

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞTİRAKİN BİR  
TÜRÜ OLARAK DOLAYLI FAİLLİK**

DOKTORA TEZİ

ZAHİT YILMAZ

İstanbul, 2018

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI  
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞTİRAKİN BİR  
TÜRÜ OLARAK DOLAYLI FAİLLİK**

Doktora Tezi

ZAHİT YILMAZ

Danışman: Doç. Dr. Yusuf YAŞAR

İstanbul, 2018

**MARMARA ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ**

**TEZ ONAY BELGESİ**

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi ZAHİT YILMAZ'ın TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞTİRAKİN BİR TÜRÜ OLARAK DOLAYLI FAİLLİK adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.04.2018 tarih ve 2018-11/18 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 08.05.2018

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1. Tez Danışmanı Doç. Dr. YUSUF YAŞAR	
2. Jüri Üyesi Prof. Dr. AHMET GÖKCEN	
3. Jüri Üyesi Prof. Dr. ADEM SÖZÜER	
4. Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi MEHMET EMİN ALŞAHİN	
5. Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi SERDAR TALAS	

## GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	:	Zahit Yılmaz
Anabilim dalı	:	Kamu Hukuku
Programı	:	Kamu Hukuku
Tez Danışmanı	:	Doç.Dr.Yusuf Yaşar
Tez Türü ve Tarih	:	Doktora- Mayıs 2018
Anahtar Kelimeler	:	Dolaylı fail, iştirak, iştirak iradesi, fiil egemenliği, kusurluluk

## ÖZET

### TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞTİRAKİN BİR TÜRÜ OLARAK DOLAYLI FAİLLİK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre iştirakin iki türü mevcuttur. Bunlar faillik ve şerikliklerdir. Türk Ceza Kanunu'nun 37 nci maddesinde dolaylı fail ve müşterek fail, faillik türleri olarak düzenlenmiştir. Alman ceza hukuku ve Türk ceza hukukunun dolaylı faillik bakımından benzer düzenlemeler içerdiğini söylemek mümkündür. Türk Ceza Kanunu, önceki düzenlemenin aksine ( 765 sayılı TCK) dolaylı faili “*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi*” şeklinde tanımlamıştır.

TCK'nın 37/2 nci maddesinde göre dolaylı failin, fail olarak sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Kanun'un 28 nci maddesi azmettirmeyi düzenlemektedir ki azmettirme, dolaylı faillığe benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Dolaylı faillik, yukarıda

ifade edildiği üzere, Kanun'da (m. 37/2) düzenlenmesine rağmen bu maddede hangi durumlarda kişinin dolaylı fail olarak kabul edileceği ayrıntılı bir biçimde düzenlenmemiştir. Dolaylı faillik bakımından önemli olan, herhangi bir kimsenin bir başkasının iradesi üzerinde hakimiyet kurmasıdır. Bu durum farklı yollarla gerçekleşebilir. Fakat bir örgüt aracılığıyla suç işlenmesi diğer dolaylı faillik türlerinden farklı bir konumdadır.

Bazı yazarların dolaylı failliğin yalnızca bir faillik türü olduğu şeklindeki görüşlerine karşın dolaylı faillik yalnızca bir faillik türü olmayıp ayrıca iştirakin de bir türüdür. Bu görüş farklılığı, iştirak iradesinin farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte bazı dolaylı faillik türleri, iştirakin aradığı şartlara sahip değildir. Bu gibi durumlarda dolaylı faillik sadece bir faillik türü olarak kabul edilebilir. Dolaylı failliğin Türk Ceza Kanunu açısından genel bir düzenleme olması nedeniyle dolaylı failliğin çeşitli suç tiplerine ve bazı kurumları açısından ne şekilde uygulanacağının ayrıntılı olarak belirlenmesi amaçlanmıştır.

## GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Zahit Yılmaz  
Field : Public Law  
Programme : Public Law  
Supervisor : Assoc.Dr.. Yusuf Yaşar  
Degree Awarded and Date : Doctorate-May 2018  
Key Words : Indirect Perpetrator, Complicity, Will Of  
Complicity, Domination of the Act, Culpability

## ABSTRACT

### INDIRECT PERPETRATION AS A TYPE OF COMPLICITY IN TURKISH CRIMINAL LAW

According to the Turkish Criminal Code (Law No:5237) there are two types of complicity. These are perpetration and secondary participation. As types of perpetration, indirect perpetrator and joint participants are regulated In Turkish Criminal Code (Law No:5237, Art 37). It is possible to say that, in point of the indirect perpetration, German criminal law and Turkish criminal law contain similar regulations. Although the previous Code (Law no 765) had not defined the concept of indirect perpetrator, the relevant article in the Turkish Criminal Code (Law no 5237) states that “*Any person who uses another as an instrument for the commission of an offence*” is an indirect perpetrator. That article states that the indirect perpetrator shall be culpable as an offender in Art 37/2 of the Turkish Criminal Code. Article 38 of the Code regulates

incitement which is similar to indirect perpetration. Despite indirect perpetration is regulated by Law (Art. 37/2), the article doesn't define in detail under which circumstances a person can be held responsible as "indirect perpetrator". For a person to be considered as indirect perpetrator, it is important that this person dominates the will of someone else. That can appear in different ways. But "committing a crime through an organization" has a different position from the other types of the indirect perpetrations.

Despite some authors consider that indirect perpetration is only a form of perpetration, indirect perpetration should not be considered only as a type of perpetration but also as a type of complicity. This difference of opinion is caused by the disagreement in interpreting the will of complicity. However as some types of indirect perpetration don't meet the requirements of complicity, in such cases indirect perpetration shall be accepted as a sole type of perpetration.

Indirect organization is regulated as a general rule by the Turkish Criminal code. This thesis aims to determine in detail how indirect perpetration can be applied to various types of crimes and to some criminal law institutions.

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	i
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR .....	xi
GİRİŞ .....	15

### § BİRİNCİ BÖLÜM

#### İŞTİRAK KAVRAMI, İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SİSTEMLER, İKİLİK SİSTEMİNİN UYGULANMASI KONUSUNDAKİ TEORİLER, İŞTİRAKİN TÜRLERİ, MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN FAİLLİK

I.İŞTİRAK KAVRAMI .....	23
1.Genel Bilgi .....	23
2. Hukuki Esası .....	26
3. İştirak Halinde İşlenen Suçların Cezalandırılma Nedeni .....	28
4. Çok Failli Suçlar .....	34
II.TARİHİ GELİŞİM .....	40
1.Roma Hukuku .....	40
2.Cermen Hukuku .....	42
3.Müşterek Ceza Hukuku.....	42
4.Anglosakson Hukuk Sistemi.....	43
5.İslam Ceza Hukuku.....	44
6.Osmanlı Hukuku .....	46
7.Cumhuriyet Dönemi Ceza Hukuku.....	48
III.İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SİSTEMLER.....	48
1.Genel Bilgi .....	48
2.Sistemler .....	49



A.Eşitlik Sistemi .....	49
B. Cezanın Faile Göre Tespiti Sistemi.....	54
C.İkilik Sistemi .....	55
D.Değerlendirme.....	58
IV.FAİLLİK KONUSUNDAKİ TEORİLER, FAİLLİK VE ŞERİKLİĞİN AYRILMASI... 59	
1.Genel Bilgi .....	59
2.Sübjektif Teori .....	61
3.Objektif Teoriler .....	65
A.Şekli Objektif Teori.....	65
B.Maddi Objektif Teori.....	67
4.Uygunluk Teorisi .....	68
5.Bütünlük Teorisi .....	68
6. Hakimiyet –Egemenlik Teorisi .....	68
A.Fiil Hakimiyeti Teorisinin Ortaya Çıkış Biçimleri.....	72
a.Hareket Üzerinde hakimiyet.....	72
b.İrade Üzerinde Hakimiyet.....	73
c.Fonksiyonel Hakimiyet .....	73
V. İŞTİRAKİN TÜRLERİ.....	76
1. Genel Bilgi.....	76
A.765 Sayılı Kanunda İştirak Türleri.....	77
B.5237 Sayılı Kanun’da İştirak Türleri.....	80
2.Kanaatimiz .....	83
VI. FAİLLİK KAVRAMI.....	85
1.Genel Bilgi .....	85
2.5237 sayılı TCK’ya Göre Faillik Türleri .....	88
3.Fail Kavramının Yorumlanmasına İlişkin Görüşler.....	91
A.Genel Bilgi .....	91
B.Dar Faillik.....	91
C.Geniş Faillik .....	93
4.Genel Değerlendirme .....	95
VII. MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN FAİLLİK .....	100
1.Genel Bilgi.....	100

2.Eşit Faillik Sisteminin Geçerli Olduğu Ülkeler .....	101
3.Eşit Faillik Sisteminin Geçerli Olmadığı Ülkeler .....	104
4.Uluslararası Hukuk ve Çeşitli Metinler Açısından İştirak .....	116

## Ş İKİNCİ BÖLÜM

### FAİL, DOLAYLI FAİLLİK, DOLAYLI FAİLLİĞİN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

I.FAİL .....	118
1.Tanım ve Suç Teorisindeki Yeri .....	118
2. Tüzel Kişilerin Ceza Mesuliyeti .....	119
II.DOLAYLI FAİLLİK.....	123
1.Kavram.....	123
2.Dolaylı Failliğin İştirakin Bir Türü Olup Olmadığı Sorunu .....	127
A.Genel Bilgi .....	127
B.Kanaatimiz.....	130
3.TCK'daki Çeşitli Düzenlemelerin, Dolaylı Faillik Kurumu ile İlişkisi .....	135
4.Dolaylı Faillik Açısından Araç Olarak Kullanma.....	137
5.Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri.....	142
A.Genel Bilgi .....	142
B.Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimlerine İlişkin Doktrin, İçtihat ve Kanuni Düzenleme .....	143
C.Tipiklik Unsuru ve Dolaylı Faillik İlişkisi .....	149
a. Suçun Araç Kişi Açısından Tipik Olmaması .....	149
aa.Genel Bilgi.....	149
bb. Kişinin kendisine karşı suç işletilmesi .....	150
cc. İntihara Yönlendirme Suçu Açısından Değerlendirme.....	156
D.Manevi Unsur ve Dolaylı Faillik.....	158
a.Genel Bilgi .....	158
aa.Araç Kişinin Kasten Hareket Etmemesi .....	158
<b>aaa.Taksirli Davranan Kişiyi Uyarılmamak Suretiyle Dolaylı Faillik .....</b>	<b>163</b>
<b>bbb.Araç Kişinin Taksirle ve Bilinçsiz Taksirle Hareket Etmesi Durumu .....</b>	<b>165</b>

ccc.Dolaylı Faillik Açısından Objektif İsnadiyet.....	166
bb.Saik Konusunda HataYoluyla Dolaylı Faillik.....	167
cc.Kaçınılabılır Hata Durumu ve Dolaylı Faillik .....	171
E.Hukuka Aykırılık Unsuru ve Dolaylı Faillik .....	172
a.Genel Bilgi .....	172
b.Hakkın Kullanılması veya Görevin İcrası Hali Kapsamında Dolaylı Faillik.....	173
c.Meşru Savunma.....	179
d.İlgilinin Rızası.....	182
F.Kusurluluk ve Dolaylı Faillik .....	183
a.Genel Bilgi .....	183
b.Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Çeşitli Nedenler.....	184
aa. Cebir Yoluyla Dolaylı Hakimiyet ve Cebirin Ölçütü .....	185
bb.Tehdit Yoluyla Dolaylı Faillik.....	187
cc. Kusur Yeteneği Olmayan ya da Kusur Yeteneği Azalmış Kişilerin Suçun İşlenmesinde Kullanılması .....	189
aaa.Yaş Küçüklüğü .....	192
bbb.Sağırılık ve Dilsizlik.....	196
ccc.Akıl Hastalığı.....	197
dd. Araç Kişinin İşlediği Fiilin Haksızlığı Konusundaki Yanılgısı .....	202
ee. Amirin Emrinin Hukuka Aykırılığının Denetlenmesinin Mümkün Olmaması	206
ff.Zorunluluk Hali .....	210
G.Organize Güç Yapısından Kaynaklanan Dolaylı Faillik.....	213
a.Diğer Dolaylı Faillik Türlerinden Ayrım .....	213
b.Tarihi Gelişim ve Teorinin Uygulanmasına İlişkin Çeşitli Örnekler .....	214
c. Teori Hakkında Genel Bilgiler .....	217
d. Türk Ceza Kanunu Açısından Organize Güç Aracılığıyla Dolaylı Faillik .....	222

## § ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DOLAYLI FAİLLİK KURUMUNUN DİĞER İŞTİRAK TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ VE DOLAYLI FAİLLİK İLE İLGİLİ DİĞER DURUMLAR

I. DOLAYLI FAİLLİK KURUMUNUN DİĞER İŞTİRAK TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ.....	227
--	-----

1.Dolaylı Faillik ve Doğrudan Faillik İlişkisi .....	227
A.Genel Bilgi .....	227
B. Dolaylı Faillik ve Yan Yana Faillik Durumlarının Farkı ve İlişkisi.....	234
2.Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik İlişkisi .....	237
A.Kavram ve Genel Bilgi.....	237
B.Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik İlişkisi.....	243
3.Dolaylı Faillik ve Azmettirme .....	246
A.Kavram.....	246
B-Dolaylı Faillik ile Azmettirme Kurumlarının Birbirinden Farkı ve İlişkisi .....	250
<b>II.DOLAYLI FAİLLİK İLE İLGİLİ DİĞER DURUMLAR.....</b>	<b>256</b>
1.Dolaylı Faillik Açısından Teşebbüs.....	256
2.Dolaylı Faillik Açısından Gönüllü Vazgeçme .....	259
3. Özgü Suçlar Açısından Dolaylı Faillik .....	261
4.İhmali Suçlar Açısından Dolaylı Faillik .....	270
A.Gerçek İhmali Suçlar.....	271
B. Görünüşte İhmali Suçlar (Yükümlülük Suçları).....	272
5.Taksirli Suçlar Açısından Dolaylı Faillik .....	276
6.Dolaylı Faillik Halinde Sınırın Aşılması .....	278
7.Dolaylı Faillikte Hata Halleri.....	284
8- Kabahatlere İştirak ve Kabahatler Açısından Dolaylı Faillik.....	291
<b>SONUÇ .....</b>	<b>296</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>307</b>



## KISALTMALAR

<i>ABD.</i>	Amerika Birleşik Devletleri
<i>AD.</i>	Adalet Dergisi
<i>Art.</i>	Artikel
<i>AT.</i>	Allgemeiner Teil
<i>AÜHFD</i>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>b.</i>	Bent
<i>bkz.</i>	Bakınız
<i>C.</i>	Cilt
<i>c.</i>	Cümle
<i>CD.</i>	Ceza Dairesi
<i>CGK.</i>	Ceza Genel Kurulu
<i>CHKD.</i>	Ceza Hukuku Kriminoloji Dergisi
<i>CMK.</i>	Ceza Muhakemesi Kanunu
<i>Çev.</i>	Çeviren
<i>dn.</i>	Dipnot
<i>E.</i>	Esas
<i>Ed.</i>	Editör
<i>f.</i>	Fıkra

<b>GA.</b>	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<b>İÜHFM.</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>JuS.</b>	Juristische Schulung
<b>K.</b>	Karar
<b>kn.</b>	Kenar Numarası
<b>krş.</b>	Karşısında
<b>m. (Md.)</b>	Madde
<b>MHAD.</b>	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>NATO</b>	Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü
<b>No.</b>	Numara
<b>RG.</b>	Reichsgericht
<b>OWIG</b>	Ordnungswidrigkeitenrecht
<b>S.</b>	Sayfa
<b>S</b>	Sayı (Sy.)
<b>Sk.</b>	Sayı Kanun
<b>StGB.</b>	Strafgesetzbuch
<b>T.</b>	Tarih
<b>TAAD</b>	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<b>TBB</b>	Türkiye Barolar Birliği
<b>TBMM.</b>	Türkiye Büyük Millet Meclisi

***TCK. (TCY)*** Türk Ceza Kanunu

***vb.*** Ve benzeri

***vd.*** Ve devamı

***Y.*** Yıl

***Yarg.*** Yargıtay

***ZTSW.*** Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft







## GİRİŞ

Suç, doktrinde “toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin bilerek ve istenerek ihlalini (kast) veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği (taksir) ifade eden insan davranışları” olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Suçun hangi unsurlardan oluştuğuna ilişkin doktrinde bir çok görüş mevcuttur<sup>2</sup>. Bu unsurların tamamının gerçekleşmesiyle suç da işlenmiş olur.

Suç adı verilen toplumsal yaşama düzenini ihlal edici fiiller ve karşılığında öngörülen yaptırımlar, kanunlarda genel olarak tek kişi tarafından işlenebilen, tamamlanmış, tek fiille tek bir neticenin oluştuğu şekliyle düzenlenmektedir. Bununla birlikte gerçekte durum her zaman bu istikamette olmaz. Örneğin çoğu zaman suçlar birden fazla kişi tarafından birlikte işlenir<sup>3</sup>. Bu nedenle kanunlar suçun tamamlanmaması, birden fazla kişi tarafından işlenmesi gibi özel durumlar açısından faillerin eylemlerinin cezasız kalmaması için çeşitli kurumlar öngörmüştür. İşte bu tamamlayıcı kurumlara suçun özel görünüş biçimleri adı verilmektedir.

Teşebbüs ve içtima ile birlikte suçun özel görünüş biçimlerinden biri olan iştirak, kanunen tek kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişi tarafından, aralarında yaptıkları anlaşma ve fiilin işlenişine katkıda bulunmak suretiyle birlikte işlenmesidir<sup>4</sup>. İştirak müessesinin amacı da bu suç ortaklarının katkılarının normatif olarak cezai sorumluluğa etkisinin değerlendirilmesidir<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> **Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet- Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,11.Baskı, Ankara 2017, s.195.

<sup>2</sup> **Artuk- Gökçen- Alşahin- Çakır**, s.196 vd.

<sup>3</sup> **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.Bası, Ankara 2017, s. 514.

<sup>4</sup> Tanım için bkz. **Artuk- Gökçen- Alşahin- Çakır**, s. 641; **Koca, Mahmut- Üzülmöz, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2017, s.438; **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014, s. 509.

<sup>5</sup> **Özgenç**, s.515.

Suç, tek bir kişi tarafından işlendiği takdirde gizli kalma ihtimali daha yüksektir. Menfaat çatışması ihtimalinde suç ortağı olmayacağı için suçun kim tarafından işlendiğinin saklı kalması da muhtemeldir. Bununla birlikte suçun birden çok kimse tarafından işlenmesi halinde mağdurun mukavemet gücünün azalması, failin etkinliğinin artması suretiyle suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Bazı suçların bir iş bölümü dahilinde işlenmesi ise neredeyse mecburi hale gelmektedir (*örneğin insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı suçları*)<sup>6</sup>. Yukarıda ana hatlarıyla izah etmeye çalıştığımız husus, suça iştirakin konusunun, yani birden fazla kişinin, bir suçun işlenişine katılmaları halinde ne şekilde sorumlu tutulacakları olduğudur<sup>7</sup>.

Suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, iştirak türlerinin neler olduğu kanunda açık bir biçimde düzenlenmelidir. Nitekim mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da iştirak türleri “aslî ” ve “fer’î iştirak” şeklinde ikiye ayrılmıştı. “Asli iştirak”, “aslî maddî iştirak” ve “aslî manevî iştirak” olarak ikiye ayrılmış; fer’î iştirak halleri ise tek tek sayılmıştı. Asli maddi iştirak, fiili irtikap eden ve doğrudan doğruya beraber işleyen ve fiili irtikap eden olarak düzenlenmiş, azmettirme ise asli manevi iştirak türü olarak kabul edilmişti. İştirak konusunu 765 sayılı Kanun’dan farklı bir şekilde düzenleyen 5237 sayılı TCK, iştirak konusunda şeriklik ve faillik şeklinde bir ayrımı kabul etmiştir<sup>8</sup>. Faillik türleri olarak müşterek faillik, müstakil faillik ve dolaylı failliği kabul eden kanun şeriklik başlığı altında azmettirme ve yardım etmeyi düzenlemiştir. Ayrıca çalışmamızın konusunu oluşturan dolaylı faillik ve bağıllık kurallarına yer verilmesi de iştirak açısından oldukça önemli gelişmeler olarak görülmelidir.

TCK’nın genel hükümler başlıklı 1.kitabının ceza sorumluluğunun esasları başlıklı ikinci kısmının suça iştirak başlıklı dördüncü bölümünün 37 nci maddesinde

---

<sup>6</sup> Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 23.

<sup>7</sup> Aydın, s. 24.

<sup>8</sup> 1/593 - 08.03.2004 Esas ve 60 Karar nolu Adalet Komisyonu Raporu’nda“*Kasten işlenen suçların işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerinin belirlenmesinde, faillik ve şeriklik ayırımına sadık kalınmıştır. Bu ayırmada, objektif ölçütler esas alınmıştır. Buna göre, kişinin suça iştirak dolayısıyla sorumluluk statüsünün belirlenmesinde, suçun işlenişine bulunduğu katkının, gerçekleştirilen suçun icrası üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulacaktır*” denilmek suretiyle azmettirme-yardım etmenin **şeriklik** olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte doktrinde farklı sınıflandırmalara rastlamak mümkündür. Örneğin *Hakeri*, iştirak şekillerini, asli iştirak ve yardım etme olarak kabul etmekte, asli iştirakin altında da faillik ve azmettirmeyi incelemektedir. **Hakeri**, s. 535.

“Faillik” başlığı altında “(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde iştirak türleri, fiilin üzerinde hakimiyet kurma ölçüsü açısından ele alınmış ve faillik, azmettirme ve yardım etme olarak belirlenmiştir.

Fail kelime anlamı itibariyle yapan işleyen, terim anlamı itibariyle hukuki sonuç doğuracak bir suç işleyen kimse olarak ifade edilmektedir<sup>9</sup>. Doktrinde fail, 37.maddenin tanımı ile birlikte kanuni tipteki fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>.

TCK’nın 37 nci maddesinin ikinci fıkrasında, “Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır” şeklindeki düzenleme ile doktrinde dolaylı faillik olarak ifade edilen faillik türü tanımlanmıştır. Sonuç olarak doğrudan faillik (*müstakil faillik*), müşterek faillik, dolaylı faillik ve müstakil faillik içerisinde ele alınan yan yana faillik olmak üzere dört türlü faillik biçimi kabul edilmektedir. Buna göre ceza normundaki haksızlığı fail tek başına gerçekleştiriyorsa müstakil faillik, haksızlık birden fazla kişi tarafından müştereken gerçekleştiriliyorsa müşterek faillik, suç bir başkası aracılığıyla gerçekleştirilmekte ise dolaylı faillik ve nihayet birbirinden habersiz kişiler birlikte suçu işliyorlar ise yan yana faillikten bahsedilmektedir<sup>11</sup>. Bu ayırımın dayanağını oluşturan kriterin genel olarak faillik için aranan kriter olan fiil üzerinde hakimiyet olduğu ifade edilmektedir<sup>12</sup>. İleride izah edileceği üzere buna göre dolaylı failliğin irade üzerindeki hakimiyete, doğrudan failliğin hareket üzerindeki hakimiyete, müşterek failliğin ise müşterek faillerin fonksiyonel hakimiyetine dayandığı ifade edilebilecektir.

Dolaylı faillik, TCK’nın 37 nci maddesinin ikinci fıkrasında bir başkasının suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması şeklinde düzenlenmiştir. Dolaylı failliğin

<sup>9</sup> www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi 06.08.2014).

<sup>10</sup> Artuk- Gökçen-Alşahin-Çakır, s.290.

<sup>11</sup> Faillik türleri için bkz. Artuk- Gökçen- Alşahin- Çakır, s.648 vd.; Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 21; Koca-Üzülmez, 444 vd. Hakeri, s.511.

<sup>12</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 145.

birden çok görünüm şekli vardır<sup>13</sup>. “Araç” kavramı genel anlamda gerek kişinin farkında olmadan kullanılması, gerekse de farkında olmasına karşılık kendisinin araç olarak kullanılmasına karşı koyamaması şeklinde ifade edilebilir. Kanun’un 38 nci maddesinde düzenlenen azmettirme bakımından ise düzenleme “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır” şeklindedir. Dolaylı faillikte de azmettirme halinde de bir kimsenin suça yönlendirilmesi söz konusudur. Özellikle kusur yeteneği olmayan ya da kusur yeteneği az gelişmiş kişilerin suça yönlendirilmesi halinde azmettirmenin mi yoksa dolaylı failliğin mi söz konusu olduğunun saptanması gerekmektedir. Ayrıca organize suçlarda da benzer bir sorun mevcuttur. Organize suç örgütlerinin gücünden yararlanılması yoluyla ortaya çıkan dolaylı faillik konusu da tartışılmalıdır.

Bir görüşe göre iştirak bir drama benzer, bir dramda birden çok sahne olduğu gibi suç işlenmesi sürecinde de birden çok aşama vardır ve bu aşamada yer alan kişilerin bir kısmı bütün aşamalarda görülürken ikinci aşamadakiler sadece belli alanlarda görülmektedir<sup>14</sup>. İşte iştirak hükümleri aşağıda da ifade edeceğimiz üzere bir suçun işlenişine birden fazla kimsenin nedensel değer taşıyan fiillerle katılmaları halinde sorumluluklarının belirlenmesi için ihtiyaç duyulan düzenlemelerdir.

Suçta iştirak etmek birden çok biçimde gerçekleşebilir. Yukarıda verilen dram örneğini geliştirirsek suç işlenmesinde kimileri başrodedir, bu kişilerden bazıları sadece senaryoyu yazar. Kimi katılanlar ise senaryo yazmakla yetinmez bizzat bu oyunun içinde yer alır, kimileri tek başına bu oyunda yer almak isterler ise de tek başına başarılı olamayacaklarını ya da istenen neticeyi elde edemeyeceğini düşünerek daha etkili bir eser ortaya koymak için rol arkadaşı arar ve oyunun icrasını ve hakimiyeti elinde bulundurur. Ancak bir de bu kişiler kadar katkıları olmasa da belli aşamalarda devreye girerek ortaya bir eser konulmasında netice açısından ciddi şekilde önemli ya da bu ölçüde olmasa da nedensel değer taşıyan hareketlerde bulunan kişiler vardır. Sonuçta

---

<sup>13</sup> Bkz. **Koca-Üzülmez**, s.453 vd.

<sup>14</sup> **Yüce, Tufan Turhan**, Ceza Hukuku Dersleri, C. 1, Manisa 1982, s. 361; **Taner, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3.Basım, İstanbul 1953, s.522. *Taner*, “başlıca rolleri oynayanlar” ile “tali surette işe karışmış” olanların ne şekilde sorumlu tutulacağını, suç birliği ve suç ayrılığı nazariyelerine işaret ettiğini ifade etmektedir. bkz. s.523.

bütün bu çabalar neticesinde icrasına başlanan ve tamamlanan ya da istenerek ya da istenmeyerek yarım kalmış bir eser konulur.

İştirak hükümleri ortaya konulan bu eserde kişilerin sorumluluk derecelerini ortaya koymaya yarayan hukuki bir müessesedir. Bu anlamda iştirak türleri arasında bir çok tasnif yapılmakla birlikte ister asli maddi, ister sadece fail denilsin asıl rol her zaman için “*faillik*” kurumundadır. Bir suça ilişkin plan ya da senaryo ne kadar başarılı olarak hazırlanırsa hazırlansın fail olmaksızın hiçbir anlam ifade etmez.

Failin cezai sorumluluğu farklılaşabilir. Fail kimi zaman çeşitli sebeplerle ceza almaz, bazen azmettirenenden daha az ceza alır hatta bazen bir başkası tarafından araç olarak kullanıldığı için suç işlediğinin farkında dahi değildir. Bununla birlikte fiil ve onun faili olmadan suç işlenemez. İcrai ya da ihmali her suçta bir fail vardır. Bu nedenle suçun maddi unsurlarından olan fail ve iştirak içerisinde ele alınabilecek “*faillik*” ceza hukuku açısından olmazsa olmaz bir konuma sahiptir. Zira suçlar ancak bir fail tarafından gerçekleştirildiği ya da gerçekleştirilmeye en azından teşebbüs edildiği takdirde somut olarak ortaya çıkan tipik hukuka aykırılıklardır.

Çalışmamızda iştirakin bir türü olarak dolaylı faillik müessesini ele almayı amaçladığımızdan öncelikle “*iştirak*” kavramı ve “*iştirak türlerinin*” tespitinin gerekli olduğunu düşünmekteyiz. İştirak kavramı ile suç ortaklığı kanaatimizce aynı anlama gelmektedir. Bahse konu kavram ileride de ifade edileceği üzere faillik ve şerikliği kapsayan üst bir kavramdır. Bu açıdan bakıldığında iştirakin bir türü olarak dolaylı faillik şeklindeki bir konu sınırlandırması her ne kadar sadece belli tip faillik biçimlerini incelemeyi yeterli kılmakta ise bağlantıları sebebi ile öncelikle iştirak kavramı izah edilmeye ardından faillik konusu kendisi ile ilgili kavramlar ile birlikte incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın temel amacı iştirakin bir türü olarak dolaylı faillik konusunun açıklanması ve suç teorisi içerisindeki yerinin net bir şekilde ortaya konulmasıdır. Çalışma iştirakin bütün yönleriyle incelenmesini değil sadece bir iştirak türü olarak dolaylı failliği olabildiğince detaylı bir biçimde ele almayı amaçlamaktadır. Hiç şüphesiz dolaylı faillik kavramı, genel anlamıyla iştirak konusuna temas edilmeksizin

izah edilemez. Bununla birlikte, çalışmanın dolaylı faillik konusunun açıklanması esasından ayrılmaması amaçlanmıştır.

Ceza Hukuku teorik bir esasa dayanmakla birlikte, bu hukuk dalının uygulamadan bağımsız bir şekilde ele alınması mümkün değildir. Her somut olay açısından ayrı bir dolaylı faillik tanımlaması yapılamayacağı veya böyle bir yola gidilmesi halinde adaletsiz sonuçlar doğabileceğine göre genel tanımlamaların yapılması gerekmektedir. Bu yapılırken ceza hukukunun temel ilkelerinden vazgeçilmeden, uygulama ve mukayeseli hukuk açısından ileri sürülen yaklaşımlar göz önünde bulundurularak ve yaşamın gerçekleri göz ardı edilmeksizin mümkün olduğunca nesnel davranılmalıdır. Bu anlamda yukarıda yapılan problem tanımlamaları ve problemlerin ele alınmasıyla ortaya çıkacak diğer hususlar birbiriyle bağlantılı bir biçimde, belli bir sistematik altında ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmada iştirak müessesinin alt başlıklarına da zaman zaman temas edilecekse de çalışmanın ana konusunu dolaylı faillik oluşturacaktır. Bilindiği üzere iştirak, maddi ceza hukukunun bir türüdür. Çalışmada mukayeseli hukuka özellikle de 5237 sayılı Kanun'un hazırlanmasında etkili olduğu bilinen Alman ceza hukukuna temas edilecektir. Faillik ya da dar anlamda dolaylı faillik konusu şüphesiz kriminoloji, ceza muhakemesi hukuku gibi bir çok dalla da ilişkilidir. Bununla birlikte çalışma esas itibarıyla bir maddi ceza hukuku kurumu olması sebebiyle dolaylı failliğin maddi ceza hukuku boyutunu esas almayı amaçlamaktadır. Çalışmamızın bu konuyu ele almasındaki en önemli gerekçemiz, dolaylı failliğin şu ana kadar genel olarak bağımsız olarak yeterince değerlendirilmemesi olmuştur.

Çalışmamız başlıca üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde “İştirak Kavramı” başlığı altında düzenlenen bölümde öncelikle iştirak kavramı hakkında genel bilgi verilmekte ardından iştirakin tarihi gelişimi incelenmektedir. Bu anlamda tarihi gelişim, faillik ve şeriklik ayırımına da değinilmektedir. İştirak halinde işlenen suçların cezalandırılma nedenine de temas edilerek iştirakin neden cezayı gerektiren bir hal olduğuna ilişkin görüşlere değinilecektir. Suçun birden fazlakışı ile birlikte işlenmesinin diğer bir türü olan çok faili suçlar ile iştirak kavramları arasında yakın bir ilişki vardır. Çalışmamızda çok faili suçlar ile iştirak arasındaki yapısal farklılıklara da dikkat

çekilmektedir. Bu bölümde ayrıca iştirakin cezalandırılmasına ilişkin sistemler hakkında genel olarak bilgi verilmeye gayret edilecektir. Faillik ile şerikliğin ayrılması suça iştirak eden kişilerin sorumluluğunun ne şekilde tayin edileceği açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde faillik hakkındaki teoriler ve faillik ile şerikliğin ayrılması konusundaki genel teorilere temas edilecektir. Çalışmamızın kapsamı iştirakin bir türü olarak dolaylı faillik olduğundan 765 sayılı TCK ve 5237 sayılı TCK'da iştirakin türlerinin neler olduğu hakkında bilgi verilmesi amaçlanmaktadır. Faillik kavramı başlığı altında 5237 sayılı Kanun açısından faillik türleri ve faillik kavramının yorumlanmasına ilişkin teorilere değinildikten sonra mukayeseli hukuk açısından iştirak türleri ve faillik açısından bilgiler verilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde fail başlığı altında kısaca fail unsuruna temas edilecek ve Türk ceza hukuku açısından kimlerin fail olabileceği hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Çalışmanın ana bölümünü oluşturan bu bölümde dolaylı faillik kavramı ve dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığı hakkında doktrin ışığında çeşitli değerlendirmelerde bulunulacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda genel bir kurum olarak yer verilen dolaylı faillik bir kimsenin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması şeklinde tanımlandığından, araç olarak kullanmanın ne anlama geldiği konusuna da bu bölümde değinilecektir. Bu bölümde esas olarak dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimlerine temas edilecek olup tasnif, dolaylı failliğin sistematik olarak suçun unsurları ve kusurluluk ile ilişkilendirilerek ve organize güç yapılarının sağladığı hakimiyet kapsamında ele alınması suretiyle yapılacaktır. Bu kısımda doktrindeki görüşlere yer verilerek bir sonuç ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde dolaylı faillik kurumunun diğer iştirak türleri ile ilişkisi ve dolaylı faillik ile ilgili özel bazı durumlara değinilecektir. Diğer iştirak türleri açısından dolaylı failliğin doğrudan faillik, müşterek faillik ve azmettirme ilişkisi ele alınarak bu açıdan ilgili kurumların ilişkisi ve farkları ortaya konulacaktır. Bu bölümde ayrıca dolaylı faillik ile ilgili diğer kurumlar açısından teşebbüs, gönüllü vazgeçme hallerinin ne şekilde gerçekleşeceği hakkında düşüncelere de yer verilecektir. Dolaylı faillik kurumunun daha iyi anlaşılması açısından kurumun özgü suçlar, ihmali



suçlar, taksirli suçlar açısından ne şekilde tatbik edileceği hususları ve dolaylı faillik halinde hata hükümleri ve kabahatler açısından dolaylı faillik kurumu çeşitli yönleriyle ele alınacaktır.



## § BİRİNCİ BÖLÜM

# İŞTİRAK KAVRAMI, İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SİSTEMLER, İKİLİK SİSTEMİNİN UYGULANMASI KONUSUNDAKİ TEORİLER, İŞTİRAKİN TÜRLERİ, MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN FAİLLİK

### I.İŞTİRAK KAVRAMI

#### 1.Genel Bilgi

Suç adı verilen toplumsal yaşama düzenini diğer hukuka aykırı davranışlara nazaran daha ağır şekilde ihlal eden fiiller ve karşılığında öngörülen yaptırımlar hukuk sistemlerinde çeşitli biçimlerde düzenlenmiştir. Suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi istisnalar haricinde birden fazla kişi tarafından birlikte de işlenebilir. Bununla birlikte suçlar kanunlarda, kural olarak tek bir kişi tarafından işlenebileceği dikkate alınarak düzenlenir<sup>15</sup>. Zira suç klasik açıdan bireysel bir tepki ve haksızlıktır. Bu nedenle suça iştirak durumunun “*olağan suç teorisi*” dışında kaldığı ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

Kelime anlamı olarak ortaklık, ortak olma, paydaşlık, bir işte yer alma, paydaşlık etme, bir işe, bir düşünceye katılma, katılım anlamına gelen iştirak<sup>17</sup> tipik olarak tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde suçun işlenişine maddi ve manevi biçimde katılan kişilerin ceza

<sup>15</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.641; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2014 s. 479; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2014, s. 359; Hafizoğulları, Zeki- Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.346; Özen, Mustafa, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı, s.239, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-342> (Erişim Tarihi: 21.08.2015); Özbek, Veli Özer, TCK. İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Genel Hükümler, (Madde 1-75), 4.Bası, Ankara 2010, s.634; Evik, Sonay Vesile, Suça İştirakte Yardım Edenin Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2011, s.5.

<sup>16</sup> İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul 2016, s.532.

<sup>17</sup> Güncel Türkçe Sözlük

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5875f6e5c38d55.69953050](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5875f6e5c38d55.69953050) (Erişim Tarihi:11.01.2017).

sorumluluklarının sınırlarını, sorumluluk statülerini belirleyen hukuki düzenleme<sup>18</sup> olarak anlaşılmaktadır. Kısaca bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesine iştirak denilmektedir<sup>19</sup>. İştirak için yasa dışı anlaşma tabiri de kullanılmaktadır<sup>20</sup>.

Klasik açıdan durum bu şekilde olmakla birlikte gelişen insan ilişkileri ve karmaşıklaşan ekonomik faaliyetler gibi etkenler nedeniyle çağdaş suçluluk açısından suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin sıklıkla görüldüğü söylenmelidir<sup>21</sup>. Suçun tek bir kişi tarafından işlenmesinin suçlu adına faydalı yönleri olduğu gibi sakıncalı yönleri de olabilir.

Suçun tek bir kişi tarafından işlenmesi, işlenen suçun ve dolayısıyla da suçluların açığa çıkmama ihtimalini de yükseltir. Zira menfaat çatışması olmadığı için suçu açığa çıkaracak bir suç ortağı da olmayacak ve böylece suçun açığa çıkması zorlaşacaktır. Her ne kadar kişilerin kendilerinin de ortağı olduğu bir suçu adli makamlara ihbar etmeleri ya da açığa vurmaları genel olarak beklenemez ise de suç ne kadar çok kişi tarafından bilinirse, adli makamlar tarafından öğrenilme ihtimali de bir o kadar yükselecektir. Özellikle gelişen teknoloji karşısında kişilerin farkında olmadan suç mahallinde ya da başka yerlerde birçok delil bıraktığı göz önünde bulundurulduğunda suça iştirak edenlerin sayısının artmasının suçun açığa çıkmasında ne derece önemli olduğu görülmektedir.

Suçun tek başına işlenmesi, ulaşmak istediği amaca tek başına erişmesi açısından faile ciddi bir avantaj sağlamaktadır. Saik, suçun oluşması için kural olarak

---

<sup>18</sup> Tanım için bkz. **Artuk-Gökcen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.641; **Demirbaş**, s. 479; **Hafizoğulları – Özen**, s.346; **Hakeri**, s. 509; **Tan, Mehmet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Cilt 35-75, Ankara 2011, s.1462; **Öztürk-Erdem**, s.360. Ayrıca bkz. **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.514 vd.; **Centel, Nur- Zafer, Hamide- Çakmut,Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10.Bası, İstanbul 2017, s.486; **Koca- Üzülmöz**, s. 438; **Mahmutoglu, Fatih Selami, Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Cezai Sorumluluğu**, İÜHFM, C:LXIII, S.1-2, 2005, s.57; **Aydın**, s.24.

<sup>19</sup> **Malkoç, Şeref**, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ( Madde1-187),1.Cilt, İstanbul 2007, s.249.

<sup>20</sup> **Hakeri**, 496. Zafer de iştirak ilişkisini ortaklık durumunun, gayrimeşru bir görünümü olarak ifade etmektedir. **Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6.Bası, İstanbul 2016, s.460.

<sup>21</sup> **İçel**, s.531; **Öztürk –Erdem**, s.359; **Hacıfazhoğlu, Ali**, Suça İştirak, Ankara 2014, s.11. Bir görüşe göre modern hayat, sadece meşru ekonomik faaliyetler açısından değil suç işlemek açısından da bir araya gelmeyi zorunlu kılmaktadır. **Toroslu, Nevzat-Toroslu, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2016, s.315.

aranan bir unsur değildir. Bununla birlikte bireylerin suç işlemleri çoğunlukla çeşitli saiklere bağlıdır. Özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlarda kişiler mümkün olması halinde suçtan elde edilecek yararı tek başına elde etmek isterler. Oysa iştirak halinde elde edilen gelirin veya yararın bölünmesi gerekecektir.

Suçun birden çok kişiyle işlenmesinin failin lehine olan yönü ise fiilin işlenişini güvence altına almak, kolaylaştırma imkanıdır. Suçun iştirak halinde işlenmesi neticeyi elde etme bakımından, tek başına hareket etmekten daha kolay şekilde sonuç vermektedir. Gerçekten özellikle fiziki güce dayanan bir suç tek bir kişi tarafından işlenirse mağdurun mukavemet gücü artar, oysa mağdurun karşısındaki kişi sayısı arttıkça mağdurun mukavemet gücü azalacaktır.

Birçok suçun iş bölümü kapsamında işlenmesi normatif olarak olmasa da fiilin başarıyla gerçekleşmesi için pratikte adeta mecburidir. Örneğin insan ticareti, çok büyük çaplı banka soygunları, uyuşturucu imalatı ve ticareti gibi suçlara birden çok kişinin katılması, suçun tipik olarak gerçekleşmesi için zaruri olmasa da başarılı bir biçimde tamamlanabilmesi için adeta zorunludur. Ayrıca kişilerin birlikte suç işlemek suretiyle birbirlerine manevi destek oldukları, vicdan azabı veya korkuyu paylaşmak cihetine gittikleri de ifade edilebilir. Modern hayatın karmaşıklığının kişileri meşru ekonomik faaliyetleri birlikte işlemeye yönlendirdiği gibi suç işleme eğilimindeki kişileri de birlikte hareket etmeye de zorladığı ifade edilmiştir<sup>22</sup>.

Doktrinde ifade edildiği üzere bir kişinin tek başına aldığı suç işleme kararından dönmesi kolayken, iştirak halinde bu durum zorlaşmakta, örgütlü suçlarda ise neredeyse imkansız hale gelmektedir<sup>23</sup>. Böylece iştirak ilişkisi, bu ilişkinin tarafları arasında adeta bir sözleşmeye dönmekte ve böylece kişiler, suç işleme konusunda anlaşarak adeta suçun işlenmesini garanti altına almaktadır. Aksi bir durumda diğer suç ortaklarının kendisini ihbar edeceğini düşünen suç ortağının suç yolundan dönmesi güçtür. Zira bu kişi, bütün suç ortakları açısından bir tehdit haline gelmektedir.

---

<sup>22</sup> Artuk, M.Emin-Gökçen-Ahmet, Yenidünya, A.Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Md.1-50, C. 1, 2.Baskı, Ankara 2014, s.1215.

<sup>23</sup> Avci, Mustafa, Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Bahar 2005, s.357.

Kişinin suça iştiraki nedeniyle cezalandırılabilmesi için davranışlarıyla “*hukuksal değeri az ya da çok ihlal etmiş olması*” gerekmektedir<sup>24</sup>. Doktrinde bunun sebebi kişinin sadece kendi davranışından kaynaklanan sonuçların değil ve fakat bu kişilerin amaçlarına ulaşmak için hedeflediği ya da hesaba kattığı kişilerin davranışlarından da sorumlu olduğu fikriyle izah edilmektedir<sup>25</sup>. Bununla birlikte pozitivistlere göre iştirak halinde işlenen suçlardır, zira tehlikeli suçlar failerin birleşerek işlediği suçlardır, bu nedenle iştirakin ağırlatıcı bir neden olması gerekmektedir. Hümanist doktrin açısından iştirakin varlığı bakımından birlikten kuvvet doğduğu görüşünün savunulabileceği ancak suçun işlenişinde her failin katkısının da aynı olmadığı şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür<sup>26</sup>.

## 2. Hukuki Esası

Suçun birden çok kişiyle işlenmesi her zaman iştirak anlamına gelmemektedir. İleride de ifade edileceği üzere iştiraktan bahsedilmesi için belli şartların varlığı gerekmektedir<sup>27</sup>. Yani suçun yığın halinde, habersizce tesadüfen bir araya gelen kişilerce birlikte veya birden fazla kişinin taksirli hareketlerinin birleşmesi neticesinde işlenmesi gibi durumlarda iştiraktan bahsedilmemektedir.

İştirakin hukuki esasına ilişkin çeşitli hukuk ekolleri tarafından bir takım görüşler ortaya konulmuş olup bu konuda başlıca iki görüş vardır. Bunlar *suç birliği* ve *suç ayrılığıdır*<sup>28</sup>.

*Suç birliği* teorisine göre “*birden fazla şahıs tarafından iştirak halinde işlenen suç bir bütündür, bölünemez*”. Klasik olarak da adlandırılan bu teoriye göre tek bir suç

---

<sup>24</sup> Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 844. Yazar iştirak hükümlerinin kanunilik ilkesi gereğince zorunlu olarak kanunda açıkça düzenlenmesi gereken ve ceza sorumluluğunun alanını genişleten hükümler olduğunu ifade etmektedir. Ünver, s.844.

<sup>25</sup> Toroslu-Toroslu, s.315.

<sup>26</sup> Tan, s.1473, s.1474.

<sup>27</sup> Evik, s.6.

<sup>28</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.644. Kunter, Nurullah, Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza, İÜHFİM, Cilt.13, Sayı.1, 1947, s.70.

ve tek bir sorumluluk vardır<sup>29</sup>. Zira ortada tek bir amaç vardır. *Soyaslan*, bu durumu “*herkes birbirinin fiilinin failidir*” şeklinde izah etmektedir<sup>30</sup>.

*Suç ayrılığı* teorisine göre; iştirak halinde işlenen suçlarda fail sayısı kadar suç vardır. Suç birliği teorisinin sakıncalarını ortadan kaldırmak düşüncesinden hareket edilerek bu teori açısından fail ve şerikler arasındaki ilişki, bağlantı kesilerek her bir iştirakçinin kendi şartlarında ele alınması ile mümkün olmaktadır<sup>31</sup>. Bu anlamda esasen suça iştirak değil iştirak suçu vardır ve iştirak eden her kişi sorumluluğunu kendi fiilinden alır<sup>32</sup>. Suç ayrılığı teorisine göre *asli-feri* ayrımından da bahsedilemeyeceği gibi teori açısından ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin diğer kişilere sirayeti mümkün değildir. Zira fail ile şeriklerin aynı suçu işlemeleri sebebi ile aralarında bir bağlantı aramak gereksizdir<sup>33</sup>. 5237 sayılı TCK sistemi açısından iştirak halinde işlenen suçlarda suç birliğinin kabul edildiği ifade edilmelidir<sup>34</sup>. Suça iştirakin hukuki esası iştirak eden kişinin, cezai düzenlemelerde yer alan bir normun işlenişine “*az ya da çok hareketleriyle*” katkı sağlaması ve bir suçun işlenişine katılması ile birlikte kastını veya tehlikeliliğini göstermesidir<sup>35</sup>.

Suçta iştirak hükümlerinin hukuki niteliği, fail kavramına verilen anlama göre şekillenmektedir<sup>36</sup>. Buna göre birinci görüş açısından eğer suçun gerçekleşmesine her türlü illi katkıda bulunan kişiyi fail olarak ele alırsak (*geniş faillik*) iştirak kuralları faillik kavramını daraltmakta böylece cezalandırmayı sınırlandırmaktadır. Diğer görüşe göre sadece kanuni tipte gösterilen hareketi gerçekleştiren kişi fail olabileceğine göre azmettiren ve yardım edenin cezalandırılabilmesi için ayrıca bir düzenleme

<sup>29</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.645; **Yekebaş, Vehbi**, Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak, Ankara 1952, s.29; **Hafizoğulları-Özen**, s.347.

<sup>30</sup> **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2016, s. 479. Bununla birlikte teorisinin, ortakların sorumluluklarını ayırmaya ihtimal vermediği için eleştirildiği, bu anlamda sistemin eşitlik sistemi olarak adlandırıldığı anlaşılmaktadır. **Yüce**, s.362. Ancak **Taner**’e göre bu teori açısından suça katılan herkes tek bir suçun cezasından cezalandırılmakta ise de bu cezalandırmanın iştirak derecelerine göre ne şekilde ayrıldığı da (mesuliyet ve ceza bakımından) çeşitli sistemlere göre değişmektedir (asli ve fer’i faillik vd.). Konu ve teoriler hakkında bkz. **Taner**, s.523. Ayrıca eşit mesuliyet sistemi ve nisbi mesuliyet sistemi için bkz. **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C:1, 4.Bası (Madde 1-124), İstanbul 1980, s. 279.

<sup>31</sup> **Yekebaş**, s.45.

<sup>32</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.645; **Soyaslan**, s.477, 478.

<sup>33</sup> **Yekebaş**, s.45.

<sup>34</sup> **Soyaslan**, s.478; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.645.

<sup>35</sup> **Şen, Ersan**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006, s.115.

<sup>36</sup> **Zafer**, s.461; **Koca-Üzülmez**, s. 439.

gerekmektedir. Böylece iştirak kuralları cezalandırılabilirliği ve tipikliği genişletmektedir (*dar faillik*). İleride de değinileceği üzere Türk ceza hukukuna hakim olan görüşün dar faillik olduğu söylenebilir<sup>37</sup>.

### 3. İştirak Halinde İşlenen Suçların Cezalandırılma Nedeni

Suçlar kural olarak tek bir kişi tarafından işlenebilir. İştirak hükümleri, özel suç tiplerine nedensel katkıda bulunan kişilerin bu katkılarından dolayı ne şekilde sorumlu olacaklarını “*normatif bir değerlendirmeye tabi tutularak*” sorumluluk statülerinin belirlenmesini sağlamaktadır<sup>38</sup>.

İştirak halinde işlenen suçların neden ve ne ölçüde cezalandırılması gerektiğine ilişkin bir çok farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe kişiler, suç politikası açısından sadece kendi fiillerinden değil suçu işleme amacı doğrultusunda *hesaba kattıkları* diğer unsurlardan da sorumlu tutulmalıdır. Böylece suça iştirak eden kişilerin fiilleri katkı sağladıkları suç içinde bütünselliğini kaybedecek suç ile direk ilişki içerisinde bulunan kişiler de bu seviyede olmamakla beraber suçtan sorumlu olacaklardır<sup>39</sup>.

Pozitivistlere göre tehlikeli suçlar, *faillerin birleşerek işlediği suçlardır*. Bu nedenle tasarlanmış iştirakin ağırlaştırılmış şekilde cezalandırılması gerekmektedir<sup>40</sup>. Örneğin *Ferri* yaptığı sınıflandırma açısından iştirak halinde işlenen suçları en tehlikeli suçlar olarak görüp cezanın ağırlaştırılması gerektiğini ifade ederken, *Garrafolo*, aynı aynı sınıfa mensup olmayan kişilerin aynı suçu işlemeleri sebebi ile aynı şekilde cezalandırılmalarına karşı çıkmaktadır. *Sighele* de iştirak halinde suç işleyenlerin doğuştan itiyadi suçlular olduğunu ifade etmektedir<sup>41</sup>. Bir diğer görüş açısından da suçun birlikte işlenmesinin her durumda tehlikeliliğin varlığına ilişkin kesin bir kural koymak yerine her olayda her suç ortağının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 647; **Centel - Zafer - Çakmut**, s.489; **Koca-Üzülmmez**, s.441.

<sup>38</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.515.

<sup>39</sup> **Toroslu-Toroslu**, s.316 vd. Özgenç de iştirakin hukuki esasını, suçun işlenmesine sağlanan illi katkı ile izah etmektedir. **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.515.

<sup>40</sup> **Tan**, s.1473.

<sup>41</sup> Görüşler hakkında bilgi için bkz. **Erem,Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, M.Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 1997, s.360; **Aydın**, s.34.

<sup>42</sup> **Kunter**, s.70.

Pozitivistlerin, iştirakı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul ettiğini ifade eden *Taner*, *mücerred* iştirakın ağırlaştırıcı bir sebep olarak hakim tarafında nazara alınabilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>43</sup>. Pozitivist görüş toplumsal bir savunma aracı olarak müşterek failler arasındaki suçu işleme konusundaki kararın bağımsız bir suç olarak öngörülmesini, suçun gerçekleşmesi halinde ise tasarlanmış bir müşterek faillik durumunun cezanın artırılma sebebi olarak kabul edilmesini istemektedir<sup>44</sup>.

Esasen ileride de ifade edileceği üzere 5237 sayılı Kanun açısından da kanun koyucu bazı suçlarda bu görüşü esas almış ve suçun birden fazla kişiyle işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir.

Hümanist doktrin açısından iştirak, birden fazla kişinin ortak hareketlerinin neticesidir. Ancak yapılan katkılar eşit değildir, her ortak suçun işlenişine katkısına göre cezalandırılmalıdır<sup>45</sup>. Sebepiyet teorisi olarak ifade edilen görüşe göre her fail suçun sebepiyetine vücut vermektedir, bu nedenle her ortak neticeyi istemektedir ve buna göre ayırım yapmaya da gerek yoktur. Bu anlamda eğer bir ayırım yapılacaksa subjektif unsura göre yapılmalıdır<sup>46</sup>. Hümanist doktrine göre iştirakin bir birleşme biçimi olduğu doğrudur ancak bu durumda kişilerin fiillerinin kaybolduğu fikri doğru değildir. İnsanların kendi oluşturdukları bir kavramın, kendilerine hükmettiğini savunmanın insanın sorumluluğunu ortadan kaldıracığını ifade etmektedir<sup>47</sup>. Buna göre her ortak bütündeki hissesine göre cezalandırılmalıdır<sup>48</sup>.

5237 sayılı Kanun'a göre suçun iştirak halinde işlenmesi genel bir artırım nedeni değildir. Nitekim 1/593 - 08.03.2004 Esas ve 60 Karar nolu Adalet Komisyonu Raporu'nda bu husus "*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 gerçekleştirilmeksizin suçun işlenişine iştirak eden suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirlemektedir. Bu bakımdan, bir suçun iştirak hâlinde işlenmesi, iştirak*

---

<sup>43</sup> **Taner**, s.523.

<sup>44</sup> **Yekebaş**, s.45.

<sup>45</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.362; **Tan**, s.1474.

<sup>46</sup> **Tan**, s.1474.

<sup>47</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.361.

<sup>48</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.362.



*statüleri arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın, o suçtan dolayı kişilere verilecek cezanın artırılması nedeni olarak mütalâa edilemez”* şeklinde izah edilmiştir<sup>49</sup>. Bununla birlikte bazı suçlar açısından Kanun koyucu bu genel prensipten ayrılarak suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesini cezayı ağırlaştırıcı bir hal olarak düzenlenmiştir<sup>50</sup>. Belirtelim ki bahse konu durum 765 sayılı Kanun’da da bazı suçlar açısından artırım nedeni olarak belirtilmekteydi<sup>51</sup>.

Genel bir düzenleme olmasa da, “*suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi*” ağırlaştırıcı nedeninin öngörülen suçlara uygulanabilmesi için suça katılanların müşterek fail olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Yukarıda değindiğimiz Adalet

<sup>49</sup> **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet**, Gerekçeli Ceza Kanunları, 17.Baskı, Ankara 2016, s.13.

<sup>50</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.489; **Özbek,Veli Özer -Doğan,Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2017, s.496. Bu durumda suçun icra hareketlerine birden fazla kişinin katılması –müşterek faillik- gerekmektedir. **Zafer**, s.460, 461. Pozitivist okul açısından suçun bir takım ani iştirak halleri haricinde, tasarlanarak iştirak halinde işlenmesi genellikle ağır suçlarda söz konusu olmaktadır ve bu nedenle tasarlanmış iştirak halleri ağırlaştırıcı bir hal olarak kabul edilmelidir. **Erem, Faruk**, *Suçta İştirak*,AÜHF ( Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası) , C. III, sayı: 1, Ankara 1946, s. 65. **Hakeri**, s.509. Taner de her ne kadar kanun (765 sayılı) bu durumu cezayı ağırlaştırıcı bir hal olarak görmese de hakim in kasti suçlarda bu durumu ağırlatıcı bir neden olarak sayabilmesi gerektiğini savunmuştur. **Taner**, s. 529. 5237 Sayılı TCK’da cinsel saldırı (m.102/3-d), çocukların cinsel istismarı (m.103/3-a), tehdit (m.106/2-b), kişiyi hürriyetinde yoksun kılma (m.109/3-b) eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları açısından (m.119/1-c), yağma (m.149/1-c), görevi yaptırmamak için direnme (m.265/3) suçları açısından suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak belirlenmiştir.

<sup>51</sup> Buna örnek olarak umumun sıhhatine, yenecek ve içecek şeylere mütaallik cürümler başlığı altında düzenlenen ve 401 inci maddede yer alan suçun ikiden fazla kimse tarafından işlenmesinin cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmesi; hırsızlık suçunun ikiden fazla kimse tarafından işlenmesi (m.491, 492, 493) ; yağma ve yol kesmek adam kaldırmak başlıklı fasıl altında yer alan ve suçun ikiden ziyade kişiler tarafından işlenmesini cezanın yukarı haddinden verilmesini ön gören 497 nci madde; mühür fekki ve hükümetin muhafazasında bulunan eşyayı çalmak başlıklı onuncu fasıl altında suç olarak düzenlenen fiillerin birden ziyade kimseler tarafından işlenmesini cezanın üçte biri miktarı artırılmasını öngören 276 ncı madde; Tevkifhane ve hapis hanesinden firar ve firara vesat başlıklı fasıl altında yer alan 298, 299 ncu maddelerinde yer alan *birden ziyade kimseler tarafından* işlenilmesi halinde cezanın artırılacağını öngören düzenlemeler gösterilebilir. Ancak kanun koyucu hakkı olmayan yere tecavüz suçu açısından 513 üncü maddede “Eğer bu cürüm, içlerinden velev birisi silahlı olan bir kaç kişi yahut silahlı olmasa bile on kişiden fazla şahıslar tarafından ika olunursa ceza bir seneden üç seneye kadar hapis ve elli liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdidir” şeklindeki düzenleme ile *birkaç kişi* tarafından işlenilmesi şeklinde de sayı açısından belirsiz bir düzenleme öngörmüştür. Benzer durum şahıs hürriyeti aleyhinde cürümler başlığı altında düzenlenen 188 inci maddede de söz konusudur.

<sup>52</sup> **Hakeri**, s.509. Cinsel saldırı suçu açısından görüş için bkz **Akçin, İhsan**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Yargıtay Dergisi, Yıl:32, Sıra Sayı 118, Sayı 1-2, Ankara Ocak-Nisan 2006, s.132. Cinsel saldırı suçuna ilişkin 102.maddenin 6545 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki madde gerekçesinde “(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

Komisyonu Raporunda da konuya ilişkin olarak “*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 birlikte gerçekleştirilmesi, bu suçların arz ettiği özellikler göz önünde bulundurularak, ilgili suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir*” ifadeleri yer almaktadır<sup>53</sup>. Dikkat edilirse kanun koyucu bahse konu ifadelerden yalnızca icra hareketlerini gerçekleştiren kişilerin birden fazla olması halinde ağırlaştırıcı halin uygulanmasına işaret etmektedir. Bu ifadelerden yola çıkılarak sadece Kanun metninde yer verilen tipikliğe ilişkin icra hareketlerini değil kişiyi müşterek fail olarak sorumlu tutmaya yetecek her türlü hareketi anlamamız gerekmektedir.

Bu hususa bazı maddelerin gerekçelerinde de yer verilmiştir. Örneğin kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunun *birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi* şeklindeki nitelikli halini düzenleyen 109 ncu maddenin 3 üncü fıkrasının f bendinin gerekçesinde “*Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de bu fıkra kapsamında bir seçimlik nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu fıkraya göre ceza artırılamaz*” şeklindeki açıklama bu nitelikli hali içeren diğer suçlar açısından da kabul görmektedir. Benzer ifadeler yağma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi hali açısından da gerekçede düzenlenmiştir<sup>54</sup>. Yargıtay da bazı kararlarında bu duruma işaret

---

*sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi hâlinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır*” ifadesine yer verilmişti. 102 nci maddede, 18/6/2014 tarih ve 6545/58 sayılı Kanun’la değişiklik yapıldıktan sonra gerekçede, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden bahsedilebilmesi için suçun müşterek faillik olarak işlenmesi gerektiğine ilişkin ayrıca bir ifadeye yer verilmemesi de dikkat çekicidir.

<sup>53</sup> **Artuk-Gökçen**, Gerekçeli Ceza Kanunları, s.13.

<sup>54</sup>149 ncu maddenin gerekçesi “*Fıkranın (c) bendine göre, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bu nitelikli hâlin varlığı için, yağma suçunu iki veya daha fazla kişinin müşterek fail olarak işlemesi gerekir.*”

etmektedir<sup>55</sup>. Bununla birlikte bazı suçların birden fazla kimse tarafından işlenmesi halinin bir takım suçlar açısından ağırlaştırıcı neden sayılıp da diğerleri için böyle bir yol tatbik edilmediğine ilişkin doyurucu bir gerekçe yoktur<sup>56</sup>. İleride de ifade edeceğimiz üzere her ikisi de hürriyete karşı suçlar arasında yer almasına rağmen, tehdit suçu (TCK m.106) açısından suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir hal iken şartlı tehdit olarak ifade edilebilecek olan şantaj suçu (TCK m.107) açısından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Müşterek failliğin, birden fazla kişi ile birlikte suçun işlenmesi durumunda ağırlaştırılmayacağını savunan görüş, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi nedeniyle cezanın artırılmasını doğru bulmamaktadır; bu görüşe göre *suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi* ağırlaştırıcı nedeni müşterek failliğin 5237 sayılı TCK'da yer alma biçimi nazara alınarak ya kanundan çıkartılmalı ya bu hal bakımından en az üç kişinin suçu birlikte işlenmesi şartı aranmalı ya da bu ağırlaştırıcı neden müşterek faillik haricinde uygulanmalıdır<sup>57</sup>.

---

*İki veya daha fazla kişinin suçu birlikte işlemesi hâlinde bir iştirak ilişkisi vardır ve bu kişilerin hepsi müşterek faildir. Ancak, yağma suçunun iştirak hâlinde işlenmesine rağmen, müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâllerinde, bu nitelikli unsur dolayısıyla cezada artırma yapılamayacaktır*” şeklindedir. Ancak bu durum her suç için bu şekilde düzenlenmemiştir. Nitekim görevi yaptırılmamak için direnme suçu (m.265/3) veya örneğin tehdit (m.106/2-c) suçları açısından birden fazla kişi tarafından birlikte işlenme nitelikli hal olarak kabul edilmesine karşın madde gerekçelerinde yukarıdakine benzer bir ifadeye rastlamamaktayız. Bu nedenle yeknesaklığın sağlanması için, birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinde ceza miktarı artırılan suçlar açısından bu halin tatbiki için suçun müşterek faillik şeklindeki işlenmesi şeklindeki koşula kanun koyucunun madde metninde açıkça yer vermesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte mevcut durum bakımından, bu nitelikli halin arz ettiği özellik de dikkate alındığında ve ayrıca Yargıtay'ın da uyguladığı üzere müşterek faillik koşulunun aranması gerektiğini ifade etmekteyiz.

<sup>55</sup> Yargıtay “109/3-b bendinde belirtilen “suçun birlikte işlenmesi” halinin ancak sanıkların eylemlerinin 37/1.maddesine göre “müşterek” fail olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı dikkate alınmadan sanık H.K'ye tayin olunan cezasının 109/3-b bendine göre artırılması”nı hukuka aykırı bulmuştur. (Yarg.5.CD.1.06.2009,3381/6645). Karar için bkz. **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Madde 1-140.md-1.Cilt, Ankara 2007, s.685. Aynı doğrultuda başka bir Yargıtay kararı “TCK'nun 109/3-b bendinde belirtilen “suçun birlikte işlenmesi” halinin ancak sanıkların eylemlerinde dolayı aynı kanunun 37/1.maddesine göre “müşterek fail” olarak sorumlu tutulmaları durumunda söz konusu olacağı dikkate alınmadan yardım eden konumundaki sanığa tayin olunan cezanın 109/3-b maddesi ile artırılması” şeklindedir. (Yarg. 5.CD., 25.04.2011, 2011/1665, 2011/3401). Karar için bkz. **Artuk, M.Emin –Gökçen, Ahmet – Yenidünya, A.Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Md.88-153, C. 3, 2.Baskı, Ankara 2014, s.4053.

<sup>56</sup> Özgenç, konuyu “*bu suçların arz ettiği özellikler göz önünde bulundurularak ilgili suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir*” şeklinde izah etmektedir. **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.522.

<sup>57</sup> **Özbek- Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.507. Yazarlar suçun “*en az üç kişi tarafından birlikte işlenilmesi*” hususunun 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay tarafından verilen kararlarda da geçtiğini ancak bu

İştirak kavramı genel olarak doktrinde tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi şeklinde izah edilmiştir. Bu anlamda birden fazla kişi ile birlikte suçun işlenmesinden sadece müşterek failliğin anlaşılması gerektiğine ilişkin 109 ncu madde gerekçesindeki açıklama yeterince doyurucu değildir. Zira birlikte işlenmesi ifadesi azmettirme yardım etme gibi kavramları da kapsayıcı bir düzenlemedir. Müşterek faillik 37 nci maddede suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur şeklinde ifade edilerek müşterek failliğin *fiili* birlikte işlemek anlamına geldiğini ifa edilmiştir.

Suçun özel görünüş biçimlerinden biri olması nedeniyle iştirak suçun birlikte işlenmesini işaret eden bir kurumdur. Bu anlamda madde metninde yer alan *suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi* kavramının, madde gerekçesinde ifade edildiği üzere müşterek failliği ifade ettiği söylenebilir ise de bahse konu ifadenin madde metnine alınması gerektiği kanaatindeyiz.

İştirak hükümleri ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ilişkisine de değinmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 20 nci maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Bu ifade akla iştirak hükümlerinde, kişilerin bağıllık kuralı ve iştirak ilişkisi nedeniyle başka kişilerin hareketleri nedeniyle sorumluluğunun mevcut olup olmadığını getirebilir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile çelişmediği, zira iştirak halinde de kişilerin iradi fiillerinden sorumlu olduğu ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Gerçekten kişinin gerek suçun unsurlarını tek başına gerekse de bir başkası ile icra etmesi ihtimalinde ahlaki olarak fiilin kötülüğü aynıdır. Farklılık, suça iştirakain yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Hatta şerikin kimi hallerde, failden daha fazla ceza alabilmesi de (bir çocuğun suça azmettirilmesi halinde olduğu gibi) bu duruma işaret etmektedir.

---

dönemde Kanun'da *birkaç kişi* ifadesinin olduğunu ifade etmektedir. Yazarların, müşterek faillik ile suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi nedeniyle cezalandırılan kişinin ikinci bir kere cezalandırıldığı şeklindeki düşüncesine katılmamaktayız. Eğer birlikte suç işlemek genel bir ağırlaştırıcı neden olsaydı bu fikre katılmak mümkün olabilirdi, oysa Kanun'da istisnalar haricinde suçun birlikte işlenmesi genel bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemektedir. Kanun koyucunun belli suçlar açısından, yukarıda ifade ettiğimiz gerekçeleri tekrarlamakla beraber, bazı suçların birden fazla kişi tarafından **birlikte** işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmesi bir fiilden birden fazla ceza vermek olmayıp suç tiplerinin ağırlığı ve özelliği gereğince mağdurun mukavemetinin, failin eylemine daha rahat ulaşmasını sağlaması açısından avantaj sağlaması sebebiyledir.

<sup>58</sup> Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,1.Cilt, Md.1-44, 2.Baskı, Ankara 2014, s.499.

Sonuç olarak ceza hukukumuz açısından iştirak cezalandırmayı genişleten bir kurum olup “suçun özel işleniş şekli” olarak kabul edilmiş ve kural olarak cezayı artıran bir neden olarak kabul edilmemiştir. İştirakin hukuki esası açısından suç birliğini benimseyen hukuk sistemimiz bakımından, iştirak halinde birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da iştirak eden sayısınca değil tek bir suç mevcuttur.

#### 4. Çok Failli Suçlar

Suçlar, kanunlarda genel olarak tek kişi tarafından işlenebilir haliyle tanımlanmaktadır. Birden fazla kişinin suça katılması halinde yani *suçluların çokluğu* halinde ya *zorunlu* ya da *geçici* iştiraktan bahsedilmektedir. Suça iştirak ile çok failli suç kavramları birbirinden farklıdır<sup>59</sup>.

Tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin iştirakiyle işlenmesine muhtemel-geçici iştirak denirken, suç tanımında suçun işlenmesinin birden fazla fail tarafından işlenmesi mecburi ise zorunlu iştirak (*gerçek olmayan iştirak*) söz konusudur<sup>60</sup>. Yakınsama suçları, birden çok kişinin aynı hukuka aykırılık ihlalini gerçekleştirmek için katkıda bulunduğu suçlar olarak çok failli suçlara örnek gösterilebilir<sup>61</sup>.

Esasen kanunda açık bir biçimde çok failli ya da tek failli şeklinde bir ayrıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte madde gerekçelerinde kimi zaman çok failli suça işaret edildiğini söylemeliyiz<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.357. Ayrıca bkz. **Schönke, Adolf- Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neu bearbeitete Auflage 2014, ilgili kısım (**Heine/Weißer**), Vorbem § § 25 ff. s.492, kn.41.

<sup>60</sup> **Sancar, Türkan Yalçın**, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998 s.55; **Zafer**, s.462; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.487; **Hakeri**, s. 507; **Aydın**, s.25; **Dönmezer-Erman**, s.437. Özgenç ayrıca zorunlu şerikliğinin söz konusu olduğu suçlar şeklinde bir ayırmadan da bahsetmektedir, bu hale örnek olarak 283 üncü maddede yer alan suçluyu kayırma suçu örnek gösterilmektedir. **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.512; **Hafizoğulları-Özen**, s.346. Bununla birlikte **Koca-Üzülmez**, bu tasnifi eğer kanun suçun gerçekleşmesi açısından birden çok failin mevcudiyetini arıyorsa çok failli suç, failin yanı sıra kanun koyucu şeriklerin de katılımını zorunlu tutuyorsa, zorunlu şeriklik olarak yapmaktadır **Koca-Üzülmez**, s.439.

<sup>61</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.492 kn.41.

<sup>62</sup> Bkz. organ veya doku ticareti ( TCK m.91); suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK m.165); askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma (TCK m.307) maddelerine ilişkin gerekçeler.

Zorunlu iştirak, iştirak türü olarak da kabul edilmekle beraber günümüzde zorunlu iştirak halinin tipiklik ile bağlantılı bir husus olduğu ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Zorunlu iştirak, istisnai bir durumdur. Bu nedenle kanuni tipte suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesinin kurucu unsur olarak aranması halinde suçta ve ceza kanunilik gereğince açık bir düzenleme şarttır<sup>64</sup>.

Çok failli suçlar ile suça iştirak arasında çeşitli farklar vardır. Bunların başında faillerin birden fazla olmasının suçun kurucu unsuru olup olmadığı konusu gelmektedir. Eğer suçun unsurları arasında, faillerin birden fazla olma şartı varsa çok failli suçtan; yasal bir zorunluluk olmamasına karşın birden fazla kişinin suça iştiraki söz konusu ise iştirakten bahsedilebilir.

Çok failli suçlar düzenlenirken faillerin sayısı ve hareketler tipiklikte özel olarak belirlenirken iştirak kurumu genel olarak düzenlenmektedir<sup>65</sup>. Bu anlamda iştirak hükümleri, kanunun genel hükümleri arasında yer almasına karşılık, çok failli suçlar suç tipleri olması itibarıyla özel hükümler arasında yer almaktadır ve bir suç kategorisinden ibarettir<sup>66</sup>. Zira çok failli suçlar bağımsız suç tipleri iken iştirak hükümleri asli sorumluluğu genişletici bir özelliğe sahiptir<sup>67</sup>. Sonuç olarak çok failli suçlar suç tipleri arasında yer alırken iştirak suçun özel görünüş biçimidir<sup>68</sup>.

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, çok failli suçlar için iştirak hükümlerinin tatbik edilmesi mümkündür<sup>69</sup>. Örneğin çok failli suçların en tipik örneklerinden biri olan suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu açısından (her ne kadar bir çok iştirak türü aynı

---

<sup>63</sup> **Dülger, Murat Volkan**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak); <http://www.dulger.av.tr/pdf/yTCK.dasucortakligi.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.4.2016), s.5.

<sup>64</sup> Önder de eserinde iştirak hükümlerinin genişletici hükümler olduğu için bu hükümlerin, kanunun aksine daha fazla genişletmenin suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince mümkün olmayacağını ifade etmiştir. **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989, s.502.

<sup>65</sup> **Sancar**, s.55.

<sup>66</sup> **Sancar**, s.55, s.56.

<sup>67</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.488.

<sup>68</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.488; **Demirbaş**, s. 478. İştirak ile çok failli suçlar arasındaki ayrım için ayrıca bkz. **Aydın**, s.252.

<sup>69</sup> **Demirbaş**, s.478; **Toroslu-Toroslu**, s.354; **Soyaslan**, s.504; **Zafer**, s. 463; **Öztürk-Erdem**, s.366; **Sancar**, s.56; **Hakeri**, s. 507; **Parlar –Hatipoğlu**, s. 411.

zamanda bu suç bakımından da unsur olarak düzenlenmiş ise de) bu haller dışında kalan bir iştirakin varlığı halinde bu suça da iştirak mümkündür<sup>70</sup>.

Bir olayda birden çok kişinin aynı zamanda fail ve mağdur olması mümkündür. Örneğin karşılıklı olarak birbirini yaralayan kişiler veya birbirine hakaret eden kişiler hem fail hem de mağdur durumundadırlar. Ancak bu durum iştirak olmadığı gibi çok failli suç olarak da değerlendirilemez. Sadece olayda birden çok ve bağımsız suçlar ve failler vardır. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde, Kanun'un 464 üncü maddesinde düzenlenen ve doktrinde kavga suçu olarak da ifade edilen fiillerin esasen karşılıklı olarak işlenen suçlar olduğu ve bağımsız bir kavga suçunun olmadığı ifade edilmiştir<sup>71</sup>.

Kimi suçların birden fazla kimse tarafından müşterek faillik suretiyle işlenmesi kimi zaman suçun doğası gereği imkansızdır (ör:tek başına işlenebilen suçlar). Kimi zaman da normatif olarak tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olan suçların ceza politikası gereği cezalandırılabilmesi, birden fazla kimse tarafından işlenmelerine bağlı tutulmuştur. Örneğin rüşvet alma suçu tek başına tamamlanamaz. Bu nedenle suçun gerçekleşmesi için birden fazla kişinin varlığı mantık gereğidir, ancak kamu görevinin terki fiili tek kişi tarafından da gerçekleşmesi mümkün iken kanun, bu suçun

<sup>70</sup> “Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir” 220/(7) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) şeklindeki düzenleme gereğince suç için genel iştirak hükümlerinin ancak manevi iştirak halinde (azmettiren, teşvik eden yardım eden) mümkün olacağı ifade edilmiştir. **Evik, Vesile Sonay, Suç işlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt: 19 Sayı: 2, Yıl: 2013 İstanbul, s.687-688. Yazar bir başka eserinde de konuya ilişkin olarak “örgütün organik yapısına üye olarak katılmamış bir şahıs suç tipinde tanımlanmayan atipik bir hareketle örgütlü suça iştirak edebilir” demektedir. Bu anlamda yazara göre 220 nci maddedeki düzenleme iştirak açısından oldukça sınırlı bir düzenlemedir. **Evik, Vesile Sonay Daragenli, Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi**, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, C:III, Ed. **Hilgendorf, Eric – Ünver, Yener**, İstanbul 2010, s.161,162.

<sup>71</sup> **Özgenç, İzzet, Kavga Suçu (TCK. m.464) Üzerine Düşünceler**, Yargıtay Dergisi, Yıl:19, Sıra Sayı: 76, Sayı 4, Ekim 1993, Ankara, s.487. 765 sayılı Kanun'da 464.madde “Yukarıki maddede yazılı ahval müstesna olmak ve ferdin irtikap edilmiş cürümler münasebetiyle hükmedilecek daha ağır cezalara halel gelmemek şartıyla bir kavgada bir şahıs ölmüş olur yahut yaralanmış bulunursa o şahsa karşı kavga esasında el uzatmış olanlardan her biri aşağıdaki tertip dairesinde cezalandırılır:

1. Adam ölmüş veya ölümü intaç eden bir yara ika edilmiş ise iki seneden beş seneye kadar hapis;
2. Ahvali sairde ceza üç aydan iki seneye kadar haptir. Şu kadar ki bu ceza fail hakkında münferiden cürüm işlemiş olması halinde verilecek cezanın yarısını tecavüz edemez;
3. Maktul ve mecruha karşı el dokundurmuş olmayıp da yalnız kavgaya dahil olanlar altı aya kadar hapsolunur;
4. Kavganın hudusuna sebebi asli olanlar hakkında yukarıda beyan olunan cezalar üçte bir miktar artırılır” şeklinde düzenlenmişti.

cezalandırılabilmesini üçten fazla kamu görevlisi tarafından işlenmesine bağlı kılmıştır (Kamu görevinin terki veya yapılmaması, TCK m.260). Kanun koyucu TCK'nın 296 ncı maddede düzenlenen “*Hükümlü veya tutukluların ayaklanması*” suçunda da eylemin cezalandırılması için ayaklanan hükümlü veya tutukluların sayısının üçten fazla olmasını aramıştır. Bu anlamda çok failli suçlar bazen doğal olarak bazen de normatif olarak birden fazla fail tarafından işlenmesi aranan suç tipleridir<sup>72</sup>.

Çok failli suçun varlığı için kanunilik ilkesi gereğince yasada açık veya örtülü olarak birden fazla fail olması faillerden her birinin suçun oluşması için nedensel değeri olan icrai ve ihmali nitelikte bir hareket gerçekleştirmesi, bu hareketlerin suçun düzenlendiği maddede unsur olarak tanımlanmış olması, faillerden en az birinin cezalandırılabilmesi olanağının bulunması gerektiği ifade edilmektedir<sup>73</sup>. Bununla birlikte doktrinde *Soyaslan* çok failli suçlarda failin cezalandırılabilir bir kimse olmasına gerek olmadığını ifade etmektedir<sup>74</sup>.

Yukarıdaki yorumlar karşısında çok failli suçların, kanuni tanımında birden fazla kişi tarafından “*müşterek fail sıfatıyla*” ve faillerden her birinin suçun işlenmesi amacıyla hareket etmesi gereken suçlar olduğu ifade edilebilir.

Çok failli suçlar, *yapıları bakımından*<sup>75</sup> karşılaşma ve yakınsama olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>76</sup>. *Dönmezer-Erman*, hareketin yönelişi bakımından *aynı amaca yönelmiş çok failli suçlar* ve *değişik amaçlara yönelen çok failli suçlar* olarak ikili bir sınıflandırma yapmaktadırlar. Yazarlar aynı amaca yönelmiş çok failli suçlarını da (ki yakınsama suçları bu tanıma uymaktadır) anlaşma ve birleşme suçları olarak ikiye ayırmaktadırlar<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> **Sancar- Türkan Yalçın- Köprülü, Timuçin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulama Çalışmaları, Ankara 2014, s.418.

<sup>73</sup> **İçel**, s.530. Ayrıca bkz. **Demirbaş**, s.476; **Özbek - Doğan- Bacaksız-Tepe**, s.495; **Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II 10.Baskı, İstanbul 1994, s.438-440.

<sup>74</sup> **Soyaslan**, s. 504.

<sup>75</sup> **Demirbaş**, s.477.

<sup>76</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 700. **Hakeri**, yakınsama kavramı yerine birleşme kavramını kullanmaktadır. **Hakeri**, 507. Zafer, yakınsama suçlarını aynı yönlü suçlar olarak da ifade etmektedir. **Zafer**, s.462. Ayrıca bkz. **Koca-Üzülmez**, s.439; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.513.

<sup>77</sup> Örnekler ve açıklama için bkz. **Dönmezer -Erman**, s.441-442.



Karşılaşma tipi suçlarda suça iştirak eden kişiler farklı çıkarlarla aynı gayeyi gerçekleştirmek üzere farklı yönlerden hareket etmektedirler<sup>78</sup>. Bu durumun en önemli sonucu suçun işlenişine katılanların hiçbirinin mağdur olarak kabul edilemeyeceğidir<sup>79</sup>. Zira burada bir amaç birliği mevcuttur. Bu tür suçlara örnek olarak rüşvet, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti gösterilebilir<sup>80</sup>.

Zorunlu failliğin söz konusu olduğu bir diğer çok failli suç tipi yakınsama tipi suçlardır. Bu suç tipleri açısından da birden çok fail aynı gayeye yönelmekte ve failler aynı yönden hareket etmektedirler ki<sup>81</sup> bu suç tipine örnek olarak suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu gösterilmektedir<sup>82</sup>. Yakınsama tipi çok failli suçlarda faillerin rolü müşterek faile benzetilmektedir<sup>83</sup>. Bu suç tiplerinde kanun koyucu suçun işlenmesi için gerekli olan asgari fail sayısını kanuni tipte vermekteyken (ör.m.220) karşılaşma suç tiplerinde faillerin birden çok olması gereği kanun lafzından anlaşılmaktadır.

Doktrinde çok failli suçların hareketlerin hukuki önemi bakımından ve geniş anlamda çok failli suçlar ve düzensiz çok failli suçlar olarak ikiye ayrıldığını da görmekteyiz<sup>84</sup>. Bu tasnife göre dar anlamda çok failli suçlar açısından faillerin gerçekleştirdikleri hareketler bir zorunluluk oluşturduğundan her fail cezalandırılmalıdır. Örneğin rüşvet suçu ya da suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bu anlama gelmektedir<sup>85</sup>.

Geniş anlamda çok failli suçlarda ise suç birden çok fail tarafından işlenmesine karşın, kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti gereğince hareketlerin tamamı

---

<sup>78</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.514; **İçel, Kayıhan-Özgenç, İzzet,-Sözüer,Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2.Kitap, İstanbul 1999, s.373; **Özbek -Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.496; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.700; **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § 25 ff. s.492 kn.41.

<sup>79</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.514.

<sup>80</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.514.

<sup>81</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 700; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.513; **İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver** s.373; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.496. Karşılaşma ve yakınsama suçlarının eylemlerin yapıları bakımından çok failli suçlar olarak ayrıldığını da ifade etmememiz gerekiyor. Bkz. **İçel**, s.530.vd.

<sup>82</sup> **Demirbaş**, s.478. Bu suç tipine doktrinde *birleşme suçları* da denilmektedir. **Öztürk-Erdem**, s. 360.

<sup>83</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.513.

<sup>84</sup> **Demirbaş**, s.477.

<sup>85</sup> **İçel**, Ceza Hukuku, s.531; **Demirbaş**, s. 477. Dar ve geniş anlamda çok failli suçlar için bkz. **Soyaslan**, s.503.

cezalandırılmamaktadır. Bu durum, normatif yönde çok failli suçlar ile doğal yönden çok failli suçlar şeklinde de ifade edilmektedir<sup>86</sup>.

Birincisinde örgüt kurma gibi iştirak edenlerin tamamı cezalandırılırken diğer suç tipinde cezai sorumluluk yalnızca *ortak faillerden biri ya da birkaçı* için söz konusu olmaktadır. Bu suç tipine tefecilik suçu örnek verilmektedir (TCK m.241). Tefecilik suçunda kazanç sağlama amacıyla ödünç para verenler cezalandırılırken ödünç para alanlar cezalandırılmamaktadır<sup>87</sup>. Doktrinde bu durum eleştiri konusu olmuş, ödünç para alan kişinin de hukuka aykırı bir zeminde olması gerekçesiyle bu kişinin suçun pasif ögesi olduğu fikrine karşı çıkmıştır<sup>88</sup>. Yine *fuhuş suçu* da (TCK m.227) bu suçlara örnek olarak gösterilmektedir<sup>89</sup>.

Çok failli suçlar tek yanlı çok failli suçlar, iki yanlı çok failli suçlar ve karşılıklı çok failli suç olarak da adlandırılmaktadır. Tek yanlı çok failli suçta failler aynı yönde aynı amaca yönelik olarak hareket edilmektedir ki buna örgüt suçları örnek gösterilebilir. İkinci tür olarak farklı yönlerden aynı amaca yönelik hareket edilmektedir. Buna da birden çok evlilik suçunu örnek gösterebiliriz. Diğer suç tipine örnek olarak 765 sayılı Kanun'da yer alan kavga suçları gibi kişilerin birbirine karşı hareket etmeleri gereken suçlar şeklinde gösterilmiştir<sup>90</sup>.

Sözleşme suçları olarak da adlandırılan ve bir sözleşmenin yapılması esnasında meydana gelen çeşitli fiilleri cezalandıran çeşitli suçlar da vardır.<sup>91</sup> Bu suçları çok failli suçlardan ayıran husus görünüşte de olsa sözleşmenin tarafı olan kişinin *suçu oluşturan*

---

<sup>86</sup> **Toroslu-Toroslu**, s. 352.

<sup>87</sup> **İçel**, s.530. Ayrıca bu durum madde gerekçesinde de “*İzlenen suç politikası gereğince, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır*” şeklinde izah edilmektedir.

<sup>88</sup> **Arslan, Çetin**, *Tefecilik Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1 , s.32

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-1/1.pdf>, (Erişim Tarihi: 5.10.2015). Ayrıca aynı görüş için bkz. **Özgenç, İzzet**, *Tefecilik Suçu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, s.552, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14\\_2\\_17.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_17.pdf), (Erişim Tarihi: 5.10.2015).

<sup>89</sup> **Demirbaş**, s. 477.

<sup>90</sup> **Toroslu-Toroslu**, s.352.

<sup>91</sup> **Toroslu-Toroslu**, s.354.

*davranışın pasif süjesi olmasıdır*<sup>92</sup>. Bu suçlara TCK'nın 165, 308/3 ve 157 nci maddelerinde yer alan suçlar örnek olarak gösterilmektedir<sup>93</sup>.

## II.TARİHİ GELİŞİM

### 1.Roma Hukuku

Faillik ile şerikliğin ayrılmasının yavaş ve dalgalı bir tarihi gelişimin sonucu olduğu ifade edilmektedir<sup>94</sup>. Bu süreçte Roma hukuku iştirak kavramının ortaya çıkması açısından ceza hukuku için önemli bir role sahiptir<sup>95</sup>. Önceleri cezalar intikamın önüne geçmek anlamında bir araç olarak kabul edilmekte iken sözleşme borçlarının yanında özel haksız fiillerden doğan para cezaları (*Geldbusse, poena*) anlamındaki borçlar mevcuttu (*Delikts obligationen*)<sup>96</sup>.

Eski Roma hukukunda suç tiplerinden bağımsız bir iştirak teorisinin olmadığı ve tek tip fail anlayışının geçerli olduğu söylenebilir<sup>97</sup>. Her bir suça katılım, tam şekilde karşılık ödenmesine sebep teşkil etmektedir<sup>98</sup>. Roma hukukunda iştirak türleri *auctores*, *soci*, *participes*, *ministri fautores* gibi kavramlar altında cezalandırılmakta ancak bunlar arasında kavramsal bir ayırım yapılmamaktaydı<sup>99</sup>.

Roma hukukunda birden fazla kişinin suça iştirak ettiği durumlarda, cezalandırılabilir hareketlerin mutlak bir şekilde toplanması söz konusudur (*şikayetin bölünmezliği*); iştirak halinde işlenen bir suçta, bir kişi şikayet edilse de diğer

<sup>92</sup> **Toroslu-Toroslu**, s.354.

<sup>93</sup> 165 inci madde “Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu”nu, 308/3.madde “Düşman devlete mali ve maddi yardım” başlıklı suçunun “(3) Savaştan evvel başlamış olsa bile, birinci fıkrada yazılı hâller dışında, nerede bulunursa bulunsun düşman devlet vatandaşıyla veya düşman devlet topraklarında oturan diğer kimselerle Türkiye Devleti zararına veya düşman devletin savaş gücüne olumlu etki yapacak nitelikte doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ticaret yapan vatandaşa veya Türkiye’de oturan yabancıya iki yıldan beş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir” şeklindedir. 157.madde ise dolandırıcılık suçunu düzenlemektedir.

<sup>94</sup> **Liszt, Franz v. –Schmidt, Eberhard**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23.Auflage, Berlin 1921, s.214.

<sup>95</sup> **Zafer**, s.36.

<sup>96</sup> **Honsell, Heinrich**, Römisches Recht, Sechste, ergänzte Auflage, Berlin 2006, s.169. **Bloy, René**, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin 1985, s.48. Cezalar bu anlamda karşı tarafın mağduriyetini önleyen bir kefarete işlevi de görmekteydi. **Kaser, Max**, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Zweite Auflage, München 1971, s. 610.

<sup>97</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.24; **Hacıfazhoğlu**, s.409; **Dönmezer –Erman**, s.446,447; **Yekebaş**, s.15; **Evik**, s.7; **Sancar**, s.42.

<sup>98</sup> **Kaser**, s.613.

<sup>99</sup> **Liszt –Schmidt**, s.215.

iştirakçiler de şikayet edilmiş olur (*kümülativ klagenkonzurrenz*).<sup>100</sup> Ancak modern müşterek faillik teorisi açısından *poena* cezasının ödenmesinin yardım etme veya azmettirme ile ilgisiz olduğu ifade edilmektedir<sup>101</sup>.

Roma hukuk sistemi açısından fiilin gerçekleştirilmesi ile yardım arasında bir fark yoktu<sup>102</sup>. Ancak kasten öldürme ve hırsızlık gibi suçlar açısından çeşitli iştirak hükümlerinin tatbik edildiği ifade edilmektedir. Bu dönemde, Roma hukukunda suçun ortaklaşa işlenmesi ile ilgili çeşitli kavramların kullanıldığı ifade edilmekle beraber sabit bir terminoloji mevcut değildir<sup>103</sup>. İştirake ilişkin kullanılan kavramların bilimsel kavramlar olmayıp günlük konuşma dilinden hukuk literatürüne geçen kavramlar olduğu ifade edilmektedir<sup>104</sup>.

Önceleri eşitlikçi bir sistemin geçerli olduğu Roma Hukukunda sonraları Glassatörler ve Pratik Hukukçuların asli iştirak ve fer'i iştirak arasında bir ayırım yaptığı söylenmektedir<sup>105</sup>. Azmettirmenin, Frank döneminden kaldığı ifade edilmekle birlikte ancak özellikle Ortaçağın geç dönemine kadar bu konuda çeşitli eksiklikler barındırdığı ifade edilmektedir<sup>106</sup>. Yardım etmenin ise Franklar döneminde birkaç suçla sınırlı olarak cezalandırılabilir olmasına karşın Ortaçağda yaygınlaştığı ifade edilmektedir<sup>107</sup>.

Müşterek olarak suç işleyenler, özel hukukta mülkiyet hukukuna ilişkin bir kavram olan *socii* olarak anılırdı<sup>108</sup>. Cürmün işlenmesine birden çok kişi olarak failler *auctores*, suç ortakları, telkin, fiilden önce veya sonra müzaheret (*yardım*) yoluyla iştirak edilebilmekteydi. Sonuç olarak bu hukuk sisteminde iştirak hususunda bir

---

<sup>100</sup> Bloy, s.48; Kaser, s.612, s.613.

<sup>101</sup> Bloy, s.48.

<sup>102</sup> Yekebaş, s.15; Evik, s.8. Özellikle tecavüz suçları için bu hükmün sık şekilde uygulandığı ifade edilmektedir. Bloy, s.51.

<sup>103</sup> Bloy, s.47.

<sup>104</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.24.

<sup>105</sup> Sancar, s.43.

<sup>106</sup> Bloy, s.50.

<sup>107</sup> Bloy, s.51.

<sup>108</sup> Yekebaş, s.16.

kavram birliğine sahip olmadığı ifade edilebilirse de<sup>109</sup> Roma hukukunun iştirak açısından temel oluşturma fonksiyonu göz ardı edilmemelidir.

## 2.Cermen Hukuku

Cermen hukukunda ilk zamanlarda azmettiren ve yardım eden cezalandırılmamaktaydı<sup>110</sup>. Ancak yardım eden şahıs suçun işlenişine aktif bir biçimde katılırsa artık işlenen suçtan sorumlu tutulurdu<sup>111</sup>. Bununla birlikte öldürme suçuna azmettirme şeklinde bağımsız suçlar görülmekteydi<sup>112</sup>. Ancak daha sonraları azmettiren faille aynı, azaltılmış veya faile verilecek cezaya göre artırılmış cezalar verilmesi söz konusu olmuştur<sup>113</sup>. Faille şerik aynı şekilde cezalandırılırken bu kuralın ağır bulunması nedeniyle zamanla bu durumun değiştiği ve dini kanunlarla fer'i faillerin, asli faille göre daha hafif şekilde cezalandırılmasına başlandığını ifade etmek gerekir<sup>114</sup>. Bu hukuk sisteminde azmettirilenin bağımsız bir suç olarak kabulü ile cezanın faile yönelik olmasının sebebinin failin serbest iradesiyle suç işlemesi ve bu durumda sorumluluğunun azmettiren veya yardım edenden bağımsız olması şeklinde izah edilmektedir<sup>115</sup>. Genel bir kural olmamakla birlikte bütün Cermen vesikalarında faillik ve şeriklik taksimine yer verildiği ifade edilmektedir<sup>116</sup>.

## 3.Müşterek Ceza Hukuku

Müşterek Ceza Hukuku açısından 16 ncı ve 17 nci yüzyıllarda iştirak hükümleri illiyet bağı nazara alınarak uzak ve yakın şeriklik kavramları ile birlikte ele alınmaktadır<sup>117</sup>. 18 inci yüzyılın sonlarına doğru fail ve şerik ayırımının katkıların neticeye olan etkisinden hareketle ortaya çıkması bu dönem açısından dikkate değerdir<sup>118</sup>. İştirak kurumunun eski pozitif metinlerde yer almadığı, düzenlemelerin ilk

---

<sup>109</sup> Evik, s.8.

<sup>110</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.25; Hacifazlıoğlu, s.410; Çağıl, Orhan Münir, *Garp Hukuku Tarihinde Cermen Devri*, İÜHFİM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası), C:23, S:1-2, İstanbul 1958, s.58; Evik, s.11.

<sup>111</sup> Çağıl, s.58.

<sup>112</sup> Çağıl, s.58; Evik, s.11.

<sup>113</sup> Hacifazlıoğlu, s.411.

<sup>114</sup> Yekebaş, s.19.

<sup>115</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.25.

<sup>116</sup> Yekebaş, s.19.

<sup>117</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.28.

<sup>118</sup> Hacifazlıoğlu, s.413.

kez *Bamberg* ve *Carolina* kodifikasyonlarında yer aldığı ifade edilmektedir. Bu anlamda 16.yüzyılda 1532 tarihli *Carolina* ve 1507 tarihli *Bambergensis* adlı kanunlarda özel suç tipleri açısından soyut genel iştirak hükümlerine yer verildiği görülmektedir<sup>119</sup>.

1794 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun iştirak konusunda detaylı düzenlemeler içerdiğini ifade eden *Evik* failliğin, maddi ve manevi; şerikliğin de zorunlu-zorunlu olmayan şeklinde ikiye ayrıldığını belirtmektedir<sup>120</sup>. 18 ve 19 ncu yüzyıl civarlarında iştirake ilişkin kavramlar günümüzdeki haline yaklaşırsa da türler arasında ayırma ilişkin sorunlar çözülmemiş durumdadır. Ancak ilk defa maddi-objektif karakterli ayırma *Feuerbach*'ın yer verdiği söylenmektedir. Azmettirmenin bu dönemde faillik kavramından çıkarılıp şeriklik türü olarak kabul edilmesi iştirak açısından önemli bir gelişmedir. *Feuerbach* azmettirmeyi manevi faillik içinde alırken ilk kez *Mittermaier* isimli bir Alman hukukçunun azmettirmeyi şeriklik içinde incelediği görülmektedir<sup>121</sup>.

Alman hukuku özelinde ise 1.1.1975'ten önce faillik ve şerikliğin basit bir biçimde düzenlendiği, sadece müşterek faillik gibi özel faillik durumlarına yer verildiği ve bu düzenlemede faillik tanımına yer verilmediği söylenmelidir<sup>122</sup>. Bugünkü düzenlemenin ise 1860 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 60 ncı maddesi ve 1851 tarihli Prusya ceza kanunu yolu ile imparatorluk ceza kanununa dayandığı ifade edilmektedir<sup>123</sup>.

#### 4.Anglosakson Hukuk Sistemi

Anglosakson hukuk sistemi, iştirak açısından bugünkü sisteme yakın bir ayırım içermekle birlikte oldukça ilginç sayılabilecek bir düzenlemeye de sahiptir. Buna göre sistemde asli ve tali failler aynı cezayı almaktadır. Ancak sistem bir çok durumda özel bir takım düzenlemelerle çeşitli ayırmalara gitmektedir. Buna göre fail ayırımını asli ve fer'i şeklinde yapılmakta, asli failler de birinci derece ve ikinci derece fail olarak kendi

<sup>119</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.36-37; **Evik**,s.14.

<sup>120</sup> **Evik**, s.15. Ayrıca bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin, s.37.

<sup>121</sup> **Hacıfazlıoğlu**, s.413.

<sup>122</sup> **Joecks Wolfgang-Miebach Klaus**, Münchener Kommentar zum StGB (bundan sonra MK –Joecks olarak belirtilecektir), I. Band I, 2. Auflage, München 2011, Vorbemerkungen zu den §25 kn. 2.

<sup>123</sup> **MK-Joecks**, Vor §25 kn. 3.

içinde sınıflandırılmakta iken ikinci derecedekiler ise azmettiren ve yardım eden olarak ikiye ayrılmaktaydı. Bu kişiler genel olarak aynı cezaya çarptırılmaktaydı ancak sistemin kendine has bazı özellikleri mevcuttu. Örneğin ölüm cezası sadece birinci derecede faillere tatbik edilmekte, diğer kişilere ise farklı cezalar verilmekteydi<sup>124</sup>.

Yardım veya müzaheret, suçtan önce veya sonra gerçekleşmesine göre farklı şekillerde cezalandırılmaktaydı. Fiilden önce gerçekleşen emir ve tavsiyede bulunanlar hırsızlık, sahtekarlık gibi suçlarda failler de aynı şekilde cezalandırılırken, diğer suçlarda ise kişilere daha farklı veya hafif cezalara verilebilirdi. Fiilden sonraki yardım veya müzaheret ise işlenen suç tipine göre cezalandırılmaktaydı<sup>125</sup>.

## 5.İslam Ceza Hukuku

İslam doktrinin genel olarak kısas, diyet, hadd ve tazir gibi suç ve ceza kavramları ekseninde geliştiği için iştirak kurumunun da diğer genel hükümlerde olduğu gibi ayrı bir başlık altında incelenmediğini söylemek gerekir<sup>126</sup>. Bu nedenle iştirak konusunun da hırsızlık ve cinayet suçları ile ilişkili olarak tartışıldığı ifade edilmiştir<sup>127</sup>.

Bir görüşe göre İslam Ceza Hukukunda asli ve fer'i iştirak *mübaşeretentesebbüben* şeklinde gerçekleşmektedir. Mübaşeret, araya kimse girmeden failin suçu işlemesi, tesebbüb ise bir şeyin meydana gelmesine neden olma anlamına gelmektedir<sup>128</sup>. Bu anlamda suçu doğrudan işleyen kimseye asli fail veya *mübaşir*; suça sebebiyet veren kimseye ise *mütesebbib* denilmektedir<sup>129</sup>. Yine mübaşeretin ifadesinin suça doğrudan iştiraki, mütesebbibin ise bunun dışında kalan fiilleri gerçekleştirmek, sonucun elde edilmesine yardımcı olma anlamına geldiği de ifade edilebilir<sup>130</sup>. Ayrıca suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde suçun işlenmesi için önceden iradelerin birleşmesi anlamına gelen anlaşma ile bir anlaşma olmaksızın suçun

<sup>124</sup> Bilgi için bkz. **Yekebaş**, s.20.

<sup>125</sup> **Yekebaş**, s.20-21.

<sup>126</sup> **Akgündüz, Ahmet**, “İştirak” maddesi , Diyanet İşleri Ansiklopedisi, C.23, İstanbul 2001, s.442.

<sup>127</sup> **Akgündüz**, s.442.

<sup>128</sup> **Yekebaş**, s.22; **Evik**, s.17; **Akgündüz**, s.442.

<sup>129</sup> **Ekinci, Ekrem Buğra**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul 2008, s.333.

<sup>130</sup> **Akgündüz**, s.442.

işlenmesinde bir araya anlamına gelen birleşme şeklinde bir ayırımın da mevcut olduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>131</sup>.

İslam ceza hukukunun faillik açısından fiilin icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini esas aldığını ifade edebiliriz. Bu kapsamda fiili gerçekleştiren kişi mübaşir veya mübaşir şerik iken, suçun icrasına yardım eden veya azmettirenin mütesebbib veya gayrimübaşir şerik olarak tanımlandığını söyleyebiliriz<sup>132</sup>. Nitekim bu konuda verilen bir örnekte üç kişinin, bir kimseyi, her birinin vurduğu bıçak darbeleri sonucunda öldürmesi halinde üçü hakkında da kısas uygulanacaktır. Oysa iki kişinin mağdurun elini tutması, diğerinin şahsı bıçaklaması halinde yalnızca bıçaklayan kişi hakkında kısas uygulanacak iken diğer kişiler hakkında tazirin uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>133</sup>.

Bu ayırma göre doğrudan iştirak olan mübaşeretten iştirakte suçu birden fazla kişi doğrudan irtikap etmektedir. Ancak bu durumda faillerin ne şekilde cezalandırılacağı, örneğin diyetin bölünüp bölünmeyeceği, had ve kısas gerektiren suçlarda örneğin bir kişiye karşı birden fazla kişinin kısasa tabi tutulamayacağı, kısasın faillerin tamamına uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Doktrinde İslam hukukunda aslında belirgin bir asli-fer'i fail ayırımının olmadığı fer'i failin asli faile bağlı olarak sorumlu tutulduğu şeklindeki görüşe gerekçe olarak gerek had ve kısas cezalarının genel olarak asli faile uygulanabilmesi gerekse de mezhep imamları arasında görüş birliği olmaması gösterilmektedir<sup>134</sup>. Bu anlamda mübaşirin yanında mütesebbibe sorumluluğun özel hususlar haricinde yöneltilmediği ifade edilmektedir<sup>135</sup>. Yine hadd ve kısas gerektiren suçlarının ön planda olması sebebiyle asıl yoğunluğun asli faille yöneldiği bununla birlikte şerik olarak ifade ettiğimiz diğer iştirakçilerin tazir ile cezalandırılarak cezasız bırakılmadıkları ifade edilmektedir<sup>136</sup>. Bu anlamda İslam ceza hukuku açısından hadd ve kısas gerektiren

---

<sup>131</sup> Evik, s. 17.

<sup>132</sup> Akgündüz, s.442.

<sup>133</sup> Ekinci, s.333.

<sup>134</sup> Hacıfazlıoğlu, s.415.

<sup>135</sup> Yekebaş, 28.

<sup>136</sup> Doğan, Hasan, İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi



suçlar açısından suçu işleyen kişi mübaşir olarak suçu tek başına işlemiş gibi cezalandırılmakta iken mütesebbib olan şerike tazir cezası uygulandığı söylenebilir<sup>137</sup>.

İslam ceza hukukunda suça iştirak konusunda mezhepler açısından farklı görüşler mevcuttur. Örneğin bir kimsenin, diğerine bir başkasını öldürmesini emretmesi halinde Hanefi mezhebine göre emri verenin yukarıda da ifade ettiğimiz şekilde mütesebbib olduğu için kısas yerine diyet ile cezalandırılması gerekirken çoğunluk görüşünü oluşturan diğer mezhep görüşüne göre burada emredilen kişi mücerret bir alet durumunda olduğu için emri veren kişi hakkında kısas hükmü uygulanmalıdır<sup>138</sup>.

Son olarak İslam hukukunda adam öldürme suçunda iştirak açısından dikkat çekici bir hususa değinmek gerekmektedir. Adam öldürme suçunda failerin cezalandırılmalarına ilişkin olarak İslam Hukukçuları *tevfuk* ve *temalü* (*ittifak*) şeklinde bir ölçüt geliştirerek tevafuk şeklinde yani önceden bir anlaşma olmayıp ani gelişen durumlarda işlenen suçlar açısından her failin kendi fiilinden sorumlu olacağına hükmetmişlerdir. *Temalü* yani önceden anlaşıp bu anlaşmayı suçun esnasında da sürdüren kişiler açısından ise çoğunluk görüş suça etkileri ne olursa olsun her bir failin aynı şekilde cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>139</sup>.

## 6.Osmanlı Hukuku

Osmanlı Devleti uzun süre boyunca diğer İslam devletlerinde olduğu üzere İslam ceza hukukunu uygulamıştır. Bununla birlikte batılılaşma ile birlikte farklı düzenlemelerin hukuk sistemine dahil olmasıyla iştirake ilişkin bazı hususlar da kanunlaşmıştır. İştirake ilişkin olarak 1851 (1267) tarihli Kanun-i Cedit'te genel bir suça iştirak hükmü olmasa da insan öldürme suçuna çeşitli yardım biçimleri açısından

---

Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri, İslâm Hukuku Anabilim Dalı, s.189. [www.acikarsiv.ankara.edu.tr](http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr), (Erişim Tarihi : 04.04.2016).

<sup>137</sup> **Ekinci**, s.333. Hadd cezası miktarı kesin olarak belirlenmiş cezalar olup, tazirden farklı olarak hakimin ceza tayini konusunda takdir hakkı yoktur. Hadd ile tazir arasındaki diğer farklar için bkz. **Ekinci**, s.346.

<sup>138</sup> **Zuhayli, Vehbe**, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, İstanbul 1994, C.8, İstanbul 1994, s.33.

<sup>139</sup> **Akgündüz**, s.443.

yaptırım hükümleri mevcuttu<sup>140</sup>. Bu tarihten önce 1840 tarihli düzenlemede ise iştirake ilişkin çekirdek bir hükme yer verilmemişti<sup>141</sup>.

