bir yan figür (yardım eden) olduğunu ifade eder. Ancak hırsız E'nin davranışı doğrudan F'yi öldürmeye yönelik değil evi kundaklamaya yönelik olduğundan bekçi N, kundaklama neticesinde F'nin ölümü bakımından merkezî figür (fail) konumundadır. Bkz. **Schwab**, s. 221, 222.

¹³⁰⁶ İfade için bkz. **Sowada, Christoph** (1986) "Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt" JURA, ss. 399-410, s. 402.

¹³⁰⁷ **Hoffmann-Holland**, AT, kn. 805.

¹³⁰⁸ **Pariona Arana, Raúl** (2010) Täterschaft und Pflichtverletzung, Baden-Baden, Nomos, s. 192; **Satzger**, s. 1062.

¹³⁰⁹ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 2, I, A, 1. Terminoloji: "Yükümlülük Suçu" ve "Özgü Suç" Kavramları*.

¹³¹⁰ **Roxin**, AT-II, § 31, kn. 140. Benzer şekilde suça iştirakin niteliği ve kapsamından bağımsız olarak garantörlük ihlalini faillik için yeterli gören diğer yazarlar için bkz. **Bloy**, *Beteiligungsform*, s. 214 vd; **Frister**, 26/40; **Sánchez-Vera, Javier** (1999) Pflichtdelikt und Beteiligung, Berlin, Duncker & Humblot, s. 148.

kaynaklandığı noktada fark yoktur¹³¹¹. Ancak bu noktada *Roxin*, ihmalî davranışın icraî davranışa karşılık daha az cezaya liyakatli olduğunu düşündüğünden, garantörün fail olmasına rağmen yardım etmeden cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir¹³¹². Bu görüş kapsamında örneğin, bir anne yeni doğan çocuğunu boğarak öldürdüğü sırada çocuğun babası bu duruma sessiz kalarak müdahale etmezse ihmal suretiyle kasten öldürmeden fail olarak sorumlu olacaktır¹³¹³.

Roxin, yükümlülük suçu görüşüyle, ihmalî suçlarda tek tip failliği savunanlardan farklı olarak bir başkasının icra ettiği suça şerik olarak katılımın da belirli hallerde mümkün görmektedir. Bu hallerden ilki, bizzat işlenebilen suçta garantörün konumudur¹³¹⁴. Örneğin, TCK m. 292 kapsamında hükümlü veya tutuklunun kaçması ve gardiyanın bunu engellememesi halinde gardiyan bu suç bakımından garantör olmasına rağmen yardım eden olarak kabul edilecektir¹³¹⁵. İkincisi kastın yanı sıra amaç, saik gibi özel bir sübjektif unsur gerektiren suçlarda garantörün ilgili sübjektif unsura sahip olmamasıdır¹³¹⁶. Örneğin, bekçinin hırsızlık suçunu fark etmiş olmasına rağmen bunu engellememesi halinde bekçinin yararlanma maksadı eksik olduğundan hırsızlık suçundan yardım eden olarak sorumludur.

e) Koruma ve Gözetim Garantörü Ayrımını Esas Alan Görüş

Bu görüş esasen garantörlük kaynaklarının nasıl belirleneceğine ilişkin iki temel yaklaşımdan “fonksiyon teorisi” (*Funktionenlehre*)¹³¹⁷ yaklaşımının kabulünü gerekli kılar. Oysa hukukumuzda TCK m. 83’te garantörlük kaynakları “kanun, sözleşme ve failin

¹³¹¹ *Roxin*, *AT-II*, § 31, kn. 152.

¹³¹² *Roxin*, *Tatherrschaft (10)*, s. 561. Ayrıca bkz. *Özgenç*, *Faillik*, s. 155. Nitekim *Roxin*’in eserinin telifinden sonraki değişiklikte Alm. CK. § 13’te ihmalî davranışta bulunanın cezasının indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

¹³¹³ *Roxin*, *AT-II*, § 31, kn. 140.

¹³¹⁴ *Roxin*, *AT-II*, § 31, kn. 143.

¹³¹⁵ *Akbulut*, *Genel Hükümler*, s. 911. Ancak belirtelim ki gardiyanın bu görevini ihmal etmesi aynı zamanda TCK m. 295’teki muhafızın görevini kötüye kullanması suçuna vücut vereceğinde, faillğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince gardiyanın sorumluluğu, TCK m. 295 kapsamında faillik olarak değerlendirilmelidir.

¹³¹⁶ *Roxin*, *AT-II*, § 31, kn. 143.

¹³¹⁷ Modern yaklaşım olarak da anılır. Bkz. *Hakeri*, *İhmal*, s. 117.

tehlikeli davranışı” olarak zikredilmek suretiyle “hukuki kaynak teorisi” (*Rechtsquellenlehre*)¹³¹⁸ benimsenmiştir¹³¹⁹.

Bu görüş kapsamında ihmalî davranışta bulunan, hukuki değerin mevcudiyetinden, devamlılığından sorumlu ise yani koruma garantörü (*Beschützergarant*) ise üçüncü bir kimsenin icraî davranışını engellememesi halinde fail olarak kabul edilecektir. Ancak ihmalî davranışta bulunan, sorumlu olduğu kimselerin haksız saldırılarını önlemek üzere bir tehlike kaynağını izlemekle yükümlü olan gözetim garantörü (*Überwachungsgarant*) ise yardım eden olarak kabul edilecektir¹³²⁰. Örneğin, yeni doğmuş çocuğunu boğarak öldürmek isteyen anneyi engellemeyen baba, çocuğu açısından koruma garantörü olduğundan kasten öldürmeden fail sıfatıyla sorumlu iken; çocuğunun başkasına karşı işlediği kasten öldürme suçunu engellemeyen baba gözetim garantörü olarak yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Ancak bu görüş özellikle koruma ve gözetim garantörlüğü ayrımının her zaman için net olmadığı yönünde eleştirilmiştir¹³²¹. *Jakobs'un*¹³²² ifadesiyle örneğin; bir cankurtaran, yüzücüleri suyun tehlikelerine karşı koruyan mıdır, yoksa böyle bir tehlikeyi gözetleyen midir¹³²³? Yahut bir mağazadaki güvenlik, mağaza sahibinin mallarını mı korumalıdır, yoksa tehlike kaynağını mı izlemelidir¹³²⁴?

¹³¹⁸ Geleneksel yaklaşım olarak da anılır. Bkz. **Hakeri**, *İhmal*, s. 116.

¹³¹⁹ **Hakeri**, *İhmal*, s. 116; **Yurtlu**, *İhmalî Suçlar*, s. 204. *Türay*, teorik açıdan koruma ve gözetim yükümlülüğü ayrımını isabetli bulmakla birlikte, bu yükümlülüklerin somut kaynağının kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Türay**, **Aras** "İhmal Suretiyle İcraî Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, ss. 115-154, s. 125. Bu ayırmadan hareketle fail-şerik ayrımı noktasında bu görüş fonksiyon teorisi (*Funktionenlehre*) olarak da anılmaktadır. Bkz. **Hoffmann-Holland**, *AT*, s. 806.

¹³²⁰ **Eser**, s. 66; **Geppert, Klaus** (1999) "Die Beihilfe (§ 27 StGB)" JURA, S.5, ss. 266-274, s. 271; **Gropp/Sinn**, *AT*, 11/43; **Herzberg, Rolf Dietrich** (1972) Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, De Gruyter, s. 261-262; **Krey/Esser**, kn. 1184; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 211. Bu ayrımı *Hoffman-Holland* duruma bağlı garantör yükümlülüğü ve durumdan bağımsız garantör yükümlülüğü (*situationsbezogenen Garantenpflichten und situationsunabhängigen Garantenpflichten*) şeklinde yapmaktadır. Bkz. **Hoffmann-Holland**, *AT*, kn. 807.

¹³²¹ **Kraatz**, s. 212; **Rengier**, *AT*, § 51, kn. 17; **Roxin**, *AT-II*, § 31, kn. 160; **Sowada**, *Täterschaft*, s. 406; **Yurtlu**, *İhmalî Suçlar*, s. 341.

¹³²² **Jakobs**, *AT*, 29/27.

¹³²³ Aynı yönde bkz. **Pariona Arana**, s. 205.

¹³²⁴ **Roxin**, *AT-II*, § 31, kn. 160.

f) Değerlendirme

İhmal suretiyle icraî bir suçun işlenmesinde öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, garantörlük bakımından özel yükümlülük altında olmayan kimselerin ihmalî davranışları neticenin gerçekleşmemesi için ne derecede önemli olursa olsun faillik kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Ancak bu durum garantör olmayanların, ihmalî suçta şerik olmayacakları anlamına da gelmemelidir. Nitekim en azından ihmalî suça azmettirmenin mümkün olduğu hususunda doktrinde büyük oranda görüş birliği vardır. Bu anlamda biz de ihmalî suçlar bakımından teklik sisteminin geçerli olduğuna ilişkin görüşe katılmadığımızı ifade etmeliyiz.

Yine garantörlük statüsünü esas alan görüş de kanaatimizce faillik- şeriklik ayrımında elverişli bir kriter getirememiştir. Özellikle koruma ve gözetim garantörlüğü şeklindeki ayrımın belirsizliği failliğin tespiti noktasında bu teorisinin uygulanabilirliğini problemli hale getirecektir.

Yardım eden teorisine yönelik temel eleştiriye de katıldığımızı ifade etmeliyiz. Gerçekten ihmalî davranışın her halde icraî davranışa nazaran haksızlık içeriğinin daha az olduğu varsayılmaz. Nitekim gerek TCK m. 83 gerek Alm. CK. § 13 II ihmalî davranışta bulunan bakımından cezanın indirilmeden uygulanmasına imkân vermektedir.

Yükümlülük suçu görüşü ise esasen kendi içinde tutarlı bir görüştür. Zira görünüşte ihmalî suçlar bir özgü suç (yükümlülük suçu) olduğundan *Roxin*'in suçun merkezî figürünün fail olduğu tasarımı, özel yükümlülüğün ihlali faillik için yeterli olacak ve fiil hâkimiyeti bu suçlarda bir fonksiyon icra etmeyecektir. Dolayısıyla bir suçun işlenmesini engellemeyen garantör de fail olarak sorumlu olacaktır. Ancak özgü suçlar bahsinde ortaya koyduğumuz üzere her suç bir yükümlülük ihlali gerektirdiğinden özel bir yükümlülüğün öngörüldüğü suçlarda nedensel davranışın faillik için yeterli kabul edilmesi geniş bir faillik yorumuna sebebiyet verecektir. Bu manada elbette ihmalî suçlarda tabii bir nedensellikten bahsedilemeyecekse de aynı durum, normatif olarak hukuken beklenen hareket yapılmış olsaydı tipik neticenin meydana gelmeyeceğinin kabul edildiği hallerde de geçerli olacaktır¹³²⁵. Bu manada yükümlülük ihlalinin ihmalî suçlarda da yeterli kabul edilmemesi gerektiğini ifade edebiliriz.

¹³²⁵ Bulut, s. 211.

Sonuç olarak ihmalî suçlar bakımından da fail sorumluluğunda özel yükümlülük (garantörlük) ihlalinin yanı sıra fiil hâkimiyetinin de esas alınması gerekir. Ancak tıpkı ihmalî suçlarda nedensellik bağının tespitinde olduğu gibi bu fiil hâkimiyeti de ihmalî suçlara uyarlanmalıdır. Zira ihmalî bir davranışla tipik olayın gelişimine kast kapsamında hâkim olmaktan söz edilemez. Bu noktada potansiyel fiil hâkimiyeti yaklaşımı esas alınabilir. Başka bir anlatımla garantörün, yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı suçun seyrine, neticenin ortaya çıkmamasına ne derecede etki edebileceği potansiyel fiil hâkimiyetini belirleyebilir.

İhmalî suçlarda müşterek faillik bakımından temelde iki olasılık ortaya çıkabilir. Birincisi birden fazla kimseden birinin davranışının icraî iken diğerinin ihmalî olması ikincisi birden fazla kimsenin her birinin suça katkısının ihmalî bir davranış arz etmesidir. Potansiyel fiil hâkimiyeti görüşümüzü de hemen aşağıda icraî ve ihmalî davranışın birlikteliği olasılığı bakımından somutlaştırabiliriz.

C. İhmalî Suçlarda Müşterek Faillik Açısından İki Temel İhtimal

1. İcraî ve İhmalî Davranışın Birlikteliği

İcraî suça ihmalî davranışla iştirakte, faillik-şeriklik ayrımı bahsinde ortaya koyduğumuz üzere potansiyel fiil hâkimiyetine sahip olan garantör ilgili suçtan fail olarak sorumlu olabilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu sorumluluk bir müşterek faillik değil müstakil faillik arz edecektir¹³²⁶. Zira birden fazla kimse karşılıklı olarak anlaşmış olsalar dahi sorumlulukları müşterek faillikteki davranışların karşılıklı isnadiyeti suretiyle ortaya çıkmaz. Yani neticeyi önlemeyen garantöre icraî davranışta bulunanın davranışı isnat edilmemekte, garantör, potansiyel fiil hâkimiyetine sahip olmak koşuluyla yalnız özel yükümlülüğünü ihlal etmekten sorumlu olmaktadır. Tabii bu noktada ihmalî davranış icraî davranış bakımından bir yardım etme olarak da değerlendirilebilecektir. Ancak potansiyel fiil hâkimiyetinin varlığı durumunda ihmalî davranışta bulunan failliğin şerikliğe aslîliği kuralı gereğince yalnız görünüşte ihmalî suçtan doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır¹³²⁷.

¹³²⁶ Çelen'e göre "başkasının işlediği icraî bir suça ihmalî hareketle müşterek fail olarak katılmak, farklı suçlar söz konusu olduğu için, mümkün olmamakla birlikte, bu gibi durumlarda yan yana failliğin düşünülmesi gerekir". Bkz. Çelen, s. 380-381.

¹³²⁷ Özgeç'e göre "bu kişi aynı zamanda bir başkasının icraî suçunun işlenmesini önlememekle, ona yardımda bulunmaktadır. Böyle bir durumda, failliğin şerikliğe göre aslîlik özelliği karşısında, asli-tali

Örneğin sokakta birlikte yürüdüğü çocuğunun, bir başka çocuk tarafından dövülmesine müdahale etmeyen baba, çocuğuna yönelik saldırıyı başkasının yardımına başvurmaksızın doğrudan sona erdirebilme gücüne sahip olduğundan potansiyel fiil hâkimiyetine sahiptir ve ihmalî suretle kasten yaralama suçundan doğrudan fail olarak sorumludur. Bununla birlikte baba, çocuğunun, kendi gücünün yetmeyeceği bir boksör tarafından dövülmesi halinde hareketsiz kalıyorsa bu halde saldırıyı tek başına sona erdirmeye gücü olmadığından potansiyel fiil hâkimiyetine de sahip olamayacak ve ihmalî suretle kasten yaralamadan fail olarak sorumlu kabul edilmeyecektir. Bu halde, baba şartlara göre polisten veya başkalarından yardım almayarak suçun işlenmesine izin veriyorsa, icraî davranışla işlenen kasten yaralama suçundan yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.

2. Birden Fazla Kimsenin İhmalî Davranışta Bulunması

Bu olasılık gerek gerçek ihmalî suçlarda gerek görünüşte ihmalî suçlarda gerçekleşebilir. Hâkim görüşüne göre her iki halde de ihmalî suçlarda müşterek faillik mümkündür¹³²⁸.

Kaufmann ise ihmal durumunda icraî bir hareket olmadığından müşterek faillik bağlamında bir iş birliğinden söz edilemeyeceğini ve yine bir ihmal kastından da bahsedilemeyeceğinden birden fazla kimsenin ihmalî davranış kapsamında birlikte suç işleme kararı olmayacağını savunarak ihmalî suçlarda müşterek failliğin reddetmektedir¹³²⁹. Örneğin, elli yüzücü boğulmakta olan bir çocuğu hiçbir şey yapmadan izliyorsa, her biri çocuğun kurtarılması bakımından ihmalî davranışta bulunmuştur, ancak bu davranışı birlikte gerçekleştirmemişlerdir. Her biri ihmalî davranışla (yan yana) fail olarak sorumludur.

Doktrinde, *Kaufmann*'ın örnek olaya benzer hallerde müşterek failliğin mevcut olmadığı görüşü pek çok yazar tarafından -en azından hukuki olarak önemsiz olduğu gerekçesiyle- onaylanır. Ancak aynı yazarlar farklı bir açıdan müşterek failliği ihmalî suçlarda mümkün kabul eder¹³³⁰. Bu konuda hareket noktası ise birden fazla kimsenin birlikte bir yükümlülüğe sahip olmasıdır. Buna göre birden fazla kimsenin ancak birlikte hareket ederek neticeyi

norm ilişkisine ilişkin prensip gereğince, kişiyi (görünüşte) ihmalî suç faili olarak sorumlu tutmak gerekecektir". Bkz. Özgenc, Faillik, s. 292.

¹³²⁸ Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, § 25, kn. 273; Roxin, *Tatherrschaft (10)*, s. 523 vd; Schünemann, *LK*, § 25, kn. 213.

¹³²⁹ Kaufmann, s. 189. Benzer yönde bkz. Welzel, *Strafrecht*, s. 206. İhmal suretiyle iştiraki bağımsız bir iştirak şekli olarak gören Grünwald de müşterek failliği reddetmektedir. Bkz. Grünwald, s. 118.

¹³³⁰ Bkz. Hakeri, *İhmal*, s. 282; Hoyer, *SK*, § 25, kn. 150; Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, § 25, kn. 273; Roxin, *AT-II*, § 13, kn. 172; Schünemann, *LK*, § 25, kn. 213; Yurtlu, *İhmalî Suçlar*, s. 346; Vogel, s. 286.

önleyebileceği bir halde karşılıklı olarak hareketsiz kalma hususunda anlaşmış olmaları, ihmali suçtan müşterek fail sorumluluğu teşkil edecek, her birinin hareketsizliği diğerine isnat edilecektir¹³³¹. Ancak birden fazla kimse neticenin ortaya çıkmasını birbirinden bağımsız olarak engelleyebilecekken her biri hareketsiz kalmışsa artık müşterek faillik değil, yan yana faillik söz konusu olacaktır¹³³².

Gerçekten, müşterek fail sorumluluğu davranışların ortaklar arasında karşılıklı isnadiyeti ile ortaya çıktığından, birden fazla kişinin ihmali davranıştan birlikte sorumluluğu da neticeyi ancak birlikte engellemelerinin mümkün olduğu bir durumda bu kişilerin anlaşmak suretiyle gerekli pozitif davranışı gerçekleştirmediklerinde ortaya çıkacak bir sorumluluktur. Örneğin, bir bankanın kasa odası, görevli iki memurun birlikte iki farklı anahtarla açabileceği bir kilide sahipse ve bu odada bir kimse kilitli kalmışsa, memurların anlaşarak odanın kilidini açmadığı bir halde ölüm neticesi gerçekleşmişse müşterek faillik kabul edilebilir¹³³³.

Ortak garantör yükümlülüğü altında olan birden fazla kimsenin müşterek failliğini en iyi yansıtan örnekler, kurul kararlarında üyelerin sorumluluğu bakımından ortaya çıkar¹³³⁴. Alman Federal Mahkemesi'nin "*Deri Spreyi Kararı*" (*Lederspray-Entscheidung*)¹³³⁵ olarak anılan bir kararında, deri spreyi üreten bir şirket, piyasaya sürdükleri spreylerin sağlık açısından riskli olduğuna dair çok sayıda rapor alır ancak buna rağmen ürünleri piyasadan çekmez¹³³⁶. Federal Mahkeme olayda şirket müdürlerinin ihmal suretiyle tehlikeli yaralamadan müşterek fail olarak sorumluluğuna hükmetmiştir. Kanaatimizce de yerinde olan bu kararlar, müdürlerin ihmali davranışları karşılıklı olarak birbirlerine isnat edilerek, nedensellik probleminin önüne geçilmiştir. Zira nedensellik bakımından tek bir oy ürünleri geri çekme neticesinin önlenmesi bakımından yeterli değildir. İçlerinden biri olumlu oy kullanmış olsa da çoğunluk yine de söz konusu karar yönünde olacaktır.

¹³³¹ **Bachmann, Mario/Eichinger, Matthias** (2011) "*Täterschaft beim Unterlassungsdelikt*" JA, C.43, S.2, ss. 105-109, s. 108; **Hoyer, SK**, § 25, kn. 150; **Schünemann, LK**, § 25, kn. 213; **Jescheck/Weigend**, s. 682; **Stratenwerth/Kuhlen, AT**, § 14, kn. 18.

¹³³² **Hoyer, SK**, § 25, kn. 150; **Joecks/Jäger, Studienkommentar**, § 13, kn. 86; **Murmann, Grundkurs**, § 29, kn. 86; **Roxin, AT-II**, § 31, kn. 171, 172; **Yılmaz, Müşterek Faillik**, s. 125; **Weigend, LK**, § 13, kn. 82.

¹³³³ Benzer yönde örnek için bkz. **Schünemann, LK**, § 25, kn. 213.

¹³³⁴ **Meraklı, Sekran** (2022) Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları, Ankara, Seçkin, s. 232-234.

¹³³⁵ BGH, 06.07.1990- 2 StR 549/89; BGHSt 37, 106 <beck-online.beck.de> s.e.t. 16.07.2023.

¹³³⁶ Federal mahkeme müdürlerin ayrıca taksirli yaralama bakımından sorumluluklarına da hükmetmiştir. Bu nedenle karar aşağıda taksirli suçlarda müşterek faillik başlığında daha detaylı olarak ele alınacaktır.

III. Taksirli Suçlar

A. Taksirli Suçlarda Müşterek Faillik

Taksirli suçlarda müşterek failliğe ilişkin buradaki incelememiz, müşterek fail sorumluluğunun bu tür suçlarda mümkün olup olmadığı noktasında yoğunlaşacaktır. Zira gerek Alman literatüründe gerek Türk literatüründe hâkim görüş taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığını düşündüğünden, tabii olarak böyle bir sorumluluğun şartlarından da bahsetmemektedir. Bununla beraber son yıllarda Alman literatüründe, bazı yargı kararlarına ilişkin tartışmalarda, taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğuna ilişkin görüşler de giderek artmaya başlamıştır¹³³⁷. Bu görüşlerde dikkati çeken husus ise salt teorik tartışmaların ötesinde, özellikle birden fazla kimsenin birlikte özene aykırı davranışta bulunduklarında taksirli suça ilişkin tipik neticenin bunlardan birinin davranışıyla nedensellik bağının varlığına rağmen bu davranışın hangisine ait olduğunun tespit edilemediği hallerde sorumluluk boşluklarını engellemek amacı taşımasıdır¹³³⁸. Zira kasten işlenen suçların aksine taksirli suçlara teşebbüs mümkün olmadığından¹³³⁹ nedenselliğe ilişkin şüphe halinde, *in dubio pro reo* ilkesi gereği özene aykırı davranışta bulunanların cezaî sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla özellikle Alman literatüründeki tartışmalarda sıklıkla ele alınan aşağıdaki kararlarla konuyu somutlaştırabiliriz.

B. Tartışmalara Zemin Hazırlayan Yargı Kararları

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan olay (Yuvarlanan Kayalar- *Rolling Stones - Fall der rollenden Stein*)¹³⁴⁰ şu şekildedir: 21 Nisan 1983, saat 18:55 sularında, A ve B, ormandaki kulübelerinden dönerken, İsviçre'de bulunan Töss nehrinin kıyısındaki yolun yanında iki büyük kaya parçası fark etmişler ve A'nın önerisiyle bunları yamaçtan aşağıya yuvarlamak üzere anlaşılmışlardır. A ve B bölge koşullarını çok iyi bilmektedirler. Özellikle Töss nehrinin kıyısında, o bölgedeki insanların -çoğunlukla balıkçıların- sıklıkla kaldığını bilmektedirler. Bu nedenle B, A'nın uyarısıyla nehir kıyısında kimsenin olup olmadığını netleştirmek için kıyının görünemeyen yönüne doğru bir kez bağırmıştır. Kimse

¹³³⁷ Örneğin bkz. **Becker**, s. 175; **Hoyer**, SK, § 25, kn. 154; **Jakobs**, *Akzessorietät*, s. 265 vd; **Kamm**, s. 191 vd; **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 234-276; **Knauer**, s. 183; **Lesch**, *Tatentschluss*, s. 78; **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn. 117; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 284; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 241 vd; **Weißer**, **Bettina** (1998) "*Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?*" JZ, S.5, ss. 230-239, s. 232.

¹³³⁸ **Waßmer**, *Anwaltskommentar*, § 25, kn. 76.

¹³³⁹ **Bulut**, s. 236.

¹³⁴⁰ BGE 113 IV 58 <swisslex.ch> s.e.t. 16.07.2023.

cevap vermeyince B, A'nın yanına dönmüş, 100 kg'dan ağır kayayı tutmuş ve yamaçtan aşağı yuvarlamıştır. Hemen ardından A da yaklaşık 52 kg ağırlığındaki kayayı yamaçtan aşağı yuvarlamıştır. İki kayadan birisi yamacın aşağısında bulunan balıkçı C'ye denk gelmiş ve onun ölümüne sebep olmuştur. Ancak kayalardan hangisinin C'ye çarptığı belirlenememiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu olayda A ve B'nin sorumluluğunu taksirle ölüme sebebiyet verme olarak kabul etmiştir. Gerekçe olarak ise olayda bireysel eylemlerin ölüm neticesi bakımından nedensel olup olmadığının önemli olmadığını, birlikte gerçekleştirilen genel eylemin (*Gesamthandlung*) nedenselliğinin A ve B'nin sorumluluğu için yeterli olduğunu belirtmiştir. Ancak kararda müşterek fail sorumluluğu zikredilmeyip, birlikte icra edilen genel eylemin nedenselliğini esas alındığından, bu kararın müşterek faillğe işaret edip etmediğinin belirsiz olduğu vurgulanmıştır¹³⁴¹.

Alman Schleswig Bölge Mahkemesi'nin kararına konu olan olay (Kibrit Çöpü Davası-*Streichholzfall*)¹³⁴² ise şu şekildedir: A ve B bir fabrikada hırsızlık yapmak üzere anlaşmışlardır. Ortaklar fabrikaya girdikten sonra yakalanma tehlikesi nedeniyle fabrika ışıklarını açmadan ellerindeki kibritlerle yollarını aydınlatırlar. Ancak her ikisi de kibritleri kullandıktan sonra yanar vaziyette fabrikaya atarlar. Kibritlerden birinin alevi, kumaşları tutuşturur ve fabrikanın ahşap çatısının bir kısmının yanmasına neden olur. Ancak bu kişilerden hangisi tarafından atılan kibritin kumaşları tutuşturduğu tespit edilemez. Yerel mahkeme A ve B'yi hırsızlık suçuna teşebbüsten ve taksirle yangın çıkarma (Alm. CK. § 306d - *Fahrässige Brandstiftung*)¹³⁴³ suçundan fail olarak kabul etmiştir. Ancak Schleswig Bölge Mahkemesi, taksirli kundaklama suçu bakımından bireysel davranışın nedenselliği belirlenemediğinden ve taksirli suçlarda müşterek faillik söz konusu olamayacağından kararı bozmuştur.

Konuyla ilgili bir diğer karar ise Alman Federal Mahkemesi'nin, yukarıda da bahsedilen, "*Deri Spreyi Kararı*" (*Lederspray-Entscheidung*)¹³⁴⁴ kararıdır. Karara konu olayı -daha

¹³⁴¹ **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 240.

¹³⁴² OLG Schleswig, 27.04.1981 - 1 Ss, 756/80; OLG Schleswig NStZ 1982, 116 <beck-online.beck.de> s.e.t. 16.07.2023.

¹³⁴³ Hukukumuz açısından TCK m. 171'de düzenlenen genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu kapsamında değerlendirilebilir. Bu görüş için bkz. **Demirel, Muhammed** (2022) Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, s. 604.

¹³⁴⁴ BGH, 06.07.1990 - 2 StR 549/89; BGHSt 37, 106 <beck-online.beck.de> s.e.t. 16.07.2023. Ayrıca bkz. **Joecks/Scheinfeld, MüKo**, § 25, kn. 249-252; **Rotsch, Thomas** (2018) "*Lederspray*" *redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen*" ZIS, S.1, ss. 1-13.

detaylı bir şekilde- tekrar hatırlatmak gerekirse, deri spreyi üreten bir şirket, piyasaya sürdükleri spreyleerin sağıık ağıısından riskli olduğıuna dair çok sayıda rapor alır. Şirket kendi araştırmasında böyle bir duruma rastlamaz ve 12.5.1981 tarihinde genel müdürler ve baş kimyagerin katıldığı özel bir yönetim kurulu toplantısı yapılır. Toplantıda daha detaylı inceleme yapılması için şirket dışından bir kurumun görevlendirilmesini ve tüm spreylere uyarı notları yapıştırılması kararı alınır. Şirket dağıtımla görevli kendi iki alt şirketinin genel müdürlerini de konuya ilişkin bilgilendirir. Yapılan incelemede zararlı madde tespit edilemeyince kutular üzerine yalnız uyarı notları yapıştırılır. 20.09.1983'te Federal Sağıık Dairesi ve Federal Gençlik, Aile ve Sağıık Bakanlığı'nın müdahalesiyle ürünlerin satışları durdurulur ve piyasadaki ürünler geri çağırılır. Davada şirket müdürleri bireysel olarak bir ürünü geri çağırmaya yetkili olmadıklarını bu nedenle neticenin kendilerine isnat edilemeyeceğini savunmuştur. Federal Mahkeme sonuç olarak, ana şirket ve alt şirket genel müdürlerini ilk zarar vakasının öğrenilmesi ile 12.5.1981 tarihli toplantı arasındaki vakalar için *taksirli yaralamadan* sorumlu tutmuştur. Toplantıdan sonra üretilip dağıtılan ürünler için şirket müdürlerini *icraî suretle yaralamadan*, karar sırasında piyasada olan ancak henüz tüketiciye ulaşmamış ürünler içinse *ihmal suretiyle yaralamadan* sorumlu kabul etmiş, baş kimyagerin ise sorumlu olmadığına hükmetmiştir. İhmal suretiyle ve icra suretiyle gerçekleşen yaralama suçları bakımında şirket müdürlerini müşterek fail olarak kabul eden mahkeme, taksirle işlenen suçlar bakımından ise müşterek fail sorumluluğunu zikretmemiştir. Ancak Mahkeme, taksirli suçlar bakımından müdürlerin sorumluluklarını kabul etmiş ve şu hususu belirtmiştir: *"Eğer zararı önlemek için gereken tedbir ... ancak birden fazla kimsenin iş birliği ile gerçekleştirilebiliyorsa, iş birliği yapma yetkisine sahip olmasına rağmen buna katkıda bulunmayan kimse, gerekli önlemin alınmamasında bir neden olarak telakki edilir; bu çerçevede, bundan kaynaklanan tipik neticeden de sorumlu olur"*¹³⁴⁵. Bu açıklamadan hareketle de doktrinde Federal Mahkeme'nin taksirli suçlarda müşterek failliğı örtülü olarak kabul ettiği ifade edilmiştir¹³⁴⁶.

Görüldüğü üzere yargı kararlarına yansıyan bu olaylarda neticenin isnadiyeti yani bireysel davranışın netice açısından nedenselliğine ilişkin sorunlar söz konusudur. İşte bu isnadiyet sorununa ilişkin olarak birlikte özen yükümlülüğüne aykırı davrananların müştereken

¹³⁴⁵ BGHSt 37, 106, par. 70.

¹³⁴⁶ **Hoyer, Andreas** (1996) *"Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung"* GA, ss. 160-178, s. 173; **Otto, Harro** (1993) *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, De Gruyter, s. 10; **Renzikowski, Restriktiver**, s. 283.

sorumlu olmasını sağlamak açısından taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunun kabul edilmesine yönelik girişimler olmuştur. Ancak bundan evvel doktrinde hâkim görüş olan ve bu sorumluluk şeklinin reddini savunan görüşlerin ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira taksirli suçlarda müşterek failliği kabul eden görüşler incelendiğinde, bu görüşlerin öncelikle redde dayanak olarak ileri sürülen hususlara cevap aradığı görülmektedir.

C. Alman Hukukundaki Görüşler

1. Aleyhe Görüşler

Alman yüksek yargı kararlarında bugüne değin taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğu kabul edilmemiştir¹³⁴⁷. Literatürde ise bu sorumluluk şeklini kabul etmeyen yazarların en temel itirazı müşterek faillik için şart olan birlikte suç işleme kararının yapısal olarak taksirli suçlarda mümkün olmadığı ve dolayısıyla taksirli suçun birlikte işlenemeyeceğine ilişkindir¹³⁴⁸. Zira taksirli suçlarda yapısal olarak faillik için neticeye sebebiyet verme iradesinden bahsedilemez.

Bu görüşle de bağlantılı olarak, diğer bir argüman ise taksirli suçlarda kast söz konusu olmadığından, ortakların suç olayını gaî iradeleriyle yönlendirmesinden, fiil üzerinde hâkim olmasından da bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir¹³⁴⁹. Esasında taksirli suçlar tam olarak bu özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle istenmemesine rağmen harekete geçirilen olay üzerinde hâkimiyet eksikliğiyle karakterize edildiği için bu suçlarda teklik sistemi geçerlidir.

Diğer bir görüş ise Alm. CK. bağlamında taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğuna dayanak oluşturacak herhangi bir düzenleme olmadığını belirterek bu sorumluluk şekline itiraz etmektedir¹³⁵⁰. Alm. CK § 25 II'deki müşterek faillik düzenlemesinin suç işleme

¹³⁴⁷ Detaylı bir inceleme için bkz. **Kraatz**, s. 45-75.

¹³⁴⁸ **Bindokat, Heinz** (1979) "*Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht*" JZ, C.35, ss. 434-437, s. 434; **Bottke, Wilfried** (2001) "*Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung*" GA, ss. 463-481, s. 481; **Eisele, Baumann/Weber/Mitsch**, § 25, kn. 49; **Jescheck/Weigend**, s. 676, 679; **Kühl, Lackner/Kühl**, § 25, kn. 13; **Puppe, Ingeborg** (2004) "*Wider die fahrlässige Mittäterschaft*" GA, ss. 129-146, s. 135, 136.

¹³⁴⁹ **Jescheck/Weigend**, s. 654; **Kühl, Lackner/Kühl**, Vor § 25, kn. 2; **Welzel**, *Strafrecht*, s. 99.

¹³⁵⁰ **Bottke**, *Mittäterschaft*, s. 473.

kastında birlikteliği gerektirdiği savunularak, hükmün taksirli suçlara teşmil edilemeyeceği bu suçlarda teklik sisteminin geçerli olduğu belirtilmektedir¹³⁵¹.

Son olarak taksirli suçlar alanında, neticeye sebebiyet veren müşterek katkıların zaten yan yana fail olarak cezalandırılacağını dolayısıyla müşterek fail şeklinde bir sorumluluğa gerek olmadığı belirtilmektedir. Ancak elbette bu durum, birden fazla kimsenin bireysel olarak taksirli suçtan sorumlu olmasını gerektirir. Örneğin, *Herzberg*¹³⁵², taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunun gereksiz olduğunu savunur. Konuya ilişkin yazar iki örnek verir. Birincisinde iki inşaat işçisi bina iskelesinden birlikte aşağıya bir kalas atarlar. Ancak dikkatsizlikleri nedeniyle bu kalas güvenlik altına alınmış alanının dışına düşer ve yürüyen bir yayaya denk gelerek onu yaralar. İkinci örnekte, *Müller* ikinci katta bulunan dairesindeki bir duvarı yıkarak çıkan parçaları ön bahçeye attığı sırada, damadı *Meier* de gelir ve davet edilmemesine rağmen işe koyulur. Kısa bir süre sonra da aşağıda bulunan bir çocuk yaralanır. Yaralamaya sebebiyet veren kim olduğu belirlenemez. Yazara göre ilk örnekte birlikte atış nedeniyle her bir inşaat işçisinin, davranışlarının nedensel olmasından hareketle taksirle yaralamadan fail olarak sorumluluğu gerekir. Ancak ikinci örnekte bireysel davranışların nedenselliği belirlenemediğinden *in dubio pro reo* ilkesi gereğince hiçbirinin cezai sorumluluğu olmamalıdır. Zira bir suçun işlenmesi bakımından kast olmadığı sürece bir dayanışmadan da bahsedilemeyeceğinden, iki kişinin salt ortak bir faaliyet yürütmesi, davranışların karşılıklı isnat edilebilmesi için yeterli değildir. Dolayısıyla yazar nedensellik şüphesinin varlığı halinde failliği reddettiğinden, şüphe olmayan ilk örnekteki durumda da müşterek faillikten bahsedilmesinin kafa karıştırıcı ve gereksiz olduğunu savunur. Benzer bir görüşten hareket eden *Freund* ise taksirli suçlar bakımından teklik sisteminin geçerli olduğunu, pekâlâ kasten işlenen suçlardaki gibi iştirak şekillerinin öngörülebileceğini ancak bunun gereksiz olduğunu, ayrımın yalnız cezanın belirlenmesi açısından bir önemi olabileceğini ifade eder¹³⁵³. Diğer yandan *Rotsch* da taksirli müşterek failliğin gereksiz olduğunu düşünmektedir. Yuvarlanan kayalar örneğinde, hangi taşın mağdura çarptığı tespit edilemese de özen yükümlülüğüne aykırı davranmak üzere anlaşılmış olması da bir özene

¹³⁵¹ **Fischer**, § 25, kn. 52; **Gropp, Walter** (2009) "*Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung*" GA, ss. 265-279, s. 279; **Schild, NK**, Vor. §§ 25 ff. kn. 6.

¹³⁵² **Herzberg**, *TuT*, s. 72-74.

¹³⁵³ **Freund**, § 10, kn. 26, 27.

aykırılık olduğundan bu anlaşma nedensellik açısından taksirli suçla ilişkilendirilebilecek ve böylece kayaları yuvarlayan her iki kişi de doğrudan fail olarak kabul edilecektir¹³⁵⁴.

2. Lehe Görüşler

Alman hukukundaki lehe görüşler, öncelikle Alm. CK § 25 II hükmünün müşterek failliği kasten işlenen suçlarla sınırlamadığını savunur. Zira ilgili hükümde bir suçun yalnız birlikte işlenmesi ("*gemeinschaftlich begehen*") öngörülmüş, bu birlikte işleme bakımından tipik neticeyi de içerecek şekilde kast aranması gerektiği belirtilmemiştir¹³⁵⁵. Oysa Alm. CK'nın azmettirme (§ 26) ve yardım etmeye (§ 27) ilişkin hükümlerinde açıkça bu iştirak şekillerinin kasten gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁵⁶. Dolayısıyla, taksirli suçlar alanında, birden fazla kimse tarafından birlikte sebep olunan ve izin verilmeyen tehlikenin, neticede gerçekleşmesi durumunda, Alm. CK § 25 II kapsamında müşterek fail sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekir¹³⁵⁷.

Lehe görüşlerin kanunî düzenlemenin yanı sıra taksirli suçlarda müşterek faillikle ilgili ikinci nirengi noktası birlikte suç işleme kararıyla ilgilidir. Müşterek failliği reddeden görüşlerin en önemli dayanaklarından biri olan, birlikte suç işleme kararının taksirli suçlarda mümkün olmaması argümanı lehe görüşleri ileri sürenlerce de onaylanır. Ancak lehe görüşler, kasten işlenen suçlardaki müşterek faillığe ilişkin şartların, taksirle işlenen suçlara aktarılmasının doğru olmayacağını, taksirli suçların yapısına uygun bir müşterek failliğin oluşturulması gerektiğini savunur¹³⁵⁸.

¹³⁵⁴ **Rotsch, Thomas** (2011) "*Gemeinsames Versagen*" *Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft*" Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, s. 906.

¹³⁵⁵ **Becker**, s. 173; **Gropp**, *Fahrlässige*, s. 267; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor §§ 25 ff. kn. 114; **Kamm**, s. 176; **Rengier**, *AT*, 53/3; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 242; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 288; **Steckermeier**, s. 217; **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 232.

¹³⁵⁶ **Steckermeier**, s. 217; **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 233.

¹³⁵⁷ **Knauer**, s. 221; **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 232, 233.

¹³⁵⁸ **Becker**, s. 175; **Knauer**, s. 183; **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 284; **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn. 115; **Weißer, Bettina** (1996) *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin, Duncker & Humblot, s. 146; **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 232. Nitekim taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunu gereksiz bulan **Herzberg** dahi, kasten işlenen suçlardaki şartlarla, taksirli suçlardaki müşterek failliği reddetmenin ikna edici olmadığını belirtmektedir. Bkz. **Herzberg**, *TuT*, s. 73, dn. 49.

Müşterek failliğin reddine ilişkin bu iki temel itirazla birlikte doktrinde taksirli suçlara özgü bir müşterek fail sorumluluğunun geliştirilmesi açısından için çeşitli girişimler olmuştur. Bu girişimlerde ise farklı esaslardan hareket edildiği görülmektedir.

Knauer, genel olarak taksirli suçun sübjektif bir unsuru bulunmadığından bu suçlarda müşterek faillik için de sübjektif bir bağlantı unsuru olamayacağını ifade eder¹³⁵⁹. Yazar, taksirli müşterek failliği objektif olarak isnat edilebilir müşterek davranış olarak kabul etmektedir¹³⁶⁰. Buna göre bir araya gelen özene aykırı davranışlar hukuki değerin ihlali riskini bireysel olarak yaratılan riskin ötesine taşımışsa müşterek faillikten bahsedilebilecektir. Yazar şu örneği vermektedir: karşıdan karşıya geçen bir yaya ilk şeridi geçip ikinci şeritteki araçların geçmesi için şerit çizgisi üzerinde beklerken ilk şerit ve ikinci şeritte seyir halinde olan iki aracın arasında ezilerek ölür ve diğer araç olmasaydı da neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirlenemezse de her iki araçtaki kişinin yayayı birlikte öldürdüğü söylenebilir¹³⁶¹. Her ikisinin de yükümlülüğe aykırı davranışı, birbirlerinden haberdar olmasalar da ölüm riskini artırmıştır. *Knauer*'in açıklamaları *Lesch* ve *Derkzen*'in (ve bilahare *Jakobs*'un) müşterek failliğin esasını genel olarak objektif isnadiyet unsuru olarak kabulüne benzetmektedir¹³⁶². Nitekim *Lesch* de müşterek failliği bir objektif isnadiyet unsuru olarak kabul ettiğinden, dolayısıyla müşterek faillikte birlikte suç işleme kararı şeklinde sübjektif unsuru reddettiğinden; taksirli işlenen suçlarda müşterek fail sorumluluğu da bireysel davranışların objektif açıdan bir gözlemciye koordineli, iç içe geçmiş bir organizasyon olarak görüldüğü sürece mümkün olacaktır¹³⁶³. Ancak *Knauer* söz konusu açıklamalarını taksirli suçlarla sınırlamıştır. Kasten işlenen suçlarda, suçun iş bölümüne dayalı olarak birlikte işlendiği hususunda ortakların müşterek bir bilince sahip olması gerekir¹³⁶⁴.

Özerklik ilkesinin bir sonucu olarak insanın yalnız kendi davranışlarından sorumlu olduğunu ve bu nedenle başkalarının davranışlarına ilişkin olarak bir rücu yasağının olduğunu kabul

¹³⁵⁹ *Weißer* ise taksirli suçlarda da sübjektif bir unsur olduğunu en azından neticeye sebep olan tehlikenin ortaya çıkmasında kişinin iradi olarak hareket etmesi veya ihmalinin bulunması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 237.

¹³⁶⁰ **Knauer**, s. 195.

¹³⁶¹ **Knauer**, s. 193.

¹³⁶² Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 1, III, A. Objektif Isnadiyet Görüşü*.

¹³⁶³ **Lesch**, *Objektiven Zurechnung*, s. 271; **Lesch**, *Tatentschluss*, s. 278.

¹³⁶⁴ **Knauer**, s. 148.

eden *Renzikowski* için müşterek failliğe ilişkin kanuni hüküm, bu yasağın bir istisnasını teşkil etmektedir¹³⁶⁵. Buna göre kanun, müşterek failliği birden fazla kimseyi belirli koşullar altında bir topluluk olarak kabul eder ve ortaya çıkan netice bir bütün olarak bu topluluğa isnat edilir. Bu topluluğun oluşması içinse eşit ortaklar olarak hareket etmek üzere sözleşme benzeri bir bağlılığın yani ortak bir planın olması gerekir. Bu temel görüşünü yazar, taksirli suçlara da uygular. Şöyle ki; birden fazla kimse birlikte hareket etme planına (*gemeinsame Handlungsprojekt*) katılırsa bu şekilde oluşan topluluk taksirli suçun tipikliğini gerçekleştirebilecek, bireysel davranışın nedenselliğine gerek olmayacaktır¹³⁶⁶.

Otto ise bir kimsenin iş bölümüne dayalı olarak bir başkasıyla bilinçli bir iş birliği içinde, öngörülebilir neticeyi gerçekleştiren bir tehlike yaratmasını veya bu tehlikeyi artırması durumunda artık bu kimsenin neticeden müşterek fail olarak sorumlu olacağını ifade etmiştir¹³⁶⁷. Taksirli suçlarda, müştereken yönlendirilebilir ve iş bölümüne dayalı olarak hukuki değeri ihlal edebilecek bir tehlikenin yaratıldığı veya artırıldığına ilişkin bilinç, kasten işlenen suçlardaki ortak suç planının yerini alır¹³⁶⁸.

Weißer, taksirli suçlarda müşterek failliğin amacını, birden fazla kişinin karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle iş birliği durumunda, özene aykırı davranışın tüm sonuçlarının, bir bütün olarak bu birden fazla kişiye isnat edilmesi olarak açıklamaktadır. Bu şekilde bir taksirli müşterek failliğin şartlarının da genel taksir dogmatığı içinde bulunması gerekir¹³⁶⁹. Bu kapsamda yazar taksirli müşterek failliğin üç şartı olduğunu ifade eder. Birincisi, müşterek faillerin objektif olarak aynı özen yükümlülüğüne sahip olması, ilgili özen yükümlülüğünün taksirin potansiyel faillerini aynı şekilde etkilemesi gerekir¹³⁷⁰. Zira farklı özen yükümlülüklerine uyulması gerektiğinde, özen yükümlülüğüne aykırı davranışların karşılıklı olarak isnat edilmesinden ya da aynı taksirli suçun işlenmesinden bahsedilemeyecektir. İkinci şart, neticeye sebebiyet veren riskin yaratıldığı anda kişinin bir başkasıyla birlikte

¹³⁶⁵ Bkz. yukarıda, *İkinci Bölüm, § 1, I, D. Özerklik İlkesi (Autonomieprinzip) Temelinde Kanunî İstisna Görüşü*.

¹³⁶⁶ **Renzikowski**, *Restriktiver*, s. 288.

¹³⁶⁷ **Otto, Harro** (1992) "*Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*" Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin, De Gruyter, s. 282; **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn. 117.

¹³⁶⁸ **Otto**, *Grundkurs*, § 21, kn. 117.

¹³⁶⁹ **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 236.

¹³⁷⁰ **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 236. Aynı yönde bkz. **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor. §§ 25, kn. 117; **Pfeiffer, Stefan** (2004) "*Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft*" JURA, S.Heft 8, ss. 519-526, s. 525.

hareket ettiğinin bilincinde olmasıdır¹³⁷¹. Bu şekilde, birden fazla kişi arasındaki bu sübjektif bağlantı, taksirli suçlarda müşterek failliği yan yana faillikten ayıracaktır. Üçüncü şarta göre ise müşterek faillerin objektif olarak aynı özen yükümlülüğüne sahip olması ve her bir ortağın da diğerinin aynı özen yükümlülüğüne tabi olduğunun bilincinde olması gerekir¹³⁷². Gündelik yaşamın genel özen gerekliliklerinin söz konusu olduğu hallerde bu bilincin varlığı hususunda herhangi bir sorun olmayacaksa da neticenin önlenmesi bakımından özel bir özen yükümlülüğünün varlığı halinde anılan türden bir bilincin olup olmadığının tespiti önem arz edecektir. Özellikle ihmal bakımından bir garantör yükümlülüğü mevcut olması bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin deri spreyi olayında şirket müdürlerinin tamamı ürünlerin piyasada bulunmasıyla ortaya çıkan risklerin gerçekleşmesini önlemek bakımından aynı yetkilere sahip garantör olduklarının farkındadırlar¹³⁷³.

Taksirli suçlarda müşterek failliğin esasının açıklanmasına yönelik anılan bu özel girişimler ile genel olarak böyle bir sorumluluk şeklinin mümkün olduğunu kabul eden münferit görüşler incelendiğinde, Alman doktrinde özellikle iki şartın ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki, müşterek faillik için ortakları bir araya getirecek olan bağlantı noktasının özene aykırı davranışın birlikte, müştereken gerçekleştirilmesidir. Bu itibarla, öncelikle hukuki olarak izin verilmeyen riskin birden çok kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir¹³⁷⁴. Ancak bu noktada birlikte gerçekleştirilen davranışın özene aykırı bir davranış olması gerektiği unutulmamalıdır. Örneğin, iki inşaat işçisinin çatıyı temizlemeye ilişkin davranışları özene aykırı bir davranış değildir. Ancak temizlik esnasında iki işçi zaman baskısı nedeniyle çatı kirişlerini birlikte aşağıya atmaya karar verirler ve bu nedenle sokaktan geçen biri yaralanırsa, özene aykırı davranışın birlikte gerçekleştirildiğinden bahsedilebilir¹³⁷⁵.

İkincisi ise, kasıtlı suçlardakine benzer şekilde birden fazla kişinin özene aykırı davranışı, birlikte gerçekleştirdiklerinin kabulü için sübjektif bir unsurun gerekliliğidir. Bu açıdan davranışın birlikteliğini tesis etmek için birden çok kişinin sübjektif anlamda birlikte,

¹³⁷¹ **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 236.

¹³⁷² **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 237.

¹³⁷³ **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 238.

¹³⁷⁴ **Becker**, s. 174; **Heine/Weißer**, *Schönke/Schröder*, Vor. § 25 ff. kn. 115; **Joecks/Scheinfeld**, *MüKo*, § 25, kn. 290; **Knauer**, s. 195; **Roxin**, *AT-II*, § 25, kn. 242; **Schünemann**, *LK*, § 25, kn. 217; **Weißer**, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 236.