1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi'nin 45 inci maddesinde “*bir cürmün müşterek failleri kanunun sarahati olmayan mevadda ol cürmün fail-i müstakilli gibi mücazat olunur*” şeklinde genel bir hüküm sevk edilmektedir<sup>142</sup>. 46ncı maddede ise müşterek faillerin çalınan malın mağdura iadesi, zararın tazmini gibi hususlarda adeta müteselsil kefil olarak sorumlu tutulduğuna yer verilmektedir<sup>143</sup>.

Bu kanuna ilişkin yapılan bir taslak çalışmada ise iştirake ilişkin daha belirgin düzenlemeler yapıldığı göze çarpmaktadır. Bahse konu taslak çalışmanın komisyon çalışmalarına öncülük ettiği ve kimi maddelerinin farklı hükümler altında kanuna dahil edilirken kimi hükümlerine ise yer verilmediği ifade edilmiştir<sup>144</sup>.

*Ahmet Cevdet Paşa* başkanlığındaki komisyon tarafından hazırlanan *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*'nin 90, 92 ve 93 üncü<sup>145</sup> maddelerinde iştirake ilişkin hükümler olduğu

<sup>140</sup> **Hacıfazlıoğlu**, s.417; **Evik**,s.19.

<sup>141</sup> **Evik**, s.19.

<sup>142</sup> **Evik**, s.19.

<sup>143</sup> **Evik**, s.19.

<sup>144</sup> Bahse konu taslakta yer alan ;“47.madde: *Kuvve-i maliye ve nüfuziye ile veya hiyel ve desais imaliyle bir cinayet ve kabahatin vukuuna aherini davet eden veyahut bir şahsın o makule cinayati irtikap etmesi için talimat veren veyahut ol cinayet ve kabahatin icrasında müstamel olan esliha ve âlât ve esbab-ı saireyi bile bile tedarik ve îtâ eden veyahut bir cinayet ve kabahatin vukuunu teshil veya icrasını mucib olan vukuatta erbab-ı cinayete bilerek muavenet eyleyen eşhas asıl sahib-i cinayet ve kabahat gibi mücazat oluna. Ancak bu mekule cinayetleri tertip eden eşhas devletin dahilen ve haricen emniyetini ihlal edecek cinayete mahsus olan ceza ile mahkum olmaz. Yani cinayetleri ihlal asayiş-i umumiye veyahut haricen fesadı müeddi olacak dereceye varmaz ise ol halde muavinlerine asıl sahib-i cinayet gibi mücazat oluna.*

48.madde: *Devletin emniyet haline ve gerek asayiş-i umumiyesine ve halkın mal ve canına dokunacak taaddiyat edenlerin hareket-ı kabihasını bilip de bila zarure bunlara sığınacak ve içtima edecek mahal verenler şerik-i cani gibi mücazat oluna.*

49.madde: *Bir cinayet ve kabahatin irtikabıyla istihsal olunmuş olan emval ve eşyay-ı mesrukanın cümlesini veyahut mikdarını bilerek mecburiyet-i sahihası olmadıkça ketm ve ihfa edenler ol cinayet ve kabahatin asıl failleri gibi mücazat oluna.*

50.madde: *İdam cezası asıl sahib-i cinayet hakkında hükmolunduğu takdirde bunun yatağı hakkında dahi müebbeden kürek cezası hükm oluna ve her halde müebbed kürek ve nefy-i ebed cezaları şerik-i cani olanların ledel-iştirak kanunun idam ve müebbed kürek ve nefy-i ebed cezalarının hükm ettiği ahvale vukufu olduğu sabit ve muhakkak olmadıkça şerik-i cani cihetinde yalnız muvakkat kürek cezası hükmoluna”* şeklindeki ifadeler, iştirak ile ilgilidir. İlgili taslak çalışma ve açıklamalar için bkz. **Gayretli, Mehmet**, 1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metninin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler, s.7.

<http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf>, (Erişim Tarihi:08.03.2016).

<sup>145</sup> 90.madde “*Mübâşir, ya'nî bizzât fâil ile, mütesebbib müctemi' oldukda, hükm ol fâile muzâf kılınır*”, (Bir işi doğrudan yapan kimse ile bu işe sebep olan kişi bir araya geldiğinde, doğrudan yapan mes'ul

ifade edilerek faillerin doğrudan doğruya suça katılmalarının halinde (mübaşir) asli fail, mütesebbib olarak neden olmaları halinde şerikliğin söz konusu olduğu belirtilmektedir<sup>146</sup>.

## 7.Cumhuriyet Dönemi Ceza Hukuku

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte gerçekleştirilen hukuk reformunun sonucunda kabul edilen 01.03.1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda faillik dahil olmak üzere iştirak genel hükümler arasında düzenlenerek önceki hukuk sistemindeki düzenlemesinden ayrılmıştır. İleride de izah edileceği üzere faillik Kanun'un 64 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

## III.İŞTİRAKİN CEZALANDIRILMASINA İLİŞKİN SİSTEMLER

### 1.Genel Bilgi

Suçta iştirak eden kimselerin cezalandırılmaları gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Zira kişinin işlenen suça nedensel ve bilinçli şekilde, hatta taksirli hali cezalandırılabilen suçlar açısından dikkat ve özen eksikliği varlığı suretiyle katkıda bulunması halinde o suç nedeniyle meydana gelen haksızlıktan sorumlu tutulması adalet gereğidir. Nitekim *Önder*, iştirake ilişkin düzenlemeler olmasaydı da suça illi şekilde katkıda bulunan kişilerin hareketlerinin objektif ve sübjektif olarak hukuka aykırı olacağına ve suçun işlenişine katılanların cezalandırılması gerektiğine işaret etmektedir<sup>147</sup>.

İştirakin cezai sorumluluğu genişleten hükümler olduğu belirlendikten sonra sorumluluğunun ne şekilde genişletileceği, kısaca suça iştirak edenlerin ne şekilde cezalandırılacakları hukuk düzeninin hangi sistemi kabul ettiğine göre belirlenebilir. Suça iştirakte kişilerin sorumluluğunun, failliğe verilecek anlam esas alınarak

---

*olur*); 92.madde “Mübâşir müteammid olmasa da zâmin olur” (Bir haksız fiilin fâili, yani bu işi doğrudan doğruya işleyen kimse, kasdı olmasa da tazminle mükelleftir); 93.madde “Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz.” (Bir haksız fiili doğrudan doğruya değil de vâsıtalı olarak işleyen kimse, ancak kasıtlıysa tazminle mükelleftir.) Madde metni ve açıklamaları için bkz. **Şimşirgil, Ahmet- Ekinci, Ahmet Buğra**, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul 2007, s.93 vd.

<http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/cevdet.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.10.2015).

<sup>146</sup> **Hacıfazlıoğlu**, s.418.

<sup>147</sup> **Önder**, s. 474.

belirlendiği söylenmelidir<sup>148</sup>. İştirakte sorumlulukların belirlenmesi faillik veya şeriklik gibi iştirak biçimlerini de konumlandıracaktır.

Doktrinde sorumlulukların belirlenmesinde çeşitli yollar benimsenmiştir. Örneğin bu konuda iki yol olduğunu savunan görüşe göre “*iştirak biçimlerinin farklılığına göre farklı olarak sorumlu tutmak ve cezalandırmak*” ve “*ilke olarak eşit şekilde sorumlu tutmak ve cezalandırmak; ancak somut olarak herbirinin gerçek sorumluluğunu değerlendirmek ve cezayı gerçekte oynadıkları role göre belirlemek*” bir yol olarak kabul edilebilir<sup>149</sup>. Yine suça iştirak açısından cezalandırmaya ilişkin sistemlerin *suça katılanlar bakımından bir ayırım yapmayan sistem (eşitlik sistemi), suç ortaklığında çeşitli iştirak hallerini kabul edip bunları birbirinden tamamen bağımsız gören sistem*<sup>150</sup>, *suça katılanları değişik şekillerde belirten sistem* şeklinde de sınıflandırılması mümkündür<sup>151</sup>.

Günümüzde eşitlik sisteminin artık etkisini yitirdiği, bunun yerine teklik-*monalist-* ve ikilik-*dualist* sistemlerinin kabul edildiği, teklik sisteminin suça iştirak edenler arasında ayırım gözetilmemesine karşın, hakime takdir yetkisi verilmek suretiyle failin kötülüğüne göre cezanın belirleneceği de ifade edilmektedir.<sup>152</sup> Biz genel olarak sistemleri *eşitlik, ikilik ve cezanın faile göre tespiti* olarak inceleyeceğiz<sup>153</sup>.

## 2.Sistemler

### A.Eşitlik Sistemi

Eşitlik sistemine göre suçun işlenişine iştirak eden kişiler, suça katkılarına bakılmaksızın eşit şekilde cezalandırılır<sup>154</sup>. Fail ve şerik ayrımı yapılmaksızın herkese

---

<sup>148</sup> **Önder**, s.474.

<sup>149</sup> **Toroslu-Toroslu**, s 321.

<sup>150</sup> Önder bu sistemin çeşitli iştirak şekillerini kabul etmekle beraber farklı cezalara karşı çıkmaktadır. Sistemi eleştirenler buna gerekçe olarak cezaların aynı olduğu bir sistemde neden farklı sorumluluk türlerinin kabul edildiğini eleştiri konusu yapmaktadır. **Önder**, s.477.

<sup>151</sup> **Önder**, s. 475, 479.

<sup>152</sup> **Evik**,s.31.

<sup>153</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 646; **Erem**, *Suçta İştirak*, s 63.

<sup>154</sup> **Zafer**, s.463. Sistemin Roma Hukuku temelli olduğu ifade edilmektedir. **Erem**, *Suçta İştirak*, s. 63; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.490; **Özkan, Halid**, Ceza Hukukunda Azmettirme, Ankara 2013, s.12; **Erem-Danışman-Artuk**,s.359; **Hacıfazlıoğlu**, s.14; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.646.

eşit ceza verilmesi nedeniyle sistem *objektif suç birliği* olarak da adlandırılmaktadır<sup>155</sup>. Roma hukukuna da hakim olan bu teoriye göre suça katılan herkes fail gibi sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle bu teori açısından *geniş failliğin* söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>156</sup>.

Sistemin dayandığı temel, failin fiiline katkıda bulunan kişilerin, bu fiilin bütün sonuçlarını kendilerine mal etmiş olduğu, suçun tam cezası ile cezalandırılması gerektiği şeklindedir<sup>157</sup>. Öyle ki kasten yaraladığı kişiyi hastaneye götüren kişi, yolda meydana gelen trafik kazası sebebiyle mağdurun ölmesi halinde dahi bu ölüm nedeniyle sorumlu tutulabilecektir<sup>158</sup>.

Sistemin temelinde yatan bir diğer düşüncenin suçun tek ve bölünemez olduğu söylenmelidir<sup>159</sup>. “*Suçta bağlılık cezada bağlılığı da getirmektedir*”<sup>160</sup> fikrinden hareket eden görüşe göre suç bölünemeyeceği için suça katılan herkes faildir ve aynı şekilde cezalandırılmalıdır.

İleride de izah edileceği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda “*Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir*” denilerek bu sisteme yer verildiği anlaşılmaktadır<sup>161</sup>. Taksirli suçlarda ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22/5 inci maddesi gereğince faillerin hepsi kusuru oranında cezalandırılmaktadır ki bu nedenle gerek bu hüküm gerekse de iştirak hükümleri gereğince taksirli suçlar açısından iştirak hükümleri tatbik edilemeyecektir<sup>162</sup>. Doktrinde *Koca- Üzülmaz* azmettirme ve yardım etmeyi de geniş faillik kapsamında değerlendirilmektedir<sup>163</sup>.

<sup>155</sup> **Dülger**, s.9; **Demirbaş**, s. 471; **Dönmezer-Erman**, s. 453.

<sup>156</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.646 **Zafer**, s.463; **Aydın**, s.66. Bu sistem açısından suça nedensel katkı sağlayan herkes fail olmaktadır. **Heineeg, Bernd von Heintschel**, Strafgesetzbuch Kommentar, 2.Auflage 2015. İlgili kısım **Kudlich, Hans** (bundan sonra **HSK-Kudlich** olarak ifade edilecektir) § 25, kn.2.

<sup>157</sup> Bu sistem açısından faillerin her birinin hareketi nedensel değerdedir. **Centel-Zafer-Çakmut**, s.490; **Dülger**, s. 9; **Magnol, Vidal**, Ceza Hukuku (Çev:Devrin,Şinasi), Ankara 1946, s. 409.

<sup>158</sup> **Tan**, s.1476.

<sup>159</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.490; **Önder**, s. 476; **Özkan**, s. 12,13; **Evik**,s.31.

<sup>160</sup> **Hacıfazlıoğlu**, s.14.

<sup>161</sup> **Hakeri**, s.510; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.646.

<sup>162</sup> **Hakeri**, s.510.

<sup>163</sup> **Koca-Üzülmaz**, s.440.

Bir kısım yazar suçlular arasındaki kader birliğine, bir kısmı nedensellik bağı konusundaki şart teorisine bir kısmı da esasen ortada fail sayısınınca işlenen birden çok suç yani bir iştirak suçu olduğuna işaret etmektedirler<sup>164</sup>. Bu anlamda nedensellik bağına esas alan sistemin yukarıda da ifade ettiğimiz üzere *sübjektif suç birliği* olduğu ifade edilmektedir<sup>165</sup>. Eşitlik sisteminin farklı türleri olmakla birlikte çalışmamız kapsamında bu konunun detayına girmeyeceğiz. Bununla birlikte bu görüşler arasında suç birliğini esas alanlar, şart teorisini esas alanlar ve suç ayrılığını yani ne kadar fail varsa o kadar suçun var olduğunu savunan görüşlerin mevcut olduğunu ifade etmekle yetinmekteyiz<sup>166</sup>.

Eşitlik sistemi açısından neticenin meydana gelmesine bir şekilde neden olan herkes sorumlu olduğuna göre iştirak için ayrıca kanuni bir düzenlemeye gerek yoktur<sup>167</sup>. Geniş failliği esas alan sistemin iştirak hükümlerini daraltıcı bir işlev arz ettiği ifade edilmiştir<sup>168</sup>. Zira burada tipik olmayan hareketleri yapanlar da suçun işlenişine iştirak etmişlerdir<sup>169</sup>.

Sistem, suça iştirak edenlerin sorumluluklarının tespiti açısından kolaylık sağlasa da sistemin adil olduğunu söylemek mümkün değildir. *Önder*'in de ifade ettiği gibi asli veya fer'i iştirak hukukçuların icadı değil doğal hayatın bir sonucudur<sup>170</sup>. Sistemde fail olmanın kriteri suça bir şekilde katılmaktır, katılmanın şekli ve önemi cezanın hesaplanmasıyla ilgilidir<sup>171</sup>.

Avusturya hukukunda da kabul edilen eşitlik sistemi için doktrinde sistemin formel ya da fonksiyonel şekilde ortaya çıkabileceği, formel yani biçimsel eşitlik sistemi açısından farklılaşmamış ve tek bir fail kavramı olduğu, fonksiyonel eşitlik

---

<sup>164</sup> Konu hakkındaki görüşler için **bkz. Keskin, Serap, Suça İştirak**, Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler, 26-27 Mart 1997, İstanbul 1998, s.228. Ayrıca bkz. **Dönmezer-Erman**, s. 454; **Mahmutoğlu**, s.59; **Erem-Danışman-Artuk**, s.359.

<sup>165</sup> **Dönmezer-Erman**, s. 454.

<sup>166</sup> Görüşler için bkz. **Aydın**, s.68 vd.

<sup>167</sup> **Aydın**, s.57.

<sup>168</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.488.

<sup>169</sup> **Aydın**, s.57.

<sup>170</sup> **Önder**, s.476.

<sup>171</sup> **Demirbaş**, s.481.

sisteminin ise aynı hukuki değerde, aynı cezai yaptırıma maruz farklı faillik türlerini tanıdığı ifade edilmektedir.<sup>172</sup>

Eşitlik sistemine doğru bir eğilim olduğu ifade edilen bir görüş açısından Alman Ceza Kanunu'nun bu konuda sadece farklı hukuki sonuçlar doğuracak iştirak türlerinde farklılaşmaya izin verilebileceği, bununla birlikte iştirakçinin fail ile aynı şekilde cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir<sup>173</sup>.

Aşağıda da ifade edileceği üzere Alman ceza Kanunu'nun aksine Alman kabahatler hukuku açısından ve Avusturya ceza hukukuna göre suça iştirak eden herkes fail olarak adlandırılmaktadır. Fikrin, Alman ceza hukukunda kabul edilmesinin esas sorunlara bir çare getirmeyeceği ifade edilmektedir<sup>174</sup>. Böyle bir durumda ceza hukukunun kapsamına giren alanın genişlemesinin eşit faillik konseptini gerektireceği böyle bir durumun da meşruiyet ve problem alanını genişleteceği ifade edilmektedir. Eşit failliğin, sorumluluğun faillik mi yoksa şeriklikten mi kaynaklandığının tespitinden kaçındığı, ancak nihai olarak cezanın takdirinde bu noktada gerçeğe uygun bir ayırımın yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>175</sup>.

Ceza hukuku açısından farklı biçimlerde de olsa da üçlü bir sistem kabul edilerek faillik, azmettirme ve yardım etme kabul edilmiştir. Nitekim *Roxin* de Alman hukukunda İmparatorluk Kanunlarından (1810 tarihli Prusya Ceza Kanunu, 1871 tarihli Kanun ve mehzaz kanun olarak 1810 tarihli Fransız ceza kanunları açısından) çeşitli reformlar yapılmış olsa da üçlü sistem üzerinde önemli bir eleştiri yapılmadığını ifade etmiştir<sup>176</sup>.

Bu anlamda bahse konu sisteme tek farklı model olarak *Roxin*, her bir iştirakçinin eşit bir biçimde fail olarak kabulü temeline dayanan eşit faillik öğretisinden

---

<sup>172</sup> **Fabrizy, Ernst Eugen**, Wiener Kommentar Zum Strafgesetzbuch, 2.Auflage herausgegeben von **Höpfel Frank- Ratz, Eckart**, 11.Lieferung §§ 12-14, Wien 2000, kn 12.

<sup>173</sup> **Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich- Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11.Auflage, Bielfeld 2003, § 28, kn.11.

<sup>174</sup> **Freund, Georg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, zweite aktualisierte Auflage, Berlin Heidelberg 2009, kn.25.

<sup>175</sup> **Freund**, kn.25.

<sup>176</sup> **Roxin, Claus**, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, 25 kn 1.

(*Einheitstäterlehre*) bahsetmektedir<sup>177</sup>. Bahse konu teorinin amacı faillik ile şeriklik arasındaki sınırın ortadan kaldırılması ve yasal uygulamanın basitleştirilmesidir<sup>178</sup>. Eşit faillik ilkesinin kabul edilmesi halinde ne olacağına ilişkin çıkarımlarda bulunan Roxin'e göre bu durum ceza sorumluluğu ve cezaların çerçevesi üzerinde esaslı bir etkisi doğuracaktır<sup>179</sup>. *Roxin* mevcut hukuk ve olması gereken hukuk açısından hakimiyet suçları ve tek başına işlenen suçlar açısından yardım etme durumuna cezanın çerçevesi bakımından imtiyaz tanındığını ifade ederek yükümlülük suçlarında azzettirene daha az ceza verildiğini belirtmektedir<sup>180</sup>.

Eşit faillik sistemi Alman kabahatler kanunu, Avusturya ceza hukuku haricinde Danimarka ve İtalyan hukukunda söz konusu olsa bile bu ülkelerde suça katılım türleri açısından çeşitli farklılıkların söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>181</sup>.

*Roxin* teorinin, nedensellik üzerinden suçun unsurlarının gerçekleştirilmesindeki kısıtlama yoluyla cezalandırılabilirliğin kabul edilemez bir biçimde genişletildiğini ifade ederek teoriyi eleştirmektedir<sup>182</sup>. Yazar eşit faillik kavramının kabul edilmesi halinde yukarıda ifade edilen, yükümlülük suçları, bizzat işlenebilen suçlar veya teşebbüse ilişkin bazı durumlarda gerçek bir temele dayanan farklılıkların bırakılması gerekeceğini ifade ederek bu kavramın sınırlandırmanın zorunluluğu referans gösterilerek ele alınabilecek bir konu olmadığını da ifade etmektedir<sup>183</sup>.

Tekçi faillik anlayışı, geniş faillik kavramını reddetmektedir zira bahse konu faillik kavramı suça nedensel olarak katkı sağlayan herkesi fail olarak kabul ederek kanunun ifadesi ile de birkaç açıdan çeliştiği görülmektedir<sup>184</sup>. Örneğin Alman Ceza Kanun'unda 25.maddede fail, fiili gerçekleştiren olarak ifade edilip neden olan şeklinde

---

<sup>177</sup> **Roxin**, AT II, 25 kn 1.

<sup>178</sup> **Roxin**, AT II, 25 kn 3.

<sup>179</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.451.

<sup>180</sup> **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.451.

<sup>181</sup> **Roxin**, AT II, 25 kn 6.

<sup>182</sup> **Roxin**, AT II, 25 kn 3.

<sup>183</sup> *Roxin*, bu durumda, cezai sorumluluğun ciddi, hukuk ilkelerine uygun ve haklı bulunabilir şekilde genişletilmesinin gerektirdiğini ifade etmektedir. **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.451.

<sup>184</sup> **Roxin**, AT II, 25 kn 3, 4.



ele alınmamaktadır<sup>185</sup>. Bağlılık kuralına ihtiyaç duymayan ve karşı bir model olan bu faillik türü bu anlamda hukuka aykırı ve nedensel katkı sağlamak suretiyle fail olmayı mümkün kılmaktadır<sup>186</sup>. Bununla birlikte faillik ve şeriklik açısından niceliksel bir ayırım içeren Alman ceza kanunu açısından haksızlık boyutunu eşitleyen bir sistemin başarılı olamayacağı bu anlamda da kasti suçlar açısından bu teorinin başarısız olduğu ifade edilmektedir.<sup>187</sup> Bahse konu durum aynı ayırımı içeren Türk Ceza Kanunu açısından da geçerlidir.

Eşitlik sistemi doktrinde ceza politikası açısından her iştirakçinin eşit şekilde cezalandırılması, gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanmasına müsait olmaması ve iştirakçilerin daha az ceza almak için diğer kişilerin ortaya çıkması açısından yardımda bulunmayacağı için eleştirilmiştir. Ayrıca fail sayısının suç olduğu iddiası ve sonucun gerçekleşmesi için her nedenin eşit derecede önemli olduğu varsayımının da doğru olmadığını söylemek gerekir<sup>188</sup>.

## **B. Cezanın Faile Göre Tespiti Sistemi**

Cezanın faile göre tespiti sistemi, suça katılanların tehlikeliliğini, kötülüğünü esas alarak bir çözüme gitmeyi esas almaktadır<sup>189</sup>. Sisteme subjektif sistem de denilmektedir<sup>190</sup>. Bu sisteme göre bir kimsenin fail olması her zaman şerikten daha fazla cezalandırılmasını gerektirmez. Önemli olan kişinin arz ettiği tehlikeliliktir<sup>191</sup>. Bu teori açısından hareketler ve hareketlere yönelik cezaların önceden tespiti değil somut olaya göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>192</sup>. Teorinin hareket noktası, şerikin kötülük seviyesinin bazen failden daha fazla olabileceği, ya da failin bir takım hareket ve oyunlarla kendisini şerik olarak gösterebilme ihtimalidir<sup>193</sup>. Fiillerin onu işleyen şahsa göre değerlendirilmesi şeklindeki görüşe göre şeriklerin ceza ve sorumluluklarının

---

<sup>185</sup> **Roxin**, AT II, 25 kn 4.

<sup>186</sup> **Langrock, Marc**, Das Eigenhändige Delikt, Baden Baden 2001, s.14.

<sup>187</sup> **Langrock**, s.15.

<sup>188</sup> **Aydın**, s.71.

<sup>189</sup> **Zafer**, s.464; **Demirbaş**, s.481; **Dülger**, s.10. Bu durum “herkese kendi kötülüğüne göre ceza” ilkesi ile açıklanmaktadır. **Keskin**, s. 229; **Evik** s.36.

<sup>190</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.359; **Hacıfazhoğlu**, s.14.

<sup>191</sup> **Artuk-Gökçen-Alışahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.647.

<sup>192</sup> **Zafer**, s.464.

<sup>193</sup> **Evik**, s.36.

önceden tayin edilmesi doğru değildir<sup>194</sup>. Cezanın faile göre belirlenmesinin fiili işleyen kişiyi esas aldığı ifade edilmelidir<sup>195</sup>. Sistem fail ve şerik ayırımını kabul etmektedir.

Bununla birlikte fer'i failin suçun tam cezası ile cezalandırılması öngörülmesine rağmen hakime cezada indirim konusunda takdir hakkı verilmektedir<sup>196</sup>. Yani sistem açısından fail ve şerik ayırımları mevcut olmasına karşın hakim, sırf fail olduğu için kişiye şerikten daha fazla ceza vermek zorunda kalmamakta somut olaylarda şerikin cezası indirilmeyerek bu kişinin kötülük derecesine göre bir tayin imkanı ortaya çıkmaktadır. Bu durum sistemin en önemli özelliği olarak da ifade edilebilir<sup>197</sup>.

Fail ve şerik ayırımındaki güçlük teorinin eleştirilen yönünü oluşturmaktadır<sup>198</sup>. Sisteme yöneltilen bir diğer eleştiri, asli hareketleri gerçekleştiren kişiler ile tali hareketleri gerçekleştiren kişileri bir tutmanın eşitlik ve adalete aykırı olduğu hususudur<sup>199</sup>.

### C.İkilik Sistemi

Suçta iştirakin cezalandırılması konusundaki sistemlerden bir diğeri olan ikilik sistemi, eşitlik sisteminin aksine sorumluluğun tespitinde suç ortaklarının katkılarını, rollerini değerlendirmektedir.<sup>200</sup> Bu durumda dar faillik söz konusu olmaktadır. Sistemin özünde iştirak açısından asli ve fer'i ayırımı bulunmaktadır<sup>201</sup>. Yani suç tipinin gerçekleşmesi için asli önemde olan hareketleri yapanlar asli fail iken, fer'i, -ikincil-hareketleri gerçekleştiren kişiler ise fer'i faildir.

<sup>194</sup> Artuk-Gökcen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.646,647.

<sup>195</sup> Demirbaş, s.472; Mahmutoğlu, s.60-61; Aydın, s.76; Hacıfazlıoğlu, s.14. Evik suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, suça iştirak edenlerin belirlenmesinin hakime bırakılmayacağını, cezanın faile göre belirlenmesi sisteminde dahi fail-şerik ayırımına sadık kalındığını ifade etmektedir. Evik, s.37.

<sup>196</sup> Keskin, s. 230. Yazar, 765 sayılı Kanun döneminde gündemde olan Türk Ceza Kanunu Ön tasarısı'nı eleştirirken, iştirak hususunda cezanın faile göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Keskin, s.230; Aydın, s.76; Evik s.36.

<sup>197</sup> Özkan, s.16.

<sup>198</sup> Demirbaş, s.472.

<sup>199</sup> Evik, s.37.

<sup>200</sup> Özbek-Doğan- Bacaksız – Tepe, s.498; Keskin, s.230; Artuk, Mehmet Emin, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, 1.Bası, İstanbul 1989, s.255; Hacıfazlıoğlu, s.14.

<sup>201</sup> Önder, s. 478; Dülger, s. 10.

İkilik sistemi, eşitlik sistemini suça katılan herkesin aynı yararı elde etmediği, suça katılan herkesin eşit şekilde sorumlu olarak sayılmasını iştirakin yapısına aykırı olmakla eleştirmektedir<sup>202</sup>. Nitekim *Dönmezer-Erman*, bu hususta objektif suç birliğinden hareketle eşitlik sisteminin Fransız Ceza Kanunu'nun, adaletsiz hükümlerin oluşmasını engellemek amacıyla *aynı ceza* deyimini aynı tür ceza olarak algıladığını ve fail ile şeriklerine aynı süreli bir ceza verilmesi gerekmediğini düşündüğünü vurgulamaktadır<sup>203</sup>. Nitekim mülga Kanun'da asli fail ve fer'i fail şeklindeki ayırım, sistemin kabulü sonucunda ortaya çıkmıştır<sup>204</sup>.

765 sayılı Kanun açısından da geçerli olan ikilik sistemi 5237 sayılı Kanun bakımından farklı bir biçimde kabul edilerek şeriklik ve faillik olarak sistemleştirilmiştir<sup>205</sup>. Bu anlamda 5237 sayılı TCK'da ikilik sistemi devam etmektedir<sup>206</sup>. Sistemin klasik okula en yakın sistem olduğu ifade edilmektedir<sup>207</sup>.

Türk Ceza Kanunu açısından faillik ve şerikliğin farkını ortaya koymak bakımından fiili gerçekleştirme kriteri önem taşımaktadır<sup>208</sup>. Fiili gerçekleştiren kişiler asıl sorumlulardır ve onlara yardımcı olan fer'i sorumlulardan daha ağır biçimde cezalandırılmalıdırlar. Zira suçun oluşmasında herkesin katkısı aynı değildir, herkes aynı oranda yarar elde etmemektedir<sup>209</sup>. Buna göre suçun işlenişine yaptığı katkı, fail ölçüsünde olmayan kişiler, şerik olarak sorumlu tutulmakta ve böylece iştirak cezalandırılabilirlik alanını genişleten bir işlev görmektedir<sup>210</sup>. Kısaca neticenin

---

<sup>202</sup> **Dönmezer-Erman**, s. 455; **Mahmutoğlu**, s.60; **Aydın**, s.76; **Evik** s.34.

<sup>203</sup> **Dönmezer-Erman**, s. 456.

<sup>204</sup> **Keskin**, s.229.

<sup>205</sup> **Yıldız**, s.113; **Sancar-Köprülü**, s.419.

<sup>206</sup> **Sözüer, Adem**, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul 2015, [cdn.istanbul.edu.tr](http://cdn.istanbul.edu.tr), (Erişim Tarihi: 06.04.2018) s.41; **Ünver, Yener**, *YTCK'da Kusurluluk*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, S:1, 2006, s.73.

<sup>207</sup> **Erem**, *Suçta İştirak*, s. 63. Sisteme klasik sistem de denilmektedir. **İçel**, s.533; **Dülger**, s.9.

<sup>208</sup> **Koca-Üzülmez**, s.444.

<sup>209</sup> **Zafer**, s.463; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.490; **Aydın**, s.72; **Gören, Sami**, Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2012, s.217.

<sup>210</sup> **Dönmezer-Erman**, s. 452; **Bakıcı, Sedat**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri,2.Baskı, Ankara 2008, s.828. Dar faillik sistemi, nedensel etkide bulunmayı değil bizzat suç tipindeki haksızlığı gerçekleştiren kişilerin fail olabileceğini kabul etmektedir. **Demirbaş**, s.480; **Hafzoğulları-Özen**, s. 346. *Soyaslan* iştirake ilişkin hükümlerin özel kısımdaki suçlara adeta can verdiğini ifade etmektedir. **Soyaslan**, s.479. Ayrıca bkz. **Gülşen, Recep**, *Bir Fer'i Maddi İştirak Şekli Olarak İş veya Vasıta Tedariki* (TCK m.65/II), Çetin Özek'e Armağan, İstanbul 2004, s.430.

oluşumuna sebep olanlar asli, sonuca vesile olarak katkıda bulunanlar ise fer'i fail olmaktadır<sup>211</sup>.

İkilik sistemi de doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. İkilik sistemine getirilen en önemli eleştiri kimin fail kimin yardım eden olarak kabul edileceğinin her zaman net olarak tespit edilemeyeceği yönündedir<sup>212</sup>. Ayrıca kimi zaman yardım edenin, failden daha önemli bir rol oynaması da mümkün olabileceğinden bu sistem yerine hakime cezanın takdiri konusunda yetki verilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>213</sup>. Bu yöndeki eleştiriler sebebiyle zamanla sisteme zorunlu fer'i faillik kurumu dahil edilmiştir<sup>214</sup>.

765 sayılı Kanun'da benimsenen ikilik sisteminin sakıncaları asli-fer'i fail ayırımının kimi zaman imkansız olması (örneğin 765 sayılı Kanun'daki kavga suçu), sistemin objektif esasları göz önünde bulundurması nedeniyle suçluyu ihmal edebilmesi fer'i olmasına rağmen bazen yapılan katkının asli fail gibi cezalandırılması, suçta kusur yeteneği veya şahsi cezasızlık sebebi bulunmayan kişilerin kullanılması gibi ifade edilmektedir<sup>215</sup>.

Bir görüşe göre ise 5237 sayılı TCK'nın, görünüşte de olsa asli fer'i ayırımını kaldırmasına karşın cezanın faile göre tespiti sistemine de açık bir düzenleme getirmediğinden hareketle Kanun'un ikilik sistemi ile cezanın faile göre tespiti sistemleri arasında karma bir sistem kabul edildiği ifade edilmiştir<sup>216</sup>. Bu yorumun, asli-fer'i ayırımının kaldırılmış olduğunun ifade edilmesine ve suç ortaklığı kavramının kullanılmasına rağmen esasen yardım (TCK m. 39) başlıklı maddenin varlığının asli fer'i ayırımının ve ikilik sisteminin devam ettiği kanısına dayandığı söylenebilir<sup>217</sup>.

<sup>211</sup> Dönmezer-Erman, s.456; Mahmutoğlu, s. 60.

<sup>212</sup> Aydın, s.74; Evik, s.35.

<sup>213</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 499.

<sup>214</sup> Aydın, s.75; Evik s.35. Zorunlu fer'i iştirak kurumu ya da fiil üzerinde müşterek hakimiyet kriteri ile suçun tipik hareketleri arasında yer almayan ancak fiilin gerçekleşmesi için zaruri derecede önem taşıyan hareketleri yapan kişilerin de asli fail gibi cezalandırılmalarına ilişkin görüşe karşın zorunlu fer'i iştirak ya da müşterek hakimiyet gibi hususların da meydana getirdiği belirsizliğine dikkat çekilmektedir. Evik, s.35.

<sup>215</sup> Eleştiriler için bkz. Artuk, s.255.

<sup>216</sup> Özbek - Doğan- Bacaksız – Tepe, s.498.

<sup>217</sup> Aydın, s.27.

Alman ceza hukukunda ileride ifade edileceği üzere ikilik sistemi kabul edilmiş olup iştirak failleri ve şerikleri kapsayan bir üst kavram olarak kabul edilmiştir<sup>218</sup>. Bu anlamda sistemin, ikilik sistemine bağlı bir iştirak sistemi olduğu ifade edilmektedir<sup>219</sup>. İkilik sisteminin benimseyen Alman hukuk sistemi açısından faillik ve şeriklik katkının ağırlığı ve türüne göre belirlenmekte<sup>220</sup> ancak taksirli suçlar ve kabahatler açısından eşitlik sistemi kabul edilmektedir<sup>221</sup>.

#### D.Değerlendirme

5237 sayılı TCK, iştirakin cezalandırılması noktasında dar faillik sistemini esas alarak ikilik sistemini kabul etmiştir<sup>222</sup>. Buna göre sorumluluk biçimleri, faillik ve şeriklik olarak tespit edilmiştir. Şeriklik ise azmettiren ve yardım eden olarak ikiye ayrılır. Ceza politikası açısından azmettiren fail gibi cezalandırılırken, yardım eden azmettirene göre daha az bir ceza ile cezalandırılır.

İkilik sisteminde şeriklik ve faillik statülerinin ne şekilde belirleneceği önemlidir. Aşağıda detaylı bir biçimde ifade edileceği üzere fail, suç tipinde tanımlanan suçu icra eden gerçek kişidir.

Faillik ile şeriklik tespitinin yapılması açısından sınırın dışına yansıyan hareketler olması gerek ispat güçlükleri gerekse de yeknesaklığın sağlanması açısından gerekli ve önemlidir. Ancak verilecek cezanın tespiti açısından kanaatimizce ne hareketlerin nedensel değeri, ne de suçluların psikolojisi tek başına suçluların cezalarının tayininde esas alınmalıdır. Suçluların fiili gerçekleştirdikleri sıradaki ruhsal durumunun tamamen dışlanması eksik bir değerlendirmeye neden olacaktır. Kast veya taksirinin yanı sıra saik unsurunun da çeşitli suçlar açısından tipiklik ile ilişkilendirilmesi, bir takım suçlar açısından suç için öngörülen cezanın artırılması ya da

---

<sup>218</sup> **Krey, Volker- Esser, Robert**, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.Auflage, Stuttgart 2001, § 24, kn.783. Alman doktrininde Alman Ceza Kanunu'nun bu sisteminin faillik ve şerikliğin ayrılmasını sağladığı ifade edilmektedir. **Gropp, Walter**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2005, § 10, kn.11. İkili sistem iştirakin türüne göre belirlenmiş olup, şerikliğin türleri faillığe bağlılık kapsamında kabul edilmiştir. **Langrock**, s.14.

<sup>219</sup> **Baumann -Weber - Mitsch**, § 28, kn.10.

<sup>220</sup> **HSK-Kudlich**, § 25, kn.2.

<sup>221</sup> **HSK-Kudlich**, § 25, kn.2.

<sup>222</sup> **Hakeri**, s.494; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.491; **Demirbaş**, s.472; **Yıldız, Ali Kemal**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2007, s.113.

azaltılması bakımından saikin esas alınması, suçlunun iç durumunun suç açısından öneminin yadsınamaz olduğunu göstermektedir. Nitekim tesadüfi sorumluluğun artık ceza hukukunda kabul edilmemesi de faile ve failin içsel durumuna verilen önemin göstergelerindedir.

Kanaatimizce faillik ile şerikliğin sınırının belirlenmesi açısından sadece hareketlerin nedensel değerinden hareket eden değil bunun yanında suçun tipik hareketleri ve nedensel değeri esas kriter olarak ele alınarak yapılacak bir değerlendirme ile fail ile şerik belirlenmeli ve kişilerin psişik durumu, karakterinden bağımsız olarak somut olayda ortaya çıkan sübjektif özellikleri dikkate alınarak ceza açısından bir belirleme yapılmalıdır. Kişilerin genel bir düzenleme ile fail ya da şerik olarak tayin edilmesi kanuni bir güvence oluştursa da şeriklere daha az ceza verilmesi kimi durumlarda adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır.

İkilik sistemi bağıllık kuralının tatbiki açısından uygun bir sistemdir<sup>223</sup>. Buna karşın sistemin elbette yukarıda ifade ettiğimiz gibi belirsizliğe yol açma ve bazen de adaletsiz sonuçlara neden olma ihtimali mevcuttur. Bu nedenle doktrinde cezanın faile göre belirlenmesi ile ikilik sisteminin birlikte değerlendirilmesini öngören bir sistemin daha yerinde olacağı şeklindeki görüş de kanaatimizce dikkate değerdir<sup>224</sup>. Ancak bu durumda da cezanın hangi sınırlar içerisinde tayin edileceğinin kanun tarafından açık bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir<sup>225</sup>.

#### **IV.FAİLLİK KONUSUNDAKİ TEORİLER, FAİLLİK VE ŞERİKLİĞİN AYRILMASI**

##### **1.Genel Bilgi**

İkilik sisteminin ve dar faillik sisteminin kabul edilmesi faillik ve şeriklik arasındaki ayırımın da belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Esasen şeriklik ile faillik arasındaki farkın bir nicelik değil nitelik farkı olduğunu söylemek gerekir<sup>226</sup>. Gerçekten

---

<sup>223</sup> Evik, s.38.

<sup>224</sup> Evik,s.38. Hatta bir görüşe göre kanun koyucu ikilik sistemi ile cezanın faile göre belirlenmesi sistemlerinden oluşan karma bir sistem benimsemektedir. Bakıcı, s.829.

<sup>225</sup> Bu tarz bir düzenlemenin yapılmasının güç olduğu ifade edilebilirse de nitelikli hallerin sirayeti konusunda meydana gelen kimi durumlarda ikilik sisteminin ceza adaletine aykırı olan çeşitli sonuçlara yol açtığı durumlar için özel düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu kanaatindeyiz.

<sup>226</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.559; Özgenç, Suça İştirakin, s. 143.

çocuğunu, annesini öldürmek üzere azmettiren bir babanın ya da cinsel istismar fiiline yardım eden kişinin eylemlerindeki ahlaki redactin failden daha az olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte fail, yardım edene nazaran daha fazla katkı sunduğu için cezasının da buna göre belirlenmesi doğaldır. Nitekim Alman hukukunda da faillik ile şerikliğin sınırının katı bir biçimde belirlendiği, bu nedenle faillğe nazaran yardım halinde cezanın zorunlu olarak indirileceği düzenlenmektedir<sup>227</sup>. Ayrımın özellikle dolaylı faillik ve azmettirme veya azmettirme ile müşterek faillik gibi durumların sınırının bireysel vakıalarda tespiti açısından sorunlu olduğu ifade edilmektedir<sup>228</sup>.

İkilik sisteminin diğer sistemler gibi fail ile şerik arasındaki ayrımı net şekilde belirleyememesi, kimi zaman da fer'i failin, asli failden daha önemli bir rol oynaması gibi sebeplerle eleştirildiği görülmektedir<sup>229</sup>. Ceza adaletinin tatbik edilebilmesi için faillik ve şeriklik arasındaki kriterlerin açık şekilde belirlenmesi gerekir. İşte bu noktada çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bunlar başlıca sübjektif, şekli objektif, maddi objektif ve fiil hakimiyeti görüşleridir<sup>230</sup>. Bir görüşe göre suç tiplerinden yola çıkılarak da faillik ve şeriklik sınırının belirlenmesi mümkün olabilir. Örneğin özgü suçlar, gerçek olmayan ihmali suçlar yükümlülük suçları, tek başına işlenebilen suçlar gibi suçlarda fail olamayan kişinin ancak yardım eden ya da azmettiren olabileceği ifade edilerek tipiklik anlayışı yoluyla bir sınırlamadan da bahsedilmektedir<sup>231</sup>.

Aşağıda ifade edeceğimiz teorilerden bugün tartışma alanı bulan teorilerin maddi objektif teori ve fiil egemenliği teorisi olduğu ifade edilmektedir<sup>232</sup>. Son olarak biçimsel objektif ve aşırı sübjektif teorilerin, eski teoriler kapsamında ele alındığını da ifade edebiliriz<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> **Zieschang, Frank**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.akteulasierte Auflage, Stuttgart 2014, 6.Kapitel, kn. 641.

<sup>228</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn. 27.

<sup>229</sup> **Dönmezer-Erman**, s.459.

<sup>230</sup> **Koca-Üzülmez**, s.442.

<sup>231</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn.30.

<sup>232</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.493, kn.55.

<sup>233</sup> **HSK-Kudlich**, § 25, kn.12.

## 2.Sübjektif Teori

Şekli biçimsel teoriye karşı olan ve onu sınırlamayı amaçlayan sübjektif teorinin *Köstlin* ve *Buri* tarafından ortaya konulduğu, ve geniş faillğe dayanan bu sistemin Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından da başlangıçta savunulduğu ifade edilmektedir. Nedensellik açısından bütün şartların eşit olarak görülmesi halinde faillik ile şeriklik arasında katkının ağırlığına bakılarak bir ayırım yapılmamasından hareketle adeta eşitlik teorisinden doğan bir teori olarak kabul edilmektedir<sup>234</sup>.

Sübjektif teori açısından faillik ve şeriklik tespit edilirken objektif kriterleri değil, suça katılan kişilerin irade, kast, zihniyet, saik şeklinde ifade edilen ve kişiden kişiye göre değişen sübjektif kıstasları dikkate almaktadır<sup>235</sup>. Bu anlamda teori faillik ve şeriklik ayırımını suça iştirak ederken fail olma isteği ile mi yoksa şerik olma isteği ile mi iştirak edildiğine göre yapmaktadır<sup>236</sup>. Eşitlik teorisinin ve geniş bağıllık kavramının sübjektif teorinin temeli olduğu ifade edilmektedir<sup>237</sup>.

Bu anlamda eşit faillik ilkesinin sübjektif teorinin öznel ve tarihsel olarak yakından ilişkili kavramlar olduğu ifade edilmektedir<sup>238</sup>. Alman doktrinde bir görüşe göre faillik ve şerikliğin bahse konu teori açısından sübjektif kriterlere göre sınırlandırılmasının nedeni başlangıçta bütün şartların objektif eşdeğerliliği karşısında objektif kriterlerin farklılığının uygun olmamasından kaynaklanmaktadır<sup>239</sup>.

Teori açısından önemli olan suça katılan kişinin iç dünyasıdır. Sübjektif teori taraftarlarının faillik ve şeriklik kriterlerinin belirlenmesi açısından ileri sürdükleri teorilerden kast teorisine göre fail olma kastıyla hareket eden kişi fail, şeriklik kastıyla

---

<sup>234</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29. kn.38; **Gropp**, § 10, kn.31. Ayrıca bkz. **Haas, Volker**, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, ZTSW 119, 2007, s.520.

<sup>235</sup> **Roxin, Claus**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.51; **Önder**, s.479; **Özkan**, s.17; **Aydın**, s.59; **Dönmezer-Erman**, s. 458; **Üzülmez**, s.81; **Hacıfazhoğlu**, s.15, **Centel-Zafer-Çakmut**, s.491.

<sup>236</sup> **MK-Jeocks**, § 25, kn. 6.

<sup>237</sup> **Krey-Esser**, § 25, kn. 814.

<sup>238</sup> **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, GA 1996, s.270.

<sup>239</sup> **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.270, 271.



hareket eden kişi şerik iken<sup>240</sup>, menfaat teorisine göre kişisel menfaati için hareket eden kişi fail iken başkasının amacına hizmet etme fikriyle hareket eden kişiler ise şeriktir<sup>241</sup>.

Sübjektif teorilerin, irade teorileri ve suça katılanların amacına veya yararına göre ayırımı kabul eden teoriler olduğu söylenebilir. İrade teorisi isminden de anlaşılacağı üzere failin iradesine yani kastına göre asli veya fer'i fail ayırımı yapmaktadır. Buna göre suç işlemeyi düşünen ve buna ilişkin kastı oluşan kişi fail (asli fail), kastı bir başkasının işlediği suça yardımcı olan kişi ise fer'i faildir<sup>242</sup>. Kısaca “*faillik iradesi (animus auctoris) ile hareket eden fail, şeriklik iradesi ile hareket eden (animus socci) kişi ise şeriktir*”<sup>243</sup>.

Suçta iştirak edenlerin amacına göre yapılan ayırım açısından, iştirakçilerin saiki, sorumluluklarını da belirlemektedir. Eğer suça iştirak eden kişi kendi amacını gerçekleştirmek için suça iştirak etmekte ise fail, başkasının yararına hareket etmekte ise fer'i fail ya da şeriktir<sup>244</sup>. Nitekim bir görüşe göre bir çok durumda suçun başarısına yönelik ilgi veya başarılmasına ilişkin menfaatin, faillik iradesi için önemli bir belirti olduğu ifade edilmekle birlikte bu durumun belirtilerden sadece biri olduğu ifade edilmektedir<sup>245</sup>.

Kast teorisine göre (*Dolustheorie*) fail bağımsız bir isteğe sahip iken şerikin isteği faile bağlıdır<sup>246</sup>. Teoriye ilişkin olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin bir

<sup>240</sup> Koca-Üzülmez, s.442; Demirbaş, s.475; Özkan,s.17; Keçelioğlu, Elvan, *Alman Ceza Hukukunda Faillik*, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-239>, s.78. Şerik kendi iradesini faile tabi kılmaktadır. MK-Joecks , Vor §25 kn. 7.

<sup>241</sup> Evik, s.106, 107. Teorilere yöneltilen eleştirilen eleştiriler için bkz. Evik, s.107.

<sup>242</sup> Önder, s.479; Öztürk-Erdem, s.362; Dönmezer-Erman, s.485.

<sup>243</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.648. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı içtihatlarında bu prensibi kabul ettiği ifade edilmektedir. Zeischang, s.174, kn.651; Matt, Holger- Renzikowski, Joachim, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013, § Vor 25 ff, kn.2. Ayrıca bkz. Schönke-Schröder, (Heine/Weißer), Vorbem § § 25 ff. s.493 kn.52. Krey-Esser, § 25, kn.815; Baumann-Weber-Mitsch, § 29. Kn.38; Gropp, § 10, kn.30; Ebert, Udo, Strafercht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2001, s.189; Hauf, Claus Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil Kurzlehrbuch, Zweite Auflage, 2001, s.75.

<sup>244</sup> Önder, s.479. Bu anlamda iştirak türünün belirlenmesinde istek, saik, güdü veya çıkarın önemli olduğu ifade edilmektedir. Schönke-Schröder, (Heine/Weißer), Vorbem § § 25 ff. s.493 kn.51.

<sup>245</sup> Baumann-Weber-Mitsch, § 29. kn.43 vd. Bunun yanı sıra fiilin sonuçlanması açısından kişisel yarar veya ilgi derecesi açısından önemli noktalar olarak iştirak veya hakimiyet ölçüsü veya en azından fail olma isteği gibi kriterlerden bahsedilebilir. Ayrıca bu durumda, büyük ölçüde fiilin icrası veya sona erdirilmesi iradeye bağlı tutulmaktadır. Rengier, Rudolf, *Täterschaft und Teilnahme* , *Unverändert aktuelle Streitpunkte*, JuS , 50.Jahrgang, April 2010, Heft:4 s.282.

<sup>246</sup> Roxin, AT, § 25 kn.18.

kararı yol göstericidir. Buna göre eser sahiplerinin yardımcılarından ayrılması noktasında mahkeme bu teoriyi kullanarak bir belirleme yapmıştır ki eser sahiplerinin asistanlarından ayrılmasının tespitinin yalnızca fikri hakların bağımsızlığı ve yardım etme iradesindeki bağıllık yoluyla olabileceğini ifade etmişlerdir<sup>247</sup>.

Menfaat teorisi ya da çıkar teorisi olarak ifade edebileceğimiz teori açısından ise faillik isteği fiil üzerinde bir çıkarın varlığı halinde mevcut olmakta şeriklik halinde ise böyle bir çıkar mevcut değildir<sup>248</sup>.

Sübjektif teori haklı olarak eleştirilere uğramıştır. Bütün teoriler genel olarak ispat açısından zayıf kalması bakımından eleştirilmektedir. Ancak sübjektif teori iç dünyaya ilişkin olduğu için teorinin ispatlanabilirliği hususunda daha ciddi şüpheler barındırmaktadır. Teorinin psikolojik açıdan da sorunlu olduğunu ifade eden *Evik* bir kimsenin başka bir kimse için suç işlese de bu durumun mutlaka şahsi bir sebep de

---

<sup>247</sup> **Roxin**, AT, § 25 kn.18

<sup>248</sup> Roxin bu teoriye ilişkin olarak aşağıda ifade edeceğimiz ve Küvet olayı olarak doktrinde tartışılan bir kararı örnek göstermektedir. (**RGSt,74,85**). Bu karar açısından mahkeme eğer bir kimse fiili kendi hareketi olarak gerçekleştirmek istiyorsa fiili öncelikli olarak amaçlamalıdır; eğer böyle bir iradesi yoksa neticedeki sorumluluğu çıkarına ya da yararına değerlendirilmelidir şeklinde bir sonuca varmıştır. **Roxin**, AT, § 25, kn.19. Bahse konu olay Alman Hukukunda aşırı sübjektif teori olarak adlandırılan sübjektif teori kapsamında da örnek olarak gösterilmiştir. Küvet olayında Bayan A, dünyaya gayri meşru bir çocuk getirir. Daha sonra A'nın kızkardeşi S, A'nın ısrarı üzerine bebeği küvette boğar. S, A'ya babasından laf işitmemesi ve evlenmemiş bir anne olarak toplumsal aşağılamaya maruz kalmaması için yardımcı olmak amacıyla bu fiili gerçekleştirir. Krey-Esser tarafından verilen bu örnek kararda esasen suçu bizzat gerçekleştirdiği için S'nin 212 nci madde gereğince doğrudan fail olması ve o dönem geçerli düzenleme gereği idam cezası ile cezalandırılması gerekmekteydi. Ancak 1940 yılında İmparatorluk Mahkemesi (RG) bu konuda verdiği kararda S'yi ölüm cezasında kurtarmak için özel durumundan dolayı sansayonel bir şekilde karar verdiği ifade edilmektedir. Bu şekilde mahkeme S'nin hayatını, sübjektif teoriyi aşırı bir şekilde yorumlamak suretiyle kurtarmıştır. Mahkeme bir suçu kasten, bizzat ve kendisi işleyen kişinin fail olmak yerine yardım eden olarak da cezalandırılabilmesine hükmetmiştir. Burada hareketi faillik isteği ile yapmama durumu halinde hareketlerin kendi isteği olmadığı söylenmektedir. Mahkeme S'ye, çocuk ölümüne yardım etmek nedeniyle ceza vermiştir. A ise bu durumda çocuk öldürme suçunun faili kabul edilmiştir. **Krey-Esser**, §25, kn.817 vd. Ayrıca bkz. **Lange, Richard**, Kohlrausche-Lange Strafgesetzbuch, 43.Auflage, Berlin 1961, s.161. Federal Mahkeme (BGHSt 18,87) tarafından *Statschynskij* kararı olarak ifade edilen ikinci bir olayda da suçun bütün unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişiler sadece yardım eden olarak kabul edilmişti. **Küpper, Georg**, *Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreis über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnehme*, GA, Jahrgang 1986, s.437, 438. Olayda SSCB'nin devlet güvenliği bakanlığının emri üzerine KGB Ajanı *Statschynskij*, Ukraynalı bir muhalif olan *Bandera*'yı öldürmüştür. Federal Mahkeme, failin tipikliği bizzat gerçekleştirmesine rağmen fail olma isteği olmamasından hareketle failin, yardım eden olarak mahkumiyetine karar vermiştir. (**BGHSt, 18, 87 ff.** Karar için bkz. **Schmidt,Rolf**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 14.Auflage, 2015, kn.937. Küpper, 1986 tarihli bir makalesinde Baumann'ın bahse konu teoriyi kabul eden tek kişi olduğunu ifade etmektedir. **Küpper**, s.438.

barındırdığını belirtmektedir<sup>249</sup>. Teori Alman hukukunda da çıkış noktası açısından eleştirilmiştir<sup>250</sup>. Teorinin eleştirilen bir diğer yönü ise çok geniş olması ve faillik ile şerikliğin gelişigüzel bir şekilde değiştirilebilir kavramlar olmasına yol açmasıdır<sup>251</sup>.

Doktrinde *Evik*, bir çok suç tipinin kişinin kendisinin veya başkasının yararına işlendiğini ifade ederek teoriyi eleştirmektedir<sup>252</sup>. Bu eleştiri haklı olmakla beraber bir çok suç tipinde failin yararına yani saike hiç önem atfedilmediğini de ifade etmek gerekmektedir. Hatta siyasi suçlar açısından failer suçu kendilerinden ziyade toplum yararı ya da ideolojileri için gerçekleştirdiklerini ifade edebilirler ki bu durumda işlenen suçta görünürde bireysel bir menfaat durumu dahi mevcut değildir.

Teorinin, Alman Ceza Kanunu'nun 25/1 inci maddesinin yürürlüğe girmesinin ardından uygulanmadığı ifade edilmektedir<sup>253</sup>. Bununla birlikte Alman hukukunda teorinin taraftarlarının bugün fail olma isteği açısından *egemen olmak isteği* şeklinde adlandırdıkları diğer bir fikirden de bahsedilmektedir<sup>254</sup>.

Faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin yaklaşımın objektif ve sübjektif şekilde ele alınabileceği ifade edilen Alman hukukunda İmparatorluk Mahkemesi'nin müstekar içtihatları ve Alman Federal Mahkemesi'nin kısmen savunduğu katı sübjektif görüş olarak ifade ettiği görüşte failin fail olma isteğiyle hareket eden kişi olduğu savunulmuş bunun adeta eşitlik teorisinin çocuğu olduğu ifade edilmiştir<sup>255</sup>. Bu kapsamda suçun başarılı olması için gereken şartlar fail ya da yardım eden tarafında olsa da eş değer olarak kabul edilmekte bu anlamda da görüş açısından da katkının ağırlığına göre bir sınırlama yapılamamaktadır<sup>256</sup>. Bahse konu teorinin bugün için ilgi çekici tarihsel bir kalıntı olarak ifade edilebileceği savunulmaktadır<sup>257</sup>. *Küpper* konu hakkında 1986 tarihli bir makalede bugün için Alman yargı ve doktrininde geniş ölçüde hakim olan

---

<sup>249</sup> **Evik**, s.107. Bu durum özellikle hazırlık aşamasında daha açık bir sorun olduğu ifade edilmektedir, zira bu durumda kişinin ne şekilde hareket edeceği bilinmemektedir. **Zieschang**, 6.Kapitel kn.656.

<sup>250</sup> **Zieschang**, 6.Kapitel, kn.656.

<sup>251</sup> **Hauf**, s.75.

<sup>252</sup> **Evik**, s.107.

<sup>253</sup> **Keçelioğlu**, s.78.

<sup>254</sup> **Krey-Esser**, § 25, kn.816.

<sup>255</sup> **Küpper**, s.437.

<sup>256</sup> **Küpper**, s.437 ; **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.34.

<sup>257</sup> **Küpper**, s.438.

görüşün objektif ve sübjektif teorinin bir karışımı olan bir metod olduğu, bahse konu teorinin fiil egemenliğini ana ilke olarak kabul ettiğini ifade etmektedir<sup>258</sup>.

### 3.Objektif Teoriler

#### A.Şekli Objektif Teori

Teori, faillik ve şeriklik ayırımını suçun unsurlarının kısmen veya tamamen gerçekleştirilmesine göre yapmaktadır. Bu teoriye göre kanuni tipe uygun hareketleri icra eden kişiler fail olarak kabul edilirken icraya doğrudan doğruya iştirak edenler ise şerik olabilecektir<sup>259</sup>. Teori suça katkıda bulunan kişilerin katkılarının ağırlığı veya suça katılma isteklerinden bağımsız olarak bir değerlendirme yapmaktadır<sup>260</sup>.

Biçimsel objektif teori<sup>261</sup> olarak da adlandırılan bu sistem Alman Ceza Hukukçular, *Liszt/Schmidt* ve *Hippel* tarafından ortaya konulmuştur<sup>262</sup>. 1930'larda Alman hukukunda yaygın olduğu ifade edilen <sup>263</sup> bu sistem iştirak sorumluluğunu genişletmekte ve *dar faillik* sistemi ile bağlantılı olarak görülmektedir<sup>264</sup>.

Teoriye şekli objektif denilmesinin sebebi suçun işlenmesine iştirak edenlerin katkılarının harici olarak belirlenmesi sebebi ile objektif; suç tiplerinin esas alınması suretiyle suçun unsurlarının icrası açısından bir sonuca varıldığı için şekli olmasıdır<sup>265</sup>. Nitekim teoriye göre faillik açısından kişideki irade veya yarar gibi durumlar bir rol oynamamaktadır<sup>266</sup>. Bu teori asli-fer'i ayırımını bizzat kendi belirlemektedir<sup>267</sup>. Teorinin dış hareketlere göre iştirak türlerini ayırmasından hareketle müşterek failliğin icra

<sup>258</sup> **Küpper**, s.449.

<sup>259</sup> **Özkan**, s.19. Böylece fail ile şerik arasında sınır net bir biçimde ortaya konulmaktadır. **Keçelioğlu**, s. 77; **Akbulut, Berrin, Bağlılık Kuralı**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XIV, S:1, Haziran 2010, s. 172; **Üzülmez, İlhan, Dolaylı Faillik**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1. S.1 2006, Kayseri 2006 s.81; **Evik**, s.105, 107. Ayrıca bkz. **Schönke -Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.493, kn.49, 50; **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn.33 ; **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.34 vd.

<sup>260</sup> **Ebert**, s.189.

<sup>261</sup> **Öztürk-Erdem**, s.361.

<sup>262</sup> **Gropp**, §10 kn. 28.

<sup>263</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.493, kn.49.

<sup>264</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn.36.

<sup>265</sup> **Koca-Üzülmez**, s.443; **Akbulut**.s 172. Demirbaş bu teorinin eski bir teori olduğunu günümüzde çok az kişi tarafından savunulduğunu ifade etmektedir. **Demirbaş**, s.474. Ayrıca bkz. **Aydın**, s.60.

<sup>266</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn.34.

<sup>267</sup> **Özbek**, İzmir Şerhi, s.636.

hareketlerinin bir parçasını gerçekleştiren kişiler açısından söz konusu olduğu ifade edilmelidir<sup>268</sup>. Örneğin kapalı yerde hırsızlık suçu açısından nöbet tutan kişi, nöbet tutmak bu suç açısından tipik icrai hareket olmadığından müşterek fail değil yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır<sup>269</sup>.

Teorinin güçlü yanı fail ile şerik arasındaki ayrımı çok kesin olarak yapabilmesidir<sup>270</sup>. Zira teori açısından suçun bütün unsurları tek bir kişide gerçekleşmektedir<sup>271</sup>. Ancak teorinin örgütlü suçlarda örgüt liderinin sorumluluğunun belirlenmesinde zayıf kaldığı ve dolaylı failliği açıklayamadığı da ifade edilmektedir<sup>272</sup>. Teori açısından fail fiili bizzat gerçekleştirmelidir oysa dolaylı faillik açısından bu durum söz konusu değildir<sup>273</sup>. Buna karşılık dolaylı failliği azmettirmeye benzetme veya icra hareketlerinin genişletilmesi gibi fikirlerle bu eleştiriyi aşma çabaları da eleştirilmiştir<sup>274</sup>. Yine neticesi harekete bitişik olmayan suçlar ya da serbest hareketli suçlar açısından da teorinin zayıf kaldığı, zira bu durumda suçun sadece neticeye neden olunması ile gerçekleştiği belirtilmiştir<sup>275</sup>. Bunun da faillik ve şeriklik ayrımı için uygun bir hareketin haksızlığı tespitinin başarısızlığına yol açtığı ifade edilmektedir. Esasen biçimsel objektif teori taraftarları, icrai hareket kavramını geniş yorumlayarak teoriyi dolaylı faillige adapte etmeye çalışmaktadırlar<sup>276</sup>.

Geçmişte kabul edilir bir teori olsa da bugün Alman faillik doktrininde artık çok fazla savunulmadığı ifade edilen<sup>277</sup> bu teorinin egemenlik görüşünün daha iyi anlaşılması anlamında Ceza hukuku bilimine katkı sağladığı ifade edilmektedir<sup>278</sup>. Esasen yeni yargısal görüş açısından bahse konu modellerin kullanılmayabileceği bunun yerine olaydan olaya değişen bir şekilde söz konusu teorilerin birbirine bağlanarak

---

<sup>268</sup> **Küpper**, s.438.

<sup>269</sup> **Küpper**, s.438.

<sup>270</sup> **Evik**, s.109.

<sup>271</sup> **HSK-Kudlich**, § 25, kn.12.1.

<sup>272</sup> **Keçelioğlu**,s.78; **Öztürk-Erdem**, s.361. Teorinin, dolaylı faili cezalandırmaya müsait olmadığına ilişkin bkz. **Evik**, s.109. Ayrıca bkz. **Hauf**, s.75.

<sup>273</sup> **Matt-Renzikowski**, Vor § 25 ff, kn. 5, s.317.

<sup>274</sup> **Evik**, s.109.

<sup>275</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.494 kn.51.

<sup>276</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.494 kn.51.

<sup>277</sup> **Matt-Renzikowski**, Vor § 25 ff, kn. 5, s.317; **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.494 kn.51; **Ebert**, s.189.

<sup>278</sup> **Krey-Esser**, § 25, kn.825.

yeniden bütüncül bir değerlendirme suretiyle yeni bir yöntemin tercih edildiği de söylenebilir<sup>279</sup>.

Teorinin fail tarafından suçun tipik unsurlarını gerçekleştirilmesini aradığı için müşterek faillik konusunda da zayıf kaldığı belirtilmiştir<sup>280</sup>. Bu sistem açısından kişi bir suç üzerinde ne kadar hakim olursa olsun tipik hareketi gerçekleştirmediği için fail olarak sorumlu tutulamayacaktır. Bu durum ceza adaleti açısından eleştiriye açıktır.

## B.Maddi Objektif Teori

Maddi objektif teori, şeriklik ve faillik arasındaki farkı nedensellik bağlantısı açısından çözmeye çalışmakta, suçun işlenişine yapılan katkının neticenin gerçekleşmesindeki rolünden hareket etmektedir<sup>281</sup>. Sübjektif teorinin aksine maddi objektif teori faillik ile şeriklik arasındaki ayırımı objektif kriterlere göre yapmaktadır<sup>282</sup>. Suçun işlenmesi açısından yapılan katkının harici bir şekilde belirlenmesi teoriyi objektif hale getirirken, her durumda yapılan katkının etkisini ayrıca göze alınması sebebiyle de maddi bir içeriğe sahip hale gelmektedir. Teori açısından salt şekli bir inceleme yapılmamaktadır<sup>283</sup>. Teori açısından netice bakımından *sebepe* olarak ifade edilen hareketi yapan kişi fail iken *vesile* türünden hareketleri gerçekleştiren kişiler şeriktir<sup>284</sup>. Teorinin müşterek failin yanısıra fiili bizzat gerçekleştirmeyen dolaylı failin de tanınmasını mümkün kıldığını da söylemek gerekir<sup>285</sup>.

Maddi objektif teori açısından failin katkısının tehlikeliliği, kötülülüğü üzerine tipik hareketin ortaya konulmasına dayandığı ifade edilmektedir<sup>286</sup>. Teori, sübjektif teorinin kastı esas almasına tepki olarak ortaya çıkmış olup, fiilin gerçekleşmesine failin

---

<sup>279</sup> **Satzger, Helmut- Schluckebier, Wilhelm-Widmaier, Gunter**, Strafgesetzbuch Kommentar, 2.Auflage, Köln 2014, ilgili kısım için bkz.**Murmann**. (Bundan sonra **Satzger-Schluckebier-Widmaier, Murmann**) olarak ifade edilecektir) 2014, Vor § 25 ff, kn.9.

<sup>280</sup> **Üzülmez**, s.82; **Evik**, s.109.

<sup>281</sup> **Koca-Üzülmez**, s.443; **Önder**, s.478; **Özkan**, s.20; **Üzülmez**, s.82. Teorinin sadece nedensellik açısından farklılıklara dayanan formları değil ağırlıklı olarak objektif kriterlerle adapte edilmiş halleri bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.38 vd.

<sup>282</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.493 kn.56.

<sup>283</sup> **Üzülmez**, s.82.

<sup>284</sup> **Evik**, s.111.

<sup>285</sup> **Gropp**, § 10 kn. 30.

<sup>286</sup> **Demirbaş**, s.474; **Akbulut**, s. 172.

yaptığı katkının objektif tehlikeliliğini de esas almaktadır<sup>287</sup>. Böylece maddi teori ile dolaylı failin de cezalandırılması mümkün olmaktadır<sup>288</sup>. Teori açısından fail sadece fiili bizzat gerçekleştiren kişi değil ayrıca katkısının temelinde olayla yoğun bir ilişkisi olan kişidir<sup>289</sup>.

#### 4.Uygunluk Teorisi

Objektif teorilerden birisi de uygunluk teorisidir. Bu teori tipe uygun hareketleri yapanları fail veya asıl fail, tipe uygun hareketler dışında kalan hareketleri yapanları ise yardım eden, fer'i fail olarak kabul eder<sup>290</sup>. Teorinin eleştirilen yönleri arasında azmettirenin fer'i fail olarak kabulü ile azmettirenin suçun gerçekleşmesindeki iştirakinin önemsiz olarak görülmesi ve dolaylı failliği açıklayamaması bulunmaktadır<sup>291</sup>.

#### 5.Bütünlük Teorisi

Bütünlük teorisin faillik ile şeriklik arasındaki sınırın tespit edilmesinde tek bir ana göre değerlendirme yapmamaktadır. Teorinin hareketlerin bütününe bakılarak her bir andaki role göre bir belirleme yapılmasını savunan bir görüş olduğu ifade edilmektedir<sup>292</sup>.

#### 6. Hakimiyet –Egemenlik Teorisi

Fiil üzerinde hakimiyet ya da egemenlik görüşünün temelleri *Maurach*'a dayansa da büyük ölçüde *Roxin* tarafından Alman ceza hukuku'nda kabul görmesi sağlanmıştır<sup>293</sup>. Bugün failliğin sınırlarının belirlenmesi açısından Alman hukukunda da yaygın görüşün fiil üzerinde egemenlik görüşü olduğu (*Tatherrschaftslehre*) olduğu ifade edilmektedir<sup>294</sup>. Egemenlik teorisi açısından fail plan doğrultusunda tipik olayı

---

<sup>287</sup> **Önder**, s. 479; **Aydın**, s.61, Ayrıca bkz. **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.493 kn.55.

<sup>288</sup> **Öztürk-Erdem**, s.361; **Evik**, s.111.

<sup>289</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.493, kn. 56.

<sup>290</sup> **Aydın**, s.61.

<sup>291</sup> **Aydın**, s.61.

<sup>292</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn.34.

<sup>293</sup> **Özkan**, s.18; ayrıca bkz. **Krey-Esser** § 25, kn. 829; **Haas**, 519.

<sup>294</sup> **Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, München 2015, § 25, kn.3; **Hauf**, s.76.

elinde bulunduran veya şekillendirmek suretiyle ve olayın merkezinde bulunan kişi olarak kabul edilmektedir<sup>295</sup>. Teori açısından faillik suçun işlenmesinin merkezi figürü suç konusu olay üzerinde yönlendirici şekilde hakim olmak iken şeriklik icra üzerinde etkili olmaktadır ancak bu etki fiilin işlenişi üzerinde önemli ölçüde değildir<sup>296</sup>. *Krey-Esser*'e göre teori, failin gerçekleştirdiği fiili kendi fiili olarak istemesi gibi bir duruma dayanmadığı bilakis egemenlik ile ilişkili olduğunu için objektiftir<sup>297</sup>. Egemenlik teorisinin savunucularından olan *Roxin* ikincil faillik olarak ifade edilen bir kavrama temas ederek bahse konu kavramın reddedildiğini belirtmektedir<sup>298</sup>. Bu kavramın birden fazla kişinin birlikte suç işledikleri hallerde failin tespitini, fail olmayan şeriktir şeklindeki bir yaklaşımla yapmayı amaçladığını ifade etmektedir<sup>299</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Alman Ceza Kanunu'nun 25/I-1 inci maddesinde fiili kendi işleyen kişi olarak doğrudan faillik; 25/I-2 nci maddesinde suçu bir başkası aracılığıyla işleyen olarak dolaylı faillik ve son olarak 25/II nci maddede suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi hali düzenlenmiş ve durum müşterek faillik olarak kabul edilmiştir. *Roxin* bu üç faillik türünün egemenliğin üç türü olduğunu ifade etmektedir<sup>300</sup>. Buna göre doğrudan faillik hareket üzerinde; dolaylı faillik irade üzerinde ve müşterek faillik ise fonksiyonel bir hakimiyet gerektirmektedir<sup>301</sup>.

Bu görüş kanuni anlamda tipik olarak suç teşkil eden hareketler üzerinde denetleme gücü kriterine dayanmaktadır. Bu noktada hareket üzerinde asıl denetleme gücü olan kişiler fail, bunun dışında katkı sağlayan kişiler ise yardım eden olarak sorumlu tutulmaktadır<sup>302</sup>. Kısaca hakimiyeti olan kişi fail iken olmayan kişi şeriktir<sup>303</sup>. *Roxin*'e göre fiil egemenliği konusundaki çıkış noktası failin, tipikliğin suç açıklamasının öznesinden başka bir şey olmadığı şeklindeki ön koşuldur<sup>304</sup>.

---

<sup>295</sup> **Rengier**, *Täterschaft und Teilnahme*, s.282.

<sup>296</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn.13.

<sup>297</sup> **Krey-Esser**, § 25, kn.828.

<sup>298</sup> **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.26.

<sup>299</sup> **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.26, s.27.

<sup>300</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn.28.

<sup>301</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn.28; **Haas**, s.522.

<sup>302</sup> **Aydın**, s.62.

<sup>303</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 25 kn.49.

<sup>304</sup> **Schönke-Schröder**, (**Heine/Weißer**), Vorbem § § 25 ff. s.495 kn.58.



Türk Ceza Kanunu'nda da geçerli olan<sup>305</sup> ve egemenlik teorisi<sup>306</sup> olarak da adlandırılan teori, yukarıda saydığımız teorilerden farklı olarak fiil üzerinde, olayların gelişimine hakimiyete göre bir tespit yapmaya çalışmakta ve buna göre faillik ve şeriklik sıfatlarını tayin etmektedir<sup>307</sup>. Teorinin sübjektif ve objektif teorilerin bir karması olduğu ifade edilmektedir<sup>308</sup>. Fail suç sürecini hem yöneten hem de istediği zaman durdurabilme iradesine sahip kişi olarak kabul edilmektedir<sup>309</sup>. Fail tipik olayının akışını elinde bulundurma kastını elinde bulunduran kişi olarak kabul edilmelidir.

Fiil üzerinde egemenlik, olayların gerçekleşme sürecine hakim olma<sup>310</sup> “*fiili devam ettirip ettirmeme, tamamlayıp tamamlamama konusunda söz ve güç sahibi olma*”<sup>311</sup> anlamına gelmektedir. Bu hakimiyet, suç işleme iradesi şeklinde olmalıdır. Bu anlamda faillik ile şeriklik açısından objektif ve sübjektif sentez şeklinde ortaya çıkmıştır<sup>312</sup>.

Teori açısından, suçun merkezinde bulunan şahsın tipikliğin tamamlanmasını elinde tutma kastı ve fiilin sevk ve yönetimi üzerinde hakim olma isteği bulunması gerekmektedir. Bu anlamda fail egemenlik teorisi açısından tipik icra hareketlerini sürdürebilme veya durdurabilme, engelleme yeteneğine sahip kişidir<sup>313</sup>.

---

<sup>305</sup> “*Hükümet Tasarısında da benimsenen “asli iştirak”, “fer’i iştirak” ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir*”. (37 nci madde gerekçesi). Ayrıca bkz. **Parlar-Hatipoğlu**, s.673.

<sup>306</sup> **Aydın**, s.61.

<sup>307</sup> Alman doktrininde hakim olan görüş fiil üzerinde hakimiyettir. Görüş açısından fiil üzerinde icraya egemen olan asli fail, fiilin oluşumuna katkıda bulunan ise yardım edendir. **Hakeri**, s.494; **Keçelioğlu**, s. 79. Ayrıca bkz. **Öztürk-Erdem**, s.362, 363. Bir görüşe göre 5237 sayılı Kanun’a hakim olan görüş karma bir görüştür. Bu görüş açısından fiile objektif katılmanın şekli ağırlığı ve katılanın iradesi esas alınarak bir yola gidilmelidir. **Özbek**, İzmir Şerhi, s.637.

<sup>308</sup> **Evik**, s.112.

<sup>309</sup> **Keçelioğlu**, s.79; **Aydın**, s.62.

<sup>310</sup> **Koca-Üzülmez**, s.443.

<sup>311</sup> **Gören**,s.220 ayrıca bkz. **Krey-Esser**, §25, kn.829.

<sup>312</sup> **Evik**, s.112; **Öztürk-Erdem**, s.362.

<sup>313</sup> **Krey-Esser**, §25, kn.829.

Her ne kadar yönlendirici bir iradeden bahsetmek gerekli ise de salt bu iradeden hareketle faillik ve şeriklik ayırımı ortaya konulamaz. Bu noktada fail ile fiil arasında hakimiyet ilişkisi de önem taşımaktadır<sup>314</sup>.

Fiil egemenliği görüşü açısından fail sadece biçimsel objektif teorideki gibi özel kısımda düzenlenen tipikliği tamamen kendi fiiliyle işleyen değil ayrıca maddi fail olan kişidir<sup>315</sup>.

*Roxin*'e göre, Alman Kanun koyucunun doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik şeklinde kabul ettiği üç faillik türü esasen hakimiyet teorisinin üç farklı görünüşü olarak kabul edilebilir<sup>316</sup>. Fiil üzerinde hakimiyet ile doğrudan faillığe, irade üzerindeki hakimiyet ile dolaylı faillığe ve fonksiyonel hakimiyet ile de müşterek faillığe işaret edilmektedir<sup>317</sup>. Teori, müstakil faillik, dolaylı faillik ve müşterek failligi kapsayan ve açıklayan bir teoridir. Teori açısından, failin suçu kendisinin ya da başkasının yararına işleminin önemi yoktur<sup>318</sup>. *Roxin*, Alman Federal Mahkemesi'nin "Yükümlü olan kişinin hareketsizliğine içsel olarak ne anlam atfettiğinin önemli olmayıp bilakis olayların gidişi açısından anlamının ne olduğudur. Bu nedenle böyle olaylarda failin fiili gerçekleştirmedeki kastı bilinmektedir" şeklindeki kararına ilişkin değerlendirmesi açısından bahse konu kararın ılımlı subjektif teoriye tekabül ettiğini zira failin arzuladığı şeyin belirleyici olmakla birlikte bunun objektif anlam içerisinde olduğunu ifade etmektedir<sup>319</sup>.

Alman Federal Mahkemesi açısından egemenlik ölçüsünün failliğin bir ön şart ya da gereklilik olmadığını ifade eden bir görüşe göre egemenlik fail olma isteğinin bir işaretidir. Bu anlamda egemenlik ölçütünün eksik olduğu durumlarda fail olma isteği şeklindeki subjektif ölçüt bu eksikliğin yerine geçebilmektedir<sup>320</sup>. Alman hukukuna

---

<sup>314</sup> **Koca-Üzülmez**, s.443, 444. Özkan, tipik olayı frenleyecek kişinin fail olduğunu ifade etmektedir. **Özkan**, s. 21.

<sup>315</sup> **MK-Joecks**, §25 kn. 13.

<sup>316</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn. 27.

<sup>317</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn. 28, bkz. **Gropp**, § 10, kn.38; **Satzger-Schluckebier-Widmaier**, (Murmann) Vor § 25 ff, kn.8, **Hauf**, s.76.

<sup>318</sup> **Evik**, s.112.

<sup>319</sup> **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.91.

<sup>320</sup> **Krey-Esser**, §25, kn. 837.

egemen olan görüş olarak ifade edilen fiil egemenliği teorisinin, subjektif teorisinin kast teorisi ile eski objektif teorisinin birleşmesi olduğunda ifade edilmektedir<sup>321</sup>.

Egemenlik teorisi açısından mahkemenin başvurduğu çeşitli kriterlere kısaca değinmek gerekirse fiil üzerinde objektif birlikte hakimiyet, iştirakin kapsamı, olayın tamamı içerisinde katkı sağlayan hareketin anlamı veya fiilin başarılması konusundaki kişisel çıkar veya ilgi olarak özetleyebiliriz<sup>322</sup>. Alman hukukunda bugün faillik ve şeriklik sınırının belirlenmesinde doktrindeki objektif teori ve Yargı uygulamasında subjektif yaklaşımının çatışmasının etkili olduğu da ifade edilmektedir<sup>323</sup>.

*Roxin*, suçları genel suçlar ve egemenlik suçları (*Herrschaftsdelikten*) şeklinde bir ayırma tabi tutmaktadır. Buna göre öldürme, yaralama, mala zarar verme gibi suçlar açısından fail tek başına ya da bir başkasıyla hakimiyet sahibi olan merkezi figürdür<sup>324</sup>. İleride de ifade edeceğimiz ve *Roxin* tarafından görev suçları (*Pflichtdelikte*) olarak adlandırılan suç tipleri açısından ise suç tipi herkes tarafından gerçekleştirilememekte sadece belli bir yükümlülük altında olan kişinin bu yükümlüğü ihlali ile gerçekleştirilmektedir ki bu anlamda egemenlik ya da hakimiyet suçlarında olduğu gibi sadece belirli hareket tarzları gerçekleştiren kişi fail olmayıp bunun yanında örneğin güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi bakım yükümlüğüne sahip olan kişiler bakımından faillik mümkün olmaktadır<sup>325</sup>.

## A.Fiil Hakimiyeti Teorisinin Ortaya Çıkış Biçimleri

### a.Hareket Üzerinde hakimiyet

Hareket üzerinde hakimiyet (*Handlungsherrschaft*) , failin müstakil olarak herhangi bir kişiyi vasıta olarak kullanmaksızın fiil üzerinde doğrudan hakimiyet kurması anlamına gelmektedir. Bu kişi doğrudan ya da müstakil fail olarak

---

<sup>321</sup> MK-Joecks, §25, kn. 10.

<sup>322</sup> HSK-Kudlich, §25 kn. 13.

<sup>323</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. HSK-Kudlich, §25 kn. 13 vd.

<sup>324</sup> Roxin, AT, § 25, kn.14.

<sup>325</sup> Roxin, AT, § 25, kn.14.

tanımlanmaktadır<sup>326</sup>. Hareket üzerinde hakimiyet kuran kişi, suçu tek başına tamamlayabilme veya durdurma gücüne sahiptir<sup>327</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nda tek başına ya da doğrudan failiği tanımlamak için kullanılan teori açısından doğrudan fail kendi hareketiyle kanundaki tipik sonucu gerçekleştirmektedir<sup>328</sup>. Hareket üzerinde hakimiyet kuran kişi fiili bizzat ya da tek başına gerçekleştiren kişidir<sup>329</sup>. Böylece harekete hakimiyet bakımından hareket üzerinde hakim bir şekilde iradesiyle fiili gerçekleştiren kişi doğrudan fail olarak sorumlu tutulmaktadır<sup>330</sup>.

### **b.İrade Üzerinde Hakimiyet**

Fail suçu doğrudan işleyebileceği gibi ileride detaylı şekilde izah edileceği üzere bir başka kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle fiil üzerinde dolaylı olarak da egemenlik kurabilir. Bu durumda kişi, iradesi üzerinde hakimiyet kurduğu kişiyle fiil üzerinde hakimiyet kurmaktadır<sup>331</sup>.

Başkası aracılığıyla ancak fail olmak kastıyla tipik hareketlerin gerçekleşmesini sağlayan kişinin fail olması, dolaylı failiğin açıklanmasını sağlamaktadır<sup>332</sup>. Burada bahsedilen irade *üstün iradedir*<sup>333</sup>. Bu kişinin üstün iradeyle suç teşkil eden hareketi başkası aracılığıyla işleten kişi olduğu söylenmelidir<sup>334</sup>. Esasen dolaylı faillik açısından bilgi üzerinde üstün hakimiyetten de bahsedilmesi gerekmektedir. Bu durumda genel olarak arka plandaki kişi, araç şahsın düştüğü hatadan yararlanmakta ve üstün bilgi sayesinde egemenlik sağlamaktadır<sup>335</sup>.

### **c.Fonksiyonel Hakimiyet**

---

<sup>326</sup> Aydın, s.62; Koca-Üzülmez,s.443, 444; Evik, s.112.

<sup>327</sup> Özkan, s.22.

<sup>328</sup> Keçeliöğlü, s. 79; Öztürk-Erdem,s.363; Aydın, s.62.

<sup>329</sup> Koca-Üzülmez, s.443.

<sup>330</sup> Evik, s.116.

<sup>331</sup> Aydın, s.62; Öztürk-Erdem, s.363; Krey-Esser, § 25, kn.831.

<sup>332</sup> Keçeliöğlü, s.79; Aydın, s.62; Evik, s.116.

<sup>333</sup> Öztürk-Erdem, s. 363.

<sup>334</sup> Bkz.Koca-Üzülmez, s.444.

<sup>335</sup> Weddig, Jörg, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle, Band 26, 2007, s.19.

Alman Ceza Hukukunda failliğin diğerk bir türü olan müşterek failliği açıklamaya çalışan bu teori failin suçu bir başka kimseyle birlikte işlemlerini aramaktadır. Suç tipinde yer alan hareketler üzerinde birden fazla kişi, her biri suç açısından belli bir fonksiyon arz edecek şekilde aktif bir şekilde egemenlik kurma şartıyla müşterek hakimiyet kurabilir<sup>336</sup>. Bu durumda kişiler bir iş bölümü şeklinde fiil üzerinde fonksiyonel bir biçimde hakimiyet kurmaktadır<sup>337</sup>.

Yukarıdaki egemenlik biçimlerinden herhangi birini gerçekleştirmemesine karşın suçun işlenişine katkı sağlayan kişiler fail değil şerik olarak sorumlu tutulur<sup>338</sup>.

Esasen yukarıda da ifade edildiği üzere müstakil, müşterek ve dolaylı faillik suretiyle Alman hukukunda normatif temelli fonksiyonel hakimiyet söz konusudur. Buna karşın yardım eden veya azmettiren herhangi bir hakimiyet kurmaksızın suça iştirak etmektedir ki bu nedenle *hakimiyet* kavramının şeriklik ile faillik arasındaki sınırı belirleyen önemli bir kriter olduğu ifade edilmektedir<sup>339</sup>.

Son yıllarda Alman hukukunda fiili hakimiyet teorisinin farklı görünüş şekillerinden de bahsedilmekte ve yargı kararlarıyla ortaya konulan bu teorilerin esasen oldukça istikrarsız olsa da bireysel olaylar açısından içtihatlarla oluşan zenginleştirilmiş genel bakış şeklindeki bir yaklaşımın etkisiyle güvenilir bir hale geldiği ifade edilmiştir<sup>340</sup>. Bu durumlardan birini oluşturan normatif kombinasyon teorisi genel değerlendirmenin temelini oluşturmaktadır ki bu bakış hem objektif hem de subjektif kriterler içermektedir<sup>341</sup>. Bu anlamda örneğin doğrudan fail, fiili kendisi gerçekleştiren ve böylece hakimiyet sahibi olan kişidir. Bu teorisinin aşırı subjektif teoriye karşı bir

---

<sup>336</sup> Aydın, s.62; Evik, s.116.

<sup>337</sup> Krey-Esser, §25, kn.832.

<sup>338</sup> Bkz.Koca-Üzülmez, s.444; Evik, s.116; Öztürk-Erdem, s.362. Ayrıca bkz. Hakeri, s.535.

<sup>339</sup> Krey-Esser, § 25, kn.812, 813. Alman doktrininde Hauf'un egemenlik teorisi açısından faillik ile şeriklik arasındaki ayrıma ilişkin yer verdiği formüle değinmek yararlı olacaktır. Yazar öncelikle birden fazla kişinin suçun işlenişine katılıp katılmadığı sorusunu sormaktadır. Cevabın olumsuz olması halinde faillik ya da şeriklik şeklinde bir problem mevcut değildir. Cevap olumlu ise bu sefer de söz konusu suça ilişkin tipiklik unsurunun fail ya da şerik için –özgü suç, tek başına işlenen suç .vs- önceden bir belirleme yapıp yapmadığı sorusunu sormaktadır. Cevabın evet olması halinde faillik ile şerikliğin sınırı belli olmaktadır. Cevabın olumsuz olması halinde ilgili kişinin egemenliğe sahip olup olmadığı sorulmakta buna ilişkin cevabın olumlu olması halinde fail, olumsuz olma ihtimalinde ise bu kişi şerik olarak kabul edilmektedir. Hauf, s.76.

<sup>340</sup> Schönke-Schröder, (Heine/Weißer), Vorbem § § 25 ff. s.496 kn.63.

<sup>341</sup> Schönke-Schröder, (Heine/Weißer), Vorbem § § 25 ff. s.496 kn.64, 65.

çözüm olduğu ve kişinin fiili bizzat kendisi gerçekleştirmesine rağmen fail olma isteği olmadığı durumlarda bir dayanak noktası olduğu ifade edilmekte ve bu durumun istisnai durumlarda gündeme gelebileceği ifade edilmektedir<sup>342</sup>.

Bu teorilere ek olarak farklı görüşler de örnek verilebilir. Örneğin *Roxin* tarafından ileri sürülen ve içtihatla geliştirilen yeni kombinasyon teorisi olarak ifade edilen bir teoriden bahsedebiliriz. Teori faillik ile yardım etmenin sınırını belirlerken manevi bulgulardan ziyade farklı delillerin kombinasyonunun varlığını temel almaktadır<sup>343</sup>. Buna gerekçe olarak Alman Yüksek Mahkeme'sinin verdiği bir karar çıkış noktası olarak gösteren *Roxin*'in bahsettiği karara göre faillik isteği hakim tarafından kesin olarak tespit edilecek bir iç olgu değildir. Bir değerlendirme için daha fazlasının gerektiğini ifade eden karar açısından önemli referans noktasının iştirak eden kişinin olayın akış sürecine ne kadar hakim olduğudur<sup>344</sup>; Bu anlamda fiilin akışı ve neticesi önemli derecede onun iradesine veya isteğine bağlı olmaktadır<sup>345</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu fonksiyonel katkıyı “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı “fail” konumundadır. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır. Suç ortaklarının, suçun işlenmesinde yaptıkları katkının, diğerinin fiilini tamamladığı durumlarda da müşterek faillik söz konusu olacaktır. Buna göre her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır*” şeklinde ifade etmektedir<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> Schönke-Schröder, (Heine/Weißer), Vorbem § § 25 ff. s.497 kn.66.

<sup>343</sup> Roxin, AT, §25, kn.22.

<sup>344</sup> BGH StV 1981, 275). Teorinin sübjektif ve hakimiyet teorilerinin arasında olduğu ifade edilmektedir. Karar ve açıklama için bkz. Roxin, AT, §25, kn. 22.

<sup>345</sup> Roxin, AT, §25, kn.22.

<sup>346</sup> Bununla birlikte bahse konu kararda yer alan, “Sanık D.'in, arkadaşı M.'nun maktul tarafından yaralandığını gördüğünde olay yerinde bulunan bar görevlisi tanıklarla birlikte D. ve maktülü ayırmak ve bacağından bıçakla yaralanmış olan arkadaşını hemen hastaneye götürmek yerine üzerinde bulunan bıçakla maktule saldırmaması, olayın sonuna kadar sanık M.'nin yanında bulunması, kasten öldürme eylemini gerçekleştiren sanık M.'nin bu eylemine taraftar olmadığını gösterecek şekilde engelleyici bir söz söylememesi ve bu yönde herhangi bir davranışta bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık D.'in sanık M.'nun gerçekleştirdiği kasten öldürme suçuna katıldığının kabulü gerekmektedir” şeklindeki ifadelerde müşterek faillik açısından engelleyici söz söylememe, kavgayı ayırmama, diğer failin yanında bulunma gibi kriterlerin müşterek faillik açısından somut kriterler

Yukarıda çeşitli teorilerden bahsederek faillik ile şeriklik arasındaki klasik görüşlere temas ettik. Esasen faillik ile şeriklik ayırımına istisnasız olarak uygulanan evrensel bir prensibin olmadığı ifade edilmektedir<sup>347</sup>. Bununla birlikte terör veya bazı özellikli suçlar açısından iştirak biçimlerinin genişletilmesine ilişkin çeşitli görüşler gündeme gelmiştir. İştirak biçimlerinin genişletilmesi, iştiraki teşebbüs aşamasından alarak hazırlık hareketlerine doğru genişletme anlamına gelmektedir.

14.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde bu konuyla ilgili önemli konulara temas edilmiştir. Buna göre katılım biçimlerinin cezalandırılmasının önemli hukuki değerlere zarar verme ihtimalinin önlenmesi halinde söz konusu olması gerektiği öncelikli şart olarak ifade edilmektedir<sup>348</sup>.

## V. İŞTİRAKİN TÜRLERİ

### 1. Genel Bilgi

Suçta iştirak çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Ancak ceza hukukuna göre suçta her türlü katkının değil belli şartları haiz katkıların iştirak kapsamında cezalandırılabilmesi mümkündür. Bu nedenle iştirak türleri açısından birçok görüş ileri sürülmüş ve modern hukukta belli katılım biçimlerinin iştirak türleri olduğu ortaya konulmuştur.

Genel olarak kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir hukuk sisteminde, kanunda iştirak türü olarak düzenlenmeyen bir katkı iştirak olarak kabul edilemez<sup>349</sup>. Bu fikirde olan bir yazara göre de iştirak *arizi bir toplumsal olgu* olarak tanımlanmaktadır ve sosyolojik birliktelik içerisinde her bir kişinin rolü ve katkısının ortaya çıkması

---

olmadığı kanaatindeyiz.(Yarg. CGK., E. 2014/1-649, K. 2015/22, T. 3.3.2015). ( Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi : 13.12.2016).

<sup>347</sup> SchönkeSchröder, (Heine/Weißer), Vorbem § § 25 ff. s.498, kn.72.

<sup>348</sup> Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi Terörizmin Finansmanı Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarının Korunması Evrensel Yargı Yetkisi, Sorular-Ulusal Raporlar Genel Raporlar-Karar Taslakları, İstanbul 2009, s.107.

<sup>349</sup> Önder de iştirak hükümlerinin zaten ceza sorumluluğunu genişleten bir özelliği olduğu bunların daha da genişletilmesinin mümkün olamayacağını ifade ederek aksi bir durumun kanunilik ilkesine aykırı olacağını savunmaktadır. Önder, s.502, 503. Kanunilik ilkesinin en temel sonuçlarından biri suç ve ceza içeren normların açık bir biçimde düzenlenmesidir. Cihan, Erol, *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*,” Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-26-27 Mart 1997, İstanbul 1998. s.10. ayrıca bkz. Gülşen, s.430; Toroslu-Toroslu, s.318. Soyaslan da ceza kurallarını genişletici bir mahiyet arz ettiği için iştirak hükümlerinin, kanunilik ilkesi gereği kanunlarda düzenlendiğini ifade etmektedir. Soyaslan, s.479. Benzer görüş için bkz.Demirbaş, s.480.

gereklidir<sup>350</sup>. *Erem* bu konuda farklı düşünerek iştirak halinde ne şekilde davranılacağına kanunda düzenlenmesi gerektiğini ancak hangi hallerin iştirak sayılacağına hakime bırakılmasının daha yerinde olacağını belirtmiştir<sup>351</sup>.

Kanaatimizce 5237 sayılı Kanun'da iştirak biçimlerinin tek tek ve kısmen de ayrıntılı olarak sayıldığı söylenebilir ki suç ve cezada kanunilik ilkesinin sadece suçlar ve cezalarla sınırlı olmadığı, suç ve cezaya etki eden hükümler açısından da geçerli olduğunu söylemek gerekmektedir. Bu anlamda iştirak türlerinin Kanun'da belirlenmiş olması gerekmektedir.

Kanunda hangi suça ne şekilde katkıda bulunulabileceği her suç için ayrıca sayılmamıştır. Belirtelim ki buna hem imkan hem de gerek yoktur. Ancak genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak sayılan düzenlemelerden birine girmeyen bir katkının suça iştirak kapsamında görülmeceği kanaatindeyiz. Aksi bir yorum suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal edebilecektir. Kaldı ki kanunumuzda iştirak biçimleri özellikle de yardım etme açısından oldukça geniş şekilde düzenlenmektedir. Bununla birlikte müşterek faillik ve maddi yardım gibi bazı iştirak türlerinin karışıklığa yer verecek şekilde düzenlendiğini de ifade etmek gerekir.

#### **A.765 Sayılı Kanunda İştirak Türleri**

İkilik sistemini kabul eden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı Kanun arasında iştirak türleri açısından farklılıklar vardır. İştirak açısından ikilik sistemini benimseyen<sup>352</sup> 765 sayılı kanun döneminde iştirak türleri 5237 sayılı TCK'ya göre daha farklı ve nispeten daha detaylı bir şekilde tasnif edilmişti. Buna göre 765 sayılı Kanun iştirak açısından asli-fer'i iştirak sistemini kabul etmiştir. Esasen asli veya fer'i iştirak Kanun metninde açık bir biçimde yer almayıp doktrin ve yargı kararlarıyla ortaya konulan bir ayırımdır<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> **Gören**, s.217.

<sup>351</sup> **Erem**, *Suçta İştirak*, s.79. Yazarın, yer aldığı bir başka eserde de bu fikir bütün iştirak hallerinin kanunda belirtilmesi halinde mutlaka bazı iştirak şekillerinin eksik kalacağı şeklinde ifade edilmektedir. **Erem – Danışman - Artuk**, s.386.

<sup>352</sup> **İçel**, s.533; **Dülger**, s.12; **Otaç, Cengiz**, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*,s.3, Adalet Dergisi, S. 9, Ekim 2001, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/09.sayi/2cengiz.pdf>, (Erişim Tarihi 27.03.2016).

<sup>353</sup> **Özkan**, s.42.



Asli iştirak halinde bizatihi suçun icrasına iştirak edilmekte iken ferî iştirakte ortakların faaliyetinin icranın bütününe nazaran ferî bir mahiyet arz etmektedir<sup>354</sup>. Ayrıca asli iştirak halinde hareketler bağımsız olarak suç vasfını haiz iken ferî iştirake ilişkin hareketler ancak işlenmekte olan suçla birleştiğinde bir anlam ifade eder<sup>355</sup>.

Kıscası 765 sayılı Kanun'da faillik ve şeriklik ayırımı mevcut olup, bu ayırım 5237 sayılı TCK'da da farklı bir biçimde devam etmektedir. Failliğin karşılığı asli iştirak olarak yer almaktadır. Asli iştirak ise maddi ve manevi olarak ayrılmıştır. Asli maddi iştirak içinde doğrudan doğruya beraber işleyen-eylemi irtikap etme olarak ikiye ayrılır. Asli manevi iştirak ise azmettirmedir. Bu anlamda 765 sayılı kanun ile en önemli farklılardan biri azmettirme düzenlemesindedir. Şeriklik ferî i maddi iştirak ve ferî manevi iştirak olarak ikiye ayrılır. Bunlar haricinde bir de zorunlu ferî iştirak vardır<sup>356</sup>.

Suç irtikap edenler ile doğrudan doğruya beraber işleyenler asli maddi iştirak kavramı içerisinde ele alınırlar<sup>357</sup>. Bu kişiler ya suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren ya da suç için zorunlu hareketleri gerçekleştirmiş olan kişilerdir<sup>358</sup>. Ancak konuya geçmeden önce doğrudan doğruya beraber işleme ile suç irtikap etme şeklindeki hareketleri sonuç olarak aynı cezayı gerektirdiği için bu durumun verilecek cezaya pratik bir etkisinin olmadığını ifade etmek gerekmektedir<sup>359</sup>. 765 sayılı Kanun asli maddi iştirak türlerini saymakla birlikte bu kavramları tanımlamamıştır<sup>360</sup>. Bu ifadeler kapsamında kasten öldürme suçunda silahın tetiğini çeken, yaralama suçunda mağdura yumruk atan kişinin, fiili irtikap eden kişi olduğu söylenebilir<sup>361</sup>. *Taner* de aynı şekilde *hemfillik* kavramı ile suç irtikap eden kavramını açıklamaktadır. Suçu

<sup>354</sup> **Erem**, *Suç İştirak*, s.80; **Taner**, s.534.

<sup>355</sup> **Erem**, *Suç İştirak*, s. 80.

<sup>356</sup> **İçel-Özgenç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver**, s.376.

<sup>357</sup> **Önder**, s.503. *Taner* bu ayırımı yaparken ne maddi unsurların meydana getirilmesi kadar dar ne de ferî iştirak seviyesindeki fiiller kadar geniş bir değerlendirme yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir. **Taner**, s. 535. *Kunter* de bu ayırımı lüzumsuz bulurken, ayırım açısından *Taner*'in görüşünü desteklemektedir. **Kunter**, s.79.

<sup>358</sup> **Magnol**, s. 413.

<sup>359</sup> **Dönmezer-Erman**, s. 520. Suçu irtikap etmek ile doğrudan doğruya beraber işlemek şeklinde bir tasnifin gerekli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte bu ayırımın tamamen faydasız olmadığı ifade edilmektedir. **Dönmezer-Erman**, s. 520.

<sup>360</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.390; **Erem**, *Suç İştirak*, s.82.

<sup>361</sup> **Dülger**, s.12.

doğrudan doğruya beraber işleyen kişilerin fiillerinin suçu irtikap edenlere nazaran fer'i olduğu ifade edilmektedir<sup>362</sup>.

Asli iştirakin bir diğer türü manevi iştiraktır. Bunun 5237 sayılı Kanun'daki karşılığı ise "azmettirme"dir. 765 sayılı kanun açısından azmettirme suçun ilk ve etkin sebebi veya kesin tesiridir<sup>363</sup>. Azmettirme ile failin eylemi arasında bir nedensellik bağı vardır<sup>364</sup>. Asli manevi iştirake manevi hem fiillik de denilmektedir<sup>365</sup>. Asli manevi iştirakin, fail gibi cezalandırılmasının sebebi *asli maddi failin aklından bile geçirmediği bir suç işleme niyet ve kararını ona verdirtmesinden, suç işlemeyecek bir kişinin suç işlemesine amil olması* olarak ifade edilmektedir<sup>366</sup>.

Fer'i iştirak, suça ikinci derecede sayılan hareketlerle katılmak anlamına gelir, asli iştirak için gerekli olan şartlar fer'i iştirak açısından da geçerlidir<sup>367</sup>. Fer'i iştirak 765 sayılı mülga TCK'nın 65 inci maddesinde düzenlenmiştir<sup>368</sup>. Fer'i iştirak türlerinin tespiti kimi kanunlarda hakimnin takdirine bırakılmışken 765 sayılı Kanun'da sayma sistemi kabul edilmişti<sup>369</sup>. Doktrinde bu husus bazı yardım türlerinin kanun dışında kalması ihtimali nedeniyle eleştirilmiştir<sup>370</sup>. Fer'i maddi iştirak, suçun işlenmesine maddi bir faaliyet içerisinde iştirak etme anlamına gelmektedir ki bunlar fer'i iştirakin maddi şekilleridir<sup>371</sup>. Asli iştiraktan farkını ise *Erem*, asli iştirakte suçun icrasına, fer'i iştirakte ise suça iştirak edildiği şeklinde ortaya koymaktadır (765 s. TCK m.65/II-III)<sup>372</sup>. TCK'nın 65 inci maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkralarında fer'i maddi iştirak hükümleri düzenlenmişti ki bunlar fiilin işlenmesine yarayacak iş veya vasıtaları tedarik

<sup>362</sup> **Erem**, *Suçta İştirak*, s.82; **Dönmezer-Erman**, s. 521; **Erem-Danışman-Artuk**, s.391.

<sup>363</sup> **Erem**, s.83; **Önder**, s. 505; **Gözübüyük**, s.283.

<sup>364</sup> **Erem**, s.82; **Dönmezer-Erman**, s.524; **Erem-Danışman-Artuk**, s.392.

<sup>365</sup> **Taner**, s.536; **Gözübüyük**, s.284.

<sup>366</sup> **Dönmezer-Erman**, s.523; **Taner**, s.536.

<sup>367</sup> **Taner**, s.542; **Yüce**, s.372 vd.

<sup>368</sup> "I-Suç işlemeye teşvik veya suçu irtikap kararını takviye ederek yahut fiil işlendikten sonra muzaheret ve muavenette bulunacağını vadeyleyerek, II-Suçun ne suretle işleneceğine müteallik talimat vererek yahut fiilin işlenmesine yarayacak iş veya vasıtaları tedarik ederek, III- Suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenette icrasını kolaylaştırarak suça iştirak eden şahıs, işlenmiş fiile mahsus olan ceza ölüm cezası ise yirmi yıldan, müebbet ağır hapis cezası ise, onaltı yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde kanunen muayyen olan cezanın yarısı indirilir".

<sup>369</sup> **Erem**, *Suçta İştirak*, s.91; **Önder**, s.510.

<sup>370</sup> **Gözübüyük**, s.294.

<sup>371</sup> **Önder**, s.511; **Taner**, s. 544; **Erem-Danışman-Artuk**, s.402.

<sup>372</sup> **Erem**, *Suçta İştirak*, s.93.

etmek; suç işlenmeden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolaylaştırarak suça iştirak etmektir. İş tedariki doktrinde suçta kullanılacak eşyaların ya da aletlerin suça elverişli hale getirilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>373</sup>. Fer'i manevi iştirak ise 765 sayılı Kanun'da suç işlemeğe teşvik, suçu irtikap kararını takviye, fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunacağını vaat etmek, suçun ne suretle işleneceğine dair talimat vermek şeklinde sayılı olarak düzenlenmiştir<sup>374</sup>.

Fer'i iştirak halinde şeriklerin cezaları faile göre indirilerek verilmektedir. Ancak 765 sayılı Kanun'un 65 inci maddesinin ikinci fıkrasında "bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzimam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde bu kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifade edemez" şeklinde zorunlu fer'i iştirak olarak adlandırılan bir düzenleme kabul edilmiştir. Bu hüküm, kimi durumlarda fer'i failin de asli fail gibi cezalandırılmasına imkan sağlamaktaydı. 765 sayılı Kanun zorunlu fer'i iştirakçilerin suç siyaseti nedeniyle asli fail gibi cezalandırılmasını öngörmüştür ki esasında bu durum fer'i bir iştirak türüdür<sup>375</sup>. 5237 sayılı Kanun'da yer alan müşterek faillik kurumu, zorunlu fer'i iştiraktan doğan boşluğu doldurmaktadır. Belirtelim ki 765 sayılı TCK döneminde bu katkının asli fail olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>376</sup>.

### **B.5237 Sayılı Kanun'da İştirak Türleri**

İştirak türleri 5237 sayılı Kanun'da faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>377</sup>. 5237 sayılı TCK'ya ilişkin Hükümet Tasarısı'nda her ne kadar asli-fer'i iştirak ayırımı esas alınmışsa da komisyon çalışmaları sırasında adil bir ayırım olmadığı gerekçesiyle bu sistemden vazgeçilmiştir<sup>378</sup>. Bununla birlikte iştirakte, yapılan

<sup>373</sup> **Gülşen**, s.431.

<sup>374</sup> Fer'i manevi türler için bkz, **Taner**, s.542; **Dönmezer-Erman**, s. 532 vd.

<sup>375</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.643.

<sup>376</sup> **İçel-Özgeç-Sözüer-Mahmutoğlu-Ünver**, s.411.Önder de esasen bunun bir asli iştirak olduğunun kanun tarafından kabul edildiğini ifade etmektedir.

edir. **Önder**, s.513; **Gözübüyük**, s. 297.

<sup>377</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.647.

<sup>378</sup> 37.maddenin gerekçesinde bu duruma ilişkin "765 sayılı Türk Ceza Kanununda "asli -" ve "fer'i iştirak" ayırımı kabul edilmiştir. "Asli iştirak", "asli maddi iştirak" ve "asli manevi iştirak" olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırmada "fiili irtikap etme" ve "doğrudan doğruya beraber işleme", "asli maddi iştirak" şekilleri olarak öngörülmüştür. Buna karşılık azmettirme, "asli manevi fail" olmayı gerektirmektedir. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen "fer'i iştirak" hâllerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, "zorunlu fer'i iştirak"ın "asli iştirak" olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız

katkının cezanın belirlenmesine olan etkisi bu Kanun döneminde de devam etmiş ve buna göre bir düzenleme yapılmıştır<sup>379</sup>.