¹³⁷⁵ **Pfeiffer**, s. 525.

müşterek olarak bir davranışı gerçekleştirdiklerinin bilincinde olması gerekir¹³⁷⁶. Bu sübjektif unsur taksirli suçta müşterek failliği, yan yana faillikten ayıran unsurdur.¹³⁷⁷ Ancak bu unsur birden fazla kişinin gerçekleştirdikleri davranışlarının suç teşkil eden bir neticeye (*deliktische Erfolg*) sebebiyet verebileceği iradesi olarak anlaşılmamalıdır¹³⁷⁸. Aksi takdirde müşterek faillik yalnız bilinçli taksir bakımından geçerli olacaktır¹³⁷⁹. Nitekim bazı yazarların bu sübjektif unsuru ortak eylem kararı (*gemeinsame Handlungsentschluss*)¹³⁸⁰ veya ortak eylem planı (*gemeinsame Handlungsprojekt*)¹³⁸¹ olarak adlandırdıkları da görülmektedir¹³⁸².

D. Türk Hukukundaki Görüşler

Türk hukukunda taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığına ilişkin neredeyse bir görüş birliği vardır. Bu görüş birliğinde, şüphesiz TCK'nın 22. maddesinin 5. fıkrasındaki “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir” hükmü ile TCK'nın 40. maddesinin 1. fıkrasındaki “Suça iştirak için kasten ... işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” hükmünün de önemli bir payı vardır. İlgili hükümlerde açıkça zikredilmese de 22. maddenin gerekçesinde taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kurallarının ifade edilmiştir:

“Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü

¹³⁷⁶ Joecks/Scheinfeld, *MüKo*, § 25, kn. 297; Kamm, s. 199-201.

¹³⁷⁷ Weißer, *Fahrlässige Mittäterschaft*, s. 237.

¹³⁷⁸ Renzikowski, Joachim (2007) “Die fahrlässige Mittäterschaft” Festschrift- Harro Otto, Köln, Carl Heymanns, ss. 423-439, s. 432.

¹³⁷⁹ Heine/Weißer, Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. kn. 116. Nitekim Fischer, böyle bir kabulle, müşterek failliğin yalnız bilinçli taksir durumunda mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Fischer, § 25, kn. 52.

¹³⁸⁰ Dencker, *Gesamttat*, s. 178; Häring, Daniel (2018) “Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht” sui-generis, ss. 1-19, s. 16; Küpper, Georg (1998) “Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen” GA, ss. 519-529, s. 527.

¹³⁸¹ Renzikowski, *Restriktiver*, s. 288; Schünemann, LK, § 25, kn. 217.

¹³⁸² Hoyer ise kasten işlenen suçlarda olduğu gibi taksirli suçlar bakımından da “gemeinsame Tatbeschluss” ifadesini kullanmaktadır. Zira yazara göre müşterek faillik için birlikte suç işleme kararı kasten işlenen suçlarda da objektif bir nitelik arz etmektedir. Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, § 3, I, A. Birlikte Suç İşleme Kararının Esası. Yine bazı yazarlar taksirli müşterek faillikteki bu birlikte hareket etme kararını sübjektif değil objektif bir kriter olarak da kabul etmektedir. Bu yazarlardan Becker, esasen kasten işlenen suçlar bakımından da birlikte suç işleme kararını objektif bir kriter olarak gördüğünden bu görüşünü taksir alanında da devam ettirmektedir. Bkz. Becker, s. 179-180.

de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir. Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespitte diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınamaz”¹³⁸³.

5237 sayılı TCK bakımından durum böyle olmakla birlikte, 765 sayılı TCK’da taksirli suçlara iştirak konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay’ın mülga TCK döneminde de taksirli suçlarda iştiraki kabul etmediği görülmektedir¹³⁸⁴. 765 sayılı TCK döneminde doktrinde ise taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğuna ilişkin pek çok görüşe rastlanır. Bu görüşlerden bazılarını aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

*İçel’e göre, birbiriyle taksirli olarak çarpışan iki sürücü bakımından iş birliğinden söz edilemez. Ancak bir sürücünün aracı daha hızlı sürmesi için yanında oturan kişinin onu teşvik etmesi halinde işlenen taksirli suç bakımından bir iş birliği bulunmaktadır*¹³⁸⁵.

*Erem, taksirli suçlarda iştiraki kabul eden yazarların görüşlerinin daha yerinde olduğunu düşünmektedir*¹³⁸⁶. Yazar, iştiraki reddeden görüşlerdeki iştirakin anlaşılmaya dayandığı ve taksirli suçlarda anlaşma olmadığından iştirakin de mümkün olmayacağı kabulünün yerinde olmadığını ifade etmiştir. *Erem’e göre iddia teorik bir iddiadır. İradelerin fiilen birleştiği her olayda iştirak mevcut olabilecektir. Taksirli suça fer’i iştirak ise kanun metni gereği, fer’i iştirakçilerin neticeyi de istemesi gerektiğinden mümkün değildir. Hemfiil (müşterek fail) şeklinde taksirli suça iştirak ise mümkündür. Yazara göre, “Halen nakil vasıtalarının tekemmülü ve bunların işletmelerinde görülen komplike durum, birçok taksirli suçlarda*

¹³⁸³ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

¹³⁸⁴ “... maznunlardan hangisinin fiil ve hareketi neticesi olarak tüfeğin patladığı katiyetle tespit edilmemiş bulunmasına ve kasıtsız suçlarda ise, iştirakin bahse konu olmayıp her şahsın kendi fiiline ve fiilindeki tedbirsizliğine bakılacağına göre tebliğnamedeki bozma sebebi varit görülmediğinden reddi ile ... hükmün tasdikine ittifakla karar verildi”. Yargıtay 4.CD. 30.06.1956, 3816/9791, Aktaran: **İçel, Kayıhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta, s. 543, dn. 50.

¹³⁸⁵ **İçel, Kayıhan** (1967) Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul, s.

¹³⁸⁶ **Erem, Faruk** (1946) "Suça İştirak" AÜHFD, C.3, S.1, ss. 62-107, s. 69-70.

failleri müstakil olarak tâyine imkân bırakmamaktadır, bir demiryolu istasyonunun işletmesi düşünülecek olursa bu düşüncelerin doğruluğu daha fazla anlaşılır”¹³⁸⁷.

Taner de taksirli suçlarda müşterek failliği kabul eder¹³⁸⁸. Yazara göre, enkazı satılmış olan bir evi yıkan iki yıkıcı bir direği birlikte tutarak sokağa atsalar ve o sırada sokaktan geçen bir kimse yaralansa, taksir ile müessir fiil suçunu hemfiil olarak müştereken işlemiş olurlar. Zira iki yıkıcı da, direği sokağa atmak hususunda anlaşmak suretiyle taksirli bir şekilde fiili birlikte işlemişlerdir. Diğer taraftan *Taner*, *Erem*’den farklı olarak taksirli suça fer’î iştiraki¹³⁸⁹ de mümkün görmektedir¹³⁹⁰. İlgili örnek bağlamında yıkıcılardan biri direği sokağa atmak bakımından diğerinin teşvik etseydi ve bu kişi direği tek başına atsaydı, teşvik eden kişi taksir ile müessir fiil suçundan fer’î şerik olarak cezalandırılırdı.

Dönmezer/Erman’a göre taksirli suçlara iştirak prensip itibariyle mümkündür. Ancak yazar, taksirli suçlara iştirakten ziyade, taksirli suçları birlikte işlemekten bahsetmenin çok daha yerinde olduğunu ifade eder¹³⁹¹.

Yüce ise taksirli suçun birlikte işlenmesinin (“suça katılma”), mümkün olduğunu, taksirli kişilerden her birinin sonuçtan sorumlu olduğunu belirtmekle yetinmiştir¹³⁹².

765 sayılı TCK döneminde taksirli suçlara iştiraki reddeden görüşler de söz konusudur.

Özgenç’e göre 765 sayılı TCK’ya göre objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranış neticesinde, örneğin ölüm veya yaralanma, suç oluşacaktır. Neticeye neden olan haksız fiili gerçekleştirenler arasında ilgili netice bakımından bir karar birliğinden bahsedilemeyeceğinden müşterek faillik de mümkün olmayacaktır¹³⁹³.

Yine *Önder* de taksirli suça iştirakin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Taksirli hareketi gerçekleştirenlerin her biri, neticeden taksirli hareketleri sebebiyle müstakil fail olarak

¹³⁸⁷ **Erem**, *Suçta İştirak*, s. 69-70.

¹³⁸⁸ **Taner**, *Umumî Kısım*, s. 532.

¹³⁸⁹ Fer’î iştirak için bkz. yukarıda *Birinci Bölüm*, § 4, II, A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda *Müşterek Faillik*.

¹³⁹⁰ **Taner**, *Umumî Kısım*, s. 532-533.

¹³⁹¹ **Dönmezer/Erman**, *Nazarî, C. II*, s. 496.

¹³⁹² **Yüce**, s. 341.

¹³⁹³ **Özgenç**, *Faillik*, s. 293.

sorumludur¹³⁹⁴. Taksirli suçun icraî hareketlerinin birlikte gerçekleştirildiği şekline, “*taksirli suça gerçek olmayan iştirak*” ismi verilir¹³⁹⁵.

5237 sayılı TCK’nın yürürlüğünden sonraki doktrinde ise genel olarak suça iştirak ve özel olarak müşterek failliğin taksirli suçlarda kabul edilmediği görülmektedir. Bu yöndeki görüşlerin temel gerekçesi TCK m. 22/5 hükmünün varlığına ek olarak, Alman literatüründe de çoğunlukla kabul edildiği üzere, bu suçlarda suç teşkil eden neticeye yönelik iradenin olmamasıdır. Özen’e göre “*taksirle işlenen suçlara iştirak mümkün değildir. Çünkü, taksirle işlenen suçlarda netice istenmemektedir*”¹³⁹⁶. Çakır’a göre “*neticenin istenmemiş olması taksirli suçlara iştiraki imkansız kılar. Taksirli davranışın iradi olduğu kabul edilse de birden fazla kişinin netice yönünden iradelerini birleştirmek mümkün değildir*”¹³⁹⁷. Soyaslan’a göre ise “*taksirli suçlarda müştereken istenen sadece hareket olup netice değildir. Bu nedenle taksirli suçlarda iştirakin tüm şartlarının gerçekleşmesi mümkün değildir*”¹³⁹⁸.

Yine neticenin istenmemesiyle de bağlantılı olarak taksirli suçlarda müşterek faillik bakımından fiil hâkimiyetinin de mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Çelen’e göre taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık değil, neticenin meydana gelmesi cezalandırıldığından ve taksirli suçta netice bakımından fiil hâkimiyetinden de bahsedilemeyeceğinden incelemenin yan yana faillik kapsamında yalnızca suçun oluşmasında objektif olarak isnadı mümkün nedensel katkılar dikkate alınarak yapılması gerekir¹³⁹⁹. Çakır, müşterek faillikteki birlikte suç işleme kararı, taksirli suçlarda mümkün olmadığından fonksiyonel hâkimiyetten de bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁴⁰⁰. Demirel de taksirli suçta neticeye yönelik ortak bir karardan bahsedilemeyeceğinden müşterek faillikte fonksiyonel hâkimiyetin de bulunamayacağını belirtmektedir¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁴ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 423.

¹³⁹⁵ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 424.

¹³⁹⁶ Özen, Mustafa (2011) *Ceza Hukukunda Taksir*, Ankara, Adalet, s. 277.

¹³⁹⁷ Çakır, s. 299.

¹³⁹⁸ Soyaslan, Doğan (2016) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 501.

¹³⁹⁹ Çelen, s. 392-393.

¹⁴⁰⁰ Çakır, s. 305.

¹⁴⁰¹ Demirel, *Taksirli Suçtan*, s. 607-608.

Karaaslan ise yakın tarihli bir eserinde taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunun detaylı bir şekilde ele almıştır¹⁴⁰². Yazar taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunu teorik olarak mümkün kabul etmektedir. Ancak yazara göre bu sorumluluğun mümkün olması, taksirli suçun birden fazla kişi tarafından işlendiği her durumunda müşterek faillik sorumluluğunun mevcut olacağı anlamına gelmeyecektir¹⁴⁰³. Bu sorumluluk nedensellik bağının tespit edilemediği olaylarda ve kurul halinde alınan kararlarla işlenen suçlarda uygulanmalıdır¹⁴⁰⁴. Ayrıca yazara göre TCK bakımından da taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğuna engel olacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴⁰⁵.

E. Değerlendirme

Hukukumuz açısından taksirli suçta müşterek failliğin mümkün olmayacağına ilişkin yorumun en önemli dayanağı TCK'nın 22. maddesinin 5. fıkrasındaki *“birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir”* hükmüdür. Hüküm ilk bakışta kanun koyucunun, taksirli suçlar bakımından, özen yükümlülüğüne aykırı davranan birden fazla kimsenin müştereken değil; müstakilen, kanunun ifadesiyle *“ayrı ayrı”* sorumlu olduğunu kabul ederek müşterek failliği dışladığı şeklinde yorumlanabilir. Ancak kanunun lafzına bakıldığında herkesin *“kendi kusurundan”* dolayı sorumlu olduğu ve her *“failin”* cezasının *“kusuruna göre ayrı*

¹⁴⁰² Bkz. **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 234-276.

¹⁴⁰³ **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 235.

¹⁴⁰⁴ **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 256.

¹⁴⁰⁵ Yazarın özellikle TCK m. 22/5'e ilişkin şu görüşüne bizim de katıldığımızı ifade etmeliyiz: *“Türk Ceza Hukuku bakımından taksirli suçlarda müşterek faillik kurumuna karşı ileri sürülebilecek en önemli argüman, TCK m. 22/5 hükmüdür. Gerçekten de normun lafzı ve Gerekçesi kurumun kabul edilmesinin önünde önemli bir engel gibi görünmektedir. Ne var ki yukarıda da ifade edildiği üzere taksirli suçlarda müşterek faillik kurumunun kabul edilmesi, birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli bir suç söz konusu olduğunda suça katkı sağlayan herkesin otomatikman müşterek fail addedilmesi demek değildir. Aksine, taksirli suçlarda kural, tıpkı TCK m. 22/5 hükmünün de haklı olarak belirttiği üzere, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağı; her failin cezasının kusuruna göre ayrı ayrı belirleneceğidir. Bu bağlamda neticenin meydana gelmesine katkı sunan kişilerden her birinin neticeyi meydana getirirken oynadığı rol, diğer kişilerin oynadığı rolden bağımsız şekilde ele alınabilmekteyse, taksirli suçlarda müşterek faillikten bahsedilmesine zaten gerek yoktur; zira yukarıda etraflıca açıklandığı üzere bu durumda yan yana faillik söz konusudur. Oysaki taksirli suçlarda müşterek faillik kurumu, yan yana faillik kurumu ile faillerin ceza sorumluluğunun belirlenemediği durumlarda gündeme gelmektedir. Diğer bir ifadeyle TCK m. 22/5, yan yana failliği düzenlemekte; buna karşın taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olup olmadığına dair bir belirleme yapmamaktadır. Yan yana faillik kurumu ile taksirli suçlarda müşterek faillik kurumu, birbirlerini dışlayan iki kurum değildir; aksine uygulama alanları birbirinden farklı olan iki kurumdur. Bu kumrulardan yalnızca biri düşünülmektedir kaleme alınan bir düzenlemeden hareketle, diğeri reddedilmemelidir”* Bkz. **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 268.

ayrı” belirleneceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanaatimizce kanunun lafzından müşterek fail sorumluluğunun mümkün olmadığı şeklinde bir sonuca ulaşamamaktadır. Zira müşterek failliğin yapısında ortaya konulduğu üzere ortakların yalnız işlenen fiil üzerinde birliktelikleri söz konusudur. Bunun dışındaki konularda ortaklar müstakilen sorumludur. Müşterek faillerin kusurları karşılıklı olarak isnat edilmez. Yine müşterek faillerin her birinin fail olduğu hususunda da şüphe yoktur. Dolayısıyla her (müşterek) failin kusuru salt taksirli suçlarda değil kasten işlenen suçlarda da ayrı ayrı belirlenmektedir.

Kanaatimizce lafzî yorumun ötesinde hükmün amacı bakımından da müşterek faillik dışlanamayacaktır. Gerekçeyi incelediğimizde hükmün, uygulamada ortaya çıkan, birden fazla kimsenin taksirli fiille neticeye sebebiyet verdiği hallerde, bu kimseler arasında matematiksel hesapla kusurun bölüştürülmesinin önüne geçmek amacıyla olduğu ifade edebilir. Gerekçeye göre *“taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeye hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir”*.

TCK’nın 40. maddesinin 1. fıkrasındaki *“suça iştirak için kasten ... işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir”* hükmündeki iştirak ibaresi şerikliğe ilişkin olduğundan, bu hükümden yola çıkarak taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığı görüşüne katılmadığımızı ifade etmeliyiz¹⁴⁰⁶.

Tabii burada önemle belirtmek gerekir ki, daha önce de ifade edildiği üzere, müşterek faillik sorumluluğuna ilişkin kanunî düzenleme kurucu niteliktedir. Yani kanunda bir düzenleme olmadığı sürece birden fazla kimsenin davranışlarının karşılıklı isnadiyeti mümkün değildir. Dolayısıyla taksirli suçlardaki müşterek faillik için de kanunî bir dayanağı olması gerekir. Bu kapsamda TCK m. 37/1’deki düzenlemenin taksirli suçları da kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Hükümde *“fiili birlikte gerçekleştirme”* ifadesi kullanılmış, bu fiilin taksirli veya kasıtlı olması açısından bir ayırım yapılmamıştır¹⁴⁰⁷. Tabii burada müşterek faillik için taksirli suçtaki fiil ile kasıtlı suçtaki fiilin yapısal olarak farklı olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Ancak biz aşağıda görüleceği üzere taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunun

¹⁴⁰⁶ Aynı yönde bkz. **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 267.

¹⁴⁰⁷ Aynı yönde bkz. **Karaaslan**, *Şirket Yöneticilerinin*, s. 269.

zaten kasıtlı suçlardaki müşterek faillikle açıklanamayacağını savunuyoruz. TCK bakımından önemli nokta taksirli suçlarda müşterek failliğin dışlandığına ilişkin herhangi bir hüküm olmamasıdır.

Yine taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığını savunan görüşlere teorik açıdan katılmadığımızı da belirtmeliyiz. Zira bu görüşlerin çoğunda görüleceği üzere müşterek failliğin kasten işlenen suçlardaki şartlardan yola çıkarak taksirli suçlarda bu şartların gerçekleşmeyeceğine yönelik bir eleştiri söz konusudur. Özellikle taksirli suçlarda fonksiyonel fiil hâkimiyeti olmayacağını belirterek müşterek failliği dışlamanın tutarsız olduğunu düşünmekteyiz. Böyle bir yorumdan yola çıkılacak olursa taksirli suçlarda doğrudan failliğin de reddedilmesi gerekir. Zira doğrudan faillik durumunda da harekete hâkimiyet gerçekleşmelidir. Oysa taksirli suçta neticeye yönelik bir irade olmadığından harekete hâkimiyetten de bahsedilemeyecektir. Yine taksirli suçlarda neticeye yönelik bir iradenin olmaması nedeniyle de müşterek failliğin reddedilmesi kasten işlenen suçlardaki şartların taksir alanına aktarılması anlamına gelecektir.

Bu açıdan taksirli suçlarda müşterek fail sorumluluğunun imkanından değil, gerekliliğinden bahsedilebilir. Yukarıdaki yargı kararlarında görüleceği üzere, taksirli suçlarda teklik sistemi söz konusu olduğu ve nedensel davranışta bulunanların fail olarak telakki edileceği kabul edilecek olursa *in dubio pro reo* ilkesi gereğince birden fazla kişinin birlikte dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı olmasına ve tipik neticenin gerçekleşmesine rağmen hiç kimsenin cezaî sorumluluğunun olmadığı durumlar söz konusu olmaktadır. İşte bu cezaî boşluk ne teorik ne de kanunî bakımdan herhangi bir engele sahip olan taksirli suçta müşterek faillik figürüyle çözüme kavuşabilir.

Tüm açıklamalar temelinde taksirli suçlarda müşterek failliğin şartları için yukarıda açıkladığımız Alman hukukunda öne sürülen genel şartlara katıldığımızı belirtmeliyiz¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁸ Benzer şartları Türk hukukunda *Karaaslan* da savunmaktadır: “Nasıl ki kasten işlenen suçlarda müşterek faillik biri objektif biri sübjektif iki şartın varlığına bağlıdır, taksirli suçlarda da müşterek faillikten bahsedilebilmesi için ilki objektif ikincisi sübjektif iki şartın bir arada bulunması zorunludur. Aradaki fark, şartların içeriğinin kasten işlenen suçlara özgü terminoloji ile değil taksirli suçların kendine özgü terminolojisi ile doldurulmasıdır. Keza kurumun şartları ortaya konulurken bir hususa daha dikkat etmek gerekir: Kurumun, TCK m. 22/5 te düzenlenen yan yana faillik kurumundan ayrılması ve kendine özgü bir uygulama alanı bulması için somut olayda suç ortaklarının “birlikteliğinden” (=Gemeinsamkeit) söz edilebilmelidir. Suç ortaklarının her birinin sunduğu “kısmi katkı”nın (=Teilhandlung) birlikteliğine işaret eden “bütün eylem” (=Gesamthandlung) yani dış dünyaya tek bir eylem gibi yansıyan, esasen suç ortaklarının her birinin bireysel katkısından müteşekkil, neticeye sebep olan eylemin bizatihi kendisi (a)

Taksirli suçun yapısına uygun bir müşterek faillikten bahsedilebilmesi için öncelikle birden fazla kişiyi bir araya getiren bir unsura ihtiyaç vardır. Bu birliktelik için nasıl ki kasıtlı suçlarda sübjektif bir unsur gerekli ise taksirli suçlar açısından da sübjektif bir unsura ihtiyaç vardır. Ancak taksirli suçun yapısı gereği bu sübjektif unsur suç işlemeye yönelik değil, özene aykırılık teşkil eden bir faaliyete yöneliktir. Dolayısıyla bu sorumluluk için birinci şart özene aykırılık teşkil eden faaliyetin gerçekleştirilmesi hususunda birden fazla kişinin ortak bilince sahip olmasıdır. İkinci şart ise birden fazla kişinin gerçekleştirdiği davranışların objektif açıdan bir bütün olarak özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak kabul edilebilmesi gerekir. Son olarak davranışların birlikteliğinden bahsedilebilmesi için birden fazla kişinin aynı özen yükümlülüğüne sahip olması gerekir. Bu şartlar dahilinde bireysel davranışın netice açısından nedenselliğinin araştırılmasından sarfı nazar edilerek taksirli suçlarda korunan hukuki değerın kolektif ihlalinde cezaî sorumluluk boşluğu engellenebilecektir.

IV. Zincirleme Suçlar

TCK m. 43/1'e göre bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda artırılmış tek bir cezaya hükmedilecektir. Zincirleme suç olarak anılan bu halde, işlenen birden fazla suç olmasına rağmen, suç işleme kararındaki birlik nedeniyle, gerçek içtimadan vazgeçilerek bu birden fazla suça tek bir ceza öngörölmüştür¹⁴⁰⁹.

Konunun müşterek faillik bakımından iki açıdan önem arz ettiğini ifade edebiliriz. Birincisi zincirin halkalarında birinde müşterek fail olan iştirakçinin diğesinde azmettiren veya yardım eden olması halinde cezai sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. İkincisi ise müşterek faillerin davranışlarının ayrı ayrı zincirleme suça vücut verip veremeyeceğidir.

“ortak hareket edildiğine dair şuur” (= Bewusstsein gemeinsamen Handelns) olarak kaleme alınabilecek sübjektif unsurdan ve (b) “iş bölümü esasına dayanan iş birliği” (= arbeitsteiliges Zusammenwirken) şeklinde kaleme alınabilecek olan objektif unsurdan oluşmaktadır. Her ne kadar kendiliğinden anlaşılmaktaysa da her türlü yanlış anlaşılmanın önüne geçilmesi için şu hususun da altı çizilmelidir: Pek tabii ki ihlal edilen dikkat ve özen yükümlülüğü, her bir suç ortağı için ‘aynı’ (=gleiche Sorgfaltspflicht) olmalıdır” Bkz. Karaaslan, Şirket Yöneticilerinin, s. 271.

¹⁴⁰⁹ **Kılıç, Ahmet** (2023) Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği, Ankara, Adalet, s. 35. Belirtmek gerekir ki Alm. CK'da zincirleme suç şeklinde bir düzenleme yer almamaktadır. Türk hukuku bakımından TCK m. 43/1 uyarınca zincirleme suçta bir fiil çokluğu, suç çokluğu durumu söz konusu iken, Alman ceza hukuku literatüründe TCK'daki zincirleme suçun şartlarına benzemekle birlikte zincirleme fiil tekliği incelenmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Kılıç**, s. 259-280.

Birinci husus bakımından aynı suç işleme kararının icrası kapsamında kalmak şartıyla, suça iştirak şekli zincirleme suçun oluşumu bakımından önemli değildir¹⁴¹⁰. Örneğin bir kimse zincirin bir halkasında müşterek fail iken diğer halkasında yardım eden olabilir. Bu durum tek başına zincirleme suçun oluşumunu engellemez. Önemli olan suç işleme kararında tekliğin tespit edilebilmesidir¹⁴¹¹. Nitekim TCK m. 61/5'te zincirleme suç bakımından yapılacak artırımın teşebbüs ve iştirak hükümlerinin ardından uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır¹⁴¹². Bu noktada ilgili kişinin artırılmış tek cezadan sorumluluğunun fail sıfatıyla mı yardım eden sıfatıyla mı belirleneceği sorusu gündeme gelmektedir. Şu hâlde çözüm için failliğin şerikliğe asliliği prensibinden hareket edilmesi gerekecek ve bu kimse fail sıfatıyla zincirleme suç hükümlerinden sorumlu olacaktır¹⁴¹³. Bununla birlikte doktrinde sorumluluğun, cezanın ağırlığını esas almak suretiyle belirlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁴¹⁴. Bu görüş, müşterek faillikle yardım etme bakımından nihayetinde farklı bir sonuca yol açmayacak olsa da TCK m. 38/2'deki azmettirenin cezasının failden daha ağır olmasına imkân veren düzenleme karşısında müşterek faillik ile azmettirme bakımından

¹⁴¹⁰ **Akbulut**, *Genel Hükümler*, s. 1016; **Çelen**, s. 402; **İçel**, *Suçların İçtimai*, s. 140; **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 533; **Sancar**, **Türkân Yalçın** (1995) *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin, s. 103; **Sancar**, **Türkân Yalçın** (2007) "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "Zincirleme Suç"" TBB Dergisi, S.70, s. 253. Ancak **Hakeri**'ye göre "ortaklardan birinin fail olduğu bir fiil ile başka bir ortağın şerik olduğu bir fiil arasında zincirleme suç ilişkisi düşünülemez". Bkz. **Hakeri**, *Genel Hükümler*, s. 585. Aynı yönde bkz. **Hakeri**, **Hakan** (1999) "Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç" Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, S.3, ss. 239-266, s. 242. **İçel**'e göre ise "bazı suçları yalnız başına işleyen failin, diğer suçlara fer'i şerik sıfatıyla iştirak etmesi, onun yönünden suç işleme kararının değiştiğine karine sayılabilir". Bkz. **İçel**, *Suçların İçtimai*, s. 140. Aynı yönde bkz. **Sancar**, *Müteselsil Suç*, s. 103.

¹⁴¹¹ **Akbulut**, *Genel Hükümler*, s. 1016; **Aydın**, s. 285; **Evik**, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 353; **Çelen**, s. 402. YCGK'ya göre de "suça iştirak şekillerinin değişmesi, ancak, aynı suçu işleme kararının değiştiğine karine sayılabilir. Bu konuda önemli olan, zincirleme suç şartlarının, özellikle aynı suç işleme kararı şeklindeki sübjektif şartın her bir yardım eden şerik açısından gerçekleşmiş olmasıdır. Bu durum, somut olayda her bir şerik açısından ayrı ayrı araştırılmalıdır. Tekrarlanan yardım hareketlerini aynı suç işleme kararı ile yapmayan yardım eden şerikler varsa, bunlar hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanamaz". Bkz. YCGK, E. 2017/170, K. 2019/709, T. 19.12.2019 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 10.07.2023. Aynı yönde bir başka karar için bkz. YCGK, E. 2015/874, K. 2019/710, T. 19.12.2019.

¹⁴¹² **Çakır**, s. 325; **Çelen**, s. 401; **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 533.

¹⁴¹³ **Çakır**, s. 325.

¹⁴¹⁴ **Aydın**, s. 285; **Evik**, *Suçta İştirakte Yardım*, s. 353. YCGK'nın da farklı iştirak şekillerinin mevcudiyeti durumunda en ağır iştirak şeklinden zincirleme suç hükümlerine göre sorumluluğun belirlenmesi gerektiğini ifade ettiği görülmektedir. YCGK'ya göre "suçlardan bazılarını tek başına işleyen failin diğer suçlara yardım eden şerik olarak iştirak etmesi, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması için başlı başına bir neden kabul edilmemek gerekir. Aynı şekilde, suça iştirak şekillerinin farklı olması, tek başına suç işleme kararının değiştiğini göstermez. Aynı kişiye karşı birden fazla dolandırıcılık suçu işlenmesi olayında birinci seferde suçun işlenmesi için sadece yol gösteren veya teşvik eden kişi, ikinci seferde bu kişinin aldatılmasında bilfiil rol oynayarak müşterek fail olarak katılırsa, aynı suç işleme kararının değiştiğini gösteren bir durum olmadıkça, en ağır iştirak şeklinden zincirleme suç hükümlerine göre sorumlu olabilir". Bkz. YCGK, E. 2017/170, K. 2019/709, T. 19.12.2019.

farklılık arz edecektir. Konuya ilişkin şöyle bir örnekten yola çıkabiliriz: Bir dükkandaki cep telefonlarını fark edilmemek için farklı günlerde çalma niyetinde olan kişi, birinci gün bu hususta bir çocuğu azmettirmiş ve çocuk tek başına telefonlardan birini çalmış; ikinci gün ise bu kişi aynı çocukla dükkâna giderek, birlikte başka bir telefon çalmıştır. Bu örnekte, daha ağır ceza çözümü esas alınacak olursa kişinin sorumluluğu TCK m. 38/2 bakımından azmettirmeden olacaktır. Ancak failliğin şerikliğe asliliği prensibinden hareket edilecek olursa sorumluluk müşterek faillik şeklinde belirlenecektir. Bu noktada biz failliğin şerikliğe asliliği prensibinden sapılmasını suça iştirakin esaslarına aykırı olacağını düşünüyoruz. Örnek bağlamında bahsi geçen kişinin temel cezası – ilk suçta çocuğun azmettirilmesi nedeniyle – alt sınırdan uzaklaşarak belirlenip zincirleme suçtan dolayı Kanun’da öngörülen artırımın yapılması gerekir¹⁴¹⁵.

Zincirleme suç ve müşterek faillik bakımından ikinci önemli nokta ise müşterek faillerin davranışlarını ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle zincirleme suç hükümlerine başvurma mümkün olup olmadığıdır. Bu konu, doktrinde Yargıtay’ın cinsel suçlar bakımından verdiği bazı kararlardan yola çıkılarak tartışılmaktadır¹⁴¹⁶. Mahkemeye göre aynı zamanda ve mekânda bir kimse mağduru tutarken diğeri mağdura cinsel saldırı fiilini gerçekleştiriyor ve ardından bu kimseler rolleri değiştirerek bu sefer mağduru kollarından tutan kimse cinsel saldırı fiilini gerçekleştirirken diğeri mağduru tutuyorsa, nitelikli cinsel saldırı suçunda sorumluluğun zincirleme suç kapsamında belirlenmesi gerekir¹⁴¹⁷. Bu noktada cinsel saldırı

¹⁴¹⁵ Çakır’a göre de “örneğin, ilk hırsızlık suçunda çocuğu azmettiren fail, ikinci hırsızlık suçunu çocukla birlikte müşterek fail olarak işlerse yine “failliğin şerikliğe asliliği” kuralı devreye girer ve kişi işlenen hırsızlık suçlarından fail sıfatıyla zincirleme suç hükümleri uyarınca cezalandırılır. Çocuğun suça azmettirilmesi halinde faile nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılan azmettirenin zincirleme suç hükümlerinde de üst sınırdan cezalandırılması düşüncemize göre yerinde olacaktır”. Bkz. Çakır, s. 325.

¹⁴¹⁶ Bkz. Çakır, s. 325-326; Kılıç, s. 227; Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 531, dn. 1819.

¹⁴¹⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin bir kararına göre “aynı zaman ve mekanda birbirlerini takiben nitelikli cinsel saldırı eylemlerini gerçekleştirirken mağdurenin kollarından tutmak suretiyle direncini kırıp, birbirlerine yardımcı olan sanıklardan her birinin, bizzat gerçekleştirdiği eylemle birlikte, diğer sanığın eylemine TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak katılmış olmasından dolayı haklarında bu suçun nitelikli hali olan 102/3-d maddesi ile birlikte aynı Yasa’nın 43/1. maddesinin de uygulanması” gerekir. Bkz. Yargıtay 5. CD, E. 2009/2540 K. 2009/4415 T. 8.4.2009 <lexpera.com.tr> s.e.t. 10.07.2023.

Benzer bir karar Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da verilmiştir: “Sanıkların olay tarihinde önceden aralarında vardıkları anlaşma doğrultusunda bir araç ile ıssız bir yere götürdükleri mağdurenin cebir ve tehdit ile direncini kırdıktan sonra aynı suç işleme kararı altında diğer sanıkların da araç içerisinde bulunduğu bir sırada sanıklar D. ve G.’in mağdureye karşı nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmeleri şeklinde gerçekleşen olayda, eylemlerin değişik zamanlarda işlendiği, başka bir anlatımla aynı zaman diliminde işlenmediği gibi, hukuksal anlamda tek bir fiilden de söz edilemeyeceğinden, olayda sanıklar hakkında TCK’nun 43/1. maddesinin uygulanma şartlarının

suçunun müşterek fail olarak işlenmesinin, mahkemece zincirleme suçtaki “*değişik zamanlarda işlenme*” şartına ikame edildiği ifade etmeliyiz. Zira cinsel saldırı suçu bir kişi tarafından aynı zamanda ve mekânda kısa zaman aralıklarıyla işlenecek olsaydı hukuki anlamda tek fiilin varlığından ve dolayısıyla tek suçun işlendiğinden bahsedilebilecekken salt bu kısa zaman aralığında müşterek faillerin rollerinin değişmesiyle birden fazla fiilin ve dolayısıyla birden fazla suçun işlendiği kabul edilmiş olur¹⁴¹⁸. Müşterek failliğin yapısı itibarıyla bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira müşterek faillik bağlamında her bir ortak birlikte suç işleme kararına uygun olarak suçun icrasına esaslı bir katkıda bulunuyorsa artık suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirenin kim olduğu önemsizdir. Esasen ortakların her biri suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmiş gibi sorumludur. Zira müşterek faillerin davranışları karşılıklı olarak birbirlerine isnat edilir ve böylece her biri suç tipini bizzat gerçekleştirmiş gibi sorumlu olur. Ortaklardan birinin diğerinin fiiline katılması değil, her birinin davranışlarının birlikte suçu gerçekleştirmesi söz konusudur. Bu anlamda müşterek faillerin davranışları hukuki anlamda tek fiil olarak kabul edilmeli¹⁴¹⁹ ve söz konusu olaylarda zincirleme suç hükümlerine başvurulmamalıdır. Bu anlamda, Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin, 8.6.2022 tarihli kararında, müşterek fail olarak kabul ettiği kimselerin art arda mağdureyle cinsel ilişkiye girmesini, zincirleme suç kapsamında değerlendirmeyerek müşterek failliğin yapısına uygun bir karar verdiğini belirtmeliyiz¹⁴²⁰.

gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir”. Bkz. YCGK, E 2013/35, K. 2013/266, T. 28.05.2013 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 10.07.2023.

¹⁴¹⁸ Nitekim hemen yukarıdaki YCGK kararının karşı oy yazısında haklı olarak şu ifadelere yer verilmiştir: “*Suç hareketlerinin aynı mağdureye karşı kesintisiz zaman sürecinde işlenmiş olması, zincirleme suça ilişkin TCK’nın 43/1. maddesindeki “değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi” ifadesindeki duruma karşılık gelmemektedir. İşlenen her eylemin, sonradan işlenen bir diğerine göre daha önce ya da sonra, değişik zamanda işlendiği söylenebilir ise de, kesintisiz devam eden eylemlerde, yukarıda belirttiğimiz, bir suç işleme kararıyla, değişik zamanlarda yenilenen kastla işlenen birden fazla suç hareketinden bahsetmenin olanağı bulunmamaktadır. Aksi takdirde, belli bir zamanda başlayıp eylemine kesintisiz devam eden failin, suçun işlenmesi olarak kabul edilebilecek, okşama ve devamında organ sokma suretiyle gerçekleşen her bir hareketinin, 43. maddenin uygulanma alanına girdiğini düşünmek gerekecektir*”.

¹⁴¹⁹ **Kılıç**, s. 357. Belirtmek gerekir ki konuya ilişkin Yargıtay 6. Ceza Dairesi, müşterek faillerin aynı zaman ve mekânda birbirlerini takiben hırsızlık eylemlerini gerçekleştirmesini haklı olarak zincirleme suç kapsamında değerlendirmemiştir. Bkz. Yargıtay 6. CD, E. 2012/5489 K. 2013/4044 T. 06.03.2013 <lexpera.com.tr> s.e.t. 10.07.2023.

¹⁴²⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesi’ne göre “*mağdurenin aşamalarındaki beyanları, tanık anlatımları, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında, ilk derece mahkemesince sanıkların, olay gecesi reşit mağdureyle birlikte sanık ...’ın akrabasına ait eve gitmelerinin ardından cebir ve tehditle direncini kırarak üzerinde hakimiyet kurdukları mağdureye sırasıyla nitelikli cinsel saldırıda bulunmaları şeklinde gerçekleşen eylemde, sanıkların 5237 sayılı TCK’nın 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail sıfatıyla hareket ettikleri*

V. Çok Failli Suçlar

Bazı suçlarda kanun koyucu, suçun oluşumu bakımından birden fazla kimsenin fail sıfatıyla suça katılımını gerekli görmüştür. Bu suçlarda, tek bir kişinin hareketi hukuki değerin ihlali için yeterli değildir¹⁴²¹. Suçun oluşumu birden fazla kimsenin suça fail sıfatıyla katılımını gerekli kıldığından, çok failli suçların *zorunlu iştirak (notwendige Beteiligung)*¹⁴²² suçlarından olduğu söylenebilir. Zorunlu iştirak suçlarının diğer bir kategorisi ise *zorunlu şerikliği* gerekli kılan suçlardır. Zorunlu şeriklik suçlarında da yine suçun oluşumu için birden fazla kişinin katılımı gerekli olmakla birlikte, bu katılımda failliğin yanı sıra şerikliğin de mevcut olması gerekir¹⁴²³.

Çok failli suçlar, doktrinde yakınsama (*Konvergenzdelikte*) ve karşılaşma (*Begegnungsdelikte*) suçları olarak ikiye ayrılarak incelenir¹⁴²⁴. Yakınsama suçlarında birden fazla kimse hukuki değerin ihlali bakımından aynı taraftan ve aynı hedefe doğru hareket eder¹⁴²⁵. Yakınsama suçları bu özellikleri nedeniyle müşterek failliğe

gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 102/2 ve 102/3-d maddeleri gereğince cezalandırılmaları gerekirken ayrıca birbirlerinin fillerine iştirak ettikleri gerekçesiyle zincirleme suça ilişkin aynı Kanunun 43/1. maddesi ile cezaların artırılması” kanuna aykırıdır. Bkz. Yargıtay 9. CD, E. 2021/23960 K. 2022/5837 T. 8.6.2022 <lexpera.com.tr> s.e.t. 10.07.2023.

¹⁴²¹ **Sancar, Türkân Yalçın** (1998) Çok Failli Suçlar, Ankara, Seçkin, s. 61.

¹⁴²² Ancak zorunlu iştirak suçları Alman ceza hukuku literatüründe çok failli suçları ve zorunlu şeriklik suçlarını da kapsamına alacak şekilde zorunlu şeriklik (*notwendige Teilnahme*) olarak anılmaktadır. Bkz. **Çelen**, s. 114; **Gropp/Sinn**, AT, kn. 322; **Krey/Esser**, kn. 1031. Ancak zorunlu iştirak (*notwendige Beteiligung*) ifadesinin daha doğru olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Sowada, Christoph** (1992) Die “notwendige Teilnahme” als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, s. 39.

¹⁴²³ Özgenç’e göre TCK m. 283’te düzenleme alanı bulan suçluyu kayırma suçu zorunlu şeriklik suçlarındanıdır. Yazar şu ifadelere yer vermektedir: “Mesela işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı yargılanmak üzere veya mahkûm olduğu cezanın infazı amacıyla aranan birini saklayan kişi, yeni TCK’nın 283. maddesinde tarif edilen suçun failidir. Ancak, bu kişinin sakladığı sanık veya mahkûm da, en azından saklanmayı kabul etmekle bu suça zorunlu olarak iştirak etmiştir. Hatta, bazı durumlarda sanık veya mahkûm, kendini saklaması için bu şahsı azmettirmiş olabilir. Sanık veya mahkûm, 283. maddede tanımlanan suçun işlenişine zorunlu olarak iştirak etmektedir; ancak, fail değildir; söz konusu suçun zorunlu şeriki durumundadır. Sanık veya mahkûmun bu iştirakinden dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi, ayrı bir husustur. Bu konuda, iştirak kurallarından ziyade, ilgili suç tipinin mahiyeti göz önünde bulundurulmak suretiyle bir yargıya varılması, kanaatimizce, daha isabetlidir.” Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 593, dn. 1022. Aynı yönde bkz. **Çakır**, s. 35, dn. 90.

¹⁴²⁴ Bu ayrımı ilk kez 1901 yılında **Freudenthal**, “Die notwendige Teilnahme am Verbrechen” isimli eserinde yapmıştır. Bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 697; **Küper, Wilfried** (1997) “Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte” GA, ss. 301-334, s. 302. Ayrıca bkz. **Öztürk/Ertem**, kn. 709.

¹⁴²⁵ **Jescheck/Weigend**, s. 698; **Küper**, Gemeinschaftliche Körperverletzung, s. 302.

benzemektedir¹⁴²⁶. Bu kategorinin en tipik örneği suç işlemek amacıyla örgüt kurmaktır¹⁴²⁷. Karşılaşma suçlarında ise birden fazla kişi hukuki değerin ihlalinde zıt yönlerden hareket eder¹⁴²⁸. Örneğin rüşvet suçu, rüşvet veren bir kimse ile rüşvet alan bir kimseyi gerekli kıldığından bu kapsamda telakki edilebilir¹⁴²⁹.

Yakınsama suçları, birden fazla kimsenin birlikte hukuki değere aynı yönde saldırısını gerektirdiğinden müşterek faillğe benzese de esasen bu suçlarda, genel hükümlerdeki müşterek faillğe ilişkin norma (TCK m. 37/1) başvuruya gerek yoktur. Zira yakınsama suçlarında birden fazla kişinin davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesi söz konusu değildir. Çok failli suçlarda bir araya gelen kimselerin faillği genel hükümlerdeki müşterek faillik hükmüne başvurulmaksızın doğrudan ilgili suç tipinden kaynaklanır¹⁴³⁰. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun oluşması için gerekli olan üç kişi müşterek fail değil, doğrudan faildir¹⁴³¹.

Yine karşılaşma suçlarında da karşılıklı isnadiyet söz konusu değildir. Farklı yönlerden hareket eden birden fazla kimse doğrudan fail olarak telakki edilir. Örneğin rüşvet suçunda, rüşvet verenin davranışı, rüşvet alana; ya da rüşvet alanın davranışı rüşvet verene isnat edilmemektedir. Bunların her biri ilgili suçta doğrudan faildir¹⁴³². Diğer taraftan, rüşvet suçu bakımından TCK'nın 252. maddesinin 5. ve 6. fıkrasında rüşvet ilişkisinin tarafları dışında bazı kişilerin “*müşterek fail olarak cezalandırılacağı*” hüküm altına alınmıştır. Buna göre “(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına

¹⁴²⁶ Çakır, s. 36; Özgenç, Genel Hükümler, s. 593.

¹⁴²⁷ Çelen, s. 409; Öztürk/Erdem, kn. 709.

¹⁴²⁸ Jescheck/Weigend, s. 698.

¹⁴²⁹ Çelen, s. 409.

¹⁴³⁰ Geppert, *Mittäterschaft*, s. 31; Murmann, *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Vor §§ 25 ff. kn. 20. Sancar'ın ifadesiyle “çok failli suçlarda yer alan kişiler şerik ya da suça ortak olan kişiler değil, bizzat suçun failleridir. Bu nedenle çok failli suçlarda müşterek faillik ya da birlikte faillikten söz edilemez.” Bkz. Sancar, *Çok Failli Suçlar*, s. 53-54.

¹⁴³¹ YCGK'ya göre de “örgütlü suçlar, anlaşma suçlarının bir türü olup çok failli suçlardandır. Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak da genel iştirak hükümlerinin ötesinde örgüt kurmak ve yönetmekten ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu suç tipi açısından müşterek faillik suretiyle iştirak söz konusu olamayacaktır”. Bkz. <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 12.07.2023.

¹⁴³² Kezâ, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda (TCK m. 188/3) satan ile satın alan; suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda (TCK m. 165) satan veya bağışlayan ile satın alan veya kabul eden; rızaya dayalı olarak çocuk düşürmede (TCK m. 99/2) çocuğu düşürten ile buna rıza gösteren gebe kadın müşterek fail değil, doğrudan faildir.

bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır. (6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır”¹⁴³³. Ancak belirtmek gerekir ki hükümde geçen müşterek fail olarak cezalandırılır ifadesi TCK m. 37/1’e bir referans olarak değerlendirilmemelidir. Aracılık eden kimse ve kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi TCK m. 252 kapsamında doğrudan faildir.

VI. Örgütlü Suçlar

Örgütlü suçlarda bağlamında örgüt kuran birden fazla kişi müşterek fail değil, doğrudan fail sıfatını haizdir¹⁴³⁴. Dolayısıyla müşterek failliğin örgütlü suçlarda özel bir öneminin olmadığı düşünülebilir. Ancak, örgüt liderinin; verdiği emir dolayısıyla, suçun icrasına katılmaksızın, suçu doğrudan ve tam sorumlu olarak icra edenlerle birlikte, müşterek fail olarak kabul edilip edilmeyeceği müşterek failliğin örgütlü suçlarda tartışılmasını gerektiren bir konu olarak karşımıza çıkar. Konu müşterek failliğin şartlarından biri olan suça objektif katkının zamanıyla yakından ilgilidir. Bu açıdan hemen şunu ifade edelim ki; örgütsel faaliyet kapsamında işlenen bir suç bakımından ister örgütün bir üyesi ister örgütün lideri olsun, ortakların bireysel, esaslı katkılarının suçun icrası aşamasında gerçekleşmesi halinde müşterek failliğin oluşacağı konusunda bir şüphe yoktur¹⁴³⁵. Ancak suçun icrasına katılmayan örgüt liderinin sorumluluğunun nasıl belirleneceği tartışmalıdır.

Öncelikle suç örgütünden maksat, birden fazla kimsenin suç işlemek amacıyla, hiyerarşik bir ilişki içinde devamlılık arz edecek şekilde bir araya gelmesidir¹⁴³⁶. Hukukumuz açısından

¹⁴³³ Benzer hüküm nüfuz ticareti suçunda (TCK m. 255) da öngörülmüştür. “(4) Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişi, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır. (5) Nüfuz ticareti ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır”.

¹⁴³⁴ Sarıtaş’a göre “kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt teşkili fiilini birlikte gerçekleştirenlerin her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır.” Bkz. Sarıtaş, Erkan (2018) Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 - 221), İstanbul, On İki Levha, s. 413.

¹⁴³⁵ Özgenç, İzzet (2022) Suç Örgütleri, 14. Bası, Ankara, Seçkin, s. 26.

¹⁴³⁶ Çelen, s. 409; Özgenç, Suç Örgütleri, s. 16. Yargıtay da pek çok kararında örgütün basit bir birleşmeden ibaret olmadığını ifade etmiştir. Örneğin Yargıtay 6. Ceza Dairesi’ne göre “örgüt, soyut bir birleşme olmayıp, organik ve hiyerarşik bir ilişki hakimdir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt mensupları üzerinde hakimiyet teşkil eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmalıdır. Örgütün varlığı için suç işleme amacıyla etrafındaki fiili birleşme ve niteliği itibariyle devamlılık aranmalıdır. Üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmalıdır”. Bkz. Yargıtay 6. CD, E. 2014/4531, K. 2015/46343, T. 23.12.2015 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 05.04.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15.

suç örgütüne ilişkin TCK'nın 220. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun koyucu bu maddede suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı bağımsız bir suç olarak belirlemiştir. Niteliği itibarıyla çok failli ve yakınsama suçu öngören bu düzenlemede, kanun koyucu hazırlık hareketi nev'inden davranışları yaptırım altına almaktadır. Zira maddede, örgütün işlemeyi amaçladığı suçlardan bağımsız olarak örgüt kurma, örgüt yönetme, örgüte üye olma suç olarak tanımlanmıştır.

Konumuz açısından önem arz hüküm TCK m. 220/5'te yer alan *“örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır”* hükmüdür. Bu düzenlemeyle kanun koyucu örgüt liderlerinin, örgüt kapsamında işlenen suçlardan sorumluluğuna ilişkin önemli bir tercihte bulunarak, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen somut suçların icrasına katılmayan yöneticiyi şerik olarak değil fail olarak kabul etmiştir. Ancak madde metninde ve gerekçede liderin sorumluluğunun failliğin hangi görünüm biçiminden olduğu belirtilmemiştir. Yine de gerekçedeki *“ikame edilebilirlik”* ifadesi bu sorumluluğun *“organize güç araçlarına dayanan dolaylı faillik”* (*“mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate”*) teorisini esas aldığını göstermektedir¹⁴³⁷:

*“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 getirmese, 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.”*¹⁴³⁸

İlk kez Roxin tarafından geliştirilen bu teori gerek Alman hukukunda gerek Türk hukukunda büyük ölçüde kabul görmüştür. Teorinin önemi suç işlemek amacıyla olan ve

CD, E. 2018/3325, K. 2018/5174, T. 09.07.2018; Yargıtay 6. CD, E. 2015/7869, K. 2018/5174, T. 17.01.2017.