Bir görüşe göre 765 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanun'un iştirake ilişkin düzenlemeleri açısından kelime değişikliği haricinde ciddi bir farklılık yoktur. Nitekim bu görüşü savunan *Hafizoğulları-Özen*, 37 nci maddede yer alan faillik, 39 ncu maddede yer alan yardım etmenin fer'i faillik, 38 inci maddede yer alan azmettirme ve 39/2 nci maddede yer alan yardım etmenin ise asli manevi faillik olduğunu ifade etmektedir<sup>380</sup>.

Doktrinde iştirak türleri farklı şekilde tanımlanmaktadır. Örneğin *Hakeri* iştirak türlerini asli failer ve yardım eden olarak ikiye ayırırken yardım edenler ise yazara göre maddi ve manevi yardım edenler olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>381</sup>. *Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Özgenç, Sözüer, Koca-Üzülmez, Demirbaş* iştirakin türlerini, şeriklik ve faillik olarak incelemeyi tercih etmekte iken<sup>382</sup> doktrinde *İçel* ve *Zafer*, iştirak şekillerini faillik, yardım etme, azmettirme olarak kabul etmektedir<sup>383</sup>.

---

olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhli yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Hükümet Tasarısında da benimsenen "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir" şeklinde açıklamaya yer verilmiştir. Bununla birlikte bu açıklamada zorunlu fer'i faillik için verilen örneğin doğru ancak açıklamanın yanlış olduğu ifade edilerek 765 sayılı Kanun'da kişilerin katkılarının hiçbir zaman suçun bütününden bağımsız olarak ele alınmadığı söylenmektedir. **Hafizoğulları- Özen**,s.351.

<sup>379</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.499.

<sup>380</sup> **Hafizoğulları- Özen**,s.350. Yazarlar, gerekçede yer alan ifade edilenin aksine 5237 sayılı Kanun'un esasen 765 sayılı Kanun'da yer alan nedensel katkılara göre değerlendirmenin devam ettiğini ifade etmektedirler. Bkz. **Hafizoğulları- Özen**, s.350.

<sup>381</sup> **Hakeri**, s.519.

<sup>382</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.515 vd.; **Sözüer**, s.41; **Koca-Üzülmez**, s.441; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**,Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.647 ; **Demirbaş**, s.483.

<sup>383</sup> **İçel**, s.545; **Zafer**, s.472 vd.

*İçel*, eski sistem açısından kabul edilen asli ve fer'i iştirak modelini yeni sistem açısından da kabul etmekte ve ayırımı bu şekilde yapmaktadır<sup>384</sup>. *Toroslu* farklı bir sınıflandırma yaparak iştirake ait durumlarının bazılarının psişik bazılarının ise maddi nitelikte olduğunu ifade etmiştir<sup>385</sup>. *Yıldız* ise *suçun birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirildiği durumlar* başlığı altında suç ortaklığı (iştirak) ve dolaylı faillik şeklinde yaptığı tasnifi iştiraki diğer yazarlar gibi faillik ve şeriklik gibi ikiye ayırarak alt başlıklarını da benzer şekilde tasnif etmiştir<sup>386</sup>. Yazar dolaylı failliği bir iştirak türü olarak görmemektedir<sup>387</sup>. *Öztürk- Erdem* suça iştiraki faillik ve şeriklik olarak ikiye ayırmış, failliği tek başına, birlikte, dolaylı ve yan faillik olarak; şerikliği ise azmettirme ve yardım etme olarak iki kısımda incelemeyi tercih etmiştir<sup>388</sup>. İştirakin türlerine ilişkin olarak dikkati çeken bir başka değerlendirme ise *Şen* tarafından yapılan müşterek fail, azmettirme ve yardım etme şeklindeki ayırımdır. Yazar iştirakin suç tipi açısından zorunlu olmamasına rağmen birden fazla kişinin kasten işlenebilen bir suç için anlaşmak suretiyle müşterek fail, azmettiren ya da yardım eden sıfatlarından birinin üstlenmesi durumu şeklinde ifade etmektedir<sup>389</sup>.

5237 sayılı TCK'nın genel hükümler başlıklı birinci kitabının ceza sorumluluğunun esasları başlıklı ikinci kısmının suça iştirak başlıklı dördüncü bölümünün 37 nci maddesi "*Faillik*" başlığı altında "(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" şeklinde bir düzenleme içermektedir. 37'nci maddenin müşterek failliği düzenlemekle birlikte bu tanımın doğrudan failliği de açıkladığı ifade edilmektedir .

---

<sup>384</sup> *İçel* 37 nci maddede ifade edilen faillik kurumunu asli maddi iştirak, 38/1 inci maddede zikredilen azmettirmeyi asli manevi iştirak ve 39 ncu maddede düzenlenen yardım etme kurumu ise fer'i yardım olarak belirlemektedir. *İçel*, s.545 vd. Doktrinde faillik ve ortaklık şeklindeki ayırımın doğru olmadığını, asli fail ve fer'i ayırımının daha doğru olduğunu ifade eden Tan, suçun icra hareketlerine yardım eden kişinin faillik sıfatının ortadan kalkmadığını, suçu icra edenler ile yardım edenlerin ortak sıfatının faillik olduğunu ifade etmektedir. Yazar, failin suçun maddi unsurlarından biri olduğunu, ortak ya da şeriki fail olarak kabul edilmemesi halinde cezalandırılmasının da mümkün olmadığını kabul etmektedir. *Tan*, s.1466.

<sup>385</sup> *Toroslu-Toroslu*, s.347, 348.

<sup>386</sup> *Yıldız*, s.114.

<sup>387</sup> *Yıldız*, s.115.

<sup>388</sup> *Öztürk-Erdem*, s.360.

<sup>389</sup> *Şen, Ersan, Faillik, Müşterek Faillik ve Suça İştirak*, <http://www.hukukihaber.net/faillik-musterek-faillik-ve-suca-istirak-makale,5256.html> (Erişim Tarihi:05.05.2017).

Maddenin ikinci fıkrasında “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek doktrinde dolaylı faillik olarak ifade edilen faillik türü açık bir biçimde Kanun’da tanımlanmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 38 inci maddesinde azmettirme, 39 ncu maddesinde ise yardım etme düzenlenmektedir ki ileride de ifade edileceği üzere azmettiren ve yardım edenler şerik olarak kabul edilmektedir.

Alman Ceza Kanunu açısından iştirak türleri faillik, azmettirme ve yardım etme şeklinde ayrılmış olup iştirak türlerinin zincirleme, birbirini takip eder biçimde uygulanması mümkündür. Örneğin müşterek faillik ya da dolaylı faillik halinde bir başka kimse bu duruma yönelik olarak kişiyi azmettirebileceği gibi, yardım da edebilir. Bir üst kavram olarak iştirak, faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmakta, faillik içerisinde doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik ile birlikte kanunda düzenlenmemekle birlikte yan faillik ele alınmakta iken şerikliğin türleri yardım etme ve azmettirme şeklinde ikiye ayrılmaktadır<sup>390</sup>.

## **2.Kanaatimiz**

5237 Sayılı TCK’nın Adalet Komisyonu Raporu’nda yer alan “*Birden fazla kişinin iştiraki bir suçun işlenmesini genellikle kolaylaştırmaktadır. Ancak, iştirake ilişkin hükümler, işlenen suça ilişkin kanuni tanımda yer alan fiillerin tamamını gerçekleştirmeyen, ya da bu tanıma uygun bir davranış gerçekleştirmeksizin suçun işlenişine iştirak eden suç ortaklarının sorumluluk statülerini belirlemektedir*”<sup>391</sup> şeklindeki ifadeye göre iştirak 5237 sayılı Kanun açısından faile verilmesi gereken cezanın genel bir artırımı nedeni değil, suça nedensel olarak katkı sağlayanların sorumluluklarını belirleme amaçlı bir düzenlemedir. Bu anlamda iştirakin suçun tek kişi tarafından işlenebilmesi esassından hareket eden asıl kurala göre tali ve tamamlayıcı bir özellik taşıdığı ifade edilmektedir .

<sup>390</sup> **Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmman)**, 2014, Vor § 25 ff. kn.1.

<sup>391</sup> Rapor metni için .bkz. **Artuk-Gökçen**, Gerekeçeli Ceza Kanunları, s.13.

Buna göre failler (*müstakil-müşterek*) kanuni suç tipinde gerçekleşen fiilleri gerçekleştirirken esasen tipik olmayan hareketleri gerçekleştiren şerikler ise ancak failin fiiline yaptıkları illi katkı nedeniyle sorumlu tutulmaktadırlar.

Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu hukukumuzda suçun işlenişine nedensel olmayan bir katkı sunması, kişilerin anti sosyal ya da kötü karakterde olması cezalandırmaları için tek başına yeterli değildir. Bir kimsenin işlenen ya da işlenmesi planlanan bir suça hangi katkısının faillik hangi katkısının şeriklik olduğu hukuki güvenlik açısından açıkça belirtilmelidir .

Bu nedenle 40 ıncı maddede şeriklerin hangi şartlarda sorumlu olabileceğini düzenlemekte böylece esasen tipik olmayan şeriklerin fiili ile failin fiili birleşerek bir anlam ifade etmektedir. Bir görüşe göre ise bu durumda iştirake ilişkin normlar ile özel kısımdaki normlarla birleşerek yeni bir çok failli suç tipi meydana getirmektedir. Bu fikir açısından asli olan faillik, tamamlayan husus şeriklik değil; asli olan özel hükümler genişleten ise iştirake ilişkin hükümlerdir . İştirak hükümlerinin varlığı sayesinde ki özel hükümde düzenlenen suç tiplerinde her seferinde şeriklerin sorumluluğu hakkında ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu nedenle iştirakin çıkış noktasının özel hükümler olduğu ifade edilebilir<sup>392</sup>. Gerçekten eğer suç tipleri mevcut olmasaydı genel hükümlerin de bir işlevi olmayacaktı.

Yukarıda da ifade edildiği gibi şerikler suçun icrasına iştirak etseler de suç tipinde yer alan haksızlığı gerçekleştirmezler. Azmettiren ve yardım eden de şüphesiz suçun işlenişine katkıda bulunmaktadır ancak suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için kanuni bir temele gereksinim vardır. İşte bu ihtiyaç TCK'nın 40 ıncı maddesinde düzenlenen bağıllık kuralı ile giderilmiştir. Bağıllık kuralı sayesinde azmettiren ve yardım eden kişilerin sorumluluğu failin gerçekleştirdiği fiile bağlı olmaktadır . Zira fail doğrudan suçun unsurlarıyla ilişki halinde olmasına rağmen şerik için durum bu istikamette değildir. Bu anlamda iştiraki suç tanımlarını, tamamlayıcı ve genişletici bir rol oynayan bir kurum olarak kabul etmek gerekmektedir . Kanun koyucu 41.maddede ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme durumuna ilişkin hükümleri özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir.

<sup>392</sup> Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, zweite Auflage, 1975, s.498.

Faillik başlığı altında değinileceği üzere doktrinde ağırlıklı olarak faillik türleri müstakil faillik, müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak benimsenmekte münferit bazı olaylarda ise yan yana faillik de faillik türü olarak kabul edilmektedir. İştirak bilindiği üzere birden fazla kişinin suça katılma halidir. Bu katılmadan dolayı kişilerin ne şekilde sorumlu tutulacağı farklı bir husustur. Çalışmamızın esasını oluşturan dolaylı faillik ise ileride değineceğimiz gerekçelerle bir faillik ve üst başlık olarak genel anlamda iştirak türüdür. 5237 sayılı Kanun açısından da esasen meseleye bu şekilde bakmak gerekir. Zira Kanunda iştirak başlığının altında faillik, failliğin altında da müşterek ve dolaylı faillik tanımlanmıştır.

Sonuç olarak kanaatimizce de *doğrudan faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik* ve doktrinde kabul edildiği üzere *yan yana yan faillik* olarak dört türlü faillik türü vardır<sup>393</sup>. Bu türlerden *müşterek faillik* ve *dolaylı faillik* kanunda bu isimler altında olmasa da düzenlenmişken, doğrudan faillik kanuni tanımdan yola çıkılarak yan yana faillik ise doktrinde çeşitli olaylara çözüm getirmesi açısından tanımlanabilir faillik türleridir. Şeriklik ise azmettirme ve yardım etme olarak ikiye ayrılmaktadır.

## VI. FAİLLİK KAVRAMI

### 1.Genel Bilgi

Fail sözlük anlamı itibariyle *eden, yapan, işleyen, özne veya hukuki sonuç doğuracak bir suç işleyen kimse* faillik ise *fail olma durumu* olarak tanımlanmaktadır<sup>394</sup>. Ceza hukuku açısından fail, kanuni tipte suç olarak tespit edilen fiili gerçekleştiren kişi, faillik ise bu fiili gerçekleştirme durumudur.

Faillik kavramına 765 sayılı Kanun'da açıkça yer verilmemiştir. İlgili Kanun'un 64/1 inci maddesi "*Birkaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır*" şeklindeki düzenlemesi ile bugün müşterek faillik olarak kabul ettiğimiz düzenleme kapsamında olarak failliği fiili irtikap edenler ile doğrudan doğruya beraber işleyen şeklinde iki biçimde izah etmek

<sup>393</sup> Koca-Üzülmez, s.445.

<sup>394</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.561903eea329b8.56505363](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.561903eea329b8.56505363) (Erişim Tarihi: 10.10.2015) .



yoluna gitmiştir<sup>395</sup>. Asli maddi iştirak olarak da ifade edilmekte olan failliğin suçun gerçekleşmesi bakımından doğrudan etkili hareketlerin yapılması şeklinde tanımlandığını da görmekteyiz<sup>396</sup>.

Faillik 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından iştirak türlerinden biridir<sup>397</sup> ve iştirakin en yoğun hali olarak kabul edilmektedir<sup>398</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinde faillik kavramı tanımlanmamakla birlikte 1.fıkra da yer alan “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” şeklindeki düzenlemeden hareketle faillik ile ilgili genel bir tanım ortaya koymak mümkündür.

5237 sayılı TCK açısından Adalet Komisyonu Raporu'nda yer alan “*Kasten işlenen suçların işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerinin belirlenmesinde, faillik ve şeriklik ayırımına sadık kalınmıştır*” şeklindeki ifadeye göre Ceza Hukukumuz açısından “*faillik bir sorumluluk statüsüdür*”<sup>399</sup>.

5237 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin 1 inci fıkrasında tanımlanan iştirak türünün müşterek failliği tanımlandığı ifade edilmiştir, bununla birlikte doktrinde kanundaki birlikte hareket ifadesi nedeniyle suç tipindeki haksızlığı tek başına gerçekleştiren kişinin müstakil fail ya da doğrudan fail olacağı söylenmektedir<sup>400</sup>.

Alman ceza hukukunda iştirak kavramı altında şeriklik ile birlikte düzenlenen faillik<sup>401</sup> durumunun bir kimsenin tek başına, başka bir kimse aracılığıyla veya birden fazla kişi ile birlikte suç işlemesi olarak ifade edildiğini söyleyebiliriz<sup>402</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB.) § 25 I -1 inci maddesinde doğrudan, § 25 I - 2 nci maddesinde dolaylı faillik ve § 25 II nci maddesinde müşterek faillik düzenlenmiştir. Bu ayırıma bazı olaylarda birden fazla kişinin birbirinden bağımsız

<sup>395</sup> Erem, *Suçta İştirak*, s. 82.

<sup>396</sup> İnel, s.546.

<sup>397</sup> Zafer de faillik başlığı altında müstakil faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan yana failliği sınıflandırmıştır. Zafer, s. 472 vd. Özgenç de failliği iştirak türü olarak tanımlamıştır. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 515.

<sup>398</sup> Schmidt, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, 2015, kn.923.

<sup>399</sup> Rapor metni için bkz. Artuk-Gökçen, *Gereççeli Ceza Kanunları*, s.13.

<sup>400</sup> Koca-Üzülmez, *Ceza Genel s*, 445.

<sup>401</sup> Ebert, s.187.

<sup>402</sup> Schmidhäuser, s.497; Krey-Esser, § 24, kn.800.

olarak aynı suçu işleme biçiminde ifade edilen yan yana failliğin de eklendiğini görmekteyiz<sup>403</sup>. Bu ayırımın olaylar açısından merkezi figüre göre şekillendiği ifade edilebilir ki bu açıdan *Roxin* failin tek başına hırsızlık yapmasını – *kendi*- bir başkasına silah zoruyla yaptırmasını –*başkası aracılığıyla*- veya bir başkasıyla birlikte işlenmesini –*ortaklaşa*- suç işleme biçimleri arasında saymaktadır. Böylece her durumda failin merkez konumunda olduğu ancak müşterek faillikte birden çok kişinin merkezde olduğu savunulmaktadır<sup>404</sup>.

Fail, fiilin gerçekleşmesi açısından merkezi bir figür olarak hareketi durdurma devam etme yeterliliğine sahip iken, şerik fiil üzerinde kontrolü olmadığı için fail kadar etkili görülmemektedir<sup>405</sup>. Alman hukuku açısından doğrudan faillik, tek başına faillik veya yan yana faillik şeklinde gerçekleşebilir. Tek başına faillik halinde kişi, bir başkası olmadan fiili sonuçlandırmaktadır. Bu durum yan yana faillik veya müşterek failliğin söz konusu olduğu çok faillik durumlarının karşıtıdır<sup>406</sup>. Bu anlamda tek başına faillik gerektiren suçlar, müşterek faillik şeklinde işlenemez<sup>407</sup>. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesinin bu konuyla ilgili verdiği bir karar ilgi çekicidir. Mahkeme bu kararda müşterek faillerin yanında kişinin tek başına fail olabileceğini de ifade etmektedir<sup>408</sup>.

---

<sup>403</sup> Yazar “*Alman hukukunda bir başkasının işlemiş olduğu yabancı bir fiile katılmak olarak iştirak; müşterek failliği ve şerikliği kapsamaktadır bu bakımdan Faillik başlığı altında incelenen, tek başına fail, dolayısıyla fail ve yan yana faillik bir bu anlamda bir iştirak şekli değildir*” demektedir. **Keçelioğlu**, s.75, Ayrıca bkz. MK-Joecks, § 25, kn.1, 2; **Hauf**, 73.

<sup>404</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn.10.

<sup>405</sup> **Hauf**, s.75.

<sup>406</sup> **Schmidhäuser**,s.504.

<sup>407</sup> **Kühl, Kristian-Heger,Martin**, Strafgesetzbuch Kommentar, 28.neu bearbeitete Auflage, München, 2014, s.222.

<sup>408</sup> Alman Federal Mahkemesine konu olan olay doğrudan faillik ve müşterek faillik ilişkisinin tespiti açısından önemlidir. Olayda sanık, özel aracıyla bir başka mahkum ile birlikte Hollanda’ya gider. Dönüşte, Alman Gümrüğü sınırında birlikte yolculuk yaptığı kişi kendisinde 1 kilo esrar olduğunu, sınırın diğer tarafındaki diğer bir kişinin bunu almak istediğini söyler. Sanık bu açıklama üzerine şaşırır ve sınırı geçmek veya araçtaki esrarla gümrük binasını ve sınırını geçmeme arasında kısa süre kararsız kalır ve sınırı geçmeye karar verir. Sanığa benzin ücreti ve kullanması için uyuşturucu madde hediye edilir. Federal Yüksek Mahkeme, Yerel Mahkeme’nin görüşünün sadece uyuşturucu ithaline yardım suçunun oluştuğu yönünde olduğunu ifade eder. Yerel Mahkeme’ye göre sanığın önemli miktarlarda uyuşturucu miktarı ithal etme fiiline yardım ettiği, fail olmak için gereken ne irade ne de bilgi içinde hareket etmediği, yolculuğun başlangıcı ve seyrinin asıl fail tarafından belirlendiği, fail olabilmek için bu konuda bir bilgi ve iradesi olması gerektiğini oysa suç açısından alt düzeyde bir rol oynadığı görülmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme bu yorumu kabul etmemektedir. Zira Yüksek Mahkeme 25/1.maddeye göre kişinin suçu kendi işlemesi, kusurluluk, hukuka aykırılık ve tipikliği kendi kişiliğinde gerçekleşmesi halinde fail olarak cezalandırılacağını ifade eder. Mahkeme, Eyalet Mahkemesinin bu durumun sadece

Düzenlemenin 5237 sayılı TCK'dan en önemli farkı, Kanun'un tek başına failin de sorumluluğunu düzenlemesidir. Nitekim 25nci maddesinin ilk fıkrasında “suçu tek başına ya da başkası aracılığıyla işleyen kimse fail olarak sorumlu tutulur” denilmekte ikinci fıkrada ise eğer birden fazla kimse bir suçu ortak olarak işler ise bu kişilerden her birisinin fail olarak cezalandırılacağı düzenlenmektedir.

Sonuç olarak Türk Ceza Kanunu'nda Alman Ceza Kanunu'na benzer bir biçimde tek başına ya da doğrudan failliğe ilişkin bir düzenleme yoktur. Her ne kadar failliğin iştirak biçimi olarak kabul edilmesi durumunda buna gerek olmadığı ifade edilebilirse de müstakil failliğin tanımına Kanun metninde yer verilmesi daha yerinde olabilirdi kanaatindeyiz<sup>409</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun bahse konu düzenlemeyi faillik ve şeriklik başlığı altında düzenlediğini ve bu anlamda Alman Ceza Kanunu'nda faillik başlığı altında failliğin bütün türlerinin düzenlendiğini söylemek gerekmektedir. Oysa 5237 sayılı TCK, konuyu iştirak adı altında incelemeyi tercih etmiştir.

## 2.5237 sayılı TCK'ya Göre Faillik Türleri

5237 sayılı TCK'da faillik türleri ismen açıkça sayılmadığı için doktrinde faillik türlerine ilişkin bir çok görüş ileri sürülmüştür. Yine dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığına ilişkin tartışmalar sebebiyle de doktrinde faillik türlerine ilişkin görüşler kısmen de olsa farklılaşmaktadır.

Türk doktrininde faillik türlerine ilişkin bir yeknesaklık olduğunu söylemek güçtür. Kimi yazarlar 5237 sayılı TCK açısından meseleyi ele alırken 765 sayılı TCK

---

tek başına faillik halinde oluşacağını düşündüğünü ifade etmektedir. Olayda birden çok kişiden birinin tipikliğin tamamını gerçekleştirilmesi konusuna değinilmediği ifade edilmektedir. Bu durum birden fazla kişi ile birlikte suç işleyen kişiler açısından sadece tipikliği, hukuka aykırılığı ve kusurluluğu gerçekleştiren kişiler için geçerli olup diğerleri için geçerli değildir. Bu durumda kişi doğrudan faildir. Bu durumda sanığın sadece bir başkasının işlediği suça yardım etmek değil, ayrıca suçu kendisi de işlemektedir (başkalarıyla birlikte ve muhtemelen onların yararına) kanaatine varmıştır. (BGHSt 38,315. Karar ve olay için bkz. **Puppe, Ingeborg**, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3.Auflage, Baden-Baden 2016, § 23 , kn. 1 vd).

<sup>409</sup>Doktrinde bu durumun bir eksiklik olarak görülemeyeceği, her kavramın ceza yasası içerisinde kazuistik bir şekilde tanımlanmasının gerekmediği ifade edildikten sonra dolaylı failliğin ve ortaklaşa failliğin tanımlanmasına rağmen failliğin tanımlanmamasının doğru bulunmadığını görmekteyiz. **Dülger**, s. 19.

döneminde kabul edilen sistemin 5237 sayılı TCK açısından uyarlandığını da görmekteyiz.

*Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır*, fiilin ortaya çıkış biçimine göre harekete hakimiyet halinde müstakil, fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet halinde müşterek, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanma halinde dolaylı failliğin var olduğunu ifade etmişlerdir<sup>410</sup>.

*İçel*, failliği asli maddi iştirak ile aynı anda ele almaktadır<sup>411</sup>. Nitekim failliği suça birinci derecede etkili olan hareketleri yapma olarak tanımlayan *Centel-Zafer-Çakmut*'a göre faillik, fiili birlikte gerçekleştirme yani müşterek faillik veya suçun işlenmesinde araç olarak kullanmak yani dolaylı faillik halinde söz konusudur<sup>412</sup>.

*Koca-Üzülmez* ise Kanun'un 37/1 inci maddesinde müşterek faillik, 2 nci fıkrasında ise dolaylı faillik kavramının tanımlandığı, düzenlemeden hareketle doğrudan failliğin de tanımlanabileceğini ve doktrinde bu ayırma bir de yan yana failliğin eklendiğini ifade etmiştir<sup>413</sup>.

Bağımsız bir faillik kavramına eserlerinde yer vermeyen müellifler de vardır. Nitekim *Toroslu-Toroslu* iştirak türlerini müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme olarak ele almış ve bağımsız bir faillik kavramından bahsetmemiştir<sup>414</sup>. *Hakeri* faillik kavramını, *kişinin kendi suçunu doğrudan, dolaylı ve müştereken işlemesi* olarak tanımlamayı tercih etmiştir<sup>415</sup>. Yazar, faillik başlığı altında müşterek ve dolaylı failliği kabul etmektedir. Dolaylı failliğin bir iştirak şekli olmadığını ifade eden yazar iştirak sorunlarının bu kısım altında tartışıldığı için kavramı bu başlık altında incelemeyi tercih etmektedir<sup>416</sup>. *Demirbaş* ise TCK'nın 37/1 inci maddesinde doğrudan ve birlikte

---

<sup>410</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.649.

<sup>411</sup> **İçel**, s.545 vd.

<sup>412</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s. 499.

<sup>413</sup> **Koca-Üzülmez**, s. 444, 445.

<sup>414</sup> **Toroslu-Toroslu**, s. 348 vd.

<sup>415</sup> **Hakeri**, s.495.

<sup>416</sup> **Hakeri**, s.536.

failliğin, 37 nci maddenin ikinci fıkrasında ise ise dolaylı failliğin düzenlendiğini ifade etmektedir<sup>417</sup>.

Dolaylı failliği bir iştirak şekli olarak görmeyen *Yıldız*, kavramı suç ortaklığı hükümlerinin uygulanamayacağı durumlarda tatbik edilmesi mümkün bir faillik türü olarak ifade etmektedir<sup>418</sup>. Yazar dolaylı faillğe özellikle yer verilmesini genel iştirak hükümleri ile meselenin çözülememesine bağlamaktadır. Son olarak doktrinde *Zafer*, faillik başlığı altında müstakil faillik, müşterek faillik, dolaylı faillik ve yan yana faillik türlerini incelemektedir<sup>419</sup>.

5237 sayılı Kanun, 765 sayılı Kanun'a göre kanaatimizce daha geniş bir faillik tanımını getirmiştir. Nitekim Yargıtay 5237 sayılı Kanun'un faillik tanımının çok geniş olduğunu ifade ederken "*Yasa koyucunun 37. maddenin 1. fıkrasındaki "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" ifadesiyle faillik kavramının kapsamını oldukça geniş tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hakimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hakimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zımnî veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartabileceğimiz netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirileceği yönünde olacaktır"*<sup>420</sup> şeklindeki değerlendirmesi ile bu duruma işaret etmektedir.

---

<sup>417</sup> **Demirbaş**, s.486.

<sup>418</sup> **Yıldız**, Seminer, s. 115.

<sup>419</sup> **Zafer**, s.471.

<sup>420</sup> **Yarg. CGK.**, 20.01.2009, 2008/1-232, 2009/2 , (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi :20.12.2016).

### 3.Fail Kavramının Yorumlanmasına İlişkin Görüşler

#### A.Genel Bilgi

Failliğin tespiti, suça iştirak edenlerin sorumluluklarının belirlenmesinde kilit rol oynamaktadır. Zira suçun asli süjesi önce fail ardından fiil ve sonra da mağdurdur. Suç önce failin zihninde oluşur ardından fail bu oluşuma uygun olarak harekete geçer ve suçu işler. Bu anlamda ne mağduru ne de faili olmayan bir suç düşünülemez. Bu gerekçeyle iştirake ilişkin sorumluluk statülerinin ancak kimin *fail* olarak kabul edileceğinin tespitinin ardından yapılabileceğini söyleyebiliriz.

Fail kavramının yorumlanmasına ilişkin doktrinde başlıca iki görüş vardır ki bunlar dar faillik ve geniş failliktir.

#### B.Dar Faillik

Suç tipinde yer alan hareketleri bizzat yapan kişilerin fail kabul edilmesine *dar faillik* denilmektedir<sup>421</sup>. Dar faillik açısından fail, suçun bütün kurucu unsurlarını gerçekleştiren kişidir<sup>422</sup>. Dar faillik sisteminin en önemli avantajı fail ile şerik arasındaki çizgiyi net bir biçimde belirlemesidir. Nitekim sistem açısından ifade edilen *kim failse şerik değildir, fail olmayan sadece şerik olabilir ve failsiz iştirak olmaz*<sup>423</sup> şeklindeki formül oldukça pratik bir yaklaşımdır. Dar faillik, suçun işleneşine yapılan bir katkının ancak kanunda açıkça düzenlenen iştirak türlerinden birine dayanmasını gerekli kılmaktadır<sup>424</sup>. Örneğin Alman Ceza Kanunu açısından da 26 ve 27 nci maddeler (azmettirme ve yardım etme) özel hükümlerde yer alan suç tiplerinin cezalandırma alanını genişletmektedir.

---

<sup>421</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s.488; Akbulut, s. 176; Aydın, s. 56. Aydın, dar failliği izah ederken verdiği gözcülük örneğinde hırsızlık suçunda gözcülük yapan kişi olmasaydı da suç işlenebilecekti şeklindeki varsayımdan hareketle gözcünün bu sistem açısından fail olmadığını ifade etmektedir. Aydın s.56. Ayrıca bkz. Mahmutoğlu, s.57; Tan, s.1464; Evik, s.82.

<sup>422</sup> Zafer, s.461.

<sup>423</sup> Gropp, §10 kn. 20, 21.

<sup>424</sup> Gropp, § 10, kn. 12.

Sistem, illi katkı değeri lenmesi üzerinden değil doğrudan suç tipinden hareketle bir sonuca varmayı mümkün kılmaktadır<sup>425</sup>. Bu anlamda Alman hukukunda dar faillikten bahsedilirken kişilerin ilgileri, yararları veya amaçları dikkate alınmaksızın suçun unsurlarını gerçekleştiren kişilerin fail olduğu ifade edilmektedir<sup>426</sup>.

Dar faillik görüşüne göre sadece suçun bütün unsurlarını gerçekleştiren kişi fail olduğuna göre bunun dışında kalan kişiler fail değil ancak iştirak hükümlerine göre şerik olarak sorumlu tutulabilir ki bu anlamda iştirak, cezai sorumluluğu genişleten bir özellik arz etmektedir<sup>427</sup>.

Teorinin orijinal fikri açısından sadece fiili gerçekleştiren kişi fail olabildiğine göre diğer birlikte neden olan kişilerin fail olma ihtimali yoktur<sup>428</sup>. Suçun kanuni unsurunda yazan hareketleri gerçekleştirmeyen kişi ancak şerik olarak sorumlu tutulabilir. Böylece fail olmadan, daha doğrusu failin tipik hareketleri olmadan şerik ya da şeriklere ceza verilmesinden bahsedilemez. İşte bağıllık kuralı da burada önemini göstermektedir<sup>429</sup>. Bu durumdan da çıkarılabileceği ve daha önce de ifade ettiğimiz üzere eşitlik sisteminde dar faillikten bahsetmek söz konusu değildir. Faillik açısından oldukça dar bir çerçeve belirlediğini söyleyebildiğimiz teorinin dolaylı faillik ve müşterek faillik yolu ile genişletildiği ifade edilmektedir<sup>430</sup>.

Teorinin eleştirilen yönü sıkı şekilcilik halinde belli bir suçun işlenişine karar veren kişilerin iş bölüm gereğince suça sağladıkları katkının müşterek faillik mi yoksa şeriklik mi olarak nitelendirilmesi gerektiği konusunda belirsizliğe yol açmasıdır. Zira kanuni tarife uygunluk hususu tartışmaya açıktır<sup>431</sup>. Dolaylı faillik konusunda da dar failliğin zayıf yönleri olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten kurala katı şekilde bağlı kalınırsa, yani fiilin bizzat fail tarafından tek başına işlenmesi şartı aranırsa, dolaylı

---

<sup>425</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.62, **Üzülmez**, s.80. Evik dar failliğin hem nedensellik bağına hem de tipik fiilin uygunluğuna dayandığını ifade etmektedir. **Evik**, s.82. Ayrıca bkz. **Baumann-Weber-Mitsch**, § 28, kn.30.

<sup>426</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. kn.4.

<sup>427</sup> **Mahmutoğlu**,s.58; **Öztürk-Erdem**, s.363; **Evik**, s.82; **Ebert**, s.186. Alman hukuku açısından da azmettirme ve yardım etme suretiyle, özel hükümlerin tipik düzenlemelerinin cezalandırılabilirlik alanının genişletildiği ifade edilmektedir. **Krey-Esser**, § 24, kn.793.

<sup>428</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.486, kn.4.

<sup>429</sup> **Akbulut**, s.176.

<sup>430</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.486 kn.4.

<sup>431</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.62.

faillik kabul edilmemelidir<sup>432</sup>. Yine teoriyi doğal anlayıştan hareketle eleştiren görüş açısından gerekli normatif incelemenin yokluğu halinde teori sadece icra hareketlerine bağlı bir yol takip etmektedir<sup>433</sup>.

Alman hukukunda kasten işlenen suçlarda dar failliğin mutlak bir biçimde uygulandığı buna göre bizzat ve davranışları aracılığıyla suçun şartlarını yerine getiren kişinin fail olarak görülmesi gerektiği, bu anlamda suçu bizzat gerçekleştiren (doğrudan fail), başkası aracılığıyla gerçekleştiren (dolaylı fail) ve bir başkası ile birlikte iş bölümü yaparak suçu işleyen fail olduğu ifade edilmektedir (müşterek faillik)<sup>434</sup>. 5237 sayılı Kanun'un bahse konu faillik yaklaşımına sahip olduğunu söylemek gerekmektedir<sup>435</sup>. Son olarak sadece failliğin mümkün olduğu taksirli suçlarda açısından da dar failliğin söz konusu olduğu söylenmelidir<sup>436</sup>.

### C.Geniş Faillik

Nedensellik teorisine dayanan<sup>437</sup> *geniş* ya da *geniş anlamda faillik* türü açısından suçun oluşmasına nedensellik değeri taşıyan herhangi bir hareketle katılan herkes faildir<sup>438</sup>. Bu teoride azmettiren, yardım eden şeklinde bir ayırıma gitmeye gerek yoktur zira bu kişilerin her biri suçun oluşmasına neden olmuşlardır ve faille genel olarak aynı şekilde cezalandırılmalıdırlar<sup>439</sup>. Teori açısından ceza kanunlarının özel hükümleri suça iştirak eden hiç kimse için herhangi bir farklılık içermemekte ve suça yardım etme veya azmettirme şeklinde dahi olsa katkı sağlayan kişi fail olarak sorumlu tutulmaktadır<sup>440</sup>.

Geniş faillik kavramı cezayı gerektiren fiili tamamen nedensel anlayışa dayandırmaktadır. Buna göre suç teşkil eden fiil esaslı olarak dış dünyada değişikliğe

---

<sup>432</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.62,63. Eğer bahse konu kavram dar anlamda tek başına faillik şeklinde anlaşılırsa dolaylı failliği açıklamaktan uzak olarak kabul edilmektedir. **Langrock**, s.15.

<sup>433</sup> **Langrock**, s.15.

<sup>434</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.486 kn.5.

<sup>435</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.649; **Tan**, s.1464; **Mahmutoğlu**, s.59.

<sup>436</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.486 kn.6.

<sup>437</sup> **Tan**, s.1464.

<sup>438</sup> **Öztürk-Erdem**, s.363; **Evik**, s.89; **MK**, Vor §25 kn. 3; **Bauman-Weber-Mitsch**, § 27, kn.31; **Gropp**, § 10, kn. 12.

<sup>439</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.488; **Zafer**, s.461; **Aydın**, s. 57.

<sup>440</sup> **Ebert**, s.186.



neden olacak bir nedensellikte ise ve bütün nedenler eşit değerde ise –ki *Ebert* bu noktada eşitlik teorisini işaret etmektedir- bu durumda suça nedensel katkı sağlayan her bir kişinin fail olacağı gibi bir sonuca varılmaktadır<sup>441</sup>.

Şeriklerin faillere nazaran daha az ceza ile cezalandırılmaları gerektiğini savunanlar ise şerikliği, cezayı azaltan bir hal olarak belirleme yoluna gitmişlerdir. İştirak türleri arasındaki farklılık bu görüş açısından yalnızca cezanın hesaplanmasında dikkate alınmaktadır, yani şerikler failden daha az ceza almakla beraber fail olarak adlandırılmaktadırlar<sup>442</sup>. Bu anlamda da geniş olan failliğin, yani suça iştirak edenlerin sorumluluklarının daraltılması gerekmekte, bu ise iştirak hükümleri ile mümkün olmaktadır. Geniş faillik açısından iştirak hükümleri, cezai sorumluluğu daraltıcı bir özellik arz etmektedir<sup>443</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk Ceza Kanunu'nda dar faillik ilkesi kural olarak geçerli olduğundan iştirak hükümlerinin cezai sorumluluğu tamamlama ve genişletme anlamında bir işlev arz ettiği görülmektedir.

Geniş faillik teorisi esasen suç ortaklarının tamamının hareketleriyle hukuki değeri ihlal ettiği yani suçun gerçekleşmesine neden olduğu varsayımından hareket eder<sup>444</sup>. Teori eleştirilmiş ve suçun sadece korunan hukuki değer ihlaliyle hukuka aykırılık içeriğinin ortaya konulamayacağı, işleniş tarz ve mahiyetinin de bir önem taşıdığı, suçun sadece sosyal açıdan zararlı bir hareket olmadığı aynı zamanda çirkin bir davranış olduğu da ifade edilmiştir<sup>445</sup>.

Sistem eşitlik sistemi ile bağdaşmaktadır<sup>446</sup>. Geniş faillik kavramının eşitlik teorisinin suça yardım eden ya da azmettiren olarak neden olan kişilerin eşitlik nedeniyle fiili bizzat gerçekleştiren fail gibi suç işlediği şeklindeki nedensellik açısından bütün sebeplerin eşdeğer olduğu şeklindeki temel düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir<sup>447</sup>. Bugün Alman hukukunda geniş faillik ilkesinin genel olarak

---

<sup>441</sup> **Ebert**, s.187.

<sup>442</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.56,57; **Evik**, s.89,90.

<sup>443</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.489; **Öztürk-Erdem**, s.363; **Evik**, s.89.

<sup>444</sup> **Mahmutoğlu**, s.59.

<sup>445</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.57.

<sup>446</sup> **Gropp**, § 10, kn. 12.

<sup>447</sup> **Krey-Esser**, § 24, kn. 790.

reddedildiği ve dar/kısıtlayıcı faillik kavramının kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>448</sup>. Geniş faillik kavramının tek başına işlenen suçlarda ve görev suçlarında da başarısız olduğu belirtilmektedir<sup>449</sup>.

Alman hukukunda sıklıkla ikili faillik kavramının kabul edildiği ifade edilmektedir (*Doppelter Täter*). Buna göre kastlı suçlarda dar faillik taksirli suçlarda geniş tek faillik kavramının (*der extensive Einheitstäterbegriff*) kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>450</sup>. Bilindiği üzere Alman hukukunda taksirli suçlarda geçerli olan eşit faillik kavramı faillik ve şeriklik arasında ayırım yapılmamaktadır<sup>451</sup>. Eşit faillik düşüncesinin fail ile şeriklik arasındaki ayırımı gereksiz varsayıldığını ve bununla bir çok sınır zorluğunu ortadan kaldırmayı amaçladığını söylemekle birlikte bu durumun başka sorunlara yol açtığı ve meseleyi cezanın belirlenmesi alanına taşındığını belirtmek gerekir<sup>452</sup>.

#### 4.Genel Değerlendirme

Kelime anlamı itibariyle fail olma durumu anlamına gelen faillik, kanunda suç olarak tanımlanmış fiillerin tek başına doğrudan, ya da suç işleme iradesi olmayan bir kişinin aracı olarak kullanılarak işlenmesi veya birden fazla kişi ile birlikte iştirak iradesi içerisinde ya da habersizce işlenmesi halidir. Bu tanım, müstakil faillik, dolaylı faillik, müşterek faillik ve yan yana faillik kavramlarını içermektedir.

5237 sayılı Kanun açısından faillik bir iştirak türü ve sorumluluk statüsüdür<sup>453</sup>. Bununla birlikte genel anlamda faillik kavramını sadece iştirak içerisinde suç işlemek olarak sınırlamamak gerekir. Zira taksirli suçlarda da esasen statü olarak “faillik” mevcuttur ancak iştirak hükümleri uygulanamamaktadır. İştirakin türü anlamında faillik ise, kanunen bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin iştirakiyle işlenmesi halinde fail olarak kabul edilen kişilerin statüsüdür.

<sup>448</sup> **Krey-Esser**, § 24, kn. 791. Bu anlamda StGB 25/II'nin de cezayı daraltıcı bir temel içerdiği ifade edilmektedir. **Baummann-Weber-Mitsch**, § 28, kn. 31.

<sup>449</sup> **MK**, Vor §25 kn. 3.

<sup>450</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.487, kn.9.

<sup>451</sup> **Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmman)** Vor § 25 ff, kn.2.

<sup>452</sup> **Schönke-Schröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.487, kn.10.

<sup>453</sup> Adalet Komisyonu Raporu'nda bu hususa ilişkin “*Kasten işlenen suçların işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerinin belirlenmesinde, faillik ve şeriklik ayırımına sadık kalınmıştır*” ifadelerine yer verilmektedir Rapor metni için .bkz. **Artuk-Gökçen**, Gerekçeli Ceza Kanunları, s.13.

5237 sayılı TCK açısından iştirake müsait olan faillik türleri, *müşterek faillik* ve *dolaylı failliğin bazı ortaya çıkış biçimlerinden* ibarettir. Doğrudan ya da müstakil faillik, yan yana faillik ve ileride de izah edeceğimiz üzere dolaylı failliğin bazı ortaya çıkış biçimleri açısından iştiraktan bahsedilemez.

Faillik kavramının yorumlanmasına ilişkin olarak her ne kadar dar faillik kavramının, geniş failliğin aksine fail ile şerik arasındaki ayrımı net bir biçimde belirlediği ifade edilse de uygulama ve doktrindeki görüşlere baktığımızda bu konuda bir ayırım olduğunu ifade etmek güçtür.

Kanun koyucunun fail ile şerik arasındaki ayırım bakımından 765 sayılı TCK'ya nazaran daha açık ve daha dar bir faillik yorumunu kabul ettiğini söylemek de mümkün değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz ve 5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinin gerekçesinde asli ve fer'i fail şeklindeki ayırımın sakıncası ifade edilirken yer verilen "*Örneğin bir işyerinde işlenen silâhlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen "asli fail" bazen "fer'i fail" olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman "asli fail" olarak mı yoksa "fer'i fail" olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişini üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir"* şeklindeki açıklamalardan gözcünün fail olduğu söylenebilir. Ancak dar faillik anlayışının geçerli olduğu ifade edilen 5237 sayılı TCK açısından esasen gözcünün, yağma suçundaki (m.148) cebir veya tehditle malın alınması eylemini gerçekleştirmediği görülmektedir<sup>454</sup>. Bu anlamda daha önce ifade ettiğimiz üzere dar failliğin katı bir biçimde kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Bahse konu

---

<sup>454</sup> Her ne kadar müşterek faillik için verilen örnek tam olarak dar faillığe uygun ise de yukarıda ifade ettiğimiz üzere diğer örneğin, dar faillikle doğrudan bir ilgisi yoktur. Zira bu durumda cebir veya tehdit ile malın alınması şeklinde iki ayrı unsur farklı kişilerce gerçekleştirilmektedir. Son olarak Kanun'un gerekçesinde dar faillikten bahsedilmediğini de ifade etmek gerekmektedir.

örnekte olduğu gibi gözcünün her durumda müşterek fail olduğunu, fiil üzerinde egemen olduğunu söylemek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Özellikle, müşterek faillikte izah edileceği üzere, *fiil üzerinde hakimiyet* kriterinin kabul edildiği bir sistemde yalnızca suçun kanuni unsurundaki hareketleri yapan değil ayrıca fiil üzerindeki katkısı itibariyle, o fiilin gerçekleşmesi için esaslı bir katkıda bulunan kişilerin de fail olarak sayıldığı ifade edilmelidir. Fiil üzerindeki hakimiyet, dar failliğin katılığını esnetmekle beraber, fail ile şerik arasındaki ayırımın tespitini güçlendirecek bir anlam ihtiva etmektedir.

Sağlanan katkıların karşılıklı olarak birbirine isnat edilebilmeleri nedeniyle zorunlu bir nedensel katkı sağlanmasa da objektif bir katkı sağlanması da müşterek faillik kapsamında görülebilir<sup>455</sup>. Fiil egemenliği görüşü açısından katkının mutlaka kurucu unsurları karşılması ya da kurucu unsurların üzerinde hakimiyet oluşturmaya gerek olmadığı ifade edilebilir<sup>456</sup>.

Sonuç olarak kanun koyucunun failliğin yorumlanmasına ilişkin olarak isabetli olarak dar faillik yorumunu benimsediğini ifade etmekle beraber 5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinin düzenlenişi ve yer verdiğimiz gerekçedeki ifadeler karşısında dar faillik yorumunun fail veya şerik arasındaki ayrımı tartışmaya yer vermeyecek bir biçimde belirlendiğini söylemek de kanaatimizce güçtür.

Suçta iştirak esasen bir suçu işlemek için genel olarak suç işlemeyen önce kimi zamanda suç işlenmesi anında yapılan ve suçun işlenmesini amaçlayan geçici bir anlaşmadır. Eğer kişiler birden fazla ve sayısı belirsiz suçları işlemek için bir anlaşma yapıyorsa bu takdirde diğer şartları da olmak şartıyla suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan bahsetmek gerekirdi<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> **Kühl-Heger**, s.223. Benzer şekilde Rengier de müşterek failliğin genellikle iş bölümü şeklinde gerçekleştiğini, bu nedenle her bir katılanın katkısının diğerlerinin faaliyetinin parçası olarak anlaşıldığı ve karşılıklı olarak bu hareketlerin birbirine isnat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Rengier, Rudolf**, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 44, kn. 3.

<sup>456</sup> **Kühl-Heger**, s.223.

<sup>457</sup> Eski tarihli bir eserde suç ortaklığının muhtelif şekilleri sayılırken, cürüm işlemek için cemiyet teşkili, gizli ittifak, silahlı cemiyet ve çete teşkili şeklindeki birleşmeler haricinde iştirak cinayet ve cünha nevinden olan muayyen bir suçu işlemek maksad ile önceden vuku bulan muvakkat anlaşmalar ve failler

İştirak hükümleri cezai sorumluluğu genişleten ve tamamlayan hükümlerdir. Bu durum kanunilik ilkesinin bir gereğidir. TCK'nın 2 nci maddesinde suç ve cezada açıkça kanunilik ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir. Bu itibarla Kanun'da suç olarak düzenlenmeyen bir hareket ahlaken ne kadar kötü sayılırsa sayılsın, kişiyi bu hareketinden dolayı cezalandırma imkanı yoktur.

Meseleyi bir örnekle izah edecek olursak, (A) ve (B), (C)'nin evini soymaya karar verirler. (A) kapıda bekler, (B) ise (C)'nin evine girer ve ona ait değerli malları alır. Sadece bir kimsenin kapısında beklemek hırsızlık suçunun tipikliğine uymamaktadır. Eğer iştirak kuralları Kanun'da yer almasaydı Kanun'a göre sadece (B) *“Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimse”* (TCK m.141) olarak cezalandırılabilirdi.

Faillik kavramını geniş faillik şeklinde kabul ettiğimiz takdirde iştirak hükümlerinin ceza sorumluluğunu daralttığını, zira bu takdirde suça illi şekilde katkıda bulunan herkesin fail olduğunun kabul edilmesi yerine fail-şerik ayırımına gidilmesi durumunun gerçekleştiği ifade edilebilirse de mevcut düzenlememiz açısından geçerli olan ikilik sistemi ve sonucu olarak dar faillik açısından iştirak hükümleri cezai sorumluluğu genişleten ve tamamlayan bir mahiyet arz etmektedir.

Yukarıda da arz edildiği üzere iştirakin hukuki niteliği konusunda suç birliği görüşünü kabul etmek gerekmektedir. Aksi halde, suça iştirak değil bir iştirak suçundan bahsetmek gerekir ki bu durumun da pratik ya da teorik bakımdan herhangi bir yararı olmayacaktır. İştirak normatif olarak tek bir kişi tarafından ve kasten işlenebilen *bir suçun* birden fazla kişi tarafından işlenmesidir. Dolayısıyla gerek failler, gerekse şerikler o tek bir fiilin gerçekleşmesi için katkıda bulunmaktadırlar. Bu kişiler için her bir fiilin tek başına suç teşkil ettiğini söylemek kanaatimizce tipiklik ile de bağdaşmaz. Zira verdiğimiz örnekte olduğu gibi, kapıda bekleyen (A)'nın hareketi esasen soyut olarak suç teşkil etmediği gibi ahlaka aykırı bir fiilde dahi bulunmamaktadır. Ancak onun hareketi (B) ile birleştiği takdirde fiili suç açısından nedenseldir. Ya da hasmı

---

arasında önceden bir anlaşma bulunmaksızın ani tesirle işlenen suçlar şeklinde bir ayırmadan bahsedilmektedir. **Magnol**, s.395.vd.

(A)'nın kollarından tutan (C), arkadaşı (B)'den (A)'yı bıçaklamasını istemektedir. Esasen bir insanın kollarını tek başına tutmak sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK m. 109) veya kasten yaralama suçunu (TCK m.86) oluşturabilir. Fakat somut olayda bu hareket kasten öldürme için ciddi bir etkiye sahiptir.

Bilindiği üzere iştirak genel olarak cezayı artıran bir neden olarak 5237 sayılı Kanun açısından da esas alınmamaktadır. Pek tabii ki kanun koyucu suç siyaseti gereği bir takım düzenlemeleri yapmakta serbesttir. Suç siyaseti *Dönmezer*'in ifade ettiği üzere *suça karşı direnç ve mücadele hedefleri belirlemek, araçları tespit etmek ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları sanatıdır*<sup>458</sup>. Bu anlamda konu elbette kanun koyucunun takdirindedir ancak bu hususta doyurucu bir gerekçe mevcut olmalıdır<sup>459</sup>.

Aslında meseleyi suç politikası şeklinde izah etmek de ilgili maddeler kapsamında yeterli olmamaktadır. Örneğin *cinsel saldırı* (TCK m.102) açısından *suçun birden fazla kişi* (TCK m.102/3-d) tarafından birlikte işlenmesi cezayı artıran bir neden iken aynı değeri ihlal eden *cinsel taciz* (TCK m.105) suçunda bu durum ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemektedir. Yine hürriyete karşı suçlardan olan tehdit suçu (TCK m.106) açısından suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir hal iken şartlı tehdit olarak da adlandırabileceğimiz ve kimi zaman tehditten sonuçları itibarıyla daha ağır bir suç olan şantaj suçu (TCK m.107) açısından böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi kanaatimizce çelişkilidir.

5237 sayılı TCK'nın 61/10 uncu maddesine göre "*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*" Dolayısıyla hakim kendiliğinden herhangi bir suçun (*sadece birlikte işlendiğinden bahisle*) cezasını artıramaz. Ancak acaba bu durum cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde esas alınabilir mi? Örneğin bir kimsenin tek bir kişi tarafından yaralanmasıyla birden çok kimsenin müşterek fail olarak bu kimseyi yaralaması aynı şekilde mi cezalandırılmalıdır? Esasında bu husus, iştirak halinde suç işlemenin cezanın

<sup>458</sup> **Dönmezer, Sulhi**, "*Suç Siyaseti*", İÜHFİM C:52, S:1-4, s.7.,

<http://journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003778%20s.%207>, (Erişim Tarihi: 25.11.2016).

<sup>459</sup> Dönmezer bu hususta suç ve suçluluğun bazı dönemlerde yoğunlaşması bunlar için alınan tedbirlerin her zaman bir siyasete dayandığını göstermez, demektedir. **Dönmezer**, Suç Siyaseti, s.17-18.

belirlenmesi açısından *suçun işlenme biçimi* kapsamında (TCK m.61/1-a) görülüp görülmeyeceği ile ilgilidir.

Kanunda cezanın belirlenmesi (TCK m.61/5) “*Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler ile, takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu anlamda bir görüşe göre eğer bir suç müşterek failer tarafından işlenmiş ancak bu duruma ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoksa hakim bu durumu cezanın bireyselleştirilmesinde (TCK m.61/1-a) suçun işleniş biçimi olarak dikkate alabilecektir<sup>460</sup>.

Doktrinde suçun iştirak halinde işlenmesi unsur veya nitelikli hal ise cezanın belirlenmesinde dikkate alınmamasını, eğer değilse bu durumun failerin *kriminal enerjisi* ve *kasta dayanan kusurun ağırlığı* kapsamında cezanın belirlenmesi kapsamında dikkate alınabileceği ifade edilmektedir<sup>461</sup>. Ancak bu görüş açısından sadece birden fazla kişi ile birlikte işlenme her zaman cezanın artmasına gerekçe olmamalı, somut olayda hakim bu durumun işlenen suça etkisini tespit etmelidir<sup>462</sup>.

Kanaatimizce çifte değerlendirme yasağı *maddi unsur veya nitelikli unsurlar* açısından söz konusudur. Bununla birlikte kanun koyucunun suçun birden fazla faille birlikte işlenmesini yalnızca belli suçlar açısından ele alması, diğer suçlar açısından genel bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörmemesi yorum açısından bu durumun 61 inci madde kapsamında ele alınmaması gerektiği fikrine bizi yaklaştırmaktadır. Aksi bir yorumun 61 inci maddenin kapsamını aşırı şekilde genişleteceği ve kanun koyucunun takdirine müdahale anlamına geleceği kanaatindeyiz.

## **VII. MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN FAİLLİK**

### **1.Genel Bilgi**

---

<sup>460</sup> Koca-Üzülmez, s.664.

<sup>461</sup> Yerdelen Erdal , Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Ankara 2013, s.273, 274.

<sup>462</sup> Yerdelen, s.275.

Mukayeseli hukukta suçta iştirak eden kişilerin sınıflandırılmasında çok çeşitli sistemler kabul edilmiştir. İstisnalar mevcut olmakla birlikte çoğunlukla iştirak türleri ceza kanunlarının genel düzenlemelerinde yer almaktadır. İştirak kavramına açıkça yer verilip verilmemesi, suçta iştirak eden kişilerin sorumluluklarında farklılık olup olmaması veya asli ya da ikincil katkılar arasında verilecek açısından indirim öngörülüp öngörülmediğine göre düzenlemeler farklılık arz etmektedir.

Çalışmamız kapsamında dikkate aldığımız husus diğer farklılıklar bir yana bırakılırsa mukayeseli hukuk açısından suçta iştirak edenler bakımından farklılık öngörülüp öngörülmediği ya da öngörülmüş ise bu durumun ulusal mevzuatlara ne şekilde aktarıldığıdır. Genel olarak hukuk sistemlerinde faillik ve şeriklik açısından ikili sistemi kabul edilmiş ve bu iştirak türleri açısından farklı sorumluluk türleri benimsenmişse de istisnalar da mevcuttur. Çalışmamızın bu kısmında bu konuya ilişkin çeşitli sistemlere genel hatlarıyla temas etmek istemekteyiz. Türk Ceza Kanunu açısından oldukça önemli bir etkiye sahip olan Alman ceza hukukuna çalışmamız kapsamında ilgili kısımlarda ayrıca yer verildiğinden bu kısımda bağımsız olarak Alman hukukuna yer verilmemiştir. Bununla birlikte Alman ceza hukukunun İspanya, Latin Amerika, Japonya, Güney Kore, Tayvan ve Yunanistan, Polonya ve Türkiye açısından etkili olduğunun belirtildiğini ifade etmek gerekmektedir<sup>463</sup>.

## **2.Eşit Faillik Sisteminin Geçerli Olduğu Ülkeler**

Sınırlı sayıda da olsa çeşitli ülke düzenlemelerinde suçta iştirak eden herkesin fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bazı ülke hukuklarında ise farklılık olmakla beraber bu farklılık iştirakçilerin cezalandırılmaları açısından bir etki meydana getirmemektedir. Aşağıda bu ülkelere temas edeceğiz.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 12.maddesi failliği düzenlemektedir. İştirake ilişkin hareketleri düzenleyen maddeye göre sadece doğrudan faillik suretiyle değil başkasını azmettirmek veya başkalarının katkı sağlamak suretiyle de faillik

---

<sup>463</sup> **Dubber, Markus**, Comparative Criminal Law, Chapper 40, s.1321.

[http://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/users/mdubber/Comparative%20Criminal%20Law%20\(OUP%20Handbook\).pdf](http://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/mdubber/Comparative%20Criminal%20Law%20(OUP%20Handbook).pdf) (Erişim Tarihi:13.03.2017) s.1298.



mümkündür<sup>464</sup>. Esasen ceza kanunu ya da yan ceza kanunlarında genel olarak suçların belirli bir kişi tarafından işlenebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen suçların sıklıkla birden fazla kişi tarafından birlikte işlendiği ifade edilmektedir<sup>465</sup>. Bahse konu düzenleme iştirakin herhangi bir türü için zorunlu bir indirim öngörmemektedir. Bununla birlikte takdiri indirim mümkün görülmektedir. Doğrudan fail, kanuni tanımda belirtilen fiile karşılık gelen hareketi gerçekleştiren kişidir. Birden fazla kişinin bilinçli ve istekli bir işbirliği içerisinde icrai hareketleri gerçekleştirmesinin doğrudan ya da müşterek faillik yolu ile gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir<sup>466</sup>.

Doğrudan faillik hali de Avusturya hukuku açısından hukukumuzla benzer şekilde suçu teknik bir yardım yani aletle, hayvanla veya *vis absoluta* (karşı konulamaz mutlak bir kuvvet) ile mümkün görülmektedir<sup>467</sup>. Avusturya Ceza Kanunu'nun eşit faillik, ya da eşitlik sistemini kabul ettiği söylenebilir ise de<sup>468</sup> düzenlemenin eşitlik sistemini ne kadar karşıladığı konusunda tartışma olduğu ifade edilmektedir<sup>469</sup>. Doktrinde ortak karara dayalı olarak birden fazla kişinin suç işlemesi halinde müşterek faillikten, bu kastın eksik olması halinde ise yan yana faillikten de bahsedilmektedir<sup>470</sup>. Bir kişinin fail olabilmesi için bütün fiili tek başına gerçekleştirmek zorunda olmamasından hareketle rol paylaşımının söz konusu olduğu ifade edilmelidir<sup>471</sup>.

Avusturya ceza hukuku açısından birden çok kişinin suça iştiraki halinde de önceden bir sözleşme aranmamaktadır<sup>472</sup>. 1975 tarihli Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesine göre birden fazla kişinin iştirak ettiği bir suç açısından suça iştirak eden herkes kendi kusuruna göre cezalandırılacaktır<sup>473</sup>. Hiç kimsenin kendisine yabancı bir kusurlu durum nedeniyle sorumlu tutulamayacağı gibi aynı biçimde bir başkasının

---

<sup>464</sup> **Fabrizy**, §§ 12 kn. 14.

<sup>465</sup> **Foregger, Egmont- Serini, Eugen – Kodek, Gerhard**, Strafgesetzbuch Kurz Kommentar, 4.Auflage, Wien 1988, s.58.

<sup>466</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.59.

<sup>467</sup> **Fabrizy**, § 12 kn 19.

<sup>468</sup> Bkz.**Krey-Esser**, § 24, kn.781.

<sup>469</sup> **Fabrizy**, § 12 kn 4.

<sup>470</sup> **Fabrizy, Ernst Eugen**, § 12 kn 24. Ayrıca bu durumda yan yana failliğin yanında çok faillilik şeklinde de bir ifade kullanılmaktadır (*Mehrtäterschaft*) bkz. **Foregger-Serini-Kodek**, s.60.

<sup>471</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.59.

<sup>472</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.59.

<sup>473</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.64.

kusursuz olması da onun suçuna iştirak eden kimsenin bu durumdan yararlanmasına neden olmaz<sup>474</sup>.

Kanun'un 14 üncü maddesi ise ilginç bir düzenleme içermektedir. Buna göre kanun cezalandırmayı veya cezanın miktarını failin koşulları ya da özelliğine bağlı kıldığından bu özellikler faillerden birinde bulunsa dahi düzenleme bütün failer hakkında uygulanmaktadır<sup>475</sup>. Suçun haksızlığının kanunun aradığı özellik ya da şartları kendisinde bulunduran kişi tarafından doğrudan işleme ya da belirli bir biçimde iştiraki aranmakta ise bu şartın gerçekleşmesini özellikle aramaktadır. Son olarak maddenin ikinci fıkrası, 13 üncü madde ile paralel şekilde eğer özellik ya da şartlar kusura ilişkin ise bu takdirde bahse konu hükmün sadece bu özelliği kendinde taşıyan kişi hakkında geçerli olacağını ifade etmektedir<sup>476</sup>.

İtalyan hukuku açısından 1889 tarihli *Zanardelli Kanunu*'nda asli ve tali iştirak söz konusu olmasına rağmen 1930 tarihli *Rocco Kanunu* olarak ifade edilen İtalyan Ceza Kanunu'nda bundan vazgeçilmiş ve farklı iştirak türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bunun yerine Kanun'un suça iştirak edenleri kural olarak aynı şekilde sorumlu olduğunu benimseyerek eşitlik prensibini kabul ettiğini görmekteyiz (Art.110)<sup>477</sup>. Bu anlamda kanunun cezai sorumluluğu bütün iştirakçilere kadar genişlettiği belirtilmektedir<sup>478</sup>. Bahse konu düzenleme yardım edenler ya da ikincil katkı sağlayan iştirakçiler açısından genel zorunlu ya da takdiri bir indirim öngörmemektedir. Kanun özel hükümlerde atipik davranışlar olarak adlandırılan ve tek başına işlenmesi cezalandırılmayan bazı hallerin tipik davranışmışçasına cezalandırılmasına izin vermektedir<sup>479</sup>. Bunun yanında Kanun'un suç için anlaşma veya azmettirmeyi suçun işlenmemesi halinde kural olarak cezalandırmadığı ancak bunun istisnalarının da mevcut olduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>480</sup>. Sistem her ne kadar eşit faillik olarak anlaşılabilirse de bahse konun Kanun'un suça iştirakte özel nedenler öngörüldüğünü ve

---

<sup>474</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.64.

<sup>475</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.65.

<sup>476</sup> **Foregger-Serini-Kodek**, s.65.

<sup>477</sup> **Jarvers, Konstanze**, Tatbeteiligung in Italien, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010, s.109.

<sup>478</sup> **Aksenova, Marina**, Complicity in International Criminal Law, Florence 2014, s.153.

<sup>479</sup> **Jarvers**, s.109.

<sup>480</sup> **Aksenova**, s.155.

bu durumun cezanın belirlenmesine ilişkin kriterlerle ele alındığında eşitlik sisteminden cezanın faile göre belirlenmesi sistemini işaret ettiği de ifade edilmektedir<sup>481</sup>.

15 Nisan 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu'nun teşebbüs ve iştirak başlıklı 4 üncü Kısmınının 23 üncü maddesi konuya ilişkin düzenleme mevcuttur. Danimarka Ceza Kanunu'nun da iştirakin faillik veya yardım etme şeklinde ikiye ayrılmadığı bunun yerine eşit faillik düşüncesinin tercih edildiğini görmekteyiz<sup>482</sup>. Önceleri Danimarka hukukunun farklı iştirak sistemlerini kabul ettiği ancak daha sonra bu sistemi terk edildiği belirtilmektedir<sup>483</sup>. 23 üncü maddenin ilk fıkrasında suça tavsiye, fiili katkı veya azmettirme suretiyle katılan herkesin cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Daha az önemde katkı sağlayan, alınan bir kararı teşvik eden, kuvvetlendiren kişinin cezası ve ayrıca suçun tamamlanmaması veya kasıtlı bir katkının başarısız olması halinde verilecek ceza indirilebilmektedir . Son olarak kişinin yükümlü olmadığı özel bir yükümlülük davranışı ihlali suçuna iştirak etmesi halinde de verilecek ceza indirilebilmektedir (m. 23/2). 24 üncü maddede ise kanunda belirtilmeyen bir iştirak türünün cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir<sup>484</sup>. Dikkat edilirse tek tip faillik kabul edilmesine karşın nihai olarak suça ikincil derecede katılanların cezası indirilerek sonuç olarak yine de katkıların eşitliği kabul edilmemiştir.

### 3.Eşit Faillik Sisteminin Geçerli Olmadığı Ülkeler

1994 tarihli Fransız ceza hukukunda iştirak konusunda fail (*auteur*) ve şerik (*complice*) ayırımı mevcut olup<sup>485</sup> Fransız Ceza Kanunu'nun 121-4.maddesinde fail suçun unsurlarını gerçekleştiren, cürme teşebbüs eden yahut kanunda belirtilen hallerde cünha fiilini işleyen kişidir. Fransız ceza hukukunun farklı faillik ve şeriklik türlerine yer verdiği ifade edilmektedir<sup>486</sup>. Buna göre failliğin, tek başına ve birlikte faillik

---

<sup>481</sup> **Evik**, Suça İştirakte Yardım Edenin Cezai Sorumluluğu, s.49.

<sup>482</sup> **Cornils, Karin – Greve, Vagn** , Das dänische Strafgesetz Straffeloven, vom 15.April 1930, nach dem Stand vom 1.Mai 2009, 3.Auflage, Deutsche Übersetzung und Einführung von Cornils, Karin – Greve, Vagn, 2009, s.20.

<sup>483</sup> **Cornils– Greve**, s.20.

<sup>484</sup> **Cornils– Greve**, s.50.

<sup>485</sup> **Pfützner, Peggy**, Tatbeteiligung in Frankreich , Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010, s.77.

<sup>486</sup> **Pfützner**, s.79.

şeklinde ikiye ayrıldığı ifade edilebilir<sup>487</sup>. Müşterek faillik ile tek başına faillik arasındaki fark temelinde, müşterek failin suçun bütün objektif ve sübjektif özelliklerini karşılaması gerektiğidir<sup>488</sup>. Bu faillik türlerinin yanında içtihatlar ile zarara doğrudan olmayıp da sadece dolaylı bir şekilde neden olan kişilerin de fail olarak cezalandırılmasına imkan tanıyan bir düzenleme de kabul edilmektedir<sup>489</sup>. Şeriklerin cezai sorumluluklarının objektif olarak cezalandırılabilir bir fiilin varlığı varsayımından ortaya çıktığını ifade eden bir görüşe göre Fransız yazarlar tarafından bu durum ödünç alınan sorumluluk olarak tanımlanmakta ve şerikin sorumluluğunun asli failin varlığından kaynaklandığı fikrinden hareket edildiği belirtilmektedir<sup>490</sup>.

Kanun'un 121-7 nci maddesinde ise suç ortağı bir suç ya da kabahatin işlenmesine bilerek yardım edeni azmettiren, işlenmesi ya da hazırlanmasını kolaylaştıran kişiler ve hediye, vaat, yetki veya makamın kötüye kullanılması vasıtasıyla suç işlenmesini kışkırtan ya da suç konusunda talimat veren kişiler olarak tanımlanmış ve 121-6 ncı maddede ise bu kişilerin fail olarak cezalandırılacağı ifade edilmiştir<sup>491</sup>. Bu anlamda faillik ile şeriklik ayrımı olmakla birlikte cezalandırma açısından kural olarak farklılığın mevcut olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte şerikin cezasının indirileceği anlaşılmaktadır. Son olarak Fransız ceza sisteminin yargı kararlarıyla dolaylı failliği de tanıdığını da ifade etmek gerekir<sup>492</sup>. Fransız hukuku açısından kişinin yaşının küçük olması ya da akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmadığı durumlarda da iştirakin mevcut olduğu ancak kişinin davranışının hukuka uygun olması ihtimalinde iştirakin mevcut olmadığı ifade edilmektedir<sup>493</sup>.

28 Eylül 2004 tarihli Slovenya Ceza Kanunu, iştiraki genel hükümler bölümünün suça iştirak başlıklı 3 üncü bölümünde geniş bir şekilde düzenlemiştir. 25 inci maddede suç ortaklığı bölümü içerisinde iki veya daha fazla kişinin birlikte iş birliği içerisinde belirleyici bir rol oynayarak suç işleme halinde her birinin kanunun

---

<sup>487</sup> Pfütznner, s.79.

<sup>488</sup> Pfütznner, s.79.

<sup>489</sup> Pfütznner, s.80, 81.

<sup>490</sup> Aksenova, s.143.

<sup>491</sup> French Penal Code,

[http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France\\_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf](http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf) (Erişim Tarihi:24.02.2017).

<sup>492</sup> Pfütznner, s.81.

<sup>493</sup> Aksenova, s.145.

öngördüğü sınırlar dahilinde cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Ayrıca bu Kanun'da 26 ncı maddede azmettirmeye, 27 nci maddede suç destekleme anlamında yardıma ilişkin çeşitli hareketlere yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda bahse konu Kanun farklı iştirak türlerine yer vermekte ise de prensip olarak azmettiren ya da şerikin, suçun faili gibi cezalandırılacağını düzenlemektedir. Slovenya Ceza Kanunu açısından önemli bir farklılık da Kanun'un bir kimseyi suça azmettiren kişinin bahse konu suçun 3 yıl ya da daha fazla hapis cezası öngörmesi halinde suç, teşebbüs halinde kalmasa dahi cezalandırılır (Art. 26/2) <sup>494</sup>.

1921 tarihli Arjantin Ceza Kanunu'nun <sup>495</sup> iştirake ilişkin düzenlemesi Kanun'un 7 nci kısmında cezalandırılabilir iştirak konusu altında 45–48 inci maddeler arasında yer almaktadır. 45 inci maddede fiilin işlenişine katılan veya suçun işlenmesi için veya eksikliği halinde fiilin gerçekleşmeyeceği bir destek veya yardımda bulunan kişinin suçun cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmektedir<sup>496</sup>. 46.maddede ise suçun işlenmesine iştirak eden veya işlenmesinin ardından yardım veya destekte bulunan kişilere verilecek cezanın faile verilecek cezaya nazaran indirileceği belirtilmektedir<sup>497</sup>. Böylece Arjantin hukuku açısından suça iştirak edenler, suçu icra edenler, katkısı olmaksızın suçun işlenmeyeceği suç ortakları ve suçun icrasına iştirak eden diğer kişiler olarak belirlenebilir<sup>498</sup>. Bahse konu hukuk sistemi açısından şerikler açısından zorunlu indirim yardım olmaksızın suçun işlenmesi mümkün olmayan katkılar için söz konusu olmadığı bu anlamda 765 sayılı Kanun sisteminde geçerli olan zorunlu fer'i faillik benzeri bir düzenlemeye yer verildiği ifade edilebilir. Diğer katkılara verilecek ceza bakımından zorunlu bir indirim öngörülmektedir.

1997 tarihli Çin Ceza Kanunu'nda iştirak hükümleri 25-29.maddeler arasında düzenlenmektedir. Kanun'un 25/1.maddesine göre ikiden veya daha fazla kişinin ortaklaşa ve kasti bir suça iştirak etmesi halinde iştirak halinde (*gemeinschaftliche*

---

<sup>494</sup> Penal Code Of The Republic Of Slovenia As Of 28 September 2004,

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/34287694.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2017).

<sup>495</sup> **Eugenio , Raúl Zaffaroni** , Das Strafgesetzbuch der argentinischen Nation Código Penal de la Nación Argentina, Gesetz Nr. 11179 vom 29. Oktober 1921 , nach dem Stand vom 1.Januar 2008, 2.Auflage, (Deutsche Übersetzung von Dirk Styma Einführung von Eugenio Raúl Zaffaroni , 2009 Freiburg i.Br. s.75 vd.

<sup>496</sup> **Eugenio**, s.76.

<sup>497</sup> **Eugenio**, s.76.

<sup>498</sup> **Aksenova**, s.298.

*Tatbegehung*) suçun mevcut olduğu ifade edilmektedir. Maddenin 2.fıkrasında ise ikiden fazla kişinin birlikte taksirli bir suç işlemesi halinde iştirakin olmadığı, bu durumda her bir kişinin ayrı ayrı kendi fiilinden sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>499</sup>. İştirak hükümlerinin bazen özel hükümler içerisinde de yer aldığı ifade edilmektedir<sup>500</sup>.

Asli fail (*Haupttäter*) kanununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup buna göre fail suç topluluğu aracılığıyla kriminal aktiviteleri organize eden veya yönlendiren veya topluca işlenen bir suçu açısından asli rol oynayan kişidir<sup>501</sup>. Maddenin üçüncü fıkrasında bir suç topluluğunun, organizasyon veya yönetiminde elebaşı olan kişinin suç topluluğu tarafından işlenen bütün suçlar nedeniyle cezalandırılacağı ifade edilmektedir<sup>502</sup>.

26 ncı maddenin ikinci fıkrasında suç örgütünün tanımı üç kişiden fazla kişi tarafından oluşan nispeten daha sıkı olan suç topluluğuna suç örgütü, topluluğu denilmektedir<sup>503</sup>. Bu maddede de düzenlenen durumun iştirak olmadığı ancak bu durumdaki şahısların müşterek faillere benzer şekilde bir sorumluluk modeli sağladığı ve ayrıca bu durumda elebaşı olan şahsın işlenen bütün suçlardan sorumlu olacağı belirtilmektedir<sup>504</sup>. 27 nci maddenin ilk fıkrasında suçun işlenmesinde ikincil veya destekleyici rol oynayan kişilerin suç ortağı olduğu ifade edilerek<sup>505</sup> şerikliğe işaret edilmektedir. Maddeye göre şeriklerin cezası indirilebileceği gibi şerike ceza verilmeyebilemektedir. 29 uncu maddede ise bir kimseyi suç işlemeye azmettiren kişinin cezasının ortaklaşa icra edilen suç açısından oynadığı role göre belirleneceği ifade edilmiştir<sup>506</sup>.

21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanun'unda iştirak, genel hükümler başlıklı birinci kitabın, cürümler ve kabahatler başlıklı birinci kısmının, cezai

---

<sup>499</sup> **Zhao, Yang- Richter, Thomas**, Tatbeteiligung in China, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010, s.4.

<sup>500</sup> **Zhao- Richter**, s.5.

<sup>501</sup> **Zhao- Richter**, s.7.

<sup>502</sup> **Zhao- Richter**, s.7.

<sup>503</sup> **Zhao- Richter**, s.8.

<sup>504</sup> **Aksenova**, s.162.

<sup>505</sup> **Zhao- Richter**, s.8.

<sup>506</sup> **Zhao- Richter**, s.10.

sorumluluk adlı ikinci alt başlığı altında düzenlenmektedir. Buna göre iştirak başlıklı 24 üncü maddenin altında bir başkasını kasten bir cürüm veya kabahati işlemeye azmettirerek suçun işlenmesini sağlayan kişiye suçu işleyen kişi gibi ceza verilir düzenlemesi yer almaktadır. Bir kişiyi suç işlemeye azmettiren kimse suça teşebbüs etmiş gibi cezalandırılır denilmektedir. 25 inci maddede ise bir kimsenin kabahat ya da suç işlemesine kasten yardım eden kimseye azaltılarak ceza verileceği ifade edilmektedir<sup>507</sup>. Görüldüğü üzere bahse konu Kanun, faillik veya şeriklik türleri açısından detaylı düzenlemeler öngörmemektedir.

Konumuz açısından önemli olan bir husus ise özgü suçlara iştirake ilişkindir ki İsviçre Ceza Kanunu bu durumda suça yardım eden ve bu sığata sahip olmayan kişilerin cezalarının azaltılarak verilmesini öngörmektedir (Art.26) bununla birlikte müşterek failler açısından durum tartışmalıdır<sup>508</sup>. Görüldüğü üzere İsviçre Ceza Kanunu'nda faillik ile ilgili ayırımlara yer verilmemiş sadece suça şerik sıfatıyla katılan kişiler izah edilmiştir<sup>509</sup>. İsviçre hukuku açısından sınırlayıcı bir faillik kavramı kabul edilmektedir ve bu anlamda fail suç metinlerinde çoğunlukla “suçu işleyen herhangi bir kimse” şeklinde ifade edilmiştir<sup>510</sup>.

İsviçre hukukunda doktrin ve yargı görüşü açısından iştirak asli sorumluluk ve ikincil sorumluluk şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İsviçre’de sözde bir dar faillik yorumunun mevcut olduğu ve bunun kasti suçlara uygulandığı ifade edilmiştir<sup>511</sup>. 19 ncu ve 20 nci yüzyılda farklı iştirak türleri açısından tartışmalar yaşanmışsa da 1937 sayılı Kanun’a sadece kısmi bir uygulamanın geçtiği ifade edilmiş, mevcut düzenleme açısından faillik, şeriklik şeklindeki türlerin söz konusu olduğu bu anlamda modelin farklılaştırma modeli olduğu ifade edilmiştir<sup>512</sup>. Müşterek faillik kavramından Ceza

---

<sup>507</sup> Aksenova, s.311.

<sup>508</sup> Zurkinden, Nadine, *Parties Crime in Switzerland, National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Ed. Sieber Ulrich, Jarvers, Konstanze, Silverman, Emily, Volume 4.1, 2015, s.223 vd.

<sup>509</sup> Swiss Criminal Code, [http://www.admin.ch/ch/e/rs/311\\_0/a165.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a165.html) (Erişim Tarihi: 21.10.2016).

<sup>510</sup> Zurkinden, s.208.

<sup>511</sup> Zurkinden, s.208.

<sup>512</sup> Zurkinden, s.209.

Kanun’unda bahsedilmemesine rağmen kavrama İsviçre Ceza Usul Kanunu’nda çeşitli maddelerde yer verildiği ifade edilmektedir<sup>513</sup>.

Japon hukuku açısından da ikili sistemin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre suça iştirak edenler asli iştirak edenler ve fer’i iştirak edenler (şerikler) şeklinde iki kısma ayrılmaktadır<sup>514</sup>. 1907 tarihli Japon Ceza Kanunu üzerinde en fazla 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu’nun etkili olduğunu ifade eden bir yazara göre bahse konu kanun 1871 tarihli yasayı birkaç istisna haricinde faillik ve şeriklik açısından esas almıştır<sup>515</sup>. Japon ceza hukuku açısından da üç adet iştirak türü bulunduğu ifade edilmektedir ki bunlar faillik, yardım etme veya azmettirmedir. Yardım etmenin zorunlu indirim sebebi olduğu belirtilmektedir<sup>516</sup>.

1907 tarihli Japon Ceza Kanunu’nun 60 inci maddesinde müşterek faillik (co-principals) başlığı altında ortaklaşa bir biçimde iki veya daha fazla kişinin suç işlemesi halinde bu kişilerin fail olduğu düzenlenmektedir. Azmettirmenin düzenlendiği 61 inci maddede bir kimseyi suç işlemeye azmettiren kişinin failin cezasıyla cezalandırılacağı, ikinci fıkrada ise azmettirmeye azmettiren kişinin de aynı biçimde cezalandırılacağı ifade edilmektedir. 62 nci maddenin ilk fıkrasında suçun işlenmesine yardım eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilirken ikinci fıkrada da yardım etmeye yardım eden ya da buna azmettiren kişinin de yardım edenin cezasına ilişkin ceza ile cezalandırılacağı ifade edilmektedir<sup>517</sup>. 64 üncü maddede suç işlemeye başkasını azmettiren veya buna yardım eden kişi bahse konu suçun kabahat ya da para cezası içeren bir fiil olması halinde başka türlü cezalandırılmamakta ise bu fiilden dolayı cezalandırılmayacaktır.<sup>518</sup>. İştirake ilişkin kişilerin şematik olarak özetle faillik ve şeriklik, şeklinde ikiye ayrıldığı,

---

<sup>513</sup> **Zurkinden**, s.214. Örneğin İsviçre Ceza Usul Kanun’unun birden fazla yargılamaya ilişkin 26 Art 1.fıkrasında değişik kantonlarda, yurtdışında işlenmesi halinde hangi Kanton’un yargılama yapacağına ilişkin düzenlemede müşterek faillik kavramına yer verilmektedir. Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (Stand am 1. Oktober 2016). [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=343021](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=343021) (Erişim Tarihi :16.12.2016).

<sup>514</sup> **Ito, Yoshisuke**, Parties to Crime in Japan, National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Ed. Sieber Ulrich, Jarvers, Konstanze, Silverman, Emily, Volume 4.1, 2015, s.152.

<sup>515</sup> **Shimada, Soichiro**, “*Ein neuer Aspekt der Täterlehre Erkenntnisse aus der japanische-deutschen Rechtsvergleichung*”, GA 2009, s.469.

<sup>516</sup> **Schimada**, s.469, 470.

<sup>517</sup> **Ito**, s.153 vd. Yardım eden kişinin cezasının 63 üncü maddeye göre indirileceği görülmektedir **Ito**, s.163.

<sup>518</sup> **Ito**, s.164.



faillerin müşterek fail ve tek başına fail, tek başına failin ise doğrudan ve dolaylı fail olarak açıklandığı görülmektedir<sup>519</sup>.

1982 tarihli Portekiz Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmının faillik başlıklı 26 ncı maddesine göre fiili bizzat işleyen (doğrudan fail) , aracı vasıtasıyla işleyen (dolaylı fail) , bir başkasıyla anlaşarak veya birlikte işleyen (müşterek fail), kasıtlı olarak bir kimseyi suçu işlemek üzere yönlendiren kişi fiilin icrası veya icranın başlangıcının varlığında fail olarak cezalandırılmaktadır<sup>520</sup>. 27 nci maddede şeriklik düzenlenmiş, bu durumda fail için belirlenen cezanın azaltılacağı ifade edilmiştir.

Bir görüşe göre fiili tek başına veya başkasının fiiline doğrudan iştirak şekilde işleyen kişiler maddi fail (*autor material*) olarak kabul edilmekte iken suçu başkası aracılığıyla işleyen, başkasının hareketini tayiin etme, belirlemek suretiyle işleyenler moral fail (*autor moral*) olarak kabul edilmektedir<sup>521</sup> . Bir kimsenin tavsiye, tehdit, şantaj veya cebir ile de araç olabileceğini ifade eden görüş açısından esasen fiilin işlenmesine neden olan her durumda suç açısından araç olunabilir. Bu durumda önemli olanın fiili işleyen kişinin hakimiyetinin kaybolmaması olduğu ifade edilmelidir<sup>522</sup>.

Hollanda ceza hukukunda iştirak, suç işlenmeden önce ya da suçun işlenmesi esnasında suça katılma olarak ifade edilmektedir. Fail, bir suçu tek başına -kişisel- ya da bir başkasıyla birlikte ya da masum (*suç işlemeyi düşünmeyen*) bir kişiye vaat, hediye verme, yetkinin kötüye kullanılması, şiddet, tehdit ve hile suretiyle bilerek isteyerek bir suç işletmeye kışkırtma, tahrik etme fiilleri gerçekleştirme olarak ifade edilmektedir. (sect 47)<sup>523</sup>. Bu anlamda bahse konu ülke hukuku açısından dolaylı failliğin söz konusu olduğu ifade edilmelidir.

---

<sup>519</sup> **Ito**, s.155.

<sup>520</sup> The Portuguese Penal Code General Part (Articles 1-130), Tradução Para Inglês Da Parte Geral Do Código Penal Português, **Énio ramalho William Themudo Gilman**, Outubro De 2006, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. (Erişim Tarihi: 24.02.2017).

<sup>521</sup> **João Manuel Fernandes**, Das portugiesische Strafgesetzbuch *Código Penal Português ( 1982), in der geänderten und wiederveröffentlichten Fassung des Gesetzes 59/2007 vom 4.September 2007 nach dem stand vom 8 September 2010*, (Deutsche Übersetzung und Einführung von **João Manuel Fernandes**, 2010 Freiburg i.Br, s.10.

<sup>522</sup> Das portugiesische Strafgesetzbuch, s.10.

<sup>523</sup> [http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht\\_ENG\\_PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf), s.47 (Erişim Tarihi: 25.02.2017).

Polonya Ceza Hukukunda üç farklı ve eşit önemde iştirak türü vardır ki bunlar faillik, azmettirme ve yardım etmedir<sup>524</sup>. Ceza Kanunu'nun 18.maddesinde failin sadece suçu tek başına veya birlikte işleyen kişileri değil bunların yanında bir başkasını yönlendirmek, yönetmek veya talimat vermek suretiyle veya bir kimsenin bağımlılığını istismar etmek suretiyle suç işleyenlerin de olduğu ifade edilmektedir<sup>525</sup>. Bahse konu tanımdan tek başına faillik, müşterek faillik, talimatlı faillik (*Auftragstätter*) şeklindeki faillik türlerinin çıkarılabileceği söylenebilir<sup>526</sup>. Polonya ceza hukuku açısından yardım edenlerin cezaları takdiren indirilebilir<sup>527</sup>.

Bosna Hersek Hukukunda iştirak konusu suç ortaklığı (m.29), azmettirme (m.30) ve yardım etme (m.31) şeklinde düzenlenmektedir. Bosna Hersek Federasyonu Ceza Kanunu açısından bir suçun işlenmesine birden çok kişinin suçu gerçekleştirerek veya suçun işlenmesine belirleyici bir katkı sağlayarak katılmaları halinde her birinin suçun faili olarak cezalandırılacağını ifade etmektedir. Kanun'da azmettirenin fail gibi cezalandırılacağı, suçun işlenişine bilerek yardım eden kişilerin suçu işlemiş gibi cezalandırılacağı ancak cezanın indirilebileceği ifade edilmektedir<sup>528</sup>. Bu durumda yardım eden için zorunlu bir indirim mevcut değildir. Bahse konu düzenlemede dikkat çeken hususlardan biri de azmettirmenin düzenlendiği 30/3.maddede kişileri fiili veya hukuki bir yanılığa sevk veya bu ilişkiyi devam ettirme şeklindeki fiillere yer verilmesidir.

Norveç Hukukunda teşebbüs özel bir başlık altında düzenlenmişken iştirak cezanın belirlenmesi ve artırılma ve eksiltme gerekçeleri altında yer almaktadır (5 inci başlık, 58 inci madde)<sup>529</sup>. Bu anlamda iştirak genel hükümler altında özel bir kurum olarak ele alınmamaktadır. Bahse konu düzenlemeye göre birden fazla kişi tarafından işlenen suçlar açısından işbirliği, bir başkasına bağlılıktan kaynaklanmakta ve işlenen

---

<sup>524</sup> **Weigend, Ewa**, Tatbeteiligung-Polen, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010, s.209.

<sup>525</sup> **Weigend**, s.209.

<sup>526</sup> **Weigend**, s.209.

<sup>527</sup> **Aksenova**, s.309.

<sup>528</sup> Criminal Code Of Bosnia And Herzegovina

[http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Criminal\\_Code\\_of\\_BH\\_eng.pdf](http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Criminal_Code_of_BH_eng.pdf)

(Erişim Tarihi: 19.02.2017).

<sup>529</sup> The General Civil Penal Code, Act of 22 May 1902 No.10.

<http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 25.11.2016).

suç açısından sağlanan katkı, diğer suçluların sağladığı katkıya nazaran daha az önemde ise ceza asgari sınırın altına indirilebileceği gibi sadece para cezası gerektiren haller ve kabahatler açısından ceza verilmeyebilir.

Hırvat Ceza Kanunu'nun 35 inci maddesinde fail ve suç ortakları başlığı altında iştirak konusu ele alınmaktadır. Buna göre fail, suçu kendi icrai veya ihmali hareketiyle ya da bir başkası aracılığıyla işleyen kimse olarak tanımlanmış ve böylece dolaylı faillğe yer verilmiştir. İkinci fıkrada müşterek faillik kısaca iki veya daha fazla kişinin ortak karara dayanarak suçu işlemesi olarak tanımlanmış, üçüncü ve dördüncü fıkrada ise şerikliğin türleri azmettirme ve yardım eden olarak izah edilerek tanımlanmıştır<sup>530</sup>. 36.maddenin 4.fikrasında suçun işlenişine gönüllü olarak katılan kişilerin cezalarının indirilebileceği ifade edilmektedir.

Rus Ceza Kanunu'na baktığımız zaman iştirak hükümlerinin, genel hükümler kısmının suç başlıklı birinci bölümünün, suça iştirak başlıklı 7 nci kısmında ve 32-36 ncı maddeler arasında geniş bir biçimde tanımlandığını görmekteyiz. 32 nci maddede iştirakin tanımı iki veya daha fazla kişinin kasten suça katılımı şeklinde yapılırken konumuz açısından önemli olan iştirakin türleri 33 üncü maddenin birinci fıkrasında birlikte işleyenler, organize edenler (*örgütleyenler*), azmettirenler ve yardım edenler şeklinde düzenlenmektedir<sup>531</sup>. İş birliği türleri, 35 inci maddede düzenlenmekte iken bunlara ek olarak 63/1 inci maddede cezanın artırılması nedenleri arasında suçun çok taraflı bir işbirliği (*bir grup kişi, organize grup veya suç topluluğu*) tarafından işlenmesi (*c fıkrası*) ve suçun işlenmesinde aktif rol oynanması düzenlenmektedir<sup>532</sup>.

Diğer iştirak biçimlerini bir yana bırakırsak 33 üncü maddenin 2 nci fıkrasında suçu doğrudan işleyen, diğer kişilerle birlikte işleyen, yaş, akıl hastalığı ya da kanundaki diğer düzenlemeler nedeniyle cezai sorumluluğu olmayan bir kişiyi

---

<sup>530</sup>Criminal Code: The Official Gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine" No. 110 of October 21, 1997 (entered into force on January 1, 1998), [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation\\_Criminal-Code.pdf](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation_Criminal-Code.pdf) (Erişim Tarihi:24.02.2017).

<sup>531</sup> **Friedrich- Christian Schroeder** , Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, nach dem Stand von 1.1.2007, 2.aktualisierte Auflage, (Deutsche Übersetzung und Einführung von **Friedrich- Christian Schroeder**, 2007 Freiburg i.Br., s.61.

<sup>532</sup> **Paramonova, Svetlana**, Parties to Crime in Russia, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Ed. Sieber Ulrich, Jarvers, Konstanze, Silverman, Emily, Volume 4.1, Berlin 2015, s.186,187.

kullanarak suç işleyen kimsenin fail olarak sayıldığını belirtmek gerekir. Bu anlamda failin doğrudan hareket eden ve ilk elden suç işleyen kişi; doğrudan ve ilk elden başka faillerle birlikte işlenen bir suça katılan ve son olarak da dolaylı olarak yaş, akıl sağlığı ya da başka nedenlerle cezai sorumluluğu olmayan kişileri kullanmak suretiyle suç işleyen kişi olduğu ifade edilmektedir<sup>533</sup>. Bu anlamda Kanun'un müstakil, müşterek ve dolaylı faillik ayrımını kabul ettiği ifade edilebilir.

Bu kanunda en önemli farklılık, suç ortaklığı biçimleri arasında organizatör ya da örgütçü olarak ifade edilen ve bir suçun işlenmesini organize eden veya rehberlik yapan kişinin de sayılmasıdır<sup>534</sup>. Organizatör olarak ifade edilen kişi, bir suçun işlenmesini organize eden veya işlenmesini sevk ve yöneten kişidir. Organizatör ayrıca organize olan bir grup veya suç örgütünü kuran veya buna kılavuzluk eden kişidir<sup>535</sup>. Kanun'un birden çok kişiyle işlenen suçlar açısından detaylı hükümleri dikkat çekmektedir. Örneğin 35 inci madde, 7 fıkradan oluşup bir grup kişiyle birlikte suç işlenmesi açısından oldukça ayrıntılı bir düzenleme içermektedir<sup>536</sup>. Genel hükümler yanında Kanun'da terörist bir işbirliği meydana getirme ve organize etme ( m.205/4) radikal bir örgüt kurma ve organize etme gibi suçlar (m.282/1) açısından özel hükümlerde de iştirake değinilmektedir<sup>537</sup>. Esasen suçun bütün katılım biçimlerini suç ortaklığı kapsamında gören Rus Ceza Kanunu'nun bu sisteminin *ortak katılım* olarak ifade edilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir<sup>538</sup>.

33 üncü maddede suça iştirak edenlerin sorumlulukları ayrıntılı bir biçimde ifade edilmekte iken maddenin ilk fıkrasında suçun icrasına katılan her bir kişinin katılma karakteri ve derecesine göre belirleneceği ifade edilmektedir. Bu anlamda önceden belirlenen bir indirim mevcut değildir.

Amerikan hukuku açısından meselenin müşterek hukuk kapsamında ele alınması gerekmektedir. Müşterek ceza hukukunun etkisi ile gelişen ceza hukukunun daha sonra yargı kararlarıyla geliştirildiği Amerikan ceza hukuku zamanla yasalaşma

---

<sup>533</sup> Aksenova, s.156.

<sup>534</sup> Friedrich- Christian Schroeder , s.61.

<sup>535</sup> Friedrich- Christian Schroeder , s.61.

<sup>536</sup> Friedrich- Christian Schroeder , s.62.

<sup>537</sup> Paramonova, s.188.

<sup>538</sup> Aksenova, s.156.

yoluna gitmiştir. Birçok eyaletin zamanla 1962 Modern Ceza Kanunu temeliyle geliştirilen yasaları benimsediği ifade edilmektedir<sup>539</sup>. Modern Ceza Kanunu'nun genel olarak doğrudan failliği ve dolaylı failliği kabul ettiği ifade edilmektedir<sup>540</sup>. Suça iştirak edenler arasında yardım etme, azmettirme gibi çeşitli farklılıklar olsa da bu farklılık verilecek cezaya etki etmeyecektir zira Amerikan Kanunu'nun 2.18 inci kısmı açısından suça her türlü iştirak faillik kapsamında değerlendirilmektedir<sup>541</sup>. Bugün itibariyle Modern Amerikan hukukunun iştirak anlayışının kıta hukukunun anlayışını Modern Ceza Kanunu'na nazaran daha az yansıttığı ifade edilmektedir<sup>542</sup>. Amerikan Modern Ceza Kanunu'nun faillik ile suç ortaklığı arasındaki ayrımı muhafaza ederek iştirak hukukunu sadeleştirdiği ifade edilmiştir<sup>543</sup>. İngiliz hukuku açısından da ifade ettiğimiz *conspiracy* yani suç için anlaşmanın tamamlanmış bir cezai sorumluluk durumunu sağlayan durum Amerikan hukuku açısından da söz konusudur<sup>544</sup>. Komplonun Amerikan hukukunda hem yaygın hem de alışılmadık bir suç görünümü olduğu ifade edilmektedir, ortak olmasına neredeyse bütün yargı bölgelerinde kabul edilen bir suç tipi olması; alışılmadık ve nadir görülmesine ise failin suça teşebbüs etmesi halinde ya tamamlanmış bir suçtan ya da başka bir suç açısından yardım veya yataklık suçundan cezalandırılması gösterilmektedir<sup>545</sup>.

İngiliz ceza hukukunun, özellikle de genel hükümlerinin hala müşterek hukuk ve yargı kararlarına dayandığı ifade edilmektedir<sup>546</sup>. İngiliz hukukunda suça iştirakte cezai sorumluluğun fiile iştirak eden söz konusu kişinin asli fail (*principal offender*) ya da ikinci derecede fer'i ya da tali katılan olup olmadığı (*accessory*) sorusu üzerine kurulduğu ifade edilmiştir<sup>547</sup>. Bununla birlikte doktrin ve içtihadın bu konuda ortak bir terminoloji kullanmadığı bunun da yanlış anlaşılma ve belirsizliğe neden olduğu ifade edilmektedir ki fail açısından *perpetrator*, *principal offender* veya sadece *principal*

---

<sup>539</sup> Bkz. **Aksenova**, s.150.

<sup>540</sup> **Aksenova**, s.150.

<sup>541</sup> **Aksenova**, s.152.

<sup>542</sup> **Dubber**, s.1321.

<sup>543</sup> **Dubber**, s.1321.

<sup>544</sup> **Aksenova**, s.312.

<sup>545</sup> **Marcus, Paul**, Joint Criminal Participation: Establishing Responsibility, Abandonment, 1986, s.484, 485, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/571/> (Erişim Tarihi: 13.03.2017).

<sup>546</sup> **Aksenova**, s.147.

<sup>547</sup> **Rehaag, Constantin**, Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition, 2009 Freiburg i. br.Max Planck 2009, s.275.

ifadelerinin kullanıldığı gibi şerik açısından da *accessory, secondary participant, secondary offenders* gibi kavramlar kullanılmamıştır<sup>548</sup>. Sistemin eğer birden fazla kişi suça iştirak ediyor ve her biri suçun önemli unsurlarını yerine getiriyor ve irade açısından ortak bir düşünceye sahipse müşterek failliğin de varlığını kabul ettiği ifade edilmelidir<sup>549</sup>.

İngiliz hukukunda, cürüm cünha şeklinde ifade edebileceğimiz ayrımın kaldırılmasına kadar birinci ve ikinci derecede fail şeklinde bir sınıflandırmanın mevcut olduğu belirtilmektedir<sup>550</sup>. 1861 tarihli Kanun'un (*Accessories and Abettors Act*) 8 inci maddesinde kim bir başkasını cezalandırılabilir bir fiili işleme konusunda müşterek hukuk kapsamında bir suç veya yürürlükte olan ya da yürürlüğe girecek olan bir suç-yardım (*aid*), teşvik veya kışkırtma (*abet*), tavsiye (*counsel*), yaptırmak, sebep olmak ile (*procure*) – ki bu ifadeden kanaatimizce teknik olarak azmettirme de anlaşılabilir-suçlanırsa fail olarak cezalandırılacağı görülmektedir<sup>551</sup>.

1980 tarihli “*Magistrates' Court Act*”in 44 üncü maddesinde de özet suçlar modelinde de bu hükmün mevcut olduğu ifade edilmektedir<sup>552</sup>. Şeriklik, fail ile aynı cezai sorumluluğa sahiptir<sup>553</sup>. Bu farklılığın pratik sonucunun önemsiz olduğu ifade edilse de<sup>554</sup> bu fikre karşı çıktığını da söylemek gerekmektedir<sup>555</sup>. Asli faillik ve yardım etme şeklindeki ayrımın 16 ncı yy'nın sonlarından bugüne kadar geçerli olduğu<sup>556</sup> sistem açısından müşterek faillik ya da dolaylı failliğin de mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>557</sup>. Anglo-Amerikan hukuk sisteminin bir sonucu olarak suç işleme

---

<sup>548</sup> **Forster, Susanne**, Tatbeteiligung in England und Wales, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich-Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, atbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010, s.52.

<sup>549</sup> **Aksenova**, s.147.

<sup>550</sup> **Forster**, s.52.

<sup>551</sup> **Rehaag**, s.275.

<sup>552</sup> **Rehaag**, s.275.

<sup>553</sup> **Aksenova**, s.148.

<sup>554</sup> **Forster**, s.53.

<sup>555</sup> **Rehaag**, s.275; **Forster**, s.53.

<sup>556</sup> **Rehaag**, s.276.

<sup>557</sup> **Forster**, s.57.

konusunda anlaşmanın cezalandırıldığı komplo olarak ifade edebileceğimiz *conspiracy* İngiliz hukukunda da mevcuttur<sup>558</sup>

İskoç hukukunda iştirakin genel olarak *common law* (müşterek hukuk) tarafından karakterize edildiği ifade edilmektedir. Bu anlamda suça iştirak eden her bir kişi suçun bütün unsurlarından (filin objektif unsurları) diğer bir iştirakçinin katılımdaki bireysel rolünden bağımsız olarak aynı şekilde sorumludur. Bu prensibe *art and part liability* denilmektedir. Bu ilke yasal veya temelli bir tanım olmayıp daha ziyade içtihat ile geliştirilmiştir<sup>559</sup>.

#### 4.Uluslararası Hukuk ve Çeşitli Metinler Açısından İştirak

Genel anlamda Avrupa Hukukunda cezalandırılabilir davranışın çerçevesinin belirlendiği bu anlamda da failin tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarını bizzat gerçekleştiren kişi olduğu ifade edilmektedir<sup>560</sup>. Ağırlıklı olarak suçların genel suçlar olduğu ifade edilse de rüşvet suçları ya da içeriden manipülasyon suçları gibi özgü suçların da varlığına dikkat çekilmektedir<sup>561</sup>.

Şeriklik açısından ise çeşitli Avrupa düzenlemelerinde şeriklik vasıtasıyla cezalandırılabilirlik alanının genişletildiği ifade edilmektedir<sup>562</sup>.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurucu Statüsü olan Roma Statüsününün 25 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının a bendinde “*Tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi halinde*” cezalandırılabilirliği belirtilmektedir<sup>563</sup>.

---

<sup>558</sup> **Aksenova**, s.301, 302.

<sup>559</sup> **Summers, Sarah**, Tatbeteiligung in Scotland, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, atbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010, s.234.

<sup>560</sup> **Sieber Ulrich-Satzger-Helmut- Heinegg, Bernd von Heintschel**, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2.Auflage 2014, İlgili kısım için bkz. **Killmann**, s.299.

<sup>561</sup> **Killmann**, s.299.

<sup>562</sup> **Killmann**, s.299.

<sup>563</sup> Statü metni için bkz. **Kurşun, Günel**, 101 Soruda Uluslar arası Ceza Mahkemesi, Ankara 2011, s.84,85. Belirtelim ki Türkiye Uluslar arası Ceza Mahkemesi'ni kuran Statü'yü onaylamamıştır.

<http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/101SorudaUcm.pdf>, (Erişim Tarihi:15.10.2016).

Statünün bireysel ceza sorumluluğunu tespit ederken yaptığı tanım gerek müstakil, müşterek ve dolaylı failliği birlikte kapsamı gerekse de cezai sorumluluğu dikkate almaması açısından dikkate değer bir düzenlemedir.

Avrupa Birliği, Birliğin Mali Çıkarlarının Korunması Kapsamındaki Anlaşma gereğince 21/3 üncü madde kapsamında, iştirak türleri düzenlenmiş ve bu düzenlemede de faillik, azmettirme ve yardım etme yer almıştır<sup>564</sup>.

---

<sup>564</sup> **Roxin**, AT, 25 kn. 6.



## § İKİNCİ BÖLÜM

### FAİL, DOLAYLI FAİLLİK, DOLAYLI FAİLLİĞİN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

#### I.FAİL

##### 1.Tanım ve Suç Teorisindeki Yeri

Fail sözlükte eden, yapan, işleyen, özne veya hukuki sonuç doğuracak bir suç işleyen kimse şeklinde tanımlanmıştır<sup>565</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ne faillik ne de fail kavramları 6 ncı maddedeki tanımlar kısmında düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte 37 nci maddede yer verilen “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” şeklindeki tanım failin suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi olduğunu ortaya koymaktadır ki <sup>566</sup> bu tanım 765 sayılı TCK döneminde de doktrinde benimsenmiştir<sup>567</sup>.

Ceza hukuku açısından fail, suçla tanımlanması mümkün bir kavramdır bu anlamda suç tipine göre hareket eden kişi fail olarak tanımlanabilir<sup>568</sup>. Bununla birlikte madde doğrudan bir fail tanım vermek yerine kimlerin fail olarak sorumlu tutulacağını belirterek dolaylı bir ifade kullanmaktadır. Benzer bir durum Alman Ceza Kanunu'nun 25 inci maddesinde de mevcuttur.

5237 sayılı TCK döneminde fail, genel itibariyle suçun unsuru, tipikliğin unsuru ya da tipikliğin maddi unsurları arasında sayılmıştır<sup>569</sup>. Doktrinde fail konusunun maddi unsurlar kapsamında veya hareket yeteneği içerisinde de incelendiğini görmek mümkündür<sup>570</sup>. Genel düşünce bu şekilde olmakla birlikte failin suç teorisindeki

---

<sup>565</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.561903eea329b8.56505363](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.561903eea329b8.56505363) (Erişim Tarihi: 10.10.2015).

<sup>566</sup> Bkz.**Koca-Üzülmez**, s.113.

<sup>567</sup> **Dönmezer-Erman**, 399. Başka bir yazar da faili maddi unsurlar içerisinde bağımsız olarak ele almamış, konuyu hareket yeteneği kapsamında incelemiştir. **Yüce**, s.202.

<sup>568</sup> **Lange**, s.158.

<sup>569</sup> **Koca-Üzülmez**, s.112; **Öztürk-Erdem**; s.126.

<sup>570</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.247 vd.

konumu açısından farklı fikirler de mevcuttur<sup>571</sup>. 765 sayılı Kanun'da failin unsurlar dışında sayıldığını da görmekteyiz<sup>572</sup>. Ancak hangi fikir kabul edilirse edilsin fail, suçun olmazsa olmaz unsurudur ve failsiz hiçbir suç düşünülemez.

5237 sayılı TCK'da suçun aktif süjesi olan fail “*kimse, kişi, her kim*” olarak ve tek bir kişi esas alınarak düzenlendiğinden suçların kural olarak herkes tarafından işlenebildiği doktrinde kabul edilmektedir. Bununla birlikte ileride de izah edileceği üzere bazı suçların temel şekli bazı suçların da nitelikli şekilleri yalnızca belli bir yükümlülük altında olan, belli bir statüyü haiz olan ya da mağdur ile aralarında belli bir ilişkisi olan kişiler tarafından işlenebilmektedir ki bu suçlara sırasıyla gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suç adları verilmektedir<sup>573</sup>. Doktrinde ağırlıklı olarak hareket yeteneğinin, yani belli bir irade ile davranabilme yeteneğinin, sadece insana ait olmasından hareketle failin sadece gerçek kişi olabileceği ifade edilmektedir<sup>574</sup>.