¹⁴³⁷ Tulay'a göre TCK'nın 220. maddesinin 5. fıkrasıyla Roxin'in organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik teorisi hukukumuz açısından kanunî bir görünüme kavuşmuştur. Bkz. **Tulay, Muhammed Emre** (2019) "Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.38, ss. 89-106, s. 93. Sarıtaş'a göre *“esasinda TCK m.220'de, örgüt yöneticilerin, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen fiillerden sorumlulukları noktasında 'organize hakimiyet mekanizmalarına dayanan dolaylı faillik' kuramına herhangi bir atıf yoktur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu fıkra ile ilgili madde gerekçesinde de bu yönde bir açıklama yapılmış olmayıp yalnızca kullanılan ikame edilebilme kistası nedeniyle kanunun bu ilkedan hareket ettiği genel olarak kabul edilmektedir”*. Bkz. **Sarıtaş**, s. 652.

¹⁴³⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664.

emir-komuta zincirinin söz konusu olduğu sistemli organizasyonlarda, örgüt üyeleri, örgütün amacı için işlediği suçlarda tam sorumlu olması nedeniyle arka plandaki örgüt yöneticilerinin ön plandaki somut suçu işleyen üyeler üzerinde irade hâkimiyeti olmasa da üyelerin ikame edilebilirliği nedeniyle işlenen suçlarda suç organizasyonuna hâkim olmasından kaynaklı olarak dolaylı fail kabul edilmesini sağlamasıdır. Bu açıdan örgüt yöneticileri için “*masa başındaki fail*” (*Schreibtischtäter*), “*fail arkasındaki fail*” (*Täter hinter dem Täter*) benzetmesi yapılırken¹⁴³⁹, yöneticinin emirlerini yerine getiren, her biri bir başkasıyla ikame edilebilir olan üyeler içinse “*mekanizmanın dişlileri*” (“*Rädchen im Getriebe des Machtapparates*”)¹⁴⁴⁰ benzetmesi yapılmaktadır.

Ancak teori kapsamında dolaylı failliğin bu şekli, her suç örgütünde uygulanabilir değildir. Zira üyelerin ikame edilebilirliği kriteri, suç işlemek amacıyla, hiyerarşik bir ilişki içinde devamlılık arz edecek şekilde bir araya gelmiş olsalar da örneğin üç kişiden müteşekkil bir örgütte mümkün değildir. Önemli olan örgütün nicelik ve nitelik itibarıyla yöneticiyi suçun işleneceğine ilişkin güvenli bir konuma getirmesidir. Örgüt, yöneticiye suçun işlenmesini doğrudan icracıdan bağımsız olarak otomatikleştirme imkânı vermelidir. Dolayısıyla bir örgütün organize güç mekanizması olup olmadığı her somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından belirlenmelidir.

Teorinin bu esasları açısından TCK’nın 220. maddesinin 5. fıkrasını incelediğimizde, kanun koyucunun amacının bu teoriyi kanunileştirmek olduğu anlaşılrsa da, nihayetinde düzenleme objektif bir sorumluluk öngörmüştür¹⁴⁴¹. Zira her şeyden önce Kanun, yöneticinin fail olarak kabul edileceği örgütün üç kişiden müteşekkil olmasını yeterli görmüştür. Ayrıca örgüt yöneticilerini, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen bütün suçlar için fail olarak kabul etmiştir. Doktrinde de bu hüküm haklı olarak ceza sorumluluğunun

¹⁴³⁹ **Roxin, Claus** (2006) “*Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*” ZIS, S.7, ss. 293-300, s. 300; **Tulay, Suç Örgütü**, s. 92.

¹⁴⁴⁰ **Roxin, AT-II**, § 25, kn. 107; **Tulay, Suç Örgütü**, s. 95; **Wessels/Beulke/Satzger, AT**, kn. 782.

¹⁴⁴¹ Hükümde örgüt liderinin örgüt kapsamında işlenen her suçtan fail olarak sorumlu tutulması eleştirilmiştir. Bu kararın somut olayın şartlarına göre hâkimin değerlendirmesine ihtiyaç duyduğuna işaret edilmiştir. Bkz. **Erdem, Mustafa Ruhan** (2014) “*Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5*” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, S.1-2, İstanbul Üniversitesi, ss. 11-30, s. 30; **Isfen, Osman** (2006) “*Yeni TCK’da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu (TCK Md. 220/5)*” HPD, S.7, ss. 53-61, s. 59 vd; **Koca/Üzülmüş, Genel Hükümler**, s. 470; **Özyüksel**, s. 203; **Sarıtaş**, s. 666; **Tulay, Suç Örgütü**, s. 100.

şahsiliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁴². Bu anlamda hüküm, gerekçede ifade edilen ikame edilebilirlik kıstası esas alınarak uygulanmalı ve organize güç mekanizması olarak değerlendirilemeyecek bir suç örgütünde yöneticilerin fail olarak kabul edilmeyerek, suçun icrasına katılmadıkları sürece emir veren yöneticinin azmettiren olarak sorumlulukları düşünülmelidir.

Suçun icrasına katılan örgüt yöneticisi, örgütün organize güç mekanizması olup olmadığına bakılmaksızın, birlikte suç işleme kararı ve suçun icrasına esaslı katkıda bulunduğu sürece müşterek fail olarak kabul edilmelidir. Yine hazırlık aşamasındaki suç katkı bahsinde detaylıca ele alındığı üzere¹⁴⁴³, bu aşamadaki katkı icra bakımından ne derecede önemli olursa olsun, müşterek fail sorumluluğuna izin vermeyeceğinden hiçbir suç örgütünün yöneticisinin sırf emir ve talimat vermesinden yola çıkarak müşterek fail olduğu kabul edilemeyecektir. Ancak örgüt yöneticisi kimse işlenecek suçu sadece planlamayıp aynı zamanda suçun icrası sırasında uzaktan dahi olsa icracıları yönlendirmekte ise bu halde müşterek fail olarak kabul edilecektir¹⁴⁴⁴. Diğer bir ifadeyle örgüt yöneticisi, diğer faillerle birlikte suçun işlenişinde hakimiyet kuruyorsa müşterek fail olarak kabul edilebilecektir¹⁴⁴⁵.

VII. Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşleme Nitelikli Halini İhtiva Eden Suçlar

Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme alanı bulan bazı suçlarda suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu suçları şu şekilde sıralayabiliriz: *göçmen kaçakçılığı* (TCK m. 79/3), *cinsel saldırı* (TCK m. 102/3-d), *çocukların cinsel istismarı* (TCK m. 103/3-a), *tehdit* (TCK m. 106/2-c), *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma* (TCK m. 109/3-b), *nitelikli yağma* (TCK m. 149/1-c), *görevi yaptırmamak için direnme* (TCK m. 265/3) ile *eğitim ve öğretimin engellenmesi*, *kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi*, *siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi*, *inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin*

¹⁴⁴² **Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günal** (2007) "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk" TBB Dergisi, S.71, ss. 25-80, s. 41.

¹⁴⁴³ Bkz. yukarıda *İkinci Bölüm, § 3, II, B. Katkının Yapılacağı Zaman*.

¹⁴⁴⁴ **Özgenç**, *Suç Örgütleri*, s. 27.

¹⁴⁴⁵ **Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer** (2013) "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, ss. 797-828, s. 808.

kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları için ortak bir hüküm olarak (TCK m. 119).

Bu hükümlerdeki “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” ifadesi genel hükümlerdeki TCK m. 37/1’deki müşterek faillğe ilişkin “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren” düzenlemesiyle paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla nitelikli hale ilişkin ifadenin “suçun müşterek fail olarak işlenmesi” şeklinde anlaşılması gerektiği söylenebilir. Nitekim ilgili suçların gerekçelerinde de bu konuya dikkat çekilmiştir. Örneğin cinsel saldırı suçunun gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “(d) bendinde, cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi hâlinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır”.

Alman Ceza Kanunu’nda ise TCK’ya benzer şekilde birden fazla kişinin katılımı, yaralama suçunun (*Körpverletzung* § 223) nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Alm. CK § 224’teki *tehlikeli yaralama* (*gefährliche Körpverletzung*) başlıklı hükme göre yaralama fiilinin “başka bir iştirakçi ile birlikte işlenmesi” (“mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begehen”) halinde daha ağır bir cezadan sorumluluk söz konusu olacaktır¹⁴⁴⁶. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm 01.04.1998 tarihinde yürürlükten kaldırılan Alm. CK § 223a yerine düzenlenmiştir. Nitelikli halin önceki düzenlemesinde mevcut düzenlemedeki ifade yerine TCK’da olduğu gibi “birden fazla kişi tarafından birlikte işleme” (“von Mehreren gemeinschaftlich begehen”) ifadesine yer verilmişti. Bu bakımdan Kanun’un önceki halinde doktrindeki ağırlıklı görüş birden fazla kişinin müşterek fail olması gerektiğini ifade etmekteydi¹⁴⁴⁷. Ancak yeni düzenlemeyle birlikte hâkim görüş, kanun koyucunun yardım etmenin de söz konusu olabileceği şekilde ilgili hükmü açıklığa kavuşturduğunu belirtmektedir¹⁴⁴⁸. Bu kapsamda hükümdeki “başka bir iştirakçi (Beteiligten) ile birlikte” ifadesi nedeniyle nitelikli halin uygulanması açısından müşterek failliğin sıkı şartlarının olayda gerçekleşmesinin gerekmediği ifade edilmektedir¹⁴⁴⁹. Federal Mahkeme de bu

¹⁴⁴⁶ Kindhäuser, Urs (2015) Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Auflage, Baden-Baden, Nomos, § 9, kn. 19.

¹⁴⁴⁷ Kanunun önceki haline ilişkin görüşler için bkz. Küper, Gemeinschaftliche Körpverletzung, s. 307-311.

¹⁴⁴⁸ Bkz. Krey, Volker/Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred (2021) Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 17. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, § 3, kn. 282.

¹⁴⁴⁹ Geppert, Mittäterschaft, s. 31; Kindhäuser, BT- I, § 9, kn. 20.

nitelikli hali müşterek failliğin şartları kapsamında değerlendirmemiş, mağdurun durumunu kötüleştirecek şekilde bir birlikteliği yeterli görmüştür. Örneğin mahkeme bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “*Müşterek faillikten daha zayıf olan bu iştirak biçiminde, suç mahallinde bulunarak suça yardım eden şekilde iştirak eden kimse, failin yaralama fiilinin etkisini, yaralanan kişinin durumunu daha da kötüleştirecek şekilde kasten güçlendirdiği her halde birlikte işlemenin varsayılması gerekir*”¹⁴⁵⁰.

Türk hukukunda *birden fazla kişi tarafından birlikte işleme* ifadesinin gerek doktrinde gerek yargı kararlarında müşterek faillığe işaret ettiği kabul edilmektedir¹⁴⁵¹. Doktrinde *Özbek/Doğan/Bacaksız*’a göre ise ilgili nitelikli halin müşterek faillikten ayrılabilmesi mümkün değildir¹⁴⁵². Dolayısıyla, müşterek faillik olarak cezalandırılan bir eylemin, nitelikli hal olarak birden fazla kişi tarafından işlenmesinin ikinci kez cezalandırılması “*ne bis in idem*” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla yazarlara göre, yeni TCK’nın müşterek faillığe ilişkin 37. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme nedeniyle, “*birden fazla kişi tarafından birlikte işleme*” nitelikli hali artık anlamını yitirmiştir. Nitelikli halin korunması isteniyorsa da müşterek failliğin kabul edildiği hallerde uygulanmaması gerekir. Birlikte işlemenin, müşterek faillik düzeyine ulaşmayan hallerde kabul edilmesi ve birden fazla kişinin en az üç kişi olarak esas alınması gerekir. Böylelikle, gerekçedeki, “*haksızlık içeriğinin yoğunluğu*” ve “*mağdurun kendini koruma imkanını ciddi şekilde azaltma*” ifadelerine uygunluk sağlanabilecektir.

Kanaatimizce de “*birden fazla kişi tarafından birlikte işleme*” ifadesinin müşterek faillığe işaret ettiğini kabul etmek gerekir¹⁴⁵³. Bu anlamda suça iştirakin diğer hallerinin mevcudiyeti

¹⁴⁵⁰ BGHSt 47, 383; BGH, 03.09.2002, 5 StR 210/02 <beck-online.beck.de> s.e.t. 07.04.2023.

¹⁴⁵¹ **Apaydın, Cengiz** (2022) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara, Seçkin, s. 148; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 764; **Akbulut**, *Genel Hükümler*, s. 891; **Çakır**, s. 160; **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2014) Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 3327. Benzer şekilde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 4/2’de de “*Bu Kanunda tanımlanan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*” hükmüne yer verilmiştir. Kanundaki birlikte ifadesinin de müşterek faillığe işaret ettiği ifade edilmektedir. Bkz. **Yavuz, Hakan A./Ulgar, Orbay Bahri** (2023) Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Kaçakçılık Suçları, Ankara, Adalet, s. 303-307.

¹⁴⁵² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *Genel Hükümler*, s. 540.

¹⁴⁵³ Yargıtay’ın da çeşitli kararlarında bu nitelikli halin uygulanması bakımından müşterek failliğin şartlarının mevcut olması gerektiğine hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme birlikte suç işleme kararı olmaksızın birden fazla kişinin spontane gelişen bir şekilde tehdit suçunu işlemesi bakımından nitelikli halin mevcut olmadığına hükmetmiştir. “*TCK’nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi ile birlikte tehdit suçunun varlığı için faillerin birden fazla olması yeterli olmayıp, failler arasında birlikte suç işleme*

bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli olmayacaktır. Ayrıca bu nitelikli halin “*ne bis in idem*” ilkesine de aykırılık teşkil etmediğini düşünmekteyiz. Zira dikkat edileceği üzere bu nitelikli hal, her suç tipi için değil, özellikle mağdurun direncini kırmaya yönelik, özgür iradesini etkileyecek suçlarda öngörülmüştür. Dolayısıyla bu suçlarda mağdurun direncinin kırılması, savunmasız bırakılması bakımından suçun birden fazla kişiyle işlenmesinin, haksızlık içeriğini arttırdığı ifade edilebilir¹⁴⁵⁴. Nitekim Adalet Komisyonu Raporu’nda bu duruma dikkat çekilmiştir: “*Birden fazla kişinin iştiraki bir suçun işlenmesini genellikle kolaylaştırmaktadır. Ancak, iştirake ilişkin hükümler, işlenen suça ilişkin kanuni tanımda yer alan fiillerin tamamını gerçekleştirilmeyen, ya da bu tanıma uygun bir davranış gerçekleştirmeksizin suçun işlenişine iştirak eden suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirlemektedir. Bu bakımdan, bir suçun iştirak hâlinde işlenmesi, iştirak statüleri arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, o suçtan dolayı kişilere verilecek cezanın artırılması nedeni olarak mütalâa edilemez. Buna rağmen Hükümet Tasarısında, örneğin hırsızlık (madde 202, 203) ve yağma (madde 207) suçları açısından, bu suçların iştirak hâlinde işlenmesinin daha ağır cezayı gerektirdiği yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak, belirli suçlar bakımından sadece icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak kabul edilebilir. Bu düşüncelerle, Komisyonumuzda yapılan çalışmalarda, hürriyete karşı bazı suçların yanı sıra, cinsel saldırı ve yağma gibi suçlarda, icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından*

iradesine yönelik iştirak ilişkisi bulunması dolayısıyla müsterek fail olarak hareket etmeleri gerekli olup, somut olayda dosya kapsamı ve yukarıda ayrıntıları ifade edilen delillere nazaran, sanıkların yağma suçundan yargılandıkları kamu davasının son celsesinde, katılanın müşteki sıfatıyla dinlenip ayrıntılı beyanının alınması sonrasında sanıklar hakkında mahkumiyet hükümlerinin açıklanması üzerine sanıklar tarafından tehdit edildiğinin sabit olduğu, olayın ani ve spontane gelişmesi karşısında sanıklar arasında iştirak iradesinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, müsterek fail sıfatı bulunmayan sanıkların eylemlerinin ayrı değerlendirilmesi gerektiği, somut olayda TCK’nin 106/2-c maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığı, sanıkların iddianamede tarif edilen eylemlerine uyan TCK’nin 106/1-2.cümle uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği” Bkz. Yargıtay 4. CD, E. 2022/2661 K. 2022/6525 T. 3.3.2022 <lexpera.com.tr> s.e.t. 28.08.2023. Aynı yönde 14. Ceza Dairesi, cinsel istismar suçuna şerik sıfatıyla iştirak olduğundan birden fazla kişi tarafından birlikte işleme nitelikli halinin uygulanmayacağına hükmetmiştir: “Sanık Y.’in diğer sanık M.’in gerçekleştirdiği cinsel istismar eylemine TCK’nin 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak ettiğinin kabul edilmesi karşısında, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden sanıklar hakkında tayin olunan cezaların TCK’nin 103/3. maddesi ile artırılması, kanuna aykırı”dır. Bkz. Yargıtay 14. CD, E. 2013/9830 K. 2014/5979 T. 5.5.2014 <lexpera.com.tr> s.e.t. 03.04.2023.

¹⁴⁵⁴ Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 891; Çakır, s. 158. Ancak yine de *çifte değerlendirme yasağının ihlal edilmemesi için söz konusu nitelikli halin öngörüldüğü suçlarda temel cezanın belirlenmesinde “suçun işleniş biçimi” kapsamında birden fazla kişi ile birlikte işlemenin alt sınırdan uzaklaşmada esas alınmaması gerekir. Bkz. Yerdelen, Erdal (2013) Cezanın Belirlenmesi, Ankara, Adalet, s. 275. Akbulut söz konusu nitelikli halin kasten yaralama, işkence, eziyet gibi şiddet içeren suçlarda yer almamasını eleştirmektedir. Bkz. Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 891.*

*birlikte gerçekleştirilmesi, bu suçların arzettiği özellikler göz önünde bulundurularak, ilgili suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir*¹⁴⁵⁵.

Kanaatimizce, bu şekilde mağdurun direncini kırmanın söz konusu olduğu suçlar bakımından birden fazla kişi tarafından birlikte işleme nitelikli halinin, müşterek failliğin söz konusu olduğu her halde uygulanmaması gerekir. Zira bu suçlarda sırf suçun kolay işlenmesi nedeniyle ilgili nitelikli hal öngörülmemiştir. Fiilin haksızlık içeriği, mağdurun direncinin kırılmasını kolaylaştırması bakımından arttığından, mağdurun birden fazla kişi karşısında olduğunu bilmesi de gerekir. Dolayısıyla örneğin bir yağma suçunun işlendiği sırada ortaklardan birinin yakalanma tehlikesini bertaraf etmek üzere olayı uzaktan izlediği ancak mağdurun bu durumdan haberdar olmadığı durumlarda salt müşterek failliğin söz konusu olmasından hareketle ilgili nitelikli halin uygulanmaması gerekir¹⁴⁵⁶. Ancak yine de

¹⁴⁵⁵ TBMM, 8.3.2004, Esas No: 1/593, Karar No: 60.

¹⁴⁵⁶ Önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın, gözcülük faaliyeti bakımından suçun birlikte işlendiğinden bahisle cezayı artıran nitelikli halin uygulanması gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Konuya ilişkin Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin, yüksek mahkemenin diğer dairelerinin de genel kanaatini zikrettiği şu kararını örnek verebiliriz: "17.11.2013 günü gece 04:40 sıralarında müşteki ...'e ait ... Cafe isimli iş yerine suça sürüklenen çocuklar ... ve ...'ün fikir ve eylem birliği içinde, önceden aldıkları karar doğrultusunda yaptıkları görev paylaşımı gereği iş yerinin katlamalı camını birlikte açtıkları, suça sürüklenen çocuk ...'ın içeriye girdiği, suça sürüklenen çocuk ...'ın ise dışarıda bekleyerek gözcülük yaptığı, fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurarak ...'ın ...'un dışarıda gözcü olarak beklediğini bildiğinin rahatlığı içerisinde 50 -TL para çaldığı, Yargıtay ceza dairelerinin bu tür olaylarda iş bölümü gereği dışarıda gözcü olarak bekleyen sanık veya suça sürüklenen çocuğa da TCK'nın 119/1-c maddesinin uygulanacağı yönünde olduğu, 2.Ceza Dairesinin 2018/1480, 2015/5868, 2015/11339 2016/1950 Esas sayılı ilamları, 13.Ceza Dairesinin 2016/ 17355 Esas sayılı ilamı, 18.Ceza Dairesinin 2018/5970 Esas sayılı ilamı, Dairemizin 2018/ 2471, 2018/675 ve 201/ 6217 Esas sayılı ilamlarında da bu hususlara işaret edildiği anlaşılmakla, iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçu yönünden dairemizin onama kararı yerinde olduğu anlaşılmakla". Biz bu kararla ilgili olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz nedenlerinin yerinde olduğu kanaatindeyiz: "Kanunda yazılı suçun birden ziyade kişi tarafından birlikte işlenmesi tabirinden murat edilenin eylemin birden fazla kişiyle işlenmesiyle fail sayısının mağdurda oluşturacağı korkunun yoğunluğu artarken bu korku sonucu suçun işlenmesinde sağlanacak kolaylıktan yararlanmasının cezalandırılmasıdır. Buradan çıkacak sonuç mağduru korkutacak gücün görünürde olmasıdır. Bu genel açıklamalar karşısında olayımız değerlendirildiğinde her iki sanık hakkında TCK'nun 119/1-c maddesinin uygulanabilmesi için asli fail olarak birlikte iş yerine girip tecavüzü yoğunlaştırarak mağdurun savunma imkanını ortadan kaldırmaya elverişli olması gerekir. Konut veya iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçlarında hareket unsuru rıza hilafına girmek ya da girdikten sonra çıkmamaktır. Girmek tabirinden anlaşılması gereken de vücudun tamamının içeriye girmiş olmasıdır. SONUÇ VE İSTEM: Netice olarak fiziki birliktelik olmayan olayda dışarıda gözcülük yapan kişinin ne tecavüzün etkisini güçlendirmeye ne de mağdurun savunma imkan ve düşüncesini ortadan kaldırmaya imkan vermeyeceğinden birlikte unsuru gerçekleşmediği, eylem ve fikir birliğinin varlığı yalnızca iştirak hükümlerinin uygulanmasını gerektireceği düşüncesiyle itirazımızın kabulüyle işyeri dokunulmazlığına yönelik suçtan verilen kararın onanmasına ilişkin kararın kaldırılarak BOZULMASI". Yargıtay 17. Ceza Dairesinin kararı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı için bkz. Yargıtay 17. CD, E. 2019/8429, K. 2020/198, T. 08.01.2020 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 03.04.2023.

her halde birden fazla kişi tarafından birlikte işlemede suç tipine özgü yorumda bulunmak gerekir.

Nitekim, birden fazla kişi tarafından birlikte işleme bilahare TCK'daki bazı değişikliklerle mağdurun direncinin kırılmasından bahsedilemeyecek diğer suçlara da aktarılmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundaki (TCK m. 188/5)¹⁴⁵⁷ ve göçmen kaçakçılığı suçundaki (TCK m. 79/3)¹⁴⁵⁸ değişikliklere bakıldığında genel olarak bu suçların işlenme sayılarındaki artış nedeniyle cezalarda da artırım öngörüldüğü dikkat çekmektedir. Bu suçlar bakımından artık mağdurun direncinden bahsedilemeyeceğinden, gözcülük faaliyetinin de nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

§ 3. MUHAKEME VE YAPTIRIM

I. Müşterek Failliğin Özellik Arz Ettiği Bazı Ceza Muhakemesi Kurumları

Suç haberinin alınmasıyla soruşturmanın mecburiliği ilkesi gereği, soruşturma savcılık tarafından resen başlatılır ve yürütülür¹⁴⁵⁹. Soruşturma sonucunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturursa kovuşturma aşamasına yani kamu davasının açılması aşamasına geçilir¹⁴⁶⁰. Ancak bazı hallerde, soruşturmanın veya kovuşturmanın başlatılması belli koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olabilir, ki bunlara muhakeme şartları denir¹⁴⁶¹. Muhakeme şartları ise kendi içinde dava şartları ve yargılama şartları olarak

¹⁴⁵⁷ 6545 sayılı Kanun'un (Resmî Gazete: 29044, 28.06.2014) 66. maddesiyle bu suçtaki cezalar artırılmış, ayrıca üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işleme cezaı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde bu nitelikli hale ilişkin bir açıklama yapılmasa da cezaların artırılmasındaki neden olarak şu hususa dikkat çekilmiştir: “*Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere, hukuk devletinde, ceza hukuku kuralları, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olmalıdır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının belirlenmesinde o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar verenin kişiliği ile verilen zararın azlığı veya çokluğu, suç oranındaki artış veya azalma gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekmektedir.*” Bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama yılı: 4, Sıra sayısı: 592, s. 24.

¹⁴⁵⁸ 7196 sayılı Kanun'un (Resmî Gazete: 30988, 24.12.2019) 56. maddesiyle değiştirilmiştir. Gerekçede suçla mücadeledeki etkinliği artırmaya vurgu yapılmıştır: “*Göçmen kaçakçılığıyla mücadelede etkinliği arttırmak amacıyla suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde mevcut cezaların yarısına kadar, örgüt oluşturarak işlenmesi halinde yarısından bir katına kadar artırılarak uygulanması öngörülmektedir.*” Bkz. TBMM, Adalet Komisyonu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 144, s. 15.