## 2. Tüzel Kişilerin Ceza Mesuliyeti

765 sayılı Kanun'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme yer almaması, tüzel kişinin fail sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmalara neden olmaktadır<sup>575</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 20 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ise konuya ilişkin “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

5237 sayılı TCK'nın ilgili düzenlemesi karşısından genel kanaat hareket yeteneklerinin olmaması ve kendilerini oluşturan gerçek kişilerin iradeleri haricinde bir iradelerinin olmaması sebebiyle tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı<sup>576</sup>, cezai

---

<sup>571</sup> Örneğin Zafer, faili “*suçun tanımına dahil olan ancak failin özellikleri dışında kalan yapısal unsurlar*” içerisinde ele almaktadır. Zafer, s.158.

<sup>572</sup> Dönmezer-Erman, s.398.

<sup>573</sup> Koca-Üzülmez, s.113; Öztürk-Erdem, s.167.

<sup>574</sup> Taner; s.293; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.302; Centel-Zafer-Çakmut, s.254; Hakeri; s.130; Koca-Üzülmez, s.112; Öztürk-Erdem, s.167; Zafer, s.158.

<sup>575</sup> Aslan, M.Yasin, *Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu Dergisi, Y.68, Sayı:2010/2,s.243. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-2/2010-2-aslan.pdf>. (Erişim Tarihi:24.02.2017).

<sup>576</sup> Konuya ilişkin çeşitli görüşler için bkz. Koca Üzülmez, s.112; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.293 vd; Centel-Zafer-Çakmut, s.249 vd.

sorumluluğun tüzel kişi adına suç teşkil eden fiili gerçekleştiren gerçek kişiye (organ, temsilci) yani faile ait olacağı şeklindedir<sup>577</sup>.

Hareket kabiliyeti ve kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız maddi bünyeleri olmayan tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi fiil yeteneklerinin olduğunun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>578</sup>. Tüzel kişilik bünyesinde işlenen suçla bir alakası olmayan kişilerin de cezalandırılacağı anlamına geleceği ve bunun da ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezanın şahsiliği ilkesine aykırılık anlamına geleceği ifade edilmektedir<sup>579</sup>.

Tüzel kişinin fiil ve irade yeteneği ve bu anlamda faillik vasfı olmayınca Türk ceza hukuku açısından tüzel kişinin gerçek kişi ya da diğer bir tüzel kişi aracılığıyla iştirak halinde suç işlemesi de mümkün görülmemektedir<sup>580</sup>. Buna gerekçe olarak tüzel kişilerin kendini yönlendiren, idare eden kimseler olmadan suç işleyemeyecekleri ve bu kişilerin ancak kendilerini yönlendiren kişiler aracılığıyla örneğin muhakeme aşamasında süje olabilecekleri söylenmektedir<sup>581</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasında “*Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir*” denilmektedir. Bu fıkra “*iştirakiyle*” ifadesi iştirak kurumunun sadece gerçek kişiler açısından söz konusu olması sebebiyle ceza kanunu anlamında iştirak olmayıp katılma ya da tüzel kişilik açısından suçta kullanılması anlamına gelmektedir.

Tüzel kişiliğin cezalandırılmasını mümkün kılan sistemler açısından, tüzel kişinin suça iştiraki esasen kişiliğin temsilci ve organlarının fiiline göre tespit edilmektedir. Örneğin tüzel kişiliğin organ veya temsilcileri, tüzel kişilik yararına suçun unsurlarını gerçekleştirmek suretiyle fiil işlemişler ise faillikten, tüzel kişilik yararına

<sup>577</sup> Yüce, s.204; Taner; 297; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler; s.302.

<sup>578</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, .s.302.

<sup>579</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, .s.302.

<sup>580</sup> Gerçekler, Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Ceza Kanunu, C.1, Madde 1-81, 2.Baskı, Ankara 2014, s.135.

<sup>581</sup> Aydın, s.83.

şeriklik anlamına gelecek hareketlerde bulunmuş ise tüzel kişinin şerikliğinden bahsedilecektir<sup>582</sup>. Bu durumda da esasen tüzel kişilik suça iştirak etmemekte, sadece onu kullanarak suç işleyen kişilerin cezalandırılması mümkün olmaktadır<sup>583</sup>. Tüzel kişilik ise organ veya temsilcinin suça iştirak derecesine göre fail ya da şerik olarak cezalandırılmaktadır<sup>584</sup>.

ABD'nin 20 nci yy'nın başında itibaren sermaye şirketleri açısından tüzel kişiliklerin cezai sorumluluğunu kabul etmesi, İspanya'nın yeni ceza düzenlemesi ile buna imkan sağlaması, Fransa, Hollanda ve Portekiz gibi ülkelerin buna olanak sağlayan çeşitli düzenlemelere yer vermesi tüzel kişilerin cezalandırılmasına ilişkin gelişmelere örnek gösterilebilir. Müşterek Hukukun geçerli olduğu ülkeler açısından tüzel kişinin gerçek kişiler gibi cezalandırılmasının Anayasal açıdan mümkün olduğu vurgulanmaktadır<sup>585</sup>.

Sadece gerçek kişilerin fail olmasının kabul edildiği Alman hukukunda da tüzel kişilerin cezalandırılması mevcut Kanun açısından mümkün değildir<sup>586</sup>. Geçerli olan hakim görüşe göre tüzel kişinin ehliyeti veya kusur yeteneği mevcut değildir<sup>587</sup>.

Avrupa Birliği hukuku açısından Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarının korunması amacıyla yasal araçlarla yöneticilerin cezai sorumlulukları tanınmakla birlikte bundan öte bir genişlemesinin henüz mevcut olmadığı ifade edilmektedir<sup>588</sup>. Bu anlamda ekonomik suçlar açısından karar alıcılar veya yöneticilerin sorumluluğu açısından fail, müşterek fail, yardım eden veya azmettiren şeklinde kişisel hareketler üzerinden tanıma şeklinde bir düşünce mevcuttur ki bunun amacı yeni bir Avrupa iştirak biçimi oluşturmaktır<sup>589</sup>.

---

<sup>582</sup> Gerçeker, s.135.

<sup>583</sup> Gerçeker, s.135.

<sup>584</sup> Gerçeker, s.135.

<sup>585</sup> MK-Joecks, Vor §25 kn. 16.

<sup>586</sup> MK-Joecks, Vor §25 kn. 16.

<sup>587</sup> MK-Joecks, Vor §25 kn.16. Alman Adalet Bakanlığının yaptırımlara ilişki kurduğu komisyonun nihai raporunda da bu hususa yer verilmediği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MK-Joecks, Vor §25 kn. 16.

<sup>588</sup> Killmann, s.299.

<sup>589</sup> Killmann, s.299.

Ceza hukuku açısından failin sadece yaşayan gerçek kişi olabileceği 5237 sayılı TCK'nın düzenlemeleri karşısında açıktır. Bu kapsamda tüzel kişileri suçun faili olamayacağı gibi iştirak kapsamında kalan diğer şeriklik biçimleri içerisinde (azmettiren, yardım eden) ele alınması da söz konusu değildir. Bununla birlikte tüzel kişilik içerisinde yer alan kişilerin müşterek faillik karşısındaki durumlarını da ayrıca ele almak gerekmektedir.

Müşterek faillik açısından suç işleme kararı ve fiil üzerinde müşterek hakimiyetin birlikte mevcudiyeti şarttır. Bu anlamda tüzel kişilik bünyesinde ya da tüzel kişilik aracılığıyla bir suç işlendiği takdirde faillerin her biri açısından işlenen suçun koşullarının sağlanıp sağlanmadığının dikkatli şekilde tespiti gerekmektedir. Bu durum özellikle tüzel kişilik açısından yönetim ve temsilin bölündüğü durumlarda geçerlidir. Nitekim Yargıtay da bu duruma dikkat çekerek işlenen suçlar açısından suça konu olayın hangi yönetici veya temsilcinin sorumluluğunda olduğunun belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>590</sup>.

Temsil veya yönetim pozisyonunda bulunan kişilerin kararlarından kaynaklanan sorumluluk açısından da değerlendirme yapmak gerekmektedir. Doktrinde toplu kararlarda nedensellik olarak ifade edilen bir yaklaşıma göre nisbi çoğunlukla alınan kararlar açısından suça neden olan kararın alınmasında olumlu oy kullanan kişinin kendi oyu olmasaydı da kararın alınacağından bahisle bir savunma yapması kabul edilmemektedir<sup>591</sup>. Esasen bu durum haksız fiilin isnadiyetini değiştirmemektedir.

---

<sup>590</sup> “Dosyada mevcut vergi levhasına göre suça konu malların ele geçirildiği işyerinin Cebeci Tekstil ve Giyim Sanayi Ticaret Ltd. Şti.ne ait bulunması ve sanığın da savunmalarında işyerinin bu şirkete ait olup kendisinin de şirket ortağı olmakla beraber malların alım satımıyla ilgisi bulunmadığını beyan etmesi karşısında, işyerinin ve ele geçen malların kime ait olduğunun sanığın şirketle ilgisinin şirket ortaklarının alım satımdan sanığın sorumluluğunun tesbiti için anılan şirketle ilgili esas mukavele ve karar defterleri getirtilip araştırılarak hasil olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması”.(Yarg. 7. CD. 29.01.1999, 1998/10828 E., 1999/162 K. Sayılı). Karar ve açıklama için bkz. **Yenidünya, Ahmet Caner-İçer, Zafer**, Marka Hakkına Tecavüz Suçları (556 Sayılı KHK m.61/A), İstanbul 2014, s.95, 96).

<sup>591</sup> Bahse konu örnekte bir anonim şirkette halk sağlığına aykırı ürün arzı ile ilgili yapılan oylamada 5'e 2 olumlu oy ile kabul edilen karar açısından olumlu oy kullanan kişinin olumsuz oy kullanmış olsaydı da sonucun değişmeyeceğine ilişkin savunmasına itibar edilmemesi gerektiği öne sürülmüştür. **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.285. Alman hukukunda konu ile ilgili olarak benzer şekilde hukuka aykırı olarak oy veren her bir kişinin oyunun, diğer hukuka aykırı düzenleme onay veren kişilere oyunun tek başına etkili olup olmadığına bakılmaksızın isnat edilebileceği ifade edilmektedir. Ancak elbette olumsuz oy kullanan kişilerin ortak suç işleme kararı anlamında onayı

## II.DOLAYLI FAİLLİK

### 1.Kavram

Türk Ceza Kanunu'nun faillik başlıklı 37 nci maddesinin 2 nci fıkrası, “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Doktrinde bu kavram “*dolaylı faillik*”, “*dolayısıyla faillik*”<sup>592</sup> veya “*gölge fail*” olarak da adlandırılmaktadır<sup>593</sup>.

765 sayılı kanunda dolaylı failliğe ilişkin bir düzenleme yer almamasına rağmen dolaylı failliğe kanunda yer verilmesi gerektiği ve dolaylı failliğin iştirak hükümleri ile çözülemeyeceği şeklinde görüşlere rastlamak mümkündür<sup>594</sup>. 1997 tarihli TCK ön tasarısının 39 ncu maddesinde suçun dolaylı faillik halinde işlenmesi cezayı artıran bir durum olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme açısından *dolayısıyla faillik* şeklinde bir düzenleme içermekte olup düzenleme açısından araç kişi isnat yeteneğini haiz olmayan veya kişisel nedenler bakımından cezalandırılması mümkün olmayan kişilerden olmalıydı. Bu konu doktrinde eleştirilmiş ve her iki durumda da kişinin mutlaka araç olduğunun kabulünün yanlış olduğu öne sürülmüştü<sup>595</sup>. Bu görüşe katıldığımızı ifade etmekteyiz.

Dolaylı faillik halinde suç işlenmesi durumuna müşterek faillik ya da doğrudan faillik türlerine nazaran daha az rastlandığı ifade edilebilir. *Yenisey*'in ifade ettiği gibi “*Dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için, olayın bütün işleniş aşamalarının, dolaylı failin yönlendirici iradesinin eseri olması ve bu kişinin suçu işleten kişi olarak, kontrolü elinde tutmuş olması gerekir*”<sup>596</sup>.

---

olmadığından sorumlu olmayacağı ortadadır. **Leipold, Klaus- Tsambikakis, Michael-Zöller, Mark.A,** *Anwalt Kommentar StGB Strafgesetzbuch*, 2010, İlgili Kısım için bkz.**Waßmer,Martin Paul**, § 25, kn.73 (Bundan sonra **Waßmer**, *Anwalt Kommentar* denilecektir).

<sup>592</sup> **Dülger**, s.2; **Önder** s.496; **İçel**, s.544.

<sup>593</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.1121.

<sup>594</sup> Örneğin **Yüce**, azmettirme ile dolayısıyla faillik olarak ifade ettiği faillik türü arasında ciddi bir fark olduğunu ifade etmiştir. **Yüce**, s.363. Ayrıca bkz. **Otaç**, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*,s.6 .

<sup>595</sup> **Özgenç, İzzet- Şahin, Cumhuriyet**,Uygulamalı Ceza Hukuku,3.Baskı, Ankara 2001, s.350 (dn 95).

<sup>596</sup> **Yenisey**, s.403.

Dolaylı failin, araç kişi aracılığıyla gerçekleştirdiği eylem, kendi fiili olarak değerlendirilmektedir<sup>597</sup>. Bir görüşe göre dolaylı faillik, ortak suç işleme kararı ve suç için zorunlu olan fiili birlikte gerçekleştirme bakımından müşterek faillikten ayrılmaktadır<sup>598</sup>. Dolaylı fail, araç kişinin suç tipini yanlış değerlendirmesi, haksızlık konusundaki yanlılığı, dolaylı failin meydana getirdiği hatadan kaynaklanan suçlar nedeniyle sorumlu tutulmaktadır ki buna sorumluluk prensibi denilmektedir (*Verantwortungsprinzip*)<sup>599</sup>.

Dolaylı failin sorumluluğunun dayanağı olarak araç kişinin hareketlerine neden olması ya da bu hareketler üzerindeki etkisiyle istismar etmesi gösterilmektedir<sup>600</sup>. Bu nedenle suçta kullanılan araç kişinin davranışı arka plandaki kişiye isnat edilebilmektedir<sup>601</sup>. Esasen dolaylı failin gerçekleştirmiş olduğu plan çerçevesinde suçun icra edilmesi dolaylı faili sorumlu hale getirmektedir<sup>602</sup>. Dolaylı failliğin, araç kişinin üzerindeki hakimiyeti araç kişideki eksikliğin kullanılmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>603</sup>. Dolaylı failliğin egemenlik ya da hakimiyet kriteri ile açıklanabileceğini ifade eden görüş açısından bahse konu egemenlik soyut bir egemenlik olmayıp araç kişinin fiili üzerinde bir hakimiyettir<sup>604</sup>.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere dolaylı fail (*mittelbare Täterschaft*) Alman Ceza Kanunu'nun 25/I nci maddesinde suçu bir başkası aracılığıyla işleyen kimse olarak tanımlanmıştır. Dolaylı faillik kurumunun Alman Ceza Kanunu'nda şaşırtıcı derecede sade ve doğrudan faillikle birlikte sade bir şekilde tanımlandığını ifade eden *Herzberg*' in açıklamaları ilgi çekicidir. Yazara göre örneğin hırsızlık suçu açısından *fiili kendi gerçekleştirme* kavramı hemen hemen hiçbir açıklamaya gerek bırakmamaktadır. Bu anlamda başkasına ait bir eşyayı kendi eliyle alan ve 242 nci maddenin diğer ön şartlarını kendi şahsında gerçekleştiren kişinin bu eylemleri fiili kendi gerçekleştirme anlamına gelmektedir. Özetle yazarın dikkati çekmek istediği

---

<sup>597</sup> **MK-Joecks**, § 25, kn.54.

<sup>598</sup> **Schmidhäuser**, s.519.

<sup>599</sup> **Kühl-Heger**, s.217.

<sup>600</sup> **Puppe**, § 22,s.291 vd.

<sup>601</sup> **Murmann**, § 27, kn.20.

<sup>602</sup> **Sözüer**, s.42.

<sup>603</sup> **Ebert**, s. 194.

<sup>604</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.129.

husus 242 nci maddede yer alan ve suç açısın gerekli şartları sağlayan kişinin zaten fail olarak sorumlu tutulduğu ve bu tanımın herhangi bir fonksiyonunun olmadığıdır. Yazar dolaylı faillige ilişkin tanımın da yapısal açıdan bir özellik arz etmediğini ifade etmektedir.<sup>605</sup>

Alman hukukunda, ilk defa 1975 yılındaki ceza reformuyla kanun metnine giren dolaylı faillik<sup>606</sup> Kanun'un 25/I nci maddesi kapsamında suçu başkası aracılığıyla işleyen kişilerin fail olacağını belirten bir düzenlemedir. Bu anlamda kanun metninde “dolaylı fail” kavramına açıkça yer verilirse madde metnindeki suç içeren fiili bir başkası aracılığıyla gerçekleştirme ibaresinden bu kavrama ulaşılmaktadır<sup>607</sup>.

Dolaylı faillik kurumunun özel suç tipleri açısından uygulanıp uygulanmayacağı Alman hukukunda tartışılmıştır. *Herzberg* özel hükümlerde ifade edilen suç tiplerinin dolaylı faillik şeklinde işlenebileceği konusunu tartışmasız olarak görse de Polonya hukuk sistemi ve eski Alman hukuku sistemi açısından dolaylı faillige karşı büyük bir şüphe duyulduğunu ifade etmektedir<sup>608</sup>. Bu şüphenin de yabancı bir unsurun şeriklik ve özellikle de azmettirmenin yanında görülmek istenmemesinden kaynaklandığını ifade ederek görüşe katılmadığını ifade etmektedir<sup>609</sup>.

Alman yasa koyucu açısından suçta kullanılan kişi Türk hukukunda olduğu gibi araç olarak adlandırılmaktadır<sup>610</sup>. Fiili gerçekleştiren kişi, aracı fail iken (*Werkzeugqualität des Vordermanns, Tatmittler*) başkasını suç işlemede herhangi bir şekilde kullanan kişi ise dolaylı fail ya da arka plandaki kişidir (*Hintermann, mittelbare Täter*)<sup>611</sup>.

---

<sup>605</sup> **Herzberg, Roll Dietrich**, *Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1987. s.50.

<sup>606</sup> **MK-Joecks**, § 22, kn.53.

<sup>607</sup> **Weddig**, s.17.

<sup>608</sup> **Herzberg**, s. 50.

<sup>609</sup> Herzberg, dolaylı faillğin aşırıya kaçılmadığı takdirde tıpkı doğrudan faillik ve azmettirme gibi sağlam bir cezalandırılabilirlik temeli sağladığını düşünmektedir **Herzberg**, s. 50.

<sup>610</sup> **Kühl-Heger**, s.216; **Fischer**; § 25, kn.5 Bu kişi *Tatmittler, Werkzeug, Vordermann* şeklinde de adlandırılmaktadır. **Kindhäuser**, §25 kn. 7.

<sup>611</sup> **Schmidhäuser**, s.518. Arka plandaki kişi, fiilin merkez noktasında kabul edilmektedir. **Krey-Esser**, § 25, kn.875.



Müşterek failliğin ön koşullarının bulunmaması halinde dolaylı failliğin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir<sup>612</sup>. Dolaylı faillik açısından da en azından iki kişinin mevcut olması şarttır ki bu yönüyle müşterek faillik ve azmettirme gibi iştirak türlerine de benzemektedir<sup>613</sup>.

Alman Ceza Kanunu açısından, suçun dolaylı fail olarak arka plandaki kişi tarafından gerçekleştirilmesi ve bu kişi tarafından egemenlik altına alınan kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesinin istenmesinin kanuni anlamda müşterek faillik olmadığı ifade edilmektedir<sup>614</sup>.

Alman ceza hukuku açısından kasti davranmayan kişi üzerindeki hile ile, hukuka uygun davranan kişileri kullanma, 35/1nci madde anlamındaki kusurluluğu ortadan kaldıran zaruret hali içerisinde bulunanların bu durumundan yararlanma, 19 ncu maddede yer alan yaş küçüklüğünden kaynaklanan kusur ehliyetinin yokluğundan veya 20 nci maddede yer alan ruhsal bozukluklarından kaynaklanan kusursuzluktan istifade etmek suretiyle dolaylı faillik gerçekleştirilmektedir<sup>615</sup>.

Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi bilgi veya irade üzerinde hakimiyet yoluyla araç kişi üzerinde hakimiyet kurmaktadır. Bu anlamda hakimiyetin, araç kişinin kullanılması suretiyle olayın tamamıyla arka plandaki kişinin iradesini yansıtması ve araç kişi üzerindeki etkisiyle fiili elinde bulundurmaya şart koştuğu ifade edilmektedir<sup>616</sup>. Dolaylı failin bu üstünlüğü, araç kişinin cezalandırılabilirliğinin olmamasına sebep teşkil etmektedir<sup>617</sup>. Bu noktada fiilin dolaylı faile isnat edilebilmesi ve fiili gerçekleştiren kişinin adeta onun aracı olarak görülmesi gerekmektedir<sup>618</sup>.

Arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak cezalandırılabilir olmasının araç kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ya da ne şekilde cezalandırılacağına

---

<sup>612</sup> Zieschang, 6.Kapitel kn.664.

<sup>613</sup> Schmidhäuser, s.519.

<sup>614</sup> Yazarlar bu tarz bir ortak failliğin ortaklaşa bir icra olmadığından Kanun tarafından müşterek faillik olarak tanınmadığı ifade edilmektedir Krey-Esser, § 27, kn.877.

<sup>615</sup> Krey-Esser, § 27 kn.874.

<sup>616</sup> Jescheck- Weigend, s.664.

<sup>617</sup> Hilgendorf-Valerius, § 9, kn.25.

<sup>618</sup> Weddig, s.17.

bağlı olmadığı belirtilmektedir<sup>619</sup>. Bu anlamda araç kişinin cezalandırılmaması dolaylı faillik açısından bir gösterge olsa da bu kişinin fail olarak sorumlu tutulması için zorunlu bir şart olarak da kabul edilmemektedir<sup>620</sup>.

Dolaylı faillik açısından önemli olan fiilin, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleşmesidir.<sup>621</sup> Dolaylı failliğin sadece ilgili suçun gerektirdiği subjektif şartlar ve faillik özelliklerini içeren kişi açısından söz konusu olabileceği savunulmaktadır<sup>622</sup> ki bu duruma ileride ayrıca değinilecektir. Dolaylı failliğin de doğrudan faillik gibi fiil egemenliği ile izah edilebildiği zira bu faillik türü açısından da tipik hareketlerin arka plandaki şahıs tarafından yönlendirilmesi ile gerçekleştirildiği ifade edilmektedir<sup>623</sup>.

## **2. Dolaylı Failliğin İştirakin Bir Türü Olup Olmadığı Sorunu**

### **A. Genel Bilgi**

İştirakin gerçekleşmesi için gereken *iştirak iradesi* unsuruna verilen anlama göre dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığına ilişkin görüşler değişmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinin, iştirak üst başlığı altında yer almasına karşın doktrinde dolaylı failliğin iştirak türü olmadığı, buna rağmen iştirak ile ilgili sorunların bu kısımda tartışılması nedeniyle kavramın iştirak kapsamında görülebileceği ifade edilmektedir<sup>624</sup>.

Öncelikle iştirak, cezalandırılabilir bir fiilin şartına bağlı tutulduğu takdirde dolaylı failliği, iştirak türü olarak görmeye kural olarak imkan yoktur<sup>625</sup>. Geniş kapsamlı bağlılık kuralının geçerli olduğu, yani kusurlu hareket etmeyen kişilerin cezalandırılmadığı sistemlerde bu kişilerin suçta kullanılması halinde cezalandırılabilimleri için bağlılık kuralına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir<sup>626</sup>.

<sup>619</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, 29 § Rn. 116.

<sup>620</sup> **Hilgendorf-Valerius**, § 9, kn. 26.

<sup>621</sup> **Jescheck-Weigend**, s. 664.

<sup>622</sup> **Kindhäuser**, 25 § kn. 118.

<sup>623</sup> **Jescheck-Weigend**, s. 663.

<sup>624</sup> **Hakeri**, s. 536.

<sup>625</sup> **Aydın**, s. 142.

<sup>626</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s. 502.

Dolaylı failliğin iştirak aracılığıyla çözümlenmesi mümkün olmayan sorunları çözmek için kabul edildiği de ifade edilmektedir<sup>627</sup>. Bu hususa ilişkin verilen bir örnekte akıl hastasına suç işleyen kimsenin, akıl hastasının fail olarak cezalandırılmadığı ve fiilin cezalandırılabilir olmadığı hallerde şerik olarak azmettiren şeklinde cezalandırılmayacağı ifade edilerek oluşan bu boşluğun dolaylı faillik ile doldurulduğu ifade edilmektedir<sup>628</sup>. Buna karşın iştirakin türlerini faillik ve şeriklik olarak ayrıldığı bir tasnif açısından, faillik başlığı altında müşterek faillik kurumunun yanında dolaylı faillige de yer verilmektedir<sup>629</sup>.

İştirak hükümlerinin ancak esas bir failin varlığı halinde söz konusu olabileceğinden hareket eden bir görüş açısından esas failden maksat, isnat edilebilme yeteneğini haiz ve kasten hareket edebilen bir kişidir; bu nedenle esas failin olmamasından kaynaklanan ve suç işleyen kişinin cezasız kalmaması için iştirak hükümlerinin tatbik edilemediği bu durumlarda dolaylı faillikten yararlanılmaktadır<sup>630</sup>.

Kanun'da yazılı olmaması ve diğer faillerin cezalandırılabilmesi için maddi failin cezalandırılması şeklinde bir şart olmadığından dolaylı failliğin bir iştirak türü olarak kabulü mümkündür. İştirak iradesini failin fiiline katılmak olarak gören bir görüş açısından da iştirakte her bir failin fiili bağımsızlığını yitirip her iştirakçinin diğer iştirakçinin de işlediği fiilden sorumlu olacağını söylemek gerekmektedir (*çok failli suç tipi*)<sup>631</sup>. Cezalandırılabilir olup olmamasına bakılmaksızın bir suçun işlenişine katılan herkesin iştirakçi olacağını savunan fikre göre iştirak için failin cezalandırılması gerekmemektedir ve bu açıdan dolaylı faillik de iştirakin bir türüdür<sup>632</sup>.

---

<sup>627</sup> Gören, s.222; Şen, s.121.

<sup>628</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.663. Doktrinde Centel-Zafer-Çakmut bu durumda failin *kastlı/kusurlu* bir fiili olmadığından iştirak kurallarına göre cezalandırılmaması halinde kişilerin cezalandırılabilmesi için bağıllık kuralına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Centel-Zafer-Çakmut, s.502.

<sup>629</sup> Sözüer, s.41.

<sup>630</sup> Bkz. Toroslu-Toroslu, s.324.

<sup>631</sup> Aydın, s.142, Sınar, Hasan, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011, s.15. Özen de genel kanaatin dolaylı failliğin bir iştirak türü olduğunu ifade etmektedir. Özen, s.245.

<sup>632</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. Toroslu-Toroslu, s.324, 325.

Yukarıdaki düşünceye göre iştirak iradesinin suça iştirak eden bir kişide bulunması, diğer kişilerin de suça iştirak etmesi için yeterlidir<sup>633</sup>. Örneğin, iştirak hükümleri açısından bir kişinin suç işleme iradesine sahip olması yeterli görülmekte ve dolaylı faillik düzenlemesi olmasaydı da kusur yeteneği olmayan bir kişiyi suçta araç olarak kullanan kişinin iştirak hükümleri doğrultusunda cezalandırılabilirdi ifade edilmektedir<sup>634</sup>. Yine doktrinde *Sınar* da iştirak için mutlaka cezalandırılabilir bir fail olması gerektiği fikrine karşı çıkmakta ve kusur yeteneği olan biri ile kusur yeteneği olmayan bir kimse arasında da iştirak hükümlerinin uygulanmasının mümkün olabileceğini ifade etmektedir<sup>635</sup>. Bu görüş açısından dolaylı faillığe ayrıca kanunda yer verilmesine gerek yoktur. Nitekim 765 sayılı Kanun'da da dolaylı faillik şeklinde bir düzenlemenin olmadığı ve bunun bir boşluk meydana getirmediği ifade edilmektedir<sup>636</sup>.

Mevcut düzenleme karşısında, azmettirme kurumundan yararlanarak da suça bir başkasını araç olarak kullanan kişinin cezalandırılmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim *Hakeri* bu noktaya dikkat çekerek azmettirme varken dolaylı faillığe yer verilmesini, asıl failin *kasten veya hukuka aykırı davranmadığı* durumlarda arka plandaki şahsın cezalandırılabilmesi için bir zemin hazırlamak olarak değerlendirmiştir<sup>637</sup>.

Dolaylı fail, ya suç işlediğinin farkında değildir (*hataya düşürülme, kusur yeteneğinin olmaması*) ya da tehdit, cebir altında suç işlemektedir ki iki durumda da bu kişilerin özgür iradesinden bahsedilemez. 765 sayılı Kanun döneminde de bu konuda ifade edilen bir görüşe göre iştirak kurumu araç kişi vasıtasıyla işlenen suçlar açısından yeterli değildir, azmettirme ise dolaylı faillığe benzese de azmettirenin fail ile ilişkisi nedeniyle farklıdır<sup>638</sup>.

Doktrinde isnat yeteneği olmayan kişilerin suça araç olarak kullanılması şeklindeki dolaylı failliğin, iştirakin değil failliğin bir şekli olarak görüldüğü ifade

---

<sup>633</sup> Aydın, s.142.

<sup>634</sup> Tan, s.1567.

<sup>635</sup> Sınar, s.61.

<sup>636</sup> Sınar, s.61.

<sup>637</sup> Hakeri, s.543.

<sup>638</sup> Erem-Danışman-Artuk, s. 382.

edilmiştir<sup>639</sup>. İştiraki, failliğe göre ikincil nitelikte gören düşünce açısından bağıllık kuralı TCK'nın 40/1 inci maddesiyle hangi şartlarda iştirak nedeniyle kişilerin cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Bu açıdan dolaylı faillik iştirak kapsamında ele alınırsa kasten ve hukuka aykırı davranmayan failin cezalandırılmayacağı bu nedenle oluşacak boşluğun dolaylı faillik ile doldurulduğu ifade edilmektedir<sup>640</sup>. Belirtelim ki şeriklerin veya faillerin birbirine bağıllığından bahsedilemeyeceğinden hareketle dolaylı fail ile araç kişi arasında bir bağıllık ilişkisinin bulunduğu fikri kabul edilmemektedir<sup>641</sup>.

## **B.Kanaatimiz**

İştirak türlerinin açıkça düzenlenmesi, kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Bu anlamda dolaylı faillik kurumunun, bir iştirak türü olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak bu kuruma kanunda yer verilmesi yerindedir. Failin suçun ana aktörü olması sebebiyle, failliğin bu türüne ilişkin böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmesi olumlu olarak görülmelidir. Dolaylı failliğe ilişkin sorunların başka kurumlar aracılığıyla çözüm bulunmaya çalışılması ihtimalinde ise bir takım yorum farklılıklarının ortaya çıkma ihtimalinin çeşitli sorunlara yol açabileceği kanaatindeyiz.

Türk ceza hukuku sisteminde iştirak hükümlerinin tatbiki için cezalandırılabilir bir fiil lazım olmakla beraber failin cezalandırılabilir olması şart değildir. 5237 sayılı TCK sistemi açısından fail, kusur yeteneğine sahip olmayan, şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanan bir kimse de olabilir. Failin cezalandırılabilir olup olmaması ya da kusurlu olup olmadığı iştirak açısından bir kriter olarak kabul edilmemiştir. Bu anlamda dolaylı failliği sadece kusur yeteneği olmayan kişileri kullananların cezalandırılması için kabul edilen bir kurum olarak kabul etmek doğru değildir. Zira kanun koyucu 37 nci maddenin ikinci fıkrasında kusur yeteneği olmayan kişileri suçta araç olarak kullanan kişilere verilecek cezanın artırılmasını öngörmüş buna gerekçe olarak da bu durumda araç olarak kullanılan kişilerin ayrıca istismar edilmesini göstermiştir.

<sup>639</sup> Görüş için bkz. **Tan**, s.1568.

<sup>640</sup> **Şahin, Meral Ekici**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:107-108, Temmuz-Ağustos 2013, s.66.

<sup>641</sup> **Demirel, Muhammed**, *Suçta İştirakte Bağıllık Kuralı*, İstanbul 2018, s.308, 309.

Suçu işleyen kişiler, bir suça katılma bilincinde oldukları takdirde suça iştirak etmişlerdir. Buna ilişkin bilinçleri cebir, tehdit gibi araçlarla zorlanmış da olabilir. İştirakin şartları arasında iştirak iradesinin olduğunu, ancak bu iradenin kusurlu olmak anlamına gelmediğini savunduğumuzdan dolayı failliği genel olarak bir iştirak türü olarak görmekteyiz.

Dolaylı faillikte manevi unsurun isnat kabiliyeti olmayan kişide bulunmadığı, bu kişi açısından suç oluşmadığı şeklindeki görüşe ise katılmamaktayız<sup>642</sup>. Aksi takdirde akıl hastasının suç işlemesi halinde, akıl hastası açısından güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır ki bu durum 5237 sayılı TCK'nın sistemine aykırıdır. Akıl hastası ya da yaşı küçükler, kusur yeteneğine sahip olmasalar da kasten hareketlerini gerçekleştirme yetisine sahiptir. Bu kişilerin eylemlerinden dolayı cezalandırılabilmesi ise ayrı bir konu olup kusurluluk bahsi ile ilgilidir. Yine belirtmek gerekir ki kusur, kişinin cezalandırılabilmesi için şart olan bir husus ise de doktrinde ifade edildiği üzere her kusurlu davranışın cezalandırılması gibi bir mecburiyet yoktur<sup>643</sup>.

Dolaylı failliği iştirak şekli olarak kabul etmediğimiz takdirde meselenin sistematik olarak da ne şekilde tanımlanacağı sorunlu bir alandır. Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK dolaylı failliği, failliğin bir türü, failliği ise iştirakin bir türü olarak belirlemiştir.

Dolaylı failliğin iştirak olmadığını ifade eden bir görüş açısından iştirake birden fazla kişi suçun işlenmesi için anlaşma ve işbirliği ile toplanmakta iken dolaylı faillikte anlaşma ve işbirliğinin yerine bir suçun işlenmesi için isnat yeteneği olmayan ya da olmasına rağmen hakimiyet altına alınan kişilerin kullanılması söz konusudur. Bu görüş açısından dolaylı faillik halinde isnat yeteneği olmayan ya da bu yeteneği kaldırılan kişiler açısından manevi unsur dolayısıyla suç oluşmamaktadır<sup>644</sup>.

Araç kişinin eylemi tipe uygun, hukuka aykırı ve psikolojik bir unsur olarak kast veya ilgili suç tipi açısından taksiri barındırıyor ise bu kişinin kusurlu olup

---

<sup>642</sup> Şen, s.121.

<sup>643</sup> Ersoy, Uğur, *Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği*, TBB Dergisi 2013 (109) s.242.

<sup>644</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. Şen, s.121.

olmadığına bakılmaksızın suç işlediğini, bu kişinin fail olduğunu ifade etmeliyiz. Kişinin kusurlu olması ile kasten ya da taksirle hareket etmesi farklı konulardır<sup>645</sup>. Bu anlamda dolaylı faillik hiçbir şekilde iştirakin bir türü olmadığı, sadece faillik türü olduğu şeklindeki görüşe katılmamaktayız.

Dolaylı faillik, araç kişide şuur ve iradenin varlığı şartıyla örneğin cebir, tehdit veya kusur yeteneğinin etkilenmesi veya benzer şekillerle eğer bu kişi suçta araç olarak kullanılmış, suça yönlendirilmiş ise iştirakin diğer şartları da mevcut olmak kaydıyla bir iştirak ve faillik türüdür fikrindeyiz. Bununla birlikte kimi dolaylı faillik türlerinde yukarıda da izah ettiğimiz üzere genel anlamıyla birden fazla kişi tarafından işlenen bir suç mevcut olmasına rağmen, suçu gerçekleştiren kişi açısından eylemin tipik olmaması, manevi unsurun gerçekleşmemesi (failin kastının olmaması) ya da hukuka uygun olması davranması durumunda iştiraktan değil, sadece istisnai bir dolaylı faillik durumunun varlığından söz edilebilir.

Dolaylı faillik halinde kusur yeteneği olmayanlar değil, kusur yeteneği az olan ya da kusur yeteneği tam olan kişiler de araç olarak kullanılabilir<sup>646</sup>. Kanun'un ilgili madde gerekçesinde dolaylı faillik "*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*

---

<sup>645</sup> Şen, 38.maddede yer alan ve çocukların azmettirilmesi halinde cezanın artırılmasına ilişkin düzenleme açısından da suçun işlenmesinde çocukların kullanılması halinde esasen dolaylı faillik durumunun söz konusu olduğunu ancak bu kurumun uygulanamayacağı, kusur yeteneğinin tümünden ortadan kalkmadığı 15 yaşını doldurmuş ancak 18'i doldurmamış çocukların suça azmettirilmesi durumunda 38/II nci maddenin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Şen, s.121. Belirtelim ki Yazar'ın fikrine daha önce de değindiğimiz üzere katılmamaktayız. Kanun koyucunun isnat yeteneği açısından bahse konu durum açısından kesin bir sınır koyduğunu söylemenin mevcut düzenleme açısından mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Yıldız da kusur yeteneği olmayan kişileri suça yöneltme halinde dolaylı failliğin söz konusu olduğunu savunmasına karşın daha sonra bu fikrini değiştirerek cezai sorumluluğu olmayan kişilerin de kasten, hukuka aykırı şekilde davranarak tipikliği gerçekleştirerek suç işleyebileceklerini, cezalandırılmamalarının cezai ehliyetle ilgili bir durum olduğundan hareketle bu kişilerin de işledikleri suçlara katılmanın mümkün olduğu ve dolayısıyla bu tür kişilerin işlediği suçlara katılmanın her zaman dolaylı faillik anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Yıldız, Seminer, s.119 (dn.303). Önceki görüş ile karşılaştırma için bkz. Yıldız, Dolayısıyla Faillik, s.238. Özen de 12 yaşından küçük çocukların da kast veya taksirle hareket edebileceklerini ifade ederek bu kişilerin de normal şartlarda kusur yeteneğine sahip olduklarını belirtmektedir Özen,s.246.

<sup>646</sup> Şen, s.119.

*hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır” şeklinde açıklanmaktadır.*

Kanun koyucu, madde gerekçesinde de belirttiği üzere dolaylı faillik için arka plandaki kişinin suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ve dolayısıyla bu kişinin hareketi üzerinde hakimiyet kurmasını gerekli ve yeterli bulmaktadır. Gerek kanun metni gerekse de madde gerekçesinden araç kişinin kusur yeteneğine kısmen ya da tamamen sahip olmaması gibi bir şart çıkmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 220 nci maddesinin 5 inci fıkrası “(5) *Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır*” şeklinde olup bahse konu durum bir dolaylı faillik hali olarak kabul edilmektedir ki ileride de detaylı olarak ifade edileceği üzere bu durumda diğer dolaylı faillik türlerinden farklı olarak araç kişi hukuka aykırı davranan, kasten hareket eden ve kusurlu şekilde hareket edebilen bir kişidir. Bu ihtimalde dahi dolaylı failliğin varlığının doktrinde ve uluslararası yargıda kabul görmesi dolaylı failliğin sadece kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılmasına indirgenemeyeceğini göstermektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda dolaylı failin, bir başkasını suç işlemede araç olarak kullanan kişi olarak suçun işlenmesinde birinci derecede etkili olan şahıs olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, dolaylı faili sorumlu tutarken onun, araç olarak kullanılan kişi üzerindeki hakimiyetini sorumluluk sebebi olarak görmektedir. Fıkroda araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneğinin olmaması ise farklı bir faillik türü olarak değil, dolaylı failliğin ağırlaştırıcı bir nedeni olarak yer almaktadır.

5237 sayılı TCK, kusur yeteneği olmayan kişilerin de suç işleyebileceğini yani kasten hareket edebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durumda cezanın artırılmasının yalnızca süreli hapis cezası için söz konusu olacağı, müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren hapis cezalarında bu hükmün uygulanamayacağı bu durumun bir eksiklik olduğu ifade edilmektedir<sup>647</sup>.

Bir görüşe göre suç siyaseti açısından böyle bir düzenleme kabul edildiğine göre süresiz cezalar öngörülen suçlar açısından müebbet hapis yerine ağırlaştırılmış

<sup>647</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.544.



müebbet, ağırlaştırılmış müebbet öngören suçları bu şekilde işleyenler açısından ise infaz açısından bir takım değişikliklere gidilebilir<sup>648</sup>. Bununla birlikte bu durumda da bahse konu hususun hükümde yer alması gerekmektedir<sup>649</sup>. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeye benzeyen TCK'nın 38/2 nci maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu tartışmış ve düzenlemeyi *oy çokluğuyla* aldığı kararla Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bununla birlikte kanaatimizce Yüksek Mahkeme'nin vardığı gerekçe yeterince doyurucu değildir<sup>650</sup>.

---

<sup>648</sup> Bakıcı, s.838.

<sup>649</sup> Malkoç, s.254.

<sup>650</sup> Yerel Mahkeme'nin iptal istemi “Örneğin fail A, 15 yaşındaki fail B'yi, maktul C'yi öldürmesi için azmettirdiğinde yaşı küçük fail B'nin, maktul C'yi öldürmesi halinde fail A'ya, suça azmettirdiği için müebbet hapis cezası verilecek, müebbet hapis cezası verildiği için teknik olarak cezada TCK'nın 38/2. maddesi ile artırım yapmak mümkün olmayacaktır. Ancak yukarıdaki olayda fail B, maktul C'yi öldürmeye teşebbüs ettiğinde yani eylem nedeni ile C'nin ölmemesi, eylemin teşebbüs aşamasında kalması durumunda fail A'nın cezasında TCK'nın 35/2. maddesine göre indirim yapılacak ve ceza süreli hale gelecek ve bu durumda fail A, yaşı küçük fail B'yi suça azmettirmesi nedeni ile "süreli hale gelen cezadan, TCK'nın 38/2. maddesi ile 1/3 den 1/2 ye kadar artırım yapılacaktır. Böyle bir durumda cezanın daha ağır halinde yani müebbet hapis cezası uygulandığı halde cezada artırım yapılması kanunda öngörülmediği halde cezanın daha az olduğu durumda belirlenen temel ceza üzerinden yarı oranına kadar indirim yapılmasının söz konusu olacağından daha hafif fiile daha ağır ceza, daha ağır eyleme ise artırım söz konusu olamayacağından bir nevi daha az ceza uygulanması söz konusu olacaktır( .....Süreli cezalarda bu madde ile cezada artırım yapılmasının söz konusu olacağı, süresiz cezalarda yani müebbet hapis cezalarında ise kanunda herhangi bir artırımın düzenlenmemiş olması, müebbet hapis cezalarında da teknik olarak maddede belirtilen oransal artırım yapılmasının mümkün olmaması karşısında TCK'nın 38/2. maddesi açıkça Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır” şeklinde olup Anayasa Mahkemesi bu istemi; “İtiraz konusu kuralda, çocukların suça azmettirilmesi halinde, üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmasa da, azmettirenin cezasının artırılması öngörülmüştür. Suçun, kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması göz önünde bulundurularak daha ağır bir yaptırım öngörülmesi anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri kapsamındadır. Kuralla korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği ile öngörülen cezanın tür ve miktarı gözetildiğinde kuralda yer alan cezanın adaletsiz ve ölçüsüz olduğundan söz edilemez. Cezanın artırımı uygulanması, gerekçede belirtildiği gibi, işlenen haksızlığın ağırlığıyla ilgilidir. Bir suçun işlenmesine çocuğun daha kolay azmettirilebileceği gözetildiğinde, söz konusu düzenlemenin bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması, toplumsal barışın ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Herhangi bir çocuğu suça azmettiren kişinin, kamu düzenine karşı gelme ve toplum huzurunu bozma iradesinin, çocuğun maddi ve hukuksal durumu gözetildiğinde, suç ve ceza politikaları yönünden, erişkini azmettirenin farklı olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Çocuklar, temyiz kabiliyeti, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli, ruhi ve fiziki olgunluğa sahip olma, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumdadırlar. **Öte yandan, başvuru kararında belirtildiği gibi, artırımın süreli cezalarda uygulanıp, süresiz cezalarda uygulanamaması şeklinde bir eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Yasa koyucunun, suç ve ceza siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak düzenlediği kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir**” şeklindeki gerekçe ile reddetmiştir. (Anayasa Mahkemesi, 26.9.2004 Günlü, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar Tarihi: 3.2.2011, Esas No: 2009/87, Karar No: 2011/30, Resmi Gazete Tarihi: 06.07.2011, Resmi Gazete Sayısı: 27986. Karar için bkz.

<http://www.mevzuatlar.com/sy/resmiGazete/rga/11/07/060711012.htm>, Erişim Tarihi:24.03.2016).

Sonuç olarak dolaylı faillik kasten, hukuka aykırı hareket eden kişilerin iradelerinin zorlanması neticesinde bir iştirak türü olarak belirlenebilecek bir faillik türü iken dolaylı failliğin diğer ortaya çıkış biçimleri arasında yer alan ve araç kişinin kastı olmaksızın davranması, tipik davranışının olmaması veyahut hukuka uygun hareket etmesine rağmen bir başkası tarafından suçun işlenişinde araç haline geldiği takdirde dolaylı faillik kurumunun, arka plandaki kişinin iştirak ilişkisi olmaksızın cezalandırılabilmesine zemin hazırlayan bir faillik türü olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

### **3.TCK'daki Çeşitli Düzenlemelerin, Dolaylı Faillik Kurumu ile İlişkisi**

Dolaylı faillik genel hükümler arasında düzenlenmektedir. Bu itibarla genel olarak kapsamına uyduğu ölçüde bu kurumun diğer genel hükümler gibi bütün suç tipleri açısından tatbik imkanı vardır. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun bazı özel hükümlerinde veya diğer bazı genel hükümlerinde de dolaylı faillığe ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 28 inci maddesinde cebir başlığı altında yer alan “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*” ifadesi dolaylı failliğin ortaya çıkış nedenlerinden sayılmaktadır. Bu durumda şahsın esasen kusur yeteneği vardır ancak bu kusur yeteneği bir başkası tarafından ortadan kaldırılmıştır. Bu kişinin araç olarak kullanıldığı açıktır. Bu açıdan bahse konu düzenlemeye neden gerek duyulduğu da anlaşılmamaktadır.

Kanun koyucu, 28 inci maddeye benzeyen ve geçici nedenleri düzenlediği 34 üncü maddede ise böyle bir düzenlemeye yer verme gereği duymamıştır. Bununla birlikte hipnoz edilerek, irade dışı uyuşturucu verilerek ya da bir kimya fabrikasında kalması saklanarak uyuşturucu madde etkisine giren şahsın üzerinde hakimiyet kurularak suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin dolaylı fail olduğu açıktır. Dolayısıyla yasa koyucunun genel bir hüküm ihdas ettikten sonra aynı hükmü çeşitli ortaya çıkış biçimleri açısından yeniden düzenleyip diğerleri açısından sessiz kalması

kanun tekniği açısından kanaatimizce tartışmaya açıktır. Yorumla ulaşılabilecek hususların kanunda zikredilmesine gerek olmadığını düşünmekteyiz.

Doktrinde 28 inci maddenin, kusur yeteneği ortadan kaldırılan kişileri kapsadığı için dolaylı failliğin, kusur yeteneğine sahip olmayan veya azalmış kişiler açısından ele alınması gerektiği şeklinde görüşe de itibar etmek gerektiği ifade edilmektedir<sup>651</sup>. Kanun koyucunun, 28 nci maddede yer alan bu düzenlemeye, 37 nci maddenin 2 nci fıkrasına rağmen yer vermesinden hareketle bu şekilde bir amaç güttüğü ve düşünülebilir. TCK'nın 34 üncü maddesinde yer alan hallerden birini teşkil eden kişinin irade dışı alkol alması, eğer arka planda yer alan kişi tarafından bizzat bu kimsenin suça yönlendirilmesi için gerçekleştirilmiş ise bu durum da araç kişinin durumu, cebir ile kusur yeteneği ortadan kaldırılan kişinin durumuna benzemektedir. Oysa kanun koyucu TCK'nın 34 ncü madde açısından böyle bir yol izlememiştir. Eğer kanun koyucu 28 nci maddedeki bu düzenlemeyi sadece kusur yeteneği ortadan kaldırılan kişiler açısından gerçekleştirmiş ise bu takdirde madde metninde bu duruma açık bir şekilde yer vermesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Yine intihara yönlendirme suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 84/4 üncü maddesinde *“İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar”*<sup>652</sup> şeklinde yer verilen düzenleme madde gerekçesinde *“dolaylı faillik”* olarak ifade edilmekte olup eğer bu bir dolaylı faillik durumu ise kanun koyucunun bunu 37/2.maddesine rağmen yeniden düzenlemesinin sebebi belirsizdir<sup>653</sup>. İleride izah edeceğimiz üzere bir takım ağır sonuçlar açısından buna sebebiyet veren kişinin dolaylı

<sup>651</sup> Şen, s.119.

<sup>652</sup> Madde gerekçesinde de bu durum *“Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir”* şeklinde ele alınarak mağdurun da dolaylı faillik açısından araç olarak kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Bu anlamda kişinin kendini öldürme kararı özgür iradesine, özgür sorumluluğuna bağlı ise intihardan, ancak bu özgür iradenin eksikliği halinde meydana gelen ölüm halinde ise dolaylı faillik yoluyla öldürmeden bahsedilebilir. **Zieschang**, 6.Kapitel, kn.670.

<sup>653</sup> Doktrinde bahse konu düzenleme olmasa dahi TCK'nın 37/2 nci madde gereğince failin kasten öldürme suçu bakımından dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. **Koca- Üzülmöz**, Ceza Özel, s.128.

fail olarak sorumlu tutulacağıın düzenlendiği iftira suçuna ilişkin 267/4.maddedeki “...dolaylı fail olarak sorumlu tutulur” ya da yalan tanıklık suçuna ilişkin 272/5. maddedeki “...dolaylı fail olarak sorumlu tutulur” ifadelerine de neden gereksinim duyulduğu da anlaşılmamaktadır.

Yukarıdaki tartışmalara yer verme nedenimiz suç tiplerini ya da kanun koyucunun suç ve ceza politikasını tartışmak olmayıp dolaylı failliğin mevcudiyetine rağmen bir takım özel düzenlemelerle tereddütlere yol açtığını ifade etmektir. Kanun koyucunun genel hükümler kısmında yer verdiği dolaylı faillik düzenlemesine rağmen çeşitli düzenlemelerle dolaylı failliğin genel bir hüküm olma niteliğini tartışılır hale getirmiştir.

Kanun koyucu genel kurala bazı hallerde istisnalar getirebilir. Bu durum kanun koyucunun cezalandırma politikası ile ilgilidir. Örneğin ileride ifade edileceği üzere Kanun’un 239/4 üncü maddesinde cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu anlamda dolaylı faillikten dolayı hüküm verilmesi halinde fail 239/1 inci madde gereğince daha az cezaya mahkum olacaktır<sup>654</sup>. Kaldı ki madde gerekçesinde bu hususa ilişkin olarak “*Maddenin dördüncü fıkrasında, bir kimsenin cebir veya tehditle bu madde kapsamına giren bir sırrı açıklamaya mecbur edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır*” şeklinde bir ifadeye yer verilerek bu durumun nedeni ayrıca gösterilmiştir. Bununla birlikte özel düzenlemelerin mümkün olduğu ölçüde genel düzenleme ile uyumlu olmasına ve genel hükümlerin varlığını tartışmalı hale getirmemesi noktasında dikkat edilmesi gerektiği şeklindeki kanaatimizi tekrar etmekteyiz.

#### **4.Dolaylı Faillik Açısından Araç Olarak Kullanma**

Dolaylı faillik bir kimseyi suçun işlenişinde “*araç olarak kullanmak*” şeklinde tarif edildiğine göre araç kavramını ayrıca incelemek gerekmektedir. Zira kavramın normatif ya da deskriptif açıdan yorumlanması farklı neticelere yol açacaktır. Araç

---

<sup>654</sup> Örnek için bkz. **Hakeri**, .s 532.

kavramı sözlükte “1. Bir iş yapmakta veya sonuçlandırmakta gücünden yararlanan nesne. 2. Taşıt 3. mec. Kişiler veya nesnelere arasında bağlantı sağlayan şey, vasıta” anlamına gelmektedir<sup>655</sup>.

TCK'nın 37 nci maddenin gerekçesinde “*Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır*” şeklinde yer alan ibareden kanunun araç olarak kullanılma kavramından “*suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ve hareketi üzerinde hakimiyet kurma*”yı anladığı söylenebilir.

Kanaatimizce müşterek faillik için gerekçede yer alan hakimiyete ilişkin ölçütler dolaylı faillik için de kabul edilebilir. Buna göre “*fiilin icrası veya sonuçsuz kalması eğer bir kimsenin elinde*” ise o kişi dolaylı faildir. Burada arka plandaki şahıs, araç kişinin ve dolayısıyla bu kişinin iradesi üzerinde hakimiyet ya da üstün bir hakimiyet kurmaktadır<sup>656</sup>. Bu üstünlük nedeniyle arka plandaki kişi araç şahsın fiilinden sorumlu tutulmaktadır<sup>657</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki araç olarak kullanılma, *insanın üzerinde kullanılan hakimiyet sebebiyle iradesinin kullanılması* şeklinde anlaşılması anlamına gelmektedir. Suçun işlenmesinde bir alet, eşya, hayvanın kullanılması dolaylı faillik olarak değerlendirilemez<sup>658</sup>. Aynı şekilde kişinin, eşya konumuna indirgenerek yani iradesi elinden alınarak kullanılması halinde dolaylı faillik değil doğrudan faillik söz konusudur. Burada kastettiğimiz irade, fiilin varlığı için gereken ve dış dünyaya yansıyan icrai ya da ihmali harekete yol açan bir kavram ya da psikolojik olarak belli bir amaca yönelik davranış olup kınanabilirlikle ilgili bir kavram değildir. Örneğin B'yi ne olduğunu anlamadan vitrine doğru iteleyerek C'ye ait camı kıran A, bu olayda B'yi bir eşya gibi kullanmış olup bu durumda fiil doğrudan doğruya A'nın kendi eseridir. İşte bu

---

<sup>655</sup> TDK Büyük Sözlük,  
[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56d310a429d590.69.951757](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56d310a429d590.69.951757)

(Erişim Tarihi 28.2.2016).

<sup>656</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.197; **Üzülmez**, s.84; **Dülger**, s.6. Aynı fikir için bkz. **Zieschang**, 6.Kapitel kn.665.

<sup>657</sup> **Zieschang**, 6.Kapitel kn.666.

<sup>658</sup> **Yıldız**, Dolayısıyla Faillik, s.235.

durumda dolaylı faillikten bahsedilemez<sup>659</sup>. Zira B'den sadır olan hareket ceza hukuku açısından B'nin fiili değildir.

Sonuç olarak dolaylı faillik, davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan ya da aldatılmak suretiyle yönlendirilmeleri mümkün olan kişilerin iradeleri ve fiilleri üzerinde hakimiyet kurulmasıdır. Kişinin pasif olarak bedenini kullanılması ise dolaylı faillik olarak nitelendirilemez. Fiil yoksa dolaylı faillik de söz konusu değildir<sup>660</sup>. Dolaylı failin kastının cezai hükümlerin bütün maddi unsurlarını kapsamaması gerektiği ifade edilmelidir<sup>661</sup>. Bu anlamda örneğin, arka plandaki kişinin suç işletmek istediği kişinin kusur yeteneği olmadığını sanarak suça sevk etmesine rağmen şahsın iradesi üzerinde hakimiyet kuramaması ihtimalinde dolaylı faillik değil azmettirme söz konusu olacaktır.

Araç kavramı doktrinde “*bir kimsenin yönlendirilerek somut olayda kastı olmayacak şekilde veya hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanacak şekilde fiilin işletilmesi*” olarak da ifade edilmiştir<sup>662</sup>. Ancak araç kavramı açısından asıl tartışma aracın tamamen iradesi olmayan herhangi bir cisim olarak mı sayılacağı yoksa onun da iradesinin var sayılması mı gerektiği konusundadır<sup>663</sup>. İlk durumda hareket doğrudan arka plandaki şahsın eseridir, oysa ikinci halde özellikle fiilin taksirli hali cezalandırılmakta ise araç şahıs taksirinden sorumlu tutulabilecektir<sup>664</sup>. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere araç şahsın fiili gerçekleştirme yeteneğinin bulunduğu hallerde ve bu eylemin taksirli bir sorumluluk halinin mevcut olması halinde araç şahsın taksirli fiili nedeniyle cezalandırılabilceğini ifade etmekteyiz.

Fiilin bir başkasının aracı olarak değil bizatihi fiili gerçekleştirenin eseri olarak kabul edilebilmesi, bu fiile bir başka kimse iştirak etmiş ise bu iştirakinin müşterek faillik, yardım etme veya azmettirme olarak kabul edilmesine neden olmaktadır<sup>665</sup>. Bu

---

<sup>659</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.197; **Aydın**, 146; **Mahmutoglu**, Kusurluluk, s.69; **Hakeri, Hakan**, *Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak*, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, Eylül 2006, s.98; **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.67.

<sup>660</sup> **Hakeri**, Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak, s.98.

<sup>661</sup> **Hilgendorf, Eric-Valerius, Brian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Auflage, München 2015, § 9, kn.53.

<sup>662</sup> **Zafer**, s. 475.

<sup>663</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, s.383,384.

<sup>664</sup> **Erem-Danışman-Artuk**, 383,384.

<sup>665</sup> **Jescheck- Weigend**, s.664.

durumda dolaylı failikten bahsetmeye imkan yoktur. Şunu da söylemek gerekir ki dolaylı faillik her zaman dolaylı failin arka planda yer almasını gerektirmez kimi hallerde araç kişiyi kullanmak isteyen kişi, araç kişi ile birlikte hareket edebilir. Bu durumda da dolaylı failliğin mümkün olduğu ancak bu durumun ancak suçun gerçekleşmesinin dolaylı failin eylemine bağlı olması halinde geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>666</sup>.

Doktrinde arka plandaki kişinin, bir kimse üzerinde, bu kişiyi aracı olarak kılma yani bu kişiyi kullanma ve kişiden yararlanma suretiyle olabileceği gibi bir başkasını aletleştirerek de egemenlik sağlanabileceği ifade edilmektedir<sup>667</sup>. Dolaylı faillik açısından aracı olarak kullanma ile araç olarak kullanma şeklinde bir ayırımın pratik bir yararı yoktur. Bununla birlikte araç kişiden sadır olan eylem eğer ceza hukuku açısından fiil dahi teşkil etmiyorsa (ör. A tarafından kuvvetlice cam bir vitrine itelenerek camın kırılmasına neden olan B'nin davranışı) bu takdirde dolaylı faillikten değil doğrudan faillikten bahsedilmelidir.

Kişinin kendisini suç işlemede bir araç haline getirmesi halinde ne şekilde davranılacağına da değinmek gerekmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere 28 inci maddeye göre cebir tehdit altında bir kimseye suç işleyen kimse araç olarak sayılırken kendisini suç işlemek için *araç* haline getiren kimseler hakkında açık bir düzenleme olmadığı ifade edilmektedir<sup>668</sup>.

Esasen suç işlemede başkasını araç olarak kullanan kişi deyimi, suç işleme düşünce, irade ve niyetinde olmamasına karşın bir başkasının üstün kuvvet ya da üstün bilgi yoluyla bir başkasının üzerinde hakim olunması anlamına gelir. Bu açıdan kişi zaten suç işlemeye hazır ve bir başkası tarafından suçun işletilmesinde kullanılacağı konusunda herhangi bir baskı irade olmaksızın rıza içerisinde ise ortada dolaylı faillik yoktur. Bu durumda genel iştirak hükümlerinin tatbik edilmesi mümkün olabilir. Soyut bir yalan veya basit bir beyan ile hataya düşürülme durumunda da araç olarak kullanma

---

<sup>666</sup> Jescheck- Weigend, s.665.

<sup>667</sup> Üzülmüş, s.84.

<sup>668</sup> Hafizoğulları, Zeki- Özen, Muharrem, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, Polis Dergisi, Y.:11 S:45, Ankara 2005, s.109.

veya kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulmasından söz edilemez. Esasen bu durum her somut olayda ayrı ayrı incelenmeye muhtaç bir durumdur.

Kişinin, fiili kendi fiili mi yoksa bir başkasının aracı olarak mı işlediği konusu hakkında şu şekilde bir değerlendirme yapılabilir. Örneğin terör eyleminde bulunmak isteyen bir kişinin üzerindeki patlayıcıları infilak ettirme konusunda tereddüt yaşadığını gören kişinin ona verdiği bir hapla acı hissetmeyeceğini söylemesi halinde şahıs kendi iradesiyle kusurluluğunu ortadan kaldırdığı için dolaylı faillikten bahsedemeyiz. Zira bu durumda esasen sebebinde serbest hareketler nedeniyle şahsın kişisel sorumluluğu mevcuttur<sup>669</sup>. Bu halde araç olarak kullanılma değil, suçun işlenişine yardım mevzu bahistir. Tabi eğer sağlanan katkı, yardım boyutunu aşan bir durumda ise artık müşterek faillikten bahsetmek de mümkündür. İki kişiden biri bir terör eylemi kendisine patlayıcı düzeni kurmuş, yaptıkları plan gereğince uyuşturucu madde almış ve diğer kişiden de kendisini uzaktan kumanda ile patlatmasını istemiş olması halinde her iki kişinin de terör eylemi açısından müşterek fail olduğu aşıkardır.

Bir kimseyi hataya düşürerek onu araç olarak kullanmaktan bahsedilebilmesi için suça sevk edilen kişinin davranışının gerçekten bu kişi üzerinde egemenlik kurmaya elverişli olup olmadığının araştırılması zorunludur<sup>670</sup>.

Son olarak kişinin, zayıf yönünü kullanmak suretiyle suç işletilmesi halinin dolaylı faillik kapsamında görülebileceği hususu doktrinde ifade edilmesine karşın kanaatimizce bu konuda bir genelleme yapılamaz. Doktrinde paraya ihtiyaç duyan kişiye suç işlemesi karşılığında para vermek, kendisi veya eşinin karnını doyurması için ekmek veya yemek vermeyi vaat etmek dolaylı faillik kapsamında sayılmasına karşın<sup>671</sup> kanaatimizce bu durumda eğer zorunluluk hali boyutunda bir mecburiyet yoksa azmettirmeden bahsedilmelidir. Zira bahse konu durumlar, kişiye bir başkasına zarar verme hakkını vermemektedir.

---

<sup>669</sup> 34/ (2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

<sup>670</sup> Konuya ilişkin olarak verilen örnek bir olayda tıbbi müdahaleye ilişkin rıza konusundan mevzuatın değiştiği konusunda söylenen yalanan inanan doktoru kandıran kişinin doktor üzerinde -doktorun bu beyana karşın araştırma ve bilme yükümlülüğü nedeniyle – hakimiyet kuramayacağı şeklindedir. **Sözür**, s.115.

<sup>671</sup> **Şen**, s.120.



## 5.Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri

### A.Genel Bilgi

Dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimlerine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. Bu anlamda, kişinin eyleminin tipik olmaması, eylemin hukuka uygun olması, araç olan kişinin cebir, tehdit veya korkutma altında suç işlemesi, araç kişinin yanıltılması, amirin emrinin hukuka aykırılığının denetlenmesinin mümkün olmaması gibi haller bu duruma örnek olarak verilmektedir<sup>672</sup>.

Alman doktrinde suçun maddi veya manevi unsurları konusunda yanılğı içinde olma, failin suçun unsurları konusunda bilgisiz olması, failin hukuka uygun hareket etmesi (ör:polisin, aslında suçsuz olduğunu bilmediği B'yi A'nın iftirası sonucu yakalaması), failin mazur görülebilir savunma altında kusuru olmadan suç işlemesi ve failin kusurunun olmaması gibi hallerde araç olarak kullanmanın varlığından bahsedilmektedir<sup>673</sup>. Alman hukukunda dolaylı failliğin olay gruplarının kademeli bir biçimde doktrin ve yargı içtihatlarıyla geliştirildiği ifade edilmektedir<sup>674</sup>.

Türk hukukunda da benzer durumun söz konusu olduğu ifade edilebilir. Gerçekten kanunda bazı özel dolaylı faillik hallerine yer verilmekle beraber genel hükümlerde dolaylı faillik türlerine ayrıca temas edilmemiştir. Belirtelim ki dolaylı failliğin ortaya çıkış türleri açısından kesin bir sınır koyulması mümkün olmayıp bu anlamda bu durum bir eksiklik olarak görülemez. Aşağıda yapacağımız sınıflandırma için verilecek örneklerde çeşitli ortaya çıkış biçimlerinin birbiriyle bağlantılı olarak tek bir olayda gerçekleşmesi mümkündür.

---

<sup>672</sup>Yıldız kusur yeteneği olmayan kişilerin tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten suç işlemleri halinde dolaylı faillik değil, iştirak hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir. **Yıldız**, Seminer, s.119.

<sup>673</sup> **Bohlander, Michael**, Principles of German Criminal Law, Oregon 2009, s.156.

<sup>674</sup> **Jescheck-Weigend**, s.665.

## B.Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimlerine İlişkin Doktrin, İçtihat ve Kanuni Düzenleme

Bir kişinin, bir başkasının iradesi üzerinde hakimiyet kurması bir çok şekilde gerçekleşebilir. Bu anlamda dolaylı failin hangi şekilde hakimiyet kurduğundan hareketle dolaylı faillik türlerinin ayrılabilceği ifade edilmektedir<sup>675</sup>.

Doktrinde bu durum açısından çeşitli sınıflandırmalara rastlanılmaktadır. *Koca-Üzülmez*, “a.Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet, b.aracının hareketinin tipik olmadığı hallerde iradeye hakimiyet, c.hatadan yararlanmak suretiyle iradeye hakimiyet, d.aracının hukuka uygun hareketinden yararlanmak suretiyle iradeye hakimiyet, e.Organize suç örgütlerinin gücünden yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet, f.kusur yeteneği yokluğundan yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet”<sup>676</sup> şeklinde bir sınıflandırma yapmaktadır.

*Önder*, 765 sayılı Kanun döneminde “asli failin kusur yeteneğinin olmaması, asli fiilin kasten işlenmemesi olması, asli failde suç tipindeki saikin olmaması, asli failin kendine karşı suç işletmiş olması, asli maddi faili hukuka uygunluk sebebi içine sokarak suç işletilmesi, asli maddi failin yanılğıya sevk edilmesi” durumlarını dolaylı faillik kapsamında ele almıştır<sup>677</sup>. *İçel*, dolayısıyla faillik hallerini hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı konusunda hataya düşürmek, kusur yeteneğine sahip olmamak, özgü suçlar açısından gerekli faillik niteliklere sahip kişilerin araç olarak kullandırılması gibi hallerle ifade etmektedir<sup>678</sup>.

*Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır*, araç olarak kullanmaya örnek olarak “kusur yeteneği olmayan, cezalandırılmayan veya kusurlu sayılmayan bir insanı, bir suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanmak” şeklindeki hareketleri genel bir biçimde göstermiştir<sup>679</sup>. *Sözür*, bu halleri, kusur yeteneği olmayanları kullanma, organize yapıları kullanma ve hataya düşürme yoluyla dolaylı faillik olarak

---

<sup>675</sup> **Weddig**, s.18.

<sup>676</sup> **Koca-Üzülmez**, s.454 vd.

<sup>677</sup> **Önder**, s.498.

<sup>678</sup> **İçel**, s.544 vd.

<sup>679</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 662.

sınıflandırmaktadır<sup>680</sup>. *Hakeri* asli failin fiili kasten işlememiş olması, asli failin kendisine karşı bir suçu işlemiş olması, asli failin hukuka uygunluk sebebi içine sokularak bir suçun işletilmiş olması, asli failin kusur yeteneğine sahip olmaması, asli failin cebir veya tehdit kullanarak suç işlemlerini dolaylı failliğin ortaya çıkmasını örnek göstermektedir<sup>681</sup>.

*Özgenç* hakimiyetin kurulma şekillerini dolaylı failliğin yanılgı veya fiili icra eden üzerinde yapılan cebir veya tehdit olarak saymaktadır<sup>682</sup>. *Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe* dolaylı failliği kısaca kusur yeteneğine sahip olmama, kendisinde cezasızlık nedeni bulunan bir kimseyi kullanma, ya da kişiyi hataya düşürme olarak ele alırken <sup>683</sup> *Öztürk-Erdem*, dolaylı failliği araç kişinin yanılgısı, cebir ve tehditle zorlama, failin kusurunun bulunmaması durumlarıyla örneklendirmektedir<sup>684</sup>.

Dolaylı failliği bir iştirak türü olarak görmeyen yazarlardan *Soyaslan*, dolaylı faillik açısından araç olarak kullanılma durumlarına örnek olarak isnat kabiliyeti olmayan kişilere suç işleme kararı verdirilmesi, şahsi cezasızlık sebebi olan kişilerin suçta kullanılması, cebir-şiddet veya tehdit sonucu şahsa suç işletilmesi ve yanıltılması suretiyle şahsın hataya düşürülerek suç işletilmesi göstermektedir<sup>685</sup>.

Yargıtay ise “*Dolaylı faillik için suç işleme iradesi bulunan failin, aslında suç işleme kastı ve niyeti bulunmayan üçüncü kişiyi zorlama/ hatasından faydalanma/ aracının hukuka uygun hareketinden yararlanma/ organize suç örgütlerinin gücünden yararlanma yoluyla iradeye hakimiyet/ kusur yeteneğinin yokluğundan yararlanma*

---

<sup>680</sup> **Sözüer**, s.41.

<sup>681</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel, s. 531.

<sup>682</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.544. Bunlara bir üçüncü yol olarak organize suç örgütlerindeki emir komuta zinciri de eklenmektedir. **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.69.

<sup>683</sup> **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.507.

<sup>684</sup> **Öztürk-Erdem**, s.371. Yazarlar ikili bir ayırım yaparak baskın bilgi nedeniyle dolaylı faillik (tipiklik düzeyinde dolaylı faillik, hukuka aykırılık düzeyinde faillik ve kusur düzeyinde faillik) ve araç kişinin hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşme koşullarında yanılgı şeklinde ele almışlardır. **Öztürk-Erdem**, s. 383-386.

<sup>685</sup> **Soyaslan**, s. 484.

*yoluyla iradeye hakimiyet şekillerinde gerçekleşebilir*” şeklindeki içtihadı ile dolaylı failliğin hangi hallerde oluşabileceğine işaret etmektedir<sup>686</sup>.

Dolaylı faillik açısından genel olarak irade üzerinde ya da bilgi üzerinde hakimiyet yoluyla kişinin suçta araç olarak kullanıldığı ifade edilebilir. Örneğin arka plandaki kişinin, bir kimseyi suç işlemeye zorlaması halinde irade üzerinde üstün bir hakimiyet bulunmakta –*zorlayıcı hakimiyet*- bu nedenle suçu işleyen kişi işlenen fiilden sorumsuz olmakta iken (ör. StGB. § 35) Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk durumu) arka plandaki şahıs sorumluluk prensibi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır<sup>687</sup>.

Araç kişinin suçun bütün unsurlarını tamamen gerçekleştirme durumu veya bir başka ifade ile dolaylı failliğin tam kastla hareket eden kişi aracılığıyla gerçekleştirilmesi ise fail arkasında fail olarak adlandırılmaktadır<sup>688</sup>. Alman doktrininde *Roxin* dolaylı faillikte araç olma durumunu irade üzerinde hakimiyetin zorlama, hata veya organize örgüt aracılığıyla sağlanabileceğini ifade etmektedir ki yazara göre bunun haricindeki hakimiyet sağlama durumları bu kapsamda düşünülemez<sup>689</sup>. İlk başlarda arka plandaki kişinin hangi durumlarda dolaylı fail olarak kabul edileceği konusunda tartışma mevcutsa da *Roxin*'in 1963 tarihli “*Täterschaft und Tatherrschaft*” isimli eserle bu konuya ilişkin oldukça önemli katkılar sağlandığı ifade edilmektedir<sup>690</sup>.

Kanunda bir kimsenin ne şekilde araç olarak kullanılacağı açıkça belirtilmemiştir. Kanun koyucu 37/2 nci maddede düzenlediği dolaylı faillik kavramına kimi özel kimi genel düzenlemelerde de açık ya da kapalı şekilde yer vermiştir. Bununla birlikte araç olarak kullanılma durumunun kanunda sınırlı olarak sayılması kanaatimizce gerekli değildir. Bu durumun uygulamaya bırakılması, yargıyı bu anlamda sınırlandırmamak anlamında isabetlidir.

---

<sup>686</sup> **Yarg. 12.CD., 20.01.2014, 2013/2231, 2014/832.** Karar için bkz. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C:1, 2.Baskı, s.1242.

<sup>687</sup> **MK-Joecks**, § 25, kn.58.

<sup>688</sup> **Ebert**, s.197.

<sup>689</sup> **Roxin**, AT, § 25, kn.46.

<sup>690</sup> **Nack, Armin**, *Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe*, GA 2006, s.342.

Bir kişinin hangi suçlarda ve ne şekilde araç olarak kullanılacağına ilişkin bir sınır ortaya konulması esasen mümkün de değildir. Ancak kişilerin ne şekilde araç olarak kullanıldıklarına ilişkin olarak dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri yol göstericidir.

Yukarıda arz etmeye çalıştığımız üzere dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri doktrinde farklı şekillerde sınıflandırılmıştır. Çalışmamızda bu sınıflandırmaları da dikkate almamıza rağmen, dolaylı failliğin, suçun unsurları ve kusurluluk ile ilişkilendirilerek ifade edilmesinin daha anlaşılabilir olduğu kanaatiyle bu usulü tatbik etmeyi daha yararlı görmekteyiz. Bu nedenle özellikle dolaylı failin araç kişiyi hataya düşürmesi açısından yukarıdaki sınıflandırmalardan farklı bir sınıflandırma ortaya çıktı. Hata konusu suçun unsurları ve kusurluluk ile ilgili olduğundan söz konusu durumların dolaylı failliğin ortaya çıkış türleri açısından tek bir başlık altında bulunması yerine ilgili kısımlarda (ör. Failin kasten hareket etmemesi) yer verilmesi tercih edilmiştir.

### **C.Dolaylı Faillik Açısından İrade Üzerinde Egemenlik Durumunun Tespiti**

5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinin gerekçesinde yer alan “*Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hakimiyet kurmaktadır ve bu hakimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır*” şeklindeki ifade Kanun koyucunun müşterek faillik açısından aradığı fiil üzerinde hakimiyet kurma şartının dolaylı faillik açısından doğrudan gerçekleşmeyip suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren kişinin ve dolayısıyla bu kişinin hareketi üzerinden dolaylı olarak gerçekleşmesini aradığını göstermektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere faillik türlerinden olan doğrudan faillik hareket üzerinde; dolaylı faillik ise irade üzerinde hakimiyeti, müşterek faillik ise fonksiyonel bir hakimiyet gerektirmektedir<sup>691</sup>. Sonuç olarak dolaylı faillik açısından da faillik durumunun fiil egemenliği kriterleri ile izah edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>692</sup>.

Kanun koyucunun madde gerekçesinde yer verdiği “*şahsın ve hareketinin üzerinde hakimiyet kurmaktadır*” ifadesi dolaylı faillik açısından egemenliğin türünün

<sup>691</sup> Roxin, AT, § 25, kn.28; Haas, s.522.

<sup>692</sup> Sınar, s.61; Üzülmez, s.84.

daha açık şekilde tespitini gerekli kılmaktadır. Zira örneğin gerekçede yer alan şahsın üzerinde hakimiyet eğer kişinin iradesini ortadan kaldıracı mutlak bir irade olarak anlaşılırsa bu durumda dolaylı faillik değil doğrudan faillik söz konusu olacaktır. Dolaylı faillik kimi haller açısından araç kişinin iradesi üzerinde egemenlik sağlamak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle madde metninin gerekçesinde yer alan şahsın ve hareketinin üzerinde hakimiyet kavramı araç kişinin iradesi üzerinde egemenlik kavramının izahını gerektirmektedir.

Dolaylı faillik açısından irade üzerinde egemenlik kavramı ele alınırken her iradi etkileşimin egemenlik olmadığı ifade edilmelidir<sup>693</sup>. Bu durum azmettirme ve yardım halinde de iradi etkileşim olduğu ancak bunun egemenlik anlamına gelmediği şeklinde ifade edilmektedir<sup>694</sup>. Gerçekten gerek 5237 sayılı TCK'nın 39 ncu maddesinde çeşitli yardım etme biçimleri zikredilmiş<sup>695</sup>, doktrinde kanunda açıkça belirlenmemesine ve aynı fıkralarda yer almalarına karşın *suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek* manevi yardım; *fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak* ise maddi yardım olarak tasnif edilmiştir<sup>696</sup>.

Suçun işlenmesine yardım etme, failin işlediği suça nedensel bir katkıda bulunmaktan ibarettir. Eğer bu katkı suçun işlenişi üzerinde hakimiyete yakın bir oranda kolaylaştıracak bir seviyeye varıyor ise artık yardımdan değil müşterek faillikten

<sup>693</sup> **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.144; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.128.

<sup>694</sup> **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.144; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.129.

<sup>695</sup> 5237 sayılı TCK'nın 39'uncu maddesi yardım etmeyi düzenlemiştir. Madde; "(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hâllerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

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

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

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak" şeklindedir.

<sup>696</sup> **Centel-Zafer-Çakmut**, s.505 vd.; **Koca-Üzülmez**, s.487 vd.; **Hakeri**, s.558 vd.; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.553. İçel de bu ayırımı fer'i maddi iştirak ve fer'i manevi yardım şeklinde ele almaktadır. **İçel**, s.553 vd. ayrıca bkz **Tan C:II**, s.1648.

bahsedilebilir. Bu anlamda katkı, müşterek faillikte olduğu gibi fiil üzerinde hakimiyet seviyesinde değildir<sup>697</sup>.

Bu ifadeler daha ziyade müşterek faillik ile yardımcı birbirinden ayıran kriterler olarak dikkate alınmaktadır. Benzer bir biçimde bir kimsenin başka bir kimse üzerinde maddede yer alan manevi yardım biçimlerini tatbik etmesi halinde de bu fiilleri gerçekleştiren kişinin eylemleri bir kimseyi suça sevk etme konusunda iradi olarak etkilemektir. Oysa dolaylı faillik açısından önemli olan bu kişinin iradesini etkilemek değil iradesine hakim olabilmektir. Örneğin suç işleme fikrinde olan bir kimseye bu suçun nasıl işleneceğinin yolunu gösterme halinde şahsın iradesi etkilenmiş olsa dahi bu durum irade üzerinde hakimiyet anlamına gelmemektedir. Eğer aynı kişi, hasmını bir başkasına öldürtmek üzere hazırladığı plan doğrultusunda o kişinin bilgisizliğinden de istifade ederek yol göstermek suretiyle suça sevk ederse artık bu durumda dolaylı faillikten bahsetmek mümkün olabilmektedir.

Azmettirme açısından ise çalışmamızın son kısmında belirttiğimiz üzere aklında suç işleme düşüncesi olmayan bir kişiyi belirli bir suçu işlemeye yönelik sevk mevcuttur ki suça yönlendirilen kişinin suç işleme yönünde özgür bir iradesinin bulunması, bu durumu dolaylı faillikten ayıran bir kriterdir.

*Roxin*, doğrudan fail üzerinde az ya da çok etki yapmış olan kişinin irade üzerinde hukuki manada egemenlik kurmuş olmayacağını zira sorumluluğun iradenin kontrolünü elinde tutan kişinin elinde olduğunu ifade etmektedir<sup>698</sup>. *Özgenç* de ikrah ve tehdit altında hareket eden kişiler açısından sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde arka plandaki şahsın iradi hakimiyetinden bahsedilmesi gerektiğini sorumluluk prensibinden hareketle izah etmektedir<sup>699</sup>.

İrade üzerinde egemenlik açısından bireysel vakıllar açısından son ve yetkin karar aldırılmasının ne zaman gerçekleşeceği şeklindeki soruya *Roxin* arka plandaki kişi tarafından mazeret durumuna zorlanan kişiler açısından eleştirilmeksizin kabul edilen bir varsayım olarak kabul edilen hakimiyet durumunun her durumda dikkatli bir şekilde

<sup>697</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.677; **Hakeri**, s.560.

<sup>698</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.143, s.144.

<sup>699</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.229.

gözden geçirilmesi ve hiçbir durumda doğrudan kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>700</sup>.

Dolaylı faillik durumunda faillik arka plandaki kişide gerçekleşmektedir. Bu nedenle failliğin gerektirdiği şartların daha önce de ifade edildiği gibi dolaylı failde arandığı ifade edilmektedir. İşte bu sebeple araç kişinin cezalandırılabilirliğinin ya da eyleminin tipe uygun olup olmamasının, arka plandaki kişinin dolaylı failin sorumluluğuna etki etmediği ifade edilmektedir<sup>701</sup>.

Arka plandaki kişinin, araç kişi üzerinde hakimiyeti ne şekilde tesis ettiğine ilişkin olarak TCK'nın 37 nci maddesinin metninde yahut gerekçesinde herhangi bir açıklama mevcut değildir. Bununla birlikte dolaylı failiğin ortaya çıkış biçimleri genel olarak hakimiyetin ne şekilde tesis edildiğine de işaret etmektedirler. Bu anlamda genel olarak araç kişinin hataya düşürülmesi, hatasından yararlanılması, bilgi eksikliğinden yararlanma veya iradesi üzerinde zorlama yoluyla hakimiyet sağlanması söz konusu olmaktadır.

### **C.Tipiklik Unsuru ve Dolaylı Faillik İlişkisi**

#### **a. Suçun Araç Kişi Açısından Tipik Olmaması**

##### **aa.Genel Bilgi**

Tipiklik unsuru suçun temel unsurudur. İşlenen fiilin tipik olmaması halinde ortaya çıkan davranış, kanunilik ilkesi nedeniyle suç teşkil etmeyecektir. Fail açısından suç teşkil etmediği takdirde, araç kişiyi kullanarak eylemi gerçekleştiren kişiyi cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde tipiklik unsuru *araç kişinin hareketinde değil arka plandaki şahsın araç kişi üzerindeki hakimiyetinde* araştırılmalıdır<sup>702</sup>. Doktrinde korunan hukuki değer sahibinin icra hareketleri

<sup>700</sup> **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.144.

<sup>701</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.67.

<sup>702</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.74.



gerçekleştirmesi durumunda, arka plandaki kişinin dolaylı fail olduğu ifade edilmektedir<sup>703</sup>.

Araç kişinin tipik olmayan hareketi gerçekleştirmesi açısından çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Bu ihtimaller açısından, dolaylı failin araç kişinin hatasını kullanması, araç kişinin cebir altında olması veya algılama ve iradesinin zayıf olması gibi haller örnek olarak gösterilmektedir<sup>704</sup>. Arka plandaki kişi, araç kişinin iradesi üzerinde baskın bilgisi nedeniyle hakim olmakta ve tipik olmayan suçu işletmektedir<sup>705</sup>.

### **bb. Kişinin kendisine karşı suç işletilmesi**

Bilindiği üzere ceza hukuku açısından faillik ve mağdurluk sıfatı aynı kişide birleşmez. Kısacası bir kimse aynı suçun hem faili hem mağduru olamaz. Ancak kişilerin aldatılmak ya da cebir veya tehdit sonucunda kendilerine karşı suç işletilmesi halinde Kanun'un 37/2 nci maddesi gereğince bu suçu işleten kişiler dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceklerdir<sup>706</sup>.

Tipiklik açısından bu durum özellikle araç kişinin kendine zarar verdirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>707</sup>. Örneğin bir kimseye, başkasının malı olduğu söylenerek kendi malına zarar verdirilmesi halinde kişi, kendisine karşı suç işlemektedir. Yine kişinin bir başkasına kendi kendini yaralatması, öldürtmesi de bu kapsamdadır<sup>708</sup>. Alman doktrininde verilen bir örnekte ifade edildiği üzere W'nin üstün etkisi sonucu kendisi öldüren T'nin eyleminin 5237 sayılı TCK, anlamında nitelikli öldürme anlamındaki StGB'nin 211 inci maddesinin gerektirdiği bir başka kimse şartı anlamındaki tipikliği karşılamadığı görülmekle birlikte T'nin, W'nin ölümüne, iradesi

<sup>703</sup> Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.74.

<sup>704</sup> Koca-Üzülmez, s.456; Üzülmez, s.86; Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.74.

<sup>705</sup> Öztürk-Erdem, s.384.

<sup>706</sup> Sınar, s.67.

<sup>707</sup> HSK-Kudlich, § 25, kn 22; Bu durumda araç kişi ile mağdur aynı olmaktadır. Murmann, § 27, kn. 22. Karşı konulamaz baskı neticesinde kişinin kendini öldürmeye ya da yaralamaya zorlanması bkz. Jescheck-Weigend, s.665.

<sup>708</sup> Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmann) § 25, kn.9.

üzerinde hakimiyet kurma bakımından neden olması onu kasten öldürme suçunun dolaylı faili haline getirmektedir<sup>709</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere bir kimsenin kendi malına zarar vermesi (*başkalarına ve topluma zarar vermediği ölçüde*) mala zarar verme suçu teşkil etmez<sup>710</sup>. Bu durumda şahsa kendi malına zarar verdiği için ceza verilemeyeceği için bağlılık kuralı gereğince onu suça sevk eden arka plandaki şahıs da cezalandırılmayacaktır. Bu takdirde dolaylı faillik hükümlerinin tatbikiyle, arka plandaki şahsa *bir başkasının malına zarar verme* suçundan ceza verilmesi mümkün olacaktır<sup>711</sup>. Arka plandaki şahsın failliği kabul edilmeseydi iştirak gündeme gelecek ancak bu seferde araç kişinin davranışı azmettirme veya yardım etme kapsamında değerlendirilmeyecekti<sup>712</sup>. Esasen örneğin mala zarar verme durumunda malın sahibinin rızası söz konusu olsa da buradaki rıza geçerli bir rıza değildir<sup>713</sup>.

Tehditle bir kimseye, kendine karşı suç işletilmesi halinde tehdit fiilinin failinin, işletmek istediği suç açısından da dolaylı fail, olarak kabul edilmektedir<sup>714</sup>. Hırsızlık suçu açısından olaya yaklaşırsak, arka plandaki kişinin bir kimseyi kandırarak başkasına ait olduğu zannıyla araç kişiye ait olan malı kendine getirtmesi halinde hırsızlık suçu araç kişi açısından gerçekleşmeyecek ancak arka plandaki kişi açısından dolaylı faillik söz konusu olacaktır<sup>715</sup>.

Alman hukuku açısından kişinin, bir başkasını kendi kendine zarar verme halinde dolaylı faillikten bahsedilmesi için araç şahsın tipiklikte hataya düşmesi (StGB §16/1/1), sorumluluğun olmaması (JGG, *Jugendgerichtsgesetz* -§ 3), kusur yeteneğinin

<sup>709</sup> **Ebert**, s.194. Belirtelim ki 211.maddede yer alan *Mord* olarak ifade edilen suç tipi nitelikli adam öldürme olarak tanımlanabilecekken 212.maddede yer alan *Totschlag* ise 211.maddede yer alan nitelikli haller haricindeki kasten öldürme suçuna karşılık gelmektedir.

<sup>710</sup> 5237 sayılı TCK m. 151 “ (1) *Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*” şeklindedir.

<sup>711</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s. 545; **Koca-Üzülmez**, s.456; **Üzülmez**, s.86.

<sup>712</sup> **Hilgendorf-Valerius**, § 9, kn.28. Bu ölçütün başkasına zarar vermede dolaylı faillik ile kendine zarar vermeye azmettirmeyi birbirinden ayırmak için de geçerli olduğu belirtilmektedir. **Hilgendorf-Valerius**, § 9, kn.28.

<sup>713</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s. 238.

<sup>714</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel, s.545.

<sup>715</sup> **Sınar**, s.67.

olmaması (StGB. §19,20) veya kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret hali (StGB. § 35/1) gibi bir durumun mevcut olmasının arandığı ifade edilmektedir<sup>716</sup>. Yine kendine zarar vermeye ilişkin olarak yukarıda ifade ettiğimiz üzere zorla kendisine zarar verme yanında hata yoluyla kendine zarar verme durumu da mevcuttur ki bu duruma örnek olarak önceden içine zehir konulan kahveyi bir başkasına ikram etme gösterilmektedir<sup>717</sup>. Hata yoluyla kendine zarar verme bakımından dolaylı faillik mevcut olması için bu örnekteki gibi mağdurun arka plandaki kişi tarafından hataya düşürülmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>718</sup>. Zira kişinin kendine zarar vermesi halinde objektif unsur gerçekleşmemektedir<sup>719</sup>.

Bir kimseyi aldatmak suretiyle kendisine öldürücü hareketi yapmasını sağlama halinde doğrudan faillik ile dolaylı faillik kimi zaman birbirine yaklaşmaktadır. *Hakeri*, bu duruma ilişkin olarak verdiği bir örnekte sürekli şarabını çalan bir kişiden kurtulmak isteyen bir kişinin zehir konulan şişenin üstüne şarap yazmak suretiyle öldürülmesi halinde dolaylı faillikten bahsetmektedir<sup>720</sup>. 765 sayılı Kanun'da yazılan bir eserde de kastı bertaraf eden bir yanılığa düşürülerek ölüme sebebiyet verilmesi örneğinin bir kimseyi elektrik olmadığına ikna ederek elektrik yüklü bir kabloya dokundurarak ölümüne neden olunması halinde arka plandaki şahsın dolaylı fail olarak sorumlu olacağı ifade edilmektedir<sup>721</sup>. Buna karşın doktrinde bu örnekte kişinin doğrudan fail olduğu, dolaylı faillik durumu olmadığı da ifade edilmektedir<sup>722</sup>.

*Özgenç*, konuya farklı bir örnekle yaklaşmaktadır. Yazar, bir binaya yerleştirilen patlayıcı maddeyi ateşleme mekanizmasının bir lamba düğmesinin çevrilmesine bağlı olması ve hiçbir şeyden haberi olmayan bir kimsenin bahse konu fiili gerçekleştirmesi halinde bu mekanizmayı kuran kişi açısından mekanizmayı harekete geçiren kişi her ne kadar ölü bir araç gibi ise de bu mekanizmayı hazırlayan kişinin neticeye giden olaylar açısından üstün bir bilgiye sahip olduğu ve olayın akışını bilinçli

---

<sup>716</sup> Araç kişinin cezai sorumluluğunun bittiği yerde dolaylı failin sorumluluğunun başladığını savunan bu görüşe mazeret ya da aklama çözümü (*Exculpationslösung*) denilmektedir **Hilgendorf-Valerius**, § 9, kn.29.

<sup>717</sup> **Murmann**, § 27, kn.22.

<sup>718</sup> **Murmann**, § 27, kn.24.

<sup>719</sup> **Weddig**, s.21.

<sup>720</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s.545.

<sup>721</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.238.

<sup>722</sup> **Aydın**, s.163.

bir biçimde yönlendirdiğini ifade etmektedir. Yazar bu noktada arka planda yer alan şahsın dolaylı fail değil doğrudan fail olduğunu zira dolaylı failin neticeye giden olayları değil bizzat araç kişiyi yönlendirmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>723</sup>.

Kanaatimizce yukarıda verilen bazı örneklerde dolaylı faillik değil doğrudan faillik söz konusudur. Eğer fail, kasten öldürme suçu açısından araç olarak bir kimseyi suçun işlenmesinde kullanmamakta bizzat hazırladığı plan doğrultusunda şahsı öldürmekte ise bu durumda doğrudan faillik söz konusudur. Bu durumda da araç olarak kullanılan *kişi* değil kanaatimizce öldürme fiilinde kullanılan eşyadır<sup>724</sup>. Aksi halde bir kimsenin evinin önünde gürültü yapılması, ya da bahçesinin ateşe verilmesi gibi tuzaklarla dışarıya çıkarılmasından yararlanarak evin önünde kazdığı çukura şahsı çukura düşürmek, ya da patlayıcı bir mekanizmayı harekete geçirmek suretiyle öldürmek halinde de *dolaylı faillikten* bahsedilmesi gerekir ki bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce bahse konu fiillerin tamamında faillik türü, *doğrudan faillik* olarak kabul edilmelidir. Bu kişinin egemenlik teorisi açısından fail üzerinde değil fiil üzerinde tek başına egemenlik sağladığını söyleyebiliriz. Zira bu durumda şahs fiili bir başkasının iradesine bırakmamış, olayın seyrini fiil üzerinden yönlendirmiştir. Ancak elektrikle yüklü olan bir kabloya bir kimsenin ikna edilerek dokunmasını sağlama durumu açısından kanaatimizce de iknanın boyutunu dikkate alarak dolaylı faillikten bahsedilmesi uygun olacaktır.

Bir kişinin, ölmesini istediği kişinin şırıngasına ilaç değil zehir koyarak iğneyi enjekte eden kişiye vermek suretiyle hedefine ulaşması halinde artık burada bir başka kimse suçta araç olarak kullanılmıştır<sup>725</sup>. Bu durumda arka plandaki şahsı *baskın bilgi*<sup>726</sup> nedeniyle sorumludur. İfade ettiğimiz üzere kanaatimizce kişiyi öldürmek gayesiyle plan yapıp hataya düşürmek tek başına dolaylı faillik değil, öldürme için gerçekleşen hazırlık veya icra hareketleridir. Durum, her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir.

<sup>723</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s. 202, 203.

<sup>724</sup> *Aydın* da zehirle dolu olan şişe üzerine şarap yazarak bir kimsenin bu şişeyi alıp içindeki zehri şarap sanarak içmesi suretiyle ölümüne neden olunması halinde dolaylı faillik değil sinsi bir plan yoluyla bir kimseyi öldürülmesinin söz konusu olduğunu ve fiili gerçekleştiren kişinin de dolaylı fail değil doğrudan fail olduğunu ifade etmektedir. **Aydın**, s.163.

<sup>725</sup> **Tan**, s.1570; **Öztürk-Erdem**,s.383; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.1122.

<sup>726</sup> **Öztürk-Erdem**, s.383; **Demirbaş**, s.495.

Kişinin kendi kendine zarar verdirilmesine örnek olarak gösterilen ve Almanya’da meydana gelen bir olayda O, öğretmeni ve hayati konularda danışmanı olan A’ya körü körüne bağlıdır, A kendisinin Sirius adındaki bir gezegenin sakini olduğunu , dünyaya bir görev ile geldiğini, O’nun da dahil olduğu bazı kişilerin öldükten sonra Sirius veya başka bir gezegende yaşamalarına devam etmeyi sağlamakla görevlendirildiğini söyler ve bu amaçla bir süre, tanınan bir Rahip olan Uliko’dan meditasyon dersi aldırır. O, ödeme için banka kredisi sağlar. O’nun artık ikna olduğuna inanan A, O’ya öldükten sonra Cenevre Gölünde kırmızı bir odada yeni bedeninin hazır beklediğini söyler ve sanatçı olarak yeni bir bedene sahip olacağını söyler. Ancak yeni dünyada da paranın gerekeceğini ifade ederek kendi lehine bir hayat sigortası imzalatır. O, banyoda elektriği açık bir saç kurutma makinasını küvete bırakarak hayatına son vermeye karar verir, ancak bunun için kullandığı fön cihazı elektrik akımını suya vermediği için bu girişim başarısız olur. A, O’nun kontrol için araması üzerine telefonun cevap vermesine şaşırır ve yaklaşık on telefon görüşmesinde, yaklaşık üç saat süreyle telefonda hayatına son vermesi konusunda bu kişiyi tekrar yönlendirir ancak A bu durum için daha fazla çaba göstermez. O’nun, bütün olay boyunca A’ya tam bir güven içerisinde hareket ettiği, olayda intihar düşüncesinin O’nun yeni bir bedene gitmek için fön makinesini küvete bırakması sebebiyle O’da esasen mevcut olmadığı ifade edilmiş ve kasten öldürme suçundan sorumlu tutulup tutulmayacağı konusu tartışılmıştır. Sonuç olarak O’nun gerçekleştirdiği fiilin tamamlanmaması ve O’nun hayatta kalması sebebiyle A dolaylı faillik şeklinde kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmıştır<sup>727</sup>.

Bu noktada kişinin bir başkasını hiçbir bilgisi olmadığı bir konuda istediği neticeye yönlendirme anlamında bir yardımı olması halinde de bu yardımın dolaylı faillik kapsamında görülebileceği ifade edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus soyut yardımın aracı şahsın iradesi üzerinde hakimiyet kurması şartı ile birlikte ele alınmasıdır<sup>728</sup>.

Arka plandaki şahsın, araç kişiyi fiilin oluşum şekline ilişkin üstün bilgisi nedeniyle intihara sürüklemesi örneğin asla iyileşemeyeceği bir hastalığa tutulduğu ve

<sup>727</sup> BGHSt, 32,38. Karar ve açıklama için Zieschang, kn.669 vd.

<sup>728</sup> Özgenc, Suça İştirakin, s.204.

acılarından kurtulmak için intihar etmesi gerektiğini söylemesi halinde esasen şahsı araç konumuna indirecek bir yanılğı yoktur. Bu ifadeler kanaatimizce şahsı intihara yönlendirme hareketleri anlamında doğrudan faillikdir. *Özgenç*, kişinin intihar etmesi hususunda saik yanılığının tek başına dolaylı faillik anlamına gelmediğini ifade ederek bunun için bahse konu yanılığının kişideki isnat yeteneğini bozacak bir psişik duruma ya da paniğe yol açması gerektiğini ifade etmektedir ki biz de bu görüşe katılmaktayız<sup>729</sup>.

Alman hukukunda, hatayla bağlantılı olarak kendine zarar verdirme durumuna ilişkin olarak verilen bir örnekte ıstıraplı bir hastalık nedeniyle acı çeken bir kişiye az bir ömrü kaldığı söylenmekte, hasta da bu umutsuzluk içinde intihar etmektedir<sup>730</sup>. Bu durumda arka plandaki kişinin, öndeki kişinin saik hatasını kullanması veya böyle bir hataya neden olması bakımından hakimiyet kurup kuramayacağı açısından önemlidir<sup>731</sup>.

Buna ilişkin olarak saik hatasının kullanılması yoluyla hakimiyetin mağdurda kusur eksikliği durumuna karşılık gelmesi halinde de dolaylı failliğin oluşacağına ilişkin düşünceye değinmeyi tercih ediyoruz<sup>732</sup>. *Kindhäuser* konuya ilişkin olarak A'nın B'yi değersiz bir vazo olduğunu söyleyerek gerçekte çini porselenden yapılan değerli bir vazoya zarar vermeye yönlendirmesine değinmektedir. Yazar yaygın görüş açısından bu durumda dolaylı failliğin reddedildiğini ifade etmektedir<sup>733</sup>. *Ebert* ise değerli olduğunu bildiği bir resmi bu özelliğini bildiği halde gizleyerek W'ye değersiz olduğunu söyleyerek zarar vermeye yönlendiren T'nin, her ne kadar W'nin olayda failliği söz konusu olsa da gerçek olay hakkındaki bilgi açısından üstün bilgiye dayanan bir hakimiyeti olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle yazar, mala zarar verme suçu açısından W'nin doğrudan, T'nin ise dolaylı fail olarak sorumlu olduğunu bu durumda yan yana failliğin de söz konusu olduğunu ifade etmektedir<sup>734</sup>. Bu durumda resmi çöpe atan kişi, her ne kadar suçun kurucu unsurlarını gerçekleştirmiş ise de arka planda

---

<sup>729</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.237, s.238.

<sup>730</sup> *Murmann*, § 27, kn.24.

<sup>731</sup> *Murmann*, § 27, kn.24.

<sup>732</sup> *Murmann*, § 27, kn.24.

<sup>733</sup> Ancak karşıt görüş açısından dolaylı faillik açısından saik hatasının yeterli görülebileceği hal olarak somut hareketin anlamı, zararın kapsam ve niteliği konusuyla ilişkili olduğu takdirde kabul edilmektedir. *Kindhäuser*, § 25, kn.15, 16.

<sup>734</sup> *Ebert*, s.198.

bulunan şahsın haksızlık ağırlığı, araç kişiye nazaran daha fazla olduğu için dolaylı failliğin söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>735</sup>.

### cc. İntihara Yönlendirme Suçu Açısından Değerlendirme

Dolaylı faillik açısından intihara yönlendirme suçu ayrı bir niteliğe sahiptir. Kanunumuza göre intihar etmek suç sayılmayıp kişileri çeşitli fiillerle intihara yönlendirme suç sayılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 84 üncü maddesinde düzenlenen intihara yönlendirme suçundan bahsedilebilmesi için, intihar fiilinin başka kişilerin azmettirmesi, teşviki gibi fiillerin etkisiyle ancak intihara yönlendirilen kişinin iradesiyle gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysa TCK'nın 84 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası "*İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar*" şeklinde olup bu fıkra açısından ölümün mağdurun hür iradesine dayandığı söylenemez<sup>736</sup>.

Bir kişinin, kendisini öldürmesi tipik bir davranış değildir, bu anlamda bu hareketi yaptıran kişinin de kasten öldürme suçundan cezalandırılması mümkün olmayacaktır. İntihara yönlendirme suçunun kişilerin, kendilerini öldürmek için özgür iradesiyle gerçekleştirdiği hareketleri cezalandırdığı ifade edildikten sonra bir kimsenin tehdit, cebir veya hile ile ölüme sevk edilmesinin kasten öldürme suçu bakımından dolaylı faillik anlamına geldiği ifade edilmektedir<sup>737</sup>.

Esasen bu durumda kasten öldürme suçu açısından dolaylı failliğin uygulanması mümkün ise de Kanun koyucu bu duruma ilişkin özel bir hüküm sevk etmektedir<sup>738</sup>. Burada yer alan dolaylı faillik halinin, diğer dolaylı faillik türlerinden

<sup>735</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s. 242

<sup>736</sup> Madde gerekçesinde de bu durum "*Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir*" şeklinde ele alınarak mağdurun da dolaylı faillik açısından araç olarak kullanılabileceği ifade edilmektedir. Bu anlamda kişinin kendini öldürme kararı özgür iradesine, özgür sorumluluğuna bağlı ise intihardan, ancak bu özgür iradenin eksikliği halinde meydana gelen ölüm halinde ise dolaylı faillik yoluyla öldürmeden bahsedilebilir. **Zieschang**, 6.Kapitel, kn.670.

<sup>737</sup> **Erdem, Mustafa Ruhan- Parlak, Benay**, *Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing*, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010, s.272.

<sup>738</sup> **Üzülmez**, s.87; **Koca-Üzülmez**, *Ceza Özel*, s.127.

farklı olarak araç haline getirilmiş kimsenin kendisine karşı suç işletilmesi yönüyle kendine özgü bir görünüş biçimi olduğu ifade edilebilir<sup>739</sup>.

Kanun koyucu, intihara yönlendirme suçu açısından dolaylı failliği, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldıran kişileri intihara *sevk etme, cebir veya tehdit kullanan kişiler* ile sınırlamıştır (m.84/4). Bu anlamda *yanılgıya düşürme*, yalnızca algılama yeteneği gelişmemiş kişileri intihara sevk açısından intihara yönlendirme olur<sup>740</sup>.

Kanaatimizce 5237 sayılı Kanun, intihara yönlendirme suçunda yalnızca algılama yeteneği gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış kişilerin her hangi bir biçimde intihara yönlendirme açısından dolaylı faillikten bahsedilebilir. Ancak algılama yeteneği yerinde olan kişileri aldatmak suretiyle intihara sevk etmek halinde 84 üncü maddenin 1 inci fıkrası geçerlidir. Zira kanun koyucu 84 ncü madde açısından failin hangi hareketlerle suça yönlendirileceğini ifade etmesine karşın bu hareketlerin ne şekilde gerçekleştireceğine ilişkin bir sınır koymamıştır. Bu nedenle suçun oluşması için failin mağduru, kandırması da tipikliğe uygundur. Bununla birlikte kişinin isnat yeteneğini etkileyecek ya da ortadan kaldıracak bir biçimde bu fiili gerçekleştirmesi halinde artık bu husus intihara zorlama ya da mecbur bırakma anlamına gelmektedir. Örneğin çok büyük bir yangın olduğunu, eğer atlamazsa feci şekilde yanarak öleceğini söyleyerek bir kimseyi yüksekçe bir yerden atlamaya yönlendiren kimse artık dolaylı fail olarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur. Zira bu durumda meydana gelecek ölüm neticesi, gerek objektif isnadiyet açısından gerekse de madde gerekçesi yorumundan hareketle bizatihi arka plandaki kişiye isnat edilebilir.

---

<sup>739</sup> **Öntan, Yaprak**, *İntihara Yönlendirme Suçları*, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt-II, Ankara 2015, s.886.

<sup>740</sup> Madde gerekçesinde de bu durum "*Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir*" şeklinde ele alınarak mağdurun da dolaylı faillik açısından araç olarak kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Bu anlamda kişinin kendini öldürme kararı özgür iradesine, özgür sorumluluğuna bağlı ise intihardan, ancak bu özgür iradenin eksikliği halinde meydana gelen ölüm halinde ise dolaylı faillik yoluyla öldürmeden bahsedilebilir. **Zieschang**, 6.Kapitel, kn.670.



## **D.Manevi Unsur ve Dolaylı Faillik**

### **a.Genel Bilgi**

Dolaylı faillik açısından bir kimsenin suçun işlenişinde araç olarak kullanılmasından hareketle fiil ile fail arasındaki psikolojik bağa işaret eden manevi unsur konusu önem arz etmektedir. 5237 sayılı TCK'ya göre suçlar kural olarak kasten işlenebilmektedir. Buna karşın istisnai olarak bazı taksirli fiiller de kanunda açıkça belirtildiği ölçüde cezalandırılmaktadır. Bunun haricinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış bazı suçlar ve saik içeren çeşitli suçlar açısından da manevi unsur önem taşımaktadır. Manevi unsur açısından dolaylı failliğin ortaya çıkması genel olarak kişilerin aldatılması, yanılığa düşürülmesi şeklinde gerçekleşmektedir<sup>741</sup>.