¹⁴⁵⁹ Centel, Nur/Zafer, Hamide (2016) Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta, s. 534.

¹⁴⁶⁰ Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 733.

¹⁴⁶¹ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra/Erden Tütüncü, Efser/Özaydın, Özdem/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can (2022) Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 9, Ankara, Seçkin, s. 35.

ikiye ayrılır. Dava şartından maksat davanın açılabilmesi için gerekli olan şartlar iken, yargılama şartı ise kovuşturma evresinde mahkemenin yargılama yapabilmesi için gerekli olan şartlardır. Dava şartları şunlardır: şikâyet, dava süresi, izin, talep, yargı bulunmaması, açık dava bulunmaması, uzlaşma ve önödemenin gerçekleştirilmemesidir. Yargılama şartları ise sanığın hazır bulunması, sanığın akıl hastası olmaması, bekletici meselenin çözümü, yasama dokunulmazlığının bulunmamasıdır.

Bu şartlardan bazıları genelde suça iştirak ve özelde müşterek faillik bakımından özellik arz etmektedir. Aşağıda bu özellikli durumlar ele alınacaktır.

Şikâyet, fiile ilişkindir¹⁴⁶². Dolayısıyla şikâyet tâbi bir suçun iştirak halinde işlenmesi halinde suçtan zarar görenin, diğerlerini ayrı tutarak ortaklardan yalnız biri veya birkaçına ilişkin şikâyetle bulunması mümkün değildir. Bu anlamda şikâyetin *bölünemezliğinden* ve *sirayetinden* söz edilir. Suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanmasıyla birlikte suça hangi sıfatla iştirak edilmiş olursa olsun iştirakçilerin tamamı bakımından bu muhakeme şartı gerçekleşmiş olacaktır¹⁴⁶³. Aynı şekilde suçtan zarar görenin hakkını henüz kullanmadan şikâyetten feragat etmesi veya hakkını kullandıktan sonra şikâyetini geri alması (kanunî ifadeyle *vazgeçme*)¹⁴⁶⁴ halinde de bölünemezlik ilkesi geçerlidir. Suçtan zarar gören, feragat ve vazgeçmeyi suça iştirak edenlerden biri veya birkaçıyla sınırlandıramaz. Feragat bakımından Kanun'da düzenleme olmasa da vazgeçme (geri alma) bakımından bu ilke TCK m. 73/5'te "*iştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar*" açıkça zikredilmiştir. Ancak şikâyetin geri alınması bakımından Kanun'da sanığın bunu kabul etmesi gerektiği belirtilmiş ve "*vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez*" hükmü öngörülmüştür (TCK m. 73/6). Dolayısıyla şikâyetten vazgeçilmesi halinde bunu kabul etmeyen sanık hakkında yargılamaya devam edilecektir¹⁴⁶⁵.

Uzlaştırmaya tâbi bir suç bakımından uzlaşmanın gerçekleşmemesi de dava şartıdır¹⁴⁶⁶. İştirak halinde işlenen suç bakımından uzlaşmanın uygulanmasında ise CMK m. 255'te

¹⁴⁶² Şahin, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan (2022) Ceza Muhakemesi Hukuku, 13, Ankara, Seçkin, s. 62.

¹⁴⁶³ Çelen, s. 446; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 118; Yenisey/Nuhoğlu, s. 632.

¹⁴⁶⁴ TCK m. 73'te vazgeçme ifadesi geri alma anlamında kullanılmaktadır. Bkz. Şahin/Göktürk, s. 64.

¹⁴⁶⁵ Çelen, s. 448.

¹⁴⁶⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar ve diğerleri, Ceza Muhakemesi, s. 46.

“aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır” hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla şikâyet kurumundan farklı olarak uzlaştırmada bölünme mümkündür. Uzlaşmanın sağlanamadığı müşterek failler bakımından soruşturma veya kovuşturmayaya devam edilecektir.

Bu noktada muhakeme şartı olmamakla birlikte davayı düşüren diğer sebepler bakımından da bir değerlendirme yapılabilir¹⁴⁶⁷. Konuya ilişkin prensip, düşme nedeninin fiile bağlı olduğu hallerde tüm sanıkların bundan – fail veya şerik – etkileneceği, şahsa bağlı düşme sebebinde ise bu sebebin diğer sanıklara sirayet etmeyeceğidir¹⁴⁶⁸. Bu itibarla sanıklardan birinin ölümü halinde müşterek fail olan diğer sanık veya sanıklar bakımından yargılamaya devam edilecektir. Yine özel af bağlamında kişisel bir özelliğe yönelik af söz konusu ise bu özelliği taşımayan diğer sanıklar bakımından yargılamaya devam edilecektir.

Düşme sebeplerinden bir diğeri ise dava zamanaşımıdır¹⁴⁶⁹. İştirak halinde işlenen suçlar bakımından TCK m. 66 ve 67’de zamanaşımının nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla beraber TCK’nın 66. maddesinde zamanaşımının belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suç için öngörülen cezanın esas alınacağı öngörüldüğünden suça iştirak eden kişiler bakımından zamanaşımının başlangıcı aynı olmalıdır¹⁴⁷⁰. Dolayısıyla müşterek faillerin her biri açısından zamanaşımının başlangıcı teşebbüs aşamasında kalan suç için son icra hareketin yapıldığı, tamamlanmış suçta suçun tamamlanma anı, kesintisiz suçlarda ise suçun sona erme anıdır.

Dava zamanaşımının kesilmesi bakımından ise TCK’nın 67. maddesinin 2. fıkrasında şüpheli veya sanıklardan birine karşı gerçekleştirilen muhakeme işlemlerinin zamanaşımını keseceği öngörüldüğünden tüm iştirakçiler için zamanaşımının kesilme anı ortaktır¹⁴⁷¹.

¹⁴⁶⁷ Dava ve cezayı düşüren sebeplerin ceza hukukunun mu muhakeme hukukunun mu konusu olduğu tartışmalıdır. Bkz. **Koca/Üzülmez**, *Genel Hükümler*, s. 742.

¹⁴⁶⁸ **Çelen**, s. 454.

¹⁴⁶⁹ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 836.

¹⁴⁷⁰ **Çelen**, s. 456.

¹⁴⁷¹ **Çelen**, s. 456. Benzer şekilde Yavuz’a göre “Somut olayda birden fazla şüpheli veya sanığın bulunması halinde, suça iştirakin derecesi ne olursa olsun herhangi bir suç ortağı yönünden gerçekleşen kesme nedeni diğer suç ortakları bakımından da geçerli olacaktır”. Bkz. **Yavuz, Hakan A.** (2021) “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları ile İlişkisi” Adalet Dergisi, S.66, ss. 497-542, s. 512.

Diğer taraftan zamanaşımının durduran haller için kanunda şahsi sebeplere yer verildiğinden durma yalnız ilgili fail bakımından geçerli olacaktır¹⁴⁷².

Yer bakımından yetkili mahkemenin tespiti de ceza muhakemesi bağlamında müşterek faillik özellik arz etmektedir. Kural olarak yer bakımından yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir (CMK m. 12/1). Suçun işlendiği yere hareketin gerçekleştirildiği yerdir. Bununla beraber netice, hareketin gerçekleştirildiği yargı çevresinden farklı bir yerde meydana gelmişse her iki unsurun gerçekleştiği yer mahkemesi de yetkilidir¹⁴⁷³. Müşterek failliğin yapısı gereği ortakların suçun icrasına katılımı da farklı yargı çevrelerinde gerçekleşebilir. Bu halde de farklı yargı çevrelerindeki mahkemelerin aynı anda yetkili olması söz konusudur. Dolayısıyla davaların bu mahkemelerden birinde birleştirilmesi suretiyle yargılama yapılması gerekir (CMK m. 16)¹⁴⁷⁴. Nitekim CMK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında *“bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa bağlantı var sayılır”* hükmü gereği 16. madde kapsamında yetkili mahkemelerden birinde birleştirilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki azmettiren veya yardım eden suça katkısını farklı yargı çevresinde gerçekleştirmişse suçun işlendiği yer failin fiilini gerçekleştirdiği yer olduğundan yetkili mahkemenin de bu yer mahkemesi olması gerekir¹⁴⁷⁵.

Ceza muhakemesi bağlamında son olarak belirtelim ki seri muhakeme usulü bakımından CMK m. 250/11'de *“suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde seri muhakeme usulü uygulanmaz”* hükmü öngörüldüğünden, müşterek faillerin tamamının seri muhakeme usulünü kabul etmesi gerekir. Diğer taraftan basit yargılama usulünün uygulanması sanıkların kabulüne bağlı değildir¹⁴⁷⁶. Dolayısıyla mahkeme basit yargılama usulüne karar verdiğinde bunu tüm failler hakkında uygulamalıdır¹⁴⁷⁷.

II. Müşterek Failler Hakkında Cezanın Belirlenmesi

Müşterek faillikte, yardım etme ve azmettirmedeki gibi bir başkasının işlediği suça katkıda bulunma değil, ilgili suçu bir başkasıyla iş birliği içerisinde haksızlıkla doğrudan temas

¹⁴⁷² Çakır, s. 339.

¹⁴⁷³ Şahin/Göktürk, s. 267.

¹⁴⁷⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 285.

¹⁴⁷⁵ Çelen, s. 449.

¹⁴⁷⁶ Şahin, İsmail (2022) Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama, Ankara, Adalet, s. 196.

¹⁴⁷⁷ Çakır, s. 336.

halinde işleme söz konusudur¹⁴⁷⁸. Diğer bir ifadeyle müşterek faillikte bir başkasının haksızlığına katılma değil gerçekleştirdiği davranışlarla bizzat kendi haksızlığını işleme söz konusudur¹⁴⁷⁹. Bu anlamda müşterek failliğin bir faillik kategorisi olmasından hareketle, bu suretle suça iştirak edenlerin tamamı işlenen suç kapsamında öngörülen ceza çerçevesinden tam olarak sorumludur. Ayrıca ikilik sistemi ve dar anlamda failliğin bir sonucu olarak faillik-şeriklik ayrımı tipiklik aşamasında değerlendirileceğinden, suça iştirak şeklinin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesiyle doğrudan ilgisi bulunmaz.

Müşterek faillerin aynı suçtan sorumlulukları söz konusu ise her biri açısından ortak olan husus aynı ceza çerçevesinden sorumlu olmasıdır. Temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasındaki hususların olayın şartlarına göre müşterek failler için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekebilir. Örneğin, müşterek faillerin suç tipine dahil olmayan bireysel olarak güttükleri amaç veya saik ya da kasta dayalı kusurları kapsamında temel ceza her bir müşterek fail için ayrı ayrı belirlenecektir¹⁴⁸⁰. Ancak TCK m. 61/1 de sayılan örneğin; suçun işlendiği zaman ve yer ile suçun konusunun önem ve değerinden hareketle temel ceza belirleniyorsa bu halde kural olarak müşterek failler için farklı temel ceza belirlenmemelidir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da müşterek faillerin cezasının belirlenmesi için bu hususa dikkat çekmiştir¹⁴⁸¹:

“Müşterek faillik, suçun birden fazla suç ortağı tarafından "birlikte suç işleme kararına bağlı olarak" ve "fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulmak suretiyle" müştereken gerçekleştirilmesidir. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı "fail" statüsündedir. Müşterek faillerin hareketleri bir bütün olarak adeta tek kişinin fiili gibi değerlendirilir (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Kasım 2013, s. 440.). Bu nedenle müşterek faillerin her biri kanunda o suç için öngörölmüş temel ceza ile cezalandırılmalı, ancak bu ifadeden müşterek faillerin

¹⁴⁷⁸ **Hakeri**, *İştirak*, s. 90; **Özgenç**, *Faillik*, s. 262.

¹⁴⁷⁹ **Eisele/Heinrich**, *AT*, kn. 770.

¹⁴⁸⁰ **Çakır**, s. 340. **Çakır**'ın zikrettiği YCGK kararında da aynı hususa dikkat çekilmiştir. “Temel cezayı TCK'nın 61. maddesinde yer alan kriterlere göre ayrı ayrı belirlemede herhangi bir sakınca bulunmadığı, ayrıca avukat olan sanık ...'in yaptığı icra takibini kesinleştirmek ve takibe devam etmek amacıyla suça konu tebligat evrakının sahte olmasını sağlaması eylemindeki kasta dayalı kusurunun ağırlığı, amaç ve saiki dikkate alındığında, sanık hakkında TCK'nın 204. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülen resmî belgede sahtecilik suçu bakımından temel cezanın 3 yıl olarak tayin edilmesinin isabetli olduğu, işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunduğundan TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen “orantılılık” ilkesinin ihlal edilmediği kabul edilmelidir”. Bkz. YCGK, E. 2016/934, K. 2021/241, T. 02.06.2021 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 07.05.2023.

¹⁴⁸¹ Bkz. YCGK, E. 2019/321, K. 2021/577, T. 23.11.2021 <karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 07.05.2023. YCGK'nın aynı hususa dikkat çektiği diğer kararları için bkz. YCGK, E. 2013/577, K. 2014/381, T. 16.09.2014; YCGK, E. 2016/467, K. 2021/16, T. 02.02.2021.

mutlaka aynı miktarda ceza ile cezalandırılmalarının zorunlu olduğu şeklinde bir sonuç da çıkarılmamalıdır. Kusurun ağırlığı, amaç ve saik gibi faile göre farklılık gösteren kriterlere dayanılarak her bir fail yönünden temel cezanın farklı şekilde belirlenmesi mümkün ise de, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı gibi her fail için geçerli ortak kriterlere dayanılarak temel cezanın farklı şekilde belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve ayrıca çelişkiye neden olacağı açıktır.”

Önemle belirtmek gerekir ki müşterek failler için her zaman ceza çerçevesinin aynı olması da gerekmez. Zira yukarıda açıklandığı üzere kısmi müşterek faillik hallerinde ortakların farklı suçlardan sorumlu olması mümkündür.

Cezanın bireyselleştirilmesinde önemli bir kurum olan takdirî indirim nedenlerinde ise “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” (TCK m. 62) göz önünde bulundurulacağından müşterek faillerin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir.

SONUÇ

Müşterek faillik suç teorisinin pek çok alanıyla bağlantısı olan önemli bir iştirak şeklidir. Bu alanlarda müşterek fail sorumluluğunun tespiti ise -karşılıklı isnadiyet unsurunun varlığı nedeniyle- suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılığa neden olabilecek yorum tehlikesini barındırır. Her ne kadar TCK m. 37/1 düzenlemesiyle müşterek faillik açısından kanunilik ilkesine görünüşte bir uygunluk sağlanmış olsa da bunun somut olayların değerlendirilmesine de yansımaları gerekir. Bu bilinçle kaleme almaya özen gösterdiğimiz çalışmada eriştiğimiz sonuçları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

İş bölümüne dayalı birliktelik olgusuna dayanan müşterek faillik, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, suça katılanların davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesi suretiyle tüm suç olayından müşterek sorumluluğa imkân veren bir iştirak şeklidir.

Müşterek faillikte, yardım etme ve azmettirmedeki gibi bir başkasının işlediği suça katkıda bulunma değil, ilgili suçu bir başkasıyla iş birliği içerisinde haksızlıkla doğrudan temas halinde işleme söz konusudur. Müşterek failliği, yan faillik şeklinde gerçekleşecek basit bir birleşmeden ayıran temel nokta suçun işlenmesi bakımından tesadüfi bir birlikteliğin mevcut olmamasıdır. Bu açıdan ikilik sistemini esas alan bir kanunî sistemde müşterek faillerin sorumluluğu suçun işlenmesi bakımından doğrudan doğruya bir sorumluluk olup şeriklerinki gibi dolaylı veya tâli bir sorumluluk değildir. Bu tespitin bir sonucu olarak müşterek faillerin münferit suç tiplerinin dayanağı olan davranış normunun da aslı muhatabı olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Müşterek failliğin, doğrudan ve dolaylı faillikten bağımsız bir faillik şekli olarak kabul edilmesinin nedeni, bu faillik türünde bir yandan suça katılanların suçun fiil unsuruna ilişkin tüm şartları bizzat yerine getirmek zorunda olmaması, diğer yandan ise suça katılanların hiçbirinin diğeri üzerinde bir hâkimiyet kurmamış olmasıdır. Dolayısıyla müşterek faillik, birlikte suç işleme kararı temelinde, eş yetkili ortaklar olarak, karşılıklı olarak birbirini tamamlayan katkılarda bulunmak suretiyle, suçun birden fazla kimse tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu bilinçli iş birliği, müşterek faillerin her birinin davranışının diğereine isnat edilmesini sağlar (*wechselseitige Zurechnung*) ve bu şekilde suça

katılanların tamamının fail olarak sorumlu olmasını gerektirir. Dolayısıyla müşterek failler sanki suçun işlenmesine ilişkin tüm katkıları bizzat gerçekleştirmiş gibi sorumlu olurlar.

Müşterek faillikteki karşılıklı isnadiyet suçun objektif fiil unsuruyla sınırlıdır. Suçun kanuni tanımında yer alan faile ilişkin unsurlar, kast unsuru ve kastın yanı sıra aranan tipikliğin diğer sübjektif unsurları karşılıklı isnadiyet kapsamında değildir. Sayılan bu unsurlar, her bir müşterek failin şahsında gerçekleşmelidir. Karşılıklı isnadiyet unsuru yalnız suçun objektif fiil unsuruyla sınırlı olduğundan nihayetinde müşterek faillerin farklı suçlardan sorumlu olmaları (kısmi müşterek faillik) da mümkündür.

Müşterek faillikte suça bireysel katkıları bir araya getiren, bu katkıları suçun birlikte işlenmesi olarak kabulünü sağlayan, birlikte suç işleme kararı veya ortak suç planıdır. Birlikte suç işleme kararı müşterek failliğin salt sübjektif özellik arz eden şartı değildir. Birlikte suç işleme kararındaki sübjektif nitelik müşterek faillerin bireysel olarak, suça kendi kısmi katkısının, diğer ortağın davranışlarını tamamladığının ve bu duruma ilişkin aynı iradenin de diğer suç ortağında olduğunun bilincinde olmasıdır. Ancak böyle bir iradenin ortaya çıkmasının ön şartı her zaman için ortaklar arasında bir iletişim sürecinin gerçekleşmesidir. Birlikte suç işleme kararı salt sübjektif bir unsur olarak kabul edilecek olursa, bu kararın dış dünyada algılanabilir bir niteliğinin de olmayacağı söylenebilir. Dolayısıyla bu şart hem objektif hem de sübjektif nitelik arz etmektedir.

Müşterek faillere karşılıklı olarak suçun hangi unsurları isnat ediliyorsa, iradelerin karşılıklı olarak uyuşması gereken unsurlar da bunlardır. Dolayısıyla birlikte suç işleme kararının varlığı için ortakların suçun objektif fiil unsuru üzerinde anlaşmaları yeterlidir. TCK'nın 37. maddesindeki “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirme*” ifadesi de bu yorumu teyit etmektedir.

Birlikte suç işleme kararının sözlü şekilde oluşması gerekmez. Ortaklar arasında somut, objektif bir iletişim sürecinin gerçekleşmesi şartıyla sözlü olmayan davranışlarla da birlikte suç işleme kararı oluşabilir. Öte yandan ortak suç planının müşterek failer arasında istişare edilmiş olması da gerekmez. Bir başkası tarafından hazırlanan plan da iradelerin uyuşması şartıyla müşterek faillik için yeterlidir.

Birlikte suç işleme kararı, suçun hazırlık aşamasında ortaya çıkabileceği gibi suçun icrası sırasında da oluşabilir. Art arda müşterek faillik olarak anılan bu durumda suça sonradan

dahil olan kimseye hâlihazırda gerçekleşmiş olan filler isnat edilemez. Dolayısıyla art arda müşterek faillikte potansiyel bir kısmi müşterek faillik söz konusudur.

Suçun işlenişi bakımından her ayrıntının ortaklar arasında belirlenmesi gerekli olmadığından, ortaklardan birinin bu plandan önemsiz sapmaları müşterek failliği ortadan kaldırmayacaktır. Ancak müşterek faillerden birinin suç planı kapsamında olmayan bir başka suçu veya plan kapsamındaki suçun nitelikli halini kasten gerçekleştirdiği durumda aşkın kısım diğer ortağa isnat edilemeyecektir. Diğer taraftan ortaklardan biri, planı kasten değil de hata suretiyle de aşmış olabilir. Eğer hata ortaklardan biri için önemsiz ve planlanan suç tipiyle gerçekleşen suç tipi aynı ise hatanın diğer ortak için de önemsiz kabul edilmesi gerekir. Zira ortak suç planının tüm ayrıntılarıyla belirlenmesi mümkün değildir. Suç planının gerçekleştirilmesinde her zaman için yapısal olarak hata olasılığı plana dahil kabul edilmelidir.

Müşterek faillik bakımından suç ortaklarının birlikte suç işleme kararına varmış olmaları yeterli değildir. Bunun dışında suça objektif, esaslı nitelikte bir katkıda bulunulmaları da gerekir. Birlikte suç işleme kararı şartı, karakteristik olarak müşterek failliği, yan yana faillikten ayıran bir şart iken, suça esaslı katkı veya suçun birlikte icrası müşterek failliği bir şeriklik türü olan yardım etmeden ayıran şarttır. Zira yardım etme şeriklik türü, en geniş kapsamlı iştirak şeklidir. TCK'da yardım etme niteliğindeki davranışlar sayılmış olmasına rağmen, bu davranış biçimleri o derece geniştir ki, faillik ve azmettirme arz etmeyen, kasten gerçekleştirilen maddî veya manevî nitelikteki katkıların yardım etme kapsamında değerlendirilmesini mümkündür. Dolayısıyla suçun işlenmesini destekleyen veya kolaylaştıran davranışlar, yardım etme olarak kabul edilebileceğinden, birden fazla kimse birlikte suç işleme kararına sahip olsalar da suçun birlikte icrası kapsamında değerlendirilemeyecek katkıda bulunan kimse müşterek fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

Müşterek faillerin suça objektif nitelikteki katkılarının hangi derecede gerçekleşmesi gerektiği, bu katkının suçun hangi aşamasında ortaya çıkması gerektiğine göre ikincil nitelikte bir sorundur. Nitekim doktrinde de suçun icrası sırasında yapılan katkının, belirli bir ağırlığa sahip olması durumunda, müşterek faillik arz edeceği hususunda tartışma olmasa da aynı ağırlıktaki bir katkının suçun hazırlık aşamasında icra edilmesi durumunda müşterek failliğin söz konusu olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Kanaatimizce hazırlık aşamasındaki katkı, ne kadar önemli olursa olsun müşterek failliğin kabulü için yeterli

olmayacaktır. Bu görüşün Türk hukuku bakımından kanunî düzenlemeyle de uyumlu olduğunu düşünmekteyiz. TCK m. 37/1’de müşterek faillik için suçun kanunî tanımındaki “*fiili*” birlikte gerçekleştirmenin gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla suçun icrasında herhangi bir katkısı olmayan kimsenin “*fiili birlikte gerçekleştirdiğinden*” de bahsedilemeyecektir. Kanun koyucu açıkça birlikteliğin konusunun tipik fiil olduğunu belirtmek suretiyle müşterek failliğin alanını daraltmıştır. Öte yandan, bu görüşe karşı her ne kadar hazırlık aşamasındaki planlamanın da fiili birlikte işlemeye eşdeğer bir ağırlıkta olduğu ifade edilebilecek olsa da kanaatimizce böyle bir yorum cezaî sorumluluk alanını genişleten ve istisnaî bir hüküm olan müşterek faillik düzenlemesinin kıyasa varacak şekilde genişletilmesi anlamına gelecektir. Nasıl ki bir kimse tek başına bir suçun işlenmesi bakımından hazırlık yapmasına rağmen suça teşebbüs etmediği sürece cezalandırılmazken, sırf suçu planlayıp organize etmesi ve bu planın başkaları tarafından icra edilmesi halinde de tamamlanmış suçtan fail olarak kabul edilmemesi gerekir.

Suç objektif katkının öneminin tespitinde suç planı esas alınacaktır. Her bir müşterek failin üstlendiği rol, suç planının önemli bir parçası olmalı, suçun işlenmesinde eşdeğer bir özellik arz etmelidir. Diğer bir deyişle plan kapsamında esasen önemli bir katkı olarak görünmekle birlikte bu katkı; suçun başarıyla işlenmesi bakımından suç olayı gerçekleştikten sonra *ex-post* bir değerlendirmeye, bu katkı olmasaydı suç yine de işlenebilirdi şeklinde bir varsayıma göre değil, *ex-ante* olarak suç planı kapsamında bir değerlendirmeden hareketle belirlenmelidir.