### **aa.Araç Kişinin Kasten Hareket Etmemesi**

Kasten işlenebilen suçlar açısından araç kişinin, kasten hareket etmemesi halinde kural olarak, (taksirli sorumluluk hali saklı olmak kaydıyla) dolaylı failin sorumluluğu bulunmamaktadır. Kişilerin manevi unsur açısından yanılığa düşürülmeleri, ya işledikleri fiil açısından kastlarının olmaması ya da saik açısından hataya düşürülmeleri şeklinde gerçekleşebilir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar konusu genel olarak manevi unsur içerisinde ele alınmasına karşın bu manevi unsur türü daha ziyade bağımsız suçlar açısından ele alındığı için bu konuya ilişkin açıklama ve kanaatlerimizi çalışmamızın üçüncü kısmında araç kişinin sınırı aşması konusunda değinmeyi uygun görmekteyiz.

Araç kişinin kasten hareket etmemesi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle dolaylı failin araç kişinin kast konusundaki hatasından yararlanması şeklinde dolaylı faillikten bahsedilebilir. Bu anlamda kastı kaldıran hata sonucundan maddi unsurları bilmeksizin hareket eden kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılabilir<sup>742</sup>.

<sup>741</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s.544.

<sup>742</sup> **Sınar**, s.64.

Yukarıda dolaylı failiğin ortaya çıkış türlerine kısaca temas edilmişti. Belirtelim ki doktrinde genel olarak dolaylı failiğin ortaya çıkış biçimleri açısından farklı tasniflere rastlamak mümkündür. Örneğin bir görüşe göre kişinin hatasından yararlanmak suretiyle dolaylı faillik başlığı altında araç kişinin kast konusundaki hatasından yararlanma ve haksızlık yanılığısından yararlanma şeklinde bir sistematik belirlenmiş olmasına karşın<sup>743</sup> araç kişinin kastı olmadan hareket etmesi, araç kişinin haksızlık yanılığısından yararlanma, kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin şartlarında yanılma, doğrudan fiili icra eden kişinin fiilin neticesindeki zararın çeşidi ve ağırlığı konusunda hatasında yararlanma şeklindeki bir tasnif de görülmektedir<sup>744</sup>. Farklı şekildeki bir tasnif açısından baskın bilgi nedeniyle dolaylı faillik ve hukuk uygunluk nedeniyle faillik ile hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşme şartlarında hata şeklinde bir tasnif de mevcuttur<sup>745</sup>. Biz haksızlık yanılığını, kusurluluk ile ilişkisi nedeniyle ayrı bir başlık altında ele almayı uygun bulmaktayız.

5237 sayılı TCK'nın 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır*” denilerek maddi unsurlarda yer alan yanılığının kastı ortadan kaldıracağı ifade edilmektedir. Kişinin kastını kaldıran bir hatanın bulunması, o fiil açısından bu kişinin hakim olmadığı şeklinde yorumlanmıştır ki bu durumda ön plandaki kişi, bu kişinin iradesi üzerinde üstün bilgi yoluyla hakimiyet kuran dolaylı failin aracı konumuna gelmiştir<sup>746</sup>. Böylece bir kişinin yanılığa düşmesinden yararlanılma veya bizzat bir başka kimse tarafından aldatılmak suretiyle suç işletilmesi mümkün olmaktadır. Bu durum hata yoluyla hakimiyet olarak adlandırılmaktadır<sup>747</sup>. Ayrıca bir kimsenin düştüğü hatadan yararlanmak, o kişiyi hataya düşürmekten genel olarak daha kolaydır.

---

<sup>743</sup> Sınar, s.64. Buna karşın dolaylı failiğin ortaya çıkış biçimlerinin incelenmesi açısından araç olarak kullanılan kişinin kasten hareket etmemesinin alt başlığı ya da alt görünüş biçimler kapsamında bizim de incelememize benzer bir biçimde dolaylı failin araç kişinin hatasından yararlanma veya araç kişiyi bizzat kendisi hataya sevk etmesi şeklinde de incelendiğini görmekteyiz. Şahin, *Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.76.

<sup>744</sup> Üzülmöz, 87; Koca-Üzülmöz, s.446 vd.

<sup>745</sup> Öztürk-Erdem, s.383 vd.

<sup>746</sup> Üzülmöz, s.87.

<sup>747</sup> HSK-Kudlich, § 25, kn.23.

Dolaylı faillik bu tip durumlarda arka plandaki kişinin kasten icrai harekette bulunan kişideki tipiklik hatasından yararlanma veya ondaki hatayı kullanma suretiyle egemenliği sağlama şeklinde gerçekleşebilir<sup>748</sup>. Bu duruma bizzat fail tarafından işlenen suçlar ya da bir diğer deyişle failin şahsının önem kazandığı suçlar bakımından da örnekler verilebilir<sup>749</sup> ki bu hususa çalışmamızın ilgili kısmında temas edilmiştir<sup>750</sup>. Bu anlamda kişinin hataya düşürülmesi ile mevcut hatadan yararlanılmasının dolaylı faillik hükümlerinin tatbiki açısından herhangi bir farkı yoktur<sup>751</sup>. Şu var ki bir kimsenin bizzat arka plandaki kişi tarafından hataya sevk edilmesi ile bu kişide mevcut hatadan yararlanılması arasında elbette ispat açısından farklılıklar mevcut olabilir.

*Roxin*'in bir örneği araç olarak kullanma açısından olduğu kadar kasti olmayan hareketler bakımından da dolaylı failliğin gerçekleşmesi anlamında yol göstericidir. Örnekte A, B'den evin herhangi bir katındaki ışığı açmasını ister. B ise A'nın planından habersiz olarak bu fiili gerçekleştirir ve uzak bir bölgedeki mekanizmanın harekete geçerek mekanizmanın patlamasına ve insanların ölmesine neden olur. Diğer bir örnekte ise A, B'ye yolda kaza yapacağını bildiği belirli bir uçak aracılığıyla bir Amerikan seyahati tavsiye eder<sup>752</sup>.

*Roxin*'e göre iki olay açısından farklı olan husus birinci olayda başkalarına zarar verme söz konusu iken ikinci olayda kişinin bizzat kendisine karşı bir zarar verilmeye çalışılmasıdır. Bununla birlikte yazara göre, her iki olayda da ortak olan husus dolaylı faillik şeklinde bir öldürmenin söz konusu olmasıdır<sup>753</sup>.

Zorunluluk halinde iradi hakimiyet doğrudan fiili icra eden kişinin egemenliğine dayanmakta ve kusursuz da olsa fiili icra eden ve fail olan kişiye dayanırken<sup>754</sup> yukarıdaki ihtimallerde hataya düşen ya da düşürülen kişilerin fiil üzerinde hakim olmadığı ifade edilmektedir. *Roxin*'e göre kör bir şekilde nedensel hareket eden kişiler açısından arka plandaki kişi tarafından bir hakimiyet

<sup>748</sup> **Jescheck-Weigend**, s.666.

<sup>749</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s.544.

<sup>750</sup> Bkz. III.Kısım.

<sup>751</sup> **Üzülmez**, s.87.

<sup>752</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.170.

<sup>753</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.170.

<sup>754</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.170, 171.

kurulmamaktadır<sup>755</sup>. Olayları yönlendirmeyip de bir olaylar zinciri başlamasına neden olan kişinin bunu bilinçsizce yapması, fiil için şart olarak kabul edilecek bir kalitede değildir<sup>756</sup>.

Buraya kadar *Roxin*'in örnekleri ve meseleyi ele alışı açısından faillik kavramının olaylara illi bir şekilde neden olma ile sınırlanmayacağı bunun için bilinçli bir irade gerektiği ifade edilebilir. Bu anlamda bir mekanizmayı harekete geçiren, hiçbir biçimde illi serinin gerçekleşmesi veya harekete geçmesi için zorlanmış da olsa bir iradi durum ortaya koymayan kişinin dolaylı fail olmayacağını ifade etmek gerekir.

Belirtelim ki araç kişinin hatasından yararlanma suretiyle dolaylı faillik açısından cebir suretiyle dolaylı failliğe benzer ayrı bir düzenlemenin olmaması doktrinde farklı yorumlara neden olmuştur. Bir düşünceye göre bu hususta kanunda açık bir düzenleme mevcut olmadığından arka plandaki kişinin cezalandırılması söz konusu olmamalıdır<sup>757</sup>. Buna karşın dolaylı failliğin de iştirakin bir türü olabileceği ve iştirak için cezalandırılabilir bir fiile gereksinim olmayacağı fikrinden hareketle açıkça böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da arka plandaki şahsın dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>758</sup>.

Araç kişinin kast konusunda hataya düşmesi, bu kişinin işlediği fiiller açısından her durumda kusursuz olduğu anlamına gelmez. Nitekim kanun koyucu yukarıda ifade edildiği üzere hataya düşen kişinin taksirli sorumluluğunun saklı olduğunu açık bir biçimde belirtmiştir (5237 sayılı TCK, m.30/1) .

Bir kimsenin başkasının taksirli hareketi üzerinde hakimiyet kurarak bu kişiyi araç olarak kullanması halinde dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre dolaylı faillik ile taksir hiçbir biçimde bağdaşmamaktadır<sup>759</sup>. *Roxin* dolaylı

---

<sup>755</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.171.

<sup>756</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.171.

<sup>757</sup> **Hafızoğulları**, 5237 sayılı TCK'da Kusurluluğu Kaldıran Nedenler, s.80.

<sup>758</sup> **Smar**, s.66; **Aydın**, Suça İştirakin, s.159.

<sup>759</sup> **Şahin, Meral Ekici**, *Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ,Cilt. 8, S.109-110, İstanbul 2013, s.11.

faillik bakımından kusursuz ve bilinçli taksirli hareket eden araç kişi arasındaki farkı ikinci durumda araç şahsın da cezalandırılabilmesi şeklinde belirtilmektedir<sup>760</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise taksirle hareket eden bir kimsenin, bu fiilin neticelerini öngören kişi tarafından yönlendirilerek suç işletilmesi, hataya sevk edilerek dolaylı faillik ilişkisinin sağlanması mümkündür<sup>761</sup>. Bu durumda asıl fail ya da araç kişi kastı olmaksızın hareket etmesine karşılık arka plandaki kişi yani dolaylı fail bu kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanmaktadır. Pek tabii bu durumda fiili gerçekleştiren kişinin hareketi, arkadaki kişinin de bu olay ile bağlantıyı bilmesi halinde dolaylı failliği sağlamaktadır<sup>762</sup>.

Taksir ile ilgili olarak ve kişilerin yanılığa düşürülerek suç işletilmesi haline verilen örneklerden biri de bir kişinin, hasmını bağlayarak bir yere kapatması ve araç şahsa atış talimi yaptıracağını söyleyerek bu kişiye hasmını öldürtmesidir<sup>763</sup>. Bu durumda tetiği çeken şahsın öldürme açısından kastı yoktur ancak arka plandaki şahıs “*üstün bilgi*” sayesinde olayı denetlemekte ve hakimiyeti altında tutmaktadır ki bu durum onu dolaylı fail haline getirmektedir. Ancak bu durumda ateş eden şahsın taksir derecesinde bir kusuru var ise araç kişi taksirli öldürme suçunda sorumlu olacaktır.

Yukarıdaki ihtimalde araç kişi, bizzat bir başkası tarafından taksirli harekete yönlendirilmektedir. Kişi zaten taksirle hareket ediyor ve arka plandaki şahıs da bu durumdan yararlanmak için taksirli hareket eden kişiyi suça yönlendiriyor ise bu durumda da dolaylı faillikten bahsetmek gerekmektedir<sup>764</sup>. Örneğin bu ihtimalde kişi dikkatsiz bir biçimde sağa sola ateş ederken arka plandaki kişi onu bir hedefe yönlendirmektedir<sup>765</sup>. Bu durumda şahıs taksirli şekilde hareket ediyorsa da arka

---

<sup>760</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.179.

<sup>761</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.205; **Üzülmez**, s.87.

<sup>762</sup> **Jescheck-Weigend**, s.666.

<sup>763</sup> **Üzülmez**, s.387; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.202; **Aydın**, s.157; **Sınar**, s.64; **Tan**, s.1554,1555; **Mahmutoglu**, s.71; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.1122; **Sınar**, s.64. Benzer örnek için bkz. **Zieschang**, 6.Kapitel kn.678.

<sup>764</sup> **Üzülmez**, s.87.

<sup>765</sup> **Üzülmez**, s.87.

plandaki kişi onu, işletmek istediği bir suça yönlendirmektedir. Benzer örneklere Alman yargısında rastlamak mümkündür<sup>766</sup>.

Kısacası bir kişiyi taksirli harekete sevk etmek ile zaten taksirli hareket eden kişiyi erişmek istediği amaç açısından neticeyi almaya yönelik yönlendirmek açısından dolaylı faillik hükümlerinin tatbiki açısından bir fark yoktur. Önemli olan dolaylı failin bu suç açısından, araç kişi üzerinde hakimiyet kurup kurmadığıdır.

### aaa. Taksirli Davranan Kişiyi Uyarmamak Suretiyle Dolaylı Faillik

Taksirli davranan kişileri uyarmamak suretiyle bir kimsenin işlenmesini istediği suçun gerçekleşmesini sağlaması halinde dolaylı failliğin söz konusu olup olmadığı hususuna da değinmek gerekmektedir. Doktrinde verilen bir örnekte bir kütüğe atış etmek isteyen kimseye, kütüğün arkasında hasmı olduğunu gören şahsın ona silahını vererek ateş etmesini sağlayan kişinin dolaylı fail olduğu ifade edilmektedir<sup>767</sup>.

Bu durumda arka plandaki şahsın esasen diğer şahsı uyarmayarak hakimiyet sağladığı (üstün bilgi) ifade edilmektedir<sup>768</sup>. Elbette bu durumda dikkat ve özen eksikliği içerisinde davranan araç kişinin taksirli fiilinin cezalandırılması söz konusudur. Yine başka bir örnekte de balkon inşaatı yapan iki kişi tehlikeli şekilde aşağıya bir şeyler atmaktadır, işçilerden biri aşağıdakilerden birini yaralamak amacıyla bu durumdan habersiz olan arkadaşıyla aşağıya attıkları bir cisimle bir kimseyi

<sup>766</sup> Planından habersiz bir kimseyi gümrüğe tabi eşyayla gümrüğe gönderme (RG. 39, 298) ; Demiryolu traverslerini iyiniyetli bir satıcı aracılığıyla demir yolu alanından yetkisiz bir biçimde alma (RG.47, 147/148/, RG. 70/212) **Jescheck-Weigend**, s.667.

<sup>767</sup> **Üzülmaz**, s.87, 88; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.1122. Alman doktrininde verilen örnekte suça yönlendirilen kişinin miyop olduğu ifade edilmektedir. Ancak genel olarak her iki durumda da kişinin kast olmadan öldürmenin tipikliğini gerçekleştirdiği ve bu anlamda arka plandaki kişinin bu kişinin bilgisizliğini kullanıp istismar ettiği ifade edilmektedir. **Ebert**, s.195.

<sup>768</sup> **Üzülmaz**,s.88; **Zieschang**, 6.Kapitel s.180. Öztürk-Erdem, dolaylı faillik hallerini sayarken yapmış olduğu tasnifte “baskın bilgi nedeniyle dolaylı faillik” şeklinde bir üst kategori altında dolaylı faillik durumunun kişilerin yanılması ya da bilgi yetersizliği sonucunda tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur düzeyinde dolaylı faillik durumlarının meydana geleceğini ifade ederek kendisine bir doktor tarafından zehir enjekte edilmiş şırıngayı, hastaya enjekte ederek ölmesine neden olan hemşireyi suç işlemeye araç olarak kullanan doktorun durumunu “tipiklik düzeyinde dolaylı faillik” olarak tasnif etmektedir. Yazarlar, kişilerin kendisine karşı suç işletilmesi durumunu da bu başlık altında ele almaktadırlar. **Öztürk-Erdem**, s.383, s.384.

yaraladıysa bilerek atan kişi kasten yaralamadan sorumlu olacakken durumdan habersiz olan kişi taksirle yaralamadan mesul olacaktır<sup>769</sup>.

Arka plandaki şahsın, failden *sadece uyarmamak suretiyle* yararlandığı hallerde dolaylı failliğin olmadığını düşünmekteyiz. Örneğin aralarında husumet bulunan kişilerden A'nın, B tarafından açık bırakılan doğal gaz neticesinde hayatını kaybedeceğini öngören C'nin, sessiz kalarak, B'nin fiili veya iradesi üzerinde dolaylı fail olarak bir hakimiyet sağladığı söylenemez. Bu durumda C, ihmali açısından Kanun tarafından öngörülen ceza ile cezalandırılmalıdır. Örneğin bahse konu ihtimalde C'nin yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihlali suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış olan TCK'nın 98/2 nci maddesinde yer alan suç gerçekleşecektir. Kişide, TCK'nın 83 üncü maddesinde yer alan yükümlülük hallerinden herhangi birinin bulunmaması halinde TCK'nın 98 inci maddesinde yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğü suçundan bahsedilebilir<sup>770</sup>. Eğer kişinin neticeyi engelleme konusunda bir yükümlülüğü var ise bu durumda diğer şartları da olmak kaydıyla 83 üncü maddede yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu gerçekleşecektir.

Sonuç olarak bu durumda önemli olan husus kişinin “*araç olarak*” kullanılıp kullanılmadığıdır. Sadece bir başkasının hatasından yararlanmanın her durumda arka plandaki şahsa bir hakimiyet sağlamadığı ve bu nedenle her durumda dolaylı faillik ilişkisinin söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Zira dolaylı faillik, daha önce de ifade

---

<sup>769</sup> Schmidhäuser, s.519.

<sup>770</sup> “Başkasıyla resmen evli, 6 çocuklu ve Hatay’dan Gaziantep’e 15-20 günde bir gelerek 2-3 gün süre ile bekar olan sanık Hülya birlikte yaşayan, olay günü sanık Hülya’nın kendisine ait evin üst katını sanık Gökhan’a kiraya verilmesi sebebi ile sanık Hülya ile tartışan ve kiraya verilen evin terasına çıkan maktulün, sanık Gökhan’a tokat atması nedeni ile çıkan tartışma sırasında sanıklar Gökhan ve Ömer tarafından öldürüldüğü olayda; Sanık Hülya’nın, maktule yasal düzenlemeden veya sözleşmeden kaynaklanan yardım yükümlülüğünün bulunmadığı, bu durumda 5237 sayılı TCK’nın 83/3 üncü maddesindeki suçun oluşmadığı, ancak eylemin 98. Maddesi kapsamında tartışılması gerektiği düşünülmeyen yazılı şekilde hüküm kurulması.” (Yarg.1.CD., 20.02.2008T., 5490/1188). Karar için bkz. **Gökçen, Ahmet – Balcı, Murat**, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m.81-83, 86-88, 91-93), 2.Baskı, Ankara 2015, s.246, 247.

ettiğimiz üzere, bir başkasının iradesi üzerinde “*üstün bir hakimiyet*” kurmaktır. Öyle ki arka plandaki şahıs, araç şahsı istediği gibi yönlendirmelidir<sup>771</sup>.

### **bbb.Araç Kişinin Taksirle ve Bilinçsiz Taksirle Hareket Etmesi Durumu**

5237 sayılı TCK'nın 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasında “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*” şeklindeki taksir ya da bilinçsiz taksir; aynı maddenin 3 üncü fıkrasında “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*” şeklinde düzenleme ile de bilinçli taksir adı verilen taksir türü düzenlenmiştir.

Araç kişinin bilinçli taksirle hareket etmesi durumda onu suç işlemeye sevk eden kişinin dolaylı fail olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Zira bu durumda araç kişi olarak ifade edebileceğimiz kişi, işlediği fiilin neticelerini öngörmektedir. Bu nedenle kişinin fiil üzerinde hakim olmadığı ifade edilebilir ise de doktrinde genel olarak bu durumda da dolaylı faillikten bahsetmek gerektiği söylenmektedir<sup>772</sup>. Tartışma konusu olan husus bilinçli taksirle hareket eden kişinin de fiil üzerinde bir şekilde hakim olduğu düşüncesindedir. Konuya ilişkin olarak *Roxin*'in başlangıçta savunmuş olduğu araç kişi ile arka plandaki kişinin olay hakkında ortak bir bilgiye sahip olmaları ve araç kişinin bilinçli taksirli hareket etmesi halinde arka plandaki kişinin şerik olduğu eğer arka plandaki kişi netice üzerinde fiili gerçekleştiren kişiye nazaran daha fazla bilgiye sahip ise dolaylı failliğin olduğuna ilişkin görüşünden vazgeçtiği görülmektedir<sup>773</sup>.

*Roxin* bilinçli taksirle hareket eden kişinin yanıltılması halinde arka plandaki kişinin egemenliğini nedensel olarak kör bir şekilde hareket araç kişinin kullanılmasına dayandırmaktadır. *Roxin*'e göre bilinçli taksirle hareket eden kişi de arka plandaki kişi kadar hareketinin neticesinin ne olduğunu bilebilir, körü körüne bir hatanın etkisi

---

<sup>771</sup> **Erdem, Mustafa Ruhan,** *Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, İstanbul 2014, s 13; Öztürk-Erdem, s.371.*

<sup>772</sup> **Özgenç,** Suça İştirakin, s.205 vd.

<sup>773</sup> **Özgenç,** Suça İştirakin, s.206 vd.



altında olmayabilir ve bu anlamda gerçekleşecek netice açısından üçüncü tarafı dikkate alıp almama noktasında özgür olabilir<sup>774</sup>.

Kanaatimizce sadece neticenin bilincinde olmak, bu durumdan yararlanan kişiyi dolaylı fail haline de getirmez. Bu durumda dikkat edilmesi gereken konu kişinin taksirli davranan kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurup kurmadığı ve taksirli hareketten sadece yararlanmayıp bu hareketi istismar ederek suçun işlenmesinde araç anlamına gelebilecek bir ağırlıkta hareket edip etmediğidir. Bu anlamda gerek bilinçli gerekse de bilinçsiz olsun eğer arka plandaki şahıs fiili icra eden kişi üzerinde hakimiyet tesis etmiş ise dolaylı failikten bahsetmek gerekmektedir.

*Roxin*, bilinçsiz taksir açısından taksirli davranışın cezalandırılabilceği ölçüde araç kişinin de sorumlu olduğunu ifade ederek bu sorumluluğun veya isnadiyetin arka plandaki kişinin iradi hakimiyeti ile bağlı olmayan hususlardan kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>775</sup>. Yazar bilinçsiz taksirli davranan kişinin dikkat eksikliği nedeniyle arka plandaki kişinin planında yalnızca bir unsur olarak kullanılmasının onun bilinçsiz taksirli hareketinin haksızlık anlamında kınanabilirlik çerçevesinde ele alınmasına neden olduğunu ifade etmektedir<sup>776</sup>. Bu durumda, araç kişinin taksirli davranmak suretiyle olumsuz sonuca götüren nedensellik bağlantısına ilişkin olaylara ait olan nedenselliği durdurmak veya döndürme imkanı varken olayların kontrolünü bir başkasına vermesi şahsı sorumlu kılmaktadır<sup>777</sup>.

### **ccc.Dolaylı Faillik Açısından Objektif Isnadiyet**

Bilindiği üzere kanun koyucu neticeli taksirli suçlar açısından kişilerin sadece dikkat ve özen eksikliğine aykırılığını cezalandırmamakta ayrıca netice ile bu objektif yükümlülük arasında bir nedensellik bağlantısının da varlığını aramaktadır<sup>778</sup>. Kısaca ifade etmek gerekirse, taksirli fiiller açısından sorumluluğun faile isnat edilebilmesi için

<sup>774</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.180.

<sup>775</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.178.

<sup>776</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.178.

<sup>777</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.178.

<sup>778</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.371.

taksirli olarak kabul edilen fiilin, hukuk düzeni açısından izin verilen risk sınırını aşması ve cezalandırılması öngörülen fiilin bu netice sonunda ortaya çıkması gerekmektedir<sup>779</sup>.

Dolaylı faillik bakımından objektif isnadiyet konusu önem taşımaktadır. Esasen kasti fiiller açısından fiilin isnadiyetinin tespiti kolaydır. Bununla birlikte taksirli fiiller ve dolaylı failik durumunun varlığının tartışıldığı hallerde bu hususun tespiti önem arz etmektedir. Bu konuda *Jakobs* şu düşüncededir: Arka plandaki kişinin davranışı dikkat çekici bir riziko meydana getirmediği veya izin verilen riskin içerisinde kaldığı takdirde isnadiyet sona ermektedir ki yazar bu hususta herhangi bir isnadiyet sorunu olmadığını ifade etmektedir. Yazarın buna verdiği örnek açısından meseleyi daha iyi izah etme imkanı bulunmaktadır. Örneğe göre bir otel görevlisi, müşterisini yan odada kimsenin kalmadığına ikna eder, müşteri de boş olduğunu düşünerek yan odanın duvarını delip yan odada bulunan diğer müşteriyi yaralarsa bu durumda otel sahibinin söylediği yalana rağmen rizikoyu yükselttiği ifade edilemez. *Jakobs*'a göre buradaki sorunun hataya düşen bir kimsenin hata nedeniyle bir zarar verme sürecini işletip işletemeyeceği ile ilgilidir. Yazar herhangi bir hatanın olup olmadığı hususunda bile izin verilen bir riskin olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>780</sup>. Bu konu hakkındaki bir başka örnekte de *Jakobs*, o ana değin sicili temiz olan ehliyetli bir sürücüyü aracını bırakan kimsenin, bahse konu şahısta örneğin yaşa bağlı bir nedenle bilinç kaybının neden olduğu bir zarara neden olduğu takdirde aracı veren kişiye bu durumun isnat edilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar bu durumda ehliyetler insanlara sınırsız, belirli bir süreye bağlı olmaksızın verildiğinden araç kiralama şirketinden yaşa bağlı durumları hesaba katmasının beklenemeyeceğini ifade etmekte ve bu şekilde izin verilen risk durumunun artmadığı kanaatini paylaşmaktadır<sup>781</sup>.

### **bb.Saik Konusunda HataYoluyla Dolaylı Faillik**

Suçlar kural olarak kasten işlenebilmektedir ki suçun unsurlarının genel olarak bilinip, istenmesi yani TCK'nın 21 nci maddesinde tanımlanan kast, genel kast olarak tanımlanmaktadır<sup>782</sup>. Kanunun genel kast yanında failin, belirli bir amaç doğrultusunda

<sup>779</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.371.

<sup>780</sup> **Jakobs, Günther**, Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA 1997, s.559, 560.

<sup>781</sup> **Jakobs**, Objektive Zurechnung, s.560.

<sup>782</sup> **Hafizoğulları- Özen**, s.284.

hareket etmesini öngördüğü haller açısından aranılan kastın ise özel kast olduğu ifade edilmektedir ki bu açıdan örnek olarak gösterilen hırsızlık suçunda ( TCK m.141) “yarar sağlamak maksadı” ifadesi özel kast kapsamında ele alınmaktadır<sup>783</sup>. Doktrinde özel kast kavramının, saik ve amaç ile aynı anlamda kullanıldığını da görmekteyiz<sup>784</sup>. *Dönmezer-Erman*, genel kastın failin sadece maksadı istemesinin yeterli olduğu haller için; belirli bir saikle hareket etmiş olmasının arandığı haller bakımından ise özel kastın söz konusu olduğunu ifade etmektedirler<sup>785</sup>. Belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK açısından özel kast kavramının anlaşılmasının pratik açıdan arz ettiği önemin arttığı zira amaç veya saikin suçun unsuru olup olmadığının tespitinin gerektiği ifade edilmektedir<sup>786</sup>. Özetle kanun koyucu bazı suçlarda failde bilme ve istemenin haricinde bir motivasyon veya içsel neden aramaktadır. Fail ile fiil arasındaki psikolojik durumlardan biri olan saik, bazı suçlar açısından suçun unsuru, bazı suçlar açısından cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar arasında yer almakta olan bir haldir<sup>787</sup>. Saikin, “hareketi yönlendiren, hareketin alınmasındaki etken” şeklinde ve kastı hazırlayan düşünce olduğu ifade edilmektedir<sup>788</sup>. Biz Kanun açısından genel kastın yanında, failde o suçun işlenmesi için gerekli olan yahut suç için öngörülen cezanın artırılması ya da eksiltilmesi açısından önem taşıyan ve faildeki hareketi yönlendiren içsel etkenin saik olarak kabul etmekteyiz.

Yukarıdaki anlatımlarımızdan yola çıkarak saikin suçun unsuru olduğu hallerde bir başkası tarafından aldatılan şahsın bu saike sahip olmadan hareket etmesi halinde suçun manevi unsuru bu şahıs için gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır. Örneğin B'nin telefonunu kendi telefonu olarak tarif eden ve telefonu kendisine getirmesini A'dan isteyen ve bu konuda onu aldatan C'nin, telefonu mal edinmek maksadıyla alması halinde A'yı bu konuda araç olarak kullanmıştır. Her ne kadar A bir başkasının malını rızası dışında almış ise de yararlanma amacı olmadığından hırsızlık suçundan sorumlu olmayacaktır. Esasen tipiklikle bağlantılı olarak da görülebilecek bu

<sup>783</sup> **Hafizoğulları-Özen**, s.284.

<sup>784</sup> **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.246.

<sup>785</sup> **Dönmezer-Erman**, s.231.

<sup>786</sup> **Keçelioğlu, Elvan**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Bakış, TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, s.126.

<sup>787</sup> **Hafizoğulları-Özen**, s.284 ; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.246; **Keçelioğlu**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Bakış, s.126.

<sup>788</sup> **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.246.

örnek açısından failin başkasının rızasıyla hareket ettiğini sanarak bir başkası tarafından hataya düşürülmesi söz konusu olsa da hırsızlık suçunun taksirli işleniş biçimi olmadığından araç kişi olan faile ceza verilemeyecektir<sup>789</sup>.

Meselenin azmettirme ile de yakın ilişkisi vardır. Zira bahse konu yanılmanın neticesinde dolaylı faillik değil de azmettirmeden bahsedilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu konuya ilişkin farklı durumlar söz konusudur. Örneğin bir görüşe göre eğer yararlanma saiki olmayan bir kimse olayın bütün özelliklerine hakim olarak bir başkasının isteği doğrultusunda malı alıyor ise burada azmettirilen açısından suç oluşmayacağı için sübjektif görüş sahipleri bakımından azmettirme gerçekleşmeyecek arka plandaki kişi dolaylı fail, malı alan ancak yararlanma saiki olmayan kişi ise yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır<sup>790</sup>.

Aslında bu noktada sorunlu alan, fiil hakimiyetine sahip olan kişide kanunun aradığı manevi unsura sahip olmayışı, örneğin hırsızlık suçu açısından yararlanma saikinin bulunmamasıdır. *Roxin*, fiili arka planda duran kişinin sadece bu manevi unsura ilişkin saike sahip olmasının onu dolaylı fail yapmayacağı, ön plandaki kişinin malı almasının ondaki yararlanma kastına sahip olduğunu gösterdiği –bu anlamda yararlanma kastına ilişkin yorum yöntemi tercih edilmiştir- ifade edilmiştir<sup>791</sup>. Doktrinde *Özgenç* bu konuda fiili hakimiyeti esas alan *Roxin*'in netice olarak olayda azmettirmenin söz konusu olduğuna ilişkin görüşünün bahse konu görüşün sadece belirli suç tipleriyle sınırlı kalması nedeniyle eleştirildiğini de ifade etmektedir<sup>792</sup>. *Özgenç* bir görüşe göre arka plandaki şahıs tarafından suça sevk edilen ve olayın bütün yönleriyle farkında olan kişi sırf saike sahip olmadığı için fiili gerçekleştirse yani fiil üzerinde hakimiyet kursa dahi manevi unsura sahip olmadığı için suç oluşmayacak dolayısıyla azmettirmeden de bahsedilemeyecektir ki yazar burada cezalandırma açısından bir boşluk olmadığını zira tipikliğin gerçekleşmediğini ifade etmiştir. Kanun koyucunun saike yer verdiği suçlar açısından ne şekilde bir yol takip edeceği suç

---

<sup>789</sup> Aydın, s.159.

<sup>790</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.248.

<sup>791</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.249.

<sup>792</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.250.

politikası ile ilgilidir. Nitekim Kanun koyucu da çeşitli suçlarda fiilin failin kendisi veya “başkasının yararına” işlenebileceğini açık bir şekilde düzenleme yoluna gitmiştir<sup>793</sup>.

Aldatma, irade üzerindeki hakimiyet şahsın haksızlık içerisine düşmesini sağlamıyor sadece suç işleme konusunda şahsın saikini etkiliyorsa bu durumda dolaylı faillik değil azmettirme söz konusudur. Örneğin A’nın, B’ye eşinin ahlaksız bir yaşam sürdürdüğü konusunda yalan söyleyerek eşini öldürten B, her ne kadar iradesi yanıltılan bir kişi olsa da eyleminin suç teşkil ettiğinin, haksız olduğunun farkındadır. A azmettiren B ise fail olarak kasten öldürme suçundan sorumlu olacaklardır<sup>794</sup>. B’nin sadece A tarafından iradesi etkilenmiştir ki bu husus ancak kusurluluğu etkileyen hallerin şartlarında hata kapsamında değerlendirilebilir.

Kanaatimizce A’yı öldürmek isteyen B’ye, hasmı C’yi A olarak tarif ederek öldürülmesini sağlayan kişi de dolaylı fail olarak değil azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Zira şahısta hata kural olarak ceza hukuku açısından önemsizdir. Bu durumda (A), kusurluluğu azaltan hallerden olan haksız tahrikin varlığı konusunda yanılığa düşmektedir. Bu durumda fail, 5237 sayılı TCK’nın 30/3 üncü maddesinde düzenlenen “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü gereğince eğer haksız tahrikin koşulları (5237 sayılı TCK m.29) konusunda hataya düşmüş ve bu hata kaçınılmaz olarak nitelendirilebilir ise haksız tahrik indiriminden yararlanabilecektir.

Alman Ceza Hukuku açısından ön planda olan kişinin yanılarak bir başka kişiyi öldürmesi halinde yanılığının önemli bir hata olmaması sebebiyle failin sorumluluğa etki etmediği ifade edilse de bir kısım yazarların görüşüne göre bu durumda dolaylı faillik söz konusudur. Konu ile ilgili verilen bir örnekte, B,A’ya X’i vurmak üzere pusuya yatacağını söyler, bu durumdan yararlanmak isteyen A olay yerine hasmı O’yu kandırarak getirir ve B, O ile X’i karıştırarak O’yu vurur. Bu durumda arka plandaki kişinin öndeki kişinin yanılmasından yararlandığını ifade eden görüş, A’nın dolaylı fail olduğunu ifade etmektedir. Karşı görüş, bu durumda yan yana

<sup>793</sup> Ör: TCK m. 155/1, 244/4, 141/1.

<sup>794</sup> **Mahmutoğlu**, s.71.

faillik veya şerikliğin mevcudiyetinden bahsetmektedir<sup>795</sup>. B'nin fail olduğu konusunda bir tartışma yoktur, zira yanılığısı önemsizdir ki bu durumda tartışma A'nın yan yana fail, yardım eden veya azmettiren olup olmadığı konusundadır<sup>796</sup>.

Yukarıda ifade edilen niteliksel ağırlık olarak ifade edilen hallerin haricinde niceliksel ağırlık konusunda da yanılığısı düşürölme olabilir. Buna ilişkin olarak bir kimseyi basit olarak yaralaması için anlaşılan bir kimseye, verilen madde ile bu kimsenin daha ağır bir netice açısından saik yanılığısına düşürölmesi oluşturmaktadır. Doktrinde bu durumda ağırlaşan netice açısından taksiri var ise araç kişinin sorumlu tutulacağını ancak taksiri olmaması halinde bu ağır fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. Bu noktada arka plandaki şahsın suçun temel haline azmettirme ağırlaşmış halinden dolayı fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir ve bu durumda fikri içtimaya işaret edilmektedir.<sup>797</sup>.

### **cc.Kaçınılabilir Hata Durumu ve Dolaylı Faillik**

Kişilerin hata hükümlerinden yararlanabilmeleri bu hatanın kaçınılmaz olmasına bağlıdır (5237 sayılı TCK m.30). Zira bilindiği üzere taksirli davranışın temelinde çoğu zaman zaten hatalı davranma mevcuttur. Hatta taksirin esasını açıklayan teoriler arasında “*Hata*” teorisi de mevcuttur<sup>798</sup>.

Kaçınılabilir bir hatanın varlığına rağmen bundan kaçınmayan kişinin dikkatsiz ve özensiz davranması halinde sırf bu durumdan bir başkası yararlanıyor diye cezasız kalması doğru değildir. Zira taksir istisnai bir manevi unsur olup belli suçlar açısından geçerli olarak bu durumda kişilerden asgari dikkat ve özeni beklemektedir. Bu durumlarda yapılması gereken arka plandaki şahsın, fail üzerinde hakimiyet kurup kurmadığının tespit edilmesidir.

İfade edildiği üzere arka plandaki şahsın, faili hataya sevk etmek suretiyle taksirli davranmasını sağlayarak amacına ulaştığı durumlarda dolaylı failliğin var

<sup>795</sup> Zieschang, 6.Kapitel, kn.693.

<sup>796</sup> Murmann, § 27, kn.40.

<sup>797</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.244-245.

<sup>798</sup> Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.363.

olduğunu ifade edebiliriz. Zira arka plandaki şahıs, diğer bir kişiyi suç işleme konusunda araç olarak kullanmaktadır<sup>799</sup>. Bu durumda arka plandaki şahsın kasten öldürme suçunda dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı belli olmakla birlikte araç olarak kullanılan kişinin sorumlu olup olmayacağı yukarıda da ifade edildiği üzere düştüğü hatanın kaçınılmaz olup olmadığıyla ilgilidir. Eğer kaçınabileceği bir hatadan gereken özeni göstermemek suretiyle kaçınmayarak kanunda taksirli hali suç olarak düzenlenen bir fiili işlemişse ve fiilin taksirli hali cezalandırılmakta ise yukarıda izah ettiğimiz üzere şahıs taksirinden sorumludur, eğer düşürüldüğü kaçınılmaz bir hata sonucu taksirle davranmış ise bu durumda sadece dolaylı fail cezalandırılacaktır<sup>800</sup>.

## **E.Hukuka Aykırılık Unsuru ve Dolaylı Faillik**

### **a.Genel Bilgi**

Dolaylı faillik araç kişinin hukuka uygun davranması neticesinde de ortaya çıkabilir<sup>801</sup>. Araç kişinin hareketinin hukuka uygun olması durumunda da arka plandaki şahıs bundan yararlanabilir ki bu durumda suçun oluşması için gereken hukuka aykırılık durumu dolaylı fail açısından söz konusudur<sup>802</sup>. Bu durum genelde dolaylı fail tarafından hukuka uygunluk halinin oluşturulması suretiyle<sup>803</sup> (*örneğin masum kişilere karşı kovuşturma makamlarının kışkırtılması yoluyla dolaylı faillik gibi*)<sup>804</sup> ve dolaylı failin, hareketinin hukuka aykırılık konusunda hataya düşmüş olan kişinin üzerinde üstün hakimiyet sağlanması durumunda gündeme gelmektedir<sup>805</sup>.

Arka plandaki kişinin bu duruma ilişkin olarak bir kimseyi hareketinin hukuka uygun olduğu konusunda aldatma veya hukuka uygunluk sebebi konusundaki yanılgısından yararlanma söz konusu olmaktadır<sup>806</sup>. Bununla birlikte doktrinde hukuka

---

<sup>799</sup> Aydın, s.265,266.

<sup>800</sup> Aydın, s.266. Özgenç failin taksirli hareket etmesinin, arka plandaki şahsın dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasını engellemeyeceğini ifade etmektedir. Özgenç, Suça İştirakin, s.205.

<sup>801</sup> Weddig, s.21; Jescheck-Weigend, s.667.

<sup>802</sup> Şahin, Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri, s.77.

<sup>803</sup> Öztürk-Erdem, s. 384; Üzülmez, s.89.

<sup>804</sup> Murmann, § 27, kn.33.

<sup>805</sup> HSK-Kudlich, § 25, kn.24. Aynı doğrultuda bkz. Weddig, s.21. Yazar, hukuka uygun davranan devlet organlarının aldatılması yoluyla veya meşru savunmaya sebep olunması suretiyle (Alman Ceza Kanunu § 32/ I) meşru savunma halinde saldırıya uğrayanın saldırganı haklı olarak yaralaması ancak saldırıyı yapan kişinin esasen saldırganı araç olarak kullanması haline temas etmektedir. Weddig, s.21.

<sup>806</sup> Koca-Üzülmez, s.458; Sınar, s.66; Üzülmez, s.89.

uygun davranan kişilerin başkaları elinde araç olamayacağı da ifade edilmektedir<sup>807</sup>. Objektif ve sübjektif olarak hukuka uygun şekilde davranan kişinin araç olarak kullanıldığı ve bu anlamda, egemenliğin araç kişinin hukuka uygun davranışı suretiyle arka plandaki kişinin amacını gerçekleştirdiği ifade edilmektedir<sup>808</sup>.

### **b.Hakkın Kullanılması veya Görevin İcrası Hali Kapsamında Dolaylı Faillik**

5237 sayılı TCK'nın 24 üncü maddesinde “ (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz” denilmektedir. Her ne kadar maddede “ceza verilmez” ibaresi yer alsa da kanun hükmünü yerine getirme genel olarak doktrinde hukuka uygunluk sebepleri arasında zikredilmektedir<sup>809</sup>.

Bu dolaylı faillik durumuna klasik örnek olarak masum bir kişinin, bir başkasının iftirası nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması gösterilebilir<sup>810</sup>. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak 109 ncu maddede suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bilindiği üzere gözaltı, tutuklama, gözlem altına alma, hapis cezası gibi hallerde şahsın hürriyetinden yoksun kılınması söz konusu olsa da işlemi gerçekleştiren kolluk kuvvetleri ve buna ilişkin karar veren savcı ya da hakim 24 üncü maddede belirtilen ve doktrinde görevin ifası olarak nitelendirilen hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır. Ancak masum bir kimsenin iftira neticesinde (TCK m.267-4) hürriyetinden yoksun kalması halinde kişi buna karar veren ve uygulayan kişiler açısından hukuka uygunluk sebebi olmasına rağmen bir mağduriyet meydana gelmektedir<sup>811</sup>.

Kanun koyucu da bu sebeple iftira suçunun düzenlendiği 267 nci maddenin 4 üncü fıkrasında buna ilişkin olarak “*Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında*

---

<sup>807</sup> Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin, s.210.

<sup>808</sup> **Jescheck-Weigend**, s. 667.

<sup>809</sup> **Demirbaş**, s.269 vd.; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.410 ; **Koca-Üzülmez**, s.272 vd.; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s .326 vd.

<sup>810</sup> Ancak bu durumun üçüncü kişinin hataya düşürülmesi suretiyle dolaylı faillik kapsamında ele alındığı da görülmektedir. **Sınar**, s.65. Örnek için ayrıca bkz. **Krey-Esser**, § 27, kn.895; **HSK-Kudlich**, § 25, kn.24.

<sup>811</sup> Benzer düşünce için bkz. **Zieschang**, 6.Kapitel, kn.682.



*beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur*” şeklinde bir hüküm sevk etmektedir<sup>812</sup>. Bu durumda iftira eden kişi iftira suçunun yanında bir kimsenin tutuklanması ya da gözaltına alınması sebebiyle hürriyetinden yoksun bırakılması için başkalarını araç olarak kullandığı için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca cezalandırılacaktır<sup>813</sup>. Düzenleme bu şekilde olmasına rağmen doktrinde bu durum eleştirilmektedir. Eleştiriler, bu düzenlemeyle bir kişiye, bir suçtan iki ceza verildiği iddiasına dayandığı gibi dolaylı failliğin burada geçerli olmadığı şeklinde de karşımıza çıkmaktadır<sup>814</sup>. Bu durumda dolaylı failliğin olmadığını savunan görüş açısından dolaylı faillik akıl hastasının ya da yaşı küçüklerin suçta araç olarak kullanılması durumlarında söz konusudur ki bu durumda böyle bir hal söz konusu değildir<sup>815</sup>.

Kanaatimizce iftira suçu açısından kişinin haksız yere tutuklanması veya gözaltına alınması noktasında bahse konu kararı veren makam hukuk uygun davranmış dahi olsa bu duruma yol açan arka plandaki kişinin iftira neticesinde mağdurun hürriyetinden yoksun kalacağını bildiği var sayılmalı ve bu netice açısından dolaylı fail olarak kabulü gerekmektedir.

---

<sup>812</sup> Kanun koyucu aynı maddenin 3.fikrasında ise gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanması durumunu cezanın artırılması nedeni olarak ele almaktadır. Bu anlamda doktrinde yakalama halinde suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince gözaltı ile sonuçlanmayan bir yakalama halinde iftira eden kişinin, kişiyi hürriyetinde yoksun kılma suçunda cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. **Yaşar, Osman- Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6.Cilt, m.252-345, 2.Baskı, Ankara 2014, s.8069; **Ünver, Yener**, Adliye Karşı Suçlar, (TCK.m.167-298), Ankara 2010, s.102. Bu durumda 267 nci maddenin 3 üncü fıkrası tatbik edilmelidir. “Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun, aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır”. Bkz. **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s.102.

<sup>813</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s.547; **Tan**, s.1570; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.212.

<sup>814</sup> **Yıldırım, Akif**, *İftira Suçu*, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, s.132; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2016, s.735. Soyaslan bu durumda dolaylı faillik durumunun olmadığını, dolaylı failliğin bir kimseyi-akıl hastası,küçük- araç olarak kullanmanın gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, iftira eden kimsenin şahsın tutuklanıp tutuklanamayacağını bilmeyeceğini, oysa suçun kasten işlenebilen bir suç olup bu durumda ise olası kastın varlığına işaret etmektedir. *Soyaslan görüşlerini yalan tanıklık suçu açısından da yinelemektedir. Soyaslan*, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.743.

<sup>815</sup> **Yıldırım**, s.205.

Kişilerin hukuka uygun davranan kişilerin üzerinde hakimiyet kuramayacağı iddiası kanaatimizce doğru değildir. Zira öncelikle dolaylı faillik açısından bir kimsenin suç işlenmesinde araç olarak kullanılması önem arz etmekte olup bu kullanmanın ne şekilde olacağı kanunda sınırlandırılmış değildir. Bir kimse hukuka uygun davransa da bazen kendi kusurundan bazen de arka plandaki kişinin olayları kendi doğrultusunda ustaca kurgulaması neticesinde araç olarak kullanılmasına sebebiyet verebilir. Şu var ki eğer araç olarak kullanılan kişinin kusuru var ve bahse konu kusuru açısından kanun koyucunun bu şahsın cezalandırılmasına imkan sağlayan bir düzenlemesinin ihlali söz konusu ise kişi cezalandırılabilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kanunumuza göre yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle bir takım kusurlu hareketleri ile sanığın tutuklanmasına hükmeden hakimin taksiri cezalandırılabilir bir fiile karşılık gelmemektedir. Bu nedenle bütün bu sürece yol açan hareketi iftira ile başlatan arka plandaki kişinin dolaylı fail, tutuklanma ya da gözaltına karar veren ve bunu icra eden kişilerin de araç kişi oldukları kanaatindeyiz.

272 nci maddede düzenlenen yalan tanıklık suçunda mağdurun gözaltına alınması, tutuklanması gibi yaptırımlara maruz kalması halinde yalan tanıklık suçunu işleyen kişi 5 inci fıkrada “*Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur*” yer alan şeklindeki hüküm gereği dolaylı fail olarak ayrıca cezalandırılmaktadır<sup>816</sup>.

---

<sup>816</sup> Doktrinde bu fıkranın suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden olması dolayısıyla failde kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik en azından *olası kastın bulunması* gerektiği ifade edilmektedir. Bu anlamda failin taksirle hareket etmesi halinde bu fıkranın uygulanmaması gerekir. Bununla birlikte kişinin yalan tanıklık fiilini gerçekleştirmesi halinde aleyhinde tanıklıkta bulunduğu kişinin fıkrada ifade edilen tedbirlere maruz kalacağını öngördüğü kabul edilmektedir. **Göktürk, Neslihan, Yalan Tanıklık Suçu (m.272)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 1, s.382. Doktrinde gerek iftira (m.267) gerekse de aşağıda yer vereceğimiz yalan tanıklık suçu (m.272) açısından kişinin, mağdurun tutuklanması ya da gözaltına alınmasını öngörmesine rağmen olursa olsun düşüncesiyle fiilini gerçekleştirdiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu noktada failin, bahse konu ağırlaşan netice açısından olası kasta sahip olduğu zira gözaltı veya tutuklamanın savcı ya da hakimin takdirine bağlı tedbirlerden olup derhal uygulamayı gerektiren uygulamalardan olmadığı ifade edilmektedir. **Meran, Necati**, Basın

Yukarıdaki fıkra açısındangözaltına alma ya da tutuklamaya hükmeden makamlar, esasen hukuka uygun olarak hareket etmektedir. Bu nedenle iftira suçunu işleyen ya da yalan tanıklık suçunu işleyenlerin iştirak hükümlerine göre cezalandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>817</sup>. Her ne kadar düzenleme dolaylı faillik kurumunu barındırsa da bu durumun esasen bir dolaylı faillik hali olmadığı da ifade edilmektedir. Nitekim bahse konu durum açısından kişinin araç olarak kullanılmayacağı ve ayrıca bir kimseye hem yalan tanıklık suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçundan ceza verilmesinin bir fiil nedeniyle iki kere cezalandırma anlamına geleceği ifade edilmektedir<sup>818</sup>.

Yalan tanıklık neticesinde bir kimsenin hürriyetten yoksun kalmasına neden olan kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için yalan tanıklık ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma neticesi arasında nedensellik bağlantısı olması gerekmektedir. Bununla birlikte bir kimsenin aleyhine yalan tanıklıkta bulunan kişinin bu fiili açısından kişinin ağırlaşan bu neticeyi öngöreceği kabul edilmelidir. Bu hususaa ilişkin doktrinde gözaltı veya tutuklama kararlarına dayanak olması halinde yalan tanıklığın illiyet bağlantısını sağlayacağı ifade edilmektedir<sup>819</sup>. Yalan tanıklık suçu açısından da iftira suçu açısından söz konusu olan tartışma mevcut olup bu madde düzenlemesinin hukuki niteliğine neticesi sebebiyle ağırlamış bir hal olarak ağırlaşan neticeye yol açan fiili gerçekleştiren kişinin TCK'nın 37/2 nci maddesi gereğince dolaylı fail olarak kabulü mümkün olmasa da dolaylı fail gibi cezalandırılması

---

Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu, Ankara 2009, s.194 ve s.253.

<sup>817</sup> **Zafer**, s. 476.

<sup>818</sup> **Soyaslan**, s.800; **Aslan, Şükran Tamer**, Yalan Tanıklık, Ankara 2012, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.73. Bahse konu hükmün 5.fıkarda yer aldığı gibi bir dolaylı faillik halini içerip içermediği konusunda da tartışma mevcuttur. Doktrinde bu durumda da genel hüküm olan 37/II.maddenin tatbik edilebileceği ifade edilmektedir. **İçer, Zafer**; *Yalan Tanıklık Suçu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

Cilt 18, Sayı 1, İstanbul 2012, s.207, 208. Ancak bu görüşün aksine kanun koyucunun, bu durumda artırım nedeni olarak belli bir süreyi belirlediğini, buna göre cezayı tespit ettiği, bu anlamda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca ceza verilmesinin kişiyi kanunda olmayan bir cezai bir yaptırım ile karşı karşıya bırakmak anlamına geleceği ifade edilmektedir. **Koçer, Seçkin**, *Yalan Tanıklık Suçu*, Adalet Dergisi, 49.Sayı, 49. Sayı Mayıs 2014, s.167.

[http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/49.sayi/7\\_seckin\\_kocer.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/49.sayi/7_seckin_kocer.pdf) (Erişim Tarihi:15.02.2017)

Ayrıca maddenin lafzından hareketle bu görüşe karşı çıktığını da görmekteyiz. **Göktürk**, s.384. Bu düzenlemenin 37/2.madde düzenlemesine göre daha özel ve ayrık bir uygulama olduğu görüşü açısından bahse geçen durum açısından 272/5.madde *özel, atıf normu* olarak öncelikli bir biçimde uygulanmalıdır. **Ünver, Yener**, TCK'da düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, s.231.

<sup>819</sup> **Yaşar - Gökcan - Artuç**, 6.Cilt, , s. 8193.

gerektiğinin öngörüldüğü ifade edilmektedir<sup>820</sup>. Bu durumda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin iftira suçu açısından yaptığımız açıklamaları tekrarlamakla yetinmekteyiz.

İddia ve savunma dokunulmazlığı hakkı, kişiye kendisini savunurken ya da şikayet hakkını kullanma anlamında iddialarını ileri sürerken sarf ettiği ifadelerin hukuka uygunluk kapsamında ele alınması sırasında yasal şartları içerisinde bir takım dokunulmazlıklar sağlar. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 128 inci maddesinde “(1) *Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir*” şeklinde yer alan düzenleme bunun özel bir yansımasıdır. Bu anlamda eğer bahse konu sıfatı taşımayan bir kimse, bu durumdan yararlanma imkanı olan bir başkasını, hasmına karşı bahse konu sözleri söylemesi için yönlendirirse bu takdirde de dolaylı faillikten bahsedilebilir<sup>821</sup>.

Eğer bir kimse, bir başkasının, örneğin aldatmak suretiyle mahkemede hasmı hakkında hakaret teşkil edebilecek bir sözü sarf etmesini sağlarsa bu takdirde bu kişinin de dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini düşünmekteyiz.

Alman yargısına konu olan bir başka örnek de ilgi çekicidir. Olayda H, hakkı olmamasına rağmen O'ya, kendisine 10.000 Euro ödemesi için bir dava açar. H, hakim W'yi sahte delillerle aldatır ve O'nun 10.000 Euro'yu ödemesi yönünde karar verilir. Esasen medeni usule ilişkin bu karar açısından dolandırıcılık ya da usul dolandırıcılığı durumu, Alman hukukunda tartışılmıştır<sup>822</sup>. *Krey-Esser* bu durumda H'nin O'nun zararına dolandırıcılık fiilini işlediği, burada hakim W'nin de aldatılmak suretiyle hukuka uygun hareket eden araç olarak kullanıldığını ifade etmiştir<sup>823</sup>. H esasen bu durumda *hilesi sayesinde* hakim W'de, O'nun davayı kaybetmesine yol açacak bir hata durumunun gerçekleşmesine sebep olmuş ve neticede O'nun malvarlığı zarar

<sup>820</sup> Meran,s. 252.

<sup>821</sup> Ayrıca bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin, s.313.

<sup>822</sup> **Krey-Esser**, § 27, kn.897.

<sup>823</sup> **Krey-Esser**, § 27, kn.897.

görmüştür. H kendisine kasti bir biçimde hukuka aykırı bir yarar temin etmiştir<sup>824</sup>. Yazarlara göre iyi niyetin kasti istismarı yüzünden, bu eylem W'nin hareketi gibi görülebilir. Sonuç olarak W, H kötü niyetli olduğu için adil bir hüküm vermemiştir ki bu durumda da H, fiil üzerinde egemenlik sahibidir<sup>825</sup>.

Kişi eğer kararının hukuki sonuçlarının ve bu kararın kimi ne şekilde etkileyeceğini bilmekte ise ve esasen aslında maddi olarak yanlış bir karar verirken adil bir karar verdiği konusunda hataya düşmekte ise arka plandaki kişinin ki bu kişi dolaylı faildir elinde kör bir araç olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>826</sup>.

Konuya ilişkin olarak *Gustav Radbruch*'ın yaklaşımı da ilgi çekicidir. Yazar'a göre yargı oranlarını kullanan kişiler de dolaylı fail olup, esasen dolaylı failliğin çıkışı açısından önemli bir çıkış noktası olarak görülebilecektir. Yazar örneğin Hitler iktidarının politikleşmiş yargısına bir kimseyi teslim eden kişinin bu kişiyi adil bir yargılamaya değil keyfi bir uygulamaya teslim ettiğinin bilincinde olduğunu ifade etmektedir<sup>827</sup>. Konu ile ilgili olarak doktrinde kendisine yer bulan bir örneği de naklen paylaşmak istiyoruz. Nazi rejimi esnasında bir kadın başka bir erkekle birlikte olmak için asker olan eşini Hitlere'e hakaret ettiği gerekçesiyle ihbar eder, askeri mahkeme bu kişiyi ölüm cezasına mahkum etse de cezayı infaz etmez ve bu şahsı cepheye gönderir. Nazi rejiminin sonunda, eşini şikayet eden askeri haklı bulan mahkeme kadını "kanuna aykırı olarak kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmak" suçundan suçlu bulur. Karar bakımından konumuzu ilgilendiren kısmı kadının o dönem geçerli olan bir takım yasaları öne sürerek ihbarın meşru olduğunu ifade etmesine rağmen mahkemenin Nazi rejiminin yasalarını insalığa ve adalete aykırı bularak bu savunmayı kabul etmemesidir<sup>828</sup>.

Mahkemenin kararı, açıkça hukuka aykırı bir kanuna dayanarak bir meşruiyet sağlamaması adına önemlidir. Her ne kadar mahkemenin bu kararı istisnai bir durum olan Nazi rejimi açısından ihdas edilen bir düzenleme açısından gerekçe içerse de karar

---

<sup>824</sup> **Krey-Esser**, § 27, kn.897.

<sup>825</sup> **Krey-Esser**, § 27, kn.897.

<sup>826</sup> **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.231.

<sup>827</sup> Radbruch'ın bu görüşü ve eleştirisi için bkz. **Otaç, Cengiz**, *Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak*, TBB Dergisi 2015 (120), s.591.

<sup>828</sup> Bkz. **Otaç, Cengiz**, *Hukuka Rağmen Kanun*, s.590.

açıkça konusu suç teşkil eden bir emrin sırf bir hiyerarşi altında verilmesinden hareketle kimsenin fiiline meşruiyet sağlayamayacağını göstermesi açısından kanaatimizce ilgi çekicidir.

Tıbbi müdahale kaynaklı hukuka uygunluk açısından dolaylı failliğe ilişkin bir örnek de şu şekildedir. Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'nın 99 uncu maddesinin 6 ncı fıkrasında “*Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir*” denilmektedir. Bu durumda bir kadının, bu şartlar oluşmamasına rağmen bir doktoru kandırmak suretiyle gebeliğini sona erdirmesi için ikna etmesi halinde operasyonu yapan doktor araç olarak kullanılmasına rağmen kadının dolaylı fail olduğu ifade edilmektedir<sup>829</sup>.

### **c.Meşru Savunma**

5237 sayılı TCK'nın 25 inci maddesinin 1 inci fıkrasında “ (1) *Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” denilerek meşru savunma kurumu düzenlenmektedir. Meşru savunma halinde işlenen fiiller hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Meşru savunma halinde bulunan kişilerin eylemlerinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi ve bu anlamda bir hukuka uygunluk nedeni olması itibariyle meşru savunma durumunda bulunan bu kişilerin suç işleme kastı olan kişilerin yararlanma isteği söz konusu olabilmektedir.

Bir kimsenin yaralamak ya da öldürmek istediği hasmına karşı bir başkasını meşru savunma konumuna sokarak öldürtmesi halinde dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır<sup>830</sup>. Hareketin tipik olmaması durumunda arka plandaki kişi, mağdurun, öldürücü hareketi kendisine yapması için bu kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurmakta iken bu ihtimalde araç kişi, bir başkasını öldürmek üzere arka plandaki kişi tarafından sevk edilmek suretiyle araç olarak kullanılmaktadır.

---

<sup>829</sup> **Hakeri**, Ceza Genel, s.547.

<sup>830</sup> **HSK-Kudlich**, § 25, kn.24.

Bir görüşe göre bu durumda dolaylı faillik söz konusu değildir. Zira netice hukuka uygundur<sup>831</sup>. Neticeyi esas alan klasik görüş açısından bu durumda dolaylı faillik kabul edilmemelidir<sup>832</sup>. Bu konuda arka plandaki şahsı dolaylı fail olarak gören bir görüş olduğu gibi dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için gerek saldıranın gerekse de müdafaa durumunda bulunan kişinin arka plandaki kişinin hakimiyeti altında olması gerektiği şeklinde de düşünülmektedir. Bu noktada saldırıya uğrayan kişi açısından bir sorun olmamakla birlikte saldıranın akıl hastası ya da çocuk ya da zorunluluk haline düşürülmüş bir kişi olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>833</sup>. Hukuka uygun davranan kişinin araç olması bu görüşe göre mümkün değildir.

Konuya ilişkin diğer bir görüş ise bir kimsenin, hasmını bir başkasına saldırtması, kendisine saldıran kişinin de meşru savunma halinde olması nedeniyle hasmını öldürmesi halinde dolaylı faillikten bahsedilir<sup>834</sup>.

Kanaatimizce bir kimse hazırladığı bir mizansende bir başkasını meşru savunma konumuna sokmak suretiyle üzerinde üstün bilgi veya çeşitli sebepler sayesinde hasmını bu şahsa öldürtmüş ise öldüren kişi açısından meşru savunma gereği hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacakken arka plandaki şahıs her ne kadar sonuç olarak ortada bir hukuka uygunluk sebebi olsa da bir kimsenin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle amacını gerçekleştirmede araç olarak kullandığı için dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Zira dolaylı faillik fail açısından hukuka uygun olan bir davranışın cezalandırılmaması halinde arka planda onu suça sevk eden kişiyi cezalandırmaya fırsat veren bir kurum olarak görülebilir. Belirtmek gerekir ki *mizansen* olarak ifade ettiğimiz hususun, bir kimseyi sadece suç işlemeye basit surette tahrik olarak anlaşılması gerekir. Soyut bir yalan, basit bir telkin ile bir kimsenin iradesini etkilemek mümkün ise de iradenin etkilendiği her durumda dolaylı faillikten bahsedemeyiz. Bu nedenle bu gibi durumlarda şeriklik ile dolaylı failliğin kesin bir biçimde ayrılması gerekmektedir. Zira dolaylı faillik, bir kimsenin iradesini suç işleme konusunda etkileme olmayıp, irade üzerinde hakimiyet ile gerçekleşebilir.

---

<sup>831</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin, s.210.

<sup>832</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.210.

<sup>833</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.210.

<sup>834</sup> **Üzülmez**, s.89.

Meşru savunma açısından genel olarak araç kişinin, hukuka uygunluk konusunda aldatılması ya da bir hukuka uygunluk konusundaki yanılığından dolayı failin yararlanılmasından bahsettik. Araç kişinin gerçekten de hukuka uygunluk sebebi içerisinde olması, örneğin meşru savunmanın bütün şartlarının sağlanmış olması halinde, arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunlu bir alandır. Bu konuda başlıca iki görüş olduğunu ifade eden *Özgenç*, neticeyi esas alan görüş açısından dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için araç şahsın eyleminin hukuka aykırı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu husus hukuka uygun davranan kişinin bir başka kimse elinde araç olarak kullanılamayacağı fikrine dayanmaktadır<sup>835</sup>.

Diğer görüş açısından ise araç kişinin, hukuka uygunluk içerisinde bulunmasının araç kişinin bu durumdan istifade etmeyi düşünen kişinin dolaylı failliğine bir etkide bulunmayacağını savunmaktadır<sup>836</sup>.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere hukuka uygun davranan kişinin, bir kimsenin elinde araç olamayacağı fikri kanaatimizce isabetli değildir. Önemli olan meydana gelen neticenin bir suç olması, bu anlamda hukuka aykırı olması ve bu suçun işlenmesinde araç kişinin üzerinde arka plandaki şahsın üstün bilgi veya başka bir suretle hakimiyet sağlamasıdır. Bu anlamda örneğin A, eğer gerçekten de B'nin C tarafından öldürüleceğini anlamış, bu durumun oluşmasına hiçbir etki etmemiş ve ona C'yi hemen vurması gerektiğini söylemişse A'nın C ile aralarında husumet olup olmaması, C'nin öldürülmesini istemesi gibi hususlar A'nın dolaylı fail olarak kabul edilmesine neden olmaz. Zira meydana gelen netice B açısından suç teşkil etmediği gibi hukuka aykırı bir durumda meydana gelmemiştir. Ancak A'nın bu durumu kendi meydana getirmesi, C'yi B'nin üzerine saldırmaya ikna etmesi, ya da B'yi, C'nin kendisini vuracağını söyleyerek kandırması halinde A'nın dolaylı failliği söz konusu olacaktır. Oysa hakimin, iftiraya uğrayan masum bir kimsenin tutuklanmasına karar vermesi halinde karar hakim açısından hukuka uygun şekilde alınmış olsa da hukuka aykırı bir neticeye sebebiyet verilmiştir. Bu sebeple kişilerin sadece başkalarının işlediği fiillerden yararlanmasının dolaylı faillik anlamına gelmeyeceği kanaatindeyiz.

---

<sup>835</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.210.

<sup>836</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.210.



#### **d.İlgilinin Rızası**

5237 sayılı TCK'nın 26 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” denilmektedir. Rıza, Türk ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.

İlgilinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi, belirli şartların varlığına bağlıdır. Buna ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşlere yer verilmektedir. Buna göre bu şartlar “rıza gösterme yeteneğinin bulunması, rızanın açıklanması, rızanın konusunun elverişli olması”<sup>837</sup> veya “mağdurun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hak, rızaya ehliyet ve rızanın açıklanması”<sup>838</sup> şeklinde ifade edildiği gibi daha genel bir ifade ile “rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarruf olması” gerektiği de ifade edilmektedir<sup>839</sup>.

Belirtelim ki arka plandaki kişinin, araç kişinin iradesi üzerinde çeşitli biçimlerde hakimiyet kurması ile (aldatma, cebir, tehdit vb.) araç kişinin suçu işlemeye razı olması, TCK'nın 26 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki rıza kapsamında değerlendirilemez. Zira rıza, hukuka aykırılığı ortadan bir hal olup dolaylı faillik halinde ise bir kimse suç işlemeye sevk edilmektedir. Eğer suç işlemeye yönlendirilmek istenen kişi, bu durumun bilincinde ve suç işlemeye, fesada uğramamış iradesi ile karar veriyorsa bu takdirde dolaylı faillik değil, şartları bulunmak kaydıyla şeriklik ilişkisinin varlığı gündeme gelebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere arka plandaki kişi, araç kişinin bizzat kendisine karşı suç işletiyorsa, bu takdirde kendisine karşı suç işlemeye razı olan şahsın rızası (örneğin aldatılarak kendi malına zarar veren araç kişinin gösterdiği rıza) geçerli bir rıza olmayacak<sup>840</sup> ve dolaylı failin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dolaylı failin, bir kimseyi araç olarak kullanarak, üçüncü bir kişiye karşı suç işlemesi halinde ise işletilmek istenen suç açısından, ilgilinin rızası mevcut ve genel olarak açıklanan rıza,

---

<sup>837</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s.330.

<sup>838</sup> Özbek- Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 317 vd.

<sup>839</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.360.

<sup>840</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.238.

yukarıda ifade edilen ve hukuka uygun bir rıza için gereken şartlara sahip ise bu takdirde rıza bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilebilir.

## **F.Kusurluluk ve Dolaylı Faillik**

### **a.Genel Bilgi**

İştirak açısından kusurluluk hususu özellikle kusur yeteneği olmayan kişilerin suça iştirak edip edemeyecekleri bakımından tartışmaya açıktır. Buna paralel olarak kusur yeteneği azalmış kişileri suçta araç olarak kullanılan kişiler açısından dolaylı faillik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da aynı şekilde tartışmalıdır<sup>841</sup>. Zira azmettirmeye ilişkin 38 inci madde ve dolaylı faillığe ilişkin 37 nci madde düzenlemeleri karışıklıklara yol açmaya müsaittir.

Kusur yeteneği bulunmayan kişilerin kimler olduğunun Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmediği belirtilmekte olup bu nedenle bu ifadenin isnat yeteneği olmayan kişiler şeklinde kabul edildiği de görülmektedir<sup>842</sup>. Isnat yeteneği olmayan bir kimse ile birlikte suç işlemek her zaman dolaylı faillik anlamına gelmez. Dolaylı faillik açısından önemli olan isnat yeteneği olsun olmasın kişinin suç işlenmesinde araç olarak kullanılmasıdır<sup>843</sup>. Dolaylı faillik de fiil egemenliği ile izah edilmekte ve işte bu ihtimal bakımından dolaylı failliğin araç kişinin iradesinin zorlanması ile sağlandığı belirtilmektedir<sup>844</sup>.

Bir kişinin kusur yeteneği olmayan kişiyi suça yönlendirmesinin azmettirme mi yoksa dolaylı faillik mi olduğu konusu sorunlu bir alandır. Ancak netice itibariyle, istisnai haller haricinde (TCK'nın 37/II nci, 2 nci cümlesi; 38/II nci maddesi) azmettiren ile dolaylı fail, doğrudan fail ile aynı şekilde cezalandırılacağı için pratikte bu durumun bir önemi yoktur. Doktrinde çözüm olarak araç şeklinde kullanılan kişinin hareket üzerinde egemenliğinin, arka plandaki şahsa göre daha baskın olup olmadığına göre bir

---

<sup>841</sup> **Koca-Üzülmez**, s.461 vd.; **Üzülmez**, s.91.

<sup>842</sup> **Hafızoğulları-Özen**, s.360.

<sup>843</sup> **Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, Yargıtay Dergisi, Yıl:25, Sıra Sayı: 97, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1999, Ankara, s.73.

<sup>844</sup> **Sınar**, s.63.

yol izlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>845</sup>. Belirtelim ki ümanist doktrin taraftarları ehliyetsiz kişilerin suçta kullanılmasının “dolaylı faillik” olarak ifade edilmesine karşı çıkmakta ve bu kişilerin ikinci bir failmiş gibi kabul edilmelerini eleştirmektedir<sup>846</sup>.

5237 sayılı TCK’nın 37/2 nci maddesinde yer alan ve kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasının, üçte birden yarısına kadar artırılacağı şeklindeki hüküm ile dolaylı failin cezasının artırılması için olarak öngörülmüştür. Ancak kanaatimizce kusur yeteneği bizzat *dolaylı fail tarafından ortadan kaldırılan* kişiler açısından bu hüküm uygulanamayacaktır. TCK’nın 37 nci maddesinin gerekçesi “*Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan cezanın bu nedenle artırılması kabul edilmiştir. Zira bu durumda sadece bir suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler istismar da edilmektedir*” şeklinde olup gerekçeden de kusur yeteneği olmayanlardan maksadın bu yeteneği bir şekilde ortadan kaldırılanlar değil, bu durumu nedeniyle istismara tabi tutulanlar olduğu çıkarılabilir.

Kusur yeteneği olmayan bir araç vasıtasıyla suç işlenmesi Alman hukukunda da dolaylı failliğin bir türü olarak kabul edilmektedir<sup>847</sup>. Bir çocuğu ya da akıl hastasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişilerin kural olarak dolaylı fail sıfatıyla sorumlu tutulduğu görülmektedir<sup>848</sup>. Daha genel bir ifadeyle ön plandaki kişinin sorumluluğunun, fiil üzerinde hakimiyet kuran ya da bu hareketlere neden olan arka plandaki kişinin hakimiyeti nedeniyle ortadan kalktığı ifade edilmektedir<sup>849</sup>. Örneğin *Ebert* tarafından verilen bir örnekte T, akıl hastası W’yi O’yu öldürmeye yönlendirdiği takdirde T, W’nin olayları idrak edememe durumunu kullanmaktadır ki bu durumun T’ye, fiil üzerinde egemenlik sağladığı şeklinde yorumlanması mümkündür<sup>850</sup>.

## **b.Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Çeşitli Nedenler**

<sup>845</sup> Öztürk-Erdem, s.385; Demirbaş, s.496.

<sup>846</sup> Erem-Danışman-Artuk, s.385.

<sup>847</sup> Ebert, s.196.

<sup>848</sup> Krey-Esser, § 27, kn.898.

<sup>849</sup> Bu anlamda Türk hukukuna benzer bir biçimde Alman Ceza Kanunu’nun 19 ve 20 nci maddelerinde düzenlenen çocuk veya akıl hastası gibi kusur yeteneği olmayan kişileri araç olarak kullanan kişilerin bu kişiler üzerinde üstün bir hakimiyet kurduğu ifade edilmektedir. *Murmann*, § 27, kn.34.

<sup>850</sup> Ebert, s.196.

## aa. Cebir Yoluyla Dolaylı Hakimiyet ve Cebirin Ölçütü

Cebir, bir kişinin diğer bir kişiye fiziki ya da maddi güç kullanarak onun istek ve arzusunun aksine kendi istediği davranmaya zorlamak anlamına gelmektedir<sup>851</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 28 inci maddesinde “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*” denilmesi sebebiyle açık bir biçimde olmasa da dolaylı faillikten bahsedilmektedir.

Cebir halinde kişinin zorlanmış da olsa bir iradeyle hareket ettiği söylenebilir. Zira şahıs belli bir amaç doğrultusunda hareket etmektedir. Bu anlamda kendisinden sadır olan eylem de ceza hukuku açısından fiildir<sup>852</sup>. Cebre maruz kalan kişi fiil üzerinde hakim iken, cebri uygulayan kişinin ve fiilin üzerinde hakimiyet kurduğunu ifade eden *Özgenç* burada fail arkasında fail şeklindeki formülün söz konusu olduğunu ifade etmektedir<sup>853</sup>. Fiili gerçekleştiren araç kişi fiil üzerinde hakimiyet sağladığı için fail olarak kabul edilmektedir<sup>854</sup>. Elbette kasten, hukuka aykırı davranan bu kişinin kendisine uygulanan cebir sebebiyle iradesinin zorlanması şahsın kusursuz olarak kabul edilmesini gerekli kılar<sup>855</sup>.

Arka plandaki şahsın uyguladığı cebir, tehdit veya korkutmanın ne seviyede olması gerektiği konusunda bazı yazarlar ölçüt olarak zorunluluk haline işaret etmektedir<sup>856</sup>. Bu görüş, zorlama yoluyla hakimiyet kurulması şeklinde ifade edilen bu dolaylı faillik türünde kullanılan cebirin, mutlak cebir şeklinde olması halinde artık bu şekilde hareket eden kişinin dolaylı fail değil doğrudan fail olduğunu ileri

---

<sup>851</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.512 vd; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel s.404.

<sup>852</sup> Yine mücbir sebep halinde de bir zorlama mevcut olsa da mücbir sebep halinde bir kimsenin bir hareketi yapmaya yada yapmamaya zorlanması sebebi insan hareketi olmayıp tabiat olayı olduğundan (deprem, sel vb) bu durumda ceza hukuku anlamında bir fiil mevcut değildir. Açıklamalar için bkz. **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, , s.235, s.236.

<sup>853</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.228.

<sup>854</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.228. Ayrıca bkz. **Aydın**, s.155.

<sup>855</sup> **Aydın**, s.155.

<sup>856</sup> **Koca-Üzülmez**, s.455; **Üzülmez**, s.86; **Sınar**, s.64.

sürmektedir<sup>857</sup> ki bu durumda artık fiil bizzat arka plandaki kişinin eseri olarak görülmektedir. Bir kimsenin cebir altında suç işlemesi halinde dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için uygulanan cebrin onu suç işletmeye elverişli yeterlilikte olması gerekir<sup>858</sup>.

28 inci maddeye ilişkin çeşitli eleştiriler söz konusudur. Bunlardan biri madde metninin, bir suçun işleneceğinden haberi dahi olmayan kişilerden kaynaklanan cebir, şiddet veya korkutma nedeniyle suç işleyen kişilerin eyleminden bu korkutma veya şiddet eyleminin gerçekleştiren kişinin sorumlu tutulmasına fırsat verir şekilde bir anlam çıktığı oysa bunun objektif sorumluluk anlamına gelebileceğidir<sup>859</sup>.

Doktrinde *Aydın* da dolaylı failliğin belirli bir suçun işlenmesi doğrultusunda uygulanan cebrin varlığına ihtiyaç duyduğunu belirterek bu eleştiride haklılık payı olduğunu ifade etmekle beraber maddenin her iki fıkrasının birlikte değerlendirildiğinde de bu sonuca ulaşılabileceğini ifade etmektedir<sup>860</sup>. Yazar, madde metninin “*Kendisine veya bir yakınına yöneltilen karşı koyamayacağı ağır ve keskin bir cebrin etkisiyle suç işletilen kişi, işlenen suç nedeniyle sorumlu olmaz. Bu durumda suçun faili cebir kullanan kişidir*” şeklinde değiştirilmesini önermektedir<sup>861</sup>. Bahse konu hal için verilen örnekte soyguncu, bir bankacının kafasına silah dayanarak kendi hesabına önemli bir meblağın gönderilmesini istemekte bankacı da bu durumu fırsat bilerek aynı zamanda eşinin de hesabına para göndermektedir<sup>862</sup>.

Kanaatimizce de madde metni bütünüyle değerlendirildiğinde farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Aksi bir anlayış cebir veya korkutmanın söz konusu olması halinde bu şiddet veya korkutmaya maruz kalan kişinin işlediği her türlü suçtan kişiye cebir uygulayan kişinin sorumlu olacağı şeklinde bir anlam çıkar ki objektif sorumluluk

---

<sup>857</sup> **Sınar**, s.64; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.225; **Koca-Üzülmez**, s.455; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.404; **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.1122.

<sup>858</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.78

<sup>859</sup> **Ünver**, s.66, s.67. Benzer doğrultuda bkz. **Sınar**, s.63. Ünver ayrıca madde metnini, metnin, cebre uğrayan kişinin işlediği suç ile cebir arasında neden-sonucunun arandığı şekilde yorumlansa dahi yine de cebir ile cebir neticesinde dolaylı failin, cebre maruz kalan kişiye işletmek istediği suçlar arasında hukuksal değerler açısından bir eşdeğerlik ya da korunması istenen değer üstünlüğü şeklinde bir kriter yer verilmemesi yönüyle de eleştirmektedir. **Ünver**, *Kusurluluk* s.67.

<sup>860</sup> **Aydın**, s.156.

<sup>861</sup> **Aydın**, s.156.

<sup>862</sup> **Sınar**, s.64.

anlamına gelebilecek böyle bir durumun kabul edilebilir olmadığı açıktır. Kaldı ki TCK'nın 28 inci madde olmasa dahi 37 nci maddenin 2 nci fıkrasındaki düzenleme failin cezalandırılması için yeterlidir.

### **bb.Tehdit Yoluyla Dolaylı Faillik**

TCK'nın 28 inci maddede kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlenen tehdit, 5237 sayılı Kanun'un 106 ncı maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>863</sup>. Bu suçun işlenebilmesi için tehdidin mağdurunu iç huzurunu bozmaya elverişli olması yeterli ve gereklidir<sup>864</sup>.

Öncelikli olarak ifade etmemiz gerekir ki tehdit altında suç işleyen kimse zorlanmış da olsa irade sahibidir<sup>865</sup>. Zira iradi bir fiili gerçekleştirmiş ve bu fiilin haksızlığının bilincindedir. Tehdide maruz kalan kişi kusursuz bir faildir ki bu durum şahsı suç işleme konusunda tehdit eden kişinin de dolaylı fail olmasından hareketle fail arkasında fail görüşü ile izah edilmektedir<sup>866</sup>. Kişinin iradesinin olmasına rağmen kusursuz sayılması halinde onu suça yönlendiren kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade eden sorumluluk prensibi, bir kimsenin iradesinin olmasına ve fiil üzerinde hakimiyet de kurabilmesine rağmen sadece sorumlu olmadığından bahisle dolaylı failliğin var olamayacağını ifade eder ki bu durumda arka plandaki kişi azmettiredir<sup>867</sup>.

Tehditte manevi bir zorlama söz konusudur. Ancak kişinin bir başkasının tehdidi nedeniyle suç işlemesi halinde sorumsuz olabilmesi için kanaatimizce bu tehdidin muhakkak ve ağır bir mahiyette olması gerekmektedir<sup>868</sup>. Her ne kadar madde metninin, kişinin sadece “*tehdit*” edilmesini yeterli görülebilecek şekilde yorumlanması

---

<sup>863</sup> TCK m.106, “Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” şeklindedir.

<sup>864</sup> Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2017, s.244.

<sup>865</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel, s.514.

<sup>866</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.229.

<sup>867</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.230.

<sup>868</sup> Koca-Üzülmez, s.352.

mümkün ise de ifade ettiğimiz şekildeki bir yorum dolaylı faillik açısından uygundur<sup>869</sup>. Örneğin silahlı bir kişinin kendisine uzattığı usulsüz bir evrakı imzalamaması halinde öldürüleceği yönünde tehdit edilen kamu görevlisi açısından bu tehdit onu araç konumuna sokacak elverişlidir. Nitekim doktrinde tehdidin cezai sorumluluğu ya da kusurluluğu kaldırabilmesi için “*ihlal edilen hakla korunmak istenen zarar arasında eşitlik bulunması, korunmak istenen zararın ağır ve muhakkak olması, tehditte bulunanın emirlerine boyun eğmeden bundan kurtulmanın mümkün olmaması ve tehdidin meydana gelmesine bilerek sebebiyet verilmemesi*” şeklindeki şartların varlığı aranmıştır<sup>870</sup>. Bu açıdan hayat, vücut dokunulmazlığı ve cinsel dokunulmazlık açısından ağır bir tehdit dolaylı faillik açısından kabul edilebilecekken malvarlığı itibarıyla bir tehdit bu kapsamda görülmemelidir<sup>871</sup>.

Dolaylı failliğin tehdit ile gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için ancak 106 ncı maddede yer alan tehdit suçundan hareket edilmek suretiyle bir sonuca varılabileceğini ifade eden bir görüşe göre (ki yazar cebir ve tehdidi birlikte zikretmektedir) kendisinin ve yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğine yönelik bir tehdidin varlığı, ciddi ve muhakkak, kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulmasına imkan sağlayacak ve onu suçun işlenmesinde araç haline getirmeye elverişli olması gerekmektedir<sup>872</sup>.

Tehdidin basit olarak sayılabilecek ölçüde olmasına rağmen tehdide maruz kalan kişi bu nedenle suç işlemiş ise bu durumda dolaylı faillik değil azmettirme mevcuttur. Bu durumda suça yönlendiren kişi, işlenen suça azmettirmekten, tehdit suçu açısından ise doğrudan fail olarak sorumlu tutulacakken suçu gerçekleştiren kişi ise doğrudan fail olarak sorumludur kanaatindeyiz. Zira tehdit, tehdit konusu fiilin

---

<sup>869</sup>Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.80.

<sup>870</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.514. Bu şartların zorunluluk hali açısından aranan şartlar olduğu görülmektedir. Nitekim yazarlar bazı düzenlemelerde tehdidin de zorunluluk halleri arasında sayıldığını ifade etmektedir. Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,s.514; Dönmezer-Erman, ,s.332. Ayrıca bkz. Zafer, s.385; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel s.405*.

<sup>871</sup> Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri* , s.79, 80.

<sup>872</sup> Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.79, s.80.

gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak cezalandırılabilen bir suçtur. Ayrıca bu durumda şantaj suçunun oluşup oluşmadığına da dikkat edilmelidir<sup>873</sup>.

Doktrinde bu nedenle örneğin gece bekçisi (B)'den, bekçiliğini yaptığını evden değerli bir tabloyu getirmemesi halinde onun, evin hanımıyla olan ilişkisini ifşa edeceği şeklinde (A) tarafından gerçekleştirilen tehdidin bu ağırlıkta olmadığı, (B)'nin başka türlü kurtulma ihtimali olduğu ancak buna rağmen istenen suç işlese (A)'nın gerçekleşen hırsızlık suçunun dolaylı faili olmayıp şantaj suçunun faili olabileceği ifade edilmektedir<sup>874</sup>. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu durumda (A)'nın hırsızlık suçu açısından azmettiren olarak cezalandırılmalıdır.

### **cc. Kusur Yeteneği Olmayan ya da Kusur Yeteneği Azalmış Kişilerin Suçun İşlenmesinde Kullanılması**

Yaş küçüklüğü (TCK m.31) , akıl hastalığı (TCK m.32) , sağır ve dilsizlik (TCK m.33) durumları 5237 sayılı TCK açısından kusurluluğu kaldıran ya da azaltan haller arasında sayılmaktadır.

Bu bölümde, bahse konu özellikleri taşıyan kişilerin ne şekilde suç işlemeye yönlendirildikleri ya da suç işledikleri zaman bu kişilere destek verilmesinin dolaylı faillik kapsamında görülüp görülemeyeceği konusuna değinmek gerekir. Kanaatimizce bahse konu kişilerin ortak özelliği, genel olarak kusur yeteneği tam olan (yetişkin ya da irade yeteneği tam olan kişiler) kişilere nazaran kolayca yönlendirilebilir olmaları, doğru ile yanlış birbirinden ayırma yeteneklerine ya sahip olmamaları ya da kusur yeteneği tam olan kişilere nazaran daha az sahip olmalarıdır. Bilindiği üzere kusur yeteneği “*olmayanların*” suçta araç olarak kullanılmaları halinde TCK'nın 37/2 nci maddesi gereğince failin cezası artırılabacaktır.

---

<sup>873</sup> *Şantaj*: TCK m. 107- (1) Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) (Ek: 29/6/2005 – 5377/14 md.) Kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. *Cebir*: Madde 108- (1) Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.

<sup>874</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri*,.80.



Kanun koyucu kusur yeteneği olmayanlardan bahsettiğine göre kusur yeteneği az olan kişilerin suçta araç olarak kullanılmaları halinde herhangi bir artırım uygulanmayacaktır. Ayrıca bu ifadeden sadece “*kusur yeteneği olmayan*” kişilerin araç olarak kullanılabilceği gibi bir anlamda da çıkmamalıdır zira kanun koyucu bu kişilerin araç olarak kullanılmaları, dolaylı faile verilecek ceza açısından artırım nedeni olarak kabul etmektedir. Bu noktada önemli olan kusur yeteneği azalan kişilerin iradeleri üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığıdır .Kararlarını kendi başlarına verebilecek ölçüde kusur yeteneği olan kişileri suçta yönlendirmek azmettirme iken<sup>875</sup> bu azalma nedeniyle kişinin hareketi üzerinde hakimiyet kurarak araç olarak kullanan kişi dolaylı faildir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere ceza sorumluluğu olmayan kişiler de suçta iştirak edebilirler. Çünkü TCK'nın 40 ncı maddesinin “*Suçta iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*” şeklindeki ifadesinden yola çıkılarak bu kişilerin de kasten ve hukuka aykırı hareket edebileceği, suçta azmettirilebileceği ve bu anlamda bu kişilerin suçta kullanılması halinde dolaylı faillikten değil azmettirmeden bahsedilmesi gerektiği söylenmektedir<sup>876</sup>.

Akıl hastaları veya çocuklar da kusur yeteneğine sahip olmasalar bile kasten ve hukuka aykırı hareket edebilirler ki bu itibarla bu kişilerin eylemlerine iştirak edenler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Hatta bu kişiler ile birlikte suç işleyen kişiler müşterek fail olarak da sorumlu tutulabilir ama bu ihtimalde kusur yeteneği olmayan kişiler cezalandırılmaz<sup>877</sup>.

İleride ifade edileceği üzere kusur yeteneği olmayanları suçta araç olarak kullanan kişilerin dolaylı fail mi yoksa azmettiren mi olarak kullanıldığının tespiti, dolaylı failin, suçta yönlendiren kişinin kusur yeteneğinin olup olmadığını bilmesine göre yapılmalıdır. Bu görüş açısından kast suçun objektif ve sübjektif unsurlarını bütünüyle bilmeyi gerektirdiğinden kişinin suçta sevk ettiği kişinin kusur yeteneğinin

---

<sup>875</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.82.

<sup>876</sup> **Yıldız**, *Seminer*, s.119. Yıldız, bu kişilerin de diğer kişiler gibi cebir veya tehdit altında suç işlemeleri veya yanıtılmaları halinde bu kişileri araç olarak kullanan kişilerin dolaylı fail olduğunu ifade etmektedir.

<sup>877</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.80.

olup olmadığının bilinmesi de kişinin cezai statüsünü azmettiren ya da dolaylı fail olarak belirlenmesine yol açacaktır<sup>878</sup>. Yine benzer bir görüş açısından kusur yeteneği olmayan kişileri suça sevk eden kişi eğer bu kişinin kusur yeteneğinin olmadığını biliyor ve bu durumdan suçun işlenmesi için yararlanıyorsa dolaylı faillikten bahsedilebilecektir<sup>879</sup>. Görüş açısından dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ayırımı arka plandaki kişinin irade egemenliğine baskın olup olmadığına göre belirlediğini görmekteyiz<sup>880</sup>.

Akıl hastası ya da yaşı küçük şahıs kendi kararıyla suç işlemeye başlamışsa ona verilen destek, yardım gibi eylemler dolaylı faillik değil şeriklik kapsamında ele alınmalıdır<sup>881</sup>. Elbette bahsettiğimiz desteğin suçun işlenmesinden önce ya da en geç fiil esnasında olduğu ifade edilmelidir zira suçun işlenmesinde sonra faile verilen desteğin iştirak içerisinde değil şartları var ise suçluyu kayırma (TCK m.283) gibi suçlara neden olacağı belirtilmelidir.

Kişinin dolaylı fail mi yoksa azmettiren mi olduğunu tespit açısından genel kriterler yeterli olup kişi üzerinde herhangi bir biçimde hakimiyet kurulup suç işletilmesinde araç olarak kullanılması dolaylı faillik için yeterli ve gereklidir. Ancak kusur yeteneği olmayan kişilerin suça sevk edilmeleri halinde daha dikkatli davranılması ve bu kişilerin araç olarak kullanılmaya elverişli olduklarını gözden kaçırmamak gerekmektedir. Dolayısıyla kusur yeteneği olmayan kişilerin suça yönlendirilmeleri halinde her durumda ön bir kabulde dolaylı failliğin var olduğunun düşünülmesi isabetli olmasa da öncelikli olarak bu ihtimalin araştırılması ve daha mümkün görülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kusur yeteneğinin ortadan kalkmayıp azaldığı hallerde, bu kişileri suça sevk eden kişilerin cezai sorumluluğu açısından dolaylı faillik ya da azmettirme kurumları gündeme gelmekle beraber bu kişilerin cezai sorumluluklarının ne şekilde belirleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kusur yeteneği az olan kişileri suça sevk eden kişiler araç

---

<sup>878</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.81; **Hakeri**, *Ceza Genel*, s.271; **Koca-Üzülmez**, s.463, s.464.

<sup>879</sup> **Öztürk-Erdem**, s.385.

<sup>880</sup> **Öztürk-Erdem**, s.385.

<sup>881</sup> **Özgenç**, *Suçta İştirakin*, s.236.

kişinin az da olsa algılama ve irade gücüne sahip olması, eyleminin haksızlık bilincinde bulunması şartıyla azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır ki bu noktada kriter, yine kusur yeteneği azalan kişinin algılama veya irade açısından zayıflığını suç işlenmesinde bir araç olarak kullanıp kullanmadığıdır<sup>882</sup>.

Kusur yeteneği ortadan kalkmayıp azalan kişiler açısından arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak doğrudan kabulüne ilişkin bir görüş var<sup>883</sup> ise de bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere dolaylı faillik açısından araç kişinin sübjektif özelliği önemli olsa da bu durum onu suça sevk eden kişinin tek başına dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerekli kılmaz. Dolaylı faillik açısından bu kişi üzerinde araç olarak hakimiyet kurmaya elverişli bir hareketin gerçekleşmesi gerekmektedir.

### **aaa.Yaş Küçüklüğü**

5237 sayılı TCK'nın tanımlar başlıklı 6 ncı maddesinde çocuk kavramı “henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” şeklinde tanımlanmış olup kanun koyucu çocukların cezai sorumluluğuna ilişkin olarak bu kişilerin yetişkinlere nazaran kusur yeteneklerinin daha az olması sebebiyle farklı bir düzenleme öngörmüştür. Bahse konu düzenleme açısından çocuklar yani on sekiz yaşını doldurmamış küçükler açısından, yaşları nazara alınarak üçlü bir ayrıma gidilmiştir.

TCK'nın 31 inci maddesinin birinci fıkrasına göre fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamamakta ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilmektedir.

31 inci maddenin ikinci fıkrasında fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar açısından ikili bir ayrıma gidilmiş olup bu kişilerden fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olanlar açısından cezai sorumluluk söz konusu olmamakta ancak zorunlu olarak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri

<sup>882</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığın Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.82.

<sup>883</sup> Sınar, s.74.

uygulanmaktadır. Eğer bu yaş grubuna dahil olan çocuklar bakımından işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği var ise bu takdirde bu kişilere ceza verilecek ancak cezada kanunda öngörülen şekilde indirim yapılacaktır.

Maddenin son fıkrasında (TCK m.31/3) ise fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş ancak henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin düzenleme yer almakta, kanun koyucu bu kişilerin kusur yeteneklerinin var olduğunu kabul etmekle birlikte cezalarında zorunlu olarak indirim öngörmektedir. Bu anlamda txk AÇISINDAN birinci grup yaş küçükları ile ikinci grup yaş küçükları arasında olup da işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olan çocukların suça sevk edilmelerinin ne şekilde tanımlanabileceği tespit edilmelidir.

Bir görüşe göre, genel olarak işlediği fiilin anlam ve sonucunu algılayabilen çocukları suça yönlendiren kişiler açısından azmettirme; bu özelliği haiz olmayan çocukları suça yönlendiren kişiler açısından ise dolaylı faillikten bahsedilebilir<sup>884</sup>. Aynı ölçüt sağır ve dilsizler bakımından da esas alınabilir. Diğer bir görüşe göre ise on iki yaşını doldurmayan çocukları suçta kullanmak dolaylı faillik iken 12-18 yaş aralığındaki çocuklar suça azmettirilmektedirler<sup>885</sup>.

On iki yaşını doldurmamış çocukların mutlak sorumsuz oldukları fikrinin kanuni bir faraziye olduğunu ifade eden başka bir görüş açısından bu yaş aralığındaki çocuklar fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilir bununla birlikte kanun koyucu davranışlarını yönlendirme yetenekleri mevcut olsalar dahi bu kişilerin sorumsuz olduklarını kabul edilmektedir<sup>886</sup>.

Kanaatimizce de bir çocuğun, ya da akıl hastasının yani kusur yeteneği olmayan kişinin suça yönlendirilmesi her zaman dolaylı faillik anlamına

---

<sup>884</sup> Sınar, s.71. Benzer görüş açısından bkz. Aydın, s.150-151.Doktrinde kusur yeteneği olmayan 12 yaşından küçük çocuklara suç kararı aldırılması açısından dolaylı faillik, kusur yeteneği olan çocuklara suç kararı aldırılması halinde diğer iştirak hallerinin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.1123.

<sup>885</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.508.

<sup>886</sup> Aslan, Beşir, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, Ankara 2011, s.52.

gelmemektedir<sup>887</sup>. Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'nın 40 ncı maddesi gereğince ceza hukukumuzda sınırlı bağıllık kuralı geçerli olup buna göre azmettirmeden bahsedilebilmesi için şahsın cezalandırılabilir olmasına gerek yoktur<sup>888</sup>. Bu anlamda kusur yeteneği olmayan kişilerin suça azmettirilmesi mümkündür<sup>889</sup>.

Kanun koyucunun 5237 sayılı TCK'nın 31 inci maddesinde “*fiili işlediği sırada*” ifadesinin kullanılıp da “*suçu işlediği sırada*” ifadesini kullanmamasından hareket eden bir görüş açısından bu durum cezai ehliyeti olmayan kişilerin suç işleyemeyeceğini ifade eden klasik okulun bir tesiridir<sup>890</sup>. Ancak kanaatimizce bu durum bilinçli bir tercihin sonucu değildir. Kanun koyucu suç ve fiil kavramlarını kimi zaman aynı anlamda gelecek şekilde kullanmıştır<sup>891</sup>.

Uygulamada yaş küçüklüğü halinde bu kişileri suça sevk eden kişilerin azmettiren olarak sorumlu tutuldukları buna gerekçe olarak da bu kişilerin de işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını bir yetişkin ya da kusur yeteneği tam olan kişiler kadar olmasa da en azından işlediği fiilin haksızlık içeriğinin farkında olmalarının gösterilebileceği ifade edilmektedir<sup>892</sup>. 5237 sayılı TCK sistemi açısından yaş küçük olan kişinin anlama ve isteme yeteneğinin bulunup bulunmadığına göre azmettirmeden ya da dolaylı faillikten bahsedilebileceği ifade edilmektedir<sup>893</sup>.

Yaş grupları açısından meseleye yaklaşıldığında;

*Inci grup küçükler* : On iki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluklarının bulunmadığı kanunda açık şekilde belirlenmiştir. Kusur yeteneği bulunmayan çocuklar açısından kanun koyucu bu kişilerin cezalandırılmayacağını ifade etmiştir. Bu kişileri suça sevk eden kişilerin hukuki konumu açısından farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bu çocukların kusur yeteneklerinin olmadığı açık bir şekilde

<sup>887</sup> Sınar, s.68; Aydın, s.149.

<sup>888</sup> Bu anlamda kusur yeteneği olmayan kişiler şerik olabilmektedirler. Üzülmüş, s.91.

<sup>889</sup> Öztürk-Erdem, s.385.

<sup>890</sup> Konu hakkındaki görüşler için bkz. Aslan, s.53.

<sup>891</sup> Örneğin fiil işlenmesi kavramının kullanıldığı TCK'nın 6 ncı maddesinde yer alan vatandaş tanımı, hataya ilişkin 30/4.madde (İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz), hapis cezasının ertelenmesine ilişkin 51 inci madde (Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından, üç yıldır) düzenlemeleri bu duruma örnektir.

<sup>892</sup> Sınar, s.70.

<sup>893</sup> Sınar, s.70.

kabul edilmiştir ve bu anlamda bu kişileri suça sevk eden kişilerin dolaylı fail olduğu ifade edilmektedir<sup>894</sup>.

Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki en temel fark dolaylı failin olayları kontrolünde bulundurması ve araç kişinin de söylenenleri yerine getirmesidir. Azmettirmede aklında suç işlemeye ilişkin düşüncesi olmayan bir kimsenin suç işlemek için ikna edilmesinin ardından suç işlemeye ikna olan kişinin kendi inisiyatif ve iradesi ile suç işlemesi söz konusudur<sup>895</sup>. Bu nedenle faile, yaşından dolayı ceza verilmemesinin tek başına dolaylı faillik olarak nitelendirilmeye yetmeyeceği kanaatindeyiz. Önemli olan bu yaş aralığındaki çocuğun eylemin haksız olduğu konusu bilincinde olup olmadığıdır.

Doktrinde *Hafizoğulları-Özen*, 31/1 inci maddede yer alan 1 inci grup küçüklerin kusur yeteneklerinin mutlak şekilde olmadığı fikrine karşı çıkmaktadırlar. Yazarlar her ne kadar fikrimizin aksine kusur kavramını, fiilini bilerek isteme şeklinde ele alsalar da, bu kişilerde haksızlık bilinci olabileceğini örneğin on bir yaşındaki bir çocuğun da hırsızlık ve yaralama gibi suçları işleyebileceklerini ifade etmektedirler<sup>896</sup>.

*2nci grup küçükler* : Bu grupta yukarıda ifade edildiği üzere iki grup bulunmaktadır. Bu anlamda eğer bu yaş grubu içerisinde bulunan kişi işlediği fiilin anlam ve sonuçlarının farkında değil ise de bu kişinin fiiline iştirak edilmesi mümkündür. Bu nedenle bu kişileri suça sevk eden kişilerin azmettiren olarak sorumlu tutulmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>897</sup>. Buradaki değerlendirme açısından önemli olan, kişilerin genel olarak işlediği fiiler açısından isnat yeteneğine sahip olup olmadığı değil ilgili suç açısından bu yeteneğe sahip olup olmadığıdır ve değerlendirme bu duruma göre yapılmalıdır<sup>898</sup>. Isnat yeteneği olan ve kasten hareket eden; bununla

---

<sup>894</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.1080.

<sup>895</sup> **Dülger**, s.23

<sup>896</sup> **Hafizoğulları-Özen**, 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununda Fail, Isnat Yeteneği, Isnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler*, s.110.

<sup>897</sup> **Aydın**, Suça İştirak, s.150-151.

<sup>898</sup> **Hakeri**, Ceza Genel, s.366.

birlikte bu yaş grubunda bulunan kişilerin de başkasıyla iştirak halinde suç işlemlerinin bu anlamda azmettirmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>899</sup>.

Doktrinde bu durumda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre eğer bu gruptaki kişi eyleminin farkında ve isnat yeteneğine sahip ise onu suça sevk eden kişi azmettiren olarak sorumlu tutulabileceken işlediği fiilin farkında olmayan çocuklar açısından bu kişilerin fiilin suç olduğunun farkında olmaması veya başka bir biçimde bu kişilerin iradelerinin denetlenmesi halinde dolaylı faillik söz konusu olacaktır<sup>900</sup>. Bu kişilere güvenlik tedbirinin tatbik edilebileceği, bunun için de bir yargılama gerektiği bu anlamda işlenen fiilin suç olmaması halinde ne güvenlik tedbiri ne de cezanın uygulanamayacağı düşünüldüğünde<sup>901</sup> bu kişiler açısından da suçun varlığından söz edilmesi gerektiğini tekrarlamaktayız.

*3ncü grup küçükler* : Bu gruptaki kişilerin cezai sorumlulukları ve kusur yeteneklerinin varlığı kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir. Bu sebeple bu yaş aralığındaki çocukları suça sevk eden kişiler açısından azmettirme hükümlerinin tatbiki mümkün olmakla birlikte<sup>902</sup> kanunda (m.38/2) çocukların suça azmettirilmesi halinde onları suça azmettiren kişilerin cezalarının artırılacağı ifade edilmektedir. Elbette bu kişilerin de diğer kişiler gibi genel olarak iradeleri üzerinde aldatma, cebir vesaire şekillerde hakimiyet kurulması halinde yine dolaylı faillik hükümlerinin tatbik edilmesi mümkündür.

### **bbb.Sağırılık ve Dilsizlik**

Kanun koyucu sağırılık ve dilsizlik durumunu kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan haller arasında sayarak bu durumdaki kişiler açısından yaş küçüklüğüne benzer bir düzenleme öngörmüştür. Sağır ve dilsizliğin kusur yeteneğini etkilemesi, bu durumun doğuştan kaynaklanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu kişilerin gelişimlerini diğer kişilere göre daha geç tamamlayabilmesi, cezalandırılabilirlik açısından dikkate alınmasına sebep olmuştur. Dilsizlik durumunun sağırılık durumunun doğal sonucu

---

<sup>899</sup> Aydın, Suça İştirak, s.150.

<sup>900</sup> Aydın, Suça İştirak, s.151.

<sup>901</sup> Hafizoğulları-Özen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s.110.

<sup>902</sup> Aydın, Suça İştirak, s.151.

olduğu ifade edilmişse de sağırılık ve dilsizliğin sonradan da gerçekleşebileceği bu durumun da kişinin isnat yeteneğine etki edeceği ifade edilmiştir<sup>903</sup>.

TCK'nın 33 üncü maddesi açısından düzenleme, yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeye benzer bir biçimde yaş sınırları dikkate alınarak fakat sağır ve dilsizlerin kusur yeteneklerinin diğer çocuklara oranla daha fazla etkileneceğinden hareketle on iki yaşını doldurmamış çocuklar açısından geçerli olan hükümlerin on beş yaşını doldurmayan sağır ve dilsizlere; on iki yaşını dolduran ancak on beş yaşını dolduran kişilere ilişkin hükümlerin on beş yaşını dolduran ancak on sekiz yaşını doldurmayan sağır ve dilsizlere nihayet onbeş yaşını doldurup da on sekiz yaşını doldurmayan kişiler hakkındaki hükümlerin ise onsekiz yaşını doldurmuş ancak yirmibir yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler hakkında uygulanacağı öngörülmüştür.

Kanun koyucunun sağır ve dilsizlerin kusur yeteneğine ilişkin düzenlemesi sadece yaş açısından, yaş küçüklüğü düzenlemesinden farklı olduğu için dolaylı faillik açısından yaş küçüklüğü kısmında bahsedilen hususları burada da tekrar edebiliriz. Sağır ve dilsizlik bakımından bahse konu düzenlemenin tatbiki açısından bu durumun 21 yaşını doldurmamış kişiler açısından düzenlenmesi, nihai olarak 21 yaşından sonra da kişilerde bu durumun isnat yeteneğini etkileyebileceği ifade edilerek doktrinde eleştirilmektedir<sup>904</sup>. Kanun koyucu 21 yaşını dolduran kişiler açısından akıl hastalığı hükümlerine gönderme yapmaktadır (bkz. TCK'nın 33 üncü maddesinin gerekçesi).

### **ccc.Akıl Hastalığı**

Kusur yeteneğini etkileyen ya da azaltan bir sebep olarak akıl hastalığı, akıl hastası olan kişilerin suç işlenmesinde araç olarak kullanılmaya elverişli olmaları ya da diğer bir ifade ile iradeleri üzerinde hâkimiyet sağlanması elverişli olarak görülebilir kişilerdir. Bu nedenle kişilerin akıl hastalığından yararlanmak da dolaylı faillik durumunun bir görünüş biçimini oluşturmaktadır.

---

<sup>903</sup> Soyaslan, Ceza Genel, s.414.

<sup>904</sup> Aydın, Suça İştirak, s.152. Buna karşın eski kanuni düzenlemede geçerli olan kişilerin yaşı ne olursa olsun sağır ve dilsizliğin isnat yeteneğini etkileyeceği şeklindeki görüş, sağır ve dilsizliğin kusur yeteneğine otomatik olarak etki etmesinin bilimsel bir izahı olmadığı gerekçesiyle 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesinin isabetli olduğuna ilişkin doktrinde bir görüş bulunmaktadır. Koca-Üzülmez, s.320.



Akıl hastalığı 5237 sayılı TCK'nın 32 nci maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre akıl hastalarını iki kısma ayırmak mümkündür. 32 nci maddenin 1 inci fıkrasında kişinin, akıl hastalığı sebebiyle işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bahse konu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması halinde bu kişiye ceza verilmez ancak güvenlik tedbiri tatbik edilebilir.

32 nci maddenin 2 nci fıkrasında ise akıl hastalığı 1.fıkradaki seviyede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalan kişiler açısından cezalarında indirim öngörülmekte ve hakimın mahkum olunan bu cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri şeklinde de tatbik edebileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle bir görüşe göre kanun koyucu 765 sayılı TCK'daki tam ve kısmi akıl hastalığı şeklindeki ayrımı devam ettirmiştir<sup>905</sup>. Akıl hastalığı da dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri arasında sayılmaktadır<sup>906</sup>.

Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilememektedir. Bu kişilerin suça yönlendirilmeleri ve üzerlerinde hakimiyet kurulması halinde araç olarak kullanan şahıs dolaylı faildir. Ancak işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiyi suça yönlendiren kişinin, fiili gerçekleştiren şahsın işlediği fiilin kınanabilirliğini algılayabilmesi halinde artık azmettirme nedeniyle sorumluluktan bahsedilmesi mümkündür.

Akıl hastalarını suça sevk eden kişilerin cezai sorumluluğu açısından doktrinde farklı açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Buna göre akıl hastası eğer kusur yeteneği bulunmayan veya önemli derecede azalan hastalardan ise bu kişiye ceza verilmeyerek güvenlik tedbiri tatbik edilecekken; eğer kusur yeteneği azalmış akıl hastası ise bu kişilerin cezasında indirim yapılacağı ifade edilmektedir. Bu durumda akıl

---

<sup>905</sup> Aydın, Suça İştirak, s.153. Ünver yeni sistemin, önceki sisteme nazaran daha kötü bir sistem olduğunu ifade etmektedir. Ünver, Kusurluluk, s.69.

<sup>906</sup> Aydın, Suça İştirak, s.152; Sınar, s.71.

hastası kişiyi suça sevk eden veya onunla birlikte suç işleyen kişilerin cezai sorumluluklarının devam edileceği ifade edilmektedir<sup>907</sup>.

TCK'nın 175 inci maddesinde düzenlenen fiil açısından akıl hastası üzerinde bakım gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişinin akıl hastasının bir kimseyi öldürdüğünü görmesine rağmen müdahale etmemesi durumunun da dolaylı faillik olarak nitelendirildiğini görmekteyiz “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali” suçu şeklinde düzenlenen suç tipi açısından kanun koyucu akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veyamalvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişilerin cezalandırılacağını belirtmiş olup bu yükümlülüğe sahip olan kişilerin görevlerini ihmal etmeleri halinde ihmali suçlarda dolaylı failliği kabul eden görüş açısından dolaylı failliğin söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>908</sup> ki bu konuya ihmali suçlar bahsinde değineceğiz.

#### **ee. Geçici Nedenler ve Dolaylı Faillik İlişkisi**

5237 sayılı TCK'nın 34ncü maddesinde geçici neden tesiri altında suç işleme, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma hali kusuru kaldıran bir hal olarak düzenlenmiştir<sup>909</sup>. Bir kimsenin kusuru olmaksızın iradesinin ortadan kalkması halinde örneğin istemeksizin alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında, ateşli hastalık, zehirlenme, hipnotize etkisi altında suç işlemesi durumunda kendisine ceza verilmez. Bu durumda kişilerin isnat yeteneği normalde mevcut olsa da sonradan ortadan kalkmaktadır. Bu kişilerin suç işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde dolaylı faillikten bahsedilebilir. Kusur yeteneği geçici nedenle ortadan kaldırılan kişilerin de suça yönlendirilmeleri halinde ki ortadan kaldırma dolaylı fail ya da üçüncü bir kişinin

---

<sup>907</sup> Sınar, s.72.

<sup>908</sup> Şahin, *Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.9. Belirtelim ki TCK'nın 175 inci maddesinde yer alan “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali” suçu açısından failin akıl hastası üzerindeki bakım yükümlülüğünü ihmal etmesi suçun işlenmesi için yeterlidir. Akıl hastasının suç işleme durumuna ilişkin madde gerekçesinde “Bu ihmal neticesinde başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir zarar meydana gelirse, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi, fiilin sebebiyet verdiği netice açısından kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır” şeklinde ifadeler yer verilmektedir.

<sup>909</sup> TCK m. 34: (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

eseri olabilir, dolaylı faillik ya da azmettirmenin varlığı tartışılmalıdır<sup>910</sup>. Bu nedenle bu durumda dolaylı failliğin tespiti dikkatli bir şekilde yapılmalıdır.

Kişinin irade yeteneğinin ortadan kalkması, ya arka plandaki şahıs ya da başkası tarafından gerçekleştirilebilir. Bir görüşe göre her iki halde de dolaylı faillik söz konusudur<sup>911</sup>. Örneğin bir kimsenin, hipnotize ettiği kimseye suç işletmesi ya da haberi olmadan uyuşturucu madde vererek hareket ettirmesi halinde bu kişilerin hareketlerinden dolaylı fail sorumludur. Bu durumda bir denetlemenin ve hakimiyetin varlığı belirgindir. Bir başkası tarafından herhangi bir amaç için iradesi ortadan kaldırılan kişinin bu halinden yararlanılması halinde de araç olarak kullanmak mümkündür<sup>912</sup>. Bu kişilerde şuur ve irade çoğu durumda tamamen ortadan kalktığı için bu konumdaki kişilerin araç olarak kullanıldıkları daha rahat şekilde söylenebilir.

5237 sayılı TCK'nın 34 üncü maddesinin ikinci fıkrası "*İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*" şeklinde olup bu kişilerin fiili gerçekleştirdiği an kusur yetenekleri olmasa da önceden serbest iradeleriyle, kusur yeteneklerini ortadan kaldıran kişilerin kusur yeteneği var kabul edilmektedir. Öncelikle ilk fıkrada geçici nedene yer verilmesine rağmen bu fıkrada kavrama yer verilmemesi eleştirilmektedir<sup>913</sup>. Ayrıca kanaatimizce alkol ve uyuşturucu madde altında suç işlenmesini ayrıca zikretmek doğru değildir. Bunun yerine genel bir ifade ile ilk fıkranın tamamına yollama yapılması daha isabetli olabilirdi.

Kendi isteğiyle uyuşturucu madde veya alkol alan ve bunun etkisinde olan bir kişinin suça yönlendirilmesi halinde dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı konusuna da değinmek gerekir. Doktrinde bir görüşe göre bir kişinin kendi isteği ile sarhoş olması ya da uyuşturucu madde aldıktan sonra bir başkası tarafından suça yönlendirilmesi halinde bu şahısların kanun tarafından ALIC (actiones liberae in causa)

---

<sup>910</sup> Sınar, s.73.

<sup>911</sup> Aydın, s.153; Sınar, s.73.

<sup>912</sup> Aydın, s.153.

<sup>913</sup> Ünver, *Kusurluluk*, s.72.

kuralı gereğince sorumlu olduğu ve bu anlamda suça her şekilde iştirak edebilecekleri ifade edilebilmektedir. Bu görüş bu hallerde dolaylı failliği kabul etmemektedir<sup>914</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise bu durumda araç kişi ALIC kuralı gereğince sorumlu olmasına rağmen onu kullanan şahıs, fiili işlediği kusuru olmadığı için dolaylı fail olarak sorumlu olacak hatta cezası TCK'nın 37/2 nci maddesine göre artırılacaktır<sup>915</sup>.

Alman hukukunda da konuya ilişkin olarak failin fiili gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneği olmasa da sebebinde serbest hareketler nedeniyle sorumluluğunun devam ettiği ifade edilmektedir<sup>916</sup>.

Dolaylı faillik ALIC ile de temellendirilmiştir. Bilindiği üzere kasti ALIC halinde de kişi kendisini kusursuz hale getirmektedir ki bu durum dolaylı faillikte suç işletmek için bir başkasını araç hale getirmek ile benzeşmektedir. Buna karşın Alman öğretisinde özellikle dolaylı failliğin *başka bir kişi aracılığıyla* işleme şartı nedeniyle bahse konu temellendirmenin dogmatik olduğu ifade edilmektedir<sup>917</sup>.

Bir kimsenin, bizzat suç işletme düşüncesinde olan dolaylı fail tarafından ya da üçüncü bir kişi tarafından iradesi ortadan kaldırılarak – *ki azaltılması halinde dolaylı faillikten bahsetmemekteyiz*- araç olarak kullanılması mümkündür. Tartışma ise TCK'nın 34/2 nci maddesinin, 37/2 nci maddede düzenlenen dolaylı faillığe ilişkin hükmü bertaraf edip etmediği şeklindedir.

İleride de ifade edileceği üzere azmettirmeden bahsedilebilmesi için suça yönlendirilen kimsenin herhangi bir suç işleyeceğinin farkında olması gerekmektedir. Oysa alkol ya da uyuşturucu madde tesiri altında hareket eden kişi bir anlamda kendisini yönlendiren şahsın aracı olabilir. Bu nedenle genel düşüncemize uygun olarak bir kimse alkol ve uyuşturucu maddeyi bilinçli olarak almış ancak suç işlemeyi düşünmediği takdirde karşısındaki şahsın onu “*araç*” konumuna indirgeyecek ölçüde bir yönlendirmede bulunması halinde bu durum dolaylı failliktir. Fakat şahsın sorumluluğu TCK'nın 34/2 nci maddesi gereği devam etmektedir. Bu madde TCK'nın

<sup>914</sup> Aydın, s.154; Yaşar-Gökcan-Artuç, s.1123.

<sup>915</sup> Sınar, s.74.

<sup>916</sup> Weddig, s.27 vd.

<sup>917</sup> Weddig, s.28.

37/2 nci maddesine göre daha özel bir hükümdür ve fiili gerçekleştirdiği anda kusur yeteneği olmamasına rağmen şahsın istisnai olarak sorumlu olduğunu belirtir. Şahsın araç olarak kullanıldığı ise ortadadır. Suçta kullanılmış olması araç şahsın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak ancak arka plandaki şahsın dolaylı fail olmasını da engelleyemeyecektir. Dolaylı faillik ile doğrudan failliğin bir arada bulunabileceğini savunduğumuzu daha önce ifade etmiştik.

Sonuç olarak kişinin iradesinin bizzat kendisi veya bir başkası tarafından ortadan kaldırılmış olması dolaylı faillik hükümlerinin uygulanmasına engel olmayıp fiili gerçekleştiren failin kendi cezai sorumluluğuyla ilgili bir durumdur<sup>918</sup>. Eğer kişi iradesiyle alkol almış veya dolaylı fail/üçüncü bir kişi vasıtasıyla alkol ya da uyuşturucu madde verilerek iradesi büsbütün ortadan kalkmışsa durumda da 37/2.maddenin tatbiki gündeme gelecektir<sup>919</sup>.

#### **dd. Araç Kişinin İşlediği Fiilin Haksızlığı Konusundaki Yanılgısı**

Dolaylı failliğin araç kişinin hataya düşürülmesi durumuna örnek olarak verilecek hallerden bir diğeri de dolaylı failin araç kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusundaki kaçınılmaz hatasından yararlanarak suç işletilmesi halidir<sup>920</sup>.

Kişilerin hukuk kurallarının haksızlıkları konusunda yanılgıya düşmesinin çeşitli ortaya çıkış biçimlerinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Buna göre eğer fail yasaklayıcı normu gözden kaçırarak eylemine izin verildiğini sanıyorsa bu durum kişinin normdan habersiz olması, normun hükümsüz olduğunu veya kendi eylemi için tatbik edilemez olduğunu sanması ile ilgili olabilir<sup>921</sup>. İşte bu duruma doğrudan ya da soyut haksızlık yanılgısı adı verilmektedir<sup>922</sup>. Kişinin fiilinin hukuka aykırılığı konusunda bilgisi olmasına rağmen bir hukuka uygunluk sebebinin olduğunu zannetmesi haline ise dolaylı ya da somut haksızlık yanılgısı adı verilmektedir<sup>923</sup>.

<sup>918</sup> Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.83.

<sup>919</sup> Şahin, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.83.

<sup>920</sup> Özgenç, *Suçta İştirakin*, s.214; Üzülmez, s.88.

<sup>921</sup> Koca-Üzülmez, s.363.

<sup>922</sup> Koca-Üzülmez, s.363.

<sup>923</sup> Koca-Üzülmez, s.363.

5237 sayılı TCK'nın 30 ncu maddesinin 4 üncü fıkrasında “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz” denilmektedir. Bu ihtimalde esasen kişinin işlediği fiil suç teşkil etmekte ise de şahıs bu fiilin haksızlık olduğu konusunda bir takım kabul edilebilir sebepler yanılığında halindedir. Arka plandaki şahsın araç kişinin bu yanılığından yararlanmak suretiyle dolaylı fail olması mümkündür<sup>924</sup> ki kanaatimizce bu durumun araç kişinin kusurlu olmaması kapsamında ele alınması mümkündür. Bu ihtimalde kişi, işlediği fiilin hukuk düzeni ile çatışmadığını, eyleminin hukuka uygun olduğunu sanmaktadır. Bu yanılığı kaçınılmaz bir nedenle meydana gelmektedir<sup>925</sup>.

Haksızlık yanılığının kusurluluğu kaldırması için bu durumun kaçınılmaz olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştik. Yanılığın kaçınılmaz sayılması için çeşitli şartlar vardır. Örneğin doktrinde haksızlık yanılığından bahsedilebilmesi için Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına dayanılarak kişide haksızlık bilincinin olmaması, kasten hareket edilmesi ve yanılığın kaçınılmaz olması şartlarının varlığı gerekli sayılmaktadır<sup>926</sup>.

Haksızlık yanılığı çerçevesinde, kişinin başkalarından aldığı yanıltıcı bilgiye güvenerek eyleminin haksız olmadığını düşünmesi halinde ne şekilde hareket edileceğine değinmek gerekmektedir. Doktrinde yanılığın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilirken failin eğitim durumu, kişisel yetenekleri ve ahlaki değerleri gibi konuların birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>927</sup>.

Kişilerin, eyleminin haksız olup olmadığını araştırma imkanı olmasına rağmen bunu yapmamaları halinde haksızlığın kaçınılmaz olduğu söylenemeyecektir<sup>928</sup>. Temel ceza prensipleri açısından olmasa da ancak bir hukukçu yardımıyla yorumlanabilecek düzenlemeler açısından kişilerin yanılığa düşmeleri kabul edilebilir. Ancak şu da göz

---

<sup>924</sup> Üzülmöz, s.88.

<sup>925</sup> Sınar, s.68.

<sup>926</sup> Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Güleç, Sesim Soyer, *Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı* (m. 30/4), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 73 vd. <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/3sesimsoyer.pdf> (Erişim Tarihi: 24.12.2016).

<sup>927</sup> Güleç, s.80.

<sup>928</sup> Güleç, s.80.

önüne alınmalıdır ki bu durumda bir hukukçudan yardım alınarak gereken özen gösterilmelidir<sup>929</sup>.

Kanaatimizce, eylemin haksızlığı konusunda verilen bilginin yanıltıcılığı tek başına kişinin araç kişi olarak kabulü açısından yeterli değildir. Bu durumda kişinin ilk bakışta suç teşkil ettiği görünen, ya da kendisinden beklenen özeni göstermesi halinde eyleminin haksız olduğunu fark edecek durumda olması halinde dolaylı faillik değil azmettirme söz konusudur.

TCK'nın 30 ncu maddesinde, 28 inci maddeye benzer bir biçimde araç kişinin haksızlık yanığı içinde bulunmasından yararlanarak suç işlemesi halinde arka plandaki şahsın cezalandırılacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu anlamda dolaylı faillik açısından esas failin mutlaka cezalandırılabilir bir kişi olması gerekli olmayıp, her fail kendi sorumluluğu çerçevesinde cezalandırılabilir<sup>930</sup>.

Haksızlık yanığı halinde kişi işlediği suçun maddi unsurlarını bilmekte, ancak mevcut hukuka göre bunun cezalandırılabilir bir eylem olduğunu düşünmemektedir<sup>931</sup>. Arka plandaki şahıs da bu durumdan yararlanmaktadır. Ancak bu durumda cebir veya tehditkine benzer bir denetleme ve hakimiyet kurulmamaktadır<sup>932</sup>. Hakimiyetin kaynağı üstün bilgi olarak ifade edilebilir.

Örneğin belli miktara kadar uyuşturucu kullanmanın serbest olduğu bir ülkede uzun bir süre yaşayan kişinin bu miktarı Türkiye'de bulundurması suç teşkil etse dahi bu durum şahsın kusurluluğunu ortadan kaldıran bir özellik taşıyabilir. Bu durumda kişiye TCK'nın 30/3 üncü maddesi gereğince ceza verilmeyebilecektir. Zira şahsın, eyleminin suç teşkil ettiği konusunda bilgi sahibi olması beklenmeyebilir. Doktrinde verilen bir örneğe göre Türkiye'de belli uyuşturucuları kullanmanın suç olmadığına bir yabancıyı ikna ederek ülkeye uyuşturucu madde sokan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır<sup>933</sup>. Ancak bu durumda failin bahse konu yanığı aşma imkanının olmaması,

---

<sup>929</sup> **Güleç**, s.80. Kanun metninin yorumunun gereken bir alanda uzman bir hukukçu tarafından verilen bilgiye güvenerek fiili gerçekleştiren kişi artık kusurlu olarak sayılmamalıdır. **Güleç**, s.80.

<sup>930</sup> **Sınar**, s.66.

<sup>931</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.215.

<sup>932</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.217.

<sup>933</sup> **Sınar**, s.69.

haksızlığın farkında olmasını engelleyen hususları ortadan kaldırma imkanının olmaması gerekmektedir<sup>934</sup>.

Arka plandaki şahsın, araç şahsı eylemin haksızlık içermediği hususunda yanılması halinde dolaylı failliğin varlığı genel olarak kabul edilmişse de böyle bir yanılıya kendi kusur ile düşen kişiden yararlanılması halinde dolaylı failliğin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır<sup>935</sup>. *Özgenç* bu durumda azmettirmenin söz konusu olduğunu ancak doktrinin genel olarak bu durumda da dolaylı failliği kabul ettiğini ifade etmektedir<sup>936</sup>.

Kanaatimizce dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki fark açısından “araç” olarak kullanmadan ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Bu duruma şahsın kendisinin düşmüş olması veya bu duruma başkası tarafından getirilmiş olmasının bir önemli olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim TCK’nın 37/2 nci maddesi gereğince önemli olan bir başkasının suç işlemede “araç” konumuna indirgenerek kişiye suç işletilmesidir.

Kişinin yanılıya düşmesi kaçınılabılır bir sebepten kaynaklanmışsa bu durumda dolaylı failliğin varlığı tartışılmalıdır<sup>937</sup>. Alman hukukunda da ön planda olan kişinin, kaçınılabılır hata nedeniyle cezası StGB’ nin §17/2 nci cümlesi gereğince § 49 ncu maddede yer alan ve özel kanuni ceza indirimi gerektiren nedenler kapsamında indirilmekle birlikte sorumluluğu devam etmektedir<sup>938</sup>. Esas tartışmalı olan husus arka plandaki kişinin sorumluluğunun ne şekilde tespit edileceğidir. Bir görüşe göre bu durumda azmettirmeden bahsedilmelidir; zira bu durumda fiili işleyen kişinin sorumluluğu sona ermemektedir<sup>939</sup>. Örneğin *Fischer* bu durumda arka plandaki kişinin azmettiren olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>940</sup>.

Diğer bir görüş ise bu durumda dolaylı failliği mümkün görmekte ve kaçınılabılır hata içerisinde bulunan kişinin bilinçli olarak yasadışılık içerisinde

---

<sup>934</sup> *Üzülmez*, s.88.

<sup>935</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.217.

<sup>936</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.217.

<sup>937</sup> *Üzülmez*, s.88- Gropp da genel olarak araç kişinin yasak hatası içerisinde hareket etmesi halinde dolaylı failliğin kabul edildiğini ifade etmektedir. *Gropp*, § 10, kn.52.

<sup>938</sup> *Murmann*, § 27, kn.41. Bu anlamda kaçınılabılır hata içerisinde hareket eden kişinin tam kusurlu olduğu kabul edilmektedir. *Weddig*, s.24.

<sup>939</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.218; *Weddig*, s.24.

<sup>940</sup> *Fischer*, § 25, kn.6; ayrıca bkz. *Murmann*, § 27, kn.41.



bulunmadığını ifade etmektedir zira bu kişi üzerinde hakimiyet kurulabilmesinden hareketle şahsın hatasının normatif değerlendirme açısından önemsiz olarak görülmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>941</sup>.

Kanaatimizce hatanın kaçınılabılır olması halinde ikili bir ayırım yapmak isabetli olacaktır. Şöyle ki araç kişide bulunan yanılıgı kaçınılabılır ise ancak arka plandaki kişinin bu yanılıgıyı kuvvetlendirmeye yönelik sevk ve girişimleri şahsı araç konumuna indirgeyecek ve üzerinde hakimiyet kuracak seviyede gerçekleşmiş ise dolaylı faillik söz konusudur. Oysa arka plandaki kişi, bu seviyede bir sevk ve yönlendirmede bulunmamış ise arka plandaki kişi azmettiren, fiili gerçekleştiren kişi ise doğrudan fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

#### **ee. Amirin Emrinin Hukuka Aykırılığının Denetlenmesinin Mümkün Olmaması**

Kanunun hükmü ve amirin emri başlıklı TCK'nın 24 üncü maddede “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” denilmektedir. Bu ifade, bu durumda işlenen fiile ceza verilmeyeceğini belirtmekle birlikte doktrinde genel olarak ifade edildiği üzere bu aynı zamanda bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>942</sup>. Hukuka uygun davranan bir kimse suç işlemiş olmaz.

Kamu görevlileri bilindiği üzere belli bir hiyerarşi içerisinde ast ve üst olarak görev yapmaktadır. Bu nedenle devlet işleyişinin sürekliliği açısından ast, üstün verdiği emri yerine getirmekle sorumludur<sup>943</sup>. Aksi takdirde bu durum, disiplin hukuku ve diğer şartları mevcut olma şartıyla TCK'nın 257 nci maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçunun ihmali halini oluşturabilir.

Esasen kişilerin hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesinde sorumluluk altına girmemek amacıyla tereddüt göstermesi normaldir. Zira kimseden hukuka aykırı bir emri tereddütsüz ve doğrudan yerine getirmesi beklenemez. Ancak gerek Anayasa'nın 137 nci maddesi<sup>944</sup> gerekse de 5237 sayılı TCK'nın 24 üncü maddesi

---

<sup>941</sup> Weddig, s.24.

<sup>942</sup> Sınar, s.75; Yıldız, Seminer, s.48; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.410.

<sup>943</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel, s.498.

<sup>944</sup> J. Kanunsuz emir;

gereğince astın, üstün kendisine iletildiği ve yerine getirilmesi zorunlu olan bir emri yerine getirmeyip bu durumu üstüne iletmesi durumunda emri veren bu durumu yazılı olarak tekrarlarsa emir gerçekleştirilir. Bu düzenleme, emri yerine getiren için bir sorumsuzluk nedeni ve kusuru kaldıran bir haldir<sup>945</sup>.

24.maddenin ikinci fıkrasında “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” denilmektedir. Esasen bu durumda da bir azmettirme ilişkisi mevcuttur ancak fail için kusurunu kaldıran bir neden bulunmaktadır<sup>946</sup>. Doktrinde de *Özgenç* bu durumda esasen kamu görevlisi açısından bir mecburiyet olarak mazeret sebebi olduğu emri alan kişinin emrin yerine getirilmemesi konusunda irade hürriyetlerinin olmadığını kabul etmektedir<sup>947</sup>.

Emir suç teşkil etmesine rağmen, emri veren bu durumu astından gizlemiş, ast emrin sadece hukuka aykırı olduğunu bilip yazılı olarak emrin tekrar edilmesini talep etmişse bu durumda üst verdiği emirle suç işleyen arka plandaki bir şahıs haline gelir, ast ise artık araç kişidir.

TCK'nın 24 üncü maddenin üçüncü fıkrasında “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*” denilerek bu durumda fiili gerçekleştiren kişinin emrin üstü tarafından verildiğini öne sürerek sorumsuz olma ihtimalini ortadan kaldırmıştır.

Kişi eğer fiilin suç olduğu konusunda amiri tarafında yanıltılıyor ve eyleminin hukuka uygun olduğunu düşünüyorsa amirin bu konuda şahsı aldatması ast durumda

---

MADDE 137- Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

<sup>945</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.500.

<sup>946</sup> **Sınar**, s.76. Eğer verilen emri alıp yerine getiren kimse esasen zorunlu olmasa dahi bu konuda kandırılmış, aldatılmış veya bu durumdan haberdar olmadan ve emri yerine getirmişse bu durumda artık sadece emri veren kişi sorumlu olacaktır. Buradaki sorumsuzluk idari bir sorumsuzluktur. Zira ceza hukuku açısından emrin suç teşkil etmesi halinde artık bu fıkranın sorumsuzluk sağlama niteliği ortadan kalkar. Bu anlamda düzenlemenin ceza hukukundan ziyade idare hukukunu ilgilendirdiği ifade edilmektedir. **Yıldız**, Seminer, s.49.

<sup>947</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.221, 222.

olan şahsı araç haline getirmekte ve dolaylı faillik söz konusu olmaktadır<sup>948</sup>. Ancak konusu ilk bakışta açıkça suç teşkil eden bir emri yerine getiren kişi açısından bu düşüncenin hiçbir biçimde geçerli olmadığını düşünmekteyiz. Aksi bir düşünce kamu görevlilerine suç işlenmesi açısından bir mazeret sebebi olarak kabulü anlamına gelebilecektir ki hukuk devleti açısından bu sonuç kabul edilemez.

Emri veren kişinin, verdiği kararın ardından sürece dahil olmamasından hareketle emri alan kişinin serbestçe değerlendirme yapacağını ifade eden bir görüşe göre ise bu durumda artık üstün olgular üzerinde bir hakimiyeti söz konusu değildir ve bu anlamda dolaylı faillikten değil azmettirmeden bahsedilmesi gerekmektedir.<sup>949</sup>

Kanaatimizce de ciddi bir aldatma veya ikna olmaksızın üstün emri üzerine suç teşkil eden fiili işleyen kişinin *fiili egemenlik görüşüne göre* hareket edilerek fiili işleyen kişinin azmettirilen mi yoksa dolaylı fail mi olduğunu tayin etmek gerekmektedir. Doktrinde *Sınar'ın* bu konuda emri verenin emrin icrası üzerinde egemen olup olmamasına göre yaptığı değerlendirmeye<sup>950</sup> katılmakla birlikte yazarın üstün, asta emri verdikten sonra egemenliğin asta geçtiği şeklindeki ön kabulünü ve dolaylı faillik yerine azmettirmenin mevcudiyetine ilişkin görüşünü kabul etmemekteyiz<sup>951</sup>.

Kanaatimizce amirin emri anlamında hakimiyet, konusu suç teşkil edilen emir bakımından geçerli değilse de, eğer, üstün bilgiye dayanan ve astı ikna edecek boyutta ciddi bir ikna ve kandırma var ise dolaylı failliğin mevcut olabileceği kanaatindeyiz. Bu durum da hukuka uygunluk sebepleri konusunda yanılğı açısından ele alınması mümkün bir durumdur. Bu konuda *Özgenç*, suç teşkil eden emrin varlığı halinde emri alan kişinin hiyerarşik bir yapı, ast üst ilişkisi, emir-komuta zinciri gibi bir takım ilişkileri dolayısıyla mazur görülemeyeceğini ifade etmiştir<sup>952</sup>. Yazarın işaret ettiği üzere soyut hiyerarşik yapının kişinin irade özgürlüğünü ortadan kaldırdığı ya da zayıflattığı şeklindeki bir ön kabul doğru değildir<sup>953</sup>. Bu hususta son olarak belirtelim ki

<sup>948</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.224; **Aydın**, s.162; **Yıldız**, Dolayısıyla Faillik, s.239.

<sup>949</sup> **Sınar**, s.76-77.

<sup>950</sup> **Sınar**, 77.

<sup>951</sup> **Sınar**, s.77.

<sup>952</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.222.

<sup>953</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.222.

Anayasa'nın "Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz" şeklindeki 137 nci maddesinin açık düzenlemesine rağmen 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 41-2 nci maddesinde "*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür*" şeklindeki hüküm varlığını devam ettirmektedir ki hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır.

TCK'nın 24. maddesinin 4 üncü fıkrasında "*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur*" denilmektedir. Normal şartlarda emir alan kişinin bu emrin hukuka uygunluğunu maddi ve şekli olarak araştırması gerekmektedir. Ancak özellikle askerlik ve güvenlik hususlarında hiyerarşi çok önemli olup emrin hukuka uygunluğunun araştırılarak emrin zamanında yerine getirilmemesi ciddi tehlikelere sebebiyet verebilecektir<sup>954</sup>. Bu bağlamda emrin hukuka uygunluğunun ast tarafından denetlenmesini engellediği hallerde, astın üstten aldığı emri Anayasa'da ifade edildiği şekilde denetlemesi mümkün olmamaktadır. Nitekim Kanun metni bu durumlarda sorumluluğun amire ait olacağını ifade etmektedir.

Doktrinde bu durumda esasen bir azmettirmenin söz konusu olduğu, azmettiren kişinin (yani üstün) cezalandırılmasına rağmen astın cezalandırılmayacağı; üstün astı eylemin suç teşkil etmediği konusunda astı aldatması halinde dolaylı failliğin olduğu şeklinde bir görüş de mevcuttur<sup>955</sup>.

Diğer bir görüşe göre, denetleme Kanun tarafından yasaklanmasına rağmen emrin suç olduğu biliniyorsa artık azmettirme mevcuttur ve her ne kadar kanun denetlemeye engelse de memur açıkça suç olduğunu bildiği bir fiili işleyerek bu düzenlemeden yararlanmamalıdır, bu durumda TCK'nın 24/3 üncü maddesi gereğince emri veren de uygulayan da sorumlu olacaktır<sup>956</sup>.

Kanaatimizce hukuka aykırılığın denetlenmesinin engellenmesi, muhteva hakkında bilgi sahibi olmayan kişiye suç işletilmesi anlamında ise dolaylı faillikten

<sup>954</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.500, 501.

<sup>955</sup> Aydın, s.162; Tan, s.1571.

<sup>956</sup> Demirel, Muhammed, Amirin Emri, 1.Baskı, İstanbul 2014 , s.175 .

bahsetmek gerekmektedir. Ancak her halükarda fiilin açıkça suç teşkil ettiği belli ise ast, hiçbir şekilde bu emri yerine getiremez ve getirdiği takdirde sorumluluğu söz konusu olur. Verilen emrin açık bir suç teşkil ettiğini bilen ast nasıl ki suç işleyemez ise bu konuda kandırılan veya üstün bilgi suretiyle iradesi yanıltılan kişinin verilen emrin suç teşkil ettiğini algılaması halinde de verilen emri hiçbir biçimde yerine getiremeyeceğini belirtmek gerekmektedir.

Konuyu fiil egemenliği ölçütü açısından ele alan *Sinar* şu şekilde bir sonuca varmaktadır: Yazara göre açıkça suç teşkil eden bir emrin varlığı halinde emri veren kişi emri verdikten sonra artık emri teşkil eden fiil açısından egemenliği sona erer ve kararın icrası asta geçmektedir ve bu nedenle ast dolaylı fail olarak değil azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>957</sup>. Bu anlamda emir veren kişi bu emrin icrası kapsamında örneğin cebir kullanmış ve başından sonuna kadar emrin icrasını bu şekilde hakimiyeti altında tutmuş ise ancak bu durumda dolaylı faillikten bahsedilebilir ki kanaatimizce bu durum amirin emri sebebi ile değil cebirden kaynaklanan bir dolaylı failliktir.

Alman doktrininde konuya ilişkin *Gustav Radbruch*'ın fikri, konu açısından daha geniş bir yaklaşım ortaya koyarak kendisine itaat etmekle yükümlü olan kişilerin üzerindeki emretme yetkisini istismar edenlerin dolaylı fail olduğu şeklinde bir perspektif sağlamaktadır.<sup>958</sup>

#### **ff.Zorunluluk Hali**

Zorunluluk hali 5237 sayılı TCK'nın 25/2 nci maddesinde “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*” şeklinde düzenlenmektedir. Zorunluluk hali her ne kadar meşru savunma ile birlikte aynı madde altında düzenlenmiş olsa da meşru savunmadan farklı olarak zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi değil madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere kusurluluğu

---

<sup>957</sup> *Sinar*, s.76, 77.

<sup>958</sup> Radbruch'ın bu görüşü ve eleştirisi için bkz. s. 97 *Otaç, Cengiz, Hukuka Rağmen Kanun*, s.591.

ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmektedir<sup>959</sup>. Buna karşın diğer bir görüşe göre zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>960</sup>.

Zorunluluk hali açısından gerekli olan şartlar tehlikeye ve korunmaya ilişkin olarak doktrinde aşağıdaki şekilde ele alınmaktadır. Zorunluluk halinin tehlikeye ilişkin şartları tehlikenin ağır ve muhakkak, kişinin kendisine veya başkasının hakkına yönelik olması ve bu tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olmasıdır<sup>961</sup>. Korunmaya ilişkin şartlar ise kısaca tehlikeden başka türlü korunma imkanının olmaması, fiil ile tehlike arasında oranın mevcudiyeti, tehlikeye göğüs germe mükellefiyetinin bulunmamasıdır<sup>962</sup>.

Zorunluk hali, dolaylı faillik açısından ya bizzat arka plandaki kişi tarafından meydana getirilme ya da zorunluluk hali içerisinde bulunan kişinin suçta araç olarak kullanılması şeklinde gerçekleşebilir.

Zorunluluk hali bizzat arka plandaki şahsın eseri ise ve araç kişiyi suç işlemeye zorlamışsa dolaylı faillik hükümlerinin uygulanacağına kuşku yoktur<sup>963</sup>. Doktrinde buna örnek olarak sinemada yangın çıkartan bir kişinin meydana getirdiği panik sebebiyle kişilerin birbirini ezmek suretiyle yaralaması veya ölümüne sebebiyet vermesi durumu gösterilmektedir<sup>964</sup>. Bu durumda her ne kadar kişilerin kurtulmak için masum diğer kişilerin ölmesine veya yaralanmasına sebebiyet vermesi hukuka uygun olarak adlandırılmasa da bu kişilerin kusurlu sayılmayacağı kabul edilmekte ve arka plandaki kişi ölüm ve yaralanma fiillerinin dolaylı faili olarak kabul edilmektedir<sup>965</sup>.

Başkasının meydana getirdiği zorunluluk halinden yararlanılması halinde dolaylı failliğin mevcut olup olmadığına da değinmek gerekmektedir<sup>966</sup>.

---

<sup>959</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.502; Koca-Üzülmez, s.341.

<sup>960</sup> Soyaslan, s.389 ; Ünver, *Kusurluluk*, s.64; Bir görüşe göre 25/2 nci maddede düzenlenen zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi iken 28 inci maddede düzenlenen zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir, Öztürk-Erdem, s.221.

<sup>961</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.505 vd.

<sup>962</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.508 vd.

<sup>963</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.232. Yazar, kişilerin birbirini panik halinde öldürüp yaralamaları amacıyla yangın çıkartma durumunu örnek vermektedir. s.232.

<sup>964</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.232.

<sup>965</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.232.

<sup>966</sup> Üzülmez, s.86.

Kanaatimizce dolaylı faillik müessesesi bir kimseyi “araç olarak kullanma” esasına dayandığına göre sadece zorunluluk halinden yararlanma halinde dolaylı faillikten bahsedilemez. Ayrıca kişinin zorunluluk haline arka plandaki şahıs tarafından düşürülmüş olması da gerekmez. Eğer arka plandaki şahıs bu halin varlığını kullanarak kişiyi araç olarak kullanmışsa artık zorunluluk haline bizzat bu şahsın yol açıp açmadığı dolaylı faillik açısından kanaatimizce önemsizdir.

Alman hukukunda da StGB'nin 35 inci maddesinde yer alan mazeret sebebi kapsamında mesele tartışılmaktadır. Buna göre mevcut bir zorunluluk halinden yararlanılması halinde kişinin sadece tavsiye veya iradesinin güçlendirilmesi gibi eylemlerin azından şeriklik kapsamında ele alınmaktadır; dolaylı faillik açısından önemli olan bu durumda kişi kendi amacı için zorunluluk halini istismar etmektedir<sup>967</sup>. Alman doktrininde *Jescheck-Weigend*'e göre her kim bir başkasını 35.maddede yer alan ve kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk haline sokar ve araç kişi arka plandaki şahsın amaçladığı fiili işlemek suretiyle kurtuluş imkanı bulabilirse bu durumda da arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak sorumlu tutulur<sup>968</sup>. Ancak yazarlara göre bu durumu hazır olarak bulan bir kimsenin zorunluluk durumunda yer alan kişiyi onun zararına olarak yeniden şekillendirmeksizin sadece yönlendirmesi halinde azmettirme veya yardım etme söz konusu olacaktır<sup>969</sup>.

Fiilin ön koşullarıyla ilgili hata kapsamında konumuza ilişkin olarak *Roxin* bir takım örnekler vermektedir. Buna göre A, B'nin çok kıskanç olduğunu bildiği için, B'yi düşmanı C'ye dövdürmek için bir plan yapar ve C'nin, B'nin eşi ile ilişki içinde olduğu şeklinde bir yalan söyleyerek C'yi bir güzel dövmesini tavsiye eder. Bunun üzerine B, C'yi döver. Roxin'in zorunluluk hali üzerinden genişlettiği başka bir örnek kapsamında

---

<sup>967</sup> **MK-Joecks**, § 25, kn.61. Konu ile ilgili verilen örnekte A ve B batma tehlikesi içinde bulunmaktadır, T ise A'nın kurtarılmasını, B'nin öldürülmesine bağlı hale getirmiştir. Bu durumda her ne kadar zarar, bu zarara uğrayan kişilerin eseri ise de arka plandaki kişinin zarar ve suç içeren fiil arasındaki bağlantıyı organize ettiği, büyük ölçüde fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği üzerinde hakimiyet kurduğu ifade edilerek bu durumda dolaylı failliğin kabul edildiği belirtilmektedir. **MK-Joecks**, § 25, kn.61

<sup>968</sup> **Jescheck-Weigend**, s.669.

<sup>969</sup> **Jescheck-Weigend**, s.669.

da A, kıskanç B'ye zarar vermek ister ve C'nin, B'nin eşi ile zina yaptığını söyler. C bir boks şampiyonudur. B, C'ye saldırırsa da A'nın istediği gibi B, C'yi yere serer.<sup>970</sup>

## G.Organize Güç Yapısından Kaynaklanan Dolaylı Faillik

### a.Diğer Dolaylı Faillik Türlerinden Ayrım

Şu ana kadar ifade ettiğimiz dolaylı faillik türlerinde arka planda duran bir şahsın, diğer bir kimseyi ki bu kişi çoğunlukla ya kusur yeteneği olmayan ya da zayıf olan bir kişidir (daha önce de ifade ettiğimiz üzere kusur yeteneği olan bir kimse de iradesi üzerinde hakimiyet kurulması suretiyle suçta araç olarak kullanılabilir) hataya düşürmesi, cebir veya tehdit altında olması nedeniyle iradesini istediği şekilde yönlendiremeyen bir kişiyi araç olarak kullandığı görülmektedir. Bu durum dolaylı failliğin araç kişinin hatası ya da arka plandaki kişinin araç kişiyi zorlamasına dayandığı şeklinde de ifade edilmektedir<sup>971</sup>. Bu durumlarda araç kişide bazen kusurluluk, bazen de bu kişinin fiilinde manevi unsurun veya tipiklik unsurunun gerçekleşmediği görülmektedir. Bu nedenle araç kişi ya hiç cezalandırılmaz ya da taksiri dolayısıyla cezalandırılır<sup>972</sup>.

Organize suçlar açısından dolaylı faillik konusundaki temel farklılık ön plandaki şahsın suçu cebir, tehdit ya da yukarıda ifade edilen sebepler altında değil özgür iradesi ile bilerek gerçekleştirmesidir<sup>973</sup>.

Esasen buradaki durum kasten, hukuka aykırı ve kusurlu hareket eden bir kimsenin araç olarak kabul edilmesi anlamında diğer dolaylı faillik türlerinden açıkça ayrılmaktadır. Nitekim doktrinde de bu durum açısından diğer dolaylı faillik türlerinden farklı olarak araç kişinin tam sorumlu olmasına dikkat çekilmekte ve *Roxin*'in bu tezinin bağımsız bir dolaylı faillik türü olarak ceza hukuku açısından etkileyici olduğu

<sup>970</sup> Bu durumu yukarıdaki olayın tamamen yasal zeminde olan bir kimse tarafından gerçekleştirilmesiyle genişletilebileceğini ifade eden Roxin bu olaylar açısından B'nin, eşi hakkında ifade edilen ve onun sadakatsiz bir kişi olduğuna ilişkin oluşturulan manevi etkiden her an kurtulabileceğini belirtmektedir. Yazar somut hareket duygusu üzerinde hata başlığı altında yer verdiği bu hallere ek olarak nitelikli ön şartlar konusuna da temas etmektedir. Yazar bu üç olay grubu hakkında da fiil egemenliği doktrini açısından araştırma yapılmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.175, 176.

<sup>971</sup> **Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.242.

<sup>972</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.83.

<sup>973</sup> **Fischer**, § 25, kn.11.



ifade edilmektedir<sup>974</sup>. Zira daha önce de değindiğimiz üzere arka plandaki şahıs yani dolaylı fail, aracı kişinin fiili iradesiyle gerçekleştirmesi ve fail olarak kabul edilmesine rağmen bu kişinin ya kusurunun olmaması ya da manevi unsurun oluşmaması gibi nedenlerle sorumlu olarak kabul edilmeyip cezalandırılmadığı hallerde sorumlu olarak kabul edilmekte ve doğrudan olmasa da dolaylı fail olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı istisnai ve kollektif olarak kabul edilebilecek olaylar bakımından önemli bir gücü kontrol eden kimselerin de iradesiyle, hukuka aykırı, kasten ve kusurlu hareket eden kişiler üzerinde egemenlik kuracağı kabul edilmiştir.

İşte bu durumlar açısından bahse konu kişileri suça yönlendiren, onlar üzerinde –kasten, hukuka aykırı ve kusurlu davranabilmelerine rağmen- içerisinde bulunduğu örgütün sağladığı güç aracılığıyla egemenlik sağlayan kişilerin de fail olarak sorumlu tutulabilmeleri şeklinde bir görüş ortaya çıkmıştır.

### **b.Tarihi Gelişim ve Teorinin Uygulanmasına İlişkin Çeşitli Örnekler**

Organize güç mekanizmalarının gücü aracılığıyla dolaylı faillik teorisinin çıkış noktası olarak *Stachynski* davası gösterilmektedir. Bahse konu davaya ilişkin karar Alman Federal Mahkemesi tarafından 1962 yılında verilmiştir. Kararı özel kılan husus bizatihi fiili gerçekleştiren kişinin yardım eden onu suça teşvik eden arka plandaki kişinin ise fail olarak cezalandırılmasıdır. Bu kararın can alıcı özelliği olay üzerinde fiziksel bir etkide bulunmayan, suçun konusu ile aralarında doğrudan bir ilişki olmayan diğer bir deyişle fiil üzerinde hakimiyet kuramayan kişinin fail olarak sorumlu tutulmasıdır. Somut olay açısından gizli haber alma ajansından yetkili bir kişinin verdiği emir ile bir kişiyi öldüren ajan yardım eden olarak cezalandırılırken, arka plandaki kişi ajan olarak sorumlu tutulmuştur<sup>975</sup>.

*Roxin*, dolaylı faillik biçiminin üçüncü egemenlik şeklinin ilk kez kendisi tarafından 1963 yılında geliştirildiğini ifade etmektedir. Yazar teorinin Almanya’da nasyonal sosyalistlerin cebir ve şiddet kullanarak işlediği suçların faillerinin dolaylı fail olarak yakalanmasını amaçladığını ifade ederek bahse konu vakıanın sebebinin

<sup>974</sup> **Kreß, Claus**, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und Völkerstrafrecht*, GA 2006, s.304.

<sup>975</sup> **Erdem ,Mustafa Ruhan**, *Organize Yapı*, s. 14.

Yahudilerin imha kamplarına taşınmasını organize eden *Eichman*'a karşı mevcut olan dava olduğunu ifade etmektedir<sup>976</sup>.

*Roxin*'in “*Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*” isimli makalesiyle bu kavramın bilim dünyasına kazandırıldığı ve o tarihten sonra Federal Mahkeme tarafından benimsendiği ifade edilmektedir<sup>977</sup>. Teorinin Sovyet Gizli Servisi KGB ve Nasyonal Sosyalist Rejim Almanyası'ndaki ölüm emirleri açısından suç işleme biçimlerinin ekstrem biçimleri olarak kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>978</sup>.

Emri vermekle beraber fiil üzerinde hakimiyet kurmadıkları için genel iştirak hükümlerine göre fail olarak sorumlu tutulamayan bu kişilerin başka kişileri kullanmaları halinde dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları doktrinde “*Organize Hakimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik*”<sup>979</sup> şeklinde ifade edilen ve *Roxin* tarafından ortaya atılan bir teoridir. İleride de ifade edileceği üzere bu teori Türk hukukunda 5237 sayılı Kanun'un 220/5 inci maddesi ile kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur<sup>980</sup>.

*Roxin* önce arka planda emir veren kişilerin sadece yardım eden olarak sorumlu tutulmasını bir makalesinde eleştirmiştir<sup>981</sup>. Claus *Roxin*'in 1963 yılında sunduğu *Faillik ve Fiili Hâkimiyet (Täterschaft und Tatherrschaft)* adlı eserinde bahse konu teorisinin temellerinin yer aldığı ifade edilmektedir<sup>982</sup>. Bu anlamda düzenlemenin Alman Federal Mahkemesi tarafından örgütlerde *masa başı fail* yani bugünkü anlamda

---

<sup>976</sup> **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, (yayımlanmamış tebliğ çevirisi) Çev: Sözüer, Adem – Yılmaz, Zahit, İstanbul 2017, s.1.

<sup>977</sup> Karar hakkında bilgi için bkz. **Zaczyk, Rainer**, Die “Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ und der BGH, GA 2006, s.411.

<sup>978</sup> **Zaczyk**, s.412.

<sup>979</sup> **Fischer**, § 25, kn, 11.

<sup>980</sup> **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5.cilt m.197-251, 2.Baskı, Ankara 2014,s.6660. Konuya ilişkin olarak Alman Yüksek Mahkemesi'nin 5.Dairesi, 26.7.1994 tarihli kararıyla dolaylı failliğin organize hakimiyet araçlarına dayalı olarak verilen talimat yoluyla araç kişi tam sorumlu olsa da mümkün olduğunu kabul etmektedir. **Murmann**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.269.

<sup>981</sup> **Erdem**, *Organize Yapı*, s. 14.

<sup>982</sup> **İnci, Z.Özen**, *Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesi'nin Anayasa'ya Aykırılığı*, İzmir Barosu Dergisi , Ocak 2014, s.14.

dolaylı failin yardım eden olarak sorumlu tutulmasını ve bu kişilerin daha az ceza almasına tepki olarak, geliştiği de ifade edilmektedir<sup>983</sup>.

Daha ziyade diktatöryel sistemlerde ortaya çıkan bu durum açısından bu dolaylı faillik türünün ortaya konulmasının altında yatan temel düşünce emredilen suçun işlenmesinin, emri alanlar tarafından gerçekleştirilmemesi durumunda da suçun işlenmesinin adeta garanti altına alınması şeklinde olduğu ifade edilmektedir<sup>984</sup>.

Teorinin önceleri Nasyonal sosyalistlerin şiddet suçları davasında kullanılmadığını ifade eden *Roxin* geniş ölçüde kabul gören bu teorinin Federal Yüksek Mahkeme tarafından 1994'te *Mauersschutzen* –duvar savunması-- davası<sup>985</sup> olarak adlandırılan davada kabul edildiğini ifade etmektedir. Dava konusu olay açısından eski DDR nin (Doğu Almanya ya da Demokratik Almanya) milli savunma konseyi üyelerini sığınmacıların vurulmasından dolayı, dolaylı fail olarak mahkum ettiğini belirtmektedir.

Yazar, teorinin ticari işletmelerin patronlarına kadar genişletilmesini ise eleştirmektedir<sup>986</sup>. Kararın ana temasının organize güç mekanizması çerçevesinde bir suç işlemeye yönelendirilen kimsenin fiilleri açısından sorumlu bir kimse olması halinde müşterek ya da dolaylı fail mi yoksa azmettiren mi olarak kabul edileceği şeklindedir<sup>987</sup>.

*Roxin*'in bahse konu tezin yukarıdaki olayda uygulanmakla birlikte aynı teorinin bir veterinerlik uygulamasındaki uyuşturucu yasasının bireysel ihali ya da bir Avukatlık ofisi ile ilgili bireysel bir örgüt yasasına aykırılık nedeniyle uygulanması nedeniyle konseptin dejenere olması tehlikesi karşısından *Roxin*'in çeşitli kriterler

---

<sup>983</sup> Alman Gizli Servisinin emriyle bir ajan tarafından işlenen öldürme suçunda ajanın yardım eden, arka planda olan ve emri veren şahsın ise fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir. **Öztürk-Erdem**, s. 372.

<sup>984</sup> **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, s.1.

<sup>985</sup> Karar için bkz. BGHSt 40, 219 ff., **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, s.1.

Peru'da başkan Fujimori'nin dolaylı fail olarak sorumlu tutulduğu karar için ayrıca bkz. s.2.

<sup>986</sup> **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, s.1, 2. Yazar bahse konu egemenlik çeşidinin diğer kriterlere ek olarak aşırı durumlarla (istisnai hallerle) sınırlandırılmak istendiğini ifade etmekle birlikte Federal Mahkeme'nin bunu göz ardı ettiği görülmektedir. **Zaczyk**, s.415. Zira Federal Mahkeme fail arkasında fail görüşünü sadece devlet mekanizmaları ile sınırlı tutmamış bun yanında mafya benzeri örgütlere kadar genişletmiştir. Hatta ekonomik işletmeleri açısından da sorumluluğa ilişkin sorunların da bu yolla çözülmek istediği ifade edilmiştir. **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.270.

<sup>987</sup> **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.269.

geliştirdiği ifade edilmektedir<sup>988</sup>. Özellikle düzenli işlemler şeklinde ifade edilen kriterin, Federal Mahkeme tarafından benimsenmesi ve verilen kararların dolaylı failliğin düz bir şekilde ve sorgulanmaksızın uygulanmasının çeşitli sorunlara ve dolaylı failliğin sorunlu yanlarının ortaya çıkmasına neden olduğu ifade edilmektedir<sup>989</sup>. Bu durumun özellikle ekonomik suçlar açısından dolaylı faillik kavramını örtüştürmek isteyen 5 inci Ceza Dairesinin kararlarıyla ortaya çıktığı ifade edilmiştir<sup>990</sup>.

Federal Mahkemenin önceleri teoriyi şüpheli bir tavırla gözlemlediği ve iştirak açısından subjektif teoriyi terk etmediği ifade edilmektedir<sup>991</sup>. Örneğin 1 inci Ceza Dairesi'nin 1998 tarihli bir kararında bir kundaklama olayı açısından o anda yurt dışında bulunan ve olayların başlamasına neden olan bir kişiyi fiile ilişkin ilgisi nedeniyle fail olarak cezalandırılmıştır<sup>992</sup>.

Federal Mahkeme'nin bu kararının sadece devlet mekanizması kapsamındaki dolaylı faillikle ilişkilendirmek zorunda olduğunu ifade edilmekle birlikte kararda bahse konu olay hakkında *obiter dikta* olarak Federal Mahkeme'nin ilerideki vakıalar açısından yol gösterici olması gerektiği de ifade edilmiştir<sup>993</sup>.

### c. Teori Hakkında Genel Bilgiler

*Roxin*'in bu tezi organize suç sistemlerinin mevcut olduğu durumlarda arka planda yer alan örgüt yöneticisi gibi kişilerin sorumluluklarının doğrudan faillik veya dolaylı faillik ile izah edilmesinin kimi durumlarda klasik açıdan mümkün olmadığı için masa başı faillik olarak ifade edilen arka plandaki şahıs yardım eden olarak veya azmettiren olarak sorumlu tutulmamalarının gerektiği, bu kişilerin dolaylı olarak fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiği fikrine dayanmaktadır<sup>994</sup>. Bu anlamda organize güç aracılığıyla dolaylı faillik kavramının, ikame edilebilirlik ile karakterize edildiği ifade edilmektedir ki bu durum emri alan kişinin bu emri reddetmesi halinde de bu durum

---

<sup>988</sup> **Zaczyk**, s.412.

<sup>989</sup> **Nack**, s.344.

<sup>990</sup> Bkz.**Nack**, s.344. Yazar 4.Ceza Dairesinin bir kararında bir ticari işletmenin müdürünün neden şirket bünyesindeki tedarik ile ilgili dolandırıcılık suçunun dolaylı faili olduğu durumunu açıkça belirttiğini ifade etmiştir. **Nack**, s.345.

<sup>991</sup> **Zaczyk**, s.412 ; **Kreß**, s.304.

<sup>992</sup> **Zaczyk**, s.412.

<sup>993</sup> **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.270.

<sup>994</sup> **İnci**, s.14-15.

emrin yerine getirilmesinin etkilenmemesi şeklinde açıklanmaktadır<sup>995</sup>. Bununla birlikte Alman doktrininde bu durumda esasen azmettirmenin söz konusu olduğu şeklinde eleştiriler de <sup>996</sup> söz konusudur ki *Roxin* bu eleştiriler karşısında örgüt egemenliğinin tam olarak azmettirmeye karşılık gelmediğini ifade etmekle birlikte teorisi açısından ifade ettiği egemenlik kriterlerinin tam olarak sağlanamaması halinde faillik ve şeriklik açısından söz konusu olan sınırın anlamını kaybedeceğini ifade etmektedir<sup>997</sup>.

Teoriye yönelik eleştirilere değinen *Roxin*, bir makalesinde bu eleştirilerin fiili icra edenin hakimiyetinin olmaması ve olaylara hakim olmanın faillik açısından belirleyici bir kriter olmaması şeklinde saymaktadır<sup>998</sup>. İlk eleştiriye yönelik olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ön Tahkikat Dairesi (*Vorverfahrenskammer*) 2008 tarihli Katanga kararına atıf yapan *Roxin*, bahse konu kararda olduğu gibi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin belirli süre sonra örgütsel egemenlik öğretisinin, açık bir şekilde benimsendiğini ifade etmektedir<sup>999</sup>. Mahkeme bu kararında açık bir biçimde *Roxin*'in tezine atıfta bulunarak doktrinde fiili icra eden kişinin sorumlu olup olmadığından bağımsız olarak bir başkası aracılığıyla hareket eden kişinin de cezai sorumluluğunun tanınması ihtimalinin gerçekleşmesi için yasal bir kavram oluşturulduğunu ve bu kavramın *Roxin*'in çalışmasına dayandığını ifade etmektedir<sup>1000</sup>.

Arka plandaki kişininin, hataya düşen, zorunluluk halinde kalan ya da isnat yeteneği olmayan bir kimseyi kullanmak suretiyle sağladığı hakimiyeti, yukarıda ifade edildiği üzere örgüt egemenliği yoluyla da ön plandaki şahsa verdiği emirlerle sevk etmek suretiyle sağlaması mümkün hale gelmektedir<sup>1001</sup>. Bu şekildeki bir hakimiyetin gerçekleşebilmesi için örgüt lideri bir şahsın, serbest şekilde hareket edemeyen kişilerin varlığı ve bu kişilerin istenildiği zaman yerine ikame edilebilir olması gerekmektedir. Bu halde arka plandaki örgüt liderinin her emri otomatik olarak yerine getirilebilmelidir. Adeta araç kişilerin bir çarkının dişlisiymiş gibi ikamesi mümkün

---

<sup>995</sup> **Nack**, s.342; Ayrıca bkz. **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.272.

<sup>996</sup> **Roxin, Claus**, *Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, s.8.

<sup>997</sup> **Roxin, Claus**, *Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, s.8.

<sup>998</sup> **Roxin, Claus**, *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, s.399.

<sup>999</sup> **Roxin, Claus**, *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, s.398.

<sup>1000</sup> **Roxin, Claus**, *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, s.398.

<sup>1001</sup> **Roxin, Claus**, *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, s.395.

hale gelmektedir<sup>1002</sup>. Aksi halde, yani verilen emri otomatik olarak yerine getirilemiyorsa, azmettirme ya da diğer şeriklik hükümlerinden bahsedilmesi mümkündür<sup>1003</sup>.

İkame edilebilirlik noktasında teoriye yöneltilen eleştiriler genel olarak bazı olaylarda emri alan kişilerin çeşitli saiklerle (ör.vicdani) emri yerine getirebilmemelerine dayanmaktadır<sup>1004</sup>. *Roxin* bu eleştiri karşısında emrin kontrol edilebilirliğine vurgu yapmakta ve kontrol eksiliği ya da bir başka deyişle araç şahsa emrin yerine getirilmesi alanında boşluk bırakılması durumunda örgütsel egemenliğin gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir<sup>1005</sup>. Kanaatimizce yoğun bir örgüt egemenliğinin bulunduğu bir organizasyon açısından münferit olarak ifade edilebilecek olaylarda emri alan kişilerin mağdurlara acıması, merhamet göstermesi sebebiyle verilen emri yerine getirmemeleri ikame edilebilirliği zedelemeyebilir. Büyük sayılar kuralı ile meseleye bakarak bu gibi durumların münferit mi yoksa örgütün ya da örgüt liderinin genel tutumu mu olduğunun tespiti gerekmektedir. Bu nedenle de *Roxin* bu gibi durumların teşebbüs kapsamında ele alınması mümkün olaylar olarak değerlendirilmesi ve örgüt egemenliği görüşünün dışlanmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>1006</sup>.

Savaş suçlarının, devlete karşı suçların, veya örgütlü suçların bireysel karakterlere sahip olmadığını vurgulayan *Roxin* bu anlamda faillik, azmettirme, yardım etme gibi bireysel olgulara bağlı kavramların bahse konu kollektif olaylar açısından adil sonuçlar vermeyeceğini ifade etmektedir<sup>1007</sup>. Bununla birlikte yazar, bahse konu durumlar açısından ön koşul olarak gördüğü bireysel olguların, dogmatik yönünün bir parçası olduğu ve bu yönün de ihmal edilemeyeceği kanaatindedir<sup>1008</sup>.

Suç tiplerinin değişmesi ve daha da karışık bir hal alması nedeniyle birden çok kişi tarafından ve özellikle de örgüt kapsamında işlenen suçlarda emri veren ve diğer

---

<sup>1002</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri*, s.84. Bu durumda örgütün bir üyesi, diğerinin yerine geçebilmektedir. **Fischer**, § 25, kn.11.

<sup>1003</sup> **Koca-Üzülmez**, s. 459.

<sup>1004</sup> **Roxin, Claus**, *Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, s.6.

<sup>1005</sup> **Roxin, Claus**, *Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, s.6.

<sup>1006</sup> **Roxin, Claus**, *Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, s.6.

<sup>1007</sup> **Roxin, Claus**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.243.

<sup>1008</sup> **Roxin, Claus**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.243.

kişilere suç işleyen kişilerin ceza sorumluluklarının tespitinde güçlükler yaşanmıştır<sup>1009</sup>. Zira örgüte hür iradeleriyle katılan kişilerin suç işlemeleri halinde esasen hata ya da zorlama yoluyla iradenin etkilenmesi söz konusu olmamakla birlikte bu kişilerin kendi iradeleriyle suç işleyen herhangi bir kişiden de farklı bir konumda olduğu gerçektir. Bu kişiler, genelde önceden belirlenen bir planı yerine getiren figüranlardır<sup>1010</sup>. Ancak örgüt içerisinde bulunan bir kişinin hangi suçu kendi adına hangi suçu örgüt adına işlediğinin tespiti özellikle ikilik sisteminde daha da güçtür<sup>1011</sup>. Zira örgütün varlığı tespit edilse dahi örgüt yöneticilerinin işlenen suçlara yönelik bir talimat, emir veya tavsiyede bulunmadıklarını söyleyerek sorumluluktan kurtulmaları mümkündür. İşte bu ispat güçlüğünü bertaraf etmek için suç örgütünün gücünden yararlanmak suretiyle irade üzerinde hakimiyet kurulduğu kabul edilmektedir. Örgüt egemenliğini gerekçelendirmeye ilişkin olarak Alman doktrininde örgütsel yapı içerisinde yer alan talimat verme gücünün önemli bir ağırlık içermesi ön plana çıkmıştır<sup>1012</sup>.

Organize suç örgütleri, birden fazla kişi tarafından, hiyerarşik bir düzenin içerisinde aynı amaca yönelik suçları işlemeye yönelik olarak teşekkül eden örgütlerdir<sup>1013</sup>. Bu durumu iştiraktan ayıran yön süreklilik unsurudur<sup>1014</sup>. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma bağımsız bir suç olmasaydı hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması prensibi nedeniyle sırf örgüte üye olmak kişiyi cezalandırmak bakımından mümkün olmayacaktı. Ancak suç işlemek amacıyla örgüt kuran kişilerin bu fiili toplumun huzur ve güven ortamında yaşamasını tehlikeye sokması açısından bir tehlike oluşturduğu için bu durum ana ilkenin istisnası durumundadır<sup>1015</sup>. Bu nedenle kanun koyucunun suç içerisinde bir takım farklı prensiplere yer vermesi ceza politikası gereğidir.

---

<sup>1009</sup> **Erdem, Mustafa Ruhan**, *Organize Yapı*, s.11; **İnci** s.13.

<sup>1010</sup> **Sınar**, s.80.

<sup>1011</sup> **Erdem**, *Organize Yapı*, s.11.

<sup>1012</sup> **Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, s.272.

<sup>1013</sup> **Zafer, Hamide**, *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, İstanbul 2004, s.215.

<sup>1014</sup> **Alacakaptan, Uğur**, *Cürüm İşlemek için Örgüt Meydana Getirme Suçu*, Çetin Özek'e Armağan, İstanbul 2004, s.26.

<sup>1015</sup> **Alacakaptan**, s.25, 26.

Organize suç örgütlerinde hiyerarşi gereğince verilen emir ya da komut tartışılmaksızın yerine getirilmelidir<sup>1016</sup>. Emri veren kişi böylece fiili bir başkasının gerçekleştirilmesini sağlayarak fiil üzerinde ayrıca egemenlik kurmasına gerek olmadan fiilin işlenmesini garanti altına almaktadır.

Organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına göre organize ve örgütlü suçlarda, örgüt yöneticisi tarafından verilen emir icra edenin bireyselliğine bağlı olmaksızın otomatik olarak yerine getirilmekte ve böylece arka plandaki kişi, organizasyon üzerindeki hakimiyeti sayesinde fiili işleyen şahsına bağlı kalmaksızın faili yönlendirebilmektedir. Ön plandaki kişi, organize mekanizmanın yapısından kaynaklanan hakimiyet altında bir “araç” konumundan öteye gitmemeli ve organize yapı bünyesinde bu tip mekanizmalarda yöneticiler dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1017</sup>.

Güçlü hiyerarşik bulunan ve üye sayısı fazla büyük çaplı örgütlerde bu düşünce geçerli olabilir. Bu tip örgütlerde yöneticinin örgüt üzerinde mutlak hakimiyeti dolayısıyla emri icra edecek kişi emri yerine getirmese dahi başka örgüt üyesi tarafından bu emrin her zaman yerine getirilmesi mümkün olmakta diğer bir deyişle emri alanın yerine başkası ikame edilebilmektedir. Fiilin işlenmesi, emri yerine getirenin şahsına bağlı değildir, bu tür organize yapılarda yöneticilerin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması makul bir çözüm olarak görülebilir<sup>1018</sup>.

Her ne kadar örgüt mekanizması içerisindeki kişiler açısından dolaylı failliğin ön planda yer alan kişinin –araç kişi- arka plandaki kişinin elinde tuttuğu bir araç, mekanik bir vasıta şekliyle ifade edildiği görülse de Alman doktrininde bu durumun bahse konu dolaylı faillik açısından bir temel olamayacağı da ifade edilmektedir<sup>1019</sup>. Fail arkasındaki fail şeklinde ifade edilen bu dolaylı faillik türü açısından, ön plandaki şahsın özgür olmadığının anlaşılacağı ifade edilmektedir<sup>1020</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere örgüt egemenliği yoluyla dolaylı faillik türünü diğer faillik türlerinden

---

<sup>1016</sup> Sınar, s.80.

<sup>1017</sup> Yenidünya, A.Caner-İçer, Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK.m.220, 221), 1. Baskı, İstanbul 2014 s.93.

<sup>1018</sup> Yenidünya-İçer, s.93.

<sup>1019</sup> Murmann, Uwe, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, s.281.

<sup>1020</sup> Murmann, Uwe, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, s.281.



ayırt etmek açısından en temel kriter ön plandaki kişinin tam olarak sorumlu tutulabilir bir fail olmasıdır.

*Roxin*, organize hakimiyet yoluyla dolaylı faillik açısından suç örgütünün kendisini hukuktan tamamen ayırmış, hukuku kendisi için bağımlı olabilecek bir konu olarak görmemesini de kriter olarak belirlemiştir<sup>1021</sup>. Yazar bu görüşünü egemenliğin örgüt aracılığı ile muhkemleşmesi ve örgüt mensuplarının herhangi bir kural veya otorite tarafından cezalandırılmayacağını bilmelerine neden olması ile açıklamaktadır<sup>1022</sup>. Yazar bunu jenosit, etnik temizlik, 11 Eylül saldırıları gibi vakıalarla ifade ederken<sup>1023</sup> kanaatimizce bu örnekler dolaylı failliğin çerçevesinin de sınırlandırılmasını işaret etmektedir<sup>1024</sup>.

1975 yılında dolaylı failliği benimseyen o zamanki Alman Kanun koyucunun mutlak şekilde kusurlu olarak hareket eden kişiyi, suç işlemeye sevk eden kişinin dolaylı fail olup olmayacağına ilişkin soruya bilinçli, olarak bir açıklama getirmediği ve bu şekilde bırakıldığı ifade edilmektedir<sup>1025</sup>. Bu durum kanun koyucunun, mutlak şekilde sorumlu olan araç kişi açısından hukuki değerlendirme konusunda karar vermek istememesine bağlanmaktadır<sup>1026</sup>.

#### **d. Türk Ceza Kanunu Açısından Organize Güç Aracılığıyla Dolaylı Faillik**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220 nci maddesinde "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu, 221 inci maddesinde bu suça ilişkin etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Bahse konu suç 8 fıkradan oluşmakta olup konumuz açısından önemli olan bu maddenin 5.fikrasında yer alan ve bir dolaylı faillik hali olarak kabul edilen düzenlemedir<sup>1027</sup>.

<sup>1021</sup> **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, s.5.

<sup>1022</sup> **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, s.5.

<sup>1023</sup> **Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, s.5.

<sup>1024</sup> Sudan Devlet Başkanı El-Beşir'in savaş suçları ve insanlığa karşı suçları nedeniyle tutuklanmasına ilişkin olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1. Ön tahkikat yargılama dairesinin 4.3.2009 tarihli kararının örgütsel egemenlik doktrinine dayandığı ifade edilmektedir. **Roxin, Claus**, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, s.398.

<sup>1025</sup> **Nack**, s.342.

<sup>1026</sup> **Nack**, s.342.

<sup>1027</sup> 220.madde: "(1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli

5237 sayılı TCK'nın 220 nci maddenin 5 inci fıkrası “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır” şeklindedir<sup>1028</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki 765 sayılı Kanun'da dolaylı faillik kurumu düzenlenmediğinden örgüt yöneticileri açısından da böyle bir düzenleme söz konusu olmayıp bu kişiler katkılarına göre müşterek fail, azmettiren ve yardım eden olarak sorumlu tutulmaktaydı<sup>1029</sup>.

TCK'nın 220 nci maddesinde örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılmalarına ilişkin herhangi bir maddi kriter ya da kesin bir ölçüt getirilmemesi eleştirilmektedir. Öncelikle 5 inci fıkrada yer alan bu düzenleme kanunilik ilkesi gereğince üç veya daha fazla kişi tarafından suç işlemek amacıyla kurulan her örgüt için tatbik edilebilecektir. Kanun bu hususa ilişkin herhangi bir istisna getirmemektedir. Oysa üç kişi tarafından kurulan örgüt ile binlerce üyesi olan örgütler için aynı ölçüleri uygulamak doğru değildir.

---

olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. (2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır. (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur. (5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. (6) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.(Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır. (7) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir. (8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”şeklindedir.

<sup>1028</sup>Hemen belirtelim ki çok failli bir suç olan örgüt kurma suçuna iştirak mümkün olup bu suçta iştirak eden kişiler, tipiklik gereği varlığı şart olan üç kişi dışında kalan kimseler olmalıdır. Ayrıca örgütün cebir şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterme, övme gibi fiillerle de propaganda yaparak suçta iştirak mümkündür. **Yenidünya-İçer**, s.91, 92.

<sup>1029</sup> “Anayasayı ihlal suçu bakımından; mahkemece de kabul edildiği üzere, sanıklar ..., ... ve ...'nin, Anayasal düzeni değiştirmek amacı ile kurulmuş silahlı bir terör örgütü olan Marksist Leninist Komünist Parti adlı örgütün yöneticileri ( genel sekreter ve merkez komite üyesi ) oldukları, 5237 Sayılı TCK'nın 314/3, 220/5. maddeleri uyarınca örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan ve dahi Anayasayı ihlal suçundan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacakları, 765 Sayılı TCK'da ise böyle bir sorumluluk öngörülmediğinden örgüt yöneticisinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan değil, sadece asli veya müşterek fail ya da azmettiren yahut yardım eden sıfatı ile katıldığı suçlardan cezalandırılabilceği” (**Yarg.16.CD., 2.5.2016, 2015/5217 E., 2016/2645 K.**)

(Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi : 7.4.2018).

Gerekçede “Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmezse, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar” şeklinde ifade edilen durumun her örgüt için geçerli olduğu söylenemez. Bu durumun “aksi ispatlanamaz bir fiil hakimiyeti” olarak ifade edilmesi eleştirilmektedir<sup>1030</sup>.

Sayı itibariyle ya da özel bir takım becerilerin sadece belli kişilerde bulunması nedeniyle bu kişilerin ayrılmaları halinde bunların yerine başkalarının ikame edilmesinin mümkün olmadığı örgütlerde otomatik olarak gerçekleşen bir fiil hakimiyetinden bahsedilemez<sup>1031</sup>.

Hiyerarşik yapının katı olmadığı küçük çaplı örgütlerde emri alanın yerine diğer bir üyenin ikamesi de mümkün değildir. Esasen bu durumlarda genel iştirak hükümlerine göre karar vermek daha isabetlidir<sup>1032</sup>. Fıkradaki düzenlemenin kişi açısından işlemediği bir fiilden dolayı objektif bir sorumluluk olduğunu ifade eden bir görüş açısından da bir örgüt üyesinin fiilinden, örgüt yöneticisinin bilgisinin veya isteğinin olmasından bağımsız olarak örgüt yöneticisinin sorumlu tutulması bu duruma işaret etmektedir. Görüşün sahibi yazarlar açısından maddede “fail olarak” sorumlu tutulması şeklinde formüle edilen ifade bunu göstermektedirler<sup>1033</sup>.

Bununla birlikte doktrinde bu düzenlemenin kusur ilkesiyle bağdaşmadığı veya objektif sorumluluk öngören bir düzenleme olduğu fikrinin isabetsiz olduğu da ifade edilmektedir<sup>1034</sup>. Diğer bir görüş açısından da *gerekçede yer verilen* ikame yoluyla dolaylı faillik şartı aranmaksızın örgüt yöneticilerinin, örgüt üyelerinin işlediği her fiilden dolayı sorumlu tutulmaları objektif bir sorumluluk öngörmekte ve objektif

<sup>1030</sup> İsfen, s.59. Ayrıca benzer eleştiriler için bkz. İnci, s.16.

<sup>1031</sup> İsfen, s.59. Benzer görüşler için bkz. Erdem, *Organize Yapı*, s.30. Yazar, 200/5 inci maddenin ortadan kaldırılmasını, her somut olayda hakim tarafından tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Erdem, *Organize Yapı*, s.30; Yaşar-Gökcan-Tahsin, s.6661.

<sup>1032</sup> Yenidünya-İçer, s.93. Sınar da bu hususta eğer verilen emir otomatik olarak yerine getiriliyor ise dolaylı faillik aksi halde kural olarak azmettirmeden bahsedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. bkz. Sınar, s.81.

<sup>1033</sup> Hafizoğulları, Zeki- Kurşun, Günal, *Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk*, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007, s.41.

<sup>1034</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.6661; krş. Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.541.

sorumluluk ihdas ederek Kanun'un 20 nci maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliğine aykırılık teşkil etmektedir<sup>1035</sup>. Bu anlamda TCK'nın 220 nci maddesinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir<sup>1036</sup>.

Örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalarının, özellikle örgüt üyelerinin aldığı emirlerin dışına çıkmaları, aşırıya gitmeleri halinde talimat dışına çıkan kişilerin yönlendirilebilir olarak kabul edilemeyeceği, bu durumda azmettirmenin düşünülebileceği ifade edilmiştir. Oysa mevcut düzenleme bakımından 220/5 inci madde gereğince bu durumda da örgüt yöneticisi fail olarak sorumludur. Bu hususta ayrıca özellikle çıkar amaçlı suç örgütlerinin, özel şirketler veya devlet kademelerinde yer alan görevlilerinin sadece örgüt yöneticilerinin verdiği emirle istediklerini gerçekleştirmelerinin mümkün olmayacağı ifade edilerek otomatik olarak gerçekleştirilen bir emirden ziyade azmettirmeden bahsedilebileceği ifade edilmektedir<sup>1037</sup>.

Bir görüşe göre örgüt yöneticilerinin sadece plan yapmaları veya yardım etmeleri onların dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları için yeterli değildir. Ancak bu kişiler suçun icrası üzerinde etkili olmaları halinde dolaylı faillikten bahsedilebilir<sup>1038</sup>.

Örgüt yöneticilerinin katkılarına bakılmaksızın dolaylı fail olarak örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlardan sorumlu tutulmalarının ceza hukuku ilkelerine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>1039</sup>. Doktrinde bahse konu hükümde aksi ispatlanamayan bir objektif sorumluluk durumunun öngörüldüğü, bu durumun Anayasa'nın 38/7 nci maddesinde ifade edilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile çeliştiği ifade edilmektedir<sup>1040</sup>. Bu anlamda doktrinde örgüt yöneticilerinin bilgisi, kabulü veya talimatı olmadan işlenen suçlar nedeniyle dolaylı fail olarak kabul

---

<sup>1035</sup> **Üzülmez**, *Dolaylı Faillik*, s.90.

<sup>1036</sup> **Üzülmez**, *Dolaylı Faillik*, s.91

<sup>1037</sup> **İsfen**, s.60.

<sup>1038</sup> Örgüt yöneticilerinin suça katkısının niteliği tespit edilmeden fail olarak sorumlu tutulmasının iştirak hükümlerine aykırı olduğu ifade edilmektedir. **Ersan, Aykut**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, s. İÜHFMC. LXXI, S. 1, 2013, s.398-399.

<sup>1039</sup> **Aydın**, s.279.

<sup>1040</sup> **İnci**, s.24,

edilmesinin cezaların şahsiliğine de aykırılık anlamına geleceği ifade edilmektedir<sup>1041</sup>. Bu hususta önerilen husus ikame edilebilirlik ilkesine dayalı bir fiile hakimiyet ölçütü getirilmesidir<sup>1042</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramına göre organize ve örgütlü suçlarda, örgüt yöneticisi tarafından verilen emir icra edenin bireyselliğine bağlı olmaksızın otomatik olarak yerine getirmekte ve böylece arka plandaki kişi, organizasyon üzerindeki hakimiyeti sayesinde fiili işleyen şahsına bağlı kalmaksızın faili yönlendirebilmektedir. Ön plandaki fail, organize mekanizmanın yapısından kaynaklanan hakimiyet altında bir “araç” konumundan öteye gitmemektedir, bu sebeple bu tip mekanizmalarda yöneticiler dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1043</sup>.

Örgüt üyelerinin, diğer örgüt üyelerinin işlediği suçlardan sorumlu olup olmayacağı da tartışılmalıdır. Örgüt üyeleri açısından 220/5 inci maddeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bakımdan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesine rağmen suçun işlenmesine iştirak etmeyen örgüt üyesinin, bu suça iştirak eden örgüt üyelerinin fiili nedeniyle cezalandırılmayacağı şeklinde bir sonuç çıkarabilir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TCK'nın 220/5 inci maddesi, *bu haliyle* tipik bir dolaylı faillik düzenlemesi anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu ispat sorunlarını aşmak için cezanın şahsiliği ilkesine istisna getirerek *herhangi bir ölçüt öngörmemek suretiyle* bu şekilde bir düzenlemeye gitmiştir<sup>1044</sup>. Bununla birlikte örgüt liderinin organize hakimiyet gücünden yararlanmak suretiyle, örgütün niteliği dikkate alınmaksızın kişilerin ikame edilebilirliği şeklindeki peşin bir kabulün doğru olmadığı, 220/5 inci maddede herhangi bir kriter getirilmemesi nedeniyle düzenlemeyi bu haliyle organize güç mekanizması aracılığıyla dolaylı failliğin kriterlerini karşılaması anlamında yeterli bulmamaktayız.

---

<sup>1041</sup> **Şen, Ersan-Özdemir, Bilgehan, Suç Örgütü**, <http://www.hukukihaber.net/suc-orgutu-makale,2335.html> (Erişim Tarihi: 16.11.2015). **Özkan** da maddeye yöneticilerin bilgisi dahilinde işlenen suçlar şeklinde bir ekleme yapılmasını istemektedir. **Özkan**, s.286.

<sup>1042</sup> **Şahin, Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri**, s.84.

<sup>1043</sup> **Yenidünya-İçer**, s.93.

<sup>1044</sup> **Öztürk-Erdem** de bu özel düzenlemeye karmaşık örgütlü yapılarda klasik ceza hukukunun çözüm bulamaması nedeniyle gerek duyulduğunu ve maddenin herhangi bir ölçüt getirmediğini ifade etmektedir. **Öztürk-Erdem**, s.371.

## § ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DOLAYLI FAİLLİK KURUMUNUN DİĞER İŞTİRAK TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ VE DOLAYLI FAİLLİK İLE İLGİLİ DİĞER DURUMLAR

#### I. DOLAYLI FAİLLİK KURUMUNUN DİĞER İŞTİRAK TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

##### 1. Dolaylı Faillik ve Doğrudan Faillik İlişkisi

###### A. Genel Bilgi

5237 sayılı TCK'nın 37 nci maddesinin 1 inci fıkrasında “*Faillik*” başlığı altında “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” şeklinde yapılan tanım gerekçede “*müşterek faillik*” olarak adlandırılmıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere maddenin ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik “*Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK, failliği müşterek faillik ve dolaylı faillik olarak iki kısımda ele almaktadır.

37 nci maddede doğrudan faillik kavramı tanımlanmamasına karşın doktrinde müşterek faillik kavramına uygun şekilde haksızlığı tek başına gerçekleştiren kişinin “*doğrudan fail (müstakil fail)*” olduğu ifade edilmektedir<sup>1045</sup>. Doğrudan fail, fiili doğrudan doğruya gerçekleştiren ve suçun unsurlarını kendinde toplayan kişidir<sup>1046</sup>. Ayrıca doğrudan faillik kavramının yanı sıra “*tek başına faillik*” kavramının da kullanıldığını görmekteyiz<sup>1047</sup>. Doğrudan fail suç tipini kendi gerçekleştiren kişi olarak suçun unsurlarını tamamen kendisi gerçekleştiren ve bunu yaparken faillik isteğinin yanı sıra fiil üzerinde egemenlik de sağlayan kişidir<sup>1048</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz

<sup>1045</sup> Koca-Üzülmez, s.445; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe s.499; Dülger, s.5; Öztürk-Erdem, s.364.

<sup>1046</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.197. Ayrıca bkz. Köhl -Heger, s.216.

<sup>1047</sup> Yüce, s.363.

<sup>1048</sup> Lange, s.160.

üzere dolaylı faillik de doğrudan failiğe benzer bir şekilde egemenliğin ortaya konuluş biçimlerindedir<sup>1049</sup>.

İştirak kısmına ilişkin açıklamamızda suçların kanunda tek kişi tarafından işlendiği varsayımıyla düzenlendiğini ifade etmiştik. Doktrinde ifade edildiği üzere faillik “suç işleyen kişinin içinde bulunduğu durum”, “fail olma” anlamına gelmektedir<sup>1050</sup>. Bu anlamda ister birden fazla kişi isterse tek kişi suçun işlenişine fail olarak katılmış olsun sonuç olarak bu durum bir faillik olarak kabul edilmelidir.

Alman Ceza Kanunu’nda doğrudan faillik 25/1 inci maddede açık bir şekilde suçu kendisi işleyen kişi fail olarak cezalandırılır şeklinde düzenlenmektedir<sup>1051</sup>. Doğrudan fail, suçun maddi ve manevi unsurlarını tek başına gerçekleştiren<sup>1052</sup> objektif ve sübjektif açıdan tipikliği doğrudan gerçekleştiren kişidir<sup>1053</sup>. Bununla birlikte Alman hukukunda her ne kadar tipikliği tamamıyla gerçekleştiren kişi, geleneksel sübjektif teori açısından doğrudan fail olarak kabul edilse de aşırı istisnai hallerde şeriklik kapsamında da ele alınabilmektedir<sup>1054</sup>.

Faile suçun hazırlık aşamasında başkalarının yardım etmesi ya da bu kişiyi bir başkasının azmettirmesi doğrudan failliğin varlığına etki etmez. Nitekim fiil öncesi meydana gelen hazırlık hareketleri ve tamamlanmamış teşebbüs hareketleri gibi hareketlerin de tipikliğin bizzat gerçekleştirilmesi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1055</sup>.

Doğrudan faillik (*unmittelbare Täterschaft*) suçun tüm unsurlarını kendi yararına veya bir başkasının etkisi altında gerçekleştirmek şeklinde tanımlanmıştır<sup>1056</sup>.

---

<sup>1049</sup> Jescheck-Weigend, s.663.

<sup>1050</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.499; Hafizoğulları-Özen, s.368.

<sup>1051</sup> Schmidhäuser, s.517. Ancak bu kavramın suçu müşterek fail olmaksızın birbirinden bağımsız olarak işlenebileceği gerçeğini yani yan yana failliği hariç tutulmadığını ifade edilmektedir. Hilgendorf - Valerius, § 9, kn.19., tanım için ayrıca bkz. Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 3.Auflage,2015, München, § 27, kn.18.

<sup>1052</sup> Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr und Praxiskommentar, 5.Auflage, 2013, §25 kn. 6.

<sup>1053</sup> Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmann) § 25, kn.2;12. Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Auflage, Berlin 1991, 21. Abschn, kn.37.

<sup>1054</sup> Waßmer, Anwalt Kommentar, § 25, kn.2.

<sup>1055</sup> Jakobs, 21. Abschn, kn.37.

<sup>1056</sup> Fischer, § 25, kn.3. Doğrudan failin fiili bizzat, kasten hukuka aykırı ve kusurlu olarak işlemesi gerekmektedir. MK-Joecks, §25 kn. 35. Doğrudan faillik bizzat ya da kendi kendine faillik anlamına gelebilecek şekilde de (Selbst Täterschaft) şeklinde de kullanılmaktadır. Gropp, § 10, kn.4.

Bir görüşe göre StGB'nin 25/I-1 inci maddesinde, sadece doğrudan fail düzenlenmekte olup doğrudan fail gibi cezalandırılan kişiler düzenlenmemektedir<sup>1057</sup>.

Doğrudan faillik açısından failin fiili kendisinin ya da başkasının yararına gerçekleştirme saikinın varlığının önemi yoktur<sup>1058</sup>. Kanaatimizce fail, fiil üzerinde bilinçli olarak hakimiyet sağlamış ise şahsın bunu kendi iradesiyle mi yoksa başka bir kişinin aracı olarak mı gerçekleştirdiği doğrudan ya da dolaylı faillik açısından önemli değildir. Önemli olan şahsın hakimiyet sağlamasıdır. Bu anlamda daha önce de ifade ettiğimiz üzere eğer bir şahıs, bir başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmakta ise arka plandaki şahıs fail üzerinde hakimiyet kurarak *dolaylı fail* olarak sorumlu iken araç olan şahıs fiil üzerinde *doğrudan* hakimiyet kurmaktadır ve *doğrudan fail* olarak kabul edilmelidir. Ne var ki bu şahıs ya durumdan haberdar değildir ya da kusurluluğunu kaldıran bir nedenden dolayı sorumlu tutulmamaktadır. Kısaca araç kişinin de doğrudan fail olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte eğer kişinin fiilinden bahsedilemezse bu takdirde faillikten de bahsetmek söz konusu olmaz.

Failin bir hayvan ya da alet kullanması halinde de doğrudan faillik durumu değişmez<sup>1059</sup>. Yine mutlak kuvvet ile bir kimseyi hareket edemeyen bir araç gibi kullanan kişi de bu anlamda doğrudan faildir<sup>1060</sup>. Benzer biçimde azmettirme neticesinde suç işleyen ya da başkalarından yardım alarak suç işleyen kişiler de fiil üzerinde tek başlarına hakimiyet kurmaları şartıyla doğrudan fail olarak kabul edilmelidirler.

Doğrudan faillikte failliğin tespiti, diğer faillik türlerine göre daha basittir. Nitekim bu konuda tipikliğin bizzat gerçekleştirilmesinin, (eğer kişi faillik sıfatına sahip ise) her zaman faillik anlamına geldiği söylenebilir<sup>1061</sup>. Bu ifadeden özgü suçlar, bizzat işlenebilen suçlar gibi suçlar açısından kanunun aradığı özel faillik vasfına sahip olmayan kişinin doğrudan fail olamayacağı anlamı çıkabilir.

---

<sup>1057</sup> MK-Joecks §25 kn. 35.

<sup>1058</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.1121.

<sup>1059</sup> Zafer, s.472.

<sup>1060</sup> Krey-Esser, §26, kn.871; Özgenç, Suça İştirakin, s.225.

<sup>1061</sup> MK-Joecks, § 25, kn.37.



Doğrudan ve dolaylı faillğe ilişkin olarak bir görüş açısından her iki faillik türü açısından da fail olan kişide suçun gerektirdiği maddi ve manevi unsurların mevcut olması gerekmektedir<sup>1062</sup>.

Dolaylı failliği iştirak türü olarak görmeyen görüş açısından, doğrudan faillik ile dolaylı faillik arasında iştirak hükümleri uygulanamaz<sup>1063</sup>. Ancak doktrinde doğrudan failin, fiili kasten ve “hiçbir yanılığa maruz kalmaksızın” gerçekleştirmesi olarak ifade edilerek bir başkasının araç olarak kullanılması halinde doğrudan değil dolaylı faillikten bahsedileceği söylenilmektedir<sup>1064</sup>.

Kanaatimizce fiil üzerinde hakimiyet, failin iktidarında olan bir hakimiyet biçimidir. Bu anlamda dolaylı faillik ile doğrudan faillik arasındaki fark, hakimiyetin ne üzerinde gerçekleştiği ile ilgilidir. Eğer fiil üzerinde doğrudan bir hakimiyet söz konusu ise müstakil ya da doğrudan faillik; failin iradesi üzerinde onu araç konumuna indirgeyen bir hakimiyet söz konusu ise dolaylı faillik mevcuttur. Dolaylı faillik halinde de araç kişi bir eşya ve cisim gibi değerlendirilmediği için araç kişinin doğrudan fail olduğu ve doğrudan faillik ile dolaylı faillik durumlarının aynı anda birlikte bulunabileceği kabul edilmelidir.

Araç olarak kullanılan kişinin fiil yeteneği ortadan kalkmaz. Aksi halde bu durumda zaten dolaylı faillikten ya da genel anlamda bir kişinin failliğinden bahsedilemez. Bu anlamda biz şahsın gerçekleştirdiği davranışın zorlanmış da olsa bir iradenin ürünü olması ve belli bir amaca yönelmiş, dış dünyaya yansıyan bir eylem olması halinde artık fiilin ve onu gerçekleştirenin fiil üzerinde hakimiyeti olduğunu söylemekteyiz. Kişinin fail olması ile işlediği fiilden sorumlu tutulması daha önce de ifade edildiği üzere farklı hususlardır.

Konuya ilişkin olarak Alman hukukunda *Ebert* bir kimsenin bir başka failin işbirliği olmaksızın tipikliği gerçekleştirmesi halinde örneğin kişinin bizatihi kendisinin fiili işlemesi ya da başkası aracılığıyla tipiklikteki unsurları gerçekleştirmesi durumunda

---

<sup>1062</sup> Özgenc, Suça İştirakin, s.198.

<sup>1063</sup> Nitekim Yıldız, suç ortaklığı hükümlerinin uygulanabilmesi için ya kanundaki eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi ya da azmettirme veya yardım etme şeklindeki katkılardan biriyle suça iştirak edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yıldız, Seminer, s.115.

<sup>1064</sup> Özgenc, Suça İştirakin, s.197.

tek başına failliğin söz konusu olduğu ancak bir başkası aracılığıyla suç işleme halinde tek başına failin dolaylı fail olduğunu ifade etmektedir<sup>1065</sup>.

Araç model olarak ifade edilen modele (*das Werkzeugmodell*) göre ALIC'teki (*actiones liberae in causa-sebebinde serbest* hareketler) tipiklik modeli doğrudan failliğin özel bir durumu olduğu gibi ALIC'in de dolaylı failliğin özel bir durumu olduğu ifade edilmektedir<sup>1066</sup>. Doğrudan faillik ile dolaylı failliğin yapısal olarak aynı karakterde olduğunu iddia eden görüş isnadiyet kapsamında meseleye yaklaşmaktadır<sup>1067</sup>. Dolaylı failin, fiili icra eden kişinin ceza hukuku açısından sorumlu olmamasından kaynaklanan eksiklik nedeniyle sorumlu sayıldığını ifade eden görüş bakımından, bu durum doğrudan failin de her türlü riskten dolayı sorumlu tutulmayıp sorumlu sayılabilmesi için objektif isnadiyetin aranması anlamında ayniyet arz etmektedir<sup>1068</sup>.

Kanun koyucunun bazı suç tipleri açısından yer verdiği çeşitli düzenlemelerin hukuki niteliği açısından da failliğin türünün belirlenmesi bakımından çeşitli tartışmalara yer vermek gerekmektedir. İşaret etmek istediğimiz husus, kanun koyucunun çeşitli maddelerde yer verdiği kimi düzenlemelerde, özel bir dolaylı faillik durumunun mu yoksa bağımsız bir suçun mu söz konusu olduğudur.

Dolaylı faillik halinde suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişi kusur yeteneği olmayan bir kimse ise onu suça sevk eden kişiye verilecek olan ceza 37.madde gereğince üçte birden yarısına kadar zorunlu olarak artırılacaktır. Bu durum bir kimsenin, suçtan dolaylı fail mi yoksa doğrudan fail mi olarak kabul edileceği anlamında pratik bir öneme sahiptir.

Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek olan ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu (TCK m.239) <sup>1069</sup>

---

<sup>1065</sup> Ebert, s.193.

<sup>1066</sup> Regensburg, Dold Dennis, *Die actio in libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft*, GA 2008, s.427.

<sup>1067</sup> Regensburg, s.427.

<sup>1068</sup> Regensburg, s.427. Yine her iki faillik durumunda da doğal hareketler olduğu ve nedensellik sonucu bakımından aralarında yapısal olarak bir farklılık olmadığı ifade edilmektedir. Regensburg, s.427.

<sup>1069</sup> Madde 239- (1) Sifat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet

suçunun 4 üncü fıkrasında “*Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*” şeklindeki düzenleme ile Kanun koyucu suçun temel halinin cebir veya tehdit ile işlenmesi halinde verilecek cezanın artırılacağını öngörmüştür. Madde metni incelendiğinde bu suçun fiilinin cebir veya tehdit altında bilgi veya belgeyi açıklamaya bir kimseyi mecbur bırakmak olduğu anlaşılmaktadır<sup>1070</sup>. Bu itibarla suçun fiilinin bu şekilde saptanması bahse konu suç açısından bu fiili gerçekleştiren kişinin suçun doğrudan faili olarak cezalandırılması gerektiği kanaatini vermektedir.

Bahse konu suç açısından sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi için öngörülen ceza ile bu suçu cebir veya tehdit kullanarak bu bilgi veya bilgileri açıklamaya zorlanan kişiye verilecek ceza arasında farklılık mevcuttur. Soyut bir tehlike suçu olan<sup>1071</sup> bu suçta bu fiillerin cebir veya tehdit ile işletilmesi bakımından kanun koyucunun suçun temel hali için öngördüğü cezadan farklı ve daha ağır bir ceza öngörmesi de bu kanaati güçlendirmektedir. Bu fıkradaki durum ayrı bir suç olarak da kabul edilmektedir<sup>1072</sup>.

Bu suç tipinde gerek kanun koyucunun suçun cebir veya tehdit ile işlenmesine ayrıca yer vermesi gerekse de bu durum açısından farklı bir yaptırım ön görmesi nazara alındığında kanun koyucunun burada bağımsız bir suç tipi ön gördüğünü ifade edebiliriz. Kısaca böyle bir düzenleme söz konusu olmasaydı fiili gerçekleştiren kişi 37.madde gereğince dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilecek idi ise de kanun koyucu bu durum açısından farklı bir düzenleme ön görmüştür ki bu takdirde 37/2 nci maddedeki

---

üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur. (2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır. (3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz. (4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

<sup>1070</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7205.

<sup>1071</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.7205.

<sup>1072</sup> Şahbaz, İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2.Cilt, (Madde 150-345), Ankara 2016, s.2711. Bahse konu suçun 1.fıkrasındaki suç özgü bir suç iken 4.fıkradaki suçun faili herkes olabilecektir. s.2712, 2713.

artırım durumu madde açısından kanaatimizce tatbik edilemeyecektir. Dolayısı ile bu halin bir dolaylı faillik durumu değil tipiklikte yer alan hareketleri gerçekleştiren kişinin suça ilişkin bu nitelikli hal bakımından doğrudan fail olarak kabul edilmesini gerektiren bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Belirtelim ki Yargıtay da bir kimseyi hataya düşürme şeklindeki bir fiilin bağımsız suç şeklinde düzenlendiği hallerde (TCK m.231) kamu görevlisi, arka plandaki kişi tarafından aldatılsa bile bu durumu dolaylı değil doğrudan faillik olarak nitelendirmektedir<sup>1073</sup>.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere benzer bir durum işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldıran kişileri intihara *sevk etme, cebir veya tehdit kullanma* halinde failin kasten öldürme açısından da geçerlidir. Bahse konu hükmün bağımsız bir suç olduğu da doktrinde ifade edilmektedir<sup>1074</sup>.

TCK'nın 84/4 üncü maddede düzenlenen bu fiilin yukarıda ifade edildiği üzere bağımsız bir suç mu yoksa intihara yönlendirme suçunun kasten öldürme suçuna atıf yapan nitelikli bir hali mi olduğu sorusuna verilecek cevabın pratik bir neticesi de mevcuttur. Eğer bağımsız bir fiil olarak kabul edilirse, tipiklikte yer alan davranışları gerçekleştiren kişi ilgili fıkra açısından doğrudan fail, nitelikli hal olarak kabul edilmesi

---

<sup>1073</sup> “Sanığın beyanı üzerine düzenlenen tutanağın ve bildirim tescil edildiği nüfus kütüğünün resmi belge olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu belgeler sanık tarafından değil nüfus memuru tarafından düzenlenmiş olup nüfus memurunun da suç kastı yoktur. Nüfus memuruna çocuğun soybağı hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin onu hataya düşürerek içeriği itibariyle sahte resmi belge düzenlemesine neden olduğundan TCK'nun 37/2. maddesi uyarınca resmi belgede sahtecilik suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekeceği ileri sürülebilir ise de; 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 15. maddesi uyarınca doğum bildirimlerinin doğumu gösteren herhangi bir resmi belge ibrazına dayanmadan sözlü olarak yapılması mümkün olduğu gibi nüfus memurunca bu beyanın doğruluğunu tahkik lüzumu da bulunmamaktadır. Şu halde gerçeğe aykırı doğum bildiriminde bulunan failin kamu görevlisi üzerinde fiili hakimiyet kurduğundan söz edilemeyeceğinden resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faili olduğu da söylenemez. Diğer taraftan dolaylı failliğin kabul nedeni, dolaylı failin fiilinin tipikliğe uygun davranış niteliği taşımasıdır. Oysa ki failin çocuğun soybağı konusunda nüfus müdürlüğüne karşı yaptığı yalan beyan eylemi doğrudan fail olarak sorumlu tutulabileceği biçimde ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olup artık dolaylı faillige gidilemez. Aksi takdirde, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (TCK m. 206), yalan tanıklık (TCK m. 272), yalan yere yemin (TCK m.275) gibi bir resmi belgenin düzenlenmesi esnasında yalan beyana dayalı tüm suçlarda faillerin özel suç düzenlemeleri yerine resmi belgede sahtecilikten dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki bunun kabulü mümkün değildir” (Yarg.CGK. 29.9.2015, 2015/412 E., 2015/286 K) . (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ya801d20150929k2015286e2015412>, Erişim Tarihi 9.4.2018).

<sup>1074</sup> Öntan, s.881.

halinde ise kasten öldürme suçunun dolaylı faili olarak kabul edilecektir<sup>1075</sup> ki bunun da farklı neticeleri olacaktır.

Örneğin bu fıkradaki durumu özel bir suç tipi olarak görenler açısından fıkra da mağdur olarak ifade edilen kişi kusur yeteneği ortadan kaldırılmış, isnat yeteneği olmayan bir kişi olsa da suçu gerçekleştiren kişi TCK'nın 84/4 üncü maddesi anlamında doğrudan fail olarak kabul edilecek ve hakkında 37/2 nci maddede yer alan “*Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır*” şeklindeki hüküm uygulanamayacaktır<sup>1076</sup>. Dolaylı faillik olarak kabul edildiğinde ise kasten öldürme suçunun nitelikli hali ve genel hüküm olarak 37/2 nci maddenin tatbiki gündeme gelecektir.

Kanunun lafzından bahse konu durumda TCK'nın 81 inci maddesine atıf yapıldığı, bu anlamda TCK'nın 37/2 nci maddede yer alan ağırlaştırıcı halin tatbiki bakımından da bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Bu hükmün yukarıda yer verilen Kanun'un 239 uncu maddeden farkı ise doğrudan bir düzenlemeye yer verilmeyip kasten öldürmeye atfen bir düzenleme yapılmasıdır. Bununla birlikte en doğrusunun bahse konu fıkraya yer vermemek ve bu halin kasten öldürme suçu kapsamında dolaylı faillik olarak ele alınması noktasındaki yorumu uygulayıcılara bırakmak olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç itibariyle TCK'da cebir veya tehditle suçun işlenişine ilişkin yer verilen çeşitli düzenlemeler açısından dolaylı faillik hükümlerinin tatbik edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak her düzenlemenin kendi özgü özellikleri ile ve bütün yönleriyle incelenmesi neticesinde düzenleme açısından ayrıca bir yaptırım ön görülüp ön görülmediği ve maddenin düzenleniş yeri gibi hususlar da birlikte ele alınarak bir sonuca varılması gerekmektedir.

## **B. Dolaylı Faillik ve Yan Yana Faillik Durumlarının Farkı ve İlişkisi**

Aralarında birlikte suç işleme kararı bulunmayan kişilerin iştirak kararı olmadan aynı konu üzerinde, aynı anda aynı suçu işlemeleri haline doktrinde yan yana

---

<sup>1075</sup> Öntan, s.886.

<sup>1076</sup> Öntan, s.866.

faillik denilmektedir<sup>1077</sup>. Yan yana faillik suçun tamamının ya da bir kısmının müşterek faillikteki şartlar olmadan birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmesi şeklindeki faillik türüdür<sup>1078</sup>. Örneğin birbirinden bağımsız olarak bir kimsenin kahvesine zehir koyan A ve B yan yana faillik kapsamında (*Nebentäterschaft*) sorumlu tutulacaktır<sup>1079</sup>.

Yan yana faillik hali, kimi yazarlar bakımından doğrudan faillik içerisinde değerlendirilmiş ise de kanaatimizce gerçekleşme biçimi ve iştirake ilişkin düşünceler birlikte incelendiğinde kişilerin birbirinden habersiz olarak aynı suçu işlemesi farklı bir faillik türü olarak ele alınmalıdır. Bununla birlikte bir görüşe göre yan yana faillik, failliğin özel bir görünüş şekli olmayıp *bağımsız bir dogmatik anlamı olmayan* bir kavramdır<sup>1080</sup>.

Kavramın sadece birden çok kişinin birbirinden bağımsız olarak ve müşterek failer gibi ortaklaşa bir işbirliği olmadan suç işlemesi şeklinde adlandırıldığı ifade edilmektedir<sup>1081</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere biz faillik kavramını sadece iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olan sorumluluk statüsü olarak değil bunun yanında genel anlamıyla suç işleme hali, suç işleme durumu olarak ele almaktayız. Ne var ki bu faillik türü birden fazla kişinin iştirakiyle gerçekleştirdiği bir faillik biçimi değildir. Yan yana faillik bu anlamda birbirinden bağımsız olarak birden fazla kişinin tipik fiili gerçekleştirmesi ve aynı hukuki değeri ihlal etmesi halinde mevcuttur<sup>1082</sup>.

Yan yana faillik, müşterek faillige benzese de müşterek faillikten farklı olarak iştirak iradesi içermez. Zira esasen gerek müşterek faillikte gerekse de yan yana faillik halinde birden fazla kişi, bir suçu, her bir failin, fiil üzerinde hakimiyet kurması suretiyle gerçekleşmektedir. Ancak müşterek faillikten farklı olarak bu durumda suça katılanlar arasında iştirak iradesi mevcut değildir<sup>1083</sup>. Bu anlamda ortada birden fazla suç mevcuttur<sup>1084</sup>. Eğer bu kişiler açısından araç olarak kullanılma, iştirak iradesi veya

---

<sup>1077</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.650; Koca-Üzülmez, s.464, 465 .

<sup>1078</sup> Shmidhäuser, s.516. Tanım için ayrıca bkz. Ebert, s.193; Lange , s.172.

<sup>1079</sup> Shmidhäuser, s.517.

<sup>1080</sup> Krey-Esser, § 29, kn.982.

<sup>1081</sup> Krey-Esser, § 29, kn. 982. Benzer açıklama için bkz. Kindhäuser, §25 kn. 35.

<sup>1082</sup> Baumann-Weber-Mitsch, § 29, kn.2.

<sup>1083</sup> Zafer, s.477.

<sup>1084</sup> Aydın, s.29.

şeriklik şeklinde bir durum var ise bu takdirde yan yana faillikten bahsedemeyiz<sup>1085</sup>. Yan yana faillik halinde failin cezasının ne olacağına ilişkin olarak Alman hukukunda da Türk hukukuna benzer bir biçimde açık bir düzenleme olmamasına rağmen bu durumdaki kişilerin tek başına fail gibi cezalandırılacağı ifade edilmektedir<sup>1086</sup>.

Yan yana faillikte de tek başına faillik halinde de tipikliğin gerektirdiği unsurların failer tarafından gerçekleştirildiği, bu durumda ya tek başına fail olarak ya da diğer faillerden bağımsız olarak suçun oluşmasına nedensel katkı sunulması durumunun mevcut olduğu ancak son ihtimalde her iki kişinin de bağımsız failer olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>1087</sup>.

Yan yana failliğin büyük bir alanının taksir veya ihmalle işlenen suçlardan oluştuğu ifade edilmekte ve bu kişilerin esasen bir diğer tarafından başlatılan bir olayda nedensellik zinciri içerisinde yer aldığı ifade edilmektedir<sup>1088</sup>. Yan yana failliğin sıklıkla, suç işlemeye yönelik bilinçli işbirliğinin eksikliği nedeniyle müşterek failliğin mümkün olmadığı hallerde söz konusu olduğu söylenebilir. Örneğin birden çok kişinin hatalı sürüşü nedeniyle ölüm ya da yaralanmayla sonuçlanan durumlarda yan yana faillik mevcuttur<sup>1089</sup>. Ancak aşağıda da ifade edeceğimiz üzere yan yana failliğin farklı zamanlarda meydana gelen suçlarda değil aynı zamanda birlikte fakat iştirak iradesi olmaksızın işlenen suçlar açısından geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda verilen genel bilgiler ışığında yan yana faillik ile dolaylı faillik arasındaki farkları ve bu türlerin ilişkisini yine dolaylı faillğe verilen anlam ile ilişkilendirebiliriz. Bu anlamda dolaylı faillik kurumunun bir iştirak türü olarak kabul edilmemesi halinde, yan yana faillik ile dolaylı failliğin benzediği ifade edilebilecektir. Zira yan yana faillik açısından iştirak söz konusu değildir. Bununla birlikte biz dolaylı failliği, bazı halleri istisna olmak üzere iştirakin bir türü olarak gördüğümüzü tekrarlamaktayız. Dolaylı faillik de yan yana faillik de faillik türleri arasında yer aldıklarından failer sorumluluklarını kendi fiillerinden almaktadır. Gerek yan yana

---

<sup>1085</sup> Öztürk-Erdem, s.386.

<sup>1086</sup> Baumann-Weber-Mitsch, § 28, kn.34; Kindhäuser, §25 kn. 2.

<sup>1087</sup> Kühl-Heger, s.221.

<sup>1088</sup> Bohlander, s.161.

<sup>1089</sup> Baumann-Weber-Mitsch, § 29, kn.5.

faillik gerekse de dolaylı faillik halinde mutlaka birden fazla kişinin varlığı gerekmektedir.

Yan yana faillik ile dolaylı faillik durumunun bir arada bulunması mümkündür. Örneğin A'nın, iradesi üzerinde hakimiyet kurduğu B'yi, C'yi öldürmek üzere suça yönlendirmesi neticesinde olay yerine giden B'nin, o sırada C'yi öldürmek için bekleyen D ile eş zamanlı olarak ateş etmesi halinde A, dolaylı fail, B ve D ise yan yana fail olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte elbette sorumluluk açısından durum farklılaşacak B olayda araç konumunda olsa da fiili gerçekleştirdiği için doğrudan, B'yi suç işlemede araç olarak kullanan A dolaylı fail iken bu durumdan habersiz olarak fiilini gerçekleştiren D de doğrudan fail olarak sorumlu tutulabilecektir.

Yan yana faillik halinde de bir kimsenin, bir başkası tarafından işlenen bir suçu kendi amacına yönelik olarak kullandığı ifade edilmektedir. Buna ilişkin olarak B'nin C'yi vurmak için pusu kurduğunu bilen A'nın, düşmanı F'yi olay yerine göndermesi, B'nin de F'yi yanılarak vurması örnek olarak gösterilmektedir. Her ne kadar burada A tarafından haksızlık veya kusura ilişkin bir artırım durumu söz konusu olmasa da somut ölüm hadisesinin ona isnat edilebileceği ifade edilmektedir<sup>1090</sup>. Bu durum, yan yana faillik konumunda bulunan kişilerin de suçta araç olarak kullanılabilmesini göstermektedir.