Suç objektif katkının fonksiyonel fiil hâkimiyeti kapsamında “*esaslı*” olarak nitelendirilmesinin sonucu olarak, suç ortaklarının münferit davranışlarının suçun neticesi açısından olmazsa olmaz bir şart arz etmesi gerekli değildir. Nitekim esaslı katkının tespitinde suç planının esas alınması da olay sonrasında “*katkı olmasaydı da suç işlenebilirdi*” yorumunu bertaraf etmektedir. Öte yandan kanunda müşterek faillğe ilişkin düzenleme suç ortaklarının davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesine ilişkin bir norm olduğundan netice bakımından bireysel katkının nedenselliği önem arz etmemektedir. Bu itibarla, suç ortaklarının suç planı kapsamında birbirine alternatif veya birbirine ilave davranışlarda bulunacağının söz konusu olduğu hallerde (*alternatif ve ilâve müşterek faillik*) peşinen müşterek failliğin dışlanması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Eğer ortakların suça katkısı suçun icrası sırasında gerçekleşiyor ve birinin katkısı olmadığında suç planı tehlikeye düşüyorsa müşterek failliğin kabul edilmesi gerekecektir.

Fonksiyonel fiil hâkimiyetine dayanan bir müşterek faillik tasarımı yalnız ortaklardan birinin davranışıyla diğerlerinin de teşebbüsten sorumlu olacağını kabul etmek doğru değildir. Müşterek fail sorumluluğu için aranan iki şart suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de aranmalıdır. Bir kimse suça objektif nitelikte herhangi bir katkıda bulunmaksızın sırf bir başkasıyla bir suçun işlenmesi için anlaşmışsa bu kimsenin artık ister tamamlanmış bir suç olsun ister teşebbüs aşamasında kalmış bir suç olsun herhangi bir şekilde fail olarak sorumlu tutulması mümkün değildir.

Gönüllü vazgeçme bağlamında TCK m. 41'in uygulanması bakımından şeriklik hallerinde bağlılık kuralının gereği olarak failin teşebbüs aşamasına varmış bir davranışı olması halinde azmettiren veya yardım eden, fail suçun işlenmesinden vazgeçmiş olsa da teşebbüsten sorumlu olacaktır. Ancak müşterek faillikte ortakların sorumlulukları bağlılık kuralına dayanmadığından ve her bir ortağın aslî sorumluluğu söz konusu olduğundan gönüllü vazgeçme bazı hallerde farklılık arz etmektedir. Örneğin, birlikte suç işleme kararına varan ortaklardan biri, plan kapsamında yer alan suçun icrasına esaslı katkıyı gerçekleştirmekten vazgeçerse suça teşebbüsten müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

Kanuni tanımı gereği bir suçtan müstakil fail olarak sorumlu olmayanların müşterek fail olması da mümkün değildir. Dolayısıyla özgü suçlar bakımından suça katılanların bu suçlarda suçun süjesi, faili için öngördüğü niteliklerin her birinin, müşterek failin şahsında gerçekleşmesi gerekir. Nitekim müşterek faillikte, karşılıklı isnadiyetin konusu da suçun kanunî tanımında yer alan objektif fiil olduğundan bunun dışında kalan unsurların, her bir müşterek failde var olması gerekir. Diğer taraftan tüm özgü suçlara teşmil edilecek şekilde kanunda öngörülen özel yükümlülük ihlalinin her zaman müşterek faillik için yeterli olduğu kabul edilmemelidir. Zira kanun koyucu gerçekten bazı suç tiplerinde yalnız özel yükümlülüğün ihlalini tipikliğin oluşması için yeterli görmüşken diğer bazı suçlarda ise özel yükümlülüğün belirli bir davranışla ihlalini cezaî yaptırım altına almıştır. Dolayısıyla son zikredilen grup suçlar bakımından faillik için artık kanunda tanımlanan fiil bakımından fiil hâkimiyetinin de aranması gerekir.

Bizzat işlenebilen suçlarda, tipik hareketin bizzat icra edilmesi gerektiğinden, müşterek failliğin yapısı dahilinde ortakların davranışlarının karşılıklı olarak isnat edilmesi söz konusu değildir. Tipik fiili bizzat gerçekleştirmeyen kimse suçun icrası bakımından ne kadar önemli bir katkıda bulunursa bulunsun ancak şerik olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu

itibarla bizzat işlenebilen suçlarda yalnız doğrudan faillik söz konusu olabilecek, dolaylı faillik ve müşterek faillik mümkün olmayacaktır.

İhmalî suçlarda faillik için özel yükümlülük (garantörlük) ihlalinin yanı sıra fiil hâkimiyetinin de esas alınması gerekir. Ancak tıpkı ihmalî suçlarda nedensellik bağının tespitinde olduğu gibi bu fiil hâkimiyetinin de ihmalî suçlara uyarlanması gerekir. Zira ihmalî bir davranışla tipik olayın gelişiminin kast kapsamında elde bulundurmada söz edilemez. Bu noktada doktrinde savunulan potansiyel fiil hâkimiyeti yaklaşımı esas alınabilir. Ortakların tamamının ihmalî davranışta bulunduğu hallerde müşterek fail sorumluluğu için ortak garantör yükümlülüğü bulunmalıdır. Zira müşterek fail sorumluluğu davranışların ortaklar arasında karşılıklı isnadiyeti ile ortaya çıktığından, birden fazla kişinin ihmalî davranışı da, neticeyi ancak birlikte engellemelerinin mümkün olduğu bir durumda bu kişilerin anlaşmak suretiyle gerekli pozitif davranışı gerçekleştirmediklerinde müşterek faillğe yol açacaktır. Ortaklardan birinin icraî diğerinin ihmalî davranışta bulunduğu hallerde ise müşterek faillikten değil ancak müstakil faillikten bahsedilebilir. Zira birden fazla kimse karşılıklı olarak anlaşmış olsalar dahi sorumlulukları müşterek faillikteki davranışların karşılıklı isnadiyeti suretiyle ortaya çıkmamaktadır. Yani neticeyi önlemeyen garantöre icraî davranışta bulunanın davranışı isnat edilmemekte, garantör, potansiyel fiil hâkimiyetine sahip olmak koşuluyla yalnız özel yükümlülüğünü ihlal etmekten sorumlu olmaktadır.

Taksirli suçlarda fonksiyonel fiil hâkimiyeti olmayacağını belirterek müşterek failliği dışlamanın tutarsız olduğunu düşünmekteyiz. Böyle bir yorumdan yola çıkılacak olursa taksirli suçlarda doğrudan failliğin de reddedilmesi gerekir. Zira doğrudan faillik durumunda da harekete hâkimiyet gerçekleşmelidir. Taksirli suçun yapısına uygun bir müşterek faillikten bahsedilebilmesi için öncelikle birden fazla kişiyi bir araya getiren bir unsura ihtiyaç vardır. Bu birliktelik için nasıl ki kasıtlı suçlarda sübjektif bir unsur gerekli ise taksirli suçlar açısından da sübjektif bir unsura ihtiyaç vardır. Ancak taksirli suçun yapısı gereği bu sübjektif unsur suç işlemeye yönelik değil, özene aykırılık teşkil eden bir faaliyete yöneliktir. Dolayısıyla bu sorumluluk için birinci şart özene aykırılık teşkil eden faaliyetin gerçekleştirilmesi hususunda birden fazla kişinin ortak bilince sahip olmasıdır. İkinci şart ise birden fazla kimsenin gerçekleştirdiği davranışların objektif açıdan bir bütün olarak özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak kabul edilebilmesi gerekir. Son olarak davranışların

birlikteliğinden bahsedilebilmesi için birden fazla kişi aynı özen yükümlülüğüne sahip olmalıdır.

Çok failli suçlarda bir araya gelen kimselerin failliği genel hükümlerdeki müşterek faillik hükmüne başvurulmaksızın doğrudan ilgili suç tipinden kaynaklanır. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun oluşması için gerekli olan üç kişi müşterek fail değil, doğrudan faildir.

Örgütlü suçlar bakımından suçun icrasına katılan örgüt yöneticisi, örgütün organize güç mekanizması olup olmadığına bakılmaksızın, birlikte suç işleme kararı ve suçun icrasına esaslı katkıda bulunduğu sürece müşterek fail olarak kabul edilmelidir. Hazırlık aşamasındaki katkı suçun icrası bakımından ne derecede önemli olursa olsun, müşterek fail sorumluluğuna izin vermeyeceğinden -organize güç mekanizması olsun veya olmasın- suç örgütü yöneticisinin sırf emir ve talimat vermesinden yola çıkılarak müşterek fail olduğu kabul edilemeyecektir. Ancak örgüt yöneticisi kimse, işlenecek suçu sadece planlamayıp aynı zamanda suçun icrası sırasında uzaktan dahi olsa icracıları yönlendirmekte ise müşterek fail olarak kabul edilecektir.

TCK'da pek çok suçta öngörülen *“birden fazla kişi tarafından birlikte işleme”* nitelikli halinin, suçu müşterek fail olarak işleme olarak anlaşılması gerekir. Bununla birlikte yaralama, cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçlarda bu nitelikli halin öngörülmesinin sebebi, mağdurun direncinin kırılması, savunmasız bırakılması bakımından suçun birden fazla kişiyle işlenmesinin, haksızlık içeriğini arttırmasıdır. Dolayısıyla örneğin bir yağma suçunun işlendiği sırada ortaklardan birinin yakalanma tehlikesini bertaraf etmek üzere olayı uzaktan izlediği ancak mağdurun bu durumdan haberdar olmadığı durumlarda salt müşterek failliğin söz konusu olmasından hareketle ilgili nitelikli halin uygulanmaması gerekir.

Nihayetinde ulaştığımız sonuçların ceza hukukunun temel ilkelerini zedelemeyecek şekilde müşterek failliğin sınırlarını tayin edebildiğini umuyor ve çalışmanın Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasına faydalı olacağını temenni ediyoruz.

KAYNAKLAR

- Abanto Vázquez, Manuel A.** (2011) "*Verdirbt die Organisationsherrschaft die Tatherrschaftslehre?*" Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Berlin, New York, De Gruyter, ss. 819-835.
- Akbulut, Berrin** (2023) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, Adalet (*Genel Hükümler*).
- Akbulut, Berrin** (2022) Kabahatler Hukuku, Ankara, Adalet (*Kabahatler Hukuku*).
- Akbulut, Berrin** (2014) Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet (*Kabahatler Kanunu*).
- Akbulut, Berrin** (2010) "*Bağlılık Kuralı*" GÜHFD, C.XIV, S.1, ss. 167-214 (*Bağlılık Kuralı*).
- Ambos, Kai** (2018) Internationales Strafrecht, 5. Auflage, München, C.H.Beck.
- Angerer, Veronika** (2004) Rücktritt im Vorbereitungsstadium, Berlin, Duncker & Humblot (*Rücktritt*).
- Apaydın, Cengiz** (2022) Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara, Seçkin.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2023) Ceza Hukuk Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, Adalet.
- Atalay, Osman** (2017) "*Müşterek Faillik*" Yargıtay Dergisi, C.43, S.3, ss. 611-682.
- Atens, Rebecca von** (2019) Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, Baden-Baden, Nomos.
- Aydın, Devrim** (2009) Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, Yetkin.
- Baba, Yasemin** (2013) Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, İstanbul, On İki Levha.
- Bachmann, Mario/Eichinger, Matthias** (2011) "*Täterschaft beim Unterlassungsdelikt*" JA, C.43, S.2, ss. 105-109.
- Balcı, Meral** (2022) Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme, Ankara, Adalet (*Azmettirme*).
- Balcı, Meral** (2021) "*İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı*" Suç ve Ceza Dergisi, C.14, S.4, ss. 837-884 (*İcrai Suça*).
- Bar, Ludwig von** (1907) Gesetz und Schuld im Strafrecht: Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung (*Schuld*).
- Bar, Ludwig von** (1859) Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, Hannover, Hahn'sche Hofbuchhandlung (*Theilnahme*).

Baş, Eylem (2021) Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Ankara, Seçkin.

Başer, Zehra (2022) Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet, Ankara, Seçkin.

Bauer, Claudia (1996) Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), München, Verlag V. Florenz.

Bayraktar, Köksal (1967) "*Faal Nedamet*" İÜHFM, C.33, S.3-4, ss. 120-154.

Baytaz, Abdullah Batuhan (2018) Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul, On İki Levha.

Becker, Christian (2009) Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, Baden-Baden, Nomos.

Beling, Ernst Ludwig (1906) Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Berner, Albert Friedrich (1895) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 17. Auflage, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz (*Lehrbuch, 17. Auf.*).

Berner, Albert Friedrich (1886) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14. Auflage, Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz (*Lehrbuch, 14. Auf.*).

Berner, Albert Friedrich (1847) Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, Berlin, Carl Heymann (*Theilnahme*).

Beulke, Werner (1980) "*Urteil des OLG Köln v. 5.9.1978 - Ss 438/78*" JR, S.10, ss. 422-425.

Bindokat, Heinz (1979) "*Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht*" JZ, C.35, ss. 434-437.

Birkmeyer, Karl (1890) Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Berlin, Verlag von Otto Liebmann.

Birr, Christiane (2007) "*Kriminalstrafe ist öffentliche Rache*" (Ed. Hilgendorf, Eric/ Weitzel, Jürgen) Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin, Duncker & Humblot, ss. 59-78.

Bloy, René (1996) "*Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*" GA, ss. 424-442 (*Grenzen*).

Bloy, René (1985) Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot (*Beteiligungsform*).

Bock, Dennis (2006) Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre, Duncker & Humblot (*Römischrechtliche*).

Bockelmann, Paul (1957) Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen, Verlag von Otto Schwartz (*Strafrechtliche Untersuchungen*).

Bockelmann, Paul (1949) Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen, Verlag Karl Friedrich-Fleischer (*Täterschaft*).

Bostancı Bozbayındır, Gülşah (2019) "Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması ve Şahısta Hata" Legal Hukuk Dergisi, C.17, S.202, ss. 4203-4262.

Bottke, Wilfried (2001) "Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung" GA, ss. 463-481 (*Mittäterschaft*).

Bottke, Wilfried (1992) Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Heidelberg, C.F. Müller (*Gestaltungsherrschaft*).

Bozdağ, Ahmet (2020) "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret" Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, ss. 79-101.

Bulut, İlhan (2022) Suçta Netice, Ankara, Adalet.

Buri, Maximilian von (1873) Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig, J. M. Gebhardt (*Verantwortung*).

Buri, Maximilian von (1869) "Urheberschaft und Beihülfe" GA, ss. 233-241 (*Urheberschaft*).

Buri, Maximilian von (1860) Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Gießen, Ferber'sche Universitäts-Buchhandlung (*Theilnahme*).

Buri, Maximilian von (1860) Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke (*Kausalität*).

Buser, Torsten (1998) Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, Berlin, Duncker & Humblot.

Bülte, Jens (2020) Ordnungswidrigkeitenrecht, München, C.H.Beck.

Centel, Nur/Zafer, Hamide (2016) Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta.

Ceyhan, Murat (2022) Ceza Hukukunda Netice, İstanbul, On İki Levha.

Coenders, Albert (1909) Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, Düsseldorf, Schwann Verlag.

Cramer, Peter (1979) "Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme" Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, C.H.Beck, ss. 389-403.

Çakır, Kerim (2022) Suça İştirakte Müşterek Faillik, Ankara, Adalet.

Çelen, Ömer (2020) Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Aslî Fail - Yardım Eden Ayrımı), Ankara, Adalet.

Çiçek, Mustafa (2022) "Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik" Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.26, S.2, ss. 561-596.

Dahm, Georg (1931) *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin und Leipzig, De Gruyter.

Değirmenci, Olgun (2016) *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Adalet (*Askerî Ceza*).

Değirmenci, Olgun (2013) "*Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku*" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.1, ss. 229-266 (*Uluslararası Suç*).

Dehne-Niemann, Jan (2008) "*Zum fünfzigjährigen Jubiläum des "Verfolgerfalls" (BGHSt 11, 268)*" ZJS, S.4, ss. 351-367.

Demirbaş, Timur (2023) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara, Seçkin.

Demirel, Muhammed (2022) *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin (*Taksirli Suçtan*).

Demirel, Muhammed (2019) "*Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği*" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, ss. 656-670 (*Alman*).

Demirel, Muhammed (2017) *Suç İştirakte Bağlılık Kuralı*, İstanbul, On İki Levha (*Bağlılık Kuralı*).

Dencker, Friedrich (2002) "*Beteiligung ohne Täter*" Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden, Nomos, ss. 525-537 (*Beteiligung*).

Dencker, Friedrich (1996) *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, Duncker & Humblot (*Gesamttat*).

Derksen, Roland (1993) "*Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft*" GA, ss. 163-176.

Dietz, Wolfgang (1957) *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag.

Dikmen, Hüseyin (2023) *Türk Ceza Hukukunda Müşterek Faillik*, Ankara, Seçkin.

Doğan, Koray (2015) *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (1994) *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, 11. Bası, İstanbul, Beta (*Nazarî, C. II*).

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (1994) *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I*, 11. Bası, İstanbul, Beta (*Nazarî, C. I*).

Dursun, Selman (2021) *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Ankara, Seçkin.

Dülger, Murat Volkan (2023) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin (*Genel Hükümler*).

Dölger, Murat Volkan (2005) "*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)*" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C.1, S.2, ss. 85-137 (*Suç Ortaklığı*).

Eisele, Jörg (2021) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang) Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Bielefeld, Giesecking (Baumann/Weber/Mitsch).

Eisele, Jörg (2000) "*Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten*" ZStW, C.112, S.4 (*Abstandnahme*).

Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer (AT).

Ekici Şahin, Meral (2015) "*İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti*" AÜHFD, C.64, S.3, ss. 637-686.

Engisch, Karl (1931) Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, Mohr Siebeck.

Erb, Volker (1995) "*Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes*" NSTZ, C.15, S.8, ss. 424-428.

Erbaş, Rahime (2019) Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, İstanbul, On İki Levha.

Erdem, Büşra (2022) İşlenemez Suç, İstanbul, On İki Levha.

Erdem, Mustafa Ruhan (2019) "*Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma*" D.E.Ü. Hukuk Fakóltesi Dergisi, C.21, S.Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, ss. 43-68 (*Yanılma ve Sapma*).

Erdem, Mustafa Ruhan (2014) "*Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5*" Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, S.1-2, İstanbul Üniversitesi, ss. 11-30 (*Organize Yapı*).

Erem, Faruk (1973) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 10. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları (*Genel Hükümler*).

Erem, Faruk (1946) "*Suçta İştirak*" AÜHFD, C.3, S.1, ss. 62-107 (*Suçta İştirak*).

Ersoy, Uğur (2015) Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Ankara, Adalet.

Eryıldız, H. Sefa (2016) Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht, Hamburg, Dr. Kovac Verlag (*Täterschaft*).

Eryıldız, H. Sefa (2016) "*Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (ALM. CK m. 26)*" Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.120, ss. 38-49 (*Azmettirme*).

Eser, Albin (1980) Strafrecht II, 3. Auflage, München, C.H.Beck.

Evik, Vesile Sonay (2012) "*Suçta İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu*" Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.2, Prof. Dr. Durgun Yarsuvat'a Armağan, ss. 287-299 (*Suçta Etki Eden Nedenlerin Sirayeti*).

Evik, Vesile Sonay (2011) *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha (*Suçta İştirakte Yardım*).

Feuerbach, Paul Johann Anselm (1847) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Baskı, Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag (*Lehrbuch*).

Feuerbach, Paul Johann Anselm (1800) Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts: Zweiter Theil, Chemnitz, Georg Friedrich Tasché (*Revision*).

Fischer, Thomas (2018) Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Auflage, München, C.H.Beck.

Freund, Georg (2009) Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, Springer.

Frister, Helmut (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München, C.H. Beck.

Fuchs, C. (1881) "*Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*" GA, ss. 169-181 (*Kritische*).

Fuchs, Helmut (2008) Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Grundalgen und Lehre von Straftat, 7. Auflage, Wien, Springer (*Österreichisches*).

Gallas, Wilhelm (1968) Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin, De Gruyter (*Beiträge*).

Gallas, Wilhelm (1960) "*Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*" JZ, ss. 686-692 (*Strafbares*).

Gallas, Wilhelm (1954) "*Täterschaft und Teilnahme*" Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Bonn, ss. 121-153 (*Materialien*).

Geib, Gustav (1862) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band II: Allgemeine Lehren, Leipzig, Verlag von S. Hirzel.

Geppert, Klaus (2011) "*Die Mittäterschaft*" JURA, C.33, S.1, ss. 30-38 (*Mittäterschaft*).

Geppert, Klaus (1999) "*Die Beihilfe (§ 27 StGB)*" JURA, S.5, ss. 266-274 (*Beihilfe*).

Geyer, August (1862) Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht, Innsbruck, Wagner.

Glaser, Julius (1864) "*Über Täterschaft und Beihilfe*" Der Gerichtssaal, C.16, ss. 24-55.

Göktürk, Neslihan (2013) Fikri İçtima, Ankara, Adalet.

Gölcüklü, Feyyaz (1967) "*Asıl Faili Bilinmeyen Adam Öldürme ve Müessir Fiil Suçları Üzerine Bazı Düşünceler*" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.22, S.4, ss. 85-110.

Grabow, Stefan/Pohl, Stefan (2009) "*Die sukzessive Mittäterschaft und Beihilfe*" JURA, C.31, S.9, ss. 656-661.

Gropp, Walter (2009) "*Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung*" GA, ss. 265-279 (*Fahrlässige*).

Gropp, Walter/Sinn, Arndt (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, Springer (*AT*).

Grünwald, Gerald (1959) "*Die Beteiligung durch Unterlassen*" GA, ss. 110-123.

Haas, Volker (2014) "*Erscheinungsformen und Problematik der teilweisen Mittäterschaft*" JR, S.3, ss. 104-114 (*teilweisen Mittäterschaft*).

Haas, Volker (2013) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Matt, Holger/ Renzikowski, Joachim) Strafgesetzbuch Kommentar, München, Vahlen (*Matt/Renzikowski*).

Haas, Volker (2008) Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, Berlin, Duncker & Humblot (*Die Theorie der Tatherrschaft*).

Haas, Volker (2007) "*Kritik der Tatherrschaftslehre*" ZStW, C.119, S.3, ss. 519-546 (*Kritik der Tatherrschaftslehre*).

Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günal (2007) "*Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk*" TBB Dergisi, S.71, ss. 25-80.

Hakeri, Hakan (2023) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara, Adalet (*Genel Hükümler*).

Hakeri, Hakan (2006) "*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak*" Ceza Hukuku Dergisi, C.1, S.1, ss. 75-109 (*İştirak*).

Hakeri, Hakan (2003) Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, Seçkin (*İhmal*).

Hakeri, Hakan (1999) "*Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç*" Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, S.3, ss. 239-266 (*Müteselsil Suç*).

Hälschner, Hugo (1858) Das preußische Strafrecht, Bonn, Verlag von Adolph Marcus.

Hamdorf, Kai (2002) Beteiligungsmodelle im Strafrecht, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

Hanrath, Johannes (1941) "*Mittäterschaft und Teilnahme bei fahrlässig begangenen strafbaren Handlungen (§§ 47-49 StGB)*" Inaugural-Dissertation, Universität Köln.

Häring, Daniel (2018) "*Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*" sui-generis, ss. 1-19.

Hartung, Fritz (1954) "*Der „Badewannenfall“: Eine Reminiszenz*" JZ.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1911) Grundlinien der Philosophie des Rechts, Leipzig, Verlag von Felix Meiner.

Hegler, A. (1915) "*Die Merkmale des Verbrechens*" ZStW, ss. 184-232.

Heimberger, Joseph (1896) Die Teilnehmer am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, Freiburg i. B. und Leipzig, J. C. B. Mohr.

Heine, Günter/Weißer, Bettina (2019) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Schönke, Adolf/Schröder, Horst) Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München, C.H.Beck (Schönke/Schröder).

Heinrich, Bernd (2016) Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer (AT).

Heinrich, Manfred (2002) Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, München, C.H.Beck (Rechtsgutszugriff).

Henke, Eduard (1823) Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Erster Teil, Berlin und Stettin, Nicolaische Buchhandlung.

Herzberg, Rolf Dietrich (1991) "*Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?*" JZ, C.46, S.18, ss. 856-862 (Mitvorbereitung).

Herzberg, Rolf Dietrich (1987) "*Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme*" ZStW, C.99, S.1 (Täterschaft).

Herzberg, Rolf Dietrich (1977) Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München, C.H.Beck (TuT).

Herzberg, Rolf Dietrich (1972) Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, De Gruyter (Unterlassung).

Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian (2015) Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, München, C.H.Beck (AT).

Hillenkamp, Thomas (2007) "*Versuch*" Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter (LK).

Hippel, Robert von (1971) Deutsches Strafrecht: Band 2 Das Verbrechen Allgemeine Lehren, Berlin, Heidelberg, Springer.

Hoffmann-Holland, Klaus (2015) Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen, UTB (AT).

Hoffmann-Holland, Klaus (2006) "*Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff*" ZStW, C.118, S.3, ss. 620-638 (Beteiligung).

Honig, Richard (1930) "*Kausalität und objektive Zurechnung*" (Ed. Hegler, August) Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen, Scentia Verlag, ss. 174-201.

Hoyer, Andreas (2017) "*Täterschaft und Teilnahme*" Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 9. Auflage, Köln, Carl Heymanns (SK).

Hoyer, Andreas (1996) *"Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung"* GA, ss. 160-178 (Produkthaftung).

Ingelfinger, Ralph (1995) *"„Schein“-Mittäter und Versuchsbeginn"* JZ, C.50, S.14, ss. 704-714.

İsfen, Osman (2006) *"Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK Md. 220/5)"* HPD, S.7, ss. 53-61.

İşıka, Sertaç (2021) *Gönüllü Vazgeçme*, İstanbul, On İki Levha.

İçel, Kayıhan (2016) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta (Genel Hükümler).