## **2.Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik İlişkisi**

### **A.Kavram ve Genel Bilgi**

İştirakin en somut türü olan müşterek faillik daha önce de ifade edildiği üzere TCK'nın 37 nci maddesinde tanımlanmıştır. Burada tanımlanan müştereken ifadesinin fiil üzerinde iştirak anlamında ciddi oranda anlaşma zorunluluğu olarak anlaşılması

---

<sup>1090</sup> Kindhäuser § 25 kn 3 vd.



mümkündür<sup>1091</sup>. Kural olarak müşterek faillik kanunda belirtilen bütün suçlar açısından mümkündür<sup>1092</sup>.

Bu durumda birlikte alınan suç işleme kararına dayanılarak icra hareketleri birlikte gerçekleştirilmekte ve fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurulmaktadır. Suç tipinde yer alan hareketin normatif olarak birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmesede birden fazla kişinin bilfiil hareketlerin icrasına katılması suçun tamamlanması için faillere ciddi bir avantaj sağlamaktadır ki bu durumda yapılan görev dağılımı sayesinde suç işlenmesi genellikle faillerin işi daha sorunsuz halletmesini sağlamaktadır<sup>1093</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu durumda fonksiyonel egemenlik mevcuttur<sup>1094</sup>.

Müşterek failliğin iş bölümü esasına dayandığı ifade edilmektedir<sup>1095</sup>. Müşterek faillik alanında egemenliğin fonksiyonel egemenlik olarak da adlandırılacağını ifade eden bir görüş bakımından bu faillik türü açısından bütün failler hedeflenen amaca yönelik işbirliği içinde hareket etmektedir<sup>1096</sup>.

Müşterek faillik 5237 sayılı TCK'nın 37/1 inci maddesinde “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde müşterek faillik ifadesi yer almasada madde gerekçesinde yer alan “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*”

---

<sup>1091</sup> **Schmidhäuser**, s.506. Müşterek hareketler iki veya daha fazla kişi tarafından mutabık kalınan ve belirli bir suçu işleme anlamında karşılıklı bir anlaşmaya dayanan ortak bir suç işleme kararı gerektirmektedir. **Rengier**, *Täterschaft und Teilnahme*, s.284.

<sup>1092</sup> **Schmidhäuser**, s.513.

<sup>1093</sup> **Schmidhäuser**, s.506.

<sup>1094</sup> Yargıtay da müşterek faillik halinde, faillerin fonksiyonel katkısının olması gerektiğini ifade etmektedir. “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı “fail” konumundadır. Fiil üzerinde ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulmalıdır. Suç ortaklarının, suçun işlenmesinde yaptıkları katkının, diğerinin fiilini tamamladığı durumlarda da müşterek faillik söz konusu olacaktır. Buna göre her müşterek fail, suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel bir katkıda bulunmaktadır*” (**Yarg. CGK. 19.03.2013, 2013/1-81 E., 2013/91.** Karar için bkz. **Yurtcan, Erdener**, Yargıtay Kararları Işığında, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Cilt – 1, Ankara 2015, s.821).

<sup>1095</sup> **Welzel, Hans**, Das Deutsche Strafrecht, Berlin 1969, s.107.

<sup>1096</sup> **Redmann, Michael**, Anstiftung und anstiftungsgesähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, Berlin 2014, s.142.

şeklindeki açıklamayla ilk fıkrada ifade edilen kurumun müşterek faillik olduğu anlaşılmaktadır.

Müşterek faillikte her fail, fiil üzerinde hakimiyet kurduğundan haksızlık içeriğini kendi eyleminden almaktadır ve bu nedenle bağlılık kuralına da gerek yoktur<sup>1097</sup>. Ancak ortaya çıkan netice birden çok kişinin değil tek bir kişinin eseri olarak kabul edilmektedir<sup>1098</sup>. Müşterek faillerden her birinin aynı derecede önemli veya yoğun şekilde hareket etmesine gerek yoktur. Sağlanan katkı az ya da çok olabilir<sup>1099</sup> ancak her halükarda bu katkı onu suçun işlenmesi açısından kanunen olayın ana merkezde tutmalıdır.

Bütün müşterek failer, suç konusundaki istekleri ve fikirlerinin uyuşması sebebiyle fiilin tamamından sorumlu tutulmaktadır<sup>1100</sup>. Madde gerekçesinde de bu husus “*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*” şeklinde ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere 5237 sayılı Kanun, müşterek failer arasında suça katılmaları açısından bir ayırım yapmamaktadır. Müşterek fail suçun gerçekleşmesi üzerinde katkısı az olsa da suçun işlenmesi açısından eşit düzeyde olan bir kişi olarak kabul edilmektedir<sup>1101</sup> ancak elbette bu durum fiil üzerinde hakimiyet kurulması kaydıyla söz konusudur.

Müşterek faillik Alman Ceza Kanunu’nun 25/II nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda iki veya daha fazla kişinin suçu ortaklaşa işlemesi halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır ki müşterek failliğin de doğrudan faillik gibi failliğin bir türü olması nedeniyle bu iştirak türünün failin suçu doğrudan ve tek başına

---

<sup>1097</sup> **Hakeri**, s.537; **Özgenç**, Suça İştirakin, s.262; **Aydın**, s.135; **Hakeri**, *Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak*, s.94.

<sup>1098</sup> **Zafer**, s.472, 473.

<sup>1099</sup> **Hakeri**, s.537.

<sup>1100</sup> **Kühl-Heger**, s.226.

<sup>1101</sup> **Gropp**, kn.83.

işleyebileceği hallerde söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>1102</sup>. Bu görüş açısından ilgili suç tipinin özel bir faillik niteliği gerektirdiği ve potansiyel bir müşterek failliğin söz konusu olmadığı hallerde bu durumun müşterek faillikten ayrıldığı ifade edilmektedir<sup>1103</sup>. Müşterek faillik bu anlamda birden çok kişinin bilinçli ve iradi işbirliğini gerektirir, bu iş birliği ortak bir suç işleme kararına dayalı olarak eşit öneme sahip kişiler karşılıklı olarak tamamlayıcı katkı sağlamaktadır<sup>1104</sup>. Sonuç olarak müşterek fail, ortak suç işleme kararını kişisel faillik özellikleri ile taşıyan ve bu temelden hareket ederek fiili birlikte icra eden kişidir<sup>1105</sup>.

Birden çok kişinin suça iştirak etmesi halinde suçun bütün unsurlarını gerçekleştirmeyen kişinin de Alman yargısına konu olan bir olaya ilişkin verilen karara göre StGB'nin 25/2 nci maddesine göre müşterek fail sayıldığı, bu anlamda eyleme kendi hareketiyle katkı sağlayan kişinin hareketinin bir başkasının hareketini tamamlayıcı bir hareket olarak görüldüğü ifade edilmektedir. Bahse konu kararda müşterek faillikte mutlaka olayın özüne bir katkı sağlanması şart olmadığı ifade edilerek hazırlık hareketi veya destekleyici hareketlere yönelik bir katkının da yeterli olabileceği ifade edilmekle birlikte bu katkının olayın bütünüyle ilgili olmasının icap ettiği belirtilmektedir<sup>1106</sup>.

Madde gerekçesinde, müşterek failliğin şartlarına “*müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*” şeklinde değinilmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere madde gerekçesinde müşterek faillik oldukça detaylı olarak açıklanmaktadır.

Müşterek failliğin şartları, doktrinde farklı biçimlerde ifade edilse de genelde gerekçeye de uygun olarak olarak;

*-Birden fazla fail tarafından fiil üzerinde müşterek hakimiyet ve*

---

<sup>1102</sup> **Rengier**, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 44, kn. 1. Kanunun önceki düzenlemesinde müşterek faillik 47.madde de cezalandırılabilir bir hareketi ortaklaşa gerçekleştiren her kişinin fail şeklinde cezalandırılabileceği şeklinde düzenlenmekteydi. **Lange**, s.172.

<sup>1103</sup> **Rengier**, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 44, kn. 1.

<sup>1104</sup> **Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmman)** § 25 ff, kn. 31.

<sup>1105</sup> **Welzel**, s.107.

<sup>1106</sup> **BGH, (17 Oktober 2002, 3 StR, 153/02)**. (Karar için bkz. **Graf-Goers**, s.38). Benzer karar için bkz. **BGH, (19 August 2014, 3 StR 326/14)**. (Karar için bkz. **Graf-Goers**, s.39).

-Birlikte suç işleme kararının varlığı olarak kabul edilmektedir<sup>1107</sup>.

Hemen belirtelim ki müşterek faillik açısından bu şartlardan önce ilgili suç açısından doğrudan fail olabilme şartının da sağlanması gereklidir ki bu duruma tek başına işlenen suçlar örnek olarak gösterilmektedir<sup>1108</sup>. Yine benzer şekilde müşterek failliğin yalnızca kişinin aynı zamanda tek başına fail olabileceği suçlar açısından söz konusu olduğu ifade edilebilir<sup>1109</sup>.

Müşterek faillik açısından gereken şartlar arasında sayılan birlikte suç işleme kararı sübjektif; suça sağlanan katkı, birlikte işleme veya iş bölümü şekline suçun işlenmesi şeklinde farklı biçimlerde ifade edilen durum ise objektif şart olarak ele alınmaktadır<sup>1110</sup>.

Müşterek failliğin önemli bir hukuki sonucu olarak müşterek failer arasındaki objektif katkının birbirlerine karşılıklı olarak isnat edilebilir olması gösterilmektedir ki bu anlamda her bir müşterek faile bu katkıyı kendi sağlamış gibi davranılmaktadır<sup>1111</sup>. Ortak suç işleme kararı müşterek failerden her birinin fiilin diğerine isnat edilebilir olmadığını tespitini sağlamaktadır<sup>1112</sup> bu anlamda kararın müşterek failliğin esasını oluşturduğu söylenebilir<sup>1113</sup>. Ortak suç işleme kararı sübjektif bir koşul olarak suçun işlenmesi amacına yönelik açık veya zımni bir rıza uyuşması anlamına gelmektedir<sup>1114</sup>.

---

<sup>1107</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.652; Öztürk-Erdem, s.366; Zafer, s.472 vd; Aydın, s.135; Zieschang, 6.Kapitel kn. 648.

<sup>1108</sup> Kühl-Heger, s.222; Baumann-Weber-Mitsch, § 29, kn.81.

<sup>1109</sup> Geppert, Klaus, "Die Mittäterschaft" (§ 25 Abs.2 StGB), JURA, 1/2011, s.31.

<sup>1110</sup> Koca-Üzülmez, s.445; Öztürk-Erdem, s.366; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe s.504 vd. HSK-Kudlich, § 25, kn.43.

<sup>1111</sup> HSK-Kudlich, § 25, kn.51. Buna örnek olarak Frister A'nın mağduru yere uzatması, B nin de cüzdânını alması durumunda B'nin sadece 249 ncu madde kapsamında işlenen yağma olarak ifade edebileceğimiz suçtan değil (Raub) değil ayrıca mağdurun 223 üncü madde kapsamında mağdurun yere serilmek suretiyle yaralanmasından da sorumlu olacağını ifade etmektedir. Yazar bahse konu örnekte eğer paranın alınması için kıyafet ya da çantaya zarar verilmesi gerekmekte ise bu takdirde de her iki kişinin de mala zarar verme suçunun sorumlu olacaklarını ifade etmektedir ki bu durumda bahse konu suçların fikri içtima kapsamında ortaklaşa işlendiği ifade edilmektedir ( Art 52) . Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 6.Auflage, München 2013, Kapitel 26, kn.9.

<sup>1112</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 44, kn.23; Benzer fikir için bkz. Baumann-Weber-Mitsch, § 29, kn.2.

<sup>1113</sup> Ebert, s.201.

<sup>1114</sup> HSK-Kudlich, § 25, kn 48. Ayrıca bkz. Welzel, s.107.

Suç işlemeye ilişkin karar açık olabileceği gibi kararın zımni olması da mümkündür<sup>1115</sup>. TCK'nın 37 nci maddesi gerekçesinde “*Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir*” şeklinde yer alan ifade gereği, bir başkasının suçuna haberi olmadan yardım edilmesi halinde, her durumda yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulmayacağına da değinmek gerekmektedir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre iştirak iradesi olmaksızın, bir kişiye suçun işlenmesinden önce veya fiilin işleme esnasında haberi olmaksızın yapılan yardım, fiilin katkısı ne boyutta olursa olsun yardım niteliğinde olacak, katkıda bulunan kişi müşterek faillik kapsamında sorumlu tutulmayacaktır<sup>1116</sup>. Bunun gerekçesi fail ile yardım eden arasında müşterek bir iradenin varlığına gerek olmadığı şeklinde ifade edilmektedir, bu sebeple de ortak bir suç işleme kararına dayanan suç işleme olmaksızın yapılan katkı müşterek faillik olmasa da bu katkı yardım eden kapsamında kişiyi sorumlu tutmaya engel teşkil etmez<sup>1117</sup>. Alman doktrininde verilen bir örnekte, hırsızlık yapan kişinin fiilinin başarılı olması için bilgisi olmaksızın, pay almak ümidiyle polis veya mal sahibini gözetleyen kişinin, suç bu nedenle başarılı olsa da müşterek fail olamayacağı yardım eden olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>1118</sup>.

Alman ceza hukuku açısından ortak suç işleme fikri şeklinde de ifade edilen bu şart birlikte suç işlemek amacıyla açık ya da gizli bir şekilde anlaşma anlamına gelmektedir<sup>1119</sup>. Birlikte suç işleme kararının Alman Ceza Kanunu'nun 25/II nci maddesinde düzenlenen müşterek failliğin temelini oluşturduğu, somut bir fiili gerçekleştirme noktasında suç işleme kastı içerdiği ifade edilmektedir<sup>1120</sup>.

---

<sup>1115</sup> Öztürk-Erdem, s.366; Murmann, § 27, kn.57.

<sup>1116</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.1125, 1126; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.533; Dülger, s.22; Yıldız, Seminer, s.115.

<sup>1117</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.278.

<sup>1118</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil § 44, kn.12.

<sup>1119</sup> Zieschang, s.173 (kn.649). Bu anlamda zımnen ortaya çıkan bir anlaşmanın da ortak suç işleme kararı olacağı, ortak suç işleme kararının spontane de oluşacağı ifade edilmektedir. Baumann-Weber-Mitsch, § 29, kn.82.

<sup>1120</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil § 44, kn.13.

Suç işleme kararının mutlaka ortak bir biçimde alınmasının gerekli olmadığını ifade eden *Frister*'e göre daha ziyade suça iştirak eden kişilerin aynı planı bir talimat olarak kabul etmesi ve kendi payına düşen kısmı gerçekleştirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>1121</sup>. Ancak gizli de olsa açık da olsa müşterek faillik için tek taraflı bir anlaşma yeterli değildir ki bu ihtimalde yan yana faillik ya da yardımdan bahsedilmesi mümkündür<sup>1122</sup>. Kanaatimizce müşterek faillik açısından ortak suç işleme kararına dayalı olarak suçun birlikte işlenmesi gerekmektedir ki bu durum müşterek failliğin diğer iştirak türlerinden ayrılması açısından ayırt edici bir kriterdir.

### **B.Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik İlişkisi**

Dolaylı faillik, doktrinde genellikle asli şeriklik türü olan azmettirme ile birlikte ele alınmakta olup diğer iştirak türleri ile genel olarak mukayese edilmemektedir. Oysa özellikle yukarıda yer verilen organize güç yapısından kaynaklanan dolaylı faillik veya hukuka uygun hareket eden kişinin bir suç açısından araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusundaki tartışmalar bu iki faillik türü açısından farkları ve ilişkiyi ortaya koymamızı gerektirmektedir.

Her iki faillik türü açısından da birden fazla kişinin suçun işlenişine iştirak ettiği görülmektedir. Ne müşterek faillik ne de dolaylı faillik sadece tek biri kişi üzerinden gerçekleşebilir. Bu anlamda iki faillik türünde de nihai olarak fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekmektedir. Dolaylı faillik, ileride de izah edileceği üzere kimi zaman araç kişinin sevk edildiği fiilin anlam ve sonuçlarının farkında olmamasından kaynaklanan bir olguya dayanabileceği gibi bazen de kasten hareket eden ve kusur yeteneği yerinde olan kişinin suça sevk edilmesi şeklinde gerçekleşebilir.

Müşterek faillik kavramının özünün her iştirakçinin kendi fiile ilişkin katkısını tamamlamak isteğinin oluşturduğunu ifade eden bir görüş açısından bu durumda başkaları aracılığıyla hareket eden her kişi, bir başkasının fiile olan katkısını kendi fiiline isnat edilmesini sağlamaktadır<sup>1123</sup>.

<sup>1121</sup> **Frister**, Kapitel 26, kn 1.

<sup>1122</sup> **Welzel**, s.108.

<sup>1123</sup> **Küpper, Georg**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, GA 1998, Bununla birlikte bu görüşün çoğunlukla reddedildiği ifade edilmektedir, s.522.

Dolaylı faillik ile müşterek failliğin arasındaki temel farkın dolaylı failliğin arka plandaki kişinin üstünlüğüne dayanmasına rağmen müşterek faillikte olayların şekillendirilmesinde eş dereceli katkıları söz konusu olduğu şekliyle izah edilebilir<sup>1124</sup>.

Esasen katkıların birbirine isnat edilebilir olmasının müşterek faillik açısından temel unsur olduğu ortadadır. Bununla birlikte suçun mutlaka herkes tarafından yerine getirilmesi de gerekmektedir ki bu durumda diğer kişilerin kurucu unsurları yetine getirdiği varsayılmaktadır<sup>1125</sup>. Burada diğer suç ortakları yoluyla değil ortak suç işleme kararının birleşik bir gücü ile müşterek failer olarak egemenlik sağlandığı ifade edilmektedir<sup>1126</sup>.

Sonuç olarak kanaatimizce gerek dolaylı faillik gerekse de müşterek faillik açısından fail olmak için egemenliğin sağlanmasının şart olmasına karşın dolaylı faillikte egemenlik araç kişi aracılığıyla sağlanmakta iken müşterek faillikte bu durum suç işleme kararının sağladığı güce dayanmaktadır.

*Küpper* yukarıda ifade edilen farklılıkların yanında dolaylı faillik ile müşterek faillik açısından bir diğer farkın dolaylı failliği oluşturamayan bir katkının eğer bahse konu katkı ortak fiilin gerçekleşmesine ulaşma açısından kesin bir anlam taşıyor ise müşterek faillğe neden olabileceğini ifade ederek müşterek faillik için gereken objektif gereksinimlerin dolaylı faillğe nazaran daha düşük olduğunu ifade etmiştir<sup>1127</sup>.

Gerçekten de müşterek faillik her suç ortağının, ortak suç işleme planına dayanan fiilinin bir diğerine isnat edilebilirliği sayesinde tipik olmayan hareketlerin dahi müşterek faillik çerçevesinde değerlendirilmesini sağlamaktadır. Oysa dolaylı faillik açısından araç kişi araç olma vasfı ile doğrudan failin yerine geçmektedir.

Bu anlamda diğer bir sorun ise müştereken dolaylı failliğin mümkün olup olmadığıdır. Konuyu genel ölçüler içerisinde ele alırsak müşterek failliğin, failliğin bir türü olduğu dikkate alındığında kişinin bizzat işlemesi gereken suçlar yani müşterek failliğin söz konusu olamayacağı suçlar istisna olmak üzere birden fazla kişinin

<sup>1124</sup> **Küpper**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, s.523.

<sup>1125</sup> **Küpper**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, s.523.

<sup>1126</sup> **Küpper**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, s.523.

<sup>1127</sup> **Küpper**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, s.523.

müştereken bir kimsenin iradesi üzerinde egemenlik sağlayarak suç işleminde araç olarak kullanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu duruma hasta bakıcı kılığına giren A ve B'nin, hasımları C'yi öldürmek amacıyla (C)'nin eşini, içine zehir koydukları suyu (C)'ye vermesi konusunda kandırmaları örnek gösterilebilir. Bununla birlikte müşterek faillik için gereken fiil üzerinde müşterek hakimiyet koşulunun sağlanmadığı failin iradesi üzerinde hakimiyetin sağlandığı söylenebilir. Bu durum müşterek bir dolaylı faillik olarak adlandırılabilir. Bu anlamda kanaatimizce müştereken dolaylı faillik, müşterek faillik için gereken diğer şartların müşterek failer tarafından sağlanması halinde, mümkündür.

Alman ceza hukukunda müşterek faillik ve dolaylı faillik ilişkisine değinilmiştir<sup>1128</sup>. İmparatorluk döneminde verilen bir yargı kararında bu bağlantıya müşterek failliğin özünde bir kişinin, diğer kişi üzerinden kendi hareketini dolaylı olarak tamamlama isteğinin yattığı söylenerek işaret edilmektedir<sup>1129</sup>. Bu anlamda esasen her iki faillik türü açısından da failer suça ilişkin hareketlerini tamamlamayı amaçlamakla birlikte müşterek faillik halinde bu durum failer arasında ortak bir iştirak iradesine dayanmakta ancak dolaylı faillik halinde arka plandaki kişi bu isteğini diğer kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurarak sağlamaktadır.

Bilindiği üzere kanun koyucu suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesini bazı suçlar açısından cezayı artıran bir neden olarak kabul etmektedir. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde suça katılanlardan biri ya da bir kaçının dolaylı fail olması halinde durumun ne şekilde olacağına da değinmek gerekmektedir.

*Hakeri* kanun sistematığı açısından dolaylı failin, fail olarak kabul edileceğini ifade etmektedir ki bu yoruma göre bahse konu ağırlaştırıcı hallerin bu kişi bakımından da uygulanabileceği söylenmektedir ancak yazar ağırlatıcı nitelikli hallerin sadece fiil üzerinde doğrudan icra hareketi uygulayanlar olarak kabul edilmesi gerektiğini zira azmettiren veya yardım edenin birden fazla kimse olarak kabul edilmediğini savunmaktadır<sup>1130</sup>.

<sup>1128</sup> **Küpper**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, s.522.

<sup>1129</sup> **Küpper**, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, s.522.

<sup>1130</sup> **Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel*, s.510.



Gerçekten dolaylı fail, fail olarak kabul edilmelidir. Ancak kanun koyucunun suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesi halinde bazı suçlar açısından cezanın artırılmasını öngörme nedeni, mağdurun savunmasının kırılması ve failin sonuca daha rahat ulaşmasıdır. Kaldı ki dolaylı failliğin geçerli olduğu her durumda zaten suçun işlenmesi anlamında birden fazla kişi vardır. Eğer arka plandaki şahıs fiilin gerçekleşmesi aşamasına dahil olmamışsa ağırlatıcı neden tatbik edilmeyecek; dolaylı fail araç şahıs ile birlikte mağdura karşı hareketleri gerçekleştirmiş ise (örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, m.109) bu hüküm tatbik edilecektir kanaatindeyiz.

Kanaatimizce birden fazla araç kişi bir suçun işlenmesinde kullanılmışsa, ve birden fazla kişi tarafından işlenmesi hali cezayı artıran bir sebepse bu durumda ağırlatıcı nedenin tatbik edilmesini engelleyen bir durum yoktur. Bununla birlikte kanun koyucunun madde metinlerinde açıkça olmasa da gerekçelerde ifade ettiği şekilde bu durumlarda nitelikli halin tatbiki için müşterek failliğin söz konusu olması gerektiğini ifade ettiği de unutulmamalıdır.

### **3.Dolaylı Faillik ve Azmettirme**

#### **A.Kavram**

Aslen Arapça olan azim ve Türkçe ettirmek fiilinin birleşmesinden oluşan azmettirmek sözlükte *bir suçu veya herhangi bir işi kesinlikle yapmasına karar verdirmek olarak* tanımlanmaktadır <sup>1131</sup>.

Suçun ilk ve etkili pisişik nedeni olduğu söylenen azmettirmenin ceza hukuku açısından *“suç işleme düşünce ve kararı bulunmayan bir kimseye, suç işleme kararı verdirme”* anlamına geldiği söylenebilir.

Azmettirme, 5237 sayılı TCK'nın 38 inci maddesinde; *“(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların*

<sup>1131</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.589cdbc8b33d3.56094938](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.589cdbc8b33d3.56094938) (Erişim Tarihi: 10.2.2017).

*suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.*

*(3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir” şeklinde düzenlenmiştir.*

38 inci maddede azmettirimin tanımı yapılmayıp bu hususa madde gerekçesinde “Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi” şeklinde yer verilmiştir<sup>1132</sup>.

5237 sayılı TCK’da daha önce de arz ettiğimiz üzere Kanun metninde açıkça yer almasa da Adalet Komisyonu Raporu’ndaki ifadelerden hareketle azmettirimin, şerikliğin bir türü olduğunu söylemek gerekir. Şerik, her ne kadar kanuni tipte yer alan haksızlığı gerçekleştiren kişi olmasa da kanun koyucu ceza politikası gereğince azmettiren ile faili aynı şekilde cezalandırma yönüne gitmiştir.

Yardım etmeye göre azmettirme, şerikliğin daha kuvvetli bir görünüşünü oluşturmaktadır . Hatta TCK’nın 37 nci maddesinin ikinci fıkrasında çocukların, alt soy ve üst soy ilişkisinin kötüye kullanılması suretiyle azmettirilmesi halinde, azmettiren failden daha fazla ceza verilecektir. Esasen nüfuzun kötüye kullanılması sadece çocuklar için söz konusu olan bir durum değildir. Pekala eğitim, veya işten kaynaklanan hiyerarşi de nüfuzun kötüye kullanılmasına imkan sağlayabilir. Ancak kanun koyucu nüfuzun kötüye kullanılmasını sadece üstsoy ve altsoy ilişkisiyle sınırlandırmıştır.

Gerekçede “*bu durumlarda azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir*” denilmekle birlikte bu ifadenin kanun metniyle çeliştiği ve azmettirimin tek başına bir haksızlık olarak kabulü halinde gerek maddede cezada artırım öngörülen hallerin

---

<sup>1132</sup> Azmettirimin bu kadar geniş olarak düzenlenmesine rağmen Kanun’da azmettirimin tanımına yer verilmeyişi eleştirilmektedir. **Dülger**, s. 26.

yukarıda ifade edildiği şekliyle sınırlanmış olması gerekse de tek başına haksızlık sayılabilen bir olgunun varlığından bahsediliyorsa akim kalmış azmettirmenin de cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1133</sup>.

Azmettirenin cezalandırılabilmesi için iştirakin diğer şartlarının da varlığı gerekmektedir. Bu anlamda suç teşkil eden fiilin işlenmiş olması ya da en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekmektedir. Akim kalmış azmettirme olarak kabul edilen ve azmettirilen kişinin icra hareketlerine başlamaması ve suçu işlemekten vazgeçmesi durumunda azmettiren kişi cezalandırılmaz<sup>1134</sup>.

Azmettirenin cezalandırılabilmesi için azmettirilen fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalması gerektiğinden ( bkz.m.40) bu aşamaya varmayan katkıların cezasız kalması söz konusu olmaktadır<sup>1135</sup>. İşte bu gibi durumlarda eylemlerin cezasız kalmaması amacıyla kanun koyucu bazı azmettirme eylemlerini *kamu düzeni bakımından tehlikeli görülmesi nedeniyle*<sup>1136</sup> ayrıca suç olarak düzenlemiştir.

Azmettirmenin mutlaka icrai bir hareketle gerçekleştirilmesi gerekmektedir, ihmali suça azmettirme mümkün ise de ihmali bir azmettirmeden bahsedilemez<sup>1137</sup>. Halihazırda alınmış olan bir suç kararının varlığı halinde kişi suça ilişkin bir kararın

---

<sup>1133</sup> Ünver de tek başına haksızlık olgusu olduğu ifade edilen azmettirmenin başarısız ya da sonuçsuz olması halinde Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak cezalandırılmadığına dikkat çekmektedir. **Ünver**, *Kusurluluk*, s.75. Kanaatimizce teşebbüs aşamasına dahi gelmemiş bir azmettirme eyleminin cezalandırılması için bazı hukuk sistemlerine benzer bir biçimde kanuni bir düzenleme yapılırsa dahi uygulamada tatbiki zor bir durum oluşacaktır. Zira bu tarz eylemlerin genel olarak karanlıkta kalabileceği, yahut kişilerin azmettirme şeklinde ortaya çıkan sözleri başka amaçlarla, örneğin şaka, kızgınlık gibi nedenlerle sarf ettiklerini söylemeleri sıklıkla karşımıza çıkacak ve azmettirme fiili ceza muhakemesi açısından genel olarak şüphede kalacaktır. Bu nedenle hazırlık aşamasında kalan yani akim kalmış bir azmettirmenin cezalandırılması isteniyorsa da böyle bir düzenlemenin sadece belirli ağırlıkta suçlar için öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin bir kimseden başkasına hafifçe tokat atmasını isteyen şahsın bu düşüncesini paylaştığı kişinin teklifi kabul etmemesi halinde akim kalmış teşebbüs kapsamında cezalandırılmasının ceza hukukunun son çare olma ilkesiyle bağdaşmayacağını ifade etmek gerekir. Bu konuda genel bir düzenlemenin cezalandırma alanını aşırı şekilde genişleteceği ve ciddi ispat sorunlarına yol açacağı da unutulmamalıdır. Bu noktada *Schroeder* İtalyan hukukunda cezalandırmama olmamasına rağmen güvenlik tedbirinin varlığına işaret etmektedir. **Schroeder, Friedrich Christian**, *Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki İştirak ile İlgili Hükümler*, (Tebliğ Tercümesi: Prof.Dr.Ayşe Nuhoglu) Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu, 20-23 Ekim 1999, İstanbul 2001, s.384.

<sup>1134</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel, s.669; **Yıldız**, s.120.

<sup>1135</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel, s.687.

<sup>1136</sup> Bu suçlara, suç işlemeye tahriki yaptırım altına alan TCK'nın 214 ncü maddesi, yine halkı kin ve düşmanlığa tahriki suç olarak düzenleyen 216. madde örnek gösterilebilir. **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.687. Ayrıca bkz. **Sancar-Köprülü**, s.420.

<sup>1137</sup> **Demirbaş**, s.501; **Dülger**, s.26; **Aydın**, s.165; **Tan**, s.1608.

alınmasına neden olamaz. Bu nedenle *omnimodo facturus* olarak da adlandırılan zaten fiili gerçekleştirmeye kararlı olan kişilerin artık azmettirilmesi söz konusu değildir<sup>1138</sup>.

Eğer bir kimse daha önce başka bir suçu işlemeyi planlamış ancak azmettiren tarafından bu kararından vazgeçirilmiş ve başka bir suç işlemeye karar verdirilmiş ise azmettiren azmettirdiği suçtan cezalandırılacaktır<sup>1139</sup>. Örneğin bir kimseyi öldürmek için karar vermiş kimseye, kasten öldürme yerine bu kişiyi döverek malını alması yönünde telkinde bulunan kimse hakkında zaten çoğunu düşünmekte diye yağma suçu nedeniyle azmettirme hükümlerinin tatbik edilmemesi düşünülemez.

Azmettirme için de kasten hareket edilmesi gerekir. Esasen suçun özel görünüşleri olan teşebbüs ve iştirak gibi müesseselerin en net tespit edilebileceği manevi unsurun doğrudan kast olduğu söylenmelidir<sup>1140</sup>. Ayrıca doktrinde olası kastla da azmettirilenin mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>1141</sup>.

Azmettirme belli bir kişiye yönelik olmalıdır. Alman hukukunda da azmettirme somut bir olay için geçerli kabul edilmekte ve belirli bir kişi ya da belirli kişi topluluğuna yönelik olma şartı aranmaktadır<sup>1142</sup>. Bununla birlikte kusur ehliyeti olmayan kişinin bu halinden yararlanılarak kişi üzerinde hakimiyet kurulmuşsa yani bu kişi araç olarak kullanılmışsa bu takdirde kişinin failliğin şerikliğe nazaran asliliği gereğince azmettiren olarak değil dolaylı fail olarak sorumluluğundan bahsetmek

---

<sup>1138</sup> Ebert, s.211.

<sup>1139</sup> Koca-Üzülmez, s.476

<sup>1140</sup> Karakehya, Hakan, İradilik Unsuru Bakımından Ceza Hukukunda Kast, Eskişehir 2010, s.67.

<sup>1141</sup> Demirbaş bu duruma örnek verirken bir kahvehanenin taranmasını emreden şahsın o civarda olanların da yaralanıp öleceğini öngördüğünü ve bundan sorumlu olacağına işaret etmektedir. Demirbaş, s. 502. Benzer örnek için bkz. Hakeri, s. 551. Doktrinde asıl neticelerin yanında gerçekleşen muhtemel neticeler bakımından da olası kastın yeterli olduğu ifade edilmektedir. Verilen örnekler daha ziyade asıl azmettirilen suçun yanında gerçekleşen ve gerçekleşmesi öngörülen sonuçlara yönelik iştirakin mümkün olabileceği şeklindedir. Bkz. Karakehya, s.142. Kanaatimizce burada olası kastla azmettirme ile azmettirme neticesinde meydana gelen yan sonuçlardan dolayı sorumluluk konusu tartışılmaktadır. Demirbaş tarafından verilen örnekte azmettiren, failleri suç işlemeye *doğrudan kastla* azmettirmiştir. Sadece meydana gelen olası neticelerden sorumlu tutulmasından bahsedilmektedir. Bu durumda olası kastla azmettirilenin gerçekleştiği söylenemez. Burada azmettirilenin meydana gelen ölümlerden sorumlu olmasının sebebi olası kastıdır, ancak azmettiren failleri asıl hedef için kasten azmettirmiş, yan neticelere ilişkin ise olası kastının mevcut olduğu kanaatindeyiz. Olası kastın azmettirme için yeterli olacağına ilişkin ayrıca bkz. Öztürk-Erdem, s.391. Aydın ise olası kastla iştirakin kabulü halinde bu durumun objektif sorumluluğa yol açabileceğini, örneğin azmettirilenin bir kişiye bir miktar para vererek “istediğin suçta kullan” şeklindeki bir ifadenin de azmettirme sayılabilecek olmasını doğru bulmadığını ifade etmektedir. Aydın, s.166.

<sup>1142</sup> Ebert, s.211.

gerekmektedir<sup>1143</sup>. Azmettiren, faildeki suç işleme fikrini herhangi bir vaat karşılığı uyandırmış olabileceği gibi hiçbir vaade gerek kalmadan da bunu sağlayabilir <sup>1144</sup> hatta faili bizzat azmettirebileceği gibi bunun için bir başkasını araç olarak kullanabilir ki buna azmettirmeye azmettirme denilmektedir<sup>1145</sup>.

### **B-Dolaylı Faillik ile Azmettirme Kurumlarının Birbirinden Farkı ve İlişkisi**

Dolaylı faillik ile azmettirme birbirlerine çok yakın kurumlardır. Zira her iki kurum da bir kimseyi suça yönlendirme durumu mevcuttur. Hatta 19 uncu yy'da dolaylı failliğin azmettirme içerisinde ele alınarak manevi faillik başlığı altında ifade edildiği görülmektedir<sup>1146</sup>. Bununla birlikte dolaylı faillik, faillik türü olmasına karşın azmettirme daha önce de ifade ettiğimiz üzere bir şeriklik türüdür.

Esasen şeriklik ile faillik arasındaki farklar şerikliğin en güçlü türü olan azmettirme bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte azmettirme ile faillik türleri arasında yer alan dolaylı faillik arasındaki farkın daha dikkatli bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

Her iki iştirak türü açısından da bir kimsenin suça yönlendirilmesi söz konusu olduğu için faillik ve şeriklik arasındaki ilişkinin aydınlatılması açısından bu ayrımın tipik bir örnek teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>1147</sup>. Öncelikle her iki iştirak türü açısından da ortak nokta fail haricinde bir kişinin daha mevcudiyetidir ki bu kişi dolaylı fail tarafından araç olarak kullanılması planlanan kişi veya suç işlemeye azmettirilen kişidir<sup>1148</sup>. Her iki halde de bir başka kişi tarafından suça yönlendirilme söz konusudur<sup>1149</sup>. Azmettiren ve dolaylı failin nihai amacı ve gerçekleştirdiği eylem birbiriyle ciddi biçimde kesişmektedir. Bir kimsenin dolaylı fail olup olmadığı, ortaya

<sup>1143</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 549.

<sup>1144</sup> **Aydın**, s.168; **Yıldız**, s.120. Azmettirilenin sebebi ortak menfaat veya azmettiren veya azmettirilenin menfaati olabilir. Bunlara sırasıyla şirket (birlik), vekalet ya da teşci denildiği söylenmektedir. Bu durumun verilecek cezaya herhangi bir etkisi yoktur. **Aydın**, s.169. Doktrinde, azmettirme biçimleri arasında tehdit ve korkutma da sayılmaktadır. **Tan**, s.1609. Kanaatimizce korkutma ve tehdit kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kuracak bir boyuta gelmişse artık burada azmettirme değil dolaylı faillik mevcuttur, ancak basit bir korkutma ile aklında olmayan bir suçu işlemeye karar veren kişi için azmettirme hükümleri pekala tatbik edilebilecektir.

<sup>1145</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.667.

<sup>1146</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.198, s.ç199.

<sup>1147</sup> **Ebert**, s.188.

<sup>1148</sup> **Hakeri**, s.554.

<sup>1149</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.198 ; **Mahmutoğlu**, s.70.

konulan hareketlerin failin kendi hareketi veya fiili gerçekleştiren zorlanmış da olsa iradi hareketi olup olmadığı konusunda ilgilidir<sup>1150</sup>.

Faillik ve şeriklik arasındaki farklar dikkate alındığında her iki kavram arasındaki sınırın fiil hakimiyeti teorisi ile açıklanabileceği, kişi araç üzerinde hakimiyet sahibi ise yani arkadaki kişi faile göre üstün bir konumda ise burada azmettirme değil dolaylı faillikten bahsedilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>1151</sup>. Hatta buradaki iradenin güçlülüğü, doğrudan failin fiil üzerindeki hakimiyetinden daha fazladır<sup>1152</sup>. Alman doktrininde ifade edildiği üzere azmettirmenin asgari sınırı yardım ile belirlenebilir iken azami sınır ise faillikle belirlenebilir<sup>1153</sup>.

Kanaatimizce azmettiren ile dolaylı faillik arasındaki sınırı fiili egemenlik olarak belirlemenin pratik neticeleri vardır. Örneğin eğer kişi olayın gelişimine ilişkin hususlarda iradesi ve bilgisi olmasına rağmen hareketini gerçekleştiriyorsa bu durumda dolaylı faillikten değil azmettirmeden bahsetmek gerekmektedir. Zira bu halde faili suça yönlendiren kişinin, diğer şahsı *araç* olarak kullandığını söylemek mümkün değildir.

Diğer bir görüşe göre ise azmettirenin fiil üzerinde bir egemenliği yoktur, ancak azmettirenin katkısı o kadar fazladır ki o olmadan korunan hukuksal yarar tehlikeye düşmeyecek<sup>1154</sup> diğer bir deyişle suç oluşmayacaktır. Dolaylı faillik açısından suç olgusunun tamamen dolaylı failin eseri olması yani bütün olarak perde arkasındaki şahsa izafe edilebilmesi ve araç şahsın gerçekleştirdiği fiil üzerinde tamamen egemen olması gerekmektedir<sup>1155</sup>.

Bir başka görüş ise faillik ve şeriklik arasındaki ayrımın somut suç tipleri nazara alınarak belirlenebileceğini savunmaktadır ki buna göre faillik ve şeriklik

---

<sup>1150</sup> **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29 kn. 116, 117.

<sup>1151</sup> **Sözüer**, s.42; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.665; **Demirbaş**, s.496; **Dülger**, s.26; **Sınar**, s.554.;**Dülger**, s. 26

<sup>1152</sup> **Öztürk-Erdem** s.371.

<sup>1153</sup> **Redmann**, s.142.

<sup>1154</sup> **Öztürk-Erdem**, s.389-390.

<sup>1155</sup> **Sınar**, s.62.

bakımından genel şartlar ortaya konulmuş ise de mahsus suçlar- özgü suçlar- gibi suçlar açısından faillik ve şeriklik durumu ayrıca değerlendirilebilir<sup>1156</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda denilebilir ki azmetirmede fail serbest iradesiyle karar almakta iken dolaylı faillikte durum böyle değildir<sup>1157</sup>. Bu durum doktrinde dolaylı faillikte *süje-obje* ilişkisinin varlığı olarak ifade edilmektedir<sup>1158</sup>. Azmettiren ile fail arasında kişisel bir ilişki bulunmasına karşın bu durum dolaylı faillikte mevcut değildir<sup>1159</sup>. Bu görüşe dolaylı faillikte ortak bir irade olmamasına karşılık azmettiren ile fail arasında suçun işlenmesi sonucuna yönelik ortak bir irade vardır<sup>1160</sup>. Kısaca azmettirilen işlediği fiilin farkında olarak işlemekte iken araç kişi bazı hallerde suç işlediğinin farkında değildir. Azmettiren, azmettirilen şahsın fiili üzerinde egemenlik kurmasına karşın dolaylı faillikte araç kişi üzerinde bir egemenlik mevcuttur<sup>1161</sup>. Bu egemenlik durumu, dolaylı failin, araç kişiye işletmek istediği fiilin işleniş sürecinin tamamı üzerinde hakimiyet kurulmasını gerektirir, oysa azmettirme halinde bu durum söz konusu değildir<sup>1162</sup>.

Dolaylı fail, araç şahsın iradesi üzerindeki hakimiyet sayesinde süreci elinde tutmaktadır<sup>1163</sup>. Araç kişinin azmettirilenden farklı olarak kendisinin kimi durumlarda araç olduğunu bilmemesi gösterilmişse de<sup>1164</sup> bu durum kanaatimizce bütün dolaylı faillik türleri açısından geçerli değildir. Dolaylı faillikte önemli olan araç şahsın suçun farkında olmaması ya da farkında olsa dahi karşılık verme kudretinin olmamasıdır<sup>1165</sup>. Bu nedenle dolaylı faillik, işlenen fiilin araç kişiye isnat edilememesi nedeniyle azmettirmeden ayrılmaktadır<sup>1166</sup>.

---

<sup>1156</sup> Üzülmöz, s.80,81.

<sup>1157</sup> Özen, Mustafa, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı, s.246; Mahmutoğlu, s.70.

<sup>1158</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s.503; Özgenç, Suça İştirakin, s.200; Mahmutoğlu, s.70; Özkan, s.238.

<sup>1159</sup> Mahmutoğlu, s.70; Özgenç, Suça İştirakin, s.200.

<sup>1160</sup> Özkan, s. 237; Sınar, s.62.

<sup>1161</sup> Hakeri, Ceza Hukuku Genel, s. 533.

<sup>1162</sup> Demirel, Muhammed, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, s.70

<sup>1163</sup> Özkan, s.238; Koca-Üzülmöz, s.453; Tan, s.1623; Centel-Zafer-Çakmut, s.503; Hakeri, s.554; Yıldız, Ali Kemal, Dolayısıyla Faillik, Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 1998, s.236.

<sup>1164</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s.503.

<sup>1165</sup> Aydın, s.147.

<sup>1166</sup> Schmidhäuser, s.519.

Müşterek faillik açısından egemenliğin ayrıca fonksiyonel egemenlik olarak da adlandırılacağını ifade eden bir görüş açısından bu faillik türünde bütün failer hedeflenen amaca yönelik işbirliği içinde hareket etmektedir<sup>1167</sup>. Bu anlamda azmettirme, üst sınırını teşkil eden faillik ile faillik de egemenlik kriteri ile birlikte izah edilmektedir<sup>1168</sup>.

Bir diğer fark ise iştirak türleri açısındandır. Yukarıda da ifade edildiği üzere azmettirme, bir faillik değil şeriklik türüdür. Bu nedenle azmettirme halinde failin cezalandırılması için bağıllık kuralına ihtiyaç duyulmasına karşın dolaylı faillikte fail sorumluluğunu kendi fiilinden alacaktır<sup>1169</sup>. Azmettirme halinde kural olarak hem azmettiren hem de azmettirilen kişi cezalandırılır iken dolaylı faillik durumunda sadece dolaylı fail cezalandırılmaktadır<sup>1170</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere kişinin dolaylı fail ya da azmettiren olarak sorumlu tutulması suça yönlendirilen şahsın yani asıl failin kusurlu olup olmamasına göre belirlenmemelidir. Zira önemli olan şahsın fiil üzerindeki hakimiyetidir<sup>1171</sup>.

Dolaylı faillik kurumunun, katı bağıllık kuralının benimsenmesi halinde, kusur yeteneği olmayan kişileri suça sevk eden arka plandaki kişinin cezalandırılmaması halinde bu boşluğu dolduran bir kurum olarak geliştiğine yönelik bir görüş mevcuttur<sup>1172</sup>. Kişinin asıl failin kusurlu hareket etmediği için katı bağıllık kuralı gereğince cezalandırılmaması nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği fikri eleştirilmektedir. Bu konuda *Özgenç*, failin kusurlu olmasını arayan klasik düşünce açısından kusuru olmayan kişiyi suça yönlendiren kişinin şerik olamayacağı için dolaylı fail olarak sorumlu tutulması şeklindeki fikre bir diğer anlatımla boşluk dolduran bir müessese olduğu düşüncesine karşı çıkmaktadır<sup>1173</sup>.

Kanaatimizce kusur yeteneği olmayan bir kişi suça azmettirilebileceği gibi kusur yeteneği olan bir kişi de suçun işlenmesinde araç olarak kullanılabilir, önemli

---

<sup>1167</sup> **Redmann**, s.142.

<sup>1168</sup> **Redmann**, s.149.

<sup>1169</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.665.

<sup>1170</sup> **Özbek - Doğan- Bacaksız-Tepe**, s.508.

<sup>1171</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.199.

<sup>1172</sup> **Demirel, Muhammed**, Suça İştirakte Bağıllık Kuralı, s.327.

<sup>1173</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.199.



olan husus suça yönlendiren kişinin fiil üzerinde hakim olup olmadığıdır. Kusur yeteneği olmayan bir kişiyi suça sevk eden yani azmettiren kişi eğer bir de bu kişi üzerinde araç olarak hakimiyet kurmuş ise esasen hem azmettirme hem dolaylı faillik mevcut olmasına karşın failliğin şerikliğe göre asliliği nedeniyle fail olarak kabul edilmelidir<sup>1174</sup>. Gerçekten 5237 sayılı TCK açısından faillerin kusurlu ya da kusursuz olmaları onları suça yönlendiren kişilerin statüleri açısından doğrudan bir farklılık meydana getirmemektedir<sup>1175</sup>.

Yargıtay ise dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki farkı “*Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki en önemli fark ise, arkadaki kişi fiilin icrası safhasında üstün bir konumdaysa, yani vakıaları başından sonuna kadar kontrolünde bulundurmaktaysa dolaylı faildir. Azmettirme de ise, serbest iradesiyle hareket eden bir şahsın çözülmesi söz konusudur. Azmettiren kişi, suç işleme doğrultusundaki iradesini bir başkasına intikal ettirmektedir. Ancak azmettiren azmettirdiği suçun işleniş safhasında olayların seyrine hakim olamamakta, suçun işleniş bakımından azmettirilene tabi olmaktadır. Azmettirmede aracı kişide suç işleme iradesi oluşturulurken, dolaylı faillikte aracının suç işlemeye zorlanması ve aslında suç işlemek istemeyen kişiye suç işletilmesi söz konusudur*” şeklinde ortaya koymaktadır<sup>1176</sup>.

Türk Ceza Kanunu’nun izlediği suç politikası sebebiyle azmettirmede özel bir hal olarak belirlenen TCK’nın 38 inci maddesinde nci maddesinin çeşitli yönlerden eleştiriye tabi tutulduğu ifade edilmişti. Doktrinde 38/2 nci maddesinin “*Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz*” şeklindeki düzenlemesinde yer alan çocuk ifadesinin karışıklığa yol açtığı zira çocuğun suçta kullanılmasının esasen dolaylı faillik olarak cezalandırılması gerektiği düşünülebilir.

<sup>1174</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.199; Yıldız, *Dolayısıyla Faillik*”, s.236.

<sup>1175</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.199.

<sup>1176</sup> Yarg. 12.CD., 20.01.2014, 2013/2231, 2014/832. Karar için bkz. Artuk-Gökçen, *Yenidünya*, TCK Şerh, C:1, 2.Baskı, s.1242, 1243.

Bu durum hakkında öne sürülen çeşitli çözümlerden biri açısından 0-12 yaş arası çocuğun suçta kullanılması halinde dolayısıyla faillik hükümlerinin uygulanması ayrıca TCK'nın 37/2 nci madde gereğince verilecek cezanın artırılması; 12-15 ve 15-18 yaşlarında olan çocukların kullanılması halinde ise azmettirme hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1177</sup>.

Kanaatimizce dolaylı faillik açısından da suça yönlendirilen kişilerin sadece yaşları, dolayısıyla TCK'nın yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemesi dikkate alınarak yapılacak bir belirleme doğru bir belirleme olmayacaktır. Yukarıda ifade edileceği üzere TCK akıl hastası ya da yaşı küçüklerin de suç işleme ehliyetine sahip ve bunun bilincinde olabileceğini kabul etmektedir. Önemli olan bu kişinin suçta araç olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti.

Nitekim 16 yaşında olan bir çocuk (tehdit, cebir veya yanıltma yoluyla) pekala suçta araç olarak kullanılabilirdiği gibi 11 yaşında bir çocuk da örneğin hırsızlık suçuna azmettirilebilir. Oysa yukarıdaki görüşe göre bir çocuğa açıkça suç işlemesi telkin ediliyorsa ve çocuğun yaşı 12'den az ise her halükarda dolaylı faillik; kusur yeteneği var sayılan ancak tam gelişmeyen 12-18 yaş arası çocukların suça açık bir biçimde yönlendirilmesi (töre cinayetleri hırsızlık, yağma vs.) halinde ise azmettirme hükümleri uygulanacaktır. Bunun dışındaki hallerde genel hükümler uygulanacak ancak çocuklar açısından gerekli artırım hükümleri tatbik edilecektir. Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz üzere araç olarak kullanılmasından bahsin yaştan ziyade çocuğun suça ne şekilde yönlendirildiğiyle ilgili olduğunu düşünmekteyiz. Aslında genel bir ifade olarak azmettirme ile dolaylı failliğin farkını ortaya koymada kullanılan araç kişi üzerinde hakimiyetin var olup olmadığı kriteri<sup>1178</sup> de bu soru açısından geçerlidir.

Yukarıda açıklanan görüş *telkin veya karar oluşturma* suretiyle suç işletme açısından geçerli görülebilir ise de kanaatimizce cebir, tehdit veya aldatma açısından yaşın herhangi bir ehemmiyeti yoktur. Bu durumda ne şekilde hareket edileceği belirsizdir. Zira tehdit, cebir gibi hususlar kişinin yaşından bağımsız olarak onu suç işlemeye iten ciddi etkenlerdir.

<sup>1177</sup> Özbek -Doğan- Bacaksız-Tepe, s.508.

<sup>1178</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.200-201.

Çalışmamızın çeşitli kısımlarında değindiğimiz üzere tipik eylem için önemsiz olan saik yanılıklarına kişileri sevk eden (örneğin bir kimseye eşinin kendisini aldattığını söyleyerek onu kandıran ve böylece onu cinayete sevk eden) kişiler dolaylı fail değil azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1179</sup>. Zira bu durumda kişinin suçu gerçekleştirme konusunda iradesi halen mevcuttur. Bu durumda kişi haksız tahrikin şartlarında yanılmış olsa bile iradesi büsbütün ortadan kaldırılmış veya bir başkası tarafından iradesi üzerinde hakimiyet kurulmuş değildir.

Doktrinde dolaylı failliğin sadece fiili gerçekleştiren kişilerin değil azmettiren ve suça yardım eden kişi üzerinde de denetleme yoluyla söz konusu olabileceği ifade edilmektedir<sup>1180</sup>. Bu durum için verilen örnekte A, B'yi öldürmek için C'den zehir istemekte, C de bu zehri hipnotize ettiği M aracılığıyla göndermektedir. *Aydın* bu durumda C'nin dolaylı fail olmasına rağmen yardım eden olarak sorumlu tutulacağını ifade eder. Yazar her ne kadar dolaylı faillik açısından suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılmasından bahsedilse de müşterek faillik tanımının sadece tipik hareketleri gerçekleştiren kişileri dolaylı fail olarak kabul edeceğini ifade etmektedir<sup>1181</sup>. Kanaatimizce de dolaylı faillik kurumu, TCK'nın "Faillik" başlıklı 37 nci maddesinde düzenlenmiş olup, bu düzenlemenin failliği, doğrudan değil de dolaylı olarak gerçekleştiren kişileri düzenlediğini söylemek gerekmektedir. Bu nedenle arka plandaki kişinin, bir başka kimsenini iradesi üzerinde hakimiyet kurarak bu kişiyi, bir suçun işlenmesinde örneğin yardım eden olarak kullanması, dolaylı faillik olarak nitelendirilemez. Bu ihtimalde arka plandaki kişi, ilgili istediği suç açısından yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.

## II.DOLAYLI FAİLLİK İLE İLGİLİ DİĞER DURUMLAR

### 1.Dolaylı Faillik Açısından Teşebbüs

5237 sayılı TCK'nın 35 inci maddesinde "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*" denilmektedir. Öncelikle şunu

<sup>1179</sup> **Mahmutoğlu**, s.72.

<sup>1180</sup> **Aydın**, s.147.

<sup>1181</sup> Yazar, iştirakçilerden kimin hareketi üzerinde denetim kurulup kontrol altına alınıyorsa kişinin bu durum nedeniyle sorumlu tutulmasının gerektiğini, ancak bu konuda açık hüküm konulmasının yerinde olacağı kanaatindedir. **Aydın**, s.147, 148.

belirtmeliyiz ki iştirak kurallarının uygulanması fail ya da failer tarafından işlenen fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmasına bağlı<sup>1182</sup> olduğundan kural olarak failin eylemi düşünce ya da hazırlık aşamasında kalmışsa ne failerin ne de şeriklerin cezalandırılabilmesi mümkündür<sup>1183</sup>.

Dolaylı faillik açısından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayanın dolaylı fail mi yoksa araç kişi mi olduğunun tespitinin önem arz etmektedir. Bu durum dolaylı faillikte icra hareketlerinin başlangıcı kapsamında tartışılmakta olup bu konuda farklı teoriler mevcuttur. Aşağıda bu teorilere kısaca değinilecektir.

Etki teorisi altındaki (*Einwirkungstheorie*) tekçi çözüme göre teşebbüs, arka plandaki şahsın, öndeki şahıs ya da araç kişiyi etkilemesi ile başlamaktadır ki bu öğretinin teşebbüsü mümkün olan en erken sürede başlattığı ifade edilmektedir<sup>1184</sup>.

Ayrımcı teoriye göre (*differenzierende theorie*) icra hareketlerinin başlangıç anı araç kişinin durumun farkında olup olmadığına göre değişmektedir. Bu anlamda araç kişinin işlediği farkında olmaması halinde arka plandaki kişi tarafından etkilenmesi ile başlarken suçun gerçekleşeceğinin farkında olan kişi açısından suç bakımından zorunlu hareketlere başlaması ile icra hareketleri başlamaktadır<sup>1185</sup>. Bu anlamda kastı olmayan araç kişiler açısından bu kişilerin mekanik bir şekilde hareket ettiği inancıyla dolaylı failin ayrıca bir etkisi olmadan suçun işlenebileceği görüşü öne çıkmaktadır; oysa durumun farkında olan, kasti hareket eden kişinin bu fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmemesinin kendi iradesinde olduğu ifade edilmektedir<sup>1186</sup>.

Elden çıkarma veya azil teorisi olarak ifade edebileceğimiz bir diğer teori ise (*Entlassungstheorie*) -bu teori genel teori veya farklı çözüm olarak da adlandırılmaktadır- icra hareketlerinin başlangıcını iki alternatif şarta bağlı tutmaktadır. Buna göre bu an, ya failin fiil üzerindeki hakimiyetini kesin olarak elden bırakması

---

<sup>1182</sup> Koca-Üzülmez, s. 469; Mahmutoğlu, s. 63.

<sup>1183</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.687; Centel-Zafer-Çakmut, s.495.

<sup>1184</sup> Weddig, s.66.

<sup>1185</sup> Weddig, s.67.

<sup>1186</sup> Weddig, s.67.

veya korunan hukuki değerin doğrudan tehlikeye girme anı olarak ifade edilmektedir<sup>1187</sup>.

Bütüncül ya da toplu çözüm açısından (*Gesamtlösung*) – teori, bağlılık teorisi ya da katı teori olarak da adlandırılmaktadır- dolaylı fail ve araç kişinin katkısı bütün bir fiil olarak dikkate alınır ve böylece teori teşebbüsün araç şahsın fiilin icrasına doğrudan doğruya başlaması esasına dayanır<sup>1188</sup>. Alman hukukunda bütüncül çözüm açısından dolaylı fail açısından cezalandırılabilir bir teşebbüsün en geç araç kişinin doğrudan icra hareketiyle başladığı ifade edilmektedir<sup>1189</sup>.

Kanaatimizce bu durumda elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketini yapan kişi yani araç şahsın davranışı önemlidir. Bu durumda teşebbüs açısından önemli olan dolaylı failin yönlendirme hareketi değil, suçun konusuna yönelik tehlikeli hareketlerle başlanması anlamında araç kişinin hareketidir<sup>1190</sup>. Dolaylı faillik açısından teşebbüsün başlangıcına ilişkin açık bir düzenleme olmasa da bu durumda azmettirmeye ilişkin düzenlemeden yorum açısından yararlanılabilir.

Burada esasen ikili bir ayırım yapılması da düşünülebilir. Araç kişi üzerinde cebir, tehdit şeklindeki esasen bağımsız olarak cezalandırılabilen hareketler tek başlarına dolaylı fail açısından suç teşkil etse de araç kişinin işleyeceği suç açısından bu hareketler hazırlık hareketleri niteliğindedir<sup>1191</sup>.

Bununla birlikte hazırlık hareketi fiil açısından da etkisini devam ettiren bir mahiyet arz ediyorsa ki bu duruma ilişkin olarak bahse konu hareketlerin suç açısından zorunlu hareketlerle sıkı bir ilişki içerisinde bulunması, olayın meydana gelişi açısından uzun sayılabilecek bir kesintinin olmaması gibi haller örnek verilmektedir<sup>1192</sup> bu durumda hareketi ilgili suç açısından icra hareketleri kapsamında ele almak mümkündür kanaatindeyiz.

---

<sup>1187</sup> **Weddig**, s.68.

<sup>1188</sup> **Weddig**, s.69.

<sup>1189</sup> **Gropp**, § 10, kn.64; **Waßmer**, *Anwalt Kommentar*, § 25, kn.48.

<sup>1190</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.21.

<sup>1191</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.21.

<sup>1192</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.21.

Araç kişinin suça sevk edilmesine rağmen harekete geçmemesi halinde arka plandaki kişinin cezalandırılması söz konusu olmaz. Ancak bu durumun azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması anlamında bağlılık kuralı ile bir ilişkisi bulunmamaktadır<sup>1193</sup>.

## 2.Dolaylı Faillik Açısından Gönüllü Vazgeçme

5237 sayılı TCK'nın 41 inci maddesi iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerini düzenlemektedir. Madde “(1) *İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. (2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır*” şeklindedir<sup>1194</sup>.

Tek kişi tarafından işlenen suçlar açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin ne şekilde uygulanacağı konusunda düzenleme açık olmasına karşın iştirak halinde işlenen suçlar açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının tespiti daha güçtür. Bu noktada çeşitli ihtimaller söz konusu olmaktadır.

Buna göre müşterek faillerden birinin suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçmesi halinde sadece vazgeçen müşterek fail bundan yararlanır; vazgeçen şahsın o ana kadar tamamlanan fiili suç oluşturursa suç teşkil eden bu fiilden dolayı cezalandırılır<sup>1195</sup>. Gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran kişisel bir neden olduğu için bu vazgeçme diğer kişilerin cezai sorumluluğuna etki etmez<sup>1196</sup>.

İştirak halinde gönüllü vazgeçmenin ayrı bir maddede düzenlenmesinin sebebi müstakil faillikten farklı olarak müşterek bir şekilde işlenen suçtan sadece vazgeçmiş sayılmanın vazgeçme için yeterli kabul edilmemesi ve suçun önlenmesi çabasının

<sup>1193</sup> Demirel, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, s.308.

<sup>1194</sup> Konunun, “Suça Teşebbüs” konusu içerisinde düzenlenmesine ilişkin görüş için bkz. Dülger, s.31.

<sup>1195</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 692.

<sup>1196</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s.471.

aranmasıdır<sup>1197</sup>. Kanun koyucu çaba neticesinde kimi hallerde netice gerçekleşse dahi şahsın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceğini öngörmektedir<sup>1198</sup>.

Dolaylı faillik şeklinde işlenen suçlarda ise gönüllü vazgeçme hükümlerinin ne şekilde tatbik edileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre dolaylı faillik halinde failin vazgeçmesi (müstakil fail) şeklinde konunun ele alınması gerekmektedir<sup>1199</sup>. Dolaylı failin sadece vazgeçmesinin veya araç kişi üzerindeki kontrolünü kaldırmasının yeterli olmadığı, bu kişinin neticenin gerçekleştirilmesine de engel olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1200</sup>.

*Öztürk-Erdem*, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşın neticenin gerçekleşmesinin tek kişinin elinde olması halinde veya dolaylı faillik hallerinde fiilin gerçekleşme iktidarını elinde tutanlar için de geçerli olduğunu ifade etmektedir<sup>1201</sup>. Örneğin araç şahsın suçu işlemesini engelleyen dolaylı fail, teşebbüsten cezalandırılmayacak ancak bütün çabalarına rağmen netice gerçekleşmişse suçun tamamlanmış halinden sorumlu tutulacaktır.

Mesela A'nın verdiği zihni etkileyen ilaçlar ve gösterdiği bir takım fotoğraflar neticesinde B'yi hasmı olarak kabul eden C'nin daha sonra A tarafından ikna edilmeye çalışılmasına rağmen B'yi öldürmesi halinde A'nın sorumluluğu devam edecektir. Ancak bu durum, azmettirme ile karıştırılmamalıdır. Nitekim, erkek arkadaşı C tarafından cinsel saldırıya uğradığını babası B'ye söyleyerek, babasının C'yi öldürmesine neden olan A'nın –elbette bu durumda azmettirmeden bahsedilebilmesi için, A'nın, daha önce suç işleme düşüncesi olmayan B'nin, C'yi öldürme konusunda karar vermesini sağlaması ve ayrıca bu durumunun B'nin, azmettirilen suçun icra hareketlerine başlamasına elverişli bir ağırlık ve yoğunlukta olması gerekir (TCK m.38) - azmettiren olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu ihtimalde A'nın, daha sonra babasına, C hakkında yalan söylediğini beyan etmesine rağmen, B'nin C'yi öldürmesi

---

<sup>1197</sup> Sonucu önleme yükümlülüğünün aranmasına ilişkin eleştiriler için bkz. **Tozman, Önder**, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s.3.

<sup>1198</sup> **Mahmutoğlu**, s.109.

<sup>1199</sup> **Aydın**, s.240; **Tan**, s.1716; Ayrıca bkz. **Öztürk-Erdem**, s.336; **Yaşar-Gökcan-Tahsin**, C.1,s.1183.

<sup>1200</sup> **Koca-Üzülmez**, s.496.

<sup>1201</sup> **Öztürk-Erdem**, s.336.

halinde A'nın bu çabasının gönüllü vazgeçme hükümleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ayrıca değerlendirilmelidir.

Araç şahsın suçtan kendiliğinden vazgeçmesi ise diğer kişilerin, örneğin dolaylı failin sorumluluğunu değiştirmeyecek, dolaylı fail teşebbüs nedeniyle cezalandırılacaktır<sup>1202</sup>.

### 3. Özgü Suçlar Açısından Dolaylı Faillik

Türk Ceza Hukuku açısından suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir bir şekilde tanımlanmıştır ki daha önce de ifade edildiği üzere bu tip suçlara herkes tarafından işlenen suçlar veya genel suçlar denilmektedir<sup>1203</sup>. Ancak işlenebilmesi için failde insan olma dışında bir takım yükümlülük veya özellik aranan suçlara özgü suçlar denilmektedir<sup>1204</sup>. Özgü suçlar genellikle ceza hukukunun haricinde kalan özel bir yükümlülüğe sahip olan kişilerin fail olduğu suçlar olarak tanımlanmaktadır<sup>1205</sup>. Suçun temel şekli açısından failde bir takım özel faillik vasfı aranan suçlar *gerçek özgü suçlar*, bu nitelik suçun nitelikli hali açısından aranmakta ise *görünüşte özgü suçlar* olarak adlandırılmaktadır<sup>1206</sup>.

Özgü suçlar açısından iştirak önem arz etmektedir. Bu anlamda bağlılık kuralından bahsetmek gerekir.

5237 sayılı TCK'nın 40.maddesi “ (1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir failin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin

<sup>1202</sup> Aydın, s.240.

<sup>1203</sup> Koca-Üzülmez, s.113.

<sup>1204</sup> Özbek -Doğan- Bacaksız – Tepe , s.195; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.291.

<sup>1205</sup> MK- Joecks, § 25, kn.48.

<sup>1206</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.291, 292; Koca-Üzülmez, s.113. Örneğin görevi kötüye kullanma (m.257), işkence (m.94), çocuk düşürme (m.100) haksız arama (m.120) zimmet (247) suçları yalnızca kanunun fail olmak için belli bir sıfat, görev veya yükümlülüğe sahip olmasını aradığı kişiler tarafından işlenebilir suçlardır ki bu suçlar *gerçek özgü suçlar* olarak ifade edilmektedir. Bu suçlar açısından failin, kanun tarafından aranan sığata sahip olması tipikliğin bir unsurudur. Ancak kasten yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi (86/1-d), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi (109/2-e) gibi durumlar açısından suçun temel hali herkes tarafından işlenmesine karşın kanun koyucu suçun bazı kişilerce işlenmesini çeşitli sebeplerle suçun nitelikli hali olarak düzenlemiştir ki bu duruma doktrinde *görünüşte özgü suç* denilmektedir.



cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” şeklinde olup doktrinde yukarıda ifade ettiğimiz üzere bağıllık kuralı, kimi yazarlar açısından iştirakin şartları arasında sayılmakta iken <sup>1207</sup> diğer bir kısım yazarlar suçun kasten işlenmiş olması, suçun iştirakçiler açısından aynı olması ve en azından teşebbüs aşamasında kalması şartlarını ayrıca saymayı tercih etmektedirler<sup>1208</sup>.

Bağıllık kuralı esasen şeriklerin, fail tarafından gerçekleştirilen haksızlıktan ne şekilde sorumlu tutulacağını ve özgü suçlarda bu sıfatı taşımayan kişiler hakkında düzenleme içermesine karşın 40 ncı maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi ile 3 üncü fıkrası kanaatimizce aynı zamanda iştirakin şartlarına ilişkin hükümler de içermektedir.

Bağıllık kuralı gereğince özgü suçlara iştirak eden ve fail olmak için kanunun aradığı nitelikleri taşımayan kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilmektedir<sup>1209</sup>. Mesela müşterek faillik, bahse konu suç açısından doğrudan fail de olabilen kişiler açısından söz konusudur ancak özel faillik vasfı gerektiren suçlar

---

<sup>1207</sup> İçel, s.538; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.510; Dülger, s.12; Zafer, s.464; Parlar-Hatipoğlu, s.743; Mahmutoğlu, s.63.

<sup>1208</sup> Bağıllık kuralının fail olmayı sağlayan şartlar olarak da ifade edildiği görülmektedir, Akbulut, s.192-193.

<sup>1209</sup> 40 ncı maddenin gerekçesinde de “Özel faillik niteliğinin arandığı suçlarda, ancak bu niteliğe sahip olan kişiler fail olabilir. Örneğin zimmet suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir. Özel faillik niteliğini taşımayan kişiler, özgü suça iştirak etmeleri hâlinde, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur. Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hâkimiyet kurulması gerekir. Örneğin resmî belgede sahtecilik suçunun işlenişine iştirak eden kamu görevlisi kişilerin, bu suçun nitelikli şekli açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, ayrıca belgede sahtecilik fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurmaları gerekir” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Bu anlamda kanun koyucunun müşterek hakimiyet için özgü suçlar açısından fiil üzerinde müşterek hakimiyet, birlikte suç işleme kararından başka bir de özel faillik sıfatına sahip olma şartını aradığı ifade edilebilir.

açısından bu durumlarda eksiklik olması halinde şerikliğin söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>1210</sup>.

Alman hukukunda *Frister*, bu konu hakkında esasen müşterek failliğin her suç açısından mümkün olmadığı, StGB'nin 25/II nci maddesinin diğer kişi tarafından işlenen fiilin kendisine isnadına imkan sağladığını ifade etmektedir<sup>1211</sup>. Bu anlamda ilgili suç açısından fail niteliği taşımayan bir kişiye failliğin isnat edilmesi mümkün değildir.

Dolaylı faillik açısından özgü suçlar konusuna temas etmeden önce şunu belirtelim ki doktrinde özgü suçlara ait tipik davranışın mutlaka bu sıfatı taşıyanlarca işlenmesi için zorlayıcı bir mantıki durum olmadığı ifade edilerek ve bu düzenleme eleştirilmektedir<sup>1212</sup>. Bu halin, failin sadece kendi eliyle gerçekleştirebileceği suçlar ya da tek başına işlenebilen yalan yere tanıklık gibi suçlar açısından geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>1213</sup>. Bununla birlikte kanunun açık düzenlemesi gereğince her türlü özgü suç açısından bahse konu kuralın geçerli olduğunu söylemek işaret etmek gerekir.

Dolaylı faillik açısından konunun önemi her türlü suçun dolaylı fail tarafından işlenmesinin mümkün olup olmadığı ile ilgilidir. Bu durum özellikle faillik açısından kanun koyucunun bir takım özel vasıflar aradığı ya da fiilin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesinin tipik ya da normatif olarak zorunlu olduğu suçlar açısından ortaya çıkmaktadır.

Özgü suçlar ile dolaylı faillik konusu, araç kişinin ya da arka plandaki kişinin özgü suçun gerektirdiği özel faillik vasfının taşıyıp taşımadığı çerçevesinde ele alınmaktadır.

Gerçek özgü suçlarda eğer suça yönlendirilen kişi bu nitelikleri taşımıyorsa dolaylı failliğin söz konusu olmadığı düşünülmektedir<sup>1214</sup>. Aynı şekilde tanım gereği tek

---

<sup>1210</sup> **MK-Joecks**, § 25, kn.185.

<sup>1211</sup> **Frister**, 25.Kapitel, kn.19.

<sup>1212</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.170-171; **Aydın**, s.274; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.511; **Tan**, s.1587. Şen bu hususu bir eksiklik olarak görmektedir. **Şen**, s.129.

<sup>1213</sup> **Toroslu-Toroslu**, s. 346.

<sup>1214</sup> **Ebert**, s.198.

başına işlenen suçlarda ve görev suçlarında kanunun aradığı görev ya da yükümlülüğe sahip olmayan kişinin dolaylı fail olamayacağı da ifade edilmektedir<sup>1215</sup>.

Arka plandaki kişinin, özgü suçun gerektirdiği faillik niteliğini karşılamamasına karşın bu sığata sahip olan bir kimseyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanması söz konusu olabilir. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin kamu görevlisini aldatarak gerçeğe aykırı resmi evrak düzenletmesi suretiyle sadece kamu görevlisinin işleyebileceği bir suçı işlemesi halinde fail gibi cezalandırılmasının söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>1216</sup>. Ancak buna karşın bizzat işlenebilen veya özgü suçlarda arka plandaki şahsın azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği de ifade edilmektedir ki örneğin tehditle bir kimseye yalan tanıklık yaptıran kişinin azmettiren olarak cezalandırılacağı ifade edilmiştir<sup>1217</sup>.

Diğer bir ihtimalde de özgü suçun gerektirdiği özel faillik vasfına sahip olmayan bir kimsenin araç olarak kullanılması söz konusudur. Alman ceza hukukunda bu vasa sahip olmayan bir kimsenin suçta araç olarak kullanılması halinde hileli şekilde kullanılan araçların niteliksizliği şeklindeki olay grupları içerisinde mesele ele alınmaktadır (*qualifikationslos dolosen Werkzeuge*) ki bu durumda dolaylı failliğin varlığı tartışmalıdır<sup>1218</sup>.

Bu durum gerçek özgü suçla ilişkin bir unsurun arka plandaki kişi tarafından bu özelliğe sahip olmayan ve bu anlamda özgü suçun niteliklerini taşımaması sebebiyle cezalandırılmayan kişi tarafından yapılması halinde sözkonusu olmaktadır<sup>1219</sup>. Buna örnek olarak tapu memurunun, yetkisi olmayan bir kişiyi sahte kayıt yapma konusunda teşvik etmesi gösterilmektedir<sup>1220</sup>. Bu durumda hareketi gerçekleştiren kişinin Alman Ceza Kanunu'nun 348 inci maddesinde düzenlenen ve görev halinde sahte belge düzenleme suçunu oluşturan durum bakımından fail niteliğini karşılamadığı, bu nedenle

---

<sup>1215</sup> Ebert, s.198.

<sup>1216</sup> Hakeri, Ceza Hukuku Genel, s.544.

<sup>1217</sup> Öztürk-Erdem, s.385.

<sup>1218</sup> Kindhäuser, § 25, kn.17; Weddig, s.23.

<sup>1219</sup> Weddig, s.23.

<sup>1220</sup> Zieschang, 6.Kapitel kn.674.

sahte bir kayıt yaptığını bilse dahi bunun şahsı fail yapmayacağını ifade edilmektedir<sup>1221</sup>.

Türk doktrininde yer alan bir görüş açısından özgü suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işleyen kişiler, ancak özgü suça ilişkin sıfatı haiz olmaları halinde dolaylı fail olabilecekler aksi durumda dolaylı faillikten bahsedilemeyecektir<sup>1222</sup>. Buna gerekçe olarak bağlılık kuralında yer alan “ *Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir*” cümlesi gösterilmektedir<sup>1223</sup>.

Konu hakkında bir diğer görüş, dolaylı failliğin söz konusu olduğu hallerde özgü suçun hiçbir biçimde işlenemeyeceğini savunmaktadır. Dolaylı failin sadece kanunun aradığı faillik sıfatını taşıyan ve özel nitelikleri kendisinde bulunduran kişinin olabileceği ifade edilmektedir<sup>1224</sup>. Bu anlamda bu durumda genel ilkelere göre arka plandaki kişinin gerçek anlamda bir hakimiyetinden bahsedilmesinin mümkün olmadığı, doğrudan hareket eden kişide arka plandaki kişinin üstünlüğünden kaynaklanan bir hata neticesinde hareketin söz konusu olmadığı ifade edilerek dolaylı faillik bu noktada reddedilmektedir<sup>1225</sup>.

Doktrinde bu konuda bir boşluk bulunduğu, özellikle araç kişinin hukuka uygunluk sebepleri konusunda yanıltılması halinde bu konuda hataya düşenin taksirli hali düzenlenmeyen suçlar açısından sorumlu olmayacağı, arka plandaki şahsın ise özgü suçun aradığı faillik niteliğini taşımadığı için cezalandırılmamasının gündeme geleceği ifade edilerek arka plandaki şahsın TCK'nın 40 ncı maddesi gereğince fail olamayacağı ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir<sup>1226</sup>.

<sup>1221</sup> **Zieschang**, 6.Kapitel kn.674.

<sup>1222</sup> Örneğin 5237 sayılı TCK'nın 210/2 nci maddesinde düzenlenen kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının gerçeğe aykırı belge düzenlemesi suçunun bu sığata sahip olan kişiler tarafından işlenebilmesi itibariyle özgü bir suç olduğu dolayısıyla ancak bu sığata sahip olan kişilerin dolaylı fail olabileceği ifade edilmektedir. **Erbaş, Rahime**, *Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu*, İÜHFİM C. LXXI, S.1, 2013, s.349. Bu görüşü eleştiren Şahin, görüşün dolaylı failliği bir iştirak türü olarak gördüğünü, oysa dolaylı failliğin şerikliğin değil failliğin bir türü olduğunu ifade ederek özgü suçlarda bağlılık kuralına ilişkin olarak getirilen düzenlemenin (40/2) şeriklik için geçerli olup faillik için geçerli olmadığını ifade etmektedir. **Şahin**, *Dolaylı Faillik*, s.13.

<sup>1223</sup> **Erbaş**, s.349.

<sup>1224</sup> **Ebert**, s.198.

<sup>1225</sup> **Ebert**, s.198.

<sup>1226</sup> **Akbulut**, s.197-198.

Bu görüşe göre, bu durumda arka plandaki şahsın *file ilişkin kastı* nedeniyle azmettirme nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1227</sup>. Ancak görüşün sahibi olan yazar ağırlıklı olarak bu durumda esas fiilin eksikliği nedeniyle arka plandaki şahsın cezalandırılmayacağını öne sürmektedir<sup>1228</sup>.

Buna karşın doktrinde dolaylı failliğin, iştirak hükümlerinin yetersiz kaldığı bu durumu çözdüğü örneğin memuru kandırarak zimmet suçunu işleyen kişinin memur gibi cezalandırılacağı da ifade edilmiştir<sup>1229</sup>.

Doktrinde farklı bir görüşe göre ise meselenin TCK'nın 28 inci maddesinin ikinci cümlesi doğrultusunda çözülmesi mümkündür<sup>1230</sup>. Bu maddenin 40 ncı maddenin 2 nci fıkrasına<sup>1231</sup> bir istisna getirerek özel faillik sıfatı olmayan kişilerin de bu sıfatı haiz bir kimseyi karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir ve şiddet veya muhakkak ağır bir korkutma neticesinde suç işlettiği takdirde suçun faili sayılacağı ifade edilmektedir.<sup>1232</sup> Bu görüşe göre cebir veya tehdit olmasa da dolaylı faillik hükmü gereğince (m.37/2) örneğin bir kamu görevlisinin aldatılarak suç işletilmesi halinde aldatan kişinin kamu görevlisine işlettiği suçun (zimmet vb.) faili olacağı ifade edilmektedir<sup>1233</sup>.

Yine TCK'nın 257 nci maddesinde düzenlenen görevin kötüye kullanılması açısından kamu görevlisi sıfatını taşımayan kişinin TCK'nın 40 ncı maddesinin 2 nci fıkrası gereği ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmesi mümkün iken kamu görevlisinin araç olarak kullanılması halinde Kanun'un 37/2 nci maddesi

---

<sup>1227</sup> Akbulut, s.198.

<sup>1228</sup> Akbulut, s.198.

<sup>1229</sup> Gören, s.223.

<sup>1230</sup> TCK m. 28: “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakka ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullana kişi suçun faili sayılır”.

<sup>1231</sup> TCK m.40/2 :“Özgü suçlarda, ancaközel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”.

<sup>1232</sup> Sınar, s.78; Şahin, *Dolaylı Faillik*, s.13; Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak*, s.96 . Bu fikir açısından TCK'nın 28/2 nci maddesi, Kanun'un 40/2 nci maddesinin istisnası olmaktadır.

<sup>1233</sup> Sınar, s.78.

gereğince araç olarak kullanan şahsın fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>1234</sup>.

Özel sığata sahip olan bir kişiye suç işletilmesi halinde özel y¼k¼ml¼l¼k altında olan kişinin kastının olmaması, onu kullanan kişinin de özel sığata sahip olmaması nedeniyle bu kişilerin cezasız kalma ihtimalinden hareketle doktrinde bu konuda ya genel bir m¼sebbiplik suçunun ya da her suç a¼ısından ayrıca m¼sebbiplik suçunun ihdası fikri de ¼ne s¼r¼lm¼řt¼r<sup>1235</sup>. Bahse konu g¼r¼ř a¼ısından failin kastının olmaması sebebiyle şeriklik de kabul edilmemektedir<sup>1236</sup>.

Doktrinde *Aydın* meselenin TCK'nın 37/2 nci maddesi kapsamında ¼z¼lmesinin m¼mk¼n olduğunu bu anlamda kişinin su¼ta bir başkasını araç olarak kullanması halinde fail olarak sorumlu tutulacağından hareketle özel faillik sıfatını taşımayan kişilerin de bir başkasını suç işlemede araç olarak kullanması durumunda dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir<sup>1237</sup>.

Bazı su¼lar da yapıları gereği ancak doğrudan tek başına işlenebilir ki bu su¼lara doğrudan tek başına işlenebilen suç veya bizzat işlenebilen su¼lar (*Eigenhändige Delikte*) denilmektedir<sup>1238</sup>. Burada kast edilen kişinin kendi bedeniyle tipikliği ger¼ekleřtirmesidir<sup>1239</sup>. Bu su¼ların kanuni tarif nedeniyle ve “*bizzat işlenmemelerine rağmen*” ortaklaşa icra edilmesinin kabul edilmediği ifade edilmektedir<sup>1240</sup>. Bu su¼ların ¼zelliėi, failin kişiliğiyle olan zorunlu bağlantısıdır. Bizzat işlenebilen suç kavramı TCK'da yer almayıp doktrinde kabul g¼ren bir kavramdır. Nitekim Alman doktrininde de bu tip su¼lara ¼rnek g¼sterilen yalan tanıklık a¼ısından mahkeme ¼n¼nde yalan s¼yleyen kişinin fail olduğu, diğer kişilerin ise faillik ve şeriklik arasındaki kriterlere ihtiya¼ duyulmaksızın ancak şerik olacağı ifade edilmektedir<sup>1241</sup>.

<sup>1234</sup> **G¼kcan, Hasan Tahsin**, 5237 sayılı *T¼rk Ceza Kanunu'nda G¼revi K¼t¼ye Kullanma Su¼u*, Yargıtay Dergisi, Yıl:31, Sıra sayı:116, Cilt:31, Ekim 2005, Sayı:4, s.526.

<sup>1235</sup> **¼zgenç**, Su¼a İştirakin, s. 208.

<sup>1236</sup> **¼zgenç**, Su¼a İştirakin, s. 208.

<sup>1237</sup> **Aydın**, s.275.

<sup>1238</sup> **Schmidh¼user**,s.512; **Artuk-G¼kcan-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel H¼k¼mler, s.292.

<sup>1239</sup> **MK-Joecks**, § 25, kn.5; **Hilgendorf-Valerius**, § 9, kn.22.

<sup>1240</sup> Bu su¼lar sadece tek başına faillik şeklinde işlenebilir. **Schmidh¼user**,s.512

<sup>1241</sup> **Zieschang**, 6.Kapitel (kn.643). Alman hukukunda bu tip su¼lara akrabalararası cinsel ilişki (*Beischlaf zwischen Verwandten*) § StGB 173, tehlikeli araç kullanma § StGB 315-c su¼ları gibi su¼lar ¼rnek g¼sterilmektedir ki bu tip su¼larda m¼řterek faillik ve dolaylı failliğin m¼mk¼n olmadığı ifade

Bizzat işlenebilen suçlar açısından *bizzat işlenen* fiiller olmaksızın iştirakçinin iradesi veya fonksiyonel hakimiyet üzerindeki tartışmalar gereksiz görülmektedir; zira bu suçların müşterek faillik veya dolaylı faillik temeli bulunmamaktadır<sup>1242</sup>. *Roxin* tarafından genel suçlar, hakimiyet suçları, yükümlülük suçlarının yanında dördüncü bir faillik türü kapsamında ele alınan başına işlenen suçlar açısından suçun icrasında merkez durumda bulunan kişinin tipikliği kendi eliyle gerçekleştirmesi gerekmektedir<sup>1243</sup>.

*Aydın* bu duruma ilişkin olarak uyuşturucu verilerek denetim altına alınan bir memurun yalan beyanda bulunmasının sağlanmasını örnek göstermiştir<sup>1244</sup>. Yine örneğin cebren askerden firar etmesi istenen kişiyi buna zorlayan, uyuşturucu madde veya telkinler altında yalan yere yemin eden kişileri suç işlemede araç olarak kullanan kişiler dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir kanaatindeyiz. Zira bu durumlarda da tipik hareket bizzat bahse konu sıfatı taşıyan kişiler tarafından işlenmiştir. Son olarak belirtelim ki Yargıtay özgü suç niteliğindeki suçlar açısından bu sığata sahip olmayan kişilerin fail olmalarının mümkün olmadığını ifade etmektedir<sup>1245</sup>.

---

edilmektedir. **Krey-Esser**, § 25, kn.866. Bu suçlar açısından ana örnek olarak “aussagedelikt” **ifade suçları** olarak adlandırılan 153,154,156 ve 163 üncü maddeler gösterilmektedir. Bu duruma ilişkin örnek olarak verilen 153 veya 154 üncü madde kapsamında, kişi mahkeme önünde tek başına ifade vermek durumdadır. Bu nedenle de yalan tanıklık veya yalan yere yemin halinde sadece bu beyanda bulunan kişi fail olabilir ki bu durumda tek başına faillik vardır, suça katılan diğer kişiler ise azmettiren veya teşvik etme veya yardım eden olabilir. Örnek ve açıklamalar için bkz. **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn. 26. Örneğin sarhoş bir kişiyi araç kullanmaya teşvik eden, ona cesaret veren ve yol tarif eden kimsenin 315 inci madde uyarınca (StGB) fail olarak değil azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. **HSK- Kudlich**, § 25, kn.8.

<sup>1242</sup> **Krey-Esser**, § 25, kn.866; **Baumann-Weber-Mitsch**, § 29, kn.93. Dolaylı failliğin mümkün olmadığına ilişkin bkz. ayrıca **Kindhäuser**, 25 § kn.7.

<sup>1243</sup> **Roxin**, AT, kn.15.

<sup>1244</sup> **Aydın**, s.271, 272.

<sup>1245</sup> “TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Kanun'un 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretilerde özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. fıkranın "a" ve "b" bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlilerin, "d" bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 Sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğindeki olan, bu sebeple dolaylı faillığe elverişli bulunmayan ve TCK'nın 235/2-a maddesi uyarınca ihale sürecinde görevli kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçunun ihaleye teklif veren sanıklar tarafından işlenemeyeceği, sanıkların bu suçun faili olamayacağı, ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla suça iştirak edebileceği nazara alındığında Çanakkale Valiliği tarafından ihale komisyonu üyeleri hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulduğunun anlaşılması karşısında, bu suç

Alman ceza hukukunda bir görüşe göre doğrudan tek başına ya da bizzat işlenen suçlarda, failin bir başkasının bedenini araç olarak kullanması nedeniyle dolaylı faillik mümkün değildir, bu durumda sadece fiili tek başına gerçekleştiren kişi fail olabilir<sup>1246</sup>.

Bizzat ya da tek başına işlenebilen suçlar olarak yapılan ayrıma ilişkin bir çok teori mevcuttur ki <sup>1247</sup> bunların tipiklikte belirtilen hareketlerin sadece fail tarafından gerçekleştirilebilecek suçlar olduğu ifade edilmektedir<sup>1248</sup>. Bu suçlara örnek olarak, yalan yere yemin suçu (TCK m.275), yalan tanıklık (TCK m.272), çocuk düşürme (TCK m.100) askerden firar (1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, m.66), kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek (1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, m.79)<sup>1249</sup> suçları gösterilebilir<sup>1250</sup>. Bahse konu suçlar hakkında bağıllık kuralının özgü suçlar açısından öngördüğü TCK'nın 40/2 nci maddesinden hareket edildiği görülmektedir <sup>1251</sup>. Alman hukukunda bu suça tipik olarak örnek verilebilecek suç, StGB.'nin 323-a maddesinde yer alan ve kişinin kendini kasten veya taksirle sarhoş hale getirmesi ve neticesinde

---

duyurusu sonucunun araştırılması, dava açıldığının tespiti halinde derdest ise dosyaların birleştirilmesi, kesinleşmesi durumunda ise dosyanın aslının ya da onaylı suretinin getirtilmesinden sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması” (Yarg.5.CD.5.5.2016, 2017/2923 E., 2016/4679). Ayrıca bkz. Yarg.5.CD., 2013/16593 E., 2016/1881 K. Bir diğer kararında da Yargıtay, kardeşi sağ olmasına rağmen ölmüş gibi, köy muhtarına bildirimde bulunarak mernis ölüm tutanağı düzenleyen kişinin 204/1.maddede yer alan belgede sahtecilik düzenlemesi nedeniyle dolaylı fail olarak, gerekli araştırmaları yapmadan belgeyi imzalayan muhtarın ise görevi kötüye kullanma suçundan dolayı ihmali sebebiyle cezalandırılmasına hükmetmiştir. (Yarg.11.CD. , 20.12.2012, 2009/18475, 2010/8605). Karar için bkz. Artuk-Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.477.

<sup>1246</sup> Zieschang, 6.Kapitel kn.666.

<sup>1247</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.172. Konu ile ilgili teoriler için ayrıca bkz. Özgenç, Suça İştirakin, s. 172 vd.

<sup>1248</sup> Akbulut, s.188; HSK-Kudlich, § 25, kn.8.

<sup>1249</sup> Aydın, s.271.

<sup>1250</sup> Askeri Ceza Kanunu'nun 79.maddesinin 1.fıkrası “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” şeklinde olup kanun koyucu fiilin sadece bizatihi şahıs tarafından yapılmasını değil bir başkası aracılığıyla bu hale getirilmesi halinde de ceza öngörmektedir. Ancak bu durumda da bahse konu fiili yapan kişinin faillik sıfatı olmayacaktır. Zira kanun fail olarak fiili gerçekleştiren kişinin değil kendisini askerliğe elverişsiz hale getiren ya da getiren kişiyi fail olarak görmektedir. Bu durumda şahsı askerliğe elverişsiz hale getiren kişi yardım eden olabilecektir.

<sup>1251</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.292. Yalan yere yemin suçu “ Madde 275- (1) Hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı veya davalıya bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Dava hakkında hüküm verilmeden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz.

(3) Hükümün icraya konulmasından veya kesinleşmesinden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.



işlediği haksız fiil açısından kusurlu davranıp davranmadığı tam olarak tespit olmadığı için cezalandırılmayan kişiler için öngörülen suçtur (*Vollrausch*)<sup>1252</sup>.

“*Bizzat işlenebilen suç*” şeklinde bir ayırıma gerek olmadığını ifade eden *Özgenç*'e göre, suçun işlenmesi için Kanun'un failde belli bir sıfatın varlığını aradığı suçları bizzat işlenebilen suçlar şeklinde ayrıca bir sınıflandırmaya gerek yoktur. Yazara göre yalan şahitlik, askerlikten firar gibi suçlar *mahsus suç* kategorisinde olup ayrıca bir *bizzat işlenebilen suç* ayırımına gerek yoktur<sup>1253</sup>.

Kanaatimizce gerek bizzat işlenebilen suçlar gerekse de özgü suçlar açısından suçun bir başkası aracılığıyla işlenmesi yönünde, kanun koyucunun bir sınır koyduğu ve belli suçları istisna tuttuğunu söylemek mümkün değildir. Bu anlamda Kanun'un fail olarak belli bir sıfatı aradığı durumlarda, bu sığata sahip olmayan kişilerin bu sıfatı haiz kişileri bahse konu suçların işletilmesinde araç olarak kullanmaları halinde dolaylı faillik söz konusu olabilir. Ancak diğerk ihtimalde yani kanunun aradığı özel faillik vasfına sahip olmayan kişilerin, özgü suçlarda araç olarak kullanılmaları halinde dolaylı failliğın söz konusu olmadığı kanaatindeyiz.

#### 4.İhmali Suçlar Açısından Dolaylı Faillik

Hareketin şekline göre suçların *icrai*, *ihmali* veya *ihmal sureti ile icrai* olarak üç kısımda incelendiğini görmekteyiz<sup>1254</sup>. Kanunun yapılmamasını istediğı ve yasakladığı kuralların olumlu hareketlerle ihlal edildiğı suçlar icrai; belirli bir hareketin yapılmasını emrettiğı davranışın yapılmaması suretiyle işlenebilen suçlar ise ihmali suçlardır ki bunlara gerçek ihmali suç denilmektedir.

Aslında olumlu ya da icra hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle işlenmesi ve gerçek olmayan ihmali suç, görünüşte ihmali suç, garantörsel suç olarak

<sup>1252</sup> **Roxin**, AT, § 25 kn.15.

<sup>1253</sup> Yazar, bahse konu suçlar açısından failde yükümlülük arandığını, kişinin katkısı ne olursa olsun böyle bir yükümlülük altında olmaması halinde suça şerik sıfatıyla katılabileceğini isabetle ifade etmiştir. **Özgenç**, Suça İştirakin, s.179.

<sup>1254</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.256 vd; **Hakeri**, s.153; **Öztürk-Erdem**, s.177 vd.

adlandırılan ve sadece neticeyi önleme hususunda özel bir yükümlülük veya garantörlük durumunda olan kişilerin gerçekleştirdiği suçlar ise ihmal suretiyle icra suçlarıdır<sup>1255</sup>.

Esasen ceza hukukunda, daha ziyade icrai hareketler sorumluluk alanının büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Ancak doktrinde medeni hukukun sükuta belirli neticeler bağladığı gibi ceza hukuku açısından da hareketsiz kalmaya çeşitli neticeler bağlandığı ifade edilmektedir<sup>1256</sup>.

İhmali suçlar, gerçek ve görünüşte ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>1257</sup>. İhmali suçlar açısından dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı konusunda da buna göre ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir.

### **A.Gerçek İhmali Suçlar**

Gerçek ya da saf ihmali suçlar herhangi bir harekette bulunmamayı değil kanunun istediği harekette bulunmama, hukuk tarafından kendisinden beklenen hareketi gerçekleştirilmeme durumunu yaptırım altına almaktadır<sup>1258</sup>. İşte saf ihmali suçlar ya da gerçek ihmali suçlar olarak niteleyebileceğimiz bu suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından da işlenebilir. İhmali suçlar açısından kanunda belirtilen hareketin yapılmaması yeterli olup herhangi bir netice aranmaz.

Saf ihmali suçlarda genel olarak kanunun gerçekleşmesini istemediği bir neticeyi önlemek noktasında belirli bir yükümlülük altında olan kişi bu yükümlülüğünü ihmal etmektedir<sup>1259</sup>. Dolayısıyla eğer bu yükümlülük altında birden fazla kişi var ve yükümlülüklerini ihmal ediyorlar ise bu durumda müşterek faillikten bahsedilebilir<sup>1260</sup>. Ancak burada önemli olan sadece birden fazla kişi tarafından yükümlülüğün ihmal edilmesi değil bunun müşterek bir karara dayanmasıdır. Eğer bu anlamda bir birliktelik

<sup>1255</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.258 vd.

<sup>1256</sup> Gökçen-Balci, s.248.

<sup>1257</sup> Gökçen-Balci, s.249.

<sup>1258</sup> Öztürk-Erdem, s.177; Zafer, s.227; Hafızoğulları-Özen, s.199.

<sup>1259</sup> Örneğin, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etme (m.175), bir suça ait delillerin saklandığı yeri bildirmeme (m.284/2), görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamak (257/2), yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeme ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmemek (m.98/1) .

<sup>1260</sup> Aydın, s.270; Koca- Üzülmüş, s.451 vd.

yok ise bu durumda müşterek faillik değil yan yana faillikten bahsetmek gerekmektedir<sup>1261</sup>.

Müşterek faillik açısından durum bu merkezde iken dolaylı faillik açısından farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Dolaylı faillik açısından meseleye bakıldığında saf ihmali suçlar açısından (örneğin, TCK m.97, TCK m.98) araç olarak kullanmadan bahsetmeye imkan olmadığı belirtilmektedir<sup>1262</sup>. Zira araç olarak kullanma, kişi üzerinde bir hakimiyet kurmayı gerektirmektedir.

## B. Görünüşte İhmali Suçlar (Yükümlülük Suçları)

Kanun koyucu suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kişilerin esasen icrai davranışla gerçekleştirilebilen bazı suçları ihmali hareketle gerçekleştirmesini ayrıca suç olarak düzenlemiş ve bu suçların kimler tarafından hangi şartlarla işlenebileceklerini de açıkça düzenlemiştir. Hemen ifade edelim ki Türk hukukunda ihmal suretiyle işlenen suçlara ilişkin genel bir düzenleme olmadığı için bahse konu suç işleme biçimi ancak kanunda açıkça düzenlenen suçlar açısından geçerlidir (TCK m. 83, 88 ve 94/5)<sup>1263</sup>.

<sup>1261</sup> 278.maddede düzenlenen suçu bildirmeme suçu açısından kanaatimizce birden fazla kimsenin işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmemesi halinde aralarında iştirak iradesi mevcut ise müşterek faillik söz konusudur. Örneğin görevi kötüye kullanma suçunun ihmali halini teşkil eden 257/2.maddede yer alan suç açısından belli bir kamu görevini üstlenen kişilerin fiil üzerinde hakimiyet kurmaları halinde müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. **Üzülmez, İlhan, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. M. 257)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16\\_1\\_6.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_1_6.pdf), s.212 (Erişim Tarihi : 1.12.2016).

<sup>1262</sup> **Şahin, Dolaylı Faillik İlişkin Bazı Sorunlar**, s. 8.

<sup>1263</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.260, 261. Bu konuya ilişkin Hakeri eserinde kitabın önceki basılarında bütün suçların ihmal suretiyle icra edilebileceğini savunmasına rağmen fikrini değiştirdiğini zira 6831 sayılı Orman Kanununda yapılan değişiklik neticesinde (m.105/2) kanun koyucunun yeni bir garantörsel suç ihdas ederek garantörsel suçları açık bir biçimde düzenleme yolunda irade ortaya koyduğunu ifade etmiştir.bkz. s.158. İlgili madde “*Madde 105 – (Değişik : 23/1/2008-5728/212 md.) 69 uncu maddeye göre ormanlarda vukua gelecek yangınları söndürmek için yetkili memurlar ve orman teşkilatı tarafından yangın mahalline gitmeleri emrolunmasına veya mahallî mutat vasıtalarla ilan edilmesine rağmen orman yangınına söndürmeye gitmekten imtina edenler veya gidip de çalışmayanlar ve verilen işi yapmayanlar hakkında, mahallin en büyük mülkî amiri tarafından ikiyüz Türk Lirası idarî para cezası uygulanır. Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır*” şeklindedir. Maddenin ikinci fıkrasında ihmale ilişkin olarak yeni bir suç tipi oluşturulmuş ve 170.maddenin ilk fıkrasının genel hükümler doğrultusunda ihmal suretiyle işlenebileceğine ilişkin bir anlayışın önüne geçmiştir. **Hakeri**, Ceza Genel, s.158. Yazar önceki bir eserinde Kanun koyucunun garantörsel suçları genel hükümler içinde düzenlemeyip belli birkaç suç açısından düzenlemesi açısından diğer suçlar için bu yolun engellendiği anlamı çıkarılmaması gerektiğini ifade etmesine rağmen konunun genel hükümler

Kanun koyucu konuya ilişkin genel bir hüküm sevk etmemesine rağmen TCK'nın 83 üncü maddesinde “*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” başlığı altında suçun hangi koşullarla işleneceğini düzenlemiştir. 88 üncü maddede düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu açısından da bu koşullara atıf yapılmıştır<sup>1264</sup>. İşkence suçunun düzenlendiği 94/5 inci maddede “*Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz*” ifadesine yer vermiştir. Bu nedenle ihmal suretiyle işlenip işlenmediğinin tespiti açısından bahse konu suçlar açısından da genel olarak 83 üncü maddede yer alan şartların varlığı aranmaktadır. Ancak genel hükümlerde benzer bir düzenlemeye yer verilmesinin gerekliliği ifade edilebilir.

TCK'nın 83 üncü maddesinde “(1) *Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.* (2) *İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir*” şeklinde ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin aranan şartlar düzenlenmiştir. Bu şartlar arasında konumuz açısından önemli husus *yükümlülük* şartıdır.

Yükümlülük suçları açısından dolaylı failliğin söz konusu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Örneğin boğulmakta olan eşini kurtarma yükümlülüğü olan diğer eşi cebirle durduran kişinin hareketi icrai iken yükümlülük altında olan eş ihmali davranmak zorunda kalmıştır. TCK'nın 83 üncü maddesi gereği ihmal suretiyle icra

---

içerisinde düzenlenmesi gerektiğine de işaret etmiştir. **Hakeri, Hakan**, *İhmali Suçlar*, Ceza Hukuku Dergisi Ağustos 2007, s.168.

<sup>1264</sup> Belirtelim ki ihmal suretiyle icra suçları açısından teşebbüs veya iştirakin, Avrupa ceza hukuku anlamında kanunun açıklığına hizmet etmesi anlamında açık bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. **Aydın, Öykü Didem**, Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s.86.

suçu ihmali bir suç iken burada ihmale yol açan hareket dolaylı failin icrai hareketidir<sup>1265</sup>.

Akıl hastası üzerinde bakım gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin akıl hastasının bir kimseyi öldürdüğünü görmesine rağmen müdahale etmemesi hali de dolaylı faillik olarak nitelendirilememektedir<sup>1266</sup>.

Genel olarak Alman ceza hukuku açısından meseleye baktığımızda da ihmali suçlarda dolaylı failliğin mevcudiyetinin tartışmalı olduğu görülmektedir<sup>1267</sup>. Bir görüş açısından olayın harici seyrine hakim olmasa da normatif bir kural olarak hakim olma durumunun mevcut olduğu bu halde de ihmal suretiyle olayı şekillendirme anlamında dolaylı faillik mümkün olmaktadır<sup>1268</sup>.

Bir görüşe göre gerçek olmayan ihmali suçlar açısından dolaylı faillik mümkündür, örneğin akıl hastası W'nin diğer bir hasta olan O'yu öldürmesine ses çıkarmayan görevli hastabakıcı T'nin eylemi açısından dolaylı faillik vardır. Tipik netice açısından netice engelleme yükümlülüğü olan kişinin bu görevini araç kişinin davranışını engellemek suretiyle gerçekleştirmektedir. Ancak bu gibi durumlarda doğrudan failliğin söz konusu olduğu da ifade edilmektedir<sup>1269</sup>.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre ihmali suçlarda dolaylı faillik mümkün görülmemekte olup doktrinde de bu görüş kısmen kabul edilmektedir<sup>1270</sup>. Buna karşın StGB'nin 13 üncü maddesi kapsamında failliğin neticeyi önleme yükümlülüğüne sahip olan herkesi kapsadığı bu anlamda dolaylı failliğin de ele alınabileceği ifade eden *Ransiek* neticeyi önleme yükümlülüğüne sahip olan kişi açısından bu ihmali

---

<sup>1265</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.8,9.

<sup>1266</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.9. Belirtelim ki TCK'nın 175.maddesinde yer alan "Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali" suçu açısından failin akıl hastası üzerindeki bakım yükümlülüğünü ihmal etmesi, suçun işlenmesi için yeterlidir. Akıl hastasının suç işleme durumuna ilişkin madde gerekçesinde "Bu ihmal neticesinde başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir zarar meydana gelirse, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi, failin sebebiyet verdiği netice açısından kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır" şeklinde ifadeler yer verilmektedir.

<sup>1267</sup> **Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmman)** § 25, kn.6.

<sup>1268</sup> **Satzger-Schluckebier-Widmaier, (Murmman)** § 25, kn.6.

<sup>1269</sup> **Ebert**, s.200.

<sup>1270</sup> **Fischer**, § 25, kn.10.

gerçekleştirirken ihmalin kendisi tarafından mı yoksa üçüncü bir kişi tarafından mı gerçekleştirdiğinin önemsiz olduğunu ifade etmektedir<sup>1271</sup>.

İhmali suçlarda dolaylı failliğin Alman hukukunda arka plandaki kişinin neticeyi önleme konusunda bir yükümlülüğü olması halinde söz konusu olduğuna dair fikre de yer verilmektedir<sup>1272</sup>. Bununla birlikte arka plandaki kişi aktif hareketlerde bulunursa dolaylı failliğin hakim öğreti tarafından reddedildiği söylenmektedir<sup>1273</sup>. İhmali hareketle dolaylı failliğin genellikle reddedildiğini ifade eden görüş açısından dolaylı faillik, arka plandaki şahsın aktif hareketlerle olay sürecini yönlendirmesi şartına ihtiyaç duymaktadır<sup>1274</sup>.

Kanaatimizce neticeyi önleme yükümlülüğü altındaki şahıs yükümlülük görevini kasten yerine getirmese dahi dolaylı faillikten bahsedilemeyecek, işlenen suça göre örneğin kasten öldürmenin ya da yaralamanın ihmal suretiyle işlenmesinden bahsedilebilecektir. Zira saf ihmali davranışla bir kimse üzerinde “hakimiyet” kurulmasından söz edilemez<sup>1275</sup>.

İhmali hareket farklı bir suç teşkil ediyorsa örneğin fail garantörsel yükümlülük gereğince ölüm neticesini engellemesi gerekmesine rağmen bunu yapmıyorsa bu durumda dolaylı değil doğrudan fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1276</sup>. Bu anlamda yukarıda akıl hastası ya da doktor açısından dolaylı değil, doğrudan faillik söz konusudur. Zira her iki durumda da kişiler bir başkasını suçta araç olarak kullanmamış, kendilerine verdiği neticeyi önleme yükümlülüğünü kasten ihmal etmişlerdir<sup>1277</sup>.

Yükümlülük altında olan kişi suçun işlenmesini bir başkasını araç olarak kullanarak ve bu kişi üzerinde hakimiyet kurarak sağlamışsa bu takdirde artık dolaylı

---

<sup>1271</sup> **Ransiek, Andreas**, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, Jus 8 2010 s.679. Belirtelim ki StGB.’nin 13.maddesi suçun ihmal suretiyle işlenmesini genel bir düzenleme olarak belirlemektedir. Bahse konu düzenleme, Alman Ceza Kanunu’nda yer alan bir suç tipinin neticesini engelleme konusunda ihmal göstermiş olan kişinin cezalandırılabilir olmasını failin, neticeyi önlemek için bir yükümlülüğe sahip olması ve ihmalin icraya eşdeğer olması şartına bağlamıştır.

<sup>1272</sup> **Waßmer**, *Anwalt Kommentar*, § 25, kn.47.

<sup>1273</sup> Doktorun, arka plandaki kişi tarafından kandırılarak hastaya müdahale edememesi ve neticesinde hastanın ölmesi buna örnek gösterilmektedir. **Waßmer**, *Anwalt Kommentar*, § 25, kn.47.

<sup>1274</sup> **Roxin, Claus**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, s.471.

<sup>1275</sup> **Demirbaş**, s.494; **Sınar**, s.79.

<sup>1276</sup> **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.663.

<sup>1277</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.10; **Üzülmez**, s.92 ; **Koca-Üzülmez**, s.462.

faillikten bahsedilmesine bir engel yoktur<sup>1278</sup>. Bu durumda kişi zaten ihmali davranmamakta bizzat icrai hareketler gerçekleştirmekte ve bunu araç kişiyi kullanarak gerçekleştirmektedir. Araç olarak kullanılmak, kişi üzerinde üstün bilgi ya da başka bir sebeple hakimiyet kurma halinde söz konusudur<sup>1279</sup>. Sonuç olarak kanaatimizce fiil hakimiyetinin ve araç olarak kullanma (TCK m.37/2) durumunun ihmali hareketle gerçekleşemeyeceğinden ihmali hareketle dolaylı fallığın söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz<sup>1280</sup>.

Yukarıdaki örneklerde kişinin yükümlülük sahibi olmasına rağmen neticeyi önleme noktasında ihmal ile dolaylı fail değil garantörsel yükümlülük gerektiren bu tip suçların doğrudan faili olabileceğini ifade etmek istedik. Ancak ihmal suretiyle İCRAİ şekilde işlenen suçlar açısından da dolaylı faillik söz konusu olabilir. Buna doktrinde ihmali dolaylı faillik adı da verilmektedir<sup>1281</sup>. Doktrinde konuya ilişkin verilen örnekte boğulmakta olan kişiye yardım etmek isteyen garantör durumdaki kişiyi tehditle engelleyen kişinin dolaylı fail olduğu kabul edilmektedir<sup>1282</sup>. Buna karşın neticeyi engelleme yükümlülüğüne sahip olan kişiyi cebir veya tehditle bu yükümlülüğünü ihmale zorlayan kişinin doğrudan fail olduğu da ifade edilmektedir<sup>1283</sup>.

### 5. Taksirli Suçlar Açısından Dolaylı Faillik

Çalışmamızın ikinci kısmında dolaylı faillik açısından araç kişinin kasten hareket etmemesi halinde dolaylı faillik durumunun söz konusu olabileceğini ifade ederken araç kişinin bilinçli ya da bilinçsiz taksirle hareket etmesi halinden yararlanan kişilerin dolaylı fail olarak kabul edileceklerini, fiili gerçekleştiren kişilerin ise hata nedeniyle kastı ortadan kalsa dahi taksirli sorumluluklarının söz konusu olduğunu ifade etmiştik. Bu kısımda ise taksirle hareket eden kişilerin dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına kısaca taksirli hareketle dolaylı failliğin söz konusu olup olmadığı hususuna değineceğiz.

---

<sup>1278</sup> Sınar, s.79.

<sup>1279</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.234; Bohlander, s.156.

<sup>1280</sup> Sözüer, s.69.

<sup>1281</sup> Üzülmez, s.92.

<sup>1282</sup> Sınar, s.80; Üzülmez, s.92; Koca-Üzülmez, s.462.

<sup>1283</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.254.

Dolaylı faillik bir iştirak türü olarak kabul edildiği takdirde suça iştirak için kasten gerçekleşen bir hareketin varlığı gerekmektedir ki kişinin taksirli hareketiyle bunu gerçekleştirme söz konusu olmaz. Dolaylı failliğin, araç kişinin hareketinin tipik olmaması veya hukuka uygun olması halinden yararlanılarak ortaya çıkan ve iştiraktan bahsedilemeyecek durumlar açısından ise ileride izah edileceği üzere araç olarak kullanma ifadesi taksirle gerçekleşmeyeceği için yine bu soruya olumlu bir cevap vermek mümkün değildir.

Bilindiği üzere taksirli hareket eden birden fazla kişi arasında iştirak hükümleri uygulanmaz. Özellikle TCK'nın 22/5 inci maddesi gereğince taksirli suçlar açısından eşitlik sistemini kabul eden Kanun koyucu taksirli suçun işlenişine iştirak eden herkesi fail olarak kabul etmektedir. Kişi, istemeden bir başkasının suç işlemesine vesile olmuş olabilir. “Zincirleme taksirli hareket” olarak adlandırılan bu durumda herkes kendi kusurlu fiilinden sorumlu tutulacaktır<sup>1284</sup>. Doktrinde Şahin bu duruma verdiği örnekte dikkatsizce hareket eden babanın su şişesine koyduğu haşere ilacını mutfak masası üzerinde unuttuğu, on yaşındaki çocuğunun limonata zannederek bu sıvıyı arkadaşına vermek suretiyle onun ölümüne neden olunması halinde babanın dolaylı fail değil taksirle ölüme neden olma açısından doğrudan fail olarak sorumlu olduğunu ifade etmektedir<sup>1285</sup>. Söz konusu hadisede ilacı arkadaşına veren küçüğün on yaşında olmasından hareketle bu kişinin taksirli davranmadığının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak örneğin bir fabrikada şef olan kişi makineyi ayarlamayı ihmal etmiş, usta başı ise kontrol etmeyi unutarak makineyi çalıştırmış ve neticesinde elektrik kaçağı nedeniyle işçi hayatını kaybetmiş ise burada hem ustabaşı hem de şef taksirli ölüme neden olmadan dolayı doğrudan sorumlu tutulmalıdır<sup>1286</sup>. Eğer makinadaki problemi bilen şef, usta başından makineyi çalıştırmasını isteyerek işçinin ölümüne neden olacak bu mekanizmayı bilerek harekete geçirse idi bu takdirde şefin kasten öldürme suçu açısından dolaylı fail olarak, gerekli dikkat ve özeni göstermeyen usta başının ise kendi

<sup>1284</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.11.

<sup>1285</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.11.

<sup>1286</sup> Belirtelim ki bu ihtimalde, her iki kişi de taksirli hareket etmiştir. Tehlikeli faaliyetlerin söz konusu olduğu durumlarda güven ilkesi de önem arz etmektedir. İş bölümü halinde gerçekleşen faaliyetler açısından kişiler, diğerlerinin kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getireceği kanaatiyle hareket etmektedir. Buna doktrinde güven ilkesi denilmektedir. Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.377.



taksirli hareketi nedeniyle her ne kadar araç kişi de taksirle ölüme neden olma suçundan doğrudan fail olması söz konusu olacaktır.

Dolaylı faillikte araç kişinin hareketi üzerinde hakimiyet kurulmaktadır ki bir kimsenin taksirli davranışlarıyla bir başkasının iradesi üzerinde hakim olamayacağı belirtilmelidir<sup>1287</sup>. Bu durumda ihmali hareket eden kişilerin her biri yan yana fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Gerçekten faillik, egemenlik ile ifade edilir bir kavram olması hasebiyle egemenliğin bilinçsiz, iradesiz ya da bir diğer deyişle dikkatsiz ve özensizlik neticesinde elde edilebilecek bir güç olmadığı bellidir. Böylece saf taksirli hareketlerle kişilerin iradeleri üzerinde egemenlik kurmak suretiyle faillığe imkan sağlayan dolaylı failliğin taksirli şekilde kurulamayacağı düşüncesindedir.

Alman hukukunda konuya ilişkin olarak taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olmamasının yanı sıra dolaylı failliğin taksirli davranışlarla gerçekleşmeyeceği zira dolaylı failliğin de failin, bir başkasının veya başkalarının fiile sağladığı katkıdan yararlanması, istifade etmesi suretiyle karakterize edilebileceği ifade edilmektedir<sup>1288</sup>.

## 6.Dolaylı Faillik Halinde Sınırın Aşılması

Araç olarak kullanılan kişi kimi zaman dolaylı failin kendisine işletmeyi amaçladığı suç açısından sınırı aşmış olabilir. Bu durumda kural olarak dolaylı failin sadece kastı kapsamındaki risklerden sorumlu olduğu ancak aşan kısımdan sorumlu olmadığı ifade edilmiştir<sup>1289</sup>. Bu durumda taksirli sorumluluk hali saklıdır.<sup>1290</sup>

Aşılan kısım bakımından dolaylı failin taksirli sorumluluk halinin saklı olduğunu ifade etmekle birlikte işlenen suçtan dolaylı failin taksirli sorumluluğu için suçun taksirli işlenen hali cezalandırılabilir olduğunu da unutmamak gerekir<sup>1291</sup>.

<sup>1287</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.11; Özgenç, *Suçta İştirakin*, s.254; Aydın, s.148; Sınar, s.92.

<sup>1288</sup> Baumann-Weber-Mitsch, § 29, kn.120.

<sup>1289</sup> Murmann, § 27, kn.49.

<sup>1290</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.13, 14.

<sup>1291</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.14; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.664; Ebert, s.200. Zafer, dolaylı failin, araç üzerindeki hakimiyetine göre meseleyi ele alarak sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, araç kişinin işleyebileceği fiillerin öngörülebilir olması, dolaylı fail tarafından öngörülebilmesi ve fiilin taksirli halinin cezalandırılabilir olması halinde taksirli sorumluluktan bahsedilebileceğini ifade etmektedir. Zafer, s.476.

Örneğin dolaylı failim, bir başkasının evine girerek cüzdanını alması için kullandığı akıl hastasının bunu yaparken yanlışlıkla yangın çıkarıp evdeki bir kişinin ölümüne neden olması halinde dolaylı failin aynı zamanda taksirli ölüme neden olmaktan da sorumlu tutulması söz konusudur. Bu açıdan mala zarar verme suçu taksirle işlenemeyeceğinden dolaylı failin bu suçtan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Doktrinde bu husus eleştirilerek, kişinin taksirden sorumlu tutulabilmesi için işlediği fiilin farkında olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>1292</sup>. Bu nedenle dolaylı failin kullandığı cebir sebebiyle, öngörebildiği sınırı iradesiyle aşmış suç işleyen kişinin eylemi nedeniyle dolaylı failin taksirli fiilinden cezalandırılması doğru değildir<sup>1293</sup>. Ancak bizce işlediğinin farkında olmayan örneğin ipnotize altında olan ve bu nedenle işlediği suçun mahiyetini, sonuçlarını algılayamayan kişinin sınırı aşması halinde bu durumda dolaylı fail, aşılma kısmın taksirli bir suça ilişkin olması halinde, sorumlu tutulabilir<sup>1294</sup>.

Esasen bu görüş, araç kişinin kişinin sırf bir başka kimse tarafından kullanılmasını avantaja çevirmesinin cezasız kalmaması ya da bu durumun dolaylı fail açısından objektif bir sorumluluk doğurmaması sebebiyle kanaatimizce daha doğrudur. Kaldı ki taksir açısından kişinin öngörülebilir neticeyi öngörmemesi ya da öngörmesine rağmen neticeyi istememesi gerekir. Oysa ipnotize altında olan ya da uyuşturucu madde etkisi altında olan kişi açısından öngörülebilir bir netice yoktur bununla birlikte bu şahsı araç olarak kullanan kişinin bu sonuçları öngörme ihtimalini her zaman akılda tutmak gerekir.

Kanaatimizce bu durumda olası kastın da göz ardı edilmemesi gerekir. Özellikle akıl hastaları veya uyuşturucu madde etkisi altında olan kişilerin araç olarak kullanıldığı suçlarda meydana gelen sınırı aşan başka bir takım suçların sırf taksirle işlenmesi mümkün olmadığı cihetle cezasız bırakılması kanaatimizce doğru değildir. Dolayısıyla yukarıdaki örnekteki gibi taksirli şekilde işlenmesi mümkün olmayan mala zarar verme gibi suçların işlenmesinin olası kast kurumu sayesinde cezasız kalması engellenmiş olur.

---

<sup>1292</sup> Aydın, s.208.

<sup>1293</sup> Aydın, s.208.

<sup>1294</sup> Aydın, s.208; Sınar, *Dolaylı Faillik*, s.83,84.

Dolaylı faillik halinde de araç kişi şahısta yanılabilir. Şahısta hata ceza hukuku açısından cezai sorumluluğu kural olarak etkilememektedir<sup>1295</sup>. Şahısta hata kanunda açıkça düzenlenmemesine rağmen bu hususun TCK'nın 30 ncu maddesinin ilk iki fıkrası yoluyla halledilmesi mümkün olduğundan buna gerek duyulmadığı ifade edilmektedir<sup>1296</sup>.

*Demirbaş*'a göre araç kişinin yanılması ya da sapma-kanaatimizce kastedilen hedefte sapmadır- nedeniyle suçu başka konu üzerinde işlemesi hali dolaylı faile isnat edilebilmektedir<sup>1297</sup>. Bir görüşe göre şahısta hata halinde de sapma kuralları uygulanmalıdır; örneğin A yerine B'yi öldüren araç kişinin fiili nedeniyle dolaylı failin A açısından kasten öldürmeye teşebbüs, B açısından ise taksirle ölüme neden olma söz konusu olacaktır<sup>1298</sup>. Diğer görüş açısından şahısta hata sadece, araç şahsın kasten hareket etmediği hallerde sapma kurallarına göre çözümlenmeli, bunun haricindeki hallerde ise dolaylı fail gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmalıdır<sup>1299</sup>.

Konuya ilişkin olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun şartlarının ve sorumluluğun düzenlendiği TCK'nın 23 üncü maddesine de değinmek gerekir.

5237 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesinde "*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek 765 sayılı Kanun'da yer almayan ve Alman Ceza Kanunu'nun 18 inci maddesinde, fiilin neden olduğu daha ağır bir netice açısından sorumluluk için kişinin netice bakımından en azından taksirinin varlığını şart koşan düzenlemeye benzer bir düzenleme Türk Hukuku'na dahil edilmiştir<sup>1300</sup>.

---

<sup>1295</sup> Kural olarak ifade ettiğimiz bu husus açısından doktrinde kriter olarak normda suçun konusunun şahıs açısından kişiselleştirilip kişiselleştirilmediğinin önem taşıdığı ifade edilmektedir. **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.564 vd.

<sup>1296</sup> **Özbek,Veli Özer**, *Türk Ceza Hukukunda Hata*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 3, S.7, Ağustos 2008, s.93.

<sup>1297</sup> **Demirbaş**, s.496.

<sup>1298</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.15.

<sup>1299</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.15.

<sup>1300</sup> Alman ceza kanununda TCK'nın 23 üncü maddeden farklı olarak "fail veya şerikin" ortaya çıkan daha ağır bir cezadan dolayı cezalandırılması için en azından taksirli olmasının gerektiği vurgulanmaktadır. Bahse konu düzenleme "fail veya şerik" şeklindeki ayırımı ile TCK'nın 23.maddesinden daha belirgin bir düzenleme sağlamaktadır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar failin iradesiyle gerçekleştirdiği ancak iradesi dışında ağır ya da başka neticelere yol açan suçlardır<sup>1301</sup>. 23 üncü maddede genel bir düzenleme yapılmasına karşın bazı maddeler açısından ya bağımsız olarak ya da madde metni içerisinde düzenlenmek suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış durumlara ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmektedir<sup>1302</sup>. Örneğin mala zarar verme suçunda yapılan değişiklik neticesinde açıkça belirtilmemesine karşın neticesi sebebiyle ağırlaşan bir duruma yer verilmektedir<sup>1303</sup>. Bu anlamda 23 üncü maddeye yönelik eleştirilerden biri 23 üncü maddenin yalnızca kanunda açıkça öngörülen durumlarda uygulanması gerektiğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermemesidir<sup>1304</sup>.

Doktrinde her suçun *atipik olarak ağır sonuçlara yol açacağı* ancak kanun koyucunun sadece belli suçlarda bu durumu ayrıca düzenlediği ifade edilmektedir<sup>1305</sup>. Esasen ağır bir hakarete veya iftiraya uğrayan kişinin intihar etmesi halinde de bir suç atipik ve ağır başka bir sonuca yol açmaktadır; bununla birlikte sadece bu durumu iftiranın sonucu olarak kabul etmek ve kişiyi intihara yönlendirmeden sorumlu tutmak mevcut düzenleme açısından mümkün değildir.

<sup>1301</sup> Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin düzenlemenin kusur ilkesine aykırı olduğuna ve objektif cezalandırma anlamına geleceğine ilişkin çeşitli eleştiriler mevcut olsa da konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 23.maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir bkz. **AYM, 19.2.2009,2006/72-2009/24, RG:25.06.2009, 27269**. Karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**,s.619.

<sup>1302</sup> Örneğin, TCK'nın 87 nci maddesi (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama) ve 95. maddesinde (neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar özel olarak düzenlenmişken; m.97/2 (terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse), m.102/4, 109/6, 119/2, 149/2,223, 224, 265 (neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin gerçekleşmesi halinde ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilmesi); 292/4 (hükümlü veya tutuklunun kaçması (bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin veya kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi ya da eşyaya zarar verilmesi durumunda, ayrıca bu suçlara ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolünmesi), m.294/7 kaçmaya imkan sağlama suçu (bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin veya kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi ya da eşyaya zarar verilmesi durumunda, ayrıca bu suçlara ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolünür) m.298 (hak kullanımını veya beslenmeyi engelleme suçunda beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolünmesi)...vb. gibi hükümler.

<sup>1303</sup> TCK m.152/3 (3) (Ek: 18/6/2014-6545/65 md.) "Mala zarar verme suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır" şeklindedir. Maddede düzenlenen halin neticesi sebebiyle ağırlaşan hal olduğuna ilişkin bkz. **Artuk-Yenidünya, Gökcan-Ahmet- Yenidünya, A.Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3.Cilt, Ankara 2014, s.5055.

<sup>1304</sup> **Yıldız**, Seminer, s.46.

<sup>1305</sup> **Koca-Üzülmez**, s.241.

765 sayılı Kanun'da 23 üncü madde benzeri bir düzenleme mevcut olmadığı için kastı aşan suçlar açısından iştirak kurallarının uygulanması Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir<sup>1306</sup>.

Müşterek faillik açısından meselenin izahı dolaylı failliğe nazaran da kolaydır. Öncelikli olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iştirakin türünün temel suç tipine göre bağlılık kuralı gereğince asıl ya da temel suç esas alınarak belirlenmesi gerekmektedir<sup>1307</sup>. Buradaki sorumluluk sonuç olarak taksirli bir sorumluluk olduğu için müşterek faillikten bahsedilemez, her bir fail müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>1308</sup>. Herhangi bir olayda neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir halin meydana gelmesi bütün müşterek failleri meydana gelen ağır neticeden sorumlu tutmaya yetmez; bu durumda yalnızca meydana gelen ağır neticeden en azından taksir derecesinde kusuru olan kişiler sorumlu tutulabilir<sup>1309</sup> yani bu ağırlaşan neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir<sup>1310</sup>. Bu noktada TCK'nın 22 nci maddesinde taksirin şartları olarak düzenlenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile neticenin öngörülebilirliği şartları gerçekleşmelidir. Bununla birlikte temel suç tipinin gerçekleşmesiyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılma şartının da gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>1311</sup>.

Dolaylı faillik açısından araç kişinin sınırı aşması, dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri dikkate alındığında müşterek failliğe nazaran daha mümkündür. Zira araç kişinin kusur yeteneği olmayan hatta kimi zaman yaptığı hareketin farkında dahi

---

<sup>1306</sup> “ TCK 65/3 maddesinin uygulanabilmesi için sanıkların kastettikleri cürmün işlenmesi hususunda iştirak birliği, iştirak iradesi altında olmaları gerekir. Halbuki asli fail sanık D.Ş'nin eylemi, eylemi, kastı aşan müessir fiil sonucu ve gayri melhuz esbabın inzımanı ile telefi nefse sebebiyettir. Bu itibarla her iki sanığın olayda iştirak iradeleri bahis konusu olamaz. Zira netice kastı aşmıştır. Müessir fiil kastını aşan neticeden diğer sanık İ.Ç sorumlu tutulamaz. Katı aşmış olan ölüm neticesini hiçbir sanık istememiştir. İstenmeyen netice içinde suça yardım mevzuu bahis olamaz. Suçlarda; kasıt, fiil ve sonuç olarak bağlantılı bir vahdetin varlığı gereklidir.” ( **Yarg.CGK, E, 1984, 1-474-K:1985-551,11.11.1985**. Karar için bkz. **Tan, Mehmet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1.Cilt, (1-34.Maddeler), Ankara 2011, s.727, 728).

<sup>1307</sup> **Özbek, Veli Özer**, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, S:4,Ağustos 2007, s.241.

<sup>1308</sup> **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.535.

<sup>1309</sup> **Özbek, Veli Özer**, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, s.241.

<sup>1310</sup> **Doğan, Koray**, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 2.Baskı, Ankara 2015, s.281.

<sup>1311</sup> **Erdem, Mustafa Ruhan**, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, s.108.

olmayan bir kişi olduğu düşünülürse bu kişinin sınırı aşması daha olası görülmelidir.

Dolaylı failin, araç kişinin dolaylı failin kastettiği suçtan başkaca bir suç işlemesi ve dolayısıyla sınırı aşması halinde kural olarak aşan kısım açısından sorumlu olmadığı ifade edilmektedir<sup>1312</sup>. Bu görüş açısından dolaylı fail, araç kişinin sınırı aşması halinde aşılacak kısmın kendisine isnat edilebilirliği ölçüsünde sorumlu tutulabilir<sup>1313</sup>. Bir görüşe göre araç olan kişi sınırı aştığı takdirde dolaylı failin aşılacak kısım açısından sorumluluğu dolaylı failin yani arka plandaki kişinin kastına bakılarak tespit edilmesi gerekmektedir<sup>1314</sup>. Bu fikre göre arka plandaki kişinin kastı aşılacak kısmı kapsamıyorsa sorumlu tutulmayacakken eğer bu kısım açısından taksirli bir sorumluluk söz konusu ise bu takdirde dolaylı failin taksirli halden sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>1315</sup>.

Araç kişinin sınırı aşması açısından verilen klasik sayılabilecek örnek bir akıl hastasını, bir kimsenin malına zarar vermeye sevk edilmesine rağmen araç kişi olan akıl hastasını şahsı öldürmesi halinde dolaylı failin kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmayacağı şeklinde izah edilmektedir<sup>1316</sup>. Bu duruma gerekçe olarak kişinin hem faillik anlamında bir hakimiyetinin olmaması hem de kastının olmamasını göstermektedir. Bu durumda taksirli ölümden de öngörülebilirlik ölçüsünde söz edilebilir<sup>1317</sup>. Aynı şekilde bu durumda araç kişinin kendi inisiyatifiyle hareket ettiği ya da arka plandaki kişinin amacını hatalı bir biçimde anladığı için sınırı aşması halinde aşılacak kısım açısından arka plandaki şahsın egemenliğinin olmadığı ifade edilmektedir<sup>1318</sup>.

*Roxin* aynı kuralın araç kişinin aynı suç kapsamında suçun konusu yerine başka bir konuya zarar verilmesi halinde de geçerli olacağını ifade ederken buna örnek olarak A'nın öldürmek üzere talimat verdiği akıl hastası B'nin C yerine D'ye saldırarak

---

<sup>1312</sup> **Roxin, AT**, § 25, kn.168.; **Şahin, Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar**, s.13.

<sup>1313</sup> **Şahin, Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar**, s.13.

<sup>1314</sup> **Üzülmez**, s.93.

<sup>1315</sup> **Üzülmez**, s.93.

<sup>1316</sup> **Roxin, AT**, § 25, kn.168.

<sup>1317</sup> **Roxin, AT**, § 25, kn.168.

<sup>1318</sup> **Jescheck-Weigend**, § 62, s.672.

öldürmesi halini göstermektedir; yazar bu ihtimalde bir sınır aşılmasından bahsetmiştir ki bu durumun da bir sınır aşılması anlamına gelmektedir<sup>1319</sup>. Bu durumda yazar esasen şahısta hata halinin söz konusu olduğunu A'nın sorumluluğunun teşebbüs veya taksirli bir fiil kapsamında cezalandırılabilirliğini ifade etmektedir<sup>1320</sup>.

Alman hukuku açısından araç kişinin plan ya da bir başka deyişle arkadaki şahsın talimatlarından kasten sapması halinde kastından dolayı cezalandırılabilirlik değil teşebbüste kalan dolaylı faillik veya taksirli sorumluluk söz konusu olabileceği şeklinde bir görüş de mevcuttur<sup>1321</sup>.

### 7.Dolaylı Faillikte Hata Halleri

Dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri açısından arka plandaki kişinin araç kişiyi hataya düşürmesi ya da bu şahsın hatasından yararlanması önemli bir yere sahiptir. Ancak kimi hallerde arka plandaki kişi de suça sevk ettiği kişi bakımından hataya düşmüş olabilir. Bu durum, dolaylı failin, araç olarak kullandığı/kullandığını düşündüğü kişinin üzerinde irade kurma hususunda gerçekleşmektedir.

Mesele hakkında açıklama yapmadan önce dolaylı failin taksirli ve tesadüfi bir biçimde gerçekleşemeyeceğini belirtmek gerekir. Bu anlamda arka plandaki kişinin kastının, araç kişideki subjektif özellikleri, konumuz açısından özellikle kusur yeteneğini haiz olup olmadığını, bilmeyi de kapsamalıdır<sup>1322</sup>. Kanaatimizce bu noktadaki hata kasta ilişkin olan TCK'nın 30/1 inci maddesi kapsamındaki hata olarak kabul edilmelidir.

Bir kimseyi suçta araç olarak kullanmak isteyen kişi hataya düşerek kusur yeteneğine sahip olmasına rağmen kusur yeteneğinin olmadığı zannıyla bu kişiyi suça sevk ederek suçun işlenmesini sağlarsa bu durumda esasen bir dolaylı faillik durumu mevcut olmayıp azmettirme mevcuttur<sup>1323</sup>. Örneğin A, akıl hastası sanarak esasen tam sorumlu B'yi hatalı bir kanaatle fiili işlemeye yönlendirmiş ise bu durumda dolaylı

<sup>1319</sup> **Roxin, AT**, § 25, kn.169.

<sup>1320</sup> **Roxin, AT**, § 25, kn.169.

<sup>1321</sup> **HSK-Kudlich**, § kn.40.

<sup>1322</sup> **Aydın**, Suça İştirak, s.203; **Şahin**, *Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.19.

<sup>1323</sup> **Şahin**, *Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.18. Konu hakkında ayrıca bkz. **Gropp**, § 10, kn. 76.; **Ebert**, s.199; **Sınar**, s.82

failliğin gerektirdiği egemenlik durumu söz konusu olmadığından azmettirme söz konusudur<sup>1324</sup>.

Bu durumda azmettirme açısından gereken şartların gerçekleştiği için ve fail olarak sorumlu tutulması için gereken objektif hakimiyetin bulunmaması bu kişinin şerik olarak sorumlu tutulmasını gerekli kılmaktadır<sup>1325</sup>.

Arka plandaki kişinin suça yönlendirdiği kişi kusur yeteneğine sahip bir kişi olduğuna ve ortada dolaylı faillik durumu olmayıp azmettirme ilişkisi olduğuna göre bu ihtimalde her ne kadar kişi kusur yeteneğine sahip olmayan bir kişiyi suçta araç olarak kullandığını düşünmekte bu konudaki hatasından yararlanacak dolayısıyla şahıs hakkında 37/2 nci maddedeki ağırlaştırıcı hal tatbik edilemeyecektir<sup>1326</sup>.

Sübjektif teori açısından arka plandaki kişi esasen kusurlu davranma yeteneğine sahip olan kişiyi suça sevk etmiş olsa da faillik ve şeriklik açısından irade unsuru ön plana çıktığından bu kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1327</sup>. Bununla birlikte Alman doktrininde bu durumda yalnızca dolaylı faillığe bir teşebbüs olduğu da belirtilmektedir<sup>1328</sup>.

Kusur yeteneğine sahip olduğu zannıyla bu yetenekten yoksun bir kimseyi suça yönlendiren kişinin durumu açısından bir görüşe göre her ne kadar kusur yeteneğinden yoksun bir kişi suçta kullanılmış ise de arka plandaki kişinin farkında olmadığı böyle bir durumda egemenlik kurduğunu söylemek mümkün değildir<sup>1329</sup>. Bu takdirde de her ne kadar kusur yeteneğine sahip olmayan kişi suça sevk edilmiş ise de bu kişilerin de kasten ve hukuka aykırı davrandıklarının kabulü ile azmettirme ilişkisi söz konusudur<sup>1330</sup>.

Bu ihtimalde de azmettirenin kusur yeteneğinin bulunduğuna ilişkin zannının suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali kapsamındaki hata olduğundan hareketle

---

<sup>1324</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.259; **Sınar**, s.81; **Üzülmez**, s.93.

<sup>1325</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.259.

<sup>1326</sup> **Sınar**, s.81.

<sup>1327</sup> Görüş için bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin, s.258; **Üzülmez**, s.93.

<sup>1328</sup> **Ebert**, s.199.

<sup>1329</sup> **Sınar**, s.81.

<sup>1330</sup> **Sözüer**, s.73; **Sınar**, s.81 ; **Üzülmez**, s.93.



arka plandaki şahsın TCK'nın 30/2 nci maddesinde yer alan “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen” kişi kapsamında yer aldığı TCK'nın kusur yeteneği olmayan kişileri suçun işlenişinde araç olarak kullanan kişilere verilecek olan cezanın artırılmasını düzenleyen TCK'nın 37/2 nci maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenini kendisi hakkında tatbik edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>1331</sup>.

Farkına varılmayan bir akıl hastalığına sahip olan kişiye suç işletilmesi haline ilişkin örnek üzerinden meseleye yaklaşan *Özgenç*, arka plandaki kişide kastın yanında bu kişiyi araç olarak kullanma noktasında bilincin mevcudiyetini şart olarak gördüğünden bu durumda dolaylı faillik olduğuna ilişkin görüşü kabul etmeyerek tipik ve haksız bir eylemin gerçekleştiğinden de hareketle fiili gerçekleştirenin fail onu suçta sevk eden kişinin ise azmettiren veya yardım eden olarak şeriklik kapsamında sorumlu olduğunu ifade etmektedir<sup>1332</sup>.

Buna karşın *Aydın* isnat yeteneği olmayan kişiye bu yeteneği var sayılarak arka plandaki kişi tarafından suça azmettirildiği inancıyla suç işletilmesi ihtimalinde *onu azmettirmek istemişken aslında yönlendirmişse (denetlemişse)* dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatinde<sup>1333</sup>. Belirtelim ki yazar bu durumu, suça sevk edilen kişinin akıl hastası ya da yaşı küçük olan bir kişi olması ihtimalinde TCK'nın 37/2 nci maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenin tatbiki çerçevesinde ele alarak, bu durumdaki kişilerin araç olarak kullanılmaları halinde azmettirilme durumuna göre daha ağır şekilde cezalandırılacağına ilişkin gerekçe ile açıklamaktadır<sup>1334</sup>.

Azmettirilmek istenen kişinin kusur yeteneğini haiz olup olmadığı hususunun TCK'nın 30/2 nci maddesi kapsamında ağırlatıcı nedenlerin varlığında hata kapsamında ele alınabilecek bir hata türü olduğu şeklindeki görüşe ise bahse konu hükmün kanunun “suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda” ifadesinden hareketle yalnızca somut suç tiplerinin daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin kapsadığı düşüncesiyle katılmamaktayız.

---

<sup>1331</sup> *Sınar*, s.82.

<sup>1332</sup> *Özgenç*, Suça İştirakin, s.255.256.

<sup>1333</sup> *Aydın*, s.203.

<sup>1334</sup> *Aydın*, s.203.

Kanaatimizce bahse konu hatanın, TCK'nın 30/1 inci maddesinde yer alan "fiilin icrasında suçunkanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz" şeklindeki hata kapsamında ele alınması daha yerinde olacaktır. Zira bu durum dolaylı fail açısından suçta kullanılan kişinin yani araç kişi ya da failin vasfında bir hata anlamında maddi unsurlarda hata kapsamında değerlendirilebilir.

Diğer bir ihtimalde ise arka plandaki kişi, suç işleme kastının olduğunu düşündüğü bir kimseyi suça yönlendirmesine karşın bu kişinin o fiil açısından herhangi bir kastı bulunmamaktadır.

Bu durumda bir görüşe her ne kadar arka plandaki kişi açısından, bir kimseyi suç işlemeye azmettirdiğini düşünmekte ise de araç kişinin kastı olmadığından dolaylı faillik; araç kişi kastı olmadan hareket ettiği için de azmettirme söz konusu değildir<sup>1335</sup>. Bu durumda esasen objektif olarak dolaylı failliğin söz konusu olduğunu ifade eden görüş açısından yukarıda ifade edildiği üzere araç kişinin kastının bulunmadığını bilmediğinden dolaylı failliğin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir<sup>1336</sup>. Sübjektif teori açısından arka plandaki kişinin iradesi esas olduğundan bu kişiyi suça yönlendiren kişi –suçun işlenişine olan katkının derecesine göre- şerik olarak sorumlu tutulacaktır<sup>1337</sup>.

Arka plandaki kişinin, aslında suça yönelttiği kişinin kötü niyetli olduğunu sanması ancak suça yönlendirilen kişinin iyi niyetli-olaylardan habersiz olması halinde ise bir görüşe göre azmettirmeye teşebbüs de cezalandırılmadığı için şeriklik araç olarak kullanma anlamında bir irade ortaya konulmadığı için de dolaylı fail olarak cezalandırılması mümkün değildir<sup>1338</sup>. Alman ceza hukukunda bu durum azmettirmeye teşebbüs kapsamında ele alınmaktadır<sup>1339</sup>. İleride de ifade edeceğimiz üzere bu çözümün Türk hukuku açısından tatbiki mümkün değildir.

---

<sup>1335</sup> **Smar**, s.83. Bu durumda azmettirmeye teşebbüsten de bahsedilmeyeceği ifade edilmektedir.  
**Üzülmez**, s.93.

<sup>1336</sup> **Üzülmez**, s.94.

<sup>1337</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin, s.257.

<sup>1338</sup> **Şahin**, *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.18, 19.

<sup>1339</sup> **Zieschang**, 6.Kapitel kn.702.

Meseleye bir örnek üzerinden yaklaşan *Şahin* doktorun zehir dolu iğneyi, hastayı öldürmek istediğini sandığı hemşireye vermesi ve hemşirenin de bu iğneyi kontrol etmeksizin hastaya enjekte etmesi halinde hemşire taksirle hareket etmiş olacak doktor ise kasten ve hukuka aykırı bir suç işlenmediği için azmettiren olarak sorumlu tutulmayacaktır<sup>1340</sup>. Dolaylı fail olarak da sorumlu tutulamayan doktorun 83.madde anlamında doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1341</sup>.

Bu çözüm kanaatimizce yerinde olmasına karşın arka plandaki kişinin garantörsel yükümlülüğü olmaması durumu açısından bir çözüm sağlamamaktadır. Bu takdirde kanaatimizce arka plandaki kişinin, suça sevk ettiği kişideki bu durumu bilmemesi halinde suça sevk edilen kişinin taksirli sorumluluğu söz konusu olabilmesine karşın kendisinin ne azmettiren ne de dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaması durumunda cezasız kalması hakkaniyete uygun değildir. *Özgenç* bu durumda esas fiilin kasten işlenmesi şeklindeki şarttan vazgeçilmesine ilişkin görüşe iştirak etmemekte şerikliğin haksızlık içeriğini esas fiilden aldığını ifade ederek esas fiilin taksirli olması halinde mevcut düzenleme açısından (ki yazarın bahsettiği 765 sayılı TCK düzenlemesidir) bir şeriklik statüsünün kabulünü mümkün olmadığını ifade etmektedir<sup>1342</sup>. Belirtelim ki 5237 sayılı TCK açısından da esas fiilin taksirli olması halinde iştirak hükümlerinin tatbiki söz konusu değildir. Bağlılık kuralı failin gerçekleştirdiği fiilin kasten gerçekleşmesini aramaktadır. *Özgenç* bu durumun suç politikasını ilgilendirdiğini ifade etmektedir<sup>1343</sup>.

Sonuç olarak gerçekleşmesi zor da olsa bu ihtimal açısından arka plandaki kişinin azmettiren olarak kabulü mümkün olmamasına ve suçta kullanılan kişinin taksirli fiil neticesinde cezalandırılmasına karşın bu kişinin cezalandırılmamasının hakkaniyete aykırı olmasına karşın bu konuya ilişkin bir düzenleme olmaması yukarıda ifade edildiği üzere suç politikasını ilgilendirmektedir.

Son ihtimalde arka plandaki kişi, araç kişinin kastı bulunmadan hareket ettiğini düşünmesine rağmen arka plandaki kişinin tasavvuruna göre araç kişinin esasen kasten

<sup>1340</sup> *Şahin, Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.19.

<sup>1341</sup> *Şahin, Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.19.

<sup>1342</sup> *Özgenç, Suça İştirakin*, s.257, s.258.

<sup>1343</sup> *Özgenç, Suça İştirakin*, s.258.

hareket etmesi ihtimalinde kendisini dolaylı fail olarak düşünen kimsenin şeriklik içerisinde bulunduğu ve azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1344</sup>.

Yukarıdaki ihtimalin aksine bu durumda objektif olarak şeriklik söz konusu iken arka plandaki kişi kendisini dolaylı fail olarak görmektedir<sup>1345</sup>. Bu nedenle sübjektif teori açısından faillik iradesi ile hareket eden kişi her ne kadar kasten hareket etmeyen kişi üzerinde hakimiyet kuramadıysa da bu tasavvuru nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>1346</sup>. Bu ihtimal açısından, arka plandaki kişinin de tasavvuru dikkate alınarak dolaylı faillığe teşebbüsten bahsedilmişse de görüş, arka plandaki kişinin meydana gelen netice açısından herhangi bir etkisinin olmaması eleştirilmemektedir<sup>1347</sup>. Son olarak objektif olarak hakimiyet kurulmamasından hareketle bu durumda Alman Ceza Kanunu'nun 30 ncu maddesinde yer alan ve bir başkasını cürüm işlemeye azmettiren kişinin, teşebbüse ilişkin hükümlere göre cezalandırılmasını öngören azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümden de bahsedildiği ifade edilmektedir<sup>1348</sup>. Ancak Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir<sup>1349</sup>. Bu nedenle kanaatimizce de bu durumda dolaylı failliğin gerektirdiği hakim olma iradesinin, azmettirmeyi de kapsamamasından hareketle azmettirme hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Alman ceza hukukunda araç kişinin fiilinin ya da kastının kısmen kötüye kullanılması, istismar edilmesi şeklinde ifade edilebilecek bir ihtimale de değinmek gerekir. Buna ilişkin bir örnekte H, W'ye zehir verir ve O'nun çayına dökmesini ister. H'nin aldatması nedeniyle W, zehrin ölümcül olduğunu bilmemektedir ve sadece yaralamaya neden olacağını sandığı için bu işi isteği gerçekleştirir. Sonuç olarak "O" hayatını kaybeder. Bu durumda W'nin cinayet ya da adam öldürme kastı olmadığı (StGB §16/1 inci madde kapsamında), kasten yaralamadan sorumlu tutulabileceği

---

<sup>1344</sup> Sınar, s.83; Üzülmöz, s.94. Bu durumda hakimiyet kurma kastının azmettirmeyi de kapsadığı şeklindeki görüş için bkz. Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.17.

<sup>1345</sup> Üzülmöz, s.94.

<sup>1346</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.17.

<sup>1347</sup> Üzülmöz, s.94.

<sup>1348</sup> Şahin, *Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar*, s.17.

<sup>1349</sup> Belirtelim ki doktrinde, Türk hukuku açısından akim kalmış azmettirmenin belirli ağırlıktaki suçlar açısından geçerli olması gerektiği savunulmaktadır. Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, s. 349, 350.

ayrıca fiilin ölüm başlangıcı aşaması olarak sağlığa zarar verici bir eylem olduğu, bu amaçla taksirli öldürmeden de sorumlu olduğu ifade edilmektedir<sup>1350</sup>. Bu durumda StGB. § 16/1 inci maddesi dahilinde iyi niyetli araç kişi aracılığı ile kısmi dolaylı faillik biçiminde dolaylı failliğin mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>1351</sup>.

Yukarıda verilen örneğe benzer şekilde hasmının yaralanması için faile ilaç ya da madde veren şahsın esasen bu maddenin öldürücü veya sakat bırakıcı etkisi olduğunu failden saklaması halinde bir görüşe göre basit olan netice açısından azmettiren olsa da ağır netice açısından dolaylı fail olarak sorumluluğu mevcuttur<sup>1352</sup>.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu durumda da esasen birden fazla iştirak türü gündeme gelmektedir. Zira arka plandaki şahıs, ağır netice açısından dolaylı fail iken basit netice açısından azmettiren olarak sorumludur. Bu durumda da kanaatimizce dolaylı faile ağır olan neticeden ceza verilmesi gerekmektedir. Failliğin şerikliğe asliliği gereğince arka plandaki şahıs dolaylı fail olarak, ölümden sorumlu tutulmalıdır. Bu kişiyi ayrıca azmettirmeden sorumlu tutmaya suç konusunun tekliği sebebiyle gerek yoktur. Aksi halde kişiye bir fiilinden dolayı iki kere ceza verilmesi gibi hukuka aykırı bir sonuç meydana gelecektir.

Doktrinde konuya ilişkin verilen başka bir örnekte yağma için azmettirilen kişiye verilen ilaca öldürücü bir madde katarak mağdurun ölmesini sağlayan kişinin, kasten öldürme suçu açısından dolaylı fail, yağma açısından ise azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edildikten sonra bu durumda şerikliğe nazaran failliğin asliliği gereği sadece kasten öldürmeden sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir.<sup>1353</sup> Bu ihtimalde ise kanaatimizce 44.maddede yer alan istisnai düzenleme dikkate alınarak fail kasten öldürme suçundan dolaylı fail olarak yağma suçu açısından ise azmettiren olarak ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır.

<sup>1350</sup> **Krey-Esser**, § 27, kn.891, 892.

<sup>1351</sup> **Krey-Esser**, § 27, kn.892.

<sup>1352</sup> **Mahmutoğlu**, s.72. Yazar bu durumda yanıtılan şahsın aracın niteliğini bilmediği için suçun daha az ceza gerektiren nitelikli şekilden, bilen kişinin ise daha ağır ceza gerektiren nitelikli şekilden ceza alacağını ifade etmektedir. **Mahmutoğlu**, s.72.

<sup>1353</sup> **Özkan** , s.263.

## 8- Kabahatlere İştirak ve Kabahatler Açısından Dolaylı Faillik

765 sayılı TCK'da suçlar ve kabahatler şeklinde bir ayırım mevcut olmasına karşın 5237 sayılı Kanun'da kabahatlere yer verilmemiş, kabahatler ayrı bir Kanun'da yaptırım altına alınmıştır<sup>1354</sup>.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 14 üncü maddesi "İştirak" başlığı altında; "(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.

(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.

(3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.

(4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

Her ne kadar kabahatler, ceza kanunundan çıkarılarak bağımsız bir yapıya kavuşturulmak istenmişse de iştirak hususunda olduğu gibi bir çok konuda suçlara ve ceza hukuku genel hükümlerine atıf yapılması eleştiri konusu olmuştur<sup>1355</sup>.

Kabahatler Kanunu'nda, 5237 sayılı TCK'nın aksine iştirak konusunda ayrıntılı ve detaylı bir sınıflandırma yapılmamış iştirak düzeyine bakılmaksızın her bir kişi hakkında aynı şekilde idari para cezası öngörülmüştür<sup>1356</sup>.

<sup>1354</sup> Belirtelim ki kanaatimizce hatalı olarak kabahatlere idari suç da denilmektedir. **Ekinci, Mustafa**, Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, s.Ankara 2005, s.67.

<sup>1355</sup> **Çağlayan, Ramazan**, Kabahatler Kanunu ve Uygulaması, Perşembe Konferansları, s.151-152. ,<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Per%25c5%259fembe+Konferans%25c4%25b1+Yay%25c4%25b1n/perskonfyyn131.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2015).

<sup>1356</sup> **Erdoğan, Yüksel**, Kabahatler Kanunu, Ankara 2005, s.87

Doktrinde bu durumu ifade etmek üzere *yumuşak ve çerçeve hüküm niteliğinde* düzenlemeler ifadesine yer verilmektedir<sup>1357</sup>.

Kabahatler Kanunu'nda faillik ve şeriklik ayrımı yapılmadığından<sup>1358</sup> geniş failliğin esas olduğunu söyleyebiliriz. 14 üncü maddenin gerekçesinde 1 inci fıkrayla ilgili bu durum "*tek tip faillik*" olarak ifade edilmektedir<sup>1359</sup>. Esasen eşitlik sisteminin kabul edildiği kabahatlere iştirak halinde fail ve yardım eden ayrımı yoktur<sup>1360</sup>.

Özel faillik niteliğinin arandığı kabahatlerde TCK'nın aynı anlamdaki özgü suça ilişkin hükümlerinden farklı hükümler sevk edilmiştir. TCK'nın 40/2 nci maddesinin "*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*" şeklindeki düzenlemesi gereğince, özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyan kişiler fail olabilecekken kabahatler açısından böyle bir ayrıma gidilmemiştir<sup>1361</sup>. Bu anlamda yürüttüğü görevi ile ilgili olarak idari para cezası ile cezalandırılması öngörülen bir kişinin kabahatine iştirak eden kişi de fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>1362</sup>.

Doktrinde bu duruma verilen bir örneğe göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29 uncu maddesine aykırı şekilde işçi çıkararak iş veren veya vekiline bu Kanun'un 100 üncü maddesi gereğince idari para cezası uygulanacaktır. Görüldüğü üzere bu kabahat özgü bir kabahattir ancak haksız çıkarmaya iştirak eden diğer kişiler var ise bu kişiler de tıpkı işveren veya vekili gibi fail olarak cezalandırılacaklardır<sup>1363</sup>.

<sup>1357</sup> **Otaç, Cengiz- Keskin, İbrahim**, Türk Kabahatler Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2014, s.62.

<sup>1358</sup> **Bekar, Elif**, *Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, İÜHF C. LXIX, S.1-2, s. 1033-1050, 2011, s.1047.

<sup>1359</sup> Bkz. **Parlar, Ali**, Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Ankara 2012, s.143. Gerekçede bu husus "*Maddenin birinci fıkrasında, kabahatlere iştirak haliyle ilgili olarak tek tip fail sistemi kabul edilmiştir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişiler arasında fail ve şerik (azmettiren veya yardım eden) ayrımı gözetilmemiştir*" şeklinde ifade edilmektedir. **İnan, Atilla- Demir, İbrahim**, Açıklamalı Gerekçeli Kabahatler Kanunu, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara 2011, s.139.

<sup>1360</sup> **Aydın**, s.287.

<sup>1361</sup> **Parlar**, Kabahatler Kanunu, s.143.

<sup>1362</sup> **Karagülmez, Ali**, Suç Olmaktan Çıkarma İdari Para Cezaları Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Ankara 2005, s.247.

<sup>1363</sup> **Erdoğan**, s.87.

Kabahate iştirak için de suçlar açısından geçerli olan kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir<sup>1364</sup>. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir. Kabahate iştirak bakımından suça iştirakte olduğu gibi kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı gerektiği için taksirli kabahatlere iştirak olmaz. Suça iştirakte olduğu gibi kabahati gerçekleştirenlerden birinin yaşının küçük olmasının veya kusur sorumluluğu olmamasının diğer faillerin cezalandırılmasını engellemeyeceği ifade edilmektedir<sup>1365</sup>. Bu noktada *yaşı küçük* ifadesinin, Kabahatler Kanunu'nun 11 inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan ve “*fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz*” ifadesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Alman Düzene Aykırılıklar ya da Kabahatler Kanunu'nun 14 üncü maddesine göre (*Ordnungswidrigkeitenrecht-OWIG*) bir kabahatin işlenişine iştirak eden birden fazla kişiden her biri kabahatli olarak kabul edilmektedir. Bu hüküm ayrıca yaptırımı mümkün kılan özel kişisel neden sadece bir iştirakçide bulursa dahi geçerlidir. Ayrıca iştirak için para cezası gerektiren bir düzenlemenin tipik unsurlarının mevcut olması ve hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gerekmektedir; kabahatin en azından teşebbüs aşamasında kalması halinde teşebbüs de cezalandırılmaktadır.

Düzenleme açısından iştirakçilerden birinin işlenen kabahatten dolayı kınanamaması diğerlerinin cezalandırılma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır. Böylece yalnızca bu hal kendinde mevcut olanlar istisna tutulmuşlardır. Son olarak kanuna göre kabahat olan bir fiili kişisel özellikleri nedeniyle bir kimse açısından suç ise bu sadece kendisinde bu özellik olan kişi açısından tatbik edilir ( OWIG m.14)<sup>1366</sup>.

Kabahatler açısından Alman hukuku da Türk hukukunda olduğu gibi Ceza Kanunu'ndan farklı bir iştirak sistemi benimsemiş olup bir kabahate ne şekilde iştirak edilirse edilsin kişileri aynı şekilde sorumlu tutulmuştur<sup>1367</sup>. Bu durum şerikler arasında

<sup>1364</sup> Bekar, s.1048; Karagülmez, Ali, , s.247.

<sup>1365</sup> Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler,s.702; Parlar, Kabahatler Kanunu, s.144.

<sup>1366</sup> Göhler, Erich- König,-Peter- Seitz, Helmut, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 14.Auflage, München 2006 s.118.

<sup>1367</sup> Göhler-König-Seitz, § 14, kn.1, s.119.



fark gözetmeyen eşitlik sisteminin benimsendiği anlamına gelmektedir<sup>1368</sup>. Sistemin eşitlik sisteminin formülasyonu için bir teşebbüs olduğu ifade edilmektedir<sup>1369</sup>. Yalnız düzenlemenin amacının ceza hukukuna karşı bir yaptırım imkanının genişletilmesi olmadığı, faillik ve şeriklik kavramlarının katı düzenlemeleri karşısında hukukun uygulanmasının sadeleştirilmesi ve kolaylaştırılması olduğu da ifade edilmektedir<sup>1370</sup>. Kabahatlere iştirak de kabahat tamamlanıncaya kadar mümkündür<sup>1371</sup>. Kabahatler açısından yan yana failliğin de geçerli olduğunu savunan görüşe göre yan yana faillik halinde kişinin kabahati kendisinin gerçekleştirdiğini, bir kimsenin hareketinin diğeri ile bağlanmasının iştirak olmadığını ifade etmektedir. Görüş açısından yan yana faillik sadece taksirli fiillerde değil kasten işlenen fiiller açısından da mümkündür<sup>1372</sup>.

Kabahatler açısından dolaylı failliğin söz konusu olup olmadığına ilişkin olarak Alman doktrininde yapılan değerlendirme ilgi çekicidir. Zira ifade ettiğimiz üzere Kabahatler Kanunu (OWIG) dolaylı failliği düzenlememektedir. 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda dolaylı faillige benzer bir hüküm yer almamaktaydı, bununla birlikte dolaylı failliğin katı bağlılık ilkeleri nedeniyle tanındığı ve o zamanlar vazgeçilmez olduğu, bu anlamda Alman Ceza Kanunu'ndaki bağlılık kuralının gereksiz görüldüğü belirtilmiştir. Bu durumun Kabahatler açısından da farklı olmadığını ifade eden görüş açısından dolaylı failliğin zaten özel idari cezanın niteliklerini içerdiği, bu durumun bir iştirak türü olmadığı, bu nedenle dolaylı failin cezalandırılması için 14 ncü maddenin kullanılmasına ihtiyaç olmadığı ifade edilmektedir<sup>1373</sup>.

Türk hukuku açısından yukarıdaki bakış açısından hareket edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Zira kanun koyucunun, dolaylı failliği TCK'nın aksine ayrıca düzenlememesinden hareketle kabahatler açısından dolaylı failliğin varlığını kabul etmediği iddia edilebileceği gibi kabahate iştirak eden herkesin fail olarak sorumlu

---

<sup>1368</sup> Bkz. **Thieß, Uwe**, Ordnungswidrigkeiten, Lehrbuch, Luchterhand, 2002, s.75, kn.227; **Göhler-König-Seitz**, § 14, kn.2, s 119; **SchönkeSchröder, (Heine/Weißer)**, Vorbem § § 25 ff. s.488 kn.11 ; **Krey-Esser**, kn.78; **Bauman-Weber-Mitsch**, § 28, kn.10.

<sup>1369</sup> **Gropp**, § 14, kn. 13.

<sup>1370</sup> **Göhler-König-Seitz**, § 14, kn.2 s. 119.

<sup>1371</sup> **Thieß**, s.74, kn.227.

<sup>1372</sup> **Mitsch, Wolfgang**, Recht der Ordnungswidrigkeiten, zweite Auflage, 2005 Heidelberg, s.131. Yazar bununla birlikte yan yana faillik tanımının herhangi bir dogmatik tanıma karşılık gelmediğini. bu anlamda bu kavramın dogmatik bir gereksizlik olduğunu ifade etmektedir. **Mitsch**. s.130.

<sup>1373</sup> **Mitsch**, s.128, 129.

tutulacağına ilişkin ifadesinden de kabahate her ne şekilde katılmış olursa olsun kişinin işlemiş olduğu kabahatten dolayı sorumlu tutulacağı da anlaşılabilir. Yine kanun koyucunun 14 ncü maddede “iştirak” ifadesine yer vermesi dolaylı failliğin iştirak biçimi olarak kabul edilmemesi halinde boşluk meydana getirebilme potansiyeli taşımaktadır. Kanaatimizce 5326 sayılı Kanun’un, geniş faillik sistemini benimsemesi ve suça her ne şekilde katılmış olursa olsun, kişiyi işlemiş olduğu kabahatten dolayı sorumlu tutmayı amaçlamasından hareketle kabahatin, bir başkası aracılığıyla işlenmesi halinde de arka plandaki kişi, 5326 sayılı Kanun’un 14 ncü maddesi gereğince sorumlu tutulabilecektir.



## SONUÇ

Çalışmamızın amacı Türk ceza hukuku açısından iştirakin bir türü olan dolaylı failliği incelemektir. İştirake ilişkin olarak doktrinde bir çok değerli eser ortaya konmuşsa da iştirak konusu, faillik ve özellikle de dolaylı faillik açısından çok sınırlı bir biçimde incelenmiştir. Çalışmamız dolaylı faillik kavramının ne anlama geldiğini, suç teorisindeki yeri, dolaylı faillik türlerinin ortaya çıkış biçimlerinin tespiti ve bunların diğer iştirak kurumları ve ilgili kurumlar ile ilişkisini uygulama ve doktrinin de bakış açısıyla değerlendirerek bir sonuca varma amacını gütmektedir.

Çalışmamızın giriş kısmında ifade edildiği üzere bahse konu çalışmanın amacı iştirakin bir türü olarak dolaylı failliği incelemek olup, iştirak kavramı izah edilmeden faillik anlaşılması mümkün bir iştirak türü değildir. Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde iştirak kavramını çeşitli açılardan incelemeye çalıştık. Kanunen tek kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişi tarafından, aralarında yaptıkları anlaşma ve fiilin işlenişine katkıda bulunarak birlikte işlenmesi olarak ifade edilebilecek bir tanıma sahip olan iştirak TCK açısından suçun özel görünüş biçimi olup cezayı artıran bir hal değildir. Bununla birlikte Kanun koyucunun belli suçlarda suçun birlikte işlenmesini cezanın artırılma sebebi olarak kabul etmesine karşın bazı suçlar açısından durum suça ilişkin cezanın ağırlaştırılması sebebi olarak görülürken benzer bir takım suçlar için neden bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmediği belirsizdir. Ayrıca “suçun birlikte işlenmesi” şeklinde madde metinlerinde yer verilen durumun müşterek faillik olduğuna madde gerekçelerimde yer verilmiş ise de TCK’nın 37 nci maddesinin 1 nci fıkrasında yer verilen ve müşterek faillik olarak kabul edilen “fiili birlikte gerçekleştirme” tanımlamasının bahse konu madde metinlerine dahil edilmek suretiyle yer verilmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

İştirakin cezalandırılmasına ilişkin sistemler kapsamında yapılan tasnife göre Türk Ceza Hukuku’nda ikilik sisteminin 765 sayılı TCK’dan farklı bir biçimde de olsa kabul edildiğini görmekteyiz. Bununla birlikte kanun koyucunun bu düzenlemelerle

çözüldüğünü ifade ettiği faillik-şeriklik ayırımına ilişkin sorunun mevcut Kanun kapsamında da devam ettiği görülmektedir. İkilik sisteminde faile, kural olarak, yardım eden şerike verilecek olan cezanın indirilerek verilmesi zorunluluğu karşısında, kimi durumlarda cezanın faile göre tespiti ilkesinden yararlanılabilmemesinin yol açılması gerektiğini düşünmekteyiz. Böylece ikilik sistemi kapsamında sırf şerik olduğu için bu kişiye faile nazaran daha az ceza verilmesi zorunluluğunun çeşitli adaletsiz sonuçlara yol açmasının önüne geçilmesi mümkün hale gelebilecektir. Bu anlamda asıl sorumluluğun faillik olduğu doğru ise de iştirakçinin psikolojik durumu, ahlaki redaei ya da fiil veya faille olan ilişkisi de tamamen göz ardı edilmemelidir. Bu durum özellikle failliğin şerikliğe nazaran asliliği şeklinde ifade edilen ve esasen kanunda yer almamasına rağmen faillerin sorumluluğunu kendi fiilinden almasından hareketle asli iştirak kabul edilmesi anlamında doktrinde kabul edilen kuralın aşırılıklarını ortadan kaldıran bir imkan sağlayacaktır.

Faillik ile şerikliğin ayrılması açısından fiil egemenliği teorisini benimseyen 5237 sayılı TCK açısından çalışmamızda da ifade ettiğimiz üzere fiil üzerinde hakimiyet ile doğrudan failliğe, irade üzerindeki hakimiyet ile dolaylı failliğe ve fonksiyonel hakimiyet ile de müşterek failliğe işaret edilmektedir. Bu açıdan dolaylı failliği irade üzerinde hakimiyet ile izah etmek ve bu şekilde diğer iştirak türlerinden ayırt etmek mümkün hale gelmektedir.

İştirakin türlerini tespit açısından iştirak iradesine verilecek anlamın önemli olduğu ve iradenin kast kapsamında ele alınarak kusurluluktan ya da kınanabilirlikten bağımsız olarak fail ile fiil arasındaki psikolojik bağlantıya işaret ettiği kanaatindeyiz. Aksi bir ifade kusurluluğu suçun unsuru olarak kabul etmek gibi bir neticeye yol açacaktır ki 5237 sayılı TCK'nın kast açısından kabul ettiği sistem de düşüncemize uygundur. 5237 sayılı TCK'nın kusur yeteneği olmayan kişilerin de suça iştirak edebileceğini gösteren hükümleri dikkate alındığında, iştirakin temelinde yer alan iştirak iradesini kusur yerine kastla birlikte anlamlandırmak bu hükümlerinin tatbiki açısından daha geniş bir zemin sağlayacaktır. Aksi bir durumda ise iştirak hükümlerinin tatbik edilmemesinden doğan boşluklar çeşitli kurumlarla doldurulmaya çalışılacaktır ki bu durumun hukuk güvenliği açısından uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

5237 sayılı TCK'da iştirak türleri faillik ve şeriklik olarak belirlenmiştir. Bu anlamda 5237 sayılı TCK açısından doğrudan, dolaylı, müşterek olmak üzere esas olarak üç türlü faillik ve bunlara bazı olaylar açısından dahil edilebilecek olan yan yana faillik halleri faillik türleri olarak kabul edilebilir. Bilindiği üzere 765 sayılı TCK'da dolaylı faillığe yer verilmemektedir. 5237 sayılı TCK açısından kanun koyucu müşterek faillik ve dolaylı failliği faillik altında düzenlemesine karşın müstakil faillığe ilişkin böyle bir yol takip etmemiştir. Oysa Alman Ceza Kanunu'nda kişinin suçu tek başına işlemesi hali de faillik altında yer almaktadır. Her ne kadar doğrudan failliğin iştirak türü olmamasından hareketle buna gerek duyulmadığı ifade edilebilirse de, dolaylı faillik de kimi yazarlarca iştirak türü olmamasına rağmen yine de 37 nci maddede düzenlenmiştir. Kanaatimizce doğrudan faile ilişkin tanıma Kanun'da yer verilmesi Kanun sistematigi açısından yerinde olacaktır.

Çalışmamızın ikinci kısmında dolaylı faillik kavramı ve dolaylı failliğin görünüş biçimleri ele alınmaya çalışılmıştır. Öncelikli olarak ceza hukuku açısından faillik türü olduğu tespit edilen dolaylı failliğin bir iştirak türü olup olmadığı tartışmalıdır. Belirtelim ki iştirak açısından tipe uygun, hukuka aykırı ve kasten işlenen bir suçun varlığı iştirak açısından öncelikli şart olup bu anlamda kast, fail ile fiil arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK'nın 61 inci maddenin 1 inci fıkrasının f bendinde yer verilen "Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı..." şeklindeki ifadeden yola çıkılarak Kanun koyucunun kast ve kusur arasındaki ilişkiyi kimi hallerde net olarak ayıramadığını ve eski uygulamanın etkisinde kaldığını söylenebilir.

İştirak için suça iştirak eden herkesin cezalandırılabilir olması ya da kusurlu davranması şart değildir. Nitekim Kanun koyucu da dolaylı failliği düzenlediği 37/2 nci maddede "*Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır*" ifadesiyle kusur yeteneği olan veya olmayan kişilerin araç olarak kullanılabilmesini; azmettirmeyi düzenlediği 38/2 nci maddenin 2 nci fıkrasında "*Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz*" şeklindeki düzenlemesi ile de çocukların suça azmettirilebileceğini ifade etmiştir. Bu anlamda dolaylı faillik

için failin kusur yeteneğinin olmaması şart olmadığı gibi azmettirme açısından da kişinin kusur yeteneğinin olması şart değildir.

İştirak için kasti, hukuka aykırı ve tipik bir fiilin varlığını kabul ettiğimizden bu unsurların bulunması kaydıyla kişinin kusur yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaksızın iştirakin varlığını ve dolaylı failliğin de genel olarak bir iştirak türü olarak kabulünün söz konusu olabileceğini ifade etmekteyiz. Bununla birlikte çalışmamızda detaylı olarak izah ettiğimiz üzere dolaylı failliğin çeşitli ortaya çıkış biçimleri arasında kişinin kasti olmadan suç işletilmesi, hukuka uygun olarak hareket etmesinden yararlanma ya da tipik olmayan şekillerde suçta araç olarak kullanılması halinde iştiraktan bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu gibi durumlarda dolaylı failliğin, iştirak kapsamında cezalandırılmayan kişilerin cezasız kalmasını engelleme anlamında ikame fonksiyonu icra ettiğini düşünmekteyiz.

Dolaylı faillik düzenlemesine ilişkin bir eleştirimiz de genel hükümlerde düzenlenen bu kurumun çeşitli suç tipleri içerisinde veya cebir gibi bazı genel düzenlemelerde ayrıca düzenlenerek kurumun uygulanması açısından tartışmaya açık hale getirilmesine yöneliktir.. Her ne kadar çalışmamız içerisinde yer verdiğimiz kimi düzenlemelerde dolaylı faillik ifadesi açıkça yer almasa da dolaylı failin tanımı dikkate alındığında Kanun koyucunun kimi düzenlemeler açısından dolaylı failliği işaret ettiğini söylemek mümkündür. İftira suçu neticesinde iftiraya uğrayan kişilerin ceza muhakemesi kapsamında hukuka uygun olarak hareket eden kişilerin yanıltılarak maruz bırakıldığı tutuklama ya da gözaltı gibi mağdurun hürriyetinden de yoksun bırakılması durumunda dolaylı faile hem iftira suçundan hem de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ceza verilmesine ilişkin düzenleme buna örnek teşkil etmektedir.

Kanun koyucunun suç ve ceza politikasını ilgilendiren bir takım düzenlemelere yer vermesi elbette mümkündür bununla birlikte bu tür hükümlerin genel hüküm olan dolaylı faillik hükümlerinin uygulanması noktasında tereddüde mahal verecek şekilde düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Dolaylı faillik açısından önemli olan bir kimsenin suçta araç olarak kullanılması olduğu için araç olarak kullanılmanın ne şekilde tanımlanacağı önem arz

etmektedir. Kanun koyucu kişilerin suçta ne şekilde araç olarak kullanılabilmesine ilişkin bir düzenlemeye vermemiştir ki buna gerek de yoktur. Bu nedenle genel olarak doktrinde dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri olarak ifade edilen hallerin araç olarak kullanılmaya ilişkin kriterleri de ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir. Şunu belirtmek gerekir ki araç olarak kullanılmadan anlaşılması gereken genel durum bir kimsenin iradesi üzerinde hakimiyetin kurulmasıdır ki bu durumun kişiyi araç haline getirmesi gerekmektedir. Sadece bir kimsenin içine düştüğü basit bir zorluktan yararlanma, basit bir ihtiyacının giderilmesi karşılığında suç işlenmesi dolaylı faillik anlamına gelmemektedir. Ancak kişinin araç olarak kullanılması onu bir eşya haline de getirmemelidir ki bu durumda artık araç kişiden sadır olan eylem fiil vasfını yitireceğinden arka plandaki kişinin doğrudan fail olarak kabulü gerekmektedir. Örneğin, A'nın, uçurum kenarından oturan B'yi düşürmek için C'yi, B'nin üzerine itmesi ve bu şekilde B'yi uçurumdan düşürmek suretiyle öldürmesi ihtimalinde A kasten öldürme suçunun doğrudan faili olarak sorumludur. C ise bu durumda herhangi aletten farksız olup bu durumda dolaylı faillikten söz edilemez.

Araç kişiyi suça sevk ederek bu kişiyi kullanan dolaylı faillik için kanaatimizce müşterek faillik için gerekçede yer alan ve hakimiyete ilişkin ölçütlerinden yararlanmak mümkündür. Bu anlamda *“filin icrası veya sonuçsuz kalması eğer bir kimsenin elinde”* ise ve arka plandaki şahıs suçun işlenmesini suça sevk edilen kişinin iradesine veya tercihinin bırakılmıyorsa diğer bir ifadeyle bu kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmuş ise dolaylı faillik söz konusudur.

Doktrinde genel olarak dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimleri hata ve cebir ile ilişkilendirilerek ortaya konulmuşsa da çalışmamızda farklı bir usul izleyerek suçun unsurları, kusurluluk ilişkisi ve organize güç ilişkisinden kaynaklanan dolaylı faillik aracılığıyla dolaylı faillik şeklinde ele almayı uygun bulduk. Bu şekildeki bir tasnif, özellikle hataya bağlı dolaylı faillik durumlarının dolaylı faillik durumunun çeşitli ortaya çıkış biçimlerinde söz konusu olmasından kaynaklanan karışıklığı gidermeyi amaçlamaktadır.

Çalışmamızda doktrindeki görüşleri de ele alarak dolaylı failliğin ortaya çıkış biçimlerine ilişkin çeşitli ihtimallere değindik. Dolaylı faillik halinin görünüş

biçimlerinden ilki olan tipiklik unsuru ile ilgili olan dolaylı faillik durumlarını suçun araç kişi açısından tipik olmaması şeklinde ifade edilebiliriz. Bu halleri kişinin kendisine karşı suç işletilmesine ilişkin kimi durumlar açısından doğrudan faillik ile dolaylı faillik birbirine ciddi şekilde benzemektedir. Bu durumda yapılması gereken arka planda yer alan ve şahsı suça sevk eden kişinin fiil üzerinde mi failin iradesi üzerinde mi hakimiyet kurduğudur. Bu durum açısından önemli olan suç tipi intihara yönlendirme suçudur. Kanun koyucunun genel hüküm olan 37/1 inci maddeye rağmen algılama yeteneği gelişmemiş kişileri intihara yönlendirme durumunda özel bir hüküm sevk ederek (m.84/3) bu kişileri kasten öldürme suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutmaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu bu durumu sadece algılama yeteneği gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış kişileri intihara yönlendirme açısından kabul etmesine rağmen algılama yeteneği yerinde olan kişileri aldatmak suretiyle intihara sevk etmek halinde Kanun'un bu fıkra açısından suçun ne şekilde gerçekleşeceğini açıkça düzenlememesi nedeniyle kanaatimizce TCK'nın 84 üncü maddesinin 1 inci fıkrası geçerlidir. Algılama yeteneği gelişmiş kişileri aldatma suretiyle intihara yönlendirme eylemi 84/1 inci madde kapsamında tipik olarak kabul edebilir ise de bu kişileri cebir veya tehdit ile intihara sevk eden kişiler ve kişilerin isnat yeteneğini etkileyecek ciddilikte bir aldatma tatbik eden kişilerin bu suretle kişileri intihara sevk etmesi halinde meydana gelen ölüm halinde dolaylı faillikten söz konusu olacaktır. Zira kanun koyucu 84 üncü madde açısından failin hangi hareketlerle suça yönlendirileceğini ifade etmesine karşın bu hareketlerin ne şekilde gerçekleştireceğine ilişkin bir sınır da koymamıştır. Bu nedenle suçun oluşması için failin, mağduru, intihara yönlendirme suçu açısından elverişli olarak kabul edilebilecek şekilde kandırması da tipikliğe uygundur. Bununla birlikte kişinin isnat yeteneğini ciddi şekilde etkileyecek/ortadan kaldıracak bir biçimde bu fiili gerçekleştirmesi halinde artık bu husus intihara zorlama ya da mecbur bırakma anlamına gelmektedir. Örneğin çok büyük bir yangın çıktığını, eğer atlamazsa feci şekilde yanarak öleceğini söyleyerek bir kimseyi yüksekçe bir yerden atlamaya yönlendiren kimse artık dolaylı fail olarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutulur. Zira bu durumda meydana gelecek ölüm neticesi, gerek objektif isnadiyet açısından gerekse de madde gerekçesi yorumundan hareketle bizatihi faile isnat edilebilir.



Dolaylı failliğin görünüş biçimlerinden biri olan manevi unsurla ilişkili olan dolaylı faillik hali, genel olarak kişilerin manevi unsur açısından yanılığa düşürülmeleri, işledikleri fiil açısından kastlarının olmaması veya saik açısından hataya düşürülmeleri şeklinde gerçekleşebilir. Bu durumda kastı kaldıran hata sonucundan maddi unsurları bilmeksizin hareket eden kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak cezalandırılabilir. Ancak araç kişinin kast konusunda hataya düşmesi bu kişinin tamamen kusursuz olduğu anlamına gelmemektedir ki kanun koyucu da yukarıda ifade edildiği üzere bu konuda hataya düşen araç kişinin taksirli sorumluluğunun saklı olduğunu belirtmektedir. Taksirli davranan kişiyi uyarmamak suretiyle işlemek istediği suçun oluşmasını sağlayan kişinin dolaylı fail olup olmayacağı konusunda kanaatimizce ihmali bir hareketle kişinin sadece hatadan yararlanmasının dolaylı faillik açısından yeterli olmadığını düşünmekle birlikte bu durumda da kişilerin Kanun'un ihmali cezalandırılabilir fiil olarak belirlediği haller açısından (Ör.m.98, şartları var ise m.83) sorumlu olduğunu ancak bunun doğrudan faillik olduğunu düşünmekteyiz.

Dolaylı failliğin bir diğer ortaya çıkış hali olan hukuka uygunluk halleri ile ilgili durumlar, genel olarak ya arka plandaki kişi tarafından bir hukuka uygunluk durumunun oluşturulması ya da bir başkasının hukuka uygunluk konusundan düştüğü hatadan yararlanma şeklinde gerçekleşmektedir. Hukuka uygun davranan kişinin araç olamayacağı fikrini dolaylı failliğin bir kimsenin iradesi üzerinde hakimiyet kurmasının dolaylı faillik açısından yeterli ve gerekli olduğu kanaatiyle kabul etmemekteyiz. Hukuka uygun davrandığını düşünen kişiler de hataya düşebilir. Bununla birlikte özellikle amirin emrinin yerine getirilmesi şeklindeki hal açısından azmettirme ile dolaylı faillik durumlarının çok dikkatli bir biçimde ele alınması gerektiği kişilerin konusu açıkça suç teşkil eden bir emri yerine getiremeyeceği, getirdikleri takdirde sorumlu olduklarının net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Kusurluluk hali ile ilgi olarak meydana gelen algılama ve irade yeteneği eksiklerinden yararlanma halinde de dolaylı faillik gündeme gelmektedir. Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek hallerden olan yaşı küçük olan kişilerden yararlanma suretiyle dolaylı faillik açısından da kanunun bu kişilerin cezalandırılma prensibine

ilişkin olarak ifade ettiği düzenlemeleri azmettirme ile dolaylı faillik sınırının doğrudan tespiti şeklinde anlaşılması kanaatimizce doğru değildir. Azmettirmeye ilişkin 38 nci madde ve dolaylı faillığe ilişkin 37 nci madde düzenlemeleri karışıklıklara yol açmaya müsait bir şekilde düzenlenmiştir. Araç kişinin işlediği fiil açısından düştüğü kaçınılmaz yanılığdan yararlanma hali de kusurluluk ile ilişkili bir dolaylı faillik halidir. Bu konuda Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararında ifade edilen kişide haksızlık bilincinin olmaması, kasten hareket edilmesi ve yanılığın kaçınılmaz olması şartlarının varlığının aranması gerekmektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak zorunluluk halinden yararlanma halinde dolaylı faillikten bahsedilebilir ise de her zorunluluk halinden yararlanma hali dolaylı faillik anlamına gelmez. Bunun yanında zorunluluk durumuna arka plandaki şahıs tarafından düşürülmüş olması da gerekmez. Genel anlamda şahıs bu halin varlığını kullanarak kişiyi araç olarak kullanmışsa dolaylı faillik halinden söz edilebilir ki bu durumda zorunluluk haline kimin yol açtığı kanaatimizce önemsizdir.

Dolaylı failliğin diğer bir görünüş şekli de organize suç mekanizmasının sağladığı hakimiyetten kaynaklanan dolaylı faillik türüdür. Buna Kanun koyucu 220.maddenin 5.fıkrasında “*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır*” şeklinde yer vermiştir. Her ne kadar madde metninde ve gerekçede bu durumun dolaylı faillik olarak kabul edildiğine ilişkin olarak açık bir düzenleme yer almasa da fıkradaki sorumluluk dolaylı faillik olarak gerek Alman gerekse de Türk doktrininde kabul edilmektedir. Bununla birlikte Kanun koyucunun örgüt liderinin organize hakimiyet gücünden yararlanmak suretiyle, örgütün niteliğini dikkate alınmaksızın kişilerin ikame edilebilirliği şeklindeki peşin bir kabulün doğru olmadığını düşünmekteyiz. Her ne kadar organize suçla mücadele açısından böyle bir düzenlemeye gidildiği ifade edilse de bu yapılırken ceza hukukunun temel prensiplerinden sapılmaması gerekmektedir. Bu anlamda 220/5 nci madde de herhangi bir kriter getirilmemesi nedeniyle düzenlemenin somut ölçütlerle ve özellikle de hiyerarşik yapının güçlü olduğu örgütlerle sınırlı tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmamızın üçüncü kısmında konunun daha iyi anlaşılması için dolaylı faillik durumunun diğer iştirak türleri ile ilişkisi ve dolaylı faillik ile ilgili diğer

durumlar açısından çeşitli değerlendirmeler yapılmaya çalışılmıştır. Dolaylı faillik ile doğrudan faillik arasındaki temel fark, hakimiyetin ne üzerinde gerçekleştiği sorusuna verilecek cevap ile ilişkilidir. Doğrudan faillik fiil üzerindeki dolaylı faillik ise failin iradesi üzerinde onu araç konumuna indirgeyen bir hakimiyet halinde söz konusudur. Belirtelim ki kişinin araç olarak kullanılması durumunda da failliği devam edebilir ki aksi takdirde bu kişilerin özellikle araç kişi olarak hataya düştükleri sırada gerçekleştirdikleri taksirli fiiller nedeniyle sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Müşterek faillik ile dolaylı faillik açısından temel farklılığın müşterek failliğin fonksiyonel bir hakimiyeti gerektirmesine rağmen dolaylı failliğin irade üzerinde hakimiyeti şart koşması şeklinde ifade edebiliriz. Her iki faillik açısından da egemenlik şart olmakla beraber egemenliğin müşterek faillik açısından suç işleme kararına dayandığı ifade edilmelidir. Oysa dolaylı faillik araç kişi eliyle suçun gerçekleştirilmesidir.

Son olarak dolaylı faillik ile azmettirme arasındaKİ ilişkiye de değinmek gerekmektedir. Esasen bu iki kurum, bir kimsenin başkası tarafından suça sevk edilmesi itibariyle benzeşmektedir. Şu var ki dolaylı faillik açısından kişinin suça sevk edilmesi halinde suça sevk edilen (araç kişi) suçun bu duruma ya suça sevk edildiğinin farkında olmaması ya da bu durumun farkında olsa dahi bu kişiye karşı koyacak bir irade özgürlüğü içerisinde olmadığından direnemez oysa azmettirme durumunda kişi suç işleme konusunda özgür iradesiyle karar vermelidir. Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki farkın belirlenmesi açısından araç kişinin kusurlu sayılıp sayılmayacağı elbette önem taşımaktadır. bununla birlikte bu durumun tek kriter olarak kabul edilmesini doğru bulmamaktayız.

Dolaylı faillik ile ilgili olarak teşebbüsün saptanması önem arz etmektedir. Bu noktada doktrinde çeşitli teoriler yer almakta olup kanaatimizce araç kişinin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması şeklinde bir kriterin kabulü yerinde olacaktır. Ancak her somut olayda durum ayrıca değerlendirilmelidir ki özellikle arka plandaki kişinin araç kişiye yönelik olarak uyguladığı cebir veya bu kişiyi suçun işlenmesi konusunda tehdit etmesi gibi haller her ne kadar hazırlık hareketi olsalar da araç kişiye

işletilmek istenen suç açısından icraya başlangıç olarak da nitelendirilebilir kanaatindeyiz.

Dolaylı failliğin, özgü suçlar açısından tatbikinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Zira kanun koyucu dolaylı failliği belli suçlar açısından sınırlamamıştır. Özgü suçlar açısından ise özel faillik sıfatına sahip olmayan kişinin fail olması TCK açısından mümkün değildir. Kanaatimizce bu durumda araç kişide kanunun aradığı özel faillik vasfının bulunması halinde, bu kişinin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda dolaylı fail söz konusu olabileceken araç kişide bu vasfın olmaması halinde bu kişiyi suça yönlendiren kişinin dolaylı fail olması söz konusu olmayacaktır. Bu durumun bir boşluk olarak nitelendirilmesi mümkün ise de Kanun koyucunun bu hususa ilişkin bir düzenleme ihdas etmediği görülmektedir.

Dolaylı faillik, bir kimsenin suçta araç olarak kullanılmasını gerekli kıldığından, gerek ihmali hareketle gerekse de taksirle bir kimsenin iradesi üzerinde hakimiyet kurulamayacağından bu hallerde dolaylı failliğin söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte çalışmamızda ifade ettiğimiz üzere ihmal suretiyle icra suçlarında neticeyi önleme bakımından yükümlülük sahibi olan kişinin, bir başka kişi tarafından bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi için araç haline getirilmesi durumunda ihmali dolaylı faillik söz konusu olacaktır.

Araç kişinin sınırı aşması hali de dolaylı faillik açısından tartışmalı bir konudur. Çalışmamızda çeşitli ihtimalleriyle değerlendirdiğimiz bu konu bakımından önemli olan husus, arka plandaki kişinin, suça sevk ettiği kişinin sübjektif özelliklerini bilmesi gerektiğidir. Zira bir kimseyi araç olarak kullanma, bu konuda bir bilincin varlığını zorunlu kılar. Bir kimsenin, diğer bir kimseyi suçun işlenmesinde tesadüfen araç olarak kullanması mümkün değildir. Araç kişinin, dolaylı failin kastettiği suç açısından sınırı aşması ve başka bir takım suçlar işlemesi halinde kural olarak aşılın kısmın, dolaylı failin kastına dahil olmamasından hareketle dolaylı failin sorumluluğundan bahsedilemez. Bu durumda, dolaylı failin, aşılın kısım açısından taksirli sorumluluğundan bahsedilebilir. Araç kişinin, sınırı aşarak taksirli hali cezalandırılmayan bir suç işlemesi halinde dolaylı fail cezalandırılmayacaktır. Bu ihtimal açısından olası kastın varlığının da araştırılması gerektiği kanaatindeyiz.



## KAYNAKÇA

**Akbulut, Berrin**, *Bağlılık Kuralı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XIV, S:1, Haziran 2010.

**Akçin, İhsan**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Yargıtay Dergisi, Yıl:32, Sıra Sayı 118, Sayı 1-2, Ankara Ocak-Nisan 2006.

**Akgündüz, Ahmet**, “İştirak” maddesi , Diyanet İşleri Ansiklopedisi, C.23, İstanbul 2001.

**Aksenova, Marina**, *Complicity in International Criminal Law*, Florence 2014.

**Alacakaptan, Uğur**, *Cürüm İşlemek için Örgüt Meydana Getirme Suçu*, Çetin Özek’e Armağan, İstanbul 2004.

**Arslan, Çetin**, *Tefecilik Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2014-1/1.pdf>, (Erişim Tarihi: 5.10.2015).

**Aslan, M.Yasin**, *Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu Dergisi, Y.68, Sayı:2010/2.

<http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/2010-2/2010-2-aslan.pdf> (Erişim Tarihi:24.02.2017).

**Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet- Alşahin, M.Emin –Çakır, Kerim**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*,11.Baskı, Ankara 2017.

**Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A.Caner**, *Türk Ceza Kanunu*. Şerhi, Md.1-50, C. 1, 2.Baskı, Ankara 2014.

**Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet**, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 17.Baskı, Ankara 2016.

**Artuk, Mehmet Emin**, *Suçun Özel Görünüş Şekilleri*, Ceza Hukuku El Kitabı, 1.Bası, İstanbul 1989.

**Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2017.

**Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A.Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Md. 88-153, 3.Cilt, Ankara 2014.

**Aslan, Beşir**, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, Ankara 2011.

**Aslan, Şükran Tamer**, Yalan Tanıklık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara 2012.

**Avcı, Mustafa**, *Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 5, Bahar 2005.

**Aydın, Devrim**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.

**Aydın, Öykü Didem**, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri Ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004.

**Bakıcı, Sedat**, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri,2.Baskı, Ankara 2008.

**Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich- Mitsch, Wolfgang**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11.Auflage, Bielfeld 2003.

**Bekar, Elif**, *Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, İÜHFMC. LXIX, S.1-2, 2011.

**Bloy, René**, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985.

**Bohlander, Michael**, Principles of German Criminal Law, Oregon 2009.

**Centel, Nur- Zafer, Hamide- Çakmut,Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10.Bası, İstanbul 2017.

**Cihan, Erol,** *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi,*” Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-26-27 Mart 1997, İstanbul 1998.

**Cornils, Karin- Greve, Vagn,** Das dänische Strafgesetz Straffeloven, vom 15.April 1930, nach dem Stand vom 1.Mai 2009, 3.Auflage, Deutsche Übersetzung und Einführung von **Cornils, Karin – Greve, Vagn,** 2009.

**Çağıl, Orhan Münir,** *Garp Hukuku Tarihinde Cermen Devri,* İÜHFM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası), C:23, S:1-2,İstanbul 1958.

**Çağlayan, Ramazan,** Kabahatler Kanunu ve Uygulaması, Perşembe Konferansları,<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Per%25c5%259fembe+Konferans%25c4%25b1+Yay%25c4%25b1n/perskonfyyn131.pdf> (Erişim Tarihi: 20.10.2015).

**Demirbaş, Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2014.

**Demirel, Muhammed,** Amirin Emri, 1.Baskı, İstanbul 2014.

**Demirel, Muhammed,** Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul 2017.

**Doğan, Hasan,** “İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri, İslâm Hukuku Anabilim Dalı, [www.acikarsiv.ankara.edu.tr](http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr), (Erişim Tarihi : 04.04.2016) .

**Doğan, Koray,** Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2.Baskı, Ankara 2015.

**Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II 10.Baskı, İstanbul 1994.

**Dönmezer, Sulhi,** “*Suç Siyaseti*”, İÜHFM, C:52, S:1-4 <http://journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003778%20s.%207>, (Erişim Tarihi: 25.11.2016) .

**Dubber, Markus,** Comparative Criminal Law, Chapper 40, s.1321,



[http://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/users/mdubber/Comparative%20Criminal%20Law%20\(OUP%20Handbook\).pdf](http://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/mdubber/Comparative%20Criminal%20Law%20(OUP%20Handbook).pdf) (Erişim Tarihi: 13.03.2017).

**Dülger, Murat Volkan**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak); <http://www.dulger.av.tr/pdf/yTCK.dasucortakligi.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.4.2016).

**Ebert, Udo**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2001.

**Ekinci, Ekrem Buğra**, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul 2008.

**Ekinci, Mustafa**, Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, Ankara 2005.

**Erbaş, Rahime**, *Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu*, İÜHFM C. LXXI, S.1, 2013.

**Erdem ,Mustafa Ruhan**, *Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5*, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, İstanbul 2014.

**Erdem, Mustafa Ruhan**, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008.

**Erdem, Mustafa Ruhan- Parlak, Benay**, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010.

**Erdoğan, Yüksel**, Kabahatler Kanunu, Ankara 2005.

**Erem, Faruk**, Suça İştirak, AÜHFM ( Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası) , C. III, Sayı: 1, Ankara 1946.

**Erem,Faruk – Danışman, Ahmet- Artuk, M.Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 1997.

**Ersan, Aykut**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, İÜHFM C. LXXI, S. 1, 2013.

**Ersoy, Uğur**, *Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı Ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği*, TBB Dergisi 2013 (109).

**Eugenio Raúl Zaffaroni** , Das Strafgesetzbuch der argentinischen Nation *Código Penal de la Nación Argentina, Gesetz Nr. 11179 vom 29. Oktober 1921 , nach dem Stand vom 1.Januar 2008, 2.Auflage*, (Deutsche Übersetzung von Dirk Styma Einführung von **Eugenio Raúl Zaffaroni** , 2009 Freiburg i.Br.

**Evik, Sonay Vesile**, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 2011.

**Evik, Vesile Sonay Daragenli**, *Örgütlenme Suçları ve İştirak İlişkisi*, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, C:III, Ed. **Hilgendorf, Eric – Ünver, Yener**, İstanbul 2010.

**Evik, Vesile Sonay**, *Suç işlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt: 19 Sayı: 2, Yıl: 2013 İstanbul.

**Fabrizy, Ernst Eugen** Wiener Kommentar Zum Strafgesetzbuch, 2.Auflage herausgegeben von **Höpfel Frank- Ratz, Eckart**, 11.Lieferung §§ 12-14, Wien 2000.

**Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, München 2015.

**Foregger, Egmont- Serini, Eugen – Kodek, Gerhard**, Strafgesetzbuch Kurz Kommentar, 4.Auflage, Wien 1988.

**Forster, Susanne**, *Tatbeteiligung in England und Wales* , Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von **Sieber, Ulrich-Cornills, Karin**, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010.

**Freund, Georg**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, zweite aktualisierte Auflage, Berlin Heidelberg 2009.

**Friedrich- Christian Schroeder** , Strafgesetzbuch der Russischen Föderation, nach dem Stand von 1.1.2007, 2.aktualisierte Auflage, (Deutsche Übersetzung und Einführung von **Friedrich- Christian Schroeder**, 2007 Freiburg i.Br.

**Frister, Helmut**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 6.Auflage, München 2013.

**Gayretli, Mehmet**, 1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf>, (Erişim Tarihi:08.03.2016).

**Geppert, Klaus**, “Die Mittäterschaft” (§ 25 Abs.2 StGB), JURA, 1/2011.

**Gerçeker, Hasan**, Yorumlu ve Uygulamalı Ceza Kanunu, C.1, Madde 1-81, 2.Baskı, Ankara 2014.

**Göhler, Erich- König, Peter- Seitz, Helmut**, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 14.Auflage, München 2006.

**Gökcan, Hasan Tahsin**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Görevi Kötiye Kullanma Suçu, Yargıtay Dergisi, Yıl:31, Sıra sayı:116, Cilt:31, Ekim 2005, Sayı:4.

**Gökçen, Ahmet – Balcı, Murat**, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m.81-83, 86-88, 91-93), 2.Baskı Ankara 2015

**Göktürk, Neslihan**, *Yalan Tanıklık Suçu (m.272)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 1.

**Gören, Sami**, Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2012.

**Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C:1, 4.Bası (Madde 1-124), İstanbul, 1980.

**Graf, Jürgen- Goers, Matthias**, BGH-Rechtsprechung Strafrecht, 2016.

**Graf, Jürgen- Goers, Matthias**, BGH-Rechtsprechung Strafrecht, 2011.

**Gropp, Walter**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2005.

**Güleç, Sesim Soyer**, *Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1, 2008, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/3sesimsoyer.pdf> (Erişim Tarihi: 24.12.2016).

**Gülşen, Recep**, *Bir Fer'i Maddi İştirak Şekli Olarak İş veya Vasıta Tedariki* (TCK. m.65/II), Çetin Özek'e Armağan, İstanbul 2004.

**Haas, Volker**, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, ZTSW 119, 2007.

**Hacıfazlıoğlu, Ali**, Suça İştirak, Ankara 2014.

**Hafizoğulları, Zeki- Özen, Muharrem**, *5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler*, Polis Dergisi, Y.:11 S:45, Ankara 2005.

**Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

**Hafizoğulları, Zeki- Kurşun, Günal**, *Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk*, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007.

**Hakeri, Hakan**, *İhmali Suçlar*, Ceza Hukuku Dergisi Ağustos 2007.

**Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Ankara 2014.

**Hakeri, Hakan**, *Yeni Türk Ceza Kanununda İştirak*, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, Eylül 2006.

**Hauf, Claus Jürgen**, Strafrecht Allgemeiner Teil Kurzlehrbuch, Zweite Auflage, 2001.

**Heineg, Bernd von Heintschel**, Strafgesetzbuch Kommentar, 2.Auflage 2015.

**Herzberg, Roll Dietrich**, *Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1987.

**Hilgendorf, Eric-Valerius, Brian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Auflage, München 2015.

**Honsell, Heinrich**, Römisches Recht, Sechste, ergänzte Auflage, Berlin 2006.

**Ito, Yoshisuke**, Parties to Crime in Japan, National Criminal Law in a Comparative Legal Context, Ed. Sieber Ulrich, Jarvers, Konstanze, Silverman, Emily, Voluma 4.1, 2015.

**İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul 2016.

**İçel, Kayıhan-Özgenç, İzzet,-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2.Kitap, İstanbul 1999.

**İçer, Zafer**, *Yalan Tanıklık Suçu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, İstanbul 2012.

**İnan, Atilla- Demir, İbrahim**, Açıklamalı Gerekçeli Kabahatler Kanunu, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara 2011.

**İnci, Z.Özen**, *Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesi'nin Anayasa'ya Aykırılığı*, İzmir Barosu Dergisi , Ocak 2014.

**Jakobs, Günther**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Auflage, Berlin 1991.

**Jakobs, Günther**, Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, GA 1997.

**Jarvers, Konstanze**, Tatbeteiligung in Italien Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin,

Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010.

**João Manuel Fernandes**, Das portugiesische Strafgesetzbuch *Código Penal Português* (1982), in der geänderten und wiederveröffentlichten Fassung des Gesetze 59/2007 vom 4.September 2007 nach dem stand vom 8 September 2010, (Deutsche Übersetzung und Einführung von **João Manuel Fernandes**, 2010 Freiburg i.Br.

**Joecks Wolfgang-Miebach Klaus**, Münchener Kommentar zum StGB, Band I, 2. Auflage, München 2011.

**Karagülmez, Ali**, Suç Olmaktan Çıkarma İdari Para Cezaları Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Ankara 2005.

**Karakehya, Hakan**, İradilik Unsuru Bakımından Ceza Hukukunda Kast, Eskişehir 2010.

**Kaser, Max**, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Zweite Auflage, München 1971.

**Keçelioğlu, Elvan**, *Alman Ceza Hukukunda Faillik*, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-239>, (Erişim Tarihi 15.10.2015) .

**Keçelioğlu, Elvan**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Bakış, TBB Dergisi, Sayı 83, 2009.

**Keskin, Serap**, *Suçta İştirak*, Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-26-27 Mart 1997.

**Kindhäuser, Urs**, Strafgesetzbuch Lehr und Praxiskommentar, 5.Auflage, 2013.

**Kreß, Claus**, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und Völkerstrafrecht*, GA 2006.

**Koca, Mahmut- Üzülmöz, İlhan,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2017.

**Koçer, Seçkin,** *Yalan Tanıklık Suçu*, Adalet Dergisi, 49.Sayı, 49. Sayı Mayıs 2014, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/49.sayi/7\\_seckin\\_kocer.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/49.sayi/7_seckin_kocer.pdf) (Erişim Tarihi:15.02.2017).

**Krey, Volker- Esser, Robert,** Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.Auflage, Stuttgart 2001.

**Kunter, Nurullah,** *Suç Ortaklığında Sorum ve Ceza*, İÜHFİM, Cilt.13, Sayı.1, 1947.

**Kurşun, Günel,** 101 Soruda Uluslar arası Ceza Mahkemesi, Ankara 2011.

**Kühl, Kristian-Heger, Martin,** Strafgesetzbuch Kommentar, 28.neu bearbeitete Auflage, München, 2014.

**Küpper, Georg,** *Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*, GA, Jahrgang 1986.

**Küpper, Georg,** Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998.

**Lange, Richard,** Kohlrausche-Lange Strafgesetzbuch, 43.Auflage, Berlin 1961.

**Langrock, Marc,** Das Eigenhändige Delikt, Baden Baden 2001.

**Leipold, Klaus- Tsambikakis, Michael-Zöller, Mark.A,** Anwalt Kommentar StGB Strafgesetzbuch, 2010.

**Liszt, Franz v. -Schmidt, Eberhard,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts , 23.Auflage, Berlin 1921.

**Magnol, Vidal,** Ceza Hukuku (Çev:Devrin,Şinasi),Ankara 1946.

**Mahmutoğlu Fatih Selami**, *Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Cezai Sorumluluğu*, İÜHFM, C:LXIII, S.1-2, İstanbul 2005.

**Malkoç, Şeref**, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ( Madde1-187),1.Cilt, İstanbul 2007.

**Marcus, Paul**, Joint Criminal Participation: Establishing Responsibility, Abandonment, 1986, s.484, 485, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/571/> (Erişim Tarihi: 13.03.2017).

**Meran, Necati**, Basın Yoluyla ve Genel o

Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu, Ankara 2009.

**Matt, Holger- Renzikowski, Joachim**, Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013.

**Mitsch,Wolfgang**, Recht der Ordnungswidrigkeiten, zweite Auflage, 2005 Heidelberg.

**Murmann, Uwe**, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, GA 1996.

**Murmann, Uwe**, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 3.Auflage,2015, München.

**Nack, Armin**, *Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe*, GA 2006.

**Otacı, Cengiz**, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Adalet Dergisi, S. 9, Ekim 2001, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/09.sayi/2cengiz.pdf> (Erişim Tarihi: 27.03.2016).

**Otacı, Cengiz**, *Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak*, TBB Dergisi 2015 (120).



**Otacı, Cengiz- Keskin, İbrahim,** Türk Kabahatler Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2014.

**Önder, Ayhan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989.

**Öntan, Yaprak,** *İntihara Yönlendirme Suçları*, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt-II, Ankara 2015.

**Özbek, Veli Özer,** *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, S:4,Ağustos 2007.

**Özbek, Veli Özer,** TCK. İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Genel Hükümler, (Madde 1-75), 4.Bası, Ankara 2010.

**Özbek,Veli Özer,** *Türk Ceza Hukukunda Hata*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 3, S.7, Ağustos 2008.

**Özbek,Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2017.

**Özen, Mustafa,** *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-342> (Erişim Tarihi: 21.08.2015).

**Özgenç, İzzet- Şahin, Cumhur,** Uygulamalı Ceza Hukuku,3.Baskı, Ankara 2001.

**Özgenç, İzzet,** *Kavga Suçu (TCK. m.464) Üzerine Düşünceler*, Yargıtay Dergisi, Yıl:19, Sıra Sayı: 76, Sayı 4, Ekim 1993, Ankara.

**Özgenç, İzzet,** Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.

**Özgenç, İzzet,** *Tefecilik Suçu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14\\_2\\_17.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_17.pdf), (Erişim Tarihi: 5.10.2015).

**Özgenç, İzzet,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.Bası, Ankara 2017.

**Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, Yargıtay Dergisi, Yıl:25, Sıra Sayı: 97, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1999, Ankara.

**Özkan, Halid**, Ceza Hukukunda Azmettirme, Ankara 2013.

**Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2014.

**Paramonova, Svetlana**, Parties to Crime in Russia, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Ed. Sieber Ulrich, Jarvers, Konstanze, Silverman, Emily, Volume 4.1, Berlin 2015.

**Parlar, Ali**, Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Ankara 2012.

**Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Madde 1-140.md-1.Cilt, Ankara 2007.

**Pfützner, Peggy**, Tatbeteiligung in Frankreich , Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010.

**Puppe, Ingeborg**, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3.Auflage, Baden-Baden 2016.

**Ransiek, Andreas**, Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 8, 2010.

**Redmann, Michael**, Anstiftung und anstiftungsgähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, Berlin 2014.

**Regensburg, Dold, Dennis**, *Die actio in libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft*, GA 2008.

**Rehaag, Constantin**, Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition, 2009 Freiburg i. br.Max Planck 2009.

**Rengier, Rudolf**, *Täterschaft und Teilnahme*, *Unverändert aktuelle Streitpunkte*, JuS (Juristische Schulung), 50.Jahrgang, April 2010, Heft:4.

**Rengier, Rudolf**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Auflage, 2014 München.

**Roxin, Claus**, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.

**Roxin, Claus**, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012.

**Roxin, Claus**, Die Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, (yayımlanmamış tebliğ çevirisi) Çev: Sözüer, Adem – Yılmaz, Zahit, İstanbul 2017.

**Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006.

**Sancar, Türkan Yalçın**, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.

**Sancar- Türkan Yalçın- Köprülü-Timuçin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulama Çalışmaları, Ankara 2014.

**Satzger, Helmut- Schluckebier, Wilhelm-Widmaier, Gunter**, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 2.Auflage, Köln 2014.

**Schmidhäuser, Eberhard**, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, zweite Auflage, 1975.

**Schmidt,Rolf**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14.Auflage, 2015.

**Schönke, Adolf- Schröder, Horst**, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 29., neu bearbeitete Auflage 2014.

**Shimada, Soichiro**, “*Ein neuer Aspekt der Täterlehre Erkenntnisse aus der japanische-deutschen Rechtsvergleichung*”, GA 2009.

**Schroeder, Friedrich Christian,** *Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki İştirak ile İlgili Hükümler,*(*Tebliğ Tercümesi: Prof.Dr.Ayşe Nuhoglu*) Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu, 20-23 Ekim 1999, İstanbul 2001.

**Sınar,Hasan,** *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik,* Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011.

**Sieber Ulrich-Satzger-Helmut- Heinegg, Bernd von Heintschel,** Internationales und Europäisches Strafrecht, 2.Auflage 2014.

**Soyaslan, Doğan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2016.

**Soyaslan, Doğan,** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2016.

**Sözüer, Adem,** Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul 2015, [cdn.istanbul.edu.tr](http://cdn.istanbul.edu.tr), (Erişim Tarihi: 06.04.2018).

**Summers, Sarah,** Tatbeteiligung in Scothland, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, atbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010.

**Şahbaz, İbrahim,** Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2.Cilt, (Madde 150-345), Ankara 2016.

**Şahin, Meral Ekici,** *Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar,* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ,Cilt. 8, S.109-110, İstanbul 2013.

**Şahin, Meral Ekici,** *Dolaylı Faillğin Ortaya Çıkış Biçimleri,* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:107-108, Temmuz-Ağustos 2013.

**Şen, Ersan,** Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006.

**Şen, Ersan,** *Faillik, Müşterek Faillik ve Suça İştirak,* <http://www.hukukihaber.net/faillik-musterek-faillik-ve-suca-istirak-makale,5256.html> (Erişim Tarihi:05.05.2017).

**Şen, Ersan-Özdemir, Bilgehan, Suç Örgütü**, <http://www.hukukihaber.net/suc-orgutu-makale,2335.html> (Erişim Tarihi: 16.11.2015).

**Şimşirgil, Ahmet- Ekinci, Ahmet Buğra**, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul 2007, <http://www.ekrembuğraekinci.com/pdfs/cevdet.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.10.2015).

**Tan, Mehmet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1.Cilt, (1-34.Maddeler), Ankara 2011.

**Tan, Mehmet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Cilt 35-75, Ankara 2011.

**Taner, Tahir**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3.Basım, İstanbul 1953.

**Thieß, Uwe**, Ordnungswidrigkeiten, Lehrbuch, Luchterhand , 2002.

**Toroslu, Nevzat-Toroslu, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2016.

**Tozman, Önder**, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009.

**Ünver, Yener**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

**Ünver, Yener**, *YTCK'da Kusurluluk*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, S:1, 2006.

**Ünver, Yener**, Adliyeye Karşı Suçlar, (TCK.m.167-298), Ankara 2010.

**Üzülmez, İlhan**, *Dolaylı Faillik*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1. S.1 2006, Kayseri 2006.

**Üzülmez, İlhan**, *Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. M. 257)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sa. 1. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16\\_1\\_6.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_1_6.pdf), s.212 (Erişim Tarihi : 1.12.2016).

**Weddig, Jörg**, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle, Band 26, 2007.

**Weigend, Ewa**, Tatbeteiligung-Polen, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010.

**Welzel, Hans**, Das Deutsche Strafrecht, Berlin 1969.

**Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Md.1-44, 2.Baskı, Ankara 2014.

**Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5.Cilt m.197-251, 2.Baskı, Ankara 2014.

**Yaşar, Osman- Gökcan, Hasan Tansin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6.Cilt, m.252-345, 2.Baskı, Ankara 2014.

**Yekebaş, Vehbi**, Suçun ve Suçlunun Taaddüdü ve Cürme İştirak, Ankara 1952.

**Yenidünya, A.Caner-İçer, Zafer**, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma (TCK.m.220, 221), 1. Baskı, İstanbul 2014.

**Yenidünya, Ahmet Caner-İçer, Zafer**, Marka Hakkına Tecavüz Suçları (556 Sayılı KHK m.61/A), İstanbul 2014.

**Yerdelen Erdal**, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Ankara 2013.

**Yıldırım, Akif**, *İftira Suçu*, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007.

**Yıldız, Ali Kemal**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2007.

**Yıldız, Ali Kemal**, *Dolayısıyla Faillik*”, Ceza Hukuku Günleri, İstanbul 1998.

**Yurtcan, Erdener**, Yargıtay Kararları Işığında, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Cilt – 1, Ankara 2015.

**Yüce, Tufan Turhan**, Ceza Hukuku Dersleri, C. 1, Manisa 1982.

**Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6.Bası, İstanbul 2016.

**Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

**Zaczyk, Rainer**, Die “Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate “ und der BGH, GA 2006.

**Zhao, Yang- Richter, Thomas**, Tatbeteiligung in China, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von Sieber, Ulrich- Cornills, Karin, Band 4. Tatbeteiligung, Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven, Berlin 2010.

**Zieschang, Frank**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.akteulasierte Auflage, Stuttgart 2014.

**Zuhayli, Vehbe**, İslam Fıkı Ansiklopedisi, İstanbul 1994, C.8, İstanbul 1994.

**Zurkinden, Nadine**, **Parties Crime in Switzerland**, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, Ed. Sieber Ulrich, Jarvers, Konstanze, Silverman, Emily, Voluma 4.1, 2015.

Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi Terörizmin Finansmanı Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarının Korunması Evrensel Yargı Yetkisi, Sorular-Ulusal Raporlar Genel Raporlar-Karar Taslakları, İstanbul 2009 İstanbul .

#### **YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI**

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GT.S.5875f6e5c38d55.69953050](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GT.S.5875f6e5c38d55.69953050), (Erişim Tarihi:11.01.2017).

Swiss Criminal Code, [http://www.admin.ch/ch/e/rs/311\\_0/a165.html](http://www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a165.html), (Erişim Tarihi: 21.10.2016).

Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (Stand am 1. Oktober 2016).

[http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=343021](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=343021), (Erişim Tarihi: 16.12.2016).

French Penal Code,

[http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France\\_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf](http://legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf), (Erişim Tarihi: 24.02.2017).

Criminal Code: The Official Gazette of the Republic of Croatia “Narodne novine”(hereinafter: NN) No. 110 of October 21, 1997 (entered into force on January 1, 1998) [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation\\_Criminal-Code.pdf](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation_Criminal-Code.pdf), (Erişim Tarihi: 24.02.2017).

Criminal Code Of Bosnia And Herzegovina

[http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Criminal\\_Code\\_of\\_BH\\_eng.pdf](http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Criminal_Code_of_BH_eng.pdf) (Erişim Tarihi: 19.02.2017).

Penal Code Of The Republic Of Slovenia As Of 28 September 2004,

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/34287694.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2017).

The General Civil Penal Code, Act of 22 May 1902 No.10.

<http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19020522-010-eng.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.11.2016).

The Portuguese Penal Code General Part (Articles 1-130).



<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, (Erişim Tarihi: 25.11.2016)

<http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/101SorudaUcm.pdf>,

(Erişim Tarihi:15.10.2016).

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.561903eea329b8.56505363](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.561903eea329b8.56505363), (Erişim Tarihi: 10.10.2015).

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.589cdbec8b33d3.56094938](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.589cdbec8b33d3.56094938), (Erişim Tarihi: 10.2.2017).

<http://www.mevzuatlar.com/sy/resmiGazete/rga/11/07/060711012.htm>, (Erişim Tarihi:24.03.2016).

TDK Büyük Sözlük

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56d310a429d590.69951757](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56d310a429d590.69951757), (Erişim Tarihi 28.2.2016).

CriminalCode

[http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht\\_ENG\\_PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf) (Erişim Tarihi: 25.02.2017).

<http://www.mevzuatlar.com/sy/resmiGazete/rga/11/07/060711012.htm>, Erişim Tarihi:24.03.2016).

The Portuguese Penal Code General Part (Artices 1-130)

Tradução Para Inglês Da Parte Geral Do Código Penal Português, **Énio ramalho William Themudo Gilman**, Outubro De 2006,

<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. (Erişim Tarihi: 24.02.2017).

Kazancı Hukuk Otomasyon

<https://www.kazanci.com.tr>

(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ya801d20150929k2015286e2015412>, (Erişim Tarihi 9.4.2018)).