İçel, Kayıhan (1972) *Suçların İçtimai*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Suçların İçtimai).

İçel, Kayıhan (1967) *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul (Taksirden).

İçel, Kayıhan/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener (1999) *Suç Teorisi*, İstanbul, Beta (Suç Teorisi).

İçer, Zafer (2021) *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayırılması*, İstanbul, On İki Levha.

İnci, Zekiye Özen (2020) *"Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)"* Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, ss. 913-980.

Jagemann, Ludwig von (1854) *Criminallexikon: Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland*, Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke.

Jain, Neha (2011) *"The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law"* Chicago Journal of International Law, C.12, S.1, ss. 159-200.

Jakobs, Günther (1996) *"Akzessorietät zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation"* GA, ss. 253-268 (Akzessorietät).

Jakobs, Günther (1991) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter (AT).

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996) *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot.

Joecks, Wolfgang/Jäger, Christian (2021) *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, 13. Auflage, München, C. H.Beck (Studienkommentar).

Joecks, Wolfgang/Scheinfeld, Jörg (2020) *"Täterschaft und Teilnahme"* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 4. Auflage, München, C.H.Beck (MüKo).

Joerden, Jan C. (1988) *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin, Duncker & Humblot.

Johannsen, Sven Leif Erik (2009) *Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung*, Berlin, Duncker & Humblot.

Kamm, Simone (1999) *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Berlin, Duncker & Humblot.

Kangal, Zeynel T. (2022) *Kabahatler Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Adalet (*Kabahatler*).

Kangal, Zeynel T. (2011) "*Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları*" İÜHFM, C.68, S.1-2, İstanbul Üniversitesi, ss. 151-167 (*Cezalandırılabilirliğin*).

Kantarıcı, Nurullah (2023) "*Müşterek Faillikte İcra Hareketlerine Başlama Sorunu*" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.1, ss. 195-227.

Karaaslan, Reşit (2022) *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, Ankara, Seçkin (*Şirket Yöneticilerinin*).

Karaaslan, Reşit (2019) "*Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma*" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*Şahısta Hata*).

Karakehya, Hakan (2023) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

Kaspar, Johannes (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos.

Katoğlu, Tuğrul (2022) *Kesintisiz Suç*, Ankara, Seçkin.

Kaufmann, Armin (1959) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co.

Kaymaz, Seydi (2012) "*5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu*" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.2, ss. 117-168 (*Nitelikli Hallerin*).

Kaymaz, Seydi (2011) "*İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Kişisel Nitelikli Halin Geçişleriyle İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*" Fasikül Hukuk Dergisi, C.3, S.25, ss. 18-21 (*Yargıtay Kararının*).

Keçelioğlu, Elvan (2006) "*Alman Ceza Hukukunda Faillik*" TBB Dergisi, S.65, ss. 73-88.

Kelep Pekmez, Tuba (2019) *Ceza Muhakemesinde Fiil*, İstanbul, On İki Levha.

Keyman, Selâhattin (1980) "*Tipiklik ve Ceza Hukuku*" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.37, S.1, ss. 59-105.

Kılıç, Ahmet (2023) *Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği*, Ankara, Adalet.

Kielwein, Gerhard (1955) "*Unterlassung und Teilnahme*" GA, ss. 225-232.

Kienapfel, Diethelm (1984) *Strafrecht Allgemeiner Teil mit Einführungen in programmierter Form*, 4. Auflage, Berlin, De Gruyter (AT).

Kienapfel, Diethelm (1974) *"Das Prinzip der Einheitstäterschaft"* JuS, S.1, ss. 1-7 (Prinzip).

Kienapfel, Diethelm (1971) *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann (*Einheitstäter*).

Kindhäuser, Urs (2015) *Strafrecht Besonderer Teil I*, 7. Auflage, Baden-Baden, Nomos (*BT- I*).

Kindhäuser, Urs/Zimmerman, Till (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos (*AT*).

Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay (2021) *Özgü Suç*, İstanbul, On İki Levha.

Knauer, Christoph (2001) *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, C.H.Beck.

Koca, Mahmut (2022) *"Müşterek Faillerin Olası Kastla İşledikleri Suçlardan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kararlarının Değerlendirilmesi"* (Ed. Özbek, Veli Özer) İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri- I: Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları, Ankara, Seçkin.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2022) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara, Seçkin (*Genel Hükümler*).

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2016) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, Adalet (*Özel Hükümler*).

Kohlrausch-Lange (1961) *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43. Auflage, Berlin, De Gruyter.

Köhler, Michael (1997) *Strafrecht Allgemeiner teil*, Berlin, Heidelberg, Springer.

Köstlin, Reinhold (1845) *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung.

Kraatz, Erik (2006) *Die fahrlässige Mittäterschaft*, Berlin, Duncker & Humblot.

Krack, Ralf (2005) *"Die Münzhändlerkonstellation – Eine Fallgruppe für die Unterlassungsdelikte?"* ZStW, C.117, S.3, ss. 555-576.

Krey, Volker/Esser, Robert (2016) *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer.

Krey, Volker/Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred (2021) *Strafrecht Besonderer Teil*, Band 1, 17. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer.

Kriegsmann, N. Hermann (1907) *Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach*, Breslau, Schletter'sche Buchhandlung.

Kudlich, Hans (2021) *"Täterschaft und Teilnahme"* (Ed. Heintschel-Heinegg, Bernd von) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 49. Edition, München, C.H.Beck (*Heintschel-Heinegg*).

Kunter, Nurullah (1954) Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları (*Maddi Unsurları*).

Kunter, Nurullah (1947) "Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza" İÜHFM, C.13, S.1, ss. 65-94 (*Suç Ortaklığında*).

Kühl, Kristian (2018) "vor § 13-46" (Ed. Kühl, Kristian/ Heger, Martin) Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, C.H.Beck (*Lackner/Kühl*).

Kühl, Kristian (2016) Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München, Vahlen (*AT*).

Kühl, Kristian (2014) "Täterschaft und Teilnahme" JA, S.9, ss. 668-674 (*Täterschaft*).

Küper, Wilfried (1997) "Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte" GA, ss. 301-334 (*gemeinschaftliche Körperverletzung*).

Küper, Wilfried (1993) "Ein „neues Bild" der Lehre von Täterschaft und Teilnahme" ZStW, C.105, S.3, ss. 445-482 (Ein "neues Bild").

Küper, Wilfried (1979) "Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten: Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft" JZ, C.34, S.23/24, ss. 775-787 (*Versuchs*).

Küper, Wilfried (1978) Versuchbeginn und Mittäterschaft, Heidelberg Hamburg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck (*Versuchbeginn*).

Küpper, Georg (1998) "Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen" GA, ss. 519-529 (*Täterschaftsformen*).

Küpper, Georg (1993) "Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft" ZStW, C.105, S.2, ss. 295-305 (*Tatentschluß*).

Lange, Richard (1935) Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter.

Lesch, Heiko H. (2000) "Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft" JA, S.1, ss. 73-78 (*Tatentschluss*).

Lesch, Heiko H. (1993) "Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung" ZStW, C.105, S.2, ss. 271-294 (*objektiven Zurechnung*).

Lesch, Heiko Hartmut (1992) Das Problem der sukzessiven Beihilfe, Frankfurt am Main, Peter Lang (*sukzessiven Beihilfe*).

Liszt, Franz von (1921) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Auflage, Berlin und Leipzig, De Gruyter.

Lobe, Adolf (1933) Reichs-Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, Allgemeiner Teil nebst systematischer Einführung, 5. Auflage, Berlin und Leipzig, De Gruyter (*LK, 5. Auflage*).

Luden, Heinrich (1847) Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes: Erster Band, Jena, Friedrich Luden.

Luzón Peña, Diego-Manuel/Díaz y García Conlledo, Miguel (2001) "*Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale*" Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, De Gruyter, ss. 575-608.

Lüderssen, Klaus (1967) Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden, Nomos.

Mahmutoğlu, Fatih S./Karadeniz, Serra (2021) Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, İstanbul, Beta.

Maiwald, Manfred (1979) "*Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*" Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, C.H.Beck, ss. 343-367.

Marlie, Marcus (2009) Unrecht und Beteiligung, Baden-Baden, Nomos (*Unrecht*).

Marlie, Marcus (2006) "*Voraussetzungen der Mittäterschaft - Zur Fallbearbeitung in der Klausur*" JA, S.Heft 8/9, ss. 613-616 (*Mittäterschaft*).

Maurach, Reinhart (1954) Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Karlsruhe, C. F. Müller.

Mayer, Max Ernst (1915) Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts: Lehrbuch, Heidelberg, C. Winters.

Meraklı, Sekran (2022) Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları, Ankara, Seçkin.

Mitsch, Wolfgang (2021) "*Versuch als Straftat*" (Ed. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang) Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Bielefeld, Giesecking (*Baumann/Weber/Mitsch*).

Mitsch, Wolfgang (2008) "*Grundzüge des Ordnungswidrigkeitenrechts*" JA, S.4, ss. 241-320 (*Ordnungswidrigkeitenrechts*).

Mosenheuer, Andreas (2009) Unterlassen und Beteiligung, Berlin, Duncker & Humblot.

Murmann, Uwe (2021) Grundkurs Strafrecht, 6. Auflage, München, C.H.Beck (*Grundkurs*).

Murmann, Uwe (2016) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Satzger, Helmut/ Schluckebier, Wilhelm/ Wiedmaier, Gunter) Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Auflage, Köln, Carl Heymanns (*Satzger/Schluckebier/Wiedmaier*).

Murmann, Uwe (1993) Die Nebentäterschaft im Strafrecht: Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, Berlin, Duncker & Humblot (*Nebentäterschaft*).

Nidermair, Harald (1995) "*Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*" ZStW, C.107, S.3, ss. 507-544.

Noltenius, Bettina (2021) "*Mittäterschaft*" (Ed. Hilgendorf, Eric/ Kudlich, Hans/ Valerius, Brian) 3.Cilt, 1, Heidelberg, C.F. Müller (*Hilgendorf/Kudlich/Valerius*).

Nowak, Victor (1912) "*Nebentäterschaft, Quasitäterschaft*" Dissertation, Universität Münster.

Ordeig, Enrique Gimbernat (1968) "*Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*" ZStW, C.80, S.4, ss. 915-943.

Ortmann, Rudolf (1875) "*Zur Lehre vom Kausalzusammenhang*" GA, ss. 268-280.

Otto, Harro (2004) Grundkurs Strafrecht- Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin, De Gruyter (*Grundkurs*).

Otto, Harro (1993) Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, Berlin, De Gruyter (*Strafbarkeit*).

Otto, Harro (1992) "*Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*" Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin, De Gruyter (*Fahrlässigkeitsbereich*).

Otto, Harro (1987) "*Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*" JURA, S.5, ss. 246-258 (*Täterschaft*).

Otto, Harro (1982) "*Anstiftung und Beihilfe*" JuS, ss. 557-566 (*Anstiftung*).

Önder, Ayhan (1992) Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi (*Ceza Hukuku Dersleri*).

Önder, Ayhan (1992) Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III, 2. Bası, İstanbul, Beta (*Genel Hükümler*).

Önok, R. Murat (2019) Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Failik Doktrinleri, Ankara, Seçkin.

Öntan, Yaprak (2021) Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, Ankara, Seçkin.

Özbek, Veli Özer (2007) "*Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi*" CHD, C.Aralık 2007, S.5 (*Nedensellik*).

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin (*Ceza Muhakemesi*).

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar (2022) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Seçkin (*Genel Hükümler*).

Özen, Mustafa (2019) Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet (*Genel Hükümler*).

Özen, Mustafa (2011) Ceza Hukukunda Taksir, Ankara, Adalet (*Taksir*).

Özen, Mustafa (2007) "*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı*" TBB Dergisi, S.70, ss. 239-253 (*İştirak*).

Özgenç, İzzet (2022) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Seçkin (*Genel Hükümler*).

Özgenç, İzzet (2022) Suç Örgütleri, 14. Bası, Ankara, Seçkin (*Suç Örgütleri*).

Özgenç, İzzet (1999) "*Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*" Yargıtay Dergisi, C.25, S.1-2, ss. 70-96 (*TCK Tasarısındaki*).

Özgenç, İzzet (1996) "*Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)*" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), ss. 443-454 (*Davranış Normları*).

Özgenç, İzzet (1996) Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul (*Faillik*).

Özgenç, İzzet (1994) "*Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik*" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, ss. 159-190 (*Müsterek Faillik*).

Özgenç, İzzet (1994) "*Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)*" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, ss. 329-348 (*Kamu Görevi*).

Özkan, Halid (2013) Ceza Hukukunda Azmettirme, Ankara, Adalet.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan (2022) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Baskı, Ankara, Seçkin.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra/Erden Tütüncü, Efser/Özaydın, Özdem/Altınok Villem, Derya/Tok, Mehmet Can (2022) Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 9, Ankara, Seçkin (*Ceza Muhakemesi*).

Özyüksel, Özgün (2021) Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik, Ankara, Seçkin.

Pariona Arana, Raúl (2010) Täterschaft und Pflichtverletzung, Baden-Baden, Nomos.

Pfeiffer, Stefan (2004) "*Notwendigkeit und Legitimität der fahrlässigen Mittäterschaft*" JURA, S.Heft 8, ss. 519-526.

Puppe, Ingeborg (2019) Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos (AT).

Puppe, Ingeborg (2007) "*Der gemeinsame Tatplan der Mittäter*" ZIS, S.6/2007, ss. 234-246 (*Tatplan*).

Puppe, Ingeborg (2004) "*Wider die fahrlässige Mittäterschaft*" GA, ss. 129-146 (*fahrlässige Mittäterschaft*).

Puppe, Ingeborg (1991) "*Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten*" NSTZ, C.12, ss. 571-574 (*konkludentes Verhalten*).

Ranft, Otfried (1982) "*Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*" ZStW, ss. 815-863.

Rengier, Rudolf (2019) Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München, C.H.Beck (AT).

Rengier, Rudolf (2011) "*Die Zurechnung von einzelnen objektiven Tatbeiträgen gemäß § 25 Abs. 2 StGB*" Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, ss. 849-858 (*Zurechnung*).

Renzikowski, Joachim (2014) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz) Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller (*Maurach/Gössel/Zipf*).

Renzikowski, Joachim (2007) "*Die fahrlässige Mittäterschaft*" Festschrift- Harro Otto, Köln, Carl Heymanns, ss. 423-439 (*fahrlässige Mittäterschaft*).

Renzikowski, Joachim (1997) Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen, Mohr Siebeck (*Restriktiver*).

Rotsch, Thomas (2018) "„*Lederspray*“ *redivivus* – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen" ZIS, S.1, ss. 1-13 (*Lederspray*).

Rotsch, Thomas (2011) "„*Gemeinsames Versagen*“ *Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft*" Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot (*Gemeinsames*).

Rotsch, Thomas (2009) „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Tübingen, Mohr Siebeck (*Einheitstäterschaft*).

Roxin, Claus (2019) Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter (*Tatherrschaft (10)*).

Roxin, Claus (2013) "*Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter*" Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot (*Vorbereitungsstadium*).

Roxin, Claus (2006) "*Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*" ZIS, S.7, ss. 293-300 (*Organisationsherrschaft*).

Roxin, Claus (2003) Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München, C.H.Beck (*AT-II*).

Roxin, Claus (1996) "*Zur Mittäterschaft beim Versuch*" Festschrift für Walter Odersky, Berlin, De Gruyter, ss. 489-498 (*Versuch*).

Roxin, Claus (1991) "*Urteil des BGH v. 15.1.1991 - 5 StR 492/9*" JR, S.5, ss. 205-208 (*Anm.*).

Roxin, Claus (1989) Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage, Berlin, De Gruyter (*Tatherrschaft (5)*).

Roxin, Claus (1985) "*Täterschaft und Teilnahme*" Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 10. Auflage, Berlin, De Gruyter (*LK*).

Roxin, Claus (1979) "*Die Mittäterschaft im Strafrecht*" JA, ss. 519-526 (*Mittäterschaft*).

Roxin, Claus (1979) "*Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*" JuS, ss. 1-13 (*Tatentschluß*).

Roxin, Claus (1973) Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter (*Kriminalpolitik*).

Roxin, Claus (1963) Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Auflage, Berlin, De Gruyter (*Tatherrschaft (I)*).

Roxin, Claus/Greco, Luis (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, München, C.H.Beck (*AT-I*).

Roxin, Claus/Isfen, Osman (2005) "Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches" GA, ss. 228-243 (*türkischen Strafgesetzbuches*).

Rudolphi, Hans-Joachim (1979) "Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft" Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München, Beck, ss. 369-387.

Sancar, Türkân Yalçın (2007) "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "Zincirleme Suç"" TBB Dergisi, S.70 (*Zincirleme Suç*).

Sancar, Türkân Yalçın (1998) Çok Failli Suçlar, Ankara, Seçkin (*Çok Failli Suçlar*).

Sancar, Türkân Yalçın (1995) Müteselsil Suç, Ankara, Seçkin (*Müteselsil Suç*).

Sánchez-Vera, Javier (1999) Pflichtdelikt und Beteiligung, Berlin, Duncker & Humblot.

Sarıgül, Ali Tanju (2022) Suça İştirak, Ankara, Seçkin.

Sarıtaş, Erkan (2018) Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 - 221), İstanbul, On İki Levha.

Satzger, Helmut (2015) "Beteiligung und Unterlassen" JURA, C.37, S.10, ss. 1055-1064.

Savaşçı Temiz, Bilgehan (2016) "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı" AÜHFD, C.65, S.4, ss. 2487-2512.

Sax, Walter (1957) "Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission" ZStW, C.69, S.3, ss. 412-440.

Schaal, Alexander (2001) Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, Berlin, Duncker & Humblot.

Schaffstein, Friedrich (1930) Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Berlin, Verlag von Julius Springer.

Schild, Wolfgang (2017) "Täterschaft und Teilnahme" (Ed. Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich) Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos (NK).

Schild, Wolfgang (2009) Tatherrschaftslehren, Frankfurt am Main, Peter Lang (*Tatherrschaftslehren*).

Schilling, Georg (1975) *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Berlin, Carl Heymanns.

Schmidhäuser, Eberhard (1975) *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 2. Auflage, Tübingen, J.C.B Mohr.

Schöneborn, Christian (1975) "*Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht*" ZStW, C.87, S.4, ss. 902-924.

Schroeder, Friedrich-Christian (1965) *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, Duncker & Humblot.

Schumann, Heribert (1986) *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, J.C.B Mohr (*Handlungsunrecht*).

Schumann, Heribert (1979) *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, Berlin, Duncker & Humblot (*Einheitstätersystem*).

Schünemann, Bernd (2007) "*Täterschaft und Teilnahme*" Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter (LK).

Schütze, Theodor Reinhold (1869) *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, Leipzig, J. M. Gebhardt's Verlag.

Schwab, Hans-Jörg (1996) *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, Frankfurt am Main, Peter Lang.

Seelmann, Kurt (1980) "*Mittäterschaft im Strafrecht*" JuS, ss. 571-574.

Seher, Gerhard (2009) "*Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre*" JuS, S.1, ss. 1-7.

Selter, Susanne (2008) *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, Berlin, LIT Verlag.

Sowada, Christoph (1992) *Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot (*notwendige Teilnahme*).

Sowada, Christoph (1986) "*Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt*" JURA, ss. 399-410 (*Täterschaft*).

Soyaslan, Doğan (2016) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin (*Genel Hükümler*).

Soyaslan, Doğan (1987) "*TCK'nun 463. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1-4, ss. 279-306 (*463. Maddesi*).

Sözüer, Adem (2019) "*Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını*" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, ss. 3031-3050 (*TCK Reformu*).

Sözüer, Adem (2007) "*Die Reform des türkischen Strafrechts*" ZStW, C.119, S.3, ss. 717-749 (*Die Reform*).

Sözüer, Adem (1994) Suça Teşebbüs, İstanbul, Kazancı Kitap (*Teşebbüs*).

Steckermeier, Kristina (2015) Der Tatentschluss von Mittätern, Baden-Baden, Nomos.

Stein, Henrike (2002) Die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, Spaniens, Österreichs und Englands, Herbolzheim, Centaurus (*Regelungen*).

Stein, Ulrich (1988) Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, Duncker & Humblot (*Beteiligungsformenlehre*).

Stratenwerth, Günther/Kuhlen, Lothar (2011) Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat, 6. Auflage, München, Vahlen (AT).

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan (2022) Ceza Muhakemesi Hukuku, 13, Ankara, Seçkin.

Şahin, İsmail (2022) Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama, Ankara, Adalet.

Taner, M. Tahir (1953) Ceza Hukuku: Umumî Kısım, 3. Basım, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası (*Umumî Kısım*).

Taşkın Kapusuzoğlu, Beril (2017) Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul, On İki Levha.

Tokdemir, Sercan (2022) Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme, Ankara, Seçkin.

Tozman, Önder (2015) Suça Teşebbüs, Ankara, Adalet (*Teşebbüs*).

Tozman, Önder (2009) "*İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*" TBB Dergisi, C.22, S.82, ss. 201-234 (*İştirak*).

Trechsel, Stefan (1967) Der Strafgrund der Teilnahme, Bern, Verlag Stämpfli & Cie.

Triffterer, Otto (1983) Die österreichische Beteiligungslehre: Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?, Wien, Manz Verlag.

Tulay, Emre (2022) Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata, Ankara, Adalet (*Hata*).

Tulay, Muhammed Emre (2019) "*Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)*" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.38, ss. 89-106 (*Suç Örgütü*).

Türay, Aras "*İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı*" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, ss. 115-154.

Ünver, Yener (2003) Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin.

Valdágua, Maria da Conceição (1986) "*Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten*" ZStW, C.98, S.4, ss. 839-873.

Vogel, Joachim (1993) Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, Duncker & Humblot.

Wächter, Carl Georg (1825) Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts I, Stuttgart, J.B. Metzler'sche Buchhandlung.

Waßmer, Martin (2020) "*Täterschaft und Teilnahme*" (Ed. Leipold, Klaus/ Tsambikakis, Michael/ Zöller, Mark Alexander) Anwaltskommentar StGB, 3. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller (*Anwaltskommentar*).

Weber, Helmuth von (1935) Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, Frommannsche Buchhandlung Walter Biedermann.

Weigend, Thomas (2007) "*§ 13 Begehen durch Unterlassen*" Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 1: §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter (*LK*).

Weisser, Bettina (2011) Täterschaft in Europa, Tübingen, Mohr Siebeck (*Täterschaft*).

Weißer, Bettina (1998) "*Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?*" JZ, S.5, ss. 230-239 (*fahrlässige Mittäterschaft*).

Weißer, Bettina (1996) Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, Berlin, Duncker & Humblot (*Kollegialentscheidungen*).

Welzel, Hans (1975) Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin, De Gruyter (*Abhandlungen*).

Welzel, Hans (1969) Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin, De Gruyter (*Strafrecht*).

Welzel, Hans (1939) "*Studien zum System des Strafrechts*" ZStW, ss. 491-566 (*Studien*).

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut (2020) Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller (*AT*).

Westphal, Ernst Christian (1785) Das Criminalrecht, Leipzig, Weygandsche Buchhandlung.

Winter, Bernhard R. J. (1981) "*Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert*" Inauguraldissertation, Heidelberg, Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg.

Woelk, Birgit (1994) Täterschaft bei zweiaktigen Delikten, Berlin, Duncker & Humblot.

Wuttig, Heinrich Ernst (1902) Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 40.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2014) Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

Yavuz, Hakan A. (2021) "*Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride Ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)*" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.46, Türkiye Adalet Akademisi, ss. 201-254 (*Haksızlık Hatası*).

Yavuz, Hakan A. (2021) "*Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları ile İlişkisi*" Adalet Dergisi, S.66, ss. 497-542 (*Zamanaşımı*).

Yavuz, Hakan A. (2017) "*Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme*" Ankara Barosu Dergisi, C.75, S.3, ss. 161-196 (*Kültürel Miras*).

Yavuz, Hakan A./Ulgar, Orbay Bahri (2023) Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Kaçakçılık Suçları, Ankara, Adalet.

Yavuz, Özge Ceren (2020) Hedefte Sapma ve Ceza Sorumluluğu, Ankara, Seçkin (*Hedefte Sapma*).

Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer (2013) "*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, ss. 797-828.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin.

Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried (2015) Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Beta (*StGB*).

Yerdelen, Erdal (2013) Cezanın Belirlenmesi, Ankara, Adalet (*Cezanın Belirlenmesi*).

Yıldız, Ali Kemal (2007) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.

Yılmaz, Enes (2016) "*Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme*" AÜHFD, C.65, S.4, ss. 2553-2603.

Yılmaz, Zahit (2022) Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Ankara, Adalet (*Dolaylı Faillik*).

Yılmaz, Zahit (2018) "*Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, ss. 122-131 (*Müşterek Faillik*).

Yurtlu, Fatih (2022) İhmali Suçlar, Ankara, Seçkin (*İhmali Suçlar*).

Yurtlu, Fatih (2021) "*Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı*" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.3, ss. 581-638 (*Suç Teorisi Bakımından*).

Yüce, Turhan Tufan (1982) Ceza Hukuku Dersleri, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi.

Zafer, Hamide (2019) "*Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)*" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, ss. 1557-1587.

Zafer, Hamide (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul, Beta (*Genel Hükümler*).

Zieschang, Frank (1995) "*Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?*" ZStW, C.107, S.2, ss. 361-381.

Zimmerl, Leopold (1929) "*Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*" ZStW, C.49, S.1, ss. 39-54.

